



VAASAN YLIOPISTO

JAN-ERIK HELENELUND

ILPO LUOTO

NIINA MÄNTYLÄ

KRISTIAN SIIKAVIRTA

(Toim./red.)

Julkista – yksityistä; millaisissa rakenteissa?
Offentligt – privat; i hurudana strukturer?

*Juhlakirja professori Eija Mäkisen
60-vuotispäiväksi*

ACTA WASAENSIA 265

OIKEUSTIEDE I I
JULKISOIKEUS

VAASA 2012



EIJA MÄKINEN

Esipuhe

Julkisoikeuden professori, HTT, OTL, varatuomari Eija Mäkinen täyttää 60 vuotta 25.8.2012. Hänen keskeisimmät kiinnostuksen kohteensa ovat kunnallisoikeus, hallinto-oikeus, ympäristöoikeus – sekä erityisesti yksityisen ja julkisen toiminnan rajapinnat. Myös ajankohtaiset kuntakentän uudistuksiin liittyvät kysymykset sekä osallisuuteen liittyvät pohdinnat ovat Eija Mäkisen alaa. Vuosien varrella näiden teemojen ympärille onkin kertynyt melkoinen yhteistyöverkosto, mikä edustavasti näkyy myös juhla kirjamme sisällössä.

Edellä mainitut seikat tekevät juhla kirjasta moniaineeksisen. Mukana on kirjoittajia hyvin monilta oikeudenaloilta ja hallintotieteistä. Myös Eija Mäkisen tehokas verkostoituminen erityisesti pohjoismaiseen tutkijakuntaan näkyy kirjaan päätyneissä kirjoituksissa. Hänelle on tuttu oman uransa kautta myös yliopiston ulkopuolinen kenttä ja monet puheenvuorot tässä teoksessakin ovat sellaisten henkilöiden kirjoittamia, jotka työssään painivat oikeudellisten ongelmien kanssa käytännön tasolla.

Eija Mäkisessä henkilönä kulminoituvat tämän ajan tietentekijän ihanneominaisuudet: avoimuus, kansainvälisyys ja monialaisuus. Hän on myös mutkaton ja helposti lähestyttävä professori ja työtoveri, joka on viimeisimpänä tehtäväänään luotsannut julkisoikeuden oppiainetta Vaasan yliopistossa vankalla ammattitaidolla ja periksiantamattomalla asenteellaan läpi monien muutosten.

Käsillä olevaa juhla kirjaa ei olisi voitu toteuttaa ilman Pohjoismaiden hallinnollisen liiton Suomen osasto ry:n (NAF) myöntämää taloudellista tukea, eikä jokaisen – usein hyvin kiireisen – henkilön panosta, joka tähän kirjaan on lupautunut muiden tehtäviensä ohella kirjoittamaan. Merkittävän työn kirjan painokuntoon saattamiseksi on myös tehnyt HTK Salla Kyrönlähti. Kiitämme teitä jokaista ja onnittelemme sydämellisesti syntymäpäiväsankaria!

Inledning

Professorn i offentlig rätt, doktorn i förvaltningsvetenskaper, jur.lic. Eija Mäkinen fyller 50 år den 25 aug. 2012. Hennes centralaste intresseområden inom juridiken har varit kommunalrätt, förvaltningsrätt, miljö rätt, och alldeles speciellt gränsområdena mellan offentlig rätt och privaträtt. Kring dessa teman har hon skaffat sig ett omfattande samarbetsnätverk, ur vilket en representativ skara har ställt upp med artiklar i denna festskrift, med vilken vi vill hylla Eija Mäkinen. Som arbetskamrat och samarbetspart kännetecknas hon av öppenhet, internationalitet och ett brett kunskaps- och intresseområde. Hon är okomplicerad och lätt att samarbeta med som professor och arbetskamrat, och har med gedigen yrkesskicklighet och målmedvetenhet lotsat den offentliga rätten vid Vasa Universitet genom flera reformer.

Vi tackar vår finansiär Nordiska administrativa förbundets finska avdelning rf (NAF) och alla artikelförfattarna, som vid sidan av sina egentliga arbeten också med sina artiklar velat delta i denna hyllning till Eija Mäkinen. Likaså tackar vi Salla Kyrönlähti, som gjort en betydande insats för att få festskriften i det skicket att den kunnat sändas till tryckeriet. Ännu ett hjärtligt tack till er alla, och våra hjärtligaste gratulationer till Eija Mäkinen på hennes födelsedag!

Jan-Erik Helenelund, Ilpo Luoto, Niina Mäntylä & Kristian Siikavirta

Eijan urapolkuja

Eijan tie julkisoikeuden professoriksi ei noudata perinteistä akateemista mallia, jossa ura etenee yliopistossa assistentista monen välivaiheen jälkeen professoriksi. Juristiksi valmistumisen jälkeen Eija oli lähes viisitoista vuotta hallintolakimiehenä, ensin Tampereella, myöhemmin Hämeenlinnan kaupungin rakennuslakimiehenä. Yliopistoura alkoi vasta 1990-luvun alussa täydennyskoulutuskeskuksen opettajana, ei tutkijana. Eijan tieteellinen tutkimustyö, tutkimuskysymykset ja lähestymistapa, nojaavatkin vahvaan hallintolakimiehenä ja opettajana hankittuun asiantuntemukseen.

Eijan uravalintaa juristiksi pohjusti 1970-luvun alussa käyty keskustelu tuomioistuineläytöksestä, tuomareista ja oikeustieteen tilasta. Seisovaa vettä vaadittiin hämmennettäväksi. Instrumentalismi, ajatus laista yhteiskunnallisen muutoksen välineenä, eli kukoistuskauttaan ja myös edistyksellinen nuoriso kiinnostui oikeustieteen opinnoista. Ajatus toimittajan urasta jäi ja Eijan tie vei Turun yliopiston oikeustieteelliseen tiedekuntaan. Uravalintaan ja opintojen suuntautumiseen ympäristöoikeuteen vaikutti varmasti myös poikaystävä, nykyinen aviopuoliso ja arkkitehti Seppo. Kumpikin oli huolissaan kotikaupunki Tampereen kaavoituspolitiikasta ja kaupungin vimhasta purkaa vanhoja rakennuksia.

Turun yliopistossa ensiksi suoritettu alempi oikeustutkinto avasi Eijalle ovet työelämään jo 1970-luvun puolivälissä. Juristin tutkinto syntyi pääosin työn ohessa opiskellen ja tutkinnon suorittamisen jälkeen Eija oli jonkin aikaa Tampereen kaupungin asuntoasiainoimiston toimistopäällikkönä, josta työura jatkui Hämeenlinnaan, kaupungin rakennuslakimieheksi. Tässä virassa Eija oli koko 1980-luvun ja oli pääviran ohessa myös sivutoimisena virkaholhoojana ja pysäköinninvalvojana. Käräjät Eija istui Toijalan tuomiokunnassa vuosikymmenen lopulla ja ennen Tampereen yliopistoon siirtymistään hoiti myös oikeusavustajan virkaa Hämeenlinnassa.

Rakennuslakimiehen virka oli maankäytöstä kiinnostuneelle juristille aitiopaikka seurata kaupungin kaavoitus- ja rakentamispolitiikkaa sekä kunnallista päätöksentekoa yleensäkin. Tämä kokemus on rikastuttanut niin tutkimustoimintaa kuin yliopisto-opetustakin. Hämeenlinnan ajalta kumpuaa varmasti myös Eijan kiinnostus vaalikelpoisuus- ja esteellisyyskysymyksiin sekä kiinnostus tutkia ja kehittää erilaisia suoran osallistumisen ja vaikuttamisen muotoja hallintoon. Asia, joka on entistä ajankohtaisempi kuntia yhdistettäessä ja hallinnon rakenteita muutettaessa.

Hämeenlinnassa nuoren rakennuslakimiehen arvioitavaksi tuotiin myös kummallinen instituutio, maankäyttösopimukset, joka ei alkuunkaan sopinut perinteiseen oikeudelliseen ajatteluun. Eihän kaavoista voinut sopia. Eihän?! Ei!

Eija on tehnyt työurallaan rohkeita valintoja. Siirtyminen 1990-luvun alussa rakennuslakimiehen virasta Tampereen yliopiston Täydennyskoulutuskeskuksen päätoimisen tuntiopettajan tehtävään oli yksi tällainen. Palkka puolittui, työt sentään kaksinkertaistuivat. Opetusvelvollisuus, 420 tuntia/vuosi, iltaisin ja viikonloppuisin, oli kahden kouluikäisen tytön äidille raskas urakka. Opetuksen kirjo oli moninainen; julkisoikeutta laidasta laitaan ja ympäristöoikeutta. Yhden vuoden Eija opetti lehtorin sijaisena myös yksityis- ja talousoikeutta kauppatieteilijöille. Oma virkanimikekin muuttui myöhemmin lehtoriksi ja yksityisoikeus tuli pysyvästi osaksi opetusta.

Eija on myötäsyntyinen pedagogi. Oppimisen ohjaaja. Hän saa kohdeyleisön kiinnostumaan ja motivoitumaan. Eija rytmittää ja havainnollistaa opetusta käytännössä kokemillaan esimerkeillä. Todellisuus on usein tarua ihmeellisempää. Jo opettajan uran alkutaipaleella Eija kiinnostui kehittämään erilaisia vuorovaikutteisia opetusmuotoja, kuten yhteistoiminnallinen opettaminen. Eija on ollut aktiivisesti mukana kehittämässä opetukseen käytettäviä hypertekstiohjelmia ja myöhemmin myös verkko-opetusta.

Yliopistoissa voimistuivat 1990-luvun puolivälissä vaatimukset opetushenkilöstön jatko-opinnoista. Opettaminen ei enää riittänyt. Eija vastasi tähänkin haasteeseen ja hämmennystä herättäneet maankäyttösopimukset saivat ruotijansa. Lissensiaattiopinnot Eija teki Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Tohtoriksi Eija väitteli Tampereen yliopistossa aiheella ”Maankäyttösopimus ja hyvä hallinto” – Maankäyttösopimukset eivät aina olleetkaan lainvastaisia.

Väitöskirja oli merkittävä puheenvuoro tärkeästä teemasta. Eijan asiantuntemusta onkin käytetty hyväksi monin eri tavoin teemaan liittyvää lainsäädäntöä uudistettaessa ja pantaessa täytäntöön. Väitöskirja syntyi pääosin opetustyön ohessa. Eija oli kuitenkin lyhyet ajanjaksot tutkijana Oslissa, Tukholmassa ja Berlinissä. Nämä vierailut vahvistivat Eijan kiinnostusta oikeusvertailuun. Tällöin alkoivat kehittyä ja muotoutua myös Eijan nykyisin hyvin laajat ulkomaiset yhteistyöverkostot; Eija on pohjoismaisen, yksityisen ja julkisen raja-alueesta kiinnostuneiden tutkijoiden PROF-verkoston – Nordisk nätverk för samspelet mellan privat och offentlig rätt – perustajajäsen ja Suomen vastuuhenkilö. Hän on toiminut myös verkoston norjalaisen jäsenen väitöskirjatyön vastaväittäjänä. Eija on ympäristöalan Nordic Environmental Law Networkin jäsen ja Pohjoismaiden hallinnollisen liiton – Nordiska administrativa Förbundet – NAF:n hallituksen jäsen sekä Nordisk Administrativt Tidskrift -lehden toimittaja ja nyttemmin päätoimittaja. Eri-

tyisesti Pohjoismaiden yhteistyö onkin Eijalle tärkeää. Jo kouluikäisenä Tukholmassa tädin luona vietetty kesä viritti kiinnostuksen Ruotsiin ja ruotsin kieleen. Kunnallishallinnon rakenteelliset muutoshankkeet Suomessa ovat vieneet Eijan mukaan myös muuhun eurooppalaiseen yhteistyöhön: Eija on mukana OLA-verkostossa – Observatory on Local Autonomy – ja EGPA:ssa – European Group of Public Administration. Eijan kansainväliset kontaktit ovat avanneet monelle jatko-opiskelijalle väylän ulkomaisiin opintoihin.

Kunnallisoikeuden lehtoriksi Tampereen yliopistoon Eija nimitettiin vuonna 2002. Nimitys oli johdonmukainen jatke Eijan siihenastiselle työuralle. Palat loksahtivat jälleen kohdalleen.

Vaasan yliopiston julkisoikeuden, erityisesti vertaileva hallinto-oikeus, professoriksi Eija nimitettiin 2006. Eijan professorikaudella oppiaine on profiloitunut ja hakenut aktiivisesti yhteistyötä, yhteisiä näkökulmia ja hankkeita muiden hallintoa tutkivien tieteiden ja oppiaineiden kanssa. Hallinnon rakenteet, toiminnan johtamiseen ja organisoimiseen sekä osallistumiseen ja vaikuttamiseen liittyvät kysymykset ovat myös muiden hallintotieteiden agendalla. Kun Eijan tutkimusintressit ovat erityisesti yksityisen ja julkisen raja-alueella, on yhteistyö tiedekuntarajat ylittäen talousoikeus- oppiaineen kanssa ollut tiivistä ja luontevaa.

(Eija on luonut oppiaineeseen toimivan ja hyvähenkisen tutkija- ja opettajatiimin. Kun oppiaineessa on henkilöstöä perinteisesti ollut kolme, on keväällä 2012 oppiaineessa kahdeksan tutkijaa ja opettajaa. Valtaosa henkilöstöä on palkattu hanke- rahoituksella. Eijan aikana oppiaineessa on väitellyt kaksi henkilöä.)

Eija on edennyt työurallaan johdonmukaisesti vaihe vaiheelta. Menestystarina ei ole sattuma, vaan vaatinut päämäärätietoista työtä, innostusta omaan juttuun ja poikkeuksellisen hyviä sosiaalisia taitoja. Ura ei ole edennyt toisia polkien, vaan eijamaiseen tyyliin vastuullisesti, ympäristöään kunnioittaen.

Ilpo Luoto

Sisällys

| | |
|------------------------|-----|
| Esipuhe | V |
| Inledning..... | VI |
| Eijan urapolkuja | VII |

I YHTEISKUNNASTA, GLOBALISAATIESTA, OIKEUS- JÄRJESTYKSESTÄ, HALLINNOSTA JA MUUTOKSESTA

COMMON LAW MUA ENNEN SYNTYNYT, MYÖS JÄLKEHENI JÄÄ?

Jaakko Husa

| | |
|--|----|
| 1. Ikimüistoinen ja muuttumaton common law? | 1 |
| 2. Vallanjakoa selkeyttämässä – tie uudistukseen | 4 |
| 3. Korkein Oikeus – tehtävät ja toimivalta..... | 8 |
| 4. Pohdinta..... | 11 |
| Lähteet | 13 |

NEW PUBLIC MANAGEMENTIN ENSIMMÄISEN REFORMIAALLON PERINTÖ

Esa Hyyryläinen

| | |
|--|----|
| 1. Johdanto | 16 |
| 2. New Public Management doktriinina ja hallintoteoriana..... | 16 |
| 3. NPM aktiivisena toisilta omaksumisena ja kansainvälisenä reformipaineena | 18 |
| 4. Ensimmäisen reformiaallon keskeiset piirteet..... | 19 |
| 5. NPM virkamiesosaamisen päivityksenä..... | 22 |
| 6. NPM kaavamaisuutena ja ylilyönteinä..... | 24 |
| 7. Lopuksi..... | 25 |
| Lähteet | 27 |

TIEDONANTOVELVOLLISUUS TULOVEROTUKSESSA JA PERUSTUSLAINMUKAISUUS

Asko Lehtonen

| | |
|---|----|
| 1. Johdanto | 29 |
| 2. Säännösten tulkinnanvaraisuus..... | 30 |
| 3. Perustuslainmukaisuuden ennakko- ja jälkivalvonta | 32 |
| 4. Lailla säätämisen vaatimus..... | 34 |
| 5. Määräystenantovaltuus..... | 35 |
| Ongelmatilanteita..... | 37 |
| 6.1. Ilmoittamisvelvollisuuden rajoittaminen | 38 |
| 6.2. Viranomaisen avoin valtuus laajentaa ilmoittamisvelvollisuutta | 39 |
| 7. Velvollisuuksien laintasoisuusvaatimus..... | 42 |
| 8. Lyhyet johtopäätökset | 44 |
| Lähteet | 45 |

UUSI SOLIDAARISUUS – POHJANA HYVINVOINTIYHTEISKUNNAN KEHITYKSELLE

Seija Ollila, Harri Raisio & Pirkko Vartiainen

| | | |
|----|---|----|
| 1. | Johdanto..... | 48 |
| 2. | Solidaarisuus yhteisöllisenä toimintana | 49 |
| 3. | Ihmisten osallistuminen uuden solidaarisuuden luoja- jana | 51 |
| 4. | Miksi traditionaalinen osallistuminen ei yksin riitä? | 51 |
| 5. | Onko deliberatiivisesta osallistumisesta solidaarisuuden ylläpitäjäksi? | 52 |
| | 5.1. Ensimmäinen väite: vaikuttavuus | 53 |
| | 5.2. Toinen väite: resurssit | 54 |
| | 5.3. Kolmas väite: pirstaloituminen..... | 55 |
| 6. | Pohdinta..... | 55 |
| | Lähteet..... | 57 |

JUBILEER MED NORDISKA FÖRTECKEN

Sten Palmgren

| | | |
|----|--|----|
| 1. | Det nordiska rätts- och frihetsarvet – värt att vårda..... | 59 |
| 2. | En märklig händelse år 1812 | 60 |
| 3. | Nordiska administrativa förbundets (NAF) finska avdelning 90 år..... | 60 |
| | 3.1. Tidskriften | 62 |
| 4. | Nordiska Rådet 60 år..... | 62 |
| 5. | Helsingforsavtalet 50 år..... | 63 |
| 6. | Tre pelare..... | 64 |
| | Källor..... | 65 |

VEROKILPAILU JA VEROJEN HARMONISOINTI GLOBAALISSA TALOUDESSA

Seppo Penttilä & Jukka Kultalahti

| | | |
|----|--|----|
| 1. | Johdanto..... | 66 |
| 2. | Globalisaation hallinta | 67 |
| | 2.1. Globalisaation hallinnan toimijat..... | 67 |
| 3. | Globalisaation hallinnan tavoitteet | 69 |
| | 3.1. Hallintamekanismit | 72 |
| 4. | Esimerkkejä verotuksen harmonisoinnista ja verokilpailusta | 76 |
| | 4.1. Globaali taso | 76 |
| | 4.2. Alueellinen taso (EU-taso) | 84 |
| | 4.3. Kansallinen taso..... | 87 |
| 5. | Johtopäätöksiä..... | 90 |
| | Lähteet..... | 92 |

II HAVAINTOJA HALLINTO-OIKEUDESTA

PALVELUSUUNNITELMISTA JA NIIDEN SITOVUUDESTA

Pentti Arajärvi

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Hyvinvointipalvelujen palvelusuunnitelmat..... | 97 |
| 2. | Suunnitelmien oikeusvaikutukset | 99 |
| | 2.1. Palvelun käyttäjän asema ja oikeudet | 100 |

| | |
|--|-----|
| 2.2. Julkisen vallan oikeudet ja velvollisuudet..... | 103 |
| 3. Suunnitelmien kehittäminen..... | 105 |
| Lähteet..... | 108 |

KYNNYSTEORIA, VIITTAUSTEORIA JA NIMITIETOJEN TURVA

Heikki Kulla

| | |
|---|-----|
| 1. Johdanto | 109 |
| 2. Kotimainen sääntely..... | 109 |
| 3. Kynnysteoria ja viittausteoria | 111 |
| 4. Riidan tausta ja tietopyyntö | 112 |
| 5. Komission päätös | 113 |
| Lähteet..... | 119 |

JULKINEN VAI YKSITYINEN LUONNON EDUSTAJA? AKUUTTEJA PUHEVALTAKYSYMYKSIÄ

Niina Mäntylä

| | |
|--|-----|
| 1. Luonnon oikeudellisesta asemasta ja luonnon edustajista | 120 |
| 2. Viranomaisedustuksesta | 121 |
| 3. Ympäristön- ja luonnonsuojelujärjestöjen puhevallasta | 124 |
| 4. Osallistumissääntelyn koherenssista | 127 |
| 5. Ei-asianosaisen osallistumisen tehokkuus? | 130 |
| 6. Järjestöjen puhevalta yleislakiin – ja muita kokoavia havaintoja..... | 132 |
| Lähteet..... | 133 |

HALLINTOLAINKÄYTTÖ VALINKAUHASSA

Matti Niemivuo

| | |
|--|-----|
| 1. Aluksi | 137 |
| 2. Hallinto-oikeuksien rakenneuudistus..... | 139 |
| 3. Hallintolainkäyttölain synty, toteuttaminen ja seuranta..... | 143 |
| 3.1. Hallintolainkäyttölain syntyhistoriaa: valmistelu valtio- neuvostossa..... | 143 |
| 3.2. Eduskuntakäsittely | 150 |
| 3.3. Hallintolainkäyttölain täytäntöönpanoja seuranta | 154 |
| 4. Arvioita hallintolainkäyttötoimikunnan valmisteluprosessista ja sääntelyehdotuksesta | 156 |
| Lähteet..... | 161 |

AJATUKSIA HALLINTOPROSESSIN ASIANOSAISRAKENTEISTA

Pekka Vihervuori

| | |
|--|-----|
| 1. Lähtökohta..... | 164 |
| 2. Viranomainen ja yksi yksityinen asianosainen: yksi- vai kaksiasianosaissuhde?..... | 165 |
| 3. Moniasianosaiset asiat..... | 168 |
| 4. Erilaisia yksityisten välisiä asianosaissuhteita | 170 |
| 5. Lisänäkökohtia Ruotsin oikeudesta | 172 |
| 6. Kokoavia päätelmiä..... | 173 |
| 7. Vielä virallisperiaatteesta | 175 |

| | |
|--------------|-----|
| Lähteet..... | 177 |
|--------------|-----|

III KUNTA JA KUNNALLISHALLINTO TÄNÄÄN

KUNTALIITOKSET JA UUSI PAIKALLINEN HALLINTA

Hannu Katajamäki

| | |
|---|-----|
| 1. Pienten yhtenäiskuntien perinne | 181 |
| 2. Vanhojen kuntaliitosten opetuksia..... | 182 |
| 3. Kuntauudistuksen perustelut: esimerkkinä Suomi..... | 182 |
| 4. Uusia suurkuntia uhkaa legimiteetin mureneminen..... | 183 |
| 5. Ruotsin kunnanosa-hallinto | 184 |
| 6. Katse Yläkemijoelle | 186 |
| 6.1. Suoran demokratian sovellutus..... | 186 |
| 6.2. Hyviä kokemuksia | 187 |
| 6.3. Maaseudun ja kaupungin hedelmällinen vuorovaikutus..... | 188 |
| 6.4. Johtopäätös | 188 |
| 7. Paikkaperustaisen politiikan tarve | 188 |
| 8. Paikkaperustaisen politiikan ja uuden paikallisen hallinnan asettuminen teoreettiseen yhteyteen..... | 189 |
| 9. Paikallinen hallinta käytännössä: yhden etenemistien hahmottelua Suomen ja Ruotsin kokemusten perustalta..... | 190 |
| Lähteet..... | 193 |

KUNTALAIN MERKITYKSETTÖMIMMÄKSI JÄÄNYT SÄÄNNÖS VAI ITSESTÄÄNSELVYYDESSÄÄN TARPEETON LAINKOHTA? – NÄKÖKOHTIA KUNNAN ASUKKAIDEN VAPAAEHTOISPANOKSESTA KUNNAN TEHTÄVIEN HOIDOSSA

Aimo Ryyänen

| | |
|--|-----|
| 1. Osallistumista vai kunnan tehtävien hoitamista koskeva säännös? | 195 |
| 2. Kansalaisen asema hallinto-oikeudessa | 197 |
| 3. Kunnan tehtävämonopolista avoimeen monitoimijatapaan | 199 |
| 4. Kunnan roolin kapeneminen pääasiallisesti vain palveluvastuulliseksi.... | 202 |
| 5. Tuoko governance-vaikutteinen hallinnonuudistus kunnallisen itsehallinnon perinteiset arvot uudelleen vaikuttaviksi? | 203 |
| 6. Yksityistäminen julkisen eroosiona | 204 |
| 7. Sääntelyn vajavaisuus | 206 |
| 8. ”Aktivoiva valtio” yhteistoiminnallisen toimintatavan edellyttäjänä | 206 |
| 9. Velvollisuuksien korostaminen..... | 208 |
| 10. Edellytykset kunnan asukkaiden mukaan ottamiselle tehtävien hoitoon.. | 210 |
| 11. Kunnan asukkaan vastuu kuollut kirjain? | 211 |
| Lähteet..... | 215 |

LAPSEN ETU JA KUNNALLINEN ITSEHALLINTO: YHTEEN- SOVITTAMISEN HAASTEET OPETTAJIEN LOMAUTUSTILANTEISSA

Jonna Kivelä & Laura Pertola

| | |
|---|-----|
| 1. Johdanto..... | 218 |
| 2. Viranhaltijan lomauttamisen tausta ja nykytila | 219 |

| | | |
|----|--|-----|
| 3. | Kunnan talous | 221 |
| 4. | Opetuksen järjestäjän oikeudet ja velvollisuudet lomautustilanteissa | 224 |
| 5. | Oppilaan oikeudet lomautustilanteissa..... | 226 |
| 6. | Kunnallisen itsehallinnon ja lapsen edun yhteensovittamisen haasteet.... | 230 |
| | Lähteet..... | 233 |

KUMPPANUUDEN RELEVANTIT KUSTANNUKSET

Tuija Rajala, Jari Tammi & Pentti Meklin

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | Johdanto | 236 |
| 2. | Kustannusten muodostumisen mekanismit | 238 |
| | 2.1. Miksi kustannuksista pitäisi juuri yhteistyössä olla kiinnostunut ... | 238 |
| | 2.2. Transaktiokustannusteoria avaa tietä kustannusten laajemmalle tunnistamiselle | 240 |
| | 2.3. Näkyvät ja näkymättömät kustannukset..... | 244 |
| 3. | Sopimuksellisuus | 246 |
| | 3.1. Mihin tilaajan huomio sopimuksia laadittaessa tulisi kiinnittää..... | 247 |
| | 3.2. Tuotteiden relevantit ja näkymättömät kustannukset | 249 |
| | 3.3. Palveluyksikön toimintatapaerojen vaikutus kokonais- kustannuksiin | 251 |
| | 3.4. Miten tunnistaa sopimuksien teon yhteydessä näkymättömät kustannukset | 251 |
| 4. | Sopimusten pituudella on useita merkityksiä | 254 |
| | Lähteet..... | 256 |

TÄMÄN VUOSITUHANNEN KUNTAUUDISTUSTEN KARIKOT

Arvo Myllymäki

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | Asukkaiden kunta – mutta millainen kunta..... | 259 |
| 2. | Kuntien itsehallinto – asukkaiden peruspalveluiden turvaaminen | 260 |
| 3. | Pitkäveteisestä ”diskuteerausta” kipeisiin ratkaisuihin | 262 |

JULKINEN ORGANISAATIO VALINKAUHASSA – VALETTAVANA KUNNALLISHALLINTO

Olli Mäenpää

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Perusjännite: Kunnallinen itsehallinto ja kunta viranomaisena..... | 264 |
| | 1.1. Kunnan dualistinen asema..... | 264 |
| | 1.2. Järki, tunteet ja uskottavuus | 266 |
| | 1.3. Kuinka perusjännite ratkaistaan?..... | 267 |
| 2. | Valtiosääntöoikeudellinen tarkastelukehikko..... | 268 |
| 3. | Kunnan asukkaiden itsehallinto | 270 |
| | 3.1. Kuntien ja kuntalaisten itsehallinto..... | 270 |
| 4. | Perusoikeudet ja kuntarakenne | 271 |
| | 4.1. Perusoikeuksien velvoittava rooli..... | 271 |
| | 4.2. Perusoikeuksien rajoittava rooli | 272 |
| 5. | Kuntajaon perusteiden määrittely | 273 |
| | 5.1. ”Kuntajaon perusteista säädetään lailla” | 273 |
| | 5.2. Perustuslain määrittelemät puitteet kuntajaon muutoksille..... | 273 |
| | 5.3. Kuntia suuremmat hallintoalueet..... | 274 |

| | | |
|------|---|-----|
| 6. | Perustuslaki ja kuntarakenne – dynamiikkaa ja rajoja | 274 |
| 6.1. | Perustuslaki mahdollistajana | 274 |
| 6.2. | Lainsäätäjän rajat ja lain voima | 275 |
| 7. | Kuntien taloudellinen itsehallinto – contradictio in adiecto? | 276 |
| 7.1. | Kunta ja sen talous | 276 |
| 7.2. | Euroalue ja julkisen talouden kehitys | 277 |
| 7.3. | Talousvakaus ja paikallinen demokratia | 277 |
| 8. | Kuntauudistuksen erilaiset mallit | 278 |
| 8.1. | Haasteena vaihtoehtojen löytäminen | 278 |
| 8.2. | Tehtävien rajoitettu siirto kunnilta | 278 |
| 8.3. | Verotus ja valtionosuusjärjestelmä | 279 |
| 8.4. | Alueellinen itsehallinto | 279 |
| 8.5. | Kuntien yhteistoiminta | 280 |
| 9. | Vaihtoehdot valinkauhassa | 281 |

KUNNANJOHTAJIEN JOHTAJASOPIMUKSET – NÄKÖKOHTIA DE LEGE FERENDA

Kari Prättälä

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | Johtajasopimusten sääntelytarve | 283 |
| 2. | Johtajasopimuksen oikeudellinen luonne | 284 |
| 3. | Mitä virkoja sääntelyn tulisi koskea? | 286 |
| 4. | Erokorvauksen sääntely | 287 |
| 5. | Johtajasopimuksen julkisuus | 288 |
| 5.1. | Entä jos kunnanjohtajan virka muuttuu työsuhteeksi? | 288 |
| 5.2. | Erokorvausta koskevan päätöksen täytäntöönpano ja kumoaminen | 288 |
| | Lähteet | 291 |

KUNNALLISTEN HYVINVOINTIPALVELUJEN TUOTTAMISEN JA TUOTTEISTAMISEN OIKEUDELLISESTA PROBLEMATIIKASTA

Asko Uoti

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Kunnallisten hyvinvointipalvelujen tuottamisen oikeudelliset lähtökohdat | 292 |
| 2. | Julkisen vallan käyttö, virkavastuu ja kunnallisten palvelujen tuottaminen | 294 |
| 3. | Kunnallisten palvelujen tuotteistamisen solmukohtia | 299 |
| 4. | Lopuksi | 303 |
| | Lähteet | 304 |

IV KIRJOITUKSIA TYÖ- JA VIRKAMIESOIKEUDESTA

KUNNAN VIRANHALTIJAN SAAMAN VAROITUKSEN VALITUSKELVOTTOMUUS – KESTÄVÄ RATKAISUKO?

Kirsi Kuusikko & Seppo Koskinen

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Kunnan viranhaltijan saaman varoituksen valituskelvottomuuden oikeuskäytäntö muuttuu – itsenäisestä kurinpitorangaistuksesta irtisanomisen valmistelevalle toimeksi | 309 |
|----|---|-----|

| | | |
|----|---|-----|
| 2. | Varoituksen sääntely kunnallisessa viranhaltijalaissa..... | 311 |
| 3. | Kunnallisen viranhaltijan kirjallinen varoitus – miksi valituskelvoton?... | 314 |
| 4. | Kuntien työsopimussuhteiset työntekijät – varoituksen kannellapoisuuden puuttuminen | 317 |
| 5. | Entä viranhaltijan oikeusturva ja asian päättäminen?..... | 322 |
| 6. | Valtion virkamies – varoituksen valituskelpoisuus | 325 |
| 7. | Oikeussuojan tarve varoituksen antamisen yhteydessä..... | 329 |
| | Lähteet..... | 333 |

YLIOPISTOJEN PALVELUSSUHDELAJIN MUUTTUMINEN – ESIMERKKINÄ PALKKAA VASTAAVA KORVAUS

Kari Kuusiniemi

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | Yliopistovirasta työsuhteeseen | 335 |
| 2. | Uuteen palvelussuhdelajiin siirtymisen perusteluja..... | 336 |
| 3. | Laittoman määräaikaisen palvelussuhteen seuraamukset | 338 |
| 4. | Palkkaa vastaavaa korvausta koskeva sääntelyaukko: kysymyksenasettelu..... | 340 |
| 5. | Ongelmakysymysten arviointia | 341 |
| | Lähteet..... | 347 |

VUOROPUHELUA TYÖSUHTEEN KETJUTUSKIELLOSTA

Tarmo Miettinen

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Johdanto | 348 |
| 2. | Ketjutuskielto vuoden 1970 työsopimuslaissa | 349 |
| 3. | Ketjutuskielto vuoden 2001 työsopimuslaissa | 353 |
| 4. | Voimassa oleva ketjutuskielto | 356 |
| 5. | Näkökohtia lainsäätäjän ja korkeimman oikeuden vuoropuhelusta | 360 |
| | Lähteet..... | 364 |

KORRUPTIO, LAKI JA ETIIKKA

Teuvo Pohjolainen

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | Mitä on korruptio? | 366 |
| 2. | Kriminalisoitu korruptio..... | 366 |
| 3. | Muu lainvastainen menettely korruptiona..... | 368 |
| 4. | Rakenteellinen korruptio | 372 |
| 5. | Hallinnon rakenteet ja korruptio | 375 |
| | Lähteet..... | 377 |

JOUTUISUUS VIRKAVELVOLLISUUTENA

Ulla Vääänen

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Virkavastuun käyttö oikeussuojakeinona passiivisuustilanteissa | 379 |
| 2. | Viivytyksetön asian käsittely viranomaisen ja virkamiehen velvollisuutena | 380 |
| 3. | Virkamiesoikeudellinen vastuu | 383 |
| 4. | Virkatoimien valvonnasta..... | 385 |
| 5. | Kuka vastuuseen viipymisestä – esimerkkejä tulkinnasta..... | 387 |
| 6. | Lopuksi..... | 392 |

| | |
|--------------|-----|
| Lähteet..... | 394 |
|--------------|-----|

V YKSITYISTÄ JA JULKISTA?

SANKTIOITA, VELVOITTEITA JA SYSTEEMIIHTEYKSIÄ

Vesa Annola

| | |
|--|-----|
| 1. Yleistä..... | 399 |
| 2. Oikeuden systematiikka ja oikeustiede | 400 |
| 3. KKO 2010: 23 sopimusoikeuden silmälasein | 402 |
| 3.1. Määräämisoikeudesta ja sen merkityksestä..... | 402 |
| 3.2. Määräämisen tavan ja tarkoituksen vaikutus toimen paikallistamiseen..... | 404 |
| 3.3. Sopimuksen sisällön vaikutus toimen arviointiin | 407 |
| 4. Lopuksi..... | 409 |
| Lähteet..... | 411 |

DET OFFENTLIGES HÆFTELSESANSVAR FOR PRIVATE AKTØRER, DER LØSER MYNDIGHEDSOPGAVER

Marie-Louise Holle

| | |
|--|-----|
| 1. Introduktion | 412 |
| 2. Mere end ét skadevolderområde: Eksistensen af et ”eksklusivt skadevolderområde”..... | 413 |
| 3. Kan der gøres et hæftelsesansvar gældende? | 416 |
| 3.1. Hæftelsesansvar på det fælles skadevolderområde..... | 416 |
| 3.2. Bidrag fra den offentlige ret | 418 |
| Kildefortegnelse..... | 420 |

SOPIMUKSELLISUUS SOSIAALITURVASSA – UUSIA VAATIMUKSIA ASIAKKAILLE JA LAINSOVELTAJILLE

Laura Kallioma-Puha

| | |
|---|-----|
| 1. Sopimuksia eri tasoilla | 421 |
| 2. Valittu väline muokkaa yhteiskuntaa ja ihmisten välisiä suhteita | 422 |
| 3. Juridiikkaa vai retoriikkaa? | 423 |
| 4. Sopimuksellisuuden etuja ja haittoja..... | 425 |
| 5. Miten turvata heikkojen ja hauraiden oikeudet?..... | 428 |
| Lähteet..... | 430 |

OFFENTLIG-OFFENTLIG SAMVERKAN

Tom Madell

| | |
|--|-----|
| 1. Samverkan mellan upphandlande myndigheter..... | 433 |
| 2. Nationella begränsningar i möjligheten till offentlig-offentlig samverkan..... | 436 |
| 2.1. Kommunalförbund | 436 |
| 2.2. Gemensamma nämnder | 437 |
| 2.3. Annan mellankommunal samverkan..... | 438 |
| 2.4. Kommunal näringsverksamhet och avsättning av överskotts- kapacitet..... | 441 |

| | |
|---|-----|
| 2.5. Kommunala bolag och offentlig upphandling | 445 |
| 2.6. Mellankommunal samverkan eller kommunala bolag | 447 |
| 3. Vilka gränser finns för offentlig-offentlig samverkan? | 447 |
| Källor | 450 |

FJERNKØLING

Bent Ole Gram Mortensen

| | |
|--|-----|
| 1. Indledning | 452 |
| 2. Hvem reguleres af fjernkølingsloven | 453 |
| 3. Fjernkølingslovens formål | 456 |
| 4. De primære og sekundære kilder | 456 |
| 5. En kollektiv løsning | 458 |
| 6. Ejerskab af en fjernvarmevirksomhed | 458 |
| 7. Kommercielle vilkår | 458 |
| 8. Unbundling og finansiering | 459 |
| 9. Projektgodkendelse | 462 |
| 10. Afsluttende bemærkninger | 463 |
| Kilder | 466 |

JULKISEN JA YKSITYISEN SEKTORIN YHTEISTYÖN RAJAT

Kristian Siikavirta

| | |
|--|-----|
| 1. Julkinen yhteisö markkinahäirikönä | 469 |
| 2. Julkisen ja yksityisen väliset sopimukset | 471 |
| 3. Virkamiehet yhteistyökumppaneina | 472 |
| 4. Julkisen omistamisen haasteet | 474 |
| 5. Missä julkinen valta on parhaimmillaan? | 475 |
| Lähteet | 478 |

REGLER OM SPRÅKANVÄNDNING I HORISONTELLA FÖRHÅLLANDEN I DE NORDISKA LÄNDERNA: NÅGRA OBSERVATIONER UTIFRÅN DEN EUROPEISKA SPRÅKSTADGAN

Markku Suksi

| | |
|---|-----|
| 1. Inledning | 479 |
| 2. Minoritetsspråk i den europeiska folkrätten | 480 |
| 2.1. Europeiska regler om rättigheter för användare av minoritets- språk | 480 |
| 2.2. Skydd för och befrämjande av minoritetsspråk | 482 |
| 3. Statsförfattningsrätt | 487 |
| 3.1. Olika slag av konstitutionella regler | 487 |
| 3.2. Finland | 488 |
| 3.3. Sverige | 494 |
| 3.4. Norge | 495 |
| 3.5. Danmark | 497 |
| 4. Sammanfattning | 499 |
| Källor | 502 |

PÖRSSI JA ARVOPAPERIKESKUS – JULKISTA VAI YKSITYISTÄ?

Outi Suviranta

| | |
|--|-----|
| 1. Johdanto..... | 503 |
| 2. Pörssin ja arvopaperikeskuksen ”päätöksentekoa” koskevat sääntelyesimerkit..... | 504 |
| 3. Tavoitteiden kilpailuoikeudellisuudesta? | 505 |
| 4. Julkinen hallintotehtävä? | 506 |
| Lähteet | 508 |

MUOTO ON SISÄLTÖÄ – MIELENTERVEYSLAIN TARKOITTAMAN MI- LÄHETTEEN LAATIMISEEN LIITTYVÄN JULKISEN VALLAN KÄYTÖN TARKASTELUA KOLMEN TUOMIOISTUINPÄÄTÖKSEN VARASSA

Veijo Tarukannel

| | |
|--|-----|
| 1. Lähtökohtia..... | 509 |
| 2. Päätös 1..... | 511 |
| 3. Päätös 2..... | 516 |
| 4. Päätös 3..... | 519 |
| 5. Johtopäätöksiä..... | 522 |
| 6. Pienimuotoinen käytännön selvitys | 523 |
| Lähteet | 525 |

I

YHTEISKUNNASTA, GLOBALISAATIESTA, OIKEUSJÄRJESTYKSESTÄ, HALLINNOSTA JA MUUTOKSESTA

COMMON LAW MUA ENNEN SYNTYNYT, MYÖS JÄLKEHENI JÄÄ?

Jaakko Husa

“The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves.”¹

F.W. MAITLAND (1909)

1. Ikimuistoinen ja muuttumaton common law?

Yllä oleva lainaus luonnehtii common law'ta ja paljastaa sen kerrostuneen rakenteen, joka on orgaanisesti kasvanut aiempien historiallisten kerrostumien päälle siten, että muutoksia on vaikea huomata ulkoapäin tarkasteltuna.² Common law on aina näyttänyt erikoiselta Manner-Euroopasta päin katsottuna – ja toisinpäin.³ Tyypillisesti common law'ta on kuvattu tai yritetty ymmärtää historiallisena ja epäjohdonmukaisena jäänteenä, joka jostain kumman syystä on vielä olemassa. Common law'n ymmärtämiseksi historiallinen ulottuvuus onkin tärkeä, muutoin sitä olisi vaikea oikeusvertailijankaan ymmärtää.⁴ Ymmärtämisen vaikeus johtuu siitä, että common law on erilaista kuin mannereurooppalainen oikeus, vaikka molemmat ovatkin länsimaista oikeutta jota sovelletaan yhteiskunnallisesti ja poliittisesti hyvin samankaltaisissa oloissa.

Perinteisesti oikeusvertailussa ja oikeushistoriassa on korostettu niitä eroja, joita mannermaisen oikeuden ja englantilaislähtöisen common law'n välillä on ollut ja edelleenkin on. Mutta common law'ta on myös ihailtu ja erityisesti common

¹ Maitland 1954: 2.

² *Common law* tarkoittaa tässä tekstissä englantilaisperäistä oikeutta, ei vain common law'ta equity law'sta erillisenä oikeudenalana. Tekstin luonteen vuoksi tässä yhteydessä ei ole mahdollista tarkkaan eritellä näiden keskeisten käsitteiden sisältöä, ks. tarkemmin Bailey and Gunn 1996: 4–8.

³ Klassinen esimerkki ks. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law* (1955). Ks. myös Dainow 1966–1967: 419–435.

⁴ Ks. R.C. Van Caenegem 1988.

law'n tuomioistuinjuristien rautaista oikeustapausten hallintaan perustuvaa *stare decisis*-oppia ja juristien kykyä distinktioida tapauksista esiin oikeudellisesti olennainen on kadepdittu. Oikeusvertailukeskustelussa on korostettu äärimmäiseen saakka sitä, kuinka erilaisia common law ja mannermainen oikeus ovat ja etteivät ne näiden erojen vuoksi voi koskaan todella yhentyä toisiinsa oikeuskulttuurisella tasolla.⁵ Toisaalta on myös alleviivattu sitä, että nämä kaksi oikeustraditiota ovat lähellä toisiaan ja eri väylät lopulta kuitenkin johtavat samoihin lopputuloksiin.⁶

Edelleenkin pitää paikkansa että mannereurooppalaisen ja brittiläisen oikeuden välillä on merkittäviä käsitteellisiä, opillisia, organisatorisia ja oikeuskulttuurisia eroja. Vaikka viimeisten vuosikymmenten aikana oikeusvertailussa ja oikeushistoriassa on tullut tavaksi mieluummin etsiä yhtäläisyyksiä ja korostaa niitä kuin alleviivata eroja, niin on vaikea kiertää sitä tosiasiaa, että syvälle oikeuden kulttuuriin ja historiallisiin juuriin saakka ulottuvia eroja todella on olemassa. Euroopan yhentyminen on tietenkin vähentänyt eroja, mutta eivät eroavaisuudet ole kokonaan poistuneet.

Myöskään oikeuskulttuurisesti värittyneet mielikuvat siitä, miten common law mielletään ulkopäin, eivät ole juuri muuttuneet. Kysyttäessä vaikkapa suomalaiselta juristilta, miten hän kuvailisi common law'ta, niin on melkoisen varmaa, että kuvaavien adjektiivien joukosta löytyisi vähintään yksi joka korostaisi common law'n historiallisuutta ja sen suhteellisen vähäistä muuttumattomuutta. Historiallisuus tulee tässä yhteydessä ymmärretyksi jäähmeydeksi; oikeudelliseksi konservatiivisuudeksi, jossa ei voida erottaa sen enempää alkua kuin loppuakaan. *Legrand* kiteyttää tämän ominaisuuden seuraavaan lauseeseen: ”The common law does not have a beginning: it dates from time immemorial.”⁷ Kanadalaisprofessorin kuvaus on suorastaan runollinen, mutta myös häpemättömän romantisoiva.

Common law'n sisäinen dynamiikka ja oikeustapauksiin perustuva oikeuden mikrotason kehittäminen kätkee meiltä monia ilmeisiä tosiasioita: muutoksia on tapahtunut ja tapahtuu. Common law'n sisälle on vaiivikkaa syntynyt oikeuden-

⁵ Tunnetuin tämän argumentin esittäjä on Pierre Legrand, joka on esittänyt sen vuosien varrella useissa eri yhteyksissä, ks. esim. *European Legal Systems Are Not Converging* (1996) ja *Against a European Civil Code* (1997) sekä yleisemmin *Fragments on Law and Culture* (1999). Common law'n tyyppiirteistä suhteessa mannermaiseen oikeuteen ks. Smits 2002: 74–94.

⁶ Ks. esim. Pejovic 2001 ja Zimmermann 2004.

⁷ Legrand 1996: 71.

alasytematiikka, joka erottaa julkisoikeuden ja yksityisoikeuden toisistaan.⁸ Oppi common law'n yhtenäisyydestä on liukumassa taka-alalle, vaikka jaottelu julkiseen ja yksityiseen oikeuteen on klassisen common law-näkemyksen mukaan erottelukyvyytön ja vailla oikeudellista merkitystä.⁹ Eurooppalaiset ihmisoikeudet, erityisesti vuonna 2000 voimaan tullut *Human Rights Act* (HRA), ovat muuttaneet Iso-Britannian oikeutta.¹⁰ Taustalla on ollut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen aktiivinen tulkintatoiminta.¹¹ Myös Euroopan unionin oikeusnormien suora soveltaminen on tuonut mukanaan säännöistä käsin lähtevää oikeudellista päättelyä, joka poikkeaa perinteisestä (tapauslähtöisestä) common law päättelytyylistä.¹²

Eikä kyse ole vain eurooppalaistumisesta ja common law'n vähittäisestä muutoksesta mannereurooppalaisen vuorovaikutuksen seurauksena. Osa muutoksesta on sisäsyntyistä ja johtuu yhteiskunnan monimutkaistumisesta ja oikeudellistumisesta. Lainsäätäjät on ollut kymmenien vuosien ajan aktiivisesti tuottanut uutta lainsäädäntöä ja on näin samalla kaventanut ylimpien tuomioistuinten mahdollisuutta toimia oikeusjärjestelmän kehittämisen kärjessä; aloite on siirtynyt pala palalta monessa kohtaa lainsäätäjälle. Muuallakin common law oikeuskulttuurin piirissä on todettu kasvava kiinnostus oikeuden kodifiointia kohtaan.¹³ Toisaalta on myös katsottu, etteivät nämä muutokset ole merkinneet suuria muutoksia, koska edelleen common law'n juridisen oikeusideologian tasolla säädettyyn oikeuteen suhtaudutaan eräänlaisena ”poikkeamana normaalista”.¹⁴ Mutta olisi syytä pohtia sitä, olisiko koko oikeuskulttuuri muuttumassa?

Pitkään näytti siltä, että Iso-Britannian common law muuttuikin vain itselleen tyypilliselle tavalla eli hitaasti ja pääasiallisesti prejudikaattien viitoittamaa oikeuskäytäntöä seurailleen. Romaanis-germaanisen oikeuden tapaisia suuri instituutio-naalisia reformeja tai kodifikaatioita on englantilaisperäisessä common law'ssa vältetty viimeiseen asti. Tämä kuva ei pidä enää ehkä täysin paikkaansa, koska oikeuskulttuurin muutokset ovat myös muuttaneet Iso-Britannian oikeusjärjestyk-

⁸ Lord Woolf of Barnes 1995. Julkisoikeuden syntyminen common law'n lainkäyttökoneiston sisällä ei ole herättänyt pelkästään myönteisiä reaktioita. Tunnetuin tätä kehitystä kriittisesti arvioivista argumenteista lienee Allisonin *A Continental Distinction in the Common Law* (1996).

⁹ Ks. esim. Carol Harlowin paljon viitattu klassikkoartikkeli ”Public” and ”Private” Law: Definition Without Distinction (1980) ja asian periaatteellista puolta taustoittava Olivier 1999: 9–30.

¹⁰ Ks. Masterman 2011.

¹¹ Ks. Lord Justice Eliaksen luento teemasta *The Rise of the Strasbourggeoisie: judicial activism and the European Court of Human Rights* (24.9.2009).

¹² Ks. Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser 2009.

¹³ Ks. esim. Weiss 2000.

¹⁴ Ks. Whitaker 2007: 30–35.

sen sisäistä organisaatiota. Merkillepantavin esimerkki tästä on vuonna 2009 toimintansa aloittanut *The Supreme Court of the United Kingdom* eli Iso-Britannian korkein oikeus (jäljempänä Korkein Oikeus).¹⁵ Tämän kirjoituksen tarkoituksena on esitellä tuo instituutio sekä arvioida sitä, miten se on ehkä muuttanut common law'ta – tai miten se ehkä tulee sitä muuttamaan.

2. Vallanjakoa selkeyttämässä – tie uudistukseen

Suomessa ja Ruotsissa on juhlapuheissa joskus tapana johtaa oikeuskulttuurimme juuret muinaisille kärjäkiville, vaikka hyvin tiedämme että historialliset yhteydet ovat aika huterat ja kovin repaleiset. Common law'ssa tilanne on toinen. Englantilainen (mukaan lukien Wales) tuomioistuinelaitos omaa juuret, jotka on mahdollista jäljittää noin tuhannen vuoden päähän nykyhetkestä. Järjestelmää ei todellakaan ole suunniteltu loogiseksi tai oikeastaan edes kovin johdonmukaiseksi järjestelmäksi. Tällä kehityspolulla on seurauksena; common law pitää ymmärtää historiallisen kehityksensä tuloksena, koska mikään oikeusteoria tai oikeudellinen logiikka ei sitä selitä. Tästä huolimatta järjestelmää pidetään varsin korkeatasoisena, vaikkakaan sitä ei voida transplantoida tai resipioida mihinkään muuhun maahan – päinvastoin kuin mannereurooppalaisia malleja, joita on kopioitu Aasiaan, Etelä-Amerikkaan ja Afrikkaan.

Erittäin monipolvisten kehityskulkujen aatelisten ja kuninkaan valtajännitteiden leimaama järjestelmä uudistettiin ensimmäinen kerran perusteellisemmin vuonna 1830. Tuolloin jo yli 300 vuotta käytössä ollut malli hylättiin kun tuolloin annettiin *Law Terms Act*, joka lakkautti *Court of Great Session*'in ja Walesin tuomiopiirit sekä Chester liitettiin yleiseen lainkäyttöorganisaatioon.¹⁶

Uudistusten myötä perustettiin uusi *Central Criminal Court*, joka yhdisti oikeudenäytön Lontoossa ja sitä ympäröivillä alueilla. *Central Criminal Court* sai

¹⁵ Tuomioistuimella on informatiiviset verkkosivut osoitteessa <http://www.supreme-court.gov.uk/>. Tuomioistuimesta käytetään oikeudellisissa materiaaleissa yleisesti lyhennettä UKSC.

¹⁶ Tämän tekstin tarkoituksena on käsitellä common law'ta yleisestä oikeuskulttuurisesta näkökulmasta siten, että Korkein Oikeus on tarkastelun keskiössä. Tarkoituksena ei ole välittää juridisesti tarkkaa tietoa Iso-Britannian oikeuden aineellisesta sisällöstä. Tästä syystä tekstissä ei ole ryhdytty kääntämään alkukielisiä termejä, vaan ne esitetään tekstissä englanninkielisinä. Käännösteknisesti tässä on siis turvaututtu pääosin suoriin sitaattilainoihin. Kääntämistematikasta laajemmin ks. Mattila 2002: 516–520. Valittua ratkaisua puoltaa erityisesti se, että näin vältetään pulma joka syntyy siitä, että tekstin lyhyden vuoksi termiselitteitä ei käytetä ja toisaalta siitä, että common law'n käsitteistö on petteävä: se näyttää ymmärrettävältä, mutta on oikeuskulttuurisesti hyvin erilaista kuin mannermainen oikeus, mukaan lukien suomalainen oikeus, ks. tark. Husa 2012.

vuonna 1856 oikeuden ottaa käsittelyynsä juttuja myös sen varsinaisen tuomiopiirin ulkopuolelta.¹⁷ Paikallistasolla yhtenäiset piirituomioistuimet (*County courts*), jotka käsitelivät siviilijuttuja, luotiin vuoden 1846 *County Courts Act*'illa. Prosesseja oli kuitenkin edelleen kaksi: equity ja common law eli keskiajan perintö oli vielä näkyvällä ja elävällä tavalla osa voimassa olevaa oikeutta. Keskiaikaisuus heijastui edelleen myös oikeuslaitoksen rakenteessa, kuten se tekee tietysti vieläkin, muttei enää niin voimakkaasti kuin vielä 1800-luvulla. Itse asiassa juuri 1800-luku oli merkittävää formatiivista aikaa koska tuolloin koko oikeusajattelu modernisoitui ja ammattijuristien lukumäärä kasvoi voimakkaasti.¹⁸ Keskiajalta saakka periytyneet rakenteet eivät enää olleet kovin toimivia modernisoituvan yhteiskunnan oloissa; tarvittiin – Iso-Britannian oloissa – suorastaan radikaali uudistus.

Vuonna 1873 parlamentti säätöi *Judicature Act*'in, jolla sulautettiin yhteen equity ja common law. Käytännössä tämä tarkoitti sitä, että kaikki tuomioistuimet olivat oikeutettuja soveltamaan sekä common law'ta että equity'ä. Tämän kirjoituksen alussa oleva *Maitland*-sitaatti kuvastaa sitä, etteivät vanhat keskiaikaiset oikeusajattelun kategoriat olleet noin vain karistettavissa. Vuoden 1873 säädöksellä myös perustettiin uusi *High Court* ja uutena siviilijuttujen muutoksenhakutuomioistuimena *Court of Appeal*. Rikosjutut keskitettiin vuoden 1907 *Criminal Appeal Act*'illa uuteen *Court of Criminal Appeal*'iin. Tämä tuomioistuin toimi aina vuoteen 1966 saakka, jolloin sen toimivalta siirtyi *Court of Appeal*'ille.¹⁹ Tämä muutoksenhakutuomioistuin toimiikin nykyään jakaantuneena siviili- ja rikososastoihin.

Yli 600 vuoden ajan järjestelmään kuului tavalla tai toisella ylähuoneen lainkäyttörooli, joka oli saanut alkunsa hovin yhteydessä toimineesta kuninkaallisesta *Curia Regis*-instituutiosta. Alun perin Curia Regiksen tehtävänä oli neuvoa hallitsijaa, säätää lakeja ja käyttää ylintä tuomiovaltaa eräissä rajatuissa juttutyypeissä. Itse asiassa aina vuoteen 1399 saakka parlamentin molemmat kamarit käsitelivät muutoksenhakuja alemmista tuomioistuimista, mutta tuosta vuodesta alkaen parlamentin alahuone (*House of Commons*) lakkasi käsittelemästä muutoksenhakuja, joilla yritettiin muuttaa ensiasteen tai muutoin alemmanasteisten lainkäyttöelinten ratkaisuja: ylähuoneesta (*House of Lords*) tuli nyt ylin muutoksenhakutuomioistuin.²⁰ Tämä järjestelmä kesti aikaa yllättävän hyvin.

¹⁷ Tämä tuomioistuin on vielä olemassa, mutta yleensä se tunnetaan nimellä *Old Bailey* (johtuen kadun nimestä, jolla se sijaitsee). Ks. esim. O'Donnell 1978.

¹⁸ Ks. Lobban 2011: 143–148.

¹⁹ Perusteellinen esitys ks. Blom-Cooper, Dickinson & Drewry 2009.

²⁰ Ks. tarkemmin Blom-Cooper, Drewry 1972.

Vuoden 1876 uudistus (*Appellate Jurisdiction Act*) muutti tapaa, jolla valituksia käsiteltiin. Uudistus toi mukanaan *Lords of Appeal in Ordinary*'t, jotka olivat lainkäytön ammattilaisia eli päätoimisesti tuomarintehtäviä tai vastaavia hoitavia henkilöitä. Ylin lainkäyttö professionaalistui ja amatöörien tilalle nousivat ammattilaiset. Nämä *Law Lord*'eiksi nimetyt tuomarit olivat alusta saakka myös oikeutettuja käyttämään äänioikeuttaan myös ylähuoneen muissa asioissa, mutta käytännössä ”tuomarilordit” pysyttävyytensä ylähuoneen poliittisten toimintojen ulkopuolella. Vielä ennen toista maailmansotaa ”tuomarilordit” kuuluivat juttuja suullisesti päivittäin. Tämän jälkeen lainkäytön ylimmän tason kehitys jäi paikoilleen reilusti yli sadan vuoden ajaksi (1876–2009). Kun alahuoneen rakennusta oli pommitettu, ”tuomarilordit” siirsivät suulliset käsittely parlamentin komiteoiden huoneisiin muodostaen samalla – täysin suunnittelematta – *Appellate Committee*'n. Tästä tilapäisratkaisusta tuli sittemmin pysyvä toimintatapa.²¹

Järjestelmä muuttui perusteitaan myöten ja tavalla, joka ei ollut tyypillinen common law'ille kolme vuotta sitten Korkeimman Oikeuden perustamisen myötä.²² Muutos on oikeuskulttuurisesti erittäin merkittävä ja osoittaa selvästi, että monet painetekijät – merkittävimpänä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö – johtivat muutokseen, joka oli oikeuskulttuurisesti suorastaan radikaali.²³ Muutoksen institutionaaliset mittasuhteet ovat sellaiset, että ne pakottavat arvioimaan uudelleen näkemystä, jonka mukaan brittiläinen common law on aina ja ikuisesti hitaasti muuttuvaa ja reagoi vain hitaalla juridisellä jähmeydellä (paitsi tietysti reagoidessaan oikeustapausten kautta). Muutos ilmentää common law-tradition omaleimaisuuden heikkenemistä ja mannermaisen oikeusajattelun vahvistuvaa jalansijaa saarivaltakunnassa. Mutta, miksi uudistukseen oikein ryhdyttiin?

Iso-Britanniassa oli hyvin tiedossa se, että ylähuoneen lainkäyttöfunktio oli tullut tietyllä tavalla tiensä päähän; omaleimaisen historiansa tuotoksena sen sovittaminen nykymaailmaan alkoi olla liian työlästä.²⁴ Taustoiltaan muutos liittyy valtio-

²¹ Lyhyesti ks. S.H. Bailey and M.J. Gunn 1996: 98–101.

²² Yleisesti ja vertaillen ks. Le Suer 2004.

²³ Esim. *Findlay v UK* (1997) 24 EHRR 221 (tuomioistuimen oltava riippumaton ja puolueeton ulkopäin tarkastellen), *Morris v UK* 34 EHRR 1253 (ei mahdollisuutta ulkopuoliseen painostukseen tuomioistuinta kohtaan) ja *McGonnell v UK* (2000) 30 EHRR 289 (lainkäyttöön osallistuvan osallistuminen lainkäytön objektiivisuuden vaarantavaan toimintaan). Muutokseen liittyy myös aiemmin Brittiläisessä Kansainyhteisössä tärkeän mutta sittemmin merkitystään menettäneen *Judicial Committee of the Privy Council*'in (yleensä vain *Privy Council*) aseman muuttuminen, jota ei voida tässä yhteydessä käsitellä enempää.

²⁴ Lordi Bingham of Cornhill (2002: 3) tiivistä tilanteen vuoden 2002 luennossaan seuraavasti: ”in the lives of nations as of individual human beings...many significant events...are not the

sääntöoikeuden modernisointiin Iso-Britanniassa yleisemmin, mikä tarkoittaa sitä että uudistus tuleekin nähdä osana laajempaa englantilaisen oikeuden kehittämishanketta, joka koko 2000-luvun on ollut käynnissä.²⁵ Keskeinen juonne on hallitusvallan ja tuomiovallan selvälinjaisempi erottaminen toisistaan.²⁶ Tämä ei silti tarkoita, että Iso-Britannian oikeusjärjestys olisi sinällään muuttunut kertaheitolla selkeämmäksi tai loogisemmaksi asiaa ulkopuolelta arvioiden.²⁷ Uudistuksen toteuttaneen *Constitution Reform Act*'in (2005, CRA) mukaan nimenomaisesti uudistuksella ei ollut tarkoitus muuttaa olemassa olevien kolmen rinnakkaisen oikeusjärjestelmän systeemiä.²⁸ Mutta ainakin oikeusvertailijan silmissä uudistus on teroittanut aiemmin kovin sumeaa vallanjakoa eri valtiovallan haarojen kesken.²⁹

Korkein Oikeus perustettiin vuoden CRA:n kolmannessa osassa, joka tuli voimaan 1. lokakuuta 2009.³⁰ Uusin elin on selvästi ylähuoneen *Appellate Committee*'n perinnön jatkaja. Lainkäyttövalta, joka tuomioistuimella on, vastaa suoraan ylähuoneen niitä aiempia valtuuksia joita sillä oli vuosien (nyt kumottujen) 1876 ja 1888 *Appellate Jurisdiction Act*'ien nojalla. Lisäksi sillä on toimivaltuuksia keskushallinnon ulkopuolelle hajautetuissa (nk. *devolution jurisdiction*) asioissa, jotka perustuvat vuoden 1998 *Scotland Act*'iin, vuoden 1998 *Northern Ireland Act*'in 1998 ja vuoden 2006 *Government of Wales Act*'iin.³¹ Osa lainkäyttövallasta siirrettiin Korkeimpaan Oikeuteen aiemmin hyvin vaikutusvaltaisesta *Privy Council*'ista.³² Nämä toimet selkeyttivät vallanjakoa ja muuttivat perinteistä kuvaa common law'n lainkäyttöorganisaatiosta, mikä näkyy esimerkiksi ennen niin merkittävän *Lord Chancellor*'in asemasta, joka nykyisin on vain varjo entisestään.³³ Romaanis-germaanisilmin tarkasteltuna lainkäyttökoneiston rakenne on nyt helpommin hahmotettavissa, mikäli puhe on vain Englannista ja Walesista.

product of considered decision or deep design. Such is surely true of the supreme judicial power exercised by the House of Lords”.

²⁵ Asiasta laajemmin ks. Tiefenthaler 2009.

²⁶ Leyland 2007: 155.

²⁷ Maassa on edelleen yksi järjestelmä Englantia ja Walesia varten, näistä poikkeava järjestelmänsä Skotlantia varten ja kolmas Pohjois-Irlandia varten. Lisäksi voidaan huomata, että eräillä Kanaalien saarilla on jäljellä perinteisiä tapaoikeudellisia perinteitä, jotka monimutkaistavat kuvaa entisestään (tosin näiden käytännöllinen merkitys on häviävän pieni).

²⁸ 41 Artikla, kohta 1: “Nothing in this Part is to affect the distinctions between the separate legal systems of the parts of the United Kingdom.” (Ilmaisu Part viittaa tässä Act'in sisäiseen rakenteeseen).

²⁹ Ks. Leyland 2007: 60–61.

³⁰ CRA:n 23 artiklan 1. kohdan mukaan ”There is to be a Supreme Court of the United Kingdom”.

³¹ Hajauttamisprosessista valtiosääntöisenä uudistamistoimena ks. Leyland 2007: 187–210.

³² Ks. Practice Direction 1, Section 1, 1.1.1 (Practice Direction -ohjeet ovat Korkeimman Oikeuden presidentin antamia, mutta ne perustuvat parlamentin tuomioistuimelle suomaan toimivaltaan).

³³ Ks. Smith 2005.

Kun Korkein Oikeus aloitti toimintansa vuoden 2009 syksyllä, kaikki silloiset ”tuomarilordit” siirtyivät Korkeimman Oikeuden tuomareiksi. Ennen muutosta nimitetyt tuomarilordit ovat edelleen parlamentin ylähuoneen jäseniä, mutta eivät voi osallistua ylähuoneen äänestyksiin vaikka ovatkin oikeutettuja istuntoihin osallistumaan. Kaikki uudistuksen jälkeen nimitettävät tuomarit nimitetään sen sijaan suoraan Korkeimman Oikeuden jäseniksi, eikä heillä ole samanlaista oikeutta osallistua ylähuoneen toimintaan kuten perustamisvaiheen ”tuomarilordeilla”. Korkeimmassa Oikeudessa on yhteensä 12 oikeusneuvosta, mutta presidentti voi kutsua juttuja istumaan myös muita väliaikaisia päteviä tuomareita *ad hoc* -pohjalta.³⁴

3. *Korkein Oikeus – tehtävät ja toimivalta*

Uudistuksessa ei ollut tarkoitus tehdä Korkeimmasta Oikeudesta valtiosääntötuomioistuinta muistuttavaa elintä, jolla olisi selvä toimivalta harjoittaa lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa. Tätä oikeutta ei sisälly HRA:nkaan, joka tosin sisältää eräänlaisen rajatun kontrollointimahdollisuuden.³⁵ Näistä rajoitteista huolimatta tuomioistuimella on selkeästi erityisasema Iso-Britannian oikeudessa, koska se on viimeinen muutoksenhakuaste. Tämä tarkoittaa samalla myös sitä, että tuomioistuin voi ottaa käsittelyynsä vain sellaisia tapauksia jotka kulkeutuvat sille tavanomaista muutoksenhakuväylää pitkin siten, että asiaa on käsitelty jo aiemmin vähintään kahdella tuomiovallan alemmalla tasolla. Ylintä tuomiovaltaa Korkein Oikeus käyttää siviili- ja rikosasioissa, jotka kulkeutuvat sille Englannista, Walesista ja Pohjois-Irlannista.³⁶

Korkein Oikeus ottaa käsiteltäväkseen juttuja, jotka tulevat muutoksenhaun kautta sen käsittelyyn Englannin ja Walesin osalta *Court of Appeal*’ista (sekä sen siviili-osastosta että rikososastosta) sekä eräissä rajatuissa tapauksissa juttuja, joka tulevat sille *High Court Scotland*’ista. Pohjois-Irlannista sen käsittelyyn tulee lähinnä juttuja *Court of Appeal in Northern Ireland*’ista ja eräissä rajatuissa tapauksissa *High Court of Northern Ireland*’ista. Toimivaltansa luonteen vuoksi Korkein Oikeus muistuttaa eräissä suhteissa valtiosääntötuomioistuinta tai liittovaltion kor-

³⁴ CRA 23 artikla 2. kohdan mukaan “The Court consists of 12 judges appointed by Her Majesty”. Artiklan 38 1. kohdan mukaan “At the request of the President of the Supreme Court any of the following may act as a judge of the Court... (a) a person who holds office as a senior territorial judge; (b) a member of the supplementary panel under section 39.”

³⁵ Leyland 2007: 154 ja 170–172. Practice Direction 9.1.2:n mukaan “The Crown has the right to intervene in any appeal where the Court is considering whether to declare that a provision of primary or subordinate legislation is incompatible with a Convention right.”

³⁶ CRA 40 artikla.

keinta oikeutta, jolla on ylivalta suhteessa osavaltioiden tuomioistuimiin. Sen juridinen auktoriteetti on rakennettu tarkoituksella mahdollisimman vaikuttavaksi.

Tuomiovallan käyttäjänä Korkein Oikeus voi harjoittaa omaa valintaa sikäli, että sen on tarkoituksena käsitellä valituksia, jotka koskevat tulkinnanvaraisia oikeusongelmia joilla on yleistä tärkeyttä tai mielenkiintoa. Uudistuksen taustalla olevan ajattelun mukaan tuomioistuimen tulisi keskittyä tapauksiin, joilla on suurin julkinen ja valtiosääntöinen mielenkiinto ja painoarvo. Esimerkiksi toimintansa ensimmäisenä (2009–2010) vuonna tuomioistuin antoi ennakkoratkaisuja erityisesti asioissa, jotka koskettivat homoseksuaalisesti suuntautuneiden turvapaikanhakijoiden asemaa.³⁷ Näiden lisäksi tuomioistuimelle on ajateltu tietynlainen lainkäyttöllinen johtajan rooli koko common law maailmassa.³⁸ Tämän vuoksi on mahdollista ajatella, että uudistuksessa haluttiin kanavoida osa siitä juridisesta auktoriteetista joka oli aiemmin *Privy Council*’illa uuteen Korkeimpaan Oikeuteen. Toisaalta voidaan huomata, että Korkein Oikeus ei vastaa sellaista tuomioistuinta kuten Saksan valtiosääntötuomioistuin, mikä ilmenee Korkeimman Oikeuden suhteesta eurooppalaisiin normistoihin. Asennoituminen ei-kansallisiin prejuddikaatteihin on varsin mutkatonta, mikä johtunee ainakin osin selkeän normihierarkian puutteesta.

Vaikka Korkein oikeus on ylin muutoksenhakuaste Iso-Britanniassa, se on velvoitettu antamaan etusijan suoraan sovellettavalle Euroopan unionin oikeudelle tai, käytännössä useammin, tulkitsemaan saarivaltion oikeutta siten, että se on mahdollisimman yhdenmukainen Euroopan unionin oikeuden kanssa. Epäselvissä tapauksissa Korkein Oikeus on velvoitettu pyytämään EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua.³⁹ Lisäksi Korkein Oikeus on velvoitettu ottamaan ratkaisutoiminnassaan huomioon Euroopan ihmisoikeussopimuksen määräykset sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön.⁴⁰ Nykyaikaisen brittiläisen lain-

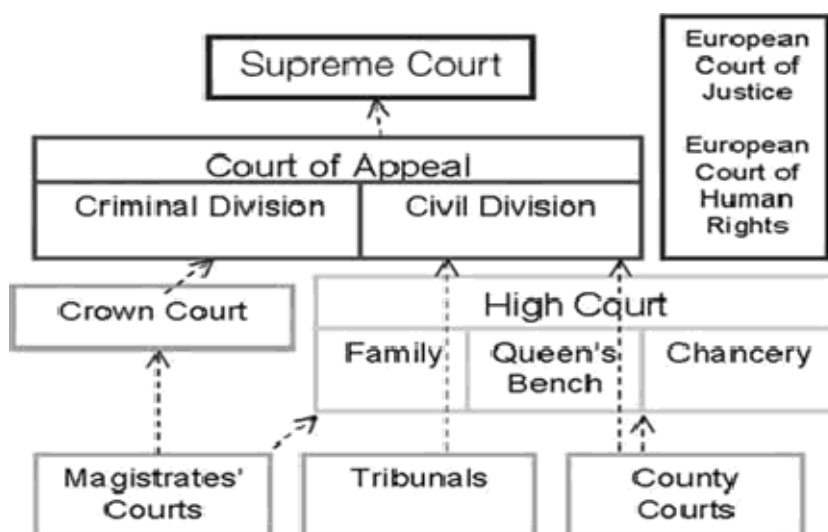
³⁷ Ks. esim. ratkaisut jutuissa *HJ (Iran) (FC) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department* ja *HT (Cameroon) (FC) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department* ([2010] UKSC 31). Muutoksenhakijat *HJ* ja *HT* olivat molemmat homoseksuaalisia miehiä – toinen Iranista toinen Kamerunista – jotka hakivat turvapaikkaa sen perusteella, että he joutuisivat vakavan syrjinnän ja vainon kohteeksi kotimaissaan seksuaalisen suuntautumisensa perusteella.

³⁸ Tuomioistuimen omien verkkosivujen mukaan se “maintains and develops the role of the highest court in the United Kingdom as a leader in the common law world” (<http://www.supremecourt.gov.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>).

³⁹ Ks. tarkemmin Practice Direction 11.

⁴⁰ HRA 2 Artikla 1 kohta (joka koskee sopimuksen sisältämien ihmisoikeuksien tulkintaa): “A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any— .(a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights”. Ks. myös Whitaker 2007: 70-72.

käyttöajattelun mukaan yhdenkään kansallisen tuomioistuimen ei tulisi ”without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law”.⁴¹ Tosin, ristiriitatilanteessa alemman aiempaa prejudikaattia ei tulisi ohittaa alemman lainkäyttöelimen toimesta, vaan pitäisi painottaa oikeusvarmuutta ja jättää EIT:n ratkaisun suhde aiempaan common law prejudikaattiin ratkaistavaksi Korkeimmalle Oikeudelle.⁴² Tässä heijastuu common law’n oikeuskulttuurinen tottuneisuus tukeutua arvovaltaisten tuomioistuinten lainkäyttöraatkaisuihin.



Kuvio 1. Iso-Britannian tuomioistuinlaitoksen rakenne

Edellä olevasta kuviosta⁴³ näkyy yksinkertaistetusti ja – toivottavasti – selkeyttäen Iso-Britannian tuomioistuinlaitoksen rakenne siten, että eurooppalaiset tuomioistuimet ovat myös mukana. Kuviosta puuttuvat Skotlannin ja Pohjois-Irlannin tuomioistuimet, mutta siitä huolimatta kuviosta näkee, että tuomioistuinlaitoksen rakenne on aiempaa selkeämpi, koska sen huipulla on yksi ylin tuomioistuin, joka on organisoitu parlamentin ylähuoneesta erilleen. Kuviosta suoraan Korkeimman

⁴¹ Lord Bingham of Cornhill’in lausuma ratkaisussa (*Ullah*) v *Special Adjudicator* [2004] UKHL 26.

⁴² Kanta ilmenee ylähuoneen aiemmasta ratkaisusta *Leeds City Council v Price* [2006] UKHL 10.

⁴³ Lähde: http://denning.law.ox.ac.uk/lrsp/overview/law_reports.php (Faculty of Law & Bodleian Law Library, University of Cambridge).

Oikeuden alla näkyvä muutoksenhakutuomioistuimien on koko nimeltään *England and Wales Court of Appeal*. Vastaavasti sen alapuolelle sijoittuva ylioikeus on koko nimeltään *England and Wales High Court*.⁴⁴ Kuviosta näkyy myös, että eurooppalaiset tuomioistuimet kuuluvat mukaan lainkäyttökoneistoon brittiläisten ylimpien lainkäyttöelinten rinnalle ja osittain niiden edellekin.

4. Pohdinta

Korkeimman Oikeuden perustaminen on erään arvovaltaisen arvion mukaan koskenut enemmän brittiläisen common law'n muotoa kuin sisältöä: "The change is one of form rather than of substance"⁴⁵ Oikeuden aineellisesta sisällöstä puhuttaessa tämä arvio lienee oikea, sillä Korkein Oikeus itsessään ei tietenkään muuta oikeutta sisällöllisesti edes sen vertaa mitä se voi tehdä omien prejudikaattiensä kautta. Aineellisoikeudellisesti on selvää, että esimerkiksi vuoden 1966 linjanveto, jonka mukaan ylähuone ei ollut enää sidottu aiempiin prejudikaatteihinsa, oli selvästi merkittävämpi oikeuden *sisällön* suhteen.⁴⁶ Tässä mielessä on edelleen mahdollista pitää *Sir William Blackstonen* (1723–1780) klassista kuvausta common law tuomareista oikeuden "elävinä oraakkeleina" paikkansa pitävänä; Korkeimman Oikeuden tuomareita voidaan kuvata osuvasti common law'n eläviksi ylimmiksi oraakkeleiksi.⁴⁷ Tästä huolimatta oikeusvertailun näkökulmasta on mahdollista puhua muutoksesta ja nimenomaan oikeuskulttuurisesta muutoksesta.

Oikeuskulttuuri ei ole erityisen tarkka käsite ja se voi tarkoittaa eri asioita.⁴⁸ Monitulkintaisuudesta huolimatta voidaan todeta, että oikeuskulttuuri yleensä viittaa asioihin, jotka ovat muodollisen oikeusjärjestyksen ulkopuolisia tekijöitä, joista tärkeimpinä voidaan mainita oikeutta koskevat pysyväisluontoiset arvot ja arvostukset. Edellä käsitelty Korkeimman Oikeuden tapaus näyttääkin olevan oikeuskulttuurisesti merkittävämpi kuin, mitä se on oikeudellisesti – jos oikeudella tarkoitetaan voimassa olevaa oikeutta. Vaikuttaa siltä, että brittiläisen common law'n asenteet ja arvot ovat lähentyneet mannermaisiksi asenteiksi ja arvoiksi; jäähmyys ja konservatiivisuus ovat asennetasolla muutoksen kourissa, päinvastoin kuin

⁴⁴ Näistä käytetään vaihtelevasti lyhenteitä joko pitkän tai lyhyen nimen mukaan: CA tai EWCA ja HC tai EWHC.

⁴⁵ Korkeimman Oikeuden presidentti Lordi Phillips of Worth Matravers puheessaan Korkeinta Oikeutta käsitellessä konferenssissa Lontoossa 2008.

⁴⁶ Ks. Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] WLR 1234. Yleisemmin ks. Harris 2002.

⁴⁷ Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Book I (<http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/>). Sitaatti kokonaisuudessaan: "...judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land".

⁴⁸ Ks. Nelken 2004.

mitä kriitikot ovat esittäneet. Eurooppalainen oikeusajattelu näyttää yhdentyvän myös perustavaa laatua olevien institutionaalisten ratkaisujen kohdalla. Ehkäpä Iso-Britannia saa vielä tällä vuosisadalla samanlaisen kirjoitetun perustuslain kuin mitä muissa Euroopan maissa on ja ehkä yhä epäsuositummaksi tullut monarkia-kin vielä lakkautetaan.⁴⁹ Mene ja tiedä.

⁴⁹ Argumenteista kirjoitetun perustuslain ja monarkian lakkauttamisen puolesta ks. esim. *Republic*-järjestön verkkosivuilta: <http://www.republic.org.uk/>.

Lähteet

Allison, J.W.F. (1996). *A Continental Distinction in the Common Law*. Oxford : Oxford University Press.

Bailey, S. H. & Gunn, M. J. (1996) *Smith & Bailey on The Modern English Legal System*. London: Sweet & Maxwell.

Blackstone, W. (1765–1769). *Commentaries on the Law of England*. Saatavissa: <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/>.

Blom-Cooper, L. & Drewry, G. (1972). *Final appeal: A study of The House of Lords in Its Judicial Capacity*. Offord: Clarendon Press.

Blom-Cooper, L., Dickinson, B. & Drewry, G. (2009). *The Judicial House of the Lords 1876–2009*. Oxford: Oxford University Press.

Dainow, J. (1966–1967). The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. *American Journal of Comparative Law* 15, 419–435.

de S.-O.-l'E Lasser, M. (2009). *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.

Harlow, C. (1980). ”Public” and ”Private” Law: Definition Without Distinction. *Modern Law Review* 45, 241–265.

Harris, B. V. (2002). Final Appellate Courts Overruling Their Own 'Wrong' Precedents: the Ongoing Search for Principle. *Law Quarterly Review* 118, 408–427.

Husa, J. (2012). Understanding Legal Languages – Concerns of the Comparative Lawyer. Teoksessa J. Baaij (Toim.). *The Role of Legal Translation in Legal Harmonisation*. The Hague: Kluwer.

Lawson, F. H. (1955). *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*. Michigan: University of Michigan.

Le Suer, A. (2004). *Building the UK's New Supreme Court – National and Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press.

Legrand, L. (1996). European Legal Systems Are Not Converging. *International and Comparative Law Quarterly* 45, 52–81.

Legrand, P. (1997). Against a European Civil Code. *Modern Law Review* 60, 44–63.

Legrand, P. (1999). *Fragments on Law and Culture*. Deventer: Tjeenk-Willink.

Leyland, P. (2007). *The Constitution of the United Kingdom*. Oxfor: Hart Publishing.

Lobban, M. (2011). Theory and Practice in the Development of the Nineteenth Century Common Law. Teoksessa C. Peterson (Toim.). *Rechtswissenschaft als juristische Doktrin*. Stockholm: Rättshistoriska institutet. 131–156.

Lord Bingham of Cornhill (2002). *A New Supreme Court for the United Kingdom*. The Constitution Unit. London.

Lord Justice Elias (2009). The Rise of the Strasbourgeoisie: judicial activism and the European Court of Human Rights. 24.9.2009. Saatavissa: <http://www.docstoc.com/docs/76393196/The-Rise-of-the-Strasbourgese--Judicial-Activism-and>.

Lord Woolf of Barnes (1995). Droit Public – English Style. *Public Law* 39, 57–71.

Maitland, F. W. (1954). *Forms of Action at Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press. (alunperin 1909).

Masterman, R. (2011). *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*. Cambridge: Cambridge University.

Mattila, H. (2002). *Vertaileva oikeuslainsivistys*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki.

Nelken, D. (2004). Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy* 29, 1–28.

O’Donnell, B. (1978). *The Old Bailey and Its Trials*. London: Greenwood Press.

Olivier, D. (1999). *Common Values and the Public-Private Divide*. Cambridge: Cambridge University.

Pejovic, C. (2001). Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal. *Victoria University Wellington Law Review* 32, 817–841.

Smith, R. (2005). Constitutional Reform, the Lord Chancellor, and Human Rights: The Battle of Form and Substance. *Journal of Law and Society* 32, 187–201.

Smits, J. (2002). *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*. Antwerp-Oxford-New York: Intersentia.

Tiefenthaler, V. (2009). Ein Supreme Court für das Vereinigte Königreich – ein Schritt zur Modernisierung der „unwritten constitution“? *Journal für Rechtspolitik* 17, 246–254.

Van Caenegem, R. C. (1988) *The Birth of the English Common Law*. Cambridge: Cambridge University.

Weiss, G. A. (2000). The Enchantment of Codification in the Common-Law World. *Yale Journal of International Law* 25, 435–532.

Whitaker, S. (2007). Precedent in English Law. Teoksessa E. Hondius (Toim.). *Precedent and the Law*. Bruxelles: Bruylant. 27–73.

Zimmermann, R. (2004). *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescriptio*. Cambridge: Cambridge University Press.

NEW PUBLIC MANAGEMENTIN ENSIMMÄISEN REFORMIAALLON PERINTÖ

Esa Hyyryläinen

1. Johdanto

Olen ollut mukana Eija Mäkisen vetämässä tutkimusryhmässä Hyvä hallinto ja perusoikeudet julkisjohtamisen tutkijana. Kiinnekohta aineidemme välillä tässä tutkimusryhmässä on kiinnostus julkisen ja yksityisen yhteistyöhön ja sopimuksellisiin toimintatapoihin sekä niiden hallinnolle ja johtamiselle asettamiin haasteisiin. Sopimuksellisuus ja sen myötä kiihtynyt julkisen ja yksityisen piirteiden yhteensulautuminen erilaisiksi hybridioorganisaatioiksi ovat merkittävältä osin seurausta New Public Managementin (NPM) ideoihin perustuvasta julkisen hallinnon ja julkisen sektorin reformoinnista 1980-luvulta lähtien. Sopimuksellisuus ja hybridisoituminen palautuvat erityisesti 1980-luvulla ja 1990-luvun alussa vallalla olleeseen NPM-suuntaukseen. Ne ovat tässä mielessä osa NPM:n ensimmäisen reformiaallon perintöä, jota tarkastelen tässä kirjoituksessani.

NPM:n perinnön arviointi on mahdollista siksi, että aikaa on kulunut tarpeeksi. Ensimmäisen reformiaallon aikaansaamat muutokset näkyvät nyt selvästi. Tarpeellista arviointi on siksi, että tämän reformiaallon luomat ongelmat ovat myös nyt selvästi näkyvissä. Tällainen arviointi on myös välttämätöntä, koska NPM:n ensimmäisen reformiaallon perintö on nyt tiivis osa hallinnon ja palveluiden järjestämisen valtavirtaa. NPM ei enää juuri näy erillisenä suuntauksena, koska se on sulautunut osaksi modernin hallintoajattelun ydintä. Esimerkiksi palveluiden järjestämistä sopimuksella yksityisen sektorin kanssa ei jouduta enää erikseen perustelemaan niin kuin vielä joitakin aikoja sitten. Oikeastaan perustelutarve on jo suurelta osin siirtynyt niille jotka haluavat tuottaa palvelut julkisten organisaatioiden omana toimintana.

2. New Public Management doktriinina ja hallintoteorianana

Hallintoreformeja ohjaavana doktriinina NPM on peräisin sellaisista anglosaksisista maista, joiden poliittisessa järjestelmässä yksi suuri puolue on kerrallaan vallassa. Tämä luo poliittiseen järjestelmään poikkeuksellisen hyvät olosuhteet kunnianhimoisten hallintoreformien läpiviemiseen. Näitä on monessa maassa hyödynnetty näyttävästi. Eurooppalaisittain NPM palautuu pitkälle Margaret

Thatcherin ja John Majorin konservatiivihallitusten hallituskausien hallintoreformeihin Iso-Britanniassa (ks. esim. Hyyryläinen 1999). Yhdysvalloissa hallintoa uudistettiin kutakuinkin vastaaviin periaatteisiin nojaten Ronald Reaganin, George Bushin ja vähän myöhemmin vielä Bill Clintonin hallinnon toimesta. Clintonin hallinnossa hallinnon uudistajan profiloitui erityisesti varapresidentti Al Gore. Kanadassa hallinnon uudistuksia NPM-hengessä johti näkyvästi pääministeri Brian Mulroney. Australiassa vastaavassa roolissa olivat pääministerit Bob Hawke ja Paul Keating. Uudessa Seelannissa pääroolin uudistajana otti aikanaan paikallisen Työväenpuolueen johtaja, pääministeri David Lange. NPM määrittyi doktriinina näiden maiden hallintoreformien mukaan. Se oli alun perin hallinnon reformoimisen käytäntöä, ei varsinaista hallintoteoriaa. Siksi myös nimitys doktriini teorian sijaan on ollut perusteltu.

NPM-hallintoteoriaakin saatiin toki melko pian. Monien vaikutuksellisten varhaisten tekstien joukosta voidaan nostaa kärkeen vuonna 1991 *Public Administration*-lehdessä julkaistu Christopher Hoodin artikkeli ”*A Public Management for All Seasons?*”⁵⁰. Isossa roolissa on ollut myös Peter Aucoinin edellisenä vuonna *Governance*-lehdessä julkaistu artikkeli ”*Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes, Pendulums*”⁵¹. Hyvin ehti mukaan myös yliopistomme kunniatohtori Christopher Pollitt, jolta vaikutuksellisten varhaisten tekstien joukkoon voidaan nostaa vuonna 1990 julkaistu teos ”*Managerialism and the Public Services: The Anglo-American Experience*”⁵². Jokaiselta on sittemmin tullut muitakin merkityksellisiä tekstejä NPM:sta. Joukkoon voitaisiin ilman muuta nostaa muitakin nimiä, sillä julkisjohtamisen tutkimuksessa NPM:sta kirjoittaminen on ollut hyvä käytäntö joka on yhdistänyt tutkimusyhteisön jäseniä yli kansallisten rajojen.

NPM oli ensimmäisen reformiaallon aikaisessa kuosissaan teoreettisesti yhdistelmä klassista managerialismia ja uutta institutionaalista taloustiedettä⁵³. Esimerkiksi Pollitt korosti tulkinnassaan NPM:n yhteyttä klassiseen managerialismiin käyttämällä Frederick Tayloriin viittaavaa termiä uustaylorilaisuus. Se on paikallaan siksi, että Taylor oli ensimmäisiä ammattijohtajuuden omistajuudesta erotelleita tutkijoita. Tämä oli välttämätöntä johtamisen tutkimuksen ja koulutuksen kehittymisen kannalta. Pollitt määritteli managerialismin yleisesti uskomukseksi siitä, että paremmalla johtamisella voidaan tehokkaasti ratkaista yhteiskunnallisia ongelmia. Tämä uskomus on NPM:n kulmakiviä. Uusi institutionaalinen talous-

⁵⁰ Hood 1991.

⁵¹ Aucoin 1990.

⁵² Pollitt 1990.

⁵³ Hyyryläinen 2004, ks. myös Barzelay 2002.

tiede perustelee NPM:n toisen kulmakiven, sopimuksellisuuden. Sen sisällä julkinen valinta korosti kilpailun tarpeellisuutta, päämies-agenttiteoria selkeytti mahdollisuuksia ohjata rationaalisia toimijoita sopimuksilla ja transaktiokustannustaloustiede kehotti kiinnittämään huomioita toiminnan kustannuksiin hallinnon ja palveluiden järjestämiseen liittyvät valinnat ratkaisevina tekijöinä.

NPM on ollut varsin hyvin esillä edustamani oppiaineen tutkimuksessa. Perustan sille ovat antaneet Ari Salmisen johdolla toteutetut tutkimukset⁵⁴. Keskeiset varhaiset NPM-reformit kuvasin itsekin neljän Euroopan maan hallintoreformeja luotaavassa väitöskirjassani⁵⁵. Se oli kuitenkin teoreettisesti ja vertailuasetelmallisesti rakennettu palvelemaan hieman toisenlaista tutkimustarvetta, eikä siksi erotu varsinaisena NPM-tutkimuksena. NPM-teoriaan pääsin paremmin käsiksi vasta kun hieman myöhemmin syvennyin paremmin sopimuksellisuuteen hallinnossa ja palveluissa⁵⁶. Jouni Niskanen väitteli tätä selvästi aikaisemmin terveydenhuollon hallintoa luotaavalla tutkimuksella, jossa oli kiistämättömiä NPM-sävyjä⁵⁷. Puhdaspiirteisinä NPM-väitöskirjatutkimuksina oppiaineestani voidaan nostaa esille Kirsi Lähdesmäen ja Ilpo Ojalan väitöskirjat⁵⁸. Lähdesmäen (nyk. Lehto) työ saattaa hyvinkin olla viitatuin kotimainen NPM-tutkimus.

3. NPM aktiivisena toisilta omaksumisena ja kansainvälisenä reformipaineena

Julkisjohtamisen oppiaineelle NPM oli tärkeä kehityspiirre mm. siksi, että se ilmeni kohtuullisen vaihtelevasti mutta riittävän samanlaisena monissa eri maissa samana ajanjaksona ja tarjosi täten erittäin hyvät edellytykset vertailevalle lähestymistavalle. Se on ollut yksi ainettamme alusta asti luonnehtiva piirre. NPM levisi hyvin maasta toiseen siksi, että sen reformimalliin kuului alusta asti näkyvästi toisilta oppiminen. Toisilta oppiminen on reformimallina Suomessa helppo ymmärtää. Meillä on ollut pitkä perinne katsoa Ruotsista mallia yhteiskunnallisia uudistuksia tehtäessä⁵⁹. Hyvä esimerkki tästä on vaiheittain 1970-luvulla maamme levinnyt peruskoulu, jonka mallia mietittäessä Ruotsin peruskoulu oli merkittävässä roolissa. Oppimisen jatkumisesta toiseen suuntaan kertoo se, että nyt ruotsalaiset koulupäätäjät käyvät Suomessa katsomassa miksi Suomi pärjää OECD:n PISA-tutkimuksissa Ruotsia paremmin. Samanlainen toisilta oppimisen

⁵⁴ Esim. Salminen 1986; Salminen & Niskanen 1996; Salminen & Viinamäki 2001.

⁵⁵ Hyyryläinen 1999.

⁵⁶ Hyyryläinen 2004.

⁵⁷ Niskanen 1997.

⁵⁸ Lähdesmäki 2003; Ojala 2003.

⁵⁹ Esim. Karvonen 1981.

käytäntö kuin Suomen ja Ruotsin välillä löytyy monista muistakin toisilleen läheisistä maapareista. Naapurilta omaksuminen on kaikkein helpointa, koska informaatiota on helposti saatavilla eikä kulttuuriero useinkaan muodostu merkittäväksi vieraan mallin omaksumisen pidäkkeeksi.

NPM:n leviämisen maasta toiseen toisilta oppimalla ovat suurelta osin taanneet kansainväliset organisaatiot, joiden agendalla hallinnon reformoiminen oli erityisesti 1990-luvulla isossa asemassa. Merkittävin asema Euroopassa on ollut OECD:lla, jossa hyvin toimiva julkinen sektori on nostettu yhdeksi maan taloudellisen menestyksen reunaehdoksi. Myös OECD:n yhteydessä toiminut uusien EU-jäsenten ”kasvattaja” SIGMA on syytä tulla tässä yhteydessä mainituksi. Se on omalla roolillaan auttanut normalisoimaan hallinnon toimintaa entisissä sosialismaissa. Kaiken kaikkiaan noin 40 000 eri jäsenvaltion virkamiestä vierailee vuosittain OECD:ssa ja osallistuu sen eri toimielimien toimintaan⁶⁰. Merkittävä osa näistä henkilöistä on jollain tavoin hallinnon kehittämisessä mukana. Tuomisenä ja viemisenä heillä on ollut koko joukko kokemuksia NPM-vetoisesta hallinnon uudistamisesta ”parhaina käytänteinä”. OECD:n ja SIGMA:n eri foorumit ovat sitten auttaneet jakamaan tätä sanomaa eteenpäin luoden merkittävää kansainvälistä reformipainetta.

NPM:n rooliin osana tätä kansainvälisten organisaatioiden luomaa ja välittämää reformipainetta on useita syitä. Pohjimmiltaan on varmasti eniten ollut kyse ajoituksesta. NPM oli muutenkin näkyvästi esillä juuri silloin kun esimerkiksi OECD:n huomio kohdistui aikaisempaa selkeämmin talouden kehityksen reunaehtoihin. Tässä mielessä erityisesti 1990-luku oli merkittävä ajanjakso. Vaikka OECD edelleenkin jatkaa myös hallinnon reformoimiseen vaikuttamista, into ei ole aivan samalla tasolla kuin 1990-luvulla. SIGMA on myös edelleen olemassa. Sen osalta kohdemaat ovat vaihtuneet sitä myöten kun aikaisemmista on tullut EU:n jäseniä. Toinen merkittävä syy NPM:n isoon rooliin OECD:ssa ja SIGMA:ssa lienee se, että se on ollut hyvin linjassa näiden keskeisten tavoitteiden kanssa. NPM sopii hyvin sellaiseen markkinatalousjärjestelmään, jonka edistämiseen erityisesti OECD on koko koneistonsa laajuudella syventynyt.

4. Ensimmäisen reformiaallon keskeiset piirteet

Erilaisia kuvauksia NPM:sta löytyy runsain mitoin mm. siksi, että se kehittyi ja muuntui jatkuvasti. Jo 1990-luvun puolivälissä Ferlie, Ashburner, Fitzgerald ja

⁶⁰ Pal 2009.

Pettigrew kuvasivat neljää toisistaan poikkeavaa NPM-suuntausta tämän kontribuution teeman kannalta järkevällä tavalla⁶¹. Liikkeelle lähdettiin ”rahalle vastiketta” hakevasta tehokkuuden tavoittelusta, jossa piti ”antaa johtajien johtaa”. Sitä seurasi aika nopeasti hallinnon supistamista ja hajauttamista korostava malli. Kolmas kehitysvaihe oli erinomaisuuden tavoittelua ja huippusuorituksia korostava malli, joista meille yliopistomaailmaankin ovat periytyneet erilaiset huippuyksiköt. Viimeisin 1990-luvulla kuvattu malli oli palvelua ja sen laatua painottava NPM-malli mm. palvelusitoumuksineen. Kaksi viimeisintä mallia menevät jo jossain määrin ajallisesti ohi tässä tarkastellun ensimmäisen reformiaallon, johon kuuluvat siten kahteen ensimmäiseen NPM-malliin liittyvät reformit. Taulukkoon 1 on kuvattu teoksen Ferlie et al pohjalta tämän ensimmäisen reformiaallon ytimen muodostavan kahden NPM-mallin keskeisiä piirteitä.

Taulukko 1. NPM ensimmäisen reformiaallon piirteitä

| Tehokkuuden tavoittelua korostavan NPM-mallin piirteitä | Supistamista ja hajauttamista korostavan NPM-mallin piirteitä |
|--|--|
| Johtamisen ja tulosvastuun korostaminen | Näennäismarkkinat |
| Tiukempi talouskontrolli | Sopimusten laajamittainen hyödyntäminen |
| Markkinaehtoisuuden ja asiakaslähtöisyyden lisääminen | Ydintoimintojen erottaminen tukitoiminnoista |
| Arvioinnin ja tulostittauksen korostaminen | Hallinnon ja palveluiden järjestämisen erottaminen niiden tuotannosta |
| Palkkauksen ja työehtojen kehittäminen henkilökohtaiseen ja tulossidonnaiseen suuntaan | Organisaatiotasojen ja henkilöstömäärän supistaminen |
| Professioiden vallan vähentäminen työn ja työehtojen määrittäjänä | Siirtyminen käskyttävästä johtamisesta verkostoja ja kumppanuuksia rakentavaan ja hyödyntävään johtamistyyliin |
| Lisääntyvä etäisyys poliittisesta päätöksenteosta uusien organisaatio- ja johtamismallien kautta | Siirtyminen standardoiduista palveluista ja palveluiden tuotantojärjestelmistä eriytyviin palveluihin sekä erilaistuviin, joustavampiin palvelujärjestelmiin |

⁶¹ Ferlie, Ashburner, Fitzgerald ja Pettigrew 1996.

NPM:n ensimmäisessä reformiaalossa tehokkuuden tavoittelun nimissä peräänkuulutettu tulosvastuu edellytti johtajuuden selkeyttämistä, selkeitä tulostavoitteita, tuloksen arvioinnin ja mittaamisen korostamista prosessien ja proseduurien valvonnan sijaan, sekä selkeän tulosityksikön rajaamista isommista ja epämääräisimmistä organisaatiomöhkäleistä. Supistamisella ja hajauttamisella oli osin samat edellytykset. Ydinkysymys sen osalta on ollut se, että kilpailulle täytyi löytyä mahdollisuuksia alempien kustannusten, suurempien tuotantomäärien ja paremman laadun perustana. Siitä lähti mm. tilaajien ja tuottajien erottaminen toisistaan. Kilpailutarpeen pyhitti ”enemmän vähemmällä”-ajattelu, joka ilmeni käytännössä kustannusten leikkaamisena, palkkakulujen kurissapitämisena ja vaikkapa sisäisenä hintana yksittäisestä kopiosta lähtien kaikelle jota tuloksen tekemisessä tarvittiin. Kaikissa edellä mainituissa piirteissä mallia katsottiin laajalti yksityisen sektorin käytännöistä.⁶²

Suomalaisittain tehokkuuden tavoittelun piirteet on pitkälti upotettu tulosohjaukseen hallinnon järjestämisen jossain määrin spesifisti suomalaisena mallina. Siinä oli NPM:n ohella vaikutteita mm. rationaalisesta suunnittelusta, tavoitejohtamisesta ja ohjelmabudjetoinnista⁶³. Tulosohjauksen osa-alueina ovat olleet laaja hallituksen ja eduskunnan hallintoon kohdistuva ohjaus budjettikehyksineen, ministeriöiden hallinnonalaansa kohdistuva ohjaus tulossopimuksineen ja organisaatioiden sisäinen ohjaus, josta aikaisemmin puhuttiin yleisesti tulosjohtamisena⁶⁴.

Supistamista ja hajauttamista korostavaan malliin kytkeytyvistä piirteistä meillä Suomessa on puhuttu laveasti markkinaehtoisuutena, markkinalähtöisyytenä tai markkinaohjauksena ja -ohjautuvuutena, tai tätä selvästi konkreettisemmin tilaaja-tuottajamalleina ja julkisina hankintoina. NPM ei siis syystä tai toisesta ole Suomessa ollut hallintopuheessa aina näkyvästi esillä omalla nimellään, vaikka sen ajatuksia meilläkin on silti seurattu yhtäläisellä pietteillä kuin monessa muussa maassa. Erityisen tilanteen NPM-oppien seuraamiselle meillä loi 1990-luvun alun syvä lama, joka katkaisi siivet jatkuvaan uusien resurssien pyytämiseen perustavalta tavalta kehittää hallintoa. Ideologista hallinnon pienentämistä esimerkiksi Thatcherin hallinnon tapaan meillä sen sijaan ei ole kovin laajasti esiintynyt⁶⁵.

⁶² Hood 1991.

⁶³ Naschold 1994.

⁶⁴ Lumijärvi & Salo 1996.

⁶⁵ En käsittele kysymystä sen pidemmälle tässä. Siitä kiinnostuneen kannattaa ehdottomasti tutustua Anu Kantolan (2002) väitöskirjatutkimukseen.

5. *NPM virkamiesosaamisen päivityksenä*

Tehokkuuden tavoittelussa ilmenevä managerialismi ja hajauttamisessa ja supistamisessa näkyvä sopimuksellisuus ovat johtaneet määrittelemään virkamiesten osaamisen aikaisemmasta poikkeavalla tavalla. Managerialismin perusedellytykset ovat hyvät johtamistaidot. Ilman niitä ei ole hyvää johtamistaakaan. Taitojen ja valmiuksien kartuttamiseen erityisesti virkamiesten täydennyskoulutuksessa on siksi panostettu aikaisempaa enemmän. Sopimuksellisuuden osalta taas on merkittävästi väliä sillä millaisessa roolissa osaaja toimii. Ainakin pidemmällä tähtäimellä on todennäköistä, että tilaajan, tuottajan ja valvojan osaamisalueet eroavat toisistaan. ”Täydellinen virkamies” NPM:n ensimmäisen reformiaallon jälkeisenä aikana omaa siksi kokolailla erilaisen kombinaation osaamista kuin ennen sitä. Tämän parempaan ymmärtämiseen voi hyödyntää ensin Hoodin ja Lodgen ja sitten Christensenin ja Lægroidin kuvaamaa neljää virkamiesosaamisen muotoa, joiden eritasoisista yhdistelmistä virkamiesosaaminen käytännössä muodostuu⁶⁶.

Varhaisinta osaamisen muotoa edustaa substanssiosaaminen⁶⁷. Se on keskeinen osa neutraalin byrokraatin osaamista ja ilmenee hyvänä perehtymisenä oman hallinnon alan keskeisiin lakeihin, asetuksiin, sääntöihin ja määräyksiin. Substanssiosaaminen linkittyy aina johonkin osaamiselle rajatun erikoistumisen mahdollistavan sisällön antavaan hallinnonalaan, eikä se ole helposti siirrettävissä hallinnonalalta toiselle. Sen tiedollisen perustan antaa koulutus, josta kehitys jatkuu karttuvana kokemuksena tietyn alan työtehtävistä. Ajan myötä tapahtuu se mitä negatiivisesti kutsutaan ”fakkiutumiseksi”, sosiaalistuminen tietylle alalle ja tiettyihin töihin. Periaatteessa sen pitäisi mennä sitä pidemmälle sellaisissa organisaatioissa mitä suuremmat mahdollisuudet on syventyä kapeaan erikoisalaan. Substanssiosaamisen kannalta NPM on saattanut olla rajoittava tekijä, sillä se on voimakkaasti korostanut mm. johtamisperiaatteiden sovellettavuutta yli sektorirajojen. Substanssiosaaminen näyttäisi virkamiesten osaamisessa painottuvan erityisesti valvontatehtävissä toimivilla virkamiehillä.

NPM johti omaksumaan johtamislähtöisen tavan tarkastella julkista hallintoa ja palveluita ja nosti samalla johtamisosaamisen keskeiseksi virkamiesosaamisen muodoksi. Keskeisessä osassa johtamiseen kohdistuvia vaatimuksia on tulosvastuu. Myös erilaisten organisaatio- ja toimintatapamuutosten aikaansaamiseen ja hallintaan on kiinnitetty aikaisempaa enemmän huomiota perus- ja täydennyskoulutuksessa. Käytännössä johtamisosaaminen on kombinaatio erilaisia valmiuksia

⁶⁶ Hoodin & Lodgen 2006 ja Christensenin & Lægroid 2011.

⁶⁷ Lähteissä terminä saksankieliseen traditioon perustuva ’fachkompetenz’.

henkilöjohtamisesta talousjohtamisen kautta vaikkapa strategiseen johtamiseen. Jokainen johtamiskouluttaja joutuu miettimään kuinka painotukset näiden välillä olisi asetettava. Mallia johtamisen osaamistarpeisiin on katsottu yritysjohtamisen käytännöistä. Tästä johtuen niin julkisen johtamisen erityisyys kuin johtamisen sektorispesiifit kysymykset ovat saaneet väistyä yleisten johtamisoppien tieltä. NPM:n ensimmäinen reformiaalto oli selkeästi yleisten johtamisoppien levittämisen aikaa.

Kolmas virkamiesosaamisen muoto on politiikkaosaaminen⁶⁸. Siinä on kyse taidosta antaa hyviä ja päteviä neuvoja poliittisen epävarmuuden leimaamissa tilanteissa. Näitä tilanteita leimaavat mm. politiikan mahdollisuudet ja mahdottomuudet, valmisteltavien päätösten ennakoitavissa olevat ja ennakoimattomat riskit ja seuraukset sekä päätösten taakse tarvittavien koalitioiden hankkiminen. Esimerkiksi valtion keskushallinnossa tämä on tärkeä virkamiesosaamisen muoto, koska niissä kaikki toiminta on jatkuvasti jonkinlaisessa yhteydessä poliittiseen järjestelmään koko kompleksisuudessaan. Sama ilmenee myös kunnissa, jossa yhteys poliittiseen päätöksentekoon voi olla selvästi tiiviimpikin. Poliitiikkaosaaminen painottuu erityisesti tilaajana toimivien virkamiesten osaamisessa.

NPM:n kuumimman kauden jälkeen korostuneita osaamisalueita edustaa parhaiten rajapintaosaamiseksi nimeämäni osaaminen, joka on keskeinen osa NPM:n ensimmäisen reformiaallon perintöä⁶⁹. Kyse siinä on pitkälti kyvystä verkostoitua ja hyödyntää verkostojaan tehtävien edellyttämällä tavalla. Julkisen toiminnan hybridisoitumisesta kertoo se, että usein tällaiset verkostot syntyvät yksityisen ja julkisen sektorin toimijoiden välille. Toinen merkittävä rajapinta on professioiden rajapinta. Rajapintaosaaminen on siksi myös kykyä toimia tehokkaasti moniammatillisessa yhteisössä. Rajapintaosaaminen on olennainen osa tuottajana ja tilaajana toimivien virkamiesten osaamista. Sopimuksellisuus on käytännössä hyvin pitkälle erilaisissa verkostosuhteissa ilmenevä piirre. Johtaminen on sen osalta myös isossa roolissa. Sen haasteena on johtaa verkostosuhteiden kautta, joka jo lähtökohtaisesti on ilman muuta hankalampaa kuin johtaminen yhden ja saman hierarkkisen organisaation puitteissa.

⁶⁸ Hoodilla ja Lodgella oli terminä melko kryptinen 'statepeople in disguise skills'. Christensen ja Læg Reid käyttivät termiä 'policy advice competence'.

⁶⁹ Lähteissä 'boundary-spanning skills/competence'.

6. *NPM kaavamaisuutena ja ylilyönteinä*

Olen joutunut kriittisesti pohtimaan omaa arvomaailmaani sitä myöten kun olen seurannut hallinnon ja julkisen johtamisen kehitystä. Olen perusvireeltäni kiistatta managerialisti, jolla on varsin luja usko hyvän johtamisen positiivisiin seurauksiin niin organisaatioissa kuin laajemmin yhteiskunnassa. Kaikki hallinnon murheena olevat kysymykset ja ongelmat eivät toki hyvälläkään johtamisella ratkea, eikä johtamisen onnistuminen ole vain ja ainoastaan kiinni siitä miten johdetaan, mutta silti johtamisella on ilman muuta väliä. NPM johti tältä osin oikeaan suuntaan. Tältä osin se toi tervetulleeseen kehityksen.

Hyväksyn myös sopimuksellisuuden periaatteessa toimivaksi tavaksi ratkaista eräitä julkisen hallinnon ja palveluiden keskeisiä kysymyksiä. Sen osalta ilmassa on kuitenkin myös eräitä huolestuttavia merkkejä. Sen mahdolliset hyödyt eivät aina realisoidu todellisiksi hyödyiksi. Sopimuksellisuutta nimittäin hyödynnetään kaavamaisesti silloinkin kun markkinatilanteen kartoitus paljastaa markkinat olemattomiksi. Tällöin ei voi syntyä riittävästi kilpailua, johon esimerkiksi kilpailuttamisen merkittävimmät edut aina palautuvat. Tällaisessa tilanteessa sopimuksellisuudelle ei ole järkeviä perusteita. Suomi ei esimerkiksi maantieteelleen mitään mahda. Reilusta viidestä miljoonasta ihmisestä ei saa kutakuinkin Saksan kokoisella maa-alueella toimivia markkinoita joka paikkaan. Kaavamainen toiminta ei siksi täällä ole paras tapa toimia. Paras tapa on toimia tilanteen mukaan.

Kaavamaisuudelle on tietenkin syynsä. Esimerkiksi julkisten hankintojen periaatteet kaventavat ilman muuta tilaajana toimivan mahdollisuuksia. Tilaamisessa ei ole samaa tilaa kuin yrityksellä olisi hankkiessaan tarvitsemiaan tavaroita ja palveluita. Tämä ei kuitenkaan ole ainut tilaajan mahdollisuuksia kaventava tekijä. Mentaliteetti, hankinnan resursointi ja osaamisvaje ovat myös merkittäviä kaavamaisuuteen johtavia tekijöitä. Tarkoitan mentaliteetillä tässä tapaa ajatella markkinaehtoisuus kaavamaisesti kaventaen toimintamahdollisuuksiaan itse. Se ilmenee esimerkiksi siinä, ettei tilannetta analysoida etukäteen vaan tukeudutaan automaattisesti johonkin tiettyyn tapaan toimia. Hankinnan aikajänteessä varsinaista hankintapäätöstä edeltävä työ on merkittävimmissä asemassa. Mitä paremmin pohjatyöt on tehty, sitä suuremmalla todennäköisyydellä tehdään oikeita asioita oikein. Tämä edellyttää kuitenkin resursseja ja riittävää osaamista. Huonosti resursoitu hankinta sortuu helpommin kaavamaisuuteen. Jos ei esimerkiksi kyetä tuotteistamaan palveluita riittävästi, niin myöskään tarjouspyyntöihin ei saada riittävän yksilöityä kuvausta hyvän hankinnan pohjaksi. Tämä onnistuu paremmin siltä, jolla on riittävä kombinaatio palveluiden substanssiosaamista ja hankintaosaamista käytettävissään.

Linja-autoliikenteen ja yhdyskuntajätteen kuljetuksen uudelleenjärjestämisen ajankohtaiset esimerkit osoittavat, että sopimuksellisuus voi myös mennä ylilyöniksi. Kummassakin tapauksessa on harkittavana markkinoiden korvaaminen näennäismarkkinoilla. Roskankuljetuksen osalta sitä perustellaan etupäässä logistikkalla. Ei kuulemma ole tarkoituksenmukaista, että usean yhtiön autot noutavat jätteitä samalta kadulta kun kaikki autot ovat menossa samalle kaatopaikalle. Linja-autoliikenteen kohdalla keskittämistä perustellaan etupäässä markkinoiden toimimattomuudella ja kermankuorinnalla. Eräillä päättäjillä ei riitä uskoa yrittäjävetoiseen ratkaisuun linja-autoliikenteen riittävyiden takeena. Harkittavana ratkaisuna molemmissa on keskitetty kilpailuttamisen perustuva tapa tuottaa palvelu. Sen ajatellaan ratkaisevan ongelmat, jotka eivät kuitenkaan markkinatalousjärjestelmässä kaikkien mielestä ole oikeastaan ongelmia. Esimerkiksi asukkaan mahdollisuus valita itse jäteyhtiönsä nimittäin katoaa, eikä mahdollisuutta hinnalla ja laadulla kilpailun hyödyntämiseen ole kuin sopimuksen katkolla ollessa.

Kummassakin tapauksessa kohdataan myös sama merkittävä ongelma, vaikutukset markkinoihin pidemmällä aikavälillä. Olisivatko edellisessä kilpailuttamisessa sopimusta vaille jääneiden yrittäjien linja-autot tai jäteautot edelleen mukana tulevissa kilpailutuksissa? Todennäköisesti eivät. Pienempien yritysten kestävyys ei tähän riittäne, joten potin korjannevat sellaiset isommat toimijat, joille jokainen kilpailutus ei ole samalla tavalla yrityksen tulevaisuuden uhka kuin pienemmälle yritykselle. Isommilla yrityksillä on myös mahdollisuus antaa tarjouksia, joiden järkevyyden yrityksen kannalta ilmenee vasta pidemmällä aikajänteellä kilpailijoiden tipahtaessa markkinoilta pois. Seuraavissa kilpailuttamisissa tilanne on pahimmillaan se, ettei kilpailun puuttuessa kilpailuttamisesta ole otettavissa hyötyjä lainkaan. Sopimuksellisuus siis voi tällä tavalla hyödynnettynä tuottaa itse omat uhkansa.

7. *Lopuksi*

Tarkastelen itse edellä kuvattua julkisjohtamisen tutkijana. NPM on ollut meille julkisjohtamisen tutkijoille iso asia, koska se on myllertänyt lähestymistapamme, arvomaailmamme ja vieläpä nostanut hyvän johtamisen julkisen hallinnon ja palveluiden keskiöön. Vaasassa se myös on vahvistanut vertailevaa lähestymistapamme. Vaikka NPM nyt on erillisenä suuntauksena tavallaan hävinnyt näkyvistä, niin se on tänä päivänä hallintoajattelun valtavirtaa. NPM ilmenee varsin vaikiintuneina käytäntöinä, joita julkiset organisaatiot soveltavat hallinnon ja palveluiden johtamisessa, organisoimisessa ja kehittämisessä. Tutkijoiden suurin kiinnostus sen sijaan kohdistuu nyt enemmän moniin uudempiin kehityspiirteisiin.

Niiden osalta ei aina huomata että niissä kiinnostavaa usein on linkki NPM-ajatuksiin joko kritiikkinä tai edelleenkehitelminä.

NPM:n juurtumiseen osaksi hallintoajattelun ydintä liittyy myös merkittäviä oikeudellisia kysymyksiä, joita on pohdittu Eija Mäkisenkin johtamissa tutkimuksissa. Työnsarkaa riittää jatkossakin. Hybridisoituminen on mm. sellainen ilmiö, joka haastaa myös oikeudellisesta näkökulmasta hallintoa tarkastelevat tutkijat. Sille miten pitkälle julkinen voi toimia kuten yksityinen on omat oikeudelliset rajansa, joita koetellaan jatkuvasti käytännön hallinto- ja palvelutoiminnassa. Yksityisen ja julkisen piirteet voivat kyllä sulautua yhteen hyvän matkaa, mutta eivät ilman merkittäviäkin ongelmia. Hankintoja ei mm. voi toteuttaa samalla tavalla kuin yritykset niitä toteuttavat hankkiessaan toisiltaan tavaroita tai palveluita, vaan tältä osin julkisen erityisyys tulee säilymään. Julkisessa johtamisessa yleisemminkin on omat oikeudelliset pidäkkeensä, jonka vuoksi julkisen organisaation johtajalla ei ole samaa tilaa toimia kuin yritysjohtajalla olisi kutakuinkin vastaavissa tilanteissa.

NPM:n ensimmäinen reformiaalto kuitenkin lisäsi julkisjohtajien liikkumatilaa. Nyt voi tehdä asioita, joista ei aikaisemmin tarvinnut tietää mitään. Vastuu on kasvaneen toimintavapauden käänköpuoli. En pysty sanomaan onko se isommassa roolissa kuin ennen NPM-reformeja. Erilaista se ehkä silti on painottuessaan nyt vahvasti tulosvastuuseen. Tätä isompi muutos on kuitenkin se, että organisaatiot ovat avautuneet yksityiselle sektorille uudella tavalla. Se on NPM:n reformiaallon keskeisin perintö, josta alkanut hallinto- ja palvelujärjestelmien muutos haastaa meidät tutkijoina taatusti jatkossakin.

Lähteet

Aucoin, P. (1990). Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes, Pendulums. *Governance* 3, 115–137.

Barzelay, M. (2002). Origins of the New Public Management: An international view from public administration/political science. Teoksessa K. McLaughlin, S. P. Osborne & E. Ferlie (Toim.). *New Public Management: Current Trends and Future Prospects*. London: Routledge. 15–33.

Christensen, T. & Læg Reid, P. (2011). Administrative Reforms and the Complexification of Competences Requested from Civil Servants: The Case of Norway. Teoksessa J.-M. Eymeri-Douzans & J. Pierre (Toim.). *Administrative Reforms and Democratic Governance*. London: Routledge. 41–54.

Ferlie, E., Ashburner, L., Fitzgerald, L. & Pettigrew, A. (1996). *The New Public Management in Action*. Oxford: Oxford University Press.

Hood, C. (1991). A Public Management for All Seasons? *Public Administration* 69, 3–19.

Hood, C. & Lodge, M. (2006). *The Politics of Public Sector Bargains: Reward, Competency, Loyalty – and Blame*. Oxford: Oxford University Press.

Hyyryläinen, E. (1999). *Reformit, hallintopolitiikka ja yhdenmukaistuminen: vertaileva tutkimus neljän Euroopan valtion 1980- ja 1990-lukujen hallintopoliittisen päätöksenteon yhdenmukaistumisen edellytyksistä*. Vaasa: Acta Wasaensia No 73, Hallintotiede 5.

Hyyryläinen, E. (2004). *Sopimuksellisuus, talous ja johtaminen: New Public Management sopimusohjauksessa ja julkisten organisaatioiden sopimustenhallinnassa*. Vaasa: Vaasan yliopiston julkaisuja, Tutkimuksia 256, Hallintotiede 31.

Karvonen, L. (1981). ”Med vårt västra grannland som förebild”: En undersökning av policydiffusion från Sverige till Finland. Åbo: Meddelanden från stiftelsen för Åbo Akademi forskningsinstitut nr. 62.

Lähdesmäki, K. (2003). *New Public Management ja julkisen sektorin uudistaminen: Tutkimus tehokkuuseriaaiteista, julkisesta yrittäjyydestä ja tulosvastuusta sekä niiden määrittelemistä valtion keskushallinnon reformeista Suomessa 1980-luvun lopulta 2000-luvun alkuun*. Vaasa: Acta Wasaensia No 113, Hallintotiede 7.

Lumijärvi, I. & Salo, S. (1996). *Valtionhallinnon tulosohtausjärjestelmä parlamentaarisen ohjauksen ja valvonnan näkökulmasta*. Vaasa: Vaasan yliopiston julkaisuja, Selvityksiä ja raportteja 7.

Naschold, F. (1994). *The Modernization of the Public Sector in Europe: A Comparative Perspective on the Scandinavian Experience*. Helsinki: Ministry of Finance.

Niskanen, J. (1997). *Markkinaohjautuvuuden vaikutus arvoihin julkisessa sairaanhoidossa*. Vaasa: Acta Wasaensia No 56, Hallintotiede 3.

Ojala, I. (2003). *Managerialismi ja oppilaitosjohtaminen*. Vaasa: Acta Wasaensia No 119, Hallintotiede 8.

Pal, L. A. (2009). The OECD and Global Public Management Reform. *Hrvatska Javna Uprava* 9: 4, 1057–1089.

Pollitt, C. (1990). *Managerialism and the Public Services: The Anglo-American Experience*. Oxford: Basil Blackwell.

Salminen, A. (1986). *Yksityinen, julkinen ja markkinatalous*. Helsinki: Gaudeamus.

Salminen, A. & Niskanen, J. (1996). *Markkinoiden ehdoilla? Arvioita markkinaohjautuvuuden toteutumisesta julkisessa sektorissa*. Helsinki: Valtiovarainministeriö, Vaasan yliopisto, yhteiskuntatieteellinen tiedekunta.

Salminen, A. & Viinamäki, O-P. (2001). *Market Orientation in the Finnish Public Sector: From Public Agency to Privatised Company*. Helsinki: Ministry of Finance, University of Vaasa.

TIEDONANTOVELVOLLISUUS TULO- VEROTUKSESSA JA PERUSTUSLAINMUKAISUUS

Asko Lehtonen

1. Johdanto

Verolainsäädännön rakenteen hallitsevana piirteenä on epäyhtenäisyys, sirpaleisuus ja harmonisoinnin puute. Lainsäädäntöön sisältyy mitä moninaisempia verolajeja ja verolakeja. Ne sisältävät monia toisistaan poikkeavia tiedonantovelvollisuutta tai ilmoittamisvelvollisuutta koskevia säännöksiä. Niitä kaikkia ei ole mahdollista käsitellä yhden artikkelin puitteissa. Aiheen käsittelyssä keskityn tuloverotukseen, mikä koskee useimpia kansalaisia ja yrityksiä.⁷⁰

Tuloverotusta koskevasta ilmoittamis- ja tiedonantovelvollisuudesta säädetään lähinnä verotusmenettelystä annetun lain (VML) 2 ja 3 luvussa (7–25 §).⁷¹ VML 2 ja 3 luvun monet pykälät sisältävät pitkiä säännöksiä ja luetteloita (kuten VML 16 ja 17 §), joten niiden yksityiskohtainen käsittely ei ole mahdollista eikä tarkoituksenmukaista.

VML:n tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten perustuslainmukaisuutta on a) tutkittu kovin harvoin lainsäädäntövaiheessa ja b) käsitelty niukasti vero-oikeudessa,⁷² minkä vuoksi asian esittely voi toimia “herätteenä” tai uutena avauksena niin veronsaajien kuin verovelvollisen näkökulmasta.

Perustuslakivaliokunta on vuonna 2005 ottanut kantaa tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten perustuslainmukaisuuteen. Tulos ei ollut kovin mairitteleva. Samoja ongelmia näyttää esiintyvän yhä edelleen. Enimmät ongelmat ovat koskeneet Verohallinnon määräystenantovaltuuksia.

⁷⁰ Tosin on huomattava, että arvonlisäverotusta ja työnantajasuorituksia koskevat säännökset tiedonantovelvollisuudesta ovat monessa suhteessa melko samanlaisia kuin tuloverotuksessa.

⁷¹ VML:n 2 luvun otsikossa käytetään ilmaisua “Verovelvollisen ilmoittamisvelvollisuus” ja VML:n 3 luvussa otsikkoa “Sivullisen tiedonantovelvollisuus”. Jäljempänä käytetään ilmaisujen lyhentämiseksi termiä tiedonantovelvollisuus, jolla tarkoitetaan sekä ilmoittamis- että tiedonantovelvollisuutta, jos jossakin kohdin ei ole toisin sanottu.

⁷² Vero-oikeudellisessa kirjallisuudessa on käsitelty yleisellä tasolla PL 80 §:n soveltamista. Ks. esim. Kontkanen 2002: 208–211 ja Söderlund 2009, passim. Jälkimmäisessä tutkimuksessa on selvitetty monipuolisesti perustuslain ja verosäännösten välistä suhdetta veronhuojennusten näkökulmasta.

Käytännön soveltamistasolla perustuslainmukaisuuden puute voi aiheuttaa, 1) että Verohallinnolla ei olekaan säännösten mukaista tiedonsaantioikeutta ja 2) että verovelvollisella ei ole tiedonantovelvollisuutta. Heijastusvaikutukset voivat olla moninaisia. Hallinto-oikeudellisten sanktioiden, kuten veronkorotuksen, määrääminen saattaa estyä, koska veronkorotuksen määräämisessä on kysymys Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 6(1) artiklassa tarkoitetusta ”rikossyytteestä”, mikä edellyttää EIS:n artikloiden mukaisten periaatteiden noudattamista. Tiedonantovelvollisuutta koskevan normipohjan heikkous voi olla esteenä rikoslain 29 luvun 1 §:n 3) kohdassa tarkoitetun passiivisen veropetoksen tunnusmerkistön täyttymiselle.

2. *Säännösten tulkinnanvaraisuus*

Aluksi on syytä kiinnittää huomiota VML:n tiedonantovelvollisuutta koskevien eräiden säännösten tulkinnanvaraisuuteen ja epätasällisyyteen. Perustuslakiuudistuksen yhteydessä edellytettiin verolain säännöksiltä tietynlaista täsmällisyyttä.⁷³

VML 2 ja 3 luvun säännöksiin sisältyy monia sellaisia ilmaisuja, jotka eivät ole tarkkarajaisia vaan tulkinnanvaraisia. Esimerkkinä voidaan mainita seuraavat ilmaisut:

- 1) ”verotusta varten” (VML 7.1 §),
- 2) ”muut verotukseen vaikuttavat tiedot” (VML 7.1 §),
- 3) ”muita kuin edellä tarkoitettuja verotusta koskevia ilmoituksia” (VML 7.8 §),
- 4) ”jotka saattavat olla tarpeen” (VML 11 ja 19 §),
- 5) ”verotusta varten tarpeelliset tiedot” (VML 15.1 §),
- 6) ”Verotukseen vaikuttavia, taloudellista asemaa koskevia tietoja” (VML 19 §) ja
- 7) ”tietoja voi olla saatavissa” (VML 23 §).

Siteeratun ilmaisut ovat normatiivisia eli arvostusta edellyttäviä ilmaisuja.

⁷³ Ks. tarkemmin HE 1/1998 s. 135. Verolain säännösten täsmällisyysvaatimuksesta veronhuojennussäännösten osalta ks. Söderlund 209: 26, 33, 194–201.

Ilmaisujen semanttisesta moniselitteisyydestä (yleisyydestä) johtuen ei ole selvää, tarkoitetaanko ilmaisulla a) kaikkia merkitysvaihtoehtoja (laajentava tulkinta) vai b) pelkästään joitakin tiettyjä niistä (supistava tulkinta). Eräiden siteerattujen kielellisten ilmaisujen epäselvyydestä johtuen niiden merkitysalue on täsmentymätön. Joitakin ilmaisuja voidaan pitää semanttisesti epämääräisinä eli niiden käyttörajat ovat epämääräisinä.

Siteeratuille ilmaisuille ei ole “löydettävissä” tarkkarajaista merkityssisältöä, vaan soveltajan on annettava niille merkityssisältö. Ilmaisujen epäselvyys luo epävarmuutta niin verotuksen toimittajalle kuin verovelvolliselle. VML:n tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten epätasällisyyteen on kiinnittänyt kriittisesti huomiota myös Eduskunnan perustuslakivaliokunta.⁷⁴

Sanottujen säännösten epätasällisyyden lisäksi on aiheellista kiinnittää huomiota siihen seikkaan, että käytettyjen käsitteiden alaa on pyritty laaventamaan ns. perusteluilla säätämisen avulla eli esittämällä lakiesityksen perusteluissa luonnehdintoja, jotka tavanomaisen oikeudellisen kielenkäytön mukaan eivät kuulu käsitteen alaan. Käytän esimerkkinä VML 7.1 §:ään sisältyvää ilmaisua “verotusta varten”. Prima facie ilmaisu “verotusta varten” voi vaikuttaa yksiselitteiseltä, jos otetaan huomioon traditionaalisesti VML 4 luvun säännöksissä tarkoitettu verotuksen toimittaminen. Ilmaisulle “verotus” on haluttu antaa muun muassa sellainen merkityssisältö, että käsite kattaisi myös veron perinnän.⁷⁵ Toisin sanoen verotuksen toimittamisen lisäksi käsitteen alaan kuuluisivat asiat, joista säädetään perinteellisesti veronkantolaissa, veroulosottolaissa ja ulosottolaissa. Jossain määrin ongelmalliselta tuntuisi sellainen tilanne, että tuloverotusta toimittava verovirasto pyytäisi verovelvolliselta VML:n veronkorotus- ja rangaistusuhkaan tukeutuen tietoja tuloista ja varallisuudesta meneillään olevaa ulosottoa varten. Tällainen näkemys käsitteen “verotus” alasta vierittäisi esimerkiksi rikoslain 29 luvun 1 §:ssä kriminalisoidun veropetossäännöksen tunnusmerkistön rikoslain 36 luvun 1 §:ssä tarkoitettua ulosmittauspetoksen puolelle.⁷⁶

Käsitteen “verotus” alaa on pyritty laaventamaan lakiesityksen perusteluissa jopa VML 1 ja 2 §:n soveltamisalasäännöksissä tarkoitettuja veroja ja maksuja koskevan tuloverotuksen ulkopuolisiin verotusmenettelyihin, kuten perintö- ja lahjaverotukseen sekä kiinteistöverotukseen.⁷⁷ Kovin vahvalta argumentilta ei vaikuta

⁷⁴ Ks. PeVL 35/2005 ja PeVL 40/2005 sekä VaVM 22/2005.

⁷⁵ Ks. HE 336/1994 ja HE 131/1995: 27.

⁷⁶ Ks. problematiikasta tarkemmin Lehtonen 1986: 188, 261–262 ja 264–266.

⁷⁷ Ks. HE 131/1995: 24.

muissa verolaeissa olevat osittaiset viittaussäännökset VML:iin.⁷⁸ Jotensakin oudolta tuntuisi sellainen asiantila, että lahjaverotusta varten vaadittaisiin tietoja tukeutumalla tuloverotusta varten säädettyihin veronkorotus- ja rangaistussanktioihin, koska sellaisesta oikeustilasta ei ole eksplisiittisiä säännöksiä.⁷⁹

Sanotunlaisten laventavien tulkintojen tulisi merkitä vastavuoroisesti sitä, että verovelvollisen itsekriminalisointisuoja pitäisi laajentaa yli äyräittänsä,⁸⁰ mitä seikkaa ei liene otettu huomioon laventavia tulkintoja kirjoitettaessa. Lakiesityksen perusteluissa esitettyjä laventavia tulkintoja tulisi välttää, jos halutaan ottaa huomioon PL 80.1 ja 81 §:ssä tarkoitetut lailla säätämisen edellytykset sekä niihin liittyvät säännösten täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimukset.⁸¹ Yksilöiden oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädettävä lailla, mikä on yksiselitteistä muun muassa PL 80.1 §:n säännösten nojalla. Sama lailla säätämisen vaatimus on PL 81 §:ssä vielä erikseen ja yksilöidymmin liitetty verotukseen.⁸² Lailla säätämisen kriteereitä eivät oikein täytä ns. perusteluilla säätäminen.

3. *Perustuslainmukaisuuden ennako- ja jälkivalvonta*

Lakien perustuslainmukaisuuden valvonnassa on tapana erottaa a) ennakkovalvonta ja b) jälkivalvonta.

Perustuslain säännöksiin perustuva lakien perustuslainmukaisuuden ennakkovalvonta tapahtuu lakiesityksen käsittelyn yhteydessä Eduskunnassa. Valvontatehtävä kuuluu PL 74 §:n mukaisesti perustuslakivaliokunnalle. Valiokunnan tehtävänä on antaa lausunto sen käsittelyyn tulevien lakiehdotusten perustuslainmukaisuudesta.⁸³

Praktisen tason ongelma liittyy kysymykseen, mitkä lakiesitykset tulevat perustuslakivaliokunnan ennakkovalvonnan piiriin. Perustuslaissa ei ole yleisiä säännöksiä esimerkiksi siitä, miten verolakiesitys perustuslainmukaisuuden käsittely saadaan vireille perustuslakivaliokunnassa⁸⁴. Eduskunnassa suoritettava ennako-

⁷⁸ Tekstissä sanotun kaltaisen laventavan tulkinnan tarvetta vähentänevät esimerkiksi kiinteistöverolain ilmoittamismenettelyn täydentäminen. Ks. HE 6/2012.

⁷⁹ Viittaussäännöksiin liittyvistä ongelmista ks. tarkemmin Lehtonen 1984: 32–72 ja Torkkel 2011: 82–84.

⁸⁰ Itsekriminalisointisuojan vaikutuksista ilmoittamisvelvollisuuteen ks. esimerkiksi Äimä 2012: 172–183 ja siinä mainitut lähteet

⁸¹ Ks. HE 1/1998: 131–132.

⁸² Ks. Knuutinen 2009: 47 ja Pikkujämsä 2001: 44–48.

⁸³ Ks. tarkemmin esim. Saraviita 2011: 626–643.

⁸⁴ Ks. kuitenkin PL 42.2 §:n säännös. Ks. tarkemmin esim. Saraviita 2011: 411–418.

valvonta on jäänyt lainsäädäntökäytännön varaan. Lakiesitys saatetaan yleensä perustuslakivaliokunnan käsittelyyn, jos sitä on ehdotettu lakiesityksen perusteluissa tai jos Eduskunnan erityisvaliokunta pyytää lausuntoa perustuslakivaliokunnalta.⁸⁵ Toisin sanoen lakiesityksen perustelujen puutteellisuus tai erityisvaliokunnan passiivisuus voi johtaa siihen, ettei lakiesitys tule perustuslakivaliokunnan käsittelyyn lakiehdotuksen perustuslainmukaisuuden arvioimista varten.

VML:n tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten perustuslainmukaisuutta on vuonna 2005 arvioitu kahdesti perustuslakivaliokunnassa, kuten edellä on todettu. Tämän jälkeen niitä ei ole saatettu perustuslakivaliokunnan käsiteltäviksi, vaikka näitä säännöksiä on muutettu monia kertoja. VML:n tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten perustuslainmukaisuus on jäänyt sittemmin varmentamatta ainakin Eduskunnan ennakkovalvonnan puitteissa. Ennakkovalvonnan hyödyntämiseen olisi ollut erityistä syytä, koska lakiesitykset eivät läpäisseet vuonna 2005 perustuslakivaliokunnan käsittelyä kritiikittä.

Tuomioistuimille on annettu PL 106 §:n nojalla oikeus suorittaa sen käsiteltävänä olevassa yksittäistapauksessa lain säännöksen perustuslainmukaisuuden jälkivalvontaa.⁸⁶ Tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle. Soveltamisedellytykseksi on asetettu melko korkea ”ilmeisyyskriteeri” eli tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa.⁸⁷

Tematiikan kannalta on PL 106 §:n säännöstä mielenkiintoisempi PL 107 §:ssä säädetty perustuslainmukaisuuden jälkivalvonta. PL 107 § koskee asetuksia ja muita lakia alemmanasteisia säädöksiä. Kysymys on perustuslain ja lain vastaisen lakia alemmanasteisten säännösten soveltamiskiellosta. Oikeusvaikutuksista säädetään PL 107 §:ssä seuraavaa:

PL 107 §. *Lakia alemmanasteisten säädösten soveltamisrajoitus.* “Jos asetuksen tai muun lakia alemmanasteisen säädöksen säännös on ristiriidassa perustuslain tai muun lain kanssa, sitä ei saa soveltaa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa.”⁸⁸

⁸⁵ Ks. yksityiskohdista tarkemmin esim. Jyränki & Husa 2012: 350–357.

⁸⁶ Ks. tarkemmin esim. Saraviita 2011: 907–921.

⁸⁷ Soveltamiskäytännöstä ja sen kritiikistä ks. tarkemmin Jyränki & Husa 2012: 358–369 ja siinä mainitut lähteet.

⁸⁸ Saman sisältöinen säännös sisältyi aikaisemmin hallitusmuodon 92.2 §:ään.

Tässä säännöksessä ei ole asetettu PL 107 §:ssä tarkoitettua “ilmeisyyskriteeriä”. Jälkivalvontaa ovat oikeutettuja ja velvollisia suorittamaan niin tuomioistuimet kuin muut viranomaiset. Asetuksen tai muun lakia alemmanasteisen säädöksen säännös on jätettävä soveltamatta, jos sanotunlainen säännös on ristiriidassa perustuslain tai muun lain kanssa.

Sanottu soveltamiskielto­säännös on ollut normina tehokkaasti voimassa oikeuskäytännössä ja sitä koskevaa oikeuskäytäntöä on runsaasti niin Korkeimmasta hallinto-oikeudesta kuin Korkeimmasta oikeudesta. Esimerkkinä voidaan mainita verotuksen osalta: KHO 1978 B I 51 (plenum 22-2), mikä koski sähköveroa, ja KHO 1987 B II 615, mikä koski työnantajan sosiaaliturvamaksua.⁸⁹ PL 107 §:n mukaista soveltamiskieltoa on sovellettu a) sisällöltään lainvastaisiin säännöksiin ja b) väärässä järjestyksessä eli ilman riittävää lainsäätäjän valtuutusta annettuihin säädöksiin.

4. *Lailla säätämisen vaatimus*

Aluksi lienee aiheellista palauttaa mieleen perustuslain säännökset lailla säätämisen vaatimuksesta. PL 80 §:n säännökset on niiden tärkeyden vuoksi aihetta referoida tässä yhteydessä in extenso:

80 §. *Asetuksen antaminen ja lainsäädäntövallan siirtäminen.* Tasavallan presidentti, valtioneuvosto ja ministeriö voivat antaa asetuksia tässä perustuslaissa tai muussa laissa säädetyn valtuuden nojalla. Lailla on kuitenkin säädettävä yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista sekä asioista, jotka perustuslain mukaan muuten kuuluvat lain alaan. Jos asetuksen antajasta ei ole erikseen säädetty, asetuksen antaa valtioneuvosto.

Myös muu viranomainen voidaan lailla valtuuttaa antamaan oikeussääntöjä määrätyistä asioista, jos siihen on sääntelyn kohteeseen liittyviä erityisiä syitä eikä sääntelyn asiallinen merkitys edellytä, että asiasta säädetään lailla tai asetuksella. Tällaisen valtuutuksen tulee olla soveltamisalaltaan täsmällisesti rajattu.

Siteeratuissa säännöksissä säädetään lainkohdan otsikon mukaisesti a) asetuksen antamisesta ja b) lainsäädäntövallan delegoinnista.

Tämän lisäksi PL 80.1 §:ssä säädetään lailla säätämisen vaatimuksesta. Kysymys on uudesta säännöksestä, mikä on lisätty Suomen perustuslakeihin vasta nykyisen

⁸⁹ KHO:n oikeuskäytännöstä ks. esim. Hallberg 2011: 865–866.

perustuslain säätämisen yhteydessä. PL 80.1 §:n toisen virkkeen säännöksestä ilmenee, että *lailla* on säädettävä yksilön a) oikeuksien ja b) velvollisuuksien perusteista. Säännöksellä on tarkoitettu, että kaikki yksilön oikeusasemaan vaikuttavat keskeiset säännökset tulee antaa Eduskunnan hyväksymällä lailla. Toisin sanoen kysymys on valtiorjärjestyksen perusteisiin kuuluvasta lähtökohdasta, jonka mukaan valta säätää yleisesti sitovia oikeussääntöjä kuuluu Eduskunnalle.⁹⁰

PL 80.1 §:n toisen virkkeen säännöksen ilmaisulla “asioista, jotka perustuslain mukaan muuten kuuluvat lain alaan” on tarkoitettu muun muassa 1) perusoikeuksia ja 2) verotusta koskevia perustuslain säännöksiä eli PL 81.1 §:n ja 121.3 §:n säännöstä.⁹¹ Verolainsäädäntöön liittyy siten korostettu lailla säätämisen vaatimus.

Perustuslakivaliokunta on lainsäädäntökäytännössään soveltanut edellä mainittuja perustuslakia koskevan hallituksen esityksen perusteluissa lausuttuja seikkoja. Perustuslakivaliokunta on lausunnoissaan kiinnittänyt huomiota PL 80.1 §:n toisen virkkeen säännöksiin lailla säätämisen vaatimukseen, kun kysymys on ollut VML:n mukaisesta tiedonantovelvollisuudesta. Perustuslakivaliokunnan mukaan verotusmenettelyyn kohdistuvan sääntelyn arvioinnissa on merkityksellinen myös PL 81.1 §:n säännös. Tämän säännöksen mukaan verosta on säädettävä lailla, joka sisältää säännökset a) verovelvollisuuden ja vero suuruuden perusteista sekä b) verovelvollisen oikeusturvasta.⁹²

Havaintojeni mukaan vuoden 2005 jälkeen perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi ei ole jostain syystä saatettu VML:n tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten perustuslainmukaisuutta. Tämän vuoksi perustuslakivaliokunnan vuonna 2005 esittämillä kannanotoilla on edelleen merkitystä.

5. Määräystenantovaltuus

Lainsäädäntövallan siirtämisestä (delegoinnista) säädetään PL 80 §:ssä, kuten edellä on todettu. Perustuslaissa tai muussa laissa säädetyin valtuuden nojalla Tasavallan presidentti, Valtioneuvosto ja ministeriö voivat antaa asetuksia. Muulle viranomaisille voidaan delegoida lainsäädäntövaltaa PL 80.2 §:ssä säädetyin tiukoin edellytyksin. “Muu viranomainen” voidaan pelkästään lailla valtuuttaa an-

⁹⁰ Ks. HE 1/1998: 131.

⁹¹ Ks. HE 1/1998: 132.

⁹² Ks. PeVL 35/2005 ja PeVL 40/2005.

tamaan oikeussääntöjä vain määrätyistä asioista. Delegointiin tulee olla sääntelyn kohteeseen liittyviä erityisiä syitä. Asianomaisen sääntelyn asiallinen merkitys ei saa edellyttää, että asiasta säädetään lailla tai asetuksella. Valtuutuksen tulee lisäksi olla soveltamisalaltaan täsmällisesti rajattu.

Perustuslakivaliokunta on vakiintuneesti todennut lainsäädäntökäytännössään, että PL 80.2 §:n mukaan “muu kuin saman pykälän 1 momentissa mainitun asetuksenantaja” voidaan lailla valtuuttaa antamaan oikeussääntöjä määrätyissä asioissa, a) jos siihen on sääntelyn kohteeseen liittyviä “erityisiä syitä” b) eikä sääntelyn asiallinen merkitys edellyttä, että asiasta säädetään lailla tai asetuksella. Tällaisen valtuutuksen tulee lisäksi olla soveltamisalaltaan “täsmällisesti” rajattu.⁹³

Perustuslakivaliokunta on lisäksi lausunut vakiintuneesti, a) että lainsäädäntövaltaa ei PL 80 §:n säännöksistä ilmenevän periaatteen mukaan tule yleensä siirtää ministeriötä alemmalle viranomaiselle ja b) että muulle viranomaiselle voidaan osoittaa oikeussääntöjen antamisvaltaa vain poikkeuksellisesti.⁹⁴

“Erityinen syy” säätää viranomaisen määräystenantovallasta on käsillä lähinnä silloin, kun kysymys on “tekninen” ja “vähäisiä yksityiskohtia” koskeva sääntely, johon ei liity merkittävää “harkintavallan” käyttöä.⁹⁵

Perustuslakivaliokunnan kannan mukaan määräystenantovaltuuden tulee täyttää sääntelyn “täsmällisyyden ja tarkkuuden” vaatimukset.⁹⁶

Perustuslakivaliokunta on edelleen katsonut, että määräystenantovaltuuksien säätämistä viranomaiselle rajoittaa PL 80.1 §:n säännös lain alasta eli lailla säätämisen vaatimus esimerkiksi silloin, kun kysymys on yksilön velvollisuuksien perusteista. Perustuslakivaliokunta on lausunnoissaan kiinnittänyt huomiota PL 80.1 §:n säännöksiin käsitellessään VML:n mukaista tiedonantovelvollisuutta. Tämän lisäksi verotusmenettelyyn kohdistuvan sääntelyn arvioinnissa on merkityksellinen myös PL 81.1 §:n säännös, jonka mukaan verotuksesta on säädettävä lailla.⁹⁷

⁹³ Ks. PeVL 35/2005 ja PeVL 40/2005. Ks. lisäksi Hautamäki 2009: 184–185.

⁹⁴ Ks. PeVM 10/1998: 23 ja PeVL 35/2005.

⁹⁵ Ks. HE 1/1998: 133 ja PeVL 35/2005.

⁹⁶ Ks. PeVL 12/1996 ja PeVL 35/2005 sekä HE 1/1998: 133.

⁹⁷ Ks. PeVL 35/2005 ja PeVL 40/2005.

Sinänsä perustuslakivaliokunta on katsonut, että “teknisluonteinen” norminanto soveltuu verotuksen toimeenpanosta vastaavan asiantuntijaviraston (Verohallituksen) tehtäväksi.⁹⁸

6. Ongelmatilanteita

Perustuslakivaliokunta on vuonna 2005 kahdesti arvioinut PL 80.1 §:ssä tarkoitetun lailla säätämisen vaatimuksen täyttymistä ja määräyksenantovaltuuksia edellä mainittujen kriteerien avulla VML:n eräiden tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten osalta. Perustuslakivaliokunnan kannanottojen kohteena olivat lakiesitykset HE 91/2005 ja HE 144/2005.⁹⁹

Yksittäisten säännösten merkitystä on helpompi arvostella, kun tunnetaan taustalla olevat todelliset vaikuttimet. Edellinen lakiesitys (HE 91/2005) liittyi perustavoitteiltaan ns. valtiontalouden tuottavuusohjelmaan, mihin julkisen hallinnon yleisen kehittämislinjauksen mukaisesti kuului verohallinnon omana tavoitteena vähentää palvelussuhteessa olevien henkilöiden määrä 6 300 henkilöstä 5 000 henkilöön vuoteen 2012 mennessä. Tämän tavoitteen toteuttamiseksi otettiin käyttöön tuloverotuksessa ns. koneverotus ja esitäytetyt veroilmoitukset sekä laajennettiin veronoikaisumahdollisuutta verovelvollisen vahingoksi ja muutettiin eräitä verotuksen toimittamista koskevia säännöksiä, kuten tiedonantovelvollisuutta¹⁰⁰. Tarkoituksena ei ollut enää kaikkien tuloveroilmoitusten tutkiminen verohallinnon henkilöstön toimin, vaan tavoitteiden saavuttamiseksi pidettiin riittävänä sitä, että veroilmoituksista tutkittaisiin manuaalisesti enintään 30 prosenttia ns. valikoinnin perusteella.¹⁰¹ Toisin sanoen menoleikkausten toteuttamiseksi saivat väistyä verokertymän maksimointi ja verovelvollisten oikeusturva.

Jälkimmäiseen lakiesitykseen (HE 144/2005) ei liittynyt yhtä haastavia tavoitteita, vaikka verolainsäädännön muutos oli merkittävä. Lainmuutoksilla kumottiin varallisuusverolaki eli luovuttiin varallisuusverotuksesta ja säädettiin laki varojen arvostamisesta verotuksessa.

⁹⁸ Ks. PeVL 35/2005. Verohallinnon pääjohtaja päättää nykyisin Verohallinnon toimivaltaan kuuluvien määräysten antamisesta (verohallintolain 8.3 §). Päätöksenteko tapahtuu esittelystä. Esityksen valmistelun tulee tapahtua erillään määräyksen soveltamiseen liittyvän hallintopäätösten tekemisestä. Pääjohtaja ei voi ottaa ratkaistavakseen verotusta koskevaa yksittäistä asiaa. Norminanto ja yksittäisten veroasioiden ratkaiseminen on eriytetty perustuslakivaliokunnan lausunnon mukaisesti. Ks. PeVL 5/2008 ja VaVM 5/2008.

⁹⁹ Ks. PeVL 35/2005 ja PeVL 40/2005.

¹⁰⁰ Ks. VaVM 22/2005.

¹⁰¹ Ks. HE 91/2005: 16.

Eduskunnan lainsäädäntökäytännön mukaan perustuslakivaliokunnan lausunnon-
saan esittämä ns. ponsilausuma lakiehdotuksen säästämisyjärjestyksestä merkitsee
sitovuutta lakiesityksen myöhemmässä käsittelyssä. Muut lausumat ovat laadul-
taan lähinnä suosituksia erityisvaliokunnalle.¹⁰²

VML:n tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten perustuslainmukaisuuden
arvioinnin konkretisoimiseksi otan tarkemman käsittelyn kohteeksi kaksi eri esi-
merkkiä. Ensimmäisenä esimerkkinä käytän lakiehdotuksen säännöstä, jonka
osalta perustuslakivaliokunta esitti lausunnoissaan sitovana pidettävän ponsilau-
suman lainsäätämisyjärjestyksestä.

6.1. Ilmoittamisvelvollisuuden rajoittaminen

Luontevalta saattaisi tuntua se, että lainsäädäntövallan delegointi hallintoviran-
omaiselle kävisi joustavimmin silloin, kun viranomaisella olisi valtuus myöntää
lieventäviä poikkeuksia verovelvollisille. Tällainen näkökulma ei ole kuitenkaan
sopuosoitussa valtiojärjestyksen perusteiden systematiikan kanssa.

Hallituksen lakiesityksessä HE 91/2005 ehdotettiin VML 7.3 §:ään säännöstä,
jonka mukaan verovelvollisen on palautettava veroilmoitus, “jollei Verohallitus
toisin määrää.”

Perustuslakivaliokunnan mukaan kysymys on viranomaisen rajoituksettomasta
toimivallasta antaa laista poikkeavia määräyksiä. Perustuslakivaliokunnan lau-
sunnoissa viitattiin tämän kannan tueksi useisiin valiokunnan aikaisemmin anta-
miin lausuntoihin.¹⁰³ Toisin sanoen verolain valmistelussa oli heikosti perehdytty
perustuslakivaliokunnan lainsäädäntökäytäntöön.

Perustuslakivaliokunta edellytti lainsäätämisyjärjestyksestä koskevana ehtona tavalli-
selle lainsäätämisyjärjestykselle, että normiantovaltuutta täsmennetään määräyk-
senantovaltan käyttämistä rajaavin tai ohjaavin maininnoin esimerkiksi siitä, a)
missä tarkoituksessa tai b) millaisia tilanteita silmällä pitäen viranomaisen voi
määrätä asiasta toisin.

Perustuslakivaliokunta totesi lausunnoissaan lisäksi, 1) että normiantovaltuudet
tulee lainsäädännössä muotoilla lakia tarkempien määräysten antamista tarkoitta-
viksi, 2) että PL 80 §:n säännökset rajoittavat suoraan a) valtuussäännöksen tul-

¹⁰² Ks. tarkemmin esim. Hautamäki 2002: 141–144, Jyränki & Husa 2012: 349–357, Lavapuro
2010, passim ja Saraviita 2011: 138.

¹⁰³ Ks. PeVL 35/2005 sekä PeVL 20/2004 ja siinä mainitut valiokunnan muut lausunnot.

kintaa ja b) valtuuksien nojalla annettavien määräysten sisältöä sekä 3) että viranomaisen määräyksellä ei voida antaa “yleisiä oikeussääntöjä” esimerkiksi sellaisista asioista, joista perustuslain mukaan on säädettävä lailla tai asetuksella.¹⁰⁴

Valtiovarainvaliokunta poisti VML 7.3 §:stä Verohallituksen määräystenantovaltuutta koskevat säännökset. Valtuussäännös korvattiin suoralla sääntelyllä laissa. Verovelvollisen ilmoittamisvelvollisuudesta ja sen rajoituksista säädetään tyhjentävästi VML 7.3 §:n säännöksissä.¹⁰⁵ Samalla poistui ongelma Verohallituksen määräystenantovaltuuden ulottuvuudesta ja täytyi lailla säätämisen vaatimus.

6.2. Viranomaisen avoin valtuus laajentaa ilmoittamisvelvollisuutta

Esimerkkinä voidaan käyttää hallituksen lakiesitykseen HE 91/2005 sisältynyttä VML 7 §:n 6 momentin muutosehdotusta.

Lakiesityksessä HE 91/2005 oli uutta VML 7.6 §:ää koskeva säännösehdotus, jonka mukaan verovelvollisen olisi tullut antaa verotusta varten myös muita kuin samassa pykälässä edellä tarkoitettuja verotusta koskevia ilmoituksia “sen mukaan kuin Verohallitus määrää”. Tosiasiallisesti tarkoituksena oli siirtää valtiovarainministeriön asetukseen sisältynyt asia Verohallituksen määräystenantovaltuuden piiriin.¹⁰⁶ Tämä merkitsi lainsäädäntövallan delegoinnin siirtämistä PL 80.1 §:n puitteista saman pykälän 2 momentissa säädettyjen tiukkojen edellytysten piiriin.

Lakiesityksen perustelujen mukaan “muita verotusta koskevia ilmoituksia” olisivat mm. a) tilikauden muutoksen johdosta annettava ilmoitus sekä b) asunto- ja kiinteistöosakeyhtiön antama ilmoitus huoneiston verotusarvon perusteista sekä kiinteistössä tai rakennuksessa tapahtuneista muutoksista.¹⁰⁷ Tämäkin ilmoittamisvelvollisuus olisi voitu siirtää asetuksesta lakiin samalla tapaa kuin tehtiin saman lainmuutoksen yhteydessä sijoitusrahaston osalta.

Perustuslakivaliokunnan lausunnon mukaan VML 7.6 §:ää koskeva säännösehdotus perustaisi viranomaiselle “avoimen valtuuden” laajentaa VML 7.1 §:ssä säädettäväksi ehdotettua verovelvollisen ilmoitusvelvollisuutta. Valiokunnan käsi-

¹⁰⁴ Ks. PeVL 35/2005.

¹⁰⁵ Ks. VaVM 22/2005. Valtiovarainvaliokunta tukeutui valtuussäännöksen poistamisessa myös valtiovarainministeriön lausuntoon.

¹⁰⁶ Hallituksen lakiesityksen perusteluissa oletettiin, että ehdotettu valtuus antaa ilmoittamisvelvollisuuden sisällöstä tarkempia määräyksiä olisi perustuslain mukainen. Ks. HE 91/2005: 32.

¹⁰⁷ Ks. HE 91/2005: 32.

tyksen mukaan kysymys voi kuitenkin olla vain viranomaisen toimivallasta antaa VML 7.1 §:n säännöstä tarkempia määräyksiä asiasta. Lausunnossa katsottiin, että valtuussäännöstä on syytä tarkistaa valiokunnan edellyttämällä tavalla.¹⁰⁸

Verovelvollisen ilmoittamisvelvollisuuden perussäännös sisältyy VML 7.1 §:ään. Lakiesityksen HE 91/2005 mukainen VML 7.1 §:n ilmoittamisvelvollisuuden perussäännös on edelleen seuraavan sisältöinen (22.12.2005/1079):

“Verovelvollisen on verotusta varten ilmoitettava veroviranomaiselle veronalaiset tulonsa ja varansa, niistä tehtävät vähennykset ja muut verotukseen vaikuttavat tiedot.”

Lakiesityksen perustelujen mukaan ilmaisun “muut verotukseen vaikuttavat tiedot” tarkoittamat seikat koskivat mm. a) verovapaita osinkotuloja, mikä liittyy TVL 136 §:n kattosäännökseen, b) muuttuneita kiinteistötietoja, mitä tarvittiin varallisuusverotuksessa ja c) lapsen huoltajuussuhteessa tapahtuneita muutoksia, mikä liittyy alijäämähyvityksen enimmäismäärään.¹⁰⁹

Valtiovarainvaliokunta täsmensi perustuslakivaliokunnan ehdotuksen mukaisesti VML 7.6 §:n säännöksiä. Valtiovarainvaliokunta muotoili määräystenantovaltuuden seuraavan sisältöiseksi:

“Verovelvollisen on verotusta varten annettava veroilmoituksen lisäksi myös muita 1 momentissa tarkoitettuja tietoja koskevia ilmoituksia. Verohallitus antaa tarkemmat määräykset ilmoitusten antamisajankohdasta ja -tavasta sekä muusta menettelystä.”

Valtiovarainvaliokunnan muotoilemalla sanamuodolla rajoitettiin Verohallituksen määräystenantovaltuus VML 7.1 §:ssä tarkoitettuihin tietoihin. Valtuutuksen sisältöä täsmennettiin siten, että Verohallitus antaa tarkemmat määräykset ilmoitusten antamisajankohdasta ja -tavasta sekä muusta menettelystä ilmoitusten antamiseksi.¹¹⁰

Nytemmin VML 7.6 §: säännös on siirretty VML 7.8 §:ksi seuraavan sisältöisenä:

“Verovelvollisen on verotusta varten annettava myös muita kuin edellä tarkoitettuja verotusta koskevia ilmoituksia. Verohallinto antaa tarkemmat

¹⁰⁸ Ks. PeVL 35/2005.

¹⁰⁹ Ks. HE 91/2005: 31–32.

¹¹⁰ Ks. VaVM 22/2005.

määräykset ilmoitusten antamisajankohdasta ja -tavasta sekä muusta menettelystä ilmoitusten antamiseksi. (11.6.2010/520)”

VML 7.8 §:n säännöksestä on poistunut sidonnaisuus VML 7.1 §:ssä säädettyyn verovelvollisen ilmoittamisvelvollisuuden perussäännökseen.

VML 7.8 §:n säännös perustuu hallituksen lakiesitykseen HE 144/2005, mistä perustuslakivaliokunta antoi lausuntonsa PeVL 40/2005. Tässä lausunnossa perustuslakivaliokunta toisti ne seikat, jotka valiokunta oli aikaisemmin samana vuonna esittänyt samoista VML 7 §:n säännöksistä. Valtiovarainvaliokunnan tarkoituksena oli tehdä VML 7.8 §:ään perustuslakivaliokunnan esittämät muutokset. Näiden muutosten yhteydessä jäivät kuitenkin pois viittaukset VML 7.1 §:ssä säädettyyn verovelvollisen ilmoittamisvelvollisuuden perussäännökseen.¹¹¹

VML 7.8 §:n säännöstä ei ole sittemmin saatettu perustuslakivaliokunnan käsiteltäväksi säännöksen perustuslainmukaisuuden arvioimiseksi, joten täyttä varmuutta ei ole siitä, tyydyttääkö valtiovarainvaliokunnan muotoilu perustuslakivaliokunnan näkemyksiä.

Lakitekstin perusteella ei ole suoraan pääteltävissä, mitä ovat nämä VML 7.8 §:ssä mainitut “muut ilmoitukset”. Jokainen lukija voi itse suorittaa vertailuja, vastaako VML 7.8 §:n nykyinen muotoilu perustuslakivaliokunnan edellyttämiä “täsmällisyyttä ja tarkkuutta” koskevia vaatimuksia.¹¹²

PL 80.1 §:n mukaan *lailla* on säädettävä yksilön velvollisuuksien perusteista. Ongelmallisena voidaan pitää kysymystä, onko kaikista ilmaisun “muuta verotusta koskevia ilmoituksia” tarkoittamista yksilön ilmoittamisvelvollisuuksien perusteista säädetty “laissa” tavalla, joka täyttää täsmällisyysvaatimuksen.

Vertailuja voidaan tehdä VML 10.1 §:n säännöksiin veroilmoituksessa annettavista tiedoista, joita muutettiin edellä mainituilla hallituksen lakiesityksillä HE 91/2005 ja HE 144/2005 ja joista perustuslakivaliokunta antoi edellä sanotut lausuntonsa PeVL 35/2005 ja PeVL 40/2005. Valtiovarainvaliokunta teki kummankin lakiesityksen käsittelyn yhteydessä VML 10.1 §:n säännöksiin perustuslakivaliokunnan esittämät muutokset. Muutoksiin kuului VML 10.1 §:n säännöksen mukaisen ilmoittamisvelvollisuuden rajoittaminen VML 7.1 §:ssä tarkoitettuihin tietoihin. Tämä perustuslakivaliokunnan esittämä rajoitus sisältyy VML 10.1 §:n säännökseen vielä nykyisinkin (11.6.2010/520). Analogiatulkinnan avulla tai te-

¹¹¹ Ks. VaVM 44/2005.

¹¹² Ks. HE 1/1998: 131–132.

leologiseen tulkintatapaan tukeutuen voidaan esittää tulkintakannanotto siitä, että VML 7.8 §:n säännöstä olisi tulkittava samalla tavalla kuin VML 10.1 §:n säännöstä. Toisin sanoen molempiin säännöksiin liittyy ilmoittamisvelvollisuuden rajoitus VML 7.1 §:ssä tarkoitettuihin tietoihin.

7. *Velvollisuuksien laintasoisuusvaatimus*

VML 2 ja 3 luvun säännöksiin sisältyy perustuslainmukaisuuden näkökulmasta myös muita ongelmallisia säännöksiä, kuten esimerkiksi VML 16.13 ja 17.13 §:n säännökset Verohallinnon norminantovaltuudesta. Näitä säännöksiä ei ole saatettu perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi. Kaikkia säännöksiä ei ole mahdollista käsitellä tässä yhteydessä tarkemmin.

Viimeisenä konkretisointina otan esille muistiinpanovelvollisuutta koskevat säännökset, joihin liittyy perustuslainmukaisuuden näkökulmasta sekä positiivisia että negatiivisia piirteitä. Muistiinpanovelvollisuudesta säädetään VML 12 ja 13 §:ssä. Kumpaankin lainkohtaan sisältyy delegointisäännöksiä.

Muistiinpanovelvollisuutta koskevat perussäännökset sisältyvät VML 12 §:ään. Tämän lisäksi VML 12.2 §:n kolmanteen virkkeeseen sisältyy nykyisin seuraava delegointisäännös:

“Verohallinto antaa muistiinpanojen ja tositteiden säilyttämisvelvollisuutta koskevia tarkempia määräyksiä.” (11.6.2010/520)

Muistiinpanojen ja tositteiden säilyttämisvelvollisuudesta säädetään VML 12.2 §:n toisessa virkkeessä. Kolmas virke sisältää delegointisäännöksen, jonka mukaan Verohallinto voi antaa lakia tarkempia määräyksiä säilyttämisvelvollisuudesta.

VML 12.2 §:n sanottu delegointisäännös oli perustuslakivaliokunnan arvioitava vuonna 2005. Positiivisena seikkana on todettava, että perustuslakivaliokunnan lausunnossa mainittiin tämä säännös esimerkkinä asianmukaisesta delegointisäännöksestä.¹¹³

Monessa suhteessa ongelmallisena esimerkkinä on syytä mainita VML 13.1 §:n säännös, joka koskee muistiinpanovelvollisuutta ja norminantovallan delegointia. VML 13 §:n otsikko on seuraava: “Tarkemmat ilmoittamisvelvollisuuteen liittyvät määräykset”. Tosiasiallisesti VML 13.1 §:n säännöksessä on kysymys muis-

¹¹³ Ks. PeVL 35/2005.

tiinpanovelvollisuuden laajuutta ja sisältöä koskevasta norminantovallan delegoinnista. VML 13.1 §:n säännös on nykyisin seuraavan sisältöinen:

“Verohallinto voi antaa muistiinpanovelvollisia, muistiinpanoja ja muistiinpanokirjaa koskevia tarkempia määräyksiä.” (11.6.2010/520)

Vuoden 2010 lainmuutos liittyy nykyisen verohallintolain säätämiseen. Hallituksen lakiesitys HE 288/2009 sisälsi yhteensä 236 sivua, mutta lakiesityksen perustelut olivat vain 22 sivun pituiset. Perusteluissa ei käsitelty lainkaan VML 12 §:ää.

Lakiesityksen perusteluissa mainittiin VML 13 §:n osalta pelkästään, että asetustenantovaltuus poistetaan tarpeettomana, koska tarkemmat määräykset oli antanut Verohallinto.¹¹⁴ Toisin sanoen lakiesityksen pykäläkohtaisten perustelujen mukaan lainmuutoksen eräänä tarkoituksena oli saattaa aikaisempi illegaalinen oikeustila jollakin tavoin “lainmukaiseksi”. Yleisluonteisemmissa perusteluissa lausutaan tosin, että valtuutussäännöksiä tarkistettaisiin sanamuodoltaan tarkkarajaisemmiksi ja täsmällisemmiksi.¹¹⁵ Tällainen tarkistus suoritettiin VML 13 §:n 2 momentin suhteen muttei 1 momentin osalta. Samalla jäi merkille panematta VML 12.2 §:n kolmannen virkkeen ja VML 13.1 §:n päällekkäisyys.

Valtiovarainvaliokunnan mietinnön perustelut olivat kaikkiaan puolentoista sivun pituisia ja niissä vain lueteltiin esimerkinomaisesti eräitä VML:n muutoksia.¹¹⁶

Lakiesitystä HE 288/2009 ei saatettu miltään osin perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi.

Jokainen lukija voi itse tehdä havaintoja asianomaisen Verohallinnon päätöksen perusteella (VHp ilmoittamisvelvollisuudesta ja muistiinpanoista). Päätöksen 35–41 §:ssä on määräyksiä muistiinpanovelvollisuudesta. Säännökset ovat pitkiä ja ne sisältävät yleensä monia momenteja tai laajoja luetteloita.

PL 80.1 §:n mukaan *lailla* on säädettävä yksilön velvollisuuksien perusteista, kuten edellä on selvitetty. Epäselvänä voidaan siten pitää sitä kysymystä, voiko Verohallinto pätevästi antaa määräyksiä muistiinpanovelvollisuuden laajuudesta ja sisällöstä, jos “tarkemmat” määräykset eivät koske vain “teknisiä” ja “vähäisiä yksityiskohtia”, joihin ei liity merkittävää “harkintavallan” käyttöä.

¹¹⁴ Ks. HE 288/2009: 24.

¹¹⁵ Ks. HE 288/2009: 23.

¹¹⁶ Ks. VaVM 12/2010.

Muistiinpanovelvollisuutta koskevat säännökset paljastavat perustuslakivaliokunnan suorittaman ennakkovalvonnan puutteen. Delegointisäännös voi olla ennakkovalvonnan kohteena, jos delegointisäännöksen sisältävä lakiesitys saatetaan perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi. Sen sijaan delegointisäännöksen nojalla annettavat määräykset eivät ole Eduskunnan ennakkovalvonnan kohteena. Ainoaksi mahdollisuudeksi jää viime kädessä tuomioistuimien suorittama jälkivalvonta.

8. Lyhyet johtopäätökset

Monet verolait on säädetty ennen nykyisen perustuslain voimaantuloa. Ne eivät ole siten alunperinkään voineet olla nykyisen perustuslain edellyttämän perustuslainmukaisuuden ennakkovalvonnan kohteena, minkä suorittaa perustuslakivaliokunta.

Edellä käsitellyt esimerkit antavat viitteitä siitä, että muun muassa verotusmenettelylain tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten osalta saattaisi olla suositeltavaa harkita, että lainmuutokset alistettaisiin perustuslakivaliokunnan käsiteltäväksi säännösten perustuslainmukaisuuden arvioimiseksi. Perustuslakivaliokunnan ennakkovalvonnan puute painottaa jälkivalvonnan tarvetta, minkä jälkivalvonnan suorittavat viime kädessä tuomioistuimet.

Nykyinen oikeustila on nurinkurinen kahdessa suhteessa Eduskunnan näkökulmasta. Tiedonantovelvollisuutta koskevat VML:n osittain niukat säännökset ja delegointisäännösten nojalla annetut Verohallinnon päätökset, jotka voivat sisältää kymmenittäin pykälää, merkitsevät tosiasiallisesti sitä, että perustuslain mukainen lainsäädäntövalta on käytännössä siirtynyt Eduskunnalta Verohallinnolle. Verohallinnon päätökset sisältävät perusrakenteiltaan samat säännökset vuodesta toiseen, joten epäselvänä voidaan pitää PL 80.2 §:ssä tarkoitettujen edellytysten täyttymistä delegoinnin tarpeellisuuden suhteen. Vallitseva asiantila merkitsee myös sitä, että Verohallinnon päätösten lukuisiin säännöksiin perustuvan oikeustilan perustuslainmukaisuuden ennakkovalvonta ei ole Eduskunnan eli primääriä lainsäädäntövaltaa käyttävän valtioelimen toimivallassa, vaan perustuslainmukaisuuden arviointi siirtyy jälkivalvontana lain soveltajalle, viime kädessä tuomioistuimille.

Edellä käsitellyt seikat tukevat myös sitä käsitystä, että niin veronsaajan kuin verovelvollisten edun mukaista olisi se asiantila, että verolakien valmisteluun olisi käytettävissä riittävät henkilöresurssit ja aikaa. VML 2 luvun säännöksiä vaivaa epäsystemaattisuus, päällekkäisyys sekä eräiden säännösten keskinäinen ristiriita (vrt. esim. VML 19 § ja 22.3 §).

Lähteet

Hallberg, P. (toim.) (2011). *Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset*. Helsinki: WSOYpro.

Hautamäki, V-P. (2002). *Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja*. A-sarja N:o 232. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Hautamäki, V-P. (2009). Normihierarkian joustavuudesta. Teoksessa *Juhlajulkaisu Mikael Hiden 1939 - 7/12 - 2009*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. C-sarja N:o 40. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys. 171–190.

Jyränki, A. & Husa, J. (2012). *Valtiosääntöoikeus*. Helsinki: Helsingin Kamari Oy.

Knuutinen, R. (2009). *Muoto ja sisältö vero-oikeudessa – erityistarkastelussa rahoitus- ja sijoitusinstrumentit*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 292. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Kontkanen, E. (2002). *Pankin verotus. Tutkimus pankin verotuksesta erityisesti pankkitoiminnan sääntelyn ja verotuksen hallinnollisen ohjauksen näkökulmasta*. Helsinki: Talentum Media Oy.

Lavapuro, J. (2010). *Uusi perustuslakikontrolli*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 301. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Lehtonen, A. (1984). *Verorikoksista*. 3. painos. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos. Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 16. Turku: Turun yliopisto.

Lehtonen, A. (1986). *Veropetoksesta*. RL 38 luvun 11 §:n 1 momentin tunnusmerkistöstä lähinnä tulo- ja varallisuusverotuksen kannalta. Helsinki: Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy.

Pikkujämsä, M. (2001). *Oikeusperiaatteet ja arvonalisäverotus kiinteistöalalla*. Helsinki: Talentum Media Oy.

Saraviita, I. (2011). *Perustuslaki*. Toinen painos. Helsinki: Talentum Media Oy.

Söderlund, S. (2009). *Oikeus ja kohtuus verotuksessa. Oikeustieteellinen tutkimus verovelvollisen oikeudesta ja viranomaisen velvollisuudesta myöntää harkinnanvaraisia veronhuojennuksia*. Helsinki: Talentum Media Oy.

Torkkel, T. (2011). *Tuloveron laskeminen. Vero- ja kirjanpito-oikeudellinen tutkimus yhteisön tuloveron laskemisesta*. Helsinki: Edita Publishing Oy.

Äimä, K. (2011). *Veroprosessioikeus. Ihmis- ja perusoikeuksien sekä EU-oikeuden vaikutukset verotusmenettelyyn ja muutoksenhakuun erityisesti tuloverotuksessa*. Helsinki: WSOYpro Oy.

- HE 336/1994. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi verotuslain, enakkoperintälain, arvonlisäverolain ja verohallintolain sivullisen tiedonantovelvollisuutta ja viranomaisten välistä tietojenvaihtoa koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 131/1995. Hallituksen esitys Eduskunnalle veronkantaiksi ja laiksi verotusmenettelystä sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.
- HE 1/1998. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- HE 91/2005. Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden verotusmenettelyyn liittyvien säännösten muuttamisesta.
- HE 144/2005. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi varallisuusverolain kumoamisesta ja laiksi varojen arvostamisesta verotuksessa sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.
- HE 288/2009. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi Verohallinnosta ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 6/2012. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kiinteistöverolain muuttamisesta.
- PeVL 12/1996. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 7/1996 laiksi sijoituspalveluyrityksistä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- PeVM 10/1998. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 1/1998 uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- PeVL 20/2004. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 77/2004 laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidon lain sekä eräiden muiden lakien muuttamisesta.
- PeVL 35/2005. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 91/2005 eräiden verotusmenettelyyn liittyvien säännösten muuttamisesta.
- PeVL 40/2005. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 144/2005 laiksi varallisuusverolain kumoamisesta ja

laiksi varojen arvostamisesta verotuksessa sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.

- PeVL 5/2008. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 148/2007 laiksi Verohallinnosta ja siihen liittyvien eräiden lakien muuttamisesta.
- VaVM 22/2005. Valtiovarainvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 91/2005 eräiden verotusmenettelyyn liittyvien säännösten muuttamisesta.
- VaVM 44/2005. Valtiovarainvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 144/2005 laiksi varallisuusverolain kumoamisesta ja laiksi varojen arvostamisesta verotuksessa sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.
- VaVM 5/2008. Valtiovarainvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 148/2007 laiksi Verohallinnosta ja siihen liittyvien eräiden lakien muuttamisesta.
- VaVM 12/2010. Valtiovarainvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 288/2009 laiksi Verohallinnosta ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.

UUSI SOLIDAARISUUS – POHJANA HYVINVOINTIYHTEISKUNNAN KEHITYKSELLE

Seija Ollila, Harri Raisio & Pirkko Vartiainen

1. Johdanto

Tämän artikkelin tarkoituksena on tarkastella suomalaista hyvinvointiyhteiskuntaa solidaarisuuden ja kansalaisten osallistumisen välisenä kysymyksenä. Oletuksemme on, että vaikka suomalaiset yhä edelleen kannattavat vahvaa hyvinvointivaltiota, ei sen perusta enää nykyisin nojaa tasa-arvon, empatian ja solidaarisuuden ideaaleihin yhtä vahvasti kuin ennen. Pohdimme, olisiko deliberatiivisen kansalaisosallistumisen kautta mahdollista vahvistaa tai jopa kehittää niin sanottua uutta solidaarisuutta suomalaisessa yhteiskunnassa.

Perustelemme tarkastelumme oikeutuksen sillä, että suomalainen hyvinvointiyhteiskunta on viimeisten kahdenkymmen vuoden aikana kokenut suuria muutoksia niin rakenteellisesti ja toiminnallisesti kuin asenteellisestikin. Uudistukset ovat koskeneet ja koskevat esimerkiksi palvelurakennetta, perusturvaa ja ennaltaehkäisevää sosiaali- ja terveystyötä. Samoin kaikki hyvinvointijärjestelmän rahoitus- ja toteuttamismekanismit ovat edelleen muutosten kohteena. Näihin muutoksiin kuuluu myös tämän kirjan perusteema julkisen ja yksityisen rajapinnasta.

Artikkelimme tulee keskittymään hyvinvointiyhteiskunnan asenteelliseen muutokseen. Sitten hyvinvointiyhteiskunnan 1960- ja 1970-lukujen kehittämishuipun, on asenteiden jyrkkeneminen erilaisia sosiaaliturvan varassa eläviä ryhmiä kohtaan ollut silmiinpistävä. Tästä kertoo muun muassa se, että ilman suurempia kannanottoja yhteiskunnassamme hyväksytään suuret elinajanodotteen erot ja jatkuva tuloerojen kasvu eri tuloluokkien ja erilaisten ihmisryhmien välillä. Näihin eroihin voi tutustua esimerkiksi Tarkiainen ym. ja Tilastokeskuksen julkaisuista¹¹⁷. Lisäksi eriarvoisuus hyväksytään, ainakin välillisesti, kun nykyistä vahvemmin ei puututa siihen, että olemassa olevalla kuntarakenteella ei ole mahdollista turvata kaikkien kansalaisten palvelutarpeita. Suomessa on tosiasiaa hyväksytty myös se, että esimerkiksi maantieteellinen sijainti määrittää, miten laadukkaita palveluja ja laadukasta hoitoa kansalaisilla on mahdollisuus saada kotiseudullaan. Näemme, että tässä on perimmiltään kysymys hyvinvointiyhteiskun-

¹¹⁷ Tarkiainen ym. 2011; Tilastokeskus 2011.

nan rakentamiskauden solidaarisuusideaalin heikkenemisestä ja yksilöllisyyttä korostavien toimintamallien vahvistumisesta. Pohdimmekin seuraavassa lyhyesti solidaarisuuden sisältöä ja merkitystä.

2. *Solidaarisuus yhteisöllisenä toimintana*

Solidaarisuuden perusajatus on, että yhteiskunnan hyvinvointi edellyttää hyvää ihmisten välistä ja yhteisöjen sisäistä yhteisymmärrystä. Yhteisön hyvinvointi rakentuu jokaisen jäsenen hyvinvoinnista ja kollektiivisesta yhteisöllisyydestä. Koettu hyvinvointi yhdistyy ryhmän tai yhteisön jäsenyyteen ja näiden kautta rakentuviin sosiaalisiin suhteisiin¹¹⁸. Kyse ei siis ole pelkästään passiivisista tunteista ja tuntemuksista, vaan halusta toimia oikeasti yhteisen hyvän puolesta. Solidaarisuus nähdäänkin pitkälti samanlaisuutena tai yhtäläisyytenä ihmisten välillä, jolloin arvot, uskomukset ja valmiudet tukea avun tarpeessa olevia ovat vahvoja ja tarkoittavat aktiivista toimintavalmiutta sekä tekoja.

Käsitteenä solidaarisuus on hyvin monitulkintainen. Se tarkoittaa yksilön tavoitteiden yhdentymistä kollektiivisiin tavoitteisiin, oman edun tavoittelun vähentymistä yhteisen hyvän vuoksi sekä myötätuntoa ja luottamuksellisuutta kanssaihmissä kohtaan. Solidaarisuusajattelun mukaan ihmiset ovatkin olennaisesti riippuvaisia toisistaan. Ihmisten syvimät arvot, periaatteet ja ihmissuhteet määrittyvät vuorovaikutuksessa, osana yhteisöä¹¹⁹.

Usein ajatellaan, että solidaarisuus kiinnittyy pelkästään sellaiseen joukkoon ihmisiä tai yhteisöjä, joilla on yhteisiä tehtäviä, haasteita, intressejä tai yhteistä hyvää jaettavanaan, mutta usein myös yhteinen vastustaja. Näin ei kuitenkaan ole, sillä useimmat ihmiset asettavat reiluuden oman etunsa edelle. He auttavat toisia ja antavat anteeksi, vaikka se olisi heidän etujensa kannalta irrationaalista. Taustalla vaikuttavat silloin myötätunto, hyväntahtoisuus ja oikeudenmukaisuus. Oikeudenmukaisuudesta poiketen solidaarisuus edustaa kuitenkin aina enemmän ”me-ajattelua”, kun taas oikeudenmukaisuus on puolueeton yksilöllinen näkökulma¹²⁰.

Filosofi John Rawls on esittänyt kuuluisan oikeudenmukaisuusteorianensa yhteydessä niin sanotun eroperiaatteen. Tämän periaatteen mukaisesti epätasa-arvo

¹¹⁸ Saari 2011.

¹¹⁹ Kuusela & Saastamoinen 2006: 9–25; Valkama & Ollila 2011: 184–194; Häyry 2011: 297–303.

¹²⁰ Laitinen & Pessi 2011: 297–303.

olisi oikeudenmukaista ja hyväksyttyä silloin, kun se hyödyntää kaikkein huono-osaisimpia. Tällöin Suomessa tuloerojen kasvu olisi hyväksyttyä, jos se olisi kaikista huono-osaisimpien hyödyksi. Tutkimukset kuitenkin osoittavat, että tilanne harvoin on tämän kaltainen¹²¹. Wallgrenin mukaan väite, että rikkaat voisivat rikastua samalla huono-osaisten aseman parantuessa, on menettänyt uskottavuutensa¹²².

Kyseessä on eettinen valintatilanne. Suomalainen hyvinvointiyhteiskunta joutuu valitsemaan, annettaanko arvo rikkaille tarkoitetun vaurastumisen lupaukselle vai huono-osaisten ihmisarvon kunnioittamiselle. Valinta ei ole helppo, mutta sitä ei voida sivuuttaa esimerkiksi väittämällä ihmisten ahneuden olevan muuttumaton. Wallgren korostaakin, että "moraalinen horisonttimme" eli se, mitä arvostamme ja mitä pidämme tärkeänä, voi muuttua¹²³. Tämä muutos ei kuitenkaan ole helppo, eikä se tapahdu hetkessä. Muutos ei voi myöskään perustua siihen arvopohjaan, joka oli olemassa suomalaista hyvinvointivaltiota rakennettaessa.

Tämän päivän Suomi on nähtävissä jo varsin heterogeenisena yhteiskuntana, arvoinaan omavastuu, kilpailu ja riskinotto. Eryteisesti solidaarisuus on kärsinyt globalisaation etenemisen, maahanmuuton lisääntymisen ja yhteiskunnallisen pirstaloituneisuuden kasvun myötä. Tätä kuvastaa hyvin Lähdesmäen tutkimus, jossa hän kysyi lukiolaisnuorten mielipiteitä muun muassa suomalaisesta hyvinvointivaltiosta¹²⁴. Yhtenä tutkimustuloksena nousee esiin nuorten näkemys ahneuden ja itsekkyyden lisääntymisestä. Kysymyksiä herättävää oli, että nuorten mukaan vuonna 2030 olisi paljon todennäköisempää, että terroristit hyökkäisivät Suomeen kuin että naapurit jakaisivat omaisuutta toistensa kanssa.

Edellä kuvatut tarkastelut saavat pohtimaan nykyisen ja tulevan suomalaisen hyvinvointiyhteiskunnan perustaa. Millaiselle pohjalle se tulisi rakentaa, jos aikaisemmat käsitykset solidaarisuuden ilmiöstä eivät enää päde? Kun yhteiskunnallinen muutos on vahvasti muokannut solidaarisuuden käsitteistöä, ei tulevaisuuden hyvinvointiyhteiskunnan kehittämisessä nähdäksemme ole enää mahdollista nojata traditionaaliseen solidaarisuusajatteluun. Esitämme tulevaisuuden hyvinvointiyhteiskunnan perustaksi *uudenlaista solidaarisuutta*. Tällä tarkoitamme solidaarisuutta, jonka synty ei ole riippuvainen mistään tietystä yhteiskunnallisesta tapahtumasta (vrt. talvisota) tai piirteestä (vrt. homogeenisyys), vaan ajatuksesta, jonka mukaan kaikki ihmiset ovat lähimmäisiä, kaikilla on ihmisarvo ja ihmis-

¹²¹ Kangas 2009.

¹²² Walgren 2007: 5–12.

¹²³ Walgren 2007: 5–12.

¹²⁴ Lähdesmäki 2011: 118–125.

oikeudet. Uusi solidaarisuus saa näin syntynsä itse ihmisistä, jolloin sen syntymekanismi etenee alhaalta ylöspäin ja moottorina ovat ihmisten osallistuminen ja heidän äänensä huomioon ottaminen.

3. *Ihmisten osallistuminen uuden solidaarisuuden luojana*

Usein uskotaan, että tavanomaisen poliittisen osallistumisen lisääminen vahvistaa yhteiskunnallista solidaarisuutta. Oletetaan, että äänestämisen ja yhteiskunnalliseen päätöksentekoon osallistumisen kautta solidaarisuus ja empatia kanssaihmiä kohtaan kasvavat ja samaistuminen laajempaan yhteisöön vahvistuu. Tämä väite ei kuitenkaan pidä paikkaansa. Tutkimusten mukaan ei ole olemassa empiiristä näyttöä solidaarisuuden ja poliittisen osallistumisen välisestä korrelaatiosta¹²⁵. Päinvastoin on mahdollista, että poliittisen osallistumisen kasvu vähentää yhteiskunnallista solidaarisuutta. Tämä on erityisen todennäköistä silloin, kun poliitikanteko on korostuneesti vastakkainasetteluun perustuvaa, kuten Suomessakin nykyisin jo jossain määrin on.

4. *Miksi traditionaalinen osallistuminen ei yksin riitä?*

Segell korostaa, että kun solidaarisuuden kasvattaminen edellyttää muutoksia ihmisten luonteenlaadussa, kehittää tavanomainen poliittinen osallistuminen ainoastaan osallistujien demokratiataitoja¹²⁶. Demokratiataitoja on mahdollista oppia harjoittelemalla, mutta luonteenlaadun muuttaminen, kuten solidaarisuuden vahvistaminen, edellyttää rohkaisua, innostamista ja kannustamista. Kannustamista ja innostamista voidaan näkemystemme mukaan lisätä tarjoamalla ihmisille ns. deliberatiivisen osallistumisen keinoja.

Deliberatiivisella osallistumisella viittaamme teoriaan deliberatiivisesta eli keskusteleavasta demokratiasta. Kyseessä on demokratian muoto, jossa korostetaan, että yhteiskunnallista päätöksentekoa tulee edeltää laaja-alainen julkinen keskustelu. Kaikilla kansalaisilla on yhtäläinen mahdollisuus osallistua keskusteluun, eikä osallistujien taustoilla ole painoarvoa. Painoarvo on ainoastaan esitettyjen argumenttien laadukkuudella. Deliberatiivisen demokratian edellyttämä ideaali puhetilanne tai suojaisa tila keskusteluille ei pirstaloituneessa nyky-yhteiskunnassa kuitenkaan synny itsestään, vaan se pitää luoda. Onkin syntynyt suuri määrä erilaisia demokratiainnovaatioita. Näitä ovat muun muassa kansalaisraadit, kon-

¹²⁵ Segell 2005: 362–378.

¹²⁶ Segell 2005: 367.

sensuskonferenssit, deliberatiiviset mielipidemittaukset sekä 2000-luvun kuntalaiskokoukset. Näissä pyritään saamaan koolle yhteiskunta pienoiskoossa. Tavoitteena on siirtyä pois plasebodemokratiasta kohti aitoa vaikuttamista. Lisäksi keskeisinä toimijoina ovat neutraalit fasilitaattorit eli ryhmänvetäjät, jotka varmistavat, että kaikki osallistujat saavat sanottua mielipiteensä ja tulevat kuulluiksi¹²⁷.

5. *Onko deliberatiivisesta osallistumisesta solidaarisuuden ylläpitäjäksi?*

Deliberatiiviseen demokratiaan liittyy empiirisessä tutkimuksessakin todettu solidaarisuuden lisääntyminen sekä fokuksen siirtyminen omista intresseistä kohti yhteistä hyvää. Tämän merkitys korostuu erityisesti tämän päivän tietoyhteiskunnassa, jossa ihmisten on entistä helpompi hakea vain sellaista tietoa, joka vahvistaa kunkin omia mielipiteitä. Melville ja Kingston toteavat tämän kehityksen johdaneen siihen, että nykyisin monet ihmiset elävät ”ideologisten kuplien” sisällä¹²⁸. Tämä näkyy erityisesti siinä, että ei olla kiinnostuneita toisten ihmisten mielipiteistä tai elämäntilanteesta yleensä. Ihmisten väliset empatiaongelmat lisääntyvät, koska heidän todellisuutensa muodostuu yksipuoliseksi. Silloin erilaiset mielipiteet ja toisen ymmärtämisen tavoitteet jäävät vain taustameluksi. Oma kokemuksemme on, että deliberatiivisen demokratian prosessien yhtenä tarkoituksena on vähentää ihmisten välisiä empatiaongelmia ja ennakkoluuloja sekä lisätä solidaarisuutta ihmisten välille.

Solidaarisuuden vahvistuminen on mahdollista, koska deliberatiivisessa demokratiassa tavoitellaan yhteistä hyvää perusteltujen ja monipuolisten argumenttien varassa. Oletuksena on, että vain sellaiset argumentit selviytyvät keskustelevan demokratian prosessissa, jotka tulevat laajasti hyväksytyiksi. Vahvasti omista intresseistä kumpuavat argumentit eivät ole helposti perusteltavissa toisille. Monipuoliset ja perusteelliset keskustelut voivat siten herättää halun ymmärtää yhteisen hyvän merkitys osana normaalia ihmisten välistä kanssakäymistä¹²⁹.

Solidaarisuuden ja deliberaation välistä yhteyttä pohtinut Segell myöntää edellä esitetyt keskustelevan demokratian mahdollisuudet, mutta päätyy esittämään solidaarisuuden kehittämiseksi muita tapoja kuin deliberatiivisen osallistumisen malleja¹³⁰. Hän perustelee näkemystään kolmen eri väitteen kautta, jotka liittyvät deliberaation vaikuttavuuteen, resurssitarpeisiin ja päätöksenteon pirstaloitumiseen.

¹²⁷ Raisio & Vartiainen 2011.

¹²⁸ Melville & Kingston 2011: 51–72.

¹²⁹ Esim. Fishkin, He, Luskin & Siu 2010: 435–448.

¹³⁰ Segell 2005.

Tarkoituksemme on lyhyesti kuvata Segellin väitteitä ja tarkastella niitä tämän jälkeen uuden tutkimustiedon valossa¹³¹. Lähtökohtaisena peruskritiikkinä Segellin väitteille on kuitenkin esitettävä, että hän nojaa argumentoinnissaan vain yhteen deliberatiivisen demokratian malliin, eli kansalaisraatiin. Deliberatiivinen demokratia sisältää kuitenkin lukuisan joukon muita osallistumismalleja, jotka hänen tutkimuksessaan jätetään vaille huomiota.

5.1. Ensimmäinen väite: vaikuttavuus

Segell väittää, että mikäli osallistumisen päätarkoitus ei ole tiettyyn poliittiseen lopputulokseen tähtäävä, voi osallistumisen lisääminen aiheuttaa enemmän haittaa kuin hyötyä¹³². Tuo haitta konkretisoituu erityisesti, jos osallistujien ehdotuksia ei viedä päätöksentekoon ja toteutukseen, jolloin ihmisten osallistumishaluttomuus kasvaa. Hänen väitteensä tähtää siihen, että deliberaatio on vaikuttavaa vain silloin, kun sen tulokset etenevät suoraan päätöksentekoon. Näin asia ei kuitenkaan ole, sillä deliberatiivisen osallistumisen vaikuttavuus on monimuotoinen ilmiö. Siinä, missä toiset korostavat Segellin tavoin deliberatiivisen osallistumisen kautta syntyvien tulosten sitovuutta, toiset antavat arvoa niiden merkitykselle neuvoo-antavina toimintamalleina tai niin sanotun kultaisen keskitien toimintamalleina¹³³.

Kultainen keskitie on tässäkin tapauksessa varteenotettava. Sen ehdotuksena on, että deliberatiivisen osallistumisen yhteydessä vaadittaisiin aina päättäjien kannanotto tai vastine, jossa kerrotaan, miten deliberatiivisen osallistumisen kautta syntyneet ehdotukset otetaan huomioon. Esimerkiksi, jos lopputulos sisältää monia eri ehdotuksia, tulisi lopullisia päätöksiä tekevien tahojen ottaa kantaa siihen, mitkä ehdotuksista viedään toimeenpanoon ja mitkä ei.

Omien kokemustemme perusteella voimme todeta, että deliberaatioon osallistuneet henkilöt ymmärtävät ja hyväksyvät sen, että kaikkia heidän ehdotuksiaan ei ole mahdollista toteuttaa¹³⁴. Näin, joidenkin ehdotusten toteuttamatta jättäminen ei vaikuta negatiivisesti kansalaisten osallistumishalukkuuteen. Merkittävää osallistujien tulevan osallistumisen kannalta ei siis ole, mitä osallistuminen saa konk-

¹³¹ Perustelemme Segellin tutkimuksen korostumista artikkelissamme kolmella seikalla. Ensimmäkin Segellin tutkimus on julkaistu korkealle arvostetussa politiikan tutkimuksen julkaisussa. Toisekseen se on myös harvoja solidaarisuuden ja deliberatiivisen osallistumisen välisiä suhteita käsitteleviä tutkimuksia. Kolmanneksi Segell tarkastelee tutkimuksessaan erityisesti deliberatiivisen demokratian mukaista kansalaisraatiformaattia, josta omaamme laajan kokemuksen (kts. esim. Raisio & Vartiainen 2011; Raisio & Ollila 2011; Raisio, Ollila & Vartiainen 2012; Vartiainen, Raisio & Ollila 2012).

¹³² Segell 2005: 370–371.

¹³³ Kts. erityisesti Friedman 2011: 131–156.

¹³⁴ Raisio, Ollila & Vartiainen 2012.

reettisesti aikaa, vaan millä tavalla päättäjät suhtautuvat deliberaatioon ja sen tuloksiin. Segellin argumentti deliberatiivisen osallistumisen heikosta vaikuttavuudesta näyttääkin kokemustemme valossa deliberaatioon osallistuneiden henkilöiden aliarvioimiselta¹³⁵.

Toteamme näin ollen, että deliberatiivisen osallistumisen vaikuttavuus on moniulotteinen tekijä, eikä sitä voi määritellä pelkästään suoran vaikuttamisen näkökulmasta. Tästä seuraa puolestaan, että jos keskustelevalle demokratiolla pyritään solidaarisuutta vahvistaviin vaikutuksiin, ei sen vaikuttavuutta voida arvioida suoran osallistumisen vaikuttavuusnäkökulmalla.

5.2. *Toinen väite: resurssit*

Segell väittää, että deliberatiiviset mallit vievät liikaa aikaa ja rahaa, joten niiden laaja toteuttaminen ei ole mahdollista¹³⁶. Resurssitarve on kuitenkin hyvin suhteellinen käsite. Segell ei huomioi esimerkiksi, että vaikka deliberatiiviset mallit aiheuttavatkin kustannuksia, voi kansalaisten mielipiteiden huomiotta jättäminen olla paljon kalliimpaa.

Deliberatiivisten osallistumismallien kustannusten vastinpariksi on aina asetettava esimerkiksi kustannukset, jotka vältetään, jos päätöksenteko etenee tyydyttävällä tavalla. Näin voidaan välttää valitusten ja niistä johtuvien kustannusten lisääntyminen. Hyödyiksi voidaan lisäksi laskea julkishallinnon tietomäärän ja yhteistyöverkostojen kasvaminen sekä kansalaisten tietoisuuden ja solidaarisuuden lisääntyminen (suhteessa esimerkiksi selvitysmiesten tai markkinointitoimistojen käytön kustannuksiin) sekä palveluiden laadun paraneminen mitattuna asiakastytyväisyyden kasvuna ja hallintokustannusten vähenemisenä¹³⁷. Lisäksi on olemassa jo näyttöä siitä, että vaativampiakin deliberatiivisia osallistumismalleja on mahdollista toteuttaa suhteellisen vähäisin resurssein¹³⁸.

Toteammekin, että resurssit eivät ole este deliberatiivisen osallistumisen lisäämiselle. Resurssikysymystä tärkeämpää on pohtia, millaisiin asioihin tai ongelmiin keskustelevan demokratian mallit tuottavat parhaimmat tulokset. Esimerkiksi uuden solidaarisuuden kysymysten ratkomisen World Cafe- tai kansalaisraatimalleilla olisi varsin hyödyllistä.

¹³⁵ Segell 2005.

¹³⁶ Segell 2005: 371.

¹³⁷ Andersson, Fennell & Shakrokh 2011.

¹³⁸ esim. Raisio, Vartiainen & Ollila 2012.

5.3. Kolmas väite: pirstaloituminen

Segell väittää vielä, että deliberatiivisten osallistumismallien toteuttaminen voi johtaa poliittisen päätöksenteon pirstaloitumiseen¹³⁹. Kun käsiteltävä asia irroteetaan laajemmasta kontekstistaan, voi yksittäisten asioiden erillinen ratkaiseminen johtaa kokonaisuuden kannalta huonoihin päätöksiin. Näyttää kuitenkin siltä, että tämä argumentti perustuu näkemykseen yksittäisestä kansalaisraadista, eikä se sellaisenaan kelpaa systemaattisen deliberatiivisen osallistumisen kritiikiksi. Tästä huolimatta kyseisen kriittisen huomion perusteella on syytä pohtia, miten päätöksenteon pirstaloituneisuus voitaisiin välttää.

Oma näkemystemme on, että pirstaloituminen voidaan välttää ensinnäkin kiinnittämällä huomio deliberatiivisen osallistumisen toteuttamistasoon. Jos uhkana on, että paikallinen tai alueellinen deliberaatio ei ota huomioon kansallisen tason kysymyksiä, voidaan pohtia, tulisiko deliberaatio toteuttaa pelkästään kansallisella tasolla. Sen sijaan, että pohditaan esimerkiksi paikallisesti yhden tuulimyllyn rakentamista, voitaisiin pohtia kansallisesti koko tuulivoimapolitiikkaa. Toiseksi pirstaloitumista on mahdollista välttää varmistamalla deliberaation yhteydessä annetun informaation kattavuus. Kun eri näkökulmat asiaan tuodaan esille riittävän laajasti, muodostuu osallistujille parempi kokonaiskuva deliberaatioissa käsiteltävästä kysymyksestä.

Toteammekin, kun otetaan huomioon päätöksentekijöiden rajoittunut rationaalisuus, siilomainen hallintorakenne ja nyky-yhteiskunnan ongelmien pirullisuus, ettei poliittisen päätöksenteon pirstaloituminen ole yksinomaan kansalaisosallistumisen haaste, vaan haaste kaikelle poliittisen-hallinnolliselle päätöksenteolle¹⁴⁰. Oikein toteutettuna deliberatiivinen osallistuminen voi lisätä kollektiivista älykkyyttä, eli yhteisesti jaettua ymmärrystä käsiteltävästä yhteiskunnallisesta ongelmasta. Yksi tällainen yhteiskunnallinen ongelma on solidaarisuuden väheneminen.

6. Pohdinta

Kaiken kaikkiaan voimme todeta, että deliberatiivinen demokratia on vartenotettava keino edistää yhteiskunnallista solidaarisuutta. Edellä käsitellyt Segellin päinvastaiset argumentit liittyvät pääasiallisesti deliberatiivisen osallistumisen

¹³⁹ Segell 2005: 371, 375.

¹⁴⁰ kts. Raisio 2010.

ytimen ulkopuolisiin seikkoihin¹⁴¹. Hän käsittelee pääasiassa poliittis-hallinnollisen järjestelmän ja viranhaltijoiden mahdollista kykenemättömyyttä toteuttaa deliberatiivisia malleja onnistuneesti. Nämä johtopäätökset ovat kuitenkin varsin ennenaikaisia, eivätkä ne pysty kyseenalaistamaan itse deliberatiivisen osallistumisen mahdollisuuksia. Myönnämme kuitenkin, että deliberatiivisen demokratian nykyistä laajempi toteuttaminen suomalaisessa yhteiskunnassa ja sen soveltaminen kansallisen yhteisymmärryksen, solidaarisuuden ja yhteisvastuun vahvistamiseksi on vaativa asia ja edellyttäisi merkittävää muutosta suomalaisessa yhteiskunnassa sekä poliittisella, hallinto-poliittisella että kansalaisten tasoilla.

¹⁴¹ Segell 2005.

Lähteet

- Andersson, E., Fennell, E. & Shakrokh, t. (2011). *Making the case for public engagement: How to demonstrate the value of consumer input*. Involve. Saatavissa 25.6.2012: <http://www.involve.org.uk/wp-content/uploads/2011/07/Making-the-Case-for-Public-Engagement.pdf>
- Fishkin, J. S. (2010). Response to Critics of When the People Speak: The Deliberative Deficit and What To Do About It. *The Good Society* 19: 1, 68–76.
- Fishkin, J. S., He, B. Luskin, R. C. & Siu, A. (2010). Deliberative Democracy in an Unlikely Place: Deliberative Polling in China. *B.J.Pol.S.* 40: 2, 435–448.
- Forma, P., Kallio, J., Pirttilä, J. & Uusitalo, R. (2007). *Kuinka hyvinvointivaltio pelastetaan? Tutkimus kansalaisten sosiaaliturvaa koskevista mielipiteistä ja valinnoista*. Sosiaali- ja terveysturvan tutkimuksia 89. Kelan tutkimusosasto: Helsinki.
- Friedman, W. (2011). Coming to Public Judgment: Strengthening Impacts, Exploring National Possibilities. Teoksessa D. Yankelovich & W. Friedman (Toim.). *Toward Wiser Public Judgment*. Vanderbilt University Press: Nashville, Tennessee. 131–156.
- Häyry, M. (2011). Solidaarisuus ”eurooppalaisena periaatteena” bioetiikassa. Teoksessa A. Laitinen & A. B. Pessi (Toim.). *Solidaarisuus*. Helsinki: Gaudeamus. 297–303.
- Kangas, O. (2009). Oikeudenmukaisuutta tietämättömyyden verhon takana – John Rawls ja suomalainen hyvinvointivaltio. Teoksessa J. Saari (Toim.). *Hyvinvointivaltio: Suomen mallia analysoimassa*. Gaudeamus: Helsinki.
- Kosonen, P. (1998). *Pohjoismaiset mallit murroksessa*. Vastapaino: Tampere.
- Kuusela, P. & Saastamoinen, M. (2006). Kansalaisuuden ulottuvuudet. Teoksessa M. Saastamoinen & P. Kuusela (Toim.). *Kansalaisuuden ääripiivoja. Hallinta ja muodonmuutokset myöhäismodernilla ajalla*. Helsinki: Yliopistopaino Kustannus. 9–25
- Laitinen, A. & Pessi, A. B. (2011). Moniongelmainen solidaarisuus. Teoksessa A. Laitinen & A. B. Pessi (Toim.). *Solidaarisuus*. Helsinki: Gaudeamus. 297–303.
- Lindenberg, S. (1998). Solidarity: Its Microfoundations and Macropendence. A Framing Approach. Teoksessa T. J. Fararo & P. Doreian (Toim.). *The Problem of Solidarity. Theories and Models*. Amsterdam: Gordon and Breach Publishers. 61–112
- Lähdesmäki, K. (2011). Pohjalaisnuoret puolustavat hyvinvointivaltiota. Teoksessa P. Vartiainen & M. Vuorenmaa (Toim.). *Kohti sosiaalisesti kestävää hyvin-*

vointia. *Näkökulmia pohjanmaalta*. Vaasan yliopiston julkaisuja. Tutkimuksia 295. Sosiaali- ja terveyshallintotiede 6. 118–125

Melville, K. & R. Kingston (2011). The Experience of the National Issues Forums. Teoksessa D. Yankelovich & W. Friedman (Toim.). *Toward Wiser Public Judgment*. Nashville, Tennessee. Vanderbilt University Press. 51–72.

Raisio, H. (2010). *Embracing the wickedness of health care: Essays on reforms, wicked problems and public deliberation*. Väitöskirja. Acta Wasaensia 228, Sosiaali- ja terveyshallintotiede 5. Vaasa: Vaasan yliopistopaino

Raisio, H. & Vartiainen, P. (2011). *Osallistumisen illuusiosta aitoon vaikuttamiseen: Deliberatiivisesta demokratiasta ja kansalaisraatien toteuttamisesta Suomessa*. Helsinki: Suomen Kuntaliitto.

Raisio, H. & Ollila, S. (2011). "Se keskustelu oli kaikkein oleellisin juttu ja ki-voin": Pienryhmäkeskustelut nuorten kansalaisraadissa. Teoksessa N. Mäntylä (Toim.). *Lapset ja nuoret yhteiskunnan toimijoina*. Vaasa: Vaasan yliopistopaino.

Raisio, H., Ollila, S. & Vartiainen, P. (2012). Do youth juries enhance youth political and societal participation? Lessons from the Vaasa experiment. *Scandinavian Journal of Public Administration* (accepted for publication).

Vartiainen, P., Raisio, H. & Ollila, S. (2012). Kansalaisraati kuulemisen keinona. *Premissi* 7: 3, 47–50.

Saari, J. (2011). *Yksinäisten yhteiskunta*. Helsinki: WSOYpro Oy.

Segell, S. (2005). Political participation as an engine of social solidarity: A sceptical view. *Political Studies* 53: 2, 362–378.

Tarkiainen, L., Martikainen, P., Laaksonen, M. & Valkonen, T. (2011). Tuloluokkien väliset erot elinajanodotteessa ovat kasvaneet vuosina 1988–2007. *Suomen Lääkärilehti* 66: 48, 3651–3657.

Tilastokeskus (2011). *Tulonjaon kokonaistilasto 2010*.

Valkama, K. & Ollila, S. (2011). Sosiaalisen pääoman kahdet kasvot näkökulmana Pohjanmaan tulevaisuus. Teoksessa P. Vartiainen & M. Vuorenmaa (Toim.). *Kohti sosiaalisesti kestäväää hyvinvointia. Näkökulmia Pohjanmaalta*. Vaasan yliopiston julkaisuja. Tutkimuksia 295. Sosiaali- ja terveyshallintotiede 184–194.

Wallgren, T. (2007). Filosofian näkökulma hyvinvointivaltion tulevaisuuteen. *Futura* 1: 5–12.

JUBILEER MED NORDISKA FÖRTECKEN

Sten Palmgren

Eija Mäkinen 60 år

Det nordiska ligger Eija nära om hjärtat – det faller sig därför naturligt att hylla henne på bemärkelsedagen genom att lyfta fram denna sida av hennes många förtjänster och dessutom några andra jubileer år 2012 med nordiska förtecken.

1. Det nordiska rätts- och frihetsarvet – värt att vårda

Den nordiska rättsliga gemenskapen har som vi vet mycket långa anor, även om en del av det som vi i dag upplever som genuint och typiskt nordiskt kanske i själva verket är influenser importerade från Central- och Sydeuropa. I synnerhet rättsgemenskapen mellan Sverige och Finland har av naturliga skäl haft en avgörande betydelse för Finlands nationsbygge och plats i Europa.

Den politiska betydelsen av att Finland under autonomins tid inom det ryska riket kunde bygga sin rättsordning på det svenska rättsarvet kan knappast underskattas. När lagstiftningsarbetet på allvar kom igång i Finland under senare hälften av 1800-talet var de nordiska ländernas lagstiftning förebilder. Och när den unga republiken Finland efter 1917 skulle fortsätta nationsbygget var det nordiska samarbetet så väletablerat att man lyckades ”harmonisera” viktiga områden av civilrätten, så som avtalsrätten, växel- och checklagstiftningen och familjerätten.

Att projektet lyckades så väl berodde i avgörande grad på det engagemang bland nordiskt orienterade jurister, vilka inom olika forum arbetade för att vidareutveckla och fördjupa den nordiska rättsgemenskapen.

Det är också allmänt känt att det nordiska samarbetet har haft en avgörande betydelse för Finlands utrikespolitiska orientering inte minst under kalla krigets dagar men också i den europeiska integrationen. I dessa dagar när det globala trycket är stort, ekonomin är i gungning och populistiska vindar blåser finns det orsak att begrunda var vi har våra rötter, var vår styrka finns och var vi vill höra hemma.

Insikten om att Norden utgör ett område med ca 25 miljoner invånare och att det finns en fantastisk potential inte minst när det gäller ekonomi och hållbar utveckling har på senare tid gjort att intresset för det nordiska samarbetet har fått ny luft

under vingarna. Ett av många vittnesbörd om detta var statssekreterare *Pertti Torstilas* uttalande vid ett seminarium den 17 november 2011 på Svenska social- och kommunalhögskolan vid Helsingfors universitet. Torstila konstaterade att tiden nu är mogen för friska satsningar. Intresset för Norden ökar – utrikesförvaltningarna i alla länder tycker detta. Nyttiaspekten är grund för samarbetet.

2. *En märklig händelse år 1812*

I en alldeles nyutkommen bok, *Furstar och folk i Åbo 1812*, berättar professor *Nils Erik Villstrand* om händelserna för exakt 200 år sedan då den ryske kejsaren Alexander I mötte den svenske kronprinsen Karl Johan i Åbo för att komma överens om hur de tillsammans skulle bekämpa Napoleon som, till en början med stor framgång, hade invaderat Ryssland.

Mötet i Åbo under några dagar sent i augusti fick betydelse för hela Europas framtid och blev enligt Villstrand en hörnsten i den långa linje i svensk utrikespolitik som kallas ”1812 års politik”. Sverige skulle inte försöka återta den förlorade riksdelen Finland, utan få Norge som kompensation för den tunga förlusten.

År 1812 var alla nordiska länder i någon mening förlorare. Sverige hade förlorat den östra rikshalvan Finland, som hamnade in i en ny politisk gemenskap med Ryssland. Norrmännen tvingades in i en union med Sverige och Danmark förlorade Norge utan att få någon nämndvärd kompensation.

Villstrand lyfter fram Finlands och Norges moderna historia som inbjuder till givande jämförelser. Grunden för Finland lades vid Borgå lantdag 1809 och för Norge vid riksförsamlingen i Eidsvoll 1814. Historien fick sin önskade riktning och frukterna kunde skördas ungefär ett sekel senare. Unionen mellan Sverige och Norge upplöstes 1905 och Finland blev självständigt 1917.

Händelserna år 1812 kom att på ett avgörande sätt påverka statsbildningarna framöver. Även det ryska motståndet vid den tidpunkten mot att Sverige skulle återta Åland fick förmodligen avgörande betydelse för de beslut som ett knappt årtionde senare fattades om Åland och som lade grunden för Ålands självstyrelse inom republiken Finland.

3. *Nordiska administrativa förbundets (NAF) finska avdelning 90 år*

Nordiska administrativa förbundet (NAF) grundades 1919 av Danmark, Norge och Sverige. Enligt stadgarna skulle förbundet dels ”sammanföra ämbets- och tjänstemän i de tre rikena för att genom möten, föredrag och överläggningar

ävensom på annat lämpligt sätt bibringa dem närmare kännedom om dessa länders administrativa förhållanden, dels ock att, i den mån så kan ske, verka för enhetlighet och reformer inom ländernas administrationer”. Island upptogs som medlem 1920 och Finland 1922. NAF var i själva verket i början av förra århundradet en betydande och inflytelserik aktör på det rättsliga (och därmed även det politiska) samarbetets område.

Förbundet är uppbyggt så att varje nordiskt land har en egen nationell avdelning. Vart tredje år möts alla avdelningarna till en gemensam konferens, det s.k. Allmänna mötet. Värdskapet, liksom ordförandeskapet för förbundet, cirkulerar i en treårscykel mellan länderna.

Finska avdelningen bildades 1922 och fyller således 90 år. Avdelningen är en tvåspråkig förening och har i dag ca 200 medlemmar.

Finska avdelningens verksamhet 1922–2002 finns beskriven i en historik, utgiven till 80-årsjubileet av *Antti Suviranta*. I dag fungerar föreningen främst som en mötesplats för personer verksamma inom den offentliga förvaltningen. Föreningen ordnar seminarier, föredrag och liknande möten – ofta på en myndighet eller institution som har anknytning till temat på dagordningen.

Den finska och svenska avdelningen ordnar varje år ett gemensamt möte. Ibland sker det i form av båt kryssning mellan Stockholm och Helsingfors och sedan seminarium i huvudstäderna, ibland möts avdelningarna på någon annan ort.

Den finska avdelningen är juristdominerad, men föreningen är tvärvetenskaplig och öppen för alla som arbetar inom offentlig förvaltning eller har offentlig förvaltning som forskningsområde.

Juristinslaget är också starkt i den norska avdelningen. I den danska avdelningen finns betydligt större inslag av ekonomer och samhällsvetare än i de andra länderna och i den svenska avdelningen har domarkåren av tradition varit starkt företrädd.

Tack vare väl förvaltade donationer har den finska avdelningen lyckats skapa ett inte obetydligt kapital, vars avkastning används till att dela ut forskningsstipendier och till att stödja verksamhet som ligger föreningens syften nära.

Föreningen har också instiftat ett hederspris, som kan tilldelas den som på ett förtjänstfullt sätt har främjat nordiskt samarbete eller föreningens syfte. Priset utdelades första gången år 2006 och tillföll *Antti Suviranta*. Efter det har priset tilldelats *Jacob Söderman, Lena Marcusson och Pekka Hallberg*.

3.1. *Tidskriften*

Nordisk Administrativt Tidsskrift (NAT) ges ut av Nordiska administrativa förbundet. Tidskriften är den äldsta samnordiska, tvärvetenskapliga tidskriften. Den gavs ut första gången redan 1920!

Utgivningen av NAT avbröts 2006 då Nordiska Ministerrådet ändrade sina bestämmelser om finansiellt stöd. Efter utdragna diskussioner återupplivades tidskriften år 2011 och kom då ut i form av tre tryckta häften. *Eija Mäkinen* ska tillskrivas en stor del av äran för att ha återupplivat tidskriften och det var naturligt att hon då valdes till huvudredaktör.

Finland behåller huvudredaktörsansvaret under Sveriges ordförandeskap i NAF, som vidtar efter allmänna mötet i Åbo i augusti 2012. Därefter, när Norge övertar ordförandeskapet 2015, övergår huvudredaktörsansvaret på ordförandelandet för en treårsperiod.

Från 2012 publiceras NAT som elektronisk tidskrift i tre häften och i slutet av året kommer ett tryckt häfte ut.

4. *Nordiska Rådet 60 år*

Nordiska rådet bildades 1952. Rådet är det parlamentariska samarbetsorganet för det nordiska samarbetet, ”Nordens riksdag”. Rådet består av 87 valda ledamöter från samtliga nordiska länder och från de självstyrande områdena Färöarna, Grönland och Åland.

Nordiska rådet sammanträder till session på hösten i det land som föregående år har varit ordförandeland för det nordiska samarbetet. Jubileumssessionen hålls följaktligen i Helsingfors.

Eftersom det nordiska samarbetet inte är ett överstatligt internationellt samarbete kan Nordiska rådet inte utfärda bindande lagstiftning för medlemsstaterna på samma sätt som EU kan göra. Rådet kan däremot anta rekommendationer till Nordiska ministerrådet och därmed till ländernas regeringar med uppmaning att vidta lagstiftnings- eller andra åtgärder och med en skyldighet att återrapportera via ministerrådet.

Till samarbetsformerna hör också att de nordiska länderna sinsemellan kan ingå fördrag som blir juridiskt förpliktande. Flera sådana fördrag har under årens lopp ingåtts och denna samarbetsform är fortfarande i bruk, trots att EU ställer vissa begränsningar för ländernas traktatkompetens.

Frågor som specifikt gäller det rättsliga samarbetet är inte särskilt ofta uppe på Nordiska rådets, dvs. parlamentarikernas dagordning. Det konkreta samarbetet sker främst i ministerrådets regi på tjänstemannaplan.

Nordiska ministerrådet är organiserat sektorvis. Således är det justitieministerierna som har det övergripande ansvaret för lagstiftningssamarbetet och för samarbetet inom de rättsområden som hör till dessa ministerier. Vid ministerrådet finns en ämbetsmannakommitté, vars uppgift är att leda det praktiska samarbetet.

Nordiska rådet har nyligen godkänt ett nytt samarbetsprogram för justitiesektorn, utarbetat under Finlands ordförandeskap 2011.

Enligt samarbetsprogrammet ska justitieministerierna dra upp riktlinjerna för lagstiftningssamarbetet. När ett land överväger att införa ny lagstiftning som har betydelse för det nordiska lagstiftningssamarbetet ska de andra länderna informeras och kontakt tas för närmare diskussion och eventuell samordning genom ämbetsmannakommittén eller genom direkt kontakt mellan tjänstemän. Kontakt bör tas i ett så tidigt skede av lagberedningen att resultaten av samarbetet kan beaktas i själva lagförslaget.

Samarbetet syftar också till att i ett så tidigt skede som möjligt i EU:s beslutsprocess bedöma konsekvenserna av EU/EES-lagstiftning. De viktigaste förslagen ska vid behov tas upp i ämbetsmannakommittén för att se om det finns orsak till nordiska överläggningar i samband med EU:s lagstiftningsprocess eller vid genomförandet i den nationella lagstiftningen.

5. Helsingforsavtalet 50 år

Samarbetsöverenskommelsen mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige, det s.k. Helsingforsavtalet, ingicks 1962. Överenskommelsen utgör den rättsliga grunden för det nordiska samarbetet. Här finns dels bestämmelser om formerna för samarbetet och organisationen, dels närmare bestämmelser om samarbetets innehåll.

Enligt artikel 4 i Helsingforsavtalet ska länderna fortsätta lagsamarbetet i syfte att uppnå största möjliga överensstämmelse på privaträttens område. Enligt artikel 5 ska länderna eftersträva enhetliga bestämmelser om brott och brottspåföljder och enligt artikel 6 ska de eftersträva inbördes samordning av annan lagstiftning på sådana områden där detta ter sig ändamålsenligt.

Det är anmärkningsvärt att Helsingforsavtalet föreskriver att största möjliga överensstämmelse på privaträttens område ska eftersträvas. Frågan har ställts och bör

fortfarande ställas om länderna lever upp till denna förpliktelse. Samarbetet innefattar visserligen inte övernationellt beslutsfattande, men Helsingforsavtalet innehåller ändå i princip bindande förpliktelser för ländernas lagstiftare.

En glädjande utveckling på senare tid är att det förefaller som om arbetet med att undanröja gränshinder mellan de nordiska länderna håller på att ge resultat. Insikten om att det förekommer onödiga hinder för medborgare och företag att röra sig över gränserna har lett till en allt tydligare vilja att röja hindren ur vägen och förhindra att nya uppstår. Arbetet är konkret och pragmatiskt och har därför utsikt att lyckas.

6. *Tre pelare*

Det nordiska rättsliga samarbetet kan sammanfattningsvis sägas bygga på tre pelare: 1) Rättsvetenskapligt samarbete 2) Det formaliserade samarbete som bygger på Helsingforsavtalet 3) Medborgaraktivitet inom olika samnordiska organisationer.

Det rättsvetenskapliga samarbetet bedrivs i form av samarbete mellan universitet och forskare men också inom ramen för Nordiska juristmötet och rättsvetenskapliga föreningar inom olika sektorer. En glädjande nyhet är att Helsingfors universitet står i beråd att inrätta en professur i nordisk rätt.

Professor *Olle Josephsson*, känd svensk språkvårdare, har sagt att det bästa sättet att vårda språket är att använda det. När det gäller det formaliserade rättsliga samarbetet kunde vi säga detsamma: det bästa sättet att vårda samarbetet är att använda sig av det!

Styrkan i det nordiska samarbetet bygger på engagemanget på individplan och det är anmärkningsvärt hur många aktiva organisationer det finns. Så länge återväxten inom dem kan tryggas kan dagens jubilarer se med tillförsikt på det nordiska samarbetets framtid!

Källor

Palmgren, B. (1969). *Det svenska rätts- och frihetsarvet*. För individen och rätten (Festskrift). Borgå: Tryckeri- & Tidnings Ab.

Palmgren, S. (2009). Medlemskapet och det nordiska lagstiftningssamarbetet på de civil- och straffrättsliga områdena. *Europarättslig tidskrift* 3, 427–433.

Suviranta, A. (2002). *Pohjoismaiden hallinnollisen liiton Suomen osasto 1922–2002*. Nordiska administrativa förbundets finska avdelning. Jyväskylä: Gummerus Kirjapaino Oy.

Stigen, I. M. & Mäkinen, E. (2011). Fra redaktørene. *Nordisk administrativt tidskrift* 1, 3–5.

Villstrand, N. E. (2012). *Furstar och folk i Åbo 1812*. Svenska litteratursällskapet i Finland. Helsingfors.

Wilhelmsson, T. (2005). Det bristfälliga nordiska lagstiftningssamarbetet och Helsingforsfördraget. *TemaNord*, 516.

Det nordiska lagstiftningssamarbetet. Program och principer för justitiesektorn (2011).

Samarbetsöverenskommelse mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige. Förordning om bringande i kraft av den nordiska samarbetsöverenskommelsen 13.7.1962/451, Finlands författningssamlings fördragsserie 28.

Utvecklingen av det nordiska lagstiftningssamarbetet under inverkan av EU och EES. (2000). *TemaNord* 6, 14.

VEROKILPAILU JA VEROJEN HARMONISOINTI GLOBAALISSA TALOUDESSA

Seppo Penttilä & Jukka Kultalahti

1. Johdanto

Tässä artikkelissa keskitymme analysoimaan talouden globalisoitumisesta aiheutuvan verokilpailun kasvavaa merkitystä. Miten verojärjestelmät vastaavat globalisaatiokehityksen haasteeseen? Onko vastaus kansainvälisessä yhteistyössä vai kansallisessa sääntelyssä – verotuksen harmonisoinnissa¹⁴² vai verokilpailussa¹⁴³? Onko ylipäätään mahdollista vastata tähän kysymykseen? Mitkä ovat mahdollisia oikeudellisia mekanismeja?

Valta verottaa on yksi itsenäisen valtion keskeinen piirre. Se sisältää lainsäädäntövaltaa, oikeuden saada verotuloja ja hallinnollista valtaa. Valtion rajat ovat aina olleet tärkeitä verotuksessa¹⁴⁴. Omien rajojensa sisällä valtio voi käyttää verotusvaltaansa ja kerätä tarvitsemiaan verotuloja. Koska rajat ovat verotuksessa tärkei-

¹⁴² EU:ssa harmonisointi tapahtuu EU:n toimielinten tekemien päätösten implementointina jäsenvaltioissa. Usein harmonisointi jaetaan positiiviseen ja negatiiviseen harmonisointiin. Edellisellä tarkoitetaan tietoista valtioiden verolainsäädäntöjen lähentämistä, jollaista tapahtuu esimerkiksi EU:n direktiivien kautta. Negatiivinen harmonisointi kytkeytyy EU:n perussopimukseen, kun toisen jäsenvaltion kansalaisia syrjivä verotus on kiellettyä. Verojärjestelmät voivat yhdenmukaistua myös muulla tavalla, esimerkiksi siten, että valtiossa otetaan käyttöön sellaisia verolainsäädäntömalleja, jotka on havaittu hyviksi joissain toisissa valtioissa. Suomessa vuonna 1993 tapahtunut eriytetyn tuloverojärjestelmän käyttöönotto on nähtävä tällaisena lainsäädäntöratkaisuna. Järjestelmä otettiin käyttöön Suomessa sen jälkeen, kun vastaavanlainen järjestelmä oli otettu käyttöön Ruotsissa ja Norjassa. Harmonisointia voi myös tapahtua verokilpailun tuloksena. Ks. harmonisoinnin käsitteestä Steichen 2003: 47–48.

¹⁴³ EU:ssa harmonisointi tapahtuu EU:n toimielinten tekemien päätösten implementointina jäsenvaltioissa. Usein harmonisointi jaetaan positiiviseen ja negatiiviseen harmonisointiin. Edellisellä tarkoitetaan tietoista valtioiden verolainsäädäntöjen lähentämistä, jollaista tapahtuu esimerkiksi EU:n direktiivien kautta. Negatiivinen harmonisointi kytkeytyy EU:n perussopimukseen, kun toisen jäsenvaltion kansalaisia syrjivä verotus on kiellettyä. Verojärjestelmät voivat yhdenmukaistua myös muulla tavalla, esimerkiksi siten, että valtiossa otetaan käyttöön sellaisia verolainsäädäntömalleja, jotka on havaittu hyviksi joissain toisissa valtioissa. Suomessa vuonna 1993 tapahtunut eriytetyn tuloverojärjestelmän käyttöönotto on nähtävä tällaisena lainsäädäntöratkaisuna. Järjestelmä otettiin käyttöön Suomessa sen jälkeen, kun vastaavanlainen järjestelmä oli otettu käyttöön Ruotsissa ja Norjassa. Harmonisointia voi myös tapahtua verokilpailun tuloksena. Ks. harmonisoinnin käsitteestä Steichen 2003: 47–48.

¹⁴⁴ Rajoilla on luonnollisesti monia tehtäviä. Ks. esimerkiksi Bufon:n (2011) analyysi rajojen tuottamista sosioekonomisista ympäristöistä, joissa esiintyy samanaikaisesti mahdollisuuksia tai uhkia, yhteydenpitoa tai konflikteja, yhteistyötä tai kilpailua, lähentymistä tai näkemyseroja.

tä, valtiot ovat vartioineet niitä tehokkaasti, niin että rajojen ylittäminen ei anna mahdollisuutta välttää veroja. On jopa mahdollista ja tavallista, että rajat ylittävään toimintaan kohdistetaan suurempi verorasitus kuin maan sisäiseen toimintaan. Tällainen lainsäädäntö ei ollut harvinaista aikana, jolloin rajat ylittävät tavaroiden, palvelujen, henkilöiden ja pääoman virrat olivat vähemmän tärkeitä kuin ne ovat tänään. Jäänteitä tällaisesta on edelleenkin eri maiden verojärjestelmissä. Selvää on, että valtion rajat ovat edelleenkin valtion verotusvallan kannalta tärkeitä. Miten valtion rajoihin kiinnittyvät verolait toimivat globalisoituneessa maailmassa?

Seuraavassa verokilpailun kysymyksiä lähestytään globalisaation hallinnan (governance) näkökulmasta. Tässä yhteydessä verokilpailu voidaan nähdä sekä hallinnan keinona että kohteena. Aloitamme globalisaation hallinnan yleisistä aspekteista ja sitten menemme syvemmälle verokilpailun mekanismeihin ja niitä koskeviin empiirisiin havaintoihin.

2. Globalisaation hallinta

Globalisaation hallinnan (governance) perusideana on maksimoida globalisaation hyödyt ja minimoida haitat. Hallinnan avulla pyritään ratkaisemaan tai lieventämään monenlaisia yhteiskunnallisia ongelmia, joista verotuksen kannalta tärkeimmät liittyvät tavalla taikka toisella taloudellisiin kysymyksiin. Yleisemmällä tasolla ongelmana on, miten jakaa keskenään ristiriitaiset globalisaation edut ja miten ratkaista globalisaation hyötyjen ja haittojen epätasaiseen jakaantumiseen liittyvät kysymykset. Samoihin vaikeuksiin törmätään myös globaalien talouden hallinnassa, jossa verokilpailu näyttää olevan erityisen merkittävä ilmiö. Valitaanko verokilpailu vai verotuksen harmonisointi riippuu talouden globalisoitumisesta aiheutuvien etujen ja haittojen jakaumisesta. Olennainen kysymys on myös, lähestytäänkö ongelmaa globaalista vai yksittäisen valtion näkökulmasta.

Relevantit näkökohdat liittyvät siihen, ketkä osallistuvat globaalien talouden hallintaan ja minkälaisia ovat hallinnan tavoitteet ja mekanismit.

2.1. Globalisaation hallinnan toimijat

Globalisaation hallintaa voivat harjoittaa monenlaiset toimijat. On tarpeen tarkastella hallinnan peruspiirteitä globaalilla tasolla, mutta myös tarkemmin kansallisella tasolla. Jos ymmärrämme hallinnan (governance) laajana käsitteenä, toimijat voivat olla yksityisiä tai julkisia, tai niin sanotun kolmannen sektorin toimijoita. Hallintatoiminta voi ilmetä maailmanlaajuisella, alueellisella, kansallisella tai

paikallisella tasolla. Mahdolliset hallintamekanismit puolestaan vaihtelevat riippuen siitä millaista valtaa kulloinenkin toimija kykenee käyttämään.

Hallinnan institutionaaliset piirteet kytkeytyvät myös tarkasteltaviin virtoihin. Rahavirrat sekä ihmisten, tavaroiden, ympäristöriskien, informaation yms. virrat edellyttävät kaikki erilaista hallintaa ja eri toimijoiden hallintatoimenpiteitä. Toimijat voivat yhdessä rakentaa hyvin monimutkaisia institutionaalisia globalisaation hallintajärjestelmiä.¹⁴⁵ Hallinnan käsite on siten erittäin vivahteikas ja moniulotteinen. Kirjallisuudessa on viitattu ainakin hallinnan monikerroksisuuteen, moniarvoisuuteen, maantieteelliseen vaihteluun sekä kansallisvaltioiden strategiiseen merkitykseen hallinnassa.¹⁴⁶ Institutionaalinen hallintajärjestelmä on siten nykyään erittäin monimutkainen ja pysynee sellaisena tulevaisuudessakin. On vaikea kuvata koko globaalin talouden hallintajärjestelmää, mutta siinä voidaan karkeasti nähdä kaksi ulottuvuutta: 1) hallinnan institutionaalinen taso: globaali/kansainvälinen – kansallinen ja 2) hallinnan mekanismit: "hard law" – "soft law" (toimijan käytettävissä olevat oikeudelliset instrumentit).

Globalisaation hallinnan institutionaalinen järjestelmä on muutostilassa. Rorden Wilkinson on osoittanut useita globalisaation hallinnan rakenteiden, toimijoiden, prosessien ja mekanismien kehitystrendejä. Toimijoiden osalta tapahtuu kehitystä valtiollisista ei-valtiollisten toimijoiden suuntaan, kahdenvälisistä monenvälisiin suhteisiin ja kohti ajatusta käyttää toimijoiden verkostoja globaalien ongelmien ratkaisemisessa. Tarve kunnioittaa ihmisoikeuksia ja kehittää demokraattisia hallintajärjestelmiä on niin ikään voimistumassa.¹⁴⁷ Nämä suuntaukset ovat tärkeitä globalisaation hallinnan yleisestä näkökulmasta. Verotuksen kannalta tärkeimmät toimijat – ainakin hard law:n osalta – ovat kansallisvaltiot sekä paikallisyhteisöt tai muut viranomaiset, joilla on verotusvaltaa. Toimijat käyttävät verotusta fiskaalista syistä ja myös keinona hallita globaalia taloutta, esim. talouden virtoja ohjaavana välineenä. Kansainväliset oikeudelliset toimijat koostuvat pääosin kansallisvaltioista (verosopimukset) ja alueellisista toimijoista, kuten EU. Tällöin verotus voidaan nähdä hallinnan kohteena. Kysymys on usein verotuksen yhdenmukaistamisesta, harmonisoinnista.

Verotuksen legalistisen luonteen vuoksi soft law:lla ei ole kovin tärkeää roolia siinä, ei ainakaan kansallisella tasolla. Soft law -toimijat keskittyvät veropolitiikan sekä kansainvälisten standardien ja mallien määrittelyyn. Tämä tapahtuu pääasiassa kansainvälisenä yhteistyönä, jota harjoittavat esimerkiksi G8, G7, G20 -

¹⁴⁵ Rosenau 2004: 73.

¹⁴⁶ Held & McGrew 2004: 9.

¹⁴⁷ Wilkinson 2006: 2–5.

maat ja kansainväliset järjestöt, kuten OECD ja WTO. Koska verotus on korostetusti kansallista, kansalliset lainsäätäjät ja viranomaiset ovat tärkeimpiä toimijoita. Liittovaltioissa paikallisilla hallinnoilla saattaa myös olla merkitystä. Tunnettua on, että Sveitsissä kantonit ja Yhdysvalloissa jotkin osavaltiot voivat tarjota esimerkiksi verosuunnittelun näkökulmasta muista saman valtion alueista poikkeavia verosuunnittelullisesti houkuttelevia näköaloja. Myös kansainvälistä yhteistyötä verotuksessa kuitenkin tarvitaan. OECD:n rooli on tässä keskeinen. Nykyään OECD:tä voidaan pitää globaalina vaikuttajana. Euroopassa, ja laajemminkin, EU on tärkeä alueellinen toimija. Lähtökohtana on, että OECD:n rooli näkyy lähinnä soft law:n tasolla kun taas EU:n rooli näkyy sekä hard law:n että soft law:n tasolla. Nämä roolit ovat myös muutostilassa.

3. Globalisaation hallinnan tavoitteet

Globaalissa tietoyhteiskunnassa ja taloudessa on tarpeen vahvistaa globalisaation myönteisiä puolia ja heikentää negatiivisia. Parhaita keinoja ovat ne, joissa kaikki osapuolet voittavat ("win-win"-tilanne)¹⁴⁸. Ongelmana on, että globalisaation hyödyt ja haitat jakaantuvat usein epätasaisesti. Tästä syystä hallinnan tarve vaihtelee paikasta ja ajasta toiseen. On vaikeaa tai jopa mahdotonta rakentaa yleistä globalisaation hallintamallia. Joskus voidaan vain vahvistaa kykyä sopeutua globaalien talouden muutoksiin.

Held ja McGrew ovat analysoineet ja kehitelleet uutta globalisaatiopolitiikkaa, jota he kutsuvat "kosmopoliittiseksi sosiaalisesti demokratiaksi". Taloudellisen tehokkuuden ohella he korostavat sellaisia arvoja kuin oikeusvaltioperiaate, poliittinen ja kansainvälinen tasa-arvo, demokratia, yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus ja globaali solidaarisuus, poliittisten ja hallinnollisten prosessien avoimuus jne. Nämä arvot olisi toteutettava myös luonnonvarojen ja inhimillisen turvallisuuden jakamisessa. Held ja McGrew vaativat yhteisöllisyyttä sekä paikallisella tasolla että maailmanlaajuisesti, ja myös kaikilla väliportailla. He puolustavat maailmankaupan hallintaa raha- ja kauppavirtojen julkisen valvonnan keinoin, tuottamalla yleishyödyllisiä globaaleja palveluita ja sitouttamalla sidosryhmät ohjaamaan suuryrityksiä.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Tämä viittaa "Pareto-teorian" ideaan ("Pareto-optimiin"). Harmonisoinnin tai verokilpailun alalla tämä tarkoittaa sitä, että verotukselliset toimenpiteet ovat perusteltuja vain, jos ne parantavat toimijan tilannetta heikentämättä muiden asemaa. Katso esimerkiksi Steichen 2003: 78–79 ja siinä mainittu lähde.

¹⁴⁹ Held ja McGrew 2005: 141–142. Ks. myös globalisaation paradigmanmuutoksesta ja sen vaikutuksista esim. koulutuspolitiikkaan esim. Baldwin 2006: erityisesti 5, 24–30, 45–46. Giu-

Globalisaation hallinnassa on tietenkin kysymys poliittisesta tahdosta. Jos keskeisiä arvoja, kuten oikeusvaltiota, demokratiaa, toiminnan läpinäkyvyyttä, yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta, ihmisoikeuksien kunnioitusta ja taloudellista tehokkuutta pidetään tärkeinä, niiden olisi myös näyttävä sekä hallinnan sisällössä ja keinoissa että globalisaation hallinnan institutionaalisissa rakenteissa. Verotuksessa tämä tarkoittaa "hyvää verojärjestelmää", joka rakentuu demokraattiselle päätöksenteolle ja yhteiskunnalliselle/globalille oikeudenmukaisuudelle – ja samalla taloudelliselle tehokkuudelle. Viimeiset kaksi tai kolme ehtoa (oikeudenmukaisuus ja taloudellinen tehokkuus) riippuvat keskeisesti valitsemastamme näkökulmasta, globaalista tai kansallisesta. Ns. "hyvälle verojärjestelmälle" on useita määritelmiä. Yleensä hyvää kansallista verojärjestelmää on luonnehdittu taloudellisesti tehokkaaksi, sosiaalisesti oikeudenmukaiseksi, selkeäksi, joustavaksi ja kansainvälisesti yhteensopivaksi.¹⁵⁰

Onko olemassa tarvetta verokilpailuun ja/tai verotuksen harmonisointiin? Mitä etuja ja haittoja on verokilpailusta kansallisvaltion keinona hallita globaalintalouden prosesseja ja varmistaa kansallinen kilpailukyky? Schön korostaa kolmea seikkaa verokilpailun etuina: verorasituksen laskupaine, budjettikuri ja oikea tasapaino verotuksen tason ja julkisten palveluiden välillä¹⁵¹. Steichen toteaa, että verokilpailua on pidettävä myönteisenä, koska se on täydellinen keino pitää julkiset palvelut kevyempinä ja tehokkaampina¹⁵². Toisessa vaakakupissa on haitallisen tai epäreilun¹⁵³ kilpailun riski ja ns. "kilpajuoksu pohjalle (race to the bottom)". On myös mahdollista, että verokilpailu heikentää verojärjestelmän perustuslaillista perustaa eli parlamentin institutionaalista valtaa verojen säätäjänä. Se voi myös olla haaste tasapuolisuuden periaatteelle, joka edellyttää syrjimätöntä lähestymistapaa eri tulonlähteitä kohtaan, veropohjan taloudellisista muutoksista huolimatta¹⁵⁴. Steichen ajattelee kuitenkin, että kilpajuoksua pohjalle ei koskaan tapahdu, ja hän pitää verokilpailua verotuksen harmonisointia parempana vaihtoehtona.¹⁵⁵ Myös verotuksen harmonisoinnilla on monia etuja: toteutuskustannusten vähentyminen, läpinäkyvyys veronmaksajien suuntaan, verotuksen neutraalisuus ja tasapuolisuus sekä verotuksen tulonjakovaikutusten huomioon ottamisen

seppe Burgio kiinnitti myös huomiota tähän ajatukseen globalisaationtutkijoiden seminaarissa Roomassa 5.10.2006.

¹⁵⁰ Hjerpe et al. 2003: 25–31.

¹⁵¹ Schön 2003: 5–6.

¹⁵² Steichen 2003: 73.

¹⁵³ On todettu, että on mahdotonta tehdä oikeudellisesta näkökulmasta eroa "reilun" ja "epäreilun" kilpailun välillä. Kyseessä on pikemminkin poliittisen tason määritelmä. Ks. Schön 2003: 18–19.

¹⁵⁴ Ks. Schön 2003: 14 ja siinä viitatus raportit.

¹⁵⁵ Steichen 2003: 60–62. Ks. myös Schön 2003: 30.

mahdollisuus¹⁵⁶. Toisaalta verotuksen yhdenmukaistamisella on myös monia ei-toivottuja ominaisuuksia, kuten sen luonne "verokartellina" tai mahdollisuus, että lopulta kaikki voivat harmonisoinnin seurauksena osoittautua häviäjiksi¹⁵⁷. Steichen katsoo lisäksi, että ainakin EU:ssa on mahdollista ainoastaan välillisen verotuksen yhdenmukaistaminen. Tuloverojen osalta kyseessä on "mahdoton tehtävä".¹⁵⁸ Tuloverojen harmonisoinnissa on kuitenkin jonkin verran edistytty verran tärkeillä yritysverotuksen lohkoilla (yritysjärjestelydirektiivi ja emotytärtyhtiödirektiivi). Tällä hetkellä on myös melko kunnianhimoisia pyrkimyksiä tähän suuntaan, esim. ehdotus yhteisestä yhtenäisestä yhtiöveropohjasta, "Common Consolidated Corporate Tax Base" (CCCTB).

Verot ovat useimpien hyvinvointivaltioiden tärkein tulonlähde ja verotusta käytetään myös talouspoliittisena välineenä. On ymmärrettävää, että valtiot ovat haluttomia rajoittamaan suvereniteettiaan verotuksessa. Toisaalta valtiot pyrkivät poistamaan kansainvälisen kaupan esteitä ja edistämään pääomavirtoja ja ihmisten liikkuvuutta, mutta samalla ne haluavat säilyttää itsemääräämisoikeutensa verotuksessa ja verottaa rajat ylittävää toimintaa ehkä jopa muuta toimintaa ankarammin. Miten voidaan löytää tasapaino näiden tavoitteiden välillä? Se edellyttää ilmeisestikin sellaisen verojärjestelmän kehittämistä, joka ei muodosta estettä rajat ylittävälle toiminnalle, mutta samalla turvaa valtion tulot mahdollistaen veron kiertämiseen puuttumisen.¹⁵⁹ Ongelmana on se, miten ja millaisin järjestelyin tasapaino näiden välille on saavutettavissa.

Jos asetamme nämä havainnot globalisaation hallinnan yleisten tavoitteiden ja hyvän verojärjestelmän taustaa vasten, verotuksen yhdenmukaistaminen näyttää edistävän yhteiskunnallisen ja globaalien oikeudenmukaisuuden näkökohtia melko hyvin. Tietenkin oikeudenmukaisuus on vahvasti riippuvainen myös muista olosuhteista. Toisaalta verokilpailulla on taipumus edistää tehokkuutta kansantaloudessa - ja ehkä myös globaalissa taloudessa. Näin on sillä edellytyksellä, ettei "kilpajuoksua pohjalle" tapahdu. Emme siten ehkä löydä universaalia vastausta kysymykseen: verotuksen harmonisointi vai verokilpailu? Tarvitsemme empiirisiä havaintoja ymmärtääksemme paremmin näiden verotuksellisten vaihtoehtojen hyötyjä ja haittoja.

¹⁵⁶ Schön 2003: 5.

¹⁵⁷ Steichen 2003: 60, 83–84.

¹⁵⁸ Steichen 2003: 43, 119.

¹⁵⁹ Ks. Vann 2002: 720.

3.1. *Hallintamekanismit*

Globaalin talouden hallintaa voivat harjoittaa kansallisvaltiot tai sitä voidaan tehdä kansainvälisenä yhteistyönä. Se voi tapahtua maailmanlaajuisella, alueellisella, kansallisella tai paikallisella tasolla, ja se voi perustua oikeudelliseen sääntelyyn tai erilaisia käytäntöihin tai sopimuksiin. Hallinnan mekanismit voidaan järjestää hierarkkisesti tai horisontaalisesti, hallintaa voidaan tarkastella "ylhäältä alas" tai "alhaalta ylös" jne.

Mikä sitten on oikeudellisen sääntelyn tehtävä globalisaation hallinnassa? On tietenkin tärkeää yrittää maksimoida globalisaation hyödyt ja minimoida sen haitat. On selvää, ettei kaikkia ongelmia voida ratkaista oikeudellisella sääntelyllä, mutta sen avulla voi olla mahdollista estää ongelmien kärjistymistä. Esimerkiksi yhteisiä sääntöjä tarvitaan, jotta voidaan estää kohtuuttomat tai epäoikeudenmukaiset eriytymiset (esim. digitaalinen kuilu, tiedollinen kahtiajako jne.)¹⁶⁰ ja polarisoitumiset tietoyhteiskunnassa ja maailmantaloudessa¹⁶¹. Ongelmana oikeudellisessa hallinnassa on, että monissa tapauksissa lainsäädäntö on jälkijättöistä jo esiin tulleisiin ongelmiin reagoimista.

Globalisaation hallinnan toimijoiden ryhmittely jo viittasi siihen, että käytettävissä on monenlaisia oikeudellisia keinoja. Mekanismit vaihtelevat tietysti toimijoiden tai hallinnan institutionaalisen tason mukaan. Kannattaa myös pitää mielessä, että on olemassa monia muitakin mekanismeja kuin oikeudellinen sääntely, esim. suorat/epäsuorat taloudelliset ja rahoitukselliset ohjauskeinot samoin kuin tiedotusvälineiden vaikutukset sekä kulttuuriset ja turvallisuuteen liittyvät tekijät.

Tässä esityksessä keskitytään oikeudellisiin toimenpiteisiin, joita on myös monenlaisia. Globalisaation hallinnassa voidaan hyödyntää kokemuksiamme kansainvälisten suhteiden järjestämisestä (esim. YK:n puitteissa tapahtuvasta sääntelystä), alueellisista hallintajärjestelmistä (esim. EU-sääntely) ja myös kansallisista sääntelymekanismeista. On mahdollista puuttua globalisaation virtoihin ja ohjata niitä oikeaan/haluttuun suuntaan käyttämällä nykyisen lainsäädännön mukaisia järjestelyjä, oppimalla niistä sekä kehittämällä uusia mekanismeja. Esimerkiksi kansainvälistä ihmisoikeussääntelyä ja kansallisia perusoikeusjärjestelmiä käytetään takaamaan jokaiselle yksilölle yksityisautonomia, jota viranomaiset tai yksityiset kansalaiset eivät saa loukata. Näillä oikeussäännöillä on ohjelmallisia vaikutuksia ja ne myös turvaavat jokaiselle yksilölle tiettyjen oikeuksien vähimmäistason. Periaatteena on, että näiden oikeuksien pitäisi olla pohjana myös globali-

¹⁶⁰ Ks. esim. Pöysti 2002: 36.

¹⁶¹ Ks. esim. WSIS 2003, Declaration of Principles ja WSIS 2003, Plan of Action.

saation hallinnassa. Kansallisen lainsäädännön avulla pyritään samaan suuntaan vahvistamalla demokratiaa ja oikeusvaltiota. Useat kansainväliset ja kansalliset erityisalojen säännökset ohjaavat erilaisia taloudellisia tai muita hyvinvoinnin virtoja ja turvaavat yksilön oikeuksia.

Kansainvälisten ja kansallisten standardien, itsesääntelyiden, periaatteiden ja sopimusten roolit ovat yleensä tärkeitä, vaikka ne eivät olisikaan luonteeltaan sitovia. Joillakin sosiaalisilla ja kulttuurisilla tekijöillä on ainakin välillisiä sääntelyvaikutuksia ihmisten ja pääomien virtoihin. Oikeudellisen sitovuuden kannalta kansainvälisen oikeuden mekanismit voidaan asettaa asteikolle: hard law – soft law siten, että sitovimpia ovat valtioiden väliset sopimukset, vähiten sitovia standardit ja muut soft law -mekanismit. Tavanomainen oikeus ja oikeusperiaatteet sijoittuvat ainakin osittain näiden välimaastoon.¹⁶² Teoreettisemmin tarkastellen on kyse myös oikeudellisten mekanismien sijoittumisesta oikeuspositivistisen, oikeusrealistisen ja luonnonoikeudellisen sääntelyn ulottuvuudelle.

Lang, Rengger ja Walker ovat huomauttaneet, että kansainvälisessä järjestelmässä ei ole selvää minkä tyyppisillä säännöillä tulisi hallita erityistilanteita ja konflikteja¹⁶³. On esimerkiksi mahdollista käyttää joko virallisia ("hard law") sääntöjä tai epävirallisia ("soft law") sääntöjä, mutta kumpikaan näistä (virallinen/epävirallinen) ei voi olla ainoa vaihtoehto, koska molemmista on kiistelty ja kumpikin voi johtaa myös väärinkäyttöksiin¹⁶⁴. Molempia tarvitaan.

Oikeudelliset periaatteet ovat myös erittäin tärkeitä globaalin hallinnan mekanismeja. Esimerkiksi "pacta sunt servanda" ("sopimus on pidettävä") -periaate on erittäin tärkeä sekä kansainvälisellä että kansallisella tasolla. Periaatteiden rooli riippuu tietenkin siitä kuinka sitovina valtiot ja muut toimijat pitävät niitä.

On syytä huomata, että sääntelyn vaikutus yleensäkin riippuu siitä, kuinka sitovina oikeudellisia mekanismeja pidetään. Tämä riippuvuus ei ole kuitenkaan välttämättä lineaarista. Esimerkiksi tietty "herrasmiessopimus" saattaa olla oikeudellisesti sitomaton, mutta samalla sillä voi olla hyvin voimakas tosiasiallinen vaikutus tiettyihin globalisaation virtoihin. Tällaisetkin näkökohdat on otettava huomioon globalisaation oikeudellisia hallintamekanismeja kehitettäessä. Samaan ai-

¹⁶² Ks. esim. Rosas 1993.

¹⁶³ Lang, Rengger, Walker 2006: 276.

¹⁶⁴ Lang, Rengger, Walker: 2006.

kaan on huolehdittava hallintamekanismien koherenssista ja yhdensuuntaisuudesta¹⁶⁵.

Globalisaation luonne verkostomaisena kehityksenä on hallinnan näkökulmasta ongelmallinen. Globaalien toimintojen muuntuminen horisontaalien verkostojen toiminnaksi voi heikentää vertikaalisiin suhteisiin perustuvien hallintamekanismien vaikutusta. Toisaalta monet hierarkkiset poliittiset/oikeudelliset mekanismit ovat edelleen tehokkaita. Kansainvälisen oikeuden tasolla ongelmana on täytäntöönpanokoneiston ja oikeudellisten sanktioiden puuttuminen. Nämä ongelmat koskevat myös yhteisten julistusten ja ohjelmien toteuttamista.

Lyhyt katsaus yleisiin globalisaation hallintamekanismeihin antaa viitteitä siitä, että myös verotuksen alalla käytettävät oikeudelliset mekanismit ovat monimutkaisia ja vaihtelevia. Verotuksen harmonisoinnissa ja verokilpailussa voidaan käyttää sekä hard law että soft law -mekanismeja. Hard law -mekanismit koostuvat lähinnä kansainvälisestä vero-oikeuden säännöstöstä (esim. kaksinkertaisen verotuksen poistavat verosopimukset ja rajat ylittäviä tilanteita sääntelevä kansallinen lainsäädäntö jne.) ja muusta kansallisesta verolainsäädännöstä. Niitä käytetään sekä verotuksen yhdenmukaistamiseen että verokilpailuun. Soft law -mekanismeja on myös monenlaisia: malliverosopimuksia, standardeja sekä järjestöjen ja asiantuntijoiden lausuntoja jne., joita usein käytetään alan verotuksen yhdenmukaistamisessa. Verokilpailuun osallistuminen tapahtuu yleensä kansallisella lainsäädännöllä. Tällaisen lainsäädännön tavoitteena on verotuksellisin keinoin vahvistaa oman kansantalouden suhteellista kilpailukykyä globaaleilla markkinoilla esimerkiksi houkuttelemalla taloudellisia tuotannon tekijöitä maahan ja estämällä taloudellisia resursseja lähtemästä maasta. On tärkeää huomata, että verokilpailu ja verotuksen harmonisointi kattavat vain osan globaalin talouden hallintamekanismeista. On myös monia muita attraktiotekijöitä, kuten julkiset palvelut, yhteiskunnallinen infrastruktuuri, koulutus, tulonsiirrot jne. Keskittymisen yksinomaan verotukseen voi siten olla harhaanjohtavaa. Globaalissa ympäristössä valtiot kilpailevat julkisten tulojen ja menojen tasolla, näiden suhteilla ja sillä mihin verotulot käytetään, jolloin huomioon on otettava myös esimerkiksi julkiset palvelut, infrastruktuuri ja tulonsiirrot.¹⁶⁶ Kilpailu tapahtuu siten paljon laajemmalla tasolla, järjestelmien kilpailuna¹⁶⁷. Tässä suhteessa politiikkojen koherenssista on pidettävä huolta.

¹⁶⁵ Graziano Battistella kiinnitti globalisaatiotutkijoiden kokouksessa Roomassa 6.10.2006 huomiota eri politiikkojen johdonmukaisuuden tarpeeseen esimerkiksi maahanmuuton hallinnassa.

¹⁶⁶ Steichen 2003: 77–78.

¹⁶⁷ Ks. esim. Penttilä 2006: 596 ja siinä viitattu lähde.

Yhden keskeisen mekanismin verotuksen ja globalisaatiokehityksen tasapainotuksessa muodostavat kahdenväliset sopimukset. OECD on tarjonnut valtioiden käytettäväksi mallin, joka säilyttää kansallisen verolainsäädännön, mutta samalla helpottaa vapaata liikkuvuutta. Tämä saavutetaan rajoittamalla verotustoimivaltaa verosopimuksin, vastavuoroisuuteen perustuen. OECD on myös ohjeistanut miten joillakin kansainvälisesti hyväksytyillä periaatteilla voidaan suojata veropohjaa sitä rapauttavaa verosuunnittelua vastaan. Ns. ”arm’s length” -periaate (markkinaehtoperiaate) on esimerkki tästä. Esimerkiksi siirtohinnoittelun dokumentaatiovaatimuksissa näitä ohjeita on monissa maissa sisällytetty verolainsäädäntöön ja siten ohjaus on saavuttanut hard law:n aseman. OECD:llä on keskeinen rooli myös siinä yhteistyössä, jonka tarkoituksena on suojata kansallisvaltioiden verotuloja globaalissa maailmassa. Tähän pyritään esimerkiksi tehokkaalla tietojenvaihdolla verotuksessa.

EU on perustettu sisämarkkinoiden luomiseksi. SEUT (Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus) sisältää perusvapauksia kuten työntekijöiden vapaa liikkuvuus, sijoittautumisvapaus, palvelujen ja tavaroiden tarjoamisen vapaus ja pääomien vapaa liikkuvuus. Näitä sovelletaan myös verotukseen, vaikkakin tasapainon löytäminen niiden ja rajat ylittävää toimintaa koskevan perinteisen verotuksen välillä on ollut vaikeaa. Tietyissä määrin perusvapaudet kiihdyttävät verokilpailua Euroopassa. On huomionarvoista, että perusvapauksia voidaan – ainakin jossain määrin – myös käyttää jonkin jäsenvaltion verojen välttämiseen.¹⁶⁸ Puhtaasti keinotekoisia järjestelyjä ei EU:n lainsäädäntö kuitenkaan suoja.

EU myös rajoittaa verokilpailua yhtenäistämällä verotusta. Näin on tapahtunut esimerkiksi arvonlisäverotuksessa. Tuloverotuksessa esiintyy vain vähän harmonisointia ja sen tavoitteena on lähinnä poistaa rajat ylittävän toiminnan verotuksellisia esteitä. SEUT sisältää valtioneuvostoa koskevista määräyksistä, joilla on merkitystä myös verotuksessa. Hard law -säännöksiä ne rajoittavat huomattavasti mahdollisuuksia käyttää erilaisia verokannustimia jäsenvaltioissa ja siten myös rajoittavat verokilpailua. EU:lla on myös merkitystä tehokkaan verotuksen varmistamisessa esimerkiksi verotietojen vaihdon kautta. Tästä hyvänä esimerkkinä on säästödirektiivi.

Seuraavassa analysoimme esimerkkien avulla verotuksen harmonisoinnissa ja verokilpailussa nykyisin käytössä olevia oikeudellisia mekanismeja.

¹⁶⁸ Ks. esim. EU:n tuomioistuimen tuomio C-196/04, Cadbury Schweppes: 49.

4. *Esimerkkejä verotuksen harmonisoinnista ja verokilpailusta*

Verotus on pääasiassa kansallista, mutta kansainvälisellä tasolla on tehty melko paljon työtä rajat ylittävän toiminnan verotuksellisten esteiden poistamiseksi. Samalla tavoitteena on ollut hallita pääomien, yritysten ja henkilöiden liikkuvuutta ja turvata valtioiden verotuloja. Seuraavassa esitetään esimerkkejä tässä työssä käytetyistä oikeudellisista mekanismeista, erityisesti verokilpailun ja verotuksen harmonisoinnin mekanismeista. Lähestymme kysymystä analysoimalla hallinnan tavoitteita, mekanismeja ja toimijoita globaalilla, alueellisella ja kansallisella tasolla.

4.1. *Globaali taso*

Verosopimukset

Verotulojensa turvaamiseksi valtiot pyrkivät ulottamaan verotusvaltansa mahdollisimman laajaksi. Tämän mukaisesti useimmat maat soveltavat maassa asuvien eli yleisesti verovelvollisen verotukseen ns. globaalia verovelvollisuutta. Tällöin verovelvollista verotetaan hänen kaikista tuloistaan siitä riippumatta, mistä tulot on saatu. Maassa asumattomien henkilöiden eli rajoitetusti verovelvollisten verotus sen sijaan perustuu yleensä lähdevaltioperiaatteeseen. Sen mukaan valtio verottaa kaikkia niitä tuloja, jotka katsotaan kyseisestä valtiosta saaduiksi tuloiksi. Myös Suomen verotusvalta on säännelty näiden lähtökohtien mukaisesti. TVL 9 §:n mukaan Suomessa asuva (yleisesti verovelvollinen) on velvollinen suorittamaan tulon perusteella veroa täältä ja muualta saamastaan tulosta ja rajoitetusti verovelvollinen täältä saamastaan tulosta.¹⁶⁹ Kun tulosta hyvin usein joudutaan maksamaan tuloveroa lähdevaltioon, tulon verottaminen täällä Suomessa yleisesti verovelvollisen tulona johtaa usein kansainväliseen kaksinkertaiseen verotukseen. Vastaavalla tavalla Suomessa rajoitetusti verovelvollinen voi joutua kaksinkertaisen verotuksen kohteeksi, kun hänen Suomesta saamaansa ja siis jo Suomessa verotettua tuloa verotetaan myös hänen asuinvaltiossaan.

Kansainvälinen kaksinkertainen verotus rajoittaa yritysten rajat ylittäviä investointeja, pääomanliikkeitä ja henkilöiden vapaata liikkuvuutta.¹⁷⁰ Tämän vuoksi

¹⁶⁹ Täysin yksiselitteisesti ei voida sanoa, mitkä kaikki tulot ovat Suomesta saatuja tuloja. TVL 10 §:ssä on näistä esimerkkiluettelo, mutta se sisältää vain yleisimpien täältä saatujen tulojen luettelon.

¹⁷⁰ Kansainvälinen kaksinkertainen verotus jaotellaan usein kansainväliseen juridiseen kaksinkertaiseen verotukseen ja kansainväliseen taloudelliseen kaksinkertaiseen verotukseen. Kansainvälisessä juridisessä kaksinkertaisessa verotuksessa useampi kuin yksi valtio verottaa samaa verovelvollista samasta tulosta kun taas taloudellisessa kaksinkertaisessa verotuksessa useampi kuin yksi valtio verottaa taloudellisessa mielessä samaa tuloa, mutta sitä verotetaan eri ve-

kansainvälistä kaksinkertaista verotuksen syntymistä on pyritty estämään. Käytännössä tämä on tapahtunut kahdella eri tavalla. Ensinnäkin, valtiot ovat sisällyttäneet sisäisiin lainsäädäntöihinsä säännöksiä, joilla pyritään estämään tai lieventämään kaksinkertaista verotusta. Tältä osin kysymyksessä ovat valtioiden yksipuoliset kaksinkertaista verotusta lieventävät toimet.¹⁷¹ Toiseksi, valtiot pyrkivät estämään kaksinkertaista verotusta solmimalla yleensä bilateraalaisia verosopimuksia toisten valtioiden kanssa. Verosopimusten ideana on se, että valtiot vastavuoroisesti luopuvat verotusoikeudestaan ja verosopimuksessa säänneltyjen mekanismien mukaisesti estetään kaksinkertaisen verotuksen syntyminen. Kun verosopimuksilla pyritään poistamaan rajat ylittävän toiminnan veroesteitä, verosopimukset ovat omiaan edistämään globalisaatiota. Verosopimukset voidaan kuitenkin nähdä myös valtioiden välisen yhteistyön keinona, jolla pyritään globalisaation hallintaan. Kuten edellä on ilmennyt, globalisaation haasteisiin voidaan verotuksessa pyrkiä vastaamaan verokilpailun tai verotuksen harmonisoinnin keinoin.¹⁷² Hieman yllättävänä voidaan pitää sitä, että verosopimusten solmimisessa voi olla mukana kumpiakkin elementtejä.

Verosopimuksissa sopijavaltiot jakavat tulojen verotusoikeuden tai jos molemmat saavat verottaa, sopimus sisältää menetelmän, jolla kaksinkertainen verotus poistetaan. Verosopimukset perustuvat vastavuoroisuuteen. Tässä suhteessa ne erottuvat selkeästi verokilpailusta. Tästä huolimatta verosopimukset voivat olla yksi valtion käyttämä verokilpailutekijä. Syynä tähän on se, että valtion laajaa verosopimusverkostoa pidetään usein yhtenä varteenotettavana verosuunnittelussa huomioon otettavana tekijänä, kun kansainvälisessä toiminnassa tehdään sijoittautumisvaltiota koskevia päätöksiä. Tämä johtuu siitä, että verosopimukset yleensä alentavat tai voivat kokonaan poistaa lähdevaltioon maksettavan osingon, koron ja rojaltin lähdeveron. Tällä on merkitystä esimerkiksi kansainvälisen konsernin rahoitusyhtiön sijoittautumiseen.¹⁷³ Verosopimuksia solmittaessa valtiolla voi siten ainakin joskus olla tausta-ajatuksena myös valtion verokilpailuaseman parantaminen.

Verosopimukset ovat sopimusvaltioiden keskinäisiä valtiosopimuksia. Kaiken kaikkiaan bilateraalaisia verosopimuksia on tällä hetkellä yli 3 600 kappaletta.

rovelvollisten tulona. Seuraavassa huomio kiinnitetään juridiseen kaksinkertaiseen verotukseen.

¹⁷¹ Suomessa laki kansainvälisen kaksinkertaisen verotuksen poistamisesta (1995/1552) kuuluu tähän kategoriaan.

¹⁷² Tietenkin mahdollista on myös se, että tehdään yksipuolisia veropohjaa suojaavia ratkaisuja kuten esimerkiksi veropohjan tiivistäminen joltain osin siten, että kiristävä toimi kohdistuu erityisesti rajat ylittäviin tilanteisiin.

¹⁷³ Ks. Finnerty, Merks, Petriccione & Russo 2007: 86.

Vaikka eri valtioiden verojärjestelmät poikkeavat huomattavasti toisistaan, verosopimusten sisällöt ovat kuitenkin huomattavan pitkälle samansisältöisiä.¹⁷⁴ Verosopimussäännöstö on siten hyvin pitkälle harmonisoitunut. Keskeisenä tähän johdaneena tekijänä on OECD:n toiminta. OECD julkaisi vuonna 1963 ensimmäisen malliverosopimuksensa, minkä jälkeen sitä on useaan otteeseen muuteltu. Kun OECD:n neuvosto vuonna 1963 hyväksyi malliverosopimuksen, se vetosi jäsenmaidensa hallituksiin, jotta ne kahdenvälisiä sopimuksia toistensa kanssa tehdesään tai tarkistaessaan, noudattaisivat malliverosopimusta.

OECD:n malliverosopimus on osoittautunut erittäin onnistuneeksi keinoksi harmonisoida verosopimusoikeutta. OECD:n jäsenvaltiot ovat laajasti noudattaneet malliverosopimusta, kun ne ovat keskenään solmineet verosopimuksia. Sen vaikutus on kuitenkin laajentunut kauas OECD:n ulkopuolelle, sillä malliverosopimusta on yleisesti pidetty peruslähtökohtana myös OECD:n jäsenvaltioiden ja ei-jäsenvaltioiden välisissä ja jopa ei-jäsenvaltioiden välisissä verosopimusneuvotteluissa.¹⁷⁵ Vaikka yksittäiset verosopimukset sisältävät aina omia erityissäännöksiään, jotka poikkeavat OECD:n malliverosopimuksesta, lähes kaikista verosopimuksista löytyy huomattavan paljon yhteistä OECD:n malliverosopimuksen kanssa. On selvää, että OECD:n malliverosopimus ei ole OECD:n jäsenvaltioita sitova, kun ne solmivat verosopimuksia ja vielä etäämmällä sitovuudesta ollaan, kun kysymys on ei-jäsenvaltioiden välisistä verosopimusneuvotteluista. Tosiasiallisesti OECD:n malliverosopimuksen sitovuus verosopimusneuvotteluja käyvien valtioiden näkökulmasta kuitenkin ylittää soft law -oikeuden sitovuuden ja se lähestyy olennaisilta osiltaan sitovan oikeuden (hard law) tasoa. Liian pitkälle kuitenkin mennään, jos OECD:n malliverosopimuksen katsotaan muodostuneen tavanomaisen kansainvälisen oikeuden osaksi ja olevan sen vuoksi yksittäisen verovelvollisen verotusta koskevaa päätöstä tehtäessä sitova, vaikka verosopimusta ei olisikaan.¹⁷⁶

Edellä on tarkasteltu OECD:n malliverosopimuksen merkitystä verosopimuksen solmimisen kannalta eli sitä, kuinka sitovana valtiot pitävät malliverosopimusta verosopimuksia solmiessaan. Malliverosopimuksen sitovuutta tai merkitystä on kuitenkin syytä arvioida myös verosopimusten soveltamistilanteiden kannalta. Tällöin huomio kiinnittyy malliverosopimukseen liitettyihin artiklakohtaisiin kommentaareihin. Kommentaarit sisältävät malliverosopimuksen artiklojen seli-

¹⁷⁴ Avi-Younah, s. 1 toteaa, että 75 prosenttia yksittäisen verosopimuksen sanoista ovat samoja, jotka ovat myös jossain toisessa verosopimuksessa. Tätä voidaan kutsua 75 prosentin säännöksi.

¹⁷⁵ Ks. OECD 2010: 10.

¹⁷⁶ Tällaisen näkemyksen malliverosopimuksen vaikutuksesta tuo esille Avi-Yonah: 2.

tyksiä. Ne ovat yleisesti hyväksytyt verosopimusten tulkintalähde soveltamistilanteissa ainakin silloin, kun esillä olevan verosopimuksen artikla on sisällöltään malliverosopimuksen artiklaa vastaava. Tämän vuoksi verosopimuksia hyvin pitkälti tulkitaan yhdenmukaisella tavalla, vaikka kansalliset verolain tulkintatraditiot ovatkin toisistaan poikkeavia. Suomessa tämä on näkynyt muun muassa ratkaisussa KHO 2011:101. Siinä KHO totesi, että tulkittaessa Suomen solmimia OECD:n malliverosopimuksen mukaisia verosopimuksen määräyksiä, on perusteltua antaa merkitystä sille, mitä OECD:n malliverosopimuksen kommentaarissa on esitetty. Ratkaisussa todettiin myös, että näin on siitä riippumatta, onko verosopimuksen toinen osapuoli OECD:n jäsen.

Kahden tai useamman valtion samaa tuloa ja samaa verovelvollista koskevasta verovaateesta aiheutuvaa kaksinkertaista tai monenkertaista verotusta pidetään kansainvälisen verotuksen keskeisenä ongelmana. Toinen ongelma-alue on veron kiertäminen. Nykyisin verosopimusten yhtenä keskeisenä tehtävänä pidetään myös sitä, että niillä pyritään estämään veron kiertämistä.¹⁷⁷ Tämä näkyy usein myös verosopimusten otsikossa, kun sopimukset on otsikoitu tulo- ja varallisuusveroja koskevan kaksinkertaisen verotuksen ja veron kiertämisen estämiseksi tehdyiksi sopimuksiksi. Veron kiertämisen estämistä koskevia kohtia sisältyy useampiinkin OECD:n malliverosopimuksen artikloihin, mutta keskeisin tässä suhteessa on kuitenkin malliverosopimuksen 26 artikla, joka koskee sopimusvaltioiden veroviranomaisten keskinäistä tietojenvaihtoa. Malliverosopimukseen on hiljattain lisätty uusi 27 artikla, joka koskee verojen perintää.¹⁷⁸ Kun verosopimukset yleensä sisältävät veron kiertämisen estämistä säänteleviä artikloja, etenkin tietojenvaihtoartiklan, ovat jotkin valtiot olleet tämän vuoksi haluttomia solmimaan verosopimuksia. Toisaalta tietojenvaihtomahdollisuus voi olla juuri keskeinen syy, minkä vuoksi korkean verorasituksen valtiot saattavat olla halukkaita solmimaan verosopimuksia alhaisen verorasituksen valtion tai jopa verokeidasvaltion kanssa. Veron kiertämisen estämistä koskevat verosopimusten yksityiskohdat osoittavat, miten verosopimuksia voidaan käyttää keinona, jolla pyritään minimoimaan globalisaation haittoja, vaikka niillä samanaikaisesti pyritään poistamaan valtion rajat ylittävän toiminnan veroesteitä.

OECD:n siirtohinnoitteluohjeet ja siirtohinnoittelun dokumentointi

¹⁷⁷ Ks. Rohatgi 2005: 25.

¹⁷⁸ OECD:n malliverosopimuksen 10, 11 ja 12 artiklat koskevat osinkojen, korkojen ja rojaltien verotusta. Niiden mukaisen edun voi saada vain todellinen ”etuudenomistaja” eli ns. beneficial owner. Myös tämä on nähtävä veron kiertämisen estämiseen tähtäävänä sääntelynä.

Kansainvälisten yritysten rooli maailmankaupassa on olennaisesti kasvanut viimeisen 20 vuoden aikana. On esitetty arvioita, että maailmankaupasta 60 % on kansainvälisten konsernin sisäistä kauppaa. Tämän vuoksi siirtohinnoittelukysymykset ovat yksi keskeinen kansainvälisen yritysverotuksen osa-alue tänä päivänä. Siirtohinnoittelulla tarkoitetaan toisiinsa etuyhteydessä olevien yritysten välistä hinnoittelua. Tyypillisiä siirtohinnoittelutilanteita ovat samaan konserniin kuuluvien eri yhtiöiden väliset tavaroiden ja palvelujen osto- ja myyntitilanteet. Siirtohinnoittelulla voidaan vaikuttaa siihen, missä valtiossa konsernin voitto tuloutuu ja näin ollen, mihin valtioon verot voiton perusteella maksuunpantavat verot suoritetaan.

On selvää, että jokainen valtio haluaa saada kansainvälisen konsernin voitosta oman verotuksensa piiriin sen osuuden, jonka valtio katsoo sille kuuluvan. Tämän vuoksi valtioiden verolainsäädännöt sisältävät yleensä myös siirtohinnoittelua koskevia säännöksiä. Yleinen lähtökohta näissä on se, että myös etuyhteystilanteissa siirtohinnoittelun tulisi olla samanlaista kuin riippumattomien osapuolten välisissä liiketoimissa. Tällöin puhutaan ns. markkinaehtoperiaatteesta. Tämä merkitsee sitä, että siirtohintojen tulisi olla ”markkinahintojen” mukaisia. Markkinaehtoperiaatteen mukaisen hinnoittelun katsotaan johtavan ”oikeaan” tulon ja verojen jakautumiseen eri valtioiden kesken.

Käytännössä konserniyritysten väliset liiketoimet ovat usein sellaisia, että niille ei ole olemassa vertailukelpoisia markkinahintoja. Markkinaehtoperiaate ei tämän vuoksi konkreettisesti siirtohinnoittelutilanteessa selkeästi osoita jotain tiettyä hintaa. Yrityksellä ja verovelvollisella voi olla perustellusti hyvinkin toisistaan poikkeavat käsitykset markkinaehtoisesta hinnasta. Mahdollista on myös se, että eri valtioilla on tästä toisistaan poikkeavia käsityksiä etenkin, kun niillä on pääsääntöisesti vastakkaiset intressit asiassa. Tällaisessa tilanteessa kansainvälinen konserni voi joutua kaksinkertaisen verotuksen kohteeksi.

Ristiriitojen välttämiseksi ja kaksinkertaisen verotuksen estämiseksi OECD on julkaissut siirtohinnoitteluohjeet monikansallisia yrityksiä ja verohallintoja varten.¹⁷⁹ Siirtohinnoitteluohjeet ovat ohjeistus, joka tarjoaa kansainvälisen konsensuksen perusteella syntyneen tulkintasuosituksen siitä, miten kansallisessa lainsäädännössä ja verosopimuksessa olevaa markkinaehtoperiaatteen vaatimusta voidaan ja tulisi soveltaa. OECD:n siirtohinnoitteluohjeet eivät ole sitovia ja ne kuuluvat selvästi soft law -sääntelyn piiriin. Kansalliseen lainsäädäntöön voi kuitenkin sisältyä säännöksiä, jotka enemmän tai vähemmän ovat yhdenmukaisia tai

¹⁷⁹ OECD Guidelines 2010.

sopuoinnussa siirtohinnoitteluohjeiden kanssa. Vaikka siirtohinnoitteluohjeet eivät olekaan sitovia, siirtohinnoittelukysymyksiä kuitenkin käytännössä ratkotaan OECD-maissa ja yleisemminkin niiden mukaisesti. Tämän vuoksi voidaan hyvin sanoa, että OECD:n siirtohinnoitteluohjeista on muodostunut alallaan maailmanlaajuinen kansainvälinen standardi.¹⁸⁰

OECD:n siirtohinnoitteluohjeet sisältävät jakson, jossa on siirtohinnoittelun dokumentointia koskevia ohjeita. Ne ovat ensinnäkin ohjeita ja/tai menettelytapoja sitä dokumentaatiota varten, jota verovelvolliselta on siirtohinnoittelua koskevan veroasian yhteydessä saatava. Toiseksi ne ovat ohjeita myös verovelvollisille, sillä niiden avulla verovelvollinen voi osoittaa, että hinnoittelu etuyhteystilanteessa on ollut markkinaehtoperiaatteen mukaista. Siirtohinnoitteludokumentaatiota koskeva ohjeistus on niin kuin muukin OECD:n siirtohinnoitteluohjeistus soft law -oikeutta, mutta se on merkittävältä osin tosiasiallisesti muuttunut hard law -sääntelyksi. Syynä tähän on se, että huomattava määrä valtioita on viimeisen kymmenen vuoden aikana sisällyttänyt kansalliseen lainsäädäntöönsä siirtohinnoitteludokumentaatiota koskeva sääntelyn. Yleensä tällainen sääntely on OECD:n siirtohinnoittelun dokumentointia koskevan ohjeistuksen mukaista.

Euroopan unionin neuvosto hyväksyi 27.6.2006 siirtohinnoitteludokumentaatiota koskevat käytännesäännöt. Ne perustuvat OECD:n siirtohinnoitteluohjeisiin. Käytännesääntöjen tavoitteena on standardisoida EU:ssa sitä dokumentaatiota, jota kansainvälisen yrityksen tulee esittää veroviranomaisille osoittaakseen siirtohinnoittelunsa markkinaehtoisuuden. EU:n käytännesäännöt ovat lähinnä poliittinen sitoumus, mutta jäsenvaltioissa käytännesääntöjen mukaisesti laadittu dokumentaatio tulisi jäsenvaltioissa katsoa hyväksyttäväksi dokumentoinniksi. Käytännesäännöt ovat hyvä esimerkki siitä, miten kansainvälisen organin (OECD) laatima globaali soft law -sääntely voi kanavoitua alueellisen toimijan kautta kansalliselle tasolle ja sääntelyn sitovuus samanaikaisesti kasvaa.

Haitallisen verokilpailun estämien ja tietojenvaihto

Verokilpailussa on olennaisilta osin kysymys siitä, että valtiot yrittävät edullisella verotuksella houkutella tuotannontekijöitä, jotka muutoin menisivät muualle. Tämä voi tapahtua alhaisilla verokannoilla, erityisillä veronhuojennuksilla tai muutoin edullisilla verosäännöksillä mutta se voi tapahtua myös sellaisilla verotuskäytännöillä, joiden seurauksena tuotannontekijän veroaste painuu alhaiseksi. Valti-

¹⁸⁰ Ks. Karjalainen & Raunio 2007: 38. Ks. myös HE 107/2006 vp, s. 6, jossa käsitellään siirtohinnoitteluohjeiden yleismaailmallista merkitystä.

oiden verosuvereniteetin näkökulmasta verokilpailun olemassaolo merkitsee huomattavaa rajoitetta. Nykypäivänä verosuvereniteettia saatetaan luonnehtia jopa käsitteelliseksi ”paradoksiksi”.¹⁸¹

Verokilpailu voidaan jakaa reiluun ja haitalliseen verokilpailuun. Haitallisen verokilpailun tunnusmerkkeihin kuuluu, että verosäännös tai verotuskäytäntö johtaa tosiasiallisesti alempaan verorasitukseen kuin valtion yleinen verosääntely johtaisi, etuus kohdennetaan vain rajoitetusti verovelvollisille ja muiden maiden veroviranomaisten on vaikeata saada tietoa todellisista etuisuuksista avoimuuden tai tietojenvaihdon puutteen vuoksi. Yleisesti alhainen verotus tai verokanta ei ole haitallista verokilpailua. Niinpä esim. Irlannin soveltama 12,5 %:n yhteisöverokanta ei ole haitallista verokilpailua. OECD on tarjonnut valtioille foorumin, jossa ne voivat yhteistyössä pyrkiä estämään haitallista verokilpailua.

OECD julkaisi vuonna 1998 haitallista verokilpailua koskevan raportin.¹⁸² Se sisälsi suosituksia haitallisen verokilpailun estämiseksi. Osana raporttia oli OECD:n neuvoston hyväksymä ohjeistus haitallisena pidettävien verotuskäytäntöjen identifioinnista ja niiden poistamisesta OECD:n jäsenmaissa. Ohjeiden mukaan haitalliset käytänteet tuli poistaa viiden vuoden kuluessa. Vuonna 2000 OECD identifioi jäsenmaissa kaikkiaan 47 verosääntelyä, jotka olivat mahdollisesti haitallista verokilpailua.¹⁸³ Vuonna 2006 OECD ilmoitti, että näistä oli jäljellä enää vain yksi, joka sekin on sittemmin poistettu. Haitallisen verokilpailun piiriin kuuluvien toimenpiteiden poistamiseen tähtäävä projekti OECD:ssä oli näin ollen onnistunut. Ilmeistä kuitenkin on, että jäsenmaat ovat vastaavana aikana ottaneet käyttöön myös uusia verokilpailukeinoja, mutta se, ovatko ne OECD:n kriteeristön mukaan haitallisia vai eivät, on tulkinnanvaraisempaa.

Ns. verokeidasvaltioiden toiminta verotuksen alalla on usein sellaista, että sitä voidaan pitää haitallisena verokilpailuna. OECD julkaisi vuonna 2000 listan, jossa oli 35 valtiota tai aluetta, joita OECD:n kriteerien mukaan pidettiin verokeitaina.¹⁸⁴ Monet näistä kuitenkin ilmoittivat olevansa halukkaita yhteistyöhön OECD:n kanssa poistaakseen verojärjestelmästäan OECD:n haitallisena pitämiä elementtejä. Syynä tähän oli se, että mainitut valtiot ja alueet eivät halunneet joutua OECD:n mustalle listalle. Alun perin mustalle listalle oli tarkoitus ottaa ne

¹⁸¹ Näin Urpilainen 2012: 225. Hän kirjoittaa lisäksi seuraavasti: ”Se (verosuvereniteetti) ei näytä enää kovin hyvin tavoittavan sitä todellisuutta, jossa veropolitiikkaa käytännössä muotoillaan – ajatus omnipotentista kansallisesta verolainsäätäjistä on monessa suhteessa epäuskottava.”

¹⁸² OECD 1998.

¹⁸³ Ks. OECD 2006: 3.

¹⁸⁴ Ks. OECD 2000: 17.

valtiot ja alueet, jotka eivät sitoutuneet määräajassa poistamaan haitallisena pidettyjä piirteitä verojärjestelmästä. Sitten linjausta muutettiin siten, että mustalle listalle otettiin vain ne valtiot ja alueet, jotka eivät sitoutuneet verojärjestelmänsä läpinäkyvyyteen ja tehokkaaseen tietojenvaihtoon veroasioissa.¹⁸⁵ Vuonna 2002 tällaisia maita ja alueita oli seitsemän. Sitten lista lyheni, kun listalla olleet valtiot tekivät OECD:n edellyttämiä sitoumuksia ja vuonna 2009 mustalta listalta poistettiin viimeisetkin maat ja alueet.

Se, että OECD maat ovat omasta lainsäädännöstään poistaneet haitallisena pidettyjä verokilpailutekijöitä ja että OECD:n ulkopuoliset verokeidasvaltiot ja -alueet ovat sitoutuneet tietojenvaihtoon veroasioissa, osoittaa, että OECD:n haitallisen verokilpailun poistamista koskenut hanke on ollut menestyksellinen. Tästä huolimatta verokeidasvaltiot eivät ole kadonneet minnekään, mutta niitä hyväksikäyttävät verovelvolliset eivät enää voi luottaa siihen, että nämä valtiot eivät luovuta verotusta varten tietoja verovelvollisen asuinvaltiolle. OECD:n työ kuitenkin jatkuu edelleen muun muassa sen varmistamisessa, että kaikki tietojenvaihtoon sitoutuneet valtiot todella luovuttavat tehokkaasti tietoja toisten valtioiden veroviranomaisille.

Verokilpailua on muodossa tai toisessa ollut pitkään, mutta talouden globalisointuminen on nostanut sen valtion verosuvereniteettia tosiasiallisesti rajoittavan merkityksen entistä konkreettisemmaksi. OECD on muodostunut foorumiksi, jossa valtiot ovat kyenneet ainakin jollain tasolla rajoittamaan haitallisiksi määriteltyjä verokilpailun muotoja. OECD on myös onnistunut siinä, että tietojenvaihtomahdollisuuksien puuttumisen vuoksi verokeidasvaltioita voidaan hyväksikäyttää entistä rajoitetummin verovelvollisen asuinvaltion verotuksen välttämiseksi. Sinänsä verokeidasvaltiot ovat kyenneet verosuvereniteettinsa vedoten kuitenkin edelleenkin ylläpitämään verojärjestelmänsä sellaisena, että niitä voidaan edelleen hyödyntää tavalla, joka johtaa verotulojen menetyksiin muissa valtioissa. Muilla valtioilla on kuitenkin mahdollisuus ainakin jossain määrin muokata omaa verolainsäädäntöään sellaiseksi, että se sisältää verokeidasvaltioiden hyväksikäytön estämistä rajoittavia säännöksiä. Esimerkiksi väliyhtiölainsäädäntö on osa tällaista kansallista veropohjaa suojaavaa säännöstä.

¹⁸⁵ Huomionarvoista on se, että verokeidasvaltiot saivat pitää verolainsäädännössään edelleen sellaisia elementtejä, joita voidaan pitää haitallisen verokilpailun piiriin kuuluvina. Urpilainen 2012: 226 huomauttaa, että verokeidasvaltiot vetosivat menestyksellä verosuvereniteetin niihin merkityssisältöihin, joissa korostuu itsenäisten valtioiden oikeus vapaasti päättää verolainsäädäntönsä sisällöstä siitä riippumatta, koituko päätöksistä haittaa jollekin muille valtioille.

4.2. *Alueellinen taso (EU-taso)*

Yleistä

Euroopan unioni on globalisaation hallinnan näkökulmasta alueellinen toimija. EU:n toimenpiteet vaikuttavat luonnollisesti yleensä jäsenvaltioissa joko välittömästi tai kun EU-säädökset implementoidaan jäsenvaltioissa. Eräiltä osin EU on verotuksen alalla onnistunut painostamaan myös EU:n ulkopuolisia valtioita verotusta ja verovalvontaa koskevaan yhteistyöhön, jolloin voidaan sanoa että EU ja tällaiset kolmannet valtiot ovat yhdessä globalisaation hallinnan toimijoita. Jäljempänä käsiteltävä säästödirektiivi on esimerkki tällaisesta.

Verotusta koskevat direktiivit tulee hyväksyä EU:n neuvostossa yksimielisellä päätöksellä. Kun jäsenvaltiot etenkin tuloverotuksen alueella haluavat pitää kiinni verosuvereniteetistaan, ei tuloverotuksen harmonisointi ole edennyt EU:ssa kovin pitkälle. Hard law -tason sääntelyn käyttäminen verotuksen harmonisoinnissa EU:ssa on vaikeata. Eräillä tärkeillä, lähinnä yritysverotusta koskevilla alueilla on kuitenkin onnistuttu antamaan verotusta yhdenmukaistavia direktiivejä. Tällä hetkellä vireillä on yhdistettyä yhtenäistä yhtiöveropohjaa koskeva hanke (CCCTB).

EU:ssa on käytetty myös soft law -tason sääntelyä haitallisen verokilpailun estämisessä. Talous- ja rahoitusasioiden neuvosto, ECOFIN-neuvosto hyväksyi 1.12.1997 yritysverotuksen käytännesäännöt. Niiden tarkoituksena on poistaa jäsenvaltioiden verolainsäädännöstä haitallisen verokilpailun piiriin kuuluvat elementit ja huolehtia siitä, että uusia haitallisia keinoja ei oteta käyttöön. Vaikka käytännesäännöt eivät ole oikeudellisesti sitovia, niissä tarkoitettuja haitallisen verokilpailun muotoja voidaan lähestyä myös hard law -tason säännöksillä, sillä haitallisen verokilpailun piiriin kuuluva säännöstö voi olla perussopimuksessa kiellettyä valtioneuvon.¹⁸⁶

Valtioneuvon

SEUT 107.1 artikla sisältää valtioneuvon koskevan kiellon. Jollei perussopimuksissa toisin määrätä, jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, ei sovellu sisämarkkinoille siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

¹⁸⁶ Ks. Bárbara 2011: 273.

On selvää, että myös verotusta koskevat säännökset voivat olla sellaisia, että ne ovat valtioneutua. Kielletyn valtioneutun piirteisiin kuuluu se, että saatava etu on erityinen tai valikoiva siinä suhteessa, että se suosii jotain yritystä tai tuotannonalaa. Etu voi koostua veron perusteen alentamisesta (esimerkiksi poikkeuksellinen vähennys ja erityiset tai nopeutetut poistot, varaukset jne.), veron määrän täydellisestä tai osittaisesta alentamisesta (verovapaus yms.) ja verovelkojen maksamisen lykkäämisestä, niistä luopumisesta tai uudelleenjärjestelystä.¹⁸⁷ Unionin tuomioistuimien on antanut useita tuomioita, joissa verotusta koskeva säännös on katsottu kielletyksi valtioneutuksi. Tällaisessa tapauksessa verovelvollinen voi joutua palauttamaan saamansa edun. Korkein hallinto-oikeus teki vuoden 2011 lopussa unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön (KHO 2011:118), jossa esillä on se, onko Suomen tappiontasausjärjestelmään kuuluva yrityksen omistajanvaihdostilanteissa sovellettava ns. poikkeuslupamenettely (TVL 122.3 §) katsottava kielletyksi valtioneutuksi.¹⁸⁸

On selvää, että SEUT:n valtioneutukisäännöt rajoittavat verokilpailua EU:ssa. Ne ovat jäsenvaltioille suunnattua sitovaa sääntelyä, mutta ne ovat sitovia myös verovelvollisen kannalta, kun hän voi joutua palauttamaan säännösten vastaisesti saamansa veroedun. Tämän vuoksi esimerkiksi verosuunnittelussa on tärkeää tietää, että jossain valtiossa käytössä oleva veronhuojennus tai muu veroetu ei ole kiellettyä valtioneutua.

Säästödirektiivi

Kun EU muodostaa sisämarkkinat, on verotusta koskevilla direktiiveillä ensisijaisesti pyritty poistamaan sisämarkkinoiden esteitä jäsenvaltioiden verolainsäädännöistä. Tämän vuoksi on ymmärrettävää, että varsinaiset tuloverotusta koskevat direktiivit sääntelevät rajat ylittävään toimintaan liittyviä seikkoja. Yritysjärjestelydirektiivillä pyritään helpottamaan rajat ylittävien yritysjärjestelyjen toteuttamista ja emo-tytäryhtiödirektiivillä poistetaan eri jäsenvaltioissa sijaitsevien yhtiöiden välisiin osingonjakoihin liittyvää osinkojen kahdenkertaista verotusta. Kun tuloverotusta koskevat direktiivit poistavat rajat ylittävän toiminnan veroesteitä, direktiivien voidaan katsoa omalta osaltaan edistävän globalisaatiota ainakin EU:n sisällä.

Säästödirektiivillä on toisenlainen tavoite. Sen tarkoituksena ei ole poistaa rajat ylittävän toiminnan veroesteitä, vaan turvata jäsenvaltioiden veropohjaa niin, että

¹⁸⁷ Ks. Komission tiedonanto valtioneutukisääntöjen soveltamisesta yritysten välittömään verotukseen (98/C 384/03)

¹⁸⁸ Ks. tästä tarkemmin Nuotio 2012: 200 ss.

EU-kansalaiset eivät voi välttyä säästöjen korkojen verotukselta asuinmaassaan siirtämällä säästönsä johonkin toiseen jäsenvaltioon. Säästödirektiivillä käyttöön- otetulla ilmoittamisjärjestelmällä on pyritty siihen, että asuinvaltiolla on tarvittavat tiedot luonnollisten henkilöiden saamien korkojen verottamiseen. Tämä toteutuu siten, että säästödirektiivin mukaan jossain EU-valtiossa olevan koron maksajan tulee tehdä ilmoitus muussa EU-valtiossa asuvalle koronsaajalle maksamastaan korosta omalle verohallinnolleen ja tämä välittää tiedon edelleen koronsaajan asuinvaltion verohallinnolle.

Säästödirektiivin voimaantulo edellytyksenä oli direktiivin periaatteita vastaavien sopimusten aikaansaaminen tiettyjen EU:n ulkopuolisten valtioiden (muun muassa Sveitsi, Liechtenstein ja Monaco) ja eräiden muiden alueiden kanssa. Monet näistä olivat ns. verokeitaina tunnettuja alueita. Sopimukset saatiin solmituiksi ja näin säästödirektiivi tuli voimaan.

Globalisaation hallinnan näkökulmasta säästödirektiivi on tärkeä esimerkki. Se koskee korkotuloja. Niitä pidetään yleisesti sellaisina tuloina, jotka globalisoituneessa maailmassa jäävät helposti verotuksen ulkopuolelle. Eri valtioilla on myös toisistaan poikkeavia käsityksiä korkotulojen verotuksesta. Usein väitetään, että tehokas korkotulojen verotus johtaa pääoman pakenemiseen toisiin valtioihin. Tämän vuoksi oli tärkeätä saada säästödirektiivin järjestelmän piiriin keskeisiä EU:n ulkopuolisia alhaisen verotuksen valtioita ja alueita. Huomionarvoinen piiri säästödirektiivissä on myös sen sisältämä tietojenvaihtojärjestelmä ja se, miten järjestelmä on onnistuttu yhteensovittamaan tiukkaa pankkisalaisuutta ylläpitävien valtioiden näkemysten kanssa.

Yhtenäinen yhdistetty yhtiöveropohja

Euroopan komissio antoi 16.3.2011 ehdotuksen neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yhtiöveropohjasta (CCCTB).¹⁸⁹ Ehdotus sisältää säännökset verotettavan tuloksen laskemisesta sekä konserniyhtiöiden verotettavien tulosten yhdistämisestä ja tämän tuloksen jakamisesta verotettavaksi jäsenvaltioille. Konserniyhtiöiden verotettavat tulokset yhdistettäisiin ja yhdistetty veropohja jaettaisiin verotettavaksi niille jäsenvaltioille, joissa konsernilla on toimintaa. Järjestelmä merkitsisi huomattavaa muutosta sellaisille konserneille, joilla on toimintaa usean EU:n jäsenvaltion alueella. Nykyisin konserniin kuuluvien eri maissa sijaitsevien yhtiöiden verotettavat tulot lasketaan kunkin yhtiön osalta erikseen kunkin yhtiön asuinvaltion lainsäädännön mukaisesti. CCCTB-järjestelmässä koko konserniin

¹⁸⁹ COM(2011) 121.

sovellettaisiin CCCTB-järjestelmän säännöksiä, jolloin yritysten veroasioiden hallinnointi yksinkertaistuisi ja kustannukset vähenisivät. Erityisenä etuna järjestelmässä olisi se, että toisessa jäsenvaltiossa asuvan konserniyhtiön tappio saataisiin vähennetyksi toisessa jäsenvaltiossa olevan yhtiön voitosta. Koko konsernin verotettava tulo jaettaisiin erityisen jakokaavan mukaan jokaiselle sellaiselle jäsenvaltiolle, jossa konsernilla on toimintaa. Jäsenvaltio verottaisi jako-osuutensa oman yhteisöverokantansa mukaan.

CCCTB-järjestelmä harmonisoisi järjestelmän piiriin kuuluvien yhtiöiden veropohjat. Näin ollen se poistaisi jäsenvaltioiden verokilpailun veropohjan osalta. CCCTB-järjestelmän ohella jokainen jäsenvaltio saisi kuitenkin pitää oman yritysverojärjestelmänsä, jota sovellettaisiin niihin yrityksiin, jotka eivät ole CCCTB-järjestelmän piirissä. Tältä osin veropohjakilpailua voisi siis edelleenkin olla ja mahdollista olisi myös se, että tämä kansallinen yritysverotussäännöstö olisi kilpailutilanteessa CCCTB:n kanssa. Jokaisella jäsenvaltiolla olisi edelleen myös oma yhteisöverokanta, jota sovellettaisiin myös CCCTB-järjestelmän piirissä oleviin yhtiöihin. Järjestelmä ei siten poistaisi EU:n jäsenvaltioiden välistä verokantakilpailua.

Tällä hetkellä on mahdotonta sanoa, toteutuuko komission ehdottama järjestelmä jossain muodossa vai jääkö se vain yhdeksi mittavaksi uudistussuunnitelmaksi, joka jää toteutumatta EU:n jäsenvaltioiden keskinäisten intressien erilaisuuden vuoksi.¹⁹⁰

4.3. *Kansallinen taso*

Globalisaatio synnyttää paineita muuttaa kansallisen verojärjestelmän rakennetta, koska verokilpailu kohdistuu eri veropohjiin toisistaan poikkeavalla tavalla. Yritysverotusta pidetään yleisesti sellaisena verotuksen alueena, johon verokilpailu erityisesti kohdistuu. Ainakin suuremmat yritykset voivat suhteellisen helposti siirtää joitain toimintojaan toisiin valtioihin. Toimintojen siirtämisen jälkeen tämä osa voitosta ja maksuunpantavat verot kertyvät uuteen sijaintivaltioon. Itse asiassa yrityksellä on lähes aina joitain toimintoja, jotka voidaan siirtää, vaikka esimerkiksi tuotteiden valmistus jäisikin alkuperämaahan. Esimerkiksi holding-, rahoitus- ja markkinointitoiminnot ja aineettomien tuotannontekijöiden hallinnointi

¹⁹⁰ Suomen verojärjestelmän näkökulmasta CCCTB-järjestelmä sisältää useita hankalia kohtia. Vaikeata on arvioida sitäkin, miten järjestelmä vaikuttaisi Suomen yhteisöverotuloihin. Suomen suhtautumisesta järjestelmään ks. Valtioneuvoston kirjelmä Eduskunnalle ehdotuksesta neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yhtiöveropohjasta (CCCTB), U 22/2011 vp ja Valtiovarainvaliokunnan lausunto 5/2011.

kuuluvat helposti siirrettävien toimintojen kategoriaan. Se, missä maissa tällaiset toiminnot ovat, vaikuttaa koko konsernin veroasteeseen. Tämän vuoksi yhteisöverokannat ovat tärkeitä kansallisesta näkökulmasta, mutta yhteisöverokanta on myös keskeinen verokilpailutekijä. Toinen keskeinen yritysverotukseen liittyvä verokilpailutekijä on liikkuvien tuotannontekijöiden veropohja.

Keskimääräinen yhteisöverokanta oli vuonna 2000 OECD maissa 33,6 % ja vuonna 2009 se oli enää 26,3 %. Aleneminen on huomattava ja se on ainakin osin verokilpailun aiheuttamaa. Vuosien 2008/2009 finanssikriisi pysäytti alenemishityksen. Tässä vaiheessa on mahdotonta sanoa, onko kyseessä pysyvämpi pysähtyminen vai vain tilapäinen ilmiö.

Vaikka yhteisöverokannat ovatkin alentuneet, on yhteisöveron osuus bruttokansantuotteesta pysynyt kuitenkin suhteellisen vakaana. Syynä tähän on se, että valtiot ovat kyenneet paikkaamaan verokantojen alentumisia veropohjan laajentamisella. Veropohjan laajentamismahdollisuudet ovat kuitenkin rajallisia ja tällä hetkellä vaikuttaa siltä, että verokilpailu näkyy myös siten, että veropohjia pikemminkin kavennetaan kuin laajennetaan. Tällaisesta kehityksestä voidaan esimerkiksi mainita yritysten osakeluovutusten verovapaus. Alankomaissa yritysten osakeluovutukset ovat olleet pitkään verovapaita. Tämän vuoksi kansainväliset konsernit usein keskittivät konserniyhtiöidensä osakeomistukset alankomaalisiin konserniyhtiöihin. Jotta ”vuotoa” Alankomaihin ei tapahtuisi, muut maat ottivat käyttöön vastaavanlaisen osakeluovutusten verovapausjärjestelmän. Näin tehtiin myös Suomessa, kun osakeyhtiöiden ja eräiden muiden yhteisöjen käyttöomaisuusosakkeiden luovutusvoitot säädettiin vuonna 2004 verovapaaksi tuloksi. Vastaavanlainen ”kannustinjärjestelmien” käyttöönotto vaihe näyttää tällä hetkellä olevan tutkimus- ja tuotekehitystoiminnan investointien ja aineettomien oikeuksien kerryttämien tulojen osalta.

Yhteisöverokantojen alentaminen ja veropohjan kaventaminen ovat keskeisiä kansallisella tasolla käytettyjä keinoja, joilla osallistutaan verokilpailuun. Näiden lisäksi kilpailukeinona saatetaan käyttää jotain toimialaa koskevaa erityistä verojärjestelmää. Tonnistovero on tällainen.

Varustamotoiminta on erittäin pitkälle kansainvälistynyt liiketoiminnan alue. Lavat voidaan jo alun perinkin hankkia ulkomaiseen tytäryhtiöön ja rekisteröidä suoraan ulkomaille. Toisaalta suomalaisessa omistuksessa oleva ja täällä rekisteröity alus voidaan helposti myös ulosliputtaa ja rekisteröidä se esim. toisen Euroopan talousalueeseen kuuluvan maan alusrekisteriin. Monet valtiot pitävät työllisyys-, huoltovarmuus- ja monista muista syistä johtuen tärkeänä sitä, että niiden alusrekisterissä on riittävä kauppalaivasto. Tällaiset olosuhteet ovat otolliset sille, että valtiot alkavat kilpailla keskenään siten, että ne subventoivat laivojen miehis-

tökustannuksia ja tarjoavat erilaisia veroetuuksia varustamoille. Näin on myös käynyt ja tonnistoverojärjestelmää voidaan pitää verokilpailun lopputuloksena.

Tonnistoverojärjestelmässä laivanvarustustoimintaa harjoittava yritys ei maksa varsinaista tuloveroa vaan se maksaa sen sijaan laivojensa koon mukaan määräytyvää tonnistoveroa. Tonnistovero voi käytännössä olla hyvin pieni verrattuna normaaliin yhteisön tuloveroon. Itse asiassa tonnistovero on valtiontukea laivanvarustustoimintaa harjoittaville yrityksille, mutta kysymyksessä on kuitenkin EU:n komission hyväksymä tukimuoto. Alun perin tonnistoverojärjestelmä otettiin käyttöön Kreikassa. Järjestelmä alkoi 1990-luvun puolivälissä levitä muihin maihin ja nykyisin se on käytössä Kreikan lisäksi ainakin Alankomaissa, Norjassa, Saksassa, Yhdistyneessä kuningaskunnassa, Tanskassa, Espanjassa, Irlannissa, Suomessa, Belgiassa, Ranskassa, Italiassa, Puolassa ja Latviassa. Kun tonnistovero on levinnyt laajalle, sen tuottama verokilpailuetu ainakin Euroopassa on osin menetetty, mutta yksittäiselle valtiolle on selvästi epäedullista olla ilman tonnistoveroa, ellei tätä haittaa kompensoida jollain muunlaisella huojennuksella.

Tonnistovero on esimerkki siitä, miten verokilpailussa ”kilpajuoksu pohjalle” (race to the bottom) näyttää toteutuneen. Viime ajoilta on kuitenkin nähtävissä myös toisensuuntaista, yksittäisen toimialan verotuksen kiristämiseen tähtäävää muutosta. Vuosien 2008/2009 finanssikriisi on nostanut pankkitoiminnan verotuksen kansainvälisesti merkittäväksi puheenaiheeksi. Pankkitoiminta on nähty sopivaksi erityisen veron – pankkiveron – kohteeksi. Pankkiveroa on perusteltu muun muassa sillä, että rahoitussektorin tulee osallistua enemmän finanssikriisistä aiheutuneiden kustannusten kattamiseen ja sillä voidaan varautua mahdollisesti myös tulevaisuudessa syntyviin kustannuksiin. Jotkut maat ovat jo ottaneet käyttöön pankkiveron muodossa tai toisessa ja joissain maissa tällaisen veron käyttöönottoa suunnittelevat. Tällaisia maita ovat Yhdistynyt kuningaskunta, Ranska, Saksa, Alankomaat ja Ruotsi. Jyrki Kataisen hallituksen ohjelman mukaisesti vero ollaan ottamassa käyttöön myös Suomessa.

Pankkivero on esimerkki verosta, jonka taustalla on globaali finanssikriisi, joka on sittemmin johtanut eri maissa melko pitkälle samankaltaisiin verotusratkaisuihin. Se on myös esimerkki siitä, että valtioilla on ollut uskallusta tehdä yksittäistä toimialaa koskevia verotusta kiristäviä ratkaisuja, vaikka samalla valtion verokilpailukyky saattaakin tästä jonkin verran kärsiä. Ratkaisujen tekemistä on helpottanut tietoisuus siitä, että myös kilpailijamaat ovat tekemässä samanlaisia ratkaisuja. Ilman vakavaa kriisiä tällaista muutosta ei kuitenkaan ilmeisesti olisi tapahtunut.

5. Johtopäätöksiä

Verokilpailu ja verotuksen yhdenmukaistaminen ovat todellisia haasteita globaalille taloudelle ja sen hallinnalle. Globalisaation hallinnan tavoitteita, toimijoita ja mekanismeja voidaan myös lähestyä eri näkökulmista. Analyysimme on keskittynyt hallinnan eri tasoihin ja mekanismeihin. Meidän johtopäätöksemme on, ettei ole mahdollista antaa mitään yleispätevää vastausta kysymykseen: verokilpailu vai verotuksen harmonisointi? Tärkein syy tähän on se, että globalisaation hyödyt ja haitat, ja myös hallintatoiminta, ovat jakautuneet epätasaisesti. Näin yritykset hallita globaalin talouden prosesseja kansallisella tasolla voivat helposti johtaa verokilpailuun. Toisaalta on myös muunlaisia esimerkkejä. Monet maat ovat sisällyttäneet väliyhteisösääntöjä verolainsäädäntöönsä. Näillä on tarkoitus suojella veropohjaa, jolloin valtio voi verottaa matalan verorasituksen valtioissa sijaitsevien ulkomaisten yritysten tuloja, jos yritys on kokonaan tai osittain verottavan valtion asukkaiden omistama. Siten verottavassa valtiossa asuvan tulojen kanavoiminen tällaiseen ulkomaiseen yhtiöön ei tuota veroetuja omistajalle. Globalisaatio helpottaa verojen välttämistä veroparatiiseihin sijoittuvien yhtiöiden avulla, mutta väliyhteisölainsäädäntö estää ainakin tiettyjä väärinkäytöksiä. USA oli ensimmäinen valtio, joka sisällytti väliyhteisösääntöjä lainsäädäntöönsä. Sitä seurasi myöhemmin Saksa ja eräät muut suuret maat. Nykyisin tällaiset säännöt ovat melko tavallisia kansallisissa lainsäädännöissä. Väliyhteisösäännöt havainnollistavat miten väärinkäyttöä estävät ideat voivat liikkua maasta toiseen, jos malli on onnistunut. Yksi edellytys tällaiselle kehitykselle saattaa olla, että malli on otettu ensimmäisenä käyttöön suurissa maissa, kuten Yhdysvalloissa, Saksassa, Britanniassa ja Ranskassa.

Pankkivero on toinen esimerkki verolainsäädännön kiristämisestä kansallisella tasolla silloin kun tavoitteena on hallita globalisaatiota tai sen seurauksia. Verrattuna väliyhteisölainsäädäntöön pankkivero on uusi ilmiö, ja se näyttää leviävän väliyhteisölainsäädäntöä nopeammin. Tämä voi myös olla seurausta globalisatiosta. Uudet veroideat omaksutaan muista maista nopeammin kuin ennen.

Toisaalta ylikansallisella tasolla eli alueellisella tai maailmanlaajuisella tasolla globaalin hallinnan tavoitteet ja mekanismit näyttävät korostavan verotuksen harmonisointia ja haitallisen verokilpailun ja veronkierron ehkäisemistä. Ongelmana on ollut, että verotusasioissa ei ole ollut mitään foorumia yhteistyölle. Nykyään OECD on täyttänyt tämän aukon ja siitä on tullut merkittävä toimija tai foorumi kansainväliselle yhteistyölle verotuksessa. Se on onnistunut monin tavoin estämään ja vähentämään haitallista verokilpailua. OECD:n kehittämät soft law -mekanismit on muunnettu hard law -mekanismeiksi kansallisella tasolla. Verosopimusverkosto on vanha, tietojenvaihtosopimukset uusi esimerkki tästä.

Alueellisella tasolla (EU) globaalin talouden hallinta on perustunut sekä soft law että hard law -mekanismeihin. Hard law -mekanismeja on kuitenkin hankala käyttää, koska jäsenvaltiot eivät ole halukkaita luopumaan verotuksen suvereniteetista. EU:n tasolla on myös mahdollista käyttää toimintamuotoja, jotka koostuvat soft law ja hard law -mekanismien yhdistelmästä. Esimerkkinä tästä on yritysverotuksen käytäntöjen ja SEUT:ssa säädettyjen valtioneuvoston päätösten yhdistelmä.

Lähteet

- Avi-Yonah, R. S. *Double Tax Treaties: An Introduction*. Saatavissa: <http://ssrn>.
- Baldwin, R. (2006). Globalisation: the great unbundling(s). Teoksessa *Valtioneuvoston kanslia. Globalisaatiohaasteet Euroopalle ja Suomelle*. Syyskuu 20. Saatavissa: http://www.vnk.fi/hankkeet/talousneuvosto/tyo-kokoukset/globalisaatio-selvitys-9-2006/artikkelit/Baldwin_06-09-20.pdf.
- Bárbara, G. M. (2011). *The Role of Good Governance in Tax Systems of the European Union*. *Bulletin for International Taxation*. April/May 2011, 270–280.
- Battistella, G. (2006). Migration flows. Presentation in Globalisation, flows and governance of globalisation meeting. 6.10.2006, Rooma.
- Bufon, M. (2011). Cross-border policies and spatial and social integration: between challenges and problems. *European Spatial Research and Policy, Interdisciplinary Studies on Environment and Economy* 18: 2, 29–45.
- Burgio, G. (2006). Knowledge divide in a globalised world. Presentation in Globalisation, flows and governance of globalisation meeting, 5.10.2006, Rooma.
- COM (2011) 121 final, Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB).
- COM (2010) 549 final, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Taxation of the Financial Sector.
- Finnerty, C., Merks, P., Petriccione, M. & Russo, R. (2007). *Fundamentals of International Tax Planning*. Amsterdam: IBFD Publications.
- HE 107/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle tuloverotuksen siirtolinnoittelua koskevaksi lainsäädännöksi.
- Held, D. & McGrew, A. (2005). *Globalisaatio – puolesta ja vastaan*. Tampere: Vastapaino.
- Held, D. & McGrew, A. (Toim.) (2004). *Governing Globalisation. Power, Authority and Global Governance*. Padstow, UK: Polity Press.
- Hjerppe, R. & Kari S. & Kiander J. & Poutvaara P. (2003). Suomen verojärjestelmän ja julkisen talouden haasteet lähivuosina. Teoksessa Hjerppe, R. & Kari S. & Kiander J. & Poutvaara P. (Toim.). *Verokilpailu ja Suomen verojärjestelmä*. Vantaa: WSOY.
- Helminen, M. (2009). *Finnish International Taxation*. Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki.

IMF (2010). A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector, Final report for the G-20, June 2010.

Karjalainen, J. & Raunio, M. (2007). *Siirtohinnoittelu*. Juva: WSOYpro.

Kiegebeld, B. J. (2004). *Harmful tax competition in the European Union. Code of Conduct, countermeasures and EU law*. Foundation for European Fiscal Studies, Erasmus University Rotterdam.

Kultalahti, J. (2006). Globalisaatio ja sen hallinta. Teoksessa Kultalahti, J. & Penttilä, S. (Toim.). *Oikeus- ja vakuutustiedettä 2006*. Tampere: Tampereen yliopisto, Oikeustieteiden laitos. 53–98.

Kultalahti, J. (2009). Legal governance of globalisation: theoretical aspects. Teoksessa Kultalahti, J. & Karppi, I. & Kultalahti, O. & Todisco, E. (Toim.). *Globalisation. Challenges to Research and Governance*. Helsinki: East-West Books. 281–306.

Lang, A. Jr. & Rengger, N. & Walker, W. (2006). The Role(s) of Rules: Some Conceptual Clarifications. *International Relations* 20: 3, 274–294. [Viitattu 12.3.2009] Saatavissa: <http://ire.sagepub.com/cgi/reprint/20/3/274> .

Nuotio, V-P. (2012). *Tappiontasaus tuloverotuksessa*. Liettua. Talentum.

OECD (1998). Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue.

OECD (2000). Towards Global Tax Co-operation. Report to the 2000 ministerial council meeting and recommendations by the committee on fiscal affairs.

OECD (2001). The OECD's project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress report.

OECD (2006). The OECD's Project on Harmful tax Practices: 2006 Update Progress in Member Countries.

OECD (2010). Model Tax Convention on Income and Capital.

OECD Guidelines (2010). OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

Penttilä, S. (2006). Verokilpailu Suomen verojärjestelmän haasteena. Teoksessa Kultalahti, J. & Penttilä, S. (Toim.). *Oikeus- ja vakuutustiedettä 2006*. Tampere: Tampereen yliopisto, Oikeustieteiden laitos. 575–597.

Pöysti, T. (2002). Verkkoyhteiskunnan viestintäinfrastruktuurin metaoikeudet. Teoksessa Kulla, H. et al. (Toim.). *Viestintäoikeus*. Vantaa: WSOY. 35–81.

Rohatgi, R. (2005). *Basic International Taxation. Volume I: Principles*. Second Edition. Richmond: Richmond Law & Tax Ltd.

Rosas, A. (1993). "Soft law" ihmisoikeuksien lähteenä. Teoksessa A. Rosas (Toim.). *Oikeus, demokratia, informaatio*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus. 66–75.

Rosenau, J. N. (2004). Governance in a New Global Order. Teoksessa Held, D. & McGrew, A. (Toim.). *Governing Globalisation. Power, Authority and Global Governance*. Padstow, UK: Polity Press. 70-86.

Schön, W. (2003). Tax Competition in Europe – General Report. Teoksessa Schön, W. (Toim.). *Tax Competition in Europe*. Amsterdam: International Bureau of fiscal Documentation. 1 – 42.

Steichen, A. (2003). Tax Competition in Europe or Taming of Leviathan. Teoksessa Schön, W. (Toim.). *Tax Competition in Europe*. Amsterdam: International Bureau of fiscal Documentation. 43–120.

Timms, S. (2009). Working together on direct tax: lessons from co-operation, coordination and the Code of Conduct, Brussels Tax Forum, 31.3.2009. Saatavissa: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/tax_conferences/tax_forum/article_5799_en.htm .

Urpilainen, M. (2012). *Vapaa liikkuvuus ja verosuvreniteti Euroopan unionin sisämarkkinoilla*. Vantaa: Lakimiesliiton kustannus.

Valtioneuvoston kirjelmä Eduskunnalle ehdotuksesta neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yhtiöveropohjasta (CCCTB), U 22/2011 vp.

Vann, R. J. (2000). International Aspects of Income Tax. Teoksessa Thuronyi V. (Toim.). *Tax Law design and Drafting*. The Hague: Kluwer Law International. 720–810.

Wilkinson, R. . (2006). Global Governance. Encyclopedia of Governance, 2006. Sage Publications. [Viitattu 9.3.2009] Saatavissa: http://www.sage-ereference.com/governance/Article_n212.html .

WSIS (World Summit on the Information Society, 2003). Declaration of Principles. Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, 12 December. Saatavissa: <http://www.itu.int/wsis/documents/>.

WSIS (World Summit on the Information Society, 2003). Plan of Action. Document WSIS-03/GENEVA/DOC/5-E, 12 December. Saatavissa: <http://www.itu.int/wsis/documents/>.

II

HAVAINTOJA HALLINTO-OIKEUDESTA

PALVELUSUUNNITELMISTA JA NIIDEN SITOVUUDESTA

Pentti Arajärvi

1. Hyvinvointipalvelujen palvelusuunnitelmat

Sosiaali- ja terveydenhuollossa, työvoimahallinnossa, opetustoimessa ja muissakin julkisissa palveluissa tehdään erilaisia suunnitelmia ja ohjelmia, joiden tarkoituksena on tavallisimmin määritellä palvelun käyttäjälle tarjottavat toimenpiteet. Kyse on yksilöön ja hänen käyttäytymiseensä, oikeuksiinsa ja velvollisuuksiinsa kohdistuvasta suunnittelusta tai joissakin yhteyksissä viranomaisen toiminnan suuntaamisesta. Tavoite on mitä ilmeisimmin jäntevöittää toimintaa, suunnata voimavaroja tarkoituksenmukaisesti sekä varmistaa palvelun käyttäjän kuuleminen ja lisätä hänen tietojaan hänelle tarjottavista palveluista ja joskus vaihtoehtoistakin.

Lakisääteisesti palvelusuunnitelma tehdään ainakin:

1. yleislakina palvelu-, hoito-, kuntoutus- tai muu vastaava suunnitelma, laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000),
2. asiakassuunnitelma, suunnitelma lapsen ja läheisten yhteydenpidosta, suunnitelma lapsen terveydentilan tutkimisesta, suunnitelma, johon kirjaetaan jälkihuollon päättymisen jälkeen nuoren käytettävissä olevat palvelut ja tukitoimet, lastensuojelulaki (417/2007),
3. palvelusuunnitelma, laki vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista (380/1987),
4. hoito- ja palvelusuunnitelma, laki omaishoidon tuesta (937/2005),
5. suunnitelma perhehoidossa olevalle henkilölle ja perhehoitajalle järjestettävistä perhehoidon toteuttamiseksi tarpeellisista sosiaali- ja terveydenhuollon palveluista ja muista tukitoimista, perhehoitajalaki (312/1992),
6. suunnitelma toiminnasta asiakkaan itsenäisen suoriutumisen edistämiseksi, laki toimeentulotuesta (1412/1997),
7. kuntoutussuunnitelma, laki lasten päivähoidosta (36/1973),
8. kuntoutussuunnitelma, päihdehuoltoasetus (653/1986),

9. erityishuolto-ohjelma, laki kehitysvammaisten erityishuollosta (519/1977),
10. yleislakina tutkimusta, hoitoa, lääkinnällistä kuntoutusta koskeva tai muu vastaava suunnitelma, laki potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992),
11. kuntoutussuunnitelma, terveydenhuoltolaki (1326/2010),
12. hoitosuunnitelma, mielenterveyslaki (1116/1990),
13. henkilökohtainen terveystuunnitelma ja hyvinvointi- ja terveystuunnitelma, valtioneuvoston asetus neuvolatoiminnasta, koulu- ja opiskeluterveydenhuollosta sekä lasten ja nuorten ehkäisevästä suun terveydenhuollosta (338/2011),
14. palveluketjusuunnitelma, laki sosiaali- ja terveydenhuollon saumattoman palveluketjun kokeilusta (811/2000),
15. hoito- tai kuntoutussuunnitelma, eri työeläkelait ja laki Kansaneläkelaitoksen kuntoutusetuuksista ja kuntoutusrahaetuksista (566/2005),
16. henkilökohtainen opiskelu- ja kuntoutumissuunnitelma, suunnitelma kuntoutuksen toteuttamisesta, laki Kansaneläkelaitoksen kuntoutusetuuksista ja kuntoutusrahaetuksista (566/2005),
17. työllistymissuunnitelma ja sitä korvaava suunnitelma, ammatilliseen kehittymiseen tähtäävä suunnitelma sekä koulutus- tai opintosuunnitelma, laki julkisesta työvoimapalvelusta (1295/2002),
18. aktivointisuunnitelma, laki kuntouttavasta työtoiminnasta (189/2001),
19. kotoutumissuunnitelma eri alalajeineen, laki kotoutumisen edistämisestä (1386/2010),
20. oppimissuunnitelma, henkilökohtainen opetuksen järjestämistä koskeva suunnitelma, henkilökohtainen suunnitelma, perusopetuslaki (628/1998),
21. henkilökohtainen opetuksen järjestämistä koskeva suunnitelma, laki ammatillisesta koulutuksesta (630/1998),
22. suunnitelma opintojen saattamiseksi loppuun, yliopistolaki (558/2009),
23. hoitosuunnitelma, laki holhoustoimesta (442/1999),
24. palvelusuunnitelma, maatalousyrittäjien lomituspalvelulaki (1231/1996) ja laki turkistuottajien lomituspalveluista (1264/2009).

Suunnitelmia laaditaan melko johdonmukaisesti sosiaalitoimen eri alueille sen lisäksi, että sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista annettu laki jo edellyttää aina tarvittaessa tehtäväksi suunnitelman. Tässä suhteessa sääntely näyttää

jossain määrin päällekkäiseltä, vaikka eri sosiaalihuollon toimenpiteissä tarvittaisiinkin erilaatuista suunnitelmaa. Ne olisivat joka tapauksessa muotoiltavissa kulloisenkin tarpeen mukaan. Vastaavasti terveydenhuollossa jo laki potilaan asemasta ja oikeuksista edellyttää suunnitelmaa, joten muut lakikohtaiset suunnitelmat vaikuttavat ylimitoitukselta. Suunnitelmat ovat runsaimmillaan kuntoutuksessa. Kuntoutuksen erityispiirre on, että sen alan suunnitelmaa edellytetään kuntoutuksesta johtuvien tarpeiden takia myös muussa toiminnassa, jossa ei muutoin tehdä suunnitelmaa, kuten lasten päivähoidossa.

Sosiaali- ja terveydenhuollon ohella suunnitelmia käyttävät varsinkin työvoimapalvelu ja siihen rinnastuen kotoutumispalvelu ja työllistävän kuntoutuksen palvelu. Opetuksen alalla suunnitelmien käyttö on hajanaisempaa ja liittyy erityisopetukseen tai yliopistojen osalta tuen saajan sitouttamiseen tai ponnekkouden lisäämiseen.

Suunnitelmien tarkoituksena lienee palvelujen tehostaminen, palvelun käyttäjän kuuleminen ja hänen mielipiteensä selvittäminen sekä ylipäänsä toiminnan tarkoituksenmukainen järjestäminen niin palvelun käyttäjän kuin viranomaisen kannalta. Suunnitelmilla saattaa olla myös valvonta- ja ohjausulottuvuutta ainakin omaishoidon ja perhehoidon yhteydessä. Työvoimahallinnon suunnitelmilla on merkitystä myös etuudensaajan valvonnassa.

Suunnitelmien laatimismenettelystä, tilanteista, joissa suunnitelma on laadittava, viranomaisen velvollisuuksista ja aktiivisuudesta sekä muista vastaavista asioista säädetään hyvin vaihtelevasti. Tämän artikkelin kannalta suunnitelmien laatimisen periaatteet ja perusteet taikka laatimismenettely eivät ole merkittäviä. Artikkelin tarkoitus ja tavoite on arvioida mahdollisuuksia kehittää suunnitelmien merkitystä. Lähtökohtana on oletus, että suunnitelmilla ja vastaavilla on merkitystä palvelun käyttäjän kannalta.

2. *Suunnitelmien oikeusvaikutukset*

Suunnitelmien merkitys on erilainen eri lainsäädännöissä. Karkeasti ottaen suunnitelmat voidaan jakaa kahteen kokonaisuuteen: niillä pyritään joko järjestämään palvelun tuottajan palvelukokonaisuutta tai ohjaamaan, jopa velvoittamaan palvelun tuottajaa toimimaan tietyllä tavalla. Samaan tapaan jakautuu suunnitelman sitovuus palvelun käyttäjään nähden. Kun tarkoitus on järjestää palvelukokonaisuutta, suunnitelman laiminlyöminen aiheuttaa vain sen, ettei henkilö saa palvelua, kun taas käyttäjää ohjaavissa tai jopa velvoittavissa suunnitelmissa palvelun menettämisen lisänäkökohtana on sanktio, joka tyypillisesti on jonkin muunkin etuuden menettäminen tietyksi ajaksi tai kunnes olosuhteet ovat muuttuneet.

Myös suunnitelman laatimiseen osallistumisen laiminlyönti saattaa jälkimmäisessä suunnitelmien ryhmässä aiheuttaa sanktion.

2.1. Palvelun käyttäjän asema ja oikeudet

Suunnitelma ei yleensä luo palvelun käyttäjälle oikeutta palvelun saamiseen. Näin ollen suunnitelma on vain harvoin viranomaisista sitova. Viranomaisella saattaa tosin olla velvoite toteuttaa suunnitelmaa voimavarojen asettamissa rajoissa. Poikkeuksellisesti suunnitelmalla on myös oikeuden luova merkitys, mutta tällöin on yleensä ensin päätetty palvelun antamisesta, ja suunnitelma tehdään toteuttamaan päätöstä, kuten esimerkiksi työntekijän eläkelain 27 §:stä ilmenee. Myös toisin päin asetettuja menettelyjä on, mutta tällöin suunnitelmalle syntyy viranomaisista sitova vaikutus pääsäännön mukaan vasta erillisellä palvelua koskevalla päätöksellä tai sopimuksella.

Tärkein poikkeus edellä mainitusta on kehitysvammaisten erityishuolto-ohjelma. Sen katsotaan ainakin osittain olevan voimassa jopa subjektiivisena oikeutena. Viranomaisella on velvollisuus laatia ohjelma, ohjelman toteuttamisesta on säädetty osittain käskymuotoisena ja ohjelmaan voidaan hakea muutosta.¹⁹¹ Kehitysvammaisten palveluissa on eräiltä osin kyse vanhentuneesta lainsäädännöstä, erityisen paternalistisesta ja tahdosta riippumattomasta hoidosta ja hoivasta. Kyse on eräällä tavalla hoivaa koskevasta päätöksestä, johon voi vaikuttaa osallistumisella ja muutoksenhaulla.

Kuntoutuksessa on työeläkekuntoutuksen osalta kyse oikeudesta. Kuntoutusmahdollisuudet on selvitettävä ennen työkyvyttömyyseläkepätöstä ja oikeus ammatilliseen kuntoutukseen syntyy, jos alle 63-vuotiaalla työntekijällä on todettu sairaus, vika tai vamma, joka aiheuttaa todennäköisen työkyvyttömyyden uhan¹⁹². Tässä tilanteessa on tosin eläkelaitoksella (ja työnantajalla) taloudellinen intressi kuntoutuksen toimeenpanemiseen, ja työntekijän eläkelain 25 §:ssä todetaankin eläkkeelle siirtyminen (ja vaikutukset eläkekustannuksiin) yhdeksi perusteeksi harkittaessa oikeutta kuntoutukseen. Kuntoutusta koskevan päätöksen edellytyksenä on kuntoutussuunnitelma. Eläkelaitos arvioi kuntoutussuunnitelman realistisuutta ja tarkoituksenmukaisuutta ja tekee asiasta päätöksen. Suunnitelma on osapuolia sitova ja eläkelaitoksen suunnitelmaa koskeva päätös on valituskelpoinen. Vastaavasti ennen Kansaneläkelaitoksen myöntämää kuntoutustukea koskevaa

¹⁹¹ Tuori & Kotkas 2008: 273–274.

¹⁹² Lain sanamuoto on mielenkiintoinen, kun asetetaan kaksinkertainen arviointi, todennäköinen ja uhka, tai jopa kolminkertainen, koska uhkaa pykälän 3 momentissa määriteltäessä arvioidaan sitäkin vielä kerran todennäköisyyden perusteella.

päätöstä on varmistettava, että hakijalle on laadittu hoito- tai kuntoutussuunnitelma (Kansaneläkelaitoksen kuntoutusetuuksista ja kuntoutusrahaetuksista annetun lain 9 ja 10 §). Kuntoutustuki voidaan myöntää jo hoito- tai kuntoutussuunnitelman valmistelun ajaksi. Näissä tilanteissa palvelun tuottaja tai maksaja varmistaa päätöksensä sisällön suunnitelmalla, ja kuntoutuja on itse halukas kuntoutuksen toimeenpanemiseen.

Kuntoutus on muutenkin suunnitelmien joukossa se, jossa julkisella vallalla on velvoitteita. Terveydenhuoltolain 29.4 § säättää kunnalle velvollisuuden sairaanhoitoon kuuluvan lääkinnällisen kuntoutuksen kuntoutussuunnitelman toteuttamiseen. Tosin terveydenhuoltolaki kautta linjan käyttää käskymuotoa ”kunnan on järjestettävä”, ja sairaanhoidon palvelujen osalta laki viittaa potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain 4 a §:n mukaiseen hoito- ja kuntoutussuunnitelmaan.

Julkisesta työvoimapalvelusta annetun lain 7:7 mukaan vuonna 1950 tai sen jälkeen syntyneelle työttömälle työnhakijalle turvataan palkkatuen yhteydessä mahdollisuus työllistymistä edistävään kuntoutukseen tai koulutukseen, jos hänen oikeutensa työttömyyspäivärahaan päättyy enimmäisajan johdosta hänen täytettyään 57 vuotta, mutta ennen kuin hän täyttää 60 vuotta.

Työttömän työnhakijan on haettava aktiivisesti työtä ja koulutusta. Hän on velvollinen osallistumaan haastatteluihin sekä työllistymissuunnitelman laatimiseen ja tarkistamiseen. Kun suunnitelma on laadittu, on työnhakija velvollinen toteuttamaan suunnitelmaansa sekä hakeutumaan ja osallistumaan palveluihin ja toimenpiteisiin työmarkkinavalmiuksien ja työllistymisen edistämiseksi. Hän on myös velvollinen raportoimaan suunnitelman toteuttamisesta.

Työnhakijan laiminlyönneistä alkaen suunnitelman laatimiseen osallistumisesta sen toteuttamiseen on seurauksena työnhaun lakkaaminen¹⁹³, josta puolestaan seuraa työttömyysturvalain nojalla työttömyysturvan menettäminen määräajaksi tai joissain tapauksissa vaatimus määräajasta työssä tai aktiivissa toimenpiteissä ennen uutta työttömyysturvan saamista. Vakiintunut perustelu erilaisten vastikkeiden vaatimiselle työttömyysturvan yhteydessä perustuu perustuslain 18.2 §:ssä julkiselle vallalle asetettuun velvollisuuteen edistää työllisyyttä.¹⁹⁴

¹⁹³ Sana lakkaaminen on tässä yhteydessä ilmeinen ilmaisun pehmennys, kun seurauksena on, että työttömyysturvalain perusteella menettää oikeuden työttömyysturvaan työvoimaviranomaisten toimenpiteenä. Henkilö voi tietysti myös jatkaa työnhakua ei-rekisteröityneenä työnhakijana.

¹⁹⁴ Asia on viimeksi todettu PeVL 2/2012 vp, s. 2, jossa kuvataan, millaisia työttömyysturvalle asetettavat ehdot voivat olla. PeVL 27/1998 vp, s. 2 toteaa, että geenitesteihin osallistumisen vaatimus on ongelmallinen siitä syystä, että testeistä kieltäytymisen voidaan olettaa merkitse-

Suunnitelmille pyritään joissain tapauksissa antamaan oikeus- tai sopimusluonnetta.¹⁹⁵ Esimerkkinä kaikkein vahvin pyrkimyksestä luonnehtia suunnitelma oikeudeksi on julkisesta työvoimapalvelusta annettu laki, jonka 5:3 mukaan työnhakijalla on oikeus työllistymissuunnitelmaan, ja työnhakijan yleisenä velvollisuutena on 3:9 mukaan osallistua eri tavoin työllistymissuunnitelman mukaiseen toimintaan. Kuitenkin työttömyysturvalain 2:18 mukaan jopa saapumatta jääminen suunnitelman laatimistilanteeseen, 2:18a mukaan suunnitelman laatimisesta kieltäytyminen ja 2:19 ja 2:20 mukaan suunnitelman noudattamatta jättäminen tai passiivisuus tässä suhteessa on sanktioitu. Oikeuteen liittyy mahdollisuus olla käyttämättä oikeuttaan ilman haitallisia seuraamuksia.

Sopimuksen peruselementtejä ovat ainakin sopimusvapaus¹⁹⁶, osapuolten (mahdollisesti tasapainotettu) yhdenvertaisuus, velvoitteiden ja oikeuksien vastavuoroisuus, irtisanomismahdollisuus ja varallisuus oikeudellisissa sopimuksissa myös pätemättömyys, sovittelu ja kunnianvastaisuuden ja arvottomuuden arviointi kohutuuttomissa tilanteissa, on vähintäänkin kyseenalaista, voiko työllistymissuunnitelmaa pitää missään mielessä sopimuksena. Sopimusvapauden käyttö sopimuksesta kieltäytymisenä edellyttää luopumista perusoikeutena taatusta perustoimeentulon turvasta.

Suunnitelman saattamista sopimusluonteiseksi osoittaa se, että työvoimatoimisto, työmarkkinatoimenpiteen järjestäjä ja työnhakija tekevät työmarkkinatoimenpiteestä määräaikaisen kirjallisen sopimuksen julkisesta työvoimapalvelusta annetun lain 8:4 mukaan. Tällöin on kyse konkreettisesta toimesta, jossa sopimusvapautta loukkaa työnhakijalle asetettu uhka siitä, että menettää oikeuden työttömyysturvaan sopimuksesta kieltäytyessä. Päinvastainen tilanne on mainitun lain 8 luvun mukainen omaehtoinen opiskelu, jossa työnhakija on itse aktiivinen koulutukseen hakeutuja ja jossa voidaan olettaa sopimusvapauden jotensakin vallitsevan.

Sanktiointi on työttömyysturvan yhteydessä ulotettu jopa perustuslaissa subjektiivisena oikeutena taattua välttämätöntä toimeentuloa toteuttavaan toimeentulotukseen, kun sitä voidaan alentaa työttömyysturvan menettämiseen johtaneen kiel-

vän työnsaantimahdollisuuden menettämistä. Jossain määrin analoginen on tilanne, jossa suunnitelman teosta kieltäytymisen seurauksena on työttömyysturvan menettäminen. Tilanne on jopa konkreettisempi perusoikeuksien kannalta, kun perustoimeentulon turva on taattu perusoikeutena, mitä työnsaannin osalta ei ole tehty. Molemmissa on henkilön omasta toimenpiteestä (kieltäytymisestä) johtuvaa, ettei työsopimussuhdetta synny.

¹⁹⁵ HE 274/2009 vp, s. 47, jossa todetaan työllistämissuunnitelmassa sovittavaksi toimenpiteistä ja sopimuksen allekirjoituksella korostettavan suunnitelman sopimusluonnetta.

¹⁹⁶ Sopimusvapauden sisällöstä ja merkityksestä ks. Hemmo 2007: 67–72.

täytymisen perusteella ilman uutta kieltäytymistä.¹⁹⁷ Tosin tukea on aina annettava, ja tuen alennetun tason on vastattava ihmisarvoisen elämän edellyttämää turvaa eikä se saa muutenkaan merkitä kohtuuttomuutta toimeentulotuesta annetun lain 10.4 §:n mukaisesti.

Perustuslakivaliokunta on useammassa yhteydessä linjannut perusoikeussuojan ja henkilön suostumuksen välistä suhdetta. Perustuslakivaliokunnan mukaan perusoikeusrajoituksen kohteeksi joutuvan henkilön suostumuksella voi olla merkitystä valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa. Oleellista on sen arviointi, mitä voidaan pitää oikeudellisesti relevanttina suostumuksena tietyssä tilanteessa. Perusoikeussuoja ei voi oikeudellisena kysymyksenä menettää aina merkitystään pelkästään siksi, että laissa säädetään jonkin toimenpiteen vaativan kohdehenkilön suostumuksen eikä perusoikeussuojaa voida millaisessa asiassa tahansa jättää riippumaan suostumuksesta. Perustuslakivaliokunta on edellyttänyt suostumuksenvaraisesti perusoikeussuojaan puuttuvalta lailta muun muassa tarkkuutta ja täsmällisyyttä, säännöksiä suostumuksen antamisen ja sen peruuttamisen tavasta, suostumuksen aitouden ja vapaaseen tahtoon perustuvuuden varmistamista sekä sääntelyn välttämättömyyttä.¹⁹⁸ Suostumukseen luopua perusoikeudesta voidaan ajatuksellisesti rinnastaa kieltäytyminen luopumasta perusoikeudesta, mutta tässä suhteessa on erityisen tarkkaan pohdittava, mikä on perusoikeuden sisältö. Esimerkiksi työttömyyden johdosta annettavan perustoimeentulon turvan sisältöä on perustuslakivaliokunta monessa yhteydessä tarkentanut suhteessa erilaisiin aktiivisiin toimenpiteisiin.

2.2. *Julkisen vallan oikeudet ja velvollisuudet*

Viranomaisen velvollisuutena on julkisesta työvoimapalvelusta annetun lain 5:5 mukaan aktiivinen työn ja koulutuksen tarjoaminen sekä työllistymissuunnitelmaan sisältyvien palvelujen ja toimenpiteiden tarjoaminen käytettäväksi osoitettujen määrärahojen rajoissa. Työ- ja elinkeinotoimiston on myös seurattava työllistymissuunnitelman toteutumista ja huolehdittava palveluprosessista.

Omaishoitosopimuksessa voidaan todeta olevan kyse todellisesta sopimuksesta ja siihen liittyvästä suunnitelmasta. Siinä on kuitenkin kyse – samoin kuin yleensä kuntoutussuunnitelmissa – siitä, että ensin tehdään sopimus ja vasta sen jälkeen

¹⁹⁷ PeVL 34/2010 vp, s. 2 pitää tätä vain ongelmallisena mutta ei perusoikeuden vastaisena. Työttömyysturvan menettämiseen johtavan kieltäytymisen on kuitenkin tehty tilanteessa, jossa henkilö ei saa toimeentulotukea eikä ole mahdollisesti edes oikeutettu sitä saamaan eikä myöskään ole tukea hakenut.

¹⁹⁸ Esimerkiksi PeVL 19/2000 vp, s. 3, PeVL 27/1998 vp, s. 2 ja PeVL 7/2010 vp, s. 5.

suunnitelma omaishoidon toteuttamisesta tai oikeastaan suunnitelma on osa sopimusta. Omaishoitosopimuksessa toteutuu myös suhteellisesti sopimusvapaus, kun omainen voi aina kieltäytyä sopimuksesta eikä kunnallakaan ole sopimuspakkoa.¹⁹⁹ Toinen seikka on, voivatko omainen ja hoidettava tosiasiallisesti kovinkaan laajasti määrittää sopimuksen sisältöä. Toisaalta sopimuksen purkaminen on todellinen vaihtoehto, ja kunnalla on velvollisuus antaa henkilölle hoitoa omaishoidon asemesta. Tilanteen inhimilliset tekijät ovat asia erikseen.

Omaishoitosopimus on erityinen lailla säädelty sopimustyyppi ja sen osana oleva hoito- ja palvelusuunnitelma on puolestaan paitsi osa sopimusta myös sopimusoidellisesti velvoittava asiakirja.²⁰⁰ Hoitajaa suunnitelma velvoittaa hoidon määrän ja sisällön suhteen, kuntaa annettavien palvelujen määrän ja sisällön sekä muun muassa hoitajalle maksettavan palkkion ja hänelle järjestettävän vapaan ja muun tuen suhteen. Hoidettava on osapuolena suunnitelmassa, onhan kyse häntä henkilönä koskevasta asiasta.

Käsitellessään hallituksen esitystä 66/1998 vp laiksi maahanmuuttajien kotouttamisesta ja turvapaikanhakijoiden vastaanotosta perustuslakivaliokunta lausunnossaan kiinnitti huomiota siihen, että kotoutumissuunnitelma on esityksen mukaan maahanmuuttajan, kunnan ja työvoimatoimiston sopimus toimenpiteistä, jotka tukevat maahanmuuttajaa ja hänen perhettään yhteiskunnassa ja työelämässä tarvittavien tietojen ja taitojen hankkimisessa. Sopimus -käsitetä valiokunta piti harhaanjohtavana, koska maahanmuuttajan osalta vapaaehtoisuus ja tasavertaisuus ovat kyseenalaisia. Maahanmuuttajaan saattaa kohdistua tosiasiallisesti pakko, koska kotoutumistuki myönnetään, kun kotoutumissuunnitelmasta on sovittu. Suunnitelman noudattaminen on puolestaan kytketty täysimääräisen toimeentulotuen ja työmarkkinatuen saamiseen. Valiokunta nosti sopimusmenettelyn näennäisyyden ja kotoutumissuunnitelman oikeusvaikutusten johdosta esille oikeusturvakysymykset hallitusmuodon 16.1 §:n (perustuslain 21.1 §) tarkoittamassa mielessä. Olennaista on perustuslakivaliokunnan mukaan mahdollisuus hakea muutosta työvoimatoimiston päätökseen, jos muutoksenhaussa on mahdollista arvioida valittajan vaatimuksesta myös kotoutumissuunnitelman sisällön lainmukaisuutta. Tästä riippumatta valiokunta ehdotti arvioitavaksi, onko kotoutumissuunnitelmaa asianmukaista luonnehtia sopimukseksi.²⁰¹ Perustuslakivaliokunnan

¹⁹⁹ Kalliomaa-Puha 2007: 153–177 erittelee laajahkosti omaishoitosopimuksen sopimusluonnetta ja sopimuksen eri tekijöitä.

²⁰⁰ Sopimuksen ja siihen liittyvän suunnitelman laatimisen näkökohdista ja ongelmista sekä kolmikantaisuuden vaikutuksista ks. Kalliomaa-Puha 2007: 94–97.

²⁰¹ PeVL 20/1998 vp, s. 2.

kannanoton johdosta sana sopimus poistettiin laista, mutta lain mukaan asiasta sovitaan. Muutosta voi luonnehtia kosmeettiseksi.

Käsitellessään hallituksen esitystä vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa ja tutkintavankeuden toimeenpanoa koskevaksi lainsäädännöksi perustuslakivaliokunta ottaa kantaa mahdollisuuteen ottaa suunnitelmaan sitovia määräyksiä. Vangin rangaistusajan suunnitelman oli hallituksen esityksessä ehdotettu sisältävän suunnitelman myös "poistumisluvan edellytyksistä" ja lakiehdotuksen mukaan poistumisluvan yhtenä edellytyksenä olikin, että luvan myöntäminen on rangaistusajan suunnitelman pohjalta perusteltua. Vaikka suunnitelman sitovuutta ei ehkä ollut tarkoitettu ehdottomaksi, ei sen oikeudelliseen velvoittavuuteen viittaava säännösten kirjoittamistapa ole vangin oikeuksien sääntelyn yhteydessä asianmukainen.²⁰² Perustuslakivaliokunnan kritiikki kohdistui siihen, että suunnitelmalla asetettiin tai näytettiin asetettavan lailla säädettäväksi kuuluvia edellytyksiä poistumisluvulle. Kannanotto ei sinänsä koskenut suunnitelmien sitovuutta ainakaan silloin, kun suunnitelmalla luodaan oikeuksia eikä, kuten kyseessä olevassa tapauksessa, aseteta viranomaisen harkintaan perustuvia, lainsäädäntöä vaativia rajoituksia. Merkillepantavaa tapauksessa oli myös, että siinä yksilön (vangin) oikeuden rajoittaminen tehtiin mahdolliseksi suunnitelmalla eikä suinkaan laajennettu yksilön oikeuksia tai julkisen vallan velvollisuuksia.

3. *Suunnitelmien kehittäminen*

Suunnitelmilla on sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä opetuksessa palvelun käyttäjän, potilaan ja oppilaan tai opiskelijan kannalta positiivinen merkitys. Ne antavat palvelun käyttäjälle informaatiota, tekevät ainakin periaatteessa toiminnasta johdonmukaisempaa ja eri näkökohdat tai jopa hallinnonalat huomioon ottavaa sekä antavat mahdollisuuden kokonaisuuden arviointiin. Toisaalta ne saattavat herättää perusteettomia odotuksia, kun palvelun tuottajan, kunnan velvollisuudet saattavat rajautua määrärahojen riittävyyden kautta.²⁰³

Työvoimapalveluissa suunnitelmia koskeva arvio on välttämätöntä tehdä hieman toisin. Positiiviset seikat asettuvat samantapaisesti kuin sosiaali- ja terveyspalveluissa, mutta suunnitelman sitovuus työnhakijaan nähden ja hänen laimin-

²⁰² PeVL 20/2005 vp, s. 4.

²⁰³ Mäkinen 2006: 237 kiinnittää huomiota valvonnan tarpeeseen. Epäilemättä valvonta ei voi eikä saa jäädä vain palvelujen käyttäjien mahdollisten reagoitien varaan. Varsinkin sosiaali- palveluissa saattaa palvelun käyttäjä olla palvelun tarpeessa nimenomaan avuttomuutensa vuoksi.

lyönteihinsä kohdistuvat sanktiot tuntuvat kohtuuttomilta etenkin sen epätasapainon vuoksi, joka vallitsee suunnitelmien ollessa ei-sitovia julkiseen valtaan nähden. Menettelyihin koetetaan lisäksi tuoda sopimuksellisia piirteitä, vaikka oikeudet ja velvollisuudet eivät ole mitenkään sopimusoikeudellisesti tasapainossa. Sopimuskonstruktiota onkin pidettävä lähinnä kosmeettisena, mielikuvaa luovana seikkana työllistymissuunnitelman yhteydessä.

Suunnitelmien merkityksen kehittämisen yhden mahdollisen suunnan tarjoaa sitovuuden rakentaminen suunnitelmiin. Sosiaali-, terveydenhuolto-, opetus- ja työvoimahallinnossa tuskin edetään menettelyyn, jossa oikeudesta palveluihin laajasti päätettäisiin valituskelpoisella suunnitelmalla. Siksi suunnitelmien kehittämisessä sitoviksi on edettävä harkiten.

Suunnitelman tekemiseen osallistuminen edellyttää henkilön itsemääräämisen voimassa oloa samaan tapaan kuin sopimuksenteossa edellytetään autonomisuutta. Kyse on itsemääräämisen periaatteen voimassaolosta ja todellisuudesta. Toisaalta varsinkin terveydenhuollossa ja sosiaalihuollossa saattaa tilanteen mukaan nousta merkittäväksi tekijäksi suojelun periaate, kun kyse on avuttomista, kompetenssiltaan heikoista yksilöistä.²⁰⁴ Heikko asema saattaa perustua vajaavaltaisuuteen, toimintakyvyn puutteisiin tai muihin vastaaviin tekijöihin (lapset, dementoituneet henkilöt, kehitysvammaiset henkilöt).

Itsemäärääminen voidaan jakaa neljään osioon: sisäinen ja ulkoinen vapaus, kompetenssi ja valta. Sisäinen vapaus on yksilöstä itsestään lähtöisin olevaa vapautta, jota saattaa rajoittaa tai estää esimerkiksi sairaus. Ulkoinen vapaus on puolestaan vapautta painostuksesta, pakottamisesta ja vastaavista tekijöistä. Kompetenssi on kykyä ja taitoa tehdä itse ratkaisut ja valta tahtoa tehdä ne. Rajatapauksia ja itsemääräämiseen puuttumista leimaavat arviot henkilön kyvystä, taidosta ja tahdosta sekä sen arviointi, mikä olisi henkilön tahto terveenä ja riippumattomana – ei siis paternalistisesti arvioituna. Heikkojen ryhmien suojaamisessa perustana on puolestaan henkilön etu riippumatta henkilön tahdosta suojan saamiseen.²⁰⁵

Lainsäädännöllä voitaisiin tietyt osat suunnitelmista tehdä julkista valtaa ja viranomaisia sitovaksi. Avuttomiin kohdistuvat suunnitelmat on puolestaan, perusoikeuksia kunnioittaen mukaan lukien osallistumisoikeudet, harkittava virallisperiaatetta soveltaen. Johtavana näkökohtana on oltava yksilön etu.

²⁰⁴ Mäki-Petäjä-Leinonen 2003: 11–12. Itsemääräämisestä terveydenhuollossa ks. myös Pahlman 2003: 182–183.

²⁰⁵ Mäki-Petäjä-Leinonen 2003: 12–17.

Viranomaisen tulisi aina pohtia, onko sillä tarvittavat voimavarat taata palvelun käyttäjälle oikeus palveluun. Jos voimavaroja ei ole, ei asiaa myöskään oteta suunnitelmaan tai palvelun toteuttaminen kirjataan selkeästi epävarmaksi. Tällöin ei myöskään palvelun käyttäjään kohdisteta sanktioita, vaikka hän kieltäytyisi eisitovasta toimenpiteestä. Suunnitelma ei olisi painostuksen väline eikä toiveiden tynnyri. Tällainen menettely antaisi myös legitimizeettia sille, että suunnitelman laatimiseen osallistumiseen asetettaisiin sanktioitu velvoite – laatimisenhan yhteydessä samalla selvitetäisiin, mihin viranomaisen sitoutuu.²⁰⁶

Menettely edellyttää huolellista lainvalmistelua, jonka yhteydessä pohditaan myös sitovan menettelyn muoto. Otetaanko käyttöön menettely, jossa ensin päätetään palvelun toteuttamisesta ja laaditaan suunnitelma tästä vai tehdäänkö suunnitelma, jonka laatimisen yhteydessä toimenpide toimenpiteeltä arvioidaan viranomaisen realistinen mahdollisuus sitoutua siihen. Muut toimenpiteet kirjataan jonkinlaisiksi optioksi palvelusta nykyiseen tapaan. Viranomaiselle asettuu tässä yhteydessä varsin vaativa tehtävä yhdenvertaisuuden ja oikeudenmukaisuuden toteuttamisesta. Menettely edellyttää myös realistista budjetointia, mitä ei voi pitää kielteisenä seikkana. Nykyisinhän saattavat kunnat tehdä talousarvioita, joista jo etukäteen tiedetään, etteivät voimavarat riitä lainmukaiseen toimintaan eikä valtion talousarvio aina sisällä voimavaroja taata poliittisesti päätettyjä toimia. Realistisuus on kaikkien etu ja vaikuttaa yhteiskunnassa toisaalta epäilemättä vaatimusten lisääntymiseen mutta myös taloudellisen, oikeudellisen ja muun perustelun välttämättömyyteen – ja rehellisyyteen.

²⁰⁶ Yksi lisänäkökohta on mahdollisuus valittaa suunnitelmasta. Mahdollisuuksista kehittää erityisesti kunnallisvalitusta ks. Mäkinen 2010: 205–210.

Lähteet

HE 274/2009 vp. Hallituksen esitys laeiksi julkisesta työvoimapalvelusta annetun lain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

Hemmo, M. (2007). *Sopimusoikeus 1*. 2. uud. painos. Helsinki: Talentum.

Kalliomaa-Puha, L. (2007). *Vanhoille ja sairaille sopivaa? Omaishoitosopimus hoivan instrumenttina*. Helsinki: KELAn tutkimusosasto.

Mäki-Petäjä-Leinonen, A. (2003). *Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.

Mäkinen, E. (2006). Kommunal- och servicereformen i Finland. *Nordisk Administrativt Tidskrift* 3–4, 236–241.

Mäkinen, E. (2010). *Kunnallisvalitus. Kiusantekoa vai tarpeellista valvontaa ja oikeusturvaa*. Helsinki: Edita Publishing Oy.

Pahlman, I. (2003). *Potilaan itsemääräämisoikeus*. Helsinki: Edita.

PeVL 20/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 20/1998 vp. Hallituksen esitys laiksi maahanmuuttajien kotouttamisesta ja turvapaikanhakijoiden vastaanotosta.

PeVL 27/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 27/1998 vp. Hallituksen esitys laiksi yksityisyyden suojasta työelämässä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 19/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 19/2000 vp. Hallituksen esitys laiksi valtiontalouden tarkastusvirastosta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 20/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 20/2005 vp. Hallituksen esitys vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa ja tutkintavankeuden toimeenpanoa koskevaksi lainsäädännöksi.

PeVL 7/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 7/2010 vp. Hallituksen esitys laiksi sakon ja rikesakon määräämisestä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 34/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 34/2010 vp. Hallituksen esitys laiksi toimeentulotuesta annetun lain 10 §:n muuttamisesta ja 11 §:n väliaikaisesta muuttamisesta.

PeVL 2/2012 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 2/2012 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi työttömyysturvalain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

Tuori, K. & Kotkas, T. (2008). *Sosiaalioikeus*. 4., uudistettu painos. Helsinki: WSOYPro

KYNNYSTEORIA, VIITTAUSTEORIA JA NIMITIETOJEN TURVA

Heikki Kulla

1. Johdanto

Julkisuuden ja yksityiselämän suojan välinen suhde on usein karikkoinen. Vastaavasti asiakirjajulkisuuden ja henkilötietosuojan, kuten nimitiedon suojan, välille voi syntyä kollisioita. Oikeusjärjestyksessä näitä ristiriitoja on pyritty ratkaisemaan erilaisin keinoin, kuten yksityiskohtaisella sääntelyllä, tarkoilla käsittemäärittelyillä, viittaussäännöksillä, tulkintamalleilla, intressipunninnalla ja oikeusperiaatteilla.

Tässä kirjoituksessa tarkastellaan viranomaisen asiakirjaan sisältyvän nimitiedon suojaa, ensin lyhyesti Suomen oikeuden kannalta ja sitten unionin oikeuden näkökulmasta, kiinnittämällä huomiota erityisesti Bavarian Lager oikeusriidassa annettuihin tuomioihin.²⁰⁷

Euroopan unionissa henkilötietojen suoja on jäsenvaltioissa harmonisoitu, ja unionin toimielimissä sovelletaan vastaavasti unionin tietosuoja-asetusta (45/2001). Asiakirjajulkisuutta ei sen sijaan ole pääosiltaan harmonisoitu, mutta unionin toimielimissä noudatetaan unionin julkisuusasetusta (1049/2001). Molemmissa perusoikeuksista on säännökset unionin perusoikeuskirjassa (8 ja 42 artikla).

2. Kotimainen sääntely

Suomessa viranomaisen asiakirjat ovat julkisia, jollei niiden julkisuutta ole välttämättömien syiden vuoksi rajoitettu lailla (PL 12.2. §). Henkilön nimitieto on puolestaan yksityiselämän suojan piiriin kuuluva henkilötieto (PL 10.1 §). Henkilötietojen suojasta säädetään tarkemmin lailla.²⁰⁸ Asiakirjajulkisuuden ja henkilötietosuojan välinen suhde on säännelty yleisesti HenkilötietoL:lla (523/1999) ja JulkisuusL:lla (621/1999) sekä niissä olevilla käsittelyrajoituksilla ja salassapito-

²⁰⁷ Bavarian Lager v. komissio, T-194/04; komissio v. Bavarian Lager, C-28/08 P.

²⁰⁸ Viljanen 2011, Puuttuminen yksityiselämään; ks. myös Pellonpää & muut 2012: 652–670 ja alaviitteissä 14–19 mainitut tuomiot.

perusteilla. Jäljempänä tarkasteltavat Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artikla yksityis- ja perhe-elämän suojasta ja EU:n tietosuojasäntelyt heijastuvat osaltaan kotimaisen oikeuden tulkintaan.

Lähtökohtaisesti henkilötiedon julkisuus määräytyy JulkisuusL:n mukaisesti.²⁰⁹ Viranomaisen asiakirjaan sisältyvät nimitiedot ovat julkisia mutta eräissä tilanteissa salassa pidettäviä.²¹⁰ Myös virkamiesten ja muiden asian käsittelyyn osallistuneiden henkilöiden nimet ovat sinänsä yksityiselämän suojan kattamia henkilötietoja. Suojan rajoittaminen on sidoksissa perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin.

Lainsäädäntökäytännössä virkamiesten ja muiden asian käsittelyyn osallistuneiden nimitietojen suojaan ei yleensä ole kiinnitetty erikseen huomiota. JulkisuusL:n ja erityissäännösten mukaan tällaiset nimitiedot ovat julkisia useimmissa tilanteissa, myös silloin, kun käsiteltävässä asiassa tehtävä päätös valmisteluasiakirjoineen on muuten salassa pidettävä.²¹¹ Kuitenkin mainittujen henkilöiden turvallisuus ja tehtävien hoito saattavat edellyttää heidän nimitietojensa salassapitoa (JulkisuusL 24.1 § 1-12 k:t; PoliisiL (493/1995) 44.2 §).²¹²

Suomalaista sääntelymallia voidaan luonnehtia jäljempänä mainitun kynnysteorian, oikeastaan säännellyn kynnysteorian mukaiseksi. Lähtökohta on viranomaisen asiakirjassa olevan nimitiedon julkisuus. Kuitenkin nimitiedon suoja yleisöjulkisuutta vastaan laukea silloin, kun tiedon salassapidon lakisäätteiset edellytykset täyttyvät.

Myös HenkilötietoL:n käsittelyedellytykset tai -rajoitukset voivat suoraan tai välillisesti kaventaa nimitietojen julkisuutta.²¹³ Asianosaisen tiedonsaantioikeus

²⁰⁹ HenkilötietoL 8.4 §; JulkisuusL 16.3 §; Mäenpää 2008: 222–224.

²¹⁰ Korkein hallinto-oikeus katsoi ratkaisussaan 2010: 31, että suojelupoliisin hallussa oleva, luonnollisten henkilöiden nimiä sisältävä niin sanottu Tiitisen lista oli salassa pidettävä suojelupoliisin asiakirjoja koskevan JulkisuusL 24.1 §:n 9. kohdan nojalla. Sen vuoksi KHO:n mukaan ei ollut tarvetta ottaa kantaa muun muassa yksityiselämää suojaavan 32 kohdan soveltuvuuteen, vaikka suojelupoliisi oli vedonnut myös tähän perusteeseen. Samoin Rosenholtietoja koskeva KHO 2012: 8. Eläketietojen osalta KHO 19.10.2006 T: 2746 ja verotietojen julkaisemista KHO 2009: 82. Biometristen ja muiden henkilötunnusteiden käyttöedellytyksistä HenkilötietoL 13 §; PeVL 5/2012: 3-4; Kulla 2009: 210-213.

²¹¹ Kulla 2009: 210–213.

²¹² Peitetoiminnasta KKO 2011: 27.

²¹³ JulkisuusL 16.3 §:ssä säädetään henkilörekisteriin sisältyvien henkilötietojen antamisen edellytykseksi HenkilötietoL:n mukaisten tallettamis- ja käsittelyvaatimusten täyttyminen.

ulottuu pääsääntöisesti myös salassa pidettäviin nimitietoihin (JulkisuusL 11 §).²¹⁴

3. Kynnysteoria ja viittausteoria

Unionin tuomioistuimen julkisasiamies Eleanor Sharpston totesi 15.10.2009 Bavarian asiassa tekemässään ratkaisuehdotuksessa, että ristiriita julkisuuden ja henkilötietosuoja välillä on pikemminkin näennäinen kuin todellinen.²¹⁵ Hän viittasi paradoksiin, jonka Isaac Asimovin oli esittänyt kysymyksen muodossa: ”Mitä tapahtuisi, jos erottamaton kappale joutuisi vastakkain vastustamattoman voiman kanssa.”²¹⁶ Kun ”vastustamaton voima” muutettiin oikeudeksi tutustua asiakirjoihin ja ”erottamaton kappale” henkilötietojen suoja koskevaksi oikeudeksi, saatiin erittäin osuva kuvaus komission unionin tuomioistuimelle tekemän valituksen monimutkaisuudesta. Myös ongelman ratkaisuksi Sharpston turvautui Asimoviin: kysymykseen ei pitänyt vastata, koska universumia ei voinut olla olemassa tuollaisen vastakohtan vallitessa. Vastaavasti oikeusriidan ratkaisun lähtökohdaksi oli oletettava unionin oikeusjärjestyksen yhtenäisyys. Se oli taattavissa ja ristiriita sivuutettavissa määrittelemällä oikeuskäsitteet asianmukaisesti.

Unionin tuomioistuimen Bavarian riidassa 29.6.2010 antama tuomio nojasi niin sanottuun viittausteoriaan (the renvoi theory).²¹⁷ Julkisuusasetuksen 4(1) artiklan b alakohdan mukaan jokainen yksityiselämän ja yksilön koskemattomuuden loukkaus on aina tutkittava ja arvioitava henkilötietoja koskevan unionin lainsäädännön, etenkin tietosuoja-asetuksen mukaisesti. Toisin sanoen julkisuusasetuksen mainittu alakohta oli katsottava suoraksi viittaussäännökseksi tietosuoja-asetuksen soveltamiseen.

Sen sijaan ensimmäisen asteen tuomioistuin oli 8.11.2007 ratkaissut oikeusriidan niin sanotun kynnysteorian (the threshold theory) pohjalta.²¹⁸ Tietopyynnön johdosta oli ensi vaiheessa selvitettävä, saattoiko henkilötietojen paljastaminen lou-

²¹⁴ KHO katsoi tapauksessa 2003: 57, että asianosaisella oli oikeus saada tietoonsa eläkevakuumatustusyhtiössä hänen eläkeasiansa käsittelyyn osallistuneiden asiantuntijalääkäreiden nimet, jotka oli merkitty asiakirjaan nimikirjaimin.

²¹⁵ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus komissio v. Bavarian Lager, C-28/08 P, k. 1-4.

²¹⁶ Asimov 1972 (tässä Sharpstonin mukaan).

²¹⁷ Komissio v. Bavarian Lager, C-28/08 P. Viittausteoriasta ja kynnysteoriasta Euroopan tietosuojavaalutettu 2011: 4. Renvoi tarkoittaa sanamukaisesti takaisin palauttamista tai siirtämistä. Erityisesti kansainvälisessä yksityisoikeudessa kyse on siitä, että valtion tuomioistuin on tietyn edellytyksin velvollinen soveltamaan toisen valtion lainsäädäntöä, joka taas voi viitata ensiksi mainitun valtion tai kolmannen valtion oikeuden soveltamiseen.

²¹⁸ Bavarian Lager v. komissio, T-194/04.

kata kyseisten henkilöiden Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa taattua yksityiselämän suojaa konkreettisesti ja tosiasiallisesti. Mikäli vastaus oli myönteinen eli kynnyks ylittyi, henkilötietoasetusta oli sovellettava julkisuusasetuksen 4(1) b alakohdan perusteella.

Julkisasiamies Sharpston oli asettunut ratkaisuehdotuksessaan viittausteorian ja kynnysteorian välimaastoon.²¹⁹ Hänen mukaansa ongelmaa oli sinänsä tarkasteltava EIS 8 artiklan valossa. Kuitenkin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin erehtyi todetessaan, ettei nimitietojen antaminen olisi loukannut yksityiselämän suojaa. Loukkaus oli mahdollinen mutta kuitenkin oikeutettu kyseisen artiklan oikeuttamisperusteiden nojalla. Tuomioistuin teki perusteluissaan virheen myös siinä, kun se ei ottanut riittävästi huomioon julkisuusasetuksen mainittua alakohdtaa siltä osin kuin siinä viitataan unionin tietosuojalainsäädäntöön. Virhe ei kuitenkaan vaikuttanut tuomion lopputulokseen, koska Bavarian Lagerilla oli julkisuusasetuksen nojalla oikeus saada pyytämänsä tiedot. Sen vuoksi valitusta ei ollut hyväksyttävä eikä päätöstä kumottava.

4. Riidan tausta ja tietopyyntö

Brittiläinen saksalaista olutta maahan tuova yritys Bavarian Lager Co. Ltd kanteli v. 1993 komissiolle siitä, että Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädäntö rajoitti EY:n perustamissopimuksen vastaisesti sen mahdollisuuksia myydä olutta ravintoloille.²²⁰ Komissio käynnisti asiassa jäsenvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn ja järjesti siihen kuuluvan tutkinnan puitteissa kokouksen lokakuussa 1996, johon osallistuivat komission virkamiesten ohella muun muassa Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen ja eurooppalaisen olutteollisuuden edustajat. Kuitenkaan jäsenvelvoitteita koskevaan menettelyyn kuuluvaa perusteltua lausuntoa ei lähetetty milloinkaan Yhdistyneelle Kuningaskunnalle, ja komissio päätti vuoden 1997 lopulla lopettaa menettelyn.

Bavarian Lager pyysi komissiolta jäljennöstä mainitun komission järjestämän kokouksen asiakirjoista. Eräiden välivaiheiden, uusien tietopyyntöjen ja niitä koskevien oikeusprosessien jälkeen Bavarian Lager teki vuonna 2004 komissiolle uuden tietopyynnön yhteisön julkisuus-asetuksen nojalla. Pyynnön mukaan komissiolla oli velvollisuus ilmaista kokouksen kaikkien osanottajien nimet sekä

²¹⁹ Ratkaisuehdotus, k. 183–194.

²²⁰ Taustahistoriasta jäljempänä tarkasteltava tuomio Bavarian Lager v. komissio, T-194/04 k. 15–33 ja aikaisempi tuomio Bavarian Lager v. komissio, T-309/97; Adamski 2009: 527–529.

sille toimitetut huomautukset. Mikään julkisuusasetuksen 4 artiklassa mainituista poikkeuksista ei soveltunut tapaukseen.

5. *Komission päätös*

Komissio päätti luovuttaa vaaditut tiedot lukuun ottamatta viiden kokoukseen osallistuneen henkilöiden nimeä. Heistä kaksi oli vastustanut nimitiedon antamista ja kolmeen ei ollut saatu yhteyttä. Näiltä osin komissio hylkäsi vaatimuksen. Komissio totesi, että yhteisön tietosuoja-asetus oli sovellettavissa nimen ilmaisemista koskevaan pyyntöön. Koska yhtiö ei ollut osoittanut nimenomaista ja laillista tarkoitusta eikä sitä, minkä vuoksi nimien ilmaiseminen olisi tarpeen, kyseisen asetuksen 8 artiklan mukaiset edellytykset eivät täytyneet, ja yhteisön julkisuusasetuksen 4 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu poikkeus oli siten sovellettavissa. Tarkemmin ilmaistuna yhtiö ei ollut tuonut esiin, millä tavoin asianomaisten henkilöiden nimien ilmaiseminen tarjoaisi merkityksellisempää tietoa kuin ne tiedot, jotka sisältyivät kokouksen pöytäkirjaan ja muihin annettuihin asiakirjoihin.

Komissio lisäsi, että vaikka henkilötietojen suojaa koskevat säännöt eivät olisi tulleet sovellettaviksi, se saattoi kuitenkin kieltäytyä ilmaisemasta kyseisiä nimiä julkisuusasetuksen 4 artiklan 2 kohdan kolmannen luetelmakohdan nojalla, jotta sen valmiudet suorittaa tutkimuksia eivät vaarantuisi.

Komission mainitseman julkisuusasetuksen 4 artiklan 1 kohdan mukaan toimielimet eivät anna tutustuttavaksi asiakirjaa, jonka sisältämien tietojen ilmaiseminen vahingoittaisi ”... b) yksityiselämän ja yksilön koskemattomuuden suojaa, erityisesti yhteisön lainsäädännön mukaista henkilötietojen suojaa”. Tietosuoja-asetuksen 8 artikla käsittelee henkilötietojen siirtämistä vastaanottajille, jotka eivät ole yhteisön toimielimiä tai elimiä ja joihin sovelletaan tietosuojadirektiiviä (95/46). Tällaiselle vastaanottajalle henkilötietoja voidaan siirtää ainoastaan, jos ”... b) vastaanottaja osoittaa, että tietojen siirto on tarpeen, eikä ole syytä olettaa, että rekisteröidyn oikeudet edut voivat joutua vaaraan”.

Komissio tulkitsi julkisuusasetuksen 4(1) artiklan b kohdan viittaussäännökseksi, jonka kohde tässä tapauksessa oli tietosuoja-asetuksen 8 artikla. Viittaussäännös edellytti siten tietosuoja-asetuksen suoraa soveltamista, eikä edellytyksenä ollut sen etukäteinen selvittäminen, loukkasiko tietojen antaminen ”yksityiselämän ja yksilön koskemattomuuden suojaa” julkisuusasetuksen mainituissa kohdassa tarkoitettulla tavalla. Komissio sovelsi siten edellä mainittua viittausteoriaa.

5.1. Ensimmäisen asteen tuomioistuin

Bavarian Lager valitti komission päätöksestä ensimmäisen asteen tuomioistuimeen. Yhtiö vetosi erityisesti siihen, että tietojen tarpeellisuuden osoittamisvelvollisuus tilanteessa, jossa tietojen paljastaminen ei vaikuttanut kyseisten henkilöiden yksityisyyden suojaan, oli ristiriidassa julkisuuden peruseriaatteen kanssa. Tietoja pyytävän henkilön ei julkisuusasetuksen 6(1) artiklan mukaan tarvinnut perustella pyyntöään.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumosi riidanalaisen päätöksen (T-194/04).²²¹ Tuomioistuin viittasi ensinnäkin siihen, että tietoja pyytävän henkilön ei tarvinnut julkisuusasetuksen 6(1) artiklan mukaan perustella pyyntöään eikä esittää sille erityisiä syitä. Toiseksi niillä henkilöillä, joita nimitiedot koskivat, ei ollut oikeutta vastustaa henkilötietojensa käsittelyä, koska komissio tietoja käsitellessään noudatti julkisuusasetukseen perustuvaa tietojenantovelvoitettaan.

Kolmanneksi nimitiedot olivat tietosuoja-asetuksen ja myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan valossa henkilötietoja mutta eivät sellaisia, että niiden paljastaminen olisi voinut tarkasteltavassa tilanteessa loukata kyseisten henkilöiden yksityiselämän suojaa. Se, että pöytäkirjaan sisältyi henkilöiden nimet, ei nostanut esiin kysymystä kyseisten henkilöiden yksityiselämän suojasta, koska he osallistuivat kokoukseen yhteisöjensä edustajina. Pöytäkirjaan ei sisältynyt näiden henkilöiden omia mielipiteitä vaan kannanottoja, joista kyseiset yhteisöt vastasivat. Edustajien nimien paljastaminen ei missään tapauksessa voinut konkreettisesti ja tosiasiallisesti vahingoittaa asianomaisten henkilöiden yksityiselämän ja koskemattomuuden suojaa julkisuusasetuksen 4(1) b alakohdassa tarkoitettulla tavalla. Sen vuoksi kyseisen alakohdan viittaussäännös henkilötietoasetukseen ei tullut sovellettavaksi eikä siten myöskään henkilötietoasetuksen 8 artikla. Tietopyyntöä oli siten arvioitava pelkästään julkisuusasetuksen valossa. Tuomioistuin ei myöskään hyväksynyt kieltäytymisperusteena komission esittämää tutkimustoimien vaarantumista, koska komissio oli yksilöinyt vaarantumisen ainoastaan abstraktisesti.

Tuomioistuin painotti edellä mainittua kynnysteoriaa. Tietopyynnön johdosta oli ensi vaiheessa selvitettävä, saattoiko henkilötietojen paljastaminen loukata kyseisten henkilöiden yksityiselämän suojaa konkreettisesti ja tosiasiallisesti. Mikäli vastaus oli myönteinen, henkilötietoasetusta oli sovellettava julkisuusasetuksen

²²¹ T-194/04, erityisesti k. 54, 55, 103–126, 148–149; Adamski 2009: 527–529.

4(1) b alakohdan perusteella. Käsiteltävässä tapauksessa vastaus oli kuitenkin kielteinen.

5.2. Unionin tuomioistuin

Komissio valitti unionin tuomioistuimeen, joka 29.6.2010 antamallaan tuomiolla kumosi ensimmäisen esteen tuomioistuimen tuomion siltä osin kuin sillä oli kumottu komission riidanalainen päätös. Samalla unionin tuomioistuin ratkaisi asian lopullisesti.²²² Bavarian Lagerin kumoamiskanne hylättiin, koska riidanalaisella päätöksellä ei ollut rikottu tietosuoja-asetuksen ja julkisuusasetuksen säännöksiä.

Tuomion perustelujen mukaan etunimet ja sukunimet oli katsottava henkilötiedoiksi. Tällaisten tietojen antaminen oli henkilötietojen käsittelyä tietosuoja-asetuksen tarkoittamassa mielessä. Julkisuusasetuksen 4(1) artiklan b alakohdan mukaan jokainen yksityiselämän ja yksilön koskemattomuuden loukkaus on aina tutkittava ja arvioitava henkilötietoja koskevan unionin lainsäädännön, etenkin tietosuoja-asetuksen mukaisesti. Mikäli julkisuusasetukseen perustuva tietopyyntö kohdistuu henkilötietoihin, tietosuojasäännösten tulivat sovellettaviksi kaikilta osiltaan, erityisesti artikkelit 4, 5, 8, 9 ja 18. Ensimmäisen asteen tuomioistuimen rajoittava tulkinta ei vastannut sitä tasapainoa, jonka luominen kahden asetuksen välille oli ollut unionin lainsäätäjän tarkoituksena. Unionin tuomioistuimen perustelutapa ilmentää edellä mainittua viittausteoriaa.

Unionin tuomioistuimen mukaan komissio teki oikein selvittäessään, olivatko asianomaiset henkilöt antaneet suostumuksensa heitä koskevien henkilötietojen luovuttamiseen. Vaatiessaan Bavarian Lageria osoittamaan tarpeen niiden viiden henkilön, jotka eivät olleet antaneet nimenomaista suostumustaan, henkilötietojen antamiseen, komissio oli toiminut tietosuoja-asetuksen 8 artiklan b alakohdan mukaisesti.

Koska Bavarian Lager ei ollut esittänyt mitään nimenomaista ja laillista tarkoitusta eikä minkäänlaisia vakuuttavia argumentteja osoittaakseen tarpeen näiden henkilötietojen antamiseen, komissio ei voinut vertailla asianosaisten eri intressejä. Se ei myöskään voinut selvittää, olisivatko rekisteröityjen oikeudet edut voineet siirron vuoksi vaarantua, kuten julkisuusasetuksen 8 artiklan b alakohdassa edellytetään. Luovuttamalla riidanalaisesta asiakirjasta version, josta oli poistettu 11.10.1996 pidettyyn kokoukseen osallistuneista henkilöistä viiden nimet, komis-

²²² C-28/08 P, erityisesti k. 63–69, 75–77, 82–85.

sio ei rikkonut julkisuusasetuksen säännöksiä ja oli noudattanut riittävällä tavalla avoimuusvelvoitettaan.

5.3. *Arviointia ja uudistusehdotuksia*

Bavarian tapauksessa henkilön nimitiedon, etu- tai sukunimen tai molempien, katsominen henkilötiedoksi ei sinänsä osoittautunut kiistanalaiseksi. Tietosuoja-asetuksen 2 artiklan a)-kohdan mukaan henkilötiedolla tarkoitetaan kaikenlaisia tunnistettua tai tunnistettavissa olevaa luonnollista henkilöä ... koskevia tietoja; tunnistettavana olevana pidetään henkilöä, joka voidaan suoraan tai epäsuorasti tunnistaa, erityisesti henkilönumeron taikka yhden tai useamman hänelle tyypillisen fyysisen, fysiologisen, psyykkisen, taloudellisen, kulttuurillisen tai sosiaalisen tekijän perusteella. Myös EIS 8 artiklan suojaama yksityiselämä kattaa henkilön nimitiedon, ja nimen ilmoittaminen yksityiselämässä tai ammatillisissa yhteyksissä merkitsee puuttumista yksityiselämään.²²³ Unionin tuomioistuin ei kuitenkaan pitänyt viittausta EIS 8 artiklaan perustamissopimuksen 6 artiklan pohjalta tarpeellisenä, koska tapauksessa oli itsestään selvästi sovellettava tietosuoja-asetusta sellaisenaan.²²⁴ On arvioitu, että tuomioistuin piti unionin tietosuoja-asetusta suojaltaan EIS 8 artiklaa kattavampana.²²⁵

Unionin tuomioistuimen aikaisemmassa oikeuskäytännössä henkilötietojen suoja oli tarkasteltu erityisesti tapauksissa *Österreichischer Rundfunk*, *Lindqvist*, *Satakunnan Markkinapörssi ja Schecke*, joista viimeksi mainitussa on kyse myös nimisuojusta.²²⁶ Myös nämä tuomiot huomioon ottaen Bavarian jutun mukainen nimitietojen käsittely komissiossa oli kiistatta tietosuoja-asetuksen 2 artiklan b kohdan tarkoittamaa henkilötietojen käsittelyä.²²⁷

Sitkeäksi osoittautuneessa Bavarian oikeusriidassa haettiin tasapainoa kahden perusoikeuden, asiakirjajulkisuuden ja henkilötietosuojan, välillä. Kynnysteorian mukaan asiakirjajulkisuus väistyi vasta sen jälkeen, kun kynnys oli ylittynyt eli

²²³ *Burghartz v. Sveitsi* 22.2.1994; *Stjerna v. Suomi* 25.11.1994; *Bulgakov v. Ukraina* 11.9.2007; *Johansson v. Suomi* 6.9.2007; *Mayer-Ladewik* 2011: 200–201; *Pellonpää & muut* 2012: 665–666; *Oliver* 2009: 1446–1454.

²²⁴ C-28/08 P k. 61; vrt. toisin T-194/04 k. 113–118; julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, C-28/08 P k. 152–155;

²²⁵ *Oliver* 2009: 1456–1457.

²²⁶ *Rechnungshof ym. v. Itävalta*, C-465/00, C-138/01, C-139/01; *Lindqvist v. Ruotsi*, C-101/01; *Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi ja Satamedia Oy*, C-73/07; yhdistetyt asiat *Schecke ja Eifert v. Land Hessen & muut*, C-92/09, C-93/09; kilpailuoikeuden kannalta *Bank Austria v. komissio*, T-198/03 ja *Oliver* 2009: 1469–1470.

²²⁷ T-194/04 k. 104–106; C-28/08 P k. 68–70; julkisasiamiehen ratkaisuehdotus C-28/08 P k. 11–130.

kun oli todettu henkilötietojen käsittelyn loukkaavan EIS 8 artiklan mukaista yksityiselämän suojaa eikä loukkaaminen ollut oikeutettua. Muutoin tietopyyntöä oli arvioitava pelkästään julkisuusasetuksen kannalta. Viittausteorian mukaan kynnyn ylittymistä ei voitu edellyttää, koska julkisuusasetus viittasi henkilötietojen käsittelyn osalta suoraan tietosuoja-asetukseen. Sen vuoksi asetusta oli sovellettava suoraan.

Viittausteorian hyväksi puoleksi voidaan katsoa sen oikeussystemaattinen luonne: teoria korostaa unionin perusoikeuskirjan tapaan yksityiselämän suojaa ja julkisuutta rinnakkaisina ja samanarvoisina oikeuksina.²²⁸ Teorian heikkoutena on pidetty, paitsi julkisuuden kaventumista, sen muodollisuutta: se ei osoita niitä perusteita, joiden mukaan asiakirjajulkisuutta ja tietosuojaa on keskenään punnittava. Teoria voisi käytännössä johtaa julkisuuden liialliseen kaventumiseen ja siihen, että henkilön suostumusta henkilötietonsa julkistamiseen alettaisiin edellyttää aina.

Myös myöhemmässä tapauksessa Schecke (9.11.2010) oli myös kyse tasapainon hakemisesta julkisuuden ja yksityiselämän suojaa ilmentävän henkilötietosuojan välillä.²²⁹ Tarkastelun kohteena olivat eräät unionin maatalouslainsäädännön erityissäännökset. Ne koskivat maataloustukirahaston ja maaseuturahaston tuensajina olevat luonnollisia henkilöt yksilöivien luetteloiden julkaisemista. Olivatko erityissäännökset ylipäänsä päteviä? Unionin tuomioistuin otti tarkastelun pohjaksi perusoikeuskirjan yksityis- ja perhe-elämän kunnioittamista koskevan 7 artiklan ja henkilötietojen suojaa koskevan 8 artiklan, joista johtuvat vaatimukset tuomioistuin arvioi EIS 8 artiklan mukaisiksi. Tuomioistuin katsoi sääntelyt osittain pätemättömiksi. Vaikka veronmaksajilla oli oikeus saada tieto julkisten varojen jakamisesta, lainsäätäjän olisi pitänyt perusoikeuksien välisen harmonisen tasapainon pohjalta ja suhteellisuusperiaatteen mukaisesti kiinnittää laajemmin ja yksityiskohtaisemmin huomiota siihen, missä laajuudessa tietoja oli julkaistava hyväksyttävien päämäärien saavuttamiseksi. Yksityiskohtaisesti perusteltu tuomio painotti henkilötietojen suojaa eikä siten ainakaan suoraan avannut kynnysteorian pulmakohtia.

Tuoreessa tapauksessa Egan ja Hackett (28.3.2012) yleinen tuomioistuin pysyi lähinnä kynnysteorian kannalla.²³⁰ Pyydettyjen nimitietojen antamisesta kieltäy-

²²⁸ Vastaavasti KOM(2010)609: 4.

²²⁹ Yhdistetyt asiat Schecke ja Eifert v. Land Hessen & muut, C-92/09, C-93/09, k. 43–92; Buttarelli 2011: 4–5.

²³⁰ Egan ja Hackett v. Euroopan parlamentti (T-190/10), k. 88–94; myös Jordana v. komissio, T-161/04, 7.7.2011, k. 87–107.

tyneen Euroopan parlamentin olisi pitänyt perustella, millä konkreettisilla tavoilla tietojen antaminen olisi julkisuusasetuksen 4(1) artiklan mukaisesti loukannut kyseisten henkilöiden yksityiselämän suojaa.

Euroopan tietosuojavaltuutettu on ehdottanut kynnysteoriasta johtuvien tulkintaongelmien ratkaisuksi ennakoivaa toimintamallia.²³¹ Toimielinten on arvioita etukäteen kerättävien tietojen luonnetta julkisina tai salassa pidettävänä aineistoina. Tasapainoa julkisuuden ja henkilötietojen suojan välillä on siten aihetta punnita jo ennen tietopyyntöjä. Ehdotuksen mukaan arviot on julkistettava niin, että yleisö voi vakuuttua toiminnan avoimuudesta. Julkisuusasetuksen ja tietosuojasetuksen mukaisia erilaisia tietopyyntötilanteita on analysoitava tähänastista perusteellisemmin.

Julkisuusasetuksen uudistamista koskevassa ehdotuksessaan (COM(2008)229) komissio asettui nimitietojen osalta lähinnä kynnysteoriaa mukailevan erityissääntelyn kannalle mutta muutoin puolsi viittausteoriaa. Henkilötietojen suojaa koskeva maininta olisi 4 artiklan 5 kohdassa: ”Viranhaltijoiden, virkamiesten ja eturyhmien edustajien nimet, arvonimet ja tehtävät on julkistettava ammatillisen toiminnan yhteydessä, paitsi jos tietojen julkistaminen olisi erityisten syiden vuoksi haitallista kyseisten henkilöiden kannalta. Muita henkilötietoja julkistettaessa on noudatettava lainmukaista henkilötietojen käsittelyä koskevia edellytyksiä, joista säädetään yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä annetussa EY:n lainsäädännössä.” Euroopan parlamentin valmistelussa esitettiin täsmällisempää ja julkisuutta laajentavaa sääntelyä, mutta julkisuusasetuksen uudistushanke on edelleen keskeneräinen.²³²

²³¹ Euroopan tietosuojavaltuutettu 2011: 6–15.

²³² Ehdotus 11.3.2009 (P6_TA-Prov(2009)0114).

Lähteet

Adamski, R. (2009). How Wide is “The widest possible”? Judicial Interpretation of the Exceptions to the Right of Access to Official Documents Revised. *Common Market Law Review* 2009, 521–549.

Asimov, I. (1972). *Asimov’s Guide to Science*. Basic Books.

Buttarelli, G. (2011). *Transparency, Trust and Privacy. The need for a balanced and proactive approach*. [Viitattu 18.11.2011] Saatavissa: www.edps.europa.eu.

Euroopan tietosuojavaltuutettu (European Data Protection Supervisor) (2011): *Public access to documents containing personal data after Bavarian lager ruling*. [Viitattu 24.3.2011] Saatavissa: www.edps.europa.eu.

Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle. Kattava lähestymistapa henkilötietojen suojaan Euroopan unionissa. Bryssel 4.11.2010. KOM(2010)609 lopullinen.

Kulla, H. (2009). Virkamiehen henkilötietojen suojasta. Teoksessa Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009. Jyväskylä: Suomalainen Lakimiesyhdistys. 207–221.

Mayer-Ladewik, L. (2011). *EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos.

Mäenpää, O. (2008). *Julkisuusperiaate*. Juva : WSOYpro.

Oliver, P. (2009). The Protection of Privacy in the Economic Sphere before the European Court of Justice. *Common Market Law Review* 2009, 1443–1483.

Pellonpää, M., Gullans, M., Pölönen, P. & Tapanila, A. (2012). *Euroopan ihmisoikeussopimus*. 5. uudistettu painos. Helsinki: Talentum.

Viljanen, V. (2011). Yksityiselämän suoja (PL 10 §). Teoksessa P. Hallberg, H. Karapuu, T. Ojanen, M. Scheinin, K. Tuori & V-P. Viljanen. *Perusoikeudet*. SanomaPro. Juridiikkaonline.

JULKINEN VAI YKSITYINEN LUONNON EDUSTAJA? AKUUTTEJA PUHEVALTAKYSYMYKSIÄ

Niina Mäntylä

1. Luonnon oikeudellisesta asemasta ja luonnon edustajista

Luonnon etu esiintyy aineellisessa ympäristösääntelyssä ja sen tavoitteissa merkityksellisenä ja oikeudellisesti suojattuna etuna²³³. Tähän suuntaan ovat ohjanneet kansainvälinen ja ylikansallinen kehitys – samoin ympäristöperusoikeuden mukaantulo perusoikeusjärjestelmään. Sääntelymme antaa luonnolle suojaa myös sellaisissa tilanteissa, joissa ei ole kyse yhdenkään ihmisen edusta. Toisaalta tietomme siitä, mikä on luonnon etu, on aina epätäydellistä. Joustavat normit vastaavat aineellisessa sääntelyssä tähän epätäydellisyyteen, mutta tekevät samalla menettelyllisistä kysymyksistä entistä tärkeämpiä²³⁴. Laajat osallistumisoikeudet tuovat prosessiin muun muassa tietoa ja tasapainoa. Luontoa voi edustaa yksityinen ihminen, viranomainen tai järjestö. Yksityinen ihminen voi käyttää luonnon puolesta puhevaltaa erityisesti hallintomenettelyssä laajan erityissääntelyn turvin. Valitusoikeus sen sijaan on kytketty tiukemmin asianosaisasemaan. Yksittäinen ihminen usein myös käyttää puhevaltaa luonnon puolesta omien intressiensä ohella, jolloin pääasiallinen intressi ei välttämättä ole luonnon edun turvaaminen.²³⁵ Käsittelen tässä kirjoituksessa siksi erityisesti viranomaisten ja luonnon- ja ympäristönsuojelujärjestöjen puhevaltakysymyksiä, vaikka näidenkin intresseissä saattaa olla luonnon edun ohella muita päämääriä. Nämä intressit ovat tällöin kuitenkin yksittäisten ihmisten intressejä näkyvämpiä tullen esille esimerkiksi järjestöjen säännöissä tai viranomaisen tehtävien sääntelyssä.

²³³ Luonnon edusta ks. Mäntylä 2010: 26–30.

²³⁴ Joustavista normeista ks. Merikoski 1968:49–50 sekä Tähti 1991: 103–105. Laajemmin ympäristöoikeuden erityispiirteistä ks. Kuusiniemi 2001:169 sekä aineellisen ja menettelyllisen sääntelyn suhteesta Kumpulainen 2004: 11–14

²³⁵ Kollektiivisen edun ja yksilöllisen edun ristiriidasta yksilön valinnoissa ks. Lybäck 2002: 228–230. Mäkisen (2010: 145) kaavavalituksia koskevasta aineistosta käy ilmi, että yksityisten ihmisten valitukset tehdään lähes aina omassa intressissä. Ks. myös Määttä 1999: 409–410; Kokko 2003: 201–2003 sekä Suvantola 2003: 86.

2. Viranomaisedustuksesta

Viranomaiset hoitavat sekä laillisuus- että edunvalvontatehtäviä. Laillisuusvalvonnassa on kyse lainsäädännön toteutumisen valvonnasta kun taas edunvalvonta tarkoittaa laissa säädetyn tehtävän hoitamista niin, että viranomainen toimii kyseessä olevan edun edustajana. Viranomaisten rooli ympäristöedun edustajana omaakin vakiintuneen aseman. Erityisesti vesilain mukaisissa asioissa perinnettä voidaan pitää vahvana. Tällä painotuksella on myös ollut oma vaikutuksensa luonnon- ja ympäristönsuojelujärjestöjen aseman muodostumisessa. Kun ympäristöedun edustus on järjestetty viranomaispuhevallan kautta, järjestöillä ei ole nähty puhevallan tarvetta. Darpö toteaaakin Århusin sopimuksen idean törmäävän Länsi-Euroopassa vahvan yhteiskunnan perinteeseen ja käsitykseen viranomaisista ympäristöintressin yksinomaisina puolustajina²³⁶.

Viranomaisenkin puhevallan osalta erityissääntely on ympäristöoikeudessa tyypillistä. Alueellisten ympäristökeskusten ”puhevalta-aseman perijänä” luonnon edustamiseen liittyvä puhevallan erityissääntely kohdistuu laajasti elinkeino- liikenne- ja ympäristökeskuksiin. Luonnonsuojelulain 63 § täydentää näiden valitusoikeuden vielä kattavasti erityissääntelyn tasolla, sillä ELY: llä on kyseisen säännöksen mukaan oikeus valittaa muun lain mukaisesta luvan myöntämisestä tai suunnitelman hyväksymisestä koskevasta päätöksestä sillä perusteella, että päätös on luonnonsuojelulain tai sen nojalla annettujen säännösten tai määräysten vastainen²³⁷. Luonnonsuojelunäkökulma kytkeytyykin usein ympäristönkäyttö- päätöksiin. Erityissääntelyn laajuus on johtanut siihen, että viranomaisen valitusoikeuskysymyksissä HLL 6.2 § tulee harvoin sovellettavaksi (valitusoikeus tarpeen viranomaisen valvottavana olevan julkisen edun vuoksi).²³⁸ Nämä kaikki säännökset yhdessä kuitenkin muodostavat viranomaisille laajan puhevallan.

Päätöksentekijän jatkovalitusoikeus sen itse tekemän päätöksen muuttuessa hallinto-oikeudessa, on kysymys, jossa HLL 6.2 § on toisinaan aktualisoitunut. Tämä ei kuitenkaan ole automaattisesti lähtökohta, vaan viranomaisen jatkovalitusoikeus riippuu asioiden luonteesta, yleisen edun valvonnasta ja tarpeesta pitää soveltamis- ja oikeuskäytäntö yhtenäisenä.²³⁹ Kun viranomainen on hallintoprosessissa asianosaisen vastapuolen roolissa, korostuu myös fair balance –vaatimus, millä tarkoitetaan sitä, että prosessissa huomioidaan osapuolten epätasa-arvoinen asema. Viranomaisen prosessitoimiin ei

²³⁶ Darpö 2009: 176.

²³⁷ Ks. MmVL 13/1996 vp. s. 7–10, jossa silloisen alueellisen ympäristökeskuksen säännöksen myötä voimistuvaa asemaa kritisoidaan.

²³⁸ Vihervuori 1981 s. 209–214 ja Mäkinen 2004: 125. Ks. KHO 2005: 79, KHO2006: 96 sekä KHO 2003: 90 jossa pohditaan yleislain ja erityislain suhdetta.

²³⁹ Ks. Aer 2006: 40–52.

siten pitäisi voida kohdistaa sen suurempaa luottamusta, kuin asianosaisen-
kaan.²⁴⁰

Viranomaispuhevallan osalta voidaankin sanoa sääntelyn olevan kattavaa. Ongelmat ovatkin toisaalla – viranomaisten ristiriitaisissa rooleissa ja resurssikysymyksissä. Esimerkiksi kunnan ympäristönsuojeluviranomainen myöntää poikkeuksen kunnan ympäristönsuojelumääräyksestä YSL 19 §:n nojalla, mutta käyttää myös puhevaltaa 21 §:n mukaan ympäristönsuojelun yleisen edun puolesta. Niu-
kat resurssit ja puutteellinen asiantuntemus on nähty kuntien ympäristönsuojeluviranomaisten ongelmaksi myös hallituksen esityksessä²⁴¹.

Samakin viranomainen voi siis samalla edustaa sekä luonnon että muuta yleistä etua, esimerkiksi taloudellista intressiä. Näitä punnitaan viime kädessä tuomioistuinten käsittelyssä.²⁴² Aluehallinnon uudistus on tuonut tähän vielä uusia tasoja, kun ympäristöasioita hoidetaan aluehallintovirastoissa (AVI) yhdessä muiden hallintoasioiden kanssa samassa organisaatiossa ja myös elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksissa (ELY) hoidetaan ”saman katon alla” useita vastuualueita²⁴³. Tällöin yhä tärkeämpää on se, että yleinen etu eriytyy eri vastuualueilla ja toisaalta myös se, että ympäristöasioiden sisäinenkin ristiriitaisuus sitä edustavan viranomaisen sisällä tunnistetaan.²⁴⁴ Ympäristövaliokunta esimerkiksi on huomauttanut, että vaikka kaikkien ELY:n vastuualueiden tarkoituksena on yleisen edun valvonta, eri lakien yleisellä edulla tarkoitetaan eri asioita, jotka voivat olla keskenään ristiriidassa. Ympäristövaliokunta piti siten tärkeänä, että eri vastuualueiden itsenäisestä puhevallasta säädettäisiin laissa selkeästi.²⁴⁵

²⁴⁰ Halila 1999: 234–235. Leinonen ym. huomioivat, että viranomaisen jatkovalitusoikeus edellyttää ympäristönsuojeluasioissa nimenomaisesti ympäristönsuojeluedun valvontaa. Valitus, jolla lähinnä tuetaan yksityisen toiminnanharjoittajan valitusta, voi jäädä tutkimatta. Leinonen ym. 2008: 353.

²⁴¹ HE 161/2009 vp. s.79. Ks. myös Suomen kansallinen rikosseurantatyöryhmä 2005: 3, 16 sekä Warsta 2008a: 60.

²⁴² Mäkinen 2004: 125. Ympäristövaliokunnan mietinnössä YmVM 14/1994 vp (yksityiskohtaiset perustelut, 4 §). tähän kiinnitettiin huomiota alueellisten ympäristökeskusten osalta. Mietinnössä todetaan, että alueellisten ympäristökeskusten tehtäväpiiri tulee olemaan paitsi varsin laaja, myös osittain vastakkaisiakin tehtäviä sisältävä. Valiokunta huomauttaa, että käsittelyn puolueettomuuteen on tällöin kiinnitettävä erityistä huomiota.

²⁴³ Alueellisten ympäristökeskusten tehtäviä siirtyi uudistuksessa sekä aluehallintovirastoihin että elinkeino- liikenne ja ympäristökeskuksiin. Käytännössä AVI:en vastuualueena ympäristöasioissa ovat ympäristöluvut. Elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksiin puolestaan yhdistettiin TE-keskusten, alueellisten ympäristökeskusten, tiepiirien ja osin lääninhallitusten tehtävät. Painotukset on jaettu siten, että aluehallintovirastot hoitavat toimeenpano-, ohjaus- ja valvontatehtäviä ja elinkeino-, liikenne ja ympäristökeskukset puolestaan huolehtivat toimeenpano- ja kehittämistehtävistä.

²⁴⁴ Ks. HE 59/2009, s. 69. Aiemmista hallinnon rakenneuudistuksista ks. Siitari-Vanne 2000: 1222–1223.

²⁴⁵ YmVL 25/2009 vp.

Jos tehtävät on kirjattu ristiriitaisina lakiin, valitus viranomaisen puolueettomuuden puutteisiin vedoten ei menesty. Tämä on todettu oikeuskäytännössä alueellisten ympäristökeskusten ajalta.²⁴⁶ Aluehallinnon uudistus ei tuonut tähän muutosta, vaan tekee vielä laajemman tehtäväkentän ristiriitaisuuksineen lainmukaiseksi (L elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksista 3 §). Myös vanhat ympäristöviranomaisen sisäiset ristiriitaisuudet jäävät edelleen voimaan, sillä esimerkiksi elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksista annetun lain 3.2,3 §:n mukaan ELY:t huolehtivat yleisen edun valvonnasta ympäristö- ja vesiasioissa, mutta niiden vastuulla ovat myös valtion vesitaloudelliset luvat. Ristiriitaisuuksia rooleissa esiintyykin siten sekä eri vastuualueiden välillä, että niiden sisällä. Esimerkkinä yhden vastuualueen sisäisistä ristiriitaisuuksista voidaan mainita vielä MRL 171.2,2 §:n ELY:n toimivaltaan kuuluva poikkeamispäätös vähäistä suuremman rakennusoikeuden osoittamisesta alueelle, jolle asemakaavassa ei ole osoitettu rakennusoikeutta. ELY:n sama vastuualue myös valvoo näissä tilanteissa, ettei päätös ole luonnonsuojelulain vastainen (LSL 63 §).

Ristiriitaisuuksiin on kuitenkin osittain puututtu lainsäädännöllä. Esimerkiksi elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksista annetun lain 20 §:n mukaan jos elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen toimivaltaan kuuluvaa valvontaa, velvoitteiden asettamista tai oikeuden myöntämistä koskevan hallintoasian puolueeton käsittely voi ilmeisesti vaarantua sen vuoksi, että keskus on tai on ollut asiassa myös asianosaisena, keskuksen on, jollei asian puolueetonta käsittelyä voida keskuksen sisäisin toimenpitein järjestää, pyydettävä 8 §:ssä tarkoitettua ministeriötä määräämään toinen elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskus käsittelemään ja ratkaisemaan asia. Kynnys tällaisen siirtomenettelyn käyttämiseen lienee kuitenkin korkea, koska sisäiset toimenpiteet ovat ensisijaisia. Näin vaikka hallituksen esityksessä juuri vastuualueiden väliset kollisiotilanteet katsotaan kuuluvan edellä mainitun säännöksen soveltamisalaan²⁴⁷.

KHO 2012:6 Elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen liikenne ja infrastruktuuri -vastuualueella oli oikeus maantielain 10 §:n 1 momentin ja 11 §:n 1 momentin nojalla tiehankkeen toteuttavana tienpitöviranomaisena hakea luonnonsuojelulain mukaista poikkeamislupaa luontodirektiivin liitteessä IV (a) tarkoitettuihin eläinlajeihin kuuluvien yksilöiden lisääntymis- ja levähdyspaikkojen hävittämistä ja heikentämistä koskevasta, luonnonsuojelulain 49 §:n 1 momentissa tarkoitettusta kiellosta. Saman elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen ympäristö ja luonnonvarat -vastuualueella oli

²⁴⁶ Ks. esim. KHO 2005: 7. Ks. myös HaVM 13/2009 vp.

²⁴⁷ Hallituksen esityksen mukaan kollisiotilanne voi syntyä esimerkiksi kun viraston ympäristö- ja luonnonvarat -vastuualueen tulisi käsitellä asiaa, joka on vireillä saman keskuksen liikenne- ja infrastruktuuri-vastuualueella. HE 59/2009 vp, s. 69.

puolestaan toimivalta ratkaista liikenne ja infrastruktuuri -vastualueen tekemä luonnonsuojelulain mukainen poikkeamislupahakemus.

ELY itse toteaa edelliseen tapaukseen liittyen selvityksessään, että on toimivaltainen ratkaisemaan asian, koska sen eri vastualueiden välinen lupa-asioden mahdollisuus on otettu huomioon jo lainsäädännöllä. Hakemus voitiin ratkaista ELY:n mukaan riittävän puolueettomasti sisäisin järjestelyin. Valituksessa taas vedottiin esteellisyyteen, kun saman viranomaisen toinen vastuualue päättää luvasta ja toinen on luvan hakijana. Objektiiivisuuden arvioinnissa tulee valittajien mukaan kiinnittää myös huomiota siihen, miltä toiminta näyttää ulospäin. KHO toteaa ratkaisussaan, että vastualueiden tehtävät ja toimialat on eriytetty asianmukaisesti ja asian puolueeton käsittely on siten voitu järjestää sisäisin toimenpitein.

ELY:n osalta on merkitystä sillä, että ne on nimenomaan organisoitu vastuualueittain. Vastuualueet toimivat toisistaan riippumatta vastualueen päällikön johdolla ja eri vastuualueet kuuluvat eri ministeriöiden toiminnallisen ohjauksen alaisuuteen. *Tapauksessa siis tulee vahvistetuksi se seikka, ettei esteellisyyväite ole tehokas valitusperuste vastualueiden kollisiotilanteissa, kun käsittely näin sisäisin toimenpitein hoidetaan.*

Kokko puhuukin julkisen vallan kaksoisroolista, ja painottaa yksityisten ja järjestöjen roolia puhevallan käyttäjinä ja siten biodiversiteetin turvaamisen täydentäjänä²⁴⁸. Viranomaisten ristiriitaiset roolit näkyvät sekä niin, että samassa tapauksessa sama viranomainen voi olla erilaisissa rooleissa puhevallan käyttäjänä sekä myös niin, että viranomainen ei käytä puhevaltaa. Joskus saattaa olla kysymys myös siitä, että erilaisten ratkaisujen vaikutukset ympäristöintressille ovat hyvin epäselvät, eikä viranomainen valita niin helposti ”varmuuden vuoksi” kuin ympäristöjärjestö. Sen on myös otettava huomioon muita intressejä, kuin pelkkä ympäristöintressi. Riippuvatpa ympäristöviranomaisen passiivisuuden syyt sitten mistä tahansa, näyttää siltä, että ympäristöjärjestöjen puhevalta paikkaa toisinaan viranomaisen jättämää tilaa. Näin se myös aktivoi tuomioistuimen valvonnallisen funktion, joka muuten jäisi toteutumatta²⁴⁹.

3. *Ympäristön- ja luonnonsuojelujärjestöjen puhevallasta*

Pääsääntö on, että *omassa asiassaan* jokaisella on puhevalta, eli mm. oikeus tulla kuulluksi ja valittaa päätöksestä. Hallintoasioissa asianosaisuus määräytyy aineel-

²⁴⁸ Kokko 2003: 78.

²⁴⁹ Ks. KHO 2000: 42, KHO 2004: 40.

lisin perustein, eli arvioiden sitä, vaikuttaako ratkaisu henkilön oikeusasemaan. Esimerkiksi kun henkilö veloitetaan johonkin toimenpiteeseen tai päätöksellä ratkaistaan jokin hänen etuunsa tai oikeuteensa vaikuttava seikka, henkilö on asianosaisasemassa.²⁵⁰ Välillinen vaikutuskin voi Niemivuon ja Keravuoren mukaan muodostaa asianosaisaseman, mutta oikeudellisen vaikutuksen vaade vaikuttaa kuitenkin niin, että ne joilla on vain tosiasiallinen intressi asiassa, rajautuvat pois.²⁵¹ Koska asianosaisuuden osalta arvioidaan vaikutusta oikeusasemaan, myös päätöksen kohteena olevan oikeussubjektuudella on merkitystä. Luonnon osalta osallistumisen ongelmat kiertyvät juuri tähän seikkaan. Intressit kun eivät kiinnity ympäristöoikeudessa aina henkilöön tai edes järjestöön subjektina²⁵². Kun luonnon- tai ympäristönsuojelun intressinä on luonnon edun edustaminen, vaikkapa liito-oravien lisääntymis- ja levähdyspaikkojen heikentäminen moottoritiehankkeen vuoksi ei vaikuta järjestön etuun, oikeuteen tai velvollisuuteen tai edes sen jäsenten etuun suoranaisesti. Aatteellisen järjestön puhevalta istuu huonosti perinteisen asianosaikäsitteen tulkintalinjaan.²⁵³

Ratkaistakseen tilanteen muun muassa kansainvälisten vaateiden mukaisesti, lainsäätäjä on valinnut luonnon- ja ympäristöjärjestöjen puhevallan osalta ratkaisuksi erityissääntelyn. On haluttu pitää näiden järjestöjen rooli erillään asianosaisista, vaikka käytännössä erityissääntely muotoaa monissa asioissa järjestöjen aseman ympäristöasioissa lähes täysin asianosaisasemaa vastaavaksi²⁵⁴. Erityissääntelyn ongelmaksi muodostuu kuitenkin se, että sitä usein tulkitaan tyhjentävästi, jolloin menetetään joustavuus. Myös oikeusjärjestelmän koherenssin ylläpitäminen jää tällöin korostuneesti lainsäätäjän tehtäväksi, mistä se ei useinkaan kovin hyvin suoriudu. Ympäristöasioissa puhevaltaa koskevassa erityissääntelyssä on myös erilaisia rajoituksia esimerkiksi valtakunnallisten järjestöjen osalta. Tämä heiken-

²⁵⁰ Laakso ym. 2006: 112–113.

²⁵¹ Niemivuo & Keravuori 2003: 141–146. Ks. Mäenpää 2005: 266; Laakso ym. 2006: 475 ja Tarukannel 1990: 129. Hallintolainkäyttölakia koskevassa oikeusministeriön ehdotuksessa huomioidaan, että asianosaisuutta voidaan lähestyä eri tavoin. Sen lisäksi ketä asia suoranaisesti koskee merkitystä voi olla myös sillä kenen välittömään oikeudelliseen etuun päätös kohdistuu, keneen päätöksen vaikutukset kohdistuvat sekä kenen intressissä on hakea muutosta. Oikeusministeriö 1994: 136.

²⁵² Nordh 1999: 376.

²⁵³ Suvantola jakaa järjestöt jäsentensä etua ajaviin, yleistä etua ajaviin sekä julkisoikeudellisiin yhdistyksiin. Suvantola 2003: 99–105. Ks. myös Vihervuori 1981: 199 sekä Lybäck 2002: 229.

²⁵⁴ Yleisesti voidaan todeta, että ympäristöasioissa hallintomenettelyssä muidenkin kuin asianosaisten osallistuminen on turvattu varsin laajasti erilaisten käsitteiden sisällä. Asianosaikäsite ei hallintomenettelyssä olekaan enää niin merkittävä puhevaltaa määrittävä tekijä, kuin hallintolainkäytössä. Erityisesti valmisteluvaiheen vaikuttamisen osalta Mäenpää toteaa, että ero asianosaisten ja muiden tahojen vaikutuskeinojen välillä on vähitellen lieventymässä. Mäenpää 2000: 263.

tää ennakoitavuutta ja Määttä tuokin esille tuomioistuinten roolin johdonmukaisuuden luoja²⁵⁵.

Oikeuskäytännössä järjestöillä ei ole katsottu olevan puhevallan tarvetta HLL asianosaikäsitteen puitteissa, jos viranomaisen puhevaltaa koskeva LSL 63 § soveltuu tilanteeseen. Seuraavissa tapauksissa näkyy, että EU-oikeuden tehokas toteutuminen edellyttää ympäristöasioissa jollakin luontoa edustavalla taholla olevan puhevallan, mutta tätä on kansallisesti tulkittu niin, että yksi taho riittää. Näin siten jos viranomaisella on erityissääntelyyn perustuva puhevalta, järjestöillä ei ole nähty puhevallan tarvetta – eli järjestöjen puhevalta on tulkittu toissijaiseksi viranomaisten puhevaltaan nähden.

Tapauksessa KHO 2003: 99 Lohjan seudun ympäristöyhdistys ry:llä ei ollut valitusoikeutta tiesuunnitelmaa koskevasta ministeriön päätöksestä, koska yleistielaissa ei ollut erityissääntelyä edunvalvontajärjestöjen puhevallasta, eikä yhdistystä katsottu asianosaiseksi HLL 6.1 §:n mukaan. Viranomaisella oli erityissääntelyyn perustuva puhevalta.

Sen sijaan tapauksessa KHO 2004: 76 valitusoikeuden katsottiin kuuluvan seudulliselle linnustonsuojelujärjestölle, kun asiassa oli kyse metsästysasetuksen 25 a §:ssä säänneltyjen rauhoittamattomien lintujen rauhoitusajoista poikkeamisesta. Näyttää siltä, että kun erityissääntelyn puitteissa millään muulla luontoa edustavalla tahollakaan ei ollut puhevaltaa, edellytti EU-oikeuden tehokas toteutuminen järjestön puhevaltaa. Tapaukseen soveltu lintudirektiivi.

A ry:llä ja B ry:llä ei kuitenkaan ratkaisussa KHO 2005: 42 ollut valitusoikeutta valtakirjan antamista koskevasta kauppaja teollisuusministeriön päätöksestä. Yhdistykset eivät olleet HLL 6.1 §:ssä tarkoitettuja asianosaisia, eivätkä kaivoslain aineelliset viittaukset LSL:iin ulottaneet erityissääntelyä valitusoikeuteen, vaikka yhdistysten toimialaan kuuluisikin luonnon- ja ympäristönsuojelun edistäminen valtausalueella tai sen läheisyydessä ja yhdistykset olivat alueellisia ja paikallisia rekisteröityjä yhdistyksiä. Viranomaisten puhevalta ulottui tapaukseen erityissääntelyn kautta.

Yhdistysten puhevalta tuli taas kyseeseen ratkaisussa KHO 2007: 74 kun A ry:llä ja B ry:llä oli alueellisina luonnonsuojeluyhdistyksinä toimialueellaan oikeus saattaa kysymys suden rauhoituksesta poikkeamisen oikeudellisista edellytyksistä valitusviranomaisen tutkittavaksi. Kuten edellä rauhoittamattomien lintujen tapauksessa, tässäkin EU-oikeuden tehokas toteutuminen muodosti voimakkaan argumentin puhevallan puolesta, kun viranomaisella

²⁵⁵ Määttä 2000: 789–794. Ks. myös Suvantola 2003a: 180–181 ja Mäenpää 2005: 284.

ei ollut rinnakkaista puhevaltaa ja luontodirektiivillä susi on tiukasti suojeltu laji.

Eurooppaoikeudelliset ja kansainväliset impulssit tuovatkin erisuuntaisia painotuksia. Esimerkiksi Århusin sopimus turvaa ympäristöasioissa erityisesti järjestöjen puhevaltaa niiden intressin perusteella ja EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen vaatimukseen tätä toisinaan edellyttää, mutta toisaalta Euroopan ihmisoikeussopimuksesta nousee esille yksilön oikeussuojaa koskevien takeiden korostuminen²⁵⁶. Pellonpää huomauttaakin Euroopan ihmisoikeussopimukseen viitaten, että hallinnon valvonnasta siirrytään kohti oikeuksien suojaa. Oikeusturvafunktio siis korostuu, mikä voi olla ongelmallista ympäristöoikeudessa, kun myös muilla painotuksilla, kuten valvonnalla ja asian selvittämällä voi olla merkittävä tarve ja rooli. Mitä tulkinnanvaraisempia ja kollisioalttiimpia nämä oikeudet ovat, sitä ongelmallisempaa edellä mainittu kehitys mielestäni myös on. Ympäristölliset oikeudet eivät ole ”valmiita”, vaan muotoutuvat vasta prosessissa, jossa määritellään oikeuksien sisältö ehkäpä laajankin osallistujajoukon esittäessä mielipiteitään.²⁵⁷ Viranomaisilla on tällöin myös yleensä merkittävä rooli, jolloin prosessin tasapainon suhteen on oltava tarkkana, jotta aineellinen totuus voi toteutua. Tuomioistuimessa virallisperiaate omalta osaltaan toimii tasapainottavana elementtinä, mutta tuo puolestaan kuvaan mukaan tuomioistuimen roolin tarkastelun²⁵⁸. Tässä mielessä riittävän laajalla puhevallalla voidaan ankkuroida tuomioistuimen rooli puolueettomiin lähtökohtiin ja kuitenkin pitää selvityksen ja asiantuntemuksen taso riittävänä.²⁵⁹

4. Osallistumissääntelyn koherenssista

Lainsäätämisvaiheessa olisi tärkeää tarkastella osallistumista kokonaisuutena. Ympäristöasioissa mielenkiintoisen esimerkin tästä ongelmasta tuo esille KHO:n seuraava ratkaisu:

²⁵⁶ Ks. ihmisoikeussopimusten ongelmista luonnon edustamisen näkökulmasta kootusti: Mäntylä 2010: 79–80 ja Århusin sopimuksesta: Ebbesson 2001: 14 ja Kumpula 2004: 103–104.

²⁵⁷ Ks. Määttä 2002: 52–54. Sekä Pöyhönen 2000: 184.

²⁵⁸ Hallintolainkäyttölain 33 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa (HE 217/1995 vp) lausutaan: ”Hallinnon lainalaisuus, tehokkaan oikeussuojan vaatimus, hallintoasioiden indispositiivinen luonne, osittain puutteellinen kaksiasianosaissuhde sekä julkinen intressi edellyttävät, että hallintolainkäytössä asia pyritään selvittämään aineellisen totuuden saavuttamiseksi. Asian selvittämistä ei voida jättää pelkästään niiden tosiseikkojen varaan, joihin asianosaiset omaloitteisesti vetoavat ja jotka he tuovat oikeudenkäyntiaineistoksi.”

²⁵⁹ Kootusti tuomioistuimen roolista ja ongelmista luonnon edustamisen näkökulmasta: Mäntylä 2010: 260–279. Ks. myös Tarukannel 2002: 67 sekä tuomarivaltiollistumisesta Tuori 2003: 916.

Uudenmaan ympäristönsuojelupiiri ry vaati menetetyn määräajan palauttamista, koska se ei ollut saanut tiedoksi yksityismaalle perustetun luonnonsuojelualan rauhoitusmääräysten poikkeamispäätöstä, eikä täten ollut voinut valittaa määräajassa. KHO katsoi, että koska päätöksestä yhdistyksellä ei olisi ollut valitusoikeutta, myöskin hakemus menetetyn määräajan palauttamiseksi jätettiin tutkimatta. (KHO 2006: 54.)

Tapauksessa KHO ei ota kantaa siihen, olisiko päätös tullut antaa tiedoksi myös yhdistykselle, vaan kyseessä ovat menetetyn määräajan palauttamisen edellytykset, mitä tarkasteltiin sillä perusteella, kenellä asiassa olisi ollut valitusoikeus. Muun muassa Mäenpään mukaan oikeus ylimääräisten muutoksenhakukeinojen käyttämiseen onkin vakiintuneen käytännön mukaan niillä, jotka olisivat voineet valittaa päätöksestä²⁶⁰. Ensimmäinen ongelma tulee tällöin vastaan siinä, että erityisesti järjestöjen osalta ei ole täysin selvää missä tapauksissa niillä on valitusoikeus. Valitusoikeutta koskevassa erityissääntelyssä on aukkoja, eikä toisaalta KHO:n tulkintalinja ole täysin yhtenäinen.

Jos taas menettelyvirheen mahdollisuutta päästäisiin arvioimaan, törmättäisiin tässä tilanteessa uudelleen hallintomenettelyn ja -lainkäytön yhteyteen, sillä tiedoksi antamisesta ei ole edellä mainitussa tapauksessa erityislainsäädäntöä, jolloin hallintolaki tulee kyseeseen. Hallintolain 54 §:n mukaan päätös annetaan tiedoksi asianosaiselle ja muulle tiedossa olevalle, jolla on oikeus hakea päätökseen oikaisua tai muutosta valittamalla. Tällöin myös kysymys mahdollisesta menettelyvirheestä tiedoksiannon osalta on epäselvä samoilla perusteilla kuin kysymys oikeudesta käyttää puhevaltaa ylimääräisten oikeusturvakeinojen osalta. Oikeuskäytännöstä löytyy kuitenkin myös esimerkkejä, joissa tulkinnanvaraisuutta on tulkittu hakijan hyväksi. Esimerkiksi KHO (2003: 86) koski suunnitelutarvekaisusta ilmoittamista muistutuksen tekijöille. Lainsäädännöstä ei suoraan löydy vastausta siihen, kuinka tilanteessa olisi tullut menetellä. Kun B:lle ja C:lle ei annettu ratkaisua tiedoksi, he eivät olleet voineet hakea määräajassa muutosta päätökseen. Tapauksessa KHO:n ratkaisu oli, että määräaika palautettiin.

Nyt käsiteltävässä tapauksessa ylimääräisen muutoksenhaun perusteena oli hallintomenettelyssä tehty mahdollinen virhe. Jos osallistumisoikeus hallintomenettelyssä on erilaajuinen kuin hallintolainkäytössä, näkyy tämä edellä esitetyllä tavalla juuri ylimääräisten muutoksenhakukeinojen puhevaltaongelmina. Näistä esimerkiksi päätöksen purkua voi hakea juurikin olennaisen menettelyvirheen perusteella. Samoin prosessuaalisen kantelun perusteena mainitaan nimenomaan menettelyvirhe, joka on voinut olennaisesti vaikuttaa päätökseen. (HLL 59 ja 63 §)

²⁶⁰ Mäenpää 2000: 496–497. Ks. myös Hallberg ym. 1997: 406–407.

Edellisessä tapauksessa oli kyse mahdollisesta menettelyvirheestä, mutta vastaavia ongelmia syntyy myös tilanteissa, joissa menettelyvirhe on selvä, mutta hallintomenettelyn ja –lainkäytön väliltä puuttuu yhtenäisyys. Esimerkiksi YVA-menettelyssä kuulematta jätetty valtakunnallinen järjestö ei voi valittaa maantielain mukaisissa asioissa (vain alueelliset ja paikalliset yhteisöt ja säätiöt), jolloin se ei voi saattaa menettelyvirhettä (YVA-menettelyssä tulee kuulla yhteisöitä ja säätiöitä, joiden toimialaa hankkeen vaikutukset saattavat koskea) tuomioistuimen tutkittavaksi ylimääräisen muutoksenhaun kauttakaan, jos puhevalta kytkeytyy valittamaan oikeutettuihin. Yksittäisten henkilöiden osalta on tosin edellä mainitusta poikettu.

Esimerkiksi tapauksessa KHO 2006: 12 maanomistajien purkuhakemus tutkittiin kuulemisvirheen perusteella, vaikka heillä ei ollut valitusoikeutta asiassa MRL 191.3 §:n nojalla. Ratkaisussa tulivat esille Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 (1) artikla oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä sekä PeL 21 §:n velvoitteet, kun kaavassa osoitetulla pientaloalueella oli erityistä merkitystä tilan omistajille. Myös aineellisen totuuden selvittämisen funktio laajemman puhevallan perusteena mainittiin ratkaisuun vaikuttaneena seikkana.

Ympäristöasioissa ennakkollisen osallistumisen roolia on korostettu, koska sen on katsottu vähentävän hankkeita hidastavia valituksia. Ennakollisten vaikuttamismahdollisuuksien lisääntyminen ei tosin ole pelkästään ympäristöoikeuden kehityspiirre²⁶¹. Ennakollisia osallistumismahdollisuuksia kehitettäessä tulisi kuitenkin kiinnittää huomiota edellä mainittujen ongelmien välttämiseksi lainsäädännön koherenssiin turvaamalla hallintomenettelyn ja hallintolainkäytön välinen jatku-mo. Ensimmäinen askel tätä kohtaan on otettu seuraavassa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa:

KHO 2011: 49 Kaukasten asukasyhdistyksellä, jonka tavoitteena oli muun muassa terveellisen ympäristön edistäminen oli valitusoikeus maakaasun siirtoputken rakentamista koskevassa hankkeessa, joka edellytti lunastuslakiin perustuvaa lunastuslupaa.

Tapaukseen liittyen erityissääntelyssä ei ollut soveltuvia säännöksiä yhdistyksen puhevallasta ja puhevaltaa tuli siten tarkastella hallintolainkäyttölain asianosaikäsitteen kautta. Hankkeessa tuli kyseeseen ympäristövaikutusten arviointimenet-tely, johon liittyy järjestöjen laajat osallistumisoikeudet hallintomenettelyn tasol-la. Puutteellisesta tai kokonaan puuttuvasta YVA:sta saa kuitenkin YVA-lain mu-

²⁶¹ Ks. Hallberg 2005: 28 sekä Harjula ja Prättälä 2007: 658.

kaan valittaa vain se, jolla muutoin on oikeus hakea päätökseen muutosta valittamalla (17 §) eli tässä tapauksessa niillä, joilla on valitusoikeus lunastuslupapäätöksestä. KHO:n ratkaisun mukaisesti tässä tilanteessa yhdistyksellä oli puhevalta, vaikka erityissääntelyä valitusoikeudesta ei ollut. Se perustelee päätöstä mielenkiintoisesti: *Århusin sopimuksessa ja YVA-direktiivissä tarkoitettuista oikeuksista jäisi toteutumaan vain yhdistysten osallistumisoikeus ilman varmuutta mahdollisuudesta saattaa kysymys ympäristövaikutusten riittävästä ja asianmukaisesta arvioinnista samalla myös muutoksenhakumenettelyssä tutkittavaksi, jollei yhdistysten valitusoikeuden perustaa arvioitaisi tai tulkittaisi vastaavalla tavalla kuin erityislaissa.* Edellä esitettyihin järjestöjen valitusoikeuspuhevaltaa koskeviin ratkaisuihin verrattuna tässäkin tapauksessa EU-oikeuden tehokkaalla toteutumisella oli merkitystä, mutta huomionarvoista on, että tässä ELY:n puhevalta erityissääntelyn perusteella olisi tullut kyseeseen. Viranomaisten erityissäännöksiin perustuva puhevalta ei siten tässä estä järjestöjen puhevallan lavempaa tulkintaa toisin kuin aiemmin. Edellä kursivoitu – nimenomaan osallistumissääntelyn koherenssiin viittaava perustelu on myös aivan uusi argumentti.

5. *Ei-asianosaisen osallistumisen tehokkuus?*

Menettelyvirhe valitusperusteena on myös syytä nostaa keskusteluun, erityisesti kun on kyse yleisemmästä, ei-asianosaisen osallistumisesta. Lähtökohtaisesti Esimerkiksi Harjulan ja Prättälän mukaan esimerkiksi tiedottamisvelvoitteen laiminlyönti kunnassa ei liene sellainen menettelyvirhe, johon kunnallisvalituksessa voitaisiin menestyksellisesti vedota²⁶². Toisaalta taas osallisen kuulematta jättäminen voi Hollon mukaan merkitä menettelyvirhettä, joka vaarantaa kaavapäätöksen²⁶³. Mäkinen puolestaan huomauttaa, että osallistumista ja tiedottamista koskevat valitusperusteet menestyvät kaava-asioissa kohtalaisen harvoin, koska MRL:n vuorovaikutteisuuutta koskevat muutosäännökset ovat väljiä²⁶⁴.

Päätös palautetaan yleensä menettelyvirheen perusteella uudelleen käsiteltäväksi, silloin kun sillä on voinut olla vaikutusta päätökseen. Erityisesti perus- ja ihmis-oikeuksien noudattamisen ollessa kyseessä, oikeuskäytännön mukaan tätä vaikutusta ei tule tulkita ahtaasti²⁶⁵. Sillä, onko kyse asianosaiseen vai ei-asianosaiseen

²⁶² Harjula ja Prättälä 2007: 267–273.

²⁶³ Hollo 2008: 57.

²⁶⁴ Mäkinen 2007: 25.

²⁶⁵ Esimerkiksi asumistukiasiaa koskeva vakuutusosoikeuden ratkaisu purettiin ja palautettiin vakuutusosoikeudelle uudelleen käsiteltäväksi ratkaisussa KHO 2008: 44. Vakuutusosoikeus oli pyytänyt asumistukea koskevaa valitusasiaa käsitellessään valittaja A:n vastaselityksestä vielä Kansaneläkelaitoksen selityksen. A:lle ei varattu tilaisuutta antaa tästä pyydetyistä selityksestä

kohdistuvasta menettelyvirheestä, voi olla käytännössä merkitystä. Mutta onko menettelyvirheen vaikutus päätökseen vähemmän merkittävä, jos se koskee yleistä osallistumista? Onko ei-asianosaisen valitusperusteena menettelyvirhe tehoton? Yksilön oikeusturva on tekijä, joka puoltaa asianosaisasioissa vaikutuksen laiveampaa tulkintaa. Toisaalta myös yleiset osallistumisoikeudet kiinnittyvät perus- ja ihmisoikeuksiin. Varsinkin ympäristöasioissa erilaiset käsitteet esimerkiksi kuulemisen tai mielipiteiden esittämisen osalta ovat myös sekoittuneet ja kansainvälinen kehityskin on tuonut mukanaan uusia käsitteitä. Ei ole selvää edes milloin on kyse asianosaisen kuulemisesta (esim. ympäristöjärjestö) ja milloin yleisemmästä osallistumisesta.²⁶⁶ Osallistumisella on myös uudenlaisia funktioita esimerkiksi perinteisen oikeusturvahakuisen kuulemisen rinnalla. Tällöin ei voida välttämättä pitää lähtökohtana, että menettelyvirheen vaikutus päätökseen on oleellinen vain silloin, kun menettelyvirheellä on vain oikeusturvavaikutuksia.

Esimerkkinä todettakoon, että hallintolain 41 § yleissäännöksenä tarjoaa mielipiteiden esittämismahdollisuuden niille, joiden elinympäristöön, työntekoon tai muihin oloihin asian ratkaisu vaikuttaa. Maankäyttö- ja rakennuslaissa kaavaehdotuksen osalta tulee esille osallisten käsite, joille on varattava tilaisuus esittää mielipiteensä kunnan jäsenten lisäksi (MRI 65.1 §). Osallisia voivat olla mm. ne joiden asumiseen, työntekoon tai muihin oloihin kaava saattaa huomattavasti vaikuttaa, viranomaiset ja yhteisöt, joiden toimialaa suunnittelussa käsitellään. Päästökauppalaissa 4 §:n yleisöllä on mahdollisuus mielipiteen esittämiseen. Erityislainsäädännössä puhutaan ympäristö- ja luonnonsuojelujärjestöjen mielipiteistä tai muistutuksista, lausunnoista (luonnonsuojeluasetus 5 §) tai jopa kuulemisesta (YSL 112.1 §). Kaikissa näissä on kuitenkin kyse edunvalvontajärjestön valvoman asiapiirin perusteella muodostuvasta puhevallasta. Erityislainsäädännössä myös kuuleminen ja muistutusten tekeminen ei viittaa vain asianosaisiin, eikä mielipiteiden esittäminen vain ei-asianosaisiin. Siten vaikka edellä hallintolain määritelmässä yleisemmässä osallistumisessa käsite on mielipiteiden esittäminen, maantielain 6.3 §:ssa taas puhutaan nimenomaan asianosaisten osalta mielipiteiden esittämisestä. Maantielain 27 §:ssa puolestaan on muotoiltu osallistumisoikeus hallintolain tavoin (ne joiden asumiseen, työntekoon tai oloihin yleis- ja tiesuunnitelma saattaa vaikuttaa) mutta toisin kuin

vastaselitystä. KHO:n mukaan tällöin oli menetelty virheellisesti. KHO:n perusteluissa tuodaan esille, että hallintolainkäyttöä kohtaan tunnettu luottamus kärsii, jos menettelyvirheen vaikutusta päätökseen tulkitaan ahtaasti tilanteessa, jossa on kysymys perus- ja ihmisoikeuksien noudattamisesta.

²⁶⁶ Esimerkiksi Warsta pohtii YSL 37 §:n asianosaisten muistutusten eroa hallintolain kuulemissäännökseen (34.2 §). Warsta 2008: 41. Hollo taas huomioi erityisesti maankäyttö- ja rakennuslain puitteissa, ettei ero kansalaisten yleisenä oikeutena osallistumisen ja toisaalta asianosaisten puhevallan käyttämisen osalta ole selkeä eikä aina merkityksellisenkään. Hollo 2006: 55–56.

hallintolaissa, tässä pykälässä käytetään mielipiteiden sijaan muistutusten käsitettä.

6. *Järjestöjen puhevalta yleislakiin – ja muita kokoavia havaintoja*

Ympäristöasioissa käsitteiden sekavuuden ja lainsäädännön yhteneväisyystavoitteen valossa voisi olla tarkoituksenmukaista säätää ympäristö- ja luonnonsuojelujärjestöjen puhevallasta kattavasti yleislain tasolla hallintolaissa ja hallintolainkäyttölaissa yhtenäisin käsittein. Wilhelmsson esimerkiksi toteaa, että käsitteet ja periaatteet tuovat kiinteyttä kehitykseen ja tässä mielessä ovat myös ennakoitavuutta edistäviä elementtejä.²⁶⁷ Ympäristöasioissa tosin pintatason ongemat juontavatkin juurensa syvemmälle. Kun luonnon edustajien oikeudellinen asema on määrittelemätön oikeuden syvemmissä kerroksissa, koherenssia pintatasolla on vaikea saavuttaa²⁶⁸. Muutokset yleislain tasolla edellyttänevät siten keskustelua luonnon ja sen edustajien oikeudellisesta asemasta²⁶⁹. Ajatus ympäristö- ja luonnonsuojelujärjestöjen puhevallasta yleislain tasolla saattaisi tosin johtaa keskusteluun myös muiden hallinnon erityisalojen osaltakin järjestöjen puhevallasta (esim. lastensuojelujärjestöt). Ympäristöoikeuden reuna-alueella myöskään eläinsuojelujärjestöjen puhevallan tarve ei liene täysin vailla perusteita²⁷⁰.

Järjestöjen puhevallan lisäksi viranomaisten puhevaltaa tarvitaan. Viranomaisten ristiriitaiset roolit tulee kuitenkin tiedostaa ja perinteinen traditio viranomaisista luonnon ensisijaisena edustajana murtaa. Myös empiiriselle tutkimukselle (ympäristö)viranomaisten puhevallan käytöstä aluehallintouudistuksen jälkeen olisi tarvetta. Jäikö luonnon etu uudistuksen jalkoihin?

²⁶⁷ Wilhelmsson 2004: 218.

²⁶⁸ Tuorin ajatus on, että pintatason normit saavat koherenssinsa niitä justifioivista yleisistä oikeusperiaatteista, jotka sijoittuvat oikeuskulttuurin tai oikeuden syvärakenteen tasolle Tuori 2007: 124.

²⁶⁹ Yleislain tasolla edunvalvontajärjestöjen asianosaispuhevalta on järjestetty esimerkiksi Hollannissa (Algemene west bestuursrecht 1994). Asianosaiskäsite on määritelty siellä niin, että se kattaa myös yhteisölliseen intressiin perustuvan edun, jota erilaiset yhteisöt voivat edustaa. Vastaava sääntelyratkaisu löytyy myös Puolasta. Ks. Verschuuren 2009: 60 ja Niemivuo & Keravuori 2003: 72–85.

²⁷⁰ Ks. Mäntylä 2010: 125, 200.

Lähteet

- Aer, J. (2006). Päätöksen tehneen viranomaisen valitusoikeus hallintolainkäytössä. Teoksessa A. Manner (Toim.). *Hallintolainkäytön kehittämistarpeita. Näkökulmia lainvalmistelun pohjaksi*. Oikeusministeriön julkaisuja 2006: 4, 29–57.
- Ebbesson, J. (2001). Comparative Introduction – Introduction comparative. Teoksessa J. Ebbesson (Toim.). *Access to Justice in Environmental Matters in the E*. The Hague: Kluwer Law International. 1–41.
- Halila, L. (2000). *Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Hallberg, P. (1997). *Oikeus puntarissa. Puheenvuoro*. Helsinki: WSOY lakitieto Oy.
- Hallberg, P. (2005). *Arvot tasapainossa? Mietteitä oikeudesta, kilpailukyvystä ja hyvinvoinnista*. Helsinki: WSOY.
- Harjula, H. & Prättälä, K. (2007). *Kuntalaki. Tausta ja tulkinnat*. Helsinki: Talentum.
- Hollo, E. J. (2006). *Maankäyttö- ja vesioikeus*. Helsinki: Talentum.
- Hollo, E. J. (2009). Ympäristövastuu ja aiheuttamisperiaate – onko periaatteesta vastuun perustajaksi? *YJ* 3–4/2009.
- Leinonen, J., Marttinen, K. Salila, J. & Siitari-Vanne, E. (2008). Teoksessa Kari Kuusiniemi (Toim.). *Ympäristönsuojelulainsäädäntö*. Helsinki: Edita.
- Darpö, J. (2009). Environmental justice through environmental courts? Lessons learned from the Swedish experience. Teoksessa J. Ebbesson & P. Okowa (Toim.). *Environmental Law and Justice in Context*. Cambridge: Cambridge University Press. 176–194
- Kokko, K. (2003). *Biodiversiteettiä turvaavat oikeudelliset mekanismit ja periaatteet*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Kumpula, A. (2004). *Ympäristö oikeutena*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Kuusiniemi, K. (2001). Ympäristöllisen päätöksenteon erityispiirteistä. Teoksessa K. Kuusiniemi (Toim.). *Ympäristöoikeus*. Helsinki: WSOY Lakitieto. 155–175.
- Laakso, S. (2006). Hallintolain asiallinen soveltamisala. Teoksessa J. Kultalahti & S. Penttilä (Toim.). *Oikeus- ja vakuutustiedettä 2006*. Tampere: Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. 99–126.

- Lybäck, K. (2002). Ympäristökysymykset mikrotason toimijoiden arjessa: asenteiden ja käyttäytymisen välinen ristiriita. Teoksessa O. Loukola, K. Lybäck & M. Tervo (Toim.). *Arvot, ympäristö ja teknologia. Yhteiskunnallisten toimien uudet oikeutukset*. Helsinki: Yliopistopaino. 217–233.
- Merikoski, V. (1968). *Vapaa harkinta hallinnossa*. Helsinki: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 86.
- Mäenpää, O. (2000). *Hallinto-oikeus*. Helsinki: WSOY lakitieto.
- Mäenpää, O. (2005). *Hallintoprosessioikeus*. Helsinki: WSOYpro.
- Mäkinen, E. (2004). *Oikeudellinen kontrolli kunnan ympäristöasioissa*. Tampere: Finnpublishers Oy.
- Mäkinen, E. (2007). Tarvitaanko kuntien kaavoituksen viranomaisvalvontaa? *YJ* 2007: 3–4, 22–48.
- Mäkinen, E. (2010). *Kunnallisvalitus*. Helsinki: Edita.
- Mäntylä, N. (2010). *Luonnon edustajien puhevalta*. Vaasa: Acta Wasaensia no 225.
- Määttä, T. (1999). *Maanomistusoikeus. Tutkimus omistusoikeusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta*. Helsinki: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 220.
- Määttä, T. (2000). Oikeustapauksia: luonnonsuojelujärjestö. *LM* 2000: 5, 789–801.
- Määttä, T. (2002). Osallistuminen ja vuorovaikutus ympäristöoikeudessa. Teoksessa T. Miettinen (toim.). *Kansanvalta*. Joensuu: Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 1, 36–67.
- Niemivuo, M. & Keravuori, M. (2003). *Hallintolaki*. Helsinki: WSOY lakitieto.
- Nordh, R. (1999). *Talerätt i miljömål. Särskilt om vattenrättsliga ansökningsmål samt om talan rörande allmänna intressen*. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Oikeusministeriö (1994). *Hallintolainkäyttölaki. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston ehdotus*. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1994.
- Pöyhönen, J. (2000). *Uusi varallisuus-oikeus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Siitari-Vanne (2000). Hallintomenettelyn ja hallintolainkäytön oikeusturvan kehittämisestä. *LM* 2000: 7–8, 1212–1236.
- Suomen kansallinen ympäristörikosseurantatyöryhmä (2005). *Vuosiraportti vuoden 2004 ympäristörikoksista Suomessa*. Saatavissa:

[http://www.poliisi.fi/poliisi/krp/home.nsf/files/Ymp%C3%A4rist%C3%B6rikosraportti2004/\\$file/Ymp%C3%A4rist%C3%B6rikosraportti2004.pdf](http://www.poliisi.fi/poliisi/krp/home.nsf/files/Ymp%C3%A4rist%C3%B6rikosraportti2004/$file/Ymp%C3%A4rist%C3%B6rikosraportti2004.pdf).

Suvantola, L. (2003). *Valitusoikeus Natura 2000-verkoston suojelun valvontakeinona*. Joensuu: Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja.

Tarukannel, V. (1990). *Terveystieteellinen sijoituslupa*. Acta Universitatis Tamperensis ser A vol 284. Tampere: Tampereen yliopisto.

Tarukannel, V. (2002). Hallintolainkäyttö oikeusvaltiossa. Teoksessa A. Aarnio & T. Uusitupa (Toim.). *Oikeusvaltio*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus. 61–105.

Tuori, K. (2003). Tuomarivaltio – uhka vai myytti? *LM* 2003: 6, 915–943.

Tuori, K. (2007). *Oikeuden ratio ja voluntas*. Helsinki: WSOYpro.

Tähti, A. (1991). Joustava tulkinta ja joustavat oikeusnormit. Näkökohtia joustavuudesta oikeudellisena käsitteenä ja ongelmana. Teoksessa S. Koskinen (Toim.). *Joustavat normit ja joustava tulkinta*. Turku: Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Kokoomateosten sarja C: 12. 95–163

Verschuuren, J. (2009). The Netherlands. Teoksessa: *The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 55–83.

Vihervuori, P. (1981). *Viranomaisen asianosaispuhevallasta vesiasioissa. Tutkimus edunvalvonnan edellytyksistä vesien käyttöä koskevassa päätöksenteossa*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 153.

Warsta, M. (2008). *Ympäristölupajärjestelmä. Analyysi nykytilasta ja kehittämismahdollisuuksista*. Helsinki: Edita Publishing Oy.

Wilhelmsson, T. (2004). Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta. *LM* 2004: 2, 199–227.

HE 59/2009 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle aluehallinnon uudistamista koskeväksi lainsäädännöksi.

HE 161/2009 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle aluehallinnon viranomaisten tehtäviä koskevan lainsäädännön muuttamiseksi.

HaVM 13/2009 vp. Hallintovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä aluehallinnon uudistamista koskeväksi lainsäädännöksi.

MmVL 13/1996 vp. Maa- ja metsätalousvaliokunnan lausunto ympäristövaliokunnalle hallituksen esityksestä luonnonsuojelulain uudistamiseksi lainsäädännöksi.

YmVM 14/1994 vp. Ympäristövaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä ympäristöhallintoa koskevaksi lainsäädännöksi.

YmVL 25/2009 vp. Ympäristövaliokunnan lausunto hallintovaliokunnalle hallituksen esityksestä aluehallinnon uudistamista koskevaksi lainsäädännöksi.

KHO 2000: 42

KHO 2003: 86

KHO 2003: 90

KHO 2003: 99

KHO 2004: 40

KHO 2004: 76

KHO 2005: 7

KHO 2005: 42

KHO 2005: 79

KHO 2006: 12

KHO 2006: 54

KHO 2006: 96

KHO 2007: 74

KHO 2008: 57

KHO 2011: 49

KHO 2012: 6

HALLINTOLAINKÄYTTÖ VALINKAUHASSA²⁷¹

Matti Niemivuo

1. Aluksi

Hallintolainkäyttö on Ruotsin vallan ajoista alkaen eriytynyt niin hallintomenettelystä kuin yleisestä lainkäytöstäkin omaksi prosessilajikseen.²⁷² Maamme itsenäisyyden aikana hallintolainkäyttö on organisatorisesti muotoutunut vähitellen kaksiasteiseksi yleisten hallintotuomioistuinten järjestelmäksi. Heti itsenäisyyden alussa perustettiin korkein hallinto-oikeus ylimmäksi oikeusasteeksi hallintoasioissa (1918).²⁷³ Hallintolainkäytön kehittämiseen ryhdyttiin 1930-luvulla.²⁷⁴ Konkreettisesti uudistukset toteutuivat kuitenkin vasta vuosien päästä.

Vuonna 1950 tuli voimaan laki muutoksenhausta hallintoasioissa eli hallintovalituslaki (154/1950)²⁷⁵ ja vuonna 1966 säädettiin laki ylimääräisestä muutoksenhausta hallintoasioissa eli hallintopurkulaki (200/1966).²⁷⁶ Alueellisen hallinto-oikeuksien perustaminen toteutui vaiheittain. Ensin säädettiin lääninoikeuslaki (1021/1974), mikä ei kuitenkaan vielä merkinnyt lääninoikeuksien tuloa itsenäisiksi hallinto-tuomioistuimiksi. Vasta vuonna 1989 lääninoikeudet muodostettiin riippumattomiksi hallintotuomioistuimiksi ja kymmenen vuotta myöhemmin niistä tehtiin nykymuotoiset hallintotuomioistuimet.²⁷⁷ Hallintolainkäyttölaki (586/1996) tuli voimaan runsaat 15 vuotta sitten. Se oli merkittävä lakiuudistus, joka kodifioi hallintolainkäyttömenettelyä koskeneen oikeudellisen kehityksen maassamme. Myös symbolisesti oli tärkeätä, että hallintolainkäyttö sai oman oikeudenkäymiskaarensa. Uudella yleislailla säänneltiin kokoavasti hallintopäätöksestä tehtyjen valitusten käsittelyä ja muuta hallintolainkäytön menettelyä.

²⁷¹ Kirjoitukseni otsikko on mukailtu professori *Eero Vilkkosen* artikkelin otsikosta vuodelta 1971 (Vilkkonen 1971: 485). Parhaat kiitokset ansaitsee myös oikeusministeriön lainsäädäntösihteeri *Minna Laherto* siitä avusta, jota olen saanut häneltä tätä kirjoitusta varten.

²⁷² Nykyisen kaltaisen järjestelmän juuret ulottuvat vuoden 1634 Hallitusmuotoon ja 1734 vuoden lain 10 luvun 26 §:ään. Hallintolainkäytön varhaisista vaiheista ks. Hallberg, Ignatius & Kanninen 1996: 4–5. Ks. myös Kulla 1980: 8–50 ja 172 ss.

²⁷³ Korkeimman hallinto-oikeuden syntytaustoista ks. Siitari-Vanne 2005: 11–12.

²⁷⁴ Ks. Lvk 1936: 5 ja Lvk 1939: 3.

²⁷⁵ Ks. HE 40/1949 vp sekä asian valmisteluaineisto Lvk 1944: 5.

²⁷⁶ Hallintopurkulain valmisteluvaiheista ks. Hallberg 1986: 25–38.

²⁷⁷ Omatyyppinen hallinto-oikeus on vuonna 1994 annetulla lailla (547/1994) perustettu Ahvenanmaan hallinto-oikeus (Ålandsförvaltningsdomstol), joka toimii käräjäoikeuden yhteydessä.

Tämän pitkän kaaren saavutukset näkyvät vuoden 2000 perustuslaissamme, joka pysytti hallintotuomioistuinjärjestelmän yleisten tuomioistuinten rinnalla.²⁷⁸ Kaksiasteista hallintotuomioistuinjärjestelmää täydentävät vakuutus oikeus ja markkinaoikeus sekä eräät muutoksenhakulautakunnat.

Hallintolainkäytöllä on napanuoransa hallintoon, jonka tulee taata ihmisten oikeusturva käsitellessään heidän asioitaan. Ratkaisut hallinnossa tulee tehdä ”oikein ja joutuisasti”.²⁷⁹ Tämä Ulla Väätäsen väitöskirjan otsikko ilmaisee keskeiset oikeusturvatekijät yksilön kannalta. Hallinnossa asioiville on tärkeätä, että asiassa annetaan lainmukainen ratkaisu ja että oikeus toteutuu myös tosiasiallisesti. Edelleen yksilön näkökulmasta on olennaista, että ratkaisu annetaan perustuslain 21 §:n mukaisesti ilman aiheetonta viivytystä.

Perusteellisesti valmisteltu ja harkittu viranomaisen päätös saattaa sisältää kuitenkin teknisiä, menettelyllisiä tai aineellisia virheellisyyksiä. Näitä tilanteita varten on itseoikaisua ja oikaisuvaatimusmenettelyä koskevat säännökset, jotka antavat mahdollisuuden nopeasti korjata päätöksessä olleet virheet.²⁸⁰ Olennainen osa hallinnon oikeussuojajärjestelmää on se, että hallintoviranomaisen päätös voidaan saattaa jälkikäteen myös hallintotuomioistuimen tai muun lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Jo tällaisen muutoksenhakumahdollisuuden olemassaolo on omiaan ennakkollisesti turvaamaan yksilöiden oikeusturvaa.

Hallintotuomioistuimet onosa tuomioistuinlaitosta ja yhä enemmän ne ovat lähentyneet yleisiä tuomioistuinta ja niiden oikeudenkäyntimenettelyä. Keskeinen tehtävä tuomioistuinlaitoksella on taata oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja ihmisten yhdenvertainen pääsy tuomioistuimeen. Sen vuoksi ei olekaan samantekevää, missä tuomioistuimet sijaitsevat.

Seuraavassa arvioinkin ensiksi korkeimman oikeuden emeritus presidentin Leif Sevónin johtaman hovi- ja hallinto-oikeuksien rakenneuudistustoimikunnan (mikä sanahirviö!) mietintöä ja sitä seurannutta jatkovalmistelua.²⁸¹ Tämä uudistus on saanut poliitikotkin uudelleen liikkeelle. Heidän mielenkiintonsa hallintolainkäyttöön on ollut viime vuosina merkittävästi vähäisempi sen jälkeen, kun oike-

²⁷⁸ Asiasta ei käyty kovin laajaa keskustelua perustuslakiuudistuksen yhteydessä. Kuitenkin Nikulan komitean jäsen *Matti Louekoski* katsoi lausumassaan, että korkein oikeus ja korkein hallinto-oikeus tulisi yhdistää yhdeksi ylimmäksi tuomioistuimeksi. Ks. KM 1997: 13: 349.

²⁷⁹ Väättänen 2011. Ks. myös Koivisto 2011: 121–160.

²⁸⁰ Niemivuo, Keravuori-Rusanen & Kuusikko 2010: 353–373.

²⁸¹ OM 17/2011.

ussuojajärjestelmän toimivuus maankäyttö- ja rakennusasioissa on selvitetty ja tarvittavat toimet niissä on tehty.²⁸²

Toiseksi tarkastelen hallintolainkäyttölakia ja sen uudistamista. Aluksi teen selkoa hallintolainkäyttölain taustasta ja syntyhistoriasta. Sen jälkeen käsittelen hallintolainkäyttölain toimeenpanoa ja seurantaa. Lopuksi selostanuudistusprosessia hallintolainkäyttötoimikunnassa ja arvioin sen laatimaa lakiehdotusta erityisesti sääntelypoliittiselta ja lakitekniliseltä kannalta.

Tarkastelun ulkopuolelle jäävät siis monet hallintolainkäytön kannalta keskeiset kysymykset. Näitä ovat esimerkiksi oikeussuojakeinot, kuten kunnallisvalitus,²⁸³ sovittelu hallintolainkäytössä,²⁸⁴ vireillä oleva uusi tuomarilaki²⁸⁵ sekä korkeimman hallinto-oikeuden asema.

2. Hallinto-oikeuksien rakenneuudistus

Oikeusministeriö asetti kesäkuussa 2010 toimikunnan suunnittelemaan hovi- ja hallinto-oikeusverkoston kehittämistä (so. supistamista). Maaliskuun lopussa 2011 jättämässään mietinnössä toimikunta ehdotti hallinto-oikeuksien määrän vähentämistä kahdeksasta kuuteen. Ehdotuksen mukaan yhtäältä Kuopion ja Kouvolan sekä toisaalta Oulun ja Rovaniemen hallinto-oikeudet yhdistettäisiin. Yhdistettävien hallinto-oikeuksien sijaintipaikat olisivat Kuopio ja Oulu.²⁸⁶

Ajattelen toimikunnan ehdotuksesta paljolti samalla tavalla kuin Itä-Suomen hovioikeuden eläkkeellä oleva presidentti Mikael Krogerus, joka oli otsikoinut artikkelinsa seuraavasti: ”Tuomioistuinuudistus ei kestä päivänvaloa”.²⁸⁷ Lisäksi hän väitti, ettei hovioikeusverkoston suunnittelussa ole noudatettu hyvän hallinnon vaatimuksia. Krogerus tarkasteli asioita lähinnä hovioikeuksien näkökulmasta –

²⁸² Ks. Oikeusministeriön työryhmämietinnöt 2005: 12 ja 2006: 20, joissa on käsitelty valitusten käsittelyn nopeuttamista yhteiskunnan ja alueiden kehittämisen kannalta merkittävässä asiassa.

²⁸³ Ks. esim. Mäkinen 2010.

²⁸⁴ Ks. Niemivuo 1999. Vrt. Koulu 2012: 281–288.

²⁸⁵ Asiaa valmistelee hovioikeuden presidentin Mikko Könkkölän puheenjohtolla toimiva oikeusministeriön työryhmä, jonka määräaika päättyy vuoden 2013 lopussa. Vrt. SOU 2011:42.

²⁸⁶ Oulu hallinto-oikeuden sijaintipaikkana ei ollut yksimielinen ratkaisu, vaan tästä kysymyksestä mietintöön sisältyi hallintoneuvos, nykyisin presidentti Pekka Vihervuoren ja ylituomari Marjatta Mäenpään eriävät mielipiteet. Vihervuoren mielestä Oulun ja Rovaniemen puolesta esiin tulleet näkökohdat ovat yhtä vahvat. Mäenpää asettui selkeästi tukemaan sijaintipaikkana Rovaniemeä. Hänen mukaansa siirto heikentäisi Rovaniemellä olevaa oikeuskeskittymää. Lisäksi hän viittaisi oikeustieteellisen opetuksen antamiseen Rovaniemellä.

²⁸⁷ Krogerus 2012.

kuten luonnollista – ja toi esiin erityisesti Kuopiossa sijaitsevan Itä-Suomen hovioikeuden aseman. Mielestäni toimikunnan mietintö ei suunnitteluasiakirjanhallinto-oikeuksienkaan osalta täyttänyt kovin korkeita laatuvaatimuksia. Toimikunta ei edes vaivautunut tutustumaan asianomaisilla paikkakunnilla niihin tuomioistuimiin, joita muutokset syvällisemmin koskettivat. Työnsä aikana se kuuli vain harvoja asiantuntijoita.

Krogeruksen mielestä oikeuden saavutettavuuden kannalta hovioikeuden sijaintipaikka on tärkeä, koska asioiden käsittely on paljolti suullista. Sitten hän jatkaa: ”Pääosin kirjallista menettelyä noudattavissa hallinto-oikeuksissa asia on toisin.” Tämä käsitys ei ole aivan kohdallaan. Esimerkiksi Rovaniemen hallinto-oikeus järjesti vuonna 2011 suullisen käsittelyn 39 asiassa ja katselmuksen kahdeksassa jutussa. Rovaniemen lisäksi suullisia käsittelyjä ja katselmuksia oli ympäri Lappia: Kemissä, Kemijärvellä, Kittilässä, Kolarissa, Muoniossa, Sodankylässä, Torniossa ja Ylitorniossa.²⁸⁸ Vastaavana aikana Oulun hallinto-oikeudessa oli suullinen käsittely 28 asiassa eikä yhtään katsemusta järjestetty. Rovaniemen hallinto-oikeuden suulliset käsittelyt ja katselmuksut ulottuvat Suomen pohjoisimpiin kolkkiin, joihin Oulusta on matkaa yli 700 kilometriä.

Merkitystä on myös oikeudellisella keskittymällä, johon Krogeruskin viittaa. Rovaniemellä sijaitsevat hovioikeus, hallinto-oikeus ja käräjäoikeus, Lapin yliopisto ja sen oikeustieteiden tiedekunta, Hallinnon tietotekniikkakeskus Haltik, Liikenteen turvallisuusvirasto Trafi, Turvallisuus- ja kemikaaliviraston (Tukes) kaivosviranomaisen, Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontaviraston (Valvira) yksikkö, Lapin aluehallintovirasto sekä Lapin elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskus. Näiden lisäksi Rovaniemellä on vahva kunnallishallinto sekä aluepolitiikasta vastaava Lapin liitto.

Kiinnitän vielä huomiota Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan ja Rovaniemen hallinto-oikeuden välisiin suhteisiin. Ensinnäkin on syytä voimakkaasti tuoda esiin se, että Sevónin toimikunnan toimeksiannon mukaan työssä oli nimenomaan otettava huomioon oikeustieteellinen opetus (”Lisäksi tulee ottaa huomioon oikeustieteellisen opetuksen sijainti sijaintipaikkakuntia arvioitaessa”). Selvää on, että toimikunta ei ole tältä osin toteuttanut toimeksiantoaan ehdottaessaan Rovaniemen hallinto-oikeuden siirtoa Ouluun. Vielä ikävämpi on todeta, että toimikunta on *salannut* tämän kohdan kuvatessaan mietinnössään hyvin yleispiirteisesti yksityiskohtaista toimeksiantoaan. Normaaliin toimikunnan mietinnön

²⁸⁸ Rovaniemen hallinto-oikeus 2011: 8.

kirjoittamistapaan kuuluu toistaa sanasta sanaan toimeksianto, jotta ulkopuoliset lukijat voisivat arvioida toimeksiannon toteuttamista.

Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnalle Rovaniemen hallinto-oikeus on tärkeä yhteistyökumppani. Tiedekunnan oikeustapaopetus on osittain rakennettu Rovaniemen hallinto-oikeuden varaan. Koko vuosikurssi, tulevaisuudessa noin 140 oikeustieteen opiskelijaa tutustuu Rovaniemen hallinto-oikeuden toimintaan. Vastaavasti hallinto-oikeuden tuomarit ja esittelijät ovat osallistuneet aktiivisesti tiedekunnan järjestämään jatko- ja täydennyskoulutukseen sekä Studia generalia -luentoihin. Lienee selvää, että tämä yhteistoiminta lakkaa nykyisessä laajuudessa hallinto-oikeuden mahdollisesti siirtyessä Ouluun.

Valitettavasti yhä todennäköisemmin siirto näyttää toteutuvan. Oikeusministeri *Anna-Maja Henriksson* kannanotollaan 3.5.2012 linjasi, että Oulun ja Rovaniemen hallinto-oikeudet yhdistetään ja että yhdistettävä hallinto-oikeus sijoitetaan Ouluun.

Asiasta laaditussa muistiossa ratkaisua perustellaan seuraavasti:

”Oulun ja Rovaniemen hallinto-oikeuden osalta Oulua sijaintipaikkana puoltaa se, että Oulun seudun väestöennuste on selvästi kasvussa ja Oulu on yksi Suomen suurimmista kaupunkikeskuksista, jossa on myös suuri käräjäoikeus. Rovaniemeä puoltaa se, että siellä on hovioikeus ja Lapin yliopisto kouluttaa juristeja. Rovaniemen hallinto-oikeuden tuomiopiirin alueella on myös vireillä paljon kaivoshankkeita. Tosin niitä on vireillä myös Oulun hallinto-oikeuden nykyisessä tuomiopiirissä.

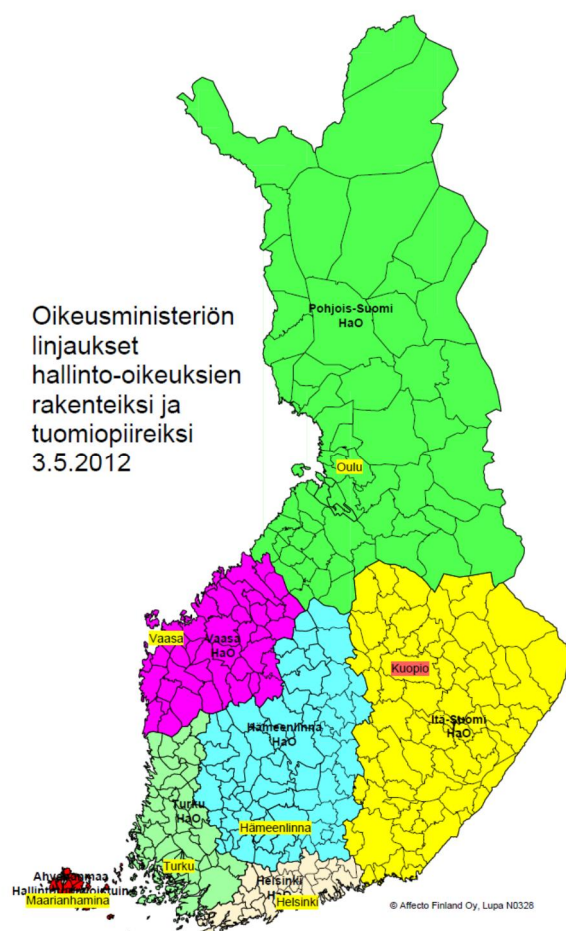
Koska hallinto-oikeuteen tulevien asioiden määrä on riippuvainen alueen väestömäärästä ja mm. elinkeinotoiminnan vilkkaudesta, Oulua on pidettävä pitkällä aikavälillä tarkastellen tarkoituksenmukaisempana sijoituspaikkana hallinto-oikeudelle. Koska Oulun hallinto-oikeuden henkilöstö on puolet suurempi kuin Rovaniemen hallinto-oikeuden, tämä ratkaisu on myös henkilöstön tilannetta kokonaisuutena tarkastellen helpompi toteuttaa. Toimitilakustannuksilla ei ole oleellista merkitystä sijoituspaikkavalinnassa. *Yhdistettävä hallinto-oikeus sijoitetaan siten Ouluun.*”²⁸⁹

Kiinnostavaa on se, että perusteluissa ei puhuta mitään Rovaniemen oikeudellisen osaamisen keskittymästä (hovioikeus, hallinto-oikeus, käräjäoikeus ja oikeustieteellinen tiedekunta samassa kaupungissa). Oulussa mainitaan olevan käräjäoikeus, joka on myös Rovaniemellä, mutta siitä ei puhuta mitään. Tällainen oikeudel-

²⁸⁹ OM:n muistio 2012: 5.

linen keskittymä voitaisiin luoda Kuopioonkin, jos Itä-Suomen yliopisto siirtäisi oikeustieteen opetuksen Joensuusta Kuopioon.

Muutoinkin lyhyt muistio on pettymys niille, jotka etsivät kestäviä perusteluita hallinto-oikeuden siirrolle Ouluun. Myös muistion kansainvälinen vertailu herättää kummastusta. Muistiossa todetaan, että Ruotsissa on 12 hallinto-oikeutta. Tieto pitää paikkansa. Samassa yhteydessä olisi ollut kuitenkin syytä mainita siitä, että Ruotsin järjestelmä on kolmiportainen. Hallinto-oikeuksien lisäksi maassa on neljä kamarioikeutta sekä korkein hallinto-oikeus.



Kuvio 2. Oikeusministeriön linjaukset hallinto-oikeuksien rakenteiksi ja tuomiopiireiksi

Oheisesta kartasta käy ilmi Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden tuleva tuomiopiiri. Rovaniemellä olisi siinä keskeinen sijainti. Kulkuyhteydet kaupunkiin ovat hyvät. Rovaniemi hallinto-oikeuden sijaintipaikkana toteuttaisi ihmisten oikeusturvan saatavuuden asuinpaikasta riippumatta. Myös kaupungin asema vahvistunee pohjoiseen ja Jäämerelle suunniteltujen rata- ja muiden liikennehankkeiden vuoksi.

Lopuksi on syytä todeta se, että Sevónin toimikunnan mietinnön pohjalle rakentuva suunnitelma hallinto-oikeusverkoston supistamiseksi ei ole kovin radikaali. Myös sen kustannus- ja muut myönteisiksi arvioidut vaikutukset ovat vähäisiä. Todennäköisesti uudistus jääkin vain välvaiheeksi, jos se toteutetaan. Herääkin kysymys, maksaako vaivan.

3. *Hallintolainkäyttölain synty, toteuttaminen ja seuranta*

3.1. *Hallintolainkäyttölain syntyhistoriaa: valmistelu valtioneuvostossa*

Hallintovalituslaki ja hallintopurkulaki loivat oikeudellisen perustan hallintolainkäytölle. Siltä puuttuivat kuitenkin omat prosessisäännöksensä. Tähän epäkohtaan yritettiin kahteenkin otteeseen ratkaisua. Ensin 1970-luvun loppupuolella asetettu, professori *Toivo Holopaisen* puheenjohtolla toiminut hallinnon oikeusturvakomitea selvitteli hallintoprosessissa noudatettavan menettelyn uudistamista. Mietinnössään se ei kuitenkaan tehnyt lainsäädännön uudistamisedotusta.²⁹⁰ Uusi yritys hallintolainkäyttöä koskevan lainsäädännön kokonaisuudistukseksi tehtiin 1980-luvulla. Presidentti *Antti Suvirannan* johtama komitea arvioi mietinnössään laajasti hallintolainkäytön uudistamista ja kannatti yleisen menettelyä koskevan lain laatimista.²⁹¹ Myöskään tämä mietintö ei johtanut välittömiin lainsäädäntötoimiin.

Hallintolainkäytössä oltiin 1980-luvun puolivälissä taitekohdassa. Hallintolainkäyttöä varten oli olemassa organisaatiosäädösten lisäksi hallintovalitusta ja ylimääräistä muutoksenhakua koskevat lait. Lisäksi muista valitusmuodoista ja erinäisistä hallintolainkäyttöön liittyvistä kysymyksistä oli omat säännöksensä useissa laeissa.²⁹² Edelleen hallintolainkäytössä tulivat lisäksi sovellettavaksi laaja joukko yleistä menettelyä koskevia säädöksiä, joita ei ollut annettu vain hallinto-

²⁹⁰ Ks. KM 1981: 64. Sitä ennen hallintolainkäytön toimintaedellytysten parantamista oli selvittänyt nuoremman hallintosihteerin *Pekka Hallbergin* puheenjohtolla hallintolainkäyttötoimikunta. Ks. KM 1973: 114.

²⁹¹ KM 1985:48.

²⁹² Näitä lakeja olivat esimerkiksi kunnallislaki (953/1975), kirkkolaki (635/1964), ortodoksisesta kirkkokunnasta annettu laki (521/1969) ja laki eräiden hallintoriita-asioiden oikeuspaikasta (446/1954).

lainkäyttöä varten.²⁹³ Hallintolainkäyttö perustui yhdistelmään lainsäännöksistä, periaatteista ja käytännöistä. Lisäksi ominaista oli viittaaminen ”laillisen oikeudenkäyntijärjestyksen” noudattamiseen. Sanonnalla tarkoitettiin, että pääasiassa yleistä lainkäyttöä koskevan oikeudenkäymiskaaren peruseriaatteet soveltuivat määrättyiltä osin myös hallintolainkäyttöön.²⁹⁴ Tiivistäen: hallintolainkäyttöä koskevaa lainsäädäntöä oli paljon, mutta se oli puutteellista ja hajanaista sekä sisältöltään epäyhtenäistä.²⁹⁵

Hallintoprosessilain *perusvalmistelu* käynnistyi virallisesti oikeusministeriössä tammikuussa 1986. Valmisteluorganisaatio oli samantapainen kuin vuoden 1982 hallintomenettelylain valmistelussa. Uudistusta ryhdyttiin valmistelemaan virkamiesvalmisteluna.²⁹⁶ Sitä avustamaan asetettiin asiantuntijaryhmä, hallintoprosessilakityöryhmä, johon kuului jäseniä oikeusministeriöstä, tuomioistuimista ja yliopistoista.²⁹⁷ Työryhmän ensimmäinen kokous pidettiin 21.10.1986.

Hallintoprosessilain valmistelun pohjana oli hallinnon oikeusturvakomitean mietinnössä (KM 1981: 64) esitetyt suuntaviivat. Lainvalmistelun lähtökohtana oli siten hallintolainkäyttöä koskevan lainsäädännön yhtenäistäminen ja selkiyttäminen sekä hallintolainkäytön vahvistaminen oikeusturvamenettelyinä.²⁹⁸ Lainsäädännön hajanaisuus nähtiin ongelmana myös kansalaisen näkökulmasta: yksityi-

²⁹³ Tällaisia lakeja olivat kielilaki (148/1922), laki säädettyjen määräaikain laskemisesta (150/1930), laki yleisten asiakirjain julkisuudesta (83/1951), laki asiakirjain lähettämisestä (74/1954), laki tiedoksiannosta hallintoasioissa (232/1966), laki yleisestä oikeusaputoiminnasta (88/1973), laki oikeudenkäynnin julkisuudesta (945/1984) ja laki maksuttomasta oikeudenkäynnistä (87/1973).

²⁹⁴ Merikoski 1968: 50–51 ja Mäenpää 2004: 79.

²⁹⁵ Vrt. LAVO 2/1994: 70.

²⁹⁶ Uudistuksen alkuvaiheessa päävalmistelijana oli lainsäädäntöneuvos *Heikki Kanninen*, joka on nykyisin Unionin yleisen tuomioistuimen jäsen. Myöhemmin keskeisessä osassa olivat lainsäädäntöneuvos, myöhempi hallintoneuvos *Pirkko Ignatius* ja eritoten lainsäädäntöneuvos *Arja Manner*. Lakihankkeen valmistelijana oli myös yleisen prosessin tuntija, lainsäädäntöneuvos, nykyinen käräjätuomari *Juhani Hirvonen*. Lisäksi hankkeen alkuaikoina valmistelijoihin kuuluivat lainsäädäntöneuvos *Jarmo Vuorinen* sekä lainsäädäntösihteerit *Matti Leppälä* ja *Leena Vettenranta*.

²⁹⁷ Asiantuntijatyöryhmän puheenjohtajana toimi lainsäädäntöjohtaja *Pekka Nurmi* oikeusministeriöstä vuosina 1986–1988. Hänen siirryttyä Suomen Kunnallisliiton osastopäälliköksi puheenjohtajan tehtäviä hoiti lainsäädäntöjohtaja *Matti Niemivuo*. Nurmi jatkoi kuitenkin asiantuntijatyöryhmän jäsenenä. Muita asiantuntijatyöryhmän jäseniä olivat hallintoneuvos, myöhemmin presidentti *Pekka Hallberg*, hallintoneuvokset *Toivo Holopainen*, *Pekka Kurvinen* ja *Ahti Rihto* korkeimmasta hallinto-oikeudesta, ylituomari *Eero Kivikari* Uudenmaan läänioikeudesta, oikeusneuvos *Per Lindholm* korkeimmasta oikeudesta sekä professorit *Olli Mäenpää* Turun yliopistosta, *Jaakko Uotila* Tampereen yliopistosta ja *Eero Vilkkonen* Helsingin yliopistosta. Myös eduskunnan perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvokseksi siirtynyt *Jarmo Vuorinen* osallistui asiantuntijaryhmän työhön.

²⁹⁸ Hallberg, Ignatius & Kanninen 1996: 3.

set asianosaiset eivät olleet selvillä oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan menettelyssä.²⁹⁹ Yleisesti havaittujen kehittämistarpeiden lisäksi myös Suomen liittymisen Euroopan neuvostoon ja Euroopan ihmisoikeussopimukseen aiheutti osaltaan hallintolainkäyttöä koskevan sääntelyn uudistustarpeita. Sopimukseen liittyessään Suomi oli joutunut asettamaan 6 artiklan osalta varauman, joka koski suullisen käsittelyn järjestämistä hallintolainkäyttöprosessissa.³⁰⁰

Hallintolainkäyttölain valmistelun tavoitteena oli oikeudenkäymiskaaren ja silloiseen hallintomenettelylakiin rinnastettavissa oleva yleissäädös hallinto-oikeudellisista oikeusturvakeinoista ja niiden käsittelyssä noudatettavasta menettelystä. Lisäksi tavoitteena oli vahvistaa hallintolainkäyttöä ja luoda kansalaisten oikeusturvaa korostava ja tehokas, mutta edelleen joustava oikeusturvamenettelyn yleissäädös.³⁰¹

Selkiyttäminen, yhtenäistäminen ja yleissäädöksen laatiminen kattoivat kuitenkin vain osan ehdotuksen tavoitteista. Valmistelun yhteydessä tehtiin myös tarkennuksia voimassa olevaan lakiin sekä uudistettiin olennaisestikin voimassa olleita hallintolainkäyttöä koskeneita säännöksiä. Oikeustilaa muuttavia uudistusehdotuksia tehtiin erityisesti asioissa, jotka koskivat valitusoikeutta ja valitusviranomaista koskevia kysymyksiä sekä suullista käsittelyä, kaksiasiainosaisuhdetta sekä oikeudenkäyntikulujen korvaamista.

Asiantuntijaryhmä kokoontui vuosina 1986–1990 ja ryhmän kokouksissa käsiteltiin hallintoprosessin eri vaiheet omina asiakokonaisuuksinaan. Yleensä jokaista kokousta varten laadittiin laaja taustamuistio. Ryhmässä hahmoteltiin uutta lakia koskevat perusratkaisut lainvalmisteluosastolla tapahtuvalle lainvalmistelulle. Alkuvaiheessa ajatuksena oli, että uusi hallintoprosessilaki tulisi täydentämään hallintovalituslakia ja hallintopurkulakia. Lukuisissa keskusteluissa päädyttiin kuitenkin kodifioimaan nämä kummatkin säädökset uuteen lakiin. Samalla myös päätettiin ryhtyä kutsumaan uutta lakiehdotusta *hallintolainkäyttölaki*, koska hallintoprosessilaki oli liian lähellä silloin vielä voimassa ollutta hallintomenettelylakia.

Valmistelussa aikaansaatu luonnos toimitettiin toukokuussa 1993 asiantuntijaryhmän arvioitavaksi, minkä jälkeen valmistelua vielä jatkettiin saatujen kommenttien perusteella. Valmistelutyön lopputuloksena syntynyt ehdotus hallinto-

²⁹⁹ LAVO 2/1994: 71.

³⁰⁰ LAVO 2/1994: 2.

³⁰¹ LAVO 2/1994: 3.

lainkäyttölaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi julkaistiin oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisuna 2/1994 helmikuussa 1994.

Asiantuntijatyöryhmän valmistelutyön tuloksena syntynyttä julkaisua seurasi laaja *lausuntomenettely*. Lainvalmisteluosaston julkaisusta pyydettiin lausuntoa 81 taholta ja lausuntoja saatiin yhteensä 70. Lausunnoista laadittiin tiivistelmä joulukuussa 1994. Siitä käy ilmi, että lausunnoissa pääasiassa kannatettiin laajasti lain säätämistä ja uudistusta pidettiin tarpeellisena. Yleisesti esitettiin kuitenkin arvostelua erityisesti siitä, että laki perustui monin paikoin lähinnä viittaussäännöksiin oikeudenkäymiskaaren vastaaviin säännöksiin. Tätä sääntelytapaa pidettiin lain laajuuden kannalta kyllä jossain määrin tarpeellisena, mutta sen pelättiin johtavan ongelmiin käytännön soveltamistilanteissa. Osa lausunnonantajista piti ehdotetun lain sääntelytyyliä myös liian yleisenä.

Lausuntojen perusteella hallituksen esitykseen tehtiin lukuisia muutoksia. Kyse oli paitsi sanamuotojen ja säädöksen rakenteen selkiyttämistä myös sääntelyn yksinkertaistamisesta. Muutoksia oli paljon, mutta sisällöllisesti ne eivät muuttamatta poikkeusta lukuun ottamatta kuitenkaan olleet kovin merkittäviä. Huomionarvoista on, että korkeimman hallinto-oikeuden antama lausunto otettiin jatkovalmistelussa huomioon erityisen tarkoin ja siinä ehdotetut sisältö- ja sanamuotomuutokset toteutettiin lähes poikkeuksetta. Keskeisimmät muutokset ja lisäykset olivat seuraavat:

- Määritelmäsäännös (LAVO 2/1994, 4 §) poistettiin. Toisaalta lakiehdotuksen käsitteistöä muutettiin niin, ettei määritelmille ollut käyttöä.
- Yleistä valitusoikeutta koskevaa säännöstä (LAVO 2/1992, 4 §/HE 217/1995 vp, 5 §) ”Hallintoasiassa tehtyyn päätökseen saa hakea muutosta valittamalla.” täsmennettiin lisäämällä siihen ilmaus ”sen mukaan kuin tässä laissa säädetään”. KHO:n mielestä valitusoikeuden perustaminen yleiseen säännökseen voisi aiheuttaa epäselviä tilanteita esimerkiksi silloin, kun viranomaistoimivaltaa oli siirretty yksityisille. Vaikka pykälää ja sen otsikkoa tarkistettiin, tosiasiasa yleinen valitusoikeus ehdotettiin säädettäväksi.
- Valituslupaa (LAVO 2/1994, 15 §) koskeva säännös liitettiin hallituksen esityksen 13 §:ään lyhyellä viittauksella siitä, että valitusluvan tarpeesta säädetään erikseen. Jo tässä yhteydessä voidaan mainita, että korkeimman hallinto-oikeuden aloitteen johdosta vuoden 2005 lakimuutoksella valitusluvan edellytyksiä koskeva luettelo lisättiin lähes sellaisenaan säännöksen 2–4 momentiksi.

- Valitusosoitusta koskeviin lakiehdotuksen 3 luvun säännöksiin tehtiin tarkennuksia. Hallituksen esitykseen ei sisällynyt enää poikkeussäännöstä, jonka mukaan valitusosoitusta ei tarvinnut antaa valtioneuvoston tai ministeriön yleisiä määräyksiä koskevasta päätöksestä. Myös suullista päätöstä koskevaa säännöstä (LAVO 2/1994, 18 §) ei otettu hallituksen esitykseen.
- Valitusaikaa koskevaa säännöstä (22 §) tarkistettiin KHO:n lausunnon mukaisesti niin, että valituslupaa edellyttävissä asioissa valitusaika oli myös 30 päivää. Niin ikään valituskirjelmän toimittamista viranomaiselle (26 §) ja asian siirtoa koskevia säännöksiä (27 §/29 §) tarkistettiin.
- Lausunnonantajien mielestä ehdotuksen 53 §:n asian selvittämistä koskeva säännös oli erittäin velvoittava. KHO ei taas pitänyt 53 §:n 2 momentin virallisperiaatetta koskevan säännöksen sisällyttämistä lakiin aiheellisena ja ehdottikin sen poistamista. Säännös sisällytettiin kuitenkin hallituksen esitykseen (33 §).
- Päätöksentekoa koskevaan lukuun tehtiin erinäisiä muutoksia ja poistoja (LAVO 2/1992, 71, 73, 73–78 §). Esimerkiksi hallituksen esityksen 51 §:ään ei otettu enää säännöstä, jonka mukaan tuomioistuimella olisi ollut mahdollisuus tutkia asia laajemmalti kuin mitä valittaja oli vaatinut. KHO:n mukaan ratkaisun perusteiden pohtiminen kuuluu hallintotuomioistuimen tehtäviin ja joskus asia saatetaan joutua kumoamaan myös viran puolesta ilmenneen seikan johdosta.
- Oikeudenkäyntikuluja koskevaa sääntelyä pidettiin lausunnoissa merkittävänä parannuksena. Julkisen asianosaisen korvausvastuun laajuutta ja käsitteistöä yleisemminkin pidettiin epämääräisenä. Säännöksiä (HE, 74 ja 75 §) ei kuitenkaan enemmälti muutettu jatkovalmistelussa.
- Lakiehdotuksen loppuosaan tehtiin joitakin muutoksia jatkovalmistelussa. Hallituksen esityksen 76 §:ksi otettiin esteellisyyttä koskeva säännös ja siinä tyydyttiin viittaamaan vain oikeudenkäymiskaaren säännöksiin. Edelleen 77 §:ää täydennettiin koskemaan tulkittamisen lisäksi myös kääntämistä. Samoin tämän pykälän 3 momentiksi otettiin viittaus pohjoismaiseen kielisopimukseen.
- Hallituksen esitykseen sisältyi myös kaksi uutta säännöstä. Hallituksen esityksen 68 §:ssä säänneltiin valitusta koskevien säännösten soveltamisesta ylimääräiseen muutoksenhakuun. Lisäksi 73 §:ksi otettiin yleissäännös valitusta koskevien säännösten soveltamisesta.

Korkeimman hallinto-oikeuden ja muutaman muun lausunnonantajan lausunnossa otettiin kantaa myös lain rakenteeseen. Lukujen järjestystä muutettiin lain jatkovalmistelussa, minkä lisäksi laki jaettiin neljään selkeään osaan, kuten seuraavasti käy ilmi.

LAVO julkaisu 2/1994

- 1 luku. Yleiset säännökset
- 2 luku. Valitusoikeus ja valitusviranomaisen
- 3 luku. Valitusosoitus
- 4 luku. Valituksen vaikutus päätöksen täytäntöönpanoon
- 5 luku. Valituksen vireillepano
- 6 luku. Ylimääräinen muutoksenhaku
- 7 luku. Muita asioita koskevia erityissäännöksiä
- 8 luku. Puhevallan käyttäminen
- 9 luku. Esteellisyys
- 10 luku. Yleiset säännökset asian käsittelystä
- 11 luku. Suullinen käsittely
- 12 luku. Todistuskeinoista
- 13 luku. Päätöksenteko
- 14 luku. Oikeudenkäyntikulut
- 15 luku. Erinäiset säännökset

HE 217/1995 vp

I OSA. Yleiset säännökset

- 1 luku. Lain soveltamisala ja suhde muihinsäännöksiin
- 2 luku. Valitusoikeus ja valitusviranomaisen
- 3 luku. Valitusosoitus
- 4 luku. Puhevallan käyttäminen
- II OSA. Valituksen tekeminen ja käsittely**
- 5 luku. Valituksen tekeminen
- 6 luku. Valituksen vaikutus päätöksen täytäntöönpanoon
- 7 luku. Asian käsittely ja selvittäminen
- 8 luku. Täydentäviä säännöksiä asian käsittelystä
- 9 luku. Päätöksenteko
- 10 luku. Päätöksen korjaaminen
- III OSA. Muu hallintolainkäyttö**
- 11 luku. Ylimääräinen muutoksenhaku
- 12 luku. Hallintoriita-asia ja muu hallintolainkäyttöasia
- IV OSA. Erinäiset säännökset**
- 13 luku. Oikeudenkäyntikulut
- 14 luku. Täydentävät säännökset
- 15 luku. Voimaantulo- ja siirtymäsäännökset

Hallituksen esitys laadittiin lopulliseen muotoonsa aiemman ehdotuksen ja siihen annettujen lausuntojen pohjalta virkatyönä oikeusministeriössä. Pieni yksityiskohda kannattaa mainita lain tarkastusvaiheesta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston tarkastustoimiston suosituksesta lakiehdotuksen nimike muutettiin hallituksen esityksessä kuulumaan ”laki hallintolainkäytöstä”.

Lakiuudistus ei ollut herättänyt missään vaiheessa poliittista keskustelua. Niinpä hallituksen esitysluonnos eteni 31.1.1996 valtioneuvoston raha-asiainvaliokunnan

istuntoon, jossa esityksen antamista puollettiin.³⁰² Esitys hyväksyttiin keskusteluitta valtioneuvoston yleisistunnossa seuraavana päivänä. Tasavallan presidentin esittelystä 2.2.1996 hallituksen esitys laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi (HE 217/1995 vp) päätettiin antaa eduskunnalle.

Ehdotetun uuden lain tavoitteena oli ensinnäkin vahvistaa yksityisten asianosaisten oikeussuojaa hallintoasioita koskevassa muutoksenhaussa. Toiseksi tavoitteena oli koota hallintolainkäyttöä koskevat keskeiset menettelysäännökset yhteen lakiin ja yhtenäistää menettelyä eri viranomaisissa. Kolmantena tavoitteena oli lisätä hallintolainkäytön suullisuutta.

Entä mitkä olivat keskeiset uudistukset? Ehdotetun lain mukaan valitus tehtäisiin aina tuomioistuimeen, jollei toisin säädettäisi. Toisena keskeisenä uudistuksena oli suullisuuden lisääminen hallintolainkäytössä, vaikkakin menettelyn perusmuotona säilyi edelleen kirjallinen prosessi. Lisäksi lakiin ehdotettiin otettavaksi säännökset oikeudenkäyntikuluista. Lähtökohtana oli, että oikeudenkäynnin hävinnyt osapuoli korvaisi voittaneen osapuolen kulut. Yksityistä asianosaista ei kuitenkaan voitaisi tuomita maksamaan oikeudenkäyntikuluja, jollei hän ole esittänyt ilmeisen perusteetonta vaatimusta.

Monin kohdin hallintolainkäytön sääntelyä ehdotettiin täsmennettäväksi. Virallisperiaatteesta ehdotettiin otettavaksi nimenomainen säännös, jonka mukaan valitusviranomaisen on huolehdittava asian selvitettyksi tulemisesta. Myös asiaosaisen kuulemisperiaatteesta otettiin nimenomainen säännös. Sääntelyä täsmennettiin myös esimerkiksi kysymyksissä, jotka koskivat valituksen muuttamista, asian siirtoa, äänestämistä, päätöksen perustelemista sekä tulkitsemista ja kääntämistä.

Uusi lakiehdotus jätti monia keskeisiä kysymyksiä aikaisemman sääntelyn tai käytännön mukaisiksi. Valitusoikeus oli asianosaisella, joka määriteltiin samalla tavalla kuin kuntalaisia (365/1995). Hallintolainkäyttöön ei myöskään omaksuttu kaksiasianosaissuhdetta, minkä vuoksi viranomaisella olisi valitusoikeus vain niin säädettyä tai jos se olisi tarpeen viranomaisen valvottavana olevan julkisen edun vuoksi. Myöskään päätöksen valituskelpoisuuteen ei ehdotettu muutosta. Samoin valitusaika oli 30 päivää ja valituskirjelmä oli toimitettava valitusviranomaiselle. Vain vähäisiä muutoksia tehtiin valituksen muotoa ja sisältöä, päätöksen kirjoitusvirheen korjaamista, ylimääräistä muutoksenhakua ja hallintoriita-asiaa koskeviin säännöksiin.

³⁰² Valtioneuvoston raha-asiainvaliokunnan pöytäkirja 6/1996: 1.

3.2. Eduskuntakäsittely

Hallituksen esitys oli eduskunnan *lähetekeskustelussa* 8.2.1996, jolloin esitys päätettiin lähettää puhemiesneuvoston esityksestä lakivaliokunnan käsittelyyn. Lähetekeskustelussa eipyydetty yhtään puheenvuoroa eikä keskustelua esimerkiksi tarpeesta lähettää ehdotus perustuslakivaliokunnan käsiteltäväksi siten syntynyt.³⁰³

Lakivaliokunnassa hallituksen esitys joutui perusteellisen käsittelyn kohteeksi. Valiokunnassa kuultiin yhteensä 34 viranomaista ja yhteisöä sekä kolmea tieteellistä asiantuntijaa (professorit *Heikki Kulla* ja *Olli Mäenpää* sekä apulaisprofessori *Matti Pellonpää*). Lakivaliokunnan mietintö (LaVM 5/1996 vp) valmistui 29.5.1996.

Mietinnössään lakivaliokunta kannatti yleisesti uuden yleislain säätämistä hallintolainkäytön alalle. Näkemys johtui erityisesti hallintoprosessia koskevan lainsäädännön sisällyttämisestä useisiin eri lakeihin sekä menettelysäännösten osittaiseen aukollisuuteen. Siitä syystä käytännön lainkäytön tulkintatilanteissa on jouduttu turvautumaan oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden kannanottoihin hallintolainkäytön menettelystä kuten myös vakiintuneeseen ”laillinen oikeudenkäyntijärjestys” -käsitteeseen. Mietinnössään lakivaliokunta otti myös kantaa uuden lain yleiseen merkitykseen ja lainvalmistelun laatuun toteamalla, että hallituksen esitystä on ”yleisesti pidetty myönteisenä ja hyvin valmisteltuna uudistuksena”.³⁰⁴

Kannanotossaan lakivaliokunta korosti uuden säädettävän lain yleistä soveltamistavoitetta. Valiokunnan mukaan lain puiteluonteinen sääntelytapa oli kuitenkin joiltain osin johtanut siihen, että lakitekstistä oli tullut vaikeaselkoinen.³⁰⁵ Valiokunta ei kuitenkaan tarkemmin kohdentanut säädöstekstiin kohdistuvaa kritiikkiään.

Lakivaliokunnan käsittelyyn saatettuun hallituksen esitykseen hallintolainkäyttölakia koskevan pääesityksen lisäksi hallituksen esitykseen sisältyi ehdotukset vain sen välittömästi aiheuttavista muutoksista eräisiin keskeisimpiin lakeihin. Muutosesitykset uuden yleislain johdosta annettiin lakiin korkeimmasta hallinto-oikeudesta, lääninoikeuslakiin sekä hallintomenettelylakiin. Tämän johdosta lakivaliokunta kiinnitti antamassaan mietinnössä huomiota myös käsiteltävänä olevan hallituksen esityksen laajoihin vaikutuksiin muuhun lainsäädäntöön. Valiokunta

³⁰³ PTK 4/1996 vp: 39.

³⁰⁴ LaVM 5/1996 vp: 2.

³⁰⁵ LaVM 5/1996 vp: 2.

edellytti mietinnössään, että lainsäädäntötyötä hallintoprosessia koskevan lainsäädännön yhtenäistämiseksi jatketaan. Erityisesti mietinnössä tuotiin julki valiokunnan oikeusministeriölle ja hallintotuomioistuimikunnalle kohdistama vaatimus tarkistaa erityislainsäädäntöä valituskieltojen osalta vastaamaan hallintolainkäyttöä koskevan uuden lain tavoitteita ja ajattelua. Toisaalta valiokunnan huoli lakien yhdenmukaistamisesta koski myös konkreettisia vanhojen säännösten ristiriitaisuuksien poistamista. Viimeisenä yleisenä huomiona valiokunta edellytti, että hallintovirkamiehille ja erityisesti hallintotuomioistuinten henkilökunnalle turvattaisiin lain voimaantulon myötä asianmukainen, perusteellinen koulutus.³⁰⁶

Lakivaliokunta esitti mietinnössään myös yhteensä 16 yksityiskohtaista muutosehdotusta tai erityishuomiota.³⁰⁷ Näistä suurin osa oli merkitykseltään vähäisiä, lähinnä säännösten tulkintaan liittyviä havaintoja. Konkreettisia muutosehdotuksia tehtiin vain muutama säännöksiin.

Ensimmäinen muutosehdotus koski ehdotetun *lain nimikettä*. Valmistelun aikana tarkastustoimiston suositusten jälkeen nimikkeeksi oli otettu ”laki hallintolainkäytöstä”. Muutettua nimikettä pidettiin valiokunnassa kankeana ja se ehdotti nimikkeen muuttamista alkuperäisen ehdotuksen muotoon ”hallintolainkäyttölainsäädäntö”. Valiokunnan toivoma muutos myös toteutui. Nimikettä koskevan esityksen lisäksi valiokunta esitti merkittävämpiä muutoksia erityisesti lain 7, 43 ja 75 §:ään. Valiokunta ehdotti mietinnössään 7 §:n 3 momentin valtuutussäännöksen poistamista. Hallituksen esityksen mukaan momentin merkitys liittyi tilanteisiin, joissa ilmenee tarve säätää ensiasteen valitusoikeudesta ylemmälle viranomaiselle hallintotuomioistuimen sijaan. Momentin käyttötilanteita oli jo hallituksen esityksessä pidetty poikkeuksellisina. Valiokunnissa kuultujen asiantuntijoiden kannanotoissa oli epäilty, tuleeko poikkeukseksi tarkoitettu valtuutussäännös käytännössä käytettäväksi aiottua laajemmin. Lakivaliokunnan mietinnössä tehty ehdotus momentin poistamisesta toteutui, minkä johdosta mahdolliset poikkeamat yleisestä valitusjärjestyksestä tuli hallintolainkäyttölain voimaantulon jälkeen poiketa laintasoisella säännöksellä.

Valiokunta esitti mietinnössään kantansa voimassa olleiden tiedoksiantosääntöjen tulkinnanvaraisuuteen esittämällä muutosta hallituksen esityksen 43 §:n 3 momenttiin. Valiokunta pyrki muutoksella selkiyttämään suullisen käsittelyn kutsu-
mismenettelyä ja yhdenmukaistamaan käytäntöä yleisissä tuomioistuimissa vähitellen vakiintuneen mallin mukaiseksi. Käytännössä valiokunta kevensi suullisen

³⁰⁶ LaVM 5/1996 vp: 3.

³⁰⁷ Ks. yksityiskohtaiset muutosehdotukset LaVM 5/1996 vp: 4–6.

käsittelyyn kutsumista koskevia tiedoksiantomenettelyjä mahdollistamalla tiedoksiannon asianosaisen ilmoittamaan prosessiosoitteeseen aiemman todisteellisen tiedoksiannon sijaan.

Lakivaliokunnan mietinnössä kiinnitettiin huomiota kansalaisten yhdenvertaiseen asemaan viranomaisissa. Valiokunnan huoli kohdistui erityisesti hallintopäätösten erilaisiin päiväyskäytäntöihin, joiden johdosta ehdotetun lain 75 §:ssä säädetyille oikeudenkäyntikuluille laskettavan viivästyskoron kertymisajankohta ja siten viivästyskoron määrä voi vaihdella epäyhdenvertaisella tavalla. Asiantilan selkiyttämiseksi valiokunta esitti mietinnössään viivästyskoron määräytymisen perusteen yhdenmukaistamista 3 momenttiin lisättävällä säännöksellä, jonka mukaan viivästyskoron määrättäisiin siitä lähtien, kun kuukausi on kulunut päivästä, jolloin päätös on ollut asianosaisten saatavilla.

Lisäksi lakivaliokunta esitti mietinnössään 53 §:n sanamuodon tarkennusta sekä erinäisten säännösten tarkempaa sääntelyä erityislainsäädännössä.

Laajimmin lakivaliokunnassa käytiin keskustelua hallintotuomioistuinten käyttöön tarkoitetuista selvittämiskeinoista. Kiista koski erityisesti hallituksen esityksen 41 §:ää, jossa säädettiin katselmuksen toimittamisesta. Lakivaliokunnassa kuultujen asiantuntijoiden lausunnoissa tuotiin esiin tarve katselmusta kevyemmän selvittämiskeinon, tarkastuksen, säätämisen. Kiistakysymyksen johdosta lakivaliokunnan mietintöön sisällytettiin lopulta vastalause, jonka allekirjoittivat kaikki lakivaliokunnan keskustalaiset jäsenet, edustajat *Kari Myllyniemi*, *Sulo Aittoniemi* ja *Mauri Salo* sekä nuorsuomalaisen puolueen *Jukka Tarkka*. Vastalauseessa esitettiin lisättäväksi säännös katselmukselle vaihtoehdoisen tarkastuksen järjestämismahdollisuudesta lain 41 §:ään. Perusteluna lisäsäännökselle esitettiin hallintolainkäytön käytännön työssä ilmenneet tarpeet järjestää menettelyltään kevyempi toimitusmuoto, johon osallistuisi vain osa asiaa käsittelevän tuomioistuimen jäsenistä. Lakivaliokunnan enemmistö torjui mietinnön perustelutekstissä väljemmän tarkastusmenettelyn säätämisen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeviin periaatteisiin vedoten. Mietinnön mukaan todistelun vastaanottamisen välittömyysperiaate edellyttää, että näytön hankinta katselmuksen muodossa toimitetaan lääninoikeuden täydessä päätösvaltaisessa kokoonpanossa.

Lakivaliokunnan mietinnössä ehdotetut ja edellä tarkemmin esitetyt pienemmät ja tarkentavat muutokset toteutuivat lopullisessa säädöstekstissä. Valiokuntakäsittelyä seuranneessa ensimmäisessä *täysistuntokäsittelyssä* (4.6.1996) käytettiin hallituksen esityksestä vain kuusi puheenvuoroa. Puheenvuoroissa hallituksen esityksen hyväksymistä kannatettiin laajalti ja puheissa korostettiin lakiuudistuksen tarvetta lainsäädäntöä selkiyttävänä ja yhdenmukaistavana uudistuksena.

Edustaja *Markku Pohjola* (sd.) painotti esityksen tärkeyttä Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kannalta: uudistukseen sisältyvien suullista käsitteilyä hallintuomioistuimissa lisäävän sääntelyn johdosta Suomen Euroopan ihmisoikeussopimukseen vuonna 1990 tehty varauma voitaisiin nyt poistaa.³⁰⁸

Muut keskustelussa esille nousseet asiat olivat tuttuja jo lakivaliokunnassa käydyistä keskustelusta. Edustaja *Aittoniemi* esitti toiveen oikeudenkäyntikulujen korvaamisen yhdenmukaistamiseksi siten, että hallintoriita-asian läpi saanut kansalainen voisi vaatia valtiota korvaamaan hänelle aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.³⁰⁹ Toinen jo valiokuntakeskustelussa esitetty huoli koski valitusasioiden vähittäistä keskittymistä Uudenmaan läänioikeuteen. *Aittoniemen* ja *Juha Karpion* puheenvuoroissa esittämiin huomioihin ei kuitenkaan käytetty vastapuheenvuoroja.³¹⁰

Laajempaa vuoropuhelua ensimmäisessä (4.6.1996) ja toisessa täysistunnossa (5.6.1996) käytiin lakivaliokunnan mietintöön sisältyvästä vastalauseesta ja siinä ehdotetun tarkastusmenettelyn säätämisen tarpeesta. Edustajat ja vastalauseen allekirjoittaneet valiokunnan jäsenet *Sulo Aittoniemi* sekä *Mauri Salo* kannattivat puheenvuoroissaan edelleen katselmusta suppeampaa tarkastusta koskevien säännösten lisäämistä lakiehdotuksen 41 §:ään. Muissa asioita koskevissa puheenvuoroissa edustajat *J. Karpio*, *M. Pohjola*, *R. Ojala* ja *Henrik Lax* korostivat vuorostaan lakivaliokunnan enemmistön kantaa painottaen erityisesti oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteeseen kuuluvan välittömyysperiaatteen toteutumisen tärkeyttä lainkäyttöprosessissa. Tarkastusta koskevien väljempien säännösten nähtiin siten toteutuessaan olevan ristiriidassa ihmisoikeussopimuksen ja kansallisen perustuslain säännösten kanssa.³¹¹ Hallituksen esityksen yksityiskohtaisessa käsittelyssä äänestettiin 41 §:n muuttamisesta, mutta vastalauseen laatineiden edustajien ehdotus ei toteutunut.

Eduskunta hyväksyi muutetun hallituksen esityksen lopullisesti kolmannessa täysistunnossa 10.6.1996.³¹² Eduskunnan vastaukseen (EV 75/1996 vp) sisällytettiin lisäksi lakivaliokunnan mietinnössä esitetty lausuma kunkin hallinnonalan erityislainsäädännön valitussäännösten tarkistamiseksi vastaamaan uuden hallin-

³⁰⁸ PTK 74/1996 vp: 2110.

³⁰⁹ PTK 74/1996 vp: 2109.

³¹⁰ PTK 74/1996 vp: 2108–2112.

³¹¹ PTK 76/1996 vp: 2137–2138.

³¹² PTK 81/1996 vp: 2274.

tolainkäyttölain säännöksiä. Mahdolliset lakimuutokset edellytettiin annettavan kohtuullisessa ajassa eduskunnan käsiteltäväksi.³¹³

3.3. *Hallintolainkäyttölain täytäntöönpanoja seuranta*

Hallintolainkäyttölaki vahvistettiin tasavallan presidentin esittelyssä 26.7.1996 ja laki tuli voimaan joulukuun alusta 1996. Jo ennen lain voimaantuloa oikeusministeriö lähetti uuden lain johdosta ohjeistavan kirjeen valtioneuvostolle sekä ministeriöille, minkä lisäksi kirje annettiin tiedoksi korkeimmalle hallinto-oikeudelle, lääninoikeuksille sekä hallintotuomioistuimikunnalle. Kirjeessä todettiin, että eduskunnan vastauksessa esitetty lausuma edellyttää lainsäädäntöön sisältyvien muutoksenhakusäännösten tarkistamista kaikilla hallinnonaloilla. Tarvittavien muutosesitysten laadinta oli tarkoitus toteuttaa osana eri hallinnonalojen yleistä lainvalmistelua. Oikeusministeriö toimi tarkastustyön koordinoijana edellyttäen ministeriöitä ilmoittamaan viimeistään 1.2.1997 omalla hallinnonalallaan aloittamistaan toimenpiteistä eduskunnan lausuman johdosta.³¹⁴

Arvioitaessa hallintolainkäyttölain yleistä merkitystä voidaan todeta lain olevan oikeudenkäymiskaareen ja hallintolakiin verrattavissa oleva yleislaki, jossa on keskeiset säännökset hallintovalituksesta ja eräistä muista oikeussuojakeinoista. Hallintolainkäyttölaila kumottiin kaksi merkittävää lakia: muutoksenhausta hallintoasioissa annettu laki (154/1950) ja ylimääräisestä muutoksenhausta annettu laki (200/1966). Näin laki merkitsi myös sääntelyn kodifointia. Toisaalta taas eräät myöhemmin toteutetut lainsäädäntöuudistukset – esimerkiksi laki oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa (381/2007)³¹⁵ – ovat merkinneet sääntelyn hajautumista.

Hallintolainkäyttölaiissa omaksuttu keskeinen muutos aiempaan järjestelmään verrattuna on se, että valitus tehdään aina tuomioistuimelle, jollei muualla toisin säädetä. Hallintolainkäyttölaila luovuttiin siis pääasiallisesti järjestelmästä, jossa ensimmäinen muutoksenhaku tehtiisiin hallinnon sisäisellä valituksella. Merkittävä muutos oli myös menettelyn suullisuuden lisääminen.

Hallintolainkäyttölaki on toiminut käytännössä varsin hyvin ja se on tehnyt hallintoprosessia tutuksi myös hallintotuomioistuinten ulkopuolella. Hallintolainkäyttölakia on jouduttu muuttamaan tähän mennessä pääasiassa silloin, kun muuhun

³¹³ EV 75/1996 vp:1.

³¹⁴ OM:n kirje 20.8.1996 n:o 2833/41/96; julkaistu OM:n hallintolainkäyttölaki-eripainoksessa (LAVO:n julkaisu 5/1996).

³¹⁵ Ks. Mäenpää 2007.

lainsäädäntöön on tehty muutoksia. Kysymys on ollut toisin sanoen niin sanotuisista liitännäismuutoksista. Tällaisia muutoksia ovat olleet seuraavat:

hallinto-oikeuksien perustamisen johdosta tehdyt muutokset (433/1999)

- holhouslainsäädännön vuoksi tehdyt muutokset (446/1999)
- tuomarin esteellisyyslainsäädännön uudistuksen aiheuttamat muutokset, 76 §(443/2001)
- hallintolain säätämisestä ja muuttamisesta johtuneet muutokset (433/2003 ja 582/2010)
- uuden edunvalvontavaltuutusta koskevan lain säätämisen yhteydessä tehty muutos (19 a §, 651/2007)

Merkittävämpiä olivat korkeimman hallinto-oikeuden 10.3.2003 tekemän aloitteen johdosta laaditut lakimuutokset (13 ja 79 §), joiden seurauksena hallinto-oikeudet tulivat laajalti ensiasteen muutoksenhakuasteeksi sekä valituslupajärjestelmä laajeni (698/2005).

Alun perin oli tarkoitus, että hallintolainkäyttölain toteutumista ja toimintaa käytännössä olisi seurattu lain voimaantulosta asti systemaattisesti. Seuranta olisi annettu Oikeuspoliittiselle tutkimuslaitokselle. Tarkoitusta varten ei kuitenkaan osoitettu tarvittavia määrärahoja. Erinäisistä erillisistä selvityksistä kuitenkin piirtyy kuva hallintolainkäytön keskeisistä ongelmista.³¹⁶ Myös *Siitari-Vanteen* väitöstutkimus tuo esille korjaamista kaipaavia kysymyksiä.³¹⁷ Hyvän kokonaiskuvan kehittämistarpeista antaa oikeusministeriön laatima Hallintolainkäytön kehittämisohjelma 2004–2007.³¹⁸ Eräitä näistä kehittämiskysymyksiä on käsitelty syvällisemmin uudentyyppisessä tutkimusjulkaisussa, jossa on käsitelty muun muassa päätöksen tehneen viranomaisen valitusoikeutta (kirjoittajana *Janne Aer*), oikeuskeinoja viranomaisen passiivisuutta vastaan (*Outi Suviranta*), valituslupa-

³¹⁶ Ks. Hallintolainkäytön horisontaaliryhmä 2001, Jukarainen & Sahla 2003 sekä valtioneuvoston vuonna 2000 asettaman oikeusturva-asiain neuvottelukunnan toimintakertomuksissaan antamat kannanotot ja raportoidut selvitykset. Erityisen mielenkiintoinen on selvitys luottamuksesta hallintotuomioistuimiin, ks. OM:n julkaisu 2003: 4, Liite 1. Ks. myös KHO:n tutkimusjulkaisu 1/2009 ja OM 2006: 4; 2008: 18 ja 2009: 19.

³¹⁷ Eija Siitari-Vanne 2005, joka on alaotsikon mukaisesti tutkimus hallintolainkäytön organisaatio- ja prosessisäätämisen kehittämistarpeista.

³¹⁸ OM 2004: 10.

järjestelmän kehittämistä hallintolainkäytössä (*Arja Manner*) ja oikaisuvaatimusmenettelyn kehittämistä (*Leena Halila*).³¹⁹

4. *Arvioita hallintolainkäyttötoimikunnan valmisteluprosessista ja sääntelyehdotuksesta*

Oikeusministeriössä oli 2000-luvun puolivälin jälkeen pitemmän aikaa suunniteltu valmisteluryhmän asettamista hallintolainkäytön kehittämistä varten. Vasta oikeusministeri *Tuija Braxin* tultua oikeusministeriksi hanke käynnistyi. Niinpä oikeusministeriö asetti 26.9.2007 kokoonpanoltaan monipuolisen hallintolainkäyttötoimikunnan professori *Olli Mäenpään* puheenjohtajana.³²⁰ Toimikunnalle annettiin työnsä loppuunsaattamiseen poikkeuksellisen pitkä määräaika, joka ulottui vuoden 2010 loppuun. Toimikuntaa avustamaan asetettiin aluksi kaksi erillistä työryhmää ja myöhemmin vielä kolmaskin työryhmä. Nämä työryhmät olivat seuraavat:

- *Passiivisuustyöryhmä*, joka tehtävänä oli tarkastella oikeussuojakeinoja tilanteissa, joissa hallintoviranomainen on laiminlyönyt hallintopäätöksen tekemisen tai hallintopäätöksen tekeminen on viivästynyt.³²¹ Tämän työryhmän määräaika päättyi 30.9.2008, jolloin se antoi mietintönsä ”Käsittelyn joutuisuus hallinnossa ja oikeussuojakeinot käsittelyn viivästyessä”.³²² Työryhmä oli jo sitä ennen antanut väliraportin asiasta.³²³
- *Prosessityöryhmä*³²⁴, jonka tehtävänä oli selvittää ja arvioida hallintolainkäyttölain (586/1996) menettelysäännösten toimivuus sekä niiden tarkis-

³¹⁹ OM 2006: 4.

³²⁰ Puheenjohtajan lisäksi toimikunnan jäseninä olivat työeläkeasioiden muutoksenhakulautakunnan puheenjohtaja, myöhempi sosiaali- ja terveysministeriön vakuutusosaston osastopäällikkö *Outi Antila*, oikeusministeriön erityisasiantuntija, myöhempi hallinto-oikeustuomari *Liisa Heikkilä* Helsingin hallinto-oikeudesta, professori *Eija Mäkinen* Vaasan yliopistosta, professori *Matti Niemivuo* Lapin yliopistosta, hallintoneuvos *Matti Pellonpää* korkeimmasta hallinto-oikeudesta, lakiasiain päällikkö *Kari Prättälä* Suomen Kuntaliitosta, ylituomari *Hannu Renvall* Turun hallinto-oikeudesta ja oikeusaputoimen johtaja *Liisa Vehmas* Helsingin oikeusaputoimistosta. Lisäksi toimikunnalla oli kolme pysyvää asiantuntijaa ja useita sihteereitä.

³²¹ Työryhmän puheenjohtajana oli toimikunnan jäsen *Matti Niemivuo* sekä jäseninä hallinto-oikeustuomari *Janne Aer* Helsingin hallinto-oikeudesta, professori *Raija Huhtanen* Tampereen yliopistosta, hallintoneuvos *Anne E. Niemi* korkeimmasta hallinto-oikeudesta ja akatemiatutkija, sittemmin Helsingin yliopiston professori *Outi Suviranta*. Lisäksi työryhmällä oli oikeusministeriöstä kaksi sihteeriä.

³²² OM 2008: 5.

³²³ OM:n muistio 4.4.2008.

³²⁴ Prosessityöryhmää johti toimikunnan puheenjohtaja *Olli Mäenpää*, jonka lisäksi toimikunnan jäsenistä *Liisa Heikkilä*, *Matti Pellonpää*, *Hannu Renvall* ja *Liisa Vehmas* kuuluivat työryh-

tamis- ja täydentämistarpeet. Työryhmä laati ensin väliraportin³²⁵ sekä siten loppumietinnön, joka luovutettiin oikeusministeri Braxille 4.2.2011.³²⁶

- *Hallintolainkäytön tasotyöryhmä*³²⁷, jonka tehtävänä oli selvittää alueellisten hallinto-oikeuksien ja korkeimman hallinto-oikeuden tehtäviä sekä hallinto-oikeuksien välistä tehtävien jakoa. Työryhmä antoi loppumietintönsä loppusyksyllä 2010.³²⁸

Hallintolainkäyttötoimikunta aloitti työnsä perehtymällä hallintotuomioistuinten ja hallintolainkäyttöä varten asetettujen lautakuntien työhön. Toimikunta vieraili muun muassa lähes kaikissa hallintotuomioistuimissa. Lisäksi toimikunta piti yhteiskokouksia työryhmien kanssa. Kuitenkin työryhmät viimeistelivät itse mietintönsä ja antoivat ne omissa nimissään. Vaikka toimikunnan työskentelyaika oli yli kolme vuotta, tämä aika osoittautui kuitenkin liian lyhyeksi ja tiukaksi. Olisi ollut välttämätöntä, että toimikunta olisi laatinut vielä kokoavan loppumietinnön.

Tässä yhteydessä kiinnitän huomiota vain kolmeen seikkaan prosessityöryhmän ehdotuksesta uudeksi laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa, joka korvaisi hallintolainkäyttölain. Ensimmäinen jatkovalmistelussa ratkaistava asia on se, *säädetäänkö kokonaan uusi laki vai tarkistetaan vain hallintolainkäyttölakia*. Tästä asiasta ollaan kahta eri mieltä. Esimerkiksi kuulemistilaisuuksissa korkeimman hallinto-oikeuden presidentti *Pekka Hallberg* oli selkeästi lain tarkistamisvaihtoehdon kannalla. Toimikunta taas ehdotti kokonaan uuden lain laatimista.

Itse olen tästä asiasta toisessa yhteydessä kirjoittanut seuraavasti: ”Uudistuksia suunniteltaessa joudutaan pohtimaan uudistuksen lakiteknistä toteuttamistapaa.

mään. Muina työryhmän jäseninä olivat lainsäädäntöneuvos *Arja Manner* oikeusministeriöstä, kansliapäällikkö, myöhempi hallintoneuvos *Riitta Mutikainen* korkeimmasta hallinto-oikeudesta, hallinto-oikeustuomari *Ahti Pekkala* Rovaniemen hallinto-oikeudesta, Hämeenlinnan hallinto-oikeuden hallinto-oikeustuomari, myöhempi oikeusministeriön kehittämisspäälikkö *Ann-Mari Pitkäranta*, lainsäädäntöneuvos, myöhempi hallintoneuvos *Eija Siitari-Vanne*, ylituomari *Veijo Tarukannel* Kuopion hallinto-oikeudesta ja vakuutus-oikeustuomari *Kari Uusitalo* vakuutus-oikeudesta. Lisäksi työryhmällä oli useita pysyviä asiantuntijoita ja sihteereitä.

³²⁵ OM 2009:19, josta pyydetyistä lausunnoista laadittiin myös lausuntotiivistelmä (OM 63/2010).

³²⁶ Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Prosessityöryhmän mietintö. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 4/2011.

³²⁷ Työryhmää johti emeritus professori *Teuvo Pohjolainen* ja sen jäseniä aikaisemmin mainittujen *Arja Mannerin* ja *Ann-Mari Pitkärannan* lisäksi kansliapäällikkö *Päivi Pietarinen* korkeimmasta hallinto-oikeudesta, ylituomari *Liisa Talvitie* Vaasan hallinto-oikeudesta, johtava lakimies *Heikki Harjula* Suomen Kuntaliitosta ja yliassistentti *Pekka Länsineva* Turun yliopistosta.

³²⁸ OM 78/2010.

Kokonaisuudistuksia laadittaessa on perusteltua säätää myös asiaa koskeva uusi laki. Tämä ratkaisu on perusteltu erityisesti silloin, kun uudistuksen kohteena oleva lainsäädäntö on asiallisesti ja kielellisesti vanhentunut. Vanhan lain paikkaaminen on vaikeata.” Ja edelleen: ”Kokonaan uuden lain laatiminen on perusteltua myös silloin, kun joudutaan tarkistamaan lain useita pykälää sekä lisäämään uusia pykälää, jopa uusia lukujakin. Toisaalta on tärkeätä, että laeilla on tietty pysyvyys. Sen vuoksi laajoja kokonaisuudistuksia tulee tehdä harkiten.”³²⁹

Prosessityöryhmä on mietinnössään pohtinut uuden lain säätämisen ja hallintolainkäyttölain tarkistamisen välisiä etuja ja haittoja. Nykyisen lain tarkistamista puoltavina seikkoina toimikunta toi esiin seuraavat:

- Keskeisiä hallintolainkäyttölain periaatteita ei ole tarkoitus muuttaa. Esimerkiksi virallisperiaate säilyisi. Samoin vastaisuudessakin yksityinen asianosainen voisi hoitaa asiansa turvautumatta asianajajaan tai muuhun asiamieheen.
- Hallintolainkäyttölaki on ollut voimassa suhteellisen lyhyen ajan, noin 14 vuotta, ja lainvoimassaolon aikana lakia on muutettu vain kahdeksan kertaa. Muutokset ovat olleet lain kokonaisuuteen nähden varsin vähäisiä ja ovat pääosin johtuneet muuhun lainsäädäntöön tehdyistä kokonaisuudistuksista.
- Käytännössä voimassa olevan lain muuttaminen voisi helpottaa soveltamista, jos uudet säännökset eivät merkitsisi muutosta lain rakenteeseen.³³⁰

Toimikunta perustelee uuden lain säätämistä seuraavasti: ”Uuden lain säätäminen on kuitenkin selkeämpi vaihtoehto, kun lakiin tehdään paljon muutoksia. Ehdotettujen muutosten tekeminen nykyiseen lakiin merkitsisi sitä, että hallintolainkäyttölain pykälistä noin kaksi kolmasosaa olisi muutettuja tai kokonaan uusia. Uuden lain säätäminen antaa myös mahdollisuuden tarkistaa lain rakennetta. Esitysluonnoksessa perussäännökset valittamisesta viranomaisen päätöksestä ja hallintotuomioistuimen päätöksestä olisivat eri luvuissa. Lain rakennetta selkeytettäisiin muutenkin nykyisestä.”³³¹

Prosessityöryhmä ei ole mietintöönsä sisällyttänyt toista vaihtoehtoa. Sen vuoksi ei voida yksiselitteisesti nähdä, miltä hallintolainkäyttölain muuttaminen näyttäisi

³²⁹ Ks. Niemivuo 2008: 69.

³³⁰ Ks. OM 4/2011: 56.

³³¹ Ibid: 57.

käytännössä. Joka tapauksessa tähän vaihtoehtoon päätyminen merkittävästi viivyttaisi uuden lain valmistumista.

Ehdotetun *lain nimike* on toinen merkittävä kysymys, josta valmisteluvaiheessa on ollut erilaisia käsityksiä. Toimikunta ehdotti uudelle laille myös uutta nimikettä. Nimike ”Laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa” on varsin pitkä. Varmaa on myös se, että käytännössä kukaan ei laista puhuttaessa kutsuisi sitä tällä nimikkeellä, vaan jollakin lyhyemmällä. Tämän myös toimikunta totesi. Ehdotustaan toimikunta perusteli sillä, että nimike olisi yksiselitteinen ja informatiivinen. Lisäksi se muistuttaisi rikosprosessia koskevan lain nimikettä, joka on laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa.³³²

Toimikunnassa oli esillä useita nimikevaihtoehtoja: ”Laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa”, ”Laki oikeudenkäynnistä hallintotuomioistuimissa”, ”Hallintoprosessilaki”, ”Hallintoprosessikaari” ja ”hallinto-oikeudenkäyntilaki”. Mietinnössään työryhmä ei mainitse omaa suosikkiani eli nykyistä nimikettä ”Hallintolainkäyttölaki”. Mitä vikaa siinä on? Se on vakiintunut käyttöön. Samoin sen ruotsinkielinen nimike on ”Förvaltningsprocesslag”. Mikään ei estä sitä, että uudelle laille annetaan sen entinen nimike. Minulle kävisi myös hyvin ”hallintoprosessilaki”, joka olisi suora käännös Ruotsin vastaavan lain nimikkeestä.

Ehdotetun uuden *lain rakenne* on kolmas kysymys, jonka otan esille. Alla käy ilmi rinnakkaisteksteinä toimikunnan ehdotus sekä oma ehdotukseni.

OM:n julkaisu 4/2011

Laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa

- 1 luku. Yleiset säännökset
- 2 luku. Valitus hallintopäätöksestä
- 3 luku. Valituksen tekeminen
- 4 luku. Muu hallintolainkäyttöasia
- 5 luku. Puhevalta ja avustajan tai asiamiehen käyttäminen
- 6 luku. Asian käsittely ja selvittäminen
- 7 luku. Menettely suullisessa käsittelyssä
- 8 luku. Tiedoksianto

Oma ehdotukseni

Hallintolainkäyttölaki / Hallintoprosessilaki

I OSA. Yleiset säännökset

- 1 luku. Lain soveltamisala ja muut yleiset säännökset
- 2 luku. Valitus hallintopäätöksestä
- 3 luku. Valituksen tekeminen
- 4 luku. Puhevalta ja avustajan tai asiamiehen käyttäminen

II OSA. Asian käsittely, selvittäminen ja päätöksenteko

³³² Ibid: 57.

9 luku. Hallintotuomioistuimen päätöksenteko

10 luku. Oikeudenkäyntikulut

11 luku. Päätöksen korjaaminen ja täydentäminen

12 luku. Valitus hallintotuomioistuimen päätöksestä

13 luku. Ylimääräinen muutoksenhaku

14 luku. Voimaantulo

5 luku. Asian käsittely ja selvittäminen

6 luku. Menettely suullisessa käsittelyssä

7 luku. Hallintotuomioistuimen päätöksenteko

8 luku. Päätöksen korjaaminen ja täydentäminen

III OSA. Jatkovalitus, ylimääräinen muutoksenhaku

ja muu hallintolainkäyttöasia

9 luku. Valitus hallintotuomioistuimen päätöksestä

10 luku. Ylimääräinen muutoksenhaku

11 luku. Muu hallintolainkäyttöasia

IV OSA. Erinäiset säännökset

12 luku. Tiedoksianto

13 luku. Oikeudenkäyntikulut

14 luku. Voimaantulo

Mielestäni uudessa laissa ei pitäisi luopua osajaosta, joka olennaisella tavalla systematisoi ja selkeyttää lain rakennetta. Tätä 125 pykälää käsittävää lakia ei voida tarkoituksenmukaisella tavalla systematisoida käyttämällä pelkästään lukujakoa ja pykäläotsikoita. Lisäksi tarvitaan ehdottomasti osajakoa, kuten nykyisessäkin laissa. Muutoinkin lukujen järjestys kaipaa pohdintaa. Eräät luvut eivät ole selvästikään oikeilla paikoilla. Erityisesti tiedoksiantoa ja oikeudenkäyntikustannuksia koskevat luvut ovat väärässä järjestyksessä.³³³

³³³ Tässä esittämäni säädöspoliittiset ja lakitekniset näkökohdat eivät ole jälkiviisastelua. Olen esittänyt nämä huomautukset myös prosessityöryhmän ja hallintolainkäyttötoimikunnan yhteiskokouksissa.

Lähteet

Hallberg, P. (1986). *Ylimääräinen muutoksenhaku hallintoasioissa*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Hallberg, P., Ignatius, P. & Kanninen, H. (1996). *Hallintolainkäyttölaki*. Helsinki: Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton Kustannus.

Hallintolainkäytön horisontaaliryhmä (2001). *Hallintolainkäytön horisontaaliryhmän loppuraportti 30.11.2001*. Helsinki: Oikeusministeriö.

HE 49/1949 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi muutoksenhausta hallintoasioissa.

Jukarainen, H. & Sahla, A. (2003). Hallinto-oikeuksien työmenetelmäselvitys.

KHO:n tutkimusjulkaisuja 1/2009. Oikeusturvan todellisuus – pyramiditutkimus hallintolainkäytön vaikuttavuudesta. Helsinki: Korkein hallinto-oikeus.

Koivisto, I. (2011). *Hyvän hallinnon muunnelmat. Julkisoikeudellinen tutkimus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Krogerus, M. (2012). Tuomioistuinuudistus ei kestä päivänvaloa. Vieraskynä. *Helsingin Sanomat* 13.4.2012.

Koulu, R. (2012). *Lainkäyttöä vai hallintolainkäyttöä?* Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.

Komiteanmietintö 1973: 114. Hallintolainkäyttötoimikunnan mietintö. Helsinki: oikeusministeriö.

Komiteanmietintö 1981: 64. Hallinnon oikeusturvakomitean mietintö. Helsinki: oikeusministeriö.

Komiteanmietintö 1985: 48. Hallintolainkäyttökomitean mietintö. Helsinki: oikeusministeriö.

Komiteanmietintö 1997: 13. Perustuslaki 2000. Helsinki: oikeusministeriö.

Kulla, H. (1980). *Hallintolainkäyttö ja hallinto*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Lainvalmistelukunnan julkaisuja. Lvk 1936: 5. Mietintö alemmanasteisesta hallinto-oikeudellisesta lainkäytöstä.

Lainvalmistelukunnan julkaisuja. Lvk 1939: 3. Tarkistettu ehdotus hallituksen esitykseksi

Eduskunnalle alemmanasteisesta hallinto-oikeudellisesta lainkäytöstä.

Lainvalmistelukunnan julkaisuja. Lvk 1944: 5. Mietintö muutoksenhausta hallintoasioissa.

Merikoski, V. (1968). *Hallinnon oikeussuojajärjestelmä*. Toinen, uudistettu painos. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Mäenpää, O. (2004). *Hallintoprosessioikeus*. 2. uudistettu painos. Helsinki: WSOYpro Oy.

Mäenpää, O. (2007). *Oikeudenkäynnin julkisuus hallintotuomioistuimissa*. Helsinki: Edita.

Mäkinen, E. (2010). *Kunnallisvalitus. Kiusantekoa vai tarpeellista valvontaa ja oikeusturvaa?* Helsinki: Edita Publishing Oy.

Niemivuo, M. (1999). *Some Remarks on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties in Finland. Proceedings*. Multilateral conference. Lisbon (Portugal) 31 May – 2 June 1999. Strasbourg: Council of Europe Publishing. 117–126.

Niemivuo, M. (2008). Lain kirjain. Helsinki: Edita.

Niemivuo, M., Keravuori-Rusanen, M. & Kuusikko, K. (2010). *Hallintolaki*. 2., uudistettu laitos. Helsinki: WSOYpro Oy.

Oikeusministeriö. Asettamis päätös 23.6.2010. 7/021/2010. Hovi- ja hallinto-oikeusverkoston kehittämistä suunnitteleva toimikunta.

Oikeusministeriön julkaisu 2003: 4, Oikeusturva-asiain neuvottelukunnan kertomus toiminnastaan vuosilta 2002–2003. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2004: 10. Hallintolainkäytön kehittämisohjelma 2004–2007. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön työryhmämietintö 2005:12. Valitusten käsittelyn nopeuttaminen yhteiskunnan ja alueiden kehittämisen kannalta merkittävässä asioissa. Seurantatyöryhmäraportti. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön julkaisu 2006: 4. Hallintolainkäytön kehittämistarpeita. Näkökohtia lainvalmistelun pohjaksi. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön työryhmämietintö 2006: 20. Valitusten käsittelyn nopeuttaminen yhteiskunnan ja alueiden kehittämisen kannalta merkittävässä asioissa. Seurantatyöryhmän loppuraportti. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön työryhmämuistio 4.4.2008. Passiivisuustyöryhmä. Oikeussuojakeinot käsittelyn viivästyessä – sääntelyvaihtoehtojen esittely ja arviointi. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön työryhmämietintö 2008: 5. Käsittelyn joutuisuus hallinnossa ja oikeussuojakeinot käsittelyn viivästyessä. Passiivisuustyöryhmän mietintö. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2008: 17. Hallintolainkäytön nykytila ja kehittämistarpeita. Raportti kyselystä asiamiehille ja avustajille. Helsinki: Oikeusministeriö.

Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2008: 18. Hallintolainkäytön nykytila ja kehittämistarpeita. Raportti hallintotuomioistuinten lainkäyttöhenkilökunnan kyselystä. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön työryhmämietintöjä 2009: 19. Prosessityöryhmän väliraportti. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön työryhmämietintöjä ja lausuntoja 63/2010. Lausuntotiivistelmä prosessityöryhmän väliraportista saaduista lausunnoista. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 78/2010. Tehtävien jako hallintotuomioistuinten kesken. Hallintolainkäytön tasotyöryhmän mietintö. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 4/2011. Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Prosessityöryhmän mietintö. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 17/2011. Hovi- ja hallinto-oikeusverkoston kehittäminen. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisuja (LAVO 2/1994). Hallintolainkäyttölaki. Oikeusministeriön ehdotus. Helsinki: oikeusministeriö.

Oikeusministeriön oikeushallinto-osaston muistio 2.5.2012. OM 7/021/2010. Hovioikeuksien ja hallinto-oikeuksien rakenneuudistus.

Rovaniemen hallinto-oikeus (2011). Vuosikertomus 2011. Rovaniemi.

Siitari-Vanne, E. (2005). *Hallintolainkäytön tehostaminen*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys,

Staten offentliga utredningar 2011: 42. En reformerad domstolsutredning. Betänkande av Domarlagsutredningen. Stockholm: Offentligaförlaget, Publit AB

Vilkkonen, E. (1971). Ruotsin hallintolainkäyttö valinkauhassa. *Lakimies* 1971, 484–504.

Väätänen, U. (2011). *Oikein ja joutuisasti. Joutuisuus hyvän hallinnon ja oikeusturvan takeena hallintotoiminnassa*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.

AJATUKSIA HALLINTOPROSESSIN ASIANOSAISRAKENTEISTA

Pekka Vihervuori

1. Lähtökohta

Hallintoprosessin asianosaisrakenteista esitetään aina silloin tällöin kriittisiä näkemyksiä, joiden voi kuitenkin uumoilla perustuvan enemmän tai vähemmän pinnalliseen käsitykseen asioiden tilasta. Taustalla saattaa olla ajatus rakenteiden oletetusta epäselvyydestä, esimerkiksi verrattuna johonkin sukulaisilmioon, jollaisena useimmiten kai esiintyy siviiliprosessin asianosaisrakenne. Muodollisen vastapuolisuhteen puuttumista päätöksentekijäviranomaisen ja asianosaistahon välillä on pidetty jopa syynä päätöksenteon oletetusti heikolle laatutasolle³³⁴ Samaan keskusteluun liittyy usein myös torjuva suhtautuminen hallintoprosessin virallisperiaatteeseen. Oletettuun ongelmaan olisi joidenkin mielestä olemassa yksinkertainen korjaus, ideaaliksi sellaisenaan mielletyn siviiliprosessuaalisen kaksiasianosaissuhteen ja siihen liittyvän vastakohtaisuuden (adversiaalisuuden) omaksuminen.

Lievempänä korjausmuotona on tuotu esiin viranomaisosapuolen aseman yleisellä tasolla tapahtuva selventäminen. Viimeksi mainittuunkin, siis selventämistarpeeseen *de lege ferenda*, voidaan suhtautua skeptisesti. Hallintolainkäytön ja viranomaisroolienkin suuren vaihtelun vuoksi tuollainen yleisellä tasolla tapahtuva formaalinen selventäminen ei nimittäin käytännön kannalta näytä erityisen hedelmälliseltä. Tyydyn tässä kuitenkin viittaamaan asiasta hallintoprosessi uudistuksen yhteydessä käytyyn keskusteluun.³³⁵

Meidän hallintoprosessimme lähin vastine ja paljossa esikuvakin löytyy tunnetusti Ruotsista. Sieltä on tunnistettavissa kaksiasianosaissuhdekeskustelun keskeinen motiivikin. Ruotsin hallintoprosessilakiin (*förvaltningsprocesslag*) on nimittäin 1990-luvulla lisätty prosessuaalista kaksiasianosaissuhdetta tarkoittava säännös (7 a §, "*Om en enskild överklagar en förvaltningsmyndighets beslut skall den myndighet som först beslutade i saken vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet överlämnats till domstolen.*") Säännös ei koske tilanteita, joissa

³³⁴ Näin Koulu 2012: 248.

³³⁵ Oikeusministeriö, Mietintöjä ja lausuntoja 40/2011: 10–11.

ylioikeus eli kamarioikeus on ensimmäinen oikeusaste. Tällaisen normin säätämisen on Ruotsissa luonnehdittu olleen yhteydessä kontradiktorisuuden lisäämiseen.³³⁶ Kontradiktorisuus ei tässä kuitenkaan tarkoita niinkään kuulemisperiaatetta, vaan tuomioistuimen selvittämisvelvollisuuden vähentämistä ja sen kohdistamista aiempaa enemmän osapuolille.³³⁷ Osapuolina, tai nyt siis asianosaisina, ovat korostetusti päätöksentekijäviranomaisen ja asian (yksi) asianosainen.

Palaan Ruotsin sääntelytilanteeseen vielä jäljempänä. Seuraavassa tarkastelen hallintoprosessimme asianosaisrakenteita ja niiden taustalla olevia yleisempiä näkökohtia.

2. *Viranomaisen ja yksi yksityinen asianosainen: yksi- vai kaksiasianosaissuhde?*

Klassisen suomalaisen hallintoprosessin prototyypinä voitaneen pitää muutoksenhakuasiaa, jonka osapuolina ovat julkista valtaa käyttävä viranomaisen ja hallintoasian (yksi) yksityinen asianosainen. Aineellisen hallinto-oikeuden tai muun julkisoikeuden puolella tämä vastaa julkisoikeudellisen oikeussuhteen vertikaalista perustyyppiä. Oikeudenaloja, joissa tämä rakenne vallitsee, tai on joskus ainakin voinut, ovat esimerkiksi sosiaalioikeus ja vero-oikeus. Sama koskee vaikkapa ulkomaalaisasioita ja kansalaisuusasioita.

Viranomaisosapuolta ei siis suomalaisessa hallintoprosessissa ole luonnehdittu lainkäyttöasian asianosaiseksi, vaan lainkäyttövaiheen asianosaiskäsité on tältä osin rakennettu samojen lähtökohtien varaan kuin pohjalla olevan hallintoasiainkin asianosaiskäsité. Kriteerit ovat osin muodollisia, osin aineellisia. Viranomaisen itse ei tietenkään ole asianosainen ainakaan vielä siinä hallintoasiassa, jossa se käyttää päätösvaltaa.

Muutoksen hakeminen hallintopäätökseen ei ajatuksellisesti edellytä, että asiassa olisi voitava abstrahoida subjekti, vastapuoli, johon valittajan vaatimukset kohdistetaan, ajatellaanpa tällaiseksi tahoksi sitten päätöksentekijäviranomaisen tai joku asian muu osapuoli. Kyse ei ole hallintoprosessin uniikista kvalifikaatiosta, vaan

³³⁶ von Essen 2012: 31. Meillä on korostettu myös taustalla osin ollutta Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan fair trial -vaatimusta (Oikeusministeriö, Mietintöjä ja lausuntoja 4/2011: 32). On kuitenkin vaikea nähdä, että ihmisoikeussopimus mitenkään edellyttäisi muodollista kaksiasianosaissuhdetta – silloin, kun tämä edes teoriassa olisi ajateltavissa. Equality of arms -vaatimuksenkin kannalta kysymys selvitysvastuusta ja oikeussuojan takaamisesta on varsin monisyinen, ks. esim. Kuuliala 2011: 39–42.

³³⁷ von Essen 2012: 31.

yleisemmästä prosessin hahmotustavasta ja monesti itse asiassa sääntelyyn ankkuroituvasta järjestelmäpiirteestä, joka on riippumaton siitä, onko tällaisen muutoksen hakuasian toimivalta hallintotuomioistuimella vai yleisellä tuomioistuimella.

Yleisten tuomioistuinten puolella analogisia tilanteita voidaan löytää erityisesti niistä asioista, joissa käräjäoikeus toimii maa-oikeutena ja korkein oikeus ylimpänä asteenä. Kysymys on aina muutoksenhausta. Valituksenalaista ensi asteen hallintopäätöstä asemaltaan vastaavat kiinteistötoimitukset ovat asiasisällöltään ja asianosaisrakenteeltaan hyvin moninaisia. Mukana on vaihtelevassa väärin siviili-riidan aineksia, mutta vain harvoin koko toimitus pelkistyy sellaiseksi. Tästä taas johtuu, että valituksenalainen toimitus, joka usein vain joiltakin osiltaan on muutoksenhaun kohteena, pitää prosessia koossa. Muutoksenhakijan vastapuolta ei tarvitse eikä kaikissa tapauksissa voisiakaan identifioida. Toimitusmiehistö ei vastapuolena kuitenkaan koskaan ole. Mukana on aina myös tietynlainen virallisperi-aate – mitä tahansa muutosvaatimusta ei voida hyväksyä ottamatta viran puolesta huomioon vaikutuksia kokonaisuuteen, kiinteistöjärjestelmään ja muiden oikeuksiin. Samat lähtökohdat koskevat maa-oikeutta ja edelleen korkeinta oikeutta myös haettaessa siellä muutosta yksityistielain mukaiseen kunnan tielautakunnan (tai sellaisena toimivan muunnimisen kunnallisen toimielimen) päätökseen.³³⁸ Kenenkään mieleen tuskin koskaan on juolahtanut, että valituksenalaisen päätöksen tehnyt tielautakunta pitäisi mieltää muutoksenhakijan vastapuoleksi maa-oikeudessa tai että prosessissa siellä tai korkeimmassa oikeudessa olisi tällaisen viranomaisvastapuolen puuttumisen perusteella jonkinlaista rakenteellista vajetta.

Muodolliseen kaksiasianosaisuuteeseen ei meidän hallintolainkäytössämme, monestakaan syystä, ole menty. Silti hallintoprosessin kokonaiskuva ei ole yhden asianosaisen asioissakaan kokonaan vailla osapuolirakenteen ominaisuuksia. Toki jo varhain prosessiin on omaksuttu esimerkiksi hallinnon lainalaisuudesta ja kontraktorisesta periaatteesta johtuen sellaisia piirteitä, jotka vaihtelevassa määrin ilmentävät kahden eri osapuolen välistä suhdetta. Tällaiset voimassa olevan oikeuden piirteet ovat toisinaan johtaneet luonnehdintaan *heikko kaksiasianosaisuus*.³³⁹ Tavallaan tätä edustaa jo se, että kummallakin osapuolella on ainakin jonkintasoinen selvitysvastuu omalta osaltaan. Prosessia ei olisi olemassa ilman sekä hallintoviranomaisen ratkaisua että siihen kohdistuvaa asianosaisen muutosvaatimusta. Päätöksentekijäviranomaisella, jota säännönmukaisesti kuullaan valituksen johdosta, voi yksityisen asianosaisen tavoin olla valitusoikeus, jos päätös

³³⁸ Jo tielautakunta itsekin saattaa olla muutoksenhakuaste, mutta sillä on myös merkittävää ensi asteen päätösvaltaa. Tielautakunnan toimivallasta Malin 2009: 983–984. Asianosaisrakenteista ks. esim. KKO 2010: 81 (osapuolena tiekunta ja eräät sen osakkaat).

³³⁹ Tästä kriittisesti Koulu 2012: 240–241.

kumotaan tai sitä muutetaan, vaikkakaan näin ei aina ole. Vielä selvemmin osapuolisuhteen piirteitä ilmenee oikeudenkäyntikulujen korvausvastuun kohdalla: viranomainen voi joutua kuluvastuuseen yksityistä asianosaista kohtaan, ja yksityinenkin julkista osapuolta kohtaan, vaikka tämä on harvinaista.

On siten johdonmukaista, että vireillä olevassa hallintoprosessi uudistuksessaan ei olla päätyvässä muodolliseen kaksiasiansuhteeseen, vaan siinä hyödynnettäisiin *osapuolen* käsitettä, joka kattaisi myös päätöksentekijäviranomaisen.³⁴⁰

Virallisperiaatteen soveltamismahdollisuus oikeussuojan sitä vaatiessa korostuu nyt puheena olevissa yksinkertaisimman mahdollisen asianosaisrakenteen eli vain yhden yksityisen osapuolen käsittävissä asioissa.³⁴¹ Tosin tämäkään ei ole mikään hallintoprosessin yksinoikeus, vaan virallisperiaatetta sovelletaan vaihtelevassa määrin kaikissa prosessilajeissa, meillä ja muualla.³⁴² Maissa, joissa ei ole hallintotuomioistuimia, oikeussuojan saatavuus ja oikeuskäytännön kehittäminen esimerkiksi vero-, sosiaali-, ulkomaalais- tai ympäristöoikeudellisissa asioissa saattaa olla monen mutkan takana. Ainakin Isossa Britanniassa, Norjassa ja Tanskassa keskustellaan aika ajoin erillisen hallintoprosessin luomisen aiheellisuudesta. Keskustelun eräänlainen lievempi muoto on ollut virallisperiaatteen jonkinasteinen omaksuminen siviiliprosessijärjestelmän puitteissa.³⁴³

Osassa hallintolainkäyttöasioita on viranomaistaholla prosessuaalisesti erkaannuttu kohteena olevasta julkisoikeudellisesta oikeussuhteesta. Näin on tapahtunut silloin, kun julkista osapuolta prosessissa edustaa sen itsensä sijasta erillinen organisaatio. Tällainen on tilanne verotuksessa (Veronsaajien oikeudenvilvontayksikkö prosessiosapuolena³⁴⁴), mikä merkitsee muodollisen kaksiasiansuhteen omaksumista oikeudenvilvontayksikön ja verovelvollisen välillä. Verottaja hallintopäätöksen tekijänä sitä paitsi on lähtökohtaisesti puolueeton ratkaisija ja siis eri asemassa kuin veronsaajat, jotka edustavat aineellisen julkisoikeudellisen oikeussuhteen osapuolitahoa. Aikaisemmin jonkin verran käytössä ollut valtion-

³⁴⁰ Oikeusministeriö, Mietintöjä ja lausuntoja 4/2011:

³⁴¹ Virallisperiaatteesta analyttisesti esim. Ragnemalm 2007: 78–79. Tämä korostaa selvitysvollisuuden johtavaa vaihtelevanasteista julkista etua niissäkin asioissa, joissa on tasapainoiset osapuolet. Periaatteen soveltamisesta myös Rihto 1998: 479 ja von Essen 2012: 31 ja 55–59.

³⁴² Hakemuslainkäytön osalta esim. Kuuliala 2011: 90–91, Ruotsin oikeuden eri prosessilajien osalta esim. von Essen 2012: 31.

³⁴³ Mm. Tanskassa on pohdittu, voitaisiinko ilman varsinaisten hallintotuomioistuinten perustamista mm. omaksua modifioitu virallisperiaate hallintopäätösten tuomioistuinkäsittelyssä, Werlauff 2001: 77.

³⁴⁴ Verohallinnosta annetun lain 14 §:n 1 momentin mukaan Veronsaajien oikeudenvilvontayksikkö käyttää veronsaajien puhevaltaa asianosaisena.

asiamiesjärjestelmä näyttää muutoin olevan hiipumassa. Entisen lääninasiamiehen vastinetta ei enää ole (ks. KHO 2008:64), ja ampuma-aselaissakin valtionasiamiehen on osapuolena nyttemmin korvannut poliisin keskushallinto. Asiamiesinstituutio – sen enempää kuin jokin tietty asianosaissuhderakennelmakaan – ei ole tarpeen viranomaistahon valitusoikeuden mahdollistamiseksi, vaan tämä määräytyy muista lähtökohdista käsin (hallintolainkäyttölain 6 §:n 2 mom. ja lukuisat erityissäännökset). Useilla sektoreilla valitusoikeuden omaavat viranomaiset ovat lisäksi toisia kuin päätöksentekoviranomainen, ja muutoksenhaku niiden toimesta saattaa kohdistua jo ensi asteen hallintopäätökseen.

Oleennaista koko järjestelmän kannalta kuitenkin on, että meillä ei ole yleisellä säännöllä omaksuttu mekanistista vastapuoliasetelmaa viranomaisen ja yksityisen välillä. Joissakin asiaryhmissä tämä saattaisi aineellisen lainsäädännön tavoitteiden ja kokonaisuutena ymmärretyn oikeussuojan kannalta olla suorastaan turmiollista. Ajatellaanpa vaikka lastensuojeluasioita ja sitä skenaariota, että muutoksen hakeminen hallintopäätökseen tekisi kunnallisesta lastensuojeluviranomaisesta asiakasperheen tai joidenkin sen jäsenten todellisen vastapuolen.

Vastapuoliajattelu hallintoprosessin lähtökohtana sivuuttaa myös ne lukuisat tilanteet, jossa päätöksentekijäviranomaista ei itseään ole tarkoitettukaan minkäänlaiseksi edunvalvojaksi. Jos hallintoviranomaisen tehtävänä on vain toimia asian puolueettomana ratkaisijana, mitään todellista adversiaalisuutta tähän ei ole kytkettävissä. Ajatellaanpa esimerkiksi vaalilautakuntaa puolustamassa hallintooikeudessa tiukasti sitä, miksi tietyt äänestysliput tulee hylätä.

3. *Moniasianosaiset asiat*

Mutta hallintoprosessin perusrakenteiden diversiteetti on olennaisesti edellä kuvattua suurempaa. Tämä taas johtuu itse hallintoasioiden ja niiden pohjalta syntyvien muutoksenhakutilanteiden tavattomasta vaihtelusta.³⁴⁵ Asianosaisia voi olla yhdessäkin hallintolainkäyttöasiassa huomattava määrä.³⁴⁶ Toki näin saattaa olla asian laita myös siviili- tai rikosprosessissa. Hallintoprosessissa jo yksin viran-

³⁴⁵ Aina tätä monimuotoisuutta tai sen merkitystä ei kuitenkaan näytetä tunnustettavan, vrt. Koululu 2012: 63. Rakenteellista monimuotoisuutta lisää osaltaan myös se, että osa hallintolainkäyttöasioista sisältää Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan soveltamisen kannalta rikosprosessuaalisia elementtejä. Tähän ei ole mahdollista tässä tarkemmin paneutua.

³⁴⁶ Tässä on sivuutettava se lainkäytön tilastointiin liittyvä seikka, että valitusasioita on lukumääräisesti enemmän kuin niitä hallintopäätöksiä tai alemman lainkäyttöasteen päätöksiä, joihin muutosta haetaan, ja vastaavasti enemmän kuin tuomioistuimen päätöstaltioita, koska jokainen valituskirjelmä samastakin päätöksestä on tapana diarioida omaksi asiakseen.

omaistahollakin voi erillisiä osapuolia olla yhdessä asiassa melkoisesti, kuten usein vesitalous- ja ympäristölupa-asioissa, joissa itse päätöksentekijä-hallintoviranomainen sen sijaan on monesti tarkoituksella erkaannutettu prosessuaalisesta edunvalvonnasta. Olennaista on kuitenkin se, että mukana voi olla sellaisia yksityisiä asianosaisia, joiden vaatimukset, edut ja oikeudet ovat toisiaan vastassa, jolloin varsinainen kaksiasianosaissuhde ja adversiaalisuus löytyykin juuri heidän väliltään.³⁴⁷ Tämä ilmiö tekee aina vain oudommaksi ajatuksen siitä, että muodollinen kaksiasianosaissuhde viranomaisen ja asian (yhden) asianosaisen välillä voisi toimia järjestelmän perusrakenteena.

Hallintolainkäytössä laajemman asianosaisrakenteen taustalla on siis ennen muuta se ilmiö, että asiassa – yleensä jo hallintopäätösvaiheessa – on osapuolina keskenään vastakkaisia intressejä omaavia yksityisiä tahoja, joiden oikeussuojasta myös suhteessa toisiinsa päätetään hallintomenettelyvaiheen jälkeen hallintoprosessuaalisessa järjestyksessä. Tämä julkisen vallan käyttöön liittyvästä perusvertikaalisuudesta eroava asioiden horisontaalinen piirre ei kuitenkaan merkitse itsenäisesti ratkaistavissa olevaa oikeusriitaa, vaan se perustuu aina vastaavan hallintoasian ratkaisutoimivaltaan. Muussa yhteydessä aiemmin lausumaani viitaten voin tässäkin pelkistää, että horisontaalinen piirre ei merkitse sovellettavan materiaalsen sääntelyn muuntumista yksityisoikeudelliseksi. Kysymys on vain asianosaisuudesta ja (useampien, vastakkaistenkin eri tahojen) oikeussuojan tarpeesta normikontekstissa, jossa tosin saattaa olla vahvojakin yksityistä suojaavia aineksia.³⁴⁸

Kun myös viranomainen tällöin on luonnollisesti mukana yhtenä osapuolena, syntyy *kolmikulmainen suhde*, jossa kolmion yhdessä kulmassa on hallintopäätöksen tehnyt viranomainen ja kahdessa muussa kulmassa yksi tai useampia yksityisiä asianosaisia kummassakin. Näin on asian laita esimerkiksi sellaisissa lupa-asioissa, joissa voi olla, ja käytännössä usein onkin, luvan hakijan kanssa vastakkaisia intressejä omaavia yksityisiä. Tällaisia voivat olla lähes kaikki rakentamisen, maankäytön, ympäristönsuojelun, luonnonvarojen käytön ja vesitalouden alaan kuuluvat lupa-asiat. Jo pelkkä kolmioasetelma merkitsee irtautumista sekä yksiasianosaissuhteesta että sellaisesta perinteisestä kaksiasianosaissuhteesta, jonka osapuoliksi presumoidaan päätöksentekijäviranomainen ja (ainoa) yksityinen asianosainen.

³⁴⁷ Ks. esim. Rihto 1998: 479, joka nostaa esimerkiksi kaksiasianosaissuhteesta tilanteen, jossa kiinteistön omistaja valittaa naapurilleen myönnetystä rakennusluvasta, eikä siis viranomaisen ja yhden asianosaisen välistä suhdetta.

³⁴⁸ Vihervuori 2010: 310.

Jos ja kun päätöksentekijäviranomaista ei katsota asianosaiseksi, kolmikulmainen tilanne merkitsee siis sitä, että varsinainen asianosaissuhde, tai oikeusriita, ilmenee vain kahden yksityisen tahon välillä. Koska tällaiset tilanteet ovat lukuisissa asiaryhmissä aivan tavallisia, ruotsalaistyyppinen prosessilain yleissäännös kaksiasianosaissuhteesta olisi kovin sekoittava, koska sen kohde on aivan toinen.

Vielä selvemmin *moniasianosaisuuteen* johtaa se, että kolmion kahdessa yksityisessä kärjessä, erityisesti ”haitankärsijäkärjessä”, voi olla suuri määrä asianosaisia itsenäisine vaatimuksineen. Näin on etenkin niillä oikeudenaloilla, joilla hallintolainkäyttölain 6 §:n 1 momentin valitusoikeussäännöksen (”Päätöksestä saa valittaa se, johon päätös on kohdistettu tai jonka oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun päätös välittömästi vaikuttaa.”) jälkimmäisen kriteerin *välittömästi vaikuttaa* -vaatimusta on laajasti vaikuttavalla, paljolti perusoikeuspohjaisella erityissääntelyllä selkeästi väljennetty.³⁴⁹ Tästä myös seuraa, että oikeudellinen tarve tietyn yksityisen vastapuolen muutoksenhauille usein syntyy vasta ensimmäisen asteen muutoksenhakutuomioistuimen ensin muutettua hallintopäätöstä toisen tekemän valituksen johdosta. Mistään väliintulosta ei tällöin ole kyse, vaikka asianomainen aineellinen asianosainen ei vaatimusintressin puuttumisen vuoksi olisi lainkaan esiintynyt muodollisena asianosaisena ensivalitusvaiheessa.

Kolmion kahteen ”yksityiseen” kärkeen sijoittuvat myös ne erilaiset tahot, joille laissa on erityissäännöksin annettu asianosaisen valtuuksia, erityisesti valitusoikeus, niitä kuitenkin yleensä asianosaisiksi luonnehtimatta. Nämä voivat olla aatteellisia tai edunvalvonnallisia järjestöjä tai erilaisia valvontatehtäviä omaavia viranomaisia tai itsehallintoyhteisöjä.

4. *Erilaisia yksityisten välisiä asianosaissuhteita*

Otan kolmikulmaisista suhteista – ja siis yksityisten välisistä kaksiasianosaissuhteista – joitakin esimerkkejä.

Vesioikeudellisissa lupa-asioissa on erityisen tavallista, että yksityisiä on asiassa toistensa vastapuolina (vaikkapa KHO 2011:115 ja KHO 2010:23). Niille on tyyppillistä sekin, että muut viranomaiset kuin hallintopäätöksen tekijä esiintyvät valittajina ja luvanhakija-yksityisen vastapuolina (esim. KHO 2009:62). Toisin sanoen päätöksentekijä on etäännytetty aktiivisesta osapuoliroolista, mutta asianosaisen valtuudet omaavia viranomaisia voi kyllä muutoin samassakin asiassa olla

³⁴⁹ Ks. Oikeusministeriö, Mietintöjä ja lausuntoja 40/2011, liitteenä oleva KHO:n lausunto s. 7.

useita. Tässä sanottu pätee vastaavasti *ympäristönsuojelulain* mukaisiin lupa-asioihin (esim. KHO 2008:72).

Samoin *maankäyttö- ja rakennuslain* mukaisissa lupa-asioissa yksityiset vastapuolet ovat tavallisia (esim. KHO 2012:10). Myös kaava-asioissa – vaikka kyseessä on kunnallisvalitus – esiintyy toisinaan selkeitä tosiasiallisia prosessuaalisia vastapuoliasetelmia yksityisten välillä (esim. KHO 2012:22). Tässä ei ole tarpeen mennä tarkemmin kaava-alueen maanomistajien tai muiden oikeudenhaltijoiden osapuoliasemaan ja mahdolliseen prosessuaaliseen asianosaisuuteen kaava-asiaassa, jossa valittajana on joku muu.³⁵⁰

Lunastusoikeudellisissa lupa-asioissa on päätöksentekijäviranomaisen ohella luonnostaan aina kaksi asianosaistahoa, lunastuksen hakija ja luovuttaja(t). Jos ensin mainittu on yksityisoikeudellinen oikeushenkilö, prosessuaalinen asianosaissuhde syntyy (ainakin) näiden yksityisten tahojen välillä (esim. KHO 2009:92). Myös yhdistelmä kunta lunastajana, valtion liikelaitos luovuttajana ja ministeriö hallintopäätöksen tekijänä on mahdollinen (KHO 2007:84), samoin monitahoisempi kombinaatio yksityiset sekä kunta valittajina, yksityinen yhtiö hakijana ja valtioneuvosto ratkaisijana (KHO 2007:41). Sama yksityisten välisen kaksiasianosaissuhteen mahdollisuus koskee usein myös kaivosoikeudellisia asioita (esim. KHO 2008:10).

Samantapainen kolmiosuhde voi syntyä myös *julkisia hankintoja* koskevissa asioissa.³⁵¹ Erityistä näissä asioissa on se, että hankinta-asian käsittelyssä hankintayksikköä nimenomaisesti pidetään valituksen tehneen asianosaisen tai viranomaisen vastapuolena.³⁵² Tässä on sivuutettava maininnalla se, että itse hankintayksikkökin saattaa oikeudelliselta muodoltaan olla yksityisoikeudellinen yhteisö.³⁵³ Eräät muut kunnalliset päätöksentekotilanteet saattavat myös synnyttää vastaavantapaisia osapuolisuhteita.³⁵⁴ Kysymys kielletystä *valtioneudesta* prosessin kohteena on tuonut viranomaisen ja valittajan lisäksi osapuoleksi myös sen, jolle kielletyksi väitettyä tukea on annettu (KHO 2011:33–35). Samoin *kilpailuasiois-*

³⁵⁰ Kuusiniemi 2005: 222–228.

³⁵¹ Esim. KHO 2011:59, KHO 2010:69 ja KHO 2010:19.

³⁵² L julkisista hankinnoista (348/2007) 89 § 1 mom. (321/2010).

³⁵³ Esim. KHO 2010:69 ja KHO 2010:39.

³⁵⁴ Esim. KHO 2008:70. Kaupungille kuuluvan ravintolan vuokraamista koskevasta ja tarjouskilpailun ratkaisun perusteineen sisältäneestä kaupunginhallituksen päätöspöytäkirjasta ilmeni, että yhtiö A:n tarjous oli päätetty hylätä puutteellisena. Kaupunginhallituksen päätös, jolla kaupungin toimintayksikkö oli oikeutettu tekemään ravintolan vuokraamista koskeva sopimus yhtiö B:n kanssa, oli välittömästi vaikuttanut yhtiö A:n oikeuteen ja etuun kuntalain 92 §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla. A oli siten asiassa asianosainen.

sa voi esiintyä useampiakin keskenään ristiriitaisia vaatimuksia esittäviä asianosaistahoja.³⁵⁵

Myös esimerkiksi erilaisissa *markkinavalvontaa* koskevissa asioissa jo hallintoviranomaisen päätöksen keskeisenä sisältönä saattaa olla yksityisten osapuolten välisen riidan ratkaiseminen. Sama vastapuolisuhde luonnollisesti ilmenee myös hallintolainkäyttövaiheessa.³⁵⁶

Patentteja ja tavaramerkkejä koskevista hallintolainkäyttöasioista osa on sellaisia, joissa ovat osapuolina mukana vain rekisteriviranomainen ja yksityinen haki- ja, osa taas sellaisia, joissa mukana on vastakkaisin intressein ja vaatimuksin myös kaksi yksityistä osapuolta.³⁵⁷

Lastensuojeluasioissakin syntyy samankaltaisia osapuolisuhteita niiden yksityisten välillä, joilla on asiassa itsenäinen valitusoikeus (KHO 2011:113; ks. myös KHO 30.4.2009 T 1068, KHO 5.11.2010 T 3137 LRS ja KHO 16.6.2010 T 1494 LRS).

Hallintopakkoasiat muodostavat oman laajan kokonaisuutensa, jossa kaikki sellaiset asiat, jotka ovat tulleet vireille yksityisen vireillepanosta, johtavat kolmiosuhteeseen ja yksityisten väliseen horisontaaliseen vastapuoliasetelmaan.³⁵⁸ Tällöin jo se, kumpi hallintoasian yksityinen osapuoli on katsottava asian adreassaatiksi, on hankala kysymys. Sama koskee esimerkiksi edellä tarkoitettuja lunastuslupa-asioita.

5. *Lisänäkökohtia Ruotsin oikeudesta*

Arvioitaessa Ruotsin hallintoprosessilain kaksiasianosaissuhdetta tarkoittavaa hallintoprosessilain 7 a §:n säännöstä ja sen synty-ympäristöä on erityistä aihetta kiinnittää huomiota siihen, että yhtäläisyyksistä huolimatta Ruotsin hallintoprosessilain soveltamisala on osin merkittävästi toinen kuin Suomen hallintolainkäyttölain, ja erot ovat vuosien mittaan vain korostuneet erityisesti siten, että tyypilliset moniasianosaisasioiden kategoriat ovat, kenties yllättävästikin, kokonaan hal-

³⁵⁵ Rihto 2004: 343.

³⁵⁶ Esim. KHO 2012: 7 ja KHO 2007: 91, joissa muutoksenhaun kohteena oli viestintämarkkinalain mukainen viestintäviraston päätös teleyritysten välisen erimielisyyden ratkaisemista koskevassa asiassa.

³⁵⁷ Kahden yksityisen ja päätöksentekijäviranomaisen välinen asetelma on esimerkiksi ratkaisuis- sa KHO 2011: 119; KHO 2011: 120; KHO 2011: 4; KHO 2009: 52 ja KHO 2007: 16.

³⁵⁸ Ks. Vihervuori 2010: 305–311 ja esim. KHO 2009: 91.

lintotuomioistuinten ja hallintolainkäytön ulkopuolella. Kilpailuasiat käsitellään yleisten tuomioistuinten puolella. Erityisen merkittävä ero koskee koko laajaa rakentamisen, maankäytön, vesitalouden, ympäristönsuojelun, luonnonsuojelun ja luonnonvarojen käytön sektoria. Muutoksenhaku (tai eräissä tapauksissa jo ensimmäinen käsittelyvaihe) tapahtuu näiltä osin lähes kattavasti yleisten tuomioistuinten erityiskokoonpanoissa, maa- ja ympäristötuomioistuimissa (mark- och miljödomstolar, yliasteena mark- och miljööverdomstolen ja, ylimpänä, silloin kuin tämä on mahdollista, korkein oikeus).

Toisin sanoen noin viidennes tai neljännes KHO:een Suomessa päätyvistä hallintolainkäytön asioista on vailla vastinetta Ruotsin hallintotuomioistuimissa. Muutoksenhakuprosessi maa- ja ympäristötuomioistuimissa on hyvin erityislaatuista. Sovellettava prosessilaki on lähtökohtaisesti ns. ärendelagen, lag om domstolsärenden (1996:242), mutta koska tämä laki on lähtökohtaisesti tarkoitettu hakemuslainkäytön tapaisiin yksiasianosaisiin asioihin yleisissä tuomioistuimissa, prosessiin on jouduttu tekemään suuri määrä modifikaatioita, yleisesti ja normi-kontekstikohtaisesti. Eräs tällaisen muotoavan ja täydentävän sääntelyn tyyppi liittyy hallintolainkäytölle ominaisiin valitusoikeuskysymyksiin, etenkin järjestöjen ja viranomaisten valitusoikeuteen, josta on runsaasti erityissäännöksiä. Valitusoikeussääntelyn pohjana ovat muutoin viittaukset Ruotsin *hallintolakiin*, kuten esimerkiksi kaava- ja rakennuslain (plan- och bygglag) 13:8:ssä. Laki maa- ja ympäristötuomioistumista, lag om mark- och miljödomstolar (2010:921), sisältää lukuisia säännöksiä vastapuoliasetelmien määrittelystä. Kaiken kaikkiaan tämä prosessisääntely on lainkäytön linjojen kannalta vahvasti sekamuotoista. Hallintoprosessilaki ei näihin asioihin ensinkään liity, eikä siten myöskään sen säännös kaksiasianosaissuhteesta. Ruotsin järjestelmä kokonaisuutena on näin ollen niin erilainen, että siitä tuskin on rakennetason esikuvaksi Suomen hallintolainkäyttöä kehitettäessä.

6. Kokoavia päätelmiä

Moniasianosaisuus ja sen yleisyys hallintolainkäytössämme joka tapauksessa merkitsee, että puhe kaksiasianosaissuhteesta – joka standardinomaisesti näyttää viittaavan vain päätöksentekijäviranomaisen ja yhden asianosaisten väliseen suhteeseen³⁵⁹ – hallintoprosessin perusrakenteena on täysin epäadekvaatti järjestelmän kuvaajaksi. Puhe niin yksiasianosaissuhteesta kuin kaksiasianosaissuhteesta-kin implikoi tämän perusasian sivuuttamista.

³⁵⁹ Esim. Koulu 2012: 71, 240.

Voidaan toki väittää, että koko moniasianosaisuus on tarkemmassa analyysissä vain joukko rinnakkaisia prosessiasemia tai -relaatiota, jotka vain kumuloituvat samaan menettelyyn, samaan tapaan kuin vaikkapa useiden rinnakkaisten toisiinsa liittyvien kanteiden kohdistuessa samaan vastaajaan siviiliprosessissa. Mutta kyse on silti eri ilmiöstä. Asiaa voidaan tarkastella valituksenalaisen hallintopäätöksen kautta, koska sen kohtalosta prosessissa joka tapauksessa on kyse. Hallintoprosessi (tai muutoksenhakuprosessi, jos hallintoriidat sivuutetaan) nimittäin rakentuu aina vahvasti kohteena olevan hallintopäätöksen varaan. Tämän (ja toki myös itse prosessin) rajaaman kokonaisuuden sisällä kaikki on vaikutussuhteessa kaikkeen. Jos esimerkiksi lupapäätöksen sisältöön kohdistuu keskenään erilaisia ja ehkä erisuuntaisiakin muutosvaatimuksia, näitä ei voida ratkaista irrallaan toisistaan, vaan jokainen hyväksytty muutosvaatimus voi vaikuttaa siihen kohteeseen, jota muiden vaatimukset tarkoittavat muuttaa, suuntaan tai toiseen. Vaatimusten käsittelyssä ilmenee vahva riippuvuussuhde: Ensin on yleensä ratkaistava se valitus, jossa vaaditaan hallintopäätöksen kumoamista, ja vasta sitten se, jossa vaaditaan päätöksen muuttamista, mikäli lausuminen viimeksi mainitusta ei ole jo tullut tarpeettomaksi sen vuoksi, että koko hallintopäätös on jo kumottu toisen valituksen johdosta. Huolen pitäminen näistä joskus hyvinkin monimutkaisista vaikutussuhteista on pakostakin hallintotuomioistuimen prosessin johdon asiana, kutsuttakoon tätä sitten virallisperiaatteen ilmentymäksi tai joksikin muuksi.

Yksityiset vastapuolet (joihin puhevallan omaavat järjestöt ja viranomaiset tässä rinnastuvat) voivat siis samanaikaisesti esiintyä valittajina, vastakkaisin vaatimuksin. Tyypillinen tilanne on sellainen, että yksi osapuoli vaatii lupamääräyksen kiristämistä, toinen taas sen lieventämistä tai poistamista kokonaan. Samassa asiassa joku saattaa vaatia myös koko luvan epäämistä tai päin vastoin oikeutta sallittua laajempaan toimintaan. Hallintotuomioistuin ei tietenkään voi sillä tavoin lähteä erillisistä oikeussuhteista tai kumuloituvista rinnakkaisprosesseista, että se ratkaisisi vaatimukset toisistaan riippumatta. Tässäkin siis ”päätössidonnaisuus” on aivan keskeinen prosessia/prosesseja koossapitävä tekijä.

Oikeudenkäyntikulujen korvausvastuussa kolmikulmaisen osapuolirakenteen asiat ovat erityisen kiintoisia ja valaisevia. Ei nimittäin ole itsestään selvää, keiden välillä kuluvastuu kulloinkin voi toteutua. Periaatteessa vastuu kaikilla kolmion sivuilla on mahdollinen, ja käytännön ratkaisutkin ovat monimuotoisia.³⁶⁰

Prosessuaaliselta kannalta yksityisten asianosaisten välinen suhde ei ollakseen relevantti edellytä, että muun kuin valittajana olevan yksityisen osapuolen olisi

³⁶⁰ Vihervuori 2006: 679–680.

itse ilmoitauduttava ”prosessuaaliseksi asianosaiseksi” ja valittajan vastapuoleksi, vaan tämä saattaa edellyttää hallintotuomioistuimen prosessinjohtolta erityistä aktiivisuutta. Kysymys on viime kädessä hallintolainkäyttölain 34 §:ssä tarkoitettua kuulemisvelvollisuudesta.³⁶¹ Olettama tällaisten(kin) asioiden yksiasianosaisuudesta johtaa helposti oikeudenmenetyksiin, eikä tilanteita lainkäytössä aina tunnisteta.³⁶²

Eräänlainen tyyppiesimerkki on ratkaisu KHO 2011:48: Ympäristölautakunta oli hylännyt maa-aineslupahakemuksen sillä perusteella, että hankkeesta aiheutuisi asutukselle ja ympäristölle vaaraa sekä sellaista haittaa, joka ei olisi kohtuullisin kustannuksin vältettävissä. Hallinto-oikeus oli luvan hakijan valituksesta kumonnut ympäristölautakunnan päätöksen ja palauttanut asian tälle uudelleen käsiteltäväksi varaamatta niille ympäristölautakunnan päätöksessä tarkoitetuille asianosaisille, jotka olivat osallistuneet menettelyyn ympäristölautakunnassa, tilaisuutta tulla kuulluksi. Asian käsittelyssä hallinto-oikeudessa oli tästä syystä tapahtunut menettelyvirhe.

7. Vielä virallisperiaatteesta

Joskus on katsottu, että juuri hallintotuomioistuimessa sovellettava virallisperiaate, siis hallintolainkäyttölain 33 §:n mukainen selvitysvelvollisuus, on tehnyt prosessuaalisen kaksiasianosaissuhteen omaksumisen tarpeettomaksi.³⁶³ Tällöin silmällä on kuitenkin pidetty vain viranomaisen ja yhden asianosaisen välisiä asioita ja oletettu, että hankittava selvitys teemaltaan aina palvelee joko viranomaista tai asian (yhtä) asianosaista.³⁶⁴ Näin on kuitenkin vaikea tilannetta nähdä, ja vielä hankalammaksi tuollainen ajattelu menisi, jos tarkastelussa tunnistettaisiin myös kolmikulmisen asianosaisrakenteen asiat. Käytännössä vasta lausunnon saavutua voidaan arvioida, kenen hyväksi lausunto vaikuttaa osana asiassa kertynyttä kokonais selvitystä. On myös huomattava, että hallintolainkäyttöasioissa tarpeellinen selvitys ei läheskään aina ole sellaista erikseen yksilöitävissä olevaa näyttöä, joka olisi selkeästi rajattavissa asian oikeudellisesta arvioinnista. Erityisesti tämä koskee niitä asiaryhmiä, jolloin selvitys kohdistuu monimuotoisella tavalla tulevaisuuteen.³⁶⁵ Ajatus siitä, että mahdollisuus hankkia selvitystä virankin puolesta

³⁶¹ Erityislaki saattaa järjestää kuulemisen jo osana muutoksenhakumenettelyä, ks. esim. vesilaki (587/2011) 15:3.

³⁶² Problematiikasta ks. Kuusiniemi 2005: 234–239.

³⁶³ Koulu 2012: 255.

³⁶⁴ Koulu 2012: 267.

³⁶⁵ Ks. Vihervuori 2004: 506–510. Vastaavasta ilmiöstä hakemuslainkäytön puolella ks. Kuuliala 2011: 91–93.

olisi sellaisenaan suljettava pois asioista, joissa esiintyy yksityisten välisiä asianosaissuhteita, tuntuu tältäkin kannalta jäykältä ja perusteettomalta.

Viranomaislausuntojen pyytäminen (hallintolainkäyttölain 36 §:n 2 mom.) lienee virallisperiaatteen tavallisin ilmentymä, vaikka sekään ei ole säännönmukaista tai tavanomaista. Lausuntomenettelyssäkään ei muuten ole mitään hallintolainkäyttöä muusta lainkäytöstä kategorisesti erottavaa. Esimerkiksi tapaturmavakuutusasioissa korkeimmassa oikeudessa asiantuntijaviranomaisen kuuleminen vakuutusosoikeuden päätöksestä tehdyn valituksen yhteydessä on ollut sääntönä (esim. KKO 2012: 12, KKO 2011: 69, KKO 2011: 44, KKO 2011: 29 jne.), järjestelmällisemmin kuin ehkä missään korkeimman hallinto-oikeuden asiaryhmässä.³⁶⁶ Toki päätöksentekijäviranomaisen vastineenluonteisen lausunnon pyytäminen (hallintolainkäyttölain 36 §:n 1 mom.) on pääsääntönä. Omaaloitteiset viranomaislausunnot ovat mahdollisia niissä asiaryhmissä, joissa muutoksenhakujärjestelmään sisältyy julkinen kuuluttaminen tai vastaava tiedon antaminen hallintotuomioistuimelle tehdystä valituksesta. Jos toinen viranomainen on esiintynyt toimivaltaisessa viranomaisessa muistuttajana, sitä kuullaan säännönmukaisesti myös ylemmässä asteessa. Lausunnonantajia saattaa samassa asiassa olla useampiakin.

³⁶⁶ Ratkaisun KHO 2011:13 tilanne on varsin harvinainen. Siinä KHO oli pyytänyt valtioneuvostolta lausuntoa porojen vähentämistä koskevasta valitusasiasta. Valtioneuvostoa oli pyydetty lausunnossaan selvittämään erityisesti poronhoitolain 22 §:n soveltamiskäytäntöä eri palikunnissa ja erilaisissa vasantuotanto-olosuhteissa sekä asiaan liittyviä näkökohtia, jotka johtuvat saamelaisten asemasta alkuperäiskansana.

Lähteet

von Essen, U. (2012). Förvaltningsdomstols utredningsansvar. *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2012, 29–62.

Koulu, R. (2012). *Lainkäyttöä vai hallintolainkäyttöä*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.

Kuuliala, M. (2011). *Edunvalvontaan esitetyn kuuleminen alioikeudessa*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Kuusiniemi, K. (2005). Kolme kertomusta maanomistajan prosessuaalisesta asemasta kaava- ja maankäyttöasioissa. Teoksessa E. Havansi, R. Koulu, H. Lindfors & T. Lohi (Toim.). *Kaavoitus, rakentaminen, varallisuus. Juhlajulkaisu Vesa Majamaa 1945–28/12–2005*. Helsinki: Edita. 221–240.

Malin, K. (2009). Kunnallinen tielautakunta yksityistielain mukaisena muutoksenhakuforumina. *Defensor Legis* 6, 982–991.

Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Prosessityöryhmän mietintö. Oikeusministeriö, Mietintöjä ja lausuntoja 4/2011.

Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Tiivistelmä prosessityöryhmän loppumietinnöstä saaduista lausunnoista.

Oikeusministeriö, Mietintöjä ja lausuntoja 40/2011.

Ragnemalm, H. (2007). *Förvaltningsprocessrättens grunder*. Åttonde upplagan. Stockholm: Jure Förlag AB.

Rihto, A. (1998). Aineellisesta prosessinjohtosta hallintovalitusprosessissa. *Defensor Legis* 3, 476–481.

Rihto, A. (2004). Kilpailuasiat korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Teoksessa R. Nuolimaa, P. Vihervuori & H. Klemettinen (Toim.). *Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944–12/6–2004*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys. 339–348.

Vihervuori, P. (2004). Totuudesta hallintolainkäytössä. Teoksessa R. Nuolimaa, P. Vihervuori & H. Klemettinen (Toim.). *Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944–12/6–2004*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys. 494–510.

Vihervuori, P. (2006). Näkökulmia oikeussuojan kustannuksiin hallintolainkäytössä. *Defensor Legis* 4, 666–687.

Vihervuori, P. (2010). Muuttuva hallintopakko. Teoksessa T. Ojanen, M. Sakslin, O. Suviranta & I. Koivisto (Toim.). *Avoin, tehokas ja riippumaton. Olli Mäenpää 60 vuotta juhlakirja*. Helsinki: Edita. 303–324.

Werlauff, E. (2001). Domstolsprøvelse af forvaltningsakter – nogle refleksioner de lege ferenda over procesformen. *Juristen* 3, 77–89.

III

KUNTA JA KUNNALLISHALLINTO TÄNÄÄN

KUNTALIITOKSET JA UUSI PAIKALLINEN HALLINTA

Hannu Katajamäki

Tarkastelen tässä artikkelissa Suomen ja Ruotsin kuntauudistuksia paikallisen hallinnan näkökulmasta. Ruotsissa siirryttiin suurten kuntien asetelmaan jo 1970-luvulla. Suomessa on parhaillaan käynnissä kuntauudistus, jonka tuloksena kuntien määrä vähenee merkittävästi. Molemmissa maissa kunnilla on laajat tehtävät kansalaisten peruspalveluiden järjestämisessä. Kunnat ovat hyvinvointivaltion paikallisia käsiä. Niillä on veronkanto-oikeus ja vaaleilla valitut valtuustot, jotka vastaavat ylimmästä päätöksenteosta.

Kuntien koon kasvaminen edellyttää uudenlaisen paikallisen hallinnan järjestämistä, koska edustuksellisen demokratian välineet eivät kykene riittävän monipuolisesti ottamaan huomioon kunnan osa-alueiden erityisiä olosuhteita. Esittelen tässä artikkelissa joitakin esimerkkejä paikallisen hallinnan uusista muodoista Suomessa ja Ruotsissa.

1. Pienten yhtenäiskuntien perinne

Kun Suomessa perustettiin 1860-luvulla kunnat, edellytettiin, että maaseudulla seurakuntien ja kuntien rajat ovat samoja. Myös kappeliseurakuntien alueille saatiin perustaa omat kunnat. Vasta 1920-luvulla seurakuntien ja kuntien samanrajaisuuden vaatimuksesta luovuttiin (Soikkanen 1966). Tähän mennessä pienet kunnat olivat kuitenkin jo ehtineet syntyä. Aina 1970-luvun alkuun asti haluttiin myös kaupungit ja maaseudut pitää kuntajaotuksella erillisinä. Suomen kunnat olivat 1970-luvulle asti pieniä ja yhdyskuntarakenteeltaan yhtenäisiä. Perusmallina oli pääkeskus ja sen muodostama välitön vaikutusalue, josta käsin asiointi oman kunnan pääkeskuksessa oli vaivatonta.

Suomen kunnallishallinnon malliksi vakiintui yhtenäiseen ja keskitettyyn hallintoon perustava käytäntö. Tämä menettely takasi kansalaisille omista pienissä kunnissaan kohtuullisen tasapuoliset palvelut. Myös alueellinen demokratia toimi, sillä kuntien pienimpienkin osa-alueiden asukkaiden äännet riittivät omien edustajien saamiseen kotikunnan päättäviin elimiin.

Jonkin verran tehtiin vapaaehtoisia kuntaliitoksia 1960-luvun lopussa ja 1970-luvun alussa. Pian tahti harveni, kunnes uusi vaihe alkoi vasta 2000-luvulla, kun aloitettiin vahva pyrkimys kohti suurempia kuntia. Suomeen on syntymässä yhdyskuntarakenteeltaan moniulotteisia, useiden vanhojen peruskuntien muodostamia uusia kuntia. Tällaisista kunnista ei ole Suomessa aikaisempia kokemuksia. Kunnallisen demokratian ja kunnallishallinnon perinne nojautuvat pienehkön ja yhtenäisen kunnan ideaan.

2. *Vanhojen kuntaliitosten opetuksia*

Suomessa tehtiin 1970-luvun alussa parikymmentä kuntaliitosta (Katajamäki 1979). Kolme tekijää tiivistyy pitkän aikavälin seurantatutkimuksista. Havainnot ovat tähdellisiä myös uusien kuntaliitosten kannalta (ks. esimerkiksi Leinamo 2004).:

1. Merkittäviä kustannussäästöjä ei tullut.
2. Alueellinen demokratia kaveni. Tämä tarkoittaa, että etenkin valtuutettujen alueellinen jakauma keskittyi uuden kunnan pääkeskukseen ja sen välittömään ympäristöön.
3. Uusien kuntien sisäinen aluekehitys on ollut keskittyneempää kuin muuten samanlaisilla alueilla, joissa kuntaliitoksia ei toteutettu. Kansalaisten näkökulmasta kuntaliitokset ovat loitontaneet palveluja.

Suunniteilla olevien usean kunnan liitosten ennakkoselvittelyissä ja yhdistymis-sopimuksissa syntyvien kuntien moniaineksisuuteen on kiinnitetty jonkin verran huomiota. On kehitelty erilaisia osa-alueittaisia asukastoimikuntia, joista jotkut saavat päättää pienistä, omaa aluettaan koskevista määrärahoista. Ne saavat myös antaa lausuntoja omaan alueeseensa liittyvistä suunnitelmista, tehdä esityksiä budjettiin, seurata kuntaliitoksen vaikutuksia sekä osallistua uuden kunnan strategian suunnitteluun. Kaavaillut alueelliset toimielimet ovat toimivallaltaan heive-
röisiä. Niiden vaikutusvalta kunnan raskaan sarjan päätöksenteossa, etenkin budjettiprosessissa ja maankäytön suunnittelussa, on vähäinen.

3. *Kuntauudistuksen perustelut: esimerkkinä Suomi*

Jo 1970-luvulla Suomessa huomattiin ilmiö, jota alettiin kutsua *seutuistumiseksi*: kaupunkiseuduilla perinteinen kuntajaotus ilmensi yhä huonommin arjen toiminnallisuutta (vrt. Katajamäki 1988). Kuntarajat ylittävä työmatkaliikenne ja muu

asiointi lisääntyivät. Tämän arvioitiin häiritsevän järkevää yhdyskuntasuunnittelua sekä palveluiden organisointia. Kansalaisten arjen sujuvuuden häiriintymistä alettiin pelätä. Keskustelu seutuistumisen hyötyjistä ja kärsijöistä alkoi.³⁶⁷

Vuonna 1999 Potsdamissa järjestetyssä EU:n ministerikokouksessa aloitettiin ESDP (European Spatial Development Perspective) -prosessi. Siinä määritellään Euroopan unionin aluekehittämisen periaatteet. Erityisesti korostetaan kaupunkiverkon tärkeyttä EU:n ja yksittäisten jäsenvaltioiden kilpailukyvyn tekijänä. Maa-seutualueet kytkeytyvät kaupunkeihin monipuolisten vuorovaikutusasetelmien kautta. (ESDP 1999).

Kuntatalouden heikkenevät näkymät, suurten ikäluokkien jääminen eläkkeelle 2010-luvulla, palvelujen tehostamisen tarve, seutuyhteistyön tahmea eteneminen sekä ESDP-prosessin korostama kaupunkien ja maaseutujen vuorovaikutuksen tiivistäminen synnyttivät tarpeen uudistaa Suomen kunta- ja palvelurakenteita.

Käynnissä olevassa kunta- ja palvelurakennemuutoksessa kiinnitetään erityistä huomiota suurimpiin kaupunkiseutuihin. Seutuistumisen etenemisen seurauksena kuntajaotus ilmentää niillä erityisen huonosti kansalaisten ja yritysten arjen toiminnallisuutta. Kunta- ja palvelurakennemuutuksen edistämiseksi vuonna 2007 säädetty puitelaki edellyttikin suurimpien kaupunkiseutujen kuntien päättäjien pohtivan yhdessä erityisesti maankäytön ja liikennejärjestelyjen suunnittelua sekä palvelujen organisoimista. Vakavana vaihtoehtona korostettiin myös laajojen seudullisten kuntaliitosten mahdollisuutta. Tämänhetkisenä tavoitteena on vähentää kuntien lukumäärä yli 300:ta 100–150:een.

Suuri haaste liittyy sellaisten menettelytapojen löytämiseen, jotka tunnistavat laajojen kuntien kaikkien osa-alueiden erityispiirteet. Kansalaiset pelkäävät kuntaliitoksissa eniten omien lähipalvelujensa puolesta. Erityisesti pelätään kuntien laita-alueiden palvelujen huononemista. Merkille pantavaa on myös kansalaisten huoli liiallisen huomion kiinnittämisestä kuntarakenteisiin. Kansalaisten näkökulmasta palvelut ovat tärkeimpiä. (Siltaniemi et al 2009).

4. *Uusia suurkuntia uhkaa legitimitetin mureneminen*

Suurin haaste uusissa suurkunnissa on kansalaisten arjen sujuvuudesta huolehtiminen riippumatta siitä, missä osassa kuntaa kansalaiset asuvat. Kyse on tehok-

³⁶⁷ Huomasin tämän keskustelun voimistumisen ollessani Vaasan kaupunginvaltuuston jäsen vuosina 1997–2008.

kuus- ja läheisyysperiaatteiden yhteensovittamisesta. Tähän asti kuntaliitosten “strategisuus” on liitetty voittopuolisesti kunnan ulkoiseen kilpailukykyyn, kuten asukasluvun synnyttämään mielikuvaan ja elinkeinopolitiikkaan. Sisäinen kilpailukyky, joka on kansalaisten arjen kannalta oleellisin, on jäänyt vähäiselle huomiolle. Sisäisen kilpailukykyyn tärkeitä osatekijöitä ovat lähipalvelujen säilyminen sekä mahdollisuus vaikuttaa oman asuinalueen asioihin.

Ilman oleellista ajattelun monipuolistumista uudet suurkunnat ajautuvat nopeasti sisäisiin vaikeuksiin. Ylimpänä asialistalla ovatkin strategia- ja kilpailukykykysymysten sijasta yksittäisten kyläkoulujen ja muiden palvelupisteiden kohtalot. Kuntien keskusten ja muiden alueiden ristiriidat kärjistyvät. Kuntaliitosten “strategisuus” murenee arkipäivän riitelyyn, koska uudessa kunnassa ei ole todellisia välineitä käsitellä tehokkuuden ja läheisyyden välisiä kysymyksiä (vrt. Leinamo 2010).

Koska kansalaiset eivät arvioi voivansa vaikuttaa itselleen tärkeiden lähipalvelujen säilymiseen, uuden kunnan legitimitetti alkaa heikentyä. Tästä voi tosin seurata kiintoisaiakin asioita. Uudenlainen poliittinen kulttuuri ja uudenlaiset poliittiset ryhmittymät alkavat haastaa perinteisiä puolueita. Tässä voi olla siemen politiikan laajemmallekin uudistumiselle, myös valtakunnallisesti. Käytännön tasolla on kuitenkin turvattava kansalaisten hyvä arki. Tarvitaan uudenlaista kunnanosa-

5. Ruotsin kunnanosa-

Ruotsissa oli vielä 1950-luvun alussa lähes 2 500 kuntaa. Hyvinvointivaltion eteneminen johti siellä radikaaliin kuntauudistukseen. Ruotsissa moniaineksiset suurkunnat syntyivät jo 1970-luvulla. Nykyisin Ruotsissa on vajaat 300 kuntaa. Ruotsissa käytiin syvälinen keskustelu kunnallishallinnon tehokkuuden ja läheisyyden välisistä kysymyksistä jo 1970-luvulla. Nähtiin välttämättömäksi perustaa suurentuneisiin kuntiin toimivallaltaan riittäviä alueellisia toimielimiä. Vain niiden kautta arvioitiin voitavan taata kansalaisten osallistuminen ja kuntien legitimitetti. (Gren 2009).

Ruotsin kunnissa sovelletaan erityyppisiä kunnanosa-

Aluelautakunnalle on nimetty valmistelevat, esittelevät ja toimeenpanevat virkamiehet. Jäseninä ovat puolueiden esittämät ja osa-alueella asuvat kunnallispoliitikot. Aluelautakuntien poliittinen jakauma vastaa koko kunnan vaalituloksen mukaista poliittista jakaumaa. Aluelautakunta saa rahalliset resurssinsa osana Uumajan budjettiprosessia. Sen toimivalta on suuri niissä tehtävissä, jotka sen hoidettavaksi on Uumajan kaupunginvaltuuston päätöksellä annettu. Se joutuu tekemään myös ikäviä päätöksiä. Jos esimerkiksi jonkun alakoulun oppilasmäärä on uhkaavasti vähentymässä, joutuu aluelautakunta pohtimaan, miten asia ratkaistaan.

Ruotsin aluelautakuntamalli on yritys sovittaa yhteen tehokuuden ja läheisyyden vaatimuksia. Tietyt asiat on hoidettava kunnan yhtenäisen päätöksentekojärjestelmän kautta, mutta osa asioista voidaan siirtää kunnanosissa päätettäväksi. Budjettiteknisesti kyse ei ole monimutkaisesta asiasta, kunhan on löydetty yhteinen näkemys yhtenäisesti ja kunnanosittain hoidettavista kunnan tehtävistä.

Ruotsin aluelautakuntamallista tiivistyvät seuraavat näkökohdat (vrt. Strandin 1980, Gren 2009):

1. Ei ole tarkoituksenmukaista keskittää kaikkia kunnan tehtäviä valtuustoon, hallitukseen ja sektorilautakuntiin. Aluelautakuntien avulla voidaan toteuttaa luonteva työnjako yhtenäistä käytäntöä edellyttävien tehtävien ja kunnan osa-alueiden erityispiirteet huomioon ottavien tehtävien välillä.
2. Mahdollisuus toteuttaa hajautettua kasvustrategiaa. Mahdollisuus estää kunnan sisäisten kehityserojen lisääntyminen.
3. Mahdollisuus sopeuttaa yhteen tehokuutta korostava suuruuden logiikkaa sekä kansalaisten toivoma läheisyyden ja pienuuden logiikka.
4. Mahdollisuus estää kunnan sisäinen demokratiavaje ja siitä syntyvä kunnan legitimititeettikriisi.
5. Paikallisen demokratian toteutumisen näkökulmasta ei ole kuitenkaan syytä soveltaa Ruotsin käytäntöä, jossa kunnanosahallinnon poliittiset voimasuhteet määräytyvät koko kunnan vaalituloksen perusteella. Alueellisten toimielimien jäsenten valinnassa tarvitaan menettelyjä, jotka ottavat huomioon kunnan osa-alueiden asukkaiden tahdon ja ajattelun. Monikielillä alueilla kunnanosahallinnossa on otettava huomioon myös kielisuhteet.
6. Kunnanosahallinto ei tarkoita uusien virkojen perustamista, vaan kunnanosahallinnon edellyttämä virkamiestyö toteutetaan olemassa olevia toi-

menkuvia muokkaamalla. Tähän antaa nimenomaan kuntaliitos mahdollisuuksia.

7. Aluelautakunta lisää kunnan hallintoprosesseihin osallistuvien kansalaisten lukumäärää. Todellisten päätöksentekijöiden määrä on suurempi kuin neuvoa antavien aluefoorumien sovellutuksissa.

6. *Katse Yläkemijoelle*³⁶⁸

Erilaisista Suomessa sovellettavista kunnanosahallinnon käytännöistä Rovaniemen Yläkemijoen aluelautakunta näyttäisi parhaiten yhdistävän hallinnon tehokkuutta ja kansalaisille tärkeää läheisyyttä. Samalla se on alueen asukkaiden todellinen vaikuttamisen väylä eikä pelkkä kuulemisen ja lausuntojen antamisen foorumi

Yläkemijoen alueella on noin 1 100 asukasta. Yläkemijoen aluelautakunta on perustettu jo vuonna 1993. Tuolloin käynnissä oli vapaakuntakokeilu ja erilaiset kunnallishallintoon liittyvät kokeilut olivat suosittuja. Aluelautakunta oli mukana myös sisäasianministeriön osallisuushankkeessa 1990-luvun lopulla. Yläkemijoen aluelautakunta jäi pysyväksi. Tätä kirjoitettaessa (vuoden 2012 kesäkuu) Rovaniemellä ollaan laajentamassa Yläkemijoen aluelautakuntamallia myös kunnan muille osa-alueille. Se on saanut viime aikoina myös laajaa kansallista julkisuutta.

6.1. *Suoran demokratian sovellutus*

Ehdokkaat aluelautakunnan jäseniksi asetetaan toimialueen yhdeksässä kylässä järjestettävissä kansalaiskokouksissa. Jokainen kylä saa lautakuntaan yhden edustajan. Aluelautakunnan nimittää Rovaniemen kaupunginvaltuusto. Valinnassa ei korostu puoluepoliittinen näkökulma, vaan lautakuntaan nimitetään aktiivisia oman asuinalueensa edustajia.

Lautakunnalla on Rovaniemen kaupungin budjetista irrotettu vajaan kahden miljoonan euron vuosibudjetti. Se on monialainen tilaajalautakunta, joka huolehtii päivähoitoon, perusopetukseen, kulttuuriin, nuorisoon, kirjastoon, terveysneuvontaan ja kotipalveluun liittyvistä asioista. Se vastaa myös oman alueensa elinkeinojen kehittämisestä. Useimmat palvelut tuottaa Rovaniemen kaupunki, koska yksityisiä palveluntuottajia ei ole. Aluelautakunta julkaisee asukastiedote Kylä-

³⁶⁸ Teksti perustuu Yläkemijoen aluelautakunnasta tehtyyn arviointiraporttiin. *Yläkemijoen aluelautakunta. Tarkastuslautakunta. Palvelut -jaosto. Arviointi 6/2008. Rovaniemen kaupunki.*

kelloa kymmenen kertaa vuodessa. Lautakunnan yhteistyökumppaneita ovat yhdistykset, yritykset ja Rovaniemen seurakunta.

Rovaniemen kaupunginvaltuusto on asettanut Yläkemijoen aluelauta-kunnan tavoitteeksi palvelujen järjestämisen kansalaislähtöisesti, tehokkaasti ja taloudellisesti. Aluelautakunnan tilaamia palveluja arvioidaan samoilla kriteereillä kuin koko muun kaupungin vastaavilla tehtäväalueilla. Vuonna 2008 Rovaniemen tarkastuslautakunta teki arvioinnin lautakunnan 15-vuotisen toiminnan tuloksista.

6.2. Hyviä kokemuksia

Arvioinnissa kävi ilmi, että vuonna 2007 aluelautakunnan kautta ohjattiin päivähoitoon, terveysneuvontaan, kotihoitoon, perusopetukseen, kulttuuripalveluihin ja nuorisotiloihin 1676 euroa asukasta kohden. Rovaniemen kaupungin muun alueen vastaavat menot olivat 1258 euroa asukasta kohden.

Yläkemijoen aluelautakunnan tilaamien palvelujen kustannusrakenteesta tiivistyvät seuraavat näkökohdat: väkiluku vähenee ja tämän seurauksena yksikkökustannukset ovat kasvussa. Väestö ikääntyy. Etäisyydet ovat pitkiä ja tämän vuoksi alueellisella keskittämällä saavutettava säästö menetettäisiin kansalaisten suuremman liikkumistarpeen sekä siitä aiheutuvien kustannusten ja arjen hankaloitumisen myötä. Maaseudun palvelujen organisoinnissa on tarpeen arvioida kansalaisille aiheutuvia hyötyjä ja haittoja. Pelkkä kustannusten tarkastelu ei ole oikeudenmukaista.

Arvioinnissa tiedusteltiin myös aluelautakunnan jäsenten näkemyksiä toiminnan vaikutuksista. He korostivat vaikuttamismahdollisuutta lähiyhteisössä. Se on erityisesti kansalaisten näkökulmasta tärkeä periaate. Täsmennetyksi aluelautakunnan vahvat puolet olivat jäsenten arvioimina seuraavat: aluelautakunta pystyy reagoimaan joustavasti ja nopeasti palvelutarpeiden muutoksiin ja se on paikallinen kumppani alueen palveluntuottajille. Aluelautakunta pystyy tarkastelemaan Yläkemijoen aluetta kokonaisuutena.

Harvaan asutulla maaseudulla oman alueen kokonaisnäkökulma on asukkaiden kannalta hyödyllisempi kuin sektorilautakuntien koko kuntaa samanaikaisesti tarkasteleva katsanto. Tämä tukee niin sanotun uuden maaseutupolitiikan periaatetta, jossa korostetaan maaseutualueiden alueperustaista kehittämistä. Tätä näkökulmaa on voimakkaasti tuonut esiin esimerkiksi OECD (vrt. OECD 2006) ja se on omaksuttu myös Suomessa tärkeäksi maaseutupolitiikan periaatteeksi. Aluelautakunta toteuttaa lisäksi palvelujen järjestämisen läheisyysperiaatetta. Paikallinen aloitteellisuus saadaan käyttöön, kun etsitään uusia julkisen sektorin, yritysten ja kansalaisjärjestöjen välisiä toimintatapoja.

6.3. *Maaseudun ja kaupungin hedelmällinen vuorovaikutus*

Yläkemijoen aluelautakunnalla on myös oman alueensa kehittämistehtävä. Tätä varten on laadittu suunnitelma "Tekoja luokaa – maita valaiskaa". Aluelautakunta huolehtii sen päivittämisestä joka vuosi. Kehittämistyötä luonnehditaan aluelautakunnan arviointiraportissa seuraavasti: "Aluelautakunnan rooli erilaisten kehittämishankkeiden hallinnoijana on taannut jatkuvuuden. Alueella syntyneitä työllistämideoita on pystytty jalostamaan. On syntynyt Yläkemijoen aluetta hyödyttäviä yhteistyöverkostoja. Erityisen tärkeä on yhteistyöasetelma *Rovaniemen Kehitys Oy:n* kanssa."

Yläkemijoen kokemukset kaupunki–maaseutu -vuorovaikutuksen katsannosta ovat lupaavia. Kansalaislähtöisiä lähipalveluja on saatu organisoitua kaukana kaupungin pääkeskuksesta, harvaan asutun Lapin maaseudulla. Kansalaiset ovat hyötäneet eivätkä siitä aiheutuvat kustannukset ole kohtuuttomia. Alueperustainen budjetointi ja toimivallan määrittely on kyetty hoitamaan. Lautakunnan jäsenten valinnassa yhdistyvät kiinnostavasti edustuksellinen demokratia ja kansalaislähtöinen suora demokratia. On onnistuttu vakiinnuttamaan pinta-alaltaan suuren kaupungin yhtä maaseutualueetta koskeva käytäntö, joka yhtäältä tukee Yläkemijoen erityisiä asukaslähtöisiä kehittämistarpeita ja toisaalta koko Rovaniemen kaupunkistrategiaa.

6.4. *Johtopäätös*

Tuntemistani kunnanosa-hallinnon tavoista Yläkemijoen aluelautakunta on ainoa, joka pystyy täyttämään vakavasti otettavan ja kansalaisia palvelevan kunnanosa-hallinnon kriteerit: se laajentaa demokratiaa, sen avulla on mahdollisuus toteuttaa palvelujen organisoinnissa samanaikaisesti tehokkuutta ja läheisyyttä, se antaa välineitä oman alueen kansalaislähtöiseen kehittämiseen ja se pystytään ottamaan osaksi kunnan budjettiprosessia. Ruotsin vastaavat sovellutukset ovat mekaanisia ja hallintokeskeisiä.

7. *Paikkaperustaisen politiikan tarve*

Kansalaisten hyvä elämä ja onni edellyttävät arjen sujuvuuden ensisijaisuuden tunnustamista ja takaamista. Hyvä arki, hallinnan tunne sekä ennustettava elämä ovat voimallisia uudistusten edistäjiä ja onnellisuuden lähteitä. Tehokkuuden ja paikallisuuden huomioon ottamisen välillä ei tarvitse olla ristiriitaa, mikäli paikallistasolle taataan edellytykset omaehtoisten ratkaisujen kehittämiseen. Kansalaislähtöinen palvelujen organisointi on mahdollista toteuttaa kaikissa paikallisyhteisöissä.

Kaikkea ei luonnollisestikaan voida organisoida paikallislähtöisesti. Yhtenä esimerkkinä on erikoissairaanhoido. Kuitenkin huomattavan monet peruspalveluihin liittyvät kysymykset ovat paikallisia ja niiden organisointia voidaan pohtia paikallisyhteisöjen vaihtelevista tarpeista käsin. Tämä on paikkaperustaisen politiikan ydin.

Paikallislähtöistä yhteiskuntaa luonnehti kansalaisten, kansalaisjärjestöjen, yritysten ja julkisen sektorin monipuolistuva yhteistyö. Tätä asetelmaa kutsun *uudeksi paikallisuudeksi*. Sitä edistetään edellytyksiä luovalla kehittämisellä, jonka ytimenä on paikallisyhteisöjen oikeus kehittyä omista lähtökohdistaan. Edellytyksiä luova kehittäminen vieroksuu suuruuden logiikkaa ja ylhäältä annettuja hallinto-keskeisiä ratkaisuja. Sen tavoite on paikkojen, kulttuurien ja ihmisten moninaisuuden lisääntyminen.

Uusi paikallisuus ei ole valmis toimintamalli. Sen edistäminen edellyttää käytännön kokeiluja erilaisissa maantieteellisissä ympäristöissä. Lähtökohtana on kriittinen suhtautuminen suuruuden logiikkaan, palvelujen keskittämisen ja kansalaisten maantieteen ohittamiseen, jotka ovat käynnistäneet paikallisyhteisöjen orpoontumisen. Tarvitaan toimivaltaista paikallista hallintaa. Toimivalta tarkoittaa kansalaisten todellisia vaikuttamisen mahdollisuuksia omien paikallisyhteistöjensä palvelujen järjestämiseen ja maankäytön suunnitteluun. Yläkemijoen käytäntö on kiinnostava paikkaperustaisen politiikan sovellutus, jolla on Suomen suurentuvissa kunnissa laajoja soveltamisen mahdollisuuksia.

8. Paikkaperustaisen politiikan ja uuden paikallisen hallinnan asettuminen teoreettiseen yhteyteen³⁶⁹

Taustalla ovat *eksogeeniset* ja *endogeeniset* kehitysmallit. Kyse on erilaisista näkökulmista aluekehitykseen ja paikallisuuteen. Aina 1970-luvun lopulle saakka suurin huomio oli eksogeenisissä tekijöissä: korostettiin alueiden ulkoisiin riippuvuuksiin liittyviä rakenteita ja vaikutusyhteyksiä, taloutta sekä keskittymisen ja kaupungistumisen merkitystä.

Endogeenisen kehityksen mallit toivat keskusteluun uuden näkökulman. Ne korostivat alueperustaisuutta, paikallisia voimavaroja, yrittäjäjyötä ja maaseudun monimuotoisuutta (Ward et al 2005). Ajanjakso 1970-luvun puolivälistä 1990-luvun alkuun oli endogeenisen kehittämismallin konstruoimisen ja konkretisoimi-

³⁶⁹ Tämän kappaleen perustana ovat artikkelissa Hyyryläinen, Torsti et al (2011) kehitellyt teoreettiset ainekset.

sen aikaa. Michael Woodsin mukaan alhaalta ylöspäin -lähestymistavasta ja alueperustaisuudesta on tullut aluekehittämisen vallitseva paradigma. Hän kuitenkin viittaa aiheesta käytyyn kriittiseen keskusteluun ja toteaa, ettei lähestymistapa ole läheskään ongelmaton: yhteisöllisyys ei ole lääke kaikkiin paikallisyhteisöjen ongelmiin. Vaihtelevien paikallisten vahvuuksien seurauksena kaikilla alueilla ei ole samanveroisia sisäsyntyisiä edellytyksiä menestyä kovenevassa alueiden välisessä kilpailussa. (Woods 2006: 156.)

Newcastlen yliopiston tutkijat ovat osallistuneet aluekehittämisestä käytyyn teoreettiseen keskusteluun esitelleet *neoendogeenisuuden* käsitteen (Lowe et al 1995; Ray 1999a, 1999b, 2000, 2001, 2003). Ekso- ja endogeenisten tekijöiden vaikuttaessa yhdenaikaisesti syntyy paikallisyhteisössä asetelma, jossa sekoittuu sisäisiä prosesseja ja ulkoisia vaikutteita. Yhteiskunnallisen kehityksen nykytilanteessa sekoittuminen on erittäin monimutkaista.

Neoendogeenisesta näkökulmasta on keskeistä, miten voidaan parantaa paikallisyhteisöjen asukkaiden mahdollisuuksia itse vaikuttaa monivivahteisiin ekso- ja endogeenisten tekijöiden vuorovaikutusprosesseihin sekä ohjata niitä (Ward et al 2005: 5).

Kansalaisten ja kansalaisjärjestöjen osallistumiselle on luotava paremmat institutionaaliset välineet; osallistumismahdollisuuksia aluetta koskeviin päätöksentekojä ohjelmaprosesseihin on parannettava.

Neoendogeeninen lähestymistapa edellyttää aluekehittämisen uusia asetelmia. Tavoitteeksi tulee monitahoinen ja verkostomainen hallintaparadigma. Shucksmithin (2010) mukaan siinä ovat tärkeitä prosessit, joiden avulla hallinto pyrkii uusilla tavoilla synnyttämään vuorovaikutusta alueellisessa ja paikallisessa kehittämisessä. Uutta hallintaa toteutetaan asetelmissa, joissa julkiset, yksityiset ja yhteisölliset osapuolet työskentelevät yhdessä.

9. Paikallinen hallinta käytännössä: yhden etenemistien hahmottelua Suomen ja Ruotsin kokemusten perustalta

Aluelautakunta on paikallisyhteisöjen kehittämisen, lähipalvelujen organisoimisen ja paikallisdemokratian monipuolistamisen väline. Se on neoendogeenisten kehittämisasetelmien monipuolistamisen institutionaalinen instrumentti. Kaupunki- ja maaseutukuntien liitoksissa aluelautakuntien avulla voidaan ottaa huomioon maaseutu- ja kaupunkialueiden erilaisuus. Ainoastaan poikkeustapauksessa vanha peruskunta on tarkoituksenmukaisiin aluelautakunnan toiminta-alue. Aluelautakuntien rajojen määrittely on vaativa tehtävä; muodostettavien alueiden tulee

olla toiminnallisesti järkeviä ja asukasohjaltaan riittäviä, mutta ei kuitenkaan liian suuria.

Maaseudulla aluelautakuntamallin soveltaminen edellyttäisi kylän käsitteen nykyistä väljempää määrittelyä. Uudet kylät olisivat olemassa olevien kylien muodostamia yhteistoiminta-alueita. Hallinnollisesti ne olisivat kunnan organisaatioon kuuluvia aluelautakuntia. Tavoitteena olisivat toiminnallisesti mahdollisimman luontevat aluekokonaisuudet. Vaikka kuntien rajat jatkossa muuttuisivat, maaseudun toiminnalliset paikallisuusalueet, uudet kylät pysyisivät. Tämä olisi tärkeää maaseudun huomioon ottamisen jatkuvuuden kannalta. Käsitys maaseudusta ei saa olla riippuvainen hallinnollisista aluejakopäätöksistä.

Kuntien keskustoissa voidaan myös soveltaa aluelautakuntia. Niiden toimivaltaa ja tehtäviä on tuolloin kuitenkin pohdittava eri tavoin kuin maaseutualueilla, koska monet palvelut joka tapauksessa sijaitsevat keskustoissa lähietäisyydellä. Toisaalta osallistuminen oman alueen kansalaislähtöiseen kehittämiseen koskee myös keskustojen asukkaita, joten myös tiheän palveluverkon alueilla aluelautakunnille on tilausta.

Aluelautakuntien toimivallat vaihtelisivat toimintaympäristöjen mukaan. Rikkoutuuko tällöin kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun periaate? Toisaalta pyrkimys kohdella kaikkia paikallisyhteisöjä juuri samalla tavoin riippumatta maantieteellisestä ympäristöstä saattaisi johtaa kansalaisten katsannosta mekaanisiin ja jopa syrjiviin käytäntöihin. Tässä mielessä aluelautakuntien toimivallan säätäminen maantieteellisen toimintaympäristön mukaan olisi kansalaisten kannalta oikeudenmukaista.

Aluelautakunnan tehtävät ja toimivalta vahvistettaisiin kunnanvaltuustossa. Valtuusto hyväksyisi myös aluelautakuntien toiminta-alueet. Aluelautakunnan toimivaltaan siirrettävistä asioista ja johtosäännöistä päätettäisiin valtuustossa sektorilautakuntien kanssa käytyjen neuvottelujen jälkeen. Neuvottelut järjestettäisiin kunnanhallituksen johdolla. Kunnanhallitus esittäisi aluelautakunnan budjettikehykset osana normaalia budjettiprosessia. Aluelautakuntien budjetit hyväksyttäisiin kunnanvaltuuston budjettikokouksessa.

Kunnanvaltuusto määräisi aluelautakuntien tarvitsemat virkamiehet valmistelu-, esittely- ja toimeenpanotehtäviin. Uusia virkoja ei aluelautakuntien vuoksi perustettaisi. Jäsenet aluelautakuntiin esitettäisiin avoimissa kansalaiskokouksissa. Maaseudulla kylätoimikunnat ja kaupungeissa kaupunginosayhdistykset olisivat sopivia kansalaiskokousten organisoijia. Tavoitteena olisi löytää mahdollisimman päteviä ja sitoutuneita oman alueensa edustajia. Kunnanvaltuusto nimittäisi aluelautakunnan jäsenet.

Valtuuston nimittäessä aluelautakuntien jäseniä voitaisiin myös käyttää poliittista harkintaa. Tavoitteena kuitenkin olisi, että aluelautakunnassa suora kansalaislähtöinen demokratia kohtaisi kunnan perinteisen edustuksellisen demokratian. Ruotsin mekaaninen käytäntö, jossa aluelautakuntien jäsenet valitaan koko kunnan poliittisten voimasuhteiden mukaan, ei tätä tavoitetta täytä.

Aluelautakuntamalli ei lisäisi budjetin loppusummaa, sillä aluelautakuntien budjetit muodostettaisiin irrottamalla osa tehtäväperusteisesta budjetista alueperustaiseksi. Suurin osa budjetista olisi toki edelleen ohjattava tehtäväperusteisesti. Suurta kumousta eivät aluelautakunnat aiheuttaisi. Kansalaisten kannalta olisi kyse lähipalvelujen saavutettavuudesta sekä lähidemokratian lisäämisestä ja ristiriitojen välttämisestä kunnan pääkeskusten ja reuna-alueiden välillä. Aluelautakuntien sisältämät mahdollisuudet ovat huomattavasti niiden sisältämiä riskejä suuremmat.

Aluelautakunnat olisivat monialaisia tilaajalautakuntia. Ne voisivat päättää, keneltä niiden toimivallassa olevat palvelut hankitaan. Aluelautakuntien kautta olisi mahdollista edistää paikallista palvelualan mikroyrittäjyyttä, koska kilpailutuksen volyymit eivät olisi suurempien, ylipaikallisten yritysten kannalta riittäviä. Samalla syntyisi luontevia asetelmia lisätä erilaisten kansalaisjärjestöjen eli kolmannen sektorin roolia palvelujen tarjoajina.

Aluelautakuntien avulla on mahdollista toteuttaa kunnallishallintoa, jossa tehokkuus- ja läheisyysperiaatteet jäsenyivät kansalaisten hyvää elämää ja turvallista arkea voimistavasti. Globalisoituvassa maailmassa aluelautakunnat edustaisivat kansalaislähtöistä *uutta paikallisuutta*, jonka ytimessä olisivat edustuksellisen ja suoran demokratian kohtaaminen sekä julkisen sektorin, yritysten ja kansalaisjärjestöjen monimuotoinen yhteistyö.

Lähteet

- ESDP (2009). *ESDP - European Spatial Development Perspective. Towards Balanced and Sustainable Development of the Territory of the European Union*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. 87.
- Gren, M. (2009). *Kommun i delar. En utvärdering av Umeås kommunalsorganisation*. Masteruppsats i samhällsanalys och utredningsarbete. Umeå universitet. Statsvetenskapliga institutionen. 49.
- Hyyryläinen, T., Katajamäki, H., Piispanen, S. & Rouhiainen, V. (2011). *Neoen-dogeenisen maaseutupolitiikan ilmeneminen kylätoiminnassa*. Maaseudun uusi aika 2/2011, 20–38.
- Katajamäki, H. (1988). *Alueellisen työnjaon muotoutuminen Suomessa*. Turun yliopiston maantieteen laitoksen julkaisuja N:o 121. 144.
- Katajamäki, H. (1979). *Kuntaliitostutkimus. Eräiden toteutettujen kuntaliitosten tarkastelua*. Itä-Suomen Instituutin julkaisusarja B: 29. 80.
- Katajamäki, H., Hunnako, P., Kahila, P., Palm, J. & Valatakari, M. (2001). *Vaikea maaseutupolitiikka. Havainnot maaseutupolitiikan käytännöstä*. Vaasan yliopisto. Levón-instituutti. Julkaisuja No 90. 71.
- Leinamo, K. (2004). *Kuntaliitoksen jälkeen. Kuntien yhdistymisen vaikutukset liitosalueiden näkökulmasta*. Vaasan yliopisto. Levón-instituutti. Julkaisuja No 111. 145.
- Leinamo, K. (2010). *Yhdeksän hyvää ja kymmenen kaunista. Vuosina 2001-2009 toteutettujen maaseutu-kaupunki –kuntaliitosten tarkastelua*. Vaasan yliopisto. Levón-instituutti. Julkaisuja No 131. 122.
- Lowe, P., Murdock, J. & Ward, N. (1995). Beyond endogenous and exogenous models: Networks in rural development. Teoksessa J. D. van der Ploeg & G. van Dijk (Toim.). *Beyond Modernization: The Impact of Endogenous Rural Development*. Assen, Netherlands: Van Gorcum. 87–105.
- OECD (2006). *The New Rural Paradigm: Policies and Governance*. June 2006.
- Ray, C. (1999a.) Endogenous Development in the Era of Reflexive Modernity. *Journal of Rural Studies* 15: 3, 257–267.
- Ray, C. (1999b.) Towards a Meta-Framework of Endogenous Development: Repertoires, Paths, Democracy and Rights. *Sociologia Ruralis* 39: 4, 521–537.
- Ray, C. (2000). The EU LEADER Programme: Rural Development Laboratory. *Sociologia Ruralis* 40: 2, 163.

Ray, C. (2001). *Culture Economies. A perspective on local rural development in Europe*. Newcastle: Centre for Rural Economy, CRE. Newcastle Upon Tyne.

Ray, C. (2003). *Governance and neo-endogenous development*. Review paper for Defra, the Countryside Agency and Economic & Social Research Council. London: Defra.

Rovaniemi (2008). Yläkemijoen aluelutakunta. Tarkastuslautakunta. Palvelut - jaosto. Arviointi 6/2008. 15.

Shucksmith, M. (2010). Disintegrated Rural Development? Neo-endogenous Rural Development, Planning and Place-Shaping in Diffused Power Contexts. *Sociologia Ruralis* 50: 1, 1–14.

Siltaniemi, A., Perälähti, A., Eronen, A. Särkelä, R. & Londén, P. (2009). *Kansalaisbarometri 2009. Suomalaisten arvioita hyvinvoinnista, palveluista ja Paras - uudistuksesta*. Yhteenveto ja johtopäätökset. Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto ry. 28.

Soikkanen, H. (1966). *Kunnallinen itsehallinto kansanvallan perusta. Maalaiskuntien itsehallinnon historia*. Maalaiskuntien liitto. Maalaiskuntien liiton kirjapaino. 887.

Strandin, B. (1980). *En svensk modell för kommunal närdemokrati*. Vasabladet 7.11.1980.

Ward, N., Atterton, J. Kim, T-Y., Lowe, P., Phillipson, J. & Thomson, N. (2005). *Universities, the Knowledge Economy and "Neo-Endogenous Rural Development"*. Centre for Rural Economy, CRE. Discussion paper Series No.1.

Woods, M. (2006). *Rural Geography. Processes, Responses and Experiences in Rural Restructuring*. London: Sage.

KUNTALAIN MERKITYKSETTÖMIMMÄKSI JÄÄNYT SÄÄNNÖS VAI ITSESTÄÄN- SELVYYDESSÄÄN TARPEETON LAINKOHTA? – NÄKÖKOHTIA KUNNAN ASUKKAIDEN VAPAAEHTOISPANOKSESTA KUNNAN TEHTÄVIEN HOIDOSSA

Aimo Ryynänen

Vuoden 1995 kuntalaki eroaa merkittävältä osin aiemmasta vuoden 1976 kunnallistaista: siihen sisältyy oma luku kunnan asukkaan osallistumis- ja vaikuttamiskeinoista (4 luku). Lukua on luonnehdittu (erityisesti sen 27 §:n osalta) ikään kuin yhteiskuntaopin oppikirjaksi. Lainkohdassa oleva osallistumista ja vaikuttamista koskeva luettelo on perussävyltään hallinnollis-byrokraattinen, näennäinen, eikä siten avaa kovinkaan paljoa mahdollisuuksia suoran demokratian todelliseen lisäämiseen. Edelleen Kauko Heurun luonnehdinnan mukaan voi korostaa, että luettelo ei ole tyhjentävä eikä normatiivinen, mutta toivoa sopii, että se olisi inspiroiva.³⁷⁰ Tuohon luetteloon sisältyy seuraavan sisältöinen 5. kohta, jonka mukaan osallistumista ja vaikuttamista voidaan edistää erityisesti (neljän muun kohdan ohella) ”järjestämällä yhteistyötä kunnan tehtävien hoitamisessa”.

1. Osallistumista vai kunnan tehtävien hoitamista koskeva säännös?

Kuntalain valmistelun yhteydessä katsottiin, että yhä enemmän tarvitaan myös kunnan ja sen asukkaiden välistä yhteistyötä. Kyseisessä lainkohdassa on pidetty silmällä mahdollisuutta, että kunnan tehtävien hoidon järjestämiseksi tai avustamiseksi käytetään hyväksi yhteisöjä tai asukasryhmiä, joita tehtävien hoito palvelee tai hyödyttää ja siten kiinnostaa. Sellaisina on mainittu kylätoimikunnat ja erilaiset seurat. Kysymykseen tulevat muut kuin viranomaistoimintaa edellyttävät lakisääteiset kunnan tehtävät. Esimerkiksi urheiluseura voisi ottaa hoitaakseen ulkoilureittien kunnossapidon. Järjestelyt voidaan toteuttaa vapaamuotoisesti, mutta muun muassa kustannus- ja vastuukysymykset sisältävän sopimuksen te-

³⁷⁰ Heuru 2001: 201.

keminen on yleensä tarpeen.³⁷¹ Kuntalain 2.3 §:ssä mahdollistetaan kunnalle se, että tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja kunta voi hankkia myös muilta palvelujen tuottajilta (jollaisina voivat tulla kysymykseen myös esimerkiksi yksityisoikeudelliset yritykset ja yhteisöt).

Tässä tarkoitettut järjestelyt palvelevat nimenomaan pyrkimystä tarjota kunnan asukkaille ja palvelujen käyttäjille mahdollisuus osallistua heitä lähellä olevaan kunnan tehtävien hoitoon ja vaikuttaa siihen, miten niitä hoidetaan. Tällaisesta esimerkkinä lain valmistelussa pidettiin vaihtoehtoisen kaavan kunnassa tapahtuvaa valmistelua. Kuntalakia valmistelleen komitean mielestä kunnan tulisi voida avustaa tällaista toimintaa. Apu voisi olla luonteeltaan taloudellista, mutta myös muunlaista, esimerkiksi teknistä, työvälineisiin ja työtiloihin liittyvää apua.³⁷²

Säännöksen merkitykselle ei kuntalain toimivuutta arvioitaessa ole osoitettu paljoakaan huomiota.³⁷³ On tietysti perusteltua katsoa hallintovaliokunnan tavoin, että yleissäännöksinä kuntalain osallistumista ja vaikuttamista koskevat kohdat antavat riittävän tuen osallisuuden kehittämiseksi. Mietintönsä valiokunta liitti kannustuksen kunnille aktiivisesti kehittää kuntalaisten osallistumismahdollisuuksia ja -muotoja.³⁷⁴

Sisäasiainministeriö asetti 27.2.1997 osallisuushankkeen toteuttamaan kuntalaissa ja hallitusohjelmassa asetettuja tavoitteita kuntalaisten osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuuksien sekä hallinnon avoimuuden ja julkisuuden lisäämisestä. Hankkeen seurantatulosten perusteella annetussa valtioneuvoston selonteossa eduskunnalle todettiin seuraavaa:

”5) Kuntien, yhteisöjen ja asukkaiden yhteistyötä kunnan tehtävien hoitamisessa on toteutettu yleisemmin keskisuurissa ja suurissa kunnissa. Erityisesti sitä on tapahtunut lasten ja vanhusten hoivapalveluissa, uuden teknologian sovellutuksissa ja ydintoimintojen tukipalveluissa. Asukasyhdistysten tuottamat kotipalvelut ja lasten iltapäivätoiminta ovat esimerkkejä asukkaiden itsensä organisoimista palveluista.”³⁷⁵

Hallintovaliokunta totesi selonteosta antamassaan mietinnössä positiivisena sen, että monissa osallisuushankkeen kuntaprojekteissa oli toteutettu esimerkiksi kuntalaisten omaehtoisen toiminnan tukemista järjestämällä tiloja asukas-, kau-

³⁷¹ Kunnalliskomitean mietintö 1993: 369 ja Hannus, Hallberg & Niemi 2009: 192.

³⁷² Kunnalliskomitean mietintö 1993: 369.

³⁷³ Näin esim. VNS 3/1999 vp.

³⁷⁴ HaVM 11/2000 – VNS 3/1999 vp.

³⁷⁵ VNS 3/2002 vp: 11.

punginosa- tai kyläyhdistysten käyttöön varustamalla niitä tietoteknisin laittein ja linkittämällä välineet kunnan tietoverkkoon.³⁷⁶

Ennen seuraavia tarkasteluja on syytä vielä kiinnittää huomiota siihen seikkaan, että edellä kuvattu yhteistyötä koskeva säännös on sijoitettu kuntalain 4 lukuun, jossa säännellään kansalaisten osallistumista ja vaikuttamista. Kuitenkin säännös koskee oikeammin sitä, miten kunnan tehtäviä voidaan hoitaa.

2. *Kansalaisen asema hallinto-oikeudessa*

Viime vuosien hallinnonuudistuksissa on yhtenä tavoitteena pidetty kansalaisläheisyyden vahvistamista. Juuri osallistumisoikeuksissa ”kansalainen” on vahvasti oikeudellisen sääntelyn keskiössä. Olennaista on myötämääräminen, jossa osallistumisen kautta kansalaisesta tulee objektin asemesta subjekti. Tätä tarkoittavan vähimmäismäärän mukainen osallistuminen hallintoon on turvattu niin perustuslaissa (14.4 §: ”Julkisen vallan tehtävänä on edistää yksilön mahdollisuuksia osallistua yhteiskunnalliseen toimintaan ja vaikuttaa häntä itseään koskevaan päätöksentekoon.”) kuin Eurooppa-oikeudellisesti (esim. Lissabonin sopimukseen liitetty perusoikeuskirja 2010/C 83/02).

Myös Euroopan neuvosto on pitänyt esillä kansalaisläheisyyden vahvistamista ja kansalaisen oikeutta osallistua julkisten asioiden hoitoon.³⁷⁷ Monilta osin suosituksissa on pidemmälle meneviä keinoja kuin mitä kuntalaki sisältää. Esimerkiksi valtuuston kokouksessa tulee yleisöllä olla oikeus tehdä kysymyksiä kunnan luottamushenkilöille ja viranhaltijoille. Vuoropuhelulle luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden kanssa on kunnan asukkaille mahdollistettava tilaisuus säännön mukaisesti. Toinen muoto on erilaisten sivuelinten asettaminen. Niissä on edustus eri väestöryhmistä. Ne tuovat suosituksensa varsinaista päätösvaltaa käyttäville elimille.³⁷⁸

Traditionaalisten osallistumismuotojen rinnalle on noussut uusia muotoja, joista erityisaseman on kiinnostavuuden levinneisyydessään saavuttanut kansalaistalouden (osallistuvan taloudenhoidon) nimellä luonnehdittava osallistumisinstrumentti. Yleisesti luonnehdittuna siinä on kyse menettelystä, jossa kansalaisille mahdol-

³⁷⁶ HaVM 10/2002 vp – VNS 3/2002 vp.

³⁷⁷ Euroopan neuvoston ministerikomitean suositus julkisten palvelujen käyttäjien oikeuksista Recommendation No. R (97) 7 ja Euroopan kaupunkiperuskirja, European Urban Charter, Euroopan neuvoston kuntia ja alueita edustavan kongressin suositus nro 251/2008.

³⁷⁸ Recommendation 113 of the Congress of Local and Regional Authorities on relations between the public, the local assembly and the executive in local democracy, 6.6.2002.

listetaan osallistuminen julkisyhteisön menojen ja tulojen suunnittelemiseen. Eurooppalaisia kansalaistalouden soveltamisesimerkkejä tarkastelleessa tutkimuksessa kansalaistalousmenettelyä pidetään mallikelpoisena esimerkkinä, joka heijastaa erityisen hyvin nykyisiä kansalaisten osallistumisen vaatimuksia ja ongelmia. Kansalaistalousmenettelyjä voi pitää osana sitä eritasoista kehitystä ja erilaisia suuntauksia, joita on havaittavissa myös muilla elämänalueilla. Myös eurooppalaiset yhteiskunnat ovat ristiriitaisten kehityskulkujen leimaamia: autoritääristen, teknokraattisten ja osallistuvien. Viimemainitut tarjoavat siten vain yhden kehitysmahdollisuuden. Ne ovat osa syntyynyttä, deliberatiivista ja osallistuvaa imperatiivia, joka tukee ”uuden hengen” kehittymistä julkisessa hallinnossa, ja joka ankkuroituu myös käytäntöön lisääntyvässä määrin. Osallistuvan tendenssin tulevaisuuden kannalta on osallistumismenettelyjen ja yhteiskunnallisten liikkeiden yhteys samoin kuin vahvempi kytkeytyminen hallinnonuudistuksen prosesseihin ratkaisevaa.³⁷⁹

Hyvinvointivaltiollinen paradigma on voittopuolisesti suoritusten leimaama. Kunta keskeisenä hyvinvointiyhteiskunnan toimijana on näiden suoritusten (”palveluiden”) käytännön toteuttaja ja yhä suuremmassa määrin myös rahoittaja. Tässä suorituspainotteisessa kunnallisessa toiminnassa kansalaisesta on tullut ensisijaisesti hallinnon objekti ja vähemmässä määrin partneri.³⁸⁰ Myös oikeudellinen kiinnostus on kohdistunut kansalaiseen tässä roolissa.

Ennen nykymuotoisen kunnallisen itsehallinnon toteuttamista paikallishallinto ei ollut yksityisistä erillistä hallintoa, vaan pikemminkin organisoitua yhteistoimintaa heille asetettujen yhteisten tehtävien suorittamiseksi. Huomattava osa yhteisistä tehtävistä oli henkilöllisiä rasituksia. Kun paikallishallinnon hoitajiksi tulivat vuoden 1865 maalaiskuntien kunnallisasetuksen ja vuoden 1873 kaupunkien kunnallisasetuksen mukaan valtiosta ja yksityisistä erilliset oikeushenkilöt, yksityisten kansalaisten välitön osallisuus näiden tehtävien hoitamisessa voitiin vähitellen lakkauttaa.³⁸¹ Käytännössä jäljelle jäivät velvollisuudet osallistumiseen kunnallisveron muodossa kunnan menojen kattamiseen ja luottamustoimen hoitamiseen.

³⁷⁹ Sintomer et al 2010: 339–340.

³⁸⁰ Baer 2006: 130. Esim. valtioneuvoston periaatepäätös 4.2.2010 demokratian edistämiseksi: ”Vahvistetaan kansalaisten osallisuutta ja vaikutusmahdollisuuksia suomalaisessa päätöksenteossa kehittämällä hallinnon menettelytapoja siten, että vuorovaikutus kansalaisten, päätöksentekijöiden ja valmistelijoiden kesken on mahdollista.”

³⁸¹ Holopainen 1969: 129, 140.

Euroopan yhteisöjen komissio on tiedonannossaan vuonna 2005³⁸² todennut, että väestörakenteen muutokset muodostavat uuden yhteiskunnan. Väestömuutokset on komission mielestä otettava huomioon eurooppalaisissa ja kansallisissa julkisissa politiikoissa. Näihin muutoksiin sopeutumisesta on tullut poliittisesti ensiarvioista yhä useammassa jäsenvaltiossa. Jotta ennustettuun työtätekevän väestön määrän laskuun voidaan varautua, EU kannustaa lisäämään erityisesti naisten ja ikääntyneiden työntekijöiden työelämään osallistumista sekä kehottaa sijoittamaan inhimilliseen pääomaan ja korkeampaan tuottavuuteen taloudellisten uudistusten, tutkimuksen ja innovaatioiden kautta. Komission mukaan on suunnattava voimavaroja nuorten työelämään siirtymisen helpottamiseksi ja heitä on tuettava ”epälineaarilla” urakehityksellään, joka pitää sisällään työtä, opiskelua, työttömyyttä ja uusien taitojen oppimista tai vanhojen päivittämistä.

Komission tarkastelu ei kohdistu pelkästään työvoiman tarjonnan ongelmiin, vaan myös asenteiden muutostarpeeseen: ”Kaikkien on osallistuttava käsittelemään muutoksia, ja uusia solidaarisuuden muotoja, jotka perustuvat keskinäiseen tukeen sekä taitojen ja kokemusten siirtämiseen, on kehitettävä sukupolvien välille. Komission Lissabonin strategian väliarvioinnin yhteydessä esittämästä EU:n nuorisaloitteesta voi olla apua.” Voisiko sanottua vaatimusta laajentaa koskemaan myös kuntatasolla toteutettavaa solidaarisuutta?

3. *Kunnan tehtävämonopolista avoimeen monitoimijatapaan*

Pohjoismaisen valtiokeskeisen hyvinvointivaltioideologian rinnalle voi tietysti olla vaikea saada jalansijaa merkittävälle kansalaisten oman vastuun ja panoksen peräämiselle. On mielenkiintoista, että sitä on kyllä yritetty eri yhteyksissä viime vuosien aikana. Valtioneuvoston 16.4.1998 antamassa periaatepäätöksessä hallintopolitiikan suuntalinjoista³⁸³ todettiin seuraava:

”Kun julkisten menojen uudelleenarviointiin kohdistuu paineita, kansalaisten omatoimisuutta ja oma-aloitteisuutta hyödynnetään hallinnon palvelujen järjestämisessä. Tavoitteena on luoda edellytyksiä kansalaisten aktiiviselle toiminnalle, joka edistää valtion ja kuntien sekä kansalaisjärjestöjen roolia yhteisten asioiden hoitamisessa. On tarkoituksenmukaisuuskysymys, kuka palvelut tuottaa ja miten

³⁸² KOM (2005) 94 lopullinen: Vihreä kirja ”Kohti väestörakenteen muutoksia – uusi solidaarisuus sukupolvien välillä”.

³⁸³ Laadukkaat palvelut, hyvä hallinto ja vastuullinen kansalaisyhteiskunta 1998: 9. Ks. muista samankaltaisista näkemyksistä Rynänen 2007: 70–71.

tehtävien hoito järjestetään. Hallitus luo edellytyksiä kansalaisten järjestäytymiselle ja omaehtoiselle aktiivisuudelle sekä sosiaalisen vastuun kehittymiselle.”

Tällaisten edellytysten luomisen sijaan näyttää valtio tyytyvän lähinnä kauniiden julkilausumien ilmaisemiseen.³⁸⁴ Konkreettisia toimia esimerkiksi vapaaehtoistyöhön liittyvien vastuu-, verotus- ym. kysymysten selvittämiseksi ei ole ollut. Kuntien toimintaedellytysten tarkastelua valtion taholla on leimannut hallintokeinen näkökulma. Kuntaliitollekin näyttää riittävän se, että kunnan asukas on pelkästään kunnan tuottamien palvelujen yhteiskehittäjä.³⁸⁵

Usein näytetään unohdettavan se peruseikka, että kansanvalta – demokratia – edellyttää vastuullisuutta. Tästä seuraa yhtäältä poliittisen vastuullisuuden toteuttaminen, mutta toisaalta myös yksilön vastuu yhteisöään kohtaan. Yksilön vapauden suhde hänen yhteiskuntaa koskevaan vastuuseensa kuvaa modernin valtiollisuuden yhtä keskeistä kysymystä.³⁸⁶

Perustuslain 2.2 §:n mukaisesti kansanvaltaan sisältyy yksilön oikeus osallistua ja vaikuttaa yhteiskunnan ja elinympäristönsä kehittämiseen. Perustuslain perusoikeussäännöksissä on vielä erikseen tähdennetty myös yksilön vastuuta. Esimerkiksi perustuslain 20.1 §:ssä on säädetty tästä seuraavasti: ”Vastuu luonnosta ja sen monimuotoisuudesta, ympäristöstä ja kulttuuriperinnöstä kuuluu kaikille.”

Vähemmälle huomiolle keskustelussa on jäänyt perustuslain 1.2 §:ssä oleva: ”Valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa.” Säännöksen merkitystä voidaan perustellusti kuvata siten, että valtio on ihmistä varten, ei ihminen valtiota varten. Toisaalta siteerattu perustuslain kohta, jota voidaan pitää koko perustuslain perusnormina, nojaa ihmisen omavastuisuuteen. On kysymys ihmisen vapaudesta. Jos hyväksymme tämän lähtökohdan – perustuslain lähtökohdana olevan omavastuisuuden periaatteen – on tästä johtopäätöksenä aktiivisen, vastuuta ottavan kansalaisen edellyttäminen. Kansalainen toteuttaa autonomiaansa vastuullisena ja osaltaan näin edistää vapauden turvaamista.

³⁸⁴ Esimerkiksi pääministeri Jyrki Kataisen hallituksen hallitusohjelma: ”Suomalainen yhteiskunta perustuu ahkeruudelle, työn ja yrittäjyyden kunnioittamiselle, tasa-arvolle, yhteisvastuulle sekä toisistamme välittämiseksi.” Konkreettisempi pyrkimys on kirjattu hallitusohjelman kohtaan Palvelujen kehittäminen: ”Vahvistetaan kolmannen sektorin järjestöjen mahdollisuuksia luoda ja parantaa hyvinvoinnin ja terveyden edellytyksiä, osallistumisen ja vaikuttamisen kanavia sekä tarjota arjen apua ja tukea.”

³⁸⁵ Keskiössä kuntalainen 2009: 6.

³⁸⁶ Esim. Ziekow 2004: 189–203.

Tarkasteltavana olevan kuntalain 27 §:n säännöksen merkitystä voi peilata kunnallisen itsehallinnon historiaan. Kunta on ollut aina enemmän kuin ”hallinto”, se on ollut siihen kuuluvien ihmisten aktiivista toimintaa paikkakuntansa hyväksi. Jos Suomi halutaan pitää asuttuna edes lähes laitojaan myöten, onnistuu se vain järkevään kuntaidentiteettiin pohjautuvalla kuntajaolla. Henki ja tahto ovat jatkossakin tärkeimmät tuloksellisen kehittämistyön lähteet. Kunnantalo, jossa valot palavat, viestittää paikkakunnan tulevaisuustahdosta. Historia ja kehitys antavat tästä vastaansanomattoman todistuksen. Rajattunakin kunnallisesta itsehallinnosta tuli Erkki Mennolan luonnehdinnan mukaan Suomessa mahtava kehitysvoima sen jälkeen kun nykymuotoinen kunnallinen itsehallinto pääsi vuonna 1865 alkuaskeleet ottamaan. Sen jälki näkyi kaikilla aloilla. Kansakoulut, kirjastot ja urheilukentät ovat kasvattaneet Suomen kansan. Kunnanlääkärit, terveysisaret, sairaalat ja vanhainkodit ovat antaneet terveyttä ja turvaa. Vedet, sähköt, kadut ja tontit ovat luoneet paikalliselle kehitykselle infrastruktuurin. Satamat, hallit ja torit ovat avanneet mahdollisuuksia elinkeinojen harjoittamiseen. Monet talouden toimijat paikallisista pankeista ja vakuutustoiminnasta osuuskauppoihin saivat alkunsa kunnallisen aloitteellisuuden kautta. Kunta on aina ollut paikallisten pyrkimysten ja harrastusten tuki ja turva. Se on antanut ihmisille kotiseudun.³⁸⁷

Tällainen kunta ei tietenkään tosiasiansa ollut ”hallinto”. Se on paikallista yhteistoimintaa, yhteisen elämänpiirin järjestämistä ja olojen kehittämistä omalla mallilla. Paikalliset voimavarat ja aktiivisuus saatiin mobilisoiduksi kunnallisen itsehallinnon avulla: Menestys on ollut uskomaton.³⁸⁸

Kansalaisten oikeudella osallistua julkisten asioiden hoitoon on kansainvälisöikeudelliset takuut. Itsehallinto on perusoikeus. Tämä todetaan esimerkiksi Euroopan neuvoston paikallisen itsehallinnon peruskirjan johdanto-osassa. Kunnallishallinnon olennaisin ominaisuus on valta itse hoitaa asiansa. Kun kunta samalla on alueyhteisö, johon jokaisen kunnan asukkaan on kuuluttava, seuraa luonnollisesti johtopäätöksenä se, että vastuu kunnan asioiden hoidosta on periaatteessa yhteinen kaikille.³⁸⁹

³⁸⁷ Mennola 2008: 663–666.

³⁸⁸ Mennola 2008: 664–665.

³⁸⁹ Euroopan neuvoston kunta- ja aluekongressi on antanut vuonna 2000 vastuullisen kansalaisuuden eri ulottuvuuksia koskevan asiakirjan, Resolution 91 (2000) on responsible citizenship and participation in public life. Asiakirjassa eritellään kansalaisen vastuullisuutta niin yhteisöään, itseään, perhettään kuin muita kansalaisia kohtaan samoin kuin sitä, miten julkisen vallan taholta voitaisiin vahvistaa tätä koskevia edellytyksiä. Asiakirja päättyy toteamukseen siitä, että tulevaisuudessa kansalaisten vapaaehtoistoimintaan sitoutumisen edistäminen tarjoaa merkittäviä haasteita eri osapuolille. Kansalaisten aktiivinen sitoutuneisuus yhteisöissään on välttämätöntä kaupungeille, kylille ja alueille. Kuntien hallinnon ei kuitenkaan tulisi näytellä

Tällaisen kunnallisen itsehallinnon peruseriaatteen voi kuitenkin nähdä jääneen jo vähintäänkin 1960-luvun lopulta lähtien hyvinvointivaltiollisen lainsäädäntökehityksen jalkoihin. Halu ottaa osaa paikallisyhteisön toimintaan on jo pitkään ollut murroksessa.³⁹⁰ Kunnallista itsehallintoa koskevat perustuslain 121 § tai paikallisen itsehallinnon peruskirja eivät tietenkään ole senkaltaisia oikeussääntöjä, joita on yksinkertaisesti vain suoraan sovellettavissa kuten vaikkapa tieliikennesääntöjä. Ne sisältävät ennemminkin oikeuseriaatteen (kuten kansanvaltaisuus, oikeus- ja sosiaalivaltiollisuus). Periaatteet ja säännökset on erotettava, sillä ne saavat vaikutuksensa aivan eri tavoin. Säännökset ovat lopullisia, konkreettisesti määrääviä käskyjä, periaatteet sen sijaan on sijoitettava lainsäädäntöön ja lainkäyttöön, jotta niissä olevat tavoitteet toteutuisivat mahdollisimman laajasti. Niiden kanssa on kuitenkin kilpailevia tavoitteita, jotka pyrkivät samanaikaiseen toteutukseensa.

4. Kunnan roolin kapeneminen pääasiallisesti vain palveluvastuulliseksi

Luottamustoimisuus on ollut aina näihin päiviin saakka kunnallisen itsehallinnon erottamaton tunnusmerkki. Sille on käymässä edellä kuvatulla tavoin. Periaatteenä se on joutunut kilpailemaan muiden tavoitteiden kanssa, ennen muuta julkisten palveluiden yhdenvertaisen ja tehokkaan toteuttamisen vaatimuksesta johtuvan ammattimaisuuden kanssa. Kun samanaikaisesti kunta nähdään aiempaa rajatummin pelkkänä palveluiden tuottaja- ja vastuuyksikkönä, ei kuvatulle itsehallinnon elementille näytä jäävän tilaa. Samanaikaisesti side kuntaan kuntaidentiteetin muodossa on ohentumassa ja sitä kautta vastuunotto luottamustoimen muodossa näyttää yhä useamman kansalaisen mielessä nostalgiselta kunnallisen itsehallinnon jäänteeltä.³⁹¹

Miten tähän kehitykseen pitäisi suhtautua? Voiko kunnallisen itsehallinnon idea säilyä, vaikka keskeisiä osia siitä hylätään? Tätä keskeisten osien hylkäämistä näyttäisi edesauttavan myös kunnan roolin kapeutumiskehitys. Se tarkoittaa kunnan näkemistä vain palveluista vastaavana yksikkönä, jolloin sivuun jäävät kunnan yhteisömerkitys, paikkakunnan kehityksestä vastaamisrooli ja ennen kaikkea kansanvallan perusyksikkönä toimimisen merkitys (kunta demokratian koulu-

tässä dominoivaa roolia. Niiden tulisi kuitenkin toimia aloitteellisina ja edistää kansalaisia aikaansaamaan eräänlainen ”kansalaishenki”.

³⁹⁰ Keskiössä kuntalainen 2009: 4.

³⁹¹ Kunnallissalan kehittämissätiön tutkimuksessa suomalaisten kuntaidentiteettiä on tulkittu keskivahvaksi. Kansalaismielipide ja kunnat. Ilmapuntari 2011–2012: 20.

na).³⁹² Kuntakoon kasvattaminen vahvistaa epäilemättä kielteistä kehitystä. Unohdetaan, että oikean kokoisten kuntien kautta pystytään kanavoimaan eurooppalaisen kansalaisyhteiskunnan perusajatusten mukaisesti kansalaisten oma, omaan elinympäristöön suunnattu kehittämistahto ja -voima.

Sanotun kehityksen rinnalla on, osin perustellustikin, alettu katsoa, että olennaista ei ole se, miten palvelut tuotetaan, vaan se, että ne ovat saatavissa. Periaate on palvelutuotannon kannalta yksinomaan tarkasteltuna varmaan oikea, mutta samalla se voi jättää sivuun kaikkea kunnallista toimintaa koskevan kansanvaltaperiaatteen.

5. *Tuoko governance-vaikutteinen hallinnonuudistus kunnallisen itsehallinnon perinteiset arvot uudelleen vaikuttaviksi?*

Governance-käsite on tullut osaksi suomalaista kunnallista toimintaa koskevaa keskustelua. Sillä on monta määritelmää, määrittelijästä riippuen. Jos haluaa suosia anglisismia, voi ilmiön määritellä vaikkapa seuraavalla kaksinaisella ilmauksella: diffusion of governance and governance of diffusion.³⁹³ Governance kuvaa reformikonseptia, joka on kehittänyt edelleen erityisesti uuden julkisjohtamisen malleja siten, että sisäisten suhteiden rinnalla myös hallinnon ulkoiset suhteet ovat tulleet vahvemmin huomioonotetuiksi. Governancea voidaan kuvata toimintamalliksi, jossa julkinen sektori ei sanele yksipuolisesti, vaan jossa päätökset tehdään julkisen ja yksityisen tahon periaatteellisen yhdenvertaisuuden perusteella (johtoajatuksella: ”negotiated patterns of public-private coordination”).³⁹⁴ Eri-tyisesti Public Private Partnership -yhteistoimintamallit ovat governance-tyyppisen toiminnan ilmenemismuotoja.

Kiistatonta on, että yhteistoiminnallinen toimintatapa on lisääntynyt hallinnossa. Siinä kyse ei ole pelkästään organisatorisista ja menettelyllisistä yhteistoimintasuhteiden rakenteista, vaan yhteistoimintarakenteisten oikeusinstituutioiden kehittymisestä. Perusesimerkki tästä problematiikasta on kysymys, pitäisikö ylei-

³⁹² Suomalaisessa keskustelussa kunnan tämä rooli on jäänyt sivuun. Sitä kuitenkin pidetään uusissa kansainvälisissä itsehallintomäärityksissä olennaisena (kuten Möller 2009: 76–77): Kunnallinen itsehallinto ei enää ole osuuskunnallinen tai yhteiskunnallisesti juurtunut antivaltiollinen instituutio, vaan demokraattisen ja vertikaalin toimintojen jaon (vallanjaon) kautta legitimoitu, hajautettu ja siten valtiollisuutta keventävä ja autonomiaa välittävä hallintomuoto julkisten asioiden omavastuuseen suorittamiseen kaksiosaisen valtiorakenteen keskellä. Valtaa jakavan ja sitä tasapainottavan luonteensa johdosta kunnallinen itsehallinto on olennainen perusta demokratian vapausperusteiselle järjestykselle.

³⁹³ Schuppert 2011: 276.

³⁹⁴ Engi 2008: 586.

sesti kannatettua Public Private Partnership -yhteistoimintamallia, jonka ytimen muodostaa yhteistoimintasopimus, varten laatia oikeudelliset reunaehdot. Julkisen hallinnon oikeusvaltiollinen side edellyttää riittävää toimivallanjaon selkeyttä ja luotettavuutta.³⁹⁵ Kunnallisoikeuden (kuten ei myöskään hallinto-oikeustieteen³⁹⁶) ei tule ummistaa silmiään näiden uudelleenorganisointi-ideologioiden vaikutuksesta poliittisen yhteisön (kuten kunnan) vallankäyttömahdollisuuksiin.³⁹⁷ On nimittäin niin, että yhteistoiminnallisten instrumenttien käyttöönotto hallinnossa ei ole helppoa. On huomattavasti vaikeampaa päästä järkevään julkisoikeudelliseen sopimukseen kuin tehdä perinteinen hallintopäätös. Siksi euforia yhteistoiminnallisen hallintotavan erinomaisuudesta voi olla ennen aikaista.³⁹⁸ On esitettävä kriittinen kysymys, vieläkö ja missä laajuudessa kansalaiset haluavat tällaista poliittisen yhteisön eroosiota, tai ylipäänsä havaitsevat sen tapahtumista. Tällaisen epäilyn voi esittää monia Euroopan maita koskevasti.³⁹⁹ Sama ilmiö voidaan nähdä politiikan ja hallinnon välisen suhteen kehityksessä. Siinä kansanvaltakehityksen on katsottu häviävän ”kompleksisen konsensuksen diktaatin” alle (Udo Di Fabion käyttämä kuvaus), toisin sanoen piiloutuvan hallintotoimintaan olennaisena osana kuuluvien eri tahojen kesken käytävien neuvottelujen ja sovittelujen mukaiseen läpinäkymättömään prosessikulkuun.

Tästä nousee merkittävä ongelma. Kuka tai ketkä kantavat vastuun päätöksistä verkostoissa ja monitasojärjestelmissä? Miten voidaan säilyttää ja kehittää kansanvaltaista päätösprosessien laatua monimutkaisissa verkostoissa?

6. *Yksityistäminen julkisen eroosiona*

Yksityistämisen esiintymismuodot ja tavat hallintokäytännössä ovat olleet tavattoman moninaiset: omaisuuden yksityistämistä, organisaation yksityistämistä ja tehtävien hoidon yksityistämistä, samoin kuin erilaisia Public-Private-Partnership -mallisia sekamuotoja. Sittemmin on voitu merkittävässä määrin havaita, että toimenpiteiden kaikki odotetut vaikutukset eivät ole täyttyneet. Ennemminkin on koettu konkreettisesti, ettei yksityistalous suinkaan aina kykene toimimaan pa-

³⁹⁵ Hoffmann-Riem – Schmidt-Assmann – Vosskuhle 2006: 1036 ja Behrndt 2004: 289. Esimerkiksi eduskunnan perustuslakivaliokunta on korostanut vastuunjaon selkeyden vaatimusta: „Valtion ja kunnan keskinäisten suhteiden täsmällisyys on kunnan itsehallinnon kannalta niin merkittävä seikka, että velvollisuuksien jakautuminen tulee osoittaa laissa.” PeVL 14/1986 vp.

³⁹⁶ Breuer 2003: 289.

³⁹⁷ Eurooppalaisesta vertailututkimuksesta (Sintomer et al 2010: 329) on havaittavissa, että talouselämän tahoilla on public private partnership -yhteistoimintamuodoissa suora vaikutusvalta poliittis-hallinnolliseen toimintaan.

³⁹⁸ Ks. Czybulka 1996: 88.

³⁹⁹ Kuten Breuer 2003: 289.

remmin, tehokkaammin ja kustannustehokkaammin kuin julkinen taho. Voi olla yllättävää kuulla, että mannereurooppalaisessa kuntamaailmassa nyttemmin on tapahtumassa selkeä trendin muutos.

Nyt yksityistämiseuforia on kadonnut. Kriittiset äänet ovat lisääntyneet.⁴⁰⁰ Tähän ovat syynä muun ohella riittämättömät mahdollisuudet yksityistämisaikutusten arviointiin politiikan taholla (julkisten intressien turvaamiseen) sekä pettymykset laatu- ja hintakehityksen suhteen. On hyvä palauttaa mieleen, että yksi yksityistämiskehityksen puoltajien argumenteista oli juuri palvelutuotannon vapauttamisen politiikasta.⁴⁰¹ Keskustelussa on tuotu ilmi, ettei yksityistäminen ole mikään taikakeino talouskriisin ja tehottoman palvelutuotannon ongelmien hoitamiseen. Pikemminkin päinvastoin, sillä kritiikitön julkisten toimintojen myynti, usein ilman riittävää läpinäkyvyyttä, uhkaa tehdä paikallisen demokratian tyhjäksi. Toiseksi yksityistäminen edellyttää, mikäli sen halutaan toteuttavan yleisen edun vaatimusta, voimakasta ohjausta. Mitä enemmän tehtäviä siirretään varsinaisen kuntaorganisaation ulkopuolelle ja mitä enemmän yksityisiä palveluntuottajia on osallisina, sitä merkittävämmiksi tulevat poliittinen tahto ja kansalaisten kyky läpinäkyvään osallistumisohjaukseen ja sopimuskontrolliin. Samalla on yksityistämisen jälkeenkin oltava valmius tarkastella sitä, onko tehtävien hoidon siirtäminen takaisin omalle vastuulle – ”takaisin kunnallistaminen” – taloudellisempi vaihtoehto.

Myös yksityistämiskehityksen kielteiset vaikutukset kunnallisen demokratian kannalta antoivat aiheen kritiikkiin. Kansanvaltaisen kontrollin säilyttämistä pidettiin tärkeänä Euroopan neuvoston ministerineuvoston antamassa yksityistämistä käsittelevässä suosituksessa.⁴⁰² Siinä korostettiin erityisesti paikallisten viranomaisten vastuuta palveluista ja niiden organisoinnista. Paikallisviranomaisten tulee suosituksen mukaan organisoida palvelut siten, että niiden käyttäjille mahdollistetaan riittävä valintaoikeus eri palvelujen ja eri tuottajien kesken.

Mutta jäsentymätön uudelleenkuunnallistamisinnostukseen ei olisi yhtään perustelumpaa. Poliittiset iskulauseet mallia ”kunta edelle yksityistä” eivät konkreettisesti julkisen sektorin uudistamisprojekteissa johda yhtään pidemmälle kuin aiemmat markkinaradikaalit maksimit ”yksityinen ennen valtiota” vaikuttivat. Jokainen uudistushanke edellyttää onnistuakseen huolellista tehtäväperusteista, asiape-

⁴⁰⁰ Ks. Niemivuo 2005: 209 ja Rincken 2008.

⁴⁰¹ Ks. esim. Montin 1992: 44.

⁴⁰² Recommendation No. R (93)7 on privatisation of public undertakings and activities, 18.10.1993.

rusteista ja tilanneperusteista vertailuanalyysia, mikä vaatii päätöksentekijöiltä erityistietämystä ja yksityiskohtaista ammattipätevyyttä.

7. *Sääntelyn vajavaisuus*

Kuntalaissa ei tällaisen kehityksen erilaisia vaikutuksia ole riittävästi kyetty otta-
maan huomioon, koskepa tilanne sitten kuntalain 27 §:n 5. kohdassa mainittua
yhteistyötä kansalaisten kanssa tai sitten pidemmälle menevää kunnan ja yksityi-
sen välistä yhteistoimintaa (public private partnership), yksityistämistä ja ul-
koistamisesta puhumattakaan.⁴⁰³ Tämä koskee kunnan asukkaalle kuuluvia vai-
kuttamismahdollisuuksia. Miten kyetään turvaamaan (ja kehittämään) kompleksi-
sissa verkostorakenteissa päätöksenteon kansanvaltainen laatu?

Mutta myös muita keskeisiä kysymyksiä nousee. Yksi niistä on kysymys vastuus-
ta: kuka kantaa vastuun verkostomaisen tai monitasohallinnon toiminnan päätök-
sistä?

Vapaaehtoistyön eurooppalaisen teemavuoden 2011 aikana myös Suomen lain-
säädännön esteitä kansalaisten vapaaehtoispanoksen hyödyntämiseen nostettiin
ansiokkaasti esille. Vapaaehtoistoiminnan esteitä liittyy esimerkiksi vapaaehtois-
toiminnan kulukorvauksiin ja kiitoksen muotoihin. Verottoman lounaan tarjoami-
nen vapaaehtoiselle on helposti verottajan mielestä veronkiertoa. Vapaaehtoisen
saamat työvälineet ja -asusteet puolestaan ovat verottajan mielestä veronalaisia,
jos ne lahjoitetaan vapaaehtoistyöntekijälle omaksi. Yhteistyökäytännöt ja raja-
pinnat vapaaehtoistoiminnan ja ammattityön välillä aiheuttavat selvittämättöminä
monen näköistä estettä. Joissakin laitoksissa vapaaehtoisia ei ole päästetty ulkoi-
luttamaan vanhuksia ilman hoitohenkilökuntaan kuuluvaa.⁴⁰⁴

8. *”Aktivoiva valtio” yhteistoiminnallisen toimintatavan edellyttäjänä*

Mannereurooppalaisessa oikeuskeskustelussa keskusteluun nostetun ”aktivoivan
valtion” tavoite⁴⁰⁵ merkitsee sitä, että mahdollisimman monet kansalaiset ottavat
myötä- ja omavastuuta ja vaikuttavat tätä kautta yhteisössään. Ajattelun taustana
on näkemys siitä, etteivät kansalaiset demokratiassa voi olla pelkkiä julkisen val-
lankäytön objekteja. Eivätkä toisaalta valtion henkilöstö- enempää kuin taloudel-

⁴⁰³ Esim. Komulainen 2010: 564.

⁴⁰⁴ Raitanen 2011.

⁴⁰⁵ Ks. sen määrittelystä Priddat 2000: 1030, Europäisierung der öffentlichen Verwaltung 2003: 27, Ladeur 2001 ja Baer 2006.

lisetkaan voimavarat riitä yleisen hyvän toteuttamiseen pelkästään julkisin keinoin. Valtiolla on siksi oltava kiinnostusta palvella kansalaisia niin pitkälle kuin mahdollista eräänlaisena myötäavustajana. Tässä näkemyksessä valtiosta tulee enemmänkin kehitysagentuuri, moderaattori ja erotuomari. Kysymyksessä on eräänlainen valtion roolinmuutos yleistoimivaltaisuudesta toimivaltuuksien keskittämiseen, tasoittamisesta mahdollistamiseksi, informaatiosta kommunikaatioon jne. Kysymyksessä on eräänlainen johtoajatus, kuvitteellinen malli.⁴⁰⁶ Määräävänä periaatteena toimii subsidiariteettiperiaate.⁴⁰⁷ Moderni on toisin sanoen sellainen valtio, joka nojaa yksityisten voimien aktivointiin ja mahdollistaa sellaista hyväksikäyttävää julkisten tehtävien hoitamista soveltuvien sääntelyrakenteiden tarjoamisella.⁴⁰⁸

”Aktivoivan valtion” tavoite on, että mahdollisimman monet kansalaiset ottaisivat mitä suurimmassa määrin myötä- ja omavastuuta ja vaikuttaisivat aktiivisesti yhteisössään, jossa he tuottaisivat palveluja tai muotoilisivat elinpiiriään. Tätä vaatimusta kuvaavaa sanaa voidaan pitää tietyllä tavoin myös nykypäivän poliittisten demokratioiden perustana: ”citizenship”. Suomeksi kuvaavaa vastinetta termille ei oikein ole. ”Citizenship” kuvaa yhteiskunnallisen yhteistyön konseptia, jossa yksilöillä ei ole toisiinsa enempää veren kuin sopimustenkaan kautta yhteisyyttä, vaan heille on yhteistä osallistuminen yhteisten ongelmien ratkaisemiseen keskenään yhdessä.⁴⁰⁹

Sisäisesti ”aktivoiva valtio” muuttaisi ulkomuotoaan. Sen henkilöstöllä on leimallisesti kommunikatiiviset taidot, se kykenee johtamaan ja muodostamaan verkostoja. Toimintaorganisaatio on tiimi- ja projektiorientoitunut. Ohjaus tapahtuu vähemmässä määrin perinteisellä tavalla, enemmänkin finaalisesti ja avoimesti, vähemmän ohjeiden muodossa, vähemmän käskyttämällä, enemmänkin sopimuksin ja tavoitesopimuksin. Ja lopulta hallintotoiminnan tavoitteena ei ole pelkästään lainmukaisuus tai puhtaasti taloudellisen tehokkuus, vaan vaikuttavuus sosiaalisen oikeudenmukaisuuden mielessä, mukaan luettuna kansalaissuuntautuneisuus.⁴¹⁰ Selkein aktivoivan valtion tunnusmerkki on sääntelytapojen moninaisuus, joka noudattaa vaativaa subsidiariteetin periaatetta. Missä vain mahdollista, sääntelevät yksityiset itse toimintojaan yleisten oikeusvaltiollisten, nimenomaan siviilioikeudellisten reunaehtoien rajoissa. Niillä tehtäväalueilla, joilla valtiollinen toiminta on keskeistä ja välttämätöntä, sitä vastoin kaukosääntely tulee mukaan.

⁴⁰⁶ Schmidt-Assmann & Hoffmann-Riem 2004: 232–233.

⁴⁰⁷ Baer 2006: 250–251.

⁴⁰⁸ Franzius 2003: 493.

⁴⁰⁹ Preuss 1991: 15.

⁴¹⁰ Baer 2006: 249–251.

Aktivoiva valtio käyttää hyväkseen mahdollisuutta tukea paikkakuntia ja luoda resursseja tai menettelyjä salliakseen niissä itsenäisen kehittymisen. Kansalaiset ovat Baerin mukaan asiakkaita, mutta myös sellaisia, jotka voivat muotoilla ja kontrolloida julkista toimintaa, samoin kuin jopa ottaa vastuulleen julkisten tehtävien hoitoa. Tässä mallissa kansalaiset ovat jälleen ”siviilejä” subjekteja, ”citizens”, toisin sanoen kansalaisia poliittisten korulauseiden kohteena olemisen asemesta.⁴¹¹

9. *Velvollisuuksien korostaminen*

Kansalaisten velvollisuuksia on merkittävällä tavalla nostanut esille Inter Action Council niminen vuorovaikutusneuvosto. Sen jäseniin kuuluu huomattava joukko maailman entisiä ja nykyisiä johtajia, jotka ovat halunneet antaa oman kokemuksensa kansainvälisten asioiden hoidosta yhteiseen käyttöön. Heihin ovat kuuluneet mm. Jimmy Carter, Helmut Schmidt, Mihail Gorbatschow, Giscard d'Estang, Franz Vranitzky, sekä Suomesta aikanaan Kalevi Sorsa. Vuorovaikutusneuvoston Yleismaailmallisesta ihmisen velvollisuuksien julistuksesta vuodelta 1997 oli tarkoitus tulla ihmisoikeuksien julistusta tulkitseva ja täydentävä YK:n suositus Ihmisoikeuksien julistuksen täyttäessä 50 vuotta vuonna 1998. Sen lähtökohtana oli sama ajatus kuin Globaalin etiikan julistuksessa, että globalisaatio tarvitsee globaalin etiikan voidakseen vaikuttaa ihmiskunnan parhaaksi. ”Hyvää sosiaalista järjestelmää ei kansallisella ja kansainvälisellä tasolla voida luoda lakien, määräysten ja sopimusten avulla yksinään, vaan se tarvitsee globaalin etiikan. Inhimilliset toiveet edistyksestä voidaan toteuttaa vain yhteisesti sovittujen arvojen ja mitapuiden avulla, kun ne sovelletaan kaikkia ihmisiä kaikkina aikoina koskeviksi.”

Läntisissä teollisuusmaissa ihmisoikeuksien vaatimukset ovat laajalti tunnettuja ja opetettuja. Kun seuraa julkista keskustelua yksilöiden ja yritysten vastuusta vaikuttaa siltä, etteivät ainoastaan yritykset ole ”ulkoistaneet” omaa vastuutaan osakkeenomistajille vaan myös yksilöt oman vastuunsa ja velvollisuutensa yhteiskunnalle. Oikeudet ja velvollisuudet jakautuvat eri tavoin maailmanlaajuisessa katsannossa. Kehitysmaissa lapset pitävät luonnollisena, että heillä on velvollisuuksia auttaa kodin askareissa vanhempiaan ja pitää huolta sisaruksistaan. Läntisissä teollisuusmaissa puhutaan hyvin vähän velvollisuuksista. Myös suomalaisessa yhteiskunnassa on pitkään ollut vaarana, että velvollisuuksista puhumista pidetään ”syyllistämisenä” tai merkinä köyhyydestä. Lapset kyllä tietävät oikeutensa,

⁴¹¹ Baer 2006: 252.

mutta myös helposti oppivat kiertämään velvollisuutensa. Julkilausuman keskeisenä sanomana oli, että oikeudet ja velvollisuudet ovat yhtä tärkeitä.⁴¹²

Subsidiariteetin periaatteella on merkitystä tehtävien hoitamisen näkökulmasta. Periaate on löydettävissä myös suomalaisesta kunnallisoikeudesta, esimerkiksi yhtenä kunnan yleisen toimialan tulkintaperiaatteena, ”hallinnon toissijaisuudeksi” kutsuttuna, samoin kuin paikallisen itsehallinnon peruskirjan kautta. Vähemmän on keskusteltu periaatteen merkityksestä siltä kannalta, nouseeko periaatteesta subjektiivisia oikeuksia niille, jotka haluaisivat suorittaa tehtäviä itse. ”Aktivoivassa valtiossa” nousee tästä kysymys, keitä nämä toimijat sitten olisivat. Perinteisen subsidiariteettiperiaatetta koskevan käsityksen mukaan yksityiset voivat hoitaa julkisia tehtäviä, jos ovat siihen valmiita ja kykeneviä.

Subsidiariteetti on ”aktivoivan valtion” puitteissa määritettävä tarkemmin. Olenainen muutos tällaisissa olosuhteissa on siinä, että subsidiariteettia ”aktivoivassa valtiossa” ei ole kuvattavissa joko–tai -työnjakona (julkinen tai yksityinen). Subsidiariteetti merkitsee tehtävistä vastaamista yksityisten *kanssa*, milloin se on mahdollista, mutta ei välttämättä tehtävistä vastaamista *ilman* julkista tahoa.⁴¹³

Näin avoimeksi työnjaon määrittystä ei kuitenkaan ole katsottu voitavan jättää. Ensimmäinen kriteeri asiaa arvioitaessa on tuotteen tai palvelun olemassaolon merkitys. Se on arvioitavissa ennen muuta perusoikeudellisen sääntelyn perusteella (toimeentulominimi, terveys, sivistys, peruspalvelut) tai epätasa-arvoon mahdollisesti johtavasta yksityisen tahon hoitovastuun seurauksena uhkaavasta kehityskulusta. Mitä vahvemmin perusoikeudellisesti taattu palvelu tai tuotos on, sitä vahvemmin sen hoitovastuu on julkisen vallan oikeutuksessa ja vastaavasti yksityisen tahon toiminta vähemmän subsidiääriä, ensisijaista. Toinen kriteeri tehtävienjaossa on diskriminointivapaa mahdollisten toimijoiden huomioonottaminen. Toisin kuin ”laihassa valtiossa” on kansalainen tällöin per se muuta kuin ”talous”, hän on tilannekohtaisesti vaihteleva subjekti, joka on nähtävä erilaisena tehtävästä riippuen. Subsidiariteetti merkitsee tällöin tehtävän osoittamista niille yksityisille, jotka siihen asiallisesti ovat parhaiten soveltuvia. Soveltuvuus ei tällöin ole ”laihahan valtion” tilanteen mukaista taloudellista suorituskykyä, vaan myös monopo-

⁴¹² Heinonen 2008. Kuvattu Inter Action Councilin julkilausuma oli myös eräänlaisena lähtökohdaksi Euroopan neuvoston kunta- ja aluekongressin vuonna 2000 antamalle julkilausumalle vastuullisesta kansalaisesta (Resolution 91 on responsible citizenship and participation in public life). Martin Haasin laatimassa asiakirjan taustamuistiossa tarkasteltiin julkilausumaa lähtökohdaksi.

⁴¹³ Baer 2006: 206.

liaseman tai kartellinmuodostuksen puuttumista. Kolmas kriteeri on resurssien turvaaminen, jotta tehtävät kyetään täyttämään luotettavasti.

10. Edellytykset kunnan asukkaiden mukaan ottamiselle tehtävien hoitoon

”Uudessa” hallintoajattelussa on innostuttu virkamiesmäisen toiminnan sijaan suuntautumaan yritysmäisesti toimivan, yksityisoikeudellisen managerin johtokuvaan. Hallintoyksiköiden ei pidä enää toimia normeihin ohjattuina, vaan yleispiirteisissä puitteissa sopivissa sopimuksissa ja tulosten perusteella ohjattuina. Onko unohdettu se, että virkakunnasta voi odottaa managerimäisyyttä vain siinä tapauksessa, että sille on olemassa edellytykset?

Erityisen vaikea tehtävä on niin hallinto-oikeudelle kuin kunnallisoikeudelle sovitaa yhteen jännitteinen suhde sääntelyn joustavoittamistarpeiden ja oikeusvaltiollisten turvaamistehtävien kesken.⁴¹⁴ Vaatimuksella kunnallisen toiminnan demokraattisesta legitimitetistä on rajoittavaa vaikutusta organisaatiosta sääntelyyn.

Mutta tämän managerimäisyyttä koskevan vaatimuksen yhteyteen on välittömästi liitettävä tärkeä reunaehto: päätöksenteon hyväksyttävyyden, legitimitetin vaatimus. Ruotsalainen Mats Andrén on todennut legitimitetin vaativan sekä ”kylmiä” että ”lämpimiä” arvoja. Tehokkuus on välttämätöntä, jotta luottamus kunnan hallintoon olisi olemassa. Ei voi olla oikein, että kunnan asukkaiden varoja käytetään toimintaan, jota ei harjoiteta resursseja asiallisesti käyttämällä. Mutta legitimitetti vaatii myös sitä, että kunta on ”lämmim” yhteisö, jossa ihmisillä on perustavaa laatua oleva yhteenkuuluvuuden tunne ja identifioituminen paikalliseen sosiaaliseen yhteisöön.⁴¹⁵ Tähän perustuu myös Erlingssonin ja Ödalenin esittämä varoitus: ”Näemme riskin siinä, että teknokraattisilla pohdinnoilla ’suuruuden eduista’ ja ’taloudellisesta kantokyvystä’ ohjataan keskustelua kuntien tulevasta roolista yhteiskuntaorganisaatiossa, nimittäin sen tapahtuessa sellaisten pohdintojen kustannuksella, jotka koskevat oikeutta paikalliseen itsehallintoon.”⁴¹⁶

⁴¹⁴ Hoffmann-Riem 1994: 1390. Kuten Kivelä on oikein havainnut, Suomen hallinnon uudistuspolitiikkaa luonnehtii kilpailu byrokratian (tässä tarkoitettuna demokraattisen hallinnon traditiona, jonka mukaan hyvä hallinto määritetään lähinnä hallintotapana, joka palvelee demokratiaa ja tasa-arvoa) ja managerismin (julkishallinnon tuottavuutta ja tehokkuutta painottavan politiikan) kesken. Byrokratia palvelee ensisijassa demokratiaa ja tasa-arvoa ja managerismi tuottavuutta ja tehokkuutta. Kivelä 2010: 28.

⁴¹⁵ Andrén 2007: 116.

⁴¹⁶ Erlingsson & Ödalen 2008: 49.

Kunnalla on siten myös toinen rooli palveluista vastaamisen ohella. Tämän kunnan ”toisen roolin” esillä pitäminen ei ole ainoastaan joidenkin ruotsalaisten idealistien haaveilua. Sillä on kaukupohjaa kaikissa vahvaan kunnalliseen, kansalaisten itsehallintoperusteiseen kunnallishallintoon nojaavissa maissa. Tässä ajattelussa mennään pidemmälle kuin mihin valtiokeskeiseen ”palvelukunta”-ajatteluamme nojaavassa ”paras”-ideologiassa ylletään. Se voidaan ilmaista esimerkiksi seuraavasti: ”Ihmiset voivat ja haluavat itse ja omissa pienissä elämämpiireissään ottaa hoitaakseen paljon enemmän vastuullista tehtäväsuoritusta kuin mitä politiikka ja hallinto heille suovat.”⁴¹⁷

Asia ei ole menettänyt merkitystään talouden dominoinnin ja tehokkuusvaatimusten painottumisen johdosta. ’Tavoitelkaa kaupungin parasta’ – toimeksianto kunnan asukkaille sitoutumisesta yhteiskunnallisista ja poliittisista asioista huolehtimiseen, sitoutumiseen kanssaihmiin ja valtiolliseen yhteisöön. Kyse ei ole vallan harjoittamisesta, vaan lähimmäisten palvelemisesta. Joka aina vain toivoo, että joku toinen alkaa ensin, joutuu – kuten näytelmän narrit Godota odottaessaan – odottamaan turhaan. Tällä kristillisellä politiikan ymmärtämisellä on vähentymätön ajankohtaisuusarvonsa tänäkin päivänä. Juuri tänään tarvitsemme kansalaisia, jotka omasta vastuun- ja velvollisuudentunnostaan julkisiin asioihin palvelevat kanssaihmiään. Tämä saattaa kuulostaa jonkun arkipäivän realismista irtaantuneen kauniilta päiväunelta. Näkemys on kuitenkin peräisin Euroopan tällä hetkellä ehkä vaikutusvaltaisimmalta johtajalta, Saksan valtiovarainministeri Wolfgang Schäublelta⁴¹⁸. Talous ja kansalaisaktiivisuus eivät ole vastakohtia, vaan tarvitsevat toisiaan. Mutta hallinnon rakenteiden, lainsäädännön ja poliittisen ilmapiirin on oltava vastaanottavainen ihmisten vastuuntunnon realisoimiselle. Tämä asettaa silloin tietyt reunaehdot myös kansalaisten itsehallinnon muodossa toimivien kuntien suuruudelle.

11. Kunnan asukkaan vastuu kuollut kirjain?

Kunnallisvero on käytännössä ainoa velvollisuus, joka kunnan asukkaalla on osoittamassa vastuuta kotikuntansa itsehallinnon hoitamisesta. Se on jakovero, joka sitä kautta osoittaa jokaiselle suhteessa saman vastuun. Kunnallisveron tämänlaatuinen luonne on kuitenkin hyvin merkittävässä määrin muuttunut, muun muassa nykyisin valtion määräysvallassa olevien vähennysten kautta. Tuloverotuksen ja verotusmenettelyn kehityslinjat viime vuosikymmenten ajalta ovat mer-

⁴¹⁷ Bogumil & Kissler 1997: 30.

⁴¹⁸ Schäuble 1995: 54.

kinneet kunnallisen itsehallinnon kaventumista. Päätösvaltaa on luisunut virkakoneistolle ja kuntien veronsaantioikeus on alkanut ”vuotaa”.⁴¹⁹

Mannereurooppalainen oikeuskeskustelu kansalaisesta ”aktivoivassa valtiossa” on laaja-alaista. Sen mukaan mahdollisimman monet kansalaiset ottavat myötä- ja osavastuuta yhä suuremmassa mitassa julkisten asioiden hoitamisesta ja myötävaikuttavat aktiivisesti omassa kunnassaan.⁴²⁰ Mielenkiintoista on, että myös Euroopan unionin taholta on eri tavoin nostettu esille kansalaisten vastuu. Konkreettinen esimerkki tästä oli vuoden 2011 nimittäminen vapaaehtoistyön teemavuodeksi.⁴²¹ Julkisen sektorin voimavarojen, henkilökunnan saatavuuden ja taloudellisten mahdollisuuksien rajojen tullessa vastaan joudutaan varmasti Suomessakin kysymään, miten pitkälle pohjoismaistyypinen valtiokeskeinen ja julkiseen toi-

⁴¹⁹ Ks. tarkemmin Wikström 1990: 235.

⁴²⁰ Baer 2006: 250 ja Konrad-Adenauer-Stiftung: *Aufbruch in die Bürgergesellschaft* 2003. Kyseinen Konrad-Adenauer-säätiön kannanotto ansaitsee lyhyen esittelyn. Kannanotolla on tavanomaisia julkilausumia merkittävämpi asema, sillä se on säätiön johtokunnan (Kuratorium) laatima ja toimintaohjeeksi hyväksymä. Tuohon johtoelimeen kuuluvat muun muassa kaksi liittopresidenttiä, Roman Herzog ja Horst Köhler. Toinen peruste on siinä, etteivät tuon periaatekannanoton näkökohdat ole suinkaan vanhentuneet. Periaatekannanottoa voi pitää yhtenä ensimmäisistä kansalaisen ”renessanssia” peräänkuuluttaneista puheenvuoroista. Varsinkin Saksassa kansalaisen omavastuuta koskeva keskustelu on ollut koko 2000-luvun voimakasta. Keskustelulle tieteellistä perustaa on tarjonnut myös laaja politologinen ja oikeustieteellinen tutkimus. Säätiön 20 sivun laajuinen periaatepaperi oli tarkoitettu aloitteeksi, jonka tarkoituksena on palvella kansalaisyhteiskunnan kehittämistä. Miksi sitten kyseisen kaltaiseen aloitteeseen säätiö ja sen arvovaltainen taustajoukko on katsonut olevan aiheita? Ehkä merkittävimmäksi todetaan sosiaalivaltion syvä kriisi. Huoltovaltio ei kykene enää täyttämään perinteisiä ydintehtäviään. On tarve uuteen politiikan malliin, jota kautta vapautuvat valtiokäsityksen piilossa olevat perustat, joissa vapaus, omavastuu ja subsidiariteetti olisivat jälleen keskipisteessä. Kansalaisyhteiskuntaa ei ole ymmärrettävä pelkkänä vastauksena virheelliseen kehitykseen tai ajankohtaiseen kriisijohtamiseen. Se on tärkeä edellytys, jotta kyetään kestämään tämän päivän ja tulevaisuuden haasteet. Olennaista on kuitenkin tietoisuuden laaja muutos, ei pelkästään kansalaisten vaan myös poliittisen toiminnan taholla. Kansalaisyhteiskunta ei ole pelkkä abstrakti johtokuva, vaan konkreettinen poliittinen tehtävä. Kansalaisyhteiskunta on poliittinen ohjelma, ohjelma maamme tulevaisuuskestävyyden turvaamiseksi. Mielekäs omavastuu alkaa jokaisesta yksilöstä itsestään ja realisoituu perheen lähiyhteisössä ja paikallisyhteisössä. Siksi aktiivilla kansalaisyhteiskunnalla on oltava pääpainonsa kunnassa, joka on yhteiskunnallisen vapausperusteisen toiminnan perusyksikkö. Kansalaisyhteiskuntaa koskeva keskustelu ei olisi varmaankaan käynnistynyt niin voimakkaasti, jos kunnat (Saksassa) olisivat toimineet siten kuin niiden toiminta perustuslaissa on konstruoitu. Ne ovat ihanteellisesti ensimmäisiä kansalaisen ja julkisen toiminnan kohtauspaikkoja, omavastuisia ja itse muotonsa saavia, todetaan kannanotossa. Kuntatason toimintaa koskevat esitykset ovat mielenkiintoisia. Niissä todetaan muun ohella, että kunnat ovat vieraantuneet missiostaan. Uudet sosiaaliset kysymykset yhteiselämässämme eivät ole ratkaistavissa vanhalla jakopolitiikalla ja suurella byrokraatialla. Huoltovaltion kriisi on pakottanut kunnat toimimaan laajalti yhteiskunnallisten laiminlyöntien korjauslaitoksina. Se on kuitenkin niille vaikeaa, koska valtio on lainsäädäntöpolitiikallaan vuodattanut ne rahoituksen suhteen kuiviin. Kunnista pitäisi tehdä kansalaisyhteiskunnan rohkaisuagentuureja. Vahvat kunnat ovat kansalaisyhteiskunnan perusedellytys.

⁴²¹ Council Decision of 27 November 2009 on the European Year of Voluntary Activities Promoting Active Citizenship (2011), (2010/37/EC).

mintaan nojaava malli kykenee toimimaan ilman että siihen kytkettäisiin edellä kuvattuja toimintatapoja.⁴²² Kyse olisi toisin sanoen alussa siteeratun kuntalain säännöksen realisoimisesta käytäntöön. Nyt voimassa olevan säännöksen mukaisesti avoimena, oikeudellisesti sitomattomana ja esimerkiksi kunnan asukkaiden välisten vastuiden jakautumiseen huomiota kiinnittämättömänä se vaatii aivan uuden arvioinnin tulevassa kuntalain säätämisessä.

”Vuonna 2020/2025 kansalaisyhteiskunta tuottaa tärkeän osan ihmisten tarvitsemasta hoivasta ja huolenpidosta. Kunnat ja valtio vastaavat perusterveydenhoidosta, erikoissairaanhoidosta, sosiaalisista tulonsiirroista ja valtaosasta sosiaalipalveluja. Kansalaisyhteiskunnan rooli hoivan ja huolenpidon tuottajana on 10 – 15 vuoden kuluttua nykyistä suurempi. Kansalaisyhteiskunnan tärkeys syntyy siitä, että ihmiset huolehtivat läheisistään merkittävällä tavalla omaehtoisesti ja että kansalaisjärjestöt tuottavat tietyt terveys- ja sosiaalipalvelut. Palvelut tuotetaan järjestöjen omistamien yritysten kautta ja pieneltä osin järjestöllisenä toimintana. Ihmisten ja yhteisöjen omavastuu lisääntyy läheisistä huolehdittaessa. Hoivan tuottaminen ja hätähuuto hoivan puolesta on yksi kansalaisyhteiskunnan suurista tehtävistä ja rooleista vuoden 2020/2025 Suomessa.”⁴²³

Kuntalaisille kunnan merkitys ei katoa, sillä asuinpaikkaan on ja tulee olemaan sidottuna monia palveluja. Identifioituminen kuntaan ja sen palveluihin tukee omalta osaltaan hyvinvointia.⁴²⁴

Jos, kuten nyt edellä kuvatusti ennakoidaan, tulevaisuus on tämänkaltainen, on sen lainsäädännöllinen kehys muuta kuin nykymuotoinen hallinnon viranomaisten velvollisuuksiin ja kansalaisten oikeuksiin huomionsa kiinnittävä kokonaisuus. Tämä tulee olemaan käynnistyvän kuntalain perusuudistuksen keskeisimpiä osia. Toisin ilmaistuna: miten kunnallisen itsehallinnon asukkailta edellyttämä vas-

⁴²² Jo tällä hetkellä vapaaehtoistyön merkitys on huomattava. Kansalaisten osallistuminen vapaaehtoistyöhön vaihtelee laajalti eri puolilla Eurooppaa. Komission tutkimuksessa osallistumisprosentti vaihteli 12–39 välillä. Suomi on erittäin hyvällä tasolla, kun meillä 36 prosenttia 15–79-vuotiaista on vapaaehtoistoiminnassa mukana. Huolestuttavaa on se, että nuorten 15–24-vuotiaiden osallistuminen vapaaehtoistoimintaan on vähentynyt ja polarisoitunut. Vuonna 2001 nuorista vapaaehtoistyöhön osallistui 39 prosenttia, mutta viime vuonna enää 24 prosenttia. Ruotsissa ja Hollannissa vapaaehtoistoiminnan osallistumisprosentti on 39. Kun suomalaisista 36 prosenttia teki vapaaehtoistyötä vuonna 2010 joka kuukausi keskimäärin 13,4 tuntia, tarkoittaa se vuositasolla 146 000 henkilötyövuotta. Minimipalkalla (8 €/h) arvioiden vapaaehtoistoiminnan taloudellinen arvo Suomessa on 2,5 miljardia euroa eli lähes viisi prosenttia bruttokansantuotteesta. Tiedot: Raitanen 2011.

⁴²³ Harju 2010: 126.

⁴²⁴ Keskiössä kuntalainen 2009: 4.

tuunotto kuntansa asioiden hoidosta realisoituu tulevaisuudessa?⁴²⁵ Vai onko vaatimus tästä kuollut kirjain? Ja jos näin on, mitä siitä seuraa kunnallisen itsehallinnon periaatteelle? Jos nyt varttuva nettisukupolvi ja itsekeskeisemmäksi muuttuvat kansalaiset katsovat, että heillä on oikeuksia, mutta ei velvollisuuksia, voi olla yhä vaikeampaa perustella veronmaksun rinnalle kuntalain kuvatun säännöksen kaltaista vastuunottoa julkisista tehtävistä. Mutta olisiko liian vaikea lainsäädännöllinen ja hallinnollinen tehtävä kompensoida luottamustoimista toimintaa myöntämällä esimerkiksi verohelpotuksia tai muita etuuksia?

⁴²⁵ Esimerkiksi Saksan ja Itävallan osavaltioiden kunnallislajeissa on konkreettisia säännöksiä siitä, että kunnan asukkaalla on velvollisuus ottaa vastaan luottamustoimi ja myös antaa vapaaehtoistoiminnassa.

Lähteet

- Andrén, M. (2007). *Den europeiska blicken och det lokala självstyrets värden*. Halmstad.
- Baer, S. (2006). ”Der Bürger” im Verwaltungsrecht. *Jus Publicum* 146. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bogumil, J. & Kissler, L. (2007). *Verwaltungsmodernisierung und lokale Demokratie*. Baden-Baden.
- Breuer, R. (2003). Zur Lage der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft. *Die Verwaltung* 3, 271–291.
- Czybulka, D. (1996). *Naturschutzrecht und Landschaftsplanung in europäischer Perspektive*. Baden-Baden.
- Engi, L. (2008). Governance – Umriss und Problematik eines staatstheoretischen Leitbildes. *Der Staat*. 573–587.
- Erlingsson, G. Ó. & Ödalen, J. (2008). Kommunalt självstyre, demokrati och individuell autonomi. *Tidskrift för politisk filosofi* 2, 35–52.
- Europäisierung der öffentlichen Verwaltung (2003). Schriftenreihe der Österreichischen Verwaltungswissenschaftlichen Gesellschaft. Band I. Wien.
- Franzius, C. (2003). Der ”Gewährleistungsstaat” – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat? *Der Staat* 4, 493–517.
- Hannus, A., Hallberg, P. & Niemi, A. E. (2009). *Kuntalaki*. Juva: WSOYpro.
- Harju, A. (2010). *Puheenvuoro kansalaisyhteiskunnan tulevaisuudesta*. Sivistysliitto Kansalaisfoorumi 2010. Satakunnan Painotuote.
- Heinonen, R. E. (2008). Yksilön vapaus ja yhteinen hyvä. Esitelmä valtakunnallisilla sosiaali- ja terveystieteiden kehittämisspäivillä 16.–17.4.2008.
- Heuru, K. (2001). *Kuntalaki käytännössä*. Helsinki: Edita.
- Holopainen, T. (1969). *Kunnan asema valtiossa*. Oikeudellinen rakennetutkimus. Vammala.
- Keskiössä kuntalainen – Suomen Kuntaliiton demokratioliittinen asiakirja. 31.12.2009.
- Kivelä, J. (2010). *Valtiokonsernin talousohjauksen tila – tuki vai taakka?* Tampere.
- Komulainen, M. (2010). *Ulkoistaminen kunnissa*. Helsinki.

Konrad-Adenauer-Stiftung (2003). Aufbruch in die Bürgergesellschaft: Weniger Staat – mehr Eigenverantwortung. Grundsatzpapier des Kuratoriums der Konrad-Adenauer-Stiftung.

Kunnalliskomitean mietintö 1993: 33. Kuntalaki. Helsinki 1993.

Ladeur, K.-H. (2001). "Deliberative Demokratie" und "Dritter Weg". Transformation des „alten“ Sozialstaats in den „aktivierenden“ Staat. *Die Verwaltung*, 3–27.

Mennola, E. (2008). Tuhotaanko kunnallinen itsehallinto kuntaliitoksilla? *Kanava*, 663–666.

Möller, M. (2009). *Subsidiaritätsprinzip und kommunale Selbstverwaltung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Niemivuo, M. (2005). Euroopan neuvosto ja hallinnon kehittäminen. Teoksessa: *Juhlakirja Teuvo Pohjolainen 1945 – 14/10 – 200*. Joensuu 2005. 204–218

Preuss, U. K. (1991). Brauchen wir eine neue Verfassung? Teoksessa: *Eine Verfassung für Deutschland*. Freiburg.

Priddat, B. P. (2000). *Gerechtigkeit oder Fairness. Der Staat in der Zivilgesellschaft*. Merkur. 1026–1031.

Raitanen, A. (2011). *Uusi vapaaehtoistyö on monimuotoista*. Hallinto 5.

Rinken, A. (2008). Alternativen zur Privatisierung. Das selbständige Kommunalunternehmen als Organisationsform der kommunalen Daseinsvorsorge am Beispiel der kommunalen Krankenhäuser. Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Band 73. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Ryynänen, A. (2007). *Kansallisvaltiosta kansalaisvaltioon*. Helsinki: Kansallinen Sivistysliitto ry.

Schmidt-Assmann, E. & Hoffmann-Riem, W. (2004). *Methoden der Verwaltungswissenschaft*. Baden-Baden.

Schuppert, G. F. (2011). Governance-Forschung: Versuch einer Zwischenbilanz. *Die Verwaltung* 2, 273–289.

Schäuble, W. (1995). *Und der Zukunft zugewandt*. München: Der Goldmann Verlag.

Sintomer, Y., Herzberg, C. & Röcke, A. (2010). *Der Bürgerhaushalt in Europa – eine realistische Utopie? Zwischen partizipativer Demokratie, Verwaltungsmodernisierung und sozialer Gerechtigkeit*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Wikström, K. (1990). Verotuksen uudistaminen ja kuntien itsehallinto. *Kunnallistieteellinen aikakauskirja* 3, 229–236.

Ziekow, J. (2004). Eigenverantwortung als Verfassungsprinzip. Teoksessa S. Brink & H. A. Wolff (Toim.). *Gemeinwohl und Verantwortung*. Berlin. 189–203.

LAPSEN ETU JA KUNNALLINEN ITSEHALLINTO: YHTEENSOVITTAMISEN HAASTEET OPETTAJIEN LOMAUTUSTILANTEISSA

Jonna Kivelä & Laura Perttola

1. Johdanto

Vuonna 2009 Suomessa lomautettiin yli 3000 perusopetuksen opettajaa, mikä vaikutti lähes 50 000 lapsen saamaan perusopetukseen.⁴²⁶ Opetusministeri lupasi lomautusaallon aikana ja sen jälkeen useaan kertaan, että aluehallintoviranomais-
ten valvontamahdollisuuksia opettajien lomautustilanteissa lainsäädäntöä täsmen-
tämällä selvitetään⁴²⁷. Samoin opetusministeri vaati, että kuntien tulee ilmoittaa
lomautusaikeistaan aiemmin aluehallintoviranomaisille, jotta lomautusten vaiku-
tukset voidaan arvioida etukäteen. Hän muistutti myös uhkasakon ja valtiosuun-
den takaisinperinnän mahdollisuuksista perusopetuksen jälkikäteisen valvonnan
keinoina⁴²⁸. Tiedotusvälineissä opetusministeri piti jopa opettajien lomauttamisen
kieltämistä lailla mahdollisena toimenpiteenä, mutta epäili lain toteutumisen
mahdollisuuksia⁴²⁹.

Mikään näistä toimenpiteistä ei toteutunut vuonna 2009 eikä sen jälkeen. Valtio
käyttää perusopetuksen ohjauksena yhä pääasiassa informaatio-ohjausta, vaika
oppilaiden subjektiivisten oikeuksien turvaaminen ja opetuksen järjestäjän
toimintatapaan vaikuttaminen edellyttäisi säädosohjausta⁴³⁰. Opettajien lomautus-
ten lainmukaisuus arvioidaan yhä tapauskohtaisesti jälkikäteen valitusten ja kan-
telujen perusteella. Kunnat ilmoittavat yhä lomautussuunnitelmistaan aluehallin-
toviranomaisille niin myöhään, ettei uhkasakon käyttö ole mahdollista. Tuomiois-

⁴²⁶ Vuonna 2009 kuntien talous heikkeni nopeasti talouskriisin seurauksena ja lomautukset laaje-
nivat suunnitellusta 30 kunnasta ja 3000 työntekijästä koskemaan yhteensä lähes 12 000 työn-
tekijää, joista oli perusopetuksen opettajia noin 3000. Opettajien lomautuksista vuonna 2009
ks. MINS 1/2010 vp.

⁴²⁷ KK 569/2009 vp; KK 947/2009 vp. Vuosina 2009 ja 2010 opettajien lomautuksia kritisoivat
voimakkaasti mm. opetusministeri, Eduskunnan sivistysvaliokunta, oikeuskansleri, Eduskun-
nan oikeusasiamies, aluehallinnon valvontaviranomaiset, lapsiasiavaltuutettu sekä opetusalan
ammattijärjestö OAJ.

⁴²⁸ Ks. KK 569/2009 vp.

⁴²⁹ Jo vuonna 2006 opetusministeriö ilmoitti YK:n Lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen
2. määräaikaisraportissa (koskien vuosia 1995–1998) seuraavansa opettajien lomautus-
tilannetta ja ryhtyvän tarvittaessa harkitsemaan muutoksia lainsäädäntöön.

⁴³⁰ Perusopetuksen ohjaus- ja rahoitusjärjestelmä 2009: 95–96, 102.

tuimet ovat tulkinneet lomautukset pääosin perusopetuslain (628/1998) ja -asetuksen (852/1998) minimivaatimukset täyttäviksi, joten perusteita valtionosuuksien takaisinperintään ei ole. Lakialoitetta tai säädösvalmistelua lomautusten kieltämiseksi tai vaikeuttamiseksi ei ole tehty.

Miksi Suomen lainsäädäntö mahdollistaa perusopetuksen opettajien lomauttamisen, vaikka oikeus maksuttomaan perusopetukseen on vahva subjektiivinen perusoikeus? Opettajien lomautusten on myös todettu olevan lapsen edun vastaisia, ja siten myös vastoin Suomea velvoittavan YK:n lapsen oikeuksien yleissopimuksen (SopS 56–60/1991) 3 (1) artiklan velvoitteita⁴³¹. Voisiko opettajien lomautukset kieltää lailla, ja mitä siitä seuraisi? Pohdimme lomautuksia säätelevän lainsäädännön nykytilaa ja muutostarpeita pohtimalla aluksi kunnan asemaa ja intressejä opettajien työnantajana ja opetuksen järjestäjänä. Seuraavaksi tarkastelemme oppilaiden oikeuksia lomautustilanteissa sekä lapsen edun huomioimista lomautuspäätöksistä tehtäessä. Lopuksi arvioimme, mitä lainsäädännöllisiä keinoja lapsen oikeuksien ja kunnallisen itsehallinnon kollisiotilanteen ratkaisemiseksi on käytettävissä. Näkökulmamme painottuu opetuksen järjestäjän toimivallan ja oppilaiden oikeuksien välisiin jännitteisiin lomautustilanteissa ja niitä säätelevässä lainsäädännössä, joten olemme rajanneet opetushenkilöstön oikeudellisen aseman tarkemman esittelyn tarkastelun ulkopuolelle⁴³².

2. Viranhaltijan lomauttamisen tausta ja nykytila

Jo vuonna 1970 voimaan tulleessa työsopimuslaissa (320/1970) säänneltiin lomauttamisen perusteista. Kunnallisen viranhaltijan lomautusperusteista säänneltiin ensimmäisen kerran vuonna 1992 voimaan tulleessa laissa kunnan ja kuntainliiton viranhaltijoiden virantoimituksen ja työntekijöiden työnteon palkattomasta keskeyttämisestä. Säännökset lomauttamisen perusteista, lomauttamismenettelystä ja lomauttamisen vaikutuksista sisältyivät vanhan työsopimuslain 30, 30 a, 30 b ja 31 §:ään.

Lomauttamisen tarkoituksena oli, ettei tuotannollisista, taloudellisista tai näihin rinnastettavista syistä johtuvan työn puutteen (jonka tiedetään tai toivotaan jäävän ohimeneväksi) vuoksi työntekijän palvelussuhdetta tarvitsisi katkaista irtisanomisella vaan että hänen palvelussuhteensa työnantajaan voisi säilyä siten, että työn-

⁴³¹ Lapsen oikeuksien sopimuksen merkityksestä opettajien lomautustilanteissa ks. esim. K 14/2001 vp s. 260; Hakalehto-Wainio 2012: 251; Pirjatanniemi 2010.

⁴³² Opettajien virkamiesoikeudellisesta asemasta ja lomautusmenettelystä on erinomainen yleisesitys Sami Peltosen (2012) pro gradu -tutkielmassa Kunnan opettajien lomauttaminen.

antajan tekemän lomautusilmoituksen välittömänä oikeusvaikutuksena on vain työnteon palkaton keskeytyminen eikä työsopimuksen irtisanominen.⁴³³ Lomautus on siis nähty kevyemmäksi vaihtoehdoksi irtisanomisen vaihtoehdoksi. Näin ei kuitenkaan aina ole⁴³⁴.

Kuntia varten säädettiin laki kunnan ja kuntainliiton viranhaltijoiden virantoimituksen ja työntekijöiden työnteon palkattomasta keskeyttämisestä ja se oli voimassa kaksi vuotta voimaantulostaan. Lain voimassaoloa ei sen jälkeen jatkettu. Viranhaltijoiden lomauttamisesta säänneltiin tämän jälkeen ainoastaan sopimustasoisin määräyksin. Kunnalliseen yleiseen virka- ja työehtosopimukseen otettiin 18.1.1993 lukien määräyksiä viranhaltijoiden lomauttamisesta.⁴³⁵ Vuoden 1996 kesäkuun loppuun saakka kunnallisen viranhaltijan lomauttamista koskevat määräykset olivat ainoastaan virka- ja työehtosopimuksessa. Virka- ja työehtosopimuksen mukaan viranhaltija voitiin lomauttaa noudattaen soveltuvien osin työsopimuslain lomauttamista koskevia säännöksiä. Työsopimuslain 30 §:n mukaan lomauttaminen oli mahdollista niillä edellytyksillä, joilla työnantaja olisi saanut irtisanoa työsopimuksen.⁴³⁶ Lomautusperusteista säänneltiin vuoden 1996 heinäkuussa voimaan tullessa laissa kunnallisen viranhaltijan palvelussuhdeturvasta (484/1996, jatkossa palvelussuhdeturvalaki).

Vuonna 1970 voimaan tulleen työsopimuslain säännöksen (30 §) mukaan lomauttaminen oli mahdollista silloin, kun työnantaja olisi saanut irtisanoa työsopimuksen. Uudessa työsopimuslaissa (55/2001) lomauttaminen ei ole enää kurinpidollisena keinona mahdollista, ellei siitä sovittaisi työehtosopimuksella.⁴³⁷ Uusi työsopimuslaki tuli voimaan 1. kesäkuuta 2001 ja laki kunnallisesta viranhaltijasta (304/2003, jatkossa viranhaltijalaki) tuli voimaan muutama vuosi työsopimuslain uudistuksen jälkeen (1.11.2003). Nykyinen viranhaltijalaki syrjäytti palvelussuhdeturvalain, jonka säännöksen (17 §) mukaan lomautus voitiin tehdä taloudellisten ja tuotannollisten syiden lisäksi myös viranhaltijan henkilöön liittyvän irtisanomis- tai purkamisperusteella, mikä ei enää uuden viranhaltijalain mukaan ole mahdollista. Nykyään viranhaltijan lomauttamista ei enää voi käyttää sanktion luonteisesti. Viranhaltijan lomautusperusteita muutettiin vastaamaan työsopimuslain mukaisia lomautusperusteita.⁴³⁸

⁴³³ HE 103/1992 vp s. 3.

⁴³⁴ Ks. Hirvonen & Mäkinen 2006: 241.

⁴³⁵ Koskinen & Kulla 1996: 181–182. Ks. myös Bruun, Mäenpää & Tuori 1995: 195–196 virkamiehen lomauttamisen taustasta ja perusteluista.

⁴³⁶ HE 44/1996 vp s. 4–5.

⁴³⁷ HE 157/2000 vp s. 85–86.

⁴³⁸ HE 196/2002 vp s. 47.

3. Kunnan talous

Lomautuksia on perusteltu taloudellisilla syillä. Vielä 1980-luvulla katsottiin, ettei lomauttaminen tulisi kysymykseen valtion virkamiesten eikä kuntien viranhaltijoiden kohdalla. Julkistalouden heikennyttyä 1990-luvun alkupuolen taloudellisen laman aikana tuli tarpeelliseksi säätää enemmän todellisia keinoja kunnille säästötoimien toteuttamiseksi. Kuntien taloudellinen tilanne ei näyttänyt hyvältä ja säästöpyrkimyksistä huolimatta taloudellinen tilanne oli heikko. Tämän vuoksi säädettiin vuoden 1992 joulukuussa voimaan tullut laki kunnan ja kuntainliiton viranhaltijoiden virantoimituksen ja työntekijöiden työnteon palkattomasta keskeyttämisestä määräajaksi (1239/1992), joka oli voimassa kahden vuoden ajan voimaantulostaan. Lain 1 §:n mukaan virantoimituksen keskeyttäminen oli mahdollista, jos siihen oli kunnan tai kuntainliiton taloudelliseen asemaan liittyvä syy.⁴³⁹

Kunnan oikeus lomauttaa henkilöstöään perustuu perustuslain (731/1999) 121 §:n mukaiseen kunnalliseen itsehallintoon ja sen nojalla annettuun kunnan oikeuteen päättää taloudestaan. Kuntalain (365/1995) 8 luvussa säädetään kunnan taloudesta. Säännösten mukaan valtuusto hyväksyy kunnan talousarvion ja -suunnitelman sekä viimeistään talousarvion hyväksymisen yhteydessä valtuuston on päätettävä kunnan tuloveroprosentista, kiinteistöveroprosentista sekä muiden verojen perusteista. Valtuuston finanssivalta hyväksyä vuotuinen talousarvio ja valvoa sen toteuttamista muodostavat talousarvion itsehallintotehtävän ytimen. Talousarvion tehtävänä on konkretisoida perustuslain suojaa nauttiva itsehallinto käytännön toiminnaksi.⁴⁴⁰

Talousarvioon otetaan toiminnallisten tavoitteiden edellyttämät määrärahat ja tuloarviot sekä siinä osoitetaan, miten rahoitustarve katetaan (KuntaL 65.4 §). Säännöksen tarkoituksena on korostaa tavoitteiden ja niiden seurannan merkitystä talouden ohjauksessa ja niiden kytkemistä määrärahoihin ja tuloarvioihin⁴⁴¹. Valtuuston on kuntalain (65.2 §) mukaan laadittava talousarvio ja -suunnitelma siten, että edellytykset kunnan tehtävien hoitamiseen turvataan. Esimerkiksi perusopetuksen järjestäminen on sellainen kuntien tehtävä, joka tulee ottaa huomioon talousarviota ja -suunnitelmaa tehtäessä, sillä perusopetuksen järjestämisvastuu on lailla kunnille säädetty⁴⁴².

⁴³⁹ HaVM 13/1992 vp s. 1–2; HE 139/1992 vp s. 1.

⁴⁴⁰ Myllymäki 2007: 212.

⁴⁴¹ HE 192/1994 vp s. 111. Ks. Myllymäki 2007: 213, 220–223.

⁴⁴² Kuntalain 2 §:n mukaan kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamansa ja sille laissa säädettyt tehtävät. Perusopetuksen järjestämisvelvollisuus on kunnalle lailla annettu, joten pe-

Jos kunnalla on taseessa kertynyttä alijäämää, kunnan on laadittava tasapainossa oleva tai ylijäämäinen taloussuunnitelma. Tällöin taloussuunnitelma voi olla enintään neljän vuoden pituinen. Mikäli kunta ei saa taseen alijäämää katetuksi taloussuunnitelmassa, on kunnalla velvollisuus laatia yksilöity toimenpideohjelma alijäämän kattamiseksi. Tällöin valtuusto päättää toimenpideohjelman kestosta.⁴⁴³ Kunnan heikon taloudellisen tilanteen parantamiseksi kunta saattaa joutua kirjamaan toimenpideohjelmaansa henkilöstömenojen supistuksia, mikä käytännössä tarkoittaa henkilöstön irtisanomisia ja lomautuksia.

Valtion vuoden 2012 talousarvioesityksen mukaan siihen sisältyneiden valtion toimenpiteiden on arvioitu menojen, tulojen ja veroperustemuutosten kokonaisvaikutuksena heikentävän kuntien rahoitusasemaa nettomääräisesti 448 milj. euroa vuoteen 2011 verrattuna. Valtiovarainvaliokunta katsoi mietinnössään vuoden 2012 talousarvioon liittyen, että kunnat ovat keskeinen osa julkista taloutta ja on siksi perusteltua, että myös kunnat osallistuvat nykyistä suuremmalla peruspalvelujen omarahoitusosuudella julkisen talouden tasapainottamiseen.⁴⁴⁴

Valtiovarainvaliokunta korosti antamassaan mietinnössään, että kuntatalouden vakauden turvaaminen edellyttää kuntien ja kuntayhtymien tiukkaa menokuuria, jotta toimintamenojen kasvu pysyy tulokehityksen asettamissa rajoissa.⁴⁴⁵ Kuitenkin hallintovaliokunta on jo vuonna 1992 ottanut mietinnössään kantaa sellaisiin määrärahojen vähennyksiin, jotka työvoiman vähentämisen kautta uhkaavat johtaa viranomaisten lakisäädteisten tehtävien ylläpidosta luopumiseen tai palveluiden tason olennaiseen heikkenemiseen. Tällöin on edellytettävä viranomaisten tehtäviä koskevan lainsäädännön tarkistamista ensisijaisesti samassa yhteydessä kun talousarvio hyväksytään.⁴⁴⁶ Tällä tarkoitettiin sitä, ettei lailla voida säätää

rusopetuksen järjestäminen ei ole kunnan vapaan harkinnan alainen järjestääkö se perusopetusta vai ei. Ks. Myllymäki 2007: 205.

⁴⁴³ HE 155/2006 vp s. 36.

⁴⁴⁴ VaVM 26/2011 vp s. 51–52. Kuntien valtionosuuksista tehtiin päätös, että valtionosuus kasvaa tänä vuonna 368 miljoonalla eurolla, jolloin valtionavut ovat yhteensä 10,5 mrd. euroa. Valtionavustuksia ei kuitenkaan vielä jaeta, sillä valtiontalouden tasapainottamiseksi tehdään tilapäinen valtionosuuksien vähentäminen. Hallitusohjelman linjausten mukaan kehyskaudella 2012–2015 kuntien valtionosuuksia vähennetään vuositasolla 631 miljoonalla eurolla. Tämän vuoksi kunnan peruspalvelujen valtionosuusprosenttia alennettiin tämän vuoden alusta 31,42 prosenttiin, jolloin kuntien omarahoitusosuus nousi 68,58 prosenttiin. Kuntien talouteen vaikuttaa myös se, että tämän vuoden alusta kiinteistövero poistettiin kuntien verotuloihin perustuvasta valtionosuuksien tasausjärjestelmästä. Kiinteistöveron poistamisella saattaa kunnassa olla suurta merkitystä, sillä esimerkiksi Laihia menetti tänä vuonna voimaan tulleen verouudistuksen takia 747 485 euroa. Laihian kunnanjohtajan Juha Rikalan mukaan Perälän alakoulu voisi pyörittää vuoden sillä summalla. (Ks Pohjalainen 13.4.2012.)

⁴⁴⁵ VaVM 26/2011 vp s. 52.

⁴⁴⁶ HaVM 14/1992 vp s 3.

kunnan lakisääteisistä tehtävistä, jos ei ole myönnettävissä määrärahoja niiden hoitamiseen.

YK:n lapsen oikeuksien komitea on huolestunut Suomen maaraportissa siitä, että kuntien laaja itsehallinto julkisten palvelujen järjestämisessä ja rahoittamisessa mahdollistaa sen, että jotkin kunnat saattavat tämän vuoksi myöntää liian vähän resursseja lapsille ja nuorille tarkoitettujen palvelujen järjestämiseen, mikä johtaa alueellisiin ja paikallisiin eroihin lasten palvelujen resursoinnissa. Komitean mukaan valvonnan puuttuminen valtiossa johtaa kansallisen ohjausjärjestelmän heikkouteen. Komitea suosittelee, että valtio tarjoaa kunnille riittävät resurssit erityisesti lapsen oikeuksien toteutumisen vahvistamiseksi sekä järjestää erikseen kussakin kunnassa lasten tarpeisiin osoitettavien määrärahojen tehokkaan seurannan ja varmistaa määrärahojen asianmukaisen tason.⁴⁴⁷

Kuntien kokonaismenoista yli 75 prosenttia muodostuu kahdelta suurimmalta toimialalta; sosiaali- ja terveystoimesta (51 prosenttia) sekä opetus- ja kulttuuri-toimesta (26 prosenttia). Palkkausmenoihin kuuluu kunnilla runsaat 50 prosenttia kokonaismenoista. Opetus- ja kulttuuritoimen sisällä suurin menoerä kunnille on perusopetus, jonka osuus on 56 prosenttia.⁴⁴⁸ Opetus- ja kulttuuritoimen menojen ollessa kuntien toiseksi suurin menoerä, on odotettavissa, että myös säästötoimet kohdistetaan suurelta osin tälle toimialalle.

Suomen perustuslain (731/1999) 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Perinteisesti julkisen vallan velvollisuutta aktiiviseen toimintaan onkin pidetty ominaisena juuri TSS-oikeuksille⁴⁴⁹. Yleinen perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus ulottuu myös kuntiin sikäli, kuin niille on annettu perusoikeuksien kannalta merkityksellisiä tehtäviä ja toimivaltaa. Vaatimus, jonka mukaan kuntien pakollisista tehtävistä on säädettävä lain tasolla, kuuluu kunnallisen itsehallinnon lähtökohtiin. Yksityisen subjektin kannalta hänen oikeutensa maksuttomaan perusopetukseen ei ole riippuvainen täydentävästä sääntelystä, kuntien tätä vastaava velvollisuus sen sijaan on.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ CRC/C/FIN/CO/4 s. 4.

⁴⁴⁸ HE 155/2006 vp s. 36, 39.

⁴⁴⁹ Tuori & Lavapuro 2011: 809.

⁴⁵⁰ Tuori 1996: 857–858.

Valtion on myös viime kädessä vastattava siitä, että kunnilla on riittävät taloudelliset edellytykset huolehtia perusoikeuksien toteuttamisesta.⁴⁵¹ Tätä edellyttää perustuslain 121 §:n mukainen kuntien itsehallinto ja siihen sisältyvä taloudellinen itsemääräämisoikeus – valtio ei voi rajoituksetta säätää kunnille raskaita taloudellisia velvoitteita, jotka voivat uhata kunnallistaloutta ja sitä kautta kunnallista itsehallintoa. Kunnille myönnettävän valtionavun määrää näiden lakisääteisten tehtävien toteuttamiseen on pidetty riittämättömänä, mikä aiheuttaa kuntien ja valtionvälille jatkuvaa jännitettä.⁴⁵² Resurssien tasolle ei voida osoittaa mitään valtiontalouden tilasta riippumatonta konkreettista minimitasoa, mutta perustuslaissa turvattujen oikeuksien toteuttaminen on priorisoitava muihin säännöksiin nojautuvien menojen edelle myös taloudellisesti vaikeina aikoina.⁴⁵³

4. Opetuksen järjestäjän oikeudet ja velvollisuudet lomautustilanteissa

Opetustoimen lainsäädäntöön ei sisälly lomauttamista koskevia säännöksiä. Opetushenkilöstön lomauttaminen ei sinänsä ole perusopetuslain tai muunkaan kuntien opetustoimintaa sääntelevän lainsäädännön vastaista. Toisaalta lomauttaminen ei vaikuta kunnan velvollisuuteen huolehtia lainsäädäntöön ja opetussuunnitelmaan kirjattujen opetuksen tavoitteiden ja oppilaiden oikeuksien toteutumisesta⁴⁵⁴. Viranhaltijalakia sovelletaan lomauttamismahdollisuuden osalta myös perusopetuksen opetushenkilöstöön ja lain 30 §:n 1 ja 2 momentin mukaan työnantajalla on oikeus lomauttaa viranhaltija taloudellisista tai tuotannollisista syistä⁴⁵⁵. Jos kunnanvaltuusto on hyväksynyt suunnitelman kunnan talouden tasapainottamiseksi toteutettavista toimenpiteistä ja henkilöstön lomautusten perusteena on kunnan pakottava kustannusten vähentämistarve, kunta voi päättää opetushenki-

⁴⁵¹ Tuori & Lavapuro 2011: 818–819; Hidén 1999: 20. Ks. myös Saraviita (2005: 155), jonka mukaan perusoikeusdistuksessa ei ehdotuksista huolimatta vahvistettu sitä, onko perimmäinen vastuu TSS-oikeuksien toteutuksessa valtiolla vai kunnalla.

⁴⁵² Saraviita 2005: 155–156.

⁴⁵³ Hidén 1999: 21. Lisäksi Scheinin (1993) on katsonut, että kunnat voivat tukeutua ihmisoikeussopimuksiin perusteena vaatia valtiolta taloudellista vastuuta kunnille siirrettyjen tehtävien hoitamisessa.

⁴⁵⁴ MINS 1/2010 vp s. 8.

⁴⁵⁵ Hirvonen & Mäkinen 2006: 235, 241–243; HE 86/1997 vp s 1, 44–45. Viranhaltijalain 30.1 §:n mukaan lomauttaminen on mahdollista aina silloin, kun työnantajalla on oikeus lain 37 §:ssä säädetyllä perusteella irtisanoa virkasuhde. Kun irtisanomisperustetta ei ole, lomauttaminen on 30.2 §:n nojalla mahdollista siitä syystä, että viranhaltijan tehtävät tai työnantajan edellytykset tarjota hänelle työtä ovat tilapäisesti vähentyneet eikä työnantaja voi järjestää muita tehtäviä tai koulutusta. Perusopetuslakiin ei enää sisälly peruskoululaissa (476/1983) olleita säännöksiä koulujen hallinnosta tai opettajien oikeudellisesta asemasta. Käytännössä kaikki opettajat, myös tuntiopettajat, ovat julkisen vallan käyttäjinä virkasuhteisia. Palvelusuhdelajista riippuen sovellettavaksi voivat tulla kuitenkin työsopimuslain tai valtion virkamieslain säännökset ja määräykset.

löstönsä lomauttamisesta niin, että muut opettajat huolehtivat omien tuntiensa ohella lomautettujen opettajien tunteista⁴⁵⁶.

Vaikka opettajien lomauttamista ei sinänsä ole kielletty, asettaa erityisesti perusopetuslaki, mutta myös alemmanasteiset säännökset, perustuslain säännökset sekä ihmisoikeussopimusten velvoitteet tiettyjä edellytyksiä lomautusten toteuttamiselle⁴⁵⁷. Lomautus ei saa vaikuttaa opetuksen järjestäjän velvollisuuksiin turvata oppilaiden oikeuksia koulun jokaisena työpäivänä. Opetusta on lomautuksista huolimatta annettava määrältään ja laadultaan säännösten edellyttämällä tavalla. Lomautukset eivät myöskään saa vaikuttaa oppilaan oikeuteen saada erityisopetusta, tukiopetusta ja muita perusopetuslain mukaisia palveluja. Opetuksen järjestäjän on ennalta ilmoitettava oppilaille ja heidän huoltajilleen keskeisistä opetussuunnitelmaan liittyvistä asioista, myös suunnitelluista muutoksista. Suunnitteilla olevat lomautukset tulisikin ottaa huomioon jo vuosittaista suunnitelmaa valmisteltaessa. Myös velvollisuus muodostaa opetusryhmät opetussuunnitelman tavoitteiden saavuttamisen kannalta tarkoituksenmukaisesti sitoo järjestäjää myös lomautusten aikana.⁴⁵⁸

Opetuksen järjestäjä voi lain ja asetusten sekä vahvistetun opetussuunnitelman ja tuntijaon rajoissa päättää siitä, miten opetus käytännössä järjestetään⁴⁵⁹. Lomautuspäätöksen yhteydessä kunnan on vahvistettava lomautusperiaatteet, joista käyvät ilmi lomautusten kesto, laajuus, toteuttamistapa, vastuuviranhaltijat sekä noudatettava menettely, jossa oppilaiden oikeuksien toteutuminen turvataan myös lomautusten aikana⁴⁶⁰. Lomautusten toteuttamisen lainmukaisuus arvioidaan jälkikäteen kantelun johdosta aluehallintovirastossa tai valituksen perusteella hallinto-oikeudessa. Koska opettajien lomautuksia koskevaa erillistä lainsäädäntöä ei ole eikä lomautusten vaikutuksista perusopetukseen ja toisen asteen koulutukseen ei ole käytettävissä tutkimustietoa, lainmukaisuus määritellään kokonaisarviointina, jossa painopiste on perusopetuslain määräysten noudattamisessa⁴⁶¹. Koko-

⁴⁵⁶ KHO 25.8.2010 T 1941; KVTES VIII luvun 1 § ja soveltamisohje. Kuopion hallinto-oikeus on todennut kaupunginhallituksen olleen toimivaltainen päättämään henkilöstön lomautuksista, kun kaupunginvaltuuston hyväksymien palvelustrategioiden liitteessä oli todettu, että osana talouden tasapainottamista koko henkilöstö lomautetaan kahdeksi viikoksi. (Kuopion HAO 29.9.2008 T 08/0561/1.)

⁴⁵⁷ Perustuslain 16.1 asettaa velvollisuuden huolehtia siitä, että maksutonta perusopetusta on saatavilla, mutta ei säädi siitä, kenen velvollisuus on järjestää perusopetus. Perusopetuslain 4.1 §:n mukaan kunnilla on velvollisuus järjestää alueellaan asuville oppivelvollisille perusopetusta.

⁴⁵⁸ MINS 1/2010 vp s.4.

⁴⁵⁹ Hämeenlinnan HAO 30.11.2011 T 11/0865/3.

⁴⁶⁰ KHO 25.8.2010 T 1941.

⁴⁶¹ MINS 1/2010 vp s. 5.

naisarvioinnin kannalta erityisen merkittäviä seikkoja ovat oppilaiden ikä ja kehitystaso, koulupäiviin kohdistuvien lomautuspäivien määrä, turvallisen opiskeluympäristön takaaminen valvonnan riittävydestä huolehtimalla sekä erityisopetuksen turvaaminen lomautusten aikana.⁴⁶² Lomautusten kesto ei sen sijaan ole kokonaisarvioinnin kannalta erityisen merkityksellinen, sillä hyväksyttävänä kes-tona on pidetty jopa 17 oppilaiden työpäivää opettajaa kohden⁴⁶³. Kunnan täytyy kuitenkin ottaa huomioon, että jos opetusta tarjotaan normaalistikin vain perusopetusasetuksen 3 §:ssä säädetty vuotuinen vähimmäistuntimäärä, menetetty opetus on pystyttävä korvaamaan lukuvuoden aikana, jotta lomautukset voitaisiin toteuttaa lain mukaisesti. Lisätunteja tarjoavat kunnat eivät sen sijaan välttämättä riko opetuksen määrästä annettuja säännöksiä vähentäessään opetusta lomautusten takia.

Lomautusajanjaksoon tulisi sisällyttää mahdollisimman vähän sellaisia työpäiviä, jolloin annetaan varsinaista opetusta. Vaihtoehtoisia lomautusajankohtia ovat esimerkiksi ns. veso-päivät, jaksomuotoista opetussuunnitelmaa noudattavien koulujen koeviikot sekä juhla- ja teemapäivät. Yleisesti käytetty veso-päivinä lomauttaminen merkitsee kuitenkin heikennystä opettajien täydennyskoulutukseen, joka on laadukkaan perusopetuksen kannalta tärkeää ja siksi myös oppilaiden edun mukaista. Koulujen loma-aikoihin lomautuksia ei voida kohdentaa, sillä virkaehtosopimuksen mukaan lomautus toteutetaan opetustyön keskeytyksenä⁴⁶⁴.

5. *Oppilaan oikeudet lomautustilanteissa*

Oppilaan oikeus maksuttomaan perusopetukseen on kirjattu sekä perustuslakiin (PL 16.1 §) että ihmisoikeussopimukseen⁴⁶⁵. Oikeus perusopetukseen on subjektiivinen perusoikeus, minkä lisäksi sen toteutuminen edellyttää muiden TSS-oikeuksien tavoin julkiselta vallalta aktiivisia toimenpiteitä. Lain tasolla oikeus turvataan ensisijassa perusopetuslain säännöksin. Vuonna 1999 perusopetuslain 30.1 §:ää muutettiin siten, että opetukseen osallistuvalla on *työpäivinä oikeus*

⁴⁶² Ks. esim. KHO 2000:11, jossa lääninhallituksen ja hallinto-oikeuden päätökset lomautusten lainvastaisuudesta kumottiin.

⁴⁶³ KHO 2000:11. Opetustyön häiriintyminen ja siten oppilaiden oikeuksien heikentyminen koskee kuitenkin pidempää ajanjaksoa kuin yhden opettajan lomautusaikaa, sillä opettajat ovat yleensä lomautettuina eri aikoina. Eduskunnan sivistysvaliokunta onkin todennut, että mitä pitemmästä lomautuksesta on kyse, sitä vaikeampaa se on toteuttaa perusopetuslain ja -asetuksen mukaisesti (ks. SiVL 5/2010 vp s. 6).

⁴⁶⁴ KVTES VIII luvun 1 § ja soveltamisohje; Työtuomioistuimen ratkaisu TT 1994–28.

⁴⁶⁵ YK:n yleissopimus lapsen oikeuksista (28 art.; Unescon yleissopimus syrjinnän vastustamiseksi opetuksen alalla (908/1971) 4 art.; Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (6/1976) 13 ja 15 art.

saada opetussuunnitelman mukaista opetusta, oppilaanohjausta sekä riittävää oppimisen ja koulunkäynnin tukea heti tuen tarpeen ilmetessä. Opetus on järjestettävä oppilaiden ikäkauden ja edellytysten mukaisesti (POL 3.2 §), mikä rajoittaa jossain määrin itsenäisen työskentelyn tai suurryhmäopiskelun käyttöä työtapana nuorimpien tai oppimisvaikeuksista kärsivien oppilaiden kohdalla. Opetuksen on oltava opetussuunnitelman mukaista, ja opetussuunnitelmassa voidaan määrätä käytettäväksi opetusmenetelminä esimerkiksi työelämään tutustumista tai kohtuullisessa määrin itsenäistä työskentelyä, jolloin oppilaalla ei ole jatkuvaa välitöntä vuorovaikutusmahdollisuutta opettajan kanssa.⁴⁶⁶

Sivistysvaliokunnan mietinnön mukaan perusopetuslain 30 § 1 momentin säännöksen merkitys korostuu kuntien puuttuessa normaaliin opetuksen järjestämiseen talouden tasapainottamiseksi. Valiokunta ei hyväksy opetushenkilöstön lomautuksia säästökeinoina.⁴⁶⁷ Perusopetuslain eduskuntakäsittelyn aikana julkisuudessa virisi keskustelu perusopetukseen käytettävistä voimavaroista ja kuntien päätöksistä lomauttaa opettajia. Erityisenä huolenaiheena oli perusopetuksen tasa-arvoinen toteutuminen. Sivistysvaliokunta yhtyi mietinnössään valtiovarainvaliokunnan lausunnossa todettuun, että kysymys on ennen kaikkea perusopetukseen käytettävien kokonaisvoimavarojen riittämättömyydestä eli resurssipulasta eikä lainsäädännöstä.⁴⁶⁸ Perusopetuslain säännöksillä on ensisijaisesti tarkoitus turvata opetuksen yhdenvertainen toteutuminen, ja tätä yhdenvertaisuutta paikallisesti toteutettavat opettajien lomautukset heikentävät⁴⁶⁹.

Opetukseen osallistuvalla on oikeus turvalliseen opiskeluympäristöön. Tällä tarkoitetaan fyysisen ympäristön lisäksi oppilaiden suojaamista väkivallalta, kiusaamiselta ja häirinnältä. Opetuksen järjestäjällä on velvollisuus laatia opetussuunnitelman yhteydessä turvallista opiskeluympäristöä koskeva suunnitelma sekä toimeenpanna suunnitelma ja valvoa sen noudattamista ja toteutumista. (POL 29 §.) Eduskunnan sivistysvaliokunnan lausuman mukaan perusopetuslain 29 §:n säännöksen tarkoituksena on asettaa kokonaisvastuu koululle oppilaan turvallisuudesta⁴⁷⁰. Säännös velvoittaa koulutuksenjärjestäjää toimimaan aktiivisesti

⁴⁶⁶ HE 86/1997 vp s. 64.

⁴⁶⁷ SiVM 3/1998 s. 32. Opetusalan ammattijärjestö OAJ vetoaa tähän sivistysvaliokunnan mietintöön katsoessaan, että perusopetuslakia säädettäessä Eduskunnan tarkoituksena oli kieltää opetushenkilöstön lomautukset säästökeinona ja sittemmin kunnat ovat kiertäneet lakia.

⁴⁶⁸ VaVL 18/1998 vp s. 5.

⁴⁶⁹ Myös eduskunnan oikeusasiamies on ollut huolissaan opettajien lomautusten aiheuttamasta perusopetuksen alueellisesta epätasa-arvosta ja korostanut sen seuranta- ja valvontaa, että jokainen saa asuinpaikastaan ja henkilökohtaisista oloistaan riippumatta ne palvelut, joihin laki heidät oikeuttaa. (Paunio 2001: 987.)

⁴⁷⁰ SiVM 3/1998 vp s. 32.

niin, että oppilaan oikeus turvalliseen opiskeluympäristöön toteutuu. Säännös on kuitenkin sanamuodoltaan melko yleisluontoinen ja väljä, joten käytännössä sen tulkinta jää ensisijaisesti opetuksen järjestäjän tehtäväksi.⁴⁷¹ Pääsääntönä oppilaiden valvonnan osalta voidaan pitää, että opettajan vastuu oppilaista edellyttää myös tosiasiallista mahdollisuutta valvoa oppilaita. Tällöin perusopetuslain 29 §:n säännösten noudattaminen ei ole mahdollista, kun kaksi opetusryhmää toimii yhden opettajan johdolla erillisissä tiloissa.⁴⁷²

Kotiopetus on lomautusten aiheuttamiin poikkeustilanteisiin ongelmallinen ratkaisu, sillä oppilaan tulee POL 35.1 §:n mukaan osallistua opetukseen, jollei hänelle ole myönnetty lupaa poissaoloon. Perusopetuslain 26.1 §:ssä säädetään oppivelvollisuuden suorittamisesta perusopetukseen osallistumalla tai muuten vastaavat tiedot hankkimalla. Lisäksi 26 §:n 2 momentissa säädetään, että huoltajalla on velvollisuus huolehtia, että oppivelvollisuus tulee suoritettua.⁴⁷³

Lomautusten yhteydessä kunta saattaa määrätä koulunkäyntiavustajat valvomaan oppilaita opettajan poissa ollessa, jolloin tukea tarvitsevien oppilaiden oikeudet eivät toteudu tarkoitetulla tavalla ja kaikkien oppilaiden oikeus saada opetussuunnitelman mukaista opetusta vaarantuu. Koulunkäyntiavustajilla ei voi lomautusten aikana suunnitelmallisesti korvata opettajia opetustehtävissä, mutta heitä ja muita aikuisia, kuten oppilaiden vanhempia, voidaan käyttää opettajien apuna valvontajärjestelyissä⁴⁷⁴. Tiettyjen oppiaineiden tavanomaiset turvallisuusjärjestelyt ovat lisäksi niin riippuvaisia pätevän aineenopettajan ohjauksesta, että niiden opetus voidaan joutua korvaamaan lomautusaikana teoriaopetuksella tai jättämään kokonaan pois opetusohjelmasta, jotta turvallinen oppimisympäristö voidaan varmistaa⁴⁷⁵.

Jos oppilas jää tilapäisesti jälkeen opinnoissaan tai muutoin tarvitsee oppimisesaan lyhytaikaista tukea, hänellä on oikeus saada tukiopetusta. (POL 16–17 §.) Opetusryhmien muodostamisesta säädetään erityisopetuksen osalta perusopetusasetuksen 2 §:ssä. Opetusryhmän enimmäiskoko voidaan ylittää, jos se on oppi-

⁴⁷¹ AOA 22.9.2004, dnro 2678/2/02.

⁴⁷² Ks. esim Hämeenlinnan HAO 7.5.2007 T 07/0268/3; ISLH-2009-01073/Op-13.

⁴⁷³ Kunnan velvollisuudesta kiinnittää tiedottamisessaan huomiota POL 26.1 §:n ja 35.1 §:n säännöksiin ks. Hämeenlinnan HAO 7.5.2007 T 07/0268/3.

⁴⁷⁴ KHO 18.2.2008 T 272. Opettajien korvaaminen lomautusten aikana epäpätevällä henkilöstöllä on toisinaan rinnastettu ennakoimattomista sairauspoissaoloista johtuviin poikkeusjärjestelyihin, mutta huolellista ennakkosuunnittelua edellyttävissä lomautustilanteissa on vaadittava lain ja määräysten noudattamista tarkemmin kuin äkillisissä sijaisjärjestelyissä.

⁴⁷⁵ Vaaratilanteita voi syntyä esimerkiksi liikunnan, teknisen käsityön ja fysiikan opetuksessa, mikäli opettajalla ei ole pätevyyttä kyseisen aineen opettamiseen. Ks. esim. Hämeenlinnan hallinto-oikeuden ratkaisu 27.6.2011 T 11/0433/3.

laiden edellytysten tai opetuksessa käytettävän työskentelytavan takia perusteltua, eikä järjestely vaaranna opetusryhmässä opiskelevien oppilaiden opetuksen tavoitteiden saavuttamista. Suurissa ja heterogeenisissa opetusryhmissä joudutaan kuitenkin käyttämään paljon itsenäistä työskentelyä opetusmenetelmänä, jotta työrauha säilyisi ja opetus olisi oppilaan kehityksen ja ikätason mukaista⁴⁷⁶.

Erityisesti lievistä oppimisvaikeuksista kärsivien oppilaiden oikeus tuki- ja erityisopetukseen vaarantuu yleisesti lomautusten aikana, sillä heille tarjottava tuki on riippuvainen koulun oman opetushenkilöstön paikallaolosta. Erityistä tukea tarvitsevien oppilaiden oikeudet toteutuvat sen sijaan paremmin, sillä heidän opetuksensa on usein järjestetty erityisoppilaitoksessa tai heitä opettavat erityisopettajat on rajattu lomautusten ulkopuolelle.⁴⁷⁷ Oppimisvaikeuksista kärsivien on myös vaikeaa sopeutua lomautusten aikaisiin poikkeusjärjestelyihin, jotka yleensä edellyttävät itsenäistä opiskelua suurissa ryhmissä. Eduskunnan oikeusasiamies on todennut etenkin tavanomaista enemmän tukea tarvitsevien oppilaiden oppimistavoitteiden saavuttamisessa opettajien lomautuksista johtuneita puutteita⁴⁷⁸. Kuntia on huomautettu perusopetuslain 17 §:ään perustuvien, erityisopetuksen antamista koskevien velvoitteiden laiminlyönnistä lomautusjärjestelyjen aikana useita kertoja, vaikka opettajien lomautuksia olisi kokonaisuutena tarkastellen pidetty lainmukaisina⁴⁷⁹.

Määräyksiä oikeudesta opetukseen on perustuslain lisäksi lapsen oikeuksien sopimuksessa (28 art.), UNESCO:n sopimuksessa (4 art.)⁴⁸⁰ ja TSS-sopimuksessa (13 ja 15 art.)⁴⁸¹. Yleissopimus lapsen oikeuksista (jäljempänä LOS), joka hyväksyttiin YK:n yleiskokouksessa vuonna 1989 ja joka tuli Suomessa voimaan vuonna 1991, turvaa laajasti ja yksityiskohtaisesti lapsen sosiaalisia, taloudellisia, kulttuurisia ja yhteiskunnallisia oikeuksia. Tällä hetkellä lapsen oikeuksien sopimus on maailman laajimmin ratifioitu ihmisoikeussopimus. Sopimus on Suomessa velvoittavaa oikeutta ja se edellyttää lapsen edun huomioon ottamista ja etusijalle

⁴⁷⁶ Sivistysvaliokunta on mietinnössään (SiVM 24/1993 vp s. 2) huomauttanut, että itsenäinen työskentely edellyttää tarpeellista ohjausta ollakseen tehokas oppimisen muoto. Siksi se tulisi toteuttaa ohjattuna toimintana eikä vain säästötoimenpiteenä, koska itseopiskelun lisääminen vain säästöjen aikaansaamiseksi aiheuttaa työmuodon pedagogisen vaikuttavuuden olennaisen heikkenemisen

⁴⁷⁷ Erityisopetusta saavien oppilaiden heikosta asemasta on esittänyt huolestumisensa myös Opetusalan eettinen neuvottelukunta (2009).

⁴⁷⁸ 29.9.2000, dnro 673/4/98.

⁴⁷⁹ LSSAVI-2010-1864/Op-13, KHO 25.8.2010 T 1939, Hämeenlinnan HAO 7.5.2007 T 07/0268/3.

⁴⁸⁰ Unescon yleissopimus syrjinnän vastustamiseksi opetuksen alalla (908/1971).

⁴⁸¹ Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (6/1976).

asettamista kaikissa yhteiskunnan toimissa (3 (1) art.). Sama määräys sisältyy Euroopan unionin perusoikeuskirjan 24 artiklaan⁴⁸². Lapsen etu tulisikin huomioida niin yleisessä yhteiskuntapolitiikassa, lain säännöksissä kuin myös ratkaisuoheena yksittäisissä lainsoveltamistilanteissa. Eri laeissa lapsen edulla on erilainen konkreettinen merkitys, jota voidaan arvioida lakitekstistä ja lainvalmisteluaineistosta ilmenevien tavoitteiden ja niiden saavuttamiseksi valittujen keinojen kautta.⁴⁸³ Kun lapsen oikeuksien sopimusta sovelletaan lainsoveltamistilanteissa, on punnittava keskenään lapsen etua ja muita mahdollisia intressejä. Ristiriitailanteissa lapsen edun tulee ohittaa muut intressit⁴⁸⁴.

Eduskunnan apulaisoikeusasiamies on linjannut, että perusopetuksen laatua ja määrää tosiasiallisesti heikentävät lomautusten aikaiset opetusjärjestelyt ovat lapsen edun vastaisia ja ristiriidassa LOS 3 (1) art. vaatimuksen kanssa⁴⁸⁵. Lapsen oikeuksien sopimus on perusopetuksen järjestämisen ja valvonnan kannalta erityisen tärkeä asiakirja, sillä se asettaa lasten kanssa työskenteleville viranomaisille velvoitteita, joista kaikista ei ole säädetty yhtä kattavasti muualla. Sopimus on kuitenkin yhä heikosti tunnettu jopa lasten parissa työskentelevien viranomaisten keskuudessa. Kuntien toimintatapa ja vakiintunut oikeuskäytäntö opettajien lomautusten yhteydessä painottavat perusopetuslain asemaa tärkeimpänä oikeusnormina. Suvianna Hakalehto-Wainio onkin huomauttanut, että jos opetustoimen ongelmatilanteita tarkastellaan yksinomaan perinteisestä hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta, korostaen kunnan itsemääräämisoikeutta sekä perusopetuslainsäädännön kunnalle asettamia velvoitteita, lapsen oikeuksiin liittyvät kysymykset voivat jäädä jopa kokonaan huomioon ottamatta.⁴⁸⁶

6. *Kunnallisen itsehallinnon ja lapsen edun yhteensovittamisen haasteet*

Ennen 1990-luvun säädös- ja rahoitusuudistuksia perusopetuksen ohjaus perustui ennakkolliseen ohjaukseen. Yksityiskohtaisessa ohjausjärjestelmässä ei ollut opetuksen järjestäjän kannalta juurikaan epävarmuustekijöitä.⁴⁸⁷ Kunnallislain (953/1976) 145 §:n mukaan lääninhallitusten tehtävänä oli pitää silmällä, että

⁴⁸² Ojanen & Scheinin 2011a: 266.

⁴⁸³ Oulasmaa 1994: 110.

⁴⁸⁴ Hakalehto-Wainio 2012: 251. Esimerkiksi viranomaisen omat mieltymykset, vakiintuneet toimintatavat tai taloudellinen tilanne eivät saisi estää lapsen edun toteutumista.

⁴⁸⁵ AOA 31.12.1998, dnro 1416/4/98.

⁴⁸⁶ Hakalehto-Wainio 2012: 239. Esimerkkinä hallinto-oikeudellisen ajattelun ensisijaisuudesta opettajien lomautusten lainmukaisuutta ratkaistaessa ks. KHO 2009:11 ja Vaasan HAO 23.10.2007 T 07/0642/3, joissa valitusperusteena ollut LOS:n velvoitteiden vastaisuus sivuutettiin perustelematta. KHO ei maininnut lapsen oikeuksien sopimusta lainkaan.

⁴⁸⁷ Perusopetuksen ohjaus- ja rahoitusjärjestelmä (2009): 95.

kuntien hallintoa ja taloutta hoidetaan voimassa olevien lakien mukaan. Tässä voitiin käyttää myös ennakkollisen valvonnan keinoja, kuten oma-aloitteisia tarkastuskäyntejä esimerkiksi peruskouluihin. Kuntalakia säädettäessä kuitenkin todettiin, ettei kunta ole lääninhallituksen alainen viranomainen, joten lääninhallituksille annettiin kuntalain 8.2 §:ssä toimivalta suorittaa laillisuusvalvontaa vain kantelujen johdosta.⁴⁸⁸

Valvonnan kannalta perusopetuslain 2.3 §:n muotoilu ”*opetuksen tavoitteena on turvata riittävä yhdenvertaisuus koko maan alueella*” todettiin ongelmalliseksi jo valiokuntakäsittelyssä⁴⁸⁹. Edelleenkin on epäselvää, mitä riittävä yhdenvertaisuus tarkoittaa ja kuka sitä valvoo. Erityisesti perusopetuksen kaltaisia perusoikeuksia koskevassa lainsäädännössä tulisi käyttää ilmauksia, jotka jättävät mahdollisimman vähän tulkinnanvaraa ja joiden yhteydessä vastuukysymykset ovat selvät.⁴⁹⁰ Oppilaiden oikeuksien turvaaminen edellyttääkin sekä täsmällistä säädösohjausta että laintulkintaa yhdenmukaistavia kansallisia perusopetuksen laatukriteerejä.⁴⁹¹

Nykyisen perusopetusta sääntelevän lainsäädännön ongelmakohta on lapsen oikeuksien näkökulmasta viranomais- ja oikeuskäytännössä vaihteleva tulkinta eriasusteisten oikeusnormien velvoittavuudesta. Erityisesti korkeimman hallinto-oikeuden linjaus pitäytyä perusteluissaan perusopetuslain säädöksissä on jäänyt vaille selitystä, mikä heikentää perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan vaatimuksen painoarvoa. Tuomioistuinratkaisuisa *perusopetuslain puitteissa tehdyt heikennykset opetuksen laatuun ovat saaneet viranhaltijalakiin ja KVTES:een perustuvien työnantajan oikeuksien nojalla lain suojan*, vaikka perusoikeusmyönteinen tulkinta on tuomioistuimissa ensisijainen keino täyttää perustuslain 22 §:n niille asettama velvollisuus turvata perusoikeuksien toteutumisen⁴⁹².

Mikäli kuntien lomauttamisoikeutta rajoitettaisiin lailla oppilaiden perusoikeuksiin vedoten, Kuntatyönantajat pitäisivät mahdollisena myös opettajien työtaisteluoikeuden rajoittamista samoilla perusteilla⁴⁹³. Perusopetuksen väliaikaista vaa-

⁴⁸⁸ HE 192/1994 vp s. 78.

⁴⁸⁹ SiVM 3/98 vp s. 25, 91.

⁴⁹⁰ Perusopetuksen ohjaus- ja rahoitusjärjestelmä (2009): 92.

⁴⁹¹ Juuri käyttöön otettuja *Perusopetuksen laatukriteerejä* (Opetusministeriö 2010) ei kuitenkaan ole tarkoitettu viranomaisvalvonnan välineiksi, vaan opetuksen paikallisen ja alueellisen arvioinnin lähtökohdaksi. Tässä ne eroavat esimerkiksi sosiaali- ja terveysalalla sovellettavista laatusuosituksista, joita valvontaviranomaiset käyttävät kriteereinä mm. henkilöstön riittävyyttä arvioidessaan.

⁴⁹² Perusoikeusmyönteisen laintulkinnan merkityksestä ks. Tuori 1996: 857.

⁴⁹³ Kunnallisen työmarkkinalaitoksen neuvottelupäällikkö Vuokko Piekkalan haastattelu MTV3-kanavalla 13.5.2009.

rantumista ei kuitenkaan voitane pitää sellaisena yhteiskunnallisena vaaratilanteena, jonka perusteella opettajien lakko-oikeuteen puututtaisiin lainsäädännöllä⁴⁹⁴. Opettajien lomauttamisen kieltä ei ole lain tasolla mahdollinen syrjimättä muita viranhaltijaryhmiä, mutta lomautuksia voitaisiin rajoittaa kiristämällä perusopetuslainsäädäntöä esimerkiksi opetusryhmien enimmäiskoon osalta, jolloin kunnat rajaisivat opettajat lomautusten ulkopuolelle sosiaali- ja terveyssektorin ympäri-vuorokautisten hoitoyksien henkilöstön tavoin. Toisaalta myös kunnat ovat tiedostaneet perusopetuksen erityisaseman lomauttamissuunnitelmissaan, joissa nykyään pääsääntöisesti kohdistetaan peruskoulujen opettajiin muita lyhyempi lomautusaika.

Perusopetuslainsäädännön kiristäminen edellyttää tutkimusta lomautusten vaikutuksista lapsen etuun, kuten oppimisympäristön turvallisuuteen, oppimistuloksiin ja syrjäytymisriskiin. Myös lomautuksista saatavat taloudelliset säästöt ovat yhä selvittämättä.

⁴⁹⁴ Perustuslakivaliokunta (PeVL 15/2007 vp s. 4) on ottanut kantaa työtaisteluoikeuden rajoitusperusteisiin mm. Tehy ry:n työtaisteluun liittyntä määräaikaista potilasturvallisuuslakia (1027/2007) säädettäessä. Tuolloin PL 13.2 §:n ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten turvaaman työtaisteluoikeuden todettiin olevan lailla rajoitettavissa yhteiskunnan olemassaoloa ja hyvinvointia uhkaavissa vaaratilanteissa.

Lähteet

- Arajärvi, P. (2006). *Sivistykselliset oikeudet ja velvollisuudet*. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 16. Joensuu: Joensuun yliopisto.
- Bruun, N., Mäenpää, O. & Tuori, K. (1995). *Virkamiesten oikeusasema*. Helsinki: Kustannusosakeyhtiö Otava.
- Hakalehto-Wainio, S. (2011). Lasten oikeudet lapsen oikeuksien sopimuksessa. *Defensor Legis* 4, 510–525.
- Hakalehto-Wainio, S. (2012). Turvallisen oppimisympäristön toteutumisen oikeudellisista haasteista peruskoulussa. *Lakimies* 2012: 2, 238–258.
- Hallberg, P. (2011). Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa P. Hallberg, H. Karapuu, T. Ojanen, M. Scheinin, K. Tuori & V-P. Viljanen (Kirj.). *Perusoikeudet*. 2. uudistettu painos. Helsinki: WSOY Lakitieto. 29–59.
- Hidén, M. (1999). Perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä. Teoksessa L. Nieminen (Toim.). *Perusoikeudet Suomessa*. Helsinki: Kauppakaari. 1–28.
- Hirvonen, K. & Mäkinen, E. (2006). *Kunnallinen viranhaltija. Oikeudellisen aseman sääntely*. Helsinki: Edita.
- Koskinen, S. & Kulla, H. (1996). *Virkamiesoikeuden perusteet*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Myllymäki, A. (2007). *Finanssivaltio-oikeus. Valtion ja kuntien varainkäyttö ja varainkäytön valvonta*. Helsinki: WSOYpro.
- Nieminen, L. (2004a). Koulu lasten perus- ja ihmisoikeuksien turvaajana – vai rajoittajana? *Oikeus* 3, 277–297.
- Nieminen, L. (2004b). Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia. *Lakimies* 4, 591–621.
- Ojanen, T. & Scheinin, M. (2011a). Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö. Teoksessa P. Hallberg, H. Karapuu, T. Ojanen, M. Scheinin, K. Tuori & V-P. Viljanen (Kirj.). *Perusoikeudet*. 2. uudistettu painos. Helsinki: WSOY Lakitieto. 227–280.
- Ojanen, T. & Scheinin, M. (2011b). Sivistykselliset oikeudet. Teoksessa P. Hallberg, H. Karapuu, T. Ojanen, M. Scheinin, K. Tuori & V-P. Viljanen (Kirj.). *Perusoikeudet*. 2. uudistettu painos. Helsinki: WSOY Lakitieto. 605–630.
- Paunio, R-L. (2001). Eduskunnan oikeusasiamies lapsen oikeuksien valvojana. *Lakimies* 6–7, 977–989.

Peltonen, S. (2012). *Kunnan opettajien lomauttaminen*. Pro gradu -tutkielma, Turun yliopisto. Edilex asiantuntijakirjoitukset 3.1.2012. Saatavissa: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/8480.pdf>.

Perusopetuksen ohjaus- ja rahoitusjärjestelmä (2009). Valtiontalouden tarkastusviraston tuloksellisuustarkastuskertomus 192/2009 dnro 253/54/07. Helsinki: Edita. Saatavissa: http://www.vtv.fi/files/1800/1922009_Perusopetuksen_ohjaus_ ja_ rahoitusjarjestelma.pdf.

Pirjatanniemi, E. (2010). Lapsen etu ei salli opettajan lomauttamista. *Helsingin Sanomat* 23.8.2010, s. A 2.

Saraviita, I. (2005). *Suomalainen perusoikeusjärjestelmä*. Jyväskylä: Talentum.

Scheinin, M. (1993): Edellyttävätkö kansainväliset ihmisoikeussopimukset subjektiivisia oikeuksia? Teoksessa V. Pelkonen (Toim.). *Hyvinvointioikeus*. Helsinki: Suomen kaupunkiliitto & Suomen kunnallisliitto. 163–192.

Tuori, K. (1996). Perusoikeuksien toteuttamisvastuun jakautuminen. Kuntien asema. *Lakimies* 1996: 5–6, 845–861.

Tuori, K. & Lavapuro, J. (2011). Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus. Teoksessa P. Hallberg, H. Karapuu, T. Ojanen, M. Scheinin, K. Tuori & V-P. Viljanen (Toim.). *Perusoikeudet*. 2. uudistettu painos. Helsinki: WSOY Lakitieto. 809–820.

KUMPPANUUDEN RELEVANTIT KUSTANNUKSET

Tuija Rajala, Jari Tammi & Pentti Meklin

Julkisen ja yksityisen yhteistyössä kustannusten muodostuminen ja hinnan määrittely ovat oleellisia asioita. Markkinasuuntautuneissa toimintatavoissa toimijoiden väliset sopimukset muodostavat perustan yhteisesti noudatettaville pelisäännöille. Niiden avulla ohjataan toimintaa, luodaan edellytykset ja raamitetaan roolit ja taloudelliset reunaehdot. Näin ne määrittävät toimijoiden keskinäisiä reaali- ja rahaprosesseja.

Sopimukset eivät kuitenkaan ole kaiken kattavia. Kaikkia kustannuksia ei heti sopimustilanteessa tunnisteta, vasta myöhemmin saatetaan havaita, että nämä seikat vaikuttavat ja niistä aiheutuu kuluja, joskus sellaisille osapuolille, joille ei niitä pitäisi edes aiheutua, kuten julkista palvelua käyttävälle asiakkaalle. Kustannuksia aiheuttavat mekanismit voivat jäädä sopijaosapuolilta havaitsematta, sillä he keskittyvät usein suoritehintoihin. He saattavat määritellä jopa ostettavan tuotteen heikosti. Sopimuksellista toimintaa ja siihen sisältyviä vaihdannan kustannuksia (transaktioista aiheutuvia) on tutkittu, mutta tämä tieto ei välttämättä välity päätöksentekijöille. Tämä johtuu siitä, että nämä kustannukset eivät näy numeroina sopimuksissa. Ne syntyvät vasta toiminnassa ja havaitaan monenlaisina eri osapuolille kohdistuvina kuluina. Ne ovat kuitenkin ennakoitavissa, mikäli niiden aiheuttajat tunnistetaan.

Tässä artikkelissa tarkastellaan kustannusten maailmaa kirjanpitoa laajemmin. Selkeästi numeroin ilmaistavien näkyvien kustannusten rinnalle tulisi nostaa näkymättömät kustannukset, jolloin niiden määrää pystytään myös arvioimaan, kunhan tunnetaan mekanismit, jotka niitä synnyttävät. Lisäksi havaitaan se seikka, että sopimuksen kohteella ja sopimuksen kestolla ja osallistuvilla organisaatioilla on sinällään vaikutusta siihen mihin asioiden sujuvuutta lisääviin ja ei-toivottuihin tekijöihin kulloinkin tulisi kiinnittää huomiota. Kirjoittajat hyödyntävät tässä artikkelissa aikaisempaa julkaisuaan: Tuija Rajala, Jari Tammi ja Pentti Meklin (2008) Kilpailutuksen näkyvät ja näkymättömät kustannukset⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Rajala ym. 2008.

1. Johdanto

Julkisten ja yksityisten talouden toimijoiden kumppanuudella (PPP) viitataan yleensä niiden pitkäaikaiseen yhteistoimintaan, jolla pyritään tuottamaan joko palveluita ja tuotteita niin, että toimijaosapuolet jakavat voimavaroja (kuten osaamista), tasaavat riskejä sekä tavoittelevat kustannussäästöjä. Sorsan ja Johansonin⁴⁹⁶ mukaan pääasiallisia yhteistoiminnan alueita ovat institutionaalinen yhteistyö, toimintaohjelmaverkostot (policy networks), infrastruktuurisopimukset, yhteisöjen tai kaupunkialueiden kehittäminen. Osa edellä mainituista yhteistyöstä voi olla varsin lyhytaikaista, kuten tietyn rakennuskohteen projektiluontoinen toteutus. Yhteistyö voi, monien arkihavaintojemme perusteella kuitenkin vähitellen muotoutua pitkäaikaiseksi, saaden erilaisia muotoja, kuten julkisten palvelujen tuottaminen yksityisen toimesta (ulkoistamisprosessin vakiintuminen) tai vaikkapa yhteisiin strategioihin perustuvat kumppanuudet (kuntien väliset yhteistyöhankkeet, palveluihin erikoistumiset).

Syitä tällaiseen yhteistoimintaan on tutkittu melko paljon⁴⁹⁷. Taustalla vaikuttavat yleiset markkinoiden reunaehdot, kuten kuntien koko ja väestömuutokset⁴⁹⁸. Kansainvälisissä tutkimuksissa on havaittu, että tässä yhteydessä korostetaan tavallisesti kustannustietoisuuden kasvamista, jolloin etsitään niin skaalaetuja kuin hyötyjä resurssien yhteiskäytöstä. Lisäksi tunnistetaan syiksi myös ideologisia perusteita, halua vaikuttaa markkinoihin tai sitten yksinkertaisesti maakohtainen lainsäädäntö luo puitteet asianomaiselle toiminnalle.⁴⁹⁹

Käsitykset siitä, mitä ja miten palveluja julkisen tulee tuottaa, mikä niiden sisältö on, kuka osallistuu rahoitukseen, kenellä on vastuu suunnittelusta, ja valvonnasta muuttuvat jatkuvasti. Tämä luo pohjaa sille, että laskelmissa ei tarkastella enää vain tuottajatahoa (joka aiemmin on usein ollut kunta), vaan joudutaan miettimään miten palvelu koostuu (tuote, ketju tuotteita), ketkä siihen osallistuvat ja minkälaisen prosessin tulos se lopulta on. Kuka lopulta hallitsee kokonaisuuksia. Kun toimijoita on useita, kohdataan vaihdannan problematiikka. Osa kokonaiskustannuksista syntyy *transaktioiden*, *vaihdannan* seurauksena. Tunnistetaanko ne, kuinka suuria ne ovat ja ketkä ne lopulta kustantavat.

Miksi vaihdanta aiheuttaa kustannuksia? Transaktiokustannuksia voidaan verrata kitkaan, jota ilmenee mekanistisissa järjestelmissä. Systemissä ilmenevän kitkan

⁴⁹⁶ Sorsa ja Johanson 2011: 179.

⁴⁹⁷ Esim. Hyvärinen ja Lith 2008.

⁴⁹⁸ Emt. 131

⁴⁹⁹ Bryntse 2000: 134–136; esim. Hamsead et. al. 2007.

vuoksi menetetään energiaa (resursseja)⁵⁰⁰. Sopimuksien implementoinnissa ilmenee jännitteitä, syntyy väärinkäsityksiä ja konflikteja. Näistä aiheutuu hidastelua, toiminnan katkoksia ja epätarkoituksenmukaista toimintaa⁵⁰¹. Vaikka yhteistoiminta olisi sujuvaa, niin pelkästään neuvottelut, sopimusten käsittely, toteutuksen valvonta ja yhteensovittaminen niin omaan toimintaa kuin toimintaympäristöön, aiheuttavat kuitenkin kustannuksia. Myös nämä ovat transaktiokustannuksia.

Oleellista on, että edellä mainitut kustannukset eivät ”näy kirjapidossa”. Osa kustannuksista on näkymättömiä ja osa näkyviä. Ne molemmat ovat relevantteja kustannusryhmiä.

- a) Osa on näkyviä. Tämä tarkoittaa sitä, että kustannukset näkyvät esimerkiksi ostopalvelujen hinnoissa tai vertailulaskelmissa. Markkinoilla hintainformaatio on keskeisessä asemassa sekä ostajan että myyjän kannalta.
- b) Osa on näkymättömiä. Kustannukset ovat kyllä olemassa ja joskus myös jäljitettävissä, mutta ne eivät näy relevantissa muodossa päätöksiä tehtäessä. Kustannuksista osa saattaa siirtyä myös muille toimijoille tai konkreti-soitua jälkikäteen.
- c) Näkymättömät kustannukset saattavat aiheuttaa sen, että näkyvillä kustannuksilla mitattu, edullisin vaihtoehto on lopulta kokonaiskustannuksiltaan kunnalle tai kuntalaiselle epäedullinen.

Tässä artikkelissa näkymättömiä kustannuksia tarkastellaan kahdesta näkökulmasta: (1) organisaation yleisen toimintatapojen tehottomuuden näkökulmasta, sekä (2) kilpailullisissa päätöstilanteissa. Nämä kaksi lähestymistapaa erotetaan siten, että yleensä organisaation tehottomuuteen viittaavista kustannuksista käytetään nimitystä piilokustannus (hidden cost) ja tiettyyn päätöstilanteeseen, tässä siis kilpailullisiin tilanteisiin liittyvistä kustannuksista käytetään termiä näkymättömän kustannus (invisible cost). Kun tekstissä viitataan kumpaankin näistä, puhutaan näkymättömissä olevista kustannuksista.⁵⁰²

Seuraavissa luvuissa syvennetään teoriaperustaa ja analysoidaan sopimuksellista toimintaa lähinnä siinä valossa, miten näkymättömissä olevat kustannukset muodostuvat. Ne eivät läheskään aina synny virheistä tai huolimattomuudesta, ne kuu-

⁵⁰⁰ Williamson 1996: 58

⁵⁰¹ Emt.

⁵⁰² Barthélemy 2001, Mayers & Durfee 2006.

luvut osittain toiminnan luonteeseen, mutta niitä voidaan oppia vähentämään ja niiden jakautumista eri osapuolille pystytään säätelemään. Sopimuksien valvonta toteutuu parhaiten ennakoimalla ”sudenkuopat”, kuten artikkelin lopulla todetaan.

2. *Kustannusten muodostumisen mekanismit*

Tässä luvussa keskitytään siihen, miksi taloudellisessa toiminnassa pitäisi olla perillä kustannusten rakenteista ja niiden muodostumisen mekanismeista. Vaih-dannan kustannusten kohdalla kiinnitetään huomiota julkisen sektorin erityisluon-teeseen ja nostetaan esille ns. demokratiakustannukset, jotka markkinasuuntautu-neen toiminnan myötä ovat yhä suuremman kiinnostuksen kohteina.

2.1. *Miksi kustannuksista pitäisi juuri yhteistyössä olla kiinnostunut*

Eri osapuolten välistä yhteistyötä on jäsennetty muun muassa sosiologisina ja interaktionistisina suhteina, juridisina tai taloudellisina kysymyksinä. Keskeisten taloudellisten toimijoiden erilaiset roolit tarjoavat oivia tarkastelukulmia, esimer-kiksi silloin kun julkinen on useassa eri roolissa, kuten tilaaja ja osittain myös (saman myös ostamansa tuotteen) tuottaja, mutta myös rahoittaja ja toiminnan valvoja. Nämä roolit saattavat vaihdella. Kukin niistä edellyttää toteutuakseen *laskentainformaatiota*. Ostajana kunta on kiinnostunut siitä, mitä hankinta koko-naisuutena maksaa, mutta myös siitä mikä on suoritehinta, ja aiheutuuko tietyn tuotteen hankinta ulkoa sopeutumiskustannuksia omassa organisaatiossa. Mikäli kunta taas toimii rahoittajana, se on kiinnostunut siitä, millä tavalla rahoitus eri toimijoiden kesken jakaantuu, miten riskit ovat mukana laskelmissa ja kuinka pitkäaikaisia sitoumuksia joudutaan tekemään. Eli mitkä summat varataan talous-arvioon ja kuinka pitkään näin pitää tehdä.

Taloudelliset laskelmat ovat hyvin merkittäviä, ne muuttuvat mutta myös ne muuttavat toimintaa: Kuntien toiminnan muutos ohjaa laskennan kehittämistä – laskenta puolestaan ohjaa muutoksia. Kunnissa on rahoituksen laskentatoimi ollut hyvin esillä. Sitä on vahvistettu viimeisimmän Kuntalakiuudistuksen yhteydessä, jolloin kunnissa siirryttiin perinteisestä hallinnollisesta kirjanpidosta noudatta-maan soveltuvin osin liikekirjanpitoa. Muutoksella haluttiin juurruttaa kuntasek-torille liikkeenjohdollisia toimintatapoja, pohtimatta kovinkaan syvällisesti kuin-ka ne sopivat kunnan toimintaperiaatteisiin.⁵⁰³ Nyt vuonna 2012 ollaan tilantees-sa, jossa viimeksi kuluneen vuosikymmenenä kuntatalouden epävarmuus on kul-minoitumassa tiukkaan kuntien rakenteita ja toimintatapoja ravistelevaan reformi-

⁵⁰³ Näsi 1997

en sarjaan. Se on käynnistynyt Paras-hankkeena⁵⁰⁴, jatkunut nykyisen hallituksen ”kuntakartta-esityksinä” ja valtiovarainministeriön laajoina selvityksinä, siitä miten kuntien yhdistäminen, yhteistyö ja talous antavat aihetta ja perustaa lainsäädännöllisille ratkaisuille. Niiden tavoitteena on uudistaa voimakkaasti kuntarakennetta ja määritellä samalla tehtäviä uudelleen. Yksi pääargumenteista on, että kunnat ovat rahoitus- ja tuloslaskelmien valossa kriisissä ja toimivat osittain myös tehottomasti. Näin ollen, tilinpäätösten ja niiden pohjalta laadittujen ennusteiden mukaan, kunnat eivät pysty jatkossa turvaamaan asukkailleen niitä palveluja, joita on katsottu kuuluvan kunnille. Näissä laskelmissa arvioidaan tilannetta kuntakokonaisuuksien kannalta. Entä mitä tapahtuu, jos käyttöön otetaan johdon laskentatoimen työvälineistö, avaako se erilaisia ratkaisuja, vai auttaako se lähinnä tunnistamaan tehottomuudet, kapasiteettivajeet ja prosessien yleiset hallinnan ongelmat?

Analyysin näkökulma ja kohde ovat erilaiset, kun siirrytään organisaation sisäisen toiminnan laskentaproblematiikan piiriin. Silloin arvioinnin kohteena on kunnassa ”ei-lakisääteinen” laskenta, eli johdon laskentatoimi.⁵⁰⁵ Kustannuslaskenta on kunnissa tunnettu jo pitkään erityisesti teknisellä sektorilla sekä liikelaitostoiminnassa. Sen tarpeellisuus on kasvanut nopeasti markkinasuuntautuneiden toimintatapojen yleistyessä ja laajetessa myös ns. hyvinvointipalveluihin, jotka aiemmin on pääsääntöisesti tuotettu kunnissa itse.

Nämä laskelmat ovat perusta ”toimittaessa markkinoilla”: Kun yksityisten ja julkisten talouden toimijoiden välinen rajapinta liudentuu, niin samaan tahtiin myös niihin kohdistuvat odotukset samankaltaistuvat. Tämän voi havaita, esimerkiksi julkisten palvelujen hinnoittelussa ja muun muassa liiketoiminnan yhteiskuntavastuun korostumisessa. Nykyisin julkinen sektori edellyttää sijoittamalleen pääomalle tuottoa. Yleensä yhtiömuotoisessa toiminnassa sijoitetulle pääomalle asetetaan tuotto-odotuksia, on sitten kyseessä julkinen yhtiö, jonka pääoma on muodostunut ainakin osittain julkissektorin keräämistä veroista tai yksityinen yhtiö, jonka osakkeenomistajat odottavat sijoituksilleen osinkoja. Riippuen markkinoi-

⁵⁰⁴ Esim. Vakkuri Jarmo, Kallio Olavi, Tammi Jari, Meklin Pentti & Helin Heikki (2010) Matkalla kohti suuruuden ekonomiaa? Paras-ARTTU-ohjelman tutkimuksia nro 3. Acta nro 218. Helsinki, Kuntaliitto.

⁵⁰⁵ Valtiovarainministeriön julkaisussa 'Ministeriöiden kustannuslaskennan kehittäminen' (2/2006) esipuheessa todetaan, että toimivan tulosoikeuden kriittinen menestystekijä on tuloksellisuuden- ja johdon laskentatoimi. Talousarvioasetuksessa säädetään (1243/1992), että viraston ja laitoksen on järjestettävä johdon laskentatoimi ja sen hyödyntäminen viraston ja laitoksen tuloksellisuuden johtamisen ja 69 §:ssä säädettyjen sisäisen valvonnan edellyttämällä tavalla. Valtion yksiköissä onkin otettu käyttöön erilaisia kustannuslaskentamalleja. Tätä kehitystä ovat jouduttaneet tarve seurata suoritekustannuksia ja maksullista toimintaa sekä tarve olla selvillä yhteisrahoitteisen toiminnan kustannusvastaavuudesta.

den laajuudesta ja siitä kuinka mittavasta ja kansainvälistyneestä toiminnasta on kyse, voidaan hinta tarjoustilanteessa muodostaa eri kriteerein. Mikäli yhtiö on pieni, eikä sillä ole joustovaraa, se joutuu hinnoittelussa noudattamaan melko suoraviivaista kulujen kattamisen ja tietyn katteen mukaista linjausta. Näin on usein myös julkisen yhtiön kohdalla. Valtuusto asettaa esimerkiksi energiayhtiölle tietyt tuottovaatimukset ja se näkyy suoraan asiakkailta perittävässä hinnoissa. Mikäli yksityinen yhtiö on suuri, se voi tuotehinnoittelussaan tarjousta tehdessään arvioida tilannetta markkinoilla ja määrittellä yksikköhinnat tämän perusteella. Mikäli sen asema lähenee monopolia, niin tämä näkyy pitkäaikaisten sopimusten hinnoittelussa.

Kuntakin varioi hinnoitteluaan. Kunta voi joskus myydä palvelua alihintaan, jos sillä on ylikapasiteettia (esimerkiksi sairaalassa), ja se pystyy marginaalikustannushinnoittelun avulla saamaan kapasiteettinsa kokonaiskäytöstä itselleen tuottoja, jotka muuten jäisivät saamatta. Mikäli hinnoittelussa otetaan huomioon pääomasijoitukselle asetettu tuottoprosentti (valtuusto on sen esimerkiksi strategisissa linjauksissaan asettanut), päädytään omakustannushintaa korkeampaan hinnoitteluun, yli omien kustannusten. Omakustannushinta puolestaan merkitsee palvelujen myymistä niiden tuotantokustannuksia vastaavaan hintaan⁵⁰⁶. Tällöin asiakas (ostaja) maksaa kaikki palvelusta aiheutuvat yleis- ja erilliskustannukset. Edellä esitetyt laskentatavat kuuluvat kustannuslaskennan piiriin, eikä niissä arvioida tilannetta vaihdannan, eikä organisaation toimijoiden näkökulmasta. Kuitenkin myös nämä lähestymistavat avaavat kustannusten muodostumista ajatuksia herättävästi, mutta ne, kuten rahoituksen laskentatoimikin jättävät käsittelemättä näkymättömät kustannukset.

2.2. Transaktiokustannusteoria avaa tietä kustannusten laajemmalle tunnistamiselle

Julkinen toiminta sisältää erityisiä transaktiokustannuksia. Transaktiokustannusteoria on alkujaan kehitetty taloustieteissä yksityisen sektorin organisatoristen ratkaisujen tueksi. Se on omaksuttu vähitellen myös julkisen sektorin prosessien arviointiin täydennettynä julkisen toiminnan erityispiirtein. Ne edellyttävät poliittisen toiminnan aiheuttamien kustannusten; ”demokratiakustannuksien” huomioon ottamista. Keskustelun viriämiseen vaikutti 1990-luvulla erityisesti North (nobelisti vuonna 1993). Hän esitti tärkeän kysymyksen: kuinka suuria transaktiokustannuksia ollaan valmiita kantamaan oikeudenmukaisuuden, tasa-arvon ja

⁵⁰⁶ Valkama 2006.

vapauden nimissä? Demokraattiset, monen toimijan järjestelmät aiheuttavat omia kustannuksiaan.

Mitä sitten ovat politiikan transaktiokustannukset (TCP)? Ne ovat yleisellä tasolla kustannuksia, joita aiheutuu siitä, että ihmiset toimivat kollektiivisesti⁵⁰⁷. Määritelmän perusteella ne ovat informaation epätäydellisyydestä ja organisointiongelmista johtuvia kustannuksia. Twightin mukaan on kyse ”konstitutionaalisesta toiminnan tasosta” ja sen kustannuksista, joita ei voida tunnistaa muodollisista dokumenteista vaan ne on etsittävä, ne ovat näkymättömissä.

Myös Dixit⁵⁰⁸ on pohtinut poliittisen toiminnan sisältämiä transaktiokustannuksia. Hänen näkemyksensä mukaan poliittisessa prosessissa on keskeistä vaihdantakustannusten tunnistaminen. Dixit nimeää kolme transaktiokustannusten perusmuotoa: informaation vaikuttamattomuus (impactedness), opportunisti (moral hazard) ja toiminnan erityisluonne (asset specificity). Lisäksi hyvin monen toimijan järjestelmä tuottaa lukuisia agenttisuhteita ja samalla mahdollistaa lukuisia agenttiongelmiä, ja niistä aiheutuu omanlaisiaan kustannuksia. Osa politiikan vaihdannoista synnyttää hankalia tilanteita. Vaaleilla valituilla on vahva halu suojella joitakin toimintoja, sillä he ovat sitoutuneet äänestäjiin lupaamalla tiettyjä asioita. Dixitin⁵⁰⁹ mukaan poliittiset prosessit ovat alttiimpia transaktiokustannuksille kuin taloudellinen toiminta sinänsä. Markkinat pystyvät karsimaan poliittista toimintaa nopeammin tehottomat toimintamuodot, sillä poliittisessa toiminnassa on tapana vaikuttaa muokkaamalla informaatiota siten, että se heikentää toiminnan arviointia ja kehittämistä.

Poliittiset prosessit ovat alttiita transaktiokustannuksille, sillä ne ovat yleisesti ottaen taipuvaisia tehottomuuteen⁵¹⁰. Konkreettisesti asia havaitaan budjetti-prosessin yhteydessä. Budjetti voidaan nähdä myös sopimuksena, joka rakentuu eri toimijoiden välisessä yhteistyössä, ja siitä aiheutuu monenlaisia kustannuksia: Niitä muodostuu

- neuvotteluista, sitoumusten vahvistamisesta ja tuloksen arvioinnista
- poliittisten toimijoiden sitoumusten varmistamisesta
- potentiaalisesta opportunistista ja kompleksisuudesta.

⁵⁰⁷ Twight 1994, 190.

⁵⁰⁸ Dixit 1996, xiv–xv.

⁵⁰⁹ Dixit 1996, 47.

⁵¹⁰ North 1990.

Entä mitä liiketoiminnan vaihdannassa tapahtuu? Poliittisten transaktiokustannusten syyt ovat erilaiset kuin varsinaisessa liiketoiminnassa, jota varten kyseinen ajattelu alkujaan kehitettiin. Transaktiokustannusajattelu on alkujaan perustunut sille, että toimijat etsivät tehokkaimman mahdollisen toimintarakenteen omien päämääriensä toteuttamiseksi.⁵¹¹

Williamson⁵¹² on luonnehtinut ajattelua seuraavasti: (1) se on mikrotason analyysia, (2) siinä ollaan tietoisia käyttäytymisen vaikutuksista taloudellisen toiminnan suuntaajana, (3) taloudellisesti merkittävä kysymys on asset specificity, (4) ajattelu korostaa järjestelmien vertailua, (5) taloudellista toimintaa tarkastellaan ensisijaisesti hallinnan rakenteiden (governance structure) eikä niinkään tuotantofunktion valossa, (6) suurin huomio asetetaan ennen sopimusta tapahtuvalle toiminnalle (ex post). Williamson⁵¹³ tiivistää ”Transaction costs are economized by assigning transactions (which differ in their attributes) to governance structures (the adaptive capacities and associated costs of which differ) in a discriminating way.” Hän toteaa kustannusten muodostustuvan liiketoiminnan järjestelyistä ja ne vaihtelevat hallinnan rakenteiden perusteella johtuen erilaisesta mukautumiskyvystä.⁵¹⁴ Transaktiokustannukset ovat seurausta järjestelmien kitkasta.

Miten systeemien kitka liittyy sopimuksiin? Sopijaosapuolten toimintaa voidaan havainnollistaa agenttiteorian avulla. Agenttiteoriassa (agency theory) kiinnostuksen kohteena ovat päämiehet ja agentit sekä heidän keskinäiset sopimuksiin perustuvat suhteensa. Päämies delegoi valtaa agentille, jonka tehtäväksi jää sovitun palvelun tuottaminen tai tietyn työn tekeminen. Tässä ajattelumallissa tarkastelun keskiössä ovat agenttisuhte ja siihen kiteytettävissä olevat ns. agenttiongelmät (agency-problems), jotka ovat merkittäviä erityisesti päämiehen näkökulmasta. Näitä ovat (1) tavoite-epäselvyydet: (päämiehen ja agentin tavoitteiden eroavuudet, käsitykset tavoitteisiin ja niiden saavuttamiseen liittyvistä riskeistä)⁵¹⁵ ja (2) valvontaongelmät (päämiehen on vaikea valvoa agentin toimintaa ja vakuuttua

⁵¹¹ Coase 1937, 1991; Williamson 1975, 1985, 1991, 1996; Eisenhardt 1989.

⁵¹² Williamson 1985, 18.

⁵¹³ Williamson 1985, 18.

⁵¹⁴ Liiketoiminnan ”running the economic systems” kustannukset tulee erottaa tuotantokustannuksista, jotka ovat neoklassisen analyysin mukaan jo aiemmin syntyneitä (Williamson 1985, 18–19).

⁵¹⁵ Intressien ja tavoitteiden erilaisuus agentin ja päämiehen välillä voi olla tiedostettua tai tiedostamatonta. Intressien erilaisuudesta, kun siihen liittyy vielä se, että päämies ei voi havainnoida agentin tavoitteita ja toimintaa, käytetään päämies-agenttiteoriassa käsitettä ”moral hazard”. Kyseistä käsitettä voisi käyttää myös muissa asiayhteyksissä, kuten julkisen hallinnon asiakkassuhteiden analysoinnissa (Möttönen 2002, 180–188). Moraalilla käsitetään tässä yhteydessä lähinnä ennakoimatonta tai varmentamatonta toimintatapaa ja sen yhteyttä tulokseen (Wii-li-Peltola ym. 2002: 69–70).

hänen toimintansa mielekkyydestä). Kyse on usein kompetenssista, jota tilaajan on vaikea arvioida etukäteen^{516, 517}

Ongelmana voi olla myös (3) informaation epätasapaino (päämies ei tiedä tai ei havaitse agentin tekoja tai työskentelyolosuhteita). Agentilla on käytettävissään jotain sellaista tietoa, jota päämies ei tiedä. Tällä agentin tiedolla olisi kuitenkin merkitystä näiden kahden toimijan keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa, ja tätä kuvataan termillä ”asymmetric information”.⁵¹⁸ Päämiehen on edellä esitetyistä syistä vaikea arvioida ja mitata agentin toimintaa ja tuloksia. Sopimussuhteeseen liittyy ongelmia, ei vain päämiehen vaan myös agentin näkökulmasta. Hän ei aina voi vakuuttua päämiehen tarkoitusperistä ja sopimuksen mukaisesta toiminnasta agentin suhteen.⁵¹⁹ Agenttiongelmia ovat tunnistettavissa myös julkisella sektorilla.

Julkisessa toiminnassa yhdistyvät erilaatuiset kitkat

Aikaisemmin on tässä luvussa jo viitattu politiikkakustannuksiin (TCP). Nyt tarkastelun kohteena on koko kuntasektori, joka rakentuu usean eri päämies-agenttisuhteen varaan. Päämies-agentti -suhteen ydin on julkisen toiminnan näkökulmasta seuraava: keskeisten osapuolten suhteellinen itsenäisyys, vastakkaisien intressien mahdollisuus ja informaation epätasapaino. Tästä syystä ”toimeksiantosuhde” on samalla *keskinäinen riippuvuussuhde* eikä yksipuolinen määräysuhde. Toimijoiden keskinäisessä suhteessa on käytännössä kyse vallasta: Poliitisten päättäjien valta-asema rakentuu lainsäädännön ja asioiden valmistelun rajoissa. Poliitikot käyttävät valtaa luottamuselimissä kollektiivisesti, ja se on luonteeltaan virallista. Yksittäisen viranhaltijan valta on usein epävirallista ja perustuu ”tiedon ja informaation säätelyyn”.⁵²⁰ Käytännössä poliitikot tekevät vaaleissa äänestäjien kanssa poliittisia sopimuksia, ja hallinnon kanssa tehtävät sopimukset ovat yksilötasoisia (esimerkiksi tulosneuvottelujen sitoumukset) ja organisatorisia (kuten budjettipäätökset).

⁵¹⁶ Päämies-agenttiteorian toisen keskeisen käsitteen ”moral hazard” lisäksi tunnetaan käsite ”adverse selection”, jolla kuvataan agentin valikoitumista. Päämies etsii parasta agenttia ja haluaa toimia hänen kanssaan, mutta kuka tahansa agenttiehdokas voi väittää olevansa paras, ja toisaalta taas parhaat agentit eivät välttämättä halua solmia suhdetta päämiehen kanssa, sillä esimerkiksi sopimusehdot eivät tyydytä heitä (Varian 1990, 586–588).

⁵¹⁷ Wiili-Peltola ym. 2002:67–77.

⁵¹⁸ Varian 1990: 596–597.

⁵¹⁹ Jensen ja Meckling 1976.

⁵²⁰ Möttönen 2002: 182.

Edellä olevan perusteella voisi väittää, että julkisella sektorilla muodostuu myös kaksinkertaiset kustannukset ”päämiesten ja agenttien suhteista”⁵²¹. Transaktiokustannustutkijat viittaavat tässä yhteydessä jo edellä esitettyjen politiikkakustannusten syntymekanismiin. Nämä myös demokratiakustannuksiksi nimetyt kulut tulee summata lisäkuluina varsinaisen palvelujen tuottamisen ja järjestämisen kulujen kokonaisuuteen.

Tässä yhteydessä on todettava, että myös transaktiokustannusteoriaa on kritisoitu runsaasti. Tästä huolimatta on kyseisellä ajattelumallilla näyttänyt olevan selitysvoimaa nykymuotoisessakin toiminnassa. Brouters⁵²² on tutkinut Euroopan Unionin alueella toimivien yritysten organisaatioratkaisuja. Hän on osoittanut, että ne yksiköt jotka ovat *ennakolta* kiinnittäneet huomiota transaktiokustannusten muotoutumiseen ja määrin, ovat kilpailutilanteessa selviytyneet paremmin, kuin ne jotka eivät ole valinnoissaan ottaneet huomioon liiketoiminnan vaihdantakustannuksia (transaktiokustannuksia). Menestystä on tutkittu selvittämällä niin eirahallisia kuin rahallisiakin mittareja⁵²³. Van den Bogaard ja Spekle⁵²⁴ korostavat omissa tutkimuksissaan, että *ennakoiva* toiminta kustannusten karsinnassa on keskeistä, varsinkin silloin kun organisaatioista kehittyy monimutkaisia hybridejä, joissa yhdistyvät erityyppiset toimintatavat (kuten hierarkkiset ja markkinasuuntauneet). Kokonaiskustannusten hallinta edellyttää etukäteisarviointia.

2.3. *Näkyvät ja näkymättömät kustannukset*

Kun julkisen toiminnan luonnetta ja erityisesti tehokkuutta arvioidaan, kiinnitetään huomiota näkyviin kustannuksiin. Ne konkretisoituvat kuntien talousarvioissa ja tilinpäätöksissä. Niiden *läpinäkyvyyttä* voidaan analysoida perehtymällä hallinnonalojen sisällä tapahtuvaan toimintaan, kuten sisäiseen laskutukseen, joka aiheutuu esimerkiksi laajenevasta tukipalvelujen käytöstä. Näin voidaan tunnistaa varsinaiseen substanssiin käytetty summa ja sen suhde tukipalveluihin. Läpinäkyvyyttä lisäämällä saadaan selville päättäjien kannalta monia mielenkiintoisia seikkoja, kuten Case 1: Näkyvät, näkymättömät ja relevantit kustannukset kunnan sisäisillä markkinoilla⁵²⁵. Esimerkki osoittaa, että vaikka koulutoimeen kokonaisuutena panostetaan vuosittain yhä enemmän, lisäykset eivät kohdistu varsinaisesti opetustoimeen, vaan erilaiset tukipalvelut haukkaavat siitä lisäyksestä leijonan

⁵²¹ Ks. Lane 2000: 236.

⁵²² Brouters 2002.

⁵²³ emt.

⁵²⁴ Van den Bogaard ja Spekle 2003.

⁵²⁵ Rajala ym. 2008: 111–118.

osan. Päättäjien on tätä mahdoton tietää ilman että se esitetään läpinäkyvinä laskelmina.

Transaktiokustannukset eivät kuitenkaan näy rahoituksen laskennan keinoin, vaan joudutaan turvautumaan johtamisen, organisaatioiden muutosten ja ihmisten käyttäytymisen problematiikkaa avaavaan tietoon. Kun kiinnostus kohdistetaan eri osapuolten välisiin sopimuksiin, huomio kohdistuu markkinasuuntautuneen toiminnan sisältämiin kustannuksiin. Kyseessä ovat vaihdannan aiheuttamat näkymättömät, mutta toiminnan kannalta relevantit kustannukset.

Mitä nämä kustannukset sitten käytännössä ovat ja niitä niistä tällä hetkellä tiedetään? Ongelmia on tutkittu erityisesti ulkoistamisen yhteydessä. Vuonna 1985 Miller ja Vollman artikkelissaan 'The Hidden Factory' kiinnittivät huomiota teollisuuden yleiskustannuksiin vaikuttaviin tekijöihin. He nimesivät analyysinsä perusteella neljä näkymättömissä olevaa tekijää. Niitä on kyllä myöhemmin johdon laskentatoimen piirissä, erityisesti toimintolaskennassa onnistuttu jäljittämään. Kyseisten kirjoittajien mainitsemat kustannukset käyttäytyvät samalla tavalla kuin transaktiokustannukset: ne jäävät *tilaajan* vastattavaksi, ja niitä on harvoin muistettu ottaa huomioon sopimustilanteessa.

Tilaajalle jäävät kustannukset kasvattavat yleiskustannuksia. Seuraava ryhmittely perustuu aikaisempaan tutkimukseen, mutta kuvaa hyvin itse ilmiötä eli ”näkymättömyyttä”. Miller ja Vollman⁵²⁶ keskittyvät teollisuuden toimintaprosesseihin.

1. Erilaiset kuljetusten organisointikustannukset (logistical transaction).
2. Yhteen sovittamisen kustannukset (balancing transactions).
3. Laadun huoltamiskustannukset (quality transactions).
4. Kehittämisen varmistamiskustannukset (change transactions).

Kirjoittajat toteavat kuitenkin, että aina ei teollisuudessakaan tarvitse tehdä edellä mainitun kaltaista analysointia. Mikäli yleiskustannukset ovat pienet, ei niiden käyttäytymisen ymmärtämiseen juuri kannata panostaa, koska se voi johtaa virheelliseen resurssien käyttöön. Tilanne on aivan toinen, kun yleiskustannukset ovat huomattavia, ja niin ne nykyaikaisissa yrityksissä useasti ovat⁵²⁷. Sama prob-

⁵²⁶ Miller ja Vollman 1985.

⁵²⁷ vrt. Atkinson ym. 1995: 99.

lematiikka on varsin tuttu toimintolaskennan tutkimuksessa, joka on saanutkin virikkeensä yleiskustannusten suhteellisen osuuden jatkuvasta kasvusta⁵²⁸.

Kelley ja Jude⁵²⁹ jaottelevat ja esittelevät näkymättömiä kustannuksia palveluprosessien näkökulmasta ulkoistamistapausten yhteydessä. Edellä mainittujen Millerin ja Vollmanin⁵³⁰ näkemykset täydentyvät:

1. Prosessiosaamisen pilkkoutumiskustannukset.
2. Uudistettavien, aikaisempaa kattavampien sopimusten kustannukset. Tuottajan vaihtamisen aiheuttamat kustannukset.
3. Kommunikaation tehostamiskustannukset.

Myös Barthélemy⁵³¹ erittelee siirtymävaiheen (ulkoistamisen) näkymättömät kustannukset. Tämä kolmantena esiteltävä tutkimus sitoutuu vahvasti transaktiokustannusajatteluun. Tutkija käyttää tekstissään ilmaisua hidden costs ja ryhmittelee näiden näkymättömien kustannusten aiheuttajat seuraavasti:

1. Toimittajan etsintä ja sopimuksen aikaansaaminen.
2. Toiminnon siirtämisen kustannukset.
3. Johtamisponnistelut.
4. Muutokset ulkoistuksen jälkeen.

Yhteenvedona edellä esitetyistä tutkimuksista on mahdollista todeta, että kustannuksia aiheutuu johtamisesta ja organisaation tasapainon etsimisestä muuttuvassa tilanteesta. Samoin muodostuu kustannuksia sopimusprosessin hallinnasta sekä toiminnan tarkastamisesta ja valvonnasta.

3. *Sopimuksellisuus*

Tässä luvussa kiinnitetään huomio siihen, mihin seikkoihin sopimusten laadinnassa pitäisi myös kiinnittää huomiota. Luvun lopussa esitellään ryhmittely ongel-

⁵²⁸ Tammi 2006.

⁵²⁹ Kelley ja Jude 2005.

⁵³⁰ Miller ja Vollman 1985.

⁵³¹ Barthélemy 2001: 61–65.

makohdista, joita kannattaa tarkastella, kun pohditaan sopimuksien sisältöä ja jatkuvuutta.

3.1. *Mihin tilaajan huomio sopimuksia laadittaessa tulisi kiinnittää*

Mitkä seikat saattavat aiheuttaa kustannuksia *tilaajalle*?

Ryhmittelyssä on hyödynnetty edellisen luvun näkymättömien kustannusten ilmenemisen muotoja. Jaottelussa näkyy myös se, että sopimusprosesseissa on kyse ennen kaikkea ihmisten välisestä toiminnasta. Toisaalta itse sopimus on prosessin ydin ja myös tämä voidaan seuraavasta havaita.

1. *Prosessiosaamisen pilkkoutumiskustannukset.* Kun organisaatioiden toimintaa uudistetaan, huomataan sangen pian, että osa toiminnan sujuvuuden takaavasta tiedosta on vain ihmisten muistissa: sitä ei ole kirjattu eikä osaamiselle ole laskettu myöskään hintaa. Ulkoistamistilanteessa kaikki osasuoritukset on kirjattava, jotta toimintaan ei muodostu aukkoja, jotka heikentävät toiminnan laatua ja aiheuttavat korjaustoimenpiteiden kustannuksia. Jokaiseen liiketoimintaprosessiin sisältyy epävirallisia ja piilossa olevia prosesseja, myös huijausyrityksiä ”cheat sheets”, joita voidaan ennakolta tunnistaa, kun osataan lukea prosesseja oikein, ja näin vältetään näkymättömät kustannukset.⁵³²

Sopimusten tarkkuustason vaatimus on monella tapaa ongelmallinen. Sopimuksien tulisi olla kattavia, mutta samalla palvelu joustavuuden vaatimusta, jotta toimijaosapuolet pystyisivät järjestelemään yllättäviäkin tilanteita. Tärkeätä on jo alkuvaiheessa suunnitella valvonta, sillä sopimukseen ei voida sisällyttää kaikkia ehtoja. Tämä on ruotsalaisten tilaaja-tuottajamallia koskevien tutkimusten mukaan ”vaaran paikka”, sillä sopimuskäytännöistä voi tiukkuudessaan muodostua sitä kielteistä byrokratiaa, josta markkinasuuntautuneessa toiminnassa on juuri pyritty eroon.

2. *Uudistettavien, aikaisempaa kattavampien sopimusten kustannukset.* Kun toiminta ulkoistetaan, joudutaan laatimaan hyvin tarkat ja monipuoliset sopimukset. Sopimusten tarkkuustason varmistaminen aiheuttaa runsaasti kustannuksia. Sopimuksissa tulisi varautua esimerkiksi sellaisiin tapauksiin, joissa tuottaja tarjoaa asiakkaalle väärän ratkaisun. Tästä seuraa kaksi asiaa: 1) tilaajapuoli joutuu kehittämään käyttökelpoiset ja toimivat kont-

⁵³² Williamson on tässä ”huijausyritysten” yhteydessä käyttänyt ilmaisua opportunismi.

rollijärjestelmät suhteessaan toimittajaan, eikä tämä ole ilmaista, ja 2) tiukka kontrolli sitoo tilaajan tuottajaan.

Tuottajan vaihtaminen aiheuttaa sopimuksen purkukustannuksia, tiedottamista asiakkaille ja omassa organisaatiossa mahdollisia uudelleenjärjestelyjä, sillä uusi sopimus on todennäköisesti joiltakin ratkaisevilta osin aiemmasta poikkeava – muutenhan sitä ei uusittaisi. Vaikka vain tuottaja vaihdetaan, niin menettelytavat joudutaan kuitenkin sovittamaan yhteen.

3. *Kommunikaation tehostamiskustannukset.* Käynnistysvaiheessa uudelleenjärjestelyt aiheuttavat organisaatioissa runsaasti tiedottamistarvetta, ja sen on katsottu aiheuttavan uudistamisen toteuttamisvuonna budjetin loppusummaan noin 3–5 %:n lisäyksen. Edellä mainittujen lisäkustannusten on arvioitu aiheutuvan tiedottamisen ja yleensä kommunikatiivisten prosessien toiminnan varmistamisesta. Osa kustannuksista kertyy jäljelle jäävän toiminnan tehokkuuden varmistamisesta.

Kunnassa tämä merkitsee sitä, että supistettu toiminta on menettänyt paitsi osan resursseistaan ja tavoitteistaan, myös vakiintuneita käytäntöjään. Tämä koskee niin jäljelle jääviä ydintoimintoja kuin rutiineja, jotka luovat toimintavarmuutta. Ne kaikki pitää arvioida ja järjestää uudelleen. Jäljelle jääviin yksiköihin on sitoutunut kunnan varallisuutta, eikä niitä pidä siitäkään syystä jättää huomiotta, mutta niiden tuotekustannuksiksi ei myöskään tule ”jyvittää” kaikkia ulkoistamisen järjestelyistä johtuvia kustannuksia.

4. *Laadunvalvonnan tehostamiskustannukset.* Teollisessa toiminnassa on erittäin tuttua se, että ulkoistetun toiminnan laadusta tulee asiakkailta runsaasti enemmän valituksia kuin sisäisesti tuotetusta. Tässä tulee ottaa huomioon aikaulottuvuus, sillä toiminnan laadun katsotaan paranevan ajan myötä, mutta virheillä ja puutteilla on aina omat vaikutuksensa. Ne heikentävät organisaation ja asiakkaiden suhteita sekä aiheuttavat runsaasti lisätyötä, joka puolestaan aiheuttaa kustannuksia kaikilla toiminnan tasoilla. Laadun heikentyminen vaurioittaa imagoa ja toimijoiden keskinäistä luottamusta.

Kunta on viime kädessä vastuussa asukkaille järjestämistään palveluista. Mikäli ulkoistettu ja alihankkijoille – usein kunnan tietämättä – ketjutettu toiminta joutuu vaikeuksiin, niin kuntalaisen silmissä kunnan pitää kantaa vastuu. Kunnat ovat oppineet sopimuskäytäntöjen kehittyessä varmistamaan myös alihankintajärjestelyt. Niitä ei juuri sallita ja niitä käsitellään sopimusrikkomuksina.

5. *Itse muutoksen aiheuttamat kustannukset.* Usein uudelleenorganisoinnissa ei kiinnitetä huomiota siihen, mitä tuloja jää kertymättä ja mitä kustannuksia itse muutoksesta lopulta aiheutuu. ”Huomiotta jääviä” kustannuksia aiheutuu muun muassa henkilöstön työn uudelleenjärjestelystä ja siihen liittyvästä koulutuksesta.

Kiinnostava kysymys kunnan näkökulmasta on, jääkö todella jotakin tuloja saamatta, kun kunta siirtyy toisenlaisiin toimintamalleihin. Toisaalta voidaan myös kysyä: Mikäli uusilla järjestelyillä saadaan toimialan sisällä aikaan huomattavia laskennallisia säästöjä, niin mihin nämä ”säästyneet” varat käytetään, mikäli koko toimialan budjettirahoitus pysyy aikaisemmalla tasolla? Ketkä päättävät näiden säästyneiden varojen käytöstä?

3.2. *Tuotteiden relevantit ja näkymättömät kustannukset*

Markkinasuuntautuneessa toiminnassa *tuotteiden* hankintakustannukset ovat periaatteessa hyvin selviä: tuotteilla on hinta, jonka ostaja tuotteesta maksaa. Tuotteista pyydytyissä tarjouksissa hintatiedot ovat keskeisiä. Ulkopuolinen arvioija voi äkkiseltään kuvitella, että tämä hintatieto on mainio ja yksiselitteinen vertailun perusta ja se näyttää tarvittavan tiedon päätöksentekoa varten. Kunnan kannalta voi kuitenkin kysyä, onko hinnassa mukana todella kaikki relevanteista kustannuksista kertova informaatio. Jäävätkö jotkin kustannukset näkymättömiksi? Tämä kysymys on yhä keskeisempi markkinasuuntautuneiden toimintatapojen yleistyessä ja hintaperusteisten ratkaisujen jatkuvasti yleistyessä. Käytännön tilanteet ovat kuitenkin jo nyt osoittaneet, että tässä pelkistämässä kytevät näkymättömien kustannusten arvaamattomat seuraukset. Niihin voidaan kuitenkin varautua, mikäli ongelmien aiheuttajat ennakoidaan.

Tuotteiden sisältöerot

Vertailulaskelmissa käytetään usein laskentaperustana tuotteen yksikköhintaa. On kysyttävä, verrataanko sisällöltään samoja tuotteita. Samankin toimialan sisällä voivat sisältöerot olla suuria. Esimerkiksi hoitopäivän sisältö voi olla varsin erilainen esimerkiksi potilaiden hoitoisuuden johdosta. Relevantti kustannusinformaatio kattaa myös palvelun sisällön erittelyn. Tätä kunnissa tehdään joskus toiminnoittain, mutta aina sekään tarkkuustaso ei riitä, sillä samanniminen toiminto voi tarkoittaa eri yksiköissä eri sisältöjä.⁵³³ Tuotetasolla toteutettu toimintanalyysi auttaa kuitenkin näkemään mitä kaikkea arvioinnin kohteena olevaan

⁵³³ Tammi 2006: 284.

tuotteeseen sisältyy, millä resursseilla se tuotetaan ja minkälaisen työkokonaisuuden tulos tuote on. Resurssien kulutuksen perusteella pystytään myös arvioimaan tuotteen kunnalle aiheuttamat kustannukset.

Oleellista on se, että päätöksenteossa kävisi selville ovatko tuotteet vertailukelpoisia vai eivät. Valtakunnallisissa kustannusvertailuissa tuotteiden sisältöerojen jättäminen huomiotta vääristää arviointeja. Toinen tekijä on se, mitä kustannuksia ja miten tuotteille kohdennetaan. Siinä on kuntien kesken todella suuria eroja.

Yksittäinen palvelu ja palveluketju

Kunta voi tuottaa yksittäisiä palveluja. Yhä useammin palveluketjuissa on mukana kunnan lisäksi muita kuntia, kuntayhtymiä, kolmannen sektorin toimijoita ja yrityksiä. Kyseisen palveluketjun osia saatetaan ohjata joko hierarkkisesti tai markkinasuuntautuneesti. Mikäli kyse on viimeksi mainitusta, niin tuotteen hinta on usein päätöksen perusteena. Ongelmaksi saattaa muodostua tilanne, jossa yksi ketjun pala on hankittu halvalla, ja tämä valinta aiheuttaa kunnalle kokonaisuudessaan merkittäviä lisäkustannuksia. Muun muassa korvaavat laadunvarmistustoimet jäävät ketjusta viime kädessä vastaavan kunnan kustannettaviksi, mikäli tätä ei ole sopimuksissa osattu ottaa huomioon.

Tuotteen taloudellisuus vs. vaikuttavuus

Kuntien toiminta on ollut varsin tuotantokeskeistä osittain sille laissa asetettujen velvoitteiden vuoksi. Toiminnan tavoitteena on kuitenkin saada aikaan myönteisiä vaikutuksia: esimerkiksi hyviä oppimistuloksia koulussa. Markkinasuuntautuneessa ajattelutavassa huomio kohdistuu kuitenkin pääsääntöisesti välitömiin talouskysymyksiin, kuten siihen mitä jokin järjestely nyt maksaa ja mikä on tuotteen kappalehintaa. Kokonaisuutta ajatellen pitäisi pystyä päätöksenteossa arvioimaan myös niitä relevantteja kustannuksia, joita mahdollisesti taloudellisimman vaihtoehdon valinta aiheuttaa. Onko ratkaisu sellainen, että lyhytaikainen säästö aiheuttaa voimistuvan palvelukysynnän lähivuosina, jolloin ratkaisu ei enää budjettilukujenkaan valossa ole edullinen?

Tuotteen valmistamisessa tai ostohinnassa korostuu taloudellisuuspuoli, se minkä verran tuote maksaa. Kustannusinformaatio ei kerro vielä vaikuttavuudesta, vaan siihen on erikseen kiinnitettävä huomiota.

Tuote voi olla edullinen kunnalle, mutta kallis kuntalaiselle. Samoin palveluyksikkö voi toimintatavallaan minimoida omia kustannuksiaan siirtämällä toimintoja muille yksiköille ja lopulta kunnan maksettavaksi.

3.3. *Palveluyksikön toimintatapaerojen vaikutus kokonaiskustannuksiin*

Kunnat ovat ulkoistaneet kokonaisia palveluyksiköitään. Ulkoistettujen yksiköiden kustannukset saattavat näyttää ostettaessa pieniltä verrattaessa kunnan oman vastaavan samansuuruisen yksikön kustannuksiin. Ero voi selittyä yksiköiden erilaisesta toimintatavasta. Esimerkiksi kunnan oma terveysasema saattaa pyrkiä hoitamaan potilaat mahdollisimman laajasti omassa yksikössään hoitamalla lisäksi yöpäivystyksiä ja muita varallaolotehtäviä. Ulkoistettu yksikkö taas saattaa lähettää potilaita herkästi erikoissairaanhoidon. Kunnan kustannukset itse yksikön toiminnasta saattavat olla pienet mutta erikoissairaanhoidon kustannukset kalliit ja kokonaiskustannukset kunnalle lopulta erittäin suuret. Korostettakoon, että edellä kuvattu tilanne saattaa yhtä hyvin olla päinvastainen eli myös kunnan omasta terveyskeskuksesta lähetetään helposti potilaat erikoissairaanhoidon.

Kenelle kustannukset lopulta kohdistuvat: kustannukset kunnalle vai kuntalaiselle? Tuote voi olla kunnalle varsin edullinen, mutta kuntalaiselle – varsinaiselle käyttäjälle – aiheutuu runsaasti kustannuksia. Tämä saattaa johtua siitä, että hän joutuu odottamaan palvelun saantia tai täydentämään sitä omin varoin, ja lisäksi se voi olla vaikeasti saavutettavissa. Kunta on kuitenkin omalta osaltaan täyttänyt ”lain kirjaimen” eli palvelun järjestämisvelvollisuuden ja kaiken lisäksi vielä kustannustietoisesti. Aukkaalle aiheutuvat kustannukset jäävät näissä tapauksissa näkymättömiksi, vaikka niiden pitäisi olla päätöksentekotilanteessa varsin relevantteja.

3.4. *Miten tunnistaa sopimuksien teon yhteydessä näkymättömät kustannukset*

Seuraavan kuvion matriisimuotoinen ryhmittely auttaa tunnistamaan ja jäsentämään sekä ennakoimaan ne sopimukselliseen tapahtumaketjuun sisältyvät näkymättömät kustannukset, joilla on vaikutusta kaikille osapuolille.

Taulukko 2. Kustannusten aiheuttajien piilopaikat.

| NÄKYMÄT- TÖMIEN KUSTAN- NUSTEN SIJAINTI | KUSTANNUSTEN OMINAISUUDET | | |
|--|--|--|--|
| | Väärä laskenta- kohteen rajaus (sopimuksen kohde on epäselvä) | Arvoa tuottama- ton (vastoin po- liittisia yms. ar- vopäämääriä) | Dysfunktionaalinen (vastoin organisato- risia toimintaperi- aatteita) |
| Itse tuote | 1 Virheellisesti rajattu tuote, kustannukset siirtyvät tilaajalle tai asiakkaalle. | 4 Ei toimi tavoitteiden mukaisesti. Vaikuttavuus vähäinen. | 7 Hinnoitteluvirheet, joista seuraa resurssien väärä kohdentaminen (ali- ja yliestimointi). |
| Prosessit | 2 Ei tunnisteta prosessien kokonaisuuksia ja niiden heikkouksia: aukkoja ja vanhoja käytäntöjä. | 5 Palveluketjun osat eivät ole asiakkaan kannalta tarkoituksenmukaisia. | 8 Henkilöstö ja muut toimijat eivät sitoudu – tiedon kulku-, sopimis- ja motivaatio-ongelmia. |
| Hallinnan rakennevirheet | 3 Tuotantorakenne ei ole kustannustehokas, vain osa kustannuksista kohdistetaan aiheuttamisperiaatteen mukaan. | 6 Strategisesti yhteen sopimattomat toiminnan rakenteet. Toimintaympäristön epävarmuutta ei havaita. | 9 Oman edun tavoittelu (opportunistia niin yksilöiden kuin yksiköidenkin kohdalla), riskialttiit ratkaisut aiheuttavat varautumiskustannuksia. |

Kustannuksia voidaan minimoida tarkastelemalla itse tuotetta, toimintaprosesseja ja hallinnan rakenteita. Kaikkia näitä mietitään sopimusten eri vaiheissa ja jokaisessa niissä voi lymytä näkymättömien kustannusten aiheuttajia: Ne voivat olla:

- A. *Itse tuotteessa*, sen valmistuksessa, palvelun laadun ja sisällön määrittelyssä, sopimuksissa sovituisissa rajauksissa, vaihtoehtojen vertailuperustassa: Onko yleisyystaso liian karkea eli sopimuksessa ei rajata riittävästi sitä, mitä ollaan hankkimassa? Onko kyse samasta tuotteesta niin tilaajan kuin asiakkaankin kannalta eli onko vaikuttavuus se, mikä pitäisi? Miten hinta muodostuu: aiheutuuko omalle organisaatiolle paljon ”täydentäviä” tehtäviä ja niistä seuraavia kustannuksia? Mikäli myydään itse, onko hinta aliestimoitu, jolloin oman organisaation toimintaedellytykset kaventuvat?

- B. *Prosessissa*, jolloin on sovittu vajaasta ketjusta, ketjussa on aukkoja tai pullonkauloja, teknologian aiheuttamia kustannuksia erilaisine yhteensopivuusongelmineen tai asiakkaan tarpeita ei osata tunnistaa tai niitä ei oteta huomioon. Henkilöstön sitoutuminen saattaa olla heikkoa, oppiminen on kapea-alaista, jolloin muodostuu sekä kommunikaatio- että laatuongelmia. Uudelleenjärjestelyjen seurauksien huono ennakointi voi heikentää suuresti organisaation kompetenssia. Seurauksien korjaaminen tulee kalliiksi.
- C. *Hallinnan rakenteessa* ei tunnisteta todellista resurssikulutusta ja sitä, miten siihen voitaisiin vaikuttaa, vanhat rutinoituneet käytännöt ovat todellisuudessa laadittujen strategioiden vastaisia (yhteen sopimattomia) ja toiminnassa esiintyy osaoptimointia ja muuta kokonaisedun kannalta kielteistä toimintaa (dysfunktionaaliset tekijät). Myös toimintaympäristön riskien hallinta aiheuttaa mahdollisesti ylimääräisiä kustannuksia, kun hankitaan ulkoa tuotteita, jotka kuuluivat oman tuotannon piiriin tai päinvastoin: ei huomata, että oma osaaminen ei enää ole riittävää tai että yhdistelmäeduin saataisiin aikaan huomattavia kustannussäästöjä. Hallinnan rakenteiden jatkuva uudistaminen on sitä vaativampaa ja välttämättömämpää mitä muutosherkemässä maailmassa toimitaan.

Näkymättömien kustannusten tunnistaminen on hieman uudemmassa transaktiokustannustutkimuksessa⁵³⁴ sidoksissa organisaation epävirallisen osan toimivuuteen tai toimimattomuuteen. Miksi tämän informaalisien puolen tunteminen on sitten nykyaikana niin välttämätöntä? Tämä osa määrittää toimijoiden väliset suhteet ja samalla toiminnan luonteen. Taloustieteeseen aiemmin omaksuttu rationaalinen ajattelu aliarvioi jatkuvasti psykologisia seikkoja kuten ihmisten keskinäisiä käyttäytymissääntöjä, yhteistyön ominaisuuksia sekä rutiinien rakentumista. Myös transaktiitutkimuksessa on pantu painoa toimijoiden keskinäiselle luottamukselle, joka on osa epävirallista organisointia. Vain yhteistyöhön rakentuva luottamus voi estää sen negatiivisen byrokratiakehityksen, joka uhkaa kuntien markkinasuuntautuneita toimintatapoja. Samasta ilmiöstä ovat huolestuneet jo aikaisemmin ruotsalaiset tilaaja-tuottajamallien kehittäjät⁵³⁵.

⁵³⁴ Jones 2004: 99.

⁵³⁵ Bryntse 2002.

4. *Sopimusten pituudella on useita merkityksiä*

Ovatko relevantit kustannukset erilaisia, mikäli solmitaan vain kertaluonteinen sopimus tai sitten kyseessä on pidempiaikainen toiminta. Kunnilla on jo pitkään ollut ulkopuolisista hankinnoista kokemusta teknisellä sektorilla. Siellä on totuttu suunnittelemaan ja toteuttamaan alueellisia rakennushankkeita, kunnallisteekniikkaa ja muuta infrastruktuuriin liittyvää. Näissä tapauksissa kuntien vertaileva kustannuslaskenta on ollut pitkään jo melko kehittynyttä. Sopimuksilla on ostettu asiantuntemusta ulkoa ja omat valvontajärjestelmät ovat melko vakiintuneita. Nämäkään sopimukset eivät toki ole tilaajan kannalta ongelmattomia, mutta niistä on jo kertynyt kokemuksia ja hankittava ”tuote” on opittu määrittelemään. Tilaaja osaa olla valppaana rooliinsa liittyvien päämies-agenttiongelmien suhteen. Myös tuottajapuoli on oppinut toimimaan julkisen rinnalla ja se tuntee normiston ja päätöksenteon sekä valvonnan. Tilanne on aivan erilainen, kun lähdetään hankkimaan hyvinvointipalveluja, joiden kirjo on runsas, asiakaskunta kovin yksilöllistä ja tuottaja osittain uusia. Kyse on asiakkaalle usein ainutkertaisesta palvelusta, jonka arviointi ei ole samalla tavalla mahdollista kuin esimerkiksi teknisellä sektorilla. Asiakkaan kokemuksia ei voida standardisoida. Konkreettista tuotosta on helpompi havainnoida kuin esimerkiksi kahden ihmisen vuorovaikutusta (lääkärillä käynti).

Tehtäessä hyvinvointipalveluja koskevia hankintoja, on usein alkuvaiheessa ollut ongelmia juuri edellisen kappaleen kuvion mukaisesti tuotteen rajauksessa, jolloin kustannukset ovat siirtyneet tilaajalle tai asiakkaalle. Myös tuote on voinut olla palveluketjuun sopimaton tai se ei tuota asiakkaalle toivottuja vaikutuksia. Sopimusta tehtäessä ei ole myöskään välttämättä tunnistettu koko palveluprosessia, joten myöhemmin on jouduttu uudelleenjärjestelyihin. Vaarana on myös se, että vanhojen rakenteiden mukainen laskenta johtaa virheellisiin laskentatuloksiin. Esimerkiksi demokratiakustannusten rajaaminen irti varsinaisesta tuotteen hinnasta voi ohjata sopijaosapuolet aikaisemmasta poikkeaviin ratkaisuihin. Valinta tuotetaanko itse, vai ostetaanko ulkoa voi selkiintyä, mikäli valinnan mahdollisuuksia on tarjolla.

Kunnissa on kuitenkin vähitellen opittu tekemään myös hyvinvointipalveluja koskevia sopimuksia. Tämä osaaminen on nyt monipuolistunut, mutta vieläkään ei välttämättä tunnisteta relevantteja kustannuksia: mikä osa jää sopimusneuvotte- luissa ottamatta huomioon ja mikä näkyy hinnassa.

Tilanne näkymättömien kustannusten osalta on erilainen pitkäaikaisissa sopimuk- sissa, sillä toiminnan virheelliset rakenteet voivat vakiintua, vaikuttavuuden arvi- ointi on voinut jäädä vähäiseksi ja omaan organisaatioon ei ole jäänyt asiantunte- musta, mikä auttaisi kriittisesti arvioimaan uudistamista kaipaavan yhteistyön

etuja ja haittoja. Samalla ei ehkä havaita oman organisaation nykytoimintaa ajatellen virheellistä rakennetta (usein henkilöstöön liittyviä). Kun organisaatioissa vakiintuvat tietyt käytännöt, niitä ei välttämättä tarkisteta vaikka toiminnan kenttä olisi huomattavasti muuttunut: alueen väestön palvelujen kysyntä painottuu nyt eri tavalla kuin aikaisemmin ja potentiaalisia palvelujen tarjoajia on tullut markkinoille. Myös kunnan muut yhteistyökumppanit ja hallinnolliset uudelleen järjestelyt edellyttäisivät koko vanhan sopimuskäytännön ja – sisältöjen tiukkaa arviointia ja mahdollista purkamista.

Sopimuksellinen toiminta on poliittista, juridista ja taloudellista toimintaa. Siinä kantavana voimana pitäisi olla asiakkuuksien tunnistaminen, niin myös julkisella sektorilla. Tässä artikkelissa on kuitenkin perehdytty laskennan problematiikkaan, mutta samalla on nostettu esille monipuolisen yhteistyön jännitteet, joita rakentuu jo sopimusta laadittaessa. Niitä tehtäessä eivät asiakkaat juuri pääse vaikuttamaan. Tämä, asiakkaan osallistuminen lisääisi varmasti palvelujen vaikuttavuutta ja vähentäisi näin myös kustannuksia, kun tuotettaisiin ”osumatarkkoja asioita”. Kirjoittajat ovat artikkelissaan halunneet kiinnittää huomio siihen, että tilaajien ja myös poliittisten päätöksentekijöiden olisi syytä aikaisempaa analyttisemmin ennakoita sopimuksellisen toiminnan kokonaiskustannukset.

Lähteet

- Atkinson, A. A., Banker, R. D., Kaplan, R. S. & Young, M. S. (1995). *Management Accounting*. Prentice-Hall.
- Barthélemy, J. (2001). The Hidden Cost of IT Outsourcing. *Sloan management review* 42: 3, 60–69.
- Van den Bogaard, M. A. & Spekle, R. F. (2003). Reinventing the Hierarchy, Strategy and Control in the Shell Chemicals Carve-out. *Management Accounting Research* 14, 79–93.
- Brouthers, K. D. (2002). Institutional, Cultural and Transaction Cost Influences on Entry Mode Choice and Performance. *Journal of International Business Studies*, 33: 2, 203–221.
- Bryntse, K. (2000). *Kontraktstyrning i teori och praktik*, Lund Business Press, Wallin & Dahlholm Boktryckeri Ab, Lund.
- Coase, R. H. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*, New Series 4: 16, Nov., 386–405.
- Coase, R. H. (1991). “1991 Nobel Lecture: The Institutional Structure of Production.” Teoksessa O. E. Williamson & S. G. Winter (Toim.). *The Nature of the Firm*. Oxford University Press. 227–235.
- Dixit, A. K. (1996). *The Making of Economic Policy: A Transaction Cost Politics Perspective*.
- Eisenhardt, K. M. (1989). Agency Theory: an Assessment and review. *Academy of Management Review*, 14: 1, 57–74.
- Halstead, J. M., Mohr, R. D., Deller, S. C. & Girard, P. (2007). Public-Private Partnership and Cooperative Agreements in Small and rural Municipalities Published online: 13, August 2007, International Atlantic Economic Society.
- Hyvärinen, O. & Lith, P. (2008). Kilpailuttamisen laajuus ja taustatekijät Suomen kunnissa, Kunnallisan kehittämissäätiön Kunnat ja kilpailu – sarjan julkaisu nro 10, Vammala: Kunnallisan kehittämissäätiö.
- Kelley, M. & Jude, M. (2005). Making The Outsourcing Decision. *Business Communications Review* December, 28–31.
- Jones, G. R. (2004). *Organizational Theory, Design, and Change: Text and Cases*. 4th ed. Upper Saddle River (N.J.): Prentice Hall.
- Jensen M. C. & Meckling, W. H. (1976). Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Cost and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*. 3.

- Kelley, M. & Jude, M. (2005). Making The Outsourcing Decision. *Business Communications Review* December, 28–31.
- Lane, J-E. (2000). *The Public Sector. Concepts, Models and Approaches*. 3 ed. London: SAGE.
- Mayers, M. K. & Durfee, A. (2006). Who pays? The visible and invisible cost of child care. *Politics & Society* 34: 1, 109–128.
- Miller, J. G. & Vollman, T. E. (1985). The Hidden Factory. *Harvard Business Review* (September–October), 142–150.
- Möttönen, S. (2002). Henkilöstön edustajien vaikutus organisaation managerialistiseen kehittämiseen. *Kunnallistieteellinen aikakauskirja* 30: 4.
- North, D. C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press.
- Näsi, S. (1997). Liikelaskennan soveltuvuus julkisen hallinnon laskentatoimeksi. Teoksessa J. Kettunen, P. Kettunen & A. Manninen (Toim.). *Rauno Tamminen 50 vuotta. Näkökulmia liiketaloustieteeseen*. Johtamiskoulutuksen julkaisuja 6. Jyväskylä: Jyväskylän yliopisto, Täydennyskoulutuskeskus Avance.
- Rajala, T., Tammi, J. & Meklin, P. (2008). Kilpailutuksen näkyvät ja näkymättömät kustannukset, Kunnallisan kehittämissäätöön Kunnat ja kilpailu – sarjan julkaisu nro 11. Vammala: Kunnallisan kehittämissäätö.
- Sorsa, V-P. & Johanson, J-E. (2011). Hallinnolliset jännitteet julkisyksityisten eläkejärjestelmien uudistamiskyvyn lähteenä. *Hallinnon tutkimus* 3, 177–190.
- Tammi, J. (2006). *Toimintolaskennan käyttömahdollisuudet ja hyödyt kunnan johtamistyössä*. Acta Universitatis Tamperensis 1152. Tampere: Tampere University Press.
- Twight, C. (1994). Political Transaction-Cost Manipulation: An Integrating Theory. *Journal of Theoretical Politics* 6: 2, 189–216.
- Vakkuri, J., Kallio, O., Tammi, J., Meklin, P. & Helin, H. (2010). Matkalla kohti suuruuden ekonomiaa? Paras-ARTTU-ohjelman tutkimuksia nro 3. Acta nro 218. Helsinki: Suomen Kuntaliitto.
- Valkama, P. (2006). Kuntapalvelujen yhteiskäytön hinnoitteluongelma. Artikkelijulkaisussa Kuntarakenteita etsimässä, Puheenvuoroja kunta- ja palvelurakenteiden uudistustarpeesta ja –mahdollisuuksista. Juhlakirja kunnallistalouden professori Veli Karhun siirtyessä eläkkeelle vuonna 2006. Tampere: Tampere University Press, 162–187.
- Varian, H. R. (1990). *Intermediate Microeconomics*. 2.ed. New York: W.W. Norton & Company.

Valtiovarainministeriö (2006). *Ministeriöiden kustannuslaskennan kehittäminen* (2/2006).

Wiili-Peltola, E., Lehto, J. & Viitanen, E. (2002). Sopimusohjausmenettelyn haasteita sairaalaorganisaatiossa. *Hallinnon tutkimus* 21: 1, 67–77.

Williamson, O. E. (1996). *The Mechanisms of Governance*. Oxford University Press.

Williamson, O. E. (1991). Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrative Science Quarterly* 36, 269–296.

Williamson, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press.

Williamson, O. E. (1975). *Markets and Hierarchies*. New York: Free Press.

TÄMÄN VUOSITUHANNEN KUNTAUUDISTUSTEN KARIKOT

Arvo Myllymäki

”Mikäli mahdollisesti esiintyy epäselvyyttä siitä, mihin lääniin jonkin kunnan tulee kuulua, niin asiaa ei saa ratkaista byrokraattisesti ylhäältä päin, vaan kunnan itsemääräämisoikeutta on tällaisissa tapauksissa ehdottomasti kunnioitettava. Pirkanmaan maakuntapäivien julkilausuma Tampereella 26.3.1962.”

Helsingin Sanomat 27.3.1962.

1. Asukkaiden kunta – mutta millainen kunta

Kunnan koosta on koko työelämäurani ajan ja jo ennen sitä käyty aika ajoin laajaa, polveilevaa ja aina poliittisesti värittyä keskustelua. Suuret kuntauudistukset, alkaen 1960-luvulta, ovat jääneet enemmän tai vähemmän suutareiksi. Niin on käymässä myös tämän vuosituhannen ensimmäiselle uudistukselle – Paras -hankkeellekin.

Kunnan asukkaiden perustarpeet ja kunnan keskeisimmät tehtävät ovat lähtökohdaisesti säilyneet muuttumattomina. Kunnan on vastattava niin perusopetuksesta kuin sosiaali- ja terveydenhuollosta.

Asukkaiden odotusten kärki kohdistuu vuodesta toiseen näihin hyvinvointiyhteiskunnan perustehtäviin. Myös tällä vuosituhannella kriittinen kysymys kuuluu edustuksellisen kansanvallan huipulle, Suomen eduskunnalle: Eikö viiden miljoonan kansalaisen valtiossa kyetä järjestämään kunnan asukkaiden sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia tyydyttävällä tavalla? Ihmisten yhdenvertaisuus (PL 6 §) merkitsee muun ohessa perusoikeuksien toteuttamista sisällöltään ja tasoltaan suurin piirtein samanlaisina maan eri osissa. Yhdenvertaisuus edellyttää riittävän vahvoja ja elinvoimaisia kuntia.

Kunnilla ja niiden edunvalvontajärjestöllä on ollut kylliksi aikaa havaita jo menneellä vuosituhannella ja viimeistään suuren talouslaman jälkeen niin suuret väestön siirtymät kuin kunnan jäsenistönsä ikääntyminen. Osalta Suomen kunnista on puuttunut kyvyn lisäksi halu Paras – hankkeen puitelain (169/2007) yhteistoimintavelvoitteita kohtaan. Poliittisella, väljällä lailla ei ole kyetty elinvoimaisia kuntia luomaan. Paras -laki ei ollut parhain laki, vaan pykälien muotoon kirjoitettu

ohjelma, vailla juridista sitovuutta ja velvoittavuutta. Paikallispolitiikan todellisuus, historian perinne ja tunteet ovat monilta kuntapäätäjiltä estäneet katsomasta edes kymmeneksi vuodeksi eteenpäin.

Jämäkkyyttä ainakin hallitusohjelmassa: Pääministeri Jyrki Kataisen hallitus lupaa ohjelmassaan 22.6.2011 toteuttaa koko maan laajuisen kuntauudistuksen, jonka tavoitteena on vahvoihin peruskuntiin pohjautuva elinvoimainen kuntarakenne. Peruskunnat muodostuisivat luonnollisista työssäkäyntialueista. Tavoitteena on turvata laadukkaat ja yhdenvertaiset kunnalliset palvelut koko maassa. Onnistunut kuntapolitiikka loisi edellytykset julkisen talouden kestävyysvajeen kaivamiselle ja ikääntymisestä seuraavalle palvelujen kasvavalle kysynnälle.

Helmikuun 8 päivänä 2012 Kunnallishallinnon rakennetyöryhmä luovutti valtiovarainministeriölle selvityksensä (5a/2012): ”Elinvoimainen kunta- ja palvelurakenne”. Selvitys kohtasi intohimoja jo ennen valmistumistaan, koska tietoja vuodettiin julkisuuteen etukäteen. Onko tämäkin sitä maan tapaa?

Työryhmän perustelemat kuntarakenteen muutostekijät ovat kiistattomia. Väestökehitys ja väestörakenteen heikentyminen vaikuttavat ratkaisevalla tavalla kuntien mahdollisuuksiin hyvinvointipalvelujen järjestämiseen. Jo nyt monien kuntien taloudellinen tila oman talousautonomiansa toteuttamiseen on olematon. Tulevaisuudessa talousvaikeudet koskevat koko kuntakenttää. Kuntien väliset erot kasvavat myös niiden kantokyvyssä. Keskinäinen solidaarisuus heikkenee.

Hajanainen ja erimielinen kuntakenttä, aluepolitiikan tehottomuus, maakunnan liittojen heikko legitimitetti ja suurten kaupunkikuntien itsekkyyden suorastaan työntävät hallitukselle ja eduskunnalle ratkaisun avaimet toteuttaa radikaalikin kuntauudistus. Eri asia on, riittääkö poliittinen yksimielisyys edes hallituspuoleissa syksyn 2012 kunnallisvaalipaineiden puristuksessa.

2. Kuntien itsehallinto – asukkaiden peruspalveluiden turvaaminen

Paras -uudistus painottui valtioneuvoston heikolle ohjaustoimivallalle, kuntien omaan aktiivisuuteen ja vapaaehtoisuuteen. Ilmeisesti juuri keskushallinnon ohjausotetta on tarkoitus nyt terävöittää. Tällöin joudutaan väistämättä tekemisiin perustuslaissa turvatun kunnallisen itsehallinnon perimmäisten kysymysten kanssa.

Kunnan asukkaiden itsehallinto perustuu edustukselliseen demokratiaan. Itsehallinto instituutiona on turvattu perustuslailla. Perustuslain 121.2 §:n mukaan kuntien hallinnon yleisistä perusteista ja kunnille annettavista tehtävistä säädetään lail-

la. Kansanvaltaisuusperiaate merkitsee sitä, että kunnan hallinto perustuu keskeiseltä osin luottamushenkilöiden varaan.

Lähidemokratian toimivuus on suurissa kunnissa ongelmallista – päättäjät ovat kaukana. Toinen ääripää koskee pientä kuntaa ja sen sisäänlämpiävää politiikan tekoa. Päättäjät saattavat olla siis liian lähellä kunnan asukasta. Poliitiikan uskottavuus myös kuntataholla ei ole ollut kovin korkealla tasolla ei edes äänestysaktiivisuudella mitattuna. Kaikesta huolimatta kunnan koon kasvattaminen merkitsee uuden kuntalain valmistelijoille vaatimusta vahvistaa asukkaiden osallistumisoikeuksia.

Vahvojen kuntien luomisessa on kovin vähän kiinnitetty huomiota kunnan perinteisen yleisen toimialan todellisuuteen. Pienen kunnan taloudelliset voimavarat ovat täysin sidoksissa lakisääteisten tehtävien hoitamiseen. Paikallisdemokratian toteuttamisessa on kuitenkin suuri merkitys kunnan yleisellä toimialalla eli asukkaiden yhteisissä intresseissä olevilla asioilla. Riittävän vahvan talousautonomian omaava kunta kykenee ottamaan hoidettavakseen muutakin kuin lakisääteisiä tehtäviä.

Kunta, jolla on suurempi väestöpohja riittävät talousresurssit, toivottavasti kykenee myös vastuuntuntoisesti harkitsemaan, jopa pysäyttämään paniikinomaisen perusterveydenhuollon ulkoistamisen. Tästä monien kuntien asukkaat saattavat maksaa kunnallisverotuksen muodossa sievoisia summia ulkomaalaisille terveydenhuollon suuryrityksille.

Kunnallisen itsehallinnon perustuslainsuoja ei turvaa yksittäisen kunnan olemassaolon suojaa kuntajaon muutoksia vastaan. Niistä on säädettävä lailla (PL 122 §). Tällöin on muun ohessa turvattava suomen- ja ruotsinkielisen väestön mahdollisuudet saada palvelujaan omalla äidinkielellään.

Esimerkiksi niin sanotut reikäleipäalueet, joissa kunta maantieteellisesti ympäröi kokonaan toista kuntaa, ovat ristiriidassa selkeän kuntajaon ja kuntien toimintaperiaatteiden kanssa. Ajattelen tässä yhteydessä entistä koulukaupunkiani Vaasaa, jota ympäröi Mustasaaren kunta. En usko, että tasan 50 vuotta sitten havaitsemani kieliriidat olisivat professori Eija Mäkisenkään Vaasassa olon aikana ratkenneet. Ne ovat todennäköisesti estäneet järkevän kuntaliitoksen.

Kunnilla on verotusoikeus. Se on kunnan talousautonomian selkäranka. Tämä ei kuitenkaan ole riittänyt kaikkien kuntien velvoitteiden kattamiseen. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan vahvistama kuntien lakisääteisiä tehtäviä koskeva rahoitusperiaate merkitsee, että lailla uusia tehtäviä kunnille siirrettäessä eduskunnan tulee varmistua kuntien reaalista mahdollisuuksista suoriutua velvoitteistaan.

Erityisesti tämä liittyy valtion ensisijaiseen vastuuseen perusoikeuksien toteuttamisesta.

Nyt käynnistyneessä kuntarakenneuudistuksessa on ennen muuta kyse kuntien taloudellisen vastuun kantamisen edellytyksistä suhteessa asukkaiden sosiaalisten ja sivistyksellisten perusoikeuksien toteuttamiseksi. On myös muuta; uudistuksen olisi kyettävä turvaamaan kansanvalta, uskottava paikallisdemokratia. Käynnissä on eräänlainen kolmiottelu. Itsehallinnon ei pidä muuttua sellaiseksi itseisarvoksi, että se vaarantaa asukkaiden hyvinvointioikeudet. Eri puolille Suomea tarvitaan jatkossakin suuruudeltaan erilaisia kuntarakenteita.

Kuntajaotusta voidaan merkittävästi muokata lailla, mikäli siihen on riittävät perusteet. Perusteita kyllä löytyy, mutta onko enemmistöparlamentaarisen päätöksentekojärjestelmän maassa malttia viisastua aikaisemmista, tavalla tai toisella keskeneräiseksi jääneistä uudistuksista. Kuntarakenteen uudistus on ensi sijassa poliittinen kysymys eikä niinkään perustuslaillinen ongelma. Tämän totuuden on Paras -hankkeen sudenkuoppiin putoaminen testannut jo nyt, vaikka hanke muodollisesti jatkuukin.

3. Pitkäveteisestä ”diskuteerausta” kipeisiin ratkaisuihin

Jyrki Kataisen hallituksen ohjelmaan sisältyvä kuntaremontti ei siis ole jättänyt poliittisia toimijoita kylmäksi. Oppositiojohtaja Mari Kiviniemi, joka kantoi aikaisemmissa hallituksissa merkittävää vastuuta Paras -hankkeen käynnistämisestä ja toteuttamisesta, repi Suomen kuvitellun uuden kuntakartan riekaleiksi televisiokameroiden edessä. Muutoinkin kuntien rakennetyöryhmän ehdotuksen lukumäärä peruskunnista on ylikorostunut poliittisessa keskustelussa.

En ole kenenkään havainnut asettavan nyt käynnissä olevan kuntauudistuksen tarpeellisuutta kyseenalaiseksi. Aivan kuin Paras -hankkeen ennen ja jälkeen on ratkaisematta jälleen perusongelma: uudistaa ehdottomasti pitäisi, mutta voiko mitään konkreettisesti muuttaa. Paras -hankkeessakin lähdettiin alun pitäen korostaen palvelurakenneuudistusta, mutta puitelaissa painottui voimakas kuntarakenteen muutostarve. Muutosta tapahtui kiitettävästi vuonna 2009 vapaaehtoiselta pohjalta, mutta sen jälkeen kiitosten tarve kuntien yhdistymisistä on niukentunut.

Puitelaki ja siihen vuonna 2011 tehty vahvennus valtioneuvostolle velvoittaa kuntia yhteistoimintaan osoittautui epätarkoituksenmukaiseksi Kataisen hallituksen käynnistettyä kuntauudistuksen valmistelun. Onko jälleen yksi suuri kuntauudistuksen vaihe raastavine keskusteluineen ja kunta-valtio –suhteen rasituksineen edennyt savuksi ilman tulta?

Oman tulopohjan ehtyminen, niukkenevat valtionosuudet ja väestöpohjan kapeus pakottavat kunnat paitsi muutoksiin myös liitoksiin. Jos pakkolakia ei haluta käyttää, kehitys muodostuu hallitsemattomaksi ja edessä on entistä suurempi kunnan asukkaiden eriarvoistuminen, jopa kurjistuminen.

Kuntauudistusvalmistelun kritikoinnissa on korostettu vaihtoehdottomuutta ja suuruuden ihannoimista. Jämäkät lausunnot ja uudistuksesta vastuuta kantaneen kuntaministerin aliarviointi sekä valtiovarainministeriön rakennetyöryhmän selviytyksen osittainen naurunalaiseksi tekeminen eivät ota huomioon suurinta nyt meillä olevan kuntauudistuksen uhkakuvaa: tähän maahan ei saada nytkään aikaan minkäänlaista kuntarakennemuutosta.

Eläkepäiviksi Lappiin muuttaneena seuraan päivittäin paikallista kuntauudistuskustelua. Kas tässä on havaintonäytteeni. ”Pohjoisen pitäjät sanoivat ei kunta-liitoksille, vaikkei sitä kysyttykään”, kirjoitti *Lapin Kansa* 17.4.2012 pääkirjoituksessaan. Samalle päivälle osuu Muonion uuden kunnanjohtajan Sirpa Hartojoen haastattelu. Valtiovarainministeriön ylitarkastajan virasta Lappiin muuttanut tulokas vakuuttaa, ettei ”kuntauudistus ollut hänen heiniään”. ”Karttoja piirrettiin työhuoneeni vieressä”, kertoili tuore kunnanjohtaja.

Voi aikoja voi tapoja.

Kuntauudistuksen karikoissa kyse ei ole aina itsehallinnon ja asukkaiden peruspalveluiden turvaamisen ongelmasta. Pahimmaksi kompastuskiveksi on hyvää vauhtia nousemassa itsekkyyks, joka verhotaan kunnallisen itsehallinnon puolustamiseksi.

JULKINEN ORGANISAATIO VALINKAUHASSA – VALETTAVANA KUNNALLISHALLINTO

Olli Mäenpää

Byrokratia ja julkiset organisaatiot ovat perusluonteeltaan pysyviä. Otto Mayerin tunnettu maksimi ”Die Verfassungsrecht vergeht, die Verwaltungsrecht besteht” vastaa osuvasti ainakin Suomen perustuslain sangen tiheään toistuvaa muuttuvuutta verrattuna hallinnollisten rakenteiden huomattavasti verkkaisampaan kehitykseen. Säännön vahvistavana poikkeuksena voidaan tosin pitää valtion aluehallinnon miltei jo itsetarkoitukseksi muodostunutta uudelleenjärjestämiskykliä.

Pysyvyys näkyy myös kunnallishallinnossa, joka on säilynyt pitkään varsin stabiilina. On erittäin kiinnostavaa mutta samalla paradoksaalista, että hyvinvointivaltion kehittyminen ja rapautuminen ovat mahtuneet lähestulkoon sellaisenaan pysyneen kunnallishallinnon perusrakenteen ja sitä määrittelevän kunnallislainsäädännön puitteisiin. Jotain muutosta on nyt kuitenkin ilmassa. Kunta- ja palvelurakenteen olennainen uudistaminen on määritelty hallitusohjelman keskeiseksi tavoitteeksi: ”Hallitus toteuttaa koko maan laajuisen kuntauudistuksen, jonka tavoitteena on vahvoihin peruskuntiin pohjautuva elinvoimainen kuntarakenne.”⁵³⁶

Kunnallishallinto on siis uudelleenarvioinnin – ja ehkä ennen pitkää myös uudelleenorganisoinnin – kohteena.⁵³⁷ Yritän tässä artikkelissa jäsentää parhaillaan vireillä olevan kuntauudistuksen oikeudellisia lähtökohtia ja yleisiä puitteita.

1. Perusjännite: Kunnallinen itsehallinto ja kunta viranomaisena

1.1. Kunnan dualistinen asema

Kunta kuuluu asukkailleen, mutta samalla kunnat kuuluvat julkishallintoon. Kunta on perustuslain näkökulmasta sekä paikalliseen demokratiaan perustuva yhteisö että hallinnollinen yksikkö, viranomainen. Tällainen funktionaalinen dualismi ja

⁵³⁶ Jyrki Kataisen hallituksen hallitusohjelma. Ks. myös Elinvoimainen kunta- ja palvelurakenne. I Selvitysosa. Valtiovarainministeriön julkaisuja 5a/2012.

⁵³⁷ Ks. rakenneuudistuksen lähtökohtien arvioinnista myös Ari Mölsä (toim.), Kuntarakennekirja – oikeusoppineet puhuvat. Kunnallisan alan kehittämissäatiö. Sastamala 2012.

kunnan kaksipuolinen asema muodostavat keskeisen – ehkä keskeisimmän jännitteen – minkä tahansa kuntauudistuksen puitteiden arvioinnissa. Missä suhteessa ja millä tavoin nämä asukkaiden ja hallinnon roolit jaetaan, siinä on myös kuntauudistuksen keskeinen, joskaan ei ainoa, valtiosääntöinen haaste.

Perinteinen kunnallinen itsehallintoajattelu on omiaan korostamaan kuntaa paikallisena ja erityisesti demokraattisena yhteisönä. Perustuslain (PL) mukaan kuntien ”hallinnon tulee perustua kunnan asukkaiden itsehallintoon” (PL 121.1 §). Kunnallinen demokratia nimenomaan kunnan asukkaiden itsehallintona on tämän vaatimuksen keskeinen ilmentymä.

Samanaikaisesti kunta kuuluu myös julkiseen hallintoon sillä kunnista on hyvinvointivaltion myötä muodostunut kiinteä, joskin muodollisesti itsehallinnollinen osa julkishallinnon rakenteita. Tämäkin rooli perustuu perustuslakiin. Kuntien on myös käytännössä turvattava perusoikeuksien toteutuminen (PL 22 §), ja kunnille voidaan antaa uusia (viranomais)tehtäviä, kunhan siitä säädetään lailla (PL 121.2 §).

Lakeja onkin säädetty, eikä kunnilla ole ollut suuremmin vastaanpanemista, ehkä ei edes halua hangoitella vastaan, kun ne ovat saaneet uusia tehtäviä. Moderni hyvinvointivaltio on kuntavaltio: hyvinvoinnin tuottaminen perustuu Suomessa kunnille säädettyihin tehtäviin. Missä ongelma, siellä kunta. Kunnat huolehtivat niin julkisista palveluista kuin sosiaalisista eduista. Kuntien vastuulla ovat myös erilaiset maankäytön ja liikenteen suunnitteluun sekä rakentamisen ohjaukseen liittyvät tehtävät. Lisäksi kunnat huolehtivat elinkeinorakenteen kehittämisestä ja yritystoiminnan edellytyksistä.

Nyttemmin, uuden perustuslain myötä, kunnat ovat kiinteä ja erityisen aktiivinen osa sitä ”julkista valtaa”, jonka velvoitteena on turvata perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteuttaminen. Oikeus sosiaaliturvaan, sosiaali- ja terveystalouteen sekä maksuttomaan perusopetukseen ovat keskeisimpiä hyvinvointivaltion lupauksia perusoikeuksia. Niidenkin toteuttaminen on pääasiassa kuntien (hallinnollisena) tehtävänä.

Dualismia demokraattisen paikallisyhteisön ja kunnan paikallisviranomaisen välillä voi pelkistää seuraavaan tapaan.

Taulukko 3. Kuntien kaksinaisrooli hyvinvointivaltiossa

| | Demokratia | Julkiset palvelut ja hallinto |
|-------------------------------|--|--|
| Dem. paikallisyhteisö | Asukkaiden itsehallinto Lähidemokratia | Itsehallinnollinen asema osana julkista hallintoa |
| Hallinnollinen yksikkö | Kuntalaisten oikeus itse valitsemiinsa hallin- toelimiin | Julkiset palvelut, yhdys- kuntarakenteen ohjaus ja muut lakisääteiset tehtävät |

1.2. *Järki, tunteet ja uskottavuus*

Kunnat ovat sekä paikallisia viranomaisia että paikallisia yhteisöjä. Viranomais-toiminnan kannalta kuntien toimintaa arvioidaan yleensä vain järkipäisesti: ta-
loudellisin mittarein, tehokkuutta vertailemalla ja myös oikeudellisin perustein,
kuten kunnallisen itsehallinnon vaatimusten kannalta. Tämä on epäilemättä vält-
tämätöntä. Kunnallisen itsehallinnon merkitystä on kuitenkin aiheellista arvioida
myös muilla mittareilla.

Huomiota voi kiinnittää etenkin siihen, että paikallisen yhteisön merkitys on jää-
nyt paljon taka-alalle – ainakin virallisissa yhteyksissä. Sen sijaan kuntalaisia se
kiinnostaa erityisen läheisesti. Kunnan itsehallinto ja oman paikallisyhteisön ase-
ma saatetaan suorastaan rinnastaakin. Kuntauudistuksen valmistelun yhteydessä
ei sovi unohtaa, että ihmiset ovat edelleen kiinnittyneitä ja kiintyneitä myös
omaan kuntaansa. Työssäkäyntialue tai väestöpohja ei hevin herätä samanlaisia
tunteita.

Mikä on tämän paikallisen yhteisön merkitys kunnallisen itsehallinnon kannalta?
Ehkä voidaan ajatella, että kiinnittyminen omaan kuntaan on eräänlaista kunta-
laisten henkistä omaisuutta. Se ei tosin nauti perustuslain takaamaa omaisuuden
suojausta, mutta demokratiassa kuntalaisten näkemykset on otettava huomioon. Niil-
lä on erityisen keskeinen merkitys, kun kuntarakenteen uudistamisen suuntaviivat
ja perusteet ratkaistaan viime kädessä demokraattisessa menettelyssä, eduskunnan
päätöksin. Näiden päätösten on oltava legitimejä, hyväksyttäviä myös päätöksen
kohteena olevien kuntien asukkaiden kannalta.

Hieman samansuuntaisesti jo *J.V. Snellman* kiinnitti huomiota siihen, että on suurta valtiollista viisautta suosia mahdollisimman itsenäistä kunnallislaitosta hallinnon voimakkaan keskittämisen sijaan. Näin Snellman ajatteli voitavan laajentaa ”valtion hallitukseen kohdistuva harrastus yleisten yhteiskunnallisten tehtävien harrastamiseksi”. Snellman siis tähdensi kunnallishallinnon legitimoivaa merkitystä ja hallintotehtävien hajautettua järjestämistä vallankäytön uskottavuuden perustana. Myös tämä on sitä paikallisdemokratiaan perustuvaa elinvoimaa, jota kunnat tarvitsevat menestyäkseen.

1.3. Kuinka perusjännite ratkaistaan?

Vireillä olevan kuntauudistuksen kohteena on miltei yksinomaan kunnan hallinnollinen rooli ja siihen kohdistuvat uudistuspainheet. Uudistuksen vastustajat puolestaan korostavat hanakasti kunnallisen itsehallinnon merkitystä ja lähidemokratian itsenäistä painoarvoa.

Kummallakin lähtökohdalla on oikeutuksensa ja aiheelliset perusteet. Kumpaakin keskustelun peruspainotusta voidaan kuitenkin arvioida myös kriittisesti. Joko-tai-kysymyksenasettelu on epäilemättä tärkeä keskustelun virittäjänä ja piristäjänä, mutta perustuslaki edellyttää ensisijaisesti sekä-että -vastauksia. Molemmat keskeiset lähtökohdathan nojautuvat perustuslain asettamiin vaatimuksiin.

Näiden kahden peruslähtökohdan lisäksi on tosin vielä kolmaskin tekijä, joka voi jäädä kahden ensin mainitun näkemyksen jalkoihin. Se on kunnan asukkaan, perusoikeuksien subjektin, kuntalaisen ja siis yksittäisen ihmisen näkökulma. Se on ensiarvoisen tärkeä, koska kuntarakenne ei ole itsetarkoitus: kunnat ovat ja toimivat juuri kuntalaisia varten.

Vireillä olevan kuntauudistuksen perustelut korostavat – aivan oikein – kunnan velvollisuutta suoriutua sille perustuslain ja lainsäädännön mukaan kuuluvista (viranomais)tehtävistään. Tälle lähtökohdalle on esitetty useita, lähinnä taloudellisia ja tehokkuutta korostavia perusteita. Hallitusohjelman mukaan ensisijaisia ovat kuntien elinvoimaan ja taloudelliseen tehokkuuteen liittyvät perusteet.

Asukkaiden itsehallintoa ja paikallisyhteisöä puoltavat perustelut korostavat – myös aivan oikein – kunnan asukkaiden itsehallintoa, lähidemokratiaa ja kunnan roolia paikallisyhteisönä. Tosin näitä argumentteja ei tähänastisessa keskustelussa ole erityisen laajasti kiinnitetty juuri perustuslailliseen taustaansa.

Se ei ole aivan helppoakaan, sillä perustuslaki ei määrittele tietynlaista, muuttumatonta kuntarakennetta. Myöskään paikallisyhteisöä tai siihen kuuluvien kunnan asukkaiden määrää perustuslaki ei määrittele. Silti on ilmeistä, että kunnallinen

itsehallinto kytkeytyy ja kohdistuu juuri alueellisesti rajoitetun alueen asukkaiden tapaan hallinnoida demokraattisesti itseään, palvelujaan ja aluettaan.

Kunnan asukkaan näkökulmasta sen sijaan ei ylipäänsä ole erityisen keskeistä, millaisen tehtävien ja kustannusten jaon mukaisesti perusoikeuksista johtuvat julkisen vallan tehtävät hoidetaan, kunhan ne hoidetaan. Kuntalaisen odotukset kohdistuvat ensisijaisesti julkisten palvelujen saatavuuteen, tasapuoliseen ja toimivaan yhdyskuntarakenteeseen, asumisen ja työnteon edellytyksiin.

Tällaista yksilökeskeiseen ja kunnan asukkaan näkökulmaan pohjautuvaa vaihtoehtojen pohdiskelua toivoisi lisää myös kuntarakennetta koskevaan pohdintaan. Ainakaan huonosti toimivat julkiset palvelut ja pirstoutunut yhdyskuntarakenne eivät ole kunnan asukkaan etu.

2. *Valtiosääntöoikeudellinen tarkastelukehikko*

Perustuslain kannalta kuntauudistuksen perusteluja ja perusteita on aiheellista tarkastella ainakin viidestä erilaisesta näkökulmasta. Perustuslakipohjaiseen tarkastelukehikkoon kuuluvat (aakkosjärjestyksessä) erityisesti seuraavat näkökulmat ja arvioinnin perusteet:

1. Ihmisten yhdenvertaisuus (PL 6 §)
2. Julkisen vallan velvollisuus turvata perus- ja ihmisoikeudet (PL 22 §)
3. Kunnallinen itsehallinto (PL 121 §)
4. Kunnan velvollisuus huolehtia lakisäateisistä tehtävistään (PL 121 ja 2.3 §)
5. Kuntajaotuksen määrittely (PL 122 §).

Ihmisten yhdenvertaisuus merkitsee muun muassa, että perusoikeuksien toteuttamisen sisällön ja tason tulisi olla suurin piirtein samalla tasolla eri puolilla maata. Kunnan asukkaan tulisi siten voida saada suurin piirtein samanlaiset sosiaali-, terveys- ja koulutuspalvelut riippumatta siitä, missä kunnassa hän sattuu asumaan. Yhdenvertaisuuden toteuttaminen puoltaa riittävän vahvoja ja elinvoimaisia kuntia, mutta ei määrittele kunnan koolle tai palvelujen tarjoamistavalle minkäänlaisia erityisiä kriteerejä.

Perustuslain 22 §:n tarkoittama *julkinen valta* pitää sisällään sekä kunnat että valtion. Käytännön vastuu erityisesti hyvinvointiin liittyvistä palveluista on pääosin kunnilla, joille nämä tehtävät on määritelty lailla. Valtion vastuu toteutuu lähinnä

siten, että valtio osallistuu palvelutehtävien rahoitukseen. Onko vastuunjako tehtävien rahoituksessa oikealla tolalla, on yksi kuntauudistuksen keskeinen kysymys. Tulisiko julkisen vallan vastuuta jakaa nykyistä tasaisemmin, jotta perustuslain velvoite toteutuisi optimaalisesti?

Kunnallinen itsehallinto on luonnollisesti keskiössä, kun kuntauudistusta arvioidaan perustuslain kannalta. Siihen kuuluu useita tärkeitä elementtejä, jotka eivät välttämättä ole yhdensuuntaisia merkitykseltään ja vaikutuksiltaan. Kunnan asukkaiden itsehallinto on kuitenkin sen kovaa ydintä, samoin riittävä paikallisuus.

Kunnille annettavista tehtävistä säädetään perustuslain mukaan lailla (PL 121.3 §). *Kuntien lakisääteiset tehtävät* ovat tasaisesti lisääntyneet, mutta rahoitusperiaatteen edellyttämä valtion rahoitusvastuu on sen sijaan jäänyt kustannuksista jälkeen. Toisaalta kunnan tehtäviä voidaan lailla myös keventää tai siirtää esimerkiksi valtiolle. Onko kunnilla jo liikaa tehtäviä ja vastuuta?

Kunnan itsehallinnon keskeinen elementti on *taloudellinen itsehallinto*, jonka välttämättömiin ominaispiirteisiin kuuluvat kuntien verotusoikeus ja siihen liittyen kuntien oikeus päättää omasta taloudestaan. Tältä osin keskeinen merkitys on myös rahoitusperiaatteella. Kuntien tehtävistä säädettyä on perusoikeus uudistuksen yhteydessä todetun mukaisesti huolehdittava myös siitä, että kunnilla on tosiasialliset edellytykset suoriutua niistä.

Kunnalle säädettyjen tehtävien ja voimavarojen on siis oltava oikeassa suhteessa. Kunnalliseen itsehallintoon sisältyvä rahoitusperiaate edellyttää huolehtimista kunnan voimavarojen – konkreettisesti nimenomaan taloudellisten voimavarojen – riittävydestä. Nykyistä suuremmalla kunnalla ei välttämättä ole nykyistä parempia voimavaroja. Myös siksi rahoitusperiaate pitäisi ottaa vakavasti arvioitaessa kuntauudistuksen toteuttamista.

Kuntajaotuksen perusteista säädetään lailla (PL 121.4 §). Päätösvalta kuntarakenteen uudistamisessa kuuluu siis eduskunnalle. Kuntajaotusta voidaan lainsäädännöllä merkittävästikin muokata, mikäli siihen on riittävät perusteet. Kuntarakenteen uudistaminen on siten keskeisesti poliittinen kysymys, mutta ei yksinomaan sellainen. Luonnollisesti kuntarakenteen muutosten on pysyttävä myös perustuslain rajoissa.

3. *Kunnan asukkaiden itsehallinto*

3.1. *Kuntien ja kuntalaisten itsehallinto*

Perustuslain voimalla suojattu kunnallinen itsehallinto takaa kuntalaisille oikeuden päättää kuntansa hallinnosta ja taloudesta. Lailla on säädettävä ja voidaan säätää muun muassa kuntien hallinnon yleisistä perusteista, kunnille annettavista tehtävistä ja kuntajaotuksen perusteista. Tällaisenkin lainsäädännön on luonnollisesti sopeuduttava kunnallisen itsehallinnon vaatimuksiin.

Kuntauudistuksen kannalta kunnallisen itsehallinnon keskeiset elementit ovat asukkaiden itsehallinto ja taloudellinen itsehallinto. Niihin kuntien itsehallinto ei kuitenkaan rajoitu. Ei ole aihetta unohtaa esimerkiksi itsehallinnon takaamaa kuntien päätöksenteon riippumattomuutta, omaa tehtäväkenttää ja oikeusturvaa.

3.2. *Asukkaiden itsehallinto*

Kunnan asukkaiden itsehallinto edellyttää toimivaa kunnallista demokratiaa. Kunnan päätöksentekojärjestelmän kansanvaltaisuus sisältää ennen muuta kunnan asukkaiden oikeuden valitsemiinsa hallintoelimiin sekä sen, että päätösvalta kunnissa kuuluu asukkaiden valitsemille toimielimille. Tämä estää kunnan päätösvaltan merkittävän siirtämisen toisen tai kolmannen asteen yhteistoimintaelimille, joita ei ole valittu suoraan vaaleilla. Vaikka kuntien yhteistoiminta on edelleen mahdollista, sen nykymuotoinen ja varsinkin pakollinen lisääminen olisi siksi ongelmallista erityisesti kunnan asukkaiden itsehallinnon kannalta.

Myös kuntalaisten oikeudet osallistua ja vaikuttaa muulla tavoin heitä koskeviin päätöksiin on turvattu perustuslaissa (PL 2.2, 14.3 ja 20.2 §). Kunnallisen demokratian suoria ja välittömiä muotoja on mahdollista laajentaa ja monipuolistaa. Suoria kuulemismenettelyjä ja kansanäänestyksiä voidaan lisätä, päätösvaltaa pystytään siirtämään kunnan alueille ja vaikuttamismahdollisuuksia on mahdollisuuksia muutenkin vahvistaa. Mitä suurempi kunta on, sitä perustellumpaa on laajentaa erilaisia lähidemokratian ja asukkaiden itsehallinnon uusia muotoja.

Kuntauudistus voidaan toteuttaa vain, jos asukkaiden itsehallinto toimii ja kunnat ovat myös uusilla tavoilla avoimia kuntalaisvaikuttamiselle ja lähivaikuttamiselle. Kunnallinen demokratia ja erityisesti kunnan asukkaiden itsehallinto ovat joka tapauksessa uudistuksen välttämättömiä elementtejä, toteutettiinpa uudistus millä tavoin tahansa.

4. *Perusoikeudet ja kuntarakenne*

Perusoikeuksilla on ainakin kaksi erilaista roolia kuntauudistuksen toteuttamisessa. Ne voivat rajoittaa muutosten toteuttamista, mutta pääosin perusoikeudet sisältävät toimeksiantoja ja velvoitteita uudistukselle.

4.1. *Perusoikeuksien velvoittava rooli*

Keskeinen osa hyvinvointivaltioon kuuluvien perusoikeuksien toteuttamisesta kuuluu voimassa olevan lainsäädännön mukaan kuntien vastuulle. Käytännössä erityisesti sosiaalisia ja sivistyksellisiä perusoikeuksia toteutetaan järjestämällä lakisääteisiä sosiaali- ja terveystalouksia, perusopetusta ja kulttuuripalveluja. Lisäksi kunnilla on vastuu ympäristöstä, yhdyskuntarakenteesta ja osallistumisoikeuksien toteutumisesta. Kuntarakenne tulisi myös järjestää niin, että se takaa ihmisten yhdenvertaisuuden toteutumisen.

Perusoikeuksien turvaaminen on myös kunnan tehtävä, mutta ei yksinomaan kunnan tehtävä. Myös valtio – ja viime kädessä jopa ensisijaisesti valtio – on osa sitä julkista valtaa, jolle tämä turvaamistehtävä kuuluu. Jotta kunnat voivat omalta osaltaan toteuttaa niiden vastuulle kuuluvia perusoikeuksia, niiden on oltava riittävän vahvoja taloudellisesti, hallinnollisesti ja toiminnallisesti. Tämä argumentti on sinällään hyvin yhteensopiva kuntauudistuksen tavoitteiden kanssa, koska uudistuksen pyrkimyksenä on toteuttaa ”vahvoihin peruskuntiin perustuva elinvoimainen kuntarakenne”.

Toiminnallisesti heikko ja taloudellisesti köyhä kunta ei aikaa myöten pysty vastaamaan näiden tehtävien hoitamisesta. Kuntien väliset erot palvelujen saatavuudessa ja tasossa voivat vaarantaa myös ihmisten yhdenvertaisuuden. Samansuuntainen vaara piilee siinä, että yksittäinen kunta ei pysty riittävästi ohjaamaan maankäyttöä, rakentamista ja liikennettä, vaan alueellinen eriarvoisuus lisääntyy.

Koska perusoikeuksien toteuttaminen on julkisen vallan tehtävä, ratkaisua näihin ongelmiin voidaan etsiä useasta eri suunnasta. Yksi mahdollinen malli on korostaa julkisen vallan yhtenäisyyttä ja yhteisvastuuta perusoikeuksien turvaamisessa. Toinen mahdollinen malli on korostaa julkisen vallan epäyhtenäisyyttä, ja kohdentaa edelleen perusoikeusvastuuta ensisijaisesti nykyisiin tai uudenlaisiin kuntiin.

Rahoitusperiaatteen mukaisesti valtion pitää huolehtia siitä, että perusoikeusvastuu toteutuu myös reaalisesti, kun kunnille määritellään lailla tehtäviä. Tämä voisi edellyttää esimerkiksi valtionosuusjärjestelmän uudistamista siten, että valtio taivotta nykyistä paremmin kuntien välisiä eroja perusoikeuksien toteuttamisessa.

Kun tyhjästä on paha nyhjäistä, samalla olisi kuitenkin epäilemättä paikallaan arvioida sekä julkisten tehtävien jakautumista että niiden edellyttämän rahoitus-pohjan rakenteita, toimivuutta ja kestävyyttä.

Julkisen vallan vastuu perusoikeuksien turvaamisesta voi olla hyvänä perusteena myös kuntien ja valtion välisen tehtävänjaon uudelleenarvioinnille. Tämä ei sinänsä estä kunnilla nykyään olevien lakisääteisten tehtävien tehostamista. Mikäli suurempi kunta on taloudellisempi ja tehokkaampi, myös se on otettava olennaisena tekijänä huomioon. Joka tapauksessa perusoikeuksien turvaaminen on syytä ottaa vakavasti – niin vakavasti, että se ei jää kuntarakenteen armoille. Rahoitusperiaate ei nyt toimi tyydyttävästi, joten myös valtion perusoikeusvastuuta on tarkasteltava kuntien vastuun yhteydessä.

4.2. Perusoikeuksien rajoittava rooli

Perusoikeudet voivat määritellä myös rajoittavia puitteita ja pidäkkeitä kuntauudistuksen toteuttamiselle. Tällainen merkitys on erityisesti kielellisille perusoikeuksilla sekä saamelaisien kulttuurisella ja kielellisellä itsehallinnolla.

Julkisen vallan on perustuslain 17 §:n 2 momentin mukaan huolehdittava maan suomen- ja ruotsinkielisen väestön sivistyksellisistä ja yhteiskunnallisista tarpeista samanlaisten perusteiden mukaan. Kuntien rakenneuudistusta valmisteltaessa on huolehdittava suomen- ja ruotsinkielisen väestön mahdollisuuksista saada palveluja omalla kielellään samanlaisten perusteiden mukaan (PL 122 §).

Kuntauudistus on siksi valmisteltava ja toteutettava niin, että se turvaa perustuslain edellyttämät suomen- ja ruotsinkielisen väestön tosiasialliset ja yhdenvertaiset mahdollisuudet saada palveluja omalla kielellään. Kuntajaon muutokset eivät myöskään saa johtaa kuntien kielellisen aseman muuttumiseen, eikä niillä saa huonontaa kieliryhmien mahdollisuuksia tulla toimeen omalla kielellään (PeVM 10/1998 vp). Nämä edellytykset määrittelevät olennaisia puitteita etenkin kunta-jaotukselle ja kunnan laajuuden määrittelylle.

Saamelaisilla on perustuslain 121 §:n 4 momentin perusteella saamelaisien kotiseutualueella kieltään ja kulttuuriaan koskeva itsehallinto sen mukaan kuin lailla säädetään. Lisäksi saamelaisilla alkuperäiskansana on perustuslain 17 §:n 3 momentin mukaan oikeus ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Rakenneuudistuksen on sopeuduttava myös näihin vaatimuksiin.

5. Kuntajaon perusteiden määrittely

5.1. ”Kuntajaon perusteista säädetään lailla”

Hallinnollisia jaotuksia sääntelevän perustuslain 122 § määrittelee perusteet ja puitteet myös kuntajaolle. Nimenomaan kuntajaon puitteita määrittelevä toisen momentin säännös näyttää hyvin muodolliselta ja niukalta: ”Kuntajaon perusteista säädetään lailla.” Tosin lisäksi on otettava huomioon perustuslain 121 §:n ensimmäisen momentin säännös, jonka mukaan Suomi jakaantuu kuntiin.

Tässäkö siis perustuslailliset puitteet kuntauudistuksen rakennepuolelle? Säädetään laki, jossa määritellään Suomen uusi kuntakartta – kuitenkin niin, että kuntia on enemmän kuin yksi. Kyllä ja ei. Lailla on joka tapauksessa säädettävä kuntarakenteen uudistamisen perusteista – mitä näillä perusteilla nyt loppujen lopuksi tarkoitetaan. Nykyinen kuntajakolaki (2009) on säädetty silmällä pitäen yksittäisiä, rajoitettuja muutoksia kunnalliseen rakenteeseen, joten se ei ole sellaiseenaan käyttökelpoinen uudistuksen väline. Uusi lainsäädäntö olisi joka tapauksessa välttämätön, jos kuntarakennetta muutetaan olennaisella tavalla koko maassa.

Kuntajaotusta säänneltäessä kunnalla ei ole subjektiivista oikeutta tai omistusoikeutta alueeseensa, eikä perustuslaki myöskään anna suojaa kunnan nykyisille rajoille (PeVL 24/1997 vp). Alueellisessa suhteessa kunnallisen jaotuksen perusteita voidaan siis varsin väljästi säännellä ja muuttaa lainsäätäjän harkitsemalla ja päättämällä tavalla.

Kuntarakenteen uudistaminen ei kuitenkaan ole pelkkää kuntien rajojen uudelleen vetämistä. Lisäksi rakennelakia säädettäessä on varmistettava, että uudet kunnat perustuvat asukkaiden itsehallintoon, taloudellisen itsehallinnon toteuttamiselle on riittävät voimavarat ja että muutkin itsehallinnon peruspiirteet toimivat. Kuntien pitää myös pystyä huolehtimaan niiden vastuulla olevista tehtävistä, etenkin julkisista palveluista ja yhdyskuntarakenteen kehittämisestä. Rakennelain säätämisen pitää siis sopeutua perustuslain puitteisiin myös sisällöllisesti. Muutenkin rakenneuudistukselle tulee olla riittävän selkeät ja hyväksyttävät perusteet.

5.2. Perustuslain määrittelemät puitteet kuntajaon muutoksille

Jos kuntarakennetta uudistetaan olennaisella tavalla, on otettava huomioon myös eräitä kuntajaotuksen sisällöllisiä perusedellytyksiä. On selvää, että uusienkin kuntien tulisi pystyä huolehtimaan tehtävistään ja perusoikeusvastuustaan.

Kuntarakenteen muutos on lisäksi toteutettavissa vain kiinnittämällä uusienkin kuntien asema paikalliseen yhteisöön ja siihen kuuluvien asukkaiden itsehallintoon. Samalla on kuitenkin paikallaan ottaa huomioon kunnan tehtävien voimakas

laajentuminen, yhteiskuntarakeen muutokset ja paikallisyhteisön uudenlaiset elementit. Toisaalta myös kunnan asukkaiden näkemykset on otettava huomioon.

Kunnat ovat nykyään sekä paikallisen demokratian toteuttajia että hyvinvointivaltion palvelujen ja etujen toteuttajia. Samalla paikallisyhteisön ominaispiirteet ja tunnusmerkit ovat muuttuneet. Paikallisyhteisön kannalta keskeisiä tekijöitä ovat työssäkäynnin, asioinnin, liikenteen, viestinnän, kulttuuripalvelujen ja yhdyskuntarakenteen muutokset. Yhä useampi löytää paikallisen yhteisönsä elementtejä vaikkapa sosiaalisesta mediasta tai vastaavista.

Nämä kaikki piirteet voivat väljentää paikallisuuden ja paikallisyhteisön ulottuvuuksia. Jos paikallisyhteisön keskus maatalousvaltaisessa pitäjässä oli kärrymatkan päässä oleva kirkonkylä, nykyään paikallisyhteisön määritelmä voi olla monessa suhteessa laajempi ja monipuolisempi. Toisaalta se voi olla joissain suhteissa myös nykyistä suppeampi, kaupunginosaan tai kyläyhteisöön perustuva.

5.3. Kuntia suuremmat hallintoalueet

Perustuslaki tuntee myös ”kuntia suuremmat hallintoalueet” (PL 121.4). Tällaiset alueet voivat olla lähes mitä vain, esimerkiksi maakuntia, itsehallintoalueita, yhteistoiminta-alueita, seutuhallinnon elimiä tai tiettyä tehtävää hoitavia hallintoalueita. Peruskriteerinä on, että ne ovat nykyisiä tai tulevia kuntia suurempia ja ne perustuvat itsehallintoon.

Kuntarakenteen uudistaminen ei poista tällaisen demokraattisen aluehallinnon mahdollisuutta. Se voi jopa luoda sille uudenlaista kysyntää vaikkapa pääkaupunkiseudulla tai ruotsinkielisillä alueilla. Mahdollisesti nykyisiä kuntia suuremmat hallintoalueet voisivat olla laajemminkin käytössä keskeisimpien perus- tai yhdyskuntarakennepalvelujen tuottajina.

6. Perustuslaki ja kuntarakenne – dynamiikkaa ja rajoja

6.1. Perustuslaki mahdollistajana

Perustuslain sisältämää kunta-ajattelua ei ole oikeastaan syvällisemmin arvioitu koko itsenäisyyden aikana, vaikka maailma on vuosisadan aikana jonkin verran muuttunut. Mikä on kunnallisen itsehallinnon oikeutus ja miten sen perusteet tulisi ymmärtää kuntarakennetta uudistettaessa? Näissä kysymyksissä perustuslaki voi joutua ensimmäistä kertaa todelliselle koetukselle, mikäli kuntauudistusta määrittävä lainsäädäntö tulee eduskunnan käsiteltäväksi.

Perustuslaki ei ole jähmettänyt kuntarakennetta ja kunnallista jaotusta johonkin tiettyyn tilaan, rakennemalliin tai aikakauteen. Tosin perustuslain isäksi mainittu *K. J. Ståhlberg* ajatteli epäilemättä oman aikansa, 1900-luvun alun kuntia kirjoittaessaan nykyiseenkin perustuslakiin sisältyvät perusnormit kuntien itsehallinnollisesta asemasta ja kuntajaotuksen määrittelyn tavasta. Mutta ei edistysmielinen Ståhlberg varmaankin odottanut, että kuntien kehitys pysähtyisi hänen oman aikansa käänteiden ja kirkkopitäjien määrittelemiin puitteisiin.

Perustuslain soveltaminen ei muutenkaan ole sidottu sadan vuoden takaisiin ajatuksiin tai taustaoletuksiin kuntien tehtävistä ja asemasta. Perustuslaki on elävä instrumentti, ja myös yhteiskunnan rakenteiden, talouden ja ihmisten välisten yhteyksien muutokset on otettava huomioon sitä sovellettaessa. Samoin paikallisuuden ja paikallisyhteisön merkitys on muuttunut ja laajentunut.

Kaiken kaikkiaan perustuslaki määrittelee kohtalaisen väljät puitteet kuntarakenteen muutokselle. Perustuslaki sääntelee kunnallisen itsehallinnon sisällöllisiä lähtökohtia ja kuntajaon määrittelyn oikeudellisia puitteita. Kuntarakenteesta sinänsä perustuslailla on sen sijaan melko vähän sanottavaa. Perustuslaki ei estä kuntarakenteen uudistamista, vaan pikemminkin mahdollistaa sen, tosin määrittelemissään rajoissa. Päätösvalta kuuluu viime kädessä eduskunnalle, jonka toimivaltaan kuntarakenteen perusteiden määrittely kuuluu. Perustuslaki ei aseta tälle päätösvallan käytölle kovinkaan tiukkoja muodollisia rajoja, joten kysymyksen tulisi olla erilaisten vaihtoehtojen välillä tehtävästä valinnasta. Valinnan tulisi perustua riittävään informaatioon ja sen monipuoliseen arviointiin.

Koska perustuslaki ei jäädytä kuntarakennetta perinteiseen malliin, se mahdollistaa kuntarakenteen merkittävänkin uudistuksen. Olennaiset muutokset kuntajaotukseen on kuitenkin mahdollista toteuttaa vain perustuslain määrittelemissä puitteissa. Kuntarakenteen uudistamisen perusteet on säädettävä lailla, joka ottaa huomioon sekä kunnan asukkaiden perusoikeudet että asukkaiden itsehallinnon. Lisäksi perusteet tulisi määritellä niin, että ne tukevat myös kuntien tehtävien tehokasta ja tasapuolista toteuttamista.

6.2. *Lainsäätäjän rajat ja lain voima*

Maata rakennetaan lailla, ja myös kuntarakenne määritellään perustuslain mukaan lailla. Kunnat eivät ole saarekkeita, jotka voisivat jäädä tai jättäytyä demokraattisen ja parlamentaarisen päätöksenteon ulkopuolelle. Eduskunnan lainsäädäntövalta ulottuu perustuslain toimeksiannon mukaisesti myös kuntarakenteeseen ja kuntajaotukseen.

Yksi avainkysymyksistä on säädettävään lakiin sisältyvän velvoittavuuden määrä, sisältö ja aste – sekä hyväksyttävyyys. Laki voi sisältää myös erilaisia vaihtoehtoja, pakon sijasta porkkanoita, ohjaavia perusteita ja taloudellisia virikkeitä. Keskeinen merkitys on sillä, miten kuntarakenteen perusteita määrittelevä lainsäädäntö muotoillaan.

Lainsäätäjällä ei ole vallaton, myöskään suhteessa kuntiin. Lainsäätäjällä ei kuitenkaan voi käyttää valtaansa vallattomasti. Lainsäädäntövallan käytölle on tältäkin osin perustuslaissa määritellyt puitteet ja rajoitteet. Kunnallinen demokratia, kuntien itsehallinnollinen asema ja ihmisten perustuslaillisten oikeuksien turvaaminen – siinä keskeisimpiä valtiosääntöisiä pidäkkeitä ja ohjaavia puitteita kuntajaotukseen kohdistuvalle rakenneuudistukselle.

7. *Kuntien taloudellinen itsehallinto – contradictio in adiecto?*

7.1. *Kunta ja sen talous*

Oikeudellisesti arvioiden hyvinvointivaltion rakentaminen ja kehittäminen ovat hyvin keskeisesti perustuneet lakisääteiseen hyvinvointipalvelujen lisäämiseen ja sosiaalisten etujen laajentamiseen. Yleensä lisäämisen ja laajentamisen sisältämät tehtävät on kohdennettu kunnille, mikä on konkretisoitunut kunnallistalouden merkittävänä kasvuna.

Hyvinvointivaltion kehittäminen ei perustunut pelkästään saatavilla olevien palvelujen ja etujen lisäämiseen. Erittäin keskeisenä tavoitteena oli myös niiden yhdenmukainen sisältö ja laatu sekä tasapuolinen saatavuus koko valtakunnassa. Tämä johti 1960- ja 1970-luvulla kuntiin kohdistuvan valtiollisen ohjauksen ja oikeastaan keskitetyn johtamisen ja normatiivisen sääntelyn voimakkaaseen kasvuun. Kun erilaiset suunnittelu- ja normiohjausjärjestelmät 1980-luvulla purettiin, kunnat saivat takaisin huomattavan osan itsehallinnollisesta päätösvalloistaan.

Tällä vuosikymmenellä kunnallistaloudesta on kuitenkin vähitellen tullut kiinteä osa julkistaloutta ja sen osana valtiotaloutta. Ei ole mitenkään sattuma, että nykyään valtiovarainministeriö huolehtii kuntia yleisesti koskevan lainsäädännön ja hallinnon kehittämisestä, kuntatalouden laskenta- ja analysointitehtävistä sekä valtion ja kuntien yhteistyön toimivuudesta.

Vaikka kunnilla on itsehallinto, kunnallistalous kuuluu siis tämän muutoksen myötä valtiovarainministeriön valtapiiriin. Julkisen talouden uusien haasteiden myötä kuntien talouden yhteys valtion talouteen on vain kiinteytynyt. Kuntiin kohdistuva valtiollinen talousohjaus on vähitellen saavuttanut miltei itsestäänsel-

vyöden statuksen. Myöskään kunnilla tai Kuntaliitolla ei näytä olevan siitä poikkipuolista sanottavaa, lähes päinvastoin.

Ilmi- ja itsestäänselviä asioita on usein hedelmällistä problematisoida. Onko kunnallistalouden integrointi valtiontalouteen sellainen markkinavoimien tukema taloudellinen lainalaisuus, joka syrjäyttää pelkkään perustuslakiin perustuvat lainalaisuudet? Jos pyritään vahvoihin ja elinvoimaisiin peruskuntiin, tulisiko niillä olla myös vahva ja elinvoimainen talouspohja? Entä EU:n talouskurin vaikutus kunnallistalouteen tulevaisuudessa?

7.2. Euroalue ja julkisen talouden kehitys

Julkistalouteen kohdistuvat EU-oikeudelliset vaatimukset ulottuvat väistämättä myös kuntatalouteen. Nykyään niitä määrittelevät etenkin euroalueen vakauteen ja julkistalouden kestävyteen kohdistuvat velvoitteet. Niiden toteuttaminen kuuluu ensisijaisesti ja suoranaisesti jäsenvaltiolle. EU:n vakaus- ja kasvusopimuksen mukaisesti budjettikurivelvoite kohdistuu kuitenkin julkiseen talouteen kokonaisuudessaan ja nimenomaisesti myös kuntien talouteen.

Erityisesti silloin, kun jäsenvaltio sattuu Suomen tavoin olemaan kuntien toimintaan perustuva hyvinvointivaltio, budjettikurin vaatimukset ulottuvat erityisen selvästi ja konkreettisesti kuntatasolle asti. Ainakaan taloudellisesti heikko ja toiminnallisesti taantuva kuntarakente tuskin mahtuisi näihin puitteisiin. Sellainen ei luonnollisesti olisi kuntalaistenkaan eduksi.

7.3. Talousvakaus ja paikallinen demokratia

Demokratia toimii hyvin taloudellisesti vakaissa oloissa. Ilman muuta demokrati-aa tarvitaan myös taloudellisesti epävakaissa ja turbulenteissa oloissa, vaikka sen toteutuminen voi silloin olla vaikeampaa. Paikallista demokrati-aa ei kuitenkaan voida pysyvästi rakentaa heikolle ja epävakaalle taloudelle. Siksi on tärkeää turvata myös kuntien taloudellinen elinvoima. On selvää, että heikkojen ja köyhien kuntien yhdistäminen ei sitä sellaisenaan turvaa, vaan tarvitaan monipuolisempaa keinovalikoimaa.

Kunnallistalous ei jää kunnallisen itsehallinnon ulkopuolelle, vaikka kuntien talouden integrointi osaksi julkistaloutta onkin omiaan huomattavasti hämärtämään itsehallinnon merkitystä. Vahvoja ja elinvoimaisia kuntia kehitettäessä tulisi kiinnittää huomiota myös niiden taloudelliseen itsehallintoon. Myös toimiva kunnallinen itsehallinto edellyttää taloudellisesti vahvoja kuntia. Talousvakaus ja paikallinen demokratia sopivat siten hyvin yhteen. Keinoja päästä tähän yhdistelmään on useita, ja kaikkia vaihtoehtoja tulisi arvioida.

8. *Kuntauudistuksen erilaiset mallit*

8.1. *Haasteena vaihtoehtojen löytäminen*

Hallitusohjelmassa kuntauudistuksen ratkaisumallina on ”vahvoihin peruskuntiin perustuva elinvoimainen kuntarakenne” eli kuntien koon huomattava suurentaminen. Se on edellä arvioiduin edellytyksin ja varauksin toteutettavissa perustuslain puitteissa. Tälle mallille ei kuitenkaan ole kartoitettu vaihtoehtoja, vaikka niitä ilmeisesti löytyisi. Osa mahdollisista vaihtoehtoista voisi lisäksi olla parempia sekä kuntatalouden että kunnallisen itsehallinnon kannalta arvioituna.

Erityisen olennaista on kartoittaa tehtäviä, selvittää vastuita ja arvioida niiden muodostamaa kokonaisuutta. Kuntauudistuksen valmistelun yhteydessä havaitut epäkohdat ja ongelmat ovat sinänsä todellisia. Ainakin pääosin niihin tulisi myös ripeästi puuttua korjaavin toimin. Toisaalta valmisteltaville korjaaville toimille löytyy vaihtoehtoja useampaakin laatua ja eri suunnista, mikäli hallitusohjelman diktaatista huolimatta niitä vain tohditaan pohtia. Tietysti muiden vaihtoehtojen mahdollisuus ei sellaisenaan merkitse, että kuntien koon suurentaminen olisi suljettava vertailusta pois. Mutta miksi uudistuksen toteuttamistapoja ja malleja olisi ainoastaan yksi, hyvin suuri yhdistetty kunta.

8.2. *Tehtävien rajoitettu siirto kunnilta*

Tuoreen vertailun mukaan Suomen kunnilla on selvästi enemmän ja kalliimpia tehtäviä kuin missään muussa Euroopan maassa.⁵³⁸ Sosiaali- ja terveystalvet muodostavat jo yli puolet kuntien käyttökustannuksista. On ilmeistä, että Suomessa on varaa jonkin verran karsiakin kuntien tehtäviä. Jos halutaan säilyttää elinvoimaiset kunnat tukahduttamatta niitä hyvinvointivaltion tehtäviin, kuntien joitakin tehtäviä voitaisiin hyvin perustein siirtää muille tahoille.

Mahdollisena vaihtoehtona voisi olla kuntien tehtävien rajoitettu karsiminen ja siirto esimerkiksi valtiolle tai kuntien yhteistoiminnassa hoidettavaksi. Tehtävien ulkoistaminen ja siirto kolmannelle sektorille edellyttäisivät joka tapauksessa myös perustuslain 124 §:ssä määriteltyjen laadullisten edellytysten nykyistä parempaa noudattamista. Tällainen siirtäminen edellyttää aina perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon turvaamista. Nämä vaatimukset ovat monilta kunnilta päässeet ulkoistamisinnossa unohtumaan, mihin epäilemättä vaikuttaa sekin,

⁵³⁸ Angel-Manuel Moreno (ed.), *Local government in the member states of the European Union: a comparative legal perspective*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid 2012.

että kuntalain 2 §:n 3 momentti määrittelee ulkoistamisen perusteet harhaanjohtavan väljästi.

Konkreettisesti olisi mahdollista aloittaa siirtämällä erikoissairaanhoidon valtion hoteille. Se on kuntien kallein ja eniten erikoisosaamista edellyttävä tehtävä. Erikoissairaanhoidon osuus kuntien käyttökustannuksista on jo liki 15 prosenttia ja kuntien talousarvioista lähes 30 prosenttia. Tällainen malli toimii Tanskassa ja Norjassa. Ruotsissakaan sairaanhoito ei kuulu kunnille vaan läänitason toimijoille, joilla on myös verotusoikeus.

Muiden pohjoismaiden malli ei ole aivan tuntematon Suomessakaan. Samantapainen, joskin pidemmälle menevä malli on Ahvenanmaalla. Maakunta huolehtii kaikesta sairaanhoidosta ja myös ylemmästä opetuksesta. Tästäkö johtuu, että pienessä maakunnassa toimii peräti kuusitoista kuntaa? Tosin kuntatalouden tila on maakunnassakin aiheuttanut viime aikoina keskustelua uudistustarpeista.

Kunnallinen itsehallinto ei edellytä, että esimerkiksi erikoissairaanhoidon on kuntien tehtävänä. Sen kustannustehokas ja korkealaatuinen hoitaminen päinvastoin puoltanee valtiolle keskitettyä vastuuta. Perustason sosiaali- ja terveyshuolto on silti perusteltua säilyttää kunnallisena tehtävänä. Harkittu tehtävien siirto voisi kuitenkin keventää painetta keinoitekoisen suurien kuntarakenteiden perustamiseen. Se ei toisaalta olennaisesti vähentäisi tarvetta myös nykyisen kuntarakenteen uudistamiseen.

8.3. Verotus ja valtionosuusjärjestelmä

Kuntauudistuksen perustavana pontimina on kuntatalouden huonontuva tilanne. Kaikkien kuntien taloudelliset voimavarat eivät nykyään riitä niiden lakisääteisten tehtävien hoitamiseen. Eikö olisi luonnollista korjata tätä epäkohtaa? Miten kävisi, jos kuntien taloudellisia voimavaroja vahvistettaisiin niin, että ne riittävät kuntien lakisääteisten tehtävien hoitamiseen? Joka tapauksessa palvelut ja edut pitäisi samalla mitoittaa voimavarojen mukaan.

Kuntien tehtävien rahoitusmalleja samoin kuin kuntien ja valtion välistä taloudellista suhdetta voisi hyvinkin arvioida myös uusien mallien mukaan, vaikka tällainen arviointi tuskin löytäisi täysin uusia voimavaroja. Arviointi olisi kuitenkin hyvin linjassa perustuslakiin perustuvan rahoitusvastuu-periaatteen kanssa.

8.4. Alueellinen itsehallinto

Perustuslain edeltäjää, hallitusmuotoa, säädettäessä oli innokkaana tavoitteena toteuttaa myös kuntaa suurempien hallintoalueiden itsehallinto. Tästä muistona perustuslaissa on vielä säännös ”itsehallinnosta, kuntaa suuremmilla hallintoalu-

eilla”. Siitä säädetään lailla (PL 121.4 §), mutta meillä ei tällaisia lakeja ole säädetty.

Sen sijaan alueellisesta itsehallinnosta on pohjoismaista esimerkkiä. Ruotsin landsting-elimet ovat demokraattisesti valittuja, niillä on verotusoikeus ja ne hoitavat terveys- ja sairaanhoitohallinnon lisäksi muun muassa joukkoliikenteen ja aluesuunnittelun tehtäviä. Todennäköisesti tässä olisi meille yksi byrokratian kerros liikaa, jos sitä sovellettaisiin koko maassa. Joillakin alueilla tältä pohjalta sovelletulla mallilla voisi kuitenkin olla käyttöarvoa esimerkiksi yhdyskuntarakenteen ja palvelujen tasapuoliseksi kehittämiseksi isoimmissa kaupungeissa ja rannikkoalueilla kielellisten oikeuksien tehokkaaksi turvaamiseksi.

8.5. Kuntien yhteistoiminta

Kunnilla pitää olla oikeus keskinäiseen yhteistoimintaan. Tällainen oikeus sisältyy perustuslain turvaamaan kunnalliseen itsehallintoon. Samoin Paikallisen itsehallinnon peruskirjan mukaan kunnilla on tehtäviään hoitaessaan oikeus harjoittaa yhteistyötä ja lain asettamissa rajoissa muodostaa yhteenliittymiä muiden kuntien kanssa yhteisiä etuja koskevien asioiden hoitamiseksi. Lähtökohtana on silti sekä perustuslain että peruskirjankin mukaan kunnan oma, itsenäinen vastuu tehtävistään.

Perustuslain näkökulmasta kysymys on kuitenkin myös ja erityisesti kunnan asukkaiden itsehallinnon toteutumisen edellytyksistä. Jos kunnan tehtäviä siirretään laajasti kuntien yhteistoimintaelimille, esimerkiksi kuntayhtymiin, kunnallinen demokratia ei enää välttämättä toimi kunnollisesti. Perustuslakivaliokunta onkin monessa yhteydessä pitänyt ongelmallisena kuntien yhteistoimintaelimen tehtävien lisäämistä siinä määrin ja sillä tavalla, että se vaikuttaisi oleellisesti jäsenkuntien hallintoon ja vaarantaisi kunnallisen itsehallinnon periaatteisiin sisältyvän periaatteen kunnan päätösvallan kuulumisesta kuntalaisten valitsemille toimielimille.

Kunnallisen demokratian vaatimukset muodostavat siis varsin olennaisen rajoituksen esimerkiksi sosiaali- ja terveysalueille, joihin kuntien pitäisi liittyä. Näin laajamittainen kunnan tehtävien siirtäminen pakollisen yhteistyön piiriin kaventaisi olennaisesti kunnan vaaleilla valittujen toimielinten päätösvaltaa. Toinen asia on, jos tällainen aluehallinto saisi valtuutuksensa suorilla vaaleilla Ruotsin mallin mukaan.

Kuntien yhteistoiminta on silti edelleen yksi vaihtoehto, joskin rajallinen sellainen. Kovin monimutkaiseksi, laaja-alaiseksi ja kunnan keskeiset tehtävät kattavaksi tällaista yhteistyötä ei voida järjestää. Pakollisen kuntayhteistyön laajenta-

minen johtaisi väistämättä demokratiavajeen syvenemiseen, lähidemokratian heikentymiseen ja oletettavasti myös byrokratian kasvuun. Elinvoimaiset ja nykyistä vahvemmat peruskunnat saavat tässä vertailussa ilmeisen etusijan kaikilla kunnallisen itsehallinnon mittareilla arvioituna.

9. Vaihtoehdot valinkauhassa

Kuntauudistus voidaan toteuttaa erilaisten vaihtoehtoisten mallien mukaisesti. Näin merkittävää uudistusta ei voida valmistella arvioimatta useiden erilaisten vaihtoehtojen mahdollisuutta ja toteuttamiskelpoisuutta. Erilaisia vaihtoehtoja voidaan myös yhdistellä. Kuntien vastuun ja tehtäväkentän uudelleenarviointi yhdistettynä kuntarakenteen järkevään uudistamiseen voisi olla yksi realistinen malli. Se tukisi kunnallisen itsehallinnon perinteisiä vahvuuksia ja voisi samalla vähentää tarvetta tavattoman suuriin kuntiin. Olennaista on myös taata uudistuksen valmistelun avoimuus ja vuorovaikutteisuus.

KUNNANJOHTAJIEN JOHTAJASOPIMUKSET – NÄKÖKOHTIA DE LEGE FERENDA

Kari Prättälä

Suomalaisen kunnallishallinnon erikoisuus on siinä, että ammattijohtajan yläpuolella ei ole laissa määriteltyä poliittista yksilöjohtajaa, pormestaria tai vastaavaa. Poliittinen johtaminen kuuluu lainsäädännön mukaan kunnanhallitukselle kollektiivina. Kuntalaki on vuodesta 2006 lukien mahdollistanut siirtymisen pormestarijärjestelmään, mutta pormestari on vain kahdessa kunnassa, Tampereella ja Pirkkalassa.

Uuden kuntalain valmistelussa poliittisen ja ammatillisen johtamisen välinen suhde tulee jälleen olemaan yksi keskeisistä keskustelun kohteista. Kunnan virkajohdon asema sekä virkajohdon ja poliittisen johdon välinen työnjako vaativat selkeyttämistä siinäkin tapauksessa, että poliittisen ja ammatillisen johtamisen järjestelmä säilyisi perusteiltaan nykyisellään.

Nykyisin johtajasopimus on käytännön työvälineenä määriteltäessä kunnan johtamisen tavoitteita ja tavoitteiden saavuttamisen edellytyksiä sekä sovittaessa työn arvioinnin tavoista. Johtajasopimuksessa sovitaan myös siitä miten kunnanjohtajan tehtävän hoitamiseen liittyvät riitatilanteet ratkaistaan. Tällöin sovitaan muun muassa siitä, keiden välillä käydään neuvottelut kunnanjohtajan mahdollisesta vapaaehtoisesta irtisanoutumisesta korvausta vastaan, sekä erokorvauksen määrästä tai määräytymisperusteesta.

Kuntaliiton vuonna 2009 tekemän selvityksen mukaan johtajasopimuksia oli 147 kunnassa ja tekeillä 35 kunnassa. Nykyisin määrä on jo paljon suurempi, koska virkaan valittavien kanssa säännönmukaisesti tehdään johtajasopimus. Johtajasopimuskäytäntö on laajentunut koskemaan myös muita viranhaltijoita kuin kunnanjohtajia.

Johtajasopimuksen oikeudellinen luonne samoin kuin kunnan ja kunnanjohtajan asema sopijaosapuolina ovat kuitenkin epäselviä. Tämä saattaa hidastaa johtajasopimuskäytännön laajentumista. Johtajasopimuksen mallina on ollut osakeyhtiön tai muun yksityisoikeudellisen yhteisön toimitusjohtajan johtajasopimus, mutta sopimusten erot ovat huomattavat. Osakeyhtiön toimitusjohtaja on yhtiön toimielin, jonka tehtävät ja aseman johtajasopimus pitkälti määrittelee. Kunnanjohtaja on virkasuhteessa oleva viranhaltija, jonka asema, tehtävät ja palvelussuhteen

ehdot määräytyvät lainsäädännön ja virkaehtosopimusten perusteella. Näin sopimisen ala jää huomattavasti kapeammaksi.

Johtajasopimuksesta ei ole säännöksiä laissa. Saataisiinko johtajasopimuksesta tukevampi perusta kunnan ja kunnanjohtajan välisille keskusteluille ja ristiriitojen ratkaisemiselle, jos siitä säädettäisiin lailla?

1. Johtajasopimusten sääntelytarve

Kunnanjohtajan tehtävä on vaativa ja siinä onnistumista on vaikea puhtaasti objektiivisin mittarein arvioida. Toisin kuin kunnan muut viranhaltijat, kunnanjohtaja voidaan irtisanoa myös epäluottamuksen perusteella. On tärkeää, että jo siinä vaiheessa, kun kunnanjohtaja ottaa viran vastaan, on puolin ja toisin mahdollisimman selkeä käsitys

- siitä, mitä tavoitteita kunnanjohtajalle asetetaan,
- siitä, miten johtajan onnistumista tehtävässään arvioidaan,
- palkkauksen ja palkitsemisen perusteista, sekä
- menettelystä johtamisen ristiriitatilanteissa.

Lainsäädännössä olisi tärkeätä todeta se, että kunta ja kunnanjohtaja voivat tehdä johtajasopimuksen. Erityisesti tulisi todeta se, että kunta ja kunnanjohtaja voivat sopia erokorvauksesta.

Erokorvauksen laillisuutta on käsitelty mm. korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO 2006: 34, jossa erokorvausta koskeva päätös kumottiin toimivallan ylityksen perusteella. Korkeimman hallinto-oikeuden käsityksen mukaan asiassa ei sitä kokonaisuutena arvioiden ollut osoitettu olleen sellaisia kaupungin hallinnon järjestämiseen liittyviä seikkoja, joiden perusteella olisi voitu päättää maksaa kaupunginjohtajalle rahallista korvausta irtisanoutumisesta. Ratkaisusta voi kuitenkin tehdä sen johtopäätöksen, että erokorvauksen maksaminen toisenlaisessa tilanteessa ja toisin perusteluin olisi mahdollista.

Kuntajohtajasopimuksen pohjautuminen vain kuntien keskusjärjestön suositukseen aiheuttaa turhaa epävarmuutta. Erityisesti epäselvyyttä on sopimuksen oikeudellisesta sitovuudesta. Tämä saattaa johtaa valituksiin erokorvauksista sellaisissakin tapauksissa, joissa perusteet korvauksen maksamiselle kunnan ja yleisen edun näkökulmasta ovat selkeästi olemassa.

Sääntely, jolla lainsäätäjät antaisi hyväksynnän johtajasopimuksen tekemiselle ja suuntaisi tai rajaisi sen sisältöä erityisesti erokorvausten osalta, antaisi nykytilaa tukevamman perustan johtajasopimusta koskeville neuvotteluille ja julkiselle keskustelulle.

2. Johtajasopimuksen oikeudellinen luonne

Johtajasopimusta ei ole kaikilta osiltaan edes tarkoitettu oikeudellisesti sitovaksi sopimukseksi, vaan se on kunnanhallituksen ja kunnanjohtajan välinen neuvottelutulos, joka sisältää kirjauksia muun muassa

- ”pelisäännöistä” (esim. työn painopisteistä sopimisen menettelytavat); sekä
- kunnan yksipuolisesti päätettävistä palvelussuhteen ehdoista, joiden sitovuus perustuu siihen, että kunta yksipuolisella päätöksellään hyväksyy neuvottelutuloksen.

Käytännössä neuvottelut palvelussuhteen ehdoista koskevat palkkaa, koska muilta osin virkaehtosopimuksen ehdoissa kunnalla ei ole juurikaan harkintavaltaa.

Kunnanjohtajalle maksetaan *erokorvaus* tilanteessa, jossa hän todetun epäluottamuksen jälkeen eroaa ilman kuntalain mukaista irtisanomismenettelyä. Oikeudellista keskustelua on käyty lähinnä siitä, voidaanko erokorvauksesta sopia vai synnytykö kunnan ja kunnanjohtajan keskusteluissa palvelussuhteen ehtoa koskeva neuvottelutulos, joka tullakseen kuntaa sitovaksi vaatii vielä erillisen kunnan asianomaisen viranomaisen yksipuolisen päätöksen.⁵³⁹

Säädettävässä laissa olisi selkeämpää omaksua lähtökohdaksi sopimusvapaus: kun kunta - valtuusto tai muu toimivaltainen viranomainen - toimivaltansa rajoissa hyväksyy johtajasopimuksen, jonka mukaan tiettyjen edellytysten täytyessä maksetaan erokorvaus, sopimus voidaan katsoa myös kuntaa sitovaksi. Kunta päättäisi omalta osaltaan neuvotellun sopimuksen hyväksymisestä samalla tavalla kuin muistakin sopimuksista.

Säännöksen *aineellisen soveltamisalan* osalta tulisi arvioida, koskisiko sääntely *johtajasopimusta yleisesti* vai ainoastaan *erokorvausta*.

⁵³⁹ Keskustelusta ks. Koskinen 2011: 4–6 ja siinä mainittu Kunnallisen työmarkkinalaitoksen yleiskirje 2/2009, 6.2.2009.

Jos sääntely koskisi johtajasopimusta yleisesti, olisi ratkaistava, mainitaanko säännöksessä palvelussuhteen ehtoja lainkaan vai olisiko laissa palvelussuhteen ehdoista informatiivinen säännös, jossa todettaisiin esimerkiksi, että palvelussuhteen ehdoista kunta päättää yksipuolisesti neuvoteltuaan asiasta kunnanjohtajan kanssa. Lähtökohtana olisi tällöin se, että kunnanjohtajan palvelussuhteen ehdot olisivat samat kuin muillakin työnantajaa edustavilla viranhaltijoilla.

Jos johtajasopimuksen sääntelyllä tuotaisiin myös palvelussuhteen ehtoja johtajasopimuksella sovittavien asioiden piiriin, kysymys olisi periaatteellisesta muutoksesta, joka vaatisi perusteellisen, laajapohjaisen valmistelun (vaikutukset virkaehtosopimuksia koskevaan sääntelyyn, riitojen ratkaisemisjärjestys jne.). Vaikka esimerkiksi palkkauksesta ”sovitaan” johtajasopimuksessa, kysymys on neuvotteluihin perustuvasta toteamuksesta, jonka mukaisesti kunta yksipuolisesti päättää palkkauksesta.

Sääntelyn rajaamista koskemaan vain erokorvausta puoltaisi ainakin se, että palvelussuhteen ehtoihin liittyvistä kysymyksissä ei käytännössä ole ollut ongelmia. Erokorvaus olisi kompensatiota kuntalain 25 §:n säätämästä muita viranhaltijoita heikommasta irtisanomissuojasta. Sitova sääntely koskisi vain sitä. Suhde palvelussuhteen ehtoihin voitaisiin hoitaa viittauksella tai perusteluilla.

Saattaisi olla paikallaan, että johtajasopimuskin rajattaisiin *johtajasopimuksen malleilla* koskemaan vain niitä asioita, joissa kysymys on aidosti sopimuksesta. Esimerkiksi johtajan tulosten määrittelyä ja niiden saavuttamisen arviointia sekä mahdollista tulospalkkiota koskevat osat voisivat olla *erillisessä johtamissopimuksessa* (vrt. valtion lähinnä ministeriöiden alaisten virastojen johtajia koskeva johtamissopimuskokeilu⁵⁴⁰)

Säännös kuntalaissa merkitsisi, että johtajasopimuksen tai erokorvausta koskeva sopimuksen *julkisoikeudellinen luonne* olisi ilmeinen.⁵⁴¹ Kunnan toimielinten sopimusta koskevista päätöksistä voitaisiin kuntalain mukaisesti tehdä kunnallisvalitus hallinto-oikeudelle. Sopijaosapuolten väliset riidat esimerkiksi erorahan suorittamisesta tai takaisinperinnästä ratkaistaisiin hallinto-oikeudessa hallintoriitana. Tarvittaessa asia voidaan ratkaista lakiin otettavalla nimenomaisella forum-säännöksellä.

Johtajasopimuksen julkisoikeudellisen luonteen toteaminen laissa ei merkitsisi muutosta nykyiseen oikeustilaan. Nykyisinkin johtajasopimusta koskevat kunnal-

⁵⁴⁰ VM 2006: 27–28.

⁵⁴¹ vrt. Koskinen 2011: 6–8.

lisvalitukset on tutkittu hallinto-oikeuksissa. Kunnan ja toisen sopijapuolen välisen sopimusta koskevan erimielisyyden ratkaisemisesta on vähemmän oikeuskäytäntöä. Käräjäoikeus on jättänyt toimivaltaansa kuulumattomana tutkimatta kanteen, jossa irtisanottu kunnanjohtaja on vaatinut vahingonkorvausta johtajasopimuksen perusteella (Oulun käräjäoikeus päätös 10/13188, 7.9.2010). Ylempien oikeusasteiden ratkaisuja sopijaosapuolten välisestä riita-asiasta ei tiettävästi ole.

3. Mitä virkoja sääntelyn tulisi koskea?

Erokorvauksen maksaminen on luontevasti kytkettävissä kuntalain 25 §:n kunnanjohtajan irtisanomista epäluottamuksen perusteella koskevaan säännökseen. Se, onko aito epäluottamustilanne olemassa, on yleensä todettavissa. Sopimuksessa voidaan myös määritellä menettelytavat, jolla epäluottamus todetaan. Kunnanjohtajalla tulisi kuitenkin jatkossakin olla mahdollisuus kieltäytyä erokorvauksesta ja vaatia kuntalain 25 §:n mukaisen irtisanomismenettelyn noudattamista. Sama koskisi ns. pakkokuntayhtymän johtajaa, johon kuntalain 86 §:n 4 momentin mukaan sovelletaan kunnanjohtajaa koskevia säännöksiä.

Johtajasopimuksia ja niihin sisältyviä sopimuksia erokorvauksista on tehty lähinnä kunnan ja kunnanjohtajan välillä. Tämä on luonnollista sen vuoksi, että heidän virkasuhteensa on irtisanottavissa luottamuksen menettämisen johdosta ilman yksilöityä irtisanomisperustetta. Sama koskee ns. pakkokuntayhtymän johtajaa. Sopimukset ovat laajentuneet koskemaan myös muita viranhaltijaryhmiä. Muiden viranhaltijoiden osalta neuvotteluja erokorvauksesta on käyty, kun on haettu ratkaisua työyhteisön ongelmiin johtajanvaihdoksella, mutta irtisanomisperusteita ei ole ollut tai niiden olemassaolo on ollut tulkinnanvaraista.

Selkeää olisi tietysti kytkeä erokorvaus kuntalain 25 §:n mukaiseen epäluottamukseen, jolloin soveltamisala rajautuisi kunnanjohtajaan ja ns. pakkokuntayhtymän (sairaanhoidopiiri, maakunnan liitto, erityishuoltoapiiri) johtajaan. Toisaalta johtajasopimuksen tarve on ilmeinen myös koskien esimerkiksi apulaiskaupunginjohtajia, muiden kuin pakkokuntayhtymien johtajia sekä kunnallisten liikelaitosten johtajia. Samaa pätee pormestarin alaiseen kansliapäällikköön, joka pormestarin apuna johtaa kunnan hallintoa. Kunnanjohtajien johtajasopimusta koskeva säännös ei kieltäisi erokorvauksesta sopimista muiden viranhaltijoiden kanssa, mutta voisiko myös säännös koskea muitakin johtavia viranhaltijoita kuin kunnanjohtajia? Millä tavalla sääntelyyn vaikuttaisi se, että näitä viranhaltijoita ei voida irtisanoa pelkän epäluottamuksen perusteella?

4. Erokorvauksen sääntely

Laissa olisi syytä erottaa *sopimusta koskeva päätöksenteko* sopimuksen perusteella *maksettavaa erokorvausta koskevasta päätöksenteosta*. Kun kunnanjohtajan ottaa ja irtisanoo valtuusto, myös johtajasopimuksen hyväksyminen tai ainakin sen periaatteista päättäminen kuuluisi luontevasti valtuustolle (vrt. valtionyhtiöiden johdon etuja koskeva keskustelu).⁵⁴² Sopimuksen perusteella maksettavasta erokorvauksesta voisi päättää myös kunnanhallitus tai vastaava toimielin, kun sopimuksessa sovitulla tavalla on yhteisymmärryksessä todettu epäluottamus.

Sopimuksen sisältöä koskevan sääntelyn keskeinen on *erokorvauksen määrä*. Kohtuullisen erokorvauksen määrästä on vaikea esittää yleispätevää mittapuuta. Oikeuskäytännössä esillä olleissa tapauksissa korvaukset ovat vaihdelleet noin puolen vuoden palkkaa vastaavasta korvauksesta suunnilleen kahden vuoden palkkaa vastaavaan hyvitykseen.

Korvauksen määrää koskevan sääntelyn tulisi olla riittävän väljää, jotta kulloisetkin olosuhteet voitaisiin ottaa huomioon. Toisaalta sääntelyn tulisi olla sillä tavoin rajoittava, että kunta voisi sopimuksesta neuvoteltaessa vedota lainsäädännön asettamiin rajoihin. Johtajasopimuksen luonteeseen sopinee paremmin laadulliset kriteerit (”olosuhteet huomioon ottaen kohtuullinen” tms.) kuin määrälliset (”vähintään kuuden kuukauden ja enintään kahden vuoden palkkaa vastaava” tms.). Itse sopimuksessa korvaus olisi kuitenkin sovittava euromääräisenä.

Säännös koskisi lähinnä tilannetta, jossa kunnanjohtaja ja kunta sopivat kunnanjohtajan irtisanoutumisesta ilman kuntalain 25 §:n mukaista menettelyä. Sopimuksen mukaisesti on todettu vallitseva epäluottamus ja osapuolten välillä on asiasta yhteisymmärrys. Sopimuksella ei kuitenkaan voida velvoittaa kunnanjohtajaa irtisanoutumaan. Kunta joutuu tällöin harkitsemaan vaihtoehtona kuntalain 25 §:n mukaisen menettelyn käynnistämistä.

Kunnanjohtajan näkökulmasta on keskeistä, että hän jo viran vastaanottaessaan voi sopia epäluottamustilanteesta maksettavasta erokorvauksesta. Toisaalta myös kunnalla pitää olla – poikkeuksellisesti – mahdollisuus vapautua erokorvauksen maksamisesta ja soveltaa kuntalain 25 §:n menettelyä, vaikka johtaja olisikin halukas irtisanoutumaan sopimuksen mukaisesti. Erokorvauksen maksaminen olisi kohtuutonta esimerkiksi silloin, jos kunnalla on kunnallisesta viranhaltijasta anne-

⁵⁴² Vrt. Koskinen 2011: 9. Eri asia on se, onko tarvetta asettaa rajoituksia valtuuston päätösvallan siirtämiselle kunnanhallitukselle.

tun lain (11.4.2003/304) 35 §:n mukainen viranhaltijasta johtuva peruste irtisanomiseen.

5. Johtajasopimuksen julkisuus

Kunnanjohtajan johtajasopimus ja erokorvauksen myöntämistä koskeva päätös ovat viranomaisen asiakirjoja, jotka tulevat julkiseksi siten, kuin laissa viranomaisten toiminnan julkisuudesta (21.5.1999/621) säädetään. Kunnan toimielimen pöytäkirja tulee julkiseksi sen jälkeen kun se on allekirjoitettu ja tarkastettu. Pöytäkirjaan kuuluvat myös esityslista ja sen liitteet.

Johtajasopimus hyväksytään kunnan toimielimen päätöksellä. Johtajasopimus tulee siis esityslistan liitteenä julkiseksi, kun kokouksen pöytäkirja on allekirjoitettu ja tarkastettu. Erakorvauksen myöntämistä koskeva kunnan viranomaisen päätös tulee vastaavalla tavoin julkiseksi.

Johtajasopimuksen julkisuudesta ei ole tarpeen säätää erikseen, jollei asiaa katsota tarpeelliseksi erityisesti painottaa.

5.1. Entä jos kunnanjohtajan virka muuttuu työsuhteeksi?

Uuden kuntalain valmistelun yhteydessä on ollut tarkoitus selvittää myös siirtyminen yhteen palvelussuhdelajiin.⁵⁴³ Kunnanjohtajan nykyisen erityisaseman säilyttäminen edellyttää, että kuntalaissa säädetään poikkeuksia työsopimuslaista (irtisanomisperusteet ym.). Kunnanjohtajan johtajasopimuksen ja sen sääntelyn tarve muuttaisi perusteellisesti johtajasopimuksen sääntelytarvetta, koska työsuhteen palvelussuhteen ehdoista voidaan sopia vapaammin kuin virkasuhteen ehdoista. Jos yhteen palvelussuhteeseen siirtyminen tapahtuisi uuden kuntalain tullessa voimaan, säännös virkasuhdetta koskevana saattaisi jäädä varsin lyhytaikaiseksi.

5.2. Erakorvausta koskevan päätöksen täytäntöönpano ja kumoaminen

Yhtenä sääntelyn tavoitteena olisi ohjata johtajasopimuksen tekemiseen siinä vaiheessa kun kunnanjohtaja on ottamassa virkaa vastaan. Näin meneteltäessä mahdolliset erakorvausta tai muut sopimuksen laillisuutta koskevat valitukset olisi ratkaistu siinä vaiheessa, kun neuvotteluja irtisanoutumisesta ja erakorvauksen

⁵⁴³ VM 2011: 104–108.

maksamisesta käydään. Kun erokorvauksen maksaminen tapahtuu lainvoimaisen päätöksen perusteella, maksamiseen liittyvät oikeudelliset riskit ovat pienet.

Tilanne on ongelmallisempi, jos erokorvausta koskevat neuvottelut käynnistetään vasta siinä vaiheessa, kun kunnanjohtajan irtisanominen tai irtisanoutuminen on tullut ajankohtaiseksi. Erokorvaus maksetaan tässäkin tapauksessa yleensä välittömästi sen jälkeen, kun sitä koskeva päätös on tehty ja kunnanjohtaja irtisanoutunut. Päätöksen lainvoimaisuutta ei voida jäädä odottamaan, koska kunnanjohtaja ei irtisanoudu, jos hän ei saa sovittua erokorvausta.

Se, että päätös pannaan täytäntöön ennen kuin se on saanut lainvoiman, ei toisaalta estä kuntalaista valittamasta kunnan viranomaisen erokorvausta koskevasta päätöksestä. Esimerkiksi avustuspäätöksissä kunta asettaa oman suorituksensa ehdoksi sen, että saaja sitoutuu palauttamaan suoritettua avustuksen, jos sitä koskeva päätös kumotaan. Erokorvaus ei tässäkin suhteessa ole ongelmaton.

Jos erokorvausta koskeva päätös kumotaan, kunta on velvollinen käynnistämään takaisinperinnän, jollei hyväksyttävää perustetta perimättä jättämiselle ole. Korkein hallinto-oikeus ei pitänyt hyväksyttävänä perusteena perimättä jättämiselle sitä, että kaupunginjohtaja oli omalta osaltaan suorittanut sopimuksen velvoitteet.⁵⁴⁴

Mainitussa tapauksessa kaupunki totesi korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen jälkeen saatavan vanhentuneeksi kunnallisesta viranhaltijasta annetun lain 56 §:n 4 momentin perusteella. Säännöksen mukaan oikeus aiheettomasti maksetun palkan tai muun palvelussuhteesta johtuvan etuuden takaisinperintätoimiin on ryhtyttävä kolmen vuoden kuluessa sen kalenterivuoden päättymisestä, jonka aikana aiheeton palkan tai muun etuuden määrä on maksettu. Ratkaisematta jäi se, olisiko hallinto-oikeus ollut oikea foorumi riidan ratkaisemiseen. Ratkaisua ei saatu siihenkään, olisiko kaupunginjohtaja voinut vaatia vahingonkorvausta kaupungilta sen johdosta, että oli irtisanoutunut kaupunginjohtajan virasta saamatta kaupungilta sovittua suoritusta. Tuossa kuntalain tarkoittamaa epäluottamustilannetta ei edes ollut, vaan irtisanoutumISRatkaisuun päädyttiin muista syistä.

Lainsäädännöllä saattaa olla vaikea ratkaista erokorvauksen takaisinperintään liittyviä monitahoisia ongelmia. Johtajasopimuksen lakisäätöistäminen olisi kui-

⁵⁴⁴ KHO 27.8.2009/2076: Jyväskylän kaupunginvaltuusto on 15.1.2007 tehnyt päätöksen olla perimättä kaupungin maksamaa korvausta takaisin tilanteessa, jossa peruste korvauksen maksamiselle on todettu lainvastaiseksi. Perinnästä luopumiselle ei ole esitetty sellaista hyväksyttävää perustetta, jonka johdosta kaupunki olisi voinut luopua perusteettomaksi maksamansa korvauksen takaisinperinnästä.

tenkin omiaan selkiyttämään sopimisen pelisääntöjä. Sääntely, joka ohjaisi solmimaan johtajasopimuksen virkaa vastaanottaessa, vähentäisi riskiä ajautua tilanteeseen, jossa joudutaan pohtimaan takaisin perimisen ongelmia.

Lähteet

Koskinen, S. (2011). Näkökohtia kunnanjohtajasopimuksessa sovitusta erokorvauksesta. Saatavissa: www.edilex.fi/lakikirjasto/7933.

Selvitys kuntalain uudistustarpeista. Valtiovarainministeriön julkaisuja 10/2011. (VM 2011).

Valtionhallinnon ylimmän johdon virat, vastuut ja kehittäminen. Valtiovarainministeriö. Työryhmämuistioita 3/2006. (VM 2006).

KUNNALLISTEN HYVINVOINTIPALVELUJEN TUOTTAMISEN JA TUOTTEISTAMISEN OIKEUDELLISESTA PROBLEMATIIKASTA

Asko Uoti

1. Kunnallisten hyvinvointipalvelujen tuottamisen oikeudelliset lähtökohdat

Pohjoismaisessa ja suomalaisessa hyvinvointiyhteiskunnassa kansalaisten ja kuntalaisten hyvinvointipalvelut on määritelty lähtökohtaisesti varsin tarkoin erilaisin oikeussäädöksin. Palveluohjaus ja julkisen vallan velvoitteet hyvinvointipalvelujen saralla ovat toteutuneet vuosikymmeniä pitkälti kontekstissa, jossa julkisen vallan toimijat, käytännössä kunnat, ovat enemmän tai vähemmän ohjatusti tuottaneet palveluja kuntalaisten ja kansalaisten käyttöön. Suomessa kunnat ovat vuosikymmeniä sekä järjestäneet että tuottaneet lähestulkoon kaikki yhteiskunnan tarvitsemat hyvinvointipalvelut. Uuden vuosituhannen puolella useat maamme kunnat ovat halunneet järjestää kunnallisia palveluja kunnan ulkopuolisten palveluntuottajien avulla lähinnä kustannussäästöjen toivossa. Tällainen kunnallispoliittinen valinta on merkinnyt samalla myös kuntapalvelujen kilpailuttamisvelvollisuuden pakollista realisoitumista.⁵⁴⁵ Huolimatta palvelujen tuottajan (producer) ja palvelujen järjestäjän (provider) roolien eriytymisestä lainsäädännöllisessä mielessä varsin selvästi jo 1990-luvulla, näiden eri oikeudellisten statusten selkeään erottamiseen on ollut laajempaa tarvetta vasta 2000-luvun Suomessa.⁵⁴⁶

Nykyisin sekä kuntalaki (365/1995) että laaja yhteiskunnallisia hyvinvointipalveluja sääntelevä substanssilainsäädäntö erottavat järjestäjä- ja tuottajapositionit yleensä varsin selvästi toisistaan. Kuntalain 2.3 §:n mukaan kunta *hoitaa* (kurs. AU) sille laissa säädetyt tehtävät itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa. Tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja kunta voi hankkia myös muilta palvelujen tuottajilta. Tämä kunnan tehtäviä ja toimialaa määrittelevä oikeussäännös avaa lähtökohtaisesti kunnallisten hyvinvointipalvelujen tuottamisen kentän myös muille palveluntuottajille kuin kunnille ja kuntayhtymille⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Myllymäki & Kalliokoski 2006: 159–161.

⁵⁴⁶ Uoti 2003: 52; Ks. viime vuosien kunnallisia palveluja koskevasta tuottamisvaihtoehtokehityksestä myös esim. Komulainen 2010: 22–26.

⁵⁴⁷ Kyseessä olevan sääntelyn sisällön muotoilu korostaa kuitenkin kuntien itsensä tuottamien hyvinvointipalvelujen ensisijaisuutta lausussaan, että kunta ”voi hankkia myös” palveluja muilta palvelujen tuottajilta.

Monituottajaulottuvuutta korostavat myös muut kunnallisten palvelujen järjestämistä ohjaavat tavallisen lainsäädännön tasoiset oikeussäännökset. Esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain (3.8.1992/733) 4.1 §:n (L 30.12.2003/1309) mukaan kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvia tehtäviä muun muassa hankkimalla palveluja valtiolta, toiselta kunnalta, kuntayhtymältä tai muulta julkiselta taikka yksityiseltä palvelujen tuottajalta taikka antamalla palvelunkäyttäjälle palvelusetelin. Jos kunta hankkii palveluja yksityiseltä palvelujen tuottajalta, sen on varmistuttava em. säädöksen 4.3 §:n mukaan siitä, että hankittavat palvelut vastaavat sitä tasoa, jota edellytetään vastaavalta kunnalliselta toiminnalta. Sosiaali- ja terveystalouden palvelujen tuottamista ohjaavat lisäksi erinäiset substanssilait kuten laki lasten päivähoidosta (19.1.1973/36), lastensuojelulaki (13.4.2007/417) ja päihdehuoltolaki (7.1.1986/41).

Kunnallisten hyvinvointipalvelujen sisältöä ja tavoitteita määrittelevät substanssilait asettavat sosiaali- ja terveydenhuollon valtiosuuslain yleisten tavoitteiden lisäksi jonkin verran toiminnallisia vaatimuksia, rajoja ja rajoitteita järjestettävälle palvelulle, mutta ne eivät juuri puutu palvelujen tuottamisproblematiikkaan sosiaali- ja terveydenhuollon valtiosuuslakia tarkemmin. Esimerkiksi päivähoitolaki (2 a.2 §) edellyttää lasten päivähoitopalveluja tuottavalta toiminnalta, ja samalla siten päivähoitopalvelujen tarjoajalta, sitä, että päivähoidossa olevalle lapselle tarjotaan jatkuvat, turvalliset ja lämpimät ihmissuhteet, lapsen kehitystä monipuolisesti tukevaa toimintaa sekä lapsen lähtökohdat huomioon ottaen suotuisa kasvuympäristö. Kyseistä säännöstä voidaan tulkita päivähoitopalvelujen tuottajanäkökulmasta eritoten niin, että päivähoitopalvelujen tuottaja ei voi vaihtua alin omaa ilman, että päivähoitolakia rikottaisiin. Voidaan myös sanoa, että päivähoitolaki sisältää implisiittisen tulkinnan siitä, että päivähoitopalvelujen tuottamista ei ole monopolisoitu kunnan tai muun julkisen vallan käyttäjän yksinoikeudeksi.

Sosiaali- ja terveydenhuoltopalvelujen ohella kuntien vastuulla on Suomessa huomattava osa erilaisten koulutuspalvelujen järjestämisestä. Voidaan sanoa, että tämä kunnallinen tehtävä on sementoitu erityisen vahvasti julkisen vallan ja tässä tapauksessa erityisesti kuntien, ja ammatillisen koulutuksen osalta myös kuntayhtymien, tehtäväksi. Perusopetuslaki (21.9.1998/628) alleviivaa erityisesti sitä, että Suomessa kunta lähtökohtaisesti sekä järjestää että tuottaa perusopetuksen. Muut vaihtoehdot tuottaa perusopetuspalveluja ovat perusopetuslaissa (7.1 §) säädetyt perusopetuksen tuottamista koskevan luvanvaraisuuden vuosi tarkoin rajattuja.

Voidaankin sanoa, että kunnallisessa hyvinvointipalvelujen kentässä nimenomaan kuntien sosiaali- ja terveystalouden palvelut muodostavat ne kunnallisen palvelutoiminnan osa-alueet, joiden järjestämisessä ja tuottamisessa on runsaasti oikeudellisesti

mielenkiintoisia ja samalla myös ongelmallisia kysymyksiä. Siinä missä Suomen perustuslain (11.6.1999/731) 124 § sääntelee julkisen hallintotehtävän antamisen yleisiä edellytyksiä muulle kuin viranomaiselle, kunnallisten palvelujen monituttajamallin lähtökohtaisesti mahdollistava kuntalaki vaikenee muiden kuin kunnan itsensä tuottamien palvelujen integroinnista osaksi kunnallista palvelujärjestelmää. Voi hyvällä syyllä peräänkuuluttaa *Olli Mäenpään* tavoin kuntapalvelujen ulkoistamisen puitteiden ja ehtojen tarkemman sääntelyn perään myös kuntia koskevassa keskeisessä laissa eli kuntalaissa⁵⁴⁸.

2. *Julkisen vallan käyttö, virkavastuu ja kunnallisten palvelujen tuottaminen*

Koska kunnalliset palvelut ovat jo lähtökohtaisesti jokaisen kuntalaisen käytettäväksi tarkoitettuja niin sanottuja universaaleja eli yleisiä hyvinvointipalveluja⁵⁴⁹, tämä lähtökohta asettaa heti alkuunsa merkittävän toiminnallisen ehdon ja rajoitteen yksityisoikeudellisesta toimintaympäristöstä käsin operoiville palveluntuottajille kuten yrityksille, säätiöille ja yhdistyksille tuottaa julkisen sektorin tarpeisiin suunnattuja palveluja. Kunnallisten palvelujen toteuttamiseen liittyy lähtökohtaisesti aina tietty yleishyödyllisyyden⁵⁵⁰ ajatus. Juridisesti tämä ilmenee ennen muuta kuntalain 2 §:n niin sanotussa toimialasäännöksessä (1 mom.), jonka mukaan kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamansa ja sille laissa säädetyt tehtävät. Kunnille ei saa antaa uusia tehtäviä tai velvollisuuksia taikka ottaa pois tehtäviä tai oikeuksia muuten kuin säätämällä siitä lailla. Kyseisen oikeussäännöksen tulkinta lähtee perusteista, joiden mukaan kunnan yleisen toimialan määrittämisessä ratkaisevaa on se, voidaanko tarkastelun kohteeksi nousevaa tehtävää pitää kunnan tai sen jäsenten ”yhteisenä”. Säännös on yleislausekeluontoinen ja tarkoituksellisen joustava suhteessa (yhteis)kunnassa tapahtuvaan kehitykseen ja sen aiheuttamiin reagointitarpeisiin nähden.⁵⁵¹ Kunnan erityistoimialan osalta yleishyödyllisyyden ja yleisen edun totuttamisen ja turvaamisen ajatus on jo lähtökohtaisesti sisäänrakennettu siihen lainsäädäntöön mitä kunnat ovat velvoitettuja noudattamaan julkisen vallan käyttäjinä ja viranomaisina⁵⁵². Tässä mielessä samassa asemassa ovat niin lakisääteiset sosiaali- ja terveystalvet, erilaiset koulutuspalvelut, kunnan teknisen toimen palvelut, kulttuuri-, kirjasto- ja liikuntapalvelut kuin myös vaikkapa kunnan ympäristönsuojelu- ja jätehuoltopalvelutkin.

⁵⁴⁸ Ks. aihepiiristä tarkemmin Olli Mäenpään haastattelulausunto 12.5.2012.

⁵⁴⁹ Ks. esim. Goodin & Rein 2001: 777.

⁵⁵⁰ Ks. tästä tarkemmin Komulainen 2010: 250.

⁵⁵¹ Komulainen 2010: 249–251; Ks. myös HE 192/1994 vp: 21.

⁵⁵² Toisaalta, kuten Mäenpää (2003: 21–22) toteaa, ”(J)ulkisen tai yleisen edun sisältöä on kuitenkin mahdoton määritellä täsmällisesti”.

Oikeudellisessa mielessä olennaista kunnallisten hyvinvointipalvelutehtävien toteuttamisessa on se, että palvelut toteutetaan viime kädessä lainsäätäjän sisältö-, taso- ja laatuvaatimusten mukaisina. Suomen perustuslain (731/1999) hallintotehtävän antamista muulle kuin viranomaisille sääntelevän 124 §:n mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle, kuten yksityiselle palveluyritykselle, vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Kyseiselle oikeussäännökselle sitä koskevassa hallituksen esityksessä (HE 1/1998 vp, 179) annetun tulkinnan mukaan julkisella hallintotehtävällä tarkoitetaan perustuslaissa verraten laajaa hallinnollisten tehtävien kokonaisuutta, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koskevaan päätöksentekoon liittyviä tehtäviä. Säännös kattaa sekä viranomaiselle nykyisin kuuluvien tehtävien siirtämisen että hallintoon luettavien uusien tehtävien antamisen muille kuin viranomaisille. Esityksen perusteluista (em.) ilmenee lisäksi, että säännös ei koske vain yksilön tai yhteisön oikeuksia koskevaa päätöksentekoa, vaan myös julkisten palvelutehtävien hoitamista sekä palveluiden tuottamiseen liittyviä tehtäviä.

Suomen perustuslain 124 § rajaa ja täsmentää mitä suurimmassa määrin myös yksityisten palveluyritysten edellytyksiä tuottaa kunnallisia palveluja⁵⁵³. Kyseisen säännöksen merkitystä alleviivaa myös ko. säännöksen perustelujen (HE 1/1998 vp, 179) toteamus, jossa korostetaan sitä, että etenkin julkisten palvelutehtävien hoitaminen on voitava järjestää joustavasti eikä palvelutehtävien antamisesta ole sääntelyn tavoitteiden kannalta tarpeen edellyttää säädettäväksi yksityiskohtaisesti tavallisella lailla. Lisäksi PL 124 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa (em.) todetaan, että palvelujen tuottamista viranomaiskoneiston ulkopuolella perustelevassa tarkoituksenmukaisuusarviossa tulisi hallinnon tehokkuuden ja muiden hallinnon sisäisiksi luonnehdittavien tarpeiden lisäksi kiinnittää erityistä huomiota yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen tarpeisiin. Näiden viimeksi mainittujen ulkoistamisen edellytysten voi tässä yhteydessä katsoa viittaavan nimenomaan paikallistason kunnalliseen päätöksentekoon ja viranomaistoimintaan eli viime kädessä kunnallisen itsehallinnon toteuttamiseen.⁵⁵⁴ Erikseen kyseisissä säännösperusteluissa todetaan, että tarkoituksenmukaisuusvaatimus voi palvelujen tuottamiseen liittyvien tehtävien kohdalla täyttyä helpommin kuin vaikkapa yksilön tai yhteisön keskeisiä oikeuksia koskevan hallinnollisen päätöksenteon kohdalla, ja että tarkoituksenmukaisuusvaatimus on oikeudellinen edellytys, jonka täyttyminen jäi

⁵⁵³ Keravuori-Rusanen 2008: 90–91.

⁵⁵⁴ Ks. tästä aihepiiristä erityisesti Keravuori-Rusanen 2008: 93–94.

viime kädessä tapauskohtaisesti arvioitavaksi. Kaiken kaikkiaan voidaan sanoa, että kuntapäätäjillä ja erityisesti kunnallisen päätöksenteon ja viranomaistoiminnan lainmukaisuudesta vastaavilla kuntien johtavilla viranhaltijoilla on suuri vastuu kunnallisten palvelujen ulkoistamisen edellytysten selvittämisestä. Voi myös hyvällä syyllä sanoa, että hallinto- ja oikeustutkimuksenkin on tarpeen selvittää ja problematisoida näitä kysymyksiä vielä nykyistä enemmän.

Huomionarvoista tässä yhteydessä on erityisesti se, mikäli julkinen hallintotehtävä (tässä kontekstissa siis lähinnä julkinen palvelutehtävä) sisältää *merkittävää julkisen vallan käyttämistä*, että hallinto-/palvelutehtävä voidaan antaa PL 124 §:n mukaan vain viranomaiselle (ks. esim. PeVL 4/1989 vp, 15/1994 vp). Se mitä merkittävällä julkisen vallan käytöllä tarkkaan ottaen tarkoitetaan, ei selviä PL 124 §:n perusteluista. Perustuslain esitöissä merkittävää julkisen vallan käyttöä on havainnollistettu vain yhden esimerkkitapauksen avulla. Sen mukaan merkittävänä julkisen vallan käyttönä pidetään itsenäiseen harkintaan perustuvaa oikeutta käyttää voimakeinoja ja puuttua muuten merkittävällä tavalla yksilön perusoikeuksiin. Edellä mainitusta syystä voikin helposti yhtyä *Timo Kerttulan* näkemykseen siitä, että PL 124 §:n perustelut eivät ole omiaan valaisemaan rajanvetoa merkittävän ja ei-merkittävän julkisen vallankäytön välillä⁵⁵⁵. Tuollaista rajanvetoa joudutaan tosiasiallisesti kuitenkin tekemään käytännön hallinto- ja palvelutoiminnassa jatkuvasti, ja ulkoistamisen yleistymisen myötä yhä enenevässä määrin.

Huomionarvoista tässä yhteydessä on myös se, että kunnallisessa palvelu- ja hallintotoiminnassa merkittävä ja ei-merkittävä julkisen vallan käyttö sekoittuu helposti hyvin monisyiseksi hallintotehtävien kimpuksi. Esimerkiksi yksilön tahdonvastaisten päätösten ja niistä seuraavien toimenpiteiden ala ei rajaudu aina yksinomaan vain merkittävän julkisen vallan käyttämisen alueelle, vaan kysymys voi olla laajasta julkisen vallan tehtävien ja palvelujen kokonaisuudesta, jossa merkittävällä julkisen vallan käyttämisellä on ”vain” oma, suhteellisen suppea alueensa. Esimerkiksi lastensuojelussa tahdonvastaisten toimenpiteiden käyttäminen muodostaa vain jäävuoren huipun siihen nähden millä tavoin lasta ja hänen kasvustaan ja hyvinvoinnistaan vastaavia voidaan tukea. Lähtökohtaisesti yksityinen lastensuojelulaitos voi siten tuottaa erilaisia lastensuojelupalveluja runsaastikin ilman, että kysymys olisi vielä merkittävästä julkisen vallan käyttämisestä.⁵⁵⁶

Mihin sitten nimenomaan kunnan erityisasema hyvinvointipalvelujen järjestäjänä ja niiden tuottamisen ”portinvartijana” perustuu? Lyhyesti ilmaistuna kunnan eri-

⁵⁵⁵ Kerttula 2010: 157.

⁵⁵⁶ Ks. esim. Rousu & Holma 2003: 22–23, 39.

tyinen asema kunnallisten palvelujen järjestämisessä ja tuottamisessa perustuu kolmeen asiaan: itse julkisen vallan käyttöön, perusoikeuksien (mukaan luettuna oikeusturvan) toteuttamiseen ja kunnallisen demokratian turvaamis- ja edistämis-tehtävään.⁵⁵⁷ Yksityisen palveluyrityksen näkökulmasta katsottuna tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että kunnan tai kuntayhtymän palvelutehtäviä suorittaessaan yritys ei voi valita täysin vapaasti asiakkaitaan ja yksityinen yritys on sidottu noudattamaan myös monia hyvän hallinnon toteuttamiseen, perusoikeuksien nou-dattamisen ja kansalaisten/kuntalaisten oikeusturvaan liittyviä velvoitteita, joita se ei ole samalla tavoin velvollinen noudattamaan toimiessaan puhtaassa markkina-kilpailutilanteessa, kaupallisilla markkinoilla.⁵⁵⁸

Siinä missä julkisten hallintotehtävien hoitamiselta ja julkisen vallan käytöltä edellytetään tiettyä täsmällisyyttä, tarkkarajaisuutta ja julkisuutta, liiketaloudelli-sin toimintaperiaattein operoiva yritys orientoituu luonnollisesti lähtökohtaisesti kannattavuutensa turvaavista ja sitä edistävästä lähtökohdista käsin. Tällaisiin oi-keudellisestikin suojattuihin liiketoimintaedellytyksiin kuuluvat muun muassa yritystoiminnan turvana olevat ammatti-, liike- ja yrityssalaisuus ja niiden puit-teissa toimiminen. Lähtökohtaisesti yritys voi varsin pitkälle määritellä ja luoki-tella itse minkä tahansa tiedon luottamukselliseksi.⁵⁵⁹ Näin ollen esimerkiksi pal-velutoiminnan sisältöä ja palvelukäytäntöjä voidaan sangen helposti lukea yritys-salaisuuden piiriin. Palveluasiakaan oikeuksien toteutumisen kannalta tätä asianti-laa voi pitää ongelmallisena ja pahimmillaan jopa hyvin huolestuttavana.

Palvelutuotteiden ja -tuotteistamisen logiikka ja reunaehdot ovat siten erilaiset yritysympäristössä kuin mitä ne ovat tai niiden pitäisi olla julkisen vallan käytön kontekstissa. Yritys lähtee toimintansa lähtökohdissa liikkeelle aina liiketaloudel-lisesti kannattavien palvelukonseptioiden aikaansaamisesta.⁵⁶⁰ Julkisyhteisön ta-voitteet ovat jo oikeudellisilta peruslähtökohdiltaan, kuten perustuslain ja kunta-lain määritysten ja määräysten osalta, toiset.

Julkisyhteisöt ajavat yhteisönsä ja sen jäsenten yleistä etua. Kuntien osalta tämä tarkoittaa kuntien ja kuntalaisten etua. Nämä edut määritellään erilaisten demo-kraattisten päätöksentekoprosessien avulla lakien ja asetusten määräyksiin ja oh-jeisiin perustuen. Ne toteuttavat, niin kuin julkisyhteisöjen luonteeseen kuuluu,

⁵⁵⁷ Ks. kunnasta ja kunnan henkilöstön roolista hyvinvointipalvelujen ”portinvartijana” ja tähän liittyvästä kuntalaisten ja palveluasiakkaiden vaikuttamismahdollisuuksien problematiikasta Valokivi 2002: 26–28.

⁵⁵⁸ Mäenpää 2008: 85.

⁵⁵⁹ Ks. aihepiiristä tarkemmin Mäenpää 2008: 84, 269.

⁵⁶⁰ Rahkola 2011: 22–24.

eräänlaista heikomman suojelun periaatetta eli lait ja asetukset ovat lähtökohtaisesti ns. heikomman ”sopimusosapuolen” suojaksi laadittuja.⁵⁶¹ Julkisen vallan käyttö ja sen monopolisointi valtion ja kunnan viranomaisille merkitsee yksipuolista ja auktoritatiivista oikeutta määritellä, täsmentää ja suojata julkisyhteisöjen ja niiden jäsenten laillisia oikeuksia. Julkisen vallan käytön näkökulmasta kysymys on ennen muuta tämän vallankäytön organisoinnista *virkevastuun* toteuttamisen puitteisiin.⁵⁶²

Palvelussuhdelajina virkasuhteelle on ominaista se, että asianomaisella julkisyhteisön virkamiehellä tai viranhaltijalla on paitsi oikeus käyttää julkista valtaa, myös velvollisuus ryhtyä julkisen vallan käyttöä sisältäviin toimenpiteisiin, jos yksilön etujen, oikeuksien ja/tai velvollisuuksien toteuttaminen sitä vaatii. Jos virkamies rikkoo tai laiminlyö velvollisuuksiaan, hän syyllistyy virkavirheeseen. Julkista valtaa käyttävän virkasuhteisen virkevastuu on siis tehostettu ja laajennettu oikeudellinen vastuu, jonka kohteena on julkisen vallan käyttö ja muiden hallintotehtävien, mm. julkisten palvelutehtävien, toteuttaminen. Lisäksi virkatehtävien hoitaminen edellyttää korostettua julkista luotettavuutta ja objektiivisuutta. Virkevastuun sanktioitu toteuttaminen on myös seuraamuksiltaan ankaraa. Erityisen rikosoikeudellisen vastuun lisäksi virkevastuun seuraamusten muotoja ovat kurinpidollinen vastuu ja vahingonkorvausvastuu.⁵⁶³

Vaikka myös yksityisoikeudellisen yhteisön palveluksessa oleva työntekijä on rikosoikeudellisessa virkevastuussa silloin kun hän käyttää hyvinvointipalvelujen toteuttamiseen liittyvää ja lakiin perustuvaa julkista valtaa, hänen lähtökohtainen julkisen vallan käyttöalansa on kuitenkin kapeampi kuin julkisyhteisön palveluksessa olevalla kunnallisella viranhaltijalla tai valtion virkamiehellä. Pelkkä palvelutehtävien suorittaminen ei näet ole yleensä vielä julkisen vallan käyttöä, vaan yksityisoikeudellisen yhteisön, kuten palveluyrityksen, puitteissa tapahtuvaa työoikeudellista työnjohtomääräysten toteuttamista.⁵⁶⁴

Voidaankin sanoa, että koko länsimainen oikeusvaltiollinen ajattelumme on pohjautunut ja pohjautuu virkevastuun toteuttamiseen julkisyhteisöjen toiminnassa. Erityisesti Pohjoismaissa tämä koskee myös niin sanottujen hyvinvointivaltiollisten interventiodien toteuttamista virkevastuun tai vastaavan järjestelyn avulla. Tällainen tyypillinen ja merkittävä virkevastuun toteuttamisen alue on esimerkiksi

⁵⁶¹ Mononen 2001: 73–74; Ks. sosiaalisen sopimusoikeuden osalta Wilhelmsson 2000: 34.

⁵⁶² Koskinen & Kulla 2009: 240.

⁵⁶³ Mäenpää 2008: 88–89; Koskinen & Kulla 2009: 235–240.

⁵⁶⁴ Koskinen & Kulla 2009: 15–17, 240; Kulla 2006: 1161–1162; Ks. myös Keravuori-Rusanen 2008: 157–159.

kunnan sosiaalihuolto ja sen sisältämät palvelut. Voidaan hyvin perustellusti sanoa, että sosiaalihuoltolain (710/1982) mukaisten kunnan sosiaalihuollon tehtävien huolellinen, asianmukainen ja perustuslain mukainen toteuttaminen suorastaan edellyttää vahvaa ja aktiivista virkavastuista toimintatapaa. Tämä tarkoittaa kunnan viranhaltijan, ja jossain määrin myös viranomaisen palveluksessa olevan työntekijän, omaehtoista ja usein myös ennakkollista puuttumista yksilön hyvinvointia ja elämää vaarantaviin tilanteisiin ja olosuhteisiin kuten vaikkapa yksilön alkoholinkäyttöön tai mielenterveyden häiriöiden ehkäisyyn ja parantamiseen. Tyypillisesti em. ongelmia esiintyy esimerkiksi yksin asuvan vanhuksen tai pitkäaikaistyöttömän elämäntilanteessa.⁵⁶⁵ Virkavastuun toteuttamisessa yhdistyvät näin ollen siis perinteisten julkisten hallintotehtävien ja julkisten palvelutehtävien ulottuvuudet. Toista ei voida toteuttaa kunnolla ilman toista.

3. Kunnallisten palvelujen tuotteistamisen solmukohtia

Kun yksityinen hoivapalveluyritys lähtee toteuttamaan sosiaalihuollollisia palvelutehtäviä, kysymys on lähtökohtaisesti tuotteistettujen palvelukonseptien tarjoamisesta asiakkaille eli palveluja tarvitseville kuntalaisille. Yrityslogiikkaan⁵⁶⁶ kuuluu voiton tavoittelun ohella se, että yritys tarjoaa tilaajalle eli kunnalle tai kuntayhtymälle erityisen ostopalvelusopimuksen puitteissa nimenomaan *palveluja* - ei siis niinkään yksityisesti tuotettuja hallintotehtäviä. Jotta hankittavat palvelut vastaisivat kunnallisten palvelujen tasoa, niin kuin oikeussäännökset edellyttävät, kunnan on varmistuttava ensisijassa kunnan ja palveluyrityksen välisin sopimuksin siitä, että kaikki virkavastuun elementit tulevat huomioituiksi ja kuntalaisen saamat palvelut eivät huonone. Kuntalaisten kaikkien oikeuksien tulee niin ikään tulla turvatuiksi samaan tapaan kuin jos kuntaorganisaatio tuottaisi kyseiset palvelut itse. Kysymys on hyvin vaativasta tehtävästä, koska palvelujen sisään ja oheen voi luonnollisesti aina, ja joskus hyvin yllätyksellisestikin, kuulua merkittävää julkisen vallan käyttöä, mitä ei siis edes voida antaa yksityisen palveluyrityksen tehtäväksi. Näistä lähtökohdista toimien on hyvin selvää, että lainmukaiset toimintatavat edellyttävät hyvin asiantuntevaa sopimusohjauksellista asiantuntemusta sekä kunnassa että yksityisessä palveluyrityksessä.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ Särkelä 2006: 85–87, 89.

⁵⁶⁶ Rahkola 2011: 22. Rahkola toteaa, että yksityisen ja julkisen tuotannon toimintalogiikat poikkeavat perustavanlaatuisesti toisistaan. Hänen mukaansa olennainen avain em. toimintalogiikkojen yhteensovittamisessa on se, mikä (yksityistä) tuotantotoimintaa todella motivoi. Tällöin olennainen kysymys on se, miten ylipäättänsä ”sosiaaliset päämäärät” on yhdistettävissä yrityksen luonnolliseen ja välttämättömään toimintafunktioon, voiton tavoitteluun.

⁵⁶⁷ STM, raportteja ja muistioita 2012:1: 12–13, 23–24; Niiranen 2003: 73.

Puhtaasti yksityisen palveluyrityksen tavoitteista käsin tuoteistetut kuntapalvelut voivat ottaa vain harvoin huomioon kunnalliselta palvelulta edellytettävät, lainsäädännössä varsin *kokonaisvaltaisesti* määritellyt, sisällöt ja tavoitteet kuten sosiaaliset ongelmat tai sairauksia ennaltaehkäisevän työn. Näin on siksi, koska tuoteistamisen avulla yksinkertaistetaan palvelutehtäviä⁵⁶⁸ niin sanotusti selkeämpiin ja hallittavampiin palvelukokonaisuuksiin, joiden toteuttamiseen käytettävää aikaa voidaan konkreettisesti mitata ja samalla myös arvottaa rahassa. Julkisyhteisöllisen hyvinvointitilologiikan kannalta tämä on ongelmallista. Esimerkiksi mielenterveyskuntoutujien ja monien muiden pitkäaikaissairaiden ongelmat ovat monesti paljon monisyisempiä kuin pelkiksi palvelupuutteiksi tyhjentyviä. Myöskään lainsäädännössä määriteltyjen hyvinvointipalvelujen toteuttamista ei voida yleensä kestävästi tuloksellisessa mielessä pelkistää vain massamuotoisiksi tuotteiksi. Esimerkiksi sosiaalihuollollisten tarpeiden käsittely vaatii usein kokonaisvaltaisempaa palveluja ja muita toimenpiteitä koskevaa harkintaa kuin vain palvelujen jakamista asiakkaille. Myös aikajänne ja mitattavien tulosten pysyvyys muodostaa ongelman sekä palvelujen tuottamishetkellä että varsinkin tuottamishetken jälkeen. Pahimmillaan palvelujen toteutuksen puutteet voivat näkyä vasta vuosien kuluttua.⁵⁶⁹

Erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollossa kunnan oikeudellisten velvoitteiden yhdistäminen sopimuskelpoisiksi⁵⁷⁰ tuotteiksi on suuri haaste. Tätä haastetta lisäävät merkittävästi sosiaali- ja terveydenhuollon kuntapalvelujen tarvisijoille tyypilliset, joskus hyvinkin nopeasti muuttuvat ja satunnaiset yksilölliset tarpeet ja tähän kiinnittyvät asiakaskuntalaisten sosiaalisten oikeuksien turvaamisvaateet, joilla on monesti yhteyksiä myös muun muassa subjektiivisina oikeuksina lainsäädännössä turvattuihin palvelueteuksiin.⁵⁷¹ Siksi *Eija Mäkisen*⁵⁷² esille nostama ajatus siitä, että sopimista ja sopimuksellisuutta saatetaan käyttää joissakin yhteyksissä palvelujen järjestämisen välineenä vain imago-syistä, on pidettävä mitä huolestuttavimpana. Varsinkin huono-osaisten ja syrjäytyneiden palvelujen ja palveluketjujen tuoteistamisen ja sopimusohjauksen toteuttaminen vaatii paljon substanssiosaamista ja asiantuntemusta eikä mikään hallinnon virtaviivaisuutta korostamaan pyrkivä ”näyttää hyvältä” -sopimuksellisuus silloin riitä.⁵⁷³

⁵⁶⁸ Ks. Tuoteistamisen tematiikasta esim. Naumanen 2004: 40

⁵⁶⁹ STM raportteja ja muistioita 2012: 1, 24; Rahkola 2011: 20.

⁵⁷⁰ Sopimuskelpoisuuden käsite on lähellä palvelun tuoteistettavuuden ja siten myös palvelukokonaisuuksien tuoteistamisen käsitettä. Sopimuskelpoisuutta voi pitää kunnallisten tehtävien ja palvelujen kilpailuttavuuden edellytyksenä. Ks. aihepiiristä Niiranen 2001.

⁵⁷¹ Lehto 2003: 53–54.

⁵⁷² Mäkinen 2000: 95; Ks. myös Hyyryläinen 2004: 130.

⁵⁷³ Niiranen 2003: 73.

Kilpailunrajoitusten poissulkemisen näkökulma puolestaan edellyttää, että tuotetut palvelut ovat vertailukelpoisia. Tästä seuraa se, että mitä hankalammin julkiset palvelut ovat tuotteistettavissa, sitä enemmän niiden hankinta ja kilpailutus vaativat ja sitovat asiantuntijatyötä ja samalla taloudellisia resursseja. Syntyvä transaktiokustannusten mittavuus puolestaan vähentää ostopalvelutuotteiden tosi-asiallista kannattavuutta kuntapalvelujen joukossa. Voidaankin sanoa, että vain suhteellisen selkeiden tehtäväkokonaisuuksien, kuten yksinkertaisten hoitotoimenpiteiden, tuotteistaminen on melko ongelmatonta verrattuna esim. valistuksen, sosiaalisen tuen tai pahoinvoinnin vähentämisen kaltaisten moniulotteisten sosiaali- ja terveydenhuollon tehtävien tuotteistamiseen.⁵⁷⁴

Toisaalta suhteellisen selkeidenkin palvelukokonaisuuksien tuotteistaminen voi ohjata kunnallista päätöksentekijää kiinnittämään liiaksi huomiota suoritteisiin ja suoritemääriin toimintaa ohjaavien oikeussäännösten ja demokraattisiin päätöksiin kirjattujen hyvinvointitavoitteiden ja -vaikutusten sijasta. Tällainen orientatio perustuu siihen, että myös suomalaiseseen kunnallishallintoon omaksuttu uusi julkisjohtaminen (New Public Management, NPM) ja sen hallinnollista ulottuvuutta korostava uusi hallintotapa- eli ns. Governance-malli ovat tuoneet yrity maailmasta lainatun tuloksellisuusajattelun julkisten hallinto- ja palvelutehtävien toteuttamisen välineeksi.⁵⁷⁵

Lähtökohtaisesti tuloksellisuuden käsite ei ole oikeudellinen. Tämän takia vähintäänkin mielenkiintoisena voi pitää sitä tapaa miten tuloksellisuuden käsite (HE 72/2002 vp, 44/I) otettiin mukaan hallintolakia (6.6.2003/434) koskevaan hallituksen esitykseen. Tämä helposti vain tehokkuutta (taloudellisuutta ja tuottavuutta) palvelutoiminnan vaikuttavuuden kustannuksella korostava käsite otettiin mukaan hallintolakiehdotukseen valtiovarainministeriön vaatimuksesta. *Eija Mäkinen* mukaan tässä näkyy hallinnollisen ja oikeudellisen ajattelun ero: oikeusministeriön asiantuntijoiden valmistelemassa lakiluonnoksessa tehokkuuden käsitettä ei mainittu.⁵⁷⁶

Yksityisten palveluyritysten toiminnan sinänsä luonnollinen kannattavuushakuisuus ja keskinäinen kilpailu voi johtaa epätarkoituksenmukaiseen palvelujen käyttöön ja palvelukokonaisuuksien kustannusten nousuun. Tällöin tuotteistaminen voi pelkistää palvelua käyttäjälähtöisyyden sijasta liikasi tuottajalähtöiseksi. Varsinkin yksityisille palveluyrityksille tyypillinen liiketaloudellinen asiakassegmentointi on hyvin ongelmallista silloin kun kunnallisten palveluorganisaatioiden

⁵⁷⁴ Särkelä 2006: 88; Niiranen 2003: 77.

⁵⁷⁵ Rynnänen & Uoti 2009: 213, 222–223; Mäenpää 2005: 1071, 1082.

⁵⁷⁶ Mäkinen 2004: 44.

lainsäädäntöön perustuvana tehtävänä on kaikkien kansalaisten ja kuntalaisten palvelutarpeiden mahdollisimman kattava tyydyttäminen ja ratkaiseminen.⁵⁷⁷ Julkiseen palvelutoimintaan kiinnittyvän laaja-alaisen julkisyhteisöjen tehtävienhoidon yhteensovittaminen yritysmäisen, manageristisen tuotteistamisajattelun kanssa voi olla hyvin haasteellinen ja vaikeasti toteutettavissa oleva tehtävä, mitä tulee varsinkin lainsäädännön julkiselle tehtävähoidolle asetettujen velvoitteiden saavuttamiseen ja toteuttamiseen. Varsinkin ristiriita hyvän hallinnon periaatteiden ja tehokuutta voimakkaasti korostavan tuloksellisuusajattelun kanssa voi muodostua sovittamattomaksi ristiriidaksi.⁵⁷⁸

Teknistyvä ja ”tavaroituva” tuotteistaminen pyrkii teknokratisoimaan sosiaali- ja terveystalvet uudenlaiseen ammattislangiin vihkiytyneiden osaajien yksinoikeudeksi. Tämä merkitsee helposti aidon asiakasdemokratian ja kuntavaikuttamisen tilan kapenemista. Tällainen asiantila edistää samalla myös palvelunkäyttäjien ja kuntalaisten osallistumisvajeen syntymistä ja sen syvenemistä. Julkisten hyvinvointipalvelujen järjestämistä ohjaa Suomessa ja Pohjoismaissa lähtökohtaisesti kuitenkin sangen laaja kuntalaisten ja kansalaisten laillisia oikeuksia ja vaikuttamismahdollisuuksia turvaava lainsäädäntö ja ylipäättään monimuotoiset demokraattisen päätöksenteon muodot. Kansanvaltainen julkisten tehtävien ja palvelujen ohjausjärjestelmä myös koetaan kansalaisten ja kuntalaisten keskuudessa hyvin legitiimiksi. Nämä kansanvaltaisuutta korostavat julkisen toiminnan ja palvelutoiminnan oikeudelliset lähtökohdat ovat jo peruslogiikkansa osalta vähintäänkin osittaisessa ristiriidassa yksityisen yrityksen toimintaa ohjaavan liikkeenjohdollisen tuloksellisuusajattelun ja siihen vahvasti kytkeytyvän tehokkuusnäkökulman toteuttamisen kanssa. Kyseisiä näkökulmiahan yhdistää erityisesti taloudellisesti kannattavan (liike)toiminnan vaatimus, mikä ei suinkaan aina voi olla kansalais- tai kuntalaisvaikuttavuutta korostavan julkisyhteisön toiminnan yksinomaisena perustana.⁵⁷⁹ Yritystoimintalogiikan yhteensovittaminen julkisyhteisöjen päämäärien ja tahdonmuodostuksen kanssa on siten paljon yhteensovittamistyötä vaativa tehtävä. Kyseisen tehtävän haastavuutta lisää vielä toimivan palvelukohtaisen asiakasdemokratian⁵⁸⁰ toteuttamisen vaatimus (huom. eritt. Kuntal 27 §).

⁵⁷⁷ STM, raportteja ja muistioita 2012:1, 21–22, 36–39; Särkelä 2006: 89

⁵⁷⁸ Mäenpää 2005: 1068.

⁵⁷⁹ Rahkola 2011: 19–25; STM, raportteja ja muistioita 2012:1: 22–23.

⁵⁸⁰ Asiakasdemokratiassa palvelujen käyttäjille annetaan mahdollisuus reagoida palvelujen sisältöön ja laatuun erilaisten palautekanavien kautta. Perinteisessä demokratianäkökulmassa korostuu yksilön asema yhteisönsä jäsenenä. Tällöin kansalaisen ja kuntalaisen kansalais- ja poliittiset oikeudet ja -velvollisuudet toteutuvat edustuksellisen ja osin myös suoran demokratian avulla. Asiakasdemokratia korostaa puolestaan yksilön periaatteellista vapautta tehdä valintoja

4. Lopuksi

Suomessa ja muissa Pohjoismaissa julkishallinnollisilla organisaatioilla on laaja vastuu hyvinvointipalvelujensa tarvitsijoista ja käyttäjistä. Käytännössä tämä tarkoittaa ennen muuta itsehallinnollisten kuntien oikeudellista vastuuta jäsenistään. Kuntapalvelujen tarvitsijoiden asema ja oikeudet perustuvat varsin kattavaan hyvinvointipalvelu- ja muuhun julkisoikeudelliseen lainsäädäntöön. Se missä määrin yksityiset yritykset ja muut yksityisoikeudellisen aseman omaavat palveluntuottajat voivat toimia julkisyhteisöjen asemesta ja niiden tehtäväkenttää täydentäen palvelujen tuottajina ja julkisten tehtävien hoitajina perustuu ennen muuta suojattavien kansalaisintressien luonteeseen ja vahvuuteen. Mitä perustavimmista kuntalaisten ja kansalaisten oikeuksista (esim. lasten ja vammaisten oikeudet) on kysymys, sitä haastavampaa näiden oikeuksien turvaaminen ja edistäminen on yksityisten yritysten palvelutuotteisiin turvautumalla.⁵⁸¹

Kunnilta ja kuntien yhteenliittymiltä vaaditaan tulevaisuudessa kuntapalvelujen ulkoistamisen mahdollisesti lisääntyessä vielä nykyistäkin enemmän sopimusoidellisen hankintaosaamisen lisäksi täsmällisesti jäsentynyttä tietoa kuntalaisten taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien sisällöstä ja niiden toteuttamisen edellytyksistä. Tällaisen tiedon tuottamisessa erityisesti oikeustutkimuksella on tärkeä sijansa erilaisia poikkitieteellisiä näkökulmia unohtamatta. Kunnallisen itsehallinnon, perusoikeusajattelun ja tavallisen lainsäädännön hyvinvointivelvoitteiden yhteensovittaminen ylittää sekä julkisoikeuden että yksityisoikeuden välisiä rajapintoja kuten myös hallinnon ja hallinnan tasoja aina paikallisyhteisötasolta kansalliselle ja ylikansalliselle tasolle asti. Hyvinvointi ja sen toteuttamiskysymykset ovat mitä suurimmassa määrin laaja-alaista oikeudellista tarkastelua edellyttäviä asioita.

– mutta rajoittaa hänen rooliaan poliittisena kansalaisena. Ks. aihepiiristä esim. Niiranen 2003: 74–75.

⁵⁸¹ Särkelä 2006: 88–89; Niiranen 2003: 74–75. *Vuokko Niiranen* (Niiranen 2001: 26–27) esitti jo 2000-luvun alkupuolella ajatuksen, jonka mukaan tulisi selvittää ne (lainsäädännölliset) edellytykset, joilla heikoimmassa asemassa olevien kuntalaisten niin kutsutut marginaalipalvelut voitaisiin rajata palvelujen ulkoistamisen ulkopuolelle. Tämä on yksi merkittävä osoitus kuntapalvelujen tuottamis- ja tuotteistamiskysymysten moniulotteisesta problematiikasta.

Lähteet

Goodin, R. E. & Rein, M. (2001): Regimes on Pillars: Alternative Welfare State Logics and Dynamics. *Public Administration* 79: 4, 769–801.

Hyyryläinen, E. (2004). *Sopimuksellisuus, talous ja johtaminen. New Public Management sopimusohjauksessa ja julkisten organisaatioiden sopimustenhallinnassa*. Vaasan yliopiston julkaisuja, Tutkimuksia 256, Hallintotiede 31. Vaasa: Vaasan yliopisto.

Keravuori-Rusanen, M. (2008). *Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä*. – Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän anatomisesta muulle kuin viranomaiselle. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki: Edita Publishing Oy.

Kerttula, T. (2010). *Vartijat ja järjestyksenvalvojat julkisen vallan käyttäjinä*. Yliopistollinen väitöskirja. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut.

Komulainen, M. (2010). *Ulkoistaminen kunnissa*. Acta Universitatis Tamperensis 1008. Helsinki: Suomen Kuntaliitto.

Koskinen, S. & Kulla, H. (2009). *Virkamiesoikeuden perusteet*. 5. uud. painos. Helsinki: Talentum.

Kulla, H. (2006). Julkishenkilöstön asema: systematiikkaa ja sekamuotoisuutta. *Lakimies* 7–8, 1158–1176.

Lehto, J. (2003). Uusi julkissektorin hallinta ja kilpailuttaminen sosiaali- ja terveydenhuollossa. Teoksessa E. Ollila, M. Ilva & M. Koivusalo (Toim.). *Kilpailuttaminen sosiaali- ja terveyspolitiikan näkökulmasta*. STAKES, Raportteja 276. Saarijärvi: Gummerus Kirjapaino Oy. 35–41.

Mononen, M. (2001). *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta*. Helsinki: Edita Oyj.

Mäenpää, O. (2003). *Hallinto-oikeus*. 4. laitos. Porvoo: Ws Bookwell Oy.

Mäenpää, O. (2005). Toimeenpanovallan käytöstä ongelmien hallintaan. *Lakimies* 7–8, 1065–1085.

Mäenpää, O. (2008). *Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet*. 3. painos. Helsinki: Edita.

Mäkinen, E. (2000). *Maankäyttösopimus ja hyvä hallinto*. Yliopistollinen väitöskirja. Tampereen yliopisto. Jyväskylä: Finnpublishers Oy.

Mäkinen, E. (2004). *Oikeudellinen kontrolli kunnan ympäristöasioissa*. Tampere: Finnpublishers Oy.

- Myllymäki, A. & Kalliokoski, P. (2006). *Valtio, kunta ja Euroopan unioni. Unionijäsenyyden vaikutus valtion ja kuntien taloudelliseen päätösvaltaan*. Helsinki: Kunnallisan Kehittämissätiö.
- Naumanen, P. (2005). *Asianajajan lojaliteettivelvollisuudet toimeksiantosuhteen elinkaarella*. Pro gradu –tutkielma. Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta, toukokuu 2004. Julkaistu Edilexissä 27.6.2005 Saatavissa: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/2567.pdf>.
- Niiranen, V. (2001). *Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttaminen – sosiaalipoliittinen näkökulma*. Muistio, Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY ry. Kuopio: Kuopion yliopisto.
- Niiranen, V. (2003). Kunnallisten sosiaalipalvelujen kilpailuttamisen sosiaalipoliittinen näkökulma. Teoksessa E. Ollila, M. Ilva & M. Koivusalo (Toim.). *Kilpailuttaminen sosiaali- ja terveyspolitiikan näkökulmasta*. STAKES, Raportteja 276. Saarijärvi: Gummerus Kirjapaino Oy. 69–79.
- Rahkola, J. (2011). *Tehoja vai kuluja markkinoilta. Analyysi palvelujen tuotannosta*. Jyväskylä: WS Bookwell Oy.
- Rousu, S. & Holma, T. (2003). *Lastensuojelupalvelujen hankinta ja tuottaminen*. Helsinki: Suomen Kuntaliitto.
- Ryynänen, A. & Uoti, A. (2009). Kunnallinen itsehallinto ja uusi hallintotapa. Teoksessa I. Karppi & L-M. Sinervo (Toim.). *Governance. Uuden hallintatavan jäsentymisen*. 2., korjattu painos. Tampere: Juvenes Print. 212–236.
- Sosiaali- ja terveysministeriö (2012). Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisen toimivuus. Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2012: 1. Helsinki: STM. (STM raportteja ja muistioita 2012:1).
- Särkelä, R. (2006). Oikeudenmukaisuus ja sosiaalipalveluiden kilpailuttaminen. Teoksessa J. Teperi, L. Vuorenkoski, K. Manderbacka & E. Ollila (Toim.). *Riittävät palvelut jokaiselle. Näkökulmia yhdenvertaisuuteen sosiaali- ja terveydenhuollossa*. Stakes, Hyvinvointivaltion rajat –hanke. Helsinki: Edita Prima Oy. 85–91.
- Uoti, A. (2003). *Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset perusoikeudet kunnallisessa päätöksenteossa. Tutkimus lasten hyvinvointipalvelujen oikeudellisesta ohjauksesta ja valvonnasta*. Acta Universitatis Tamperensis 911. Tampere: Tampere University Press, TUP.
- Valokivi, H. (2002). Ikääntynyt kansalainen ja omainen sosiaali- ja terveyspalveluissa johdon kertomana. Teoksessa J. Lehto & K. Natunen (Toim.). *Vastaamme vanhusien hyvinvoinnista*. Acta nro 144. Helsinki: Suomen Kuntaliitto. 15–31.

Wilhelmsson, Thomas (2000). Yksityisoikeuden uudet mahdollisuudet. Teoksessa T. Wilhelmsson (Toim.). *Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta*. Helsinki: Werner Söderström Lakitieto. 19–44.

Yle uutiset (12.5.2012). Professori: Kuntapalvelujen ulkoistamista pitää säännellä tiukemmin. (Olli Mäenpään haastattelulausunto 12.5.2012). Saatavissa: http://yle.fi/uutiset/professori_kuntapalvelujen_ulkoistamista_pitaa_saannella_tiukemmin/6090833.

IV

KIRJOITUKSIA TYÖ- JA VIRKAMIESOIKEUDESTA

KUNNAN VIRANHALTIJAN SAAMAN VAROITUKSEN VALITUSKELVOTTOMUUS – KESTÄVÄ RATKAISUKO?

Kirsi Kuusikko & Seppo Koskinen

1. *Kunnan viranhaltijan saaman varoituksen valituskelvottomuuden oikeuskäytäntö muuttuu – itsenäisestä kurinpitovirasta irtisanomisen valmisteleväksi toimeksi*

Kunnalliselle viranhaltijalle annetun varoituksen katsominen valituskelvottomaksi pohjautuu korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisuun KHO 2005:30 (KHO 30.5.2005/1267). Ratkaisuselostuksen tiivistelmän mukaan päätöksen katsominen valituskelvottomaksi on perustunut siihen, että kunnallisesta viranhaltijasta annetussa laissa (304/2003) ei ole säädetty erikseen varoituksen perusteista. Erityistä merkitystä valituskelvottomuuden kannalta annettiin sille, että kunnallisen viranhaltijalain mukainen varoitus ei ole kurinpitovirasta,⁵⁸² eikä sitä merkitä nimikirjaan. Sille ei ole myöskään säädetty mitään määrämuotoa. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että ottaen huomioon varoituksen tavoitteet sekä merkitys, varoitus on luonteeltaan työnantajan määräysvaltaan kuuluva työnjohdollinen ohjaus viranhaltijalle vastaisen varalle. Kun otettiin huomioon kuntalain 91 §, päätöksestä, jolla viranhaltijalle oli annettu varoitus, ei saanut tehdä oikaisuvaatimusta eikä kunnallisvalitusta.⁵⁸³

Kuntalaissa ei säädetty alkujaankaan suoraan varoituksesta vaan siitä, että tästä oli annettava määräykset virkasäännössä. Ennen uutta viranhaltijalakia kuntalain 45 §:ssä edellytettiin, että kunnissa oli virkasääntö. Viranhaltijoiden palvelussuhteen ehdoista annettiin voimassa olevien säännösten ja virkaehtosopimusten lisäksi tarpeelliset määräykset virkasäännössä.⁵⁸⁴ Virkasäännössä annettiin myös muun

⁵⁸² Kirkkolain (1054/1993) 23 luvun 8 § mukaan kirjallinen varoitus on edelleen lain mukaan nimenomaan kurinpitovirasta. Valtion virkamieslain (750/1994) 24 §:n mukaan virkamiehelle, joka toimii vastoin virkavelvollisuuksiaan tai laiminlyö niitä, voidaan antaa kirjallinen varoitus. Varoitusta ei erikseen säädetä kurinpitovirastukseksi. Varoituksen muutoksenhakukelpoisuudesta säädetään 53 §:ssä.

⁵⁸³ Kunnallisesta viranhaltijasta annetun lain 50 §:n mukaan työnantajan tämän lain nojalla tekemään päätökseen haetaan muutosta siten kuin kuntalaissa oikaisuvaatimuksen tekemisestä ja kunnallisvalituksesta säädetään.

⁵⁸⁴ Kunnanhallinnossa oli aikaisemmin epäselvyyttä siitä, voiko kunnallinen viranhaltija käyttää alaisiinsa viranhaltijoihin ja tilapäisiin toimihenkilöihin kurinpitovaltaa. Yleisesti vasta vuo-

muassa määräykset kirjallisen varoituksen antamisesta viranhaltijalle, joka toimii vastoin virkavelvollisuuksiaan tai laiminlyö niitä.⁵⁸⁵ Viranhaltijalain säätämisen yhteydessä 45 §:n sisältö muutettiin siten, että virkasäännöstä luovuttiin ja kunnassa tarpeellisiksi katsottavia määräyksiä voidaan sisällyttää johtosääntöön. Kuntalain 45 §:ssä säädetään yleisesti viran perustamisesta ja lakkauttamisesta.⁵⁸⁶ Koska kuntalain 45 §:ssä ei enää säädetä mahdollisuudesta antaa kirjallinen varoitus, tähän perustuen korkein hallinto-oikeus vuonna 2005 antamassaan ratkaisussa katsoi, että päätös varoituksen antamisesta ei ole enää valituskelpoinen. Valituskelvottomuutta korkein hallinto-oikeus perusteli ensisijaisesti oikeustilan muutoksella kuntalain muuttamisen ja uuden viranhaltijalain säätämisen jälkeen. Näiden muutosten vuoksi varoitus oli valmisteleva ja virkakäskyn luontoinen.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa oli kysymys linjanmuutoksesta.⁵⁸⁷ Korkein hallinto-oikeus katsoi oikeustilan muuttuneen uuden viranhaltijalain säätämisen jälkeen. Aikaisemmin varoitusten antamiset oli katsottu valituskelpoisiksi ratkaisuiksi eli lopullisiksi hallintopäätöksiksi. Esimerkiksi julkaistussa oikeuskäytännössä korkein hallinto-oikeus (KHO 5.5.2003/1105) oli tutkinut viranhaltijan saaman varoitustilan. Korkein hallinto-oikeus kumosi Hämeenlinnan hallinto-oikeuden antaman ratkaisun, jossa hallinto-oikeus oli kumonnut annetun varoituksen. Korkein hallinto-oikeus totesi tämänkin ratkaisun päätöksen perusteluissa, että virkasäännön mukainen kirjallinen varoitus ei ole kurinpitorangeistus vaan luonteeltaan viranhaltijaan hallintopäätöksellä kohdistettu moite virkavelvollisuuksien vastaisesta toiminnasta ja kehotus toimia vastaisuudessa virkavelvollisuuksien mukaisesti. Korkein hallinto-oikeus ei siis kumonnut Hämeenlinnan hallinto-oikeuden ratkaisua sen vuoksi, että kunnallisvalitusta varoituksesta ei

den 1948 kunnallislaissa kurinpitovallan alaisiksi katsottiin ne, jotka ovat virkasäännön alaisia. Aikaisemmin oli kurinpidosta myös erityissääntelyä, muun muassa opettajien kohdalla, kun siirryttiin luonteeltaan yleisempään sääntelyyn. Hallberg 1978: 369.

⁵⁸⁵ Ennen uuden viranhaltijalain säätämistä kirjallisen varoituksen mieltäminen kurinpitorangeistukseksi oli alkanut muuttua. Vielä 1990-luvulla kirjallista varoitusta pidettiin erityisenä kurinpidollisena rangaistuksena. Tämä käy hyvin ilmi Turun ja Porin lääninoikeuden julkaisemasta ratkaisusta 6.6.1991 T 502/1, jossa kunnan viranhaltija oli rikkonut salassapitovelvollisuutta. Kunnanhallitus päätti virkasäännön nojalla kurinpitorangeistuksena erottaa henkilö virantoimituksesta kuukauden ajaksi. Lääninoikeus kuitenkin ottaen huomioon teon luonne ja ne olosuhteet, joissa teko oli tapahtunut, alensi kurinpitorangeistuksen kirjalliseksi varoitukseksi. Sen sijaan korkein hallinto-oikeus totesi jo ratkaisussaan 5.5.2003/1105 virkasäännön mukaisesta kirjallisesta varoituksesta, ettei se ole kurinpitorangeistus vaan luonteeltaan viranhaltijaan hallintopäätöksellä kohdistettu moite virkavelvollisuuksien vastaisesta toiminnasta ja kehotus toimia vastaisuudessa virkavelvollisuuksien mukaisesti.

⁵⁸⁶ HE 196/2002 vp: 71–74.

⁵⁸⁷ Lainsäätäjä ei ole voinut välttämättä edes ottaa tähän nimenomaista kantaa, sillä jos aikaisemman tulkintakäytännön mukaan varoitus oli kunnallisvalituksena valituskelpoinen, niin sen valituskelpoisuudesta ei tarvinnut nimenomaisesti säätää, kuten valtion virkamiehen kohdalla on jouduttu menettelemään erityisen valitustienkin vuoksi.

olisi tullut tutkia, vaan koska Hämeenlinnan hallinto-oikeuden näkemys varoituk-
sen oikeudettomuudesta kaksinkertaisen ratkaisemisen kiellon vuoksi oli väärä.⁵⁸⁸
Valitusosoitusta ei ns. poistettu.⁵⁸⁹

Viranhaltija ei korkeimman hallinto-oikeuden uuden linjan johdosta tule tulevai-
suudessa hakemaan oikaisua/valittamaan saamastaan varoituksesta, vaikka hän
saisikin varoituksen kirjallisena, koska tähän on liitetty maininta muutoksenhaku-
kiellosta.⁵⁹⁰ Tässä artikkelissa tarkastellaan eri näkökohdista sitä, olisiko viranhaltijalla oikeudellista intressiä/tarvetta saada varoitusasia sittenkin tutkituksi.

2. Varoituksen sääntely kunnallisessa viranhaltijalaissa

Varoituksesta säädetään laissa kunnallisesta viranhaltijasta (11.4.2003/304). Lain
35 §:n 3 momentin mukaan viranhaltijaa, joka on laiminlyönyt virkasuhteesta
johtuvien velvollisuuksien täyttämisen tai rikkonut niitä, ei kuitenkaan saa irtisa-
noa ennen kuin hänelle on varoituksella annettu mahdollisuus korjata menettelyyn-
sä. Viranhaltijalain 35 §:n 5 momentin mukaan jos irtisanomisen perusteena on

⁵⁸⁸ Kaupunginhallitus oli virkasäännön nojalla antanut kaupungin koululaitoksen opettajalle kir-
jallisen varoituksen samasta teosta, mistä hänet oli aikaisemmin käräjäoikeuden antamalla
tuomiolla tuomittu työturvallisuusrikoksesta sakkorangaistukseen. Korkein hallinto-oikeus
katsoi, että kirjallisen varoituksen luonne huomioon ottaen kaupunginhallitus sai antaa opetta-
jalle kirjallisen varoituksen virkavelvollisuuksien vastaisesta toiminnasta siitä huolimatta, että
hänet oli aikaisemmin käräjäoikeudessa tuomittu huolimattomuudesta tapahtuneen työturvalli-
suusmääräysten rikkomisen johdosta sakkorangaistukseen. Kaupunginhallitus ei näin tehdes-
sään menetellyt lainvastaisesti.

⁵⁸⁹ Vanhemmasta oikeuskäytännöstä on löydettävissä Kuopion lääninoikeuden ristiriitainen rat-
kaisu 29.8.1995 dnro 195/2300/95 T 1066 yksityisoikeudellisessa työsuhteessa olevalle henki-
lölle annetun varoituksen valitusmahdollisuudesta. Työntekijä oli vaatinut päätöksen kumoa-
mista varoituksen osalta, koska hän oli tullut aiheettomasti syytetyksi asiassa. Kaupunginhalli-
tus oli antanut varoituksen mahdollisia työntekijään myöhemmin kohdistettavia toimenpiteitä
varten. Henkilöllä ei kuitenkaan katsottu olevan oikeudellista tarvetta saada hallintolainkäytön
järjestyksessä tutkituksi toimenpiteiden perusteettomuutta ja lääninoikeus oli hylännyt vali-
tuksen. Lääninoikeuden todetaan siis hylänneen valituksen eli lääninoikeus olisi tutkinut vali-
tuksen, vaikka tapauksen julkaistun sanamuodon mukaan argumentointi on tapahtunut siten,
että henkilöllä ei olisi ollut valitusoikeutta, mikä on myös tapauksen hakusanoissa. Äänestyk-
sessä vähemmistöön jäänyt jäsen ei olisi tutkinut valitusta. Hän on argumentoinut asiaa vali-
tuskelpoisuuden puuttumisella. Työntekijä oli kaupunkiin yksityisoikeudellisessa työsuhtees-
sa, eikä yksityisoikeudellisesta työsuhteesta aiheutuneita riitaisuuksia käsitellä hallintotuomio-
istuimessa.

⁵⁹⁰ Hallintolainkäyttölain (586/1996) 15 §:n mukaan jos valittaminen on kielletty säännöksen
perusteella, päätöksessä on ilmoitettava valituskiellosta. Ilmoituksessa on mainittava myös,
mihin säännökseen kielto perustuu. Kuntaliiton antaman ohjeistuksen mukaan, vaikka varotus
ei edellytä hallintopäätöstä, niin jos tällainen on tehty, päätökseen liitetään muutoksenhaku-
kielto korkeimman hallinto-oikeuden ottaman tulkinnan jälkeen. <http://www.kunnat.net/fi/asiantuntijapalvelut/laki/hallintojuridiikka/muutoksenhaku/Documents/Muutoksenhaku%20henkilostoasioissa.pdf> 25.4.2012. Valituskelpoisuuden tulkinta johtaa valituskieltoon.

niin vakava virkasuhteeseen liittyvä rikkomus, että työnantajalta ei voida kohtuudella edellyttää virkasuhteen jatkamista, ei varoitusta tarvitse antaa ennen irtisanomista. Lain 36 §:n mukaan irtisanominen on tehtävä 35 §:ssä säädetyllä perusteella kohtuullisen ajan kuluessa siitä, kun irtisanomisen peruste on tullut irtisanomisesta päättävän viranomaisen tietoon. Viranhaltijasta johtuvista irtisanomisperusteista 35 §:n 1 momentissa säädetään, että syyn tulee olla asiallinen ja painava. Tällaisena syynä voidaan pitää virkasuhteesta, laista tai määräyksistä johtuvien, virkasuhteeseen olennaisesta vaikuttavien velvoitteiden vakavaa rikkomista tai laiminlyöntiä sekä sellaisten viranhaltijan henkilöön liittyvien työnteoedellytysten olennaista muuttumista, joiden vuoksi viranhaltija ei enää kykene selviytymään tehtävistään. Syyn asiallisuutta ja painavuutta arvioitaessa on otettava huomioon työnantajan ja viranhaltijan olosuhteet kokonaisuudessaan. Lain 35 §:n 3 momentissa luotellaan niitä syitä, joita irtisanomisperuste ei ainakaan saa olla.

Viranhaltijalain 35 §:n 3 momentti oli säännöksenä uusi ja sen todettiin vastaavan työsopimuslain sääntelyä. Säännöstä on sovellettava yhdessä 5 momentin kanssa. Varoituksen antamisen merkityksen todettiin olevan siinä, että viranhaltija saa tiedon siitä, kuinka vakavana rikkomuksena työnantaja pitää hänen menettelyään. ”Varoitus on ennakkomuistutus siitä, millä tavoin työnantaja tulee reagoimaan varoituksessa tarkoitetun rikkomuksen tai laiminlyönnin toistuesssa. Varoituksen tarkoituksena on antaa viranhaltijalle mahdollisuus korjata menettelynsä ja osoittaa siten, että edellytykset virkasuhteen jatkamiselle ovat olemassa.” Koska varoituksesta kurinpitorangaistuksena on luovuttu ja varoituksen antaminen liittyy käytännössä olennaisesti virkasuhteen päättämiseen, ei viranhaltijalain 35 §:n 3 momentin lisäksi katsottu tarpeelliseksi ottaa lakiin erillistä aikaisemmin kuntalain 45 §:ään sisältynyttä kirjallisen varoituksen antamista koskevaa säännöstä.⁵⁹¹

Viranhaltijalain 35 §:ää on luonnehdittu siten, että sen kolmanteen momenttiin sisältyy tavallaan hallinto-oikeudellisen suhteellisuusperiaatteen mukainen vaatimus siitä, että käytettävissä olevista vaihtoehdoista on turvaututtava toiminnan kohteen kannalta mahdollisimman lievään, mutta kuitenkin riittävään reagointimuotoon. Tätä ilmentää momentissa nimenomaan se, että varoitus on ensisijainen keino irtisanomiseen nähden.⁵⁹² Viranhaltijaa siis varoitetaan moitittavasta menettelystä, ja, jos teko uudistetaan, se osoittaa piittaamattomuutta ja irtisanomiskynnyksen ylittyminen helpottuu. Tällöin sellainenkin teko, joka ensimmäisellä ker-

⁵⁹¹ HE 196/2002 vp: 53.

⁵⁹² Hirvonen & Mäkinen 2006: 264. Lyhyesti myös valituslajien lähentymisen näkökannalta. Mäkinen 2010: 51–52.

ralla ei vielä oikeuta irtisanomaan viranhaltijaa, voi varoituksen tai useamman varoituksen jälkeen muodostaa irtisanomisperusteen.⁵⁹³

Varoituksen on katsottu kytketyn laissa virkasuhteen irtisanomiseen ja sitä on sovellettava yhdessä 5 momentin kanssa. Varoitusta koskeva sääntely poikkeaa aiemmasta, mutta poikkeako se siitä valituskelpoisuuden näkökulmasta? Vuoden 1976 kunnallislain järjestelmässä kirjallinen varoitus oli yksi kolmesta viranhaltijoita koskeneen kurinpidollisen virkavastuun muodosta. Kuntalain säätämisen yhteydessä kyseisestä vastuujärjestelmästä luovuttiin, mutta varoitus säilytti itsenäisen asemansa ja sen antaminen muodosti valituskelpoisen päätöksen. Nyt voimassa olevan lain mukaista varoitusta ei enää pidetä valituskelpoisena päätöksenä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussaan ilmentämän linjan mukaisesti.

Viranhaltijalaissa tai kuntalaissa ei ole enää erillistä kirjallista varoitusta koskevaa säännöstä. Varoitus liittyy nyt kiinteästi virkasuhteen päättymiseen eräänlaisena ennakkomuistutuksena siitä, millä tavoin työnantaja tulee menettelemään laiminlyönnin tai rikkomuksen toistuessa.⁵⁹⁴ Säännös korostaa valtion virkamiestä selvemmin varoituksen asemaa irtisanomista edeltävänä valmistelevana toimenpiteenä. Säännös vastaa työsopimuslain sääntelyä. Varoitus kohdistuu etupäässä sellaiseen virkamiehen moitittavaan toimintaan, jonka vakavuus ei riitä virkamiehen irtisanomiseen. Kunnan viranhaltijalle varoitus voidaan antaa myös suullisesti, vaikka todisteellisen muodon käyttö on suositeltava. Myös huomausta varoituksen sijaan voidaan käyttää. Kunnan hallinnossa varoitus on valtion järjestelmää selvemmin irtisanomiseen liittyvä valmisteleva toimi, jolla ei ole itsenäisiä oikeusvaikutuksia. Se antaa virkamiehelle mahdollisuuden korjata virheellinen menettely ennen irtisanomista. Kuitenkin myös valtion virkamiehen kohdalla varoituksella katsotaan olevan merkitystä nimenomaan virheellisen menettelyn korjaamisen mahdollistajana ja uuden virheellisen menettelyn toistuvuuden ehkäisemisessä.⁵⁹⁵

Kalervo Hirvosen ja Eija Mäkisen mielestä korkeimman hallinto-oikeuden uusi tulkintalinja vastaa hallituksen esityksen perusteluja siinä, että varoitus on ennakkomuistutus viranhaltijalle siitä, millä tavoin työnantaja tulee reagoimaan varoituksessa tarkoitetun rikkomuksen tai laiminlyönnin toistuessa. He ovat myös katsooneet, että varoituksen valituskelvottomuuteen liittyy eräitä ongelmia. Koska annetun varoituksen lainmukaisuutta ei voida saattaa muutoksenhakuviranomaisen tutkittavaksi, voidaan joutua tilanteeseen, jossa irtisanominen tapahtuu pel-

⁵⁹³ Hirvonen & Mäkinen 2006: 269.

⁵⁹⁴ Harjula & Prättälä 2004: 372.

⁵⁹⁵ Koskinen & Kulla 2009: 244–245.

kästään työnantajan näkemyksen mukaisesti annettuun varoitukseen perustuen. ”Vetoaminen irtisanomistilanteessa hyvin kauan sitten mahdollisesti vain suullisesti annettuun varoitukseen saattaa näyttövaikeuksien vuoksi vaarantaa viranhaltijan oikeusturvan – olkoonkin, että annetun varoituksen perusteet voidaan irtisanomis päätöksestä tehdyn muutoksenhaun yhteydessä saattaa tutkittaviksi.” Toisaalta hallituksen esityksen perusteluissa on todettu, että varoitukseen voidaan vedota, ellei sen antamisesta ole kulunut niin kauan, että se on menettänyt merkityksensä. Varoitus oikeusturvasyistä tulisikin antaa kirjallisena.⁵⁹⁶

3. *Kunnallisen viranhaltijan kirjallinen varoitus – miksi valituskelvoton?*

Korkeimman hallinto-oikeuden vuonna 2005 ratkaisemassa tapauksessa myös Helsingin hallinto-oikeus oli ollut samalla linjalla. Se oli pitänyt varoitusta virkasuhteen mahdolliseen päättämiseen liittyvänä valmistelevana toimenpiteenä. Kuntalain 91 §:n mukaan päätöksestä, joka koskee vain valmistelua tai täytäntöönpanoa, ei saa tehdä oikaisuvaatimusta eikä kunnallisvalitusta. Hallinto-oikeus piti annettua varoitusta valmistelun luonteisena ratkaisuna, eikä siihen siten voinut hakea muutosta kunnallisvalituksin.

Korkein hallinto-oikeus perusteli varoituksen valituskelvottomuutta viittaamalla hallituksen esitykseen laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta ja sen 35 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa todettuun: ”Varoituksen antamisen merkitys on siinä, että viranhaltija saa tiedon siitä, kuinka vakavana rikkomuksena työnantaja pitää hänen menettelyään. Varoitus on ennakkomuistutus siitä, millä tavoin työnantaja tulee reagoimaan varoituksessa tarkoitetun rikkomuksen tai laiminlyönnin toistuessa. Varoituksen tarkoituksena on antaa viranhaltijalle mahdollisuus korjata menettelynsä ja osoittaa siten, että edellytykset virkasuhteen jatkamiselle ovat olemassa.”

Korkein hallinto-oikeus antoi painoarvoa sille, että kunnallisesta viranhaltijasta annettuun lakiin ei sisällynyt erillistä varoitusta koskevaa säännöstä. Kunnallisesta viranhaltijasta annetun lain säätämisen yhteydessähän oli muutettu myös kuntalain 45 §:ää niin, ettei siinä enää ole säännöstä kirjallisesta varoituksesta.⁵⁹⁷ Korkein hallinto-oikeus antoi myös merkitystä sille, että kunnallisesta viranhaltijasta

⁵⁹⁶ Hirvonen & Mäkinen 2006: 273–274.

⁵⁹⁷ Kuntalain 45 §:ssä valtuutettiin antamaan kunnanvaltuuston hyväksymässä virkasäännössä 1) yleisiä määräyksiä viranhaltijan ottamisesta, 2) määräyksiä kirjallisen varoituksen antamiseksi viranhaltijalle, joka toimii vastoin virkavelvollisuuksiaan tai laiminlyö niitä sekä 3) määräyksiä viranhaltijan palkka- ja muuta etua koskevan vaatimuksen käsittelystä. Tausta ks. esim. Hirvonen & Mäkinen 2006: 6.

annetussa laissa ei ole säädetty erikseen varoituksen perusteista.⁵⁹⁸ ”Mainitun lain mukainen varoitus ei ole kurinpitorangaistus, eikä sitä merkitä nimikirjaan. Varoitukselle ei myöskään ole säädetty mitään määrämuotoa. Tähän nähden ja ottaen huomioon varoituksen tavoitteet sekä merkitys, varoitus on luonteeltaan työnantajan määräysvaltaan kuuluva työnjohdollinen ohjaus viranhaltijalle vastaisen varalle. Kun otetaan huomioon kuntalain 91 §, päätöksestä, jolla viranhaltijalle oli annettu varoitus, ei saa tehdä oikaisuvaatimusta eikä kunnallisvalitusta.”

Käytännön muutoksen perusteleminen sääntelemättömyydellä on erikoista, koska vanhassa oikeuskäytännössä jopa erikseen sääntelemättömästä muistutuksen antamisesta on voinut valittaa. Korkein hallinto-oikeus on katsonut ratkaisussaan 20.2.1952/862, että kun kaupunginhallitus oli virkasäännön nojalla päättänyt antaa virkamiehelle muistutuksen, sanottua päätöstä, siitä huolimatta, että kaupungin virkasäännön mukaan kaupungin viranhaltijoille annettavat kurinpitorangaistukset olivat joko varoitus tai virasta erottaminen määräajaksi tai kokonaan, ei voitu pitää sellaisena luonteeltaan yksinomaan valmistelua ja täytäntöönpanoa tarkoittavana päätöksenä, jossa silloisen kunnallislain mukaan ei ollut lupa valittaa.⁵⁹⁹

Keskeinen näkökulma varoituksen valituskelvottomuuteen liittyy sen valmistelemaan luonteeseen, eli kunnallisen viranhaltijalain mukaan lähtökohtaisesti irtisanomisen edellytys on aikaisemmin samasta rikkomuksesta annettu varoitus. Varoituksen näkeminen vain valmisteluna korostaa työnantajakeskeistä näkökulmaa: varoitus on väline, joka mahdollistaa myöhemmin tapahtuvan irtisanomisen.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Hirvonen ja Mäkinen kuitenkin toteavat toisin kuin korkein hallinto-oikeus ratkaisussaan, että viranhaltijalaissa ei olisi säädetty erikseen varoituksen perusteista, että lain 35 § 3 momentissa ”tosin kylläkin säädetään, mistä syystä varoitus voidaan antaa.” Hirvonen & Mäkinen 2006: 273–274.

⁵⁹⁹ Kunnan ylempien toimielinten alemmille toimielimille ja viranhaltijoille antamat ohjeet ja kehotukset ovat yleensä valmistelevia toimia, eivätkä tällaisina ole muutoksenhakukelpoisia. Jos sen sijaan ohje on tarkoitettu varsinaista päätöksentekijää sitovaksi ja sillä on ulkopuoliseen kohdistuvia vaikutuksia, päätös on valituskelpoinen. KHO 1975 II 19. Ammattikoulun opettajalle oli huomautettu, että virka-asioiden hoidossa oli noudatettava virkatietä. Päätöksen katsottiin sisältävän ratkaisun, josta voitiin tehdä valitus. Äänestys 3–2. KHO 20.12.2002 T 3400. Koululautakunta oli päättänyt antaa lehtorille kirjallisen huomautuksen päätöksestä tarkemmin ilmenevillä perusteilla. Kirjallista huomautusta oli pidettävä työnantajan määräysvaltaan kuuluvana työnjohdollisena ohjauskeinona, josta ei saa tehdä oikaisuvaatimusta eikä valitusta. Harjula & Prättälä 2004: 641

⁶⁰⁰ Vaasan hallinto-oikeuden ratkaisussa 28.4.2004 04/0181/1 perusteluna oli nimenomaan varoituksen valmistelutoimenluontoisuus. Varoitus oli virkasuhteen mahdolliseen päättämiseen liittyvä valmisteleva toimenpide, ja päätös koskee näin ollen valmistelua eikä päätöksestä saa tehdä oikaisuvaatimusta eikä kunnallisvalitusta. Ks. vrt. Kuopion hallinto-oikeus 2.11.2011 T 11/0384/3 Dnro 02031/10/2207. Irtisanominen oli ollut oikeasuhteinen toimenpide laiminlyöntien vakavuuteen nähden sekä siihen nähden, että X ei ollut korjannut virheellistä menet-

Valmistelunäkökulman ohella varoituksen valituskelvottomuutta voidaan perustella myös sen työnjohdollisella ominaisuudella. Virkakäsky ei ole valituskelpoinen hallintolainkäyttölain mukaan, mutta kuntalaki ei asiaa suoraan sääntele.⁶⁰¹

Kuntalain 91 §:n sanamuotoon kuuluva ”vain”-ilmaisu valmistelun ja täytäntöönpanon yhteydessä, on jäänyt hallintotuomioistuinten viimeaikaisessa ratkaisukäytännössä vähälle huomiolle.⁶⁰² Lähtökohtaisesti valituskelvottomia ovat kuntalain mukaan sellaiset ratkaisut, jotka ovat kokonaisuudessaan katsottava vain valmisteluksi tai täytäntöönpanoksi. Jos ratkaisuilla on itsenäistä oikeudellista merkitystä, ne olisivat lain sanamuodon mukaan valituskelpoisia.

Kunnalliselle viranhaltijalle annettua varoitusta pidetään valituskelvottomana kuntalain perusteella, kun taas valtion virkamiehen kohdalla valituskelpoisuudesta on nimenomaisesti säädetty erityisen muutoksenhakutien sääntelyn yhteydessä. Poikkeavan muutoksenhakutienkään⁶⁰³ ei ole katsottu epäävän valitusoikeutta tasavallan presidentin kansliasta annetun lain 23 §:n nojalla annetusta kirjallisesta varoituksesta. Korkein hallinto-oikeus (KHO 10.12.2009/3524) perusteli tätä muun muassa sillä, että vaikka hallintolainkäyttölakia ja valtion virkamieslakia ei sovelleta tasavallan presidentin päätöksiin, niin kuitenkin ottaen huomioon tasavallan presidentin kansliasta annetun lain 44 §:n tausta, tasavallan presidentin kansliasta annetun lain rakenne, muita valtion virkamiehiä koskevat säännökset ja Suomen perustuslain 21 §:n 1 momentin säännös, kirjallisen varoituksen antamista koskevasta päätöksestä sai valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen.

Vaikka viranhaltijalain 36 §:ssä säädetään nimenomaisesti siitä, että työnantajan on vedottava irtisanomisperusteeseen kohtuullisen ajan kuluessa siitä, kun peruste on tullut hänen tietoonsa, mitään ehdotonta aikarajaa ei ole olemassa aiemmin annetun varoituksen merkityksen lakkaamiselle. Hallituksen esityksessä todetaan yleisesti, että jos viranhaltijalle on annettu varoitus, saman tai samantyyppisen rikkomuksen toistuesssa irtisanomisperusteena voidaan vedota aiemmin annettuun varoitukseen, ellei varoituksen antamisesta ole kulunut niin pitkä aika, että sen olisi katsottava menettäneen merkityksensä. Tässä yhteydessä ei katsottu voitavan

telyään pysyvästi varoituksista huolimatta. Kuntien esimiehiä on myös yleisesti ohjeistettu, että varoitukselle ei ole säädetty määrämuotoa eikä varoitukseen tarvitse liittää valitusosoitusta. Kunnallisen esimiehen virkasuhdeopas 2008: 61–62.

⁶⁰¹ Virkakäskyistä muutoksenhakukelvottomina valmisteleveina toimina tulkintatilanteineen. Ks. Harjula & Prättälä 2004: 641–642.

⁶⁰² Ks. esim. Kuusikko 2009: 195–203 ja tapaus KHO 25.4.2008/929 (KHO 2008: 27).

⁶⁰³ Lain 44 §:ssä säädetään, mihin tasavallan presidentin kanslian päätöksiin saa hakea muutosta valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen, ja pykälässä luoteltuihin päätöksiin ei kuulu päätös kirjallisen varoituksen antamisesta.

esittää aiemmin annetun varoituksen merkityksen lakkaamiselle säädettäväksi täsmällistä määräaikaa, koska varoitusta koskeva säännös on tarkoitettu kokonaisharkintaa edellyttäväksi joustavaksi normiksi.⁶⁰⁴ Sellainenkin teko, joka ensimmäisellä kerralla ei vielä oikeuta irtisanomaan viranhaltijaa, voi varoituksen jälkeen muodostaa irtisanomisperusteen.⁶⁰⁵

Annetut kirjalliset varoitukset toimivat pitkänkin ajan kuluttua näyttönä viranhaltijan moitittavasta käyttäytymisestä irtisanomisen yhteydessä.⁶⁰⁶ Näin varoituksen antamista on vaikea pitää vain valmistelevana toimena. Varoituksen antamis päätöksen valituskelvottomuuden perustelevina sen valmistelevalle luonteella korostaa varoituksen ideaa irtisanomisen mahdollistavana muodollisena välivaiheena, kun sen lähtökohtainen merkitys on ollut ohjata viranhaltijaa oikeaan toimintaan normaalia virkakäskyä painavammalla toimenpiteellä.⁶⁰⁷

4. *Kuntien työsopimussuhteiset työntekijät – varoituksen kannekelpoisuuden puuttuminen*

Vuoden 2001 työsopimuslain (55/2001) sääntely varoituksen osalta vastaa kunnallisesta viranhaltijasta annetussa laissa toteutettua sääntelyä. Varoituksesta säädetään vain osana irtisanomisprosessia. Työsopimuslain 7 luvun 2 §:ssä on säädetty henkilöön liittyvät irtisanomisperusteet. Siinä säädetään se, millaista käyttäytymistä voidaan pitää työntekijästä johtuvana tai hänen henkilöönsä liittyvänä asiallisena ja painavana irtisanomisperusteena. Toisessa momentissa esitetään

⁶⁰⁴ HE 196/2002 vp s. 53–54.

⁶⁰⁵ Hirvonen & Mäkinen 2006: 269.

⁶⁰⁶ Esimerkiksi vanhemmasta julkaistusta oikeuskäytännöstä tapauksessa KHO 8.12.1989/4456 (KHO 1989 A 43) annettiin vuonna 1988 tapahtuneen toimenpiteen yhteydessä merkitystä vuonna 1985 määrätylle kirjalliselle varoitukselle tahallisesta virkavirheestä.

⁶⁰⁷ Lähtökohtaisesti varoituksen antamismahdollisuus ei välttämättä liity siis edes viranhaltijalain 35 §:n irtisanomisperusteisiin vai tulisiko näissä muissa tilanteissa puhua sitten terminologisesti muistutuksesta? Pykälän 3 momentin mukaan viranhaltijaa, joka on laiminlyönyt virkasuhteesta johtuvien velvollisuuksien täyttämisen tai rikkonut niitä, ei kuitenkaan saa irtisanoa ennen kuin hänelle on varoituksella annettu mahdollisuus korjata menettelynsä. Pykälän 1 momentin mukaan työnantaja ei saa irtisanoa virkasuhdetta viranhaltijasta johtuvasta syystä, ellei tämä syy ole asiallinen ja painava. Tällaisena syynä voidaan pitää virkasuhteesta, laista tai määräyksistä johtuvien, virkasuhteeseen olennaisesti vaikuttavien velvoitteiden vakavaa rikkomista tai laiminlyöntiä sekä sellaisten viranhaltijan henkilöön liittyvien työntekoedellytysten olennaista muuttumista, joiden vuoksi viranhaltija ei enää kykene selviytymään tehtävistään. Syyn asiallisuutta ja painavuutta arvioitaessa on otettava huomioon työnantajan ja viranhaltijan olosuhteet kokonaisuudessaan. Tämä pykälän 1 momentin määritelmä on irtisanomisperusteiden kynnyksen harkintaa ohjaava säännös, mutta ohjaako se myös loppuun asti varoituksen antamista. Voidaanko varoitus antaa muuten kuin ns. irtisanomisuuskaisena? Entä jos varoitus annetaan siinä merkityksessä, että liittyy työtehtävien muutokseen, siirtoon, palkkaukseen jne.

tilanteita, joita ei ainakaan voida pitää asiallisena ja painavana irtisanomisperusteena. Pykälän kolmannessa momentissa säädellään varoituksen antaminen ja neljännessä velvollisuus sijoittaa työntekijä muuhun työhön. Säännöksen viimeisessä momentissa sallitaan poikkeaminen 3 ja 4 momentin vaatimuksista. Työsopimuslaissa on asetettu työnantajalle nimenomainen velvollisuus antaa työntekijälle varoitus ennen työsuhteen irtisanomista.⁶⁰⁸ Näin ollen tämä on ajallisestikin samanlainen velvoite kuin kunnallisessa viranhaltijalaissa. Varoituksen antaminen ei ole vain menettelyllinen velvoite vaan se on osa irtisanomisperustetta.

Työntekijää, joka ei ole täyttänyt työsuhteesta johtuvia velvollisuuksiaan tai on rikkonut niitä, ei kuitenkaan saa irtisanoa, ennen kuin hänelle on varoituksella annettu mahdollisuus korjata menettelynsä. Työnantajan on kuultavan työntekijää laissa tarkoitetulla tavalla ennen irtisanomista ja sen jälkeen myös selvitettävä, olisiko irtisanominen vältettävissä sijoittamalla työntekijä muuhun työhön. Jos irtisanomisen perusteena on niin vakava työsuhteeseen liittyvä rikkomus, että työnantajalta ei voida kohtuuden mukaan edellyttää sopimussuhteen jatkamista, työnantajan ei tarvitse antaa varoitusta tai selvittää muun työn tarjoamista. Laissa korostetaan varoituksen ja muun työn tarjoamisen avulla työnantajan velvollisuutta ylläpitää työsuhdetta. Työntekijälle annetaan mahdollisuus korjata asenteitaan, toimintatapojaan tai muita menettelyjään.⁶⁰⁹ Varoituksella on nähty olevan informaatio-, ennakkomuistutus-, oikaisu- ja näyttötehtävät.⁶¹⁰

Varoituksen tulee olla yksilöity, selkeä, konkreettinen ja sisältää uhan työsuhteen päättämisestä. Irtisanomistilanteissa varoituksen antaminen tai antamatta jättäminen on keskeinen osa irtisanomiskynnyksen ylittymisen harkintaa. Annetun varoituksen tulee olla kuitenkin aiheellinen. Aiheetta tai vähäpätöisestä syystä annettu varoitus ei vaikuta päättämiskynnyksen ylittymiseen. Annetulla varoituksella ja uudella moitittavalla käyttäytymisellä tulee olla asiallinen ja ajallinen yhteys. Varoitukselta ei edellytetä erityistä muotoa. Suullinen varoitus ei kuitenkaan käy, jos työnantaja on aikaisemmin antanut kirjallisia varoituksia. Merkitystä on annettu myös sille, millainen kynnys varoitusten antamisessa yleensä on ollut yrityksessä arvioitaessa irtisanomiskynnyksen ylittymistä. Varoituksia voi olla useampikin, mutta irtisanomiskynnyksen täyttymiseen riittää myös yksi irtisanomisuuskainen varoitus.⁶¹¹

⁶⁰⁸ Koskinen & Nieminen & Valkonen 2012: 8, 54, 61–62.

⁶⁰⁹ Koskinen & Nieminen & Valkonen 2012: 10–12, 540.

⁶¹⁰ Työsuojeluhallinto (varoitus). <http://www.tyosuojelu.fi/fi/varoitus> 25.4.2012.

⁶¹¹ Koskinen, Nieminen & Valkonen 2012: 62–63, 72–73, 540 & 544.

Varoituksen antamista työntekijälle on aikaisemmassa oikeuskäytännössä edellytetty varsinkin silloin, jos työntekijän käyttäytymisen sopimuksen vastaisuus ei ole ollut niin ilmeistä, että työntekijän olisi tullut muutoinkin ymmärtää tekonsa vakavuus. Varoituksen antamisella työnantaja luopuu käyttämästä sen syynä olutta seikkaa irtisanomisperusteena, mutta toisaalta oikeuttaa itsensä (yleisten edellytysten täytyessä) varoituksessa mainitun uhan mukaiseen käyttäytymiseen, jos työntekijä toistaa rikkomuksensa. Varoituksen antaminen lain edellyttämässä tilanteissa ja muuhun työhön sijoittaminen ovat normaaleja työnantajan velvollisuuksia. Myös näiden säännösten rikkominen aiheuttaa työsopimuksen päättämisen laittomuuden ja työnantaja voidaan määrätä maksamaan korvausta työsopimuksen perusteettomasta päättämisestä.⁶¹²

Työntekijä voi vastustaa saamaansa varoitusta siten, että antaa tapahtumien kulusta työnantajalle oman kirjallisen selvityksensä. Tässä tulee käydä ilmi, mistä syystä työntekijä pitää varoitusta aiheettomana. Jos työnantaja myöhemmin päättää työsuhteen ja vetoaa päättämisperusteena aikaisemmin antamiinsa varoituksiin, voi työntekijän vastustus osaltaan osoittaa annetun varoituksen aiheettomuuden. Eräissä työehtosopimuksissa on myös määräyksiä siitä, että työntekijälle varataan mahdollisuus selvityksen antamiseen varoituksen johdosta. Työntekijä voi myös turvautua henkilöstön edustajaan asian selvittämisessä.

Varoituksen asianmukaisuus tutkitaan vasta työsuhdetta päätettäessä. Tätä ennen työntekijällä ei ole oikeuskäytännössä katsottu olevan oikeussuojan tarvetta tutkia saamansa varoituksen oikeellisuutta. Korkein oikeus on katsonut ratkaisussaan KKO 1987: 113, että työntekijällä ei ollut oikeudellista tarvetta saada tutkituksi kannettaan työnantajan toimenpiteiden perusteettomuudesta pelkästään sillä perusteella, että työnantaja myöhemmin mahdollisesti vetoaisi niihin. Työntekijälle oli annettu varoitus työsopimuslain 15 §:n rikkomisesta ja huomautus 16 §:n rikkomisesta. Työsuhdetta ei niiden johdosta ollut irtisanottu eikä työntekijälle työsuhteen perusteella kuuluvia oikeuksia muutenkaan vähennetty.⁶¹³ Näin työn-

⁶¹² Koskinen, Nieminen & Valkonen 2012: 64.

⁶¹³ Koskinen, Nieminen & Valkonen 2012: 542. Korkeimman oikeuden ratkaisusta (KKO 1987: 113) ilmenevän oikeusohjeen perusteella työntekijällä ei lähtökohtaisesti ole oikeudellista tarvetta vaatia työnantajan hänelle antaman varoituksen kumoamista siinä vaiheessa, kun varoitus ei vielä ole johtanut työsopimuksen päättämiseen tai muutoin työntekijälle työsuhteen perusteella kuuluvien oikeuksien vähentämiseen joiltakin osin. Koska työntekijällä ei ole oikeussuojan tarvetta ainoastaan sillä perusteella, että työnantaja myöhemmin mahdollisesti vetoaa annettuihin varoituksiin perusteena työsuhteen päättämiseksi, kante on tällaisessa tilanteessa pääsääntöisesti jätettävä tutkimatta. Kantaja ei ollut kanteessaan tai haastehakemuksen täydennyksessään väittänyt, että annetut irtisanomisuhkaiset varoitukset olisivat johtaneet hänen irtisanomiseensa tai muutoin hänelle työsuhteen perusteella kuuluvien oikeuksien vähentämiseen. Koska kantaja ei siten ole esittänyt asiassa riittäviä perusteita jo tässä vaiheessa

tekijällä ei ollut oikeudellista tarvetta saada tutkituksi kannettaan toimenpiteiden perusteettomuudesta pelkästään sillä perusteella, että työnantaja myöhemmin mahdollisesti vetoaisi niihin. On kuitenkin mahdollista, että tuomioistuimessa edellytetty oikeudellinen tarve joissakin olosuhteissa saattaisi olla olemassa, esimerkiksi varoituksen vaikuttaessa työntekijän saamiin palkkioihin, henkilökohtaiseen palkanosaan tms. Samoin merkitystä voidaan joutua antamaan myös kanteen nostamisen ajankohdalle suhteessa annettuun varoitukseen.⁶¹⁴

Viranhaltijan ja työntekijän asemat eroavat tehtäväkuvaltaan toisistaan ja viranhaltija rinnastuu ennemmin valtion virkamieheen kuin kunnan työsopimussuhteeseen henkilöön. Perusteet sille, että varoittamisesta on mahdollista valittaa/siihen voitaisiin hakea muutosta, ovat sekä erilaisia että samanlaisia viranhaltijan ja työntekijän kohdalla. Työntekijän kohdalla keskeistä oikeuskäytännön mukaan on vain se, onko työntekijällä oikeudellista tarvetta saattaa asia tuomioistuimen käsiteltäväksi. Jos mitään irtisanomista (päättämistä) ei ole tapahtunut /ei ole tapahtumassa, tätä oikeudellista tarvetta ei ole, koska varoitus on osa päättämisperustetta. Tässä mielessä se ei ole itsenäinen seuraamus. Oikeudellista tarvetta luonnollisesti on vasta silloin, kun irtisanomisprosessi on aloitettu. Oikeudellista tarvetta ei voida perustaa pelkästään siihen, että päättäminen on tulevaisuudessa mahdollista. Varoittamisen asianmukaisuus tutkitaan vasta työsuhdetta päätettäessä. Tätä ennen työntekijällä ei ole oikeuskäytännössä katsottu olevan oikeussuojan tarvetta tutkituttaa saamansa varoituksen oikeellisuutta.⁶¹⁵

Työntekijälle esitetyn varoituksen osalta on esitetty samanlaisia funktioita kuin nykyään viranhaltijankin kohdalla. Työsopimuslaissa varoitus ei kuitenkaan ole enää irtisanomisen/työsuhteen päättämisen valmistelua, vaan se on osa irtisanomisperusteen harkintaa. Varoitus voidaan ottaa huomioon ainakin vuoden takaa⁶¹⁶ arvioitaessa seuraavaa työntekijän samankaltaista rikkomista.⁶¹⁷ Varoitus ei ole

mahdollisesti syntyneelle oikeussuojan tarpeelleen, asiaa koskeva kanne on jätettävä tutkimatta. Hovioikeuskäytännössä (esim. Turun HO 24.4.1998 S 97/1358; Helsingin HO 6.7.2010 S 10/1014) on asiaa arvioitu samoin kuin korkeimmassa oikeudessa.

⁶¹⁴ Jos kanne perusteettomasta varoituksesta nostetaan nopeasti, oikeudenkäynnissä ei esimerkiksi ole mahdollista tietää, vetoaako työnantaja antamaansa varoitukseen.

⁶¹⁵ Koskinen, Nieminen & Valkonen 2012: 520–521, 542.

⁶¹⁶ Noin vuoden vanhoihin varoituksiin on voitu vedota. Jos varoituksesta on kulunut pitkäaikoinen aika, sillä ei välttämättä ole arvioinnissa merkitystä. Varoitus vanhentuu sopimusrikkomuksen luonteen perusteella *in casu* (esim. korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 1989:95 jopa yli kuusi viikkoa vanha varoitus oli kyseisessä tapauksessa menettänyt merkityksensä). Koskinen, Nieminen & Valkonen 2012: 72–73, 546; Koskinen 2005: 24.

⁶¹⁷ Jos työsopimuslain oikeuskäytännössä on noin vuotta kuitenkin pidetty eräänlaisena rajana, niin viranhaltijan osalta myöskään vanhoille varoituksille ei voitaisi antaa samanlaista merkitystä. Jos varoituksen/varoitusten tulee olla irtisanomisen oikeellisuuden arvioinnin näkökulmasta riittävän tuoreita, mahdollistaa tämä rajoitettu ajallinen etäisyys varoituksen ja irtisa-

tällöin menettänyt merkitystään, vaikka siinä riidassa päättämistä ei olekaan tapahtunut. On ymmärrettävää, että turhia oikeudenkäyntejä ei ole syytä edistää, mikä osaltaan perustelee sitä, että työntekijä ei voi nostaa kannetta saamastaan varoituksesta ja sen oikeellisuudesta. Kannekelpoisuuden työntekijän kohdalla ei tarvitse kuitenkaan olla saman kuin valituskelpoisuuden viranhaltijan yhteydessä. Toisaalta vahvistuskannekin eräänlaisena kannetyyppinä on olemassa.

Työsopimussuhteisen henkilön kohdalla varoituksen kohde liittyy konkreettisesti työtehtävien hoitamiseen ja työnantajalla on myös ennen irtisanomista velvollisuus selvittää työntekijän uudelleen sijoittamista. Viranhaltijan tilanne poikkeaa jossain määrin tästä,⁶¹⁸ vaikka myös kunnallisen viranhaltijalain 35 §:n 4 momentin mukaan työnantajan on ennen irtisanomista selvitettävä, olisiko irtisanominen vältettävissä sijoittamalla viranhaltija muuhun virkasuhteeseen.⁶¹⁹ Kovin laajamittainen uudelleen sijoittaminen on kuitenkin viranhaltijan aseman kannalta virkamieshallintoperiaatteen peruslähtökohdista vierasta. Viranhaltijalla on virantoimitusvelvollisuus ja myös toimivaltarajat ovat ns. jäykät kunnan hallinnon otto-oikeuspoikkeuksineen. Viranhaltijalla on itsenäinen virkatehtävien suorittamisvelvollisuus.

Viranhaltijoita ei tulisi kuitenkaan rinnastaa kuntien työntekijöihin vaan ennemmin valtion virkamiehiin. Virat on perustettu julkisen vallan käyttöä varten. Virkamieshallintoperiaate edellyttää edelleen, että julkista valtaa sisältäviä tehtäviä hoidetaan virkasuhteessa. Tähän liittyy myös ajatuksellisesti virassa pysymisen

nomisen välillä myös varoituksen aiheellisuuden tutkimisen. Jos viranhaltijan kohdalla ajallinen etäisyys varoituksen ja irtisanomisen välillä katsotaan työntekijää pidemmältä ajalta, lisää tämä myös tarpeita varoituksen aiheellisuuden erillisestä tutkimisesta. Kyse on siitä, voiko myös viranhaltijan saaman varoituksen voimassaolo lakata tietyn ajan kuluttua. Virkamiehen asema taas edellyttäisi sitä, että varoituksen ajallinen etäisyys irtisanomiseen voisi olla myös pitempi kuin työntekijän kohdalla. Oikeuskäytännössäkin on annettu merkitystä kolmen vuoden takaisille varoituksille ja virantoimituksesta määräaikaaisesti erottamiselle. KHO 8.12.1989/4456 (KHO 1989 A 43). Eräs näkökohta on myös se, että viranhaltijoiden kohdalla varoituksen voimassaolon näkökulmasta voi syntyä vaikeammin viranomaiskohtaista tai yleensä hallinnonalan kohtaista käytäntöä kuin työntekijöiden kohdalla pelkästään määrällisten tekijöiden vuoksi.

⁶¹⁸ Virantoimituksen ulkopuolella viranhaltijalle ei lähtökohtaisesti voida asettaa suurempia käyttäytymisvaatimuksia kuin muille kansalaisille. Kunnallisen viranhaltijalain 17 § edellyttää, että viranhaltijan on suoritettava virkasuhteeseen kuuluvat tehtävät asianmukaisesti ja viivytyksettä noudattaen asianomaisia säännöksiä ja määräyksiä sekä työnantajan työnjohto- ja valvontamääräyksiä. Viranhaltijan on toimittava tehtävässään tasapuolisesti ja käyttäytyttävä asemansa ja tehtäviensä edellyttämällä tavalla. Toisaalta joissakin tapauksissa sekä viranhaltija että virkamies on saatettu irtisanoa vapaa-ajalla tapahtuneen rikokseen syyllistymisen perusteella. Vapaa-ajan käyttäytymisenkin moitittavuuden tulee siis liittyä viranhoitoon. Ks. Koskinen & Kulla 2009: 165, 167, 184.

⁶¹⁹ Koskinen & Kulla 2009: 299.

oikeus. Jos tällaista ei ole, se antaa mahdollisuuden ulkopuolisten tahojen vaikutusvaltaan viranhaltijan toimintaan ja ratkaisuihin. Viranhaltijoihin liittyy myös erilaisia käyttäytymisvelvoitteita kuin työntekijöihin. Virkamieshallintoperiaatteeseen liittyvät tekijät puoltavat annetun varoituksen valituskelpoisuutta.

5. *Entä viranhaltijan oikeusturva ja asian päättäminen?*

Annettaessa valtion virkamiehelle virkamieslain (750/1994) 24 §:ssä säänneltyä varoitusta menettelyyn sovelletaan hallintolain säännöksiä. Huomautuksen antamiseenkin sovelletaan hallintolain säännöksiä, vaikka se ei valituskelpoinen.⁶²⁰ Sen sijaan oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että edes kuulemisvelvoitetta ei ulotettaisi kunnan viranhaltijan kohdalla varoituksen antamiseen, koska hallintolaki ei tule sovellettavaksi hallintolain 4 §:n 1 momentin mukaan.⁶²¹

Viranhaltijan oikeusturva edellyttäisi ennen varoituksen antamista hänen kuulemistaan, ja varoitus tulisi olla myös perusteltu.⁶²² Varoituksen muotovapausajattelu kunnan viranhaltijan kohdalla tuo tähän omat rajoitteensa, mutta vaikuttaa siltä, että kun annettavalta varoituksesta ei edellytetä kirjallista muotoa, tähän on suoraan liitetty oikeusvaikutuksia. Hallintolain soveltamisalan rajauksen perusteella sitä ei sovelleta virkakäskyyn (sotilaskäskyasioihin eikä muihin tehtävän tai muun toimenpiteen suorittamista koskeviin hallinnon sisäisiin määräyksiin), mutta varoituksen antaminen ei ole luonteeltaan tyypillinen virkakäsky. Hallintolain soveltamiskysymyksen taustalla näkyy myös se tulkinnallinen ongelma, että jos varoitus katsotaan valituskelvottomaksi, niin perustuuko valituskelpoisuuden puute siihen, että kyseessä on virkakäsky vai siihen, että kyseessä on valmisteleva toimi? Hallintolain soveltaminen sinänsä ei ole riippuvainen lopputuloksen valituskelpoisuudesta vaan sen soveltamisala on laajempi.

Kunnallisen viranhaltijan saaman varoituksen kohdalla edellytetään nopeaa reagointia. Varoituksen antamismahdollisuus saattaa vanhentua.⁶²³ Toisaalta ei ole kuitenkaan riittävästi kiinnitetty huomiota siihen, milloin annettu varoitus irtisa-

⁶²⁰ Bruun, Mäenpää & Tuori 1995: 233, liittyen silloisen hallintomenettelylain soveltamiseen, jonka soveltamisalan ollessa kaksijakoinen, se tuli sovellettavaksi vain lähinnä hallintopäätöksen tekemiseen loppuvaan menettelyyn toisin kuin nykyinen hallintolaki, jonka yleinen soveltamisala on laajempi.

⁶²¹ Koskinen & Kulla 2009: 248; Kulla 2006: 1172.

⁶²² Myös PL 21 §:ään tukeutuen hallintolain 34 §:n vaatimus kuulemisesta on olennainen sekä oikeusturvaa takavana periaatteena että korostaessaan yksilön vaikuttamismahdollisuuksia sekä edistäessään asian huolellista ja tasapuolista selvittämistä. Ks. HE 72/2002 vp, 34 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

⁶²³ Koskinen & Kulla 2009: 247.

nomisperusteena vanhentuu. Pitkä vanhentumisaika lisää tarvetta selvittää varoituksen oikeellisuus tuoreeltaan. Ongelmana on myös se, että varoituskäytännön yhdenvertaisuuteen on myös muuten vaikea puuttua.

Jos huomautusta pidetään ns. työnjohdollisena toimenpiteenä,⁶²⁴ varoitus ei voine enää olla pelkästään tätä. Varoitusta pidetään kiistatta irtisanomista lievempänä toimenpiteenä ja ensisijaisena keinona irtisanomiseen nähden.⁶²⁵ Lievempänä toimenpiteenä sille tulisi voida antaa myös itsenäinen merkitys. Kun viranhaltijalain 35 §:n 3 momentin mukaan pääsääntöisesti on ennen irtisanomista annettava viranhaltijalle varoitus ja siten mahdollisuus korjata menettelynsä, viranhaltijan oikeusturvan tarve edellyttäisi joissakin tilanteissa varoituksen perusteen (onko viranhaltija vakavasti rikkonut tai laiminlyönyt laista tai määräyksistä johtuvat, virkasuhteeseen olennaisesti vaikuttavat velvollisuutensa tai ovatko henkilöön liittyvät työntekoodellytykset niin olennaisesti muuttuneet, ettei viranhaltija enää kykene selviytymään tehtävistään) tutkimista tuomioistuimessa. Varoitushan voi olla aiheeton, jopa laiton, ja viranhaltija irtisanomisen uhalla joutuu harkitsemaan sitä, mukautuuko hän tilanteeseen.

Varoituksen antaminen lain sanamuodon mukaan tulee kysymykseen virkasuhteesta johtuvien velvollisuuksien rikkomisen tai niiden laiminlyönnin johdosta. Jos viranhaltijan rikkomus on niin vakava, että hänen olisi ilman varoitustakin tullut ymmärtää menettelynsä moitittavuus, varoituksen antaminen ei ole irtisanomisen edellytyksenä. Varoitukseen tavallaan sisältyy idea siitä, että työnantaja esittää käsityksensä asiasta, jonka jälkeen viranhaltijan tulee ymmärtää asian laita.⁶²⁶ Tästä huolimatta varoituksen antamista on pidetty viranhaltijalain mukaisena valmistelupäätöksenä, jota koskevaa valitusta ei ole oikeuskäytännössä tutkittu. Tarkoitushan on, että varoitus päättää asian siinä vaiheessa. Se ei ole luonteeltaan irtisanomista ennakoiva toimi, vaan hallinto-oikeudellisen suhteellisuusperiaatteen mukaisesti irtisanomista lievempi seuraus vakavaa lievemmästä virheestä tai laiminlyönnistä.

Valitusoikeuden rajoja hallintoasioissa on perinteisesti kuvattu ilmaisulla ”sillä, jolla on oikeussuojan tarvetta”. Lähtökohdalla on merkitystä myös valituskelpoisuuden rajaajana. Sellaisista asioista tulisi olla oikeus hakea muutosta, jossa henkilöllä on ”oikeussuojan tarvetta”. Kun tarkastellaan viranhaltijalle annetun varoituksen merkitystä hallintolainkäytön oikeusturvafunktion näkökulmasta, viranhaltijalain

⁶²⁴ Ks. myös vanhemmasta ratkaisukäytännöstä. AOK 19.02.1999 727/1/97 (Opettajalle annettu työnjohdollinen huomautus).

⁶²⁵ Hirvonen & Mäkinen 2006: 241, 264–265.

⁶²⁶ Hirvonen & Mäkinen 2006: 276.

tijan oikeusturva vaikuttaisi vaativan varoituksen valituskelpoisuuden hyväksymistä. Varoitus ei ole perusluonteeltaan vain valmisteleva toimi, vaan varoituksen antamisen päättää sillä hetkellä asian käsittelyn viranomaisessa. Kyseessä ei ole myöskään pelkkä virkakäsky, jolta tosin kuntalain sanamuodon mukaisesti ei, kuten hallintolainkäyttölaissa, suoraan evätä valituskelpoisuutta, vaikka tulkintakäytäntö on samansuuntainen. Valtion virkamieslain mukaanhan varoituksen antaminen on taas valituskelpoinen erikseen säänneltynä, vaikka sitä ei kuitenkaan välttämättä edes rinnasteta virkakäskyyn.

Olisiko hallintolainkäytön oikeusturvafunktion toteutumiseksi esitettävissä tilanteita, joissa varoituksen antamisen peruste tulisi voida saattaa tuomioistuimen ratkaistavaksi. Aikaisemmasta julkaistusta käytännöstä, jolloin kirjallisesta varoituksesta pystyi hakemaan vielä muutosta valittamalla, on löydettävissä esimerkiksi Turun hallinto-oikeuden ratkaisu 08.11.2002 02/0612, jossa tutkittiin varoituksen antamisen oikeutus tilanteessa, jossa kunnallinen viranhaltija oli kieltäytynyt lääkärintarkastuksesta.⁶²⁷ Edelleen työkyvyn arviointiin määrääminen on katsottu valituskelpoiseksi.⁶²⁸ Viranhaltijan oikeussuojan tarpeellisuutta voidaan arvioida myös valtion virkamiesten saamien varoitusten aiheettomuuksilla ja niiden antamiseen liittyvien tilanteiden oikeussuojan tarpeilla.

⁶²⁷ Kaupunginkanslian henkilöstöjohtaja oli terveydenhuoltosäännön nojalla määrännyt ammattikorkeakoulun lehtorin lääkärintarkastukseen ja psykologiseen jatkotutkimukseen tarkoitukseen selvittää lehtorin työkyky opetustehtäviin. Lehtorin kieltäytyttyä menemästä jatkotutkimukseen, kaupunginhallituksen henkilöstöjaosto oli antanut hänelle kirjallisen varoituksen virkavelvollisuuksien vastaisesta toiminnasta. Hallinto-oikeus katsoi, että viranhaltijan määrääminen em. tarkastukseen ja tutkimukseen on puuttumista hänen perustuslaissa säädettyyn henkilökohtaiseen koskemattomuuteensa. Tällaisen määräyksen antamisen tulee siten perustua laissa säädettyyn perusteeseen. Päätöksiä tehtäessä voimassa olleessa laissa ei ollut säännöksiä, joiden nojalla kunnan viranhaltija voidaan määrätä alistumaan tarkastukseen tai tutkimukseen tilanteessa, jossa työnantaja epäilee viranhaltijan työkykyä muusta kuin työterveyshuoltolaissa säädetystä syystä. Perustuslain säännös huomioon ottaen päätöksiä ei voitu tehdä pelkästään terveydenhuoltosäännön nojalla. Henkilöstöjohtajan päätökset olivat siten lainvastaisia. Turun hallinto-oikeus viittasi perustuslain 7 § 1 ja 3 momenttiin, 80 § 1 momenttiin ja 107 §:ään.

⁶²⁸ Helsingin HAO 16.02.2011 11/0169/2 työkyvyn arviointiin määräämistä ei pidetty vain 91 §:n mukaisena työnjohdollisena toimenpiteenä, josta ei voinut tehdä valitusta, koska viranhaltijalain 19 §:n mukaisiin terveydentilaa koskeviin tutkimuksiin määräämisen katsottiin puuttuvan perustuslain 7 §:ssä turvattuun yksilön henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen. Työkyvyn selvittämistä koskevalla määräyksellä oli siten sellainen vaikutus viranhaltijan oikeuteen ja velvollisuuteen, että hänellä oli oikeus saattaa asia muutoksenhakuelimen tutkittavaksi. Tämän vuoksi ja kun muutoksenhakuoikeutta työkyvyn selvittämistä koskevaan määräykseen ei ollut laissa rajoitettu, hallinto-oikeus katsoi, että kaupungin viranomaisen määräys viranhaltijan työkyvyn selvittämisestä oli muutoksenhakukelpoinen päätös. Korkein hallinto-oikeus pysytti päätöksen (KHO 29.4.2011 T 1168).

6. Valtion virkamies – varoituksen valituskelpoisuus

Valtion virkamieslain 24 §:n mukaan virkamiehelle, joka toimii vastoin virkavelvollisuuksiaan tai laiminlyö niitä, voidaan antaa kirjallinen varoitus.⁶²⁹ Varoitus voidaan antaa myös, jos virkamies jättää noudattamatta työnjohto- ja valvontamääräyksiä.⁶³⁰ Virkamieslain 53 §:n 2 momentin mukaan päätökseen, jolla muu viranomainen kuin valtioneuvosto on antanut muulle virkamiehelle kuin tuomarille varoituksen, saadaan hakea muutosta virkamieslautakunnalta.⁶³¹ Muutoksenhaku tuomarille annettavasta kirjallisesta varoituksesta säädetään erikseen virkamieslain 53 a §:ssä. Valtion virkamieslain näkökulmasta kirjallinen huomautus eroaa erikseen säädetystä kirjallisesta varoituksesta. Huomautuksen antamista, kirjallisesti tai suullisesti, pidetään hallinnollisen esimiehen yleiseen työnjohto- ja valvontavaltaan kuuluvana toimenpiteenä, josta ei ole laissa menettelysäännöksiä. Asianmukaisena on pidetty sitä, että huomautuksesta on ilmeistä, että kysymys ei ole valtion virkamieslain 24 §:ssä säädetystä kirjallisesta varoituksesta.⁶³²

Irtisanominen ei edellytä valtion virkamieslain mukaan kirjallisen varoituksen antamista, mutta tätä pidetään suositeltavana. Kirjallisen varoituksen katsotaan myös valtion virkamiehelle antavan mahdollisuuden korjata käyttäytymistään. Jos moitittava toiminta on jatkuvaa, varoitus on suositeltava ennen irtisanomista.⁶³³ Virkasuhteen irtisanominen ei edellytä, että virkamiehelle olisi annettu varoitus, jos erityisen painava syy on olemassa.⁶³⁴ Aikaisemmin annettuja kirjallisia varoi-

⁶²⁹ Varoituksen perusteen muodostuva virkavelvollisuuden vastainen toiminta eli virkavelvollisuuden rikkominen tai laiminlyönti voi ilmetä useilla eri tavoin. Virkamieslautakunnan käyttämien asianajajien perusteella kyseessä voi olla käyttäytymisvelvollisuuden rikkominen, luvaton poissaolo, myöhästely, palvelurikkomus, poissaoloilmoituksen tekemättä jättäminen, rikostuomio, sopimaton käyttäytyminen, työaikojen noudattamatta jättäminen, työnjohtomääräysten sivuuttaminen, työtehtävien laiminlyönti, työtehtävistä kieltäytymien ja yhteistyövaikeudet. Launiala & Laaksonen 2011: 3.

⁶³⁰ Bruun, Mäenpää & Tuori 1995: 233.

⁶³¹ Mahdollisesti muutoksenhaku tapahtuu tulevaisuudessa hallinto-oikeudelta. HE 61/2011 vp: 6-7. Näin hallinto-oikeus tutkisi valtion virkamiesten saamia varoituksia lain mukaan, mutta valituskelpoisuuden tulkinnallisen rajoittamisen jälkeen ei kunnallisen viranhaltijan saamia.

⁶³² Esim. AOK 25.03.2009 OKV/679/1/2007 (Hyvän hallinnon mukainen menettely annettaessa kirjallinen huomautus).

⁶³³ Arvot arjessa – virkamiehen etiikka. Valtionhallinnon käsikirja: 24–25. Varoituksen antaminen ennen irtisanomista vahvistaa käsitystä laillisesta irtisanomisperusteesta; esimerkiksi todetaan, että virkamiehelle annettu kirjallinen varoitus ja muut työnantajan toimenpiteet asiassa eivät olleet kuitenkaan johtaneet tilanteen korjaantumiseen. Virkamieslautakunta 21.11.2008 asia 10/2008. Varoituksen antamista ei ole virkamieslaissa kuitenkaan säädetty irtisanomisen edellytykseksi. Tämän vuoksi irtisanomispäätöstä ei tehnyt lainvastaiseksi se, että irtisanomisen perusteena oli sama menettely, josta virkamiestä oli aiemmin kirjallisesti varoitettu ja tätä koskevaa valitusta ei ollut irtisanomispäätöstä tehtäessä vielä ratkaistu. Virkamieslautakunta 24.10.2008 asia 33/2009.

⁶³⁴ Virkamieslautakunta 4.4.2001 asia 98/2000.

tuksia tai vakavia huomautuksia voidaan käyttää perusteena arvioitaessa irtisanomisen laillisuutta myös valtion virkamiehen kohdalla, mutta niiden tulee olla samantyyppisiä laiminlyöntejä⁶³⁵ sekä varoitukset tulee olla annettu laillisessa järjestyksessä. Myös aikaisemmin annetun varoituksen menettelyoikeudellinen laillisuus on voitu ottaa huomioon irtisanomispäätöksen yhteydessä.⁶³⁶

Valtion virkamiehen saaman varoituksen perusteena ollutta rikkomusta tai laiminlyöntiä ei yleensä voida ottaa osaksi irtisanomisperustetta, koska varoitus annetaan vastaisen varalle ja on oma seuraamuksensa.⁶³⁷ Virkamieslautakunnan ratkaisukäytännön valossa kuitenkin näyttää siltä, että varoitusten lukuisuudelle annetaan irtisanomista legalisoivaa merkitystä.

Varoituksella puututaan sellaiseen moitittavaan menettelyyn, joka ei ole virkamiehen irtisanomisperuste. Vaikka varoituksen antamista ennen irtisanomista ei lain mukaan edellytetä, hallinnon suhteellisuusperiaate huomioon ottaen olisi ennen virkasuhteen päättämiseen turvautumista yleensä annettava varoitus virheellisestä menettelystä tai laiminlyönnistä. Vasta, jos tämä ei johda tulokseen, voidaan käyttää ankarampia menettelymuotoja. Nykyisen valtion virkamieslainkaan mukaan varoitus ei ole kurinpitomenettelyä.⁶³⁸

Valtion virkamieslain mukaisessa kirjallisen varoituksen antamisessa on katsottu olevan kyse määrämuotoisesta menettelystä.⁶³⁹ Ennen kirjallisen varoituksen antamista virkamiestä on kuultava asiassa. Kuulemisen tulee tapahtua hallintolain mukaisesti. Kuultavan on saatava nähtäväkseen ja kommentoitavakseen sellaiset selvitykset, joilla saattaa olla merkitystä kirjallisen varoituksen antamisen kannalta.⁶⁴⁰ Varoituksen antamista koskevasta päätöksestä tulee yksilöidysti käydä ilmi varoituksen antamisen perusteena olevat tapahtumat. Päätöksestä tulee käydä ilmi, millä perusteella kirjalliselle varoitukselle laissa säädetyt edellytykset täyty-

⁶³⁵ Merkitystä annetaan sille, ovatko varoitukset perustuneet samantyyppiseen toimintaan. Esimerkiksi vapaa-aikana tapahtuneen rattijuopumuksen kohdalla aiemmin annettua varoitusta ja vakavaa huomautusta ei voitu pitää perusteena arvioitaessa irtisanomisen laillisuutta, kun ne olivat annettu poissaolosta virantoimituksesta ilman hyväksyttävää syytä. Virkamieslautakunta 13.4.2007 asia 98/2006.

⁶³⁶ Koska varoituksen antamisessa oli tapahtunut menettelyvirhe, ei annettua varoitusta virkamiehen myöhemmän irtisanomisen lainmukaisuutta arvioitaessa voitu tulkita hänelle annettuna valtion virkamieslain 24 §:ssä tarkoitettuna kirjallisen varoituksena. Menettely voitiin kuitenkin ottaa huomioon annettuna huomautuksena. Virkamieslautakunta 04.03.2005 asia 82/2004.

⁶³⁷ Koskinen, Kulla 2009: 245. Ks. myös Koskinen 2006: 4.

⁶³⁸ Bruun & Mäenpää & Tuori 1995: 231-232. HE 291/1993 vp: 30, 35.

⁶³⁹ Varoituksen tulisi tapahtua menettelyllisesti oikein selvittämisen, kuulemisen ja perustelemisenkin näkökulmasta. Launiala & Laaksonen 2011: 10-17.

⁶⁴⁰ Virkamieslautakunta 25.3.2011 asia 17/2010.

vät ja päätöksen suhteellisuusperiaatteen mukaisuus. Päätös on perusteltava hallintolain 45 §:ssä säädetyllä tavalla.⁶⁴¹

Valtionhallinnossa varoituksen antamispäätöksiä on kumottu kuulemisvirheiden vuoksi. Valtion virkamiehellä tulee olla oikeus tulla kuulluksi valtion virkamieslain 66 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla ennen varoituksen antamista. Kuulemisessa tulee menetellä hallintolain 34 §:n ja 36 §:n mukaisesti.⁶⁴² Kuulemisen osalta täytyy olla selvää, että se tapahtuu varoitukseen liittyen,⁶⁴³ kuulemisella tulee olla reaalin selvittämisen aikomus, virkamiehelle tulee varata riittävästi aikaa valmistautua kuulemistilaisuuteen⁶⁴⁴ ja häntä tulee kuulla myös selvityksistä hallintolain mukaisesti.⁶⁴⁵ Varoituksia on kumottu myös sen vuoksi, että henkilön mahdollista tekoa oli saatettu pitää moitittavana, mutta niin vähäisenä, että kirjallisen varoituksen antaminen olisi niissä olosuhteissa ollut kohtuuton seuraamus⁶⁴⁶ tai varoitus oli annettu yleensä ilman lainmukaista perustetta⁶⁴⁷ tai riittävää näyttöä.⁶⁴⁸ Virkamiehen käyttäytymisen tulee olla myös objektiivisesti arvioiden moitittavaa.⁶⁴⁹ Varoituksen antamiseen tulee ryhtyä kohtuullisen ajan kuluttua, jona ei ole pidetty yli kahdeksaa kuukautta moitittavan tapahtuman jälkeen.⁶⁵⁰ Valtion virkamiehille, kuten poliiseille ja rajavartiolaitoksen henkilökunnalle, on katsottu

⁶⁴¹ Virkamieslautakunta 11.3.2011 asia 31:2010.

⁶⁴² Esim. virkamieslautakunta 7.5.2010 asia 86/2009; virkamieslautakunta 16.1.2009 asia 5/2008; virkamieslautakunta 5.12.2008 asian 112/2007. Varoituksen antaneen viranomaisen mukaan poissaolo kokouksesta ei olisi yksittäisenä tapahtumana johtanut varoituksen antamiseen vaan varoitus oli annettu, koska virkatehtävien hoidossa oli ollut puutteita, joista häntä oli aikaisemmin huomautettu suullisesti. Virkamiestä oli kuitenkin varoitusta annettaessa kuultu ainoastaan kokouspoissaolosta eikä muusta moitittavasta käyttäytymisestä, näin ollen varoitusta ei ollut voitu antaa päätöksestä ilmenevällä perusteella.

⁶⁴³ Virkamieheen kohdistetun vaatimuksen oikeudellisesta luonteesta ei saa olla epäselvyyttä. Virkamieslautakunta 26.1.2007 asia 40/2006; virkamieslautakunta 27.4.2007 asia 79/2006.

⁶⁴⁴ Esim. virkamieslautakunta 2.6.2006 asia 95/2005.

⁶⁴⁵ Jos virkamiehen kuulemisen jälkeen asiaa edelleen selvitetään lausunnoin ja kirjein, tulee viranomaisen uudelleen varata virkamiehelle tilaisuus esittää kirjallisesti tai suullisesti mielipiteensä asian ratkaisuun vaikuttaneista asiakirjoista. Virkamieslautakunta 4.4.2008 asia 72/2007.

⁶⁴⁶ Virkamieslautakunta 7.5.2010 asia 85/2009; virkamieslautakunta 27.2.2009 asia 47/2008. Eräissä tapauksissa virkamieslautakunta totesi kyseen olleen vain yksittäisestä tapauksesta, eikä henkilön toiminnassa ollut esitetty olleen aikaisemmin tältä osin moitittavaa. Annettua kirjallista varoitusta pidettiin liian ankarana seuraamuksena menettelyyn nähden. Virkamieslautakunta 15.5.2009 asia 76/2008. Tapaukset ovat saattaneet tapahtua myös samana päivänä siten, että niitä on pidettävä yksittäisenä tapauksena ja siten kirjallisen varoituksen antamista on saatettu pitää liian ankarana seuraamuksena suhteessa teon moitittavuuteen. Virkamieslautakunta 16.6.2006 asia 72/2005. Myös esim. Virkamieslautakunta 21.4.2006 asia 45/2005.

⁶⁴⁷ Virkamieslautakunta 13.4.2007 asia 58/2006; virkamieslautakunta 5.5.2004 asia 91/2003; virkamieslautakunta 29.10.2003 asia 45/2003; virkamieslautakunta 25.11.1998 asia 16/98.

⁶⁴⁸ Esim. virkamieslautakunta 24.2.2006 asia 53/2005.

⁶⁴⁹ KHO 2009:225; virkamieslautakunta 8.2.2008 asia 50/2007.

⁶⁵⁰ Virkamieslautakunta 1.6.2007 asia 94/2006; virkamieslautakunta 4.3.2005 asia 59/2004.

voitavan antaa varoituksia myös heidän vapaa-ajan toimiensa ts. yksityiselämän käyttäytymisen perusteella.⁶⁵¹

Muutoksenhaun kohteina valtion virkamiehille annetuissa kirjallisissa varoituksissa ovat olleet tiivistetysti seuraavat asiat:

- a) menettelyvirheet kirjallisen varoituksen antamisessa⁶⁵² (lähinnä asianmukaisen kuulemisen laiminlyönti,⁶⁵³ mutta myös varoituksen riittävä yksilöinti perustellun ratkaisun muodossa⁶⁵⁴ ja esteellisyyssäännökset⁶⁵⁵),
- b) perusoikeusloukkaukset,⁶⁵⁶
- c) varoitusta annettaessa harkintavallan asiallinen käyttö (hallinto-oikeuden oikeusperiaatteiden, erityisesti suhteellisuusperiaatteen,⁶⁵⁷ mutta myös yhdenvertaisuusperiaatteen⁶⁵⁸ huomioon ottaminen) ja
- d) virkamiehetä edellytettävän asianmukaisen käyttäytymisen rajat vapaa-aikanaan.⁶⁵⁹

Valtion virkamiehille on annettu usein varoituksia, jotka muutoksenhaun seurauksena ovat tulleet lainvastaisina poistetuiksi. Heillä on ollut oikeussuojatarpeita, joihin muutoksenhakuoikeuden olemassaolon vuoksi on saatu ulkopuolisen tahon perusteltu kannanotto.

⁶⁵¹ Virkamieslautakunta 14.1.2011 asia 16/2010; virkamieslautakunta 27.8.2010 asia 13/2010.

⁶⁵² Myös kuntien virkamiehiin kohdistettuja kurinpitorangeistuksia kumottiin aikaisemmin menettelyvirheiden vuoksi. Esim. KHO 29.10.1990/3682 (KHO 1990 A 36).

⁶⁵³ Virkamieslautakunta 4.4.2008 asia 47/2007. Virkamieslautakunta on korostanut muun muassa sitä, että kuulemisen tarkoituksena on lisätä virkamiehen oikeusturvaa ja vaikuttamismahdollisuuksia sekä edistää asian selvittämistä. ”Tämä huomioon ottaen päätös kirjallisen varoituksen antamisesta ei saa todellisuudessa olla tehtynä jo ennen kuulemistä vaan kuulemistilaisuuden varaamisen on oltava todellista. Asiassa saadun selvityksen perusteella oli ollut ilmeistä, että päätös kirjallisen varoituksen antamisesta oli tosiasiallisesti tehty jo etukäteen. Näin viranomaisen päätös oli syntynyt virheellisessä järjestyksessä.

⁶⁵⁴ Esim. virkamieslautakunta 7.4.2006 asia 71/2005. Varoituksen antamista koskevasta päätöksestä tulee yksilöidysti käydä ilmi varoituksen antamisen perusteena olevat tapahtumat. Yleisluontoinen viittaus virkamiehen velvollisuuksiin ei ole riittävä. Virkamieslautakunta 14.1.2004 asia 23/2003.

⁶⁵⁵ Virkamieslautakunta 27.8.2010 asia 111/2009.

⁶⁵⁶ Esillä on ollut muun muassa perustuslain 12 § 1 momentin ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan sananvapauden rajat esim. KHO 3.3.2011/516 (KHO 2011:19).

⁶⁵⁷ Virkamieslautakunta 26.11.2003 asia 24/2003; virkamieslautakunta 98.05.2002 asia 12/2002.

⁶⁵⁸ Virkamieslautakunta 26.11.2010 asia 34/2010; virkamieslautakunta 05.12.2008 asia 1010/2007. Jälkimmäisessä tapauksessa ei ollut kuitenkaan ilmennyt, että virkamiestä olisi hänen esittämillään perusteilla kohdeltu yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaisesti.

⁶⁵⁹ Hirvonen & Mäkinen 2006: 149–150.

7. Oikeussuojan tarve varoituksen antamisen yhteydessä

Kunnallisen viranhaltijan asettamiselle eri asemaan valtion virkamieheen nähden varoituksen valituskelpoisuuteen liittyvien oikeusturvatarpeiden osalta ei löydy perusteltua syytä. Se, että irtisanomisen edellytyksenä pidetään lain mukaan pääsääntöisesti varoituksen antamista, mitä edellytystä valtion virkamieslain mukaan ei ole (mutta lähtökohtaisesti suositellaan), ei voi poistaa varoituksen antamisratkaisuun liittyviä oikeusturvatarpeita viranhaltijan kohdalla. Yksittäinen tapahtumakulku päätetään varoitukseen. Muutoin varoitus olisi vain ilmoitus tulevasta irtisanomisesta,⁶⁶⁰ mitä varoitus ei luonteeltaan ole.⁶⁶¹ Todettakoon, että erityislainsäädännön mukaan valvovan viranomaisen antama varoitus on yleensä valituskelpoinen.⁶⁶²

Valituskelpoisuudesta luopuminen on saattanut osittain liittyä annettavan varoituksen muotovapauteen. Aikaisemmin varoitusmenettelyyn kurinpidonrangaistuksen luonteen mukaisesti kuului ensi vaiheessa päätös kurinpitomenettelyn viireiltulosta ja toiseksi vasta päätös kurinpitorangeistuksesta.⁶⁶³ Voidaan kuitenkin kysyä, poistaako muotovapaus oikeussuojan tarpeen, vai onko kyse sittenkin hallintopäätöksestä, johon liittyisi oikeussuojatarpeita.

⁶⁶⁰ Vaikka valtion virkamiehen saamaa varoitusta pidetäänkin valituskelpoisena, on oikeuskirjallisuudessa katsottu, että ei edes valtion virkamiehelle annettavan varoitusta koskevan päätöksen tarkoituksena ole ratkaista yksittäistä oikeusriitaa tai vahvistaa, mitä yksittäistapauksessa on pidettävänä oikeana. Varoituksen tarkoitus on ennen kaikkea kiinnittää virkamiehen huomiota hänen menettelyynsä, jota viranomaisen pitää virkavelvollisuuksien vastaisena. Virkamiehen ja viranomaisen myöhemmän yhteistyön sujuvuuden kannalta on lisäksi merkityksellistä, että viranomaisen perusteluillaan kykenee vakuuttamaan virkamiehen ratkaisun oikeellisuudesta. Perustelut antavat virkamiehelle myös mahdollisuuden arvioida, onko hänellä tarvetta hakea asiassa muutosta. *Launiola & Laaksonen* 2011: 17.

⁶⁶¹ Myös esimerkiksi Vaasan hovioikeus (20011: 8) on ratkaisussaan korostanut nimenomaan varoituksen ennaltaehkäisevää luonnetta. Varoituksen tarkoituksena on kohdistaa virkamieheen moite virkavelvollisuuksien vastaisen menettelyn johdosta ja ennaltaehkäistä menettelyn toistuminen. Varoituksen rangaistukselliset ja ennaltaehkäisevät piirteet liittyvät virkamiehen ja työnantajan väliseen virkasuhteeseen. Yleisempää rangaistuksellista vaikutusta varoituksella ei ole kuitenkaan Vaasan hovioikeudenkaan näkökulmasta eikä varoitusta ole katsottava rikosoikeudelliseksi seuraamukseksi perustellen tätä muun muassa sillä, ettei varoitus ole seuraamuksena ankara. Vaasan hovioikeuden ratkaisu liittyi valtion virkamieslain 24 §:n perusteella annettuun varoituksen ja *ne bis in idem* -säännön soveltamiseen.

⁶⁶² Vrt. esim. KHO 7.2.2005/246 (KHO 2005:13). Terveystieteiden tutkimuskeskuksen terveydenhuollon ammattihenkilöstöstä annetun lain (1994/559) 33 §:n varoituksen perusteen tutkiminen. Sen sijaan eduskunnan oikeusasiamiehen ja valtioneuvoston oikeuskanslerin antamia huomautuksia ei ole pidetty valituskelpoisina. Ks. Kuusikko 2010: 397–401; Eduskunnan oikeusasiamiehen lausunto 11.4.2011 Dnro 549/4/11 mietinnöstä ”Oikeudenkäynti hallintoasioissa, Prosessityöryhmän mietintö.” Kyse on nimenomaan huomautuksista ei varoituksesta.

⁶⁶³ Sainio 1987: 147–149. Kurinpitorangeistus annettiin tiedoksi erityistiedoksiantona, josta lähti kulumaan valitusaika. Sainio 1987: 150.

Viranhaltijan oikeussuojan tarve voisi edellyttää varoituksen perusteen oikeellisuuden tutkimista heti tuoreeltaan. Samoin jos varoituspäätöksen oikeudellinen sisältö on epäselvä, tulisi tämä pystyä saattamaan riippumattoman lainkäyttöelimen tutkittavaksi.⁶⁶⁴ Asiaan vaikuttaa myös inhimillinen näkökulma varoituksen vaikutuksesta yleisesti työilmapiiriin. Tuomioistuimien toimii puolueettoman ratkaisijan roolissa. Varoituksen merkitys työyhteisön jatkoon kannalta tulee myös arvioida mietittäessä varoituksen valituskelpoisuutta.⁶⁶⁵ Annetulla varoituksella voi olla merkitystä myös viranhaltijan tulospalkkaukseen ja yleensä palkkakehitykseen. Kantelu oikeussuojakeinona ei ole välttämättä riittävä turvaamaan viranhaltijan oikeussuojan tarvetta.

Oikeuskirjallisuudessa on pidetty jopa mahdollisena, että viranhaltijaa ei tarvitsisi edes kuulla annettavasta varoituksesta, koska hallintolakia lain 4 §:n 1 momentin perusteella ei sovelleta sotilaskäskyasioihin eikä muihin tehtävän tai muun toimenpiteen suorittamista koskeviin hallinnon sisäisiin määräyksiin. Virkakäsky liittyy välittömästi viran hoitamista koskeviin määräyksiin.⁶⁶⁶ Varoitus sen sijaan, vaikka se katsottaisiin valmistelevana toimenpiteenä valituskelvottomaksi, ei liity viranhoitamiseen vaan virkasuhteeseen. Kuulemisvelvollisuuskysymys ei ole välttämättä sama asia kuin valituskelpoisuuskysymys.

Onko varoitus katsottu valituskelvottomaksi sen vuoksi, että sen antamisessa on kysymys virkakäskystä/määräyksestä⁶⁶⁷ vai sen vuoksi, ettei kyse ole lopullisesta päätöksestä? Kumpaakin käsityskantaa vaikuttaa olevan. Varsinaisesti kunnallisvalituksen valituskelpoisuuden kohdalla ei virkakäskyjäkään rajata valituskelpoisuuden ulkopuolelle samalla tavoin kuin hallintovalituksen kohdalla, joten vali-

⁶⁶⁴ Tasavallan presidentin kanslian kansliapäällikön antamasta kirjallisesta varoituksesta korkein hallinto-oikeus katsoi olevan mahdollista valittaa ottaen huomioon Suomen perustuslain 21 § ja perustuslainmukainen laintulkinta. KHO 10.12.2009/3524, joten täten on vieläkin erikoisempaa, että kunnallisella viranhaltijalla ei ole vastaavaa mahdollisuutta ja muutoksenhaku-oikeus on evätty tulkintakäytännön muutoksella.

⁶⁶⁵ Kirjallista varoitusta itsessään ei ole pidetty salassa pidettävänä tietona. EOA 29.4.2002 dnro 828/4/00 (Kunnan virkasäännön mukaisen kirjallisen varoituksen julkisuus). Tässä vaiheessa kirjallinen varoitus merkittiin tosin nimikirjaan, jos tällaista edelleen pidettiin, tai ns. merkintä henkilöstöhallinnon rekisteriin. Kuitenkin julkisuuslain 24 §:n 1 momentin 32 kohdan mukaisesti muun muassa tiedot henkilön elintavoista ja muut vastaavat tiedot henkilökohtaisista oloista on pidettävä salassa.

⁶⁶⁶ HaVM 29/200 vp – 72/2002 vp; Niemivuo, Keravuori-Rusanen & Kuusikko 2010: 102–104.

⁶⁶⁷ Lausunto oikeusministeriölle 4.4.2011, dnro 521/90/2011, Taisto Ahvenainen - Oikeudenkäynti hallintoasioissa - prosessityöryhmän mietintö, oikeusministeriö 4/2011. Myöskään kuntatyönantajan työnjohdolliset määräykset ja toimenpiteet, ml. varoituksen antaminen, eivät ole valituskelpoisia, mikä vastaa nykyistä oikeuskäytäntöä (ks. KHO 3.12.2001/3011, KHO 22.5.2009/1261). Saatavissa: <http://www.kunnat.net/fi/Kuntaliitto/yleiskirjeet-lausunnot/-lausunnot/2011/Sivut/521-90-2011.aspx>. Esimerkiksi viimeinen tapaus on liittynyt kunnan sisäisiin tehtäväjakoihin, ei varoituksen antamiseen.

tuskelvottomuus on tulkittava toimenpiteen valmistelevan tai täytäntöönpanevan luonteen perusteella.⁶⁶⁸

Kuntalain 91 §:n mukaan, jotta toimenpide ei olisi valituskelpoinen valmistelevan luonteensa vuoksi, toimenpiteen tulee olla vain valmistelua, eikä sillä saa olla kuntalain sanamuodon mukaan muuta merkitystä. Jos varoitus katsotaan valmistelevan luonteensa vuoksi valituskelvottomaksi, sille ei anneta itsenäistä oikeudellista merkitystä, vaan se nähdään vain irtisanomista valmistelevaksi toimeksi. Näin korostuu varoituksen muodollinen funktio irtisanomisen kynnyksen ylittymisen mahdollistajana. Samalla häviää sen ensisijainen signaali virkamiehelle korjata toimintaansa. Varoituksen näkeminen vain pelkkänä virkakäskynä on myös vaikeaa, koska siihen liitetään erilainen uhka kuin pelkässä virkakäskyssä.

Myös Kalervo Hirvonen ja Eija Mäkinen ovat katsooneet, että korkeimman hallinto-oikeuden varoitusasian valituskelpoisuuteen ottama tulkinta ei ole ongelmaton. ”Korkein hallinto-oikeus näkee varoituksen siten virkasuhteen mahdolliseen päättämiseen liittyvänä työnjohdollisena toimenpiteenä, jonka kuntalain 91 §:n sanamuoto huomioon ottaen täytyy katsoa sisältyvän lähinnä valmistelevan toimenpiteen luokkaan.” He korostavat sitä, että ratkaisumallin ongelmallisuus tulee esille erityisesti silloin, kun varoitus liittyy perusoikeuksiin, esimerkiksi sananvapauden.⁶⁶⁹ Varoituksen perusteena voi olla esimerkiksi se, että viranhaltija on arvostellut kaupungin toimielinten ratkaisua julkisuudessa. Koska varoituksen lainmukaisuutta ei voida saattaa tuomioistuimen käsiteltäväksi, asia tulee tutkituksi vasta mahdollisen irtisanomisen yhteydessä, jolloin saatetaan vedota siihen, ettei varoitus muuttanut käytöstä. ”Tämä merkitsee sitä, ettei viranhaltijalla ole aiemmin mitään mahdollisuutta saada perusoikeutensa käytön rajoittamisen laillisuutta tuomioistuimeen tutkittavaksi. Näin ollen viranhaltija joutuu ottamaan perusoikeuden käyttöä koskevan riskin.” Kohtuullisempi ja viranhaltijan oikeusturvaa paremmin toteuttava ratkaisu olisi voinut olla valituksen tutkiminen, varsinkin kun valtion virkamiesten osalta varoituspäätöstä koskeva valitus tutkitaan ja kun myös kuntien aiemmin virkasäännön nojalla antamia varoituksia koskevat valitukset on tutkittu.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ Ks. Harjula & Prättälä 2004: 641–642.

⁶⁶⁹ Uudemmassakin käytännössä koskien valtion virkamiehen (silloin vielä yliopiston virkasuhteinen professori) saamaa varoitusta. Varoituksen antaminen liittyen arvostelemaan kirjoitukseen ja kysymykseen perustuslaissa turvatun 12 §:n 1 momentin sananvapauden rajoista. KHO 3.3.2011/516 (KHO 2011: 19).

⁶⁷⁰ Hirvonen & Mäkinen 2006: 353–354.

Mielenkiintoista on, että vanhemmassa kirjallisuudessa on perusteltu muistutuksenkin valituskelpoisuutta sillä, että se päättää tietyn vaiheen kunnallisessa viranomaisessa. *Pekka Hallberg* väitöskirjassaan katsoi, että kun viranomaisen määräys ei koske virkasuhdetta vaan kohdistuu virkamieheen henkilökohtaisesti, kysymys ei tällöin ole enää virkakäskystä vaan virkamiehen yksityisiin oikeuksiin kohdistuvasta määräyksestä. Selvimpänä esimerkkinä nimityksen ja palkkauksen ohella on kurinpitoa koskeva päätös, jonka osalta muutoksenhaku tulee yleisten periaatteiden mukaisesti kysymykseen. Muistutuksen ja nuhteiden valituskelpoisuutta Hallberg perusteli sillä, että muistutuksessa huomio voidaan kiinnittää negatiivisiin tosiasiallisiin vaikutuksiin, joiden seurauksena julkisesti nuhdeltu henkilö tuntee tarvetta saattaa asian ylemmän viranomaisen tutkittavaksi. Muistutuksen Hallberg katsoi olevan tällöin kurinpidollisen varoituksen ja virkakäskyn välimuoto. Vaikka valmistelua ja täytäntöönpanoa koskevat päätökset jäävät kunnallisvalituksen ulkopuolelle, muistutus, joka on yleensä kirjallisesti annettu, sisältää sitä vastoin asianomaisen viranomaisen lopullisen kannanoton asiaan. Tältä kannalta muutoksenhakua on pidettävä mahdollisena ja myös silloisessa oikeuskäytännössä hyväksyttynä. Muistutuksen valituskelpoisuus perustuu siihen, että tällainen toimenpide lopettaa asian vireilläolon kunnallisessa viiranomaisessa. Muutoksenhakukelpoisuus johtuu kunnallisvalituksen ominaispiirteestä.⁶⁷¹

Kunnallisen viranhaltijan osalta varoituksen katsominen valituskelvottomaksi katsominen muuttaa sen osaksi irtisanomista,⁶⁷² jolloin sen itsenäinen luonne katoaa. Aikaisemmin, kun se katsottiin valituskelpoiseksi, se oli enemmän kuin pelkkä valituskelvoton virkakäsky, koska siihen oli liitetty seuraamusuhka määräyksenä. Varoituksen katsominen valituskelpoiseksi lisäisi sen merkittävyyttä ja varmistaisi sen antamisen oikeellisuutta. Varoituksella on monia tavoitteita ja tarkoituksia, ja niistä ainakin osa puoltaa muutoksenhakuoikeuden olemassaoloa.

Hallintoprosessin keskeiset funktiot ovat hallintopäätöksen lainmukaisuuden arviointi, oikeusturvan toteutuminen ja oikeusvarmuuden ylläpitäminen.⁶⁷³ Perustuslain lähtökohta on jokaisen oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva asia riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Vaikka viranhaltijaoikeudellisissa asioissa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin rajat ovat olleet tulkinnanvaraiset, valituskelpoisuuden liikkuvat tulkinnat rajoittavat tätä oikeutta ilman muodollisen valituskiellon säätämistä.

⁶⁷¹ Hallberg 1978: 351, 371, 375–376.

⁶⁷² Ks. KHO 20.11.2009/3406, jossa henkilölle oli annettu varoitus juuri ennen irtisanomis päätöstä, joka sittemmin kumottiin lainvastaisena.

⁶⁷³ Mäenpää 2007: 268.

Lähteet

Arvot arjessa – virkamiehen etiikka. (2005). Valtionhallinnon käsikirja. 2. painos. Helsinki: Edita Prima Oy.

Bruun, N., Mäenpää, O. & Tuori, K. (1995). *Virkamiesten oikeusasema.* Helsinki: Otava.

Hallberg, P. (1978). *Hallinto-oikeudellisen valituksen käyttöalasta.* Suomalainen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja, n:o 124. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Harjula, H. & Prättälä, K. (2004). *Kuntalaki.* Tausta ja tulkinnat. Helsinki: Talentum.

Hirvonen, K. & Mäkinen, E. (2006). *Kunnallinen viranhaltija.* Oikeudellisen aseman sääntely. Helsinki: Edita Prima Oy.

Koskinen, S. (2005). *Työsuhdeturva.* Edilex.

Koskinen, S. (2006). *Virkamiehen irtisanomisesta henkilökohtaisella perusteella.* Edilex.

Koskinen, S. & Kulla, H. (2009). *Virkamiesoikeuden perusteet.* Helsinki: Talentum.

Koskinen, S., Nieminen, K. & Valkonen, M. (2012). *Työsuhteen päättäminen.* 2. uudistettu painos. Helsinki: Sanoma Pro Oy.

Kulla, H. (2006). Julkishenkilöstön asema: systematiikkaa ja sekamuotoisuutta. *Lakimies* 7–8, 1158–1176.

Kunnallisen esimiehen virkasuhdeopas. 3. uudistettu painos. Helsinki: Kunnallinen työmarkkinalaitos.

Kuusikko, K. (2009). Valituskelpoisuuden epääminen kunnallisen muutoksenhaun rajoituskeinona. *Kunnallistieteellinen aikakauskirja* 2, 195–203.

Kuusikko, K. (2011). *Oikeusasiamiesinstituutio.* Suomalaisen Lakimiesyhdistys, E-sarja n:o 22. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Launiala, M. & Laaksonen, E. (2011). *Virkamiehelle annettava kirjallinen varoitus – Perusasioita valtion virkamieslain 24 §:n soveltamisesta.* Edilex 2011/7.

Mäenpää, O. (2007). *Hallintoprosessioikeus.* 2. uudistettu painos. Helsinki: WSOYpro.

Mäkinen, E. (2010). *Kunnallisvalitus. Kiusantekoa vai tarpeellista valvontaa ja oikeusturvaa?* Helsinki: Edita Prima Oy.

Niemivuo, M. & Keravuori-Rusanen, M. & Kuusikko, K. (2010). *Hallintolaki. 2., uudistettu laitos*. Helsinki: WSOYpro Oy.

Saipio, H. (1987). *Kunnallisen viranhaltijan oikeusasema*. Helsinki.

- HaVM 29/2002 vp. HE 72/2002 vp. Hallintovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 291/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta.
- HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 196/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta.
- HE 181/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta.
- HE 61/2011 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta.

YLIOPISTOJEN PALVELUSSUHDELAJIN MUUTTUMINEN – ESIMERKKINÄ PALKKAA VASTAAVA KORVAUS

Kari Kuusiniemi

1. Yliopistovirasta työsuhteeseen

Yliopistolaitoksessa tehtiin vuoden 2010 alkaessa suuri harppaus – toivottavasti terminvalintani osoittautuu virheelliseksi – julkisesta yksityiseen. Yliopistoista ei tosin tullut yksityisiä vaan ne hoitavat edelleen julkista tehtävää. Uudistuksessa yliopistojen taloudellista autonomiaa kuitenkin lisättiin. Valtion tilivirastoina toimineista yliopistoista tehtiin itsenäisiä julkisoikeudellisia laitoksia tai säätiölain mukaisia säätiöitä. Kun yliopistot näin siirtyivät valtiosta erillisiksi oikeushenkilöiksi, yliopistojen professorit, kuten Eija Mäkinen, ja muut virkamiehet heräsivät uuteen vuoteen uuteen palvelussuhdelajiin siirtyneenä. Valtion kapea mutta pitkä virkaura oli tosin jo aiemmin suhteellistunut määräaikaisten nimitysten käytön lisääntyttä, mutta nyt siirryttiin virkasuhteesta työsuhteeseen.⁶⁷⁴

Yliopistolain 32 §:n 1 momentin mukaan yliopiston henkilöstön palvelussuhde on työsuhde. Yliopistolain voimaantulon jälkeen annetun lain 10 §:n 1 momentin mukaan yliopistojen virat lakkasivat ja niihin perustuvat virkasuhteet sekä määräaikaiset virkasuhteet päättyivät ilman irtisanomista 31 päivänä joulukuuta 2009 ja henkilöstö otettiin työsuhteeseen uusiin yliopistoihin 1 päivänä tammikuuta 2010 luki-en. Virkojen lakkaaminen ja virkasuhteiden päättyminen ei edellyttänyt suostumusta. Yliopistojen työsuhteiset tehtävät ja niissä oleva henkilöstö siirtyivät uusiin yliopistoihin työsuhteeseen 1 päivänä tammikuuta 2010. Määräaikainen virka- ja työsuhteinen henkilöstö otettiin tai siirtyi määräaikansa osoittamaksi ajaksi uusien yliopistojen palvelukseen määräaikaiseen työsuhteeseen.

⁶⁷⁴ Muutosta ennakoitiin Eija Mäkinen 2009: 71–73. Mäkinen tarkastelee (s. 72) muun muassa määräaikaisia virkasuhteita todeten, että ”Pätkätöiden käytön ongelma yliopistoyhteisössä ei liity palvelussuhdelajiin niin kuin virheellisesti väitetään vaan siihen, että niitä käytetään lainvastaisesti.”

2. Uuteen palvelussuhdelajiin siirtymisen perusteluja

Hallituksen esityksessä⁶⁷⁵ esitettiin, että valtio-oikeushenkilöstä erillään, itsenäisinä oikeushenkilöinä toimivien yliopistojen palvelussuhteen muotona olisi työsuhde, mikä antaisi yliopistoille nykyistä paremmat edellytykset kannustavan ja palkitsevan henkilöstöpolitiikan harjoittamiseen. Virkaan nimittämisen sijasta henkilöstöä otettaessa työntekijän kanssa solmittaisiin työsopimus. Muutosvaiheessa henkilöstön asema turvataan. Henkilöstö siirtyisi uusiin yliopistoihin nykyisissä tehtävissään ja nykyisellä palkkatasollaan. Nykyiset virat lakkaavat tilivirastojen lakatessa. Palvelussuhteen muutos liittyi toisaalta yliopistojen irrottautumiseen valtiosta ja toisaalta pyrkimykseen parantaa yliopistojen kilpailukykyä niin kotimaista kuin ulkomaista osaavaa henkilöstöä rekrytoidessaan. Työnantaja-toiminnan siirtyminen yliopistoille mahdollistaa sen, että henkilöstöpolitiikka ei ole sidoksissa valtion virastoja koskevaan yleiseen henkilöstöpolitiikkaan. Virkasuhteiden muuttuminen työsuhteiseksi mahdollistaa tarvittaessa myös joustavamman ja yksilöidymmän henkilöstöpolitiikan ja antaa työntekijälle mahdollisuuden neuvotella työsopimuksensa sisällöstä.

Esityksessä katsottiin, että virkasuhdetta ja työsuhdetta koskeva lainsäädäntö on nykyisin hyvin pitkälti samansisältöinen. Molemmissa palvelussuhteissa lähtökohtana on vakituinen palvelussuhde ja irtisanomisperusteet ovat lähes samanlaiset. Virka- ja työsuhdetta koskevan lainsäädännön sisällössä kuvattiin olevan muun muassa seuraavia eroja: Laittomat määräaikaisuudet johtavat virkasuhteessa korvausvelvollisuuteen ja työsuhteessa sen katsomiseen vakinaiseksi työsuhteeksi. Laittomasti irtisanottu virkasuhde jatkuu katkeamatta ja laittomasti irtisanottu työsuhde oikeuttaa korvauksiin. Virkasuhdetta koskevat virkamiehen ja valtion väliset riidat käsitellään hallinto-oikeuksissa, työsuhdetta koskevat työntekijän ja työnantajan väliset riidat käsitellään puolestaan yleisissä alioikeuksissa.

Mainitussa hallituksen esityksessä lausuttiin palvelussuhdelajia koskevan pykälän yksityiskohtaisissa perusteluissa muun ohella seuraavaa:

”Työsopimuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentin mukaan työsopimus on voimassa toistaiseksi, jollei sitä ole perustellusta syystä tehty määräaikaiseksi. Työnantajan aloitteesta ilman perusteltua syytä tehtyä määräaikaista työsopimusta samoin kuin ilman perusteltua syytä tehtyjä toisiaan seuraavia määräaikaisia työsopimuksia on pidettävä toistaiseksi voimassa olevina. Työsopimusten päätyyppinä ovat siten toistaiseksi voimassa olevat sopimukset. - -

⁶⁷⁵ HE 7/2009 vp, yleisperustelut.

Jos yliopistolla on pysyvä työvoiman tarve, määräaikaisten sopimusten käyttöä ei voida pitää sallittuna, vaan tehtävien työsopimusten tulee olla voimassa toistaiseksi. Toisaalta määräaikaisten sopimusten käyttö ei ole rajoitettua niissä tapauksissa, kun menettelyyn on perusteltu syy kuten työn luonne, sijaisuus, harjoittelu tai muu näihin rinnastettava syy sekä muu suoritettavaan työhön liittyvä peruste kuten alan vakiintunut käytäntö. Henkilöstön palvelussuhdetta koskevaan yliopistolain säännökseen ei ole tarpeen säätää työsopimuslaista poikkeavia määräaikaisuuden perusteita.”

”Vaikka jo ensimmäistä ilman perusteltua syytä tehtyä määräaikaista työsopimusta pidetään toistaiseksi voimassa olevana, työsopimuslaissa on säädetty nimenomaisesti kielto tehdä toistuvia määräaikaista sopimuksia ilman perusteltua syytä. Toistuvien määräaikaisten sopimusten käyttämisen edellytyksenä on, että kunkin määräaikaisen sopimuksen tekemiselle on perustelu syy. Kielletystä peräkkäisten määräaikaisten työsopimusten käytöstä ei olisi kysymys esimerkiksi silloin, kun yliopisto tarjoaa sijaiselle uutta sijaisuutta määräaikaisin sopimuksin.

Ilman laillista perustetta tehtyä määräaikaista sopimusta ei pidetä kokonaisuudessaan pätemättömänä, vaan ainoastaan sen kestoaikaa koskeva ehto on pätemätön. Jos sopijapuolille sittemmin syntyy erimielisyyttä siitä, onko määräaikaiseksi tehtyä tai toistuvasti tehtyjä määräaikaista työsopimuksia pidettävä toistaiseksi voimassa olevana työsuhteena, näyttövelvollisuus sopimuksen määräaikaaisuudesta on sillä, joka vetoaa määräaikaaisuuteen.”

Sivistysvaliokunta korosti mietinnössään, että uudistuksen toteutuessa valtion virkamieslakia ei enää voida soveltaa yliopistojen palvelussuhteisiin ilman sen mahdollistavaa erillissääntelyä. Palvelussuhteisiin sovelletaan jatkossa yleistä työsopimuslakia. Valiokunnan saaman selvityksen mukaan virkasuhdetta ja työsuhdetta koskeva lainsäädäntö on nykyisin hyvin pitkälti samansisältöinen. Kummasakin palvelussuhteessa voidaan käyttää samaa palkkausjärjestelmää, ja kumpaankin palvelussuhteeseen liittyy järjestöjen välillä neuvoteltava virka- tai työehtosopimus. Työehtosopimuksilla voidaan sopia samoista asioista kuin virkaehtosopimuksilla. Molemmissa palvelussuhteissa lähtökohtana on vakituinen palvelussuhde ja irtisanomisperusteet ovat lähes samanlaiset.

Virka- ja työsuhteella on myös eräitä selkeitä eroja. Laittomat määräaikaaisuudet johtavat virkasuhteessa korvausvelvollisuuteen ja työsuhteessa sen katsomiseen vakinaiseksi työsuhteeksi. Laittomasti irtisanottu virkasuhde jatkuu katkeamatta ja laittomasti irtisanottu työsuhde oikeuttaa korvauksiin.⁶⁷⁶

⁶⁷⁶ Perustuslakivaliokunta oli lausunnossaan (PeVL 11/2009 vp) kiinnittänyt huomiota siihen, että työsuhteessa ei palvelussuhdetta päätettäessä sovelleta valtion virkamieslain 55 §:n 3 momentissa säädettyä niin sanottua jatkuvuusperiaatetta. Sivistysvaliokunta piti aiheellisena

Työsopimuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentin mukaan työsopimus on voimassa toistaiseksi, jollei sitä ole perustellusta syytä tehty määräaikaiseksi. Työnantajan aloitteesta ilman perusteltua syytä tehtyä määräaikaista työsopimusta samoin kuin ilman perusteltua syytä tehtyjä toisiaan seuraavia määräaikaisia työsopimuksia on pidettävä toistaiseksi voimassa olevina. Työsopimusten päätyyppinä ovat siten toistaiseksi voimassa olevat sopimukset. Määräaikaisia ovat sopimukset, joiden päätyminen määräytyy objektiivisin perustein, kuten päivämäärän, tietyn tehtävän loppuun saattamisen tai tietyn tapahtuman perusteella.⁶⁷⁷

3. *Laittoman määräaikaisen palvelussuhteen seuraamukset*

Valtion virkamieslain 9 §:n 1 momentin mukaan virkamieheksi voidaan nimittää määräajaksi tai muutoin rajoitetuksi ajaksi, jos työn luonne, sijaisuus, avoinna olevaan virkaan kuuluvien tehtävien hoidon väliaikainen järjestäminen tai harjoittelu edellyttää määräaikaista virkasuhdetta. Pykälän 2 momentin mukaan virkaan voidaan nimittää määräajaksi tai muutoin rajoitetuksi ajaksi, jos viran luonteeseen tai viraston toimintaan liittyvä perusteltu syy sitä vaatii. Saman 3 momentin (1088/2007) mukaan, jos virkamies nimitetään määräajaksi, tulee nimittämiskirjasta ilmetä määräaikaisuuden peruste. Virkamies on nimitettävä koko määräaikaisuuden perusteena olevaksi ajaksi, jollei erityisestä syytä toisin päätetä.

Valtion virkamieslain 56 §:n 1 momentin mukaan virkamiehellä, joka on ilman 9 §:n 1 tai 2 momentissa säädettyä perustetta nimitetty määräajaksi tai ilman pätevää syytä toistuvasti peräkkäin nimitetty 9 §:n 1 tai 2 momentin nojalla määräajaksi, on oikeus virkasuhteen virastoon päättyessä sen vuoksi, ettei häntä enää nimitetä tämän viraston virkamieheksi, saada virastolta vähintään kuuden ja enintään 24 kuukauden palkkaa vastaava korvaus. Korvauksen määrää maksettavaksi virkamieslautakunta. Pykälän 2 momentin mukaan korvausvaatimus on esitettävä virkamieslautakunnalle kuuden kuukauden kuluessa virkasuhteen päättymisestä

Hallituksen esityksessä⁶⁷⁸ perusteltiin palkkaa vastaavaa korvausta koskevaa sääntelyä seuraavasti:

Tämän uuden säännöksen nojalla ilman 9 §:n 1 tai 2 momentissa säädettyä perustetta määräajaksi nimitetyllä virkamiehellä olisi oikeus saada korvaus virkasuh-

täsmentää, että tutkimuksen, taiteen ja ylimmän opetuksen vapautta loukkaava työsuhteen irtisanominen tai purkaminen voi johtaa ainoastaan työsopimuslain 12 luvun mukaiseen korvaukseen työsopimuksen perusteettomasta päättämisestä.

⁶⁷⁷ SiVM 5/2009 vp.

⁶⁷⁸ HE 291/1993 vp, 56 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

teen päättyessä. Säännös on tarpeen, koska ehdotettu 9 § mahdollistaisi määräaikaisen virkasuhteen käyttämisen nykyistä laajemmin. Korvauksen edellytykseksi ehdotettu nimittäminen ilman 9 §:n 1 tai 2 momentissa säädettyä perustetta määrääjäksi tai ilman pätevää syytä toistuvasti peräkkäin määrääjäksi vastaa työsopimuslain 2 §:n 2 momenttia. Määrääjäksi nimitetyn virkamiehen virkasuhde ei ehdotetun säännöksen nojalla jatkuisi, vaikka määräaikaiseen nimitykseen ei olisi ollut laissa säädettyä perustetta.⁶⁷⁹

Työsopimuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentin mukaan työsopimus on voimassa toistaiseksi, jollei sitä ole perustellusta syystä tehty määräaikaiseksi. Työnantajan aloitteesta ilman perusteltua syytä tehtyä määräaikaista työsopimusta on pidettävä toistaiseksi voimassa olevana.

Työsopimuslain 12 luvun 2 §:ssä säädetään korvauksesta työsopimuksen perusteettomasta päättämisestä. Pykälän 1 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan työnantaja, joka on mainitussa laissa säädettyjen perusteiden vastaisesti päättänyt työsopimuksen, on määrättävä maksamaan korvausta työsopimuksen perusteettomasta päättämisestä. Yksinomaisena korvauksena on momentin kolmannen virkkeen mukaan suoritettava vähintään kolmen ja enintään 24 kuukauden palkka. Pykälän 2 momentin mukaan korvauksen suuruutta määrättäessä otetaan työsopimuksen päättämisen syystä riippuen huomioon työtä vaille jäämisen arvioitu kesto ja ansion menetys, määräaikaisen työsopimuksen jäljellä ollut kesto-aika, työsuhteen kesto, työntekijän ikä ja hänen mahdollisuutensa saada ammittiaan tai koulutustaan vastaavaa työtä, työnantajan menettely työsopimusta päätettäessä, työntekijän itsensä antama aihe työsopimuksen päättämiseen, työntekijän ja työnantajan olot yleensä sekä muut näihin rinnastettavat seikat.⁶⁸⁰

Olenainen ero määräaikaisen työsuhteen ja määräaikaisen virkasuhteen välillä on se, että toistuvasti tehtyjä määräaikaisia työsopimuksia pidetään toistaiseksi voimassa olevana työsopimuksena. Virkasuhteissa jatkuvuusperiaate, jota taas työsopimuspuolella ei tunneta, koskee vain toistaiseksi voimassa olevia virkasuhteita. Laittomissa määräaikaisissa virkasuhteissa virkamiehen oikeusturvakeinoksi jää palkkaa vastaavan korvauksen vaatiminen.

Niin kuin yliopistolain valmistelutöissä korostettiin, pääsääntönä ovat niin työsopimus- kuin virkasuhdepuolellakin toistaiseksi voimassa olevat palvelussuhteet.

⁶⁷⁹ Sääntelystä ks. esim. Bruun, Mäenpää & Tuori 1995: 272–274 ja Koskinen & Kulla 2009: 35–38, 352–363.

⁶⁸⁰ Työsopimuslain 1: 3.2:n lakimääräisestä olettamasta ja työsuhteen määräaikaaisuudesta sekä seuraamuksista ks. Tiitinen & Kröger 2002: 75–87, 474.

Määräaikaisuuksien suurta määrää myös pidettiin ongelmana. Siirryttäessä virkasuhteesta työsopimussuhteeseen tiedostettiin, että laittoman määräaikaisen palvelussuhteen seuraukset ja niiden toteamismenettely poikkeavat toisistaan. Perusteettoman määräaikaisen virkasuhteen päättymisen jälkeen laittomasti määräajaksi nimitetyllä on oikeus saada palkkaa vastaavaa korvausta. Korvausvaatimus esitetään virkamieslautakunnalle, jonka päätöksestä saa valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Määräaikainen virkasuhde ei siis kuitenkaan jatku. Työsopimuspuolella perusteettoman määräaikaisen palvelussuhteen voidaan katsoa olevan voimassa toistaiseksi, ja työsuhteen päättämistä on tällöin arvioitava irtisanomisenä. Asia on riitautettavissa käräjäoikeudessa, jonka ratkaisusta muutoksenhaku suuntautuu tavanomaiseen tapaan hovioikeuteen ja valitusluvalla korkeimpaan oikeuteen.⁶⁸¹

Niin korkeimmassa oikeudessa kuin korkeimmassa hallinto-oikeudessa on ollut ratkaistavana tapauksia, joissa on ollut kysymys lainvastaisesta määräaikaisesta palvelussuhteesta.⁶⁸² Eri yliopistojen virkasuhteita koskevia palkkaa vastaavaa korvausta koskevia vaatimuksia on ratkaistu runsaasti korkeimmassa hallinto-oikeudessa, mutta noita ratkaisuja ei ole julkaistu.⁶⁸³

4. *Palkkaa vastaavaa korvausta koskeva sääntelyaukko: kysymyksenasettelu*

Kun yliopistovirat suoraan lain nojalla muuttuivat työsuhteiksi 1.1.2010 lukien, myös määräajaksi nimitetyn virkamiehen mahdollisuus saada määräaikaisuuden lainmukaisuus testatuksi muuttui perusteellisesti. Määräaikaiseen virkasuhteeseen perusteettomasti nimitetyllä on mahdollisuus vaatia virkamieslautakunnalta palkkaa vastaavaa korvausta, kun taas työsuhteessa oleva voi riitauttaa määräaikaisen työsopimuksensa edellä esitetyn tavoin ja oikeusvaikutuksin käräjäoikeudessa. Ongelmaksi nousee *oikeussuojatie siirtymävaiheessa*: jos virkamies on ollut nimi-

⁶⁸¹ Viitattakoon tässä vielä kuntapuolen sääntelyyn. Kunnallisesta viranhaltijasta annetun lain 3 §:ssä säädetään toistaiseksi voimassa olevista ja määräaikaisista kunnallisista virkasuhteista sekä oikeudesta palkkaa vastaavaan korvaukseen laittomien määräaikaisten virkanimitysten perusteella. Mainitun lain 57 §:n mukaan palkkaa vastaavaa korvausta koskeva hakemus käsitellään hallintoriita-asiana hallinto-oikeudessa. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa on ollut esillä muun ohella joitakin kunnallisia ammattikorkeakouluja koskevia palkkaa vastaavaa korvausta koskevia valitusasioita. Kunnallisen viranhaltijan palkkaa vastaavan korvauksen osalta ks. Hirvonen & Mäkinen 2006: 64–66.

⁶⁸² Ratkaisussa KKO 2012:2 oli kysymys työvoima- ja elinkeinokeskuksen työsuhteisesta työntekijästä. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa on niin ikään ollut vastaavia valitusasioita, joissa kysymys on ollut määräaikaisista virkasuhteista.

⁶⁸³ Palkkaa vastaavaa korvausta koskevista asioista on julkaistu muun muassa valtion tuottavuusohjelman merkitykseen liittynyt KHO 2010: 62. Julkaisemattomia ratkaisuja on referoitu esim. edellä alaviitteessä 6 mainitussa Koskisen ja Kullan teoksessa.

tettynä määräaikaisiin virkasuhteisiin ennen 1.1.2010 ja hän sen jälkeen siirtyy työsuhteeseen, voiko hän vaatia palkkaa vastaavaa korvausta perusteettomiksi katsomistaan määräaikaisista virkanimityksistä virkamieslautakunnassa vai tulee-ko hänen riitauttaa määräaikaisuutensa käräjäoikeudessa?

Edellä siteeratuissa lainvalmistelutöissä korostettiin virkasuhteen ja työsuhteen samankaltaisuutta, mutta tuotiin myös esiin tiettyjä eroja. Mikään esitöissä ei kuitenkaan viittaa siihen, että palkkaa vastaavaa korvausta koskevan sääntelyn merkitys siirtymävaiheessa olisi ollut nimenomaisen arvioinnin kohteena. Siirtymävaihetilanne synnyttää kuitenkin useita kiintoisia tulkintaongelmia. On muun ohella arvioitava, onko virkamieslautakunta enää 1.1.2010 jälkeen toimivaltainen tutkimaan palkkaa vastaavaa korvausta koskevan hakemuksen (ajalta ennen työsuhteeseen siirtymistä), mihin mennessä vaatimus olisi esitettävä, voisiko vaatimus menestyä, jos asianomainen on tehnyt toistaiseksi voimassa olevan työsopimuksen 1.1.2010, ja voisiko yleinen tuomioistuin ottaa työsopimuslain mukaan määräaikaisuuden perusteettomuutta arvioidessaan ottaa tulkinnassaan ja seuraamusta määrätessään huomioon mahdollisesti perusteettomat määräaikaiset virkasuhteet.

5. *Ongelmakysymysten arviointia*

Suomen perustuslain 21 §:n 1 momentin ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kappaleen säännökset edellyttävät mahdollisuutta saada asianomaisen oikeuksia ja velvollisuuksia koskevan ratkaisun lainmukaisuus testatuksi tuomioistuimessa tai vastaavassa elimessä. Tämä vaatimus sinänsä toteutuu niin virkasuhdepuolella kuin työsopimustenkin osalta. Siirtymävaiheessa kysymyksenasetteluun kuitenkin liittyy lisämausteena sen arvioiminen, onko vain toisen tien käyttämismahdollisuus entisen virkamiehen oikeusturvan kannalta kokonaisuutena arvioiden riittävä.

Jos määräaikaisissa virkasuhteissa ollut virkamies on 1.1.2010 suoraan lain nojalla siirtynyt yliopistolla työsuhteiseksi, ja hänen määräaikainen työsuhteensa aikanaan päättyy, hänellä on mahdollisuus esittää käräjäoikeudessa työsopimuslain säännöksiin perustuvat vaatimuksensa. Jos määräaikaisuus katsotaan laittomaksi, asiaa arvioidaan irtisanomiskysymyksenä. Lähtökohtaisesti mahdollisuus esittää nämä vaatimukset käräjäoikeudessa tietenkin täyttää perustuslaista ja ihmisoikeussopimuksesta seuraavat oikeusturvavelvoitteet. Niin ikään on luontevaa ajatella, että työsuhteeseen siirtynyt työntekijä on samalla siirtynyt työsuhderegiimiin, eikä hänellä enää ole mahdollisuutta eikä tarvettakaan esittää virkasuhteeseen perustuvia vaatimuksia. Tätä lieneekin pidettävä sääntelyn lähtökohtana. Liioin ei voida edellyttää, että asianomaisella tulisi olla käytössään yhtä useampia oikeus-

suojateitä vaatimuksensa toteuttamiseksi. Yksi tehokas oikeussuojakeino riittää. Kahden oikeussuojatien malli päinvastoin voisi olla omiaan sekoittamaan järjestelmää ja aiheuttaisi myös ristiriitaisten ratkaisujen vaaran.

Onko sitten määräaikaisen työsopimuksen päätyttyä kanne käräjäoikeudessa kaikissa oloissa riittävän tehokas ja asianomaisen oikeusturvan takaava oikeuskeino? Tätä ongelmaa tarkasteltiin ratkaisussa KHO 2012: 4⁶⁸⁴.

Kysymys oli virkamieslautakunnan toimivallasta ratkaista palkkaa vastaavaa korvausta koskenut hakemus. A:n perättäiset nimitykset määräaikaisiin virkasuhteisiin olivat alkaneet 4.5.1998 ja lyhyttä katkoa lukuun ottamatta kestäneet 31.12.2009 asti. Hän oli 1.1.2010 lukien siirtynyt nimittämiskirjassaan (ajalle 30.6.2009–30.6.2010) määritetyksi loppuajaksi määräaikaiseen työsuhteeseen 30.6.2010 asti. Työsuhde oli päättynyt samana ajankohtana kuin olisi päättynyt se määräaikainen virkasuhde, johon A viimeksi oli yliopistoon nimitetty.

Yliopistolain ja yliopistolain voimaanpanosta annetun lain esitöistä ei ollut pääteltävissä, että lakeja valmisteltaessa olisi erityisesti kiinnitetty huomiota valtion virkamieslain 56 §:n mukaiseen mahdollisuuteen saada korvausta perusteettomista määräaikaisista virkasuhteista. Koska A:n perättäiset palvelussuhteet yliopistoon olivat olleet virkasuhteisia palvelussuhdelajin muutoksen jälkeistä työsuhdetta lukuun ottamatta, tulkinta, joka edellä todetussa tilanteessa estäisi virkamiestä esittämästä palkkaa vastaavaa korvausta koskevaa vaatimusta virkamieslautakunnassa, ei virkamiehen oikeussuoja ja palkkaa vastaavaa korvausta koskevan sääntelyn tavoite huomioon ottaen ollut hyväksyttävissä. Kanteen nostamista käräjäoikeudessa ei näissä oloissa perustuslain 21 § ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kappale huomioon ottaen voitu pitää riittävän tehokkaana oikeussuojakeinona, vaikka virkasuhteen ja työsuhteen rinnasteisuus lähtökohtaisesti puolsi tulkintaa, jonka mukaan työsuhteeseen siirtymisen myötä palvelussuhteeseen sovelletaan työsopimuslakia ja työsuhteeseen liittyvät erimielisyydet ratkaistaan yleisissä tuomioistuimissa.

A:n oikeusturva edellytti edellä todetuissa oloissa, että hän sai määräaikaista työsuhdettaan välittömästi edeltäneiden määräaikaisten virkanimitystensä laillisuuden arvioitavaksi valtion virkamieslaissa säädettyssä menettelyssä. Näin ollen virkamieslautakunta oli ollut toimivaltainen ratkaisemaan A:n hakemuksen palkkaa vastaavan korvauksen määräämiseksi.

⁶⁸⁴ Tämän kirjoittaja oli ratkaisemassa kyseistä asiaa.

Tapauksessa henkilö oli siirtynyt työsuhteeseen yliopistolain voimaantulon myötä 1.1.2010 ja työsuhde päättyi 30.6.2010. Häntä ei siis otettu työsuhteeseen ”itse-näisellä” päätöksellä vuoden 2010 puolella, vaan työsuhde jatkui vain saman määräajan kuin hänen viimeisin virkamääräyksensä. Hän oli toisin sanoen ollut määräaikaisissa virkasuhteissa yliopistoon toistakymmentä vuotta ja sitten puolen vuoden työsuhteen jälkeen häntä ei enää nimitetty uuteen (määräaikaiseen) työsuhteeseen yliopistoon.

Sinänsä olisi mahdollista, että määräaikaisen työsuhteen päätyttyä työntekijä olisi nostanut käräjäoikeudessa kanteen ja vaatinut, että hänen määräaikaista työsuhdettaan tulee käsitellä toistaiseksi voimassa olevana. Toisaalta on selvää, että käräjäoikeus ei olisi voinut määrätä palkkaa vastaavaa korvausta virkasuhteiden ajalta yhtä vähän kuin virkamieslautakunta olisi voinut lähteä tulkitsemaan työsuhteen määräaikaisuuden perusteita tai siitä johtuvia seuraamuksia.

Asia oli nyt joka tapauksessa pantu vireille virkamieslautakunnassa. Yliopiston valituksen johdosta korkeimman hallinto-oikeuden oli ratkaistava se, oliko virkamieslautakunta ollut toimivaltainen ratkaisemaan asian (virkasuhteiden osalta). Korkein hallinto-oikeus piti ratkaisussaan lähtökohtana sitä, että määräaikaiseen työsuhteeseen siirtyneiden työntekijöiden osalta erimielisyydet ratkaistaan yleisissä tuomioistuimissa, vaikka perusteettoman määräaikaisen palvelussuhteen käyttöön liittyvät oikeusvaikutukset työsuhteiden ja virkasuhteiden osalta poikkeavat toisistaan. Jos kuitenkin näin toimittaisiin kaikissa tapauksissa, määräaikaisissa virkasuhteissa ehkä vuosia ollut työntekijä ei saisi riitautettua niiden virkasuhteiden lainmukaisuutta enää yliopistouudistuksen voimaan tultua. Tällainen tarkoitus ei ilmennyt yliopistolainsäädännön esitöistä, joissa ei ylipäätään erikseen kiinnitetty huomiota määräaikaisiin palvelussuhteisiin siirtymävaihetilanteessa. Tähän nähden sääntelyn tarkoituksena ei voitu katsoa olevan, että määräaikaisten virkamiesten mahdollisuus saada palvelussuhteidensa lainmukaisuus tutkittavaksi olisi kertaheitolla poistettu. On tosin mahdollista, että käräjäoikeus olisi kannetta ratkaistessaan voinut kiinnittää huomiota pitkäaikaisiin määräaikaisiin virkasuhteisiin, jotka ovat edeltäneet viimeiseksi jäänyttä määräaikaista työsuhtesuhdetta (ks. myös Kouvolan hovioikeuden ratkaisu 2009:1). Tällaisessakaan tapauksessa käräjäoikeus ei kuitenkaan liene toimivaltainen suoraan arvioimaan määräaikaisuuksien lainmukaisuutta saati määräämään välittömästi niiden perusteella hyvitystä.

Tältä pohjalta korkein hallinto-oikeus päätyi lausumaan muun ohella seuraavaa:

Siirtymävaiheessa on kuitenkin tapauksittain punnittava eri näkökohtia sen arvioimiseksi, onko kysymys oikeudesta palkkaa vastaavaan korvaukseen erityisesti työntekijän oikeusturva huomioon ottaen perusteltua ratkaista

virkamieslautakunnassa vai onko kysymys määräaikaisen työsuhteen päättymisen oikeusvaikutuksista jätettävä ratkaistavaksi yleisessä tuomioistuimessa.

Vaikka perustuslain 21 §:n ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan soveltamisalat eivät ole kaikilta osin yhteneväiset, on selvää, että esillä olevassa asiassa kysymyksessä olevaa korvausvaadetta koskeva asia kuuluu paitsi perustuslain säännöksen myös sitä sinänsä soveltamisalaltaan eräissä suhteissa suppeamman ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan niin sanotun siviilihaaran (civil rights and obligations) soveltamisalaan. Mainittu 6 artikla edellyttää soveltamisalaansa kuuluvissa asioissa tehokasta pääsyä tuomioistuimeen tai muuhun riippumattomaan lainkäyttöelimeen. Tämä tarkoittaa muun ohella sitä, että asiassa toimivaltaisen lainkäyttöelimen mahdollisuus tutkia vaade ei saa olla kohtuuttomien rajoitusten alainen. Kuten Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on korostanut myös 6 artiklan yhteydessä, ihmisoikeussopimusta ei ole tarkoitettu turvaamaan oikeuksia, jotka ovat teoreettisia ja illusorisia, vaan oikeuksia, jotka ovat käytännöllisiä ja tehokkaita (esimerkiksi Airey vastaan Irlanti, tuomio 9.10.1979, kohta 24).

Työntekijän oikeussuojan tarvetta perustuslain 21 §:n kannalta arvioitaessa huomiota on kuitenkin kiinnitettävä erityisesti siihen, onko asianomainen yliopistolain voimaantulon jälkeen nimitetty useaan kertaan määräaikaiseen työsuhteeseen yliopistoon, ja kuinka pitkään palvelussuhde tämän jälkeen on jatkunut työsuhteena.

Lähtökohtaisesti valtion virkamieslain 56 §:n säännös oikeudesta palkkaa vastaavaan korvaukseen koskee tilanteita, joissa virkasuhde on päättynyt sen vuoksi, että määräaikaisiin virkasuhteisiin nimitetty virkamies ei vastoin toivettaan tule enää nimitetyksi kyseisen viraston virkamieheksi. Palkkaa vastaavaa korvausta voidaan siis valtion virkamieslain 56 §:n 1 momentti huomioon ottaen määrätä vain sillä edellytyksellä, ettei asianomaisen palvelussuhde kyseiseen virastoon enää jatku. Tähän nähden edellytykset palkkaa vastaavan korvauksen määrittämiseen eivät täyty tilanteessa, jossa asianomainen yliopistolain voimaan tultua otetaan toistaiseksi voimassa olevaan työsuhteeseen. Ei ole myöskään ajateltavissa, että määräaikaisiin virkasuhteisiin perustuvia palkkaa vastaavaa korvausta koskevia hakemuksia voitaisiin rajoituksitta esittää virkamieslautakunnalle sen jälkeen, kun virkamiehen palvelussuhde yliopistolain voimaantulon myötä on muuttunut työsuhteeksi.

Nyt ratkaistavana olevassa tapauksessa perättäiset nimitykset niihin määräaikaisiin virkasuhteisiin, joiden on katsottu voivan olla perusteena palkkaa vastaavan korvauksen määrittämiselle, ovat virkamieslautakunnan päätöksen mukaisesti alkaneet 4.5.1998 ja lyhyttä katkoa lukuun ottamatta kestäneet 31.12.2009 asti, jolloin virkasuhde on päättynyt sen vuoksi, että yliopiston virkasuhteet muuttuivat suoraan lain nojalla työsuhteiksi. A on siirtynyt 1.1.2010 lukien nimittämiskirjassaan määritetyksi loppuajaksi määräaikaiseen työsuhteeseen 30.6.2010 asti. Hän on allekirjoittanut tätä koskevan

työsopimuksen. Määräaikainen työsuhde kuitenkin päättyi kestätyään ainoastaan kuusi kuukautta.

Jos A olisi kieltäytynyt siirtymästä edellä mainittuun, alkuperäisen virkasuhteen loppuajan kestäneeseen työsuhteeseen, virkasuhde olisi päättynyt sen johdosta, ettei A:ta enää nimitetty Oulun yliopiston virkamieheksi. Koska virkasuhteet suoraan lain nojalla muuttuivat vastaaviksi työsuhteiksi ja A:n työsuhde kattoi jo aiemmin määrättyä virkasuhdetta koskevan ajan, A:n kieltäytyminen siirtymästä Oulun yliopiston palvelukseen työsuhteeseen olisi mahdollisesti muodostanut esteen palkkaa vastaavan korvauksen määräämiselle. Näin ollen sitä, että palvelussuhde on virkasuhteen päättymisen 31.12.2009 jälkeen jatkunut vielä kuusi kuukautta, ei voida pitää esteenä asian ratkaisemiselle virkamieslautakunnassa.

Kuten edellä on todettu, A olisi sinänsä voinut kanteella käräjäoikeudessa vaatia katsottavaksi, että hänen 30.6.2010 päättynyttä määräaikaista työsuhdettaan olisi tullut pitää toistaiseksi voimassa olevana ja vaatia korvausta työsopimuksen perusteettomasta päättämisestä. Yksilön oikeussuojan tarve ei edellytä oikeutta käyttää kahta rinnakkaista oikeussuojatietä. Koska A:n palvelussuhteet yliopistoon kuitenkin ovat olleet virkasuhteisia palvelussuhdelajin muutoksen jälkeistä työsuhdetta lukuun ottamatta ja hänen määräaikainen työsuhteensa on päättynyt samana ajankohtana kuin olisi päättynyt se määräaikainen virkasuhde, johon A viimeksi oli Oulun yliopistoon nimitetty, täysin selvää ei ole, että A:n oikeusturva tulisi yleisen lainkäytön puolella riittävästi turvatuksi. Näin ollen tulkinta, joka tällaisessa tilanteessa estäisi virkamiestä esittämästä palkkaa vastaavaa korvausta koskevaa vaatimusta virkamieslautakunnassa, ei virkamielen oikeussuoja ja palkkaa vastaavaa korvausta koskevan sääntelyn tavoite huomioon ottaen ole hyväksyttävissä. Kanteen nostamista käräjäoikeudessa ei näissä oloissa voida pitää riittävän tehokkaana oikeussuojakeinona, joka täyttäisi perustuslain 21 §:n ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan asettamat vaatimukset.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu on yksittäistapaukseen annettu tulkintaratkaisu virkamieslautakunnan toimivallasta. Tässä yksittäistapauksessa takana oli toistakymmentä vuotta määräaikaisia virkasuhteita ja sitten puolen vuoden työsuhteen jälkeen työsopimuksen jääminen uusimatta. Päätöksen perusteluista voidaan kuitenkin - vastauksena yliopiston valituksessa esitettyyn - *obiter dictum* yleistäen päätellä, että palkkaa vastaavaa korvausta koskevaa vaatimusta ei menestyksellisesti voitaisi esittää ainakaan, jos työntekijä olisi siirtymävaiheessa tai sen jälkeen otettu toistaiseksi voimassa olevaan työsuhteeseen. Tuolloin intressi saada mahdollisten määräaikaisten virkanimitysten lainmukaisuus tutkittavaksi olisi katkennut. Palkkaa vastaavaa korvaustahan voidaan vaatia tilanteessa, jossa virkasuhde päättyy sen johdosta, ettei virkamiestä enää nimitetä kyseiseen virastoon.

Vastaavasti voidaan pohtia, miten pitkälle mahdollisuus vaatia palkkaa vastaavaa korvausta voi ulottua, jos määräaikaiset työsuhteet yliopistoon jatkuvat pitempään kuin tapauksessa KHO 2012: 4. Tällöin on pohdittava vaatimukselle laissa asetettua määräaika. Esimerkkitapauksessa palkkaa vastaavaa korvausta koskeva hakemus virkamieslautakunnalle tehtiin jo 18.5.2010 eli määräaikaisen työsuhteen vielä kestäessä. Näin varmistettiin ainakin se, että valtion virkamieslain 56 §:n 2 momentissa tarkoitettu kuuden kuukauden määräaika ei ehtinyt umpeutua.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa ei jouduttu ottamaan kantaa siihen, olisiko korvausvaatimus voinut menestyä, jos vaatimus olisi tehty esimerkiksi kuuden kuukauden kuluessa tuon määräaikaisen työsuhteen päättymisestä (eli ennen 30.12.2010).⁶⁸⁵ Sääntelyn lähtökohtana on, että vaatimus voidaan tehdä sen johdosta, ettei asianomaista enää nimitetä (määräaikaiseksi) virkamieheksi. Näin voidaan kenties *ex analogia* ajatella, että vaatimus olisi esitettävissä vielä sen jälkeen, kun määräaikainen työsuhteeseen jää uusimatta. Työntekijän ei voida edellyttää riittävän palvelussuhtettaan sinä aikana, kun hänen työnsä yksikössä vielä jatkuvat. Jos nimittäin työsuhteeseen jatkua määräaikaisena, perustetaan vaatia palkkaa vastaavaa korvausta määräaikaisten virkasuhteiden osalta ei lie, kun palvelussuhde samassa yksikössä kuitenkin jatkuu. Palvelussuhteen muuttamisen virkasuhteesta työsuhteeksi ei voitane katsoa vapauttavan työnantajan kaikista menneistä vastuista, mutta toisaalta ei liioin antavan työsuhteeseen siirtymälle mahdollisuutta saada sekä palkkaa vastaavaa korvausta että jatkaa työsuhteessa. Työntekijän osalta tulkintaa puoltaa se, että lain esitöissä voimakkaasti korostettiin virkasuhteen ja työsuhteen rinnasteisuutta. Valtion virkamieslain 56 §:n 2 momentin sanamuoto kyllä mahdollistaa sellaisenkin tulkinnan, että palkkaa vastaavaa korvausta koskevaa vaatimusta ei voi esittää enää 30.6.2010 jälkeen. Missään tapauksessa mahdollisuutta vedota vanhoihin määräaikaisiin virkasuhteisiin ei voida pitää perusteltuna sen jälkeen, kun palvelussuhteiden painopiste on siirtymässä työsuhteeseen. Pääsääntönä on näet edellä esitetysti se, että työntekijä kääntyy oikeussuojapyyntöineen käräjäoikeuden puoleen.

⁶⁸⁵ Ks. Koskinen – Kulla 2009: 362, joiden mukaan kuuden kuukauden aika lasketaan virkasuhteen päättymisestä, joten virkasuhteeseen liittyvä työsuhteinen palvelu ei pidennä määräaika.

Lähteet

Bruun, N., Mäenpää, O. & Tuori, K. (1995). *Virkamiesten oikeusasema*. Helsinki: Otava.

Hirvonen, K. & Mäkinen, E. (2006). *Kunnallinen viranhaltija – oikeudellisen aseman sääntely*. Helsinki: Edita.

Koskinen, S. & Kulla, H. (2009). *Virkamiesoikeuden perusteet*. Helsinki: Talentum.

Mäkinen, E. (2009). Yliopistojen virkasuhteet työsuhteiksi – miksi? *Hallinnon tutkimus* 1, 71–73.

Tiitinen, K-P. & Kröger, T. (2002). *Työsopimuslaki 2001*. Helsinki: Kauppakaari.

HE 291/1993 vp. Hallituksen esitys valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta

HE 7/2009 vp. Hallituksen esitys yliopistolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi sekä sen johdosta annettu perustuslakivaliokunnan lausunto (PeVL) 11/2009 vp ja sivistysvaliokunnan mietintö (SiVM) 5/2009 vp.

VUOROPUHELUA TYÖSUHTEEN KETJUTUSKIELLOSTA

Tarmo Miettinen

1. Johdanto

Artikkelissa tarkastellaan työsuhteen määräaikaisuuden sääntelyä ja sen vaiheita, erityisesti niin sanottua ketjutuskieltoa, vuoden 1970 työ sopimuslaista (320/1970) vuoden 2001 työ sopimuslakiin (55/2001) ja sen voimassa olevaan ketjutuskielto säännökseen (124/2010). Aiheena on siis työ sopimusten ketjutuskiellon ”neljä vuosikymmentä”.

Määräaikaisuuden sääntely, erityisesti ketjutuskielto, on osoittautunut vaikeaksi lainsäädäntötehtäväksi useista lakimuutoksista ja korkeimman oikeuden lukuisista ennakkopäätöksistä päätellen. Ketjutuskieltosäännöstä on muutettu 1990- ja 2000-luvuilla kolme kertaa. Oikeudellinen tietokanta Finlex:stä on löydettävissä yhteensä 30 työ sopimuksen määräaikaisuutta koskevaa korkeimman oikeuden ennakkopäätöstä. Näistä 10 ratkaisua koskee ketjutuskiellon tulkintaa.⁶⁸⁶

Ketjutuskiellon sääntelyä ja sen tulkintaa analysoidaan tässä artikkelissa ensisijaisesti lainsäätäjän ja korkeimman oikeuden välisen vuoropuhelun näkökulmasta. Tarkoituksena ei siis ole esittää tulkintasuosituksia työ sopimuslain 1:3:n tulkinnasta. Ketjutuskiellon tarkoituksena on toisaalta estää irtisanomissuojan kiertäminen työ sopimuksen kestoajan valinnalla, mutta joustaa toisaalta työ elämän reaalisten tarpeiden mukaisesti. Ongelmana on ollut, miten yhteen sovittaa nämä tavoitteet.

Määräaikaisen palvelussuhteen sääntelyyn kuuluu myös EU-direktiivi, neuvoston direktiivi 1999/70/EY Euroopan ammatillisen yhteisjärjestön (EAY), Euroopan teollisuuden ja työnantajain keskusjärjestön (UNICE) ja julkisten yritysten Eu-

⁶⁸⁶ Haettaessa korkeimman oikeuden ratkaisuja hakusanoilla ”työ sopim* ja määräaik*”, järjestelmä antaa kaikkiaan 128 tapausta. Joukossa on kuitenkin runsaasti muita kuin työ sopimuksen määräaikaisuutta koskevia tapauksia. Työ tuomioistuimen tietokanta antaa vastaavalla tavalla ratkaisuja haettaessa yhteensä 527 tapausta, mutta niihin liittyy sama ongelma kuin edellä. Työ tuomioistuimen ratkaisusta on syytä mainita tässä yhteydessä ainakin ratkaisut TT 2004–42; TT: 2006–64 ja TT: 2006–65 sekä TT 2008–15.

roopan keskuksen (CEEP) tekemästä määräaikaista työtä koskevasta puitesopimuksesta, mutta sen tulkintavaikutuksiin ei tässä yhteydessä ole tarkoitus puuttua.

2. Ketjutuskielto vuoden 1970 työsopimuslaissa

Vuoden 1970 työsopimuslaissa ei alun perin ollut rajoitetta määräaikaisen työsuhteen käytölle. Lain 2.1 §:ssä oli säädetty vain siitä, että työsopimus voitiin tehdä määräajaksi tai olemaan voimassa toistaiseksi. Tarvetta määräaikaisen työsuhteen sääntelyyn ei myöskään todettu hallituksen esityksen perusteluissa tai sosiaalivaliokunnan mietinnössä.⁶⁸⁷

Korkein oikeus otti kuitenkin eräissä ratkaisuisaan kantaa määräaikaisen työsopimuksen edellytyksiin. Huomiota oli kiinnitetty erityisesti niihin tapauksiin, joissa sopimuksen muodon valinnalla oli pyritty työsopimuslain irtisanomissuojaa koskevien säännösten kiertämiseen, siis sangen selviin tapauksiin.

KKO 1978 II 45. Kun työntekijät olivat olleet useita kuukausia työnantajan palveluksessa ennen kirjallisten työsopimusten tekemistä ja kirjallisten työsopimusten tarkoituksena oli katsottava olleen aikaansaada kuukauden kerrallaan jatkuvia toistaiseksi voimassa olevia työsopimuksia, sopimuksia ei siitä huolimatta, että niihin oli merkitty kalenteriajan mukainen sopimusaika, ollut pidettävä määräaikaisina.

*Määräaikaisuuden nimenomainen rajoite otettiin työsopimuslakiin osana työsuhdeturvan kehittämistä koskevaa lakipakettia. Työsopimuslakiin lisättiin uusi 2.2 § (125/1984): ”Määräaikainen työsopimus voidaan tehdä, jos työn luonne, sijaisuus, harjoittelu tai muu näihin rinnastettava määräaikaista sopimusta edellyttävä seikka on siihen syynä tahi jos työnantajalla on muu yrityksen toimintaan tai suoritettavaan työhön liittyvä, perusteltu syy määräaikaisen työsopimuksen solmimiseen. Jos määräaikainen työsopimus on tehty muussa kuin edellä mainituissa tapauksissa tai jos määräaikaisia työsopimuksia on ilman pätevää syytä toistuvasti solmittu peräkkäin, pidetään sopimusta toistaiseksi voimassa olevana työsopimuksena.”*⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ HE 228/1969 vp: 2; SosVM 33/1969 vp.

⁶⁸⁸ 1970TSL 2.2 §:ään tehtiin väliaikainen muutos lailla 1158/1994. Sen mukaan pitkäaikaistyöttömän kanssa voidaan tehdä määräaikainen työsopimus edellyttäen, että määräaikainen työsopimus tehdään vähintään kuuden kuukauden pituiseksi ajaksi. Muutos oli voimassa vuodet 1995 ja 1996. Hallituksen esityksen perustelujen mukaan (HE 78/1996 vp) säännöstä voitiin soveltaa myös vuoden 1996 jälkeen.

Hallituksen esityksen perusteluista ilmenee, että määräaikaisuuden sääntelyn oikeutukseen haettiin tukea korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä. Määräaikaisien työsopimusten ketjuttamiseen katsottiin joissakin tapauksissa olevan perusteltu syy. Kullekin määräaikaiselle sopimukselle tuli kuitenkin olla työsopimuslain 2 §:n 2 momentissa tarkoitettu, perusteltu syy. Lisäksi edellytettiin, että peräkkäisten määräaikaisien sopimusten käyttöön oli pätevä syy. Erityisesti sellaisissa tapauksissa, joissa määräaikaisia sopimuksia oli solmittu useita ja joissa edellisen sopimuskauden päätyttyä seuraava alkaa melko pian, saattoi olla kyseessä sopimuksen muodon valinta irtisanomissuojaa koskevien säännösten välttämiseksi. Rajatapauksissa tuli kiinnittää huomiota siihen, oliko määräaikaisilla työsopimuksilla tosiasiallisesti pyritty vakinaiseen työsuhteeseen.⁶⁸⁹

Oikeuskäytäntöä ketjutuskiellon tulkinnasta kertyi 1980- ja 1990-luvuilla runsaasti:

KKO 1989: 100, KKO 1993: 70, KKO 1995: 13, KKO 1995: 14, KKO 1995: 159. Näistä tapauksista on syytä nostaa esille seuraavat kaksi ratkaisua.

KKO 1993: 70: Vesi- ja ympäristöpiiri oli tehnyt työntekijän kanssa runsaan vuoden aikana yhdeksän peräkkäistä määräaikaista työsopimusta sillä perusteella, että työntekijän palkkaukseen tarvittavat varat oli saatu jaksoittain budjetin määrärahoista. Tämän ei katsottu muodostaneen työsopimuslain 2 §:n 2 momentissa edellytettyä pätevää syytä toistuvasti solmia määräaikaisia työsopimuksia. Työntekijän työsopimusta oli kokonaisuudessaan pidettävä toistaiseksi voimassa olevana.

Valtion viranomainen, vesi- ja ympäristöpiiri, oli tehnyt L:n kanssa 1.9.1988–29.12.1989 väliseksi ajaksi yhdeksän peräkkäistä lyhytaikaista määräaikaista työsopimusta. Työsopimusten määräaikaisuus oli johtunut siitä, että L:n palkkaukseen tarvittavat varat on saatu eri kunnostushankkeita varten jaksoittain valtion budjetin määrärahoista. Työsopimusten kestoajoja ei kuitenkaan ollut sidottu tiettyihin kunnostushankkeisiin eikä niitä varten saatuihin määrärahoihin. Vesi- ja ympäristöpiiri oli lisäksi aina edellisen työsopimuksen lakatessa tosiasiallisesti kyennyt uudella työsopimuksella jatkamaan L:n työsuhdetta. L:n palkkaukseen tarvittavien varojen saanti valtion budjetin määrärahoista ei siten muodostanut työsopimuslain 2 §:n 2 momentissa edellytettyä pätevää syytä solmia toistuvasti peräkkäin määräaikaisia työsopimuksia. L:n määräaikaisia työsopimuksia oli pidettävä 1.9.1988 alkaen toistaiseksi voimassa olevana työsopimuksena.

⁶⁸⁹ HE 205/1983 vp, s. 27.

KKO 1995: 13. Ottaen huomioon tienrakennusalan erityisluonne ja alalla vakiintunut käytäntö tielaitoksella oli työsopimuslain 2 §:n 2 momentissa edellytetty pätevä syy solmia työntekijän kanssa noin yhden vuoden neljän kuukauden aikana viisi lähes peräkkäistä määräaikaista työsopimusta. (Ään.)

Työntekijä oli toiminut mm. mittamiehenä. Tielaitoksen tienrakennustyöt olivat enimmäkseen kertaluonteisia, tiettyihin hankkeisiin kohdistuvia ja siitä johtuen määräaikaista. Tästä huolimatta työsuhteet silloin, kun ne eivät olleet jatkuvia, eivät yleensä olleet projektikohtaisia vaan aikaan sidottuja. Tätä oli selitetty useiden hankkeiden lyhytaikaisuudella. Tielaitoksen palveluksessa olikin ollut huomattava määrä työntekijöitä peräkkäisten määräaikaan sidottujen työsopimusten varassa. Tielaitos ei siten työsopimusten kestoajan valinnalla ollut pyrkinyt kiertämään työntekijän työsuhdeturvaa vaan oli menetellyt hänen kohdallaan samalla tavalla kuin vastaavanlaisessa asemassa olleiden, samanlaisia töitä tehneiden muidenkin työntekijöiden kohdalla.

Oikeustapauksista ilmenee, että työtehtävien luonne otettiin huomioon arvioitaessa toistuvien määräaikaisten työsopimusten lainmukaisuutta. Toimistotyöntekijän määräaikaisuuden perusteeksi ei riittänyt se, että varat palkkaukseen saatiin budjetista hankekohtaisesti, kun kuitenkin kaikissa hankkeissa tarvittiin hallinnollisiin tehtäviin toimistotyöntekijän työpanosta. Sen sijaan tierakennustehtävät olivat aidosti kertaluontoisiin hankkeisiin sidottuja, määräaikaista töitä. Toisaalta myös alan vakiintuneelle käytännölle annettiin merkitystä määräaikaisuuden perustetta arvioitaessa.

Ketjutuskiellon sääntelyä tarkistettiin sitten määräaikaisella lailla 56/1997, joka oli voimassa vuosina 1997–1999. Lakipaketin tavoitteena oli epätyypillistä työtä tekevien työntekijöiden turvattuustekijöiden vähentäminen. Määräaikaisten työsopimusten tekemistä koskevaa sääntelyä haluttiin myös ”yksinkertaistaa”.

Työsopimuslain 2.2 §:stä poistettiin maininta siitä, että ilman pätevää syytä toistuvasti peräkkäin solmittuja määräaikaista työsopimuksia pidetään toistaiseksi voimassa olevana työsopimuksena. Hallituksen esityksen perusteluissa todettiin, että vuonna 1984 säädetyn ketjutuskiellon tulkinta ei ole ollut ongelmallista. Kertynyttä oikeuskäytäntöä tulkittiin niin, ettei työsopimusten määrä vaikuta olennaisesti peräkkäisten määräaikaisten työsopimusten solmimisen laillisuuteen. Tämä ei myöskään ollut lainsäätäjän tarkoitus: säännöksellä ei pyritty rajoittamaan osapuolten oikeutta käyttää määräaikaista työsopimusta aina silloin, kun käytännön työelämän tarpeet sitä edellyttävät. Oikeuskäytäntöä pidettiin kuitenkin varsin tiukkana siinä mielessä, että työsuhdetta oli pidetty toistaiseksi voimassa olevana silloin, kun jälkikäteisarvion perusteella oli näyttänyt olevan mahdollista jatkaa työsuhdetta uusilla määräaikaisilla työsuhteilla. Tämän pelättiin vaikuttavan kiel-

teisesti työnantajan intressiin jatkaa työsuhdetta uudella määräaikaisella työsuhteella. Kun voimassa oleva säännös määräaikaisuuden edellytyksistä joka tapauksissa edellyttää vain pätevää syytä, katsottiin toistuvia määräaikaisia sopimuksia koskevalla lausekkeella olevan ”vain selittävää merkitystä”.⁶⁹⁰

Työsopimuslain muutoksen taustalla oli myös käsitys, jonka mukaan tuolloisia Suomen työttömyys- ja talousongelmia ei voitu ratkaista ilman palvelusektorin nopeaa ja voimakasta kehittämistä. Palvelusektorilla ei ollut käytettävissä samalla tavalla tietoa yrityksen tilauskannasta kuin teollisuudessa, vaikka työläinsäädännön tulee joustaa samalla tavalla niin teollisuudessa kuin palveluissakin. Tämän vuoksi katsottiin tarpeelliseksi muuttaa työsopimuslain määräaikaisäännöksen sanamuotoa niin, että palveluyrittäjät saivat saman mahdollisuuden määräaikaisien työsopimusten käyttöön kuin teollisuusyrittäjätkin. Eduskunnan työasiainvaliokunta ehdotti TSL 2.2 §:n muuttamista siten, että määräaikainen työsopimus voitiin solmia myös silloin, kun työnantajalla oli palvelujen kysynnän vakiintumattomuuteen liittyvä syy määräaikaisen työsopimuksen tekemiseen; tässä muodossa laki myös säädettiin. Näin palveluyrittäjä, esimerkiksi kampaaja tai ravintoloitsija, voi toiminnan käynnistyessä tai kysynnän lisääntyessä solmia määräaikaisen työsopimuksen työntekijän kanssa kysynnän jatkumisen epävarmuuden perusteella. Palvelujen kysyntää ei kuitenkaan voitu pitää vakiintumattomana, jos määräaikaisia sopimuksia solmittiin tällä perusteella lukuisia peräkkäin.⁶⁹¹

Lakimuutoksella työsopimuslaista poistettiin erillinen maininta ketjutuskiellosta. Ketjutustapauksissa riittävää oli, että kullekin määräaikaiselle työsopimukselle oli olemassa perusteltu syy. Tämä näkökohta korostui korkeimman oikeuden ennakkoratkaisussa (1996: 105), jossa tosin sovellettiin vuonna 1984 työsopimuslakiin sisällytettyä ketjutuskieltoa.

KKO 1996: 105. Kaupunki oli tehnyt työntekijän kanssa runsaan kuuden vuoden aikana yli 90 eripituista lähes peräkkäistä määräaikaista työsopimusta vanhainkodin vakinaisten viranhaltijoiden tai työntekijöiden sijaisuuksista. Sopimukset oli sidottu vakinaisen viranhaltijan tai työntekijän poissaoloon. Sopimusten tekemisellä ei niiden peruste huomioon ottaen ollut pyritty jatkuvaan työsuhteeseen eikä kaupunki myöskään ollut pyrkinyt kiertämään toistaiseksi voimassa olevaan työsopimukseen liittyvää työsuhdeturvaa. Peräkkäisten määräaikaisten työsopimusten tekemiseen oli ollut työsopimuslain 2 §:n 2 momentissa edellytetty pätevä syy, joten sopimuksia ei pidetty toistaiseksi voimassa olevana työsopimuksena.

⁶⁹⁰ HE 78/1996 vp: 3–4.

⁶⁹¹ TyVM 18/1996 vp.

Sopimusten lukumäärä oli ollut erittäin suuri ja ne olivat kattaneet varsin pitkän ajanjakson. Työntekijän työtehtävät olivat olleet koko ajan samankaltaisia. Nämä seikat tukivat korkeimman oikeuden mukaan sitä, että sopimukset olivat muodostuneet toistaiseksi voimassa olevaksi työsopimukseksi. Korkeimman oikeuden käytännössäkään (KKO 1995: 14⁶⁹²) oli annettu merkitystä määräaikaisten työsopimusten erittäin suurelle lukumäärälle ja niiden yhteensä muodostamalle varsin pitkälle ajalle. Tässä tapauksessa korkein oikeus kuitenkin muutti tulkintalinjaansa. Yksistään mainittujen seikkojen perusteella eivät sopimukset kuitenkaan muodostuneet toistaiseksi voimassa olevaksi työsopimukseksi, jos yksittäisten määräaikaisten sopimusten tekemiseen oli koko ajan ollut laissa edellytetty peruste, kuten sijaisuus. Korkein oikeus päätteli, että sijaisuuksia koskevien määräaikaisten työsopimusten tekemisellä ei tosiasiallisesti pyritty jatkuvaan työsuhteeseen. Ilman tarkemmin yksilöityjä perusteluita korkein oikeus katsoi, että kaupunki ei pyrkinyt kiertämään toistaiseksi voimassa olevaan työsopimukseen liittyvää työsuhdeturvaa. Ja edelleen: kaupungin menettely oli vastannut kunnissa yleisesti noudatettua käytäntöä.

Korkein oikeus näyttää tulkinneen tässä tapauksessa ketjutuskieltoa tavalla, joka vastaa paremminkin lakiin tehtyä väliaikaista muutosta kuin ketjutuskiellon alkuperäistä säännöstä.

3. *Ketjutuskielto vuoden 2001 työsopimuslaissa*

Voimassa olevan työsopimuslain 1:3.2:ssa säädettiin alun perin työsuhteen määräaikaisuudesta seuraavasti: ”Työsopimus on voimassa toistaiseksi, jollei sitä ole perustellusta syystä tehty määräaikaiseksi. Työnantajan aloitteesta ilman perustelua syytä tehtyä määräaikaista työsopimusta samoin kuin ilman perusteltua syytä tehtyjä toisiaan seuraavia määräaikaisia työsopimuksia on pidettävä toistaiseksi voimassa olevina.”⁶⁹³

Säännöksen sanamuoto korostaa aiempaan selvemmin vakinaista työsuhdetta pääsääntönä. Työsuhteen määräaikaisuutta on arvioitava perustellun syyn näkökulmasta. Yleislauseke korvasi aiemmassa laissa olleen esimerkkiluettelon määräaikaisuuden pätevistä syistä. Ketjutuskielto palautettiin lakiin edellyttämällä toisi-

⁶⁹² KKO 1995: 14. Tielaitoksella ei ollut työsopimuslain 2 §:n 2 momentissa edellytettävää pätevää syytä solmia työntekijän kanssa yli seitsemän vuoden ajaksi yhteensä 50 lähes peräkkäistä määräaikaista työsopimusta. Sopimukset olivat siten muodostuneet toistaiseksi voimassa olevaksi työsopimukseksi. (Ään.)

⁶⁹³ Lakivaliokunta oli ehdottanut säännöksen palauttamista alkuperäiseen asuunsa, mutta työ- ja tasa-arvoasiain valiokunta ei pitänyt tätä tarpeellisena. TyVM 13/200 vp s. 8.

aan seuraaville määräaikaisille työsopimuksille perusteltu syy. Lakiesityksen perusteluissa ei tarkemmin selvitetty sitä, miksi laissa päädyttiin yleislausekkeeseen. On mahdollista, että korkeimman oikeuden edellä käsitellyn ratkaisun KKO 1996:105 varsin mekaaninen laintulkinta (sijaisuus määräaikaisuuden perusteena) vaikutti sääntelyyn: kokonaisharkinta on parempi tapa arvioida määräaikaisuuden oikeutusta kuin sallittujen perusteiden esimerkinomainen luettelo⁶⁹⁴.

Hallituksen esityksen perustelujen mukaan määräaikaisen sopimuksen käyttöedellytyksiä arvioitaessa huomiota on kiinnitettävä sekä työntekijän työn erityisluonteeseen myös työn erityispiirteisiin työnantajan kannalta. Onko työnantajalla toimintansa laajuuden vuoksi mahdollisuus teettää jatkuvasti sinänsä määrättyjä, erillisinä pidettäviä töitä ja asettaako työ tekijälleen joitakin erityisiä ammattitaitovaatimuksia, joita työnantajan vakituudessa työsuhhteessa olevilla ei ole tai joita työnantaja ei yleensä tarvitse? Määräaikaisen sopimuksen käyttö on perusteltua, kun kysymys on määrätyn työn tai työkokonaisuuden tekemisestä tai sellaisesta lyhytaikaisesta määrätystä työstä, jota työnantaja ei teetä jatkuvasti.⁶⁹⁵

Vaikka jo ensimmäistä ilman perusteltua syytä tehtyä määräaikaista työsopimusta pidetään toistaiseksi voimassa olevana, määräaikaissäännökseen otettiin nimenomainen kielto tehdä toistuvia määräaikaista sopimuksia ilman perusteltua syytä. Keskeiseksi määräaikaisuuden perusteen arviointikriteeriksi nostettiin pysyvän työvoiman tarve. Jos työnantajan työvoiman tarve on arvioitavissa pysyväksi, jatkuvasti toistuvien määräaikaisten sopimusten käyttöön samoissa töissä ei hallituksen esityksen perustelujen mukaan ole perusteltua syytä.⁶⁹⁶

Työsopimuslain 1: 3.2:n tulkinnasta on kertynyt oikeuskäytäntöä, joista osa vastaa selkeästi hallituksen esityksen perusteluja, osa on taas herättänyt keskustelua.

KKO 2008: 29. Sairaanhoidopiiri oli palkannut hengityshalvauspotilaalle hoitajan määräaikaiseen työsuhhteeseen niin, että työsopimus päättyi, kun potilaan hoidon tarve lakkasi. Korkeimman oikeuden tuomiosta ilmenevillä perusteilla työnantajalla ei ollut työsopimuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentissa tarkoitettua perusteltua syytä tehdä työsopimusta määräaikaisena. (Ään.)

Kuntayhtymä oli katsonut, että sillä oli perusteltu syy määräaikaisen työsopimuksen tekemiseen työn luonteen vuoksi: hoitosuhde on henkilökohtainen ja hoitotar-

⁶⁹⁴ Tiitinen & Kröger 2008: 101, katsovat esimerkkiluettelon johtaneen ”kaavamaisiin tulkintoihin”.

⁶⁹⁵ HE 157/2000 vp, s. 60.

⁶⁹⁶ HE 157/2000 vp, s. 61.

peen syntyminen ja kesto olivat sattumanvaraisia. Korkein oikeus kuitenkin totesi, että kuntayhtymällä oli ollut kerrallaan useita tällaisen hoidon tarpeessa olevia potilaita. Hoidon tarvetta voitiin pitää jatkuvana. Kuntayhtymällä oli tätäkin työtä tarjolla siinä määrin, ettei työvoiman tarve ollut täysin sattumanvaraista. Jos potilas on nuori, voi hoitotarve olla kymmeniä vuosia, jolloin työvoiman tarvetta on tällaisessa tapauksessa pidettävä pysyvänä. Lisäksi kuntayhtymän sairaaloissa palveli myös muissa tehtävissä lähihoitajia. Kuntayhtymällä oli siten mahdollisuus silloin, jos hengityshalvauspotilaan hoitotyötä ei ollut tarjolla, siirtää ja tarvittaessa kouluttaa tässä työssä olleita lähihoitajia sairaalatyöhön. Korkein oikeus arvioi kyseessä olleen hoitajan hoitotyön työn luonteen, hoitotyön ennakoitavissa olevan keston ja toisaalta työntekijälle tarjottavissa olevan muun työn perusteella, että kuntayhtymällä ei ollut työsopimuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentissa tarkoitettua perusteltua syytä tehdä työsopimusta määräaikaisena.

Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisu ei koskenut selkeästi ketjusopimustilannetta, vaan yleisemmin työsopimuksen määräaikaisuuden perustetta. Tapauksella on kuitenkin liittymäkohtia ketjusopimusten oikeudelliseen hyväksyttävyyteen. Korkein oikeus otti määräaikaisuuden perusteiden arvioinnissa huomioon työvoimatarpeen sattumanvaraisuuden ohella mm. työnantajan toiminnan laajuuden ja mahdollisuuden työllistää määräaikainen työntekijä. Työnantajan olosuhteilla voi olla merkitystä myös ketjusopimusten hyväksyttävyyden kannalta.

KKO 2010: 11. Työnantajayhtiön päiväkotitoiminta oli perustunut kaupungin kanssa vuosittain tehtyihin määräaikaisiin ostopalvelusopimuksiin. Kysymys siitä, oliko työnantajalla ollut työsopimuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentissa tarkoitettu perusteltu syy tehdä työntekijän kanssa toisiaan seuraavia määräaikaisia työsopimuksia. (Ään.)

Päiväkoti X Oy oli ylläpitänyt Vantaalla päiväkotia, joka oli yhtiön ja Vantaan kaupungin tekemän ostopalvelusopimuksen mukaisesti toiminut Vantaan kaupungin ostopalvelupäiväkotina. Vantaan kaupunki teki ostopalvelusopimukset vuodeksi kerrallaan eikä yhtiöllä ollut muuta liiketoimintaa. Yhtiö oli vuosittain tehnyt kaikkien työntekijöidensä kanssa määräaikaiset työsopimukset, koska sen toiminnan jatkumisen edellytyksenä oli ollut sopimuksen tekeminen kaupungin kanssa. Yhtiön toiminta oli alkanut vuonna 1997.

Korkein oikeus totesi ensinnäkin sen, että yhtiön toiminta on ollut jokseenkin vakiintunutta ja näin ollen sillä on ollut toiminnan jatkuessa pysyväisluonteinen tarve käyttää päiväkotihenkilökuntaa. Toisaalta yhtiön toiminta oli kuitenkin ollut kokonaan sen varassa, että Vantaan kaupunki teki vuosittain päivähoitopalveluja koskevan ostosopimuksen yhtiön kanssa. Yhtiö ei ollut voinut normaalin yritystoiminnan mukaisesti varautua toimintansa taloudellisen perustan muutoksiin.

Kun se oli voinut järjestää toimintansa vain vuodeksi kerrallaan, sillä oli ollut työsopimuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentissa tarkoitettu pätevä syy tehdä työsopimukset työntekijöiden kanssa määräaikaisina vuodeksi kerrallaan. Kun otettiin huomioon yhtiön ja Vantaan kaupungin välinen suhde, asian arviointiin ei vaikuttanut se, että yhtiön ja A:n välillä oli tätä ennen tehty useita peräkkäisiä määräaikaisia työsopimuksia.

Työsopimuslain määräaikasaännöksen tulkinnan lähtökohtana voitaneen pitää käsitystä, ettei vakiintuneita päätehtäviä voida hoitaa tilapäistyövoimalla. Korkeimman oikeuden perusteluissa painoi kuitenkin enemmän liiketaloudellinen ajattelu: ketjutuskielto väistyi yritystoiminnan tapauskohtaisen hektisyyden vuoksi. Kuten korkeimman oikeuden esittelijän mietinnössä todettiin, määräaikaisilla työsopimuksilla oli haluttu poistaa palvelujen kysynnän epävarmuudesta johtuva taloudellinen uhka. Ja edelleen: tällaisessa tilanteessa kyse ei ole tilapäisestä työstä, joten ostopalvelusopimusten epävarmuutta ei yksinään voitane pitää perusteltuna syynä toistuviin määräaikaisiin työsopimuksiin.

Viimeksi mainittu korkeimman oikeuden ennakkopäätös vaikutti keskeisesti siihen, että työsopimuslain ketjutuskieltoa täsmennettiin – taas kerran. Korkeimman oikeuden ratkaisun jälkeen työ- ja elinkeinoministeriön kolmikantaisessa työryhmässä selvitettiin ratkaisun mahdollisia vaikutuksia määräaikaisten työsopimusten käyttöön. Selvitystyö johti lainmuutokseen.⁶⁹⁷

4. Voimassa oleva ketjutuskielto

Työsopimuslain määräaikaisuussäännöstä (1:3) muutettiin lailla 1224/2010, joka tuli voimaan 1.1.2011. Uusi TSL 1:3.3 kuuluu seuraavasti: ”Toistuvien määräaikaisten työsopimusten käyttö ei ole sallittua silloin, kun määräaikaisten työsopimusten lukumäärä tai niiden yhteenlaskettu kesto taikka niistä muodostuva kokonaisuus osoittaa työnantajan työvoimatarpeen pysyväksi.” Sääntelyä selkeytettiin lakiteknisesti sijoittamalla ketjusopimuskielto omaan momenttiinsa.

Aiemmin hallituksen esityksen perusteluissa mainittu määräaikaisuuden arviointiperuste, työvoimatarpeen pysyvyys, nostettiin nyt lain tasolle. Merkittävämpää kuitenkin on, että ketjutuskieltoa täsmennettiin määräaikaisten työsopimusten lukumäärään ja keston liittyvin, lakitekstissä mainituin perustein. Lainsäätäjä muutti kantaansa verrattuna vuonna 1997 muutetun määräaikaisuussäännöksen perusteluihin. Kun tuolloin katsottiin, ettei työsopimusten määrä sinällään vaikuta

⁶⁹⁷ TyVM 12/2010 vp.

peräkkäisten määräaikaisten työsopimusten oikeudelliseen arviointiin, on lain ohje nyt päinvastainen. Mitä useampi peräkkäinen työsopimus tai mitä pidempi määräaikaistuuksien yhteenlaskettu kesto on, sitä lähempänä ollaan ketjutuskiellon rikkomista. Yksittäisten määräaikaisten työsopimusten oikeudelliseen hyväksyttävyyteen ei sen sijaan ollut tarkoitus tehdä muutoksia: niitä arvioidaan edelleen perustellun syyn vaatimuksen kautta. Lakitekstistä ei suoraan käy ilmi se, mikä oikeusvaikutus perusteettomalla ketjuttamisella on. Hallituksen esityksen perustelujen mukaan lain 1:3.2:n säännös, jonka mukaan työnantajan aloitteesta ilman perusteltua syytä tehtyä määräaikaista työsopimusta on pidettävä toistaiseksi voimassa olevana, koskee myös työsopimuksen perusteetonta ketjuttamista⁶⁹⁸.

Lakimuutosta taustoitettiin tässäkin yhteydessä työmarkkinoiden analyysillä. Lakiesityksen perustelujen mukaan työvoiman käyttötavoissa on 2000-luvulla tapahtunut muutoksia. Yritykset ovat keskittyneet ydintoimintoihinsa ja ovat siirtyneet hankkimaan tukitoiminnot toisilta yrityksiltä. Myös julkinen sektori, erityisesti kunnat ja kuntayhtymät ovat alkaneet käyttää yhä enemmän ostopalvelusopimuksia myös lakisääteisten palveluidensa tuottamisessa. Määräaikainen toimeksiantosopimus voi olla peruste määräaikaisen työsopimuksen solmimiselle silloin, kun työtä on tarjolla vain kyseisen toimeksiannon kestoajaksi.⁶⁹⁹

Epävarmuus tarjottavan työn riittävydestä ei kuitenkaan yksistään riitä perusteeksi käyttää määräaikaisia työsopimuksia. Hallituksen esityksen perusteluissa korostettiin, että työnantajalla on useita keinoja sopeuttaa työn tarjonta ja kysyntä toisiinsa: lomautus, osa-aikaistaminen ja viime kädessä työsopimuksen päättäminen kollektiiviperusteella. ”Jos epävarmuus toiminnan jatkuvuudesta olisi peruste käyttää toistuvia määräaikaisia sopimuksia, yrittäjänriski siirtyisi työntekijöiden kannettavaksi vähintään irtisanomisajan palkan suuruisena.”⁷⁰⁰

Hallituksen esityksen perustelujen mukaan ketjutuskiellon uusia kriteereitä sovellettaessa oli otettava huomioon useita näkökohtia. Rajoitusta sovelletaan kaikissa tehtävissä ja kaikilla toimialoilla; säännös on pakottavaa oikeutta. Merkitystä ei olisi sillä, tekeekö työnantaja samoista töistä toistuvat määräaikaiset työsopimukset saman työntekijän kanssa vai vaihtaako hän kyseisissä töissä työntekijää. Toistuvien sopimusten käytön sallittavuutta olisi arvioitava tehtävä-, ei henkilökohtaisesti. Työvoimatarpeen arviointi kohdistetaan siihen tehtävien kokonaisuuteen, jota kyseinen työntekijä tai useat työntekijät ovat tehneet määräaikaisissa työsopimuksissa. Lakiesityksen perusteluissa käytetään tästä tehtävien kokonaisu-

⁶⁹⁸ HE 239/2010 vp, s. 4.

⁶⁹⁹ HE 239/2010 vp, s. 3.

⁷⁰⁰ HE 239/2010 vp, s. 3.

desta käsitettä ”sama työ”. Saman työn sisältö ei rajoittuisi yksinomaan työsopimuksessa nimenomaisesti kirjattuihin tehtäviin vaan tosiasiallisiin, vakiintuneisiin tehtäväkokonaisuuksiin.⁷⁰¹

Säännöksessä ei ole voitu määritellä sallittujen peräkkäisten määräaikaisten sopimusten enimmäislukumäärää tai enimmäiskestoja tarkasti. Tulkintaohje on muotoa: mitä enemmän tai kauemmin, sitä selvemmin (argumentum a minore ad maius). ”Silloin kun määräaikaisten työsopimusten toistaminen useita kertoja peräkkäin tai lyhyin väliajoin taikka määräaikaisten sopimusten yhteenlasketun keston pituus osoittaa työvoiman tarpeen vakiintuneen pysyväksi, määräaikaisten sopimusten käyttö samoissa töissä ei enää olisi sallittua.” Tarkoitus ei ole estää määräaikaisen sopimuksen uusimista samojen osapuolten kesken esimerkiksi silloin, kun työnantaja tarjoaa määräaikaisesti palkatulle sijaiselle uutta määräaikaista sijaisuutta.⁷⁰²

Keskeistä on arvioida työvoimatarpeen pysyvyyttä ja työnantajan toiminnan vakiintuneisuutta. Tällöin on otettava huomioon työvoiman aiempi käyttö ja työnantajan toiminnan jatkumisedellytykset. Toimintaa aloitettaessa, sitä selkeästi laajennettaessa tai toimintasuuntaa muutettaessa työvoiman tarve ei välttämättä ole kaikin osin vielä vakiintunut. Kun työnantajan toiminta on vakiintunut, työsopimusten määräaikaisuuden perusteena ei voisi olla yritysten välisten sopimusten, esimerkiksi alihankinta- tai ostopalvelusopimusten määräaikaisuus. Yrityksen toiminnan perustuminen toisten yritysten tai julkisen sektorin kanssa tehtäviin määräaikaisiin toimeksiantosopimuksiin ei automaattisesti oikeuta yrityksiä käyttämään määräaikaisia työsopimuksia.⁷⁰³

Työsopimuslain 1: 3 muutoksen jälkeen on annettu kaksi merkittävää korkeimman oikeuden ennakkopäätöstä ketjusopimuksista, jotka tosin on ratkaistu vuoden 2001 työsopimuslain alkuperäisen määräaikaisuussäännöksen perusteella.

KKO 2011:73: Työntekijä oli työskennellyt useita vuosia kuntayhtymän palveluksessa tutkimushoitajana pitkäaikaisiksi tarkoitetuissa tutkimusprojekteissa, joiden jatkuminen oli perustunut vuosittain saatavaan ulkopuoliseen rahoitukseen. Kysymys siitä, oliko työnantajalla ollut työsopimuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentissa tarkoitettu perusteltu syy tehdä työntekijän kanssa toisiaan seuraavia määräaikaisia työsopimuksia.

⁷⁰¹ HE 239/2010 vp, s. 1, 4.

⁷⁰² HE 239/2010 vp, s. 4–5.

⁷⁰³ HE 239/2010 vp, s. 5.

A oli 7.1.2002–31.12.2008 välisenä aikana työskennellyt keskeytyksettä Pirkanmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymän palveluksessa yhteensä 11 määräaikaisessa työsopimuksessa. A oli tuona aikana toiminut tutkimushoitajana tutkimushankkeissa, joissa oli tutkittu nuoruusiän diabetesta. Asiassa oli kysymys siitä, oliko työn projektiluonteisuus ja sen ulkopuolinen rahoitus ollut työsopimuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentissa tarkoitettu perusteltu syy solmia A:n kanssa toisiaan seuraavia määräaikaisia työsopimuksia.

Korkein oikeus arvioi tapauksen perusteluissa määräaikaisen työsopimuksen edellytyksiä projektityössä. Työn projektiluonteisuus, jonka johdosta työn tiedetään valmistuvan kohtuullisen lyhyen, arvioitavissa olevan ajan kuluessa, voi olla perusteltu syy määräaikaiselle työsopimukselle. Myös työvoiman tarpeen lakkaaminen, jos työn edellytyksenä oleva ulkopuolinen rahoitus loppuu, voi oikeuttaa työn teettämiseen määräaikaisia työsopimuksia käyttäen. Määräaikaisten työsopimusten tekemiseen ei kuitenkaan ole perusteltua syytä, jos työvoiman tarve on pysyvä. Säännöksen tulkinnassa oli kiinnitettävä huomiota myös siihen, kohdistuuko työvoiman tarpeen pysyvyyteen sellaisia uhkia, jotka poikkeavat niistä uhista, jotka tyypillisesti liittyvät työn jatkuvuuteen toistaiseksi voimassa olevissa työsopimuksissa.

Korkein oikeus katsoi kysymyksessä olevien tutkimusten edellyttävän niin pitkäaikaista tutkimustyötä, että tutkimuksen projektiluonteisuus ei sellaisenaan oikeuta tutkimusapulaisen työsuhteen määräaikaisuutta. Vaikka mahdollisuus rahoituksen keskeytymiseen on todellinen, ei rahoituksen päättymisen mahdollisuus ole suurempi uhka työvoimatarpeen kannalta kuin uhka, joka aiheutuu esimerkiksi nopeista suhdanteiden muutoksista muunlaisen työn kysynnässä. Sinänsä jo se, että A:n kanssa oli lähes seitsemän vuoden aikana solmittu yli kymmenen määräaikaista työsopimusta, viittasi siihen, että hänen työnsä tarve oli työsopimuslaissa tarkoitettulla tavalla pysyvää. Työvoiman tarpeen jatkumista koskevaan, tällaisissa tapauksissa vähäiseen epävarmuuteen ei siten voitu arvioida liittyvän työnantajan tavanomaisesta vastuusta poikkeavia uhkia. Korkein oikeus päätyi yksimielisesti siihen, että tällaisessa tapauksessa tutkimusapulaisten työn tarvetta oli perusteltua pitää työsopimuslain 1:3.2 soveltamisen kannalta pysyvänä.

KKO 2012: 2. A oli työskennellyt työvoima- ja elinkeinokeskuksen (TE-keskus) palveluksessa vuosina 2000–2006 lähes keskeytyksettä kahdeksassa määräaikaisessa työsuhteessa. A:n palkkaukseen käytetyt varat oli saatu osittain Euroopan aluekehitysrahastosta teknisenä tukena. A:n työtehtävät olivat olleet luonteeltaan TE-keskuksen tavanomaiseen ja pysyvään toimintaan liittyneitä samankaltaisia yleisiä toimistotehtäviä. Korkeimman oikeuden tuomiosta ilmenevillä perusteilla katsottiin, ettei TE-keskuksella ollut perusteltua syytä solmia A:n kanssa määräaikaisia työsopimuksia.

A:n työsopimuksen mukaisiin työtehtäviin olivat kuuluneet lähinnä EAKR-tekni- sen tuen sihteerin tehtävät, mm. tukihakemusten ja maksatuspäätösten esikä- sittely, osto- ja myyntilaskujen käsittely, postin esikäsitteily, arkistointi ja asiakas- tapaamisten valmistelu.

ELY-keskus oli katsonut EY-asetuksen 448/2004 edellyttävän, että rakennerahas- totehtäviä suorittavien henkilöiden työsuhteet olivat määräaika-isia. Tämä väite torjuttiin korkeimman oikeuden ratkaisussa.

A:n työtehtävät olivat pääosin olleet luonteeltaan TE-keskuksen tavanomaiseen ja pysyvään toimintaan liittyneitä yleisiä toimistotehtäviä. Tällaisia työtehtäviä TE- keskuksen on tullut teettää siitä riippumatta, mikä on ollut palkkaukseen käytettä- vien varojen lähde. A oli työskennellyt vastaavissa työtehtävissä jo ennen kysy- myksessä olevia määräaika-isia työsopimuksia, eivätkä nämä työtehtävät olleet loppuneet hänen työsuhteensa päättämisen jälkeen.

Korkein oikeus katsoi, että TE-keskuksella oli julkisena työnantajana ollut edellä mainituissa olosuhteissa riittävät mahdollisuudet arvioida palkkamenojensa kat- tamiseen saatavaa rahoitusta ja A:n vastuualueella olevien pysyväisluonteisten töiden teettämistä pitkäjänteisesti siitähän huolimatta, että osa rahoituksesta on tullut Euroopan unionin rahastoista ehdollisena ja määräaika-aisena. Myös se seik- ka, että A:n kanssa oli noin seitsemän vuoden aikana tehty toisiaan seuranneet määräaika-iset työsopimukset samoihin tehtäviin, viittaa siihen, että hänen työnsä tarve oli ollut työsopimuslaissa tarkoitetulla tavalla pysyvää.

5. Näkökohtia lainsäätäjän ja korkeimman oikeuden vuoropuhelusta

Työsopimuslain ketjutuskiellon keskeinen tulkintaongelma liittyy siihen, mikä merkitys annetaan toistuvien määräaika-isten työsopimusten määrälle ja määräai- kaisuuden kokonaisuudelle. Aina näille näkökohdille ei ole annettu painoa. Täl- lainen tulkintasuuntaus on luettavissa työsopimuslain määräaika-isuuslainsäätännön vuoden 1997 muutoksesta ja korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 1996: 105 ja KKO 2010: 11.

Toinen ketjutuskiellon tulkintasuuntaus on korostanut, että toistuvilla määräaika- isilla työsopimuksilla, työsopimusketjulle, on oltava pätevä syy sen lisäksi, että

kullekin määräaikaiselle sopimukselle tarvitaan perusteltu syy⁷⁰⁴. Tätä tulkintamallia korostavat työsopimuslain vuoden 1984 säännöksen sanamuoto, vuoden 2001 työsopimuslain perustelujen vaatimus arvioida työvoiman tarpeen pysyvyyttä ja kaikkein selvimmin työsopimuslain määräaikaisuussäännöksen sanamuoto vuonna 2010 tehdyn muutoksen jälkeen. Tällainen tulkinta näkyy myös korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 1995: 14 sekä uusimmassa oikeuskäytännössä esimerkiksi ratkaisussa KKO 2012: 2.⁷⁰⁵

Kuten edellä on käynyt ilmi, lainsäätäjän kanta ketjutuskiellon sisältöön ja sääntelyyn on vaihdellut. Vaikka työsopimuslain määräaikaisuussäännöksen muutos vuonna 1997 oli väliaikainen, sisälsi hallituksen esitys merkittävän laintulkintaohjeen: ketjutuskieltoa koskevalla säännöksellä oli vain selittävää merkitystä. Ohje oli olennainen muutos aiempaan, koska on epäiltävissä, että sääntelyn taustalla oleva oikeushyvä, irtisanomissuojan kiertämiskielto, tavoittaa vain selkeimmät ketjutuskiellon vastaiset tapaukset. Lakiesityksen perusteluista käy ilmi, että kyse ei ollut vain lainsäädäntöteknisestä muutoksesta. Päinvastaiseen sääntelymalliin perustuu sen sijaan määräaikaisuussäännöksen vuoden 2010 muutos: ketjutuskieltoa on konkretisoitava lakitekstissä. Kun lainsäätäjän kanta on näin vaihdellut, ei ole ihme että myös tuomioistuinratkaisut ovat ajassa vaihdelleet. Toisaalta on selvää, että korkein oikeus teki selvän muutoksen aiempaan ratkaisulinjaansa ratkaisussa KKO 1996: 105. Huomionarvoista on myös se, että osa ketjusopimusta koskevista ratkaisuista useat tehtiin äänestysratkaisuina.

Myös työoikeudellisessa kirjallisuudessa on esitetty erilaisia tulkintoja ketjutuskiellon sisällöstä. Palanko-Laaka on katsonut vuoden 2001 työsopimuslain edellyttävän määräaikaisten työsopimusten toistuvaan tekemiseen aikaisempaa painavampaa perustetta, koska perustellun syyn olemassaoloa arvioitaessa on otettava huomioon myös työnantajan työvoiman tarpeen pysyvyys. Tiitinen & Kröger toteavat, että jos työnantajalla on työvoiman jatkuvaa tarvetta, työsopimus tulee tehdä toistaiseksi. Sen sijaan esimerkiksi *Kairisen* mukaan vuoden 2001 työsopimuslain ”perustellun syyn” vaatimus ei merkitse työnantajaan kohdistuvaa vaati-

⁷⁰⁴ Myös EU-direktiivi määräaikaista työtä koskevan puitesopimuksen täytäntöönpanosta (1999/70/EY) edellyttää, että määräaikaisten sopimusten uusimiselle asetetaan perustellun syyn vaatimus tai muutoin estetään määräaikaisten työsopimusten väärinkäyttö.

⁷⁰⁵ Huomattakoon, että hallituksen esityksessä laiksi kunnallisesta viranhaltijasta (HE 196/2002 vp) korostettiin, että työn ollessa on pysyvää, viranhaltija otetaan toistaiseksi voimassa olevaan palvelussuhteeseen. Ja mikäli työnantajalla on kuitenkin samanlaisissa töissä pysyvä viransijaisuustarve, työnantajan pitää perustaa riittävästi virkoja, joilla tämä pysyvä sijaisuustarve. Kunnallisen viranhaltijalain (304/2003) tulkinnasta ketjutustilanteissa tarkemmin Hirvonen & Mäkinen 2006:60–63. Johtavien viranhaltijoiden määräaikaisuudesta Mäkinen KTA 2001: 333.

musta näyttää pitkään jatkuneessa ja lukuisia työsopimuksia käsittävässä ketjusopimustilanteessa painavampia perusteita kuin mitä jokaisen määräaikaisen työsopimuksen osalta edellytetään.⁷⁰⁶

Lainsäätäjän ja korkeimman oikeuden vuoropuhelu on ilmennyt eri aikoina eri tavoin. Määräaikaisuussäännöksen ottamista työsopimuslakiin vuonna 1984 perusteltiin osin korkeimman oikeuden oikeuskäytännöllä. Hallitus haki näin esitykselleen lisätukea oikeuskäytännöstä. Vuoden 2001 työsopimuslain perusteluissa korostettiin työvoimatarpeen pysyvyyttä, mikä näkökohta olisi saattanut johtaa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1996: 105 toisenlaiseen tulokseen. Korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2010: 11 johti puolestaan lainsäädäntötoimiin ja työsopimuslain määräaikaisuussäännöksen selventämiseen.

Lainsäätäjän ja korkeimman oikeuden välisessä vuoropuhelussa lopullinen päätösvalta kuuluu lainsäätäjälle. Työsopimuslain muutosten vuoksi korkeimman oikeuden kiisteltyjä ratkaisuja KKO 1996: 105 ja KKO 2010: 11 ei voi enää käyttää ketjutuskiellon laintulkintaa ohjaavina merkittävänä ennakkopäätösinä. Korkeimpien oikeuksien vuosikirjaratkaisut on aina suhteuttava siihen oikeusnormistoon, joka kutakin ratkaisua tehtäessä oli voimassa. Mutta vuoropuhelu on myös välttämätöntä, jotta oikeusjärjestys voi kehittyä.

Ketjutustilanteissa määräaikaisuuden perusteen riittävyttä on jatkossa arvioitava paitsi kunkin yksittäisen määräaikaisen sopimuksen osalta myös kyseisiä töitä koskevan työnantajan työvoimatarpeen kannalta. Kullekin määräaikaiselle sopimukselle on oltava perusteltu syy ja samoin myös työsopimusten ketjutukselle. Mitä useampi peräkkäinen työsopimus tehdään tai mitä pidempi määräaikaisuuksien yhteenlaskettu kesto on, sitä lähempänä ollaan toistaiseksi voimassa olevaa työsopimusta.⁷⁰⁷ Ketjutuskielto on helpommin ymmärrettävissä silloin, kun puhutaan työnantajan työvoimatarpeen pysyvyydestä kuin että keskusteltaisiin ketjutuk-

⁷⁰⁶ Palanko-Laaka 2005: 10, Tiitinen & Kröger 2008: 103, Kairinen 2009: 200–201. Toisaalta perusteluvaatimusta on Kairisen mukaan erityisesti pitkien ketjusopimusten yhteydessä omiaan lisäämään näkökohdat työsuhdeturvanormien kiertämisen kiellosta ja työvoimatarpeen tosiasiallisesta kestoajasta. Hieman samoin Hietala et al. 2008: 63. He katsovat, että vuoden 2001 työsopimuslain tulkinnassa on otettava huomioon sekä sääntelyn taustahistoria että voimassa olevan lain esityöt. Esityöt eivät heidän mukaansa merkitse työnantajaan kohdistuvaa vaatimusta näyttää pitkään jatkuneissa ja lukuisia työsopimuksia käsittävässä ketjusopimustilanteissa painavampia perusteita kuin mitä jokaisen määräaikaisen työsopimuksen osalta edellytetään. Toisaalta perusteluvaatimusta ovat omiaan lisäämään pitkien ketjusopimusten kohdalla muun muassa näkökohdat työvoimatarpeen tosiasiallisesta kestoajasta.

⁷⁰⁷ Ketjutuskieltoa ei sen sijaan voitane tulkita niin, että yksittäisten määräaikaisten työsopimusten perusteita tulkittaisiin sitä tiukemmin mitä useammasta työsopimuksesta on kysymys. Vrt. Jalanko 1991: 112.

sen osoittamasta irtisanomissuojan kiertämisestä. Ketjutuskiellon oikeudelliseen merkitykseen liittyvä keskustelu saa vastattavakseen uusia kysymyksiä. On oletettavaa, että keskustelua käydään ainakin kysymyksistä: kuinka monta määräaikaista työsopimusta voidaan tehdä ja miten pitkän aikaa työntekijää voidaan pitää määräaikaisessa työsuhteessa.

Lähteet

Hietala, H., Kahri, T., Kairinen, M. & Kaivanto, K. (2008). *Työsopimuslaki käytännössä*. 4. uudistettu painos. Helsinki. Talentum.

Hirvonen, K. & Mäkinen, E. (2006). *Kunnallinen viranhaltija. Oikeudellisen aseman sääntely*. Helsinki. Edita Publishing Oy.

Jalanko, R. (1991). *Määräaikainen työsopimus. Tutkimus määräaikaisen työsopimuksen tekemisen edellytyksistä työntekijän työsuhdeturvan kannalta*. Helsinki. Lakimiesliiton kustannus.

Kairinen, M. (2009). *Työoikeus perusteineen*. 11./2. painos. Raisio. Työelämä Tietopalvelu Oy.

Mäkinen, E. (2001). Määräaikaiset palvelussuhteet kunnallishallinnossa. *Kunnallistieteellinen aikakauskirja (KTA)* 4, 321–340.

Palanko-Laaka, K. (2005). *Määräaikaisen työn yleisyys, käytön lainmukaisuus ja lainsäädännön kehittämistarpeet*. Työhallinnon julkaisu 359. Työministeriö.

Tiitinen, K-P. & Kröger, T. (2008). *Työsopimusoikeus*. 4. uudistettu painos. Helsinki. Talentum Media Oy.

| | |
|-------------------|--|
| HE 228/1969 vp. | Hallituksen esitys Eduskunnalle työsopimuslaiksi ja laiksi huoneenvuokralain muuttamisesta. |
| HE 205/1983 vp. | Hallituksen esitys Eduskunnalle työsuhdeturvan kehittämistä koskevaksi lainsäädännöksi. |
| HE 78/1996 vp. | Hallituksen esitys Eduskunnalle eräistä epätyypillistä työtä koskevista lainmuutoksista. |
| HE 157/2000 vp. | Hallituksen esitys Eduskunnalle työsopimuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. |
| HE 239/2010 vp. | Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi työsopimuslain 1 luvun 3 §:n muuttamisesta. |
| SosVM 33/1969 vp. | Sosiaalivaliokunnan mietintö n:o 33 hallituksen esityksestä työsopimuslaiksi ja laiksi huoneenvuokralain muuttamisesta. |
| SosVM 22/1983. | Sosiaalivaliokunnan mietintö n:o 22 hallituksen esityksen johdosta työsuhdeturvan kehittämistä koskevaksi lainsäädännöksi. |

- TyVM 18/1996 vp. Työasiainvaliokunnan mietintö 18/1996 vp. Hallituksen esitys eräistä epätyypillistä työtä koskevista lainmuutoksista.
- TyVM 13/2000 vp. Työ- ja tasa-arvoasiainvaliokunnan mietintö 13/2000 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle työsopimuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- TyVM 12/2010 vp. Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö 12/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi työsopimuslain 1 luvun 3 §:n muuttamisesta.

KKO 1978 II 45

KKO 1989: 100

KKO 1993: 70

KKO 1995: 13

KKO 1995: 14

KKO 1996: 105

KKO 2008: 29

KKO 2010: 11

KKO 2011: 73

KKO 2012: 2

KORRUPTIO, LAKI JA ETIIKKA

Teuvo Pohjolainen

Transparency Suomi ry:n keväällä 2012 julkistetussa raportissa⁷⁰⁸ todetaan, että lähes 80 prosenttia eurooppalaisista uskoi vuonna 2009 Euroopan Unionin toteuttamassa Eurobarometrissä, että korruptio on maassa vakava ongelma. Vastaavasti Suomessa neljäsosa kansalaisista on pitänyt korruptiota myös meillä vakavana ongelmana. Luku oli tosin toiseksi pienin Euroopassa. Erilaisissa tutkimuksissa Suomea pidetäänkin yhtenä vähiten korruptoituneista maista. Tästä tutkimusten ja ihmisten käsitysten välisestä ristiriidasta voidaan kuitenkin päätellä, että korruptiotutkimuksella on melkoisia haasteita myös Suomessa.

1. Mitä on korruptio?

Korruptio voidaan määritellä monilla eri tavoilla. Transparency Internationalin määritelmän mukaan korruptio on valta-aseman väärinkäyttöä henkilökohtaisen edun nimissä.⁷⁰⁹ Koikkalaisen ja Riepulän mukaan korruptiolla voidaan tarkoittaa myös sitä, että jollakin yhteiskunnallisella järjestelmällä ajetaan sen varsinaisiin tarkoituksiin kuulumattomia tavoitteita.⁷¹⁰ Olen eräissä yhteydessä⁷¹¹ pitänyt korruptiota yleiskäsitteenä, jossa voidaan erottaa rikollinen toiminta, muu lainvastainen menettely, epäeettinen menettely ja rakenteellinen korruptio, silloin kun näissä kaikissa on siis kysymyksessä valta-aseman väärinkäyttäminen henkilökohtaisen – välillisen tai välittömän – edun nimissä.

2. Kriminalisoitu korruptio

Rikollisessa toiminnassa on kysymys rikoslaissa kriminalisoidusta teosta tai toiminnasta. Ensisijaisesti tulee kysymykseen rikoslain lahjusrikosta tai lahjusrik-

⁷⁰⁸ Salminen, Ikola-Norrbacka & Mäntysalo 2011: 11.

⁷⁰⁹ Samantapainen määritelmä on myös Leppäsellä ja Muttilaisella: ”Korruptio on vastuullisen aseman väärinkäyttöä yksityiseksi eduksi. Leppänen ja Muttilainen 2012: 14. Leppänen ja Muttilainen ovat koonneet tieteellisistä kirjoituksista myös eräistä muita määritelmiä, mt. s. 17. Ks. myös Koikkalainen & Riepula 2009: 111.

⁷¹⁰ Koikkalainen & Riepula 2009: 111.

⁷¹¹ Puheenvuoro Suomi-Areenan keskustelutilaisuudessa Korruptio ja kaavoitus, Pori 13.7.2011.

komusta koskevien säännösten rikkominen.⁷¹² Rikoslain virkamiesten lahjusrikosta koskevissa säännöksissä (RL 40:1-4 §) todetaan, että jos virkamies toiminnastaan palvelussuhteessa itselleen tai toiselle ottaa vastaan lahjan tai muun edun, jolla vaikutetaan tai pyritään vaikuttamaan taikka joka on omiaan vaikuttamaan hänen toimintaansa palvelussuhteessa, taikka hyväksyy lahjan tai edun tai lupauksen tai tarjouksen siitä, hänet on tuomittava lahjuksen ottamisesta sakkoon tai vankeuteen. (Rikoslain 40 luku 1 - 4 §.)

Kansallisten virkamiesten passiivisesta lahjonnasta säädetään myös RL:n 40 luvussa, lahjusrikkomusta (604/2002) käsittelevässä 3 §:n toisessa kohdassa seuraavasti: ”Jos virkamies itselleen tai toiselle ottaa vastaan tai hyväksyy lahjan tai muun edun taikka hyväksyy sitä koskevan lupauksen tai tarjouksen siten, että menettely on omiaan heikentämään luottamusta viranomaistoiminnan tasapuolisuuteen, hänet on tuomittava, jollei tekoa ole rangaistava lahjuksen ottamisena tai tärkeänä lahjuksen ottamisena, lahjusrikkomuksesta sakkoon tai vankeuteen.” Virkamiehellä tarkoitetaan tässä myös julkista luottamustehtävää hoitavia henkilöitä: valtuutettuja, kaupunginhallituksen ja eri lautakuntien jäseniä.

Lahjuksen antamisesta sanotaan, että joka virkamiehelle lupaa, tarjoaa tai antaa hänen toiminnastaan palvelussuhteessa hänelle tai toiselle tarkoitetun lahjan tai muun edun, jolla vaikutetaan tai pyritään vaikuttamaan taikka joka on omiaan vaikuttamaan virkamiehen toimintaan palvelussuhteessa, on tuomittava lahjuksen antamisesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi. (Rikoslain 16 luku, 13 §.)

Valtiovarainministeriön julkaisemassa ”Arvot arjessa – virkamiehen etiikka” -käsikirjassa todetaan, että ”Virkamies ei hyväksy tai ota vastaan taloudellista tai muuta etuutta, jos se voi heikentää luottamusta virkamieheen tai siihen viranomaiseen jossa hän työskentelee.”⁷¹³ Luottamus voi vaarantua, vaikka taloudellinen tai muu etu ei tosiasiallisesti vaikuttaisikaan virkatoimiin, jos se kuitenkin ulkopuolisin silmin saattaisi vaikuttaa niihin. Kielletyn etuuden rahallista arvoa ei ole määritetty. Tämän käsikirjassa esitetyn lausuman Suomi raportoi myös lahjonnan vastaisen valtioiden ryhmän Grecon, arviointitiimille, GETille 7.12.2007.

⁷¹² Kriminalisoitu korruptio ei kuitenkaan tyhjenny lahjusrikoksiin. Ks. Juslén & Mutttilainen 2009. Leppänen & Mutttilainen ovat laajimmassa merkityksessään ”vastuullisen aseman väärinkäyttö yksityisen hyväksi” sisällyttäneet kriminalisoidun korruption piiriin myös kavalluksen, petoksen, suosinnan, kiristyksen, nepotismin, varastamisen, luottamuksellisen tiedon väärinkäytön, varallisuuden virheellisen jakamisen ja viranomaisaineiston väärentämisen. Ks. Leppänen & Mutttilainen 2012: 18 ja siinä mainitut lähteet.

⁷¹³ Arvot arjessa – virkamiehen etiikka 2005: 22.

Rikoslain lahjusrikoksia koskevat säännökset ulottuvat myös liiketoimintaan, jossa lahjusten ottaminen (RL 30: 8) ja antaminen (RL 30: 7) on myös kriminalisoitu. Lahjusta tarkoitetaan rikoslaissa käsitteellä ”oikeudeton etu”. Liiketoiminnan piirissä annettavien lahjojen ja kriminalisoitujen lahjusten välinen ero on tulkinnanvarainen. Lahjukselle on kuitenkin tunnusomaista, että sillä pyritään vaikuttamaan lahjottavaan siten, että toiminnassaan suosii lahjojaa tai muuta tämän osoittamaa tahoja. Lahjukseseen liittyy siis vaikuttamispyrkimys. Tätä sääntelyä ei kuitenkaan pitäisi tulkita liian ahtaasti, sillä merkitystä voi olla myös sillä, miltä asia näyttää ulkopuolisen silmin.⁷¹⁴ Sen vuoksi liian suurta merkitystä ei tulisi antaa vaikuttamispyrkimyksen näyttöön liittyviin – oikeudellisesti joskus ongelmallisiin – kysymyksiin, jos objektiivisesti asiaa ulkopuolelta katsoen perusteltu epäily vaikuttamispyrkimyksestä on olemassa.⁷¹⁵

3. *Muu lainvastainen menettely korruptiona*

Kaikki lainvastaisuus ei ole kriminalisoitua. Siltä osin kuin viranomaisen, virkamielen, yksityisen tai yrityksen toiminnassa rikotaan sellaisia oikeussääntöjä, joiden rikkomista ei ole kriminalisoitu, voidaan puhua muusta lainvastaisesta menettelystä.

Oleennaista virkamiesten ja luottamushenkilöiden korruption ehkäisemistä koskevassa sääntelyssä on se sääntely, jolla pyritään turvaamaan hyvää hallintoa. Yritystoiminnassa puolestaan puhutaan hyvästä hallinnointitavasta (corporate governance). Suomessa siitä on joitakin säännöksiä pörssiyritysten osalta, mutta tähän asti liiketoiminnassa muuten sen noudattaminen on perustunut vapaaehtoisuuteen ja itsesääntelyjärjestelmään. Tilanne on mahdollisesti kuitenkin muuttumassa, sillä Euroopan unionin puitteissa on valmisteltu yhtenäistä corporate governance säännöstöä. Asiasta on valmistunut ns. vihreä kirja 5.4.2011.⁷¹⁶ Tässä kirjoituksessa ei kuitenkaan tarkastella enempää liike-elämän hyvän hallinnointitavan sääntelyä, vaikka viime aikoina on julkisuuteen tullut useita esimerkkejä liike-elämän sisäisestä epäeettisestä menettelystä ja/tai rakenteellisesta korruptiosta.

⁷¹⁴ Ks. tuomioistuinten tulkinnoista Viljanen 2008: 500–515.

⁷¹⁵ Leppänen & Muttilainen ovat edellä viitatussa julkaisussaan kehitelleet mallia lahjusrikosten havaitsemiselle. Kirjoittajien mukaan monessa tapauksessa on perusteltua epäillä, etteivät rikokset tule julki. Leppänen & Muttilainen 2012: 33–34.

⁷¹⁶ European Commission COM (2011) 164 final Green Paper The EU Corporate Governance framework, Brussels 5.4.2011. Vihreä kirja (Green Paper) on ensimmäinen vaihe pyrittäessä uuteen lainsäädäntöön.

Hyvän hallinnon periaatteet viranomaistoiminnassa sisältyvät nykyisin hallintolakiin. Korruption ehkäiseminen edellyttää hyvän hallinnon periaatteiden noudattamista kaikessa julkisessa toiminnassa.

Artikkeli I. Hallintolaissa on lueteltu yleisiä hallinnon oikeusperiaatteita, jotka pyrkivät turvaamaan hyvän hallinnon vaatimukset (Hall 6 §). Niiden mukaan viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Viranomaisen toimien on oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Niiden on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia.

Tasapuolisuutta ja puolueettomuutta turvataan osaltaan hallintolain esteellisyys-säännöksillä. Esteellisyysääntelyn keskeisenä tarkoituksena on paitsi estää virheellisten ja puolueellisten päätösten tekeminen myös ja ennen muuta tarkoituksena on säilyttää luottamus hallinnollisen päätöksenteon puolueettomuuteen. Sen vuoksi virkamies ei saa osallistua asian käsittelyyn eikä olla läsnä sitä käsiteltäessä, jos hän on esteellinen. Mitä virkamiehen esteellisyydestä säädetään, koskee myös monijäsenen toimielimen jäsentä ja muuta asian käsittelyyn osallistuvaa sekä tarkastuksen suorittavaa tarkastajaa.

Hallintolain sääntelyssä on lueteltu erityisiä esteellisyysperusteita sekä esteellisyyden yleislauseke (27 §:n 7 kohta), joka kertoo koko esteellisyysääntelyn tarkoituksen. Sen mukaan virkamies on esteellinen, jos luottamus hänen puolueettomuuteensa muusta erityisestä syystä vaarantuu. Laissa luetellut erityiset esteellisyysperusteet (28 §) ovat siten esimerkkejä tapauksista, joissa luottamus puolueettomuuteen ainakin vaarantuu. Niiden mukaan virkamies on esteellinen, 1) jos hän tai hänen läheisensä on asianosainen; 2) jos hän tai hänen läheisensä avustaa taikka edustaa asianosaista tai sitä, jolle asian ratkaisusta on odotettavissa erityistä hyötyä tai vahinkoa; 3) jos asian ratkaisusta on odotettavissa erityistä hyötyä tai vahinkoa hänelle tai hänen 2 momentin 1 kohdassa tarkoitetulle läheiselleen; 4) jos hän on palvelussuhteessa tai käsiteltävään asiaan liittyvässä toimeksiantosuhteessa asianosaiseen tai siihen, jolle asian ratkaisusta on odotettavissa erityistä hyötyä tai vahinkoa; 5) jos hän tai hänen 2 momentin 1 kohdassa tarkoitettu läheisensä on hallituksen, hallintoneuvoston tai niihin rinnastettavan toimielimen jäsenenä taikka toimitusjohtajana tai sitä vastaavassa asemassa sellaisessa yhteisössä, säätiössä, valtion liikelaitoksessa tai laitoksessa, joka on asianosainen tai jolle asian ratkaisusta on odotettavissa erityistä hyötyä tai vahinkoa; ja 6) jos hän tai hänen 2 momentin 1 kohdassa tarkoitettu läheisensä kuuluu viraston tai laitoksen johtokuntaan tai siihen rinnastettavaan toimielimeen ja kysymys on asiasta, joka liittyy tämän viraston tai laitoksen ohjaukseen tai valvontaan.

Hallintolain esteellisyysääntelyä arvioiden voidaan todeta, että virkamiesten esteellisyys sääntely Suomessa on pääosin kunnossa. Toisin on laita kunnanvaltuutettujen esteellisyttä koskevan sääntelyn osalta, ottaen huomioon se, että kunnissa tehdään (toisin kuin esimerkiksi eduskunnassa) konkreettisia päätöksiä – laajakantoisuudessaan ja taloudelliselta merkitykseltään erityisen huomattavia erityisesti kaavoituksessa.

Valtuutettu on valtuustossa esteellinen käsittelemään asiaa, joka koskee henkilökohtaisesti häntä taikka hänen hallintolain 28 §:n 2 ja 3 momentissa tarkoitettua läheistään (Kuntal 52.1 §). Sääntely on siten paljon suppeampi kuin hallintolaissa määritelty esteellisyys. Tällöin valtuutettu voi olla valtuustossa tekemässä päätöksiä, joihin saattavat vaikuttaa valtuutettua läheisesti koskevat intressit, kunhan asia ei koske häntä tai hänen läheistään henkilökohtaisesti.⁷¹⁷ Milloin valtuutettu ottaa osaa asian käsittelyyn muussa toimielimessä, häneen sovelletaan mitä kyseisen toimielimen jäsenen esteellisyydestä säädetään. Tässä sääntelyssä viitataan tavallisesti hallintolain esteellisyysäännöksiin.

Valtuutettujen suppeita esteellisyysperusteita on joskus perusteltu sillä, että erityisesti pienissä kunnissa voi olla vaikeaa löytää jäävittämiä valtuutettuja, jos esteellisyysperusteet ovat samanlaiset kuin hallintolaissa virkamiehille ja kuntalain mukaan muille kunnan luottamushenkilöille asetetut. Päätöksenteon reilun kannalta tällainen perustelu on kestävä.

Vaikka esteellisyysääntely on – valtuutettujen esteellisyttä lukuun ottamatta – pääosin kunnossa, se ei kuitenkaan näytä estävän kaikkia toimenpiteitä ja päätöksiä, jotka eivät kansalaisten näkökulmasta tunnu oikeilta ja reiluilta. Ongelmia on ainakin kaksi: ensinnäkin haluttomuus luopua tehtävistä, jotka voivat aiheuttaa esteellisyttä ja toiseksi luulo, että lain mukaan toimiminen on riittävää. Tarpeetoman usein joudutaan KHO:n kautta etsimään ratkaisua, jonka mukaan hyvin ilmeinen intressiristiriita estää henkilön toiminnan kunnanhallituksessa.⁷¹⁸ Henkilö ei itse siis ole oivaltanut esteellisyttään.

⁷¹⁷ Ks. Hannus-Hallberg-Niemi 2009: 319–320. Ks. oikeuskäytännöstä esim. KHO 1972 A II 59, KHO 1986 A II 32 ja KHO 10.12.1986 T 5188.

⁷¹⁸ Ks. esimerkiksi KHO 2011:5 (19.1.2011/96) Tuusulan kh:n puheenjohtajan kelpoisuus tehtävänsä, KHO 2009: 89 (6.11.2009/2754), KHO 2009: 72 (6.8.2009/1867), KHO 2007: 51 (19.7.2007/1862), KHO 1996-A-19 (12.1.1996/145). Kaikissa edellä mainituissa tapauksissa kysymyksessä oli ”kaksoisrooli”, jossa kunnanhallituksen jäsen tai kunnanhallituksessa mukana oleva johtava virkamies oli samassa merkittävässä asemassa myös muussa organisaatiossa, jolla oli päätöksentekoon huomattava intressi.

Esteellisyysääntelyn asianmukaisessa tulkinnassa pitäisi lähteä, ja KHO:n viime vuosien ratkaisuissa⁷¹⁹ on lähdettykin siitä, ettei riitä, että henkilö on esteeton, vaan hänen tulee myös näyttää esteettömältä; asiaa pitää siis katsoa siten, miltä se voi ulospäin näyttää. Itse asiassa näin edellyttää myös EIOS:n mukainen esteellisyystulkinta. Tämä edellyttää paljon nykyistä laajempaa jääviystulkintaa myös hallintokäytännössä ja lisäksi ajattelua, että epävarmassa tapauksessa henkilön on syytä jäädä itsensä.

Asian on ilmaissut muun muassa eduskunnan oikeusasiamies vasta ilmestyneessä kertomuksessaan vuodelta 2010, jossa on todettu mm: ”EIT:n kiteyttämän säännön mukaan ei riitä, että oikeus tapahtuu; sen täytyy myös näkyä tapahtuvan. Ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan ajattelutapa on heijastunut ... myös hallintomenettelyyn. ... Kysymys on viime kädessä siitä, että demokraattisessa yhteiskunnassa kaiken julkisen vallankäytön on nautittava kansalaisten luottamusta. Ulko-naisten seikkojen takia ei saa syntyä perusteltua aihetta epäillä viranomaisen tai virkamiehen puolueettomuutta. Tällöin on otettava huomioon sekin, antaako virkamiehen aiempi toiminta tai hänen jokin erityinen suhteensa asiaan objektiivisesti arvioiden perusteltua aihetta epäillä hänen kykyään toimia puolueettomasti. Voidaan pitää perusteltuna, että virkamies pidättyy osallistumasta asian käsitte-lyyn myös sellaisessa tapauksessa, jossa esteellisyttä pidetään tulkinnanvaraise-na.”⁷²⁰

Kuten Ahti Laitinen ja Veikko Launis ovat todenneet, yleinen käytäntö ainakin yhteisöjen toiminnassa on ollut pitäytyä legalismiperiaatteessa. Tämä tarkoittaa, että toimintaa ohjaavina sääntöinä ja myös oikean väärän kriteereinä on pidetty yksinomaan oikeusnormeja.⁷²¹ Kun toimitaan laillisesti, kuvitellaan toimittavan myös oikein. Tapauksissa, joissa laajennetusta esteellisyystulkinnasta riippumatta tehdään lailliseksi todettuja, mutta ulospäin katsoen epäreiluilta tuntuvia päätöksiä, on kysyttävä, onko suomalaiseen mentaliteettiin voimakkaasti liittyvä usko siihen, että laillinen menettely on aina oikeaa menettelyä, syytä asettaa nykyistä voimakkaammin kyseenalaiseksi.⁷²²

⁷¹⁹ KHO 2009:89 (6.11.2009/2754): ”Nykyaikaisessa esteellisyyspäätelyssä täytyy antaa merkitystä myös sille, miltä päätöksentekijän osallistuminen asian ratkaisemiseen on omiaan näyttämään ulkopuolisen silmin, vaikka päätöksentekijän muodollisen aseman perusteella jääviys ei näyttäisikään toteutuvan.”

⁷²⁰ Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2010. 2011: 93.

⁷²¹ Laitinen & Launis 1996:32.

⁷²² Tästä on esimerkkinä ns. Maunula-case, jossa KHO:n ratkaisun mukaan (23.6.2009/1606 KHO 2009: 63) valtuutetut eivät ole esteellisiä käsittelemään osuuskauppaa koskevia asioita valtuustossa, vaikka kuuluisivat osuuskaupan hallintoneuvostoon tai edustajistoon.

4. Rakenteellinen korruptio

Rakenteellisella korruptiolla voidaan tarkoittaa epäasiallista ja luottamusta heikentävää toimintaa, joka johtuu yhteiskunnan rakenteiden hyväksikäyttämisestä. Monet tapaukset, joihin julkisessa keskustelussa on viitattu ns. hyvä-veli verkostoina, voivat johtua juuri rakenteellisesta korruptiosta. Rakenteellisessa korruptiossa on usein kysymys henkilön toimimisesta eräänlaisessa kaksoisroolissa ilman, että juridisesti olisi kysymys suoranaisesti rikollisesta toiminnasta tai edes esteellisyydestä.

Viimeksi mainittu ongelma tuntuu olevan selvästi näkyvissä osuustoiminnalliseen toimintaan liittyvässä laajassa luottamushenkilöihin perustuvissa organisaatioissa. Niistä puolestaan ongelmallisimpia ovat ne organisaatiot, joilla on suuri intressi kaavoituspäätöksiin. Julkisesti on arvioitu, että järjestelmä, jossa kaavoituspäätöksiä tekevän elimen jäsenistä huomattava osa on mukana myös organisaatiossa, jolla on suuri intressi kaavoitusasioissa, täyttää ns. rakenteellisen korruption tunnusmerkit.⁷²³ Ongelma on siinä, että esteellisyyssäännöksillä – ja erityisesti niiden suppealla tulkinnalla – ei aina voida puuttua tällaisiin kaksoisrooleihin.

Alueosuuskaupan ylin päättävä elin on edustajisto, joka valitaan vaaleilla joka 4. vuosi. Jokainen yli 15-vuotias asiakasomistaja voi äänestää vaaleissa ja asettua ehdolle edustajistoon täytettyään 18 vuotta. Edustajiston tehtävänä on valita hallintoneuvosto. Hallintoneuvosto puolestaan päättää osuuskaupan toiminnan peruslinjoista ja valitsee hallituksen.

Varsinaisen toimielinroolinsa lisäksi alueosuuskaupan edustajistolla on merkittävä asema laajan kontaktipinnan muodostajana asiakasomistajien ja osuuskaupan johdon välillä. Edustajisto kokoontuu osuuskaupan sääntöjen määräämällä tavalla. Yksittäisistä edustajiston päätäntävaltaan kuuluvista asioista tärkeimpiä ovat sääntöjen muuttaminen, ja mahdolliset osuuskaupan toiminnan lopettamiseen tai sulautumiseen liittyvät päätökset.

Alueosuuskaupan keskeiset hallintoelimet ovat: asiakasomistajat, edustajisto, hallintoneuvosto, hallitus ja toimitusjohtaja. Edustajisto käyttää alueosuuskaupassa omistajille kuuluvaa ylintä päätäntävaltaa niissä asioissa, jotka sille lain ja sääntöjen mukaan on määrätty. Edustajisto ei ole osuuskunnissa pakollinen toimielin, vaan se korvaa suurissa osuuskaupoissa osuuskunnan kokouksen.

⁷²³ Ks. esim. prof. Pekka Viljanen HS 8.7.2010.

Osuuskuntalaki ei edellytä hallintoneuvoston asettamista, mutta osuuskaupan säännöissä on määritelty hallintoneuvoston olevan osa hallintomallia. Mittavan omistajamäärän osallistuminen päätöksentekoon edellyttää laajaa luottamushenkilö- ja omistajaedustusta hallinnossa. Hallintoneuvostolla on usein tärkeä rooli osuuskunnan toiminnassa. Hallintoneuvoston tehtävissä korostuvat valvontaan liittyvät kysymykset. Osuuskaupassa hallintoneuvosto valitsee laajan omistajakentän edustajana hallituksen jäsenet.

Kaikissa osuustoiminnallisissa elimissä ei tehdä sellaisia päätöksiä, joilla olisi suoranaista yhteyttä esimerkiksi kuntien kaavoituspäätöksiin. Tämä ei kuitenkaan poista epäilyä sidonnaisuudesta ja epätasapuolisesta toiminnasta kaavoituksen yhteydessä.

KHO on ratkaissut tällaista ongelmaa läheisesti koskevan valituksen ns. Maunulacasen yhteydessä (23.6.2009/1606 KHO 2009:63). Siinä todettiin mm. ” Suursuon Ostoskeskus Oy:n ja Pro Maunula ry:n valitusten mukaan asian ratkaisemiseen kaupunginvaltuustossa on osallistunut valtuutettuja, jotka ovat HOK-Elannon (Helsingin osuuskauppa Elanto) edustajiston tai hallintoneuvoston jäseniä. Nämä, asiakirjoista ilmenevät valtuutetut ovat valitusten mukaan olleet esteellisiä, koska asemakaavassa on osoitettu HOK-Elannon hallitsevalle alueelle rakennusoikeus uuden liikerakennuksen rakentamiseen. Lisäksi Suursuon Ostoskeskus Oy:n valituksen mukaan HOK-Elannon edustajiston jäsen Maija Anttila on osallistunut esteellisenä asemakaavan käsittelyyn kaupunkisuunnittelulautakunnan puheenjohtajana lautakunnan kokouksissa 26.8.2004 ja 12.5.2005, ja edustajiston jäseniä on osallistunut 2.9.2003 kiinteistölautakunnan kokoukseen, jossa on käsitelty muun muassa mainitun liikekeskuksen alueen varaamista HOK-Elannolle.

Kun otetaan huomioon osuuskuntalain nojalla ja HOK-Elannon sääntöjen mukaan HOK-Elannon edustajiston ja hallintoneuvoston jäsenille kuuluvat tehtävät, asemakaavan ei voida katsoa koskevan kuntalain 52 §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla valtuutettuja henkilökohtaisesti sillä mainituissa valituksissa esitetyllä perusteella, että HOK-Elanto hyötyy asemakaavasta. Edustajiston jäsen ei tälle kuuluvat tehtävät huomioon ottaen ole myöskään hallintolain 28 §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla esteellinen osallistumaan asemakaavan käsittelyyn kaupunkisuunnittelulautakunnassa.

Suursuon Ostoskeskus Oy:n vastaselityksessä esittämän, valitusta tarkentavan väitteen mukaan HOK-Elannon edustajiston tai hallintoneuvoston jäsenyyden takia esteellisiä henkilöitä olisi osallistunut myös asian käsittelyyn kaupunginhallituksessa. Yhtiö ei kuitenkaan ole nimennyt tällaisia henkilöitä. Kaupunginhallitus on valmistellut asemakaavaa kokouksissaan 2.4.2007 ja 10.4.2007. Saadun selvityksen mukaan näihin kokouksiin ei kyseisen asian kohdalla ole ottanut osaa

HOK-Elannon hallintoneuvoston jäseniä. Edustajiston jäsenen läsnäolosta kokouksessa ei seuraa, että päätös olisi esteellisyyden takia syntynyt virheellisessä järjestyksessä.

Suursuon Ostoskeskus Oy:n valituksessa mainittu kiinteistölautakunnan kokous ei koske valituksenalaista asemakaavaa eikä sen valmistelua. Siten sillä, onko tähän kokoukseen osallistunut esteellisiä henkilöitä, ei ole asiassa merkitystä.”

Erityisesti kunnallisessa päätöksenteossa, mutta yleisemminkin rakenteelliseen korruptioon viittaavissa tapauksissa asianomaiset henkilöt puolustautuvat ns. kaksoisroolejaan koskevissa epäilyissä usein sillä, että he pidättäytyvät jääveinä päätöksenteosta, jos asia koskee sitä organisaatiota, jossa he myös ovat mukana. Tähän edellyttävät tietysti myös hallintolain esteellisyyssäännökset. Harhakuvitelma on kuitenkin se, että oikean menettelyn takeeksi riittää, että jäävää itsensä esimerkiksi osuuskauppaa koskevissa asioissa, ollessaan mukana osuuskaupan päättävissä hallintoelimissä. Läheinen sidos tiettyyn yritykseen tai organisaatioon voi näet vaikuttaa myös muiden (kilpailijoiden) asemaa koskevissa kysymyksissä.⁷²⁴ Luottamus puolueettomuuteen voi ulkopuolisen silmin katsottuna perustellusti vaarantua oletettua useammassa kysymyksissä. Tässä on yksi tärkeä syy selvittää kaksoisroolit ja estää niistä aiheutuva epäily päätöksenteon puolueettomuudesta.⁷²⁵

⁷²⁴ Osuustoiminnallisiin organisaatioihin kuuluminen ei aiheuta ongelmia pelkästään kaavoitusasioissa, vaikka ne ovatkin viime vuosina nousseet näkyvimmin esille. Toisenlaisesta tapauksesta oli kysymys KHO:n ratkaisussa KHO 1990-A-33 (28.9.1990/3252): ”Kunnanhallitus oli päättänyt hyväksyä KPO-Shell -huoltamon kunnan kevytöljy- ja huoltamotarvikkeiden toimittajaksi. Asiakirjojen mukaan kunnanjohtaja, joka oli Keski-Pohjanmaan Osuuskaupan (KPO) hallintoneuvoston jäsen, oli esitellyt kyseisen asian kunnanhallituksen kokouksessa. Kun otettiin huomioon kysymyksessä olevan osuuskaupan säännöistä ilmenevät hallintoneuvoston tehtävät sekä paikkakunnalla oleva kilpailutilanne eri yrittäjien kesken, kunnanjohtaja oli ollut hallintomenettelylain 10 §:n 1 momentin 6 kohdassa tarkoitettulla tavalla esteellinen toimimaan asian esittelijänä kunnanhallituksen kokouksessa. Kunnanhallituksen päätös oli siten syntynyt virheellisessä järjestyksessä. KHO kumosi lääninoikeuden ja kunnanhallituksen päätökset. Äänestys 4-1.”

⁷²⁵ Viime aikoina julkisuuteen on tullut useita tapauksia sekä yritysmaailmassa että kunnallishallinnossa, joissa on herännyt epäily kaksoisroolin vaikutuksesta toimintaan ja ns. hyvävelijärjestelmän käytöstä oman edun tai hyödyn hankkimiseksi. Käräjäoikeuden langettavia tuomioita on annettu ns. Nova-jutussa huhtikuussa 2012. Näitä ja puoluerahoitusta laajemminkin on perusteellisesti tarkasteltu teoksessa Koikkalainen ja Riepula 2009. Esimerkiksi voidaan lisäksi mainita Finnairin ja Ilmarisen johdon ristiinkytketyt edut ja asuntokauppa. Siinä on kysymys siitä, onko sopivaa hakea ja saada henkilökohtaista etua järjestelyillä, jossa ulkopuolisen silmin voi olla kysymys vastavuoroisuudesta. Asia on tätä kirjoitettaessa myös rikostutkinnassa. Vantaan entisen kaupunginjohtajan asuntojärjestelyt. Siinä on kysymys siitä, onko sopivaa saada henkilökohtaista etua taholta, jolla on suuri intressi kaupungin kaavoitustoimeksiannoissa. Vantaan entisen maankäyttöpäällikön konsultointi Vantaan maakaupoissa. Siinä on kysymys siitä, onko sopivaa käyttää virkamiehenä saatua tietoa virkasuhteen pääty-

5. Hallinnon rakenteet ja korruptio

Kaavoitukseen (kuten muuhunkin kunnalliseen päätöksentekoon) liittyvät esteellisyysongelmat luultavasti vähenevät, mikäli kuntien lukumäärä selvästi vähenee. Mitä pienempi kunta, sitä läheisemmät epäluottamusta aiheuttavat yhteistyösuhteet voivat helposti ovat, sitä useammilla vaikuttajilla on mahdollisuus epäasialliseen toimintaan (ja sitä vaikeampaa on löytää jäävittämiä henkilöitä päätöksentekoon).⁷²⁶ Kuntakoon kasvu tekee mahdolliseksi myös valtuutettujen esteellisyyttä koskevien säännösten tiukentamisen – enää ei argumenttina voitaisi käyttää sitä, että esteettämiä henkilöitä olisi vaikea löytää.

Kuntarakenneuudistuksella ei kuitenkaan voida poistaa epäeettistä toimintaa, se ei sinänsä estä lainvastaista tai suorastaan rikollista toimintaa, eikä se suoranaisesti poista rakenteellisen korruption luonteisia ongelmia. Epäasiallinen hallinnollinen rakenne on mahdollista myös suurissa kunnissa. Sen on osoittanut esimerkiksi kaupungin päätöksentekoon osallistuvien kytkeä HOK-Elantoon Helsingissä.⁷²⁷

Organisaation koon kasvaminen ei sinänsä poista rakenteellisen korruption mahdollisuutta, vaikka voikin sitä heikentää. Tämä näkyy siinä, että kyllin vahvat toimijat voivat tehokkaasti vaikuttaa jopa valtiolliseen päätöksentekoon. Tällaisia epäilyjä on herätetty esimerkiksi Nokian vaikutuksesta ns. Lex Nokian säätämiseen. Oma lukunsa on suurten järjestöjen, esimerkiksi työmarkkinajärjestöjen vaikutusvalta demokraattiseen päätöksentekoon. Esimerkiksi työelämän ja työsuojelulainsäädännön kehittämisessä tätä vaikutusta on pidetty ymmärrettävänä, vaikkei se perustu perustuslaissa järjestettyyn päätöksentekoprosessiin.

Korruptiona ilmeneviin lainvastaisuuksiin voidaan puuttua, jos viranomaiset hoitavat tehtävänsä asianmukaisesti (poliisitutkinta, laillisuusvalvonta) ja joukko-

misen jälkeen entisen viran tehtäväpiiriin liittyvien asioiden käsittelyssä. Tutkinnassa on ollut myös Åbo Akademin säätiön toiminta ministeri Wallinin asuntojärjestelyissä sekä Veritaksen johdon asumisjärjestelyissä. Tutkinta voi päättyä siihen, ettei suoranaista lainvastaisuutta ilmene. Wallinin asuntokauppojen osalta poliisi tekikin toukokuussa 2012 päätöksen, ettei tutkintaa rikosepäilyn perusteella jatketa. Juridiikka ei ulotu tämän pidemmälle, vaikka eettisiä ongelmia toiminnassa havaittaisiinkin. Ongelmallista on myös virkamiehen mahdollisuus hakea virkavapautta ja sen aikana toimia asiantuntijana sellaisessa yritystoiminnassa, jonka valvontaan hän virkamiehenä osallistuu. Esille on noussut erityisesti aluehallintoviranomaisten virkamiesten toiminta kaivosyhtiöiden asiantuntijatehtävissä. Ympäristöministeriö on kieltämässä virkavapauden myöntämisen virkamiehelle, joka virkavapausaikanaan toimisi valvottavanaan olevassa yrityksessä.

⁷²⁶ Ks. myös Leppänen ja Muttilainen 2010: 28.

⁷²⁷ Ennen vuonna 2012 järjestettyjä HOK-Elannon edustajiston vaaleja selvä enemmistö Helsingin kaupunginhallituksen jäsenistä oli mukana myös HOK-Elannon hallintoelimissä. Tätä ei voi pitää asianmukaisena.

viestimet ovat valppaina. Rakenteelliseen korrupioon ja epäeettiseen menettelyyn näyttää olevan vaikeampaa puuttua – tässä vastuu jää suuressa määrin yksin joukkoviestimien harteille. Jotta tämä kontrolli toimisi, päätöksenteon avoimuutta tulee lisätä ja perustuslainkin takaamaa julkisuusperiaatetta huolella noudattaa kaikessa julkisessa toiminnassa.

Lähteet

Arvot arjessa – virkamiehen etiikka (2005). Valtionhallinnon käsikirja. Helsinki: Edita Prima Oy.

Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2010 (2011). Helsinki: Eduskunta.

European Commission COM (2011). 164 final Green Paper The EU Corporate Governance framework, Brussels 5.4.2011

Hannus, A., Hallberg, P. & Niemi, A. E. (2009). *Kuntalaki*. 4. uudistettu painos. Helsinki: WSOYpro Oy.

Juslén, J. & Muttilainen, V. (2009). *Korruption ydinalueet 2000-luvun Suomessa. Havaintoja sääntelystä, piilorikollisuudesta ja poliisin tietoon tulleista rikoksista*. Poliisiammattikorkeakoulun raportteja 84/2009. Tampere: Poliisiammattikorkeakoulu.

Koikkalainen, P. & Riepula, E. (2009). *Näin valta ostetaan. Lyhyt oppimäärä poliittisesta korruptiosta Suomessa 2006–2009*. Barrikadi-sarja No 12. Helsinki: WSOY.

Laitinen, A. & Launis, V. (1996). *Juridiikka ja etiikka. Johdatus juristin ammat-tietiikkaan*. Helsinki: Edita.

Leppänen, A. & Muttilainen, V. (2012). *Poliisin tietoon tullut korruptiorikollisuus Suomessa 2007–2010. Seurantamenetelmän kehittäminen ja rikosepäilyjen ominaispiirteet*. Poliisiammattikorkeakoulun raportteja 100/2012. Tampere: Poliisiammattikorkeakoulu.

Salminen, A., Ikola-Norrbacka, R., & Mäntysalo, V. (2011). *Kansallinen integriteettijärjestelmä Suomi, Perusraportti*. Vaasa: Vaasan yliopisto.

Viljanen, P. (2008) Yritysten ja virkamiesten välinen kanssakäyminen rikoslain 16 ja 40 lukujen lahjusrikossäännösten kannalta – sallitun ja kielletyn välistä rajanvetoa erityisesti oikeuskäytännön valossa. *Defensor Legis* 4, 500–515.

KHO 2011: 5 (19.1.2011/96)

KHO 2009: 89 (6.11.2009/2754)

KHO 2009: 72 (6.8.2009/1867)

KHO 2009: 63 (23.6.2009/1606)

KHO 2007: 51 (19.7.2007/1862)

KHO 1996-A-19 (12.1.1996/145)

KHO 1990-A-33 (28.9.1990/3252)

KHO 10.12.1986 T 5188

KHO 1986 A II 32

KHO 1972 A II 59

JOUTUISUUS VIRKAVELVOLLISUUTENA

Ulla Väättänen

1. Virkavastuun käyttö oikeussuojakeinona passiivisuustilanteissa

Suomen perustuslaissa (PL, 731/1999) on jokaiselle turvattu oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja *ilman aiheetonta viivytystä* lain mukaan toimivaltaisessa viranomaisessa (PL 21 §). Ensi asteen hallintotoiminnassa tätä perusoikeutta konkretisoi laajasti viranomaistoimintaa sääntelevä hallintolaki (434/2003). Aina viranomainen ei kuitenkaan selviä täysin ”puhtain paperein” joutuisuusvelvollisuutensa täyttämisestä. Viranomaisen passiivisuus ja viivyttely asian käsittelyssä on merkittävä oikeusturvaongelma hallinnon asiakkaan ja asianosaisen näkökulmasta. Kun viranomainen laiminlyö käsittelyvelvollisuutensa, ei synny hallintopäätöstä eikä sen tuottamia oikeusvaikutuksia. Yksilöltä puuttuvat pääsääntöisesti myös tehokkaat oikeussuojakeinot. Puuttuu hallintopäätös, johon voisi hakea muutosta, ja näin ollen asiaosaisen käytettävissä olevat oikeussuojakeinot rakentuvat lähinnä virkavastuun ja kanteluinstituution varaan.⁷²⁸

Yksi keino yksilön oikeusturvan parantamiseksi on virkavastuujärjestelmän kehittäminen siten, että yksittäinen virkamies voitaisiin tehokkaammin saattaa vastuuseen hidastelusta asioiden käsittelyssä – ja yleisemminkin virkatehtävien laiminlyönneistä. Tämä voisi parantaa hallinnon asiakkaiden ennakkollista oikeusturvaa, kun pelko virkamiesoikeudellisista seuraamuksista panisi vauhtia vireillepano-asiakirjoille ”valohoitoa” antaviin virkamiehiin. Virkamiesoikeudellinen vastuu oikeussuojakeinona ei kuitenkaan ole samalla tavalla käytettävissä kaikkien virkamiehille asetettujen virkavelvollisuuksien kohdalla. Lisäksi viipyminen on käsitteenä subjektiivinen ja väljä. Passiivisuustapauksissa yksittäinen virkamies on helpompi asettaa vastuuseen asian käsittelyvelvollisuuden laiminlyönnistä silloin, kun hän *ei ole lainkaan* ryhtynyt hoitamaan hänelle kuuluvaa virkatehtävää, kuin tilanteessa, jolloin virkamies käsittelee asiaa *liian hitaasti*.

Joutuisuusvaatimusta koskevien rikkomusten kohdalla virkavastuujärjestelmän käyttömahdollisuutta vaikeuttaa se, että käsittelyn viivästymiseen johtaneet seikat ovat usein monitahoisia ja laiminlyöntiä on vaikea osoittaa yksittäisen virkamie-

⁷²⁸ Ks. Suviranta LM 2002: 932–935 ja Väättänen 2011: 170. Oikeusturvakeinojen tehokkuudesta ks. Mäenpää 2003: 430–431.

hen syyksi.⁷²⁹ Virkamiehestä ei voi panna vastuuseen kohtuuttoman pitkistä käsittelyajoista, jos asiat ruuhkautuvat siitä syystä, että viranomaisen on laiminlyönyt esimerkiksi riittävien toimintaedellytysten turvaamisen. Arvioitaessa mahdollisuutta kohdentaa virkamiesoikeudellinen vastuu yksittäiseen virkamieheen on kokonaisharkinnassa otettava huomioon myös monien viranomaisen vastuulle kuuluvien velvoitteiden täyttäminen.

Julkista valtaa käyttävien viranomaisten palveluksessa olevan henkilöstön palvelussuhdetta koskevan lainsäädännön on turvattava riittävästi sekä kansalaisten että virkamiesten oikeusturva⁷³⁰. Asian joutuisan käsittelyn turvaamisessa onkin kysymys hallinnon asiakkaan oikeusturvan lisäksi myös yksittäisen virkavastuulla toimivan virkamiehen oikeusturvasta. Hänen mahdollisuutensa hoitaa virkatehtäväänsä viivytyksettä kytkeytyvät usein viranomaisen yleisiin toimintaresursseihin ja -käytäntöihin. PL 22 §:n mukaan julkisella vallalla on velvollisuus toteuttaa perus- ja ihmisoikeuksia kaikessa toiminnassaan. Virkamiehen oikeusturva on suojattava virkavastuunmenettelyssä ja virkamiehellä on oltava käytössään myös tehokkaat oikeusturvakeinot.

Tarkoitukseni on pohtia, *miten virkavastuu voidaan passiivisuustilanteissa kohdentaa yksittäiseen virkamieheen, lähinnä huomautuksen ja varoituksen muodossa, työnjohdollisena toimenpiteenä*. Passiivisuudella tarkoitetaan sitä, että virkamies laiminlyö kokonaan velvollisuutensa asian käsittelyyn tai käsittelee asian niin hitaasti, että asianosainen reagoi viranomaisen viivyttelyyn. Tarkastelu ei kohdistu yksilöidysti erillisiin virkamiesoikeudellisiin seuraamuksiin, vaan keskiössä on kysymys *vastuun jakautumisesta viranomaisen ja viranomaisen palveluksessa olevan virkamiehen kesken* silloin, kun asian käsittely viivästyy kohtuuttomasti. Milloin yksittäinen virkamies voidaan asettaa vastuuseen joutuisan käsittelyn laiminlyönnistä. Mitä seikkoja on otettava huomioon ja miten vastuun jakautumista tulisi arvioida? Tarkoituksena ei siis ole selvittää viranomaisen mahdollisuuksia virkasuhteen purkamiseen virkamiehen passiivisuustilanteissa. Myös virkasuhteen irtisanomista individuaaliperustein käsitellään vain irtisanomista edeltävän varoituksen antamista koskevan tarkastelun yhteydessä.

2. Viivytyksetön asian käsittely viranomaisen ja virkamiehen velvollisuutena

Hallintolaki sisältää erityisen joutuisaa asian käsittelyä koskevan säännöksen: asia on käsiteltävä ilman aiheetonta viivytystä (HL 23 §). Sanamuodoltaan säännök-

⁷²⁹ EOA kertomus 2003: 55 ja Husa LM 2002: 362–365.

⁷³⁰ Ks. HE 291/1993 vp: 27–28.

sessä asetettu velvoite ei ole kohdistettu suoraan sen enempää viranomaiseen kuin yksittäiseen virkamieheenkään. Hallintolain soveltamisalaa koskeva säännös (HL 2 §) ilmaisee, että asian käsittelyä koskeva yleinen ajallinen tehoste koskee valtion viranomaisia, kunnallisia viranomaisia ja itsenäisiä julkisoikeudellisia laitoksia sekä eduskunnan virastoja, tasavallan presidentin kansliaa sekä valtion liikelaitoksia, julkisoikeudellisia yhdistyksiä sekä yksityisiä niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä. Hallintolain 23.2 §:n säännös puolestaan – kuten useimmat muutkin hallintolain säännökset – on kirjoitettu eksplisiittisesti viranomaista velvoittavaan muotoon. Sen mukaan *viranomaisen* on esitettävä asianosaiselle tämän pyynnöstä arvio päätöksen antamisajankohdasta sekä vastattava käsittelyn etenemistä koskeviin tiedusteluihin.

Viranomaisen toiminta, kuten hallintopäätösten tekeminen, on kuitenkin käytännössä juuri niin joutuisaa kuin sen palveluksessa olevien henkilöiden toiminta, sillä viranomaiselle kuuluvia tehtäviä hoitavat pääsääntöisesti luonnolliset henkilöt. Tehtäviä, joissa käytetään julkista valtaa, hoitavat virkavastuulla toimivat virkamiehet tai viranhaltijat oli sitten kysymys tosiasiallisesta hallintotoiminnasta tai hallintoasian käsittelystä. Valtion virkamiehet toimivat valtion ja kunnan viranhaltijat⁷³¹ kunnan tiliin. Hallintotehtäviä hoitaessaan ja päätöksiä tehdessään virkamiehet käyttävät oikeusjärjestyksen heille osoittamaa toimeenpanovaltaa.⁷³² Erityinen virkavastuujärjestelmä turvaa sen, että viranomaistehtäviä hoidettaessa täyttyvät oikeusturvan suojaamiselle ja hyvän hallinnon toteuttamiselle asetetut vaatimukset, eli toiminta on oltava luotettavaa, riippumatonta ja lisäksi myös tehokasta.

Virkamiestä koskevasta joutuisuusvaatimuksesta on säädetty erikseen virkamieslainsäädännössä, jossa virkasuhteeseen kuuluvien tehtävien asianmukainen ja viivytyksetön suorittaminen on asetettu *yleiseksi virkavelvollisuudeksi* niin valtion virkamieslaissa (VirkamL, 750/1994, 14.1 §) kuin kunnallisesta viranhaltijasta annetussa laissakin (myöhemmin kunnan viranhaltijalaki, KviranhL, 304/2003, 17.1 §).⁷³³ Virkamiehen ja viranhaltijan on suoritettava virkasuhteeseen kuuluvat tehtävät asianmukaisesti ja viivytyksettä. Lainalaisuusvaatimuksen mukaisesti hänen on noudatettava asianomaista tehtävää koskevia säännöksiä ja määräyksiä.

⁷³¹ Kirjoitusteknisistä syistä käytän tästä eteenpäin käsitettä virkamies myös silloin, kun tarkoitan kunnan viranhaltijaa. Tekstin liittyessä kunnan viranhaltijalain säännöksiin käytän luonnollisesti termiä viranhaltija.

⁷³² Ks. Suviranta 1996: 3–5.

⁷³³ Samansisältöinen säännös on myös muun muassa eduskunnan virkamiehistä annetussa laissa (1197/2003, 19 §) ja evankelis-luterilaisen kirkon viranhaltijoita koskevassa kirkkojärjestyksessä (1055/1993, 6: 3.1). Ks. myös ulosottokaari 19 §.

Tämä lisäksi häntä velvoittavat tietyin rajoituksin työnantajan työnjohto- ja valvontamääräykset⁷³⁴. Virkatehtävien viivytyksetöntä hoitoa koskevia säännöksiä on sisällytetty myös erityislakeihin, joissa on voitu asettaa yksityiskohtaisempia käsittelyaikavaatimuksia koskien tiettyä hallintomenettelyn vaihetta tai viranomaisen toimenpidettä.⁷³⁵ Säännöksissä on voitu määritellä täsmällisemmin ja tiukemmin velvoitettu taho, esimerkiksi tietty viranhaltija, samoin kuin käsittelyaika- ja toimintavaatimus. Täsmällisten määräaikojen tarkoituksena on paitsi nopeuttaa asioiden käsittelyä myös korostaa viranomaisen tai tietyissä virassa toimivan virkamiehen vastuuta asioiden käsittelyn joutuisuuden turvaamisessa.⁷³⁶

Oikeusvaltion peruseriaatteisiin kuuluu julkisen vallan käytön sitominen lakiin. Perustuslain 2.3 §:ssä ilmaistun hallinnon lainalaisuusperiaatteen mukaisesti kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Lainalaisuusperiaate asettaa erityisvaatimuksia myös julkista valtaa käyttävien viranomaisten palveluksessa olevalle henkilöstölle. Yksittäisen virkamiehen ja viranhaltijan tulee noudattaa kaikessa virkatoiminnassa laillisen seuraamuksen uhalla tarkoin lakia. Lainalaisuusperiaate toimii myös yleisenä virkavastuun perusteena. Perustuslain 118 §:n mukaisesti *virkamies vastaa virkatoimiensa lainmukaisuudesta* ja on vastuussa myös monijäsenisen toimielimen päätöksestä, jota hän on toimielimen jäsenenä kannattanut. Virkavastuuta tehostetaan erityisellä seuraamusjärjestelmällä. Jos virkamies toimii vastoin virkavelvollisuuksiaan tai laiminlyö niitä, hänet voidaan saattaa siitä oikeudelliseen vastuuseen rikoslain (792/1989 RL 40:9 ja 10 §) nojalla. Myös vahingonkorvausoikeudellisen vastuun aktualisoituminen on mahdollista, sillä jokaisella virkamiehen lainvastaisen toimenpiteen tai laiminlyönnin vuoksi vahinkoa kärsineellä on oikeus vaatia vahingonkorvausta joko virkamieheltä tai julkisyhteisöltä (PL 118.3 §). Lisäksi virkamieheen voidaan kohdistaa virkamiesoikeudellisia sanktioita. Virkavastuu oikeussuojakeinona on käytettävissä koko laajuudessaan myös viranomaisen passiivisuustilanteissa. Vaikka asian käsittelyvelvollisuuden laiminlyöminen voi johtaa myös vahingonkorvaus- tai rikosoikeudelliseen vastuuseen, keskityn tarkastelemaan ainoastaan virkamiesoikeudellista vastuuta.

⁷³⁴ Viranomaisen direktio-oikeuden rajoituksista tarkemmin Bruun ym. 1995: 144–149; Hirvonen & Mäkinen 2006: 148–150 ja Koskinen & Kulla 2009: 159–165.

⁷³⁵ Esim. vankeuslain (767/2005) 19:9:n mukaan vankeinhoitolaitoksen virkamiehen on viivytyksettä ilmoitettava vankilan johtajalle tai muulle esimiehelleen virkatehtävän suorittamisen yhteydessä syntyneestä henkilö- tai omaisuusvahingosta (kurs. tässä). Ks. myös rajavartiolaitain (578/2005) 80.1–2 § ja metsähallituksen erävalvonnasta annetun lain (1157/2005) 18 §.

⁷³⁶ Väättänen 2011: 228. Ks. myös EOA 28.6.2006 D 2033/4/05 ja EOA 17.10.2006 D 1257/4/05.

3. Virkamiesoikeudellinen vastuu

Aikaisemmin voimassa olleen virkamieslainsäädännön nojalla sekä valtion virkamieheen että kunnan viranhaltijaan voitiin kohdistaa erityinen hallinnollinen kurinpitomenettely. Henkilölle, joka toimi vastoin virkavelvollisuuksiaan tai laiminlöi niitä, voitiin tuomita kurinpitorangeistus, joita olivat kirjallinen varoitus, virantoimituksesta pidättäminen ja viraltapano. Valtion virkamiehelle kurinpitorangeistuksen määräsi erillinen virkamieslautakunta.⁷³⁷ Raskasta hallinnollista kurinpitomenettelyä ei juurikaan käytetty virkavastuun toteuttamisessa, vaan jo tuolloin irtisanomista pidettiin kevyempänä ja nopeampana tapana reagoida virkamiehen käyttäytymiseen.⁷³⁸ Virkamieslainsäädäntöä uudistettaessa erillistä kurinpitomenettelyä koskevista säännöksistä luovuttiin.

Virkamies, joka toimii vastoin virkavelvollisuuksiaan tai laiminlyö niitä, voidaan tietyin edellytyksin irtisanoa. Sekä valtion virkamies että kunnan viranhaltija voidaan irtisanoa individuaaliperustein irtisanomisaikaa noudattaen. Tuolloin irtisanomisen syyn on oltava VirkamL 25.2 §:n mukaan *erityisen painava* ja KviranhL 35.1 §:n mukaan *asiallinen ja painava*.⁷³⁹ Tällaisena syynä voidaan pitää virkasuhteesta, laista tai määräyksistä johtuvien, virkasuhteeseen olennaisesti vaikuttavien velvoitteiden vakavaa rikkomista tai laiminlyöntiä. Kyseeseen voisi siis tulla myös virkamiehen passiivisuus ja joutuisuusvaatimuksen laiminlyönti virkatehtävien hoidossa. Syyn asiallisuutta ja painavuutta arvioitaessa on otettava huomioon työnantajan ja viranhaltija olosuhteet kokonaisuudessaan. Kurinpidollisen viraltapanon korvaa mahdollisuus purkaa virkasuhde heti, jos virkamies törkeästi rikkoo tai laiminlyö virkavelvollisuuksiaan (VirkamL 33 § ja KviranhL 41 §).

Lainsäätäjä on katsonut, että tarvitaan myös virkasuhteen purkua ja irtisanomista lievempiä keinoja henkilöiden saattamiseksi vastuuseen rikkeistään tai laiminlyönneistään virkatehtävien hoidossa.⁷⁴⁰ Sekä valtion virkamieslakiin että kunnan viranhaltijalakiin sisältyy säännöksiä, jotka mahdollistavat työnantajan reagoimisen myös sellaiseen virkamiehen moitittavaan käyttäytymiseen, joka ei ole laissa säädetty irtisanomis- tai purkuperuste. Valtion virkamieslain 24 §:n mukaan virkamiehelle, joka toimii vastoin virkavelvollisuuksiaan

⁷³⁷ Ks. HE 291/1993 vp, s. 30, 41–43.

⁷³⁸ HE 291/1993 vp, s. 30. Ks. myös Koskinen & Kulla 2009: 243–244.

⁷³⁹ Molemmissa säädöksissä säännös tosin ilmaisee asian käänteisesti. Työnantaja ei saa irtisanoa virkasuhdetta virkamiehestä/viranhaltijasta johtuvasta syystä ellei tämä syy ole erityisen painava/asiallinen ja painava. Tämä korostaa sitä, että irtisanomismenettelyä on käytettävä vain erittäin vakavissa tilanteissa.

⁷⁴⁰ Ks. HE 291/1993 vp, s. 30, 35.

siaan tai laiminlyö niitä, voidaan antaa *kirjallinen varoitus*. Kunnan viranhaltijalaissa kirjallista varoitusta koskeva säännös on sisällytetty viranhaltijasta johtuvia irtisanomisperusteita koskevan 35 §:n 3 momenttiin. Sen mukaan viranhaltijaa, joka on laiminlyönyt virkasuhteesta johtuvien velvollisuuksiensa täyttämisen tai rikkonut niitä, ei saa irtisanoa ennen kuin hänelle on *varoituksella annettu mahdollisuus korjata menettelynsä*.⁷⁴¹ Harkittaessa varoitusta virkamiesoikeudellisena seuraamuksena on arvioitava, onko kysymys virkasuhteeseen olennaisesti vaikuttavien velvoitteiden vakavasta rikkomista tai laiminlyönnistä, jotka myöhemmin voisi tulla kyseeseen irtisanomisen perusteena. Varoitus on ensisijainen keino irtisanomiseen nähden ja sen tarkoituksena tehdä viranhaltija tietoiseksi siitä, kuinka vakavana rikkomuksena työnantaja pitää hänen menettelyään.⁷⁴²

Varoituksen antamista koskevat säännökset ilmentävät vaatimusta yleisen hallinto-oikeudellisen suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta myös silloin, kun harkitaan toimenpiteitä, joilla puututaan virkamiehen moitittavaan menettelyyn. Käytettävissä olevista vaihtoehdoista on turvaututtava toiminnan kohteen kannalta mahdollisimman lievään, mutta kuitenkin riittävään reagointimuotoon.⁷⁴³ Myös passiivisuustilanteissa varoitus on ennakkomuistutus siitä, millä tavoin työnantaja tulee reagoimaan laiminlyönnin toistuessa ja samalla virkamiehelle annetaan mahdollisuus korjata käytöstään. Virkamies saatetaan tietoiseksi esimerkiksi käsittelyaikatavoitteista ja siitä, miten sitovaa niiden noudattaminen on. Virkamies voi puolestaan osoittaa, että hän ottaa annetun varoituksen vakavasti pyrkien jatkossa hoitamaan virkatehtävänsä lain edellyttämällä tavalla asianmukaisesti ja viivytyksettä. Jos viranhaltijalle on annettu varoitus saman tai samantyyppisen rikkomuksen toistuessa, voidaan irtisanomisperusteena vedota aikaisemmin annettuun varoitukseen.⁷⁴⁴

Kirjallista varoitusta lievempänä keinona puuttua viranhaltijan moitittavaan menettelyyn on edelleen käytössä esimiehen antama *huomautus*, vaikka virkamieslainsäädäntö ei sisällä sitä koskevaa nimenomaista säännöstä.⁷⁴⁵ Huomautuksen antaminen on esimiehen yleiseen työjohto- ja valvontavelvollisuuteen kuuluva hallinnollinen toimenpide. Esimiehen virkavelvollisuuksiin kuuluu seurata ja valvoa alaistensa viranhaltijoiden virkatehtävien hoitamista.

⁷⁴¹ Ks. myös HE196/2002 vp, s. 51.

⁷⁴² Ks. Hirvonen & Mäkinen 2006: 273–275.

⁷⁴³ Hirvonen & Mäkinen 2006: 264. Ks. myös Koskinen & Kulla 2009: 245–246 ja Parviainen 2010: 240–245.

⁷⁴⁴ Ks. HE196/2002 vp, s. 53.

⁷⁴⁵ Ks. HE 291/1993 vp, s. 35 ja Parviainen 2010: 239–240.

Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti virkamiehen laiminlyöntiin reagoidaan ensin esimiehen antamalla huomautuksella ja vasta rikkeiden toistuessa viranomaisyksikön antamalla kirjallisella varoituksella⁷⁴⁶, ellei viranhaltijan rikkomus ei ole niin vakava, että hänen virkasuhteensa voidaan purkaa tai hänet voidaan irtisanoa ilman varoituksen antamista. Yksin passiivisuus tai hidastelu virkatehtävien hoidossa harvoin johtanee näin vakavaan rikkomukseen.

Valtion virkamieslain mukaan virkamiehellä on muutoksenhakuoikeus vain laissa erikseen säädetyissä asioissa. Virkamiehen oikeusturvan kannalta on merkittävää, että viranomaisen antama kirjallinen varoitus on ratkaisu, josta on annettava kirjallinen perustelu päätös ja päätökseen on muutoksenhakuoikeus. Muutosta haetaan oikaisuvaatimuksella virkamieslautakunnalta (VirkamiesL 53.2 §). Jos oikaisuvaatimus hylätään, on virkamiehellä mahdollisuus valittaa asiassa hallintovalituksella. Kunnan viranhaltijalla on käytettävissään samankaltaiset kuntalaissa säännellyt oikeussuojakeinot (KuntaL 89–92 §).

Huomautus voidaan antaa joko kirjallisesti tai suullisesti, vaikka sitä koskevia säännöksiä ei olekaan. Koska kirjallista huomautusta koskevasta päätöksestä ei ole muutoksenhakumahdollisuutta, on eduskunnan oikeusasiamies korostanut, että kirjallisen huomautuksen kohdalla on päätöksessä todettava, että kysymys ei ole virkamieslainsäädännössä tarkoitetusta varoituksesta. Lisäksi viranomaisen tulee huomautusmenettelyssä noudattaa hyvän hallinnon vaatimuksia, kuten asianosaisen kuulemisvelvollisuutta.⁷⁴⁷

4. *Virkatoimien valvonnasta*

Hallintolain 23 §:ssä asetettu asian käsittelyn joutuisuusvaatimus on kohdistettu yleisesti viranomaiselle. Yksittäisellä virkamiehellä on yleiseen viranhoitovelvollisuuteen kuuluva velvollisuus joutuisaan virkatehtävien hoitamiseen, mutta viranomaisella on valvontavastuu koko virka- ja työtehtävien asianmukaisesta hoitamisesta. Hallinnon sisäisen valvonnan lisäksi julkisen vallankäyttöä valvovat yleiset laillisuusvalvontaviranomaiset.⁷⁴⁸ Ylimpien laillisuusvalvojien, valtioneuvoston oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen, tehtävänä on valvoa, että kaikki viranomaiset ja muut julkista hallintotehtävää hoitavat tahot sekä nii-

⁷⁴⁶ Valtion virkamiesasetuksen (971/1994) 39 §:n mukaan virkamiehelle annettavasta varoituksesta päättää asianomainen virasto, jollei asetuksella toisin säädetä.

⁷⁴⁷ EOA kertomus 2005: 226. Ks. myös Kulla LM 2006: 1172.

⁷⁴⁸ Laillisuusvalvonnan käsitteestä ks. esim. Pajuojja & Pölönen 2011: 357–358.

den henkilöstö toimivat tehtävissään lainmukaisesti, täyttävät velvollisuutensa sekä toteuttavat toiminnassaan perus- ja ihmisoikeuksia (PL 108.1 ja 109.1 §).

Viranomaisen toiminnan viivytyksettömyyttä koskevan perusoikeuden valvon-
nassa laillisuusvalvontaviranomaisilla on korostunut asema johtuen aikaisemmin
mainitusta muutoksenhakumahdollisuuden puuttumisesta.⁷⁴⁹ Laillisuusvalvojat
voivat kantelun johdosta antaa huomautuksen lainvastaisesta menettelystä tai teh-
tävien laiminlyönnistä joko viranomaiselle tai suoraan yksittäiselle virkamiehelle
taikka molemmille.⁷⁵⁰ Silloin, kun virheellisyys johtuu esimerkiksi puutteista lain
soveltamisohjeissa tai hallinnonalan omaksumissa käytännöissä, vältetään lei-
maamasta yksittäistä virkamiestä ja arvostelu kohdistetaan kollektiivisesti viran-
omaiseen.⁷⁵¹ Joutuisuusperiaatteeseen on kiinnitetty viranomaisen huomiota ohja-
usmielessä myös silloin, kun varsinaisesta virkavelvollisuuden rikkomiseksi kat-
sottavasta menettelystä ei konkreettisesti tapauksessa olekaan ollut kysymys.⁷⁵²

Vaikka ylimmät laillisuusvalvojat ovat ratkaisukäytännössään useimmin kohdis-
taneet toimenpiteensä viranomaiseen, ei niiden suorittama oikeudellinen valvonta
ole tarkoitettu kohdistuvaksi vain yleisellä tasolla viranomaisen toimintaan. Val-
vonta ja kantelujen tutkinta ulottuvat myös yksittäisiin virkamiehiin. Huomautus
lainvastaisen menettelyn johdosta on käsittelyn viivästymistapauksissa voitu koh-
distaa myös suoraan yksittäiseen viranhaltijaan.⁷⁵³ Tätä edellyttää myös PL 118
§:n säännös kunkin virkamiehen henkilökohtaisesta vastuusta virkatoimiensa
lainmukaisuudesta.⁷⁵⁴ Yksittäistapauksissa ylimmät laillisuusvalvojat voivat nos-
taa syytteen – käytännössä tehdä esityksen syytteen nostamista – tai esittää työn-
antajaviranomaiselle toimenpiteisiin ryhtymistä virkamiehen saattamiseksi virka-
vastuuseen. Tällöin on kysymys vakavasta, tahallisesta ja usein myös toistuvasta
virkavelvollisuuksien vastaisesta menettelystä tai laiminlyönnistä, josta on ollut
merkittäviä haitallisia seurauksia.

Laillisuusvalvontaratkaisuilla on tarkoitus ohjata viranomaisten toimintaa ja vai-
kuttaa ennaltaestävästi hyvän hallinnon vastaiseen menettelyyn. Laillisuusvalvon-

⁷⁴⁹ Ks. HE 72/2002 vp s. 73.

⁷⁵⁰ Lievempänä toimenpiteenä on ylimpien laillisuusvalvojen lausuma käsitys, joka sekin voi-
daan kohdistaa myös yksittäiselle virkamiehelle. Ylimpien laillisuusvalvojen toimivaltaa ja
käytettävissä olevia toimenpiteitä koskevat tarkemmat säännökset sisältyvät valtioneuvoston
oikeuskanslerista annettuun lakiin (193/2000) ja eduskunnan oikeusasiamiehestä annettuun
lakiin (197/2002).

⁷⁵¹ Lehtimaja DL1988: 523.

⁷⁵² Ks. esim. EOA kertomus 2002: 48 ja EOA kertomus 2003: 48.

⁷⁵³ Esim. EOA kertomus 2007: 171 (EOA antoi huomautuksen perheneuvolan psykologille).

⁷⁵⁴ Jääskeläinen 2008: 18. Kuusikko (2011: 340) toteaa, että oikeusasiamiehen taholta on katsot-
tu, että tämä ei olisi mahdollista ilman syyteoikeutta.

takäytännöstä voidaankin hakea tulkinta-apua siihen, minkälaisissa passiivisuustilanteissa yksittäinen virkamies tulee asettaa vastuuseen. Esimerkiksi syytteen nostamisessa oikeusasiamies arvioi kokonaisvaltaisesti sitä, missä määrin virhe on ollut yksittäisen henkilön ja milloin kysymys on koko organisaation virheestä.⁷⁵⁵ Kanteluratkaisuissaan laillisuusvalvojat ovat tuoneet esille niitä seikkoja, joita viranomaisen ja virkamiehen vastuun jakautumista arvioitaessa on otettava huomioon. Näiden laillisuusvalvontakäytännössä muotoutuneiden harkintakriteereiden voidaan katsoa muiden oikeuslähteiden ohella toimivan yhtenä viranomaisten ratkaisukäytäntöä ohjaavana oikeudellisena auktoriteettina.

5. Kuka vastuuseen viipymisestä – esimerkkejä tulkinnasta

Seuraavassa tarkastelen lähinnä ylimpien laillisuusvalvojien ratkaisukäytännön valossa, mitkä seikat on otettava huomioon oikeudellisessa harkinnassa, kun arvioidaan työnantajaviranomaisen ja yksittäisen virkamiehen vastuun jakaumista passiivisuustilanteissa.

Käsittelylle asetettu määräaika tai käsittelyaikatavoite. Yksiselitteisesti säädetyn ehdottoman määräajan ylitys on aina asian käsittelyn aiheeton viivästyminen ja voi tulla arvioitavaksi myös virkamiesoikeudellisena vastuukysymyksenä. Esimerkiksi toimeentulotukiasioita käsittelevän viranhaltijan on noudatettava toimeentulotuesta annetun lain (1412/1997) 14 a §:ssä asetettua käsittelyaikavaatimusta. Sen mukaan kiireellisessä tapauksessa toimeentulotukipäätös on tehtävä käytettävissä olevien tietojen perusteella samana tai viimeistään seuraavana arkipäivänä ja muussa tapauksessa viivytyksettä, kuitenkin viimeistään seitsemäntenä arkipäivänä hakemuksen saapumisesta. Jos laissa asetetun käsittelyajan ylittyminen voidaan osoittaa yksittäisen viranhaltijan laiminlyönniksi, voi se johtaa virkamiesoikeudelliseen vastuuseen. Koska kyseessä on kokonaisharkinta, ovat ylimmät laillisuusvalvojat näissäkin tapauksissa lähes poikkeuksetta kohdistaneet toimenpiteensä - joko huomautuksen tai käsityksen lausumisen - viranomaiseen, eivät yksittäiseen viranhaltijaan.

Laissa säädetty tarkka määräaika turvaa hallinnon asiakkaiden yhdenvertaista kohtelua. Toimeentulotukihakemukset on käsiteltävä kaikissa kunnissa yhtä joutuisasti. Paitsi hallinnon asiakkaalle on käsittelyaikoja koskevan sääntelyn täsmällisyydellä merkitystä myös virkamiehelle. Niillä hallinnonaloilla, joilla on lain-

⁷⁵⁵ Kuusikko 2011: 342. Ks. myös EOA kertomus 2007: 111–113 (AOA määräsi syytteet nostettavaksi kahta poliisimiestä vastaan esitutkinta-asioiden laiminlyömistä koskevassa tapauksessa).

tasoisesti säädetty täsmällisiä käsittelyaikoja, voivat virkamiehet joutua helpommin vastuuseen määräaikojen ylittämisestä, kuin sellaisilla toimialoilla, joissa ei ole asian käsittelyaikoja koskevaa yksityiskohtaisempaa erityissäätelyä. Hallintolain 23.1 §:ssä väljästi muotoiltu yleinen joutuisuusvaatimus ja sen edellyttämä käsittelyaika on tulkinnanvarainen, joten kynnyks vastuun kohdentamiseen yksittäiseen virkamieheen on korkeampi. Joutuisuussäännösten tulkinnanvaraisuuden vaihtelu voi siis olla ongelma virkamiesten yhdenvertaisen kohtelun näkökulmasta.

Asioiden käsittelyaikoja koskevia määräyksiä sisältyy myös erilaisiin lakia alemmantasoisin normeihin. Usealla hallinnonalalla asioiden käsittelyajoista on sovittu ohjaavan tai valvovan viranomaisen kanssa tehdyissä tavoite- ja tulossopimuksissa. Kunnallisessa johtamisessa tulostavoitteiden asettamisella ja niiden toteutumisella on jo verrattain vahva asema. Kirjallisesti tehtyjä tavoite- ja tulossopimuksia voidaankin luonnehtia tavoitesopimuksiksi. Niiden juridinen velvoittavuus esimerkiksi virkavastuun näkökulmasta on varsin heikko⁷⁵⁶. Asiakkaan näkökulmasta palveluaikataavoite on viranomaisen lupaus käsittelyajan enimmäispituudesta, mutta se ei muodosta asiakkaalle subjektiivista oikeutta saada palvelua tavoitteen mukaisena. Hallinnon näkökulmasta ohjaavan viranomaisen asettama käsittelyaikataavoite on siihen veloitettua *viranomaista* sitova.⁷⁵⁷ Yksittäistä virkamiestä ei voi asettaa oikeudelliseen vastuuseen siitä, ettei tulostavoitteita kuten keskimääräisiä käsittelyaikoja ole saavutettu.

Viranomaiset asettavat myös itse käsittelyaikataavoitteita, joiden noudattamista virkamiehiltä edellytetään. Viranomaisen itsensä asettamat määräajat eivät ole samalla tavalla oikeudellisesti sitovia kuin lakisääteiset määräajat. Niiden sitovuus on verrattavissa neuvonnan ja viranomaisten esittämien kannanottojen tai HL 23.2 §:n velvoittamana annetun käsittelyaika-arvion sitovuuteen.⁷⁵⁸ Viranomaisten asettamien käsittelyaikataavoitteiden noudattaminen voi kuitenkin tietyn edellytyksin tulla arvioitavaksi myös virkamiehen yleisten virkavelvollisuuksien noudattamisen näkökulmasta. Jos esimerkiksi vain yksi tai muutama virkamies ei noudata asetettuja käsittelyaikoja tilanteessa, jolloin muut viranomaisyksilön virkamiehet pystyvät hoitamaan virkatehtävänsä määräaikojen puitteissa, voidaan ensiksi mainittujen virkamiesten kohdalla arvioida, onko kysymys laiminlyönnistä hoitaa virkatehtävät viivytyksettä.

⁷⁵⁶ Myllymäki 1994: 171; Kuusikko 2000: 193–208 ja Väättänen 2011: 286–287.

⁷⁵⁷ HaVM 2/2006 vp: 15.

⁷⁵⁸ Neuvonnan sitovuudesta Laakso, Suviranta & Tarukannel 2006: 155–156 ja Mäenpää 2008: 158–160.

Huolimattomuus. Ylimpien laillisuusvalvojen ratkaisukäytännössä on kiinnitetty jo vuosien ajan huomiota yksittäisten virkamiesten huolellisuusvelvollisuuteen. Asian käsittelyn viipymisen taustalla voi olla myös virkamiehen huolimattomuudesta johtuva laiminlyönti. Asiakirjat katoavat tai unohtuvat väärään pinoon, diaarimerkinnät jäävät tekemättä, muutoksenhakuohjeet ovat puutteelliset, hakuilmoituksessa on virhe, kuulemisasiakirjoista puuttuu sivuja – huolimattomuus voi liittyä mihin tahansa asian käsittelyvaiheeseen ja johtaa käsittelyn pysähtymiseen tai käsittelyvirheisiin.⁷⁵⁹ Jotta virkavastuun kohdentaminen huolimattomuustilanteissa olisi mahdollista, on tärkeää, että tapahtunut virhe on jäljitettävissä. Lisäksi on pystyttävä osoittamaan, että käsittelyn viipyminen johtuu tietyn virkamiehen laiminlyönneistä. Isoissa organisaatioissa tämä saattaa tuottaa vaikeuksia, sillä virheiden syntyhistoriaa ei aina kyetä jälkikäteen selvittämään.⁷⁶⁰

Lain noudattamatta jättäminen tai selvästi virheellinen laintulkinta. Joskus asian käsittely viivästyy siitä syystä, että virkamies ei ole noudattanut laissa selvästi asetettua velvoitetta. Virkamiehen laiminlyöntiä voidaan arvioida virkatehtävien asianmukaisen hoitamisen näkökulmasta esimerkiksi silloin, kun virkamies ei ole asettanut asiakirjan täydentämiselle, selvityksen antamiselle tai lausuntopyyntöön vastaamiselle hallintolain 33 §:n edellyttämää määräaika.⁷⁶¹ Suoraan virkamiehen velvollisuudeksi on hallintolaissa säädetty kielto osallistua esteellisenä asian käsittelyyn (HL 27.1 §). Samoin virkamiehen on ratkaistava itse kysymys esteellisyydestään (HL 29.2 §). Silloin, kun yksittäinen virkamies laiminlyö velvollisuutensa huolehtia omasta esteettömyydestään, voidaan hänet asettaa siitä vastuuseen. Silloin, kun tällainen laiminlyönti on toistuvaa tai tahallista voi se tulla arvioidtavaksi virkatehtävistä johdettavissa olevien velvollisuuksien täyttämättä jättämisenä.

Myös silloin, kun asian käsittely viivästyy selvästi virheellisen laintulkinnan seurauksena, voi virkavastuujärjestelmän käyttö tulla kysymykseen. Lainalaisuusvaatimus edellyttää, että virkamies tuntee lain, mikä tarkoittaa sekä kykyä soveltaa että tulkita kyseessä olevalla hallinnonalalla sovellettavan oikeusjärjestyksen sisältöä. Esimerkiksi tarpeeton itsensä jääväminen voidaan tulkita virkatehtävien laiminlyönneiksi. Silloin, kun on kysymys tarkoitussidonnaisuusperiaatteen vastaisesta menettelystä, jolla pyritään tarkoituksellisesti viivyttämään asian käsittelyä,

⁷⁵⁹ Esim. EOA kertomus 2007: 66 (Rikosylikonstaapeli unohti vuodeksi kirjata raiskauksesta tehdyn ilmoituksen ja siirtää ilmoituksen ja suorittamansa asianomistajakuulustelun toimivaltaiselle poliisilaitokselle).

⁷⁶⁰ Väättänen 2011: 112.

⁷⁶¹ Ks. viipymisen aiheellisuuden arviointi Väättänen 2011: 567.

on kyse menettelymuodon väärinkäytöstä ja virkavelvollisuuksien vastaisesta toiminnasta.

Virkavastuuseen asettamista harkittaessa arvioidaan myös laiminlyönnin tai virkatehtävien vastaisen toiminnan *tahallisuutta, törkeyttä sekä oikeudenvastaisuuden astetta*.⁷⁶² Onko kyseessä toistuva hidastelu tai laiminlyönti, josta asian käsittelyn viivästyminen johtuu? Onko toimittu samanaikaisesti useiden eri asianmuokaiselle viranhoidolle asetettujen vaatimusten vastaisesti? Ovatko virheet kumuloituneet ja miten vakavia ovat olleet seuraukset? Kysymys on kokonaisuudeltaan samalla tavalla kuin arvioitaessa henkilöstä johtuvien irtisanomisperusteiden täyttymisestä. Menettelyyn ryhtymisen syyn asiallisuutta ja painavuutta arvioidaessa otetaan huomioon työnantajan ja viranhaltija olosuhteet kokonaisuudessaan.

Virka-asema. Virkavastuun kohdentamisessa on otettava huomioon myös henkilön asema viranomaisorganisaatiossa ja virkatehtävien sisältö.⁷⁶³ Johtavassa asemassa olevan virkamiehen virkavastuuseen saattamisen kynnyks on alhaisempi kuin organisaation alemmalla tasolla olevan myös silloin, kun on kysymys joutuisuusvaatimuksen täyttämistä. Viranomaisorganisaation sisällä valvontaoikeus ja -velvollisuus ovat sekä organisaatio- että henkilötasolla; ylempi organisaatiotaso valvoo alemmaa ja esimies alaista.⁷⁶⁴ Työnjohdosta vastaavien henkilöiden kohdalla asianmukaiseen virkatehtävien hoitamiseen kuuluu myös valvonta- ja seurantatehtävistä huolehtiminen. Silloin kun virkamiehen tehtäviin kuuluu asioiden käsittelyn etenemisen ja päätöksenteon laadun seuranta, asetettujen määräaikojen noudattamisen seuranta, voi hän joutua vastuuseen myös muiden laiminlyönneistä, jos hän ei ole huolehtinut valvontavelvollisuudestaan.⁷⁶⁵ Apulaisoikeusasiamies on muun muassa kiinnittänyt Uudenmaan Prikaatin komentajan huomiota kurinpitoasioiden viivytyksettömään käsittelyyn (13.6.2003 D 1428/4/01).⁷⁶⁶ Ratkaisussaan 22.12.2006 D 1896/2/05 apulaisoikeusasiamies kat-

⁷⁶² Ks. EOA kertomus 2003: 102 (Päätöksen tiedoksiäntö viivästyä toimistosihiteerin erehdyksen vuoksi. Koska kyseessä oli tahaton erehdys, AOA tyytyi kiinnittämään vankilan huomiota huolellisuuteen päätösten tiedoksiannossa)

⁷⁶³ Ks. HE 291/1993 vp: 30 ja HE 196/2002 vp s. 52.

⁷⁶⁴ Ks. EOA 31.8.2009 D 3346/4/07 (Sosiaali- ja terveystjohtajan olisi tullut johtavana viranhaltijana huolehtia siitä, että kantelija olisi saanut päätöksen päivähoitopaikkaa koskevassa asiassa).

⁷⁶⁵ EOA 18.5.1987/1494 D 1438/4/86 (KHO:n kansliapäällikön tietoon oli saatettu, että asiakirjajäljennöksen toimitusaika 2 v 3 kk oli kohtuuttoman pitkä) ja AOA 17.3.2003 D 1472/4/01 (AOA kiinnitti huomiota tutkinnanjohtajan valvontavastuuseen esitutinnan joutuisa edistymisessä).

⁷⁶⁶ Ks. myös EOA kertomus 2007: 65 (Johtajaylilääkäri viivytteli muistutukseen vastaamisessa); EOA kertomus 2007: 62 (Sairaanhoitopiirin kuntayhtymän toimitusjohtaja viivytteli valituk-

soi, että asioiden ruuhkautuessa TE-keskuksen johtaja ei voinut vedota tietämättömyyteen valitusasioiden käsittelytilanteesta. Toisessa ratkaisussaan 20.8.2002 D 1258/4/99 apulaisoikeusasiamies antoi poliisimestarille huomautuksen virkavelvollisuuksien vastaisesta menettelystään oleskelulupahakemusten käsittelyssä.⁷⁶⁷ Ratkaisussaan 22.1.2009 D 1772/4/08 oikeusasiamies totesi, että myös tilanteessa, jossa kunta ei ole hoitanut lakisääteistä velvollisuuttaan ja tämän voidaan osoittaa johtuneen virkamiesten tai luottamushenkilöiden laiminlyönnistä tai muusta menettelystä, se voi johtaa asianomaisen syytteeseen virkarikoksesta. Asioiden käsittelyn viivästyessä esimiestehtävissä toimivien virkamiesten velvollisuutena on selvittää ongelmien syyt ja ryhtyä riittävän tehokkaisiin toimenpiteisiin tilanteen korjaamiseksi.⁷⁶⁸

Selkeät vastuusuhteet. Jotta viranomaisen olisi ylipäätään mahdollista kohdentaa virkamiesoikeudellista vastuuta yksittäiseen virkamieheen, edellyttää se tehtävävastuiden selkeää määrittelyä viranomaisen sisällä. Kuntien hallinnossa vastuusuhteista on säännelty kuntalaissa ja sen nojalla hyväksytyissä kunnallisissa johto- ja ohjesäännöissä. Myös valtionhallinnossa on ohjesäännöillä säädetty esimerkiksi ministeriöiden sisäisestä valvontavastuusta⁷⁶⁹. Selvästä ja selkeästi kohdennettavasta laiminlyönnistä on kysymys myös silloin, kun virkamies jättää vastaamatta *hänelle henkilökohtaisesti osoitettuun* viestiin tai tiedusteluun. Myös viranomaiselle osoitettuun kyselyyn vastaamatta jättäminen voi johtaa virkavastuuseen, jos tehtävänhoito on selkeästi osoitettu tietyille henkilöille. Laiminlyöntiä arvioitaessa on otettava lisäksi huomioon se, voiko kyseisen tehtävän ylipäätään hoitaa joku muu kyseisessä viranomaisessa, vai kuuluko se vain yhden virkamiehen virkavastuulle.⁷⁷⁰

Voimavarat. Julkisen vallan tehtävänä on turvata perusoikeuksien toteutuminen. Viranomaisen käytettävissä olevien voimavarojen tulee olla sellaisia, että viranomaisen kykenee asianmukaisesti täyttämään sille säädetyt tehtävät. Toissijaisesti vastuu on valvovalla viranomaisella, jonka on puututtava epätyydyttäviin tilantei-

seen ja selvityspyyntöön vastaamisessa); AOA 22.6.2005 D 1927/2/03 (Huomautus yliluutnantille viivyttelystä asian käsittelyssä) ja AOA 17.10.1988/1371 D 1424/2/88 (Huomautus poliisitarkastajalle asiakirjan toimittamisen viivästyisestä).

⁷⁶⁷ EOA kertomus 2002: 97–98.

⁷⁶⁸ Ks. myös EOA 5.8.1996 D 2221/4/94.

⁷⁶⁹ Valtioneuvoston ohjesäännön 4: 33.2 §:n mukaan ministeriön kansliapäällikön tuli huolehtia siitä, että ministeriön virkamiehet suorittava tehtävänsä tehokkaasti. Ks. EOA 30.11.1994 D 997/4/94.

⁷⁷⁰ Ratkaisussaan 19.6.2003 D 2794/4/01 oikeusasiamies arvosteli lääkäriä aiheuttomasta viivästyksestä potilasasiakirjojen laatimisessa.

siin.⁷⁷¹ Yksittäistä virkamiestä ei voi panna vastuuseen asioiden käsittelyn viipymisestä silloin, kun syynä on töiden ruuhkautuminen ja resurssien puute, eikä viranomaisen ole ryhtynyt konkreettisiin toimenpiteisiin tilanteen korjaamiseksi. Virkamiestä ei voi saattaa vastuuseen myöskään siitä, jos käytössä olevat atk-ohjelmistot ovat puutteellisia tai niiden toiminta aiheuttaa virheitä. Tai jos työnantaja ei ole huolehtinut henkilöstönsä asianmukaisesta perehdyttämisestä uusien teknisten apuvälineiden käyttöön. Hyvään hallintoon kuuluu se, että viranomaisella on käytössään sellainen asianhallinta- ja seurantajärjestelmä, josta selviää asian käsittelijän lisäksi kaikki asiassa suoritettut toimenpiteet ja käsittelyvaiheet.⁷⁷²

6. Lopuksi

Henkilökohtaisen virkavastuun entistä selkeämpi kohdentaminen on yksi keino asian viivytyksettömän käsittelyn turvaamisessa. Niissä tapauksissa, joissa viipyminen on johtunut yksinomaan ja yksiselitteisesti virkamiehen virheellisestä menettelystä, hänet saatettava tietoiseksi laiminlyönneistä tai virkavelvollisuuksien vastaisesta menettelystään ja asetettava vastuuseen rikkeistään. Ennen virkamiesoikeudellisiin sanktioihin ryhtymistä virkamiehelle on virkamieslainsäädännön säännösten mukaisesti annettava mahdollisuus korjata käytöstään. Sanktioihin turvauduttaessa on suhteellisuusperiaatteen mukaisesti aloitettava lievimmästä reagoitavasta. Työnjohdollisina toimenpiteinä käytettävissä olevat esimiehen antama huomautus ja viranomaisen antama kirjallinen varoitus ovat viranomaisen näkökulmasta melko ”kevyitä” tapoja hidastelevan virkamiehen saattamiseksi takaisin ”ruotuun”. Niissä tapauksissa, joissa viipyminen johtuu yksittäisen virkamiehen toiminnan lisäksi myös viranomaisen vastuulle kuuluvista seikoista, on viranomaisen otettava osaltaan vastuu tapahtuneesta ja ryhdyttävä toimenpiteisiin epäkohtien korjaamiseksi. Viranomaisen tehtävänä on huolehtia siitä, että sen henkilöstöllä on edellytykset hoitaa tehtävänsä lain edellyttämällä tavalla asianmukaisesti ja viivytyksettä. Johtamiseen kuuluu myös virka- ja työtehtävien hoitamiseen kohdistuva valvonta. Asianmukainen valvonta edellyttää hallintoorganisaatiota, jossa tehtävät ja vastuut on selkeästi määritelty.

⁷⁷¹ Ks. esim. AOA 20.8.2002 D 1258/4/99 (AOA katsoi, että maakuntahallitus oli poliisipiirin toimintaa valvovana viranomaisena omalta osaltaan vastuussa poliisipiirin epätydyttävästä työtilanteesta); AOK 3.6.1998 D 496/1/97 (Lausuntopyyntöjen määrän kasvaessa Terveystieteiden tutkimuskeskuksen olisi pitänyt tapahtunutta nopeammin arvioida tarvittavien asiantuntijoiden lisäämistä) ja EOA 29.2.2008 D 3109/4/06 (Kelan aluekeskuksen tuli yhdessä Kelan vakuutuspiirin kanssa arvioida mm. piirin työskentelytapoja ja töiden organisointia).

⁷⁷² Ks. OKA 3.4.2003 D 629/1/02 (Asiakirjahallintajärjestelmän puutteet olivat keskeisin kadonneiden asiakirjojen jäljittämisingelmin ministeriössä) ja AOA 22.9.2000 D 1537/4/98 (Atk-ongelmat eivät saa viivästyttää työvoimapolitiittisen lausunnon antamista).

Virkavastuun menettelyn tehokkuutta lisää se, että se koetaan oikeudenmukaiseksi. Yksityiskohtaisia käsittelyaikaa koskevia määräyksiä on sisällytettävä myös viranomaisen sisäisiin normeihin. Tämä mahdollistaa viranomaisen johdonmukaisen ratkaisulinjan passiivisuustilanteissa ja turvaa virkamiesten ja yhdenvertaista kohtelua yksittäisen viranhaltijan sisällä. Myös täsmällisempien käsittelyaikaa koskevien säännösten sisällyttäminen eri hallinnonaloja koskevaan erityislainsäädäntöön, helpottaisi virkavastuun kohdentamista laiminlyöntitilanteissa. On muistettava, että kysymys on myös virkamiehen oikeusturvasta. Vaikka näyttää siltä, että viranomaisen passiivisuuteen liittyvä oikeusturva-aukko ei ole ratkaistavissa yksinomaan virkavastuun kohdentamista tehostamalla, on se kuitenkin vartenotettava keino, joka kaipaisi lisätutkimusta.

Lähteet

- Bruun, N., Mäenpää, O. & Tuori, K. (1995). *Virkamiesten oikeusasema*. Helsinki: Kustannusosakeyhtiö Otava.
- Hirvonen, K. & Mäkinen, E. (2006). *Kunnallinen viranhaltija. Oikeudellisen aseman sääntely*. Helsinki: Edita Prima Oy.
- Husa, J. (2002). Oikeusasiamies käsittelyn joutuisuuden valvojana. *Lakimies* 3, 352–376.
- Jääskeläinen, P. (2008). *Mikä on oikeusasiamiehen syyteoikeuden merkitys?* Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2007. Helsinki. 16–19.
- Koskinen, S. & Kulla, H. (2009). *Virkamiesoikeuden perusteet*. 5. uud. painos. Helsinki: Talentum. tämä pitää lisätä
- Kulla, H. (2006). Julkishenkilöstön asema: systematiikkaa ja sekamuotoisuutta. *Lakimies* 7–8, 1158–1176.
- Kuusikko, K. (2000). *Neuvonta hallinnossa Julkisoikeudellinen tutkimus viranomaisen velvollisuudesta ja hallinnon asiakkaan oikeudesta neuvontaan sekä virheellisen neuvon oikeusvaikutuksista*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.
- Kuusikko, K. (2011). *Oikeusasiamiesinstituutio*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Laakso, S., Suviranta, O. & Tarukannel, V. (2006). *Yleishallinto-oikeus*. Tampere: Tampereen yliopiston oikeustieteiden laitos.
- Lehtimaja, L. (1988): Selvityspyyntö ja syyteenvaara: näkökohtia virkamiehen prosessuaalisesta asemasta eduskunnan oikeusasiamieheen nähden. *Defensor Legis*, 516–531.
- Myllymäki, A. (1994). *Julkistalouden valvonta. Finanssivalvonnan sääntelystä, tehtävistä ja muutoksesta*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.
- Mäenpää, O. (2003): *Hallinto-oikeus*. 4. painos. Helsinki: WSOY Lakitieto.
- Mäenpää, O. (2008). *Oikeus hyvään hallintoon*. Helsinki: Forum Iuris.
- Parviainen, M. (2010). *Kenen on vastuu? Vastuut ja seuraamukset palvelussuhteessa*. Helsinki: Edita Prima Oy.
- Pajuoja, J. & Pölönen, P. (2011). *Ylin laillisuusvalvonta*. Helsinki: Tietosanoma Oy.
- Suviranta, O. (1996). *Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus. Tutkimus Euroopan unionin jäsenyyden vaikutuksesta virkamiehen ratkaisutoi-*

minnan oikeudellisen ohjauksen rakenteeseen. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Suviranta, O. (2002). Oikeussuojakeinoista viranomaisen passiivisuutta vastaan. *Lakimies* 6, 914–937.

Väätänen, U. (2011). *Oikein ja joutuisasti. Joutuisuus hyvän hallinnon ja oikeusturvan takeena hallintotoiminnassa.* Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

| | |
|-----------------|---|
| HE 291/1993 vp. | Hallituksen esitys Eduskunnalle valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkasopimuslain muuttamisesta. |
| HE 196/2002 vp | Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta. |
| HE 72/2002 vp. | Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta. |
| HaVM 2/2006 vp. | Hallintovaliokunnan mietintö valtioneuvoston selonteosta keskus-, alue- ja paikallishallinnon toimivuudesta ja kehittämistarpeista. |
| K 10/2003 vp. | Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuodelta 2002 (EOA kertomus 2002) |
| K 8/2004 vp. | Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuodelta 2003 (EOA kertomus 2003) |
| K 4/2006 vp. | Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuodelta 2005 (EOA kertomus 2005) |
| K 5/2008 vp. | Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuodelta 2007 (EOA kertomus 2007) |

AOA 17.10.1988/1371 D 1424/2/88

AOA 22.9.2000 D 1537/4/98

AOA 20.8.2002 D 1258/4/99

AOA 17.3.2003 D 1472/4/01

AOA 13.6.2003 D 1428/4/01

AOA 22.6.2005 D 1927/2/03

AOA 22.12.2006 D 1896/2/05

AOK 3.6.1998 D 496/1/97

EOA 18.5.1987/1438/86

EOA 30.11.1994 D 997/4/94

EOA 5.8.1996 D 222/4/94

EOA 19.6.2003 D 2794/4/01

EOA 28.6.2006 D 2033/4/05

EOA 17.10.2006 D 1257/4/05

EOA 29.2.2008 D 3109/4/06

EOA 22.1.2009 D 1772/4/08

EOA 31.8.2009 D 3346/4/07

OKA 3.4.2003 D 629/1/02

V

YKSITYISTÄ JA JULKISTA?

SANKTIOITA, VELVOITTEITA JA SYSTEEMI-YHTEYKSIÄ

Vesa Annola

1. Yleistä

Yksityisoikeuden ja julkisoikeuden ero on hämärtyvässä. Elämäntavan muuttamisen ja sitä viiveellä seuraavan lainsäädännön kehitys on vaikuttamassa ja jo merkittävällä tavalla vaikuttanutkin oikeudenalojen raja-alueilla olevien oikeussuhteiden arviointiin.⁷⁷³ Yhtenä merkittävänä tekijänä tässä on perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumisen myötä seurannut holistisuuden korostuminen.⁷⁷⁴ Arvioinnissa on usein punnittava eri suuntiin puhuvia, joskus hyvin erilaisista lähtökohdista nousevia näkökohtia. Lopputulokseen saattavat silloin vaikuttaa sekä yksityisoikeudelliset että julkisoikeudelliset argumentit.

Yleensä oikeudenalat ylittävät argumentit saavat merkitystä silloin, kun oikeussuhde sijoittuu oikeudenalojen rajamaastoon.⁷⁷⁵ Harvinaisempaa on kuitenkin, että yksityisoikeudelliset ja julkisoikeudelliset argumentit asettuvat oikeussuhteen arvioinnissa vaihtoehtoisiksi. Silloin ei ole kysymys argumenttien limittymisestä vaan valinnasta erilaisten argumenttivälineiden kesken.⁷⁷⁶ Näin on monelta osin tapahtunut korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2010:23 jälkitarkastelussa.⁷⁷⁷

Mainittu ratkaisu on jakanut Suomen oikeusyhteisöä poikkeuksellisen paljon.⁷⁷⁸ Ratkaisu on herättänyt myös kansalaisten mielenkiinnon. Poikkeuksellista on eri-

⁷⁷³ Eija Mäkinen on osaltaan ollut selvittämässä tätä tärkeää ja ajankohtaista julkisen ja yksityisen välistä rajankäyntiä.

⁷⁷⁴ Kaarlo Tuori on kirjoittanut oikeusjärjestelmän koherenssin muuttumisesta oikeuden ykseydestä lokaaliseksi koherenssiksi. Suurta yhtenäistä järjestelmää, oikeussysteemiä ei enää entisenlaisena olisi, ks. Tuori 2007: 105. Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen kasvu ja laaja vaikutuspiiri ovat kuitenkin synnyttämässä uudenlaista oikeudenalat ylittävää koherenssia.

⁷⁷⁵ Ks. esim. Mäkinen 2011: 17.

⁷⁷⁶ Juha Karhu on nähnyt ongelman mahdollisuutena. Tapauksesta kirjoittaessaan Karhu toteaa, että oikeudenalojen identiteetin rakentaminen edellyttää vastavoimakseen tietoisesti rakennettua yhteishakuisuutta, ks. Karhu 2011: 526.

⁷⁷⁷ Yksityiseksi pysäköinninvalvonnaksi nimetystä ilmiöstä ollaan valmistelemassa lakia. Tätä kirjoitettaessa siihen liittyvästä hallituksen esityksestä on valmistunut oikeusministeriössä luonnos.

⁷⁷⁸ Perustuslakivaliokunta on käsitellyt mietinnössään (PeVL 57/2010 vp.) pysäköintiin liittyviä oikeudellisia kysymyksiä. Sen lisäksi erilaiset näkemykset ovat tulleet ilmi tutkijoiden tieteel-

tyisesti se, että ratkaisun kohteena ollut ongelmaa lähestytään hyvin eri suunnista.⁷⁷⁹ Tapaus tuo esille sen, kuinka merkityksellistä tietty esiyymmärrys oikeusjärjestelmästä on oikeudellisten ongelmien arvioinnille. Tutkija ei voi lähestyä tapausta ottamatta esiyymmärryksen mukaista kantaa tapauksen oikeudelliseen paikantamiseen. Systeemi yhteyksien perusteella tutkija muodostaa lähtökohdan, josta tarkastelu tapahtuu.

Tietyn lähtökohdan välttämättömyys ei tarkoita sitä, ettei tutkija voisi asiaan perehtymisen jälkeen päätyä siihen, että punninnan jälkeen tapaus asettuikin osaksi järjestelmää aluksi valitusta lähtökohdasta poikkeavasti. Valittu lähtökohta ei siis määrää lopputulosta tai sementoi käytettävissä olevia systeemi yhteyksiä. Valittu lähtökohta synnyttää kuitenkin oletuksen käytettävissä olevista välineistä. Poikkeaminen edellyttää, että toiset välineet osoitetaan aluksi valittuja paremmiksi. Poikkeaminen edellyttää, että muodostettu oletama kumotaan. Tästä seuraa se käytännöllinen toteamus, että oletama jää pääsäännön tavoin todennäköisemmin voimaan kuin olettamasta eroava poikkeus.

2. *Oikeuden systematiikka ja oikeustiede*

Allekirjoittanut on yhdessä professori Eija Mäkisen kanssa vetänyt Vaasan yliopistossa useamman vuoden ajan maisterivaiheen opintoihin kuuluvaa opintojaksoa Oikeuden systematiikka ja oikeustiede. Opintojaksolla tarkastellaan oikeusjärjestyksestä muodostettavaa järjestelmää ja oikeustieteen roolia tämän järjestelmän luomisessa.

Olemme myös yhtä aikaa luentosalissa ollen pyrkineet keskusteluun oikeusjärjestelmän rakentumisesta ja hyödyntämisestä. Siinä olemme tunnustaneet ja hyödyntäneet erilaisia lähtökohtiamme. Sama maasto näyttää eri paikoista hyvin erilaiselta. Eri paikoista voidaan jopa havaita maastossa erilaista nähtävää.

Olemme etsineet oikeudellista materiaalia, jota voitaisiin tarkastella eri oikeudenalojen näkökulmista. Tai vielä paremmin: materiaalia pyritään tarkastelemaan yhdistetystä näkökulmasta. Pohdittavana on esimerkiksi ollut yksityisoikeudellisen kohtuusperiaatteen ja julkisoikeudellisen suhteellisuusperiaatteen välinen suhde. Onko suhteellisuus myös kohtuullisuutta vai jotain muuta? Periaatteiden

listen kirjoitusten ohella asiantuntijalausunnoissa, lehtikirjoituksissa ja julkisuuteen annetuissa haastatteluissa.

⁷⁷⁹ Erityistä on myös se, että toisistaan olennaisesti poikkeavia ratkaisuvaihtoehtoja voidaan pitää sinänsä ehjinä ja oikeudellisen systeemin mukaisina, ks. Karhu 2011: 528.

ohella tarkastelu on kohdistunut oikeustapauksiin. Yksi hedelmällisimmistä niistä on nyt mainittu tapaus KKO 2010: 23.

Professori Mäkinen on laatinut tapauksesta kiintoisan artikkelin. Siinä Mäkinen toteaa, että hänen käsitystään määrittävät julkisoikeudelliset silmälasit.⁷⁸⁰ Silmälasien olemassa olo ei ole ollut este tasapainoisen kirjoituksen laatimiselle. Silmälasit saattavat olla jopa välttämättömiä hyvän tutkimuksen tekemiselle. Tarvitsemme paikan, jonka suhteen koordinaatit asetetaan. Oikeustutkimuskaan ei ole arvovapaata tai vapaata lähtökohtaolettamuksista. Oikeus on kokonaisena systeeminäkin suhteellinen.

Silmälasit eivät siis ole ongelma sinänsä. Haitallisia ovat vain ne silmälasit, joiden olemassa oloon olemme jo tottuneet niin, että emme niitä huomaa. Olennaista on siksi tunnistaa ne lähtökohtaiset sitoumukset, jotka vaikuttavat oikeudelliseen tarkasteluamme. Vain näin voimme arvioida sitoumuksiamme ja suuntautua sen perusteella tarvittaessa uudelleen.

Oikeudelliset sitoumukset ja silmälasit liitetään usein arvioinnin dynaamiseen tai sisällölliseen vaiheeseen. Kysymys on esimerkiksi siitä, minkälaiseen oikeusläheoppiin sitoudumme tai miten hahmotamme perus- ja ihmisoikeuksien roolin ratkaisussa. Ratkaisun KKO 2010: 23 jälkitarkastelun tavoin sitoumukset voivat vaikuttaa myös järjestelmän staattisiin osiin: luokitteluihin ja ryhmittelyihin.

Mäkinen on tuonut esille julkisoikeudellisen taustansa ja sen mahdollisen vaikutuksen. Ehkä tämä heijastuu jo artikkelin otsikkoon liittyvissä valinnoissa. Teema kohdentuu pysäköinnin valvontaan. Otsikko ei ainakaan välittömästi suuntaa ajatuksia yksityisoikeudelliseen sopimukseen eikä sopimiseen.

Tässä kirjoituksessani palaan vielä tähän paljon käsiteltyyn parkkitapaukseen. Ratkaisua voidaan tarkastella monista näkökulmista. Mäkisen artikkelin kanssa keskustelua toivottavasti edistää se, jos silmälasit ovat erilaiset. Omiksi silmälasiekseni asetan linssit, joiden läpi KKO:n ratkaisu pyritään näkemään osana sopimusoikeuden järjestelmää.⁷⁸¹ Lasien voidaan sanoa olevan ainakin siinä mielessä yksityisoikeudelliset ja ehkä sopimusoikeudellisetkin, että tarkastelu toteutetaan sopimusoikeuden näkökulmasta. Pyrin kuitenkin pohtimaan myös sitä, miten Mäkisen artikkelissaan esille nostamia oikeussuhteen julkisoikeudelliseen lähes-

⁷⁸⁰ Ks. Mäkinen 2011: 17.

⁷⁸¹ Sopimusoikeudellinenkin hahmottaminen voidaan toteuttaa KKO:n ratkaisusta hyvin vahvasti poiketen ja kuitenkin sisäisesti johdonmukaisesti ja perusteellisesti, ks. esim. Kaisto & Nybergh 2008.

tymistapaan liitettyjä reaalisia tarpeita voitaisiin ottaa huomioon sopimusoikeudellisessa arvioinnissa.

Tarkastelua ei artikkelissa ole mahdollista viedä eikä sitä pyritäkään viemään loppuun saakka. Esille nostettujen seikkojen punninta jätetään pitkälti tekemättä. Siihen voidaan puretua tarkemmin vaikka Oikeuden systematiikka ja oikeustiede –opintojakson seuraavalla kerralla. Tämän kirjoitus saa silloin olla kritiikin kohteena.

3. *KKO 2010: 23 sopimusoikeuden silmälasein*

3.1. *Määräämisoikeudesta ja sen merkityksestä*

Tapauksessa KKO 2010: 23 kiinteistön omistaja oli asettanut kiinteistölleen kyltit, joissa kiinteistölle pysäköiminen kiellettiin ja kyltin vastaisesti pysäköivältä ilmoitettiin perittävän valvontamaksu. Korkein oikeus katsoi pysäköimisen synnyttäneen sopimussuhteen.

Korkein oikeus lähti asian käsittelyssä liikkeelle ongelman oikeudellisesta paikantamisesta. Tarkastelun kohteena oli ensiksi, onko osapuolilla valta määrätä oikeussuhteensa syntymisestä ja sisällöstä. Korkein oikeus tarkasteli kysymystä otsikon ”julkisen vallan käyttöä koskevat rajoitukset sopimuksen esteenä.” Lähtökoh- ta on sopimusoikeudellisesti perusteltu. Toiminnan mahdollinen hahmottaminen sopimusoikeudelliseksi edellyttääkin tyypillisesti, että osapuolilla on oikeus määrätä siitä, mistä heidän väitetään määränneen.⁷⁸² Jos määräämisoikeutta ei ole, osapuolille ei voida antaa suojaa sopimusoikeudellisilla välineillä.⁷⁸³

Jotta kiinteistön omistaja voisi solmia sopimuksen pysäköinnistä, hänellä tulee olla oikeus määrätä kiinteistöstä. KKO:n ratkaisun kappaleessa 9 todetaan, että kiinteistön omistajalla ja haltijalla on oikeus määrätä omistamansa tai hallitsemansa alueen käytöstä, jollei sitä ole lailla kielletty. Tämä on yleisten periaatteiden mukaista. Lähtökohtaisesti omistusoikeuden ja sopimusvapauden periaatteiden mukaisesti jokaisella on oikeus määrätä omaisuudestaan. Tämän tulisi koskea

⁷⁸² Korkein oikeus ei perusteluissaan pohtinut varsinaisesti sitä, edellyttääkö valvontamaksuksi nimetyn velvollisuuden periminen julkisen vallan käyttämistä. Näkökulma oli sopimusoikeudellinen. Tarkastelu liittyi siihen, rajoittavatko julkisen vallan käyttämistä koskevat säännökset osapuolten määräämisvaltaa.

⁷⁸³ Määräämisoikeuden olemassa olo sinänsä ei vielä merkitse sitä, että yksittäistapauksessa määräämisvaltaa olisi hyödynnetty pätevään sopimukseen johtavalla tavalla. Sopimusoikeudellisten oikeusvaikutusten syntyminen on arvioitava vielä erikseen.

esimerkiksi oikeutta pysäköintiä koskevien sopimusten tekemiseen. Varallisuus-oikeudelliseen toimintapiiriin kuuluvat oikeudet eivät kuitenkaan suoraan sääntele oikeutta pysäköintisopimusten solmimiseen. Oikeudet synnyttävät pysäköintisopimusten tekemisoikeuden muiden sopimusten ohella. Jotta tätä oikeutta ei olisi, oikeutta pysäköintisopimusten solmimiseen olisi tullut jollakin tavalla rajoittaa.

Pysäköintiä yksityiselle alueelle on säännelty Tieliikennelain 28 §:n 3 momentissa. Sen mukaan pysäköinti yksityiselle alueelle ilman kiinteistön omistajan tai haltijan lupaa on kielletty. Tämä vahvistaa lähtökohdan pisyvyyttä: kiinteistön omistaja saa määrätä kiinteistöstään. Määräämiselle ei varallisuus-oikeudellisesti ole Tieliikennelaissa tältä osin asetettu rajoituksia: KKO lausuu perusteluissaan, että Tieliikennelaki ei estä kiinteistön omistajaa tai haltijaa tekemästä sopimusta siitä, millä ehdoilla sen omistamalle alueelle saa pysäköidä.⁷⁸⁴ Mäkisen tavoin voidaan todeta, että tämän perusteella kiinteistön omistajalla on täysi oikeus sallia maansa käyttö haluamallaan tavalla. Se voi kohdistua esimerkiksi yksityiseen pysäköintiin.⁷⁸⁵

Oikeutta pysäköintisopimusten solmimiseen voidaan tarkastella vielä pysäköintisopimusten valvonnan näkökulmasta. Voisivatko pysäköinnin sääntelyn sijasta pysäköinnin valvontaa koskevat säädökset rajoittaa yksityisen oikeutta määrätä kiinteistöstään pysäköintisopimuksin? Ratkaisun KKO 2010:23 jälkeen säädetyin pysäköinninvalvonnasta annetun lain (727/2011) 10 §:n mukaan pysäköintiä koskevien säännösten noudattamisen valvonnasta sekä pysäköintivirheiden ja muiden laissa säädettyjen seuraamusten määräämisestä huolehtii lähtökohtaisesti poliisi.⁷⁸⁶ Saman lain 2 §:n 2 momentissa kuitenkin säädetään, että yksityisellä alueella pysäköintivirhemaksua ei saa määrätä ilman kiinteistön omistajan tai haltijan pyyntöä tai valtuutusta. Pysäköintivirhettä koskevat seuraamukset on laissa jätetty kiinteistön omistajan aloitteellisuuden varaan. Pysäköintiä valvovalla viranomaisella ei siis ilman sitä ole oikeutta puuttua pysäköintiä koskeviin määräämistömiin. Tämänäkään säännös ei rajoita kiinteistön omistajan oikeutta määrätä kiinteistönsä käytöstä tai tehdä pysäköintiä koskevia sopimuksia.

Lähtökohtaisesti kiinteistön omistajalla on oikeus määrätä kiinteistöstään. Tämä koskee myös mahdollisuutta solmia sitä koskevia sopimuksia. Tieliikennelaki ja pysäköintiä sääntelevä lainsäädäntö ovat tehneet mahdolliseksi pysäköintivirhemaksun määräämisen myös yksityiselle alueelle tapahtuvasta pysäköinnistä. Kyseisellä lainsäädännöllä ei kuitenkaan ole rajoitettu kiinteistön omistajan määrää-

⁷⁸⁴ Ks. KKO 2010: 23, kpl 9.

⁷⁸⁵ Ks. Mäkinen 2011: 17.

⁷⁸⁶ Laki on säädetty ratkaisun KKO 2010: 23 jälkeen.

misoikeutta. Kiinteistönomistajalla voidaan siksi katsoa olevan KKO:n perustelujen mukaisesti oikeus määrätä kiinteistöstään myös solmimalla sitä koskevia pysäköintisopimuksia.

3.2. *Määräämisen tavan ja tarkoituksen vaikutus toimen paikallistamiseen*

Pysäköinti synnyttää oikeussuhteita oikeusjärjestelmän eri osissa. Automaatin välityksellä solmittua sopimusta ei yleensä ole sopimusoikeudellisesti riitautettu.⁷⁸⁷ Maksullisissa pysäköintihalleissa pysäköinnin myötä syntyvät sopimukset ovat esimerkkejä sopimuksista, joiden varallisuusoikeudellista luonnetta kyseenalaistetaan vielä harvemmin. Entistä selkeämpää on sopimuksen syntyminen silloin, kun sopimuksen solmii kiinteistön haltijan edustaja pysäköijän kanssa. Vastaavasti on selvää, että julkisoikeudelliset pysäköintinormit ja niiden mukainen toiminta ei puolestaan synnytä varallisuusoikeudellisia sopimuksia. Silloin pysäköintivirhemaksun ja muiden seuraamusten määräämisessä on kysymys julkisen vallan käyttämisestä.

Pysäköintiin liittyvät sopimusoikeudelliset velvollisuudet voivat muiden sopimusten tapaan syntyä kuitenkin eri tavoin.⁷⁸⁸ Järjestelyt voivat olla myös sellaisia, että niissä on piirteitä sekä varallisuusoikeudellisesta sopimusmekanismista että julkisen vallan käyttämisestä. Tapauksessa KKO 2010: 23 pysäköintisopimuksen – tai sellaiseksi väitetyn – sisältö, tarkoitus ja solmimisen tapa poikkeavatkin monista tyypillisistä sopimuksista. Erityistä tapauksessa oli ensiksi se, että sopimusoikeudellisen järjestelyn tarkoituksena oli saada aikaan samankaltaisia seuraamuksia kuin tyypillisessä julkisoikeudellisessa pysäköinnin sääntelyssä.⁷⁸⁹ Toiseksi sopimuksen solmimisen mekanismi muistutti pysäköintivirheeseen perustuvan maksuvelvollisuuden syntymisprosessia.⁷⁹⁰ Kolmanneksi sopimusjärjestelyssä käytetty terminologia muistutti pysäköintivirhemaksun yhteydessä noudatettua.⁷⁹¹

⁷⁸⁷ Ks. esim. Kaisto & Lohi 2008: 85–88, jossa hahmotellaan monipuolisesti erilaisia sopimusoikeudellisia ratkaisutapoja sopimuksen syntymistä koskevaan ongelmaan.

⁷⁸⁸ Ks. Vainio 2005: 161.

⁷⁸⁹ Tavoitteena ei ollut varsinaisesti pysäköintiin johtavan sopimussuhteen solmiminen vaan pysäköinnin rajoittaminen ja tarvittaessa ei-toivotusta pysäköinnistä seuraamusten määrääminen.

⁷⁹⁰ Kiinteistön haltija oli asettanut samankaltaiset kyltit kuin pysäköintivirhemaksuun johtavissa tilanteissa. Kiellon noudattamatta jättämistä valvottiin samalla tavalla kuin pysäköintivirhemaksujen osalta ja seuraamus määrättiin sekä sisällöllisesti että muodollisesti samaan tapaan kuin pysäköintivirhemaksuissa.

⁷⁹¹ Sopimusterminologian sijasta valvontamaksun yhteydessä käytettiin julkisen pysäköintivalvonnan yhteydessä käytettyä terminologiaa.

Voisivatko erityinen solmimisen tarkoitus, solmimistapa ja käytetty terminologia olla sellaisia syitä, jotka johtavat toiminnan sopimusoikeudellisen arvioinnin ulkopuolelle? Voidaanko ajatella, että järjestely on ”väärin sovittu”, jotta sitä voitaisiin arvioida varallisuusoikeudellisia ja sopimusoikeudellisia velvoitteita synnyttävänä järjestelynä? Voiko järjestelyn toteuttamistapa johtaa siihen, että sitä ei voida arvioida sopimuksena?⁷⁹² Voiko esimerkiksi järjestelyyn liitetyn seuraamuksen sanktioluontoisuus johtaa siihen, että järjestelyä ei enää voida pitää pelkästään sopimusoikeudellisena?

Ratkaisua KKO 2010: 23 on kritisoitu vedoten siihen, että yksityisen asettaman rajoituksen valvonta ei ole sopimuksellinen asia, vaan julkiselle vallalle kuuluva tehtävä. Seuraamusta on pidetty hallinnollisen sanktion määräämisinä.⁷⁹³ Toimen hallinnollisen seuraamuksen luonnetta on perusteltu myös velvoitteen yksipuolisuudella.⁷⁹⁴

Perusteluissaan KKO toteaa, että periessään väitettyyn sopimukseen perustuvaa valvontamaksua kiinteistön omistaja ei käytä lain mukaan viranomaiselle kuuluvaa toimivaltaa. KKO ei ole perustellut asiaa enemmälti. Tutkijoiden keskuudessa on ollut vielä KKO:n ratkaisun jälkeenkin keskustelua siitä, edellyttääkö tai sisältääkö seuraamus julkisen vallan käyttämistä.⁷⁹⁵ Keskustelu on siis kohdistunut julkisen vallan olemassa oloon toimenpidekokonaisuudessa. Siltä osin tutkijayhteisö lienee yksimielinen, että tarkasteltavan maksun edellyttäessä julkisen vallan käyttämistä, järjestelyä ei voida toteuttaa varallisuusoikeudellisella sopimuksella. Julkisen vallan käyttäminen edellyttää lainsäädännön siihen antamaa oikeutusta. Olennaista ei siksi ole ainakaan ensi vaiheessa keskustella mahdollisen julkisen vallan piirteen sisällöllisestä merkityksestä, vaan siitä, onko kysymys julkisen vallan käyttämisestä ylipäänsä.

⁷⁹² Tässä tarkastelun kohteena on siis se, johtaako toteutustapa järjestelyn kokonaisuudessaan sopimusoikeuden ulkopuolelle. Kaikki mainitut seikat eli tarkoitus, solmimistapa ja käytetty terminologia voivat luonnollisesti vaikuttaa sopimusoikeudellisiin oikeusvaikutuksiin. Vaikka järjestelyä arvioitaisiin sopimusoikeudellisesti, niin mainitut seikat voivat johtaa siihen, että tavoiteltuja oikeusvaikutuksia ei synny.

⁷⁹³ Ks. Mäkinen 2011: 17.

⁷⁹⁴ Toimen sopimusoikeudellinen jäsentäminen johtaa kuitenkin siihen, että järjestelyä voidaan pitää kaksipuolisena. Yhtäältä sopimus muodostuu kiinteistön omistajan antamasta kylttiin sisältyvästä informaatiosta, joka on tarvittaessa hahmotettavissa tarjouksen kaltaiseksi. Toisaalta sopimus muodostuu kuljettajan pysäköimällä antamasta tahdonilmaisun kaltaisesta toimesta. Ks. erilaista sopimuksen syntymisen jäsenysmahdollisuuksista Saarnilehto – Annola 2012: 385.

⁷⁹⁵ Ks. esim. Mäkinen 2011: 17, Karhu 2011: 528.

Sopimusvapauden mukaisesti osapuolet voivat solmia sopimuksen heidän valitsemallaan muodolla ja heidän haluamansa sisällön mukaisesti. Jos sopimusvapautta ei ole erikseen rajoitettu ja osapuolilla on määräämisvalta sopimuksen kohteesta, niin osapuolilla tulee myös olla oikeus valita tapa, jolla he sopimussuhteen solmivat. Jos henkilöllä on oikeus määrätä kiinteistön käytöstä, kuten pysäköinnistä, niin KKO:n ratkaisun tavoin voidaan katsoa, että määräämisen tapa ei vaikuta järjestelyn oikeudelliseen paikantamiseen. Jos väitetyillä osapuolilla on oikeus määrätä väitetyistä sopimuksesta, niin asiaa tulee arvioida sopimusoikeudellisesti. Tavan, jolla sopiminen toteutetaan, ei tulisi johtaa järjestelyn siirtymiseen pois osapuolten määräämisvallan piiristä. Paikantamiseen ei määräämisvallan puitteissa vaikuttaisi sekään, vaikka määräämisvallan käyttäjä olisi itse toiminut tyyppillisestä sopimuskentekomenettelystä poikkeavasti.⁷⁹⁶ Tältä osin KKO:n näkemystä siitä voidaan pitää johdonmukaisena, että tapauksessa on kysymys sopimusoikeudellisesta ongelmasta. Arvioitavana on siis se, voidaanko sopimusoikeudellisia velvoitteita synnyttää nyt tarkasteltavana olevassa tapauksessa toteutulla tavalla.

Jos tilanteiden yhdenmukaista arviointia pidetään tavoitteena, niin määräämisvallan puitteissa toteutetut erilaiset tavat eivät voi joskus olla sopimusoikeudellisia ja joskus julkisoikeudellisia. Tämä koskee vain asioita, joissa osapuolilla on määräämisvalta. Mahdollista tietysti on, että lainsäätäjä milloin tahansa rajoittaa osapuolten mahdollisuutta määrätä asiasta sopimuksin ja määrittää näin järjestelyn julkisoikeudelliseksi. Silloin asian arviointi muuttuu. Edellä on kuitenkin KKO:n tavoin katsottu, että lainsäätäjä ei ole pysäköintiä koskevalla sääntelyllään rajoittanut kiinteistön omistajan oikeutta määrätä kiinteistöstään.

Pysäköinnin jäsentäminen sopimusoikeudelliseksi ei merkitse sitä, että sitä muistuttavaan julkisoikeudelliseen toimintaan liittyvät argumentit eivät enää olisi käytettävissä. Sopimusoikeuden sisällöllisyys mahdollistaa ja edellyttääkin, että tarkasteltavan järjestelyn tapa, muoto ja tavoite otetaan huomioon oikeusvaikutusten arvioinnissa.⁷⁹⁷ Julkisoikeudelliseen sääntelykokonaisuuteen liittyvät argumentit

⁷⁹⁶ Ks. esim. Nikkanen 2008: 108, jossa hän vertailee maksullista pysäköintiä ja ehtojen rikkomisesta seuraavaa valvontamaksua. Nikkanen katsoo, että järjestelyt voivat tosiasiallisesti olla täysin rinnastettavissa toisiinsa.

⁷⁹⁷ Usein tämä julkisoikeudellisia vertailukohtia omaava ilmiö voi johtaa pysäköijän oikeusturvan vahvistumiseen. Julkisoikeudelliset käytännöt voivat kuitenkin olla vahvistamassa myös järjestelyn sopimusoikeudellisen arvioinnin edellytyksiä. Näin myös voidaan todeta KKO:n ratkaisusta. KKO perusteli järjestelyn sopimuskyynyksen rajan ylittymistä muun muassa sillä, että pysäköinnin maksullisuus ei ole yllättävää tai poikkeuksellista. Esimerkkinä mainitaan sekin, että kiellon vastainen pysäköinti yleisellä kadulla voi johtaa pysäköintivirhemaksuun (KKO 2010: 23, kpl 14).

ovat siirrettävissä sopimusoikeudelliseen tarkasteluun yhtäältä perus- ja ihmisoi-
keusvaikutuksen kautta mutta myös ilmiöiden tosiasialliseen samankaltaisuuteen
perustuvan reaaliargumentaation kautta. Mahdollinen julkisoikeudelliseen menet-
telyyn liittyvä erityinen pysäköijän oikeusturva voidaan siksi ottaa huomioon
myös sopimusoikeudellisessa arvioinnissa. Perusoikeudet ovat relevantteja myös
suoraan sopimusoikeudellisessa tarkastelussa. Perustuslain 15 §:ssä säädetty
omaisuudensuoja suojaa myös oikeutta omaisuuden käyttämiseen.

Seuraavassa tarkastellaan erityisesti sitä, miten sopimusoikeudellisesti on mahdol-
lista suojata niitä tarpeita, joita asian hahmottamisella julkisoikeudelliseksi pyri-
tään suojaamaan. Tarkastelu on siis sopimusoikeudellista, mutta sisällöllisesti
hyödynnetään oikeuden systeemyhteyksiä. Oikeusjärjestelmältä edellytetään ko-
herenssia. Samantyyppisen ilmiön sääntely oikeusjärjestelmän muissa osissa voi
siksi vaikuttaa oikeudelliseen arviointiin. Oikeudenalojen rajat eivät poista argu-
menttien voimaa samantyyppisiä ilmiöitä arvioitaessa.

3.3. *Sopimuksen sisällön vaikutus toimen arviointiin*

Kiinteistöä koskevan määräämisoikeuden olemassa olo sisältää myös oikeuden
pysäköintisopimuksien solmimiseen kiinteistöä käyttävien kanssa. Pyrkimys mää-
rätä kiinteistön käyttämisestä esimerkiksi pysäköinnin osalta ei kuitenkaan vält-
tämättä johda pätevän sopimuksen syntymiseen. Erilaiset määräämistavat voivat
johtaa sopimusoikeudellisesti erilaisiin johtopäätöksiin. Kunkin sopimuksen päte-
vyyttä tulee arvioida normaalein sopimusoikeudellisin välinein. Tarkastelussa
voidaan käyttää hyväksi myös julkisen pysäköinninvalvonnan osalta esitettyä.
Seuraavassa pyritään nostamaan esille erityisesti tapoja, joilla vastaaviin julkisoi-
keudellisiin oikeussuhteisiin sisältyviä argumentteja voidaan hyödyntää sopimuk-
sen sisällön tarkastelussa.

KKO:n perusteluissaan esittämä tapa hahmottaa sopimuksen syntymisen yleiset
edellytykset on jo aiemmin esitetty oikeuskirjallisuudessa.⁷⁹⁸ Sopimus voi sen
perusteella syntyä myös osapuolten toimintaan liittyvien ulkonaisten tunnusmerk-
kien perusteella niin, että tietty menettely tietyssä ympäristössä synnyttää sopi-
musoikeudellisen sitovuuden.⁷⁹⁹ Yleiset tunnusmerkit jättävät kuitenkin paljon

⁷⁹⁸ Ks. esim. Hemmo 2003: 131. Oppiin ns. sopimuksen välittömästi perustavista tosiseikoista on
suhtauduttu oikeuskirjallisuudessa myös kriittisesti, ks. esim. Kaisto & Lohi 2008: 84.

⁷⁹⁹ Ks. KKO 2010: 23, kpl 12. Ulkoisten tunnusmerkkien korostamisen sitovuuden syntymisessä
ei tarvitse merkitä sitä, että perinteinen osapuolten tahdonilmaisun arviointi menettäisi koko-
naan merkityksensä, ks. esim. Nikkanen 2008: 102.

harkintavaltaa.⁸⁰⁰ Se mahdollistaa myös vastaavissa julkisoikeudellisissa oikeussuhteissa relevanttien näkökohtien huomioon ottamisen.

Julkisoikeudelliseen oikeussuhteeseen sisältyvät näkökohdat eivät ole sellaisinaan sisällytettävissä sopimusoikeudelliseen argumentaatioon. Sopimusoikeudesta on löydettävä ne kohdat, joiden kautta julkisoikeus voi ulottaa vaikutustaan.⁸⁰¹ Sopimusoikeuteen ja sopimuksen oikeusvaikutusten arviointiprosessiin sisältyy useita vaiheita, joissa julkisoikeudelliset näkökohdat voivat saada merkitystä. Seuraavassa esitellään lyhyesti joitakin mahdollisuuksia.

KKO:n sopimukseksi määrittelemän oikeussuhteen yksi erityinen piirre liittyi seikkaan, jota voidaan kutsua sopimuksen rakenteeksi. Kiinteistön omistaja ei rakentanut järjestelyä tyypillisen sopimuksen tavoin tarjouksessa tarjottavalla suoritteella ja sitä edellyttävällä vastikkeella. Kiinteistöllä olevassa kyltissä valvontamaksun maksuvelvollisuus sen sijaan ilmoitettiin toteamalla, että ”ehtojen vastaisesta pysäköinnistä veloitetaan valvontamaksu”. Valvontamaksu kerrottiin veloitettavan heiltä, jotka pysäköivät alueelle, vaikka heillä ei ole lupaa pysäköintiin. Järjestely on mahdollista hahmottaa niin, että pysäköijä sitoutui sopimukseen rikkomalla sopimuksen tai tarjouksen ehtoja ja siinä olevaa pysäköintikieltoa.⁸⁰²

Valvontamaksuksi nimetty velvoite oli ainakin sopimusteknisesti muodostettu pysäköintivirhemaksun tavoin seuraamustyyppiseksi. Järjestelyn tarkoitus ei ollut ensi sijassa sopimussuhteen rakentaminen, vaan pysäköinnin rajoittaminen ja seuraamuksen määrääminen kiinteistön omistajan ensisijaisen tahdon vastaisesta pysäköinnistä. Tämä järjestelyjen tarkoituksen ja rakenteen yhteys mahdollistaa julkisoikeudellisten näkökohtien huomioon ottamisen sopimussuhteen arvioinnissa, vaikka hyväksytään KKO:n näkemys siitä, ettei järjestelyyn liity julkisen vallan käyttämistä.

⁸⁰⁰ Erikseen on arvioitava, täyttyvätkö yleiset edellytykset yksittäisessä tapauksessa kuten nyt tarkasteltavan pysäköintisopimuksen osalta. Kaisto ja Nybergh esittävät esimerkiksi laajassa tutkimuksessaan, että ”ei kuitenkaan tule ajatella, että pysäköinti todella johtaisi sopimuksen syntymiseen”, ks. Kaisto & Nybergh 2008: 128. Kaiston ja Nyberghin kannan osalta on tosin otettava huomioon, että he suhtautuvat kriittisesti sopimussitovuuden syntymiseen tilanteissa, joissa perinteistä tahdonilmaisua on vaikea hahmottaa.

⁸⁰¹ Olen nimennyt nämä kohdat aiemmassa tutkimuksessani argumentaatioväylyksi, ks. Annola 2003: 106.

⁸⁰² Sopimusoikeudellisesti arviointi voidaan tosin tehdä myös niin, että järjestelyn perusteella osapuolille on riittävän selvää, että pysäköijä on pysäköinnin perusteella velvollinen suorittamaan kiinteistönomistajalle kyltissä mainitun suorituksen. Kiinteistön omistajan tarkoituksena on ollut ensisijaisesti kieltää kiinteistölle pysäköinti. Kun sillä ei kuitenkaan ole ollut käytännöllisiä mahdollisuuksia pysäköinnin estämiseen, pysäköimiseen on liitetty velvollisuus valvontamaksuksi nimetyn veloitteen maksamiseen. Sopimusoikeudellisen kokonaisarvion tarpeesta ja sen toteuttamisesta erityisesti verkostoissa, ks. Vainio 2005: 174.

Pysäköinnin sääntelyn julkisoikeudelliset näkökohdat voivat vaikuttaa sopimuksen oikeusvaikutusten arviointiin ensiksi sopimuksen sisällön määrittymisen yhteydessä. Pysäköintisopimuksen vakiosopimuksellinen luonne mahdollistaa esimerkiksi erityisten vaatimusten asettamisen tarjoukselle ja sitä kautta sopimuksen sisällölle. Tätä korostavat tiedonantovelvollisuudelle viime vuosina yleisesti asetetut korostetut vaatimukset. Myös sopimuksen kuluttajaliittymät mahdollistavat toisen osapuolen odotusten suojaamisen. Odotusten määrittymisessä keskeiseksi voidaan puolestaan jäsentää samankaltaisen julkisoikeudellisen toiminnan sisältö.

Sopimuksilta edellytetään kohtuutta. Jos pysäköintisopimus jäsennetään oikeudeksi pysäköidä kiinteistöllä, niin valvontamaksuksi nimetyn seuraamuksen arviointiperuste voi muuttua. Arviointia ei enää voida tehdä samalla tavoin sanktioluontoisesti kuin silloin, kun vertailumittarina on pysäköintivirhemaksu. Kun pysäköinti perustuu sopimukseen, vertailumittari on pysäköintilupa ja sellaisen kohtuullinen hinta. Tämä mahdollistaa asian arvioinnin sanktioseuraamusta laajemmin.

Sopimuksen tulkinnassa lähtökohtana on sanamuoto ja sen mukainen tulkinta. Sanamuoto voidaan syrjäyttää osoittamalla osapuolten tarkoituksen poikkeavan siitä. Näyttövelvollisuus on kuitenkin poikkeavaan tarkoitukseen vetoavalla. Tulkintaopillinen epäselvyysääntö johtaa siihen, että mahdollisia epäselviä sopimuskohtia tulkitaan laatijan vahingoksi. Epäselvyyden olemassa oloa voidaan tällaisissa tapauksissa arvioida myös suhteessa julkisoikeudellisten normien mukaiseen pysäköinnin sääntelyyn. Erityisen merkityksen oppi saa nyt tarkasteltavan tapauksen kaltaisissa vakioehtoisissa järjestelyissä.

Jo edellä mainitut sopimusoikeudelliset esimerkit osoittavat, että järjestelyn määrittymisen sopimusoikeudelliseksi mahdollistaa myös muihin oikeudenaloihin sisältyvien näkökohtien hyödyntämisen arvioinnissa. Systeemyhteydet yksittäisissä tapauksissa kuitenkin vasta osoittavat, mikä painoarvo näille näkökohdille on annettava.

4. Lopuksi

Kiinteistön omistajan määräämisvalta on keskeinen seikka, jolla järjestely voidaan katsoa KKO:n lähtökohdista lukitun sopimusoikeudelliseksi. Järjestelyn tarkoituksena ollut pysäköinnin rajoittaminen tai tapa, jolla järjestely toteutettiin, ei enää määräämisvallan toteamisen jälkeen vaikuttanut ilmiön paikantamiseen. Veloitteen toteuttaminen ei-toivottavasta käyttäytymisestä seuraavan sanktion kautta ei vaikuttanut arviointiin.

Järjestelyn jäsentämisen KKO:n tavoin kokonaan sopimusoikeudelliseksi ei kuitenkaan tarvitse merkitä sitä, että julkisoikeudellisista ilmiöistä ja niiden sääntelystä ei olisi käytettävissä näkökohtia ja argumentteja myös sopimusoikeudellisen ilmiön arviointiin. Mitä samankaltaisempia ilmiöt tarkoituksensa ja sisältönsä puolesta ovat ja mitä enemmän sopimusoikeudellisesti on pyritty hyödyntämään julkisoikeudellisen sääntelyn rakenteita, sitä enemmän julkisoikeudellisia reaalisia näkökohtia sopimusoikeudellinen arviointi mahdollistaa.

Sopimusoikeudellisia velvoitteita voidaan synnyttää eri tavoin ja velvoite voidaan kohdistaa sopimussuhteen eri vaiheisiin ja eri osiin. Tämä koskee kaikkien sopimussuhteiden puitteissa myös pysäköintiä koskevia sopimussuhteita. Sopimussvastuu voidaan liittää esimerkiksi sovitun pysäköintiajan vastikkeellisuuteen ja sovitun pysäköintiajan ylittämiseen kuten myös muiden pysäköintiin liittyvien ehtojen noudattamiseen tai rikkomiseen. Vastuu voidaan puolestaan toteuttaa ainakin eri tavoin määritellyn luotoissuoritusvelvollisuuden, vahingonkorvauksen ja sopimussakon kautta.

Julkisessa keskustelussa on tuotu esille pysäköinnistä sopimiseen sekä sen valvonnan toteuttamiseen liittyviä yhteiskunnallisia ongelmia. KKO:n ratkaisun jälkeenkin järjestelyyn on katsottu liittyvän myös oikeudellisia ongelmia. Oikeustilan selkiyttäminen on tarpeellista. Sääntelyn kohdistuessa pysäköinnin valvontaan on kuitenkin syytä ottaa huomioon myös sääntelyn mahdollinen ulottuminen sopimusvapauden alueelle. Jos sääntely johtaa kiinteistön omistajan sopimusvapauden rajoittamiseen, sääntely on syytä sopeuttaa myös sopimusoikeuden oppien mukaiseksi.

Lähteet

Annola, V. (2003). *Sopimuksen dynaamisuus. Talousoikeudellinen rakennetutkimus sopimuksen täydentymisestä ja täydentymisen ohjaamisesta*. Turku: Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta.

Hemmo, M. (2003). *Sopimusoikeus I*. Helsinki: Talentum.

Kaisto, J. & Lohi, T. (2008). *Johdatus varallisuusoihteeseen*. Helsinki: Talentum.

Kaisto, J. & Nybergh, F. (2008). *Pysäköijän maksuvelvollisuudesta*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta.

Karhu, J. (2011). *Dialoginen oikeus – Esimerkkinä keskustelu julkisen vallan käytöstä sopimusvelvoitteiden rajana yksityisessä pysäköinninvalvonnassa*. Defensor Legis N:o 4/2011: 526–532.

Mäkinen, E. (2011). *Pysäköinninvalvonta – julkista vai yksityistä?* Edilex 2011/27.

Nikkanen, L. (2008). *Yksityisestä pysäköinninvalvonnasta – Erityisesti oikeudesta periä valvontamaksu ilman lainsäädännön tukea*. Helsinki Law Review 2008: 95–113.

Saarnilehto, A. & Annola, V. (2012). *Sopimus*. Teoksessa A. Saarnilehto ym. (Toim.). *Varallisuusoihteus*. Helsinki: Sanoma Pro Oy.

Tuori, K. (2007). *Oikeuden ratio ja voluntas*. Helsinki: WSOYpro.

Vainio, P. (2005). *Verkostoyhteistyön rakenteista ja ulottuvuuksista oikeudellisen vastuun hallinnan näkökulmasta*. Teoksessa J. Tolonen ym. (Toim.). *Talousoikeuden taitekohtia*. Vaasa: Vaasan yliopisto.

DET OFFENTLIGES HÆFTELSESANSVAR FOR PRIVATE AKTØRER, DER LØSER MYNDIGHEDSOPGAVER

*Marie-Louise Holle*⁸⁰³

1. Introduktion

Private virksomheder løser en række opgaver, som traditionelt har været varetaget af det offentlige. Det gælder navnlig serviceopgaver, men der er også enkelte eksempler på, at private aktører har fået overdraget opgaver, der indebærer myndighedsudøvelse. Om end eksemplerne for nærværende er få, er der grund til at tro, at dette vil ændre sig.

Denne nye opgaveløsningsform medfører risiko for, at de private aktørers adfærd forvolder skade hos borgeren. Man kan forestille sig tilfælde, hvor borgeren ikke kan få dækket sit erstatningskrav hos den private aktør, fordi vedkommende fx ikke kan findes eller ikke er økonomisk solid. I disse tilfælde kan man spørge, hvorvidt den skadelidte borger kan rette et krav mod den offentlige myndighed ud fra en hæftelsesbetragtning. Da der almindeligvis ikke anses at foreligge et kontraktforhold mellem en borger og den offentlige myndighed, er udgangspunktet, at det offentlige ikke hæfter for den private aktør. Imidlertid kunne man overveje, om det almindelige udgangspunkt om, at der ikke hæftes for en selvstændigt virkende tredjemand uden for kontrakt, også gælder når det drejer sig om opgaver, der indebærer myndighedsudøvelse.

Spørgsmålet er kun sporadisk behandlet i retslitteraturen. Retspraksis ses ikke at byde på eksempler på sager. Dog kan folkeretten tænkes at yde fortolkningsbidrag i de tilfælde, hvor den offentlige opgave stammer fra konventionsforpligtelser.

Hvorfor er det offentligretlige erstatningsansvar i det hele taget relevant i denne sammenhæng? Det offentlige erstatningsansvar udskilles til særskilt behandling, fordi særlige forhold gør sig gældende. For det første har mange af de offentlige aktiviteter slet ikke en pendant på det privatretlige område. For det andet er der en

⁸⁰³ *Adjunkt, Juridisk Institut, Copenhagen Business School.* Artiklen bygger på nogle af de resultater, der er fremkommet i min ph.d.-afhandling ”Hæftelsesansvar for selvstændigt virkende tredjemænd – med særligt henblik på offentlige opgaver”.

vis asymmetri i forholdet mellem myndighed og borger: Det offentlige indtager en magt- og monopolstilling overfor borgere (og virksomheder) og kan udøve lovlige fysisk tvang. For det tredje betyder en række økonomiske betragtninger og hensyn, at erstatningsansvaret kan mildnes og skærpes, herunder hensynet til det offentlige begrænsede ressourcer, den politisk vedtagne økonomiske prioritering af ressourcerne samt pulveriseringssynspunktet,⁸⁰⁴ hertil kommer synspunktet om undskyldelige retsvildfarelser og handlepligt. Sammenfattende er der altså grund til at være opmærksom på, at de almindelige erstatningsregler kan få en anden anvendelse i forbindelse med det offentlige erstatningsansvar.

Gennemgående gælder det også, at det er vanskeligt at karakterisere det offentlige erstatningsansvar som mildt eller strengt. Det skyldes to forhold. For det første er ansvarsbedømmelsen ikke den samme på de mange og forskelligartede områder, som de offentlige myndigheder agerer på. For det andet vil det ofte ikke give mening at tale om en særlig mild eller streng ansvarsbedømmelse, som i sagens natur er udtryk for en relativ bedømmelse. Dette skyldes, at mange af de opgaver, som de offentlige myndigheder løser, ikke har nogen parallel blandt private.

I det følgende diskuteres betydningen af, at det offentlige som skadevolder kan siges at agere på to forskellige områder, navnlig i relation til hæftelsesansvar (II). På denne baggrund undersøges det, om offentlige myndigheder kan tænkes at ifalde et hæftelsesansvar for private aktørers skadevoldende handlinger (III).

2. *Mere end ét skadevolderområde: Eksistensen af et "eksklusivt skadevolderområde"*

Det offentligretlige erstatningsansvar er kendetegnet ved, at offentlige myndigheder beskæftiger sig med en mangfoldighed af aktiviteter. Der er både aktiviteter, som kun det offentlige udfører og aktiviteter, som også private virksomheder og borgere udfører.

Man kan opdele aktiviteterne i to grupper. I den første gruppe falder indgåelse af en lang række kontrakter, som snart sagt enhver privat virksomhed indgår, eksempelvis kontrakter om it-support, vinduespudsning og om byggeri. I den anden gruppe falder aktiviteter, der kun udføres af offentlige myndigheder, såsom aktiviteter der har med justitsvæsenet at gøre, forvaltningsafgørelser, lovpligtigt

⁸⁰⁴ "Pulveriseringshensynet" er et argument, der ofte anføres til forsvar for en almindelig streng culpabedømmelse (med de forbehold der ligger i at bruge det udtryk), af de offentlige myndigheder. Ulfbeck 2006: 275, med henvisning til Hagstrøm 1987: 37.

tilsyn med bestemte indretninger (blandt andet elinstallationer og skorstene) og bestemte typer af virksomheder (fx fødevarerproduktion). Det gælder også særligt for de offentlige myndigheder, at de kan udøve lovlig fysisk tvang. I erstatningsretlig sammenhæng betyder dette, at det offentlige kan optræde som skadevolder i situationer, hvoraf en del ikke har en parallel i den privatretlige sfære. Erstatningsretligt kan man tale om to *skadevolderområder*. Man kan benævne det skadevolderområde, hvor også private agerer, som det fælles skadevolderområde, mens man kan benævne det skadevolderområde, hvor kun det offentlige virker, som det *eksklusive skadevolderområde*.⁸⁰⁵

Ved første øjekast forekommer sondringen mellem de to skadevolderområder skarp og nem at drage. Eksemplerne, som er nævnt ovenfor, er ganske nemme at placere på enten det ene eller det andet skadevolderområde. Imidlertid har ændringer i den offentlige sektor betydet, at det svært at pege på sikre afgrænsningskriterier. Før i tiden var opfattelsen den, at privatretlige dispositioner faldt uden for det offentlige erstatningsansvar. Det vil sige, at man førhen kunne tage udgangspunkt i retlige instrumenter: Aftaler og kontrakter hører traditionelt til privatretten, mens forvaltningsafgørelser hører til den offentligretlige sfære. Nu til dags betjener offentlige myndigheder sig imidlertid af instrumenter, der kendes fra privatretten, såsom kontrakter mellem myndigheder og borgere, der vedrører skole-hjemsamarbejdet.

Uanset denne udvikling er dansk ret i almindelighed er markeret af sondringen mellem privat og offentlig ret. I forvaltningsretten sondres der mellem afgørelsessager/myndighedsudøvelse på den ene side og faktisk forvaltningsvirksomhed/privatretlige dispositioner på den anden side.⁸⁰⁶ Langt de fleste arbejder, der behandler det offentlige erstatningsansvar, bruger også sondringen mellem myndighedernes offentligretlige pligter og den privatretlige råden.⁸⁰⁷ Her bruges sondringen dog oftest som et afgrænsningsredskab, således at det offentliges privatretlige dispositioner ikke medtages i behandlingen af det offentlige erstatningsansvar.

Man kan spørge hvilket afgrænsningsredskaber man råder over, når grænsen mellem de to skadevolderområder skal drages. Blandt andet i Betænkning

⁸⁰⁵ Von Eyben og Isager (2011), s. 62 f.

⁸⁰⁶ Forvaltningslovens § 2 forudsætter en sondring mellem afgørelsessager (stk. 1) og ”indgåelse af kontraktsforhold eller lignende privatretlige dispositioner” i relation til habilitetsspørgsmål (stk. 2) (*forvaltningsloven, lovbekendtgørelse nr. 1365 af 07/12/2007*).

⁸⁰⁷ Betænkning 214/1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar, s. 19; Poul Andersen 1938: 11; von Eyben & Isager 2011: 62; Ulfbeck 2006: 272; Friis Jensen 2009: 536.

214/1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar foreslås kontrakter anvendt som kriterium. Det vil sige, at man foreslår, at situationer, hvori det offentlige indgår kontrakter, undtages.⁸⁰⁸ Dette har givetvis givet god mening dengang, men i dag bruges kontrakter undertiden i forholdet mellem myndighed og borger i forbindelse med offentligretlige opgaver.⁸⁰⁹

Myndighedsudøvelse er også et muligt afgrænsningskriterium. En vurdering af, om en opgave indebærer myndighedsudøvelse⁸¹⁰, resulterer i, at en del opgaver, der ikke anses for at involvere myndighedsudøvelse, ”ender” på det fælles skadevolderområde. Dette kunne dreje sig om opgaver, der er udtryk for faktisk forvaltningsvirksomhed, såsom vandforsyning, vedligeholdelse og anlæggelse af veje. Ligeledes kan der peges på mere specielle opgaver, der ganske vist udelukkende varetages af offentlige myndigheder, men som alligevel ikke indebærer myndighedsopgaver. Det drejer sig blandt andet om Rigspolitiet, i hvis regi der er konfliktråd i voldssager mellem offer og gerningsmand.

På denne baggrund forekommer det mest hensigtsmæssigt, hvis man anlægger en sondring efter, om aktiviteterne også udføres af private, eller om de er særegne for offentlige myndigheder. Man kan i hvert fald tage udgangspunkt i, at sondringerne fælles/eksklusivt skadevolderområde og privat/offentligt skadevolderområde oftest, men ikke altid, er sammenfaldende. Således vil det fælles skadevolderområde som hovedregel omfatte det offentliges privatretlige funktioner (fx en offentlig myndighed, der køber en ydelse fra et it-firma). Det eksklusive skadevolderområde vil derimod i udgangspunktet omfatte myndighedernes offentligretlige funktioner.⁸¹¹

Det er ikke afgjort, hvilke konsekvenser det har, at der eksisterer to skadevolderområder. Traditionelt har sondringen kun har til formål at afgrænse det offentlige erstatningsansvar som emne. I enkelte nyere fremstillinger fremføres imidlertid det synspunkt, at sondringen mellem de to skadevolderområde kan spille en vigtig rolle for retsanvendelsen. Enkelte forfattere mener, at principperne fra det fælles skadevolderområde ikke uden videre kan overføres til det eksklusive skadevolderområde. For så vidt angår erstatning uden for kontrakt er det hovedreglen, at der ikke hæftes for en selvstændig hvervtager, når man er uden for Danske Lovs 3-19-2's område. Det er fremført i litteraturen, at denne

⁸⁰⁸ Betænkning 214/1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar, s. 19; se også Andersen 1938: 11 f.

⁸⁰⁹ Holle 2012: 113.

⁸¹⁰ Om begrebet myndighedsudøvelse se eksempelvis Garde, Nørgaard & Revsbech 2007: 88.

⁸¹¹ Holle 2012

regel muligvis ikke har samme anvendelsesområde i situationer, hvor en offentlig myndighed overdrager en myndighedsopgave til en privat aktør, som forvolder en skade hos en borger.⁸¹²

3. *Kan der gøres et hæftelsesansvar gældende?*

Når det overvejes, hvorvidt borgeren kan gøre et hæftelsesansvar gældende, bør de forskellige hæftelsesansvarsformer, der kendes fra det fælles skadevolderområde, inddrages. En principals hæftelsesansvar for en selvstændig hvervtager er langt mere velstuderet på det fælles skadevolderområde end på det eksklusive skadevolderområde. På det fælles skadevolderområde kendes hæftelsesansvar for selvstændig hvervtager i forbindelse med erstatning både i og uden for kontrakt (A). Dernæst bør offentligretlige aspekter inddrages, idet både forvaltningsretlige overvejelser og folkeretlige principper kan tænkes at have indflydelse på spørgsmålet om, hvorvidt en offentlig myndighed kan ifalde et hæftelsesansvar for en skade forvoldt af en privat aktør i forbindelse med udførelse af en offentlig opgave (B).

3.1. *Hæftelsesansvar på det fælles skadevolderområde*

På det fælles skadevolderområde kendes hæftelsesansvaret først og fremmest fra *erstatning i kontrakt*, hvor hæftelsesansvar er udgangspunktet.⁸¹³ Begrundelsen er naturligvis, at debitor (principalen) ikke skal kunne ”komme uden om” sin forpligtelse ved at overdrage den til en anden.⁸¹⁴

Staten er pålagt at udføre en række opgaver, som borgerne finansierer via skatter, moms og afgifter, samt undertiden brugerbetaling. Dette kan man se som et pligtforhold. Man kan med nogen ret overføre kontrakttankegangen til det eksklusive skadevolderområde, det vil sige tankegangen om, at overdragelse af en pligt ikke må medføre, at overdrageren bliver fri for erstatningsansvar.

I *erstatning uden for kontrakt* er udgangspunktet derimod det omvendte: Som tidligere nævnt er hovedreglen den, at der i delikt ikke hæftes for en selvstændigt virkende tredjemand, da det er uden for DL 3-19-2's område. Dette skyldes, at det

⁸¹² Von Eyben & Isager 2011: 84; Ulfbeck 2006: 271 ff.

⁸¹³ Principalen (debitor) har forpligtet sig ved en kontrakt, hvor vedkommende har overdraget hele forpligtelsen/alle forpligtelserne til en anden, dog uden at vedkommende debitor dermed er befriet for sin(e) forpligtelse(r).

⁸¹⁴ Fx Bryde Andersen & Lookofsky 2010: 194 f. Se nærmere Holle 2012: 37 ff. (undersøgelse af hæftelsesansvaret for selvstændigt virkende tredjemænd i kontrakt).

er vidtgående at pålægge ansvar for andres fejl. Imidlertid er der enkelte områder, hvor hæftelsesansvar er anerkendt i retspraksis.⁸¹⁵ Det drejer sig om 1. ansvaret for vejes tilstand (reparation og vedligeholdelse),⁸¹⁶ 2. det noget sjældnere forekommende arrangøransvar⁸¹⁷ og 3. ansvaret for graveskader og ledningsbrud.⁸¹⁸ Endelig har enkelte andre sager (4.), der samlet bedst kan beskrives som omhandlende særligt risikofyldte indretninger i eller i tilknytning til fast ejendom, givet anledning til at statuere ansvar for selvstændigt virkende tredjemands fejl.⁸¹⁹

De tre første områder er karakteriseret af, at de frembyder en risiko for almenheden (veje), at hvervtager og hvervgiver i skadelidtes øjne kan fremstå som en enhed⁸²⁰ (arrangøransvar), og at skader på forsyningsnettet (ledninger) kan være omkostningsfuldt for samfundet, ikke alene som følge af reparationsudgifter, men også tabet ved forsyningsnedbrud. Disse synspunkter kan tale for hæftelsesansvar på det eksklusive skadevolderområde. Visse offentlige indretninger, som myndigheder har ansvaret for at vedligeholde m.v., frembyder en risiko for en større personkreds, en offentlig myndighed kan med en privat aktør fremstå som en enhed, og endelig kan manglende udførelse af offentlige opgaver give anledning til større tab i samfundet.

I afgørelserne har domstolene navnlig lagt vægt på følgende forhold:⁸²¹ *at* hvervgiver i forhold til hvervtager oftest er den mest solide part, *at* hvervgiver ofte har haft mulighed for at indregne tabet, hvilket både kan være en betragtning der går på økonomi, og på culpa. Det er i øvrigt ikke nødvendigvis en betingelse, at culpa udvises af hvervtager, da der også er statueret hæftelsesansvar i tilfælde, hvor hvervgiver har udvist culpa.⁸²² Desuden synes der også at blive lagt vægt på, *at* der i nogle tilfælde består et særligt forhold mellem hvervgiver og skadelidte, samt *at* den opgave, som hvervtager har udført, naturligt hører til hvervgivers område. Sluttelig kan nævnes synspunktet om interesse; det betyder, at det

⁸¹⁵ Der vil være regresmulighed for hvervgiveren, jf. U 1941.204 Ø og 2011.433 H. Hæftelsesansvaret får derfor betydning, hvis hvervtageren ikke kan godtgøre kravet, ikke kan findes, har fraskrevet sig ansvaret, hvis ansvaret var forældet eller hvis det ikke kan afgøres, hvem af flere hvervtagere der er ansvarlig.

⁸¹⁶ Blandt andre U 1913.831 Ø, 1928.953 H, 1937.974/2 Ø, 1959.753 Ø, 1974.670 H, U 2000.1440 V.

⁸¹⁷ U 1928.494 H og U 1950.225 V.

⁸¹⁸ Fx U 1991.347 V og U 1999.1821/2 H.

⁸¹⁹ U 1935.663 H (en meget høj skorsten væltede, efter at den var blevet repareret på uforsvarlig vis), U 1937.96 H (mangelfuldt tilsyn med en elevator) og U 1981.564 V (sprøjtegift).

⁸²⁰ Holle 2012: 68 f. med henvisninger.

⁸²¹ Frost 1944; von Eyben & Isager 2011: 143 ff.; Holle 2012: 64 ff.

⁸²² U 1928.494 H, U 1968.84/2 H og U 2008.323 V.

forhold, at hvervgiver har en større interesse i, at et hverv bliver udført, end skadelidte, kan det tale for, at hvervgiver pålægges hæftelsesansvar.⁸²³

Disse betragtninger kan ikke nødvendigvis stå alene, men kan som sagt medvirke til, at der statueres hæftelsesansvar. De kan også overføres til det eksklusive skadevolderområde: Det offentlige har i overført betydning de bredeste skuldre (mulighed for at indregne og ”pulverisere” tabet), man kan som ovenfor anført anse forholdet mellem borgere og myndigheder som et særligt pligtforhold, og snart sagt alle uddelegerede opgaver vil være opgaver, der naturligt indgår i det offentliges ”virksomhed”.⁸²⁴ Interessesynspunktet taler nok i mindre grad for hæftelsesansvar, fordi det kan være svært at operere med på det eksklusive skadevolderområde. Det er ikke altid klart, hvilke opgaver der udføres i den enkeltes interesse, og hvilke opgaver der udføres i fællesskabets interesse, ligesom den enkeltes interesse heller ikke altid er modsatrettet i forhold til fællesskabets interesse.⁸²⁵

3.2. *Bidrag fra den offentlige ret*

Erstatningsretlige overvejelser kan ikke stå alene, når man undersøger i hvilket omfang, der kan gøres et hæftelsesansvar gældende på det eksklusive skadevolderområde. Borgernes retssikkerhed er et centralt hensyn i forvaltningsretten. Derfor er rammerne for uddelegering af myndighedsopgaver også ganske snævre.⁸²⁶ Hvis man på det eksklusive skadevolderområde opretholder udgangspunktet om, at der ikke hæftes for en selvstændigt virkende tredjemand, kan borgerne risikere ikke at få dækket deres erstatningskrav. Dette stemmer ikke overens med forvaltningsrettens kardinalprincip om at beskytte borgernes retssikkerhed; i hvert fald ikke hvis man forstår retssikkerhed i bredere forstand, således at det også omfatter sikkerhed for tabsdækning.⁸²⁷

Foruden forvaltningsretten bør også folkeretten undersøges. Relevansen af folkeretten skyldes, at visse pligter, som det påligger staten at løse, stammer fra internationale konventioner. Der er internationale konventioner, der fastsætter en tilsyns- og kontrolforpligtelse for de kontraherende stater. På sørettens område

⁸²³ Holle 2012: 64 ff., 147 ff.

⁸²⁴ Holle 2012: 166 med henvisninger.

⁸²⁵ Skovgaard 1983: 243 med småtryk.

⁸²⁶ Bent Christensen (*Myndighedsopgaver og udlicitering*, 1997); Carsten Henrichsen (*Rammebetingelser for udlicitering af myndighedsudøvelse*, 2004).

⁸²⁷ Holle 2012: 162.

gælder det SOLAS og MARPOL.⁸²⁸ Tilsyn og kontrol i forbindelse med disse konventioner involverer myndighedsudøvelse.⁸²⁹ I mange lande verden over er der en meget lang tradition for at uddelegere disse tilsyns- og kontrolopgaver til private virksomheder, såkaldte klassifikationselskaber.⁸³⁰ Ifølge søsikkerhedslovens⁸³¹ § 22, stk. 4 hæfter den danske stat ikke for tab forårsaget af klassifikationselskaberne.

Forholdet mellem erstatningsretten og folkeretten er komplekst og langt fra afklaret. Det følger dog af FN's Internationale Lovkommissions "Udkast om statsansvar", at handlinger udført af enheder/personer, der ikke er statslige organer, men som udfører statsopgaver, skal anses for at være "act of the State". Der er dog et krav om sammenhæng mellem myndighedsudøvelse og skade. Heraf følger også, at der ikke sondres mellem selvstændige hvervtagere og ansatte i staten, således som det er tilfældet i dansk ret.⁸³² Man kan derfor anføre, at dansk ret på dette punkt ikke harmonerer med folkeretten.

Som nævnt har spørgsmålet endnu ikke været aktuelt i retspraksis, men det er nødvendigt med en afklaring, henset til de mange tvivlspørgsmål om de erstatningsretlige reglers anvendelse på det eksklusive skadevolderområde også set i lyset af forvaltnings- og folkeretten.

⁸²⁸ The International Convention for the Safety of Life at Sea og The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (International Maritime Organization).

⁸²⁹ Holle 2012: 186 ff.

⁸³⁰ Bløcher 2009: 53 ff.

⁸³¹ Lovbekendtgørelse nr. 654 af 15. juni 2010 om sikkerhed til søs.

⁸³² Artikel 5, Udkast om statsansvar, s. 42 f. Se i øvrigt Betænkning 214/1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar, s. 18 og Holle 2012: 163 ff.

Kildefortegnelse

Andersen, P. (1938). *Offentligretligt erstatningsansvar*. Gyldendal.

Betænkning 214/1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar

Bløcher, P. T. (2009). Klassifikationsselskabers ansvar. *Justitia* 4. 49 ff.

Bryde Andersen, M. & Lookofsky, J. (2010). *Lærebog i obligationsret I – Ydelsen*. Beføjelser. 3. udgave. Forlaget Thomson.

Christensen, B. (1997). *Myndighedsopgaver og udlicitering*. Responsum til Udliciteringsrådet.

Henrichsen, C. (2004). *Rammebetingelser for udlicitering af myndighedsopgaver – Responsum til Udliciteringsrådet*. Schultz Information.

Eyben, B. von & Isager, H. (2011). *Lærebog i erstatningsret*. 7. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Friis Jensen, O. (2009). Offentligretligt erstatningsansvar. I J. Garde, J. Albæk, O. Friis Jensen, H. Bødker Madsen & C. Revsbech (red.). *Forvaltningsret – Almindelige emner*. 5. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 535–587.

Frost, J. L. (1944): Driftsherrens erstatningsansvar for entreprenørens forseelser udenfor kontraktsforhold. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 15–73.

Garde, J., Nørgaard, C. A. & Revsbech, C. (2007). *Forvaltningsret – Sagsbehandling*. 6. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Hagstrøm, V. (1987). *Offentligretslig erstatningsansvar – Studier i spesiell og alminnelig erstatningsret*. TANO.

Holle, M-L. (2012). *Hæftelsesansvar for selvstændigt virkende tredjemænd – med særligt henblik på offentlige opgaver* (under udgivelse).

Skovgaard, H. (1983). Offentlige myndigheders erstatningsansvar. G.E.C. Gads Forlag.

Ulfbeck, V. (2006). Offentlige myndigheders erstatningsansvar. I C. Henrichsen, S. Rønsholdt & P. Blume (red.). *Forvaltningsretlige perspektiver*. 1. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 271–308.

SOPIMUKSELLISUUS SOSIAALITURVASSA – UUSIA VAATIMUKSIA ASIAKKAILLE JA LAINSOVELTAJILLE

Laura Kalliomaa-Puha

Jako yksityiseen ja julkiseen on ollut sosiaaliturvaa järjestettäessäkin selviö. Sosiaaliturvaa on perinteisesti jaettu hallintopäätöksin. Nyt sosiaaliturvaa järjestetään niin julkisoikeuden kuin yksityisoikeudenkin keinoin ja yksittäistapauksellinen hallintotoimi on menettänyt monopoliasemansa sääntelyn toteuttajana. Yksityisoikeuden ja julkisoikeuden rajan yli hypitään ihan arkisesti päivittäin ja sopimuksista on tullut tavanomaisia työkaluja myös sosiaali- ja terveystoimessa. Puhutaan sopimuksellisuudesta (contractualism). Miten tällainen sopimuksellisuus näkyy sosiaaliturvan järjestämisessä ja mitä se kansalaisilta ja viranomaisilta edellyttää?

1. Sopimuksia eri tasoilla

Sopimuksilla järjestetään asioita monella eri hallinnon tasolla. Sopimuksia on julkisen hallinnon sisällä, hallinnon ja yritysten välillä, hallinnon ja yksityisten ihmisten välillä ja lopulta sosiaaliturvaa järjestetään yksittäisen ihmisten ja yritysten välisin sopimuksin. Joskus sopimus on helppo huomata sopimukseksi, mutta aina sopimista ei nimitetä sopimukseksi vaan esimerkiksi yhteiseksi suunnitelmaksiksi.

Esimerkiksi ensimmäisestä ryhmästä, hallinnon sisäisistä sopimuksista, käy vaikkapa se kun sosiaalihuoltoa ohjeistetaan sopimusohjauksella ja budjeteista sovietaan tulossopimuksin.⁸³³ Hallinnon ja yritysten välisissä sopimuksissa on usein kysymys perinteisistä, yksityisoikeudellisista sopimuksista, vaikka toki niihinkin tuo oman mausteensa se, että toinen osapuoli on julkisen sektorin toimija. Maankäyttösopimukset ovat tuttuja kaavoituksen alalta⁸³⁴. Tilaaja-tuottaja-sopimukset ja erilaiset ostopalvelut ovat yhä tavallisin kilpailutuksen malli sosiaaliturvasektorilla Suomessa. Hallinnon ja yritysten välisiä sopimuksia ovat myös esimerkiksi

⁸³³ Ks. ohjauksesta esim. Sulkunen 2006: 27, Vihinen & Kuokkanen 2006: 87. Ks. julkisen toiminnan sopimusten jaottelusta esim. Hyyryläinen 2004: 45–46, 92–95.

⁸³⁴ Mäkinen 2000.

sopimukset ruokakuljetuksista, kuljetuspalveluista tai ostopalvelupaikat yksityisessä vanhusten palvelutalossa.

Viime aikoina ajatus palvelun tai tuotteen käyttäjän, kuluttajan, valinnasta on alkanut voittaa alaa. Yhä useammin hallinto tekeekin sopimuksen suoraan asiakkaan kanssa. Sopimusura voi alkaa aikaisin kun ensimmäiset sopimukset saataan kirjoittaa jo päiväkodissa. Vanhemmat ja kunta sopivat lapsen hoidosta ja kasvatuksesta. Ura jatkuu ala-asteella, jossa saattaa jo päästä itse allekirjoittamaan sopimuksen: jossain kouluissa halutaan sitouttaa ekaluokkalaiset noudattamaan hyviä tapoja pyytämällä heitä allekirjoittamaan sopimus, jossa sitoudutaan käyttäytymään koulussa sääntöjen mukaan. Aika paljon vaadittu pikkukoululaiselta, joka ei siinä vaiheessa osaa välttämättä lukea tai nimeään kirjoittaa.⁸³⁵ Ala-asteen jälkeen voimme päästä sopijapuoleksi julkisen vallan kanssa monenlaisiin oppisopimuksiin, aktivointisuunnitelmiin, kotouttamissuunnitelmiin tai hoito- ja palvelusuunnitelmiin. Elämänkaaren toisessa päässä sopimuspaperin voi saada eteensä vaikkapa silloin, kun sopii palveluista palvelutalossa tai kun perheessä ryhdytään omaishoitajaksi ja kirjoitetaan omaishoitosopimus.

Yhä useammin sosiaaliturvan järjestäminen voi tarkoittaa sopimusta myös yksityisen yrittäjän kanssa. Kansalainen ostaa palveluita, palkkaa apua kotiin, vaihtaa asuntonsa palveluasuntoon tai ostaa palveluita palvelusetelillä. Uuden palvelusetelilain (Laki sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä 569/2009, 6 §) mukaan kunnan asukas nimittäin solmii sopimussuhteen suoraan palveluntuottajaan, toisin kuin aiemmin, jolloin palveluntuottajan sopimussuhde oli kuntaan. Kun kaikki kynnelle kykenevät halutaan mukaan hoivatalkoisiin, kansalaisia kannustetaan osallistumaan hoitoon myös omin varoin paitsi palvelusetelillä myös omaishoitajina, verotuksen kotitalousvähennyksellä ja tukemalla kotiasumista vaikkapa Kelan vammaistuella. Tämä tarkoittaa palvelujen hankkimista itse ja aina kun palveluja hankitaan, tehdään silloin myös sopimuksia.

Kun mietitään heikkojen palvelun tarvitsijoiden elämää, erityisen kiinnostavia ovat juuri nämä viimeksi mainitut asiakassopimukset – sekä hallinnon ja kansalaisen sekä kansalaisen ja yrityksen välillä.

2. *Valittu väline muokkaa yhteiskuntaa ja ihmisten välisiä suhteita*

Sosiaaliturvasektorin sopimusten paljous ja moninaisuus saa juristinkin ymmälleen. Sopimus vaikuttaa olevan paljon muutakin kuin vain se perinteinen juridi-

⁸³⁵ Ks. lähemmin Määttä & Kalliomaa-Puha 2006.

nen väline, kuten kauppasopimus tai työsopimus, mitä sopimuksella tavallisesti ymmärretään.

Usein sopimusta näytetään käytettävän sääntelyn välineenä, sääntelyn sijasta. Deregulaatio ei siis välttämättä tarkoita sääntelytyhjiötä vaan uudenlaisia normeja: informaatio-, tavoite- ja puiteohjausta. Tästä esimerkkinä vaikkapa tulossopimukset kunnan vanhainkodin kanssa mutta ohjausta sopimuksen kautta on myös kansalaisten tasolla, kuten edellä mainitut esimerkit koulun säännöistä sopimisesta tai omaishoitosopimuksessa sovittu tapa hoitaa kotona sairasta osoittavat.⁸³⁶

Mutta sopimus vaikuttaa myös sosiaalisiin ja yhteiskunnallisiin rakenteisiin, joiden kautta eri toimijoiden väliset yhteiskunnalliset, sosiaaliset ja työnjaolliset suhteet tulevat määritellyksi. Valittu järjestämistapa siis muokkaa kansalaisten, yritysten ja julkisen vallan keskinäisiä suhteita – usein myös tavalla, jota emme tule ajatelleeksi.

Esimerkiksi kuntatilaajan paine tehdä isoja kauppoja ohjaa firmojen käyttäytymistä ja esimerkiksi hoivayrittäjien markkinatilannetta - yksittäinen hoivayrittäjä ei ehkä uskalla tai ylipäänsä voi osallistua kunnan kilpailuun vaikkapa fysioterapiain järjestämisestä

Sopimuksessa saatetaan joutua myös määrittelemään työ tavalla, joka ei ole järkevää työn tekemisen kannalta. Esimerkiksi vanhainkodin siivouksesta tehty sopimus saattaa olla paksu nippu paperia, joihin on pyritty kirjoittamaan kaikki tarvittavat työt. Ikkunan pesu oli määritelty, samoin verhojen pesu ja silitys, mutta kun sopimuksessa ei lue mitään verhojen ripustamisesta, jäivät verhot siisteihin pinoihin huoneisiin.

Tämä ihmisten välisten suhteiden muokkaaminen voi ulottua myös koteihin ja perheiden sisälle. Esimerkiksi kun omaishoidosta sovitaan omaishoitosopimuksissa, toinen puolisoista määrittyy omaishoitajaksi ja toinen hoidettavaksi. Ei siis ole merkityksetöntä millä lailla sosiaaliturvaa järjestetään.

3. *Juridiikkaa vai retoriikkaa?*

Onko tämän tyyppisissä sopimuksissa sitten kysymyksessä oikea juridinen sopimus vai vain trendikäs nimitys jollekin yhteistyölle? Useimmiten näyttää siltä,

⁸³⁶ Ks. deregulaatiosta esim. Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmämuistio 2002: 8, 25–26, Alavaikko 2006: 41–48, Tuori-Kotkas 2008: 135.

että käytössä on sopimus sanan yleiskielisessä merkityksessä ennemminkin kuin oikeustieteellisenä terminä. Kuten Eija Mäkinen määrittelee maakäyttösopimuksia käsitellessään, kyseessä lienee tavallisesti kumppanuussopimus, ennemminkin hallinnon imago-kysymys ja heuristinen väline, jonka avulla osapuolten suhde on helpompi ymmärtää kuin ilman sopimuksen ideaa.⁸³⁷ Sopimuksilla tavoitellaan poliittista ja moraalista neutraliteettia, sillä pehmeästi ohjaileva julkinen valta ei voi sanella sopimuskumppaneilleen miten niiden tulisi toimia. Julkisesta vallasta on tullut yksi kumppani muiden joukossa, jolla tosin on velvoitteita kansalaisia kohtaan. Mutta onko julkisella vallalla muita toimijoita suurempi moraalinen velvoittavuus, vastuu? Sopimuksen käyttö korostaa, että vastaavasti muiden toimijoiden on tunnistettava omat velvoitteensa ja sitouduttava niiden täyttämiseen.⁸³⁸

Näyttää siltä, että sopimuksia pidetään entistä parempana tapana järjestää sosiaaliturvaa. Vauhtia näyttää tulevan niin viimeaikaisista trendeistä hallinnossa, taloudessa kuin sosiaalioikeudessakin, joihin sopimus välineenä näyttää sopivan hienosti.⁸³⁹

Yksityisen ja julkisen suhteessa puhutaan vastavuoroisista oikeuksista ja velvollisuuksista ja yhä useammin siitä, että etuuksia saa vain vastasuoritusta vastaan.⁸⁴⁰ Kehitystä tukee myös markkinoistuminen sosiaaliturvan järjestämisessä. Vastavuoroisuus sopii erittäin hyvin sopimuksen oikeudelliseen ideaan. Kahden vapaan sopijapuolen sopimus sopii myös hyvin pyrkimyksiin lisätä yksilöllisyyttä, itsemääräämisoikeutta ja aktiivisuutta. Aktiivisuutta ja autonomiaa tuetaan ja edellytetäänkin esimerkiksi asiakassuhteen peruslaeissa potilaslaissa (Laki potilaan asemasta ja oikeuksista 785/1992) ja sosiaalihuollon asiakaslaissa (Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista 812/2000).⁸⁴¹ Myös sosiaaliturvan uudistamiskomitean linjauksissa puhutaan markkina- ja asiakasohjauksesta, korostetaan ihmisten mahdollisuutta valita. Tätä perustellaan mm. sillä että hoitoratkaisuihin saadaan vaihtelua, monipuolisuutta ja valinnan varaa. Halutaan vahvistaa keinoja osallisuuden vahvistamiseksi, puhutaan omatoimisuudesta, omavastuusta

⁸³⁷ Mäkinen 2000: 95.

⁸³⁸ Sulkunen 2006: 29–30.

⁸³⁹ Ks. uusista trendeistä hallinnossa ja niiden sopimuksellisuutta edistävästä piirteistä Kalliomaa-Puha 2007: 144–145.

⁸⁴⁰ Ks. esim. Suviranta 2005: 195–213 ja 2006: 1254.

⁸⁴¹ Ks. myös Kalliomaa-Puha 2007: 37–40, 84–91, 151–152. Toomas Kotkas (2009) osoittaa artikkelissaan sosiaaliprosessioikeuksista miten sosiaaliturvan asiakkailta edellytetään yhä enemmän aktiivisuutta. Ks. myös Sinko 2004: 76. Ks. aktivointisopimuksista esim. Sakslin-Keskitalo 2005, Keskitalo 2008

ja korostetaan aktiivisuutta, kun puhutaan aktiivivaihtoehtoja tukevasta sosiaaliturvasta, kannustavasta sosiaaliturvasta ja aktiivisesta sosiaalipolitiikasta.⁸⁴²

Tyypillisesti siis korostetaan aktiivista kansalaista vastakohtana passiiviselle edunsaajalle: hallintoalamainen, joka ottaa nöyränä vastaan mitä julkinen valta armollisesti hänelle valuttaa, on vaihtunut ainakin retoriikan tasolla tasavertaiseksi sopimuskumppaniksi, asiakkaaksi ja yhä enemmän täysiveriseksi kuluttajaksi kuluttajan oikeuksineen ja velvollisuuksineen.

Onko sairaista ihmisistä tällaisiksi valitsijoiksi? Mitä tämä tarkoittaa hauraiden vanhusten kannalta? Onko heistä aktiivisiksi sopimusneuvottelijoiksi, jotka neuvottelevat itselleen sopivat hoidot, järjestävät asumisensa ja hankkivat palvelut, ymmärtävät ostaa ennaltaehkäiseviä palveluita, osaavat ylipäättään valita itselleen sopivat ja terveyttään parhaiten edistävät palvelut? Tuskin. Sopiminen edellyttää myös juridista jälkihoitoa. Miten tämä heikkojen ryhmä valvoo palvelujen laatua ja tarvittaessa reklamoi kuntaan ja kuluttajaviranomaisille tai vaatii vahingonkorvausta?

4. Sopimuksellisuuden etuja ja haittoja

Tarkoitushan on tietysti hyvä. Yksilöllisyys ja itsemääräämisoikeus ja kansalaisten sitouttaminen mukaan toimintaan ovat hyviä tavoitteita kaikki. Sopimuksellisuuden kautta voidaankin tavoittaa esimerkiksi parempi vanhuus.⁸⁴³

Ensinnäkin yksilöllinen sopimus voi olla yksittäistä hallintopäätöstä joustavampi ja se voi parhaimmillaan edistää toiminnan tavoitteita hallintopäätöstä paremmin ottamalla yksilölliset tarpeet entistä paremmin huomioon. On mahdollista, että neuvotteluprosessissa kansalaisen ääni tulee paremmin kuuluviin.⁸⁴⁴

Ongelmiakin voi syntyä. *Ensimmäiset* haasteet liittyvät hyvään hallintoon ja hallinnon legitimiisyyteen. Sopimusten käyttö voi rajoittaa näkemästä muita keinoja ratkaista ongelma, vähentää avoimuutta ja kaventaa kansalaisten oikeuksia kun eduista neuvotellaan yksittäisten kansalaisten kesken eikä sovita niistä yleisesti.

⁸⁴² Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä 2009: 62: 30, 39, 28, 33, 53, 67 ja 78.

⁸⁴³ Ks laajemmin sosiaalisektorin sopimusten hyvistä ja huonoista puolista Kalliomaa-Puha 2009 ja Kalliomaa-Puha 2007: 145–146.

⁸⁴⁴ Ks. esim Mäenpää 1989: 47–50, Wilhelmsson 1995: 89, Mäkinen 2000: 95, Länsineva 1998: 263–279, 268, Eichenhofer & Westerveld 2005: 21–39, 33.

Sopimus voi myös synnyttää mielikuvan yksimielisyydestä ja hyväksymisestä ja voi johtaa joidenkin menettelymuotojen syrjäytymiseen.⁸⁴⁵

On myös mahdollista, että sopimus rapauttaa vastuuta ja etäännyttää poliittisesta ohjauksesta. Jos sopimus esitetään ainoana mahdollisuutena, se voi johtaa painostukseen.⁸⁴⁶ Esimerkkinä tästä on tapaus, jossa kunta omaishoitajan kieltäytymisestä huolimatta totesi, että on oman osuutensa hoitanut tarjoamalla perheelle omaishoitosopimusta. Muuta hoitoa ei luvattu järjestää. Korkein hallinto-oikeus totesi kunnan painostuksen laittomaksi: omaishoitajaksi ei voi pakottaa (KHO 2005:6).

Ja yllättäen, sopimus voi myös lisätä byrokratiaa. Pelätään, että ammattilaisten niukkenevat resurssit menevät sopimusten hallintaan, ei varsinaiseen auttamiseen.

Sopimusten muuttaminen voi myös osoittautua hankalaksi, vaikka sosiaaliturvasasioissa muutos on ennemminkin sääntö kuin poikkeus. Esim. Norjassa tehdään kotipalvelusopimus saman tien sairaalasta kotiutujan kanssa (kätevää)– ennen seurattiin ensin hetki. Todettiin, etteivät asiakkaat osaa heti määritellä tarpeitaan. Vaikka sopimusta voidaan myöhemmin muuttaa, käytännössä muuttaminen vaatii enemmän työtä ja paperia kuin aiemmassa organisaatiomuodossa. Nykyinen sopimus-malli ei kestä epävarmuutta – joka on kuitenkin palveluja tarvitsevien ihmisten elämän luonteenomainen piirre.⁸⁴⁷

Usein unohtuu se, että sopimusmenettelyllä on aina myös kustannuksensa. Erityisen vaikeaa kustannusten arvioiminen on terveys- ja sosiaalisektoreilla – kokemukset Englannissa näyttävät sen⁸⁴⁸. Aidot neuvotteluprosessit ovat työläitä. Jos halutaan tavoittaa edut, pitäisi myös panostaa neuvotteluun ja kansalaisten aitoon kohtaamiseen.

Kansalaisen ja hallinnon välillä on aina läsnä valtaepätasapaino ja sama valtaepätasapaino on tavallisesti läsnä myös yksityisen elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välillä. Tämä näkyy esim ammatti-ihminen – maallikko asetelmassa ja yhteisen kielen puutteena. On haastavaa esimerkiksi yhdistää hoidettavan, hoitajan ja asiantuntijoiden tietoja ja osata painottaa maallikkotietoa ja asiantuntijatietoa oikein. Tai eri asiantuntijoiden tietoa keskenään: yhdellä asiakkaalla voi olla iso määrä asiantuntijoita, kuten oma lääkäri, erikoislääkäri, fysioterapeutti, sairaanhoitajat,

⁸⁴⁵ Ks. esim Mäenpää 1989: 46; Conaghan 1998: 161; Mäkinen 2000: 96; Sinko 2004: 105.

⁸⁴⁶ Ks. esim Hyyryläinen 2004: 147–148.

⁸⁴⁷ Esimerkki Leena Eräsaaren 2006: 93.

⁸⁴⁸ Ks. Koskiahho 2008; Hyyryläinen 2004: 178.

sosiaalihoitajat, kotisairaanhoidajat, kotiavustajat, vanhustyöntekijät - ja heidän sijaisensa.⁸⁴⁹

Toisena ryhmänä haasteita ovat ne jotka lähtevät ikään kuin kansalaisesta ja heidän erilaisuudestaan. Ensinnäkin kansalaisten taloudelliset, sosiaaliset ja kulttuuriset voimavarat ovat erilaiset – ja aina joudutaan pohtimaan riittävätkö ne. Parhaimmillaan sopimukset ovat yksilöllisiä ja ottavat yksittäisten ihmisten ja perheiden todelliset tarpeet joustavasti huomioon. Yksilöllisyys voi kuitenkin muodostua ongelmaksi yhdenvertaisuuden kannalta. Hyväosaiset – koulutetut, varakkaat – ovat olleet neuvottelutilanteissa ennenkin. Heille palvelujen ostaminen on tuttua ja he osaavat vaatia. Voi olla vaikeaa itse määritellä avuntarvettaan jos sellaiseen ei ole tottunut.

Neuvottelun onnistumista vaikeuttaa myös se, että sosiaalioikeudelliset neuvottelutilanteissa ihmisillä on tavallisesti aina hankala elämäntilanne ja heidän omat voimavaransa heikoimmillaan. Asiakas voi myös ottaa suorittaakseen enemmän kuin on kohtuullista. Varsinkin naiset suostuvat helposti ottamaan sellaisia huolenpitotehtäviä joita heiltä on perinteisesti edellytetty itsestään selvyysnä. Vaikka he kokisivatkin olevansa näissä asioissa avuttomia, avuttomuutta ei ole helppo myöntää. Tutkimusten mukaan vanhojen naisten – etenkin jos heillä lapsia ja etenkin jos lapset ovat tyttäriä – ei katsota tarvitsevan palveluja siinä määrin kuin samassa kunnossa olevien miesten.⁸⁵⁰

Riskinä kansalaiselle voi myös olla se, että virkamies ylittää toimivaltansa. Lainmukaisuuden ja toimivallan (sisäiset ohjeet) arvioiminen voi olla hyvin vaikeaa – ellei mahdotonta – ihmiselle, jolla ei ole kokemusta esimerkiksi kuntahallinnosta.

Lienee selvää, että nämä kansalaisten ongelmat koskettavat ennen kaikkea juuri tätä heikkojen ja hauraiden ryhmä josta olen ollut tässä huolissani.

Kolmas hankaluuksien ryhmä liittyy sopimusten uutuuteen sosiaaliturvassa. Usein sosiaaliturvassa sovitaan asioista, joita on vaikea määritellä kirjallisesti. On esimerkiksi vaikeaa tavoittaa kirjallisesti ja konkreettisesti mitä on hyvä hoiva. Yksittäisten ihmisten ja perheiden arkielämä ei mahdu palvelujärjestelmän luokitukseen ja mittauksiin, joiden taustalla on tilastot, keskiarvot ja yleistyksiset.⁸⁵¹ Hoivan sanotaan hylkivän sopimusta.⁸⁵²

⁸⁴⁹ Ks. asiantuntijoiden määrästä esim. Koistinen 2003 tai Topo 2009.

⁸⁵⁰ Johansson 1993, Kjellevoid 1995: 318.

⁸⁵¹ Saarenheimo & Pietilä 2006: 76.

⁸⁵² Ks. lähemmin Kalliomaa-Puha 2007: 412–413, 173–175.

5. *Miten turvata heikkojen ja hauraiden oikeudet?*

Sosiaaliturvan järjestäminen on jatkuvassa muutoksessa. Ei näytä siltä, että sopimusten suosio olisi hiipumassa. Parhaassa tapauksessa sopimukset ottavat herkästi arjen vaatimukset ja paikalliset erityispiirteet huomioon. On kuitenkin epäselvää, miten kansalaiset sopimuksista selviävät.

Kun mietitään millaisia keinoja sosiaaliturvan järjestämiseksi valitaan, pitäisi samalla miettiä miten heikot ja hauraat saisivat osansa sopimuksellisuuden eduista. Onko sittenkin niin, ettei tämä heikkojen ryhmä voi käyttää tällaisia palveluja lainkaan vaan heille on turvattava omat palvelut? Tällä tavalla asia on ratkaista esimerkiksi palvelusetelilaissa, jossa taataan aina oikeus kieltäytyä palvelusetelistä. Vai voidaanko näitä sopimuksellisia tapoja järjestää sosiaaliturvaa muokata niin, että myös heikot ja hauraat voisivat niitä ainakin joltain osin käyttää?

Toiseksi täytyy pitää huolta ennaltaehkäisystä. Esiin nousevat ongelmatapaukset ovat vain jäävuoren huippu: ei ole inhimillistä jäädä odottelemaan raflaavia otsikoita ja median tarttumista epäkohtiin, pitäisi suojata heikkojen oikeutta ennen kuin jotain sattuu.

Kolmanneksi on selvää, että sosiaaliturvatyöntekijöiden työnkuva muuttuu. Päättöksentekijän vastuu kasvaa, sillä väljentyvä ohjaus jättää paljon paikallisen päättöksenteon varaan. Täytyy muistaa, että mitä enemmän kunnan tai Kelan työntekijällä on harkinnan varaa, sitä enemmän yhteiskunnan tarjoamalla avulla voidaan käydä kauppaa – ja sitä yksilöllisempi ja joustavampi järjestely voidaan saada aikaan. Aina muodostuneet käytännöt eivät ole hyviä. Harkinnan varaa ei käytetä asiakkaan hyväksi vaan täytetään mieluummin institutionaalisia tavoitteita.⁸⁵³

Tällainen vapaus on varmasti motivoivaa mutta myös vaativaa. Klassisen virkamiesihanteen onkin muovauduttava.⁸⁵⁴ Aito huolenpito perus- ja ihmisoikeuksista vaatii mielikuvitusta, rohkeutta ja kriittisyyttä. Kunnissa on paljon työntekijää sitovia normeja, erilaisia sisäisiä ohjeita, kaavioita ja sääntöjä arjen työn avuksi, mutta ne eivät voi olla ristiriidassa lain kanssa. Vaaditaan siis rohkeutta käyttää harkintavaltaa.⁸⁵⁵ Helppoa vapaan ja villin virkamiehen elämä ei ole, koska roolit ovat valmiiksi ristiriitaiset: virkamies joutuu olemaan yhtä aikaa neuvottelija ja myöntäjä, valvoja ja tukija.⁸⁵⁶

⁸⁵³ Ks. katutason byrokratiasta esim. Keskitalo 2008: 121, 126.

⁸⁵⁴ Lehtimaja 1999: 899. Ks myös Mäkinen 2000: 113.

⁸⁵⁵ Wilhelmsson 2001:233.

⁸⁵⁶ Ks. ristiriitaisista rooleista esim. Tedre 1995.

Neljänneksi pitäisi selvittää myös instituutioiden toimivuutta uusissa tilanteissa. Tarvitaan paitsi rohkeita virkamiehiä, myös uusia rakenteita. Ei voida ajatella, että kaikki tämä hyvä valuu kansalaisille itsestään – ainakaan niille, joilla ei ole pystyviä ja jaksavia omaisia. Kun järjestelmiä muutetaan aktiivisuutta vaativaan suuntaan, pitää olla valmis myös panostamaan tukitoimiin, kuten palveluohjaukseen, virkailijoiden neuvontaan tai edunvalvojien kasvavaan kysyntään. Uudet tavat järjestää sosiaaliturvaa saattavat myös edellyttää uusia oikeusturvatakeita⁸⁵⁷.

Joka tapauksessa meidän pitäisi pitää huolta siitä, että heikoimpien ja hauraimpienkin oikeus sosiaaliturvaan tulee turvatuksi, olipa valittu väline sosiaalisten oikeuksien toteuttamiseksi mikä tahansa.

⁸⁵⁷ Ks. Kotkas 2009.

Lähteet

- Alavaikko, M. (2006). Valtakunnallisen sosiaalipolitiikan loppu – keskitetystä ohjauksesta *alueellisiin kehittämishankkeisiin*. Teoksessa P. Sulkunen & K. Rantala (Toim.). *Projektiyhteiskunnan kääntöpuolia*. Gaudeamus. 9–55.
- Conaghan, J. (1998). Tort Litigation in the Context of Intra-familial Abuse. *The Modern Law Review* 61: 2, 132–161.
- Eichenhofer, E. & Westerveld, M. (2005). Contractualism: A Legal Perspective. Els Sol. In M. Westerveld (eds.). *Contractualism in Employment Services. A New Form of Welfare State Governance*. The Hague: Kluwer Law International. 21–39.
- Eräsaari, L. (2006). New Public management on julkisen sektorin vääryyksien isä. Teoksessa T. Helne & M. Laatu (Toim.). *Vääryyskirja*. Helsinki: Kelan tutkimusosasto. 87–101.
- Hyyryläinen, E. (2004). *Sopimuksellisuus, talous ja johtaminen. New Public Management sopimusohjauksessa ja julkisten organisaatioiden sopimustenhallinnassa*. Tutkimuksia 256, Hallintotiede 31. Vaasa: Vaasan yliopisto.
- Johansson, S. (1993). A revolution of Free Choices –The Swedish Welfare State in Transition. Teoksessa L. Simonen (Toim.). *Hyvinvointivaltion murros ja hoivan uudelleen organisointi*. Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimus- ja kehittämiskeskityksen raportteja 94. Helsinki: Stakes. 10-31.
- Kalliomaa-Puha, L. (2007). *Vanhoille ja sairaille sopivaa? Omaishoitosopimus hoivan instrumenttina*. Sosiaali- ja terveysturvan tutkimuksia 90. Helsinki: Kela.
- Kalliomaa-Puha, L. (2009). Contracts as usual? Pros and cons of the new social sector contracts. *JFT* 3–4, 343–350.
- Kjellevoid, A. (1995). *Sosialhjelp på vilkår. Om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser*. Kobenhavn: Juridisk Forlag.
- Keskitalo, E. (2008). *Balancing Social Citizenship and New Paternalism. Finnish activation policy and street-level practice in a comparative perspective*. Research Report 177. Helsinki: STAKES.
- Koistinen, P. (2003). *Hoivan arvoitus*. Tampere: Vastapaino.
- Koskiaho, B. (2008). *Hyvinvointipalvelujen tavaratalossa*. Tampere: Vastapaino.
- Kotkas, T. (2009). Terveiden ja sosiaalisen turvallisuuden hallinnointi 2000-luvun Suomessa – menettelyllisen oikeudet ja aktiivinen kansalaisuus. *Lakimies* 2, 207–225.

- Lehtimaja, L. (1999). Eduskunnan oikeusasiamies perus- ja ihmisoikeuksien valvojana. *Lakimies* 6–7, 897–907.
- Länsineva, P. (1998). Harkitseva hallinto. Teoksessa P. van Aerschot, P. Ilveskivi & K. Piispanen (Toim.). *Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta*. Helsinki: Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos. 263–279.
- Mäenpää, O. (1989). *Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Mäkinen, E. (2000). *Maankäyttösopimus ja hyvä hallinto*. Tampere: Finnpu-blishers.
- Määttä, M. & Kalliomaa-Puha, L. (2006). Sopivaksi kasvattava yhteiskunta. Teoksessa K. Rantala & P. Sulkunen (Toim.). *Projektiyhteiskunnan kääntöpuolia*. Helsinki: Gaudeamus. 179–193.
- Määttä, M. (2007). *Yhteinen verkosto? Tutkimus nuorten syrjäytymistä ehkäisevistä poikkihallinnollisista ryhmistä*. Kuopio: Kuopion yliopisto Sosiaalityön ja sosiaalipedagogiikan laitos.
- Saarenheimo, M. & Pietilä, M. (2006). Omaishoito ja palvelujärjestelmä. Teoksessa U. Eloniemi-Sulkava, M. Saarenheimo, M-L. Laakkonen, M. Pietilä, N. Sacikko & K. Pitkälä (Toim.). *Omaishoito yhteistyönä. Iäkkäiden dementiaperheiden tukimallin vaikuttavuus*. Geriatrisen kuntoutuksen tutkimus ja kehittämishanke. Tutkimusraportti 14. Helsinki: Vanhustyön keskusliitto. 68–82.
- Sakslin, M. & Keskitalo, E. (2005). Contractualism in the Finnish activation policy. In Els sol- M. Westerveld (eds.). *Contractualism in Employment Services. A New Form of Welfare State Governance*. The Hague: Kluwer Law International. 359-382.
- Sulkunen, P. (2006). Projektiyhteiskunta ja uusi yhteiskuntasopimus. Teoksessa P. Sulkunen & K. Rantala. *Projektiyhteiskunnan kääntöpuolia*. Helsinki: Gaudeamus. 17–38.
- Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä (2009). Sosiaaliturvan uudistamiskomitean (SATA) ehdotukset sosiaaliturvan uudistamiseksi. 62.
- Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmämuistio (2002). Selvitys sosiaali- ja terveyspalveluiden ohjauksesta ja valvonnasta. Selvityshenkilön raportti. 8.
- Suviranta, O. (2005). Kustannusten korvaus hallinto-oikeudesta vai vahingonkorvausta kärjäoikeudesta? *Lakimies* 2, 195–213.
- Suviranta, O. (2006). Hoitotakuu ja viivästys terveyspalvelujen järjestämisessä. *Lakimies* 7–8, 1252–1264.

Sinko, P. (2004). *Laki ja lastensuojelu. Juridisoituvat käytännöt sosiaalityön arjessa ja asiantuntijuuden määrittelyssä*. Oppimateriaaleja 127. Helsinki: Palmenia-kustannus.

Tedre, S. (1995). Julkinen auttaja yksityisessä kodissa. Teoksessa L. Eräsaari, R. Julkunen & H. Silius (Toim.). *Naiset yksityisen ja julkisen rajalla*. Tampere: Vastapaino. 150–170.

Topo, P. (2009). Asiakkaana iäkkäille suunnatuissa palveluissa. Teoksessa M. Koivusalo & A. Alanko (Toim.). *Kansalaisesta kuluttajaksi. Markkinat ja muutos terveydenhuollossa*. Helsinki: Gaudeamus.

Tuori, K. & Kotkas, T. (2008). *Sosiaalioikeus*. WSOYpro.

Vihinen, H. & Kuokkanen, K. (2006). Sopimuksellisuus uutena politiikkatoimeina. Teoksessa I. Eisto, S. Palviainen, S. Pohjonen & H. Vihinen (Toim.). *Sopimuksellisuus maaseutupolitiikassa*. Maa- ja elintarviketalous 80. Helsinki: Maa- ja elintarviketalouden tutkimuskeskus MTT. 86–108.

Wilhelmsson, T. (1995). *Vakiosopimus. Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

Wilhelmsson, T. (2001). *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Helsinki: Kauppakaari 2001.

OFFENTLIG-OFFENTLIG SAMVERKAN

Tom Madell

1. Samverkan mellan upphandlande myndigheter

Samverkan mellan kommuner och landsting kan ske i flera former. Exempel på dessa är avtal, kommunalförbund, gemensamma nämnder och kommunala företag. EU-domstolens praxis har genom de senaste årens praxis⁸⁵⁸ gradvis förtydligat och utvidgat de upphandlande myndigheternas möjligheter att själva välja hur de vill organisera sin verksamhet. EU-domstolens praxis ligger väl i linje med de möjligheter en kommun i enlighet med såväl kommunallagens (1991:900) regler som Europarådets konvention om kommunal självstyrelse⁸⁵⁹ måste anses ha för att reglera sin verksamhet på ett så funktionellt sätt som möjligt – och eventuellt också artikel 14 i Funktionsfördraget.⁸⁶⁰

För att kunna utreda möjligheterna för olika typer av mellankommunal samverkan krävs dock inte bara en analys av gränsdragningen mot upphandlingsreglerna och de undantag som följer enligt dessa, det krävs även en analys av de gränser nationell lagstiftning sätter för en sådan samverkan.

EU-domstolen har i mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, utvecklat sitt resonemang rörande på vilket sätt offentliga myndigheter tillsammans kan välja att utöva viss verksamhet. I det aktuella målet hade fyra olika regioner (*Landkreise*) i Niedersachsen utan att detta föregåtts av en offentlig upphandling, ingått ett tjugoårigt avtal med Hamburgs stads renhållningstjänst avseende bortforsling av avfall för förbränning i avfallshanteringsanläggningen *Rugenberger Damm* – ett bolag med delvis privata ägare. Via Hamburg stad skulle de fyra *Landkreise* bidra ekonomiskt till driften av avfallsanläggningen. Det var dock endast Hamburg stad som hade ett avtal med avfallsförbränningsanläggningen.

⁸⁵⁸ Se t.ex. mål C-107/98, *Teckal*; mål C-26/03, *Stadt Halle and RPL Lochau*; mål C-231/03, *Coname*; mål C-458/03, *Parking Brixen*; mål C-532/03, *Kommissionen mot Irland*; mål C-29/04, *Kommissionen mot Österrike*; mål C-410/04, *ANAV*; mål C-340/04, *Carbotermo*; mål C-220/05, *Jean Aurox*; mål C-295/05, *Asemfo*; mål C-220/06, *Correos*; mål C-371/05, *Kommissionen mot Italien*; mål C-324/07, *Coditel Brabant*; mål C-573/07, *Sea*; mål C-91/08, *Wall*; samt mål C-17/09, *Kommissionen mot Tyskland*.

⁸⁵⁹ Se närmare http://www.coe.int/t/congress/default_en.asp.

⁸⁶⁰ Se närmare Steinicke, 2009: 260–273, samt Madell & Indén, 2010: 127 ff.

EU-domstolen uttalade att det inte förelåg någon skyldighet att genomföra en upphandling enligt upphandlingsdirektivets regler. Detta gjordes med hänvisning till bland annat att EU-rätten inte inbegriper någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift, i det aktuella fallet avfallshantering, fullgörs.⁸⁶¹ EU-domstolen har också klargjort att det inte uppstår en byggentreprenadssituation om myndigheten inte har ett direkt intresse av byggentreprenaden, ett villkor som inte är uppfyllt bara för att den upphandlande myndigheten använder sin befogenhet att utöva tillsyn avseende stadsplanering. Domstolen underströk att denna tillsyn avser ett allmänintresse.⁸⁶² Vidare har EU-domstolen framhållit att en myndighet ”har möjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation, och att den möjligheten även kan utövas i samarbete med andra myndigheter.”⁸⁶³

Domen i fallet *Kommissionen mot Tyskland* är emellertid svårtolkad och dess relation till de undantag som EU-domstolen slagit fast avseende Teckalkriterierna är inte heller helt klar, varför den också har gett upphov till en del reaktioner i doktrinen.⁸⁶⁴ Domen bör dock inte uppfattas som att EU-domstolen lättat på kraven för Teckalkriterierna och heller inte tas till intäkt för att mellankommunala kontrakt per automatik undantagits från upphandlingsdirektivets tillämpning.⁸⁶⁵ Även om formen för myndigheters samverkan inte är avgörande för upphandlingsdirektivet tillämpning, har det betydelse hur samarbetet utövas. Domstolen kan möjligen anses ha intagit ett funktionellt förhållningsätt för tillämpning av undantag från upphandlingsreglerna. EU-domstolen lägger bl.a. vikt vid kontraktets icke-kommersiella karaktär.⁸⁶⁶ Eftersom ingen vinst genererades ansågs kontraktet inte vara ett sådant som en privat aktör vanligtvis skulle vara intresserad av, utan snarare jämförligt med det särskilda förhållandet inom den kommunala förvaltningen. Kontraktet torde med andra ord sakna effekt avseende den fria konkurrensen och de fyra friheterna, varför heller ingen påverkan på konkurrensen skett.⁸⁶⁷

⁸⁶¹ Se mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*. Vad gäller fråga om akuta ambulanstransporter, se C-532/03, *Kommissionen mot Irland*.

⁸⁶² Se mål C-451/08, *Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*.

⁸⁶³ Mål C-215/09, *Mehiläinen Oy och Terveystalo Healthcare Oy mot Uleåborgs stad*.

⁸⁶⁴ Se bl.a. Kotsonis 2009: NA 212–216, samt Naundrup Olesen & Steinicke 2010: 80–87.

⁸⁶⁵ Se Pedersen & Olsson 2010: 33–45, samt Konkurrensverket 2009: 3.

⁸⁶⁶ Mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, 39–41.

⁸⁶⁷ Se Wiggen 2011: 281–306.

Vidare har anförts att det inte uttryckligen framgår om domstolen anser att avtalet mellan Hamburg stad och de fyra Landkreise är att anse som något annat än ett ömsesidigt förpliktande avtal av ekonomisk karaktär och därmed faller utanför upphandlingsdirektivets definition av ett offentligt kontrakt, men att en sådan utgångspunkt kan ligga bakom utfallet. Samtidigt använder domstolen flera argument som talar mot en sådan tolkning och framför allt: om domstolen velat slå fast att den här typen av överenskommelser är något annat än ett offentligt kontrakt så borde den också ha gett uttryck för det på ett tydligare sätt.⁸⁶⁸ Däremot tyder vissa formuleringar i domen på att domstolen ansett att det är fråga om en tjänst av allmänt intresse eller en så kallad *public service*.⁸⁶⁹ Domen kan därför möjligen, utan att det uttryckligen sägs och trots att Lissabonfördraget ännu inte trätt i kraft vid tidpunkten för domens avkunnande, bära ses mot bakgrund av artikel 14 i Funktionsfördraget samt protokoll 26. En utveckling i riktning mot att lägga vikt vid allmänintresset skulle nämligen ligga i linje med ändringarna i Funktionsfördraget, där den tidigare artikel 16 EG genom artikel 14 i Funktionsfördraget utvidgats till att inte bara ge uttryck för en värdering, utan ett direkt stöd för Parlamentet och Rådet att utfärda förordningar rörande tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Andra författare⁸⁷⁰ har konstaterat att domstolens avgörande i *Kommissionen mot Tyskland* inte helt passar in i den systematik som domstolen byggt upp genom sina tidigare avgöranden, men att domstolen genom avgörandet tagit ytterligare ett steg vad gäller möjligheterna att göra undantag från upphandlingsreglerna. Domstolens uttalade att ett avtal som sluts mellan offentliga myndigheter och som avser dessa myndigheters skyldigheter att tillhandahålla offentliga tjänster inte är underkastade reglerna om offentlig upphandling kan tyda på det. Trots att domstolen hänvisar till flera olika argument anser han att domstolen i sina slutsatser fokuserar på i huvudsak två omständigheter. För det första att det rör sig om ett tillvaratagande av ett allmänintresse och för det andra att förfarandet sker utan inblandning av privata parter. Domstolen preciserar dock inte vad som ingår i allmänintresset och om detta är identiskt med tjänster av allmänt intresse eller vilken betydelse som bör läggas vid den EU-rättsliga reglering som gäller avfallshandling. Vidare är de hänvisningar som görs till offentliga myndigheters möj-

⁸⁶⁸ Se Naundrup Olesen 2011: 247–258.

⁸⁶⁹ Se mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 47 jämförd med p. 37.

⁸⁷⁰ Se Michael Steinicke, In house-kontrakter eller administrative aftaler, i: Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.) 2011: 259–280.

ligheter att organisera sin verksamhet relativt svepande och inte helt klagörande. Vidare förs ett resonemang om avtalets karaktär. Inte heller av detta resonemang går det dock att dra några säkra slutsatser – i vart fall inte att den här typen av överenskommelser skulle kunna klassificeras som ”administrativa avtal” som *per se* skulle vara undantagna från upphandlingsreglerna.

Oavsett vilken tolkning av domen som är den rätta uppstår emellertid en paradox, avfallshantering ska upphandlas och ett antal kommuner kan tillsammans äga ett bolag som inom ramen för en avfallsförbränningsstation tar hand om deras sopor utan att en upphandling behöver göras. Om emellertid bolaget också i en omfattning som inte är helt marginell hanterar sopor från andra kommuner än ägarkommunerna kan det eventuellt vara så att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt och att ägarkommunerna därför måste genomföra en offentlig upphandling. Om å andra sidan en kommun äger en avfallsförbränningsstation skulle det utifrån den aktuella domen vara möjligt för andra kommuner att utan föregående upphandling vända sig till kommunen för att sluta ett icke-kommersiellt avtal om att de skulle få leverera sina sopor till en viss avfallsförbränningsstation – låt vara att Teckalkriterierna skulle kunna medföra att ägarkommunen måste upphandla tjänsten från sitt eget bolag. Ekvationen är med andra ord inte helt logisk, men domen skulle kunna leda till att upphandlande myndigheter ur ett EU-rättsligt perspektiv fått en tydligare möjlighet att samarbeta inom ramen för ett offentligt-offentligt samarbete.

2. Nationella begränsningar i möjligheten till offentlig-offentlig samverkan

2.1. Kommunalförbund

Enligt 3 kap. 20 § kommunallagen får kommuner och landsting få bilda kommunalförbund och lämna över vården av kommunala angelägenheter till sådana förbund. Kommunallagen gäller i tillämpliga delar även för kommunalförbund. Motsvarande gäller när ett kommunalförbund har hand om en angelägenhet som regleras i en särskild författning. I ett kommunalförbund ska det som beslutande församling finnas förbundsfullmäktige eller en förbundsledning.

Enligt 2 kap. 19 § LOU avses med upphandlande myndighet statliga och kommunala myndigheter. I förarbetena till LOU⁸⁷¹ anförs avseende offentlig upphandling och kommunal samverkan i offentlig form beträffande kommunalförbund att även

⁸⁷¹ Se prop. 2009/10: 134: 50.

om ett kommunalförbund är en i förhållande till sina medlemmar fristående juridisk person föreligger ingen skyldighet för medlemskommunerna eller medlemslandstingen att upphandla överlämnandet. För de fall ett kommunalförbund övertar uppgifter från sina medlemskommuner eller medlemslandsting övertar dessa även huvudmannaskapet för uppgifterna. Eftersom det i dessa fall inte sker någon anskaffning av varor eller tjänster föreligger heller inte något offentligt kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Överlämnande av uppgifter till kommunalförbund utgör därför ett legitimt exempel på offentlig-offentlig samverkan, där det inte föreligger någon upphandlingsskyldighet enligt LOU.

För det fall medlemmarna – dvs. de kommuner eller landsting som lämnat över de aktuella uppgifterna – anskaffar varor eller tjänster m.m. från kommunalförbundet torde det å andra sidan bli fråga om ett kontrakt som förutsätter en upphandlingsskyldighet, eftersom kommunförbundet är en i förhållande till medlemmarna fristående juridisk person. Här kan emellertid Teckal-undantagen komma in och medge undantag från upphandlingsskyldigheten, förutsatt att kontroll- och verksamhetsrekvisiten är uppfyllda – men då är vi också inne på en helt annan situation än den som avhandlas i *Kommissionen mot Tyskland*.

2.2. Gemensamma nämnder

Som ett annat exempel på mellankommunal samverkan kan nämnas kommuners och landstings möjligheter att inrätta gemensamma nämnder för att tillvarata kommunala uppgifter. Gemensamma nämnder regleras primärt av lagen (2003:192) om gemensam nämnd inom vård- och omsorgsområdet och sådana nämnder återfinns inom de flesta av de verksamhetsområden som räknas upp i lagen. Landstinget och kommunen eller kommunerna får endast samverka enligt lagen om uppgifter från såväl landstinget som kommunen eller kommunerna ingår i den gemensamma nämndens ansvarsområde.

Enligt 6 kap. 9 § kommunallagen väljs ledamöter och ersättare i en gemensam nämnd av fullmäktige i de samverkande kommunerna och landstingen. Var och en av de samverkande kommunerna och landstingen skall vara representerade i den gemensamma nämnden med minst en ledamot och en ersättare. Fullmäktige ska enligt 6 kap. 32 § kommunallagen utfärda reglementen med närmare föreskrifter om nämndernas verksamhet och arbetsformer. Reglementet för en gemensam nämnd skall antas av fullmäktige i var och en av de samverkande kommunerna eller landstingen. Budgeten för en gemensam nämnd upprättas av den kommun eller det landsting som har tillsatt nämnden, men upprättas efter samråd med de övriga samverkande kommunerna och landstingen.

På samma sätt som vad gäller kommunalförbund utgör gemensamma nämnder ett legitimt offentligrättsligt exempel på offentlig-offentlig samverkan, där det inte föreligger någon upphandlingskyldighet enligt LOU.

2.3. *Annan mellankommunal samverkan*

Det kommunala intresset och lokaliseringsprincipen

För att en kommun med stöd av den allmänna kommunala kompetensen, såsom den kommer till uttryck i 2 kap. 1 § kommunallagen ska få engagera sig på ett visst område eller i viss verksamhet fordras att det aktuella engagemanget kan uppbäras av ett allmänt kommunalt intresse.⁸⁷² Lokaliseringsprincipen innebär att en kommun som utgångspunkt endast får engagera sig i verksamhet som har anknytning till kommunen eller dess medlemmar. Det är följaktligen inte nödvändigt att den verksamhet en kommun vill främja bedrivs inom kommunens gränser – det avgörande är istället om själva intresset är knutet till kommunen.⁸⁷³ I andra fall än då ett kommunalt engagemang utanför den egna kommunen kan anses gynna de egna kommunmedlemmarna krävs lagstöd för att undantag från lokaliseringsprincipen ska kunna aktualiseras. Bestämmelsen har också betydelse för i vilken utsträckning kommuner eller landsting kan samverka med varandra om tillhandahållandet av olika uppgifter på annat sätt än genom kommunalförbund.

Det faktum att lokaliseringsprincipen innebär att en kommunal angelägenhet ska vara knuten till kommunen eller dess medlemmar utesluter därför inte att ett kommunalt engagemang utanför den egna kommunens gränser kan anses vara kompetensligt – men endast under förutsättning att engagemanget syftar till att tjäna den egna kommunen.⁸⁷⁴ Om ett kommunalt engagemang utanför den egna kommunen direkt eller indirekt kan förväntas gynna de egna medlemmarna kan kraven enligt lokaliseringsprincipen anses vara uppfyllda.⁸⁷⁵

Vidare har det i såväl doktrinen som förarbeten anförts att lokaliseringsprincipen hindrar kommuner och landsting, och deras företag, att konkurrera med sin verk-

⁸⁷² Se t.ex. Lindquist & Losman 2008: 19 f.

⁸⁷³ Se Bohlin 2011: 93.

⁸⁷⁴ Se t.ex. prop. 1990/91:117: 148 f.

⁸⁷⁵ Se RÅ 1968 K 728.

samhet utanför den egna kommunen och att sälja sina tjänster som entreprenör till andra kommuner och landsting.⁸⁷⁶

Hur lokaliseringsprincipen ska tolkas torde däremot vara något osäkert, inte minst om man studerar hur den har kommit tolkas i många förarbeten till kommunalrättsliga regleringar. I prop. 2000/01:84 uttalas att de kommunala busstrafikföretagen – av hänsyn till den kommunalrättsliga lokaliseringsprincipen – var förhindrade att erbjuda sina tjänster utanför det egna geografiska området.⁸⁷⁷ I fråga om kommunal busstrafik har det därför ansetts vara behövligt med en särskild lagstiftning, lag (2009: 47) om vissa kommunala befogenheter, som tagit sikte på att skapa förutsättningar för kommunala aktörer att bedriva trafikverksamhet också utanför det egna geografiska området – främst för att kunna hantera de effekter som kan uppkomma då kommunala busstrafikföretag inte tilldelas kontrakt inom det egna området – dvs. då det skapas en överskotts kapacitet inom den kommunala busstrafikverksamheten.

Också av SOU 2007: 72 följer att utgångspunkten är att kommunerna har att hålla sig inom de ramar som medges enligt lokaliseringsprincipen – och att principen endast får frångås om det finns lagstöd för det. I vissa fall har lagstadgade undantag tillkommit till följd av kommuners faktiska handlande som vid en laglighetsprövning i förvaltningsdomstol visat sig vara ett överskridande av den kommunala kompetensen, men där ett kommunalt engagemang bedömts önskvärt av lagstiftaren.⁸⁷⁸

Det har däremot i förarbetena också indikerats att lokaliseringsprincipen inte hindrar en kommun från att engagera sig på en annan kommuns område om engagemanget tar sikte på att avsätta tillfällig överskotts kapacitet, vilket i andra sammanhang har ansetts rymmas inom den kommunala kompetensen. I SOU 1999: 118 anförs att det i rättspraxis har godtagits att undantag från lokaliseringsprincipen skett på så sätt att kommuner och landsting får sälja tillfällig överskotts kapacitet på marknaden.⁸⁷⁹ Exakt vilken rättspraxis som avses är dock oklart och likaså hur man egentligen ska tolka uttalandet – avser hänvisningen till lokaliseringsprincipen det faktum att en kommun inte ska inlåta sig på områden som an-

⁸⁷⁶ Se t.ex. Kommunallagen – Kommentarer och praxis, Sveriges kommuner och landsting, 2006, s. 59 och Se SOU 2007:72, s. 71 f.

⁸⁷⁷ Prop. 2000/01: 84, s. 6 f.

⁸⁷⁸ Se SOU 2007: 72, s. 86.

⁸⁷⁹ Se SOU 1999: 118, s. 17 f.

kommer på annan att svara för, såsom det egentliga näringslivet, eller avser det lokaliseringens geografiska dimension?

Ifråga om praxis rörande lokaliseringens innebörd kan nämnas att kommunala engagemang i flygplatser utanför den egna kommunen har ansetts vara kompetensliga med hänvisning till att det varit till nytta för den egna kommunen i form av dess medlemmar.⁸⁸⁰ I RÅ 1977 ref. 77 befanns inte lokaliseringens principen ha hindrat en kommun från att engagera sig i anläggandet av en väg inom en annan kommuns geografiska område. För att ett sådant engagemang ska kunna accepteras fordras det emellertid att den påstådda nyttan av engagemanget är tillräckligt tydlig.⁸⁸¹ Lokaliseringens principen hindrar inte heller att kommuner i vissa fall engagerar sig utomlands – flera kommuner har tidigare varit oförhindrade att engagera sig i utrikes färjeförbindelser.⁸⁸²

I sammanhanget ska också RÅ 2003 ref. 98 nämnas. Rätten hade i ärendet att ta ställning till lagligheten i ett kommunalt beslut att uppdra åt brandchefen i en kommun att lämna anbud i en upphandling av ambulanstransporter som Region Skåne genomförde. Klagande hävdade att det inte var en angelägenhet för kommunen att bedriva den aktuella typen av verksamhet då den riktade sig till andra än kommunmedlemmarna, samtidigt som det dessutom rörde sig om en uppgift som landstinget hade att svara för enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), varför uppgiften ankom på annan än kommunen. Kommunen å sin sida anförde att det var vanligt att kommunerna bedrev den aktuella typen av verksamhet, varför man kunde tala om en kommunal sedvana. Därtill motiverades verksamheten med att den skapade stabilitet och gav möjlighet till samordning mellan den kommunala räddningstjänsten och det landstingskommunala ansvaret för ambulansverksamheten. Kommunen motiverade dessutom beslutet med att det avsåg verksamhet inom ett angränsande geografiskt område.

Då Högsta Förvaltningsdomstolen hade att bedöma frågan behandlades lokaliseringens principen inte explicit. Däremot uttalade man att det enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) var en uppgift för landstinget att ansvara för ambulanstransporter. För att en kommun via avtalsvägen skulle kunna ta på sig de aktuella uppgifterna fordrades därför att de grundläggande villkoren i 2 kap. 1 § kommunallagen var uppfyllda. Att bibehålla eller tillskapa organ för att kunna delta i en

⁸⁸⁰ Se RÅ 1970 C 400 och RÅ 1974 A 2082.

⁸⁸¹ Se Kammarrättens i Sundsvall avgörande 2007-04-20, mål nr 1190-06.

⁸⁸² Se RÅ 1960 I 187 respektive RÅ 1979 Ab 12.

upphandling av tjänster för vilka landstinget svarade utgjorde enligt domstolen däremot inte en sådan angelägenhet av allmänt intresse som kommunen hade att engagera sig i. Följaktligen fann rätten att kommunen hade agerat utanför ramarna för dess kompetens.

Domen fick till följd att lagstiftaren ansåg det vara nödvändigt att utvidga den kommunala kompetensen på området genom att särskilt reglera den aktuella verksamheten. Numera kan därför en kommun med stöd av 3 kap. 2 § lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter engagera sig i uppdragsverksamhet avseende ambulanstransporter.

Det ska observeras att den praxis som vanligtvis anförs som stöd för att en kommun ska få engagera sig utanför dess egna geografiska område på ett tydligt sätt visar att engagemanget ska uppbäras av de egna kommunmedlemmarnas intresse eller av skäl som kan hänföras till att man vill skapa bättre förutsättningar för framför allt det lokala näringslivet, såsom genom tillskapandet av hotellrum eller kommunikationer.⁸⁸³ Inte utifrån något av de avgöranden som anförts ovan kan man heller sluta sig till att den egna kommunens intresse av att söka avsättning för tjänster som producerats i egen regi skulle vara ett tillräckligt skäl för att anse kraven enligt lokaliseringsprincipen vara uppfyllda. Bestämmelsen om allmänintresset och lokaliseringsprincipen begränsar därför i viss utsträckning möjligheterna till mellankommunal samverkan såvida den inte är nödvändig för att tillgodo de egna kommunmedlemmarnas intressen.

Det är dock inte entydigt fastslaget i praxis att en kommun inte får engagera sig i viss verksamhet enbart på den grunden att verksamheten riktar sig till andra än kommunmedlemmarna och trots att verksamheten som sådan inte syftar till att tillgodose kommunmedlemmarnas intresse – några av de avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen som rör den kommunala kompetensen att avsätta överskottskapacitet på den öppna marknaden indikerar nämligen något annat.

2.4. Kommunal näringsverksamhet och avsättning av överskottskapacitet

Även om viss kommunal verksamhet uppfyller de krav som följer av 2 kap. 1 § kommunallagen är det inte säkert att verksamheten ryms inom den kommunala kompetensen. Då en kommun har för avsikt att engagera sig i någon form av näringsverksamhet enligt den allmänna kommunala kompetensen tillkommer ytterligare ”trösklar”, utöver regleringen i 2 kap. 1 § kommunallagen, som en kommun

⁸⁸³ Jfr Lindquist, Kommunala befogenheter 2011: 89.

måste ta sig över för att engagemanget ska anses vara kompetensenligt, vilket följer av 2 kap. 7 § kommunallagen. Med stöd av den aktuella bestämmelsen kan kommunerna engagera sig i vad som normalt betecknas som sedvanlig kommunal affärsverksamhet. Den kommunalrättsliga utgångspunkten är däremot att kommunerna inte utan särskilda skäl får engagera sig på vad som vanligtvis betecknas det egentliga näringslivets område.⁸⁸⁴ Det egentliga näringslivet karaktäriseras av att det främst ägnar sig åt service- och varuproduktion samt tillhörande verksamheter såsom distribution och marknadsföring.

Trots att sedvanlig kommunal affärsverksamhet kan utgöras av helt skilda engagemang kan något av en gemensam nämnare återfinnas i det faktum att tyngdpunkten oftast ligger i att tillhandahålla kollektiva anläggningar eller anordningar.⁸⁸⁵ Då en kommun inte endast tillhandahåller en anläggning eller en anordning rör det sig mestadels om tillhandahållande av en nytting i form av en tjänst. Normalt torde också själva tillhandahållandet av anläggningen eller anordningen i ett sådant fall vara överordnat tillhandahållandet av den aktuella tjänsten.

Det faktum att det av kommunallagen endast följer att kommunerna får engagera sig i sedvanlig kommunal affärsverksamhet innebär dock inte att alla andra typer av näringsverksamhet ligger utanför den kommunala kompetensen – i praxis har det nämligen utvecklats vissa, om än begränsade, möjligheter för kommunerna att engagera sig på det egentliga näringslivets område trots att det normalt är ett område som är förbehållet det privata näringslivet. Den i sammanhanget mest relevanta möjligheten till undantag från det principiella förbudet för kommuner att engagera sig på det egentliga näringslivets område följer av att det kan vara tillåtet för en kommun att avsätta viss överskottskapacitet på den öppna marknaden.

Att kommuner under vissa villkor är oförhindrade att engagera sig på det egentliga näringslivets område med hänvisning till att det rör sig om just avsättning av överskottskapacitet har bekräftats i förvaltningsdomstolarnas praxis. Det kan därför vara förenligt med den kommunala kompetensen att erbjuda sina varor eller tjänster på den öppna marknaden i syfte att undvika kapitalförstöring under en övergångsperiod vid tillfällig överkapacitet och i mindre omfattning.⁸⁸⁶ Exakt hur denna möjlighet ska tolkas är oklart – det ges mycket liten vägledning i både förarbeten, praxis och doktrin.

⁸⁸⁴ Se prop. 1990/91: 117, s. 33 och s. 151 f.

⁸⁸⁵ Se Lindquist 2011: 367.

⁸⁸⁶ Se särskilt Lindquist 2011: 265.

I SOU 1999: 118 anges att ”kommuner och landsting får sälja *tillfällig överskottskapacitet* på marknaden. Det finns emellertid ingen generell giltig måttstock vare sig för vad som är att betrakta som ’tillfälligt’ eller vad som är ’överskott’. I kravet på tillfällighet ligger dock förutsättningen att kommunal verksamhet inte får permanent överdimensioneras i syfte att skapa utrymme att sälja ett överskott av tjänster till andra. En verksamhet får således inte permanent göra sig beroende av intäkter från externa kunder.”⁸⁸⁷

I samma utredning anförs att denna möjlighet att avsätta överskottskapacitet inte begränsas av lokaliseringsprincipen.⁸⁸⁸ Något stöd för denna tes återfinns dock inte i utredningen, även om det som nämnts kan finnas ett visst stöd för ett sådant påstående i praxis; om än inte explicit uttalat. Möjligheten avsätta överskottskapacitet på den öppna marknaden kan med utgångspunkt från uttalandet i SOU 1999: 118 således med en välvillig tolkning förstås som dels ett undantag från den generella huvudregeln om att kommunerna inte ska engagera sig på det egentliga näringslivets område, dels att den sätter lokaliseringsprincipen ur spel.

Ett grundläggande krav för att en kommun ska vara kompetent att avsätta viss överskottskapacitet är att överskottskapaciteten är tillfällig.⁸⁸⁹ Om en kommun därför gör sig beroende av externa kunder anses överskottskapaciteten inte längre vara tillfällig, varför det också faller utanför den kommunala kompetensen att avsätta den på marknaden. Bakgrunden till denna kommunalrättsliga utgångspunkt går att finna i det faktum att kommunerna ska dimensionera sina resurser så att de kan producera de tjänster, och i undantagsfall varor, som de egna kommunmedlemmarna är i behov av.⁸⁹⁰

I RÅ 1950 ref. 22 hade rätten att ta ställning till om ett kommunalt beslut att uppföra en större tvätterianläggning som var avsedd både för inlämningstvätt och för så kallad självtvätt var kompetensenligt. Klaganden anförde att det i kommunen inte fanns något behov av den aktuella anläggningen och att den skulle komma att fungera som ett centraltvätteri för en större region än bara den aktuella kommunen. Kommunen å sin sida medgav att anläggningen var överdimensionerad i förhållande till det då rådande behovet, men att anläggningens storlek var motiverad med hänvisning till den förväntade befolkningstillväxten i kommunen. I avvaktan på att anläggningen skulle bli rätt dimensionerad i förhållande till befolkningsutvecklingen skulle tvätteriet inte endast ta emot tvätt från den egna kommunen

⁸⁸⁷ SOU 1999: 118, s. 17 f.

⁸⁸⁸ SOU 1999:118, s. 21.

⁸⁸⁹ Se Bohlin 2011: 107.

⁸⁹⁰ Se prop. 1995/96: 167.

utan också från andra aktörer, främst från landstinget. Både länsstyrelsen och Högsta förvaltningsdomstolen lämnade besväret utan bifall; varför det aktuella beslutet inte ansågs strida mot den kommunala kompetensen. Även om frågan om lokaliseringsprincipens tillämpning inte explicit var föremål för prövning innebär utgången av målet att rätten accepterade ett fränsteg från lokaliseringsprincipens krav i och med att det ansågs vara tillåtet att sälja tjänster till bl.a. landstinget.

Ytterligare ett ärende som rört överskottskapacitet i samband med kommunala tvätterier är RÅ 1993 ref. 12. Målet gällde ett landstingskommunalt beslut att godkänna ett avtal mellan det av landstinget ägda tvätteriet och Saab-Scania AB. Det kommunala beslutet överklagades med hänvisning till att det innebar att landstinget därigenom gjorde sig skyldig till ett otillåtet intrång på de privata tvätteriföretagens område.

Kammarrätten ansåg emellertid att det kommunala beslutet var kompetensenligt dels utifrån att den aktuella verksamheten till övervägande del var inriktad på att tillgodose det egna landstingets och grannlandstingets behov, dels med hänvisning till att beslutet endast innebar att en liten del av tvätteriets verksamhet riktades till andra än det egna landstinget. Omfattningen av det aktuella avtalet motsvarade ca 1,5 procent av tvätteriets produktion och den totala andelen verksamhet som riktades till externa kunder svarade för 15,8 procent av tvätteriets sammanlagda omsättning. Kammarrätten uttalade också att tvätteriverksamhet var en etablerad landstingskommunal verksamhet och att det därför var i det närmaste naturligt att landstinget också i mindre utsträckning konkurrerade med privata aktörer i samband med tillfällig överskottskapacitet, i syfte att undvika onödig kapitalförstöring. Kammarrätten ansåg det inte heller visat att avtalet skulle innebära någon beaktansvärd affärsrisk eller stå i strid med de krav som följde av lokaliseringsprincipen. Högsta förvaltningsdomstolen gjorde ingen ändring av kammarrättens dom.

Det ska observeras att den verksamhet som landstingskommunen enligt referatet bedrev inte endast syftade till att tillgodose dess egna behov, utan att verksamheten dessutom tillgodosåg grannlandstingets behov. Den verksamhet som bedrevs för att tillgodose ett annat landstings behov var dock inte föremål för prövning i det aktuella ärendet. I sammanhanget finns också anledning att särskilt beakta att det av domstolens referat inte framgår om det beslut som förelåg till prövning avsåg verksamhet som riktades till en kund som vars verksamhet var belägen utanför det aktuella landstingets geografiska gränser. Frågan om landstinget agerat i strid med lokaliseringsprincipen aktualiseras inte heller. Däremot uttalar kammarrätten att det inte visats att lokaliseringsprincipen trätts för när. Det är således inte otroligt att avgörandet ska tolkas som att det kan vara tillåtet att avsätta tillfällig över-

skottskapacitet på den öppna marknaden oavsett om det sker utanför den egna kommunens gränser.

De frånsteg från den allmänna utgångspunkten att kommuner inte ska engagera sig på det egentliga näringslivets område som utvecklats i praxis, såsom möjligheten att kunna avsätta överskottskapacitet på den öppna marknaden, har inte sällan motiverats av praktiska skäl, t.ex. att det förelegat tvingande och konkreta behov av kommunala insatser. I några fall är det också historiska tillfälligheter som påverkat utvecklingen. Teoretiska och rättsliga överväganden har däremot spelat en mindre roll i samband med att den kommunala kompetensen avseende sedvanlig kommunal affärsverksamhet utvecklats.⁸⁹¹

Vare sig av de förarbeten som ligger till grund för dagens reglering eller den praxis genom vilken den kommunala kompetensen utvecklats framgår det att möjligheten att skapa stordriftsfördelar skulle vara en giltig grund för att bedriva kommunal verksamhet i konkurrens med privata aktörer. Att man kan skapa stordriftsfördelar i den kommunala verksamheten genom att erbjuda sina tjänster utanför den egna kommunens område torde därför inte nämnvärt påverka bedömningen om en verksamhet ska anses vara kompetensenlig eller inte.⁸⁹²

2.5. *Kommunala bolag och offentlig upphandling*

Det finns enligt kommunallagen en möjlighet för kommuner att lämna över en kommunal angelägenhet till ett kommunalt bolag. Kommuner och landsting får enligt 3 kap. 16 § kommunallagen efter beslut av fullmäktige lämna över vården av en kommunal angelägenhet, för vars handhavande särskild ordning inte föreskrivits, till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ.

Av 3 kap. 17 § kommunallagen följer att om en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, skall fullmäktige fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, utse samtliga styrelseledamöter samt se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.

Som nämndes inledningsvis har EU-domstolens praxis gradvis luckrat upp de strikta regler som följer av upphandlingsdirektiven nämns de undantag från upp-

⁸⁹¹ Se SOU 1971: 84, s. 119.

⁸⁹² Jfr RÅ 1977 ref. 77.

handlingsskyldigheten som följer av de så kallade Teckal-kriterierna. Förutsättningarna för att en myndighet ska kunna dra nytta av det aktuella undantaget är dels att den upphandlande myndigheten har kontroll över det aktuella företaget, motsvarande en sådan kontroll som den har över den egna verksamheten – vilket är ett uttryck för det så kallade kontrollrekvisitet – dels att leverantören utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheterna – vilket är ett uttryck för det så kallade verksamhetsrekvisitet.

EU-domstolen har också i mål C-26/03, *Stadt Halle* konstaterat att det aldrig kan röra sig om en verksamhet i egen regi om en leverantör till viss del är privatägd, oavsett om den upphandlande myndigheten äger den allra största delen. Av *Stadt Halle* följer vidare att ”[e]n offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation. I ett sådant fall kan det inte vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling skall då inte tillämpas.”⁸⁹³ Det centrala är härvid att kontroll- och verksamhetsrekvisiten är uppfyllda.

Samtidigt fann Högsta Förvaltningsdomstolen i RÅ 2008 ref. 26, *SYSAV*,⁸⁹⁴ att det undantag från kravet på offentlig upphandling som EU-domstolen medgett enligt *Teckal* inte har varit möjlig att tillämpa i Sverige utan uttryckligt lagstöd. Numera har det därför införts ett uttryckligt undantag i 2 kap. 10 a § LOU som innebär att Teckal-kriterierna också är tillämpliga vid upphandlingar som görs i Sverige. Den aktuella bestämmelsen är i avvaktan på pågående utredningsarbete tillfällig och gäller fram till den 1 januari 2013.

I SOU 2011:43 föreslås att undantaget ska fortsätta gälla även efter 2013. För att säkerställa att kontrollrekvisitet uppfylls föreslås även att 3 kap. 17 § kommunalagen ändras så att en kommun blir skyldig att se till att det fastställda kommunala ändamålet liksom de kommunala befogenheter som utgör ramen för verksamheten i fråga anges i bolagsordningen för ett kommunalt bolag. Vidare ska kommunen eller landstinget se till att fullmäktige enligt föreskrift i bolagsordningen får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Dessutom föreslås ändringar i 6 kap. 1 a § kom-

⁸⁹³ Se mål C-26/03, *Stadt Halle* and RPL Lochau, p. 48.

⁸⁹⁴ *SYSAV* eller Sydskaånes avfallsaktiebolag ägs av 14 kommuner i södra Skåne och bedriver avfallshantering och återvinning i regionen.

munallagen som innebär en årlig kontroll av kommunstyrelsen om den verksamhet som bedrivits av företaget har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. I förslaget ligger även en skyldighet för fullmäktige att vid avvikelse vidta nödvändiga åtgärder.

2.6. Mellankommunal samverkan eller kommunala bolag

Ett nyligen avgjort fall sätter fingret på hur gränsdragningen kan göras mellan mellankommunal samverkan och relationen till kommunala bolag och när offentlig upphandling ska göras.⁸⁹⁵

Vårljus är ett kommunalt bolag som ägs och kontrolleras gemensamt av Nynäshamns kommun tillsammans med 24 andra kommuner. I det aktuella fallet hade Nynäshamns kommun utan formellt upphandlingsförfarande enligt LOU tecknat ramavtal med Vårljus som innebar att Vårljus mot ersättning skulle tillhandahålla kommunen boendeplatser för ensamkommande flyktingbarn. Kammarrätten konstaterar att det avtal som ingåtts mellan kommunen och Vårljus ett kontrakt enligt definitionen i 2 kap. 10 § LOU. I 15 kap. LOU och i till kapitlet hänvisade bestämmelser finns inte något undantag från lagens tillämpningsområde vad avser upphandling från en fristående juridisk person som är ett kommunalt bolag avseende anskaffandet av tjänster av aktuellt slag till en delägande kommun. Till skillnad från vad kommunen anfört föreligger därför inte något undantag från skyldigheten att upphandla tjänsterna enligt 15 kap. LOU på den grunden att det skulle vara fråga om offentlig samverkan avseende allmännyttiga tjänster. Därtill kommer att även om upphandlingen inte skulle omfattas av direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG), så ska de gemenskapsrättsliga principerna iakttas vid upphandlingen.

Domen klargör tydligt att det rör sig om två olika situationer och att man inom ramen för en upphandlingssituation inte kan räkna med att kunna åberopa *Kommissionen mot Tyskland* som ett undantag från de procedurregler som följer av LOU och LUF, oavsett den till sin karaktär kan anses vara allmännyttig eller inte.

3. Vilka gränser finns för offentlig-offentlig samverkan?

EU-domstolen har i mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, slagit fast att offentliga myndigheter tillsammans kan välja att utöva viss verksamhet utan att

⁸⁹⁵ Se Kammarrättens i Stockholm dom 2011-11-08 (mål nr 7089-10).

det uppkommer en situation som medför att samarbetet behöver föregås av en offentlig upphandling. Det är samtidigt av central betydelse att på nationell nivå bedöma vilka samarbeten som kan komma ifråga. Man kan inte endast med hänvisning till att ett visst avtal mellan två landsting eller två kommuner utgör en form av samverkan kunna sätta de krav som följer av kommunallagens regler åt sidan. Som nämnts är utgångspunkten att lokaliseringsprincipen endast kan frångås om det följer av lag.

Kommuner och landsting har redan i dag möjlighet att med stöd av speciallagstiftning bedriva uppdragsverksamhet åt andra kommuner och landsting inom vissa verksamhetsområden, samt samverka i olika former – kommunalförbund och gemensamma nämnder utgör tydliga exempel. Samverkan kan ske i olika syften och för att möta olika behov. Inom ramen för kommunal samverkan har kommuner och landsting följaktligen goda möjligheter att gemensamt bedriva verksamheter utan att lokaliseringsprincipen överträds. Bestämmelserna om kommunalförbund i 3 kap. kommunallagen gäller för i princip alla kommunala verksamhetsområden. Något undantag för konkurrensutsatt verksamhet finns inte.⁸⁹⁶

Dessutom kan kommuner och landsting enligt 2 kap. 10 a § LOU även samverka i kommunala företag inom i princip alla kommunala verksamhetsområden om det inte är särskilt föreskrivet att angelägenheten ska handhas av kommunen eller landstinget i egen regi.⁸⁹⁷

Kompetensligheten av samverkan i avtalsform ska emellertid bedömas utifrån den allmänna kompetensregeln i 2 kap. 1 § kommunallagen, det vill säga utifrån de krav som följer av lokaliseringsprincipen. En kommun får därför inte vidta åtgärder uteslutande eller väsentligen i en annan kommuns intresse. Det ska finnas ett ömsesidigt kommunalt intresse av samarbetet och varje kommuns deltagande ska stå i rimlig proportion till det egna kommunala intresset.⁸⁹⁸ Som utgångspunkt finns därför inget som hindrar att två kommuner samverkar genom ett mellankommunalt avtal om de villkor som följer av lokaliseringsprincipen är uppfyllda; det vill säga då de båda kommunerna har ett legitimt intresse i samarbetet.

Respektive kommun som omfattas av ett mellankommunalt avtal måste följaktligen kunna spåra ett kommunalt intresse till sitt åtagande. Endast det faktum att en kommun har intresse av att utnyttja sina resurser på ett för kommunen optimalt

⁸⁹⁶ Se prop. 2000/01: 84, s. 13.

⁸⁹⁷ Se även prop. 2000/01:84, s. 14

⁸⁹⁸ Se SOU 2007: 72, s. 73.

sätt torde dock inte medföra att avtalet är ömsesidigt i den meningen att man kan tala om ett tillåtet samverkansavtal.

Det kan finnas skäl att nämna vad JO uttalat ifråga om kommunal samverkan rörande handläggning av djurskyddsärenden.⁸⁹⁹ JO yttrade sig över det faktum att Vellinge kommun genom ett avtal med Trelleborgs kommun lät en i Trelleborg anställd djurskyddsinspektör utöva tillsyn, och då också fatta beslut, i Vellinge kommuns namn. JO uttalade att den verksamhet som en kommun bedriver ska vara av ett allmänt kommunalt intresse och anknyta till kommunens område eller till dess medlemmar; och att undantag från denna huvudregel endast kan medges om det föreskrivs i lag. Något lagstöd för att frånga lokaliseringsprincipens krav fanns inte i det aktuella ärendet. Således saknades det också möjlighet för en kommun att genom avtal anlita en annan kommun för att ombesörja de aktuella aktiviteterna, även om uppgifterna ifråga inte avsåg myndighetsutövning.

Den övervägande delen av de mål och de förarbetsuttalanden som redovisas ovan talar för att man inte kan anse lokaliseringsprincipens krav vara uppfyllda endast på den grunden att en kommuns medlemmar kan ha ett intresse av att kommunens resurser används på ett optimalt sätt. Utifrån domstols praxis, men också JO:s beslut, kan man snarare dra slutsatsen att det krävs ett mycket tydligare kommunalt intresse än så för att en kommun ska få engagera sig inom en annan kommuns område.⁹⁰⁰

Mot bakgrund av kommunalrättslig praxis torde det krävas starka skäl för att en domstol skulle underkänna ett beslut att ingå ett avtal om mellankommunal samverkan med hänvisning till att kommunen agerat utanför den kommunala kompetensen – så länge verksamheten kommer kommunmedlemmarna till godo. Den stora frågan torde alltid röra gränsdragningen när samarbetet ska föregås av ett upphandlingsförfarande eller inte och den löses inte enbart genom att titta på mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*.

⁸⁹⁹ Se JO:s beslut 2002-06-17, dnr 2414-2000.

⁹⁰⁰ Se Kammarrättens i Sundsvall avgörande 2007-04-20, mål nr 1190-06.

Källor

Bohlin, A. (2011). *Kommunalrättens grunder*. Stockholm: Norstedts.

Kommunallagen med kommentarer och praxis (2011). Stockholm: SKL Kommentus Media.

Konkurrensverket (2009). Referat 2009-06-24, EG-domstolens dom den 9 juni 2009 i mål C-480/06 avseende mellankommunal samverkan och avfallshantering.

Kotsonis, T. (2009). Co-operative agreements between public authorities in the pursuit of a public interest task: Commission of the European Community v Federal Republic of Germany (C-480/06). *Public Procurement Law Review*, 212–216.

Lindquist, U. (2011). *Kommunala befogenheter*. Stockholm: Norstedts.

Lindquist, U. & Losman, S. (2008). *Kommunallagen*. Stockholm: Norstedts.

Madell, T. & Indén, T. (2010). *Offentlig-Privat Samverkan – Rättsliga förutsättningar och utmaningar*. Uppsala: Iustus.

Naundrup Olesen, K. & Steinicke, M. (2010). *EU-retlige rammer for offentlig organisering af opgaverne*. UfR. 80–87.

Naundrup Olesen, K. (2011). Formål af almen interesse som element i EU-retten. I T. Madell, T. Bekkedal & U. Neergaard (red.). *Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext*. Uppsala: Iustus. 247–258.

Pedersen, K. & Olsson, E. (2010). *Commission v Germany: A new Approach on In-house Providing?* *Public Procurement Law Review*, 33–45.

Prop. 1990/91: 117 En ny kommunallag.

Prop. 1995/96: 167 Kommunal uppdragsverksamhet avseende kollektivtrafik, m.m.

Prop. 2000/01: 84 Kommunal uppdragsverksamhet.

Prop. 2009/10: 134 Upphandling från statliga och kommunala företag.

SOU 1971: 84, Kommunal kompetens.

SOU 1999: 118, Utvärdering av den kommunala uppdragsverksamheten inom kollektivtrafiken.

SOU 2007: 72, Kommunal kompetens i utveckling.

SOU 2011: 43, Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor.

Steinicke, M. (2009). Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis. I *Juridiske emner ved Syddansk Universitet*. 260–273.

Steinicke, M. (2011). In house-kontrakter eller administrative aftaler. I T. Madell, T. Bekkedal & U. Neergaard (red.). *Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext*. Uppsala: Iustus. 259–280.

Wiggen, J. (2011). Anskaffelsesreglene og samarbeid i offentlig sektor: om avgrensningen av anskaffelsesdirektivets kontraktsbegrep utenfor læren om egenregi. I T. Madell, T. Bekkedal & U. Neergaard (red.). *Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext*. Uppsala: Iustus. 281–306.

FJERNKØLING

*Bent Ole Gram Mortensen*⁹⁰¹

1. Indledning

Fjernkøling er ved at blive et varmt emne. Selv i en nordisk sammenhæng har mange bygninger behov for såkaldt komfortkøling af hensyn til brugerne. De fleste steder foregår bygningskøling ved hjælp af eldrevne kompressorer installeret i selve bygningen. De stigende energipriser og det almindelige behov for energieffektivitet af bl.a. klimapolitiske årsager gør fjernkølingskonceptet mere og mere interessant. Betegnelsen fjernkøling dækker over det fænomen, at bygningskølingen varetages af centrale enheder, der distribuerer køling til en flerhed af aftagere via et varme- eller kølemedium i et ledningsnet. Fjernkøling er således en kollektiv løsning som alternativ til en individuel køleløsning.

Lidt forenklet dækker fjernkøling over to grundlæggende koncepter. For det første en central løsning, hvor koldt vand produceres på et anlæg og via et ledningsnet distribueres ud til en række aftagere. Det centrale anlæg kan anvende forskellige kilder. Dels kan lave temperaturer i grundvand, søvand og havvand udnyttes (såkaldt frikøling), dels kan energien til køling fremskaffes ved at udnytte energien i fjernvarmevand. For det andet en decentral produktion på et absorptionsanlæg, hvor fjernvarmevand fremføres til slutbrugerens absorptionsanlæg, der udnytter fjernvarmevand til at producere kølevand.

Muligheden for at konvertere fjernvarme til køling har gjort teknologien særlig interessant for fjernvarmesektoren og dermed også for lande med en stor fjernvarmeforsyningssektor, som f.eks. Finland, Sverige og Danmark.

I Finland har der været fjernkøling i Helsinki siden 1998 og nu også i Turku, Lahti, og Vierumäki. Finland havde i 2011 et salg af fjernkøling på godt 120.000 MWh.⁹⁰² Danmark er ikke kommet så langt, og leveringen af fjernkøling fra et større kollektivt anlæg begyndte først i 2009 (København). Længst fremme af de

⁹⁰¹ Professor, Juridisk Institut, Syddansk Universitet. E-mail: bom@sam.sdu.dk

⁹⁰² PowerPoint af Mirja Tiitinen (2012): Delivered district cooling energy and connected load på www.energia.fi.

3 lande er Sverige, hvor det første anlæg blev bygget i 1992. Der er nu over 30 anlæg i Sverige med en leverance på næsten 700 GWh.⁹⁰³

Fjernkøling er mest interessant i større bysamfund. I Danmark er fjernvarmeværkerne i de større byer typisk i kommunalt eje. Det kommunale ejerskab medfører et hjemmelskrav, og siden 2008 har Danmark haft en særlig fjernkølingslov, der netop hjemler kommunal deltagelse i fjernkølingsaktiviteter.⁹⁰⁴ Dermed er fjernkøling blevet en kommunal forsyningsaktivitet i Danmark.

Samtidig er mange danske kommuner i gang med en strategisk energiplanlægning, hvor inddragelsen af mulige gevinster ved fjernkøling bestemt kunne være relevant. Og fjernkølingskonceptet synes at kunne levere gevinster i form af øget energieffektivitet med deraf følgende fordele. Denne artikel ser nærmere på den danske lovgivning og danske kommuners rolle.⁹⁰⁵

Der argumenteres for, at den danske lovgiver med fordel kan overveje, om kommunerne skal have lov til fremover at stille lånegaranti for fjernkølingsprojekter, og om kommunale fjernvarmevirksomheder fremover skal have lov til at drive fjernkølingsaktiviteter.

Endvidere argumenteres der for, at kommunerne skal indtage en mere aktiv rolle i forhold til fjernkølingsaktiviteter f.eks. ved at overveje muligheden for at mere aktiv planlægning for så vidt angår nybyggeri.

2. *Hvem reguleres af fjernkølingsloven*

Som udgangspunkt har alle kunnet etablere fjernkølingsprojekter i Danmark. Det gælder også for så vidt angår privatejede, herunder de udbredte forbrugerejede fjernvarmeforsyningsvirksomheder.

Problemet har knyttet sig til kommunernes og de kommunalt ejede fjernvarmevirksomheders muligheder for at engagere sig i fjernkølingsaktiviteter. I modsætning til forsyning med fjernvarme har der ingen tradition været for kommunal forsyning af fjernkøling i Danmark. Da de ulovfæstede regler om, hvad kommu-

⁹⁰³ Se www.svenskfjarrvarme.se. For en sammenligning af en række primært europæiske lande, se Euroheat & Power 2011

⁹⁰⁴ Se www.svenskfjarrvarme.se. For en sammenligning af en række primært europæiske lande, se Euroheat & Power 2011

⁹⁰⁵ Denne artikel udgør en del af forskningen i Strategic Research Centre for 4th Generation District Heating (4DH), som har modtaget støtte fra Det Strategiske Forskningsråd. Artiklen baserer sig på en præsentation holdt i regi af Fjernvarmens Udviklingscenter.

nerne økonomisk må beskæftige sig med – kommunalfuldmagten – netop bygger på traditionen, krævedes der anden hjemmel for, at kommunerne lovligt kunne etablere og drive fjernkølingsanlæg.⁹⁰⁶

Det bemærkes, at Europarådets konvention om lokalt selvstyre i artikel 4, stk. 1 indeholder en passus om, at de lokale myndigheders grundlæggende beføjelser og ansvar skal være fastlagt i forfatningen eller ved lov. Denne er tiltrådt af Danmark i 1988. Dette udgangspunkt har imidlertid ikke fået Danmark til at lovfæste indholdet af kommunalfuldmagten. Konventionen åbnes samme sted dog mulighed for, at beføjelser og ansvar vedrørende særlige opgaver kan henlægges til lokale myndigheder i henhold til andre retskilder.

Spørgsmålet, om danske kommuner med hjemmel i kommunalfuldmagten kunne drive fjernkølingsanlæg, har tidligere været forelagt de kommunale tilsynsmyndigheder. Netop tilsynspraksis har været væsentligt i fastlæggelsen af kommunalfuldmagtens grænser. Domspraksis på området er begrænset.⁹⁰⁷

I en afgørelse af 11. februar 2008 udtalte Statsforvaltningen Hovedstaden, at Københavns Kommune ikke kunne eje et aktieselskab, der drev fjernkølingsvirksomhed. Statsforvaltningen lagde vægt på, at formålet med virksomheden var »at forsyne primært virksomheder i kommunen, ikke, at forsyning med fjernkøling er en kommunal opgave i lighed med forsyning af elementære forbrugsgoder som vand og varme.« Det var dermed det almennytteskriterium, som er en del af kommunalfuldmagten, som Statsforvaltningen ikke fandt, var opfyldt.

Det har også været prøvet, hvorvidt kommuner ud fra en værdispildsbetragtning ville være berettiget til i et vist omfang at udnytte biproduktion til at varetage ikke-kommunale opgaver. Statsamtet Nordjylland udtalte i en skrivelse af 30. november 2005, at Viborg Kommune (konkret Viborg Kraftvarme, der gennem Energi Viborg A/S er 100 % ejet af Viborg Kommune) ikke kunne eje et selskab, som drev aktiviteter med levering af fjernkøling – det såkaldte »District Cooling-projekt«. Statsamtet lagde vægt på, at investeringen i forbindelse med fjernkøling var af en sådan størrelse, at der var tale om en egentlig omarbejdelse af biproduktet fjernvarme. Investeringen var på 7 mio. kr. Hermed henviste Statsamtet til den antagelse, at en kommune nok lovligt kan forarbejde et rest- eller biprodukt for at gøre det salgbart, men forarbejdningen må ikke gå længere end til at gøre det

⁹⁰⁶ For en mere generel behandling af kommunalfuldmagten i dansk kontekst henvises til generelle værker, herunder Gammelgaard 2004, Gammeltoft-Hansen m.fl. 2002, Mogensen & Silic 2004, Revsbech 2010: 25 ff. og Garde & Revsbech 2011: 11 ff.

⁹⁰⁷ Revsbech 2010: 37 f.

salgbart. En egentlig omarbejdelse vil kræve særlig lovhjemmel. Herefter fandt Statsamtet, at det almindelige forbud mod kommunal erhvervsvirksomhed havde overvægt. I udtalelsen inddrog Statsamtet det forhold, at der var andre leverandører af køling, herunder klimaanlæg, selv om der ikke direkte var andre leverandører af fjernkøling. Det sidste argument er ikke ubetinget holdbart set i lyset af, at kommunalfuldmagten tidligere har kunnet rumme fjernvarme, der jo på samme måde fortrængte andre teknologier (f.eks. oliefyr) – og dermed leverandører af teknologier og brændsel.

Det har heller ikke i varmforsyningsloven⁹⁰⁸ været muligt for kommunerne at finde en hjemmel til at beskæftige sig med fjernkøling. Det anføres således i varmforsyningslovens § 1, stk. 1, at lovens formål omfatter energianvendelse til bygningers opvarmning og forsyning med varmt vand. Som udgangspunkt regulerer loven dermed efter en ordlydsfortolkning ikke en energiproduktion eller energifremføring, der har et andet formål.

Hvorvidt en sådan ordlydsfortolkning skal lægges til grund er dog ikke hævet over enhver tvivl. I bemærkningerne til fjernkølingslovens § 2 anføres, at såfremt den enkelte aftager ved decentral produktion af fjernkøling »selv står for driften og vedligeholdet af anlægget, der producerer det kolde vand, betragtes dette alene som et mersalg af varme fra fjernvarmeværket, og altså ikke som fjernkøling.« I sidstnævnte passus ligger forudsætningsvis, at der er tale om en fjernvarmeaktivitet, som er hjemlet i kommunalfuldmagten. Ellers kunne den kommunale virksomhed ikke lovligt levere. Den aktivitet må forudsættes også at være omfattet af varmforsyningsloven. Dermed er der rejst tvivl, om varmforsyningsloven kun regulerer levering af fjernvarme til bygningers opvarmning og til levering af varmt brugsvand.

Ved en afgørelse fra 2010 har Energitilsynet fastslået, at procesvarmeleverancer efter Energitilsynets opfattelse er omfattet af varmforsyningslovens prisreguleringsbestemmelse i lovens § 20. Energitilsynet finder dog, at hjemmelsgrundlaget for indeværende er uklart og bør præciseres. Afgørelsen byggede på, at anvendelsesområdet for prisreguleringsbestemmelsen ikke sprogligt er begrænset på samme måde som formålsbestemmelsen, idet bestemmelsen ikke omtaler energiens anvendelse, og at det af forarbejderne til prisbestemmelsen fremgår, at alle leverancer fra de anførte anlæg er omfattet af bestemmelsen, hvilket igen kan føre til den forståelse, at levering af procesvarme også er omfattet af bestemmelsen.⁹⁰⁹ Der er dermed også opstået en uklarhed om retstilstanden i forhold til fjernkøling for de kollektive varmforsyningsanlæg, der ikke omfattes af fjernkølingsloven.

⁹⁰⁸ Lovbekendtgørelse nr. 1184 af 14. december 2011.

⁹⁰⁹ Energitilsynets tilkendegivelse af 23. juni 2010.

Med fjernkølingsloven eksisterer der nu en eksplicit hjemmel til, at danske kommuner kan eje og drive fjernkølingsvirksomhed. Men den eksisterende hjemmel er ikke uden sine begrænsninger, hvilke behandles nedenfor.

3. *Fjernkølingslovens formål*

Fjernkølingsloven er ikke udstyret med nogen formålsbestemmelse. Udover at være hjemmelsbestemmelse angives der dog det særlige formål at fremme energieffektivitet. Det fremgår til dels af lovens § 1, der anfører, at etablering og drift sker »med henblik på at fremme energieffektiv køling af bygninger«. Ligeledes anføres det i lovbemærkningerne⁹¹⁰, at formålet er »at fremme energieffektiv køling af bygninger.« En øget energieffektivitet reducerer anvendelsen af begrænsede ressourcer som f.eks. fossile brændsler og gavner dermed forsynings-sikkerheden, reducerer udledningen af kultveilde⁹¹¹ mv.

Der har i forbindelse med lovens vedtagelse tilsyneladende været en forventning om et øget behov for køling, bl.a. grundet flere elforbrugende apparater. I lovbemærkningerne anføres dette som aktørernes forventninger. Samme forventning gav Energistyrelsen udtryk for i 2007.⁹¹²

Det anføres også i lovbemærkningerne, at fjernkøling kunne bidrage til at opfylde Danmarks forpligtelser i forhold til et fremsat direktivforslag om fremme af vedvarende energi (det senere VE-direktiv).⁹¹³ Anvendes der energi (fjernvarme), der er baseret på vedvarende energikilder, vil det indgå i den nationale målopfyldelse. Loven var en udmøntning af en energipolitisk aftale fra 2008.⁹¹⁴

4. *De primære og sekundære kilder*

Det følger af fjernkølingslovens § 2, at produktionen primært skal ske ved fjernvarme eller frikøling. Dermed gives der mulighed for, at kommunale fjernkølingsvirksomheder lovligt kan basere en sekundær del af produktionen på andre kilder, hvilket i praksis vil sige en kompressor.

⁹¹⁰ Lovforslag L 127 som fremsat den 28. marts 2008.

⁹¹¹ Kuldioxid, carbondioxid, CO₂.

⁹¹² Energistyrelsen 2007: 7.

⁹¹³ Nu direktiv 2009/28/EF. Heri ligger en målsætning for Danmark om 30 % vedvarende energi i 2020.

⁹¹⁴ Aftale mellem regeringen (Venstre og Det Konservative Folkeparti), Socialdemokraterne, Dansk Folkeparti, Socialistisk Folkeparti, Det Radikale Venstre og Ny Alliance om den danske energi-politik i årene 2008–2011.

Det følger da også af lovbemærkningerne, at en del af kølebehovet i et fjernkølingsanlæg kan dækkes af »en stor kompressorenhed, der kan have en højere virkningsgrad end mindre enheder hos de enkelte kunder.« I øvrigt skelnes der ikke i bemærkningerne mellem den frikøling, som kan udnyttes direkte, og den frikøling, som udnyttes ved at den centrale kompressor, der er tilsluttet havvand eller grundvand, arbejder mere effektivt end en decentral kompressor, der er luftkølet. Det er således ikke helt klart, hvorvidt en central kompressor, der er havvands- eller grundvandskølet, skal betragtes som frikøling eller som en kilde, der efter lovens § 2 ikke kan være den primære.

Hvor stor en del, der kan produceres på kompressor, fremgår hverken af lovteksten eller bemærkningerne. Da der tales om en primær del, må der som udgangspunkt være tale om, at mere end 50 % skal produceres som frikøling eller på fjernvarme. Det vil være naturligt at betragte kravet over et år, da kølingsbehovet og de til rådighed stående ressourcer svinger med årstiderne.

Sammenlignet med den typiske individuelle løsning har fjernkøling en række fordele. F.eks. kan den samlede køleeffekt mindskes, idet det maksimale kapacitetsbehov bliver mindre end summen af de maksimale behov for alle de individuelle anlæg. Endvidere kan man udnytte en optimal kombination af frikøling, fjernvarmebaseret køling og eldrevne kompressorer.

Det er ofte i kombinationen, at den økonomiske gevinst ligger. I en ren absorptionsløsning vil det være en udfordring at skulle forrente anlægsinvesteringen, da driftsbesparelsen begrænses af, at antallet af fuldlasttimer til et komfortkølingsanlæg i Danmark ofte er under 1.000 timer om året.

Ligeledes vil der være en synergieffekt med fjernvarmebaseret køling. På de tidspunkter af året, hvor behovet for bygningsopvarmning er mindst og behovet for køling størst, vil fjernvarmeværkerne naturligt have en overkapacitet. Der vil visse steder tillige være et overskud af varme, der i mangel af anden anvendelsesmulighed skal bortkøles, f.eks. i forbindelse med affaldsforbrændingsanlæg og industriel overskudsvarme.

Forventningerne til øget energieffektivitet skal ses på baggrund af, at den typiske kølingsløsning består af en eller flere eldrevne kompressorer med bortkøling af varme på matriklen typisk ved luftkøling. Andre løsninger, herunder individuel frikøling, ses dog også.

Absorptionskøling er i sig selv ikke særlig energieffektiv og isoleret betragtet mindre energieffektiv end traditionelle eldrevne klimaanlæg baseret på

en kompressor, forudsat at den anvendte varme bliver produceret på en kedel. Anvendes der derimod overskudsvarme, der ellers ville gå til spilde, kan absorptionskøling konkret være mere energieffektiv.⁹¹⁵

Af andre gevinster, der ikke relaterer sig til energieffektivitet, kan nævnes færre støjproblemer, centraliseret service og dermed mindre driftspersonel hos bygningens ejer eller lejer, pladsbesparelser i bygningen og færre miljøproblemer, der ellers kan være knyttet til luftkølere.

5. *En kollektiv løsning*

I forbindelse med en central løsning vil en kommune næppe lovligt kunne etablere et fjernkølingsanlæg af hensyn til kun én slutbruger. Det vil næppe kunne rummes inden for en forståelse af, hvilke opgaver en kommune kan befatte sig med. Det vil dog næppe være ulovligt at starte med ét anlæg. Men ud fra et ligebehandlingsprincip må andre potentielle aftagere kunne tilslutte sig anlægget, hvis det er teknisk muligt.

6. *Ejerskab af en fjernvarmevirksomhed*

Af fjernkølingslovens § 1 fremgår den forudsætning, at pågældende kommune helt eller delvist ejer en fjernvarmevirksomhed. Modsætningsvis rummer loven ikke hjemmel til at kommuner, der ikke ejer en fjernvarmevirksomhed, kan drive et fjernkølingsanlæg. Bemærkningerne til lovforslaget gør det ikke klart, hvorfor det har været nødvendigt at udelukke kommuner, der ikke ejer en fjernvarmevirksomhed, fra at engagere sig i fjernkølingsvirksomhed. Det kan være et udslag af et generelt ønske om kun mindst muligt at udvide kommunernes mulighed for at drive erhvervsvirksomhed. Der kan også ligge en antagelse om, dels at det er ekspertisen, der er knyttet til fjernvarmevirksomhed, der især er relevant for fjernkølingsvirksomheden, dels om synergieffekter mellem fjernvarme og fjernkøling.

7. *Kommercielle vilkår*

Det er et krav i fjernkølingslovens § 3, at kommunernes udøvelse af fjernkølingsvirksomheden skal ske på »kommercielle vilkår«. Det følger af de generelle bemærkninger til lovforslag 127/2008, at kommuner, »der stiller kapital til rå-

⁹¹⁵ Energistyrelsen 2007: 5.

dighed for fjernkølingsvirksomhed, skal gøre dette på vilkår svarende til vilkår som en privat markedsinvestor ville have stillet. Det indebærer f.eks., at der skal beregnes en rente, der afspejler den risiko, der er forbundet med aktiviteten.« Anvendes midler fra andre kommunale virksomheder skal disse ligeledes stilles til rådighed på kommercielle vilkår.

Kravet om kommercielle vilkår synes at være beslægtet med det markedsøkonomiske investorprincip, som kendes fra EU-retten. Formålet er at undgå konkurrenceforvridning på markedet. Kravet om anvendelse af kommercielle vilkår skal hindre, at midler fra offentlige monopolvirksomheder benyttes til at krydssubsidiere til fordel for fjernkølingsvirksomheden, eller at fjernkølingsvirksomheden i øvrigt støttes af offentlige midler. Det er i overensstemmelse med den generelle antagelse om, at det er konkurrenceforvridende at krydssubsidiere fra et monopolområde til et konkurrenceudsat område.

Der er ikke noget krav om, at fjernkølingsprisen økonomisk skal hvile i sig selv. Det er ellers normalt på det kommunale forsyningsområde i Danmark.⁹¹⁶ Der er heller ikke i fjernkølingsloven fastlagt særlige monopolprismekanismer. Fjernkøling skal betragtes som en konkurrenceudsat aktivitet, og der er som udgangspunkt aftalefrihed mellem parterne.

Drives en fjernkølingsvirksomhed i forbindelse med en fjernvarmevirksomhed, finder hvile i sig selv-princippet dog anvendelse på fjernvarmevirksomheden, og der må således ikke ligge et krydssubsidieringselement i prissætningen. Prisen på den varmeydelse, som den kommunale fjernvarmeforsyning leverer til fjernkølingsvirksomheden, vil være underlagt den almindelige prisregulering i varmeforsyningslovens kapitel 4. Det vil dog være muligt at fastlægge en særlig tarif for fjernkølingskunder, men denne må som minimum være omkostningsbaseret, således at fjernvarmekunderne ikke belastes økonomisk af det mersalg af varme, der går til fjernkøling. Fjernvarmeforsyningen kan dog profitere generelt ved en bedre kapacitetsudnyttelse og ved evt. at kunne afsætte overskydende varmemængder.

8. *Unbundling og finansiering*

Det er ikke nødvendigvis uden økonomisk risiko at drive fjernkølingsvirksomhed. Det er et politisk ønske, at fjernvarmeforbrugerne ikke udsættes for nogen øko-

⁹¹⁶ Se i Mortensen 2006: 77 f.

nomisk risiko. Kommunens skatteborgere kan endvidere lide tab som følge af et kommunalt engagement i fjernkølingsaktiviteter.

Fjernkølingslovens § 3 stiller krav om firmatisering (kommunal selskabsdannelse) i forbindelse med etablering af kommunal fjernkølingsvirksomhed. Nærmere bestemt kræves der anvendelse af selskaber med begrænset ansvar, hvori de kommunale fjernkølingsaktiviteter skal placeres. Det følger af de specielle bemærkninger til lovforslagets § 1, at der skal være økonomisk adskillelse fra kommunernes fjernvarmeaktiviteter, således at fjernvarmeforbrugerne sikres mod en økonomisk risiko. Det må dog antages også at have været en del af formålet med bestemmelsen at beskytte kommunen mod andre tab end den investerede kapital.

Kravet kendes tilsvarende fra kommunale elforsyningsvirksomheders engagement i tilknyttede (sideordnede) aktiviteter og betegnes som selskabsmæssig adskillelse eller unbundling. Med en sådan selskabsform reduceres risikoen for kommunen til indskudskapitalen.

Det er ikke nærmere fastlagt, hvilke typer selskaber med begrænset ansvar, der kan finde anvendelse. Det må være op til kommunalbestyrelsen selv at skønne herover. Selskabsformen kan f.eks. være et aktie- eller anpartsselskab. Anvendelse af et interessentskab (I/S) vil dog ikke kunne komme på tale, da der i en sådan konstruktion ikke sker en begrænsning af ansvaret.

Der må i fjernkølingsselskabet endvidere ikke udøves andre aktiviteter end fjernkølingsvirksomhed. Dermed stilles der krav om selskabsmæssig unbundling i forhold til andre aktiviteter. Det følger dog af varmforsyningslovens § 23 m, stk. 5, at bestemmelsen i fjernkølingslovens § 3 ikke er til hinder for, at servicefunktioner varetages i et selvstændigt serviceselskab. Ligeledes kan det ikke antages, at fjernkølingsselskabet på grund af fjernkølingslovens § 3 er afskåret fra anden virksomhed svarende til lovlig accessorisk virksomhed og biproduktion efter kommunalfuldmagten. Der er intet forbud mod, at fjernkølingsvirksomheden selv ejer andele i andre virksomheder.

I Fjernkølingslovens § 4 opstilles et forbud mod henholdsvis kommunale tilskud, kommunale lån og kommunal garantistillelse i forhold til den kommunale fjernkølingsvirksomhed. Lovens ordlyd tager ikke eksplicit stilling til fjernkølingsvirksomhedens mulighed for at yde lån til kommunen. Det følger dog af de specielle bemærkninger til § 4, at kommunen ikke har »låneadgang til den ansvarlige indskudskapital«. Det forhold, at det kommunale varmforsyningsanlæg er placeret i et selskab med begrænset ansvar (firmatiseret), ændrer ikke herpå.

Loven regulerer ikke kommunernes mulighed for at indskyde indskudskapital i fjernkølingsvirksomheden. Det følger dog af de specielle bemærkninger til lovforslagets § 4, at fjernkølingsvirksomheden »finansieres af ansvarlig indskudskapital og ved fremmedkapital.« Størrelsen af indskudskapitalen er heller ikke reguleret, men størrelsen heraf må være underlagt det almindelige krav om udøvelse af fjernkølingsvirksomhed på kommercielle vilkår, jf. ovenfor. En kommune må dermed ikke indskyde mere kapital i fjernkølingsvirksomheden, end der er økonomisk forsvarligt, jf. i øvrigt det kommunalretlige princip om at kommuner skal handle økonomisk forsvarligt. Princippet om økonomisk forsvarlighed indebærer endvidere, at kommuner ved indskud af kapital i kommunal fjernkølingsvirksomhed skal have en begrundet forventning om at opnå afkast, der er normalt for den type virksomhed.

Kommunale garantier har været og er ganske almindelige i den danske forsyningssektor. En kommunal garanti medfører alt andet lige mulighed for at låne til en lavere rentesats, og garantierne har været med til at bære mange projekter igennem rent økonomisk. Man kan spørge sig selv, hvorvidt den manglende mulighed for at stille kommunal garanti til fjernkølingsprojekter reelt umuliggør finansieringen for mange fjernkølingsprojekter, ligesom det kan være vanskeligt at få kommunerne til at stille med indskudskapital, da denne skal konkurrere med kommunens øvrige investeringsbehov på mere traditionelle områder. Det vil uden tvivl være en udfordring for de kommunale projekter. På den anden side kan det ses som en logisk konsekvens af, at fjernkølingsvirksomhed skal drives på kommercielle vilkår. Det virker dog ikke særligt hensigtsmæssigt at give kommunerne hjemmel til at drive fjernkøling som kommunal forsyningsvirksomhed og så samtidig forbyde anvendelsen af instrumenter, der har været med til at gøre andre kommunale forsyningsområder som f.eks. fjernvarmeforsyning til en succes.

Det er muligt at lade et fjernkølingsselskab indgå i en koncernstruktur sammen med el- og varmforsyningsaktiviteter. Herved kan fjernkølingsaktiviteterne drage fordel af de almindelige muligheder for lån inden for forsyningskoncernen. Ligeledes kan servicefunktioner, som ovenfor anført, lægges i et serviceselskab. Til gengæld vil fjernkølingsaktiviteter, som udøves i en koncernstruktur, blive omfattet af reglerne om modregning i kommuners bloktilskud i tilfælde af salg af visse kommunale forsyningsvirksomheder, de såkaldte *lex nesa-regler*.⁹¹⁷

⁹¹⁷ Se herom kort i Mortensen & Truelsen 2008: 355 f.

Det kommunale fjernkølingsselskab vil være underlagt kassekreditreglen i lånebekendtgørelsen,⁹¹⁸ jf. dennes § 9, stk. 2. Ifølge kassekreditreglen må kommunale selskabers kassekredit ikke overstige 125 kr. pr. borger. Derimod kan det kommunale fjernkølingsselskab optage lån uden, at det har betydning for kommunens låneramme.

9. *Projektgodkendelse*

Fjernkølingslovens § 5 fastlægger et krav om projektgodkendelse. Godkendelseskravet omfatter også større ændringer i eksisterende anlæg. Kommunerne er overladt rollen som godkendelsesmyndighed. Konceptet synes taget fra varmforsyningsområdet, der har en lignende godkendelseskompetence.

Formålet med projektgodkendelsen er at sikre, at lovens formål om at fremme energieffektiv køling af bygninger bliver virkeliggjort i de enkelte projekter. Noget egentlig planlægningsforpligtelse for kommunerne på fjernkølingsområdet er der ikke fastsat på fjernkølingsområdet i modsætning til varmforsyningsområdet.⁹¹⁹ Det er dog ikke kommunerne forbudt at inddrage fjernkøling i varmeplanlægningen eller i en generel energiplanlægning.

Kun fjernkølingsprojekter, der bidrager til en mere energieffektiv køling end individuel køling, kan godkendes. Fjernkølingsprojektansøgningen må indeholde dokumentation herfor. Det fremgår ikke klart af bemærkningerne, i hvilken udstrækning fjernkølingsanlæg kan baseres på store varmepumper, som anvendes til produktion af varme om vinteren og køling om sommeren, som vi eksempelvis ser i Sverige og Finland.⁹²⁰ Det vil dog næppe være i strid med lovens formål at etablere sådanne anlæg, og det må ligeledes formodes, at effektivitetsgevinsten i såvel fjernvarmesystemet som i forhold til bygningskølingen kan inddrages i skønnet om, hvorvidt et anlæg kan godkendes efter loven. Samlet set må bemærkningerne tolkes således, at anlægget er omfattet, når det er væsentligt mere energieffektivt end et traditionelt anlæg. Ministeren kan fastsætte nærmere regler om behandlingen af projektansøgningerne og den indeholdte dokumentation. Denne bemyndigelse er dog endnu ikke udnyttet.

⁹¹⁸ Bekendtgørelse nr. 1238 af 15. december 2011 om kommunernes låntagning og meddelelse af garantier m.v.

⁹¹⁹ Se om planlægningsforpligtelsen på varmforsyningsområdet Mortensen & Gottrup 2007: 39 ff. og Aagaard & Mortensen 2003: 51 ff.

⁹²⁰ Se i øvrigt diskussionen overfor vedrørende primære og sekundære kilder.

Fjernkølingsloven indeholder ikke nogen bestemmelse, hvorefter ministeren kan bestemme, at godkendelse i særlige tilfælde skal meddeles af ministeren (call in-beføjelse), eller at godkendelsen i særlige tilfælde forudsætter ministerens samtykke.

Varmeforsyningslovens bestemmelser om anvendelse af tilslutningspligt er heller ikke overført til fjernkølingsloven. Det har den konsekvens, at tilslutningspligt ikke kan pålægges eksisterende byggeri. På varmforsyningsområdet (fjernvarme og naturgas) kan det ske med 9 års varsel, jf. § 10 i tilslutningsbekendtgørelsen.⁹²¹ Derimod vil kommunerne kunne pålægge nybyggeri tilslutningspligt efter planlovens generelle bestemmelse i § 15, stk. 1, nr. 11 om, at lokalplaner kan indeholde bestemmelser om »tilvejebringelse af eller tilslutning til fællesanlæg i eller uden for det af planen omfattede område som betingelse for ibrugtagen af ny bebyggelse«. Denne bestemmelse må antages også at finde anvendelse på fjernkølingsanlæg. Dermed vil kommunen i en lokalplan kunne pålægge tilslutningspligt til ny bebyggelse, men ikke til eksisterende byggeri.

I lighed med reglerne i varmforsyningsloven, kan der indgives klage til Energiklagenævnet over kommunens afgørelser i projektansøgninger om fjernkølingsanlæg, jf. fjernkølingslovens § 7. Klage skal være indgivet senest 4 uger efter meddelelsen af kommunens afgørelse i projektansøgningen. Afgørelsen vedrørende projektansøgningen kan ikke prøves ved domstolene, før Energiklagenævnets afgørelse foreligger. Der er en frist på 6 måneder til at anlægge en retssag til prøvelse af Energiklagenævnets afgørelse.

10. Afsluttende bemærkninger

Fremme af energieffektivitet er fjernkølingslovens egentlige formål. Tiden må dog vise, om fjernkøling vil vinde stor udbredelse i Danmark med den gældende lovgivning. Fjernkølingslovens hjemmelsbestemmelse lægger snævre rammer for dansk kommuners ageren på fjernkølingsmarkedet. Især er det uvist, om den manglende mulighed for kommunal sikkerhedsstillelse for lån i realiteten vil umuliggøre lånefinansiering af i øvrigt samfundsøkonomisk hensigtsmæssige fjernkølingsaktiviteter. Der blev i høringsfasen advaret mod netop dette forhold af Københavns Kommune. I det hele taget synes det at være en pudsigt konstruktion, at kommunerne nok får hjemmel til at inddrage fjernkøling som en kommunal forsyningsopgave, men på den anden side skal gøre det på kommercielle vilkår.

⁹²¹ Bekendtgørelse nr. 690 af 21. juni 2011 om tilslutning m.v. til kollektive varmforsyningsanlæg.

Fjernkøling bliver dermed en undtagelse til de generelle danske kommunalretslige grundsætninger om forbud mod profitformål og mod handel, industri mv.⁹²² Det havde vel ikke været nødvendigt for at opnå lovens formål om at fremme energieffektiv køling af bygninger.

Umiddelbart synes det sympatisk at ville sikre forbrugerne i kommunale fjernvarmevirksomheder mod tab ved fjernkølingsvirksomheder. Spørgsmålet er dog, om man ikke derved udelukker fjernvarmevirksomhederne fra at høste de synergieffekter, der er forbundet med fjernkøling. Ud over administrativ og systemteknisk synergi kunne de kommunale fjernvarmevirksomheder også have interesse i fjernkøling til at opnå de energibesparelser, som fjernvarmevirksomhederne er forpligtet til at realisere, jf. varmforsyningsloven og energisparebekendtgørelsen.⁹²³ Ligeledes er der pligt til at give forbrugerne oplysningerne om mulighederne for at opnå energibesparelser samt forskellige oplysninger om energiforbruget. Hvorfor ikke inddrage fjernkøling i den proces? Danske fjernkølingsvirksomheder er aktuelt ikke underlagt tilsvarende krav. Dette er i modsætning til f.eks. tilsvarende finske regler, der omfatter såvel fjernvarme som fjernkøling.⁹²⁴

Spørgsmålet er, om ikke de almindelige kommunalretlige regler, inklusiv hvile i sig selv-princippet og mulighed for at stille kommunal lånegaranti havde givet grobund for en hurtigere udbygning med fjernkøling. Fjernkøling synes at være en naturlig del af en moderne bydels energiinfrastruktur, og der er ikke noget, som taler imod, at byens køleinfrastruktur sidestilles med varmeinfrastruktur i denne henseende. Et sådant valg vil imidlertid betyde, at endnu en sektor skulle underlægges den omfattende regulering, som forskellige klassiske forsyningsydelser er underlagt, herunder især en monopolprisregulering. I den optik er det måske ikke nogen dum ide at starte med kommercielle vilkår og tilhørende let regulering. Formår markedet ikke selv at udnytte åbenlyse synergieffekter, kan lovgiver altid senere ændre kurs.

Ved etablering af nye erhvervskvarterer ville det være oplagt at overveje anvendelse af planlovens almindelige mulighed for tilslutningspligt. Denne mulighed har især været anvendt af kommunerne i forbindelse med fjernvarmeforsyning. På fjernkølingsområdet kunne planlovens kompetencer udnyttes til at styre og samle nybyggeri med betydeligt kølingsbehov i enklaver, hvor fjernkøling med fordel kunne etableres, mens andre områder kunne friholdes herfor. Det må dog

⁹²² Se om disse forbud i Revsbech 2010: 96 ff.

⁹²³ Den årlige kollektive energispareforpligtelse for varmedistributionsvirksomhederne er 1,9 PJ.

⁹²⁴ Se § 4 i den finske lag nr. 1211 af 22. december 2009 om energieffektivitetstjenster hos føretag på energimarknaden.

bemærkes, at tilslutningspligten har været udsat for en del kritik. Således har den været anvendt til at fastholde fjernvarmekunder hos fjernvarmevirksomheder, hvis priser end ikke har kunnet konkurrere med et individuelt oliefyr. Anvendelse af tilslutningspligt til eksisterende byggeri er der ikke åbnet mulighed for med den gældende lovgivning. Det ville også harmonere dårligt med grundidéen om, at fjernkøling skal ske på kommercielle vilkår.

Ofte er tilslutningspligten på fjernvarmeområdet indgået i en pakke med kommunal lånegaranti. Kommunerne har dermed kunne benytte sine myndighedsbeføjelser til via en tilslutningspligt at reducere egen risiko for, at garantien skulle komme til udbetaling. Politikerne har dog valgt ikke at give kommunerne denne mulighed i forbindelse med fjernkøling.

Der er indtil nu kun etableret få mindre fjernkølingsanlæg i Danmark med et 12 MW anlæg i København som det største. Der er dog potentiale til og planer om udvidelser og nye anlæg. Fjernkølingsaktiviteter kan dog sammen med de eksisterende kommunale fjernvarmeværker gå hen og blive vigtige instrumenter i danske kommuners stigende interesse i at engagere sig i klima- og energipolitik. Det kommer bl.a. til udtryk gennem forskellige tiltag, der søger at nedbringe CO₂-udledningen inden for kommunens grænser. Sine steder gives der sågar udtryk for en målsætning om CO₂-neutralitet. Bl.a. har en række kommuner indgået en aftale med Danmarks Naturfredningsforening om at blive såkaldte Klimakommuner, der bl.a. indebærer en erklæring om årligt at reducere kommunens CO₂-udledning med minimum 2 % i en nærmere fastlagt årrække.⁹²⁵

⁹²⁵ Se <http://www.klimakommuner.dk/>. Der skal ikke her tages stilling til aftalens juridiske karakter.

Kilder

Aagaard, P. & Mortensen, B. O. G. (2003). *Varmeforsyningsloven med kommentarer*. København: Forlaget Thomson.

Energistyrelsen (2007). *Fjernkøling i Danmark. Potentiale og regulering*. København.

Euroheat & Power (2011). *District Heating and Cooling. Country by country 2011 survey*. Brussels.

Gammelgaard, F. (2004). *Kommunal erhvervsvirksomhed*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Gammeltoft-Hansen, H. m.fl. (2002). *Forvaltningsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Garde, J. & Revsbech, K. (2011). *Kommunalret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Mogensen, I. & Silic, D. (2004). *Kommunalfuldmagtsreglerne i praksis*. Nyt juridisk Forlag.

Mortensen, B. O. G. (2006). Kommunal forsyningsvirksomhed i Anker. Olsen og Gram Mortensen (Red.). *Kommunal miljøforvaltning i retlig belysning*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Mortensen, B. O. G. & Gottrup, R. (2007). *Kommunal varmeplanlægning i retlig belysning*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Mortensen, B. O. G. & Truelsen, P. A. (2008). Varmeforsyning i Basse (red.). *Miljøretten, bind 6, Energi og klima*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Revsbech, K. (2010). *Kommunernes opgaver*. Kommunalfuldmagten mv., 2. Udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Tiitinen, M. (2012). PowerPoint med titlen Delivered district cooling energy and connected. Available 21.2.2012: www.energia.fi.

Lovgivning mv.

Energisparebekendtgørelsen. Bekendtgørelse nr. 677 af 21. juni 2010 om energispareydelser i net- og distributionsvirksomheder.

Europarådets konvention af 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre. Publiceret i Danmark i bekendtgørelse nr. 104 af 2. september 1988 af europæisk konvention af 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre.

Fjernkølingsloven: Lov nr. 465 af 17. juni 2008 om kommunal fjernkøling.

Lag nr. 1211 af 22. december 2009 om energieffektivitetstjenster hos foretag på energimarknaden.

Lånebekendtgørelsen: Bekendtgørelse nr. 1238 af 15. december 2011 om kommunernes låntagning og meddelelse af garantier m.v.

Planloven: Lovbekendtgørelse nr. 937 af 24. september 2009 om planlægning.

Tilslutningsbekendtgørelsen: Bekendtgørelse nr. 690 af 21. juni 2011 om tilslutning m.v. til kollektive varmforsyningsanlæg.

Varmeforsyningsloven: Lovbekendtgørelse nr. 1184 af 14. december 2011.

VE-direktivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/28/EF af 23. april 2009 om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder og om ændring og senere ophævelse af direktiv 2001/77/EF og 2003/30/EF.

Administrative afgørelser og udtalelser

Energitilsynets tilkendegivelse af 23. juni 2010, j.nr. 4/0906-0300-0011.

Statsforvaltningen Hovedstadens afgørelse af 11. februar 2008, j.nr. 2007-613/237.

Statsamtet Nordjyllands skrivelse af 30. november 2005, j.nr. 2005-613/652.

JULKISEN JA YKSITYISEN SEKTORIN YHTEISTYÖN RAJAT

Kristian Siikavirta

Tässä kirjoituksessa tarkastelen julkisen vallan, julkisten viranomaisten ja yksityisen sektorin välisiä suhteita markkinoiden tasapuolisuuden näkökulmasta. Suhteet voivat ilmetä yhteistyönä erilaisissa hankkeissa tai julkisen vallan suorana osallistumisena markkinoiden toimintaan tuottajana. Väitteeni on, että julkisen vallan toiminta yhteistyössä ja markkinoiden osapuolena on ongelmallista ja näihin julkisen vallan toimiin tulisi suhtautua varauksellisesti. Kirjoituksessa tuo esiin muutamia esimerkkejä ongelmien valottamiseksi. Tarkoituksena on tuoda ongelmia keskusteluun eikä kirjoituksessa esitetä selkeitä toimintasuosituksia.

Yksi julkisen vallan markkinatoiminnan syy on epäilemättä taloudellinen. Valtion tai kuntien yritystoiminta tuo julkiselle vallalle tuloja. Tarkan taloudenpidon merkitys korostuu valtioiden tasolla, kun eräät Euroopan maat etunenässä Kreikka, Irlanti ja Espanja ovat joutuneet tilaan, jossa ne eivät saa enää lainatuksi varoja valtion menoihin yksityisiltä tahoilta. Tässä yhteydessä julkinen valta on törmännyt talouden realiteetteihin, jotka pakottavat sopeuttamaan toimintaa. Aivan toisenlainen eli vapaaehtoinen sopeutuminen markkinoiden toimintaan ansaitsee myös huomiota, sillä tässä tapauksessa julkisella vallalla on mahdollisuus valintoihin. Käsitelen erityisesti oikeudellisia mutta myös periaatteellisia velvoitteita, joita julkisen vallan tulisi noudattaa toimiessaan yhteistyössä markkinoilla toimivien yksityisten yritysten kanssa.

Tässä käsiteltävät julkisen vallan yhteydet markkinoihin liittyvät julkisen vallan itse harjoittamaan liiketoimintaan, tavara- ja palveluhankintoihin, virkamiesten asemaan ja julkisen omistamisen haasteisiin. Jokainen osakysymys antaa mahdollisuuden käsitellä julkisen vallan toiminnan tavoitteita ja ehtoja. Samalla voidaan lähestyä kysymystä mikä on julkisen vallan tehtävä maailmassa, jossa talous ja luonnonvarat asettavat kaikelle toiminnalle yhä enemmän rajoituksia. Tässä en tarkoita rahamarkkinoita, kansainvälistä kilpailukykyä, inflaatiota, työttömyyttä, julkisen talouden velkaantumista vaan tosiasiallisia rajoituksia, jotka liittyvät luonnonvarojen riittävyyteen, ilmaston muutokseen, ikääntymiseen toisaalla ja väestönkasvuun toisaalla. Nämä muutokset tunkeutuvat elämäämme paitsi tiedelehtien sivuilta myös talouden kautta.

Kirjoitus liittyy osaltaan pinnan alla vaikuttavaan keskusteluun julkisen vallan roolista ja asemasta yhteiskunnassa. Kehityskulku on Suomessa johtanut julkisen vallan harjoittaman toiminnan laajentuvaan yksityistämiseen ja markkinoiden vapauttamiseen monilla toimialoilla kuten esimerkiksi energiantuotannossa, viestinnässä, rahamarkkinoilla, liikenteessä ja postipalveluissa. Uusia markkinoita on luotu esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuoltoon.

Monet kansainväliset kilpailukykyä ja hyvinvointia koskevat vertailut kertovat, että hyvin toimiva julkinen valta ja julkinen päätöksenteko-koneisto ovat valtion hyvinvoinnin keskeisin edellytys. Tässä tarkoitan muun muassa Maailman pankin rahoittamaa tutkimusprojektia kansakuntien varallisuuden jakautumisen selvittämiseksi – *Where is the Wealth of Nations? Measuring capital for the 21st century*. Siinä näkyi selvästi inhimillisen pääoman ja julkisen sektorin instituutioiden ja hallinnon merkittävä asema valtioiden varallisuudessa. Sama ilmiö on havaittavissa MIT:n ylläpitämässä hyvinvointi vertailuaineistossa *Legatum Prosperity Index*. Siinä on otettu monella tapaa huomioon julkisen vallan osuus hyvinvoinnissa perinteisten taloudellisten tekijöiden lisäksi.

Julkisen ja yksityisen välisen suhteen tarkastelu liittyy kysymykseen milloin julkinen valta toimii oikein ja hyvinvointia rakentavalla tavalla. Vertailujen mukaan nimittäin huonosti toimiva julkinen sektori rapauttaa hyvinvointia merkittäväällä tavalla. Lisäksi on aiheellista muistuttaa, että suuren julkisen sektorin omaavat valtiot, kuten Pohjoismaat, pärjäävät aina hyvin talouden kansainvälisissä kilpailukykyvertailuissa – *The Global Competitiveness Index*.

1. Julkinen yhteisö markkinahäirikönä

Julkisen vallan harjoittaman liiketoiminnan kohdalla kansalaisilla on oikeutettu erityinen odotus, että yritys toimii vastuullisesti. Vastuullisuus voi pitää sisällään kilpailun sääntöjen noudattamisen ja toisaalta vastuullisen toiminnan sidosryhmiin kuten omistajan, ympäristön, kuluttajien ja työntekijöiden suhteen. Vastuullisuudelle on kuitenkin vaikea asettaa oikeudellista velvoittavuutta. Valtion omistajaohjauskaan ei voi vaikeuksitta velvoittaa siihen ainakaan pörssiyrityksiä, sillä vastuullisuuden vaikutus yhtiön arvoon on arvoitus ja osakeyhtiötä johtaa toimitusjohtaja ja hallitus ja omistajan rooli näkyy erityisesti nimityksissä ja yhtiökoukussa. Osakeyhtiön muodossa harjoitetun liiketoiminnan lisäksi monet muut julkisen vallan organisaatiot harjoittavat myös liiketoimintaa.

Julkinen yritystoiminta ei ole tällä vuosikymmenellä erityisesti kunnostautunut vastuullisuudellaan. Julkisen liiketoiminnan harjoittaminen on usein hyötynyt taloudellisista eduista, joita yksityisillä yrityksillä ei ole. Euroopan unionin ko-

missio on muun muassa päätöksellään C7/2006⁹²⁶ katsonut, että valtion liikelaitosmuodossa harjoittama toiminta ei toimi samoilla, vaan edullisemmilla ehdoilla kuin yksityinen liiketoiminta. Kyse oli muun muassa konkurssisuojusta ja eräistä veroeduista, jotka asettivat liikelaitokset taloudellisesti yksityisiä parempaan asemaan. Suomen valtio tyytyi ratkaisuun ja muutti liikelaitoksia koskevaa lainsäädäntöä niin, etteivät jäljelle jäävät liikelaitokset kilpailisi yksityisten kanssa markkinoilla. Suurin osa liikelaitoksista on nykyisin kuntien omistuksessa.

Valtion taloudellinen tutkimuslaitos on selvittänyt julkisten organisaatioiden taloudellisia etuja suhteessa yksityisiin.⁹²⁷ Tarkastelun kohteena olivat valtion tilivirastojen maksulliset toiminnot. Usein nämä voivat olla yksityisten kanssa kilpailuvia palveluja. Huomattavaa oli, että maksuperustelaki (150/1992) sallii liiketaloudellisesti määräytyvien hintojen alentamisen talousarvion rahoituksella. Ajatus on toki kaunis, mutta jos vastaavaa palvelua on saatavissa markkinoilta, tiliviraston tarjoamien palvelujen hintatuki on vaikeasti perusteltavissa. Maksullisten palvelujen suosiota lisää tulojen jääminen viraston haltuun, jolloin maksullisella toiminnalla voidaan rahoittaa omaa toimintaa.

Valtion maksullisen toiminnan tuotot (1,280 miljardia €) kertyvät suurimmaksi osaksi kymmenestä tilivirastosta. Niiden elinkeinoelämältä saadut tuotot ovat kasvaneet vuosina 2004–2005, 323 651 eurosta 402 203 euroon. Yhteisöveron ja arvonnäköveron poikkeusten yhteenlaskettu kilpailuetu valtion maksulliselle toiminnalle oli 5,7 prosenttia liikevaihdosta laskettuna.

Edellä esitettyihin taloudellisiin etuihin on lisättävä epäsuorat edut, joita julkinen liiketoiminta saa edellä mainitusta konkurssisuojusta, johon liittyy mielikuva luotettavammasta palvelusta. Lisäksi julkisella liiketoiminnalla on usein liittymäkoh-tia viranomaistoimintoihin, joiden kautta liiketoiminta saa maineen muodostuksen kautta etua, joita vastaavia palveluja tarjoavilla yksityisillä yrityksillä ei ole.

Julkisen vallan toimintojen (hallintotehtävien) yksityistämistä rajoittava perustuslain 124 § ei näyttäisi ottavan edullista kilpailuasemaa huomioon, vaikka yksityistämisen se olisi otettava huomioon. Näin perustuslain mukaan julkisia hallinto-tehtäviä valtaa voidaan antaa yksityisille silloin, kun se on tarkoituksenmukaista tehtävän hoitamiseksi, eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkista valtaa ei voi siirtää yksityisille tahoille. Tätä on käsitelty tässä julkaisussa Veijo Tarukanteleen kirjoituksessa.

⁹²⁶ Komission päätös asiassa C 7/2006 – Suomi, 11.12.2007. K(2007) 6073 lopull.

⁹²⁷ Halonen, Rauhanen & Siivonen (2010).

Erityistä huomiota ansaitsee kuitenkin se seikka, että yrityksen käyttäessä vähäistäkin julkista valtaa hallintotehtävien muodossa sen markkina-asema muodostuu aivan erilaiseksi kuin muilla yrityksillä. Näin esimerkiksi liiketoimintaa harjoittavien julkisoikeudellisten laitosten kuten metsäkeskusten hallussa oleva viranomaistieto on katsottu kilpailuongelmaksi, johon on puututtu lainsäädäntöä muuttamalla⁹²⁸ – käytännössä Euroopan unionin komission vaatimuksesta.

Nämä muutamat esimerkit kertovat siitä, miten julkinen valta tai viranomaiset harjoittavat liiketoimintaa suhteellisen varomattomasti nauttien vallan antamasta kilpailuedusta. Tämä toiminta ei ole omiaan edistämään kotimaan markkinoiden kehittymistä tai Suomen talouden kansainvälistä kilpailukykyä. Ne ajat ovat ohi, jolloin valtion omistamat yhtiöt saattoivat olla suomalaisia menestystarinoita nykyistä suljetummassa taloudessa.

2. *Julkisen ja yksityisen väliset sopimukset*

Julkisen vallan toimiessa ostajana se tekee yksityisoikeudellisia sopimuksia tavarain tai palvelun yksityisen tuottajan kanssa. Tähän ostotoimintaan on kohdistettu 1990-luvulla merkittäviä uusia säännöksiä, joilla on haluttu puuttua julkisen vallan toimintaan sen solmiessa yksityisoikeudellisia sopimuksia. Tavoitteena on ollut tuoda ostotoiminta aikaisempaa avoimemmaksi ja julkisemmaksi, jolloin estetään väärinkäytökset ja saadaan aikaan parempia ja edullisempia sopimuksia. Tässä on huomattavaa, että sääntelyllä on luotu pakottavia menettelytapoja yksityisen ja julkisen väliseen toimintaan, koska siinä on nähty todellisia tai teoreettisia ongelmia.

Hankintoja koskevan lainsäädännön (Laki julkisista hankinnoista 348/2007) vuoksi, julkinen valta ei voi enää yleensä päättää tavaroiden tai palvelujen hankkimisesta ilman julkista ilmoitusta, tarjouspyyntöä ja tarjousten vertailua. Toimintatapa vie julkiselta vallalta mahdollisuuden suosia syystä tai toisesta tiettyjä yrityksiä. Kilpailutuksen tuomien taloudellisten hyötyjen on usein arvioitu olevan merkittäviä. Osa saadusta hyödystä on ehkä tulosta siitä, että julkinen valta on joutunut luopumaan yritysten suosinnasta, jolloin on voitu tehdä parempia sopimuksia. Mikäli näin on niin tasapuolinen toiminta yksityisen sektorin kanssa näyttää perustellulta sekä taloudellisesti että tunnetasolla eettisesti tai moraalisesti.

⁹²⁸ Maa- ja metsätalousministeriö (2009).

Samaan aikaan kilpailutuksen yleistymisen kanssa on noussut esiin tarve erilaisiin julkisen ja yksityisen välisiin yhteistyöhankkeisiin (Public Private Partnership). Tässä yhteydessä on tarpeen korostaa, ettei uudella yhteistyöllä saa luoda uudelleen toisenlaisia syrjiviä menettelytapoja markkinoilla toimivien yritysten suuntaan.

Syrjivästä yhteistyöstä voidaan mainita esimerkkinä lentokoneteollisuuden tuotekehittelyohjelmien kohtaamat oikeudelliset ongelmat. Esimerkkinä voidaan mainita WTO:n sääntöjen vastaisiksi todetut lentokoneteollisuuden tuotekehittelyn tuet Yhdysvalloissa vuosina 1989–2006.⁹²⁹ Tuen antajana olivat NASA, Yhdysvaltain puolustusministeriö ja Wichitan kaupunki Kansasin osavaltiossa. Tapauksessa WTO:n Appellate Body katsoi, että julkiset kehittelytuet tekivät Boeing-yhtiölle mahdolliseksi tuoda markkinoille uuden konetyypin. NASAn antamat suorat tuotekehitys avustukset ja muut tuet vähensivät tuotekehittelyn riskiä ja ne oli tarkoitettu suoraan Boeingin uuden koneen kehittelyyn. NASAn ja Boeingin yhteisen hankkeen hyödyt koituivat pääosin yksityiselle yritykselle ja ne antoivat yhtiölle kilpailuedun Airbusiin nähden. Tuen vuoksi eurooppalainen Airbus menetti useita konetilauksia.

Julkisen vallan laitoksen kanssa toteutetun tuotekehittely-yhteistyön katsottiin tuoneen yksityiselle yhtiölle kiellettyä kilpailuetua markkinoilla, kun tuotekehittelyn hyödyt koituivat yksinomaan yhden yrityksen eduksi. Kotimaisissa yhteishankkeissakin tämä tulisi ottaa huomioon. Hankkeen ulkopuolisia yrityksiä ei saisi saattaa markkinoilla heikompaan asemaan. Komission kehittelytukea koskevissa suuntaviivoissa sallittua valtiontukea koskevia enimmäismääriä voidaan korottaa, kun kyse on yritysten yhteistoiminnasta julkisten tutkimusorganisaatioiden kanssa.⁹³⁰ Suuntaviivojen 3.2.2 luku käsittelee tilannetta, jossa arvioidaan yrityksen saamaa valtiontukea se toimiessa yhteistyössä julkisen tutkimusorganisaation kanssa. Periaate on tässäkin kuten WTO:n säännöissä, että yhteistyön tuoma taloudellinen etu ei saa koitua yksinomaan tai pääasiassa yksityiselle yritykselle.

3. *Virkamiehet yhteistyökumppaneina*

Julkisen vallan toiminnan luotettavuuden ja laadun kannalta virkamiesten asemalla ja toiminnalla on tärkeä merkitys. Virkamiesten tulee olla kyvykkäitä, tasapuo-

⁹²⁹ The Appellate Body DS 353 on Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft ("Boeing")

⁹³⁰ Yhteisön puitteet tutkimus- ja kehitystyöhön sekä innovaatiotoimintaan myönnettävälle valtiontuelle, EUVL C 323 30.12.2006, 1–26.

lisiä, luotettavia ja lahjomattomia. Virkamiehiä koskevan oikeuden yksi keskeinen piirre on ollut turvata nämä ominaisuudet. Virkamies-instituution kehityspiirteinä on nähty sellaisen työntekijäjoukon synnyttäminen, joka on lainsäätäjän käytettävissä asetettujen tavoitteiden saavuttamiseksi.⁹³¹ Lisäksi on luotu olosuhteet, joissa tuo lojaalisuus säilyy.

Viranomaisen tai virkamiehen toiminta yhdessä yksityisen kanssa näyttäytyy tässä valossa toimintana, joihin sisältyy ongelmia. Näitä ovat työnantajan vaihtaminen, esteellisyys ja sivutoimet.

Virkamiesten sivutoimet liittyvät kysymykseen virkamiesten luotettavuudesta. Valtionvarainministeriö on antanut ohjeen virkamiesten sivutoimien kohdalla noudatettavasta menettelystä. Virkamiesten sivutoimista määrää virkamieslain (750/1994) 18 §. Säännöksen tavoitteena on varmistaa virkamiesten toiminnan luotettavuus ja toiminnan tasapuolisuus sekä avoimuus.

Sivutoimia koskeva säännös ei ole estänyt virkamiesten luotettavuutta koskevia epäilyjä, sillä virkamiehen on ollut mahdollista saada virkavapaata työskenneläkseen muualla esimerkiksi yksityisessä yrityksessä sellaisella toimialalla, jota virkamies valvoo virkatehtävissään. Valtiovarainministeriön ohjeessa esitetyissä tapauksissa sivutoimia on kielletty ottamasta vastaan, kun sivutoimea harjoitetaan viranomaisen toimialueella sellaisissa tehtävissä, joita virkatyössä ehkä joudutaan valvovaan. Erityisesti on katsottu, ettei sivutoimi saa aiheuttaa esteellisyyttä eikä vaarantaa luottamusta viranomaisen toimintaan.

Helsingin sanomien uutisoinnin mukaan (24.5.2012) ympäristöministeriö aikoo kieltää kaivosyhtiöihin haluavien virkamiesten virkavapaat. Linjauksen määrittelyyn tuli tarve, kun kahdelle Pohjois-Suomen aluehallintovirastossa työskentelevälle virkamiehelle oli myönnetty virkavapaus heidän siirtyessään töihin kaivosyhtiöön. Ministeriön haluaa nyt estää virkavapaan myöntämisen lupa- ja valvonta-tehtävissä työskenteleville, jos he haluavat siirtyä kaivosyhtiöön.

Virkamiehen koskemattomuutta on eräiden näkemysten mukaan koetettu varjella sillä, että virkamiehen tehtävä olisi pysyvä ja turvattu niin, ettei hänen yksityinen hyvinvointinsa olisi riippuvainen läheisistä ja hyvistä henkilökohtaisista suhteista valvottaviin. Nyt näyttää siltä, että tämä viranomaisen luotettavaa toimintaa ylläpitävä koskemattomuus menettää merkitystään. Tehtäviä voidaan vaihtaa hallinnosta yksityiselle sektorille ja takaisin. Vaihtuvuus toki lisää asiantuntemusta,

⁹³¹ Ylikangas 1996.

mutta arvoitukseksi jää se kuinka virantoimituksessa harjoitetun valvonnan toteutus ja tehokkuus vaikuttaa mahdollisuuksiin työllistyä yksityiselle sektorille. Työllistymisvaihtoehtojen ei toki tarvitse aiheuttaa väärinkäytöksiä tai virkavelvollisuuksien rikkomista, mutta ne voivat vaikuttaa muillakin tavoilla viranomaisten toimintaan. On vaara, että viranomaisen suhtautuu eri tavalla eri asemassa oleviin asianosaisiin ja etutahoihin riippuen siitä onko kyseessä mahdollinen tuleva työnantaja vai ei. Tässä yhteydessä on hyvä muistuttaa, että virkamiesten erilaisia suhtautumis- ja työtapoja on olemassa ja niitä on tutkittukin muissa yhteyksissä.⁹³² Laaja teoreettisen ja empiirisen tutkimuksen kohde on ollut myös sääntelyloukkuna tunnettu ilmiö (regulatory capture), jonka mukaan viranomaisen toiminta muotoutuu myötäilemään sen tahon etuja, joka voi antaa viranomaiselle tai virkamiehelle eniten taloudellisia tai epäsuoria etuja syyllistymättä kuitenkaan suoranaisiin laittomuuksiin.⁹³³

4. *Julkisen omistamisen haasteet*

Julkinen valta voi toimia yksityisten kanssa yhteistyössä myös omistajana. Julkinen valta voi omistaa yhtiöitä kokonaan tai osittain, jolloin se toimii yhdessä yksityisten omistajien kanssa. Jos julkiselle omistajalle on asetettu tarkkailijoiden joukosta erityisiä toiveita eettisestä tai kestävästä toiminnasta tai johtamisesta niin siinä on luultavasti jouduttu pettymään. Pörssiyhtiöissä omistajapolitiikka keskittyy omistuksen arvon nousuun eikä muuta nähdä helposti edes mahdollisena.

”Omistajapolitiikkaa kehitetään ja valtion omistajaohjausta vahvistetaan. Valtio sitoutuu omistamiensa yhtiöiden omistaja-arvon pitkäjänteiseen kasvattamiseen. Omistajapolitiikan lähtökohtana on yhteiskunnallisesti ja liiketaloudellisesti kestävä tulos.”⁹³⁴

Käytännössä poikkeaminen pörssiyhtiöiden normaalista toiminnasta ei ole helppoa, sillä se asettaisi valtionyhtiöt erilaiseen asemaan markkinoilla. Työllisyyttä ja alueellista kehittämistä tukevan linjan noudattaminen tuntuu mahdottomalta eikä se välttämättä ole edes tarkoituksenmukaista. Valtion tai kuntien omistamat yritykset eivät voi toimia markkinoilla toisilla säännöillä kuin yksityisten omistamat yritykset. Siksi julkiseen omistukseen on suhtauduttava varauksin ja omistukselle tulee löytää kestävä perusteet. Omistus yksinomaan tulojen keräämiseksi

⁹³² Esimerkiksi May & Winter 2011 ovat tutkineet maataloustarkastajien työtapoja Tanskassa.

⁹³³ Ajatusta ovat kehittäneet mm. Stigler 1971 sekä Laffont & Tirole 1991. Ks. myös viranomaisvalvonnan tutkimuksesta esim. Siikavirta 2006.

⁹³⁴ Valtion omistajapolitiikkaa koskeva valtioneuvoston periaatepäätös 3.11.2011.

ei liene kannattavaa. Nykyaikaisessa taloudessa valtionyhtiöiden kukoistuskausi lienee ohi. Sen sijaan valtiosijoituksille voi tuki löytyä kestäviäkin perusteita. Omistamisessa vaikeuksia aiheuttaa erityisesti yhtiöiden toiminnan ja politiikan sotkeutuminen keskenään. Omistusta ja se muutoksia voidaan helposti käyttää poliittisen kannatuksen keräämisen välineenä, jolloin toiminnan ohjaus voi olla lyhytjänteistä ja poukkoilevaa.

5. *Missä julkinen valta on parhaimmillaan?*

Teoreettisella tasolla julkiselle vallalle ja valtiolle on asetettu kolme taloudellista tehtävää, jotka ovat tulonsiirtojen toteuttaminen, resurssien kohdentamisen korjaaminen ja talouden vakaudesta huolehtiminen.⁹³⁵ Yksittäisten toimenpiteiden kohdalla voidaan olettaa julkisen vallan päättävän sellaisten tavaroiden ja palveluiden tuottamisesta, joita ei voida tuottaa tehokkaasti tai hyväksyttävällä tavalla markkinoilla. Silloin joudutaan päättämään kuka tuottaa, miten tuotetaan ja kenelle tuotetaan.⁹³⁶ Tähän joukkoon voidaan lukea sellaiset palvelut, joiden tulee olla kaikkien saatavissa kuten esimerkiksi koulutus, terveydenhuolto, oikeuspalvelut ja sisäinen ja ulkoinen turvallisuus. Näiden palvelujen tärkeyttä voidaan pitää arvovalintana mutta ne ovat selkeästi myös taloudellisen tehokkuuden kannalta elintärkeitä, kuten edellä kuvatut kansainväliset hyvinvointivertailut osoittavat.

Julkisen vallan taloudellisten tehtävien lisäksi sen tulee luonnollisesti luoda yhteiskunnan toiminnan vaatimat säännöt ja ylläpitää niitä. Tämä tapahtuu länsimaisissa oikeusvaltioissa valtiosäännön mukaan poliittisen päätöksenteon kautta.

Edellä mainittujen julkiselle vallalle ehdotettujen tehtävien ohella voidaan pohtia missä julkisen vallan toiminta on parhaimmillaan. Julkisen toimijan vahvuudet ovat olleet perinteisesti yhdenvertaisessa, avoimessa ja sekä sisäisen että ulkopuolisen kontrollin alaisessa luotettavassa toiminnassa, jossa on tarjottu kansalaisille lakiin perustuvia palveluja tai tavaroita.⁹³⁷ Päätettäessä yksilön tai yhteisön oikeuksista ja velvollisuuksista nämä ovat olleet luontevia toiminnan lähtökohtia. Nämä vahvuudet eivät ole samalla tavalla esillä toimittaessa markkinoilla tavarantoiminnan tai palvelujen tarjoajana tai yhteistyössä yksityisen yhteisön kanssa.

⁹³⁵ Musgrave 1959.

⁹³⁶ Stiglitz 1988.

⁹³⁷ Lakiperusteisuus johtuu luonnollisesti siitä, että tavarat tai palvelut on koettu yhteiskunnassa niin tärkeiksi, että niiden tuotantoa ei ole voitu jättää yksin markkinoiden tehtäväksi.

Oliver Williamsonin mukaan toiminnan organisoiminen julkisen vallan tehtäväksi on erityisen tarkoituksenmukaista ja taloudellisesti tehokasta silloin, kun toiminnan kannalta on tärkeintä välttää erilaiset rikkomukset (probity), jollaiseksi luetaan myös tavaran tai palvelun laadun poikkeamat.⁹³⁸ Erilaisia toiminnalle luonteenomaisia ongelmia olivat Williamsonin yksinkertaistetun esitystavan mukaan kustannusten hallinta, rikkomusten estäminen ja keskinäisen riippuvuuden estäminen. Julkisen vallan käytössä tuntuu olennaiselta tavoitteelta välttää erilaiset toiminnan harjoittajan rikkomukset. Sen sijaan tavaroiden ostamisessa keskeinen ongelma olisi kustannusten hallinta. Tähän luotettavuuden ylläpitämiseen tähtäävät monet suomalaisen hallinto-oikeuden ja myös perustuslain säännökset. Julkisen vallan käytön tulee olla lakiin perustuvaa, julkista, luotettavaa ja tarkoitussidonnaista. Pohdittaessa mitä tehtäviä voidaan antaa vaikkapa perustuslain 124 §:n mukaan yksityisen sektorin hoidettavaksi tästä toimintojen luonteesta lähtevästä tarkastelusta voi olla apua säännöksen tulkintaan. Merkittävänä julkisen vallan käyttönä olisi pidettävä sellaista toimintaa, jossa luottamuksen säilyttäminen on yhteiskunnan kannalta tärkein seikka. Yksityinen sektori ei lähtökohtaisesti toimi avoimella ja tasa-arvoisella tavalla. Sen lähtökohdat ovat enemmänkin myynnin, tuotannon ja tuloksen kasvattaminen, joka toteutuu esimerkiksi asiakkaiden erilaisella segmentoidulla kohtelulla.

Luottamuksen ja toiminnan luotettavuuden vaatimuksen arviointi ei tietenkään ole yksiselitteistä. Jos toiminta on luoteeltaan salaista eli toimijoiden keskinäiseen tietoon jäävää, on luonnollista, että yleisön luottamuksen säilyttäminen on vaikeaa. Julkisen vallan tulisi siten olla siinä toimijana.

Puhuttaessa julkisen ja yksityisen välisen yhteistyön lisäämisestä ja hyödyllisyydestä tulee muistaa, että siinä voidaan nähdä myös ongelmia ja suoranaisia vaaroja. Julkiselta vallalta odotettu toiminnan tasapuolisuus, avoimuus ja julkisuus eivät saa vaarantua yksityisen kanssa harjoitetun yhteistoiminnan vuoksi. Nämä tekijät ovat tärkeitä paitsi yksilön niin myös markkinoilla toimivien yritysten kannalta. Yrityksen paremman kilpailukyvyn havittelu julkisen ja yksityisen välisen yhteistoiminnan avulla ei näytä tarkoituksenmukaiselta eikä sellaista tulisi sallia. Julkisen ja yksityisen välisen yhteistoiminnan tulee tavoitella laajempia yhteiskunnallisia ja kansantaloudellisia hyötyjä.

Tässä esiintuotujen seikkojen valossa näyttää siltä, että julkisen ja yksityisen väliseen yhteistyöhön liittyy ongelmia jotka on syytä ottaa huomioon. Yhteistyöhön pitäisikin suhtautua varauksella. Yhteistyön ominaispiirteitä ja toteutustapoja tuli-

⁹³⁸ Williamson 1999.

si ehdottomasti tutkia laajemmin. Tässä ei ole pohdittu yhteistyön tuomia etuja, joita varmasti on. Yhteistyön tulee kuitenkin tapahtua viranomaisten luotettavuuden ja toiminnan tasapuolisuuden ehdoilla. Yhteistyöstä tulee luopua, jos luottamus ja tasapuolisuus ovat uhattuna. Silloin toimintaan normaalilla hyvän hallinnon ehdoilla, joihin yksityisillä ei liene paljon huomauttamista.

Tästä kirjoituksesta ilmenee varmasti epäilykseni julkisen ja yksityisen välisen yhteistyön tarkoituksenmukaisuutta kohtaan. Toisaalta ei voida väittää, että vastakkainasettelulla voitaisiin erityisesti kehittää yhteiskuntaa. Oikea tasapaino ja oikeat tehtävät on vain ajan myötä löydettävä. Maailma ei ole mustavalkoinen vaan – värikäs.

Lähteet

Halonen, J. Rauhanen, T. & Siivonen, E. (2010). Julkisten organisaatioiden veroetuudet. Valtion taloudellinen tutkimuskeskus. VATT Valmisteluraportit 3/2010. Saatavissa http://www.vatt.fi/file/vatt_publication_pdf/valm.rap.3.pdf

Laffont, J.-J. & Tirole, J. (1991). The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture. *The Quarterly Journal of Economics* 106: 4, 1089–1127.

Maa- ja metsätalousministeriö (2009). Metsätalouden edistämisorjainstituutioiden kehittämishanke. Väli­raportti 5.11.2009, 9–10.

May, P. J. & Sørensen, C. W. (2011). Regulatory enforcement styles and compliance. Teoksessa C. Parker & V. L. Nielsen (Toim.). *Explaining Compliance. Business Responses to Regulation*. UK: Edward Elgar. 222–244.

Musgrave, R. A. (1959). *The Theory of Public Finance: Study in Public Economy*. New York: McGraw-Hill.

Siikavirta, K. (2006). Oikeuden ja politiikan yhtymäkohdassa. esimerkkinä ympäristönsuojelu. Helsinki. 38–43.

Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Management* 2. Spring 1971, 3–21 .

Stiglitz, J. E. (1988). *Economics of Public Sector*. New York: Norton.

Williamson, O. E. (1999). Public and Private Bureaucracies: a Transaction Cost Economics Perspectives. *Journal of Law Economics & Organization* Mar, 306–342.

Ylikangas, H. (1996). Autonomisen Suomen virkamieseliitti. Teoksessa Suomen keskushallinnon historia 1809–1996. Helsinki: Hallintohistoriakomitea. 427–516.

REGLER OM SPRÅKANVÄNDNING I HORISONTELLA FÖRHÅLLANDEN I DE NORDISKA LÄNDERNA: NÅGRA OBSERVATIONER UTIFRÅN DEN EUROPEISKA SPRÅKSTADGAN

Markku Suksi

1. Inledning

Olika stater har vanligtvis infört regler om språkanvändning inom ramen för den vertikala dimensionen mellan det allmänna och den enskilde, dvs. för situationer där offentlig makt utövas i förhållande till den enskilde och i vilken offentliga uppgifter handhas av främst myndighetsorganisationen. Situationer av detta slag påverkar också språkanvändningen i den horisontella dimensionen mellan två enskilda parter. Det att ett enda språk fastställts som det officiella språket behöver emellertid inte betyda att staten kan ingripa i den horisontella dimensionen, dvs. i användning av språk av individer, privata företag och föreningar, när dessa enskilda umgås med varandra privat eller inom det offentliga rummet. I det fall att staten ändå gör detta och begränsar användningen av ett minoritetsspråk i den horisontella dimensionen, beträder staten området för yttrandefrihet och möjligen även området för privatlivet och personlig integritet.⁹³⁹ Av den orsaken kan man fråga sig följande beträffande de nordiska länderna: Hur långtgående regler kan man införa i lagstiftningen beträffande den horisontella dimensionen? Vilka områden täcks i de nordiska länderna av språklagstiftning? I vilken utsträckning är enspråkigheten understödd som en social modell eller befrämjar lagstiftningen individuell och samhällelig flerspråkighet? På vilket sätt skiljer lagstiftningen mellan den offentliga och den privata sfären?

Det är förvånansvärt svårt att finna entydiga svar på dessa frågor redan inom ett så avgränsat område som Norden med endast fem stater (Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige) och tre självstyrande områden (Åland, Färöarna och Grönland).⁹⁴⁰ De olika staternas situation föranleder olika och innehållsmässigt varierande svar, vilka åtminstone i viss utsträckning påverkas av två faktorer,

⁹³⁹ Se även Urrutia Libarona 2012: 448. Beträffande en kommentar till art. 13 i språkstadgan, se Urrutia Libarona 2012: 445–484. Om grundrätts- och människorättsaspekter hos rättstvister mellan enskilda, se Länsineva 2011.

⁹⁴⁰ Se även Nordens språk med rötter och fötter, 2004.

nämligen folkrätt och statsförfattningsrätt. Vad gäller folkrätten tänker man främst på internationella mänskliga rättigheter, medan man inom statsförfattningsrättens område kunde försöka identifiera några allmänna principer för hur de nationella lagstiftarna använder sina normativa maktbefogenheter inom området för språk. Nationell statsförfattningsrätt kan innehålla normer om språk, men åtminstone där den inte gör det verkar följden bli en implicit bestämning av ett dominant statsspråk genom bruket av majoritetsspråket.⁹⁴¹

2. *Minoritetsspråk i den europeiska folkrätten*

2.1. *Europeiska regler om rättigheter för användare av minoritetsspråk*

I det europeiska rummet har Europeiska människorättskonventionen (EMRK) främst betydelse inom området för negativa förpliktelser när traditionella medborgerliga och politiska rättigheter tolkas i ett minoritetssammanhang. När det gäller föreningsfriheten, kan minoriteter inte förnekas möjligheten att organisera sig i form a juridiska personer genom att staten avslår registreringsansökningar för sådana föreningar som personer tillhörande t.ex. språkliga minoriteter önskar grunda.⁹⁴² När det gäller yttrandefriheten kan man konstatera att yttranden är skyddade oberoende av deras innehåll och språk, och i situationer i vilka yttranden har politiskt innehåll är vilken som helst inblandning från statens sida regelmässigt ägnad att aktivera en strikt prövning i Europeiska människorättsdomstolen (EMRD). Praxis från EMRD verkar antyda att språkliga minoriteter har rätten att fungera på sitt språk inom den horisontella dimensionen i stöd av de allmänna fri- och rättigheterna, medan språkliga minoriteter inte kan räkna med att ha subjektiva rättigheter inom den vertikala dimensionen för språkanvändning, förutom när det gäller minoritetens rätt att grunda skolor för undervisning på minoritetsspråk.

⁹⁴¹ Även om EU:s 23 officiella språk är primärt avsedda att fungera inom den vertikala dimensionen, betyder det stora antalet officiella språk att språkanvändning inom den horisontella dimensionen understöds och möjliggörs i varje stat, vilket blir viktigt särskilt i sådana medlemsstater som utöver majoritetsspråket har något annat officiellt språk (såsom Finland, Italien, Belgien, Irland) eller som har minoritetsspråk som samtidigt är EU:s officiella språk (såsom Slovenien, Rumänien, Österrike, Danmark, Tyskland, Slovakien och Litauen). Dessutom finns det en del sekundärrätt som har återverkningar inom den horisontella dimensionen. Se t.ex. Council Directive 67/548/EEC of 27 June 1967 on the approximation of laws, regulations and administrative provisions relating to the classification, packaging and labeling of dangerous substances, OJ 196, 16/08/1067.

⁹⁴² Se fallet *Gorzelik and Others v. Poland* (European Court of Human Rights, Judgment of 17 February 2004) och där nämnda rättsfall. I *Gorzelik*-fallet erkändes staten dock rätten att förvägra registrering av ett minoritetsparti vars syfte var att lägga beslag på ett minoritetsmandat i parlamentet utan att tillämpande lagstiftning om förvärvandet av mandatet existerade.

Denna hållning som begränsar statens möjligheter att vidta åtgärder inom den horisontella dimensionen av språkanvändning framgår också av Europarådets ramkonvention för skydd av nationella minoriteter (härefter: ramkonventionen).⁹⁴³ Ramkonventionen är främst relevant beträffande statens åtgärder inom den vertikala dimensionen, dvs. i förhållande till offentlig makt som utövas av staten. Vissa aspekter hos de språkliga garantierna är emellertid också relevanta inom den horisontella dimensionen. I dessa fall liknar frågeställningarna i princip de allmänna rättigheter och friheter som EMRK etablerar, nämligen föreningsfriheten, församlingsfriheten och särskilt yttrandefriheten. Den tämligen begränsade reglering som ramkonventionen innehåller beträffande den horisontella dimensionen utgår främst från negativa förpliktelser: staten borde avhålla sig från att etablera regler eller förfaranden som begränsar språkliga minoriteters friheter. Det här är uppenbart i stöd av tolkningar av artiklarna 10 och 11 i ramkonventionen, men därtill finns andra artiklar i ramkonventionen som innehåller liknande skrivningar. I själva verket kan lagstiftning om minoritetsspråk vara enligt ramkonventionen högst önskvärd men inte absolut nödvändig så länge det inte förekommer begränsningar beträffande privat användning av språk.⁹⁴⁴

Tolkningarna som gäller den horisontella dimensionen är inte väldigt många,⁹⁴⁵ men de som finns åskådliggör det manövreringsutrymme som staten har i stöd av ramkonventionen. Obligatorisk användning av statsspråket borde inte utsträckas utanför den offentliga sfären, lagstiftningen borde inte inkräkta på användningen av minoritetsspråk inom privatlivet, särskilt om den påverkar privata organisationer eller affärsföretag, personer som hör till nationella minoriteter har rätt att använda sitt språk på skyltar och andra igenkänningstecken som kan ses av allmänheten, myndigheterna har inte rätt att föreskriva användningen av ett visst alfabet p.g.a. att alfabetet utgör en inneboende del av en persons språk⁹⁴⁶ och myndigheterna har inte rätt att påtvinga ett sådant namnskick för privatpersoner som inte överensstämmer med det som används inom minoriteten.⁹⁴⁷

Ramkonventionen innehåller således ett relativt klart element av skydd av minoritetsspråk inom den horisontella dimensionen. Som en allmän utgångspunkt gäller att det förefaller vara legitimt för stater att befrämja användningen av ett officiellt

⁹⁴³ Se lagen (11/1998, av den 3 oktober 1997) och förordningen (2/1998) om ramkonventionen för skydd av nationella minoriteter, ratificerad av Finland den 3 oktober 1997.

⁹⁴⁴ de Varennes 2005: 307.

⁹⁴⁵ de Varennes 2005: 306.

⁹⁴⁶ Det bör dock märkas att ramkonventionens art. 11(1) inte kräver att myndigheterna beaktar bokstäver från ett alfabet som inte används officiellt av myndigheterna. Detta betyder att en individ inte kan tvinga myndigheterna att använda ett visst alfabet.

⁹⁴⁷ de Varennes 2005: 336 f.

språk och säkra skyddet för det, men statens åtgärder borde samtidigt inte förhindra personer som tillhör en nationell minoritet att använda deras språk fritt och utan inblandning både i privata och offentliga sammanhang. Enligt de Varennes kan myndigheterna inte ingripa i användningen av ett nationellt minoritetsspråk av orsaker som sammanhänger med policy, skydd eller befrämjande av ett officiellt språk eller statsspråk även om statsförfattningen själv skulle innehålla en grund för dylika åtgärder. Ramkonventionens art. 10(1) och art. 11(2) jämte yttrandefriheten kan inte begränsas genom sådana argument som allmänt intresse som definieras av staten, utan de är i princip påverkade av samma begränsningsgrunder som tillämpas på basis av MP-konventionen och EMRK, nämligen absolut nödvändighet i ett så kallat demokratiskt samhälle av orsaker som sammanhänger med allmän ordning, säkerhet och moral. Nivån hos standarden är således satt väldigt högt och den kan vara svår att uppnå av en stat. Såsom de Varennes påpekar så är det dock en missuppfattning hos många stater att skyddet och befrämjandet av det officiella språket är en tillräcklig orsak att åsidosätta rättigheter som gäller i stöd av ramkonventionens art. 10(1) och även i stöd av yttrandefriheten.⁹⁴⁸

2.2. *Skydd för och befrämjande av minoritetsspråk*

Konsekvenserna av ramkonventionen inom den horisontella dimensionen är blygsamma jämfört med den potential som ingår i Europeiska stadgan om landsdels- eller minoritetsspråk (härefter: språkstadgan) som antogs av Europarådet år 1992.⁹⁴⁹ Språkstadgan är speciell av den orsaken att den egentligen erbjuder för staterna en meny av alternativ bland vilka varje stat kan välja den lämpliga nivån av förpliktelser. Språkstadgan är speciell också av den orsaken att den inte skapar rättigheter för individer, utan avser språk som sådana. De flesta bestämmelserna fokuserar på språkanvändning inom den vertikala dimensionen, men redan i artikel 11 om media och artikel 12 om kulturella aktiviteter och institutioner öppnar upp möjligheter för tillämpning av stadgan inom den horisontella dimensionen.

⁹⁴⁸ de Varennes 2005: 308–309. Språklagstiftning som skyddar det ena bestämda officiella språket har antagits i bl.a. Frankrike (1993) och Polen. Ett särskilt undantag kunde gälla för vissa extraordinära omständigheter, såsom när man krävde i vissa romansch-talande kommuner i den schweiziska kantonen Graubünden att texten även på privata skyltar på allmänna platser skulle vara uteslutande på romansch (dvs. rätoromanska). Den rådgivande kommittén tillade dock åsikten om att rätoromanskan skulle skyddas lika bra genom tvåspråkiga skyltar.

⁹⁴⁹ Europeiska stadgan om landsdels eller minoritetsspråk (FördrS 23/1998). Finland undertecknade språkstadgan den 5 november 1992 och ratificerade den den 1 mars 1998, då språkstadgan trädde ikraft internationellt. Om förklaringar som Finland avgett vid ratifikationen, se förordningen (23/1998).

Det viktigaste fördragsrummet i detta avseende utgörs av art. 13 om ekonomiska och sociala förhållanden. I art. 13, första stycket, förbinder sig parterna till ett antal ”negativa” förpliktelser inom området för hela staten i syfte att upprätthålla språkliga minoriteters frihet:

- a) att från sin lagstiftning avlägsna varje bestämmelse som oberättigat förbjuder eller begränsar användningen av landsdels- eller minoritetsspråk i handlingar som har avseende på ekonomiska och sociala förhållanden, särskilt i anställningsavtal och i tekniska dokument som t.ex. bruksanvisningar för varor och utrustning,
- b) att förbjuda att klausuler som utesluter eller inskränker användningen av landsdels- eller minoritetsspråk införs i företags interna regler och privata handlingar, åtminstone mellan dem som använder samma språk,
- c) att motsätta sig praxis som avser att motverka användning av landsdels- eller minoritetsspråk i ekonomisk eller samhällelig verksamhet,
- d) att underlätta och/eller uppmuntra användning av landsdels- eller minoritetsspråk med andra medel än vad som anges i föregående punkter.

När det gäller punkterna a, b och c så etablerar fördragsrummet egentligen en gräns för stater kring hur långt de kan gå i regleringen av minoritetsspråk i den horisontella dimensionen, medan punkt d kan uppfattas som en brygga till de positiva förpliktelser som uppräknas i art. 13, andra stycket. Punkterna a – c svarar därför åtminstone i viss utsträckning på frågan om hur långt staten kan gå i gynlandet av majoritetsspråket och i begränsandet användningen av minoritetsspråket. Punkterna a – c kan uppfattas som *skydd* av minoritetsspråket gentemot tryck (i ond tro?) från majoritetsspråket genom att punkterna pekar ut områden vilka staten och privata aktörer inte borde beträda.

I art. 13, andra stycket, förbinder sig parterna i fråga om ekonomisk och samhällelig verksamhet, i den utsträckning de offentliga myndigheterna är behöriga på territorier där landsdels- eller minoritetsspråk används och inom rimliga gränser, till ett antal positiva åtgärder för att befrämja användningen av landsdels- eller minoritetsspråk i en omgivning där minoritetsspråket förekommer i anslutning till majoritetsspråk:

- a) att i sina regler för finansinstitut och banker inbegripa bestämmelser som, genom förfaringssätt som är förenliga med god affärsmannased, medger användning av landsdels- eller minoritetsspråk vid utfärdande av skuldebrev (checkar, växlar, osv.) eller andra betalningsförbindelser, eller, om lämpligt, att tillse att sådana bestämmelser införs,

- b) att på de ekonomiska och samhällseliga sektorer som direkt lyder under dem (den offentliga sektorn) vidta åtgärder för att främja användning av landsdels- eller minoritetsspråk,
- c) att tillse att i social omsorg vid institutioner, såsom sjukhus, pensionärs- hem och vårdhem, möjlighet erbjuds att ta emot och behandla dem som använder landsdels- eller minoritetsspråk på deras eget språk när dessa är i behov av vård på grund av ohälsa, hög ålder eller av annan orsak,
- d) att på lämpligt sätt tillse att säkerhetsanvisningar också avfattas på landsdels- eller minoritetsspråk,

att tillse att den information om konsumenters rättigheter som ges ut av de behö- riga myndigheterna tillhandahålls på landsdels- eller minoritetsspråk.”

Till åtskillnad från art. 13, första stycket, anger punkterna i art. 13, andra stycket, för staterna hur långt de borde gå i regleringen av användningen av minoritets- språk inom den horisontella dimensionen. Avsikten är här att möjliggöra använd- ningen av minoritetsspråk inom den horisontella dimensionen genom att berätta för staterna att de borde göra mera inom detta område och i själva verket beträda området för horisontella förhållanden. Andra stycket i art. 13 handlar därför om *befrämjande* av användningen av minoritetsspråk inom den horisontella dimens- ionen på ett sätt som identifierar områden vilka staten och privata aktörer borde beträda när de befrämjar användningen av minoritetsspråk inom den horisontella dimensionen.

Det är uppenbart i stöd av de olika alternativen som staten kan välja bland det utbud som art. 13 erbjuder att en omfattande tillämpning av art. 13, andra stycket, kan utsträcka sig långt in på de mest typiska horisontella förhållandena som om- fattas av traditionell privaträttslig reglering. Artikel 13 använder sig av två olika regleringssätt, ett som syftar till skydd genom att förbjuda ingripanden och ett annat som syftar till befrämjande genom positiva åtgärder.⁹⁵⁰ I detta avseende står art. 13 tämligen väl i linje med åsikter som FN:s människorättskommitté företrätt utifrån art. 27 i FN:s konvention om de medborgerliga och språkliga rättigheter- na.⁹⁵¹ Frågan är givetvis i vilken utsträckning de nordiska staterna valt att för-

⁹⁵⁰ Urrutia Libarona 2012: 451–453.

⁹⁵¹ Artikel 27: “I de stater där det finns etniska, religiösa eller språkliga minoriteter skall de som tillhör sådana minoriteter ej förvägras rätten i gemenskap med andra medlemmar av sin grupp ha sitt eget kulturliv, att bekänna sig till och utöva sin egen religion eller att använda sitt eget språk.” Fördragsrummet tryggar således språkanvändning främst inom den horisontella di- mensionen. General Comment No. 23 av FN:s människorättskommitté om ”the rights of mi- norities” nämner emellertid i punkterna 6.1 och 6.2 att fördragsrummet också kan anses förut- sätta visa positiva åtgärder från statens sida.

binda sig till de alternativ som art. 13 erbjuder och i förhållande till vilka språk? Svaret framgår av tabell 1, nedan, som återspeglar ratifikationsstatus och förklaringar till artikeln i slutet av februari 2012. Det bör observeras att en stat som ratificerar språkstadgan är enligt art. 2(2) i språkstadgan förpliktad att välja åtminstone ett åtagande i art. 13. Denna miniminivå av åtaganden uppvisas endast av Sverige, medan Norge överskrider denna miniminivå med ett åtagande.

Tabell 4. Nordiska staters åtaganden beträffande art. 13 i språkstadgan

| | Danmark <i>-tyska</i> | Finland <i>-samiska, svenska</i> | Island <i>-</i> | Norge <i>-samiska</i> | Sverige <i>-samiska, finska, meänkieli</i> |
|----------|--------------------------|---|--------------------|--------------------------|---|
| Stycke 1 | | | | | |
| A | x | x | x | | x x x |
| B | | | | | |
| C | x | x | x | | |
| D | x | x | x | | |
| Stycke 2 | | | | | |
| A | | | x | | |
| B | | x | x | | |
| C | x | x | x | x | |
| D | | | x | | |
| E | | | x | x | |

Som det framgår av tabellen så har Island inte ratificerat språkstadgan, endast undertecknat den, måhända därför att det inte finns några sådana språkliga minoriteter på Island som skulle vara relevanta med utgångspunkt i språkstadgan. Man kan troligtvis anta, att de övriga fyra staterna i Norden som undertecknat och ratificerat språkstadgan har gjort det mot bakgrunden av karaktären och nivån hos den reglering som gällt i respektive stat vid tidpunkten för ratificeringen. En sådan förhållning skulle förmedlas av att staten normalt skulle vilja förbinda sig internationellt till förpliktelser med avseende på sådana nationella arrangemang som redan existerar för att inte orsaka ett fördragsbrott beträffande språkstadgan omedelbart efter ratificeringen.

För Danmarks del nämns endast det tyska språket, medan färöiskan och grönländskan betraktas, enligt Danmarks förklaring till språkstadgan, som sådana reg-

ionala språk som åtnjuter en hög nivå av språkskydd i deras egenskap av självstyrande områden. För Finlands vidkommande nämns endast samiskan och svenskan, medan romani, karelska och även andra språk förklaras utgöra i språkstadgans art. 7 avsedda icke-territoriella språk. För Norges del nämns samiskan. För Sveriges vidkommande nämns samiskan, finskan och meänkieli, medan romani chib och yiddish hänvisas till som icke-territoriella språk avsedda i art. 7. Finlands och Sveriges förpliktelser illustrerar att två eller flera minoritetsspråk i ett och samma land kan åtnjuta olika skyddsnivåer i stöd av språkstadgan.⁹⁵² Samtidigt är det emellertid klart i stöd av förklaringarna beträffande språken till språkstadgan att nationalspråket inte blir ett i språkstadgan avsett minoritetsspråk i någon av staterna på ett sådant sätt att en ”minoritet-i-minoritet”-situation skulle kunna uppstå för den språkliga majoritetsbefolkningen på något område på statens territorium.

När det gäller punkt b i art.13, första stycket, om att förbjuda att klausuler som utesluter eller inskränker användningen av landsdels- eller minoritetsspråk införs i företags interna regler och privata handlingar, åtminstone mellan dem som använder samma språk, kan man konstatera att inte ett enda nordiskt land förbundit sig till detta åtagande. Detta kan vara en konsekvens av den självklara naturen hos yttrandefrihet: dylika klausuler och förfaranden skulle ändå vara förbjudna. Situationen är emellertid inte helt okomplicerad inom den privata sfären, och en orsak till att inga åtaganden existerar inom detta område kan vara oviljan att ingripa i affärsföretags interna autonomi. Inom detta område kunde alltså staterna i princip gå längre i sin reglering, men de har valt att inte göra så inom ramen för den internationella förpliktelsen.⁹⁵³

Tre stater (Danmark, Finland, Sverige) har förbundit sig till punkt a i första stycket om att från sin lagstiftning avlägsna varje bestämmelse som oberättigat förbjuder eller begränsar användningen av landsdels- eller minoritetsspråk i handlingar som har avseende på ekonomiska och sociala förhållanden, särskilt i anställningsavtal och i tekniska dokument som t.ex. bruksanvisningar för varor och utrustning. Det tillåtande villkoret ”justifiable reasons” förekommer i den auktoritativa engelskspråkiga versionen av artikeln, medan den svenska översättningen i Finland verkar innehålla ett fel i detta avseende. Det förefaller emellertid som om det var tämligen lätt för en stat att lova att den inte blandar sig i minoritetsspråksanvändning inom dessa områden för ekonomi och samhällsliv. En annan klausul

⁹⁵² Finland har till språkstadgan meddelat att svenskan hör till den i språkstadgans art. 3, 2. stycket, skapade kategorin ”mindre använt officiellt språk”.

⁹⁵³ Urrutia Libarona 2012:460, påpekar att bestämmelsen inte avser muntlig användning av språket.

som tre stater (Danmark, Finland, Norge) förbundet sig att iaktta är punkt c i andra stycket, som har till syfte att säkerställa att i social omsorg vid institutioner såsom sjukhus, pensionärshem och vårdhem, möjlighet erbjuds att ta emot och behandla dem som använder landsdels- eller minoritetsspråk på deras eget språk när dessa är i behov av vård på grund av ohälsa, hög ålder eller av annan orsak. Fördragsrummet är relevant även för sådan åldringsvård som arrangeras på privaträttslig basis, och det kan framföras att staten borde understöda en sådan offentlig uppgift på en sådan basis som är likställd i förhållande till offentliga former för åldringsvård. Sverige har ännu inte förbundet sig till detta åtagande, även om den relativt nya språklagstiftningen (se nedan, stycke 3.3.) förefaller täcka situationer av detta slag.

När det gäller skilda minoritetsspråk verkar det som om svenskan i Finland fick det mest omfattande skyddet och befrämjandet i stöd av art. 13 i och med att alla åtaganden förutom punkt b i första stycket är ikraft. Befrämjandenivån för samiskan i Finland är något lägre, även om skyddsnivån inom den horisontella dimensionen är densamma som för svenskan. I Danmark erhåller tyskan en hel del skyddsåtaganden inom den horisontella dimensionen, men inte mycket befrämjande, medan samiskan inte verkar åtnjuta omfattande skyddsåtaganden men befrämjas däremot inom den privata sfären. I Sverige erhåller samiskan, finskan och meänkieli ett minimiskydd inom den horisontella dimensionen. Vad gäller den så kallade ”samiskan” är det inte klart i stöd av utfästelserna att samiskan egentligen består av sammanlagt nio olika språk. Till exempel i Finland finns tre olika samiska språk, nordsame, Enaresame och skoltsame, medan åtagandet verkar utgå ifrån att de utgör ett enda språk. Åtminstone de finska statsrapporterna utgår emellertid ifrån det faktum, att det existerar flera samiska språk i Finland och att de är alla relevanta som separata språk i förhållande till språkstadgan.

3. Statsförfattningsrätt

3.1. Olika slag av konstitutionella regler

Regler om användning av olika språk i ett land beror mera på nationell lagstiftning än på folkrätten. På den nationella nivån är det vanligtvis statens grundlag som etablerar det regelverk som anger den nationella lagstiftarens verksamhetsutrymme när man överväger godkännandet av regler om språkanvändning.

När det gäller bestämmelser i statsförfattningen förefaller regleringen i Norden leda till samhällen som på det hela taget liknar varandra. Detta gäller åtminstone utfallet av statsförfattningsrättsliga regler när vanlig lag tillämpas i konkreta fall på enskilda individer. Med avseende på statsförfattningsrättsliga regler beträff-

fande språk är de nordiska länderna emellertid mycket olika varandra. Det har traditionellt funnits mera språkreglering i Finland än i de övriga nordiska länderna, något som grundrättighetsreformen i mitten av 1990-talet och grundlagsreformen år 2000 förstärkte. Den internationella uppmärksamheten under de två senaste decennierna på minoriteter och även språk har emellertid lämnat sina spår även i de övriga nordiska länderna. I och med att det i skrivande stund pågår en grundlagsstiftningsprocess på Island, tar denna artikel inte Island i beaktande, utan konstaterar endast att den gällande isländska grundlagen inte innehåller någon hänvisning till språk.

3.2. *Finland*

Finlands grundlag innehåller i 17 § 1 mom. ett erkännande av två nationalspråk, finska och svenska, medan 17 § 3 mom. öppnar upp ett utrymme även för andra språk genom att uttryckligen nämna samiskan, romani och teckenspråket. I grundlagens 17 § 2 mom., första satsen, ingår en mera detaljerad bestämning om hur finskan och svenskan skall hanteras inom den vertikala dimensionen, men lagrummets andra sats formuleras på ett bredare sätt och kan också användas som en plattform för skapandet av bestämmelser som fungerar inom den horisontella dimensionen. Lagrummet fastslår att ”[d]et allmänna skall tillgodose landets finskspråkiga och svenskspråkiga befolknings kulturella och samhällsliga behov enligt lika grunder”, och i förhållande till den horisontella dimensionen är det särskilt den relativt breda hänvisningen till ”samhällsliga behov” som kan erbjuda en grund för lagstiftarens åtgärder inom den horisontella dimensionen.

I jämförelse med den mångfald av språkregler som i Finland fungerar inom den vertikala dimensionen utgör horisontella språkregler en mindre kategori och förekommer inte i lagar godkända av riksdagen i samma utsträckning som vertikala språkregler. I stöd av en sökning i den nationella normdatabasen Finlex kan man komma fram till resultatet att det finns allt som allt 214 normer i kraft i Finland (Åland undantaget) i vilka det hänvisas till ”svensk*” och ”finsk*” på tio ords avstånd från varandra. Även om de flesta av dessa normer reglerar den vertikala dimensionen, är en mindre del av dessa normer, möjligen just över 15 %, emellertid relevanta inom den horisontella dimensionen genom att de reglerar språkanvändning inom den privata sfären.⁹⁵⁴ I de flesta fallen gäller dessa normer pro-

⁹⁵⁴ Se t.ex. Justitieministeriets förordning om information om livförsäkring (177/2011), Lag om tillämpning av rådets förordning om underhållsskyldighet (1077/2010), Lag om produkter och utrustning för hälso- och sjukvård (629/2010), Betaltjänstlag (290/2010), Lag om fartygspersonal och säkerhetsorganisation för fartyg (1687/2009), Lag om yrkeskompetens för taxiförare (695/2009), Social- och hälsovårdsministeriets förordning om detaljhandelsförsäljningen av

duktinformation (produkternas säkerhetsföreskrifter, information om matvarors ingredienser, etc.) eller motsvarande omständigheter som konsumenten bör upplysas om, främst på båda språken. I vissa lagar bestäms språket till antingen finska eller svenska. Som ett enskilt och udda exempel i sammanhanget kan som exempel på hur horisontella språkregler formuleras i det normativa systemet framföras justitieministeriets förordning om information om livförsäkring (177/2011). I förordningens 1 § om skyldigheten att lämna information om livförsäkring konstateras följande: ”Utöver vad som föreskrivs i 5–8 § i lagen om försäkringsavtal (543/1994) ska försäkringsgivaren skriftligen lämna livförsäkringstagaren den information som anges i denna förordning. Informationen ska vara klar och begriplig och avfattad på finska eller svenska enligt försäkringstagarens eget val. Informationen får på försäkringstagarens begäran lämnas också på något annat språk.”⁹⁵⁵

Det förefaller i stöd av denna ytliga sammanställning av normer som föreskriver användning av finska och svenska inom den horisontella dimensionen som om dessa normers antal varit stadd i en ökning under de två senaste decennierna. Även om detta kunde anses vara en följd av en ökad fokusering på grundläggande rättigheter i allmänhet, kan en sådan empirisk slutsats inte dras helt utan vidare, eftersom horisontella språknormer existerat även innan grundrättighetsreformen i mitten av 1990-talet. Därtill kan vissa horisontella normer ha upphävts. Ett exempel på detta är lagen om samarbete inom företag (725/1978), till vilken 11 § 6

tobaksprodukter och rökdon (99/2009), Lag om krav på ekodesign för och energimärkning av produkter (1005/2008), Försäkringsbolagslag (521/2008), Statsrådets förordning om maskiners säkerhet (400/2008), Foderlag (86/2008), Lag om värdepappersföretag (922/2007), Kreditinstitutslag (121/2007), Lag om säkerhet och utsläppskrav i fråga om vissa fritidsbåtar (621/2005), Lag om kosmetiska produkter (22/2005), Handels- och industriministeriets förordning om förpackningspåskrifter för livsmedel (1084/2004), Lag om vissa tekniska anordningars överensstämmelse med gällande krav (1016/2004), Statsrådets förordning om uppgifter som skall lämnas om konsumtionsvaror och konsumenttjänster (613/2004), Lotsningslag (940/2003), Fordonslag (1090/2002), Lag om andelsbanker och andra kreditinstitut i andelslagsform (1504/2001), Sparbankslag (1502/2001), Lag om affärsbanker och andra kreditinstitut i aktieföretagsform (1501/2001), Statsrådets förordning om buller från utrustning som är avsedd att användas utomhus (621/2001), Lag om placeringsfonder (48/1999), Bokföringslag (1336/1997), Lag om leksakers säkerhet (287/1997), Lag om utländska värdepappersföretags rätt att tillhandahålla investeringstjänster i Finland (580/1996), Gasanordningsförordning (1434/1993), Förordning om tillsatssämnen för livsmedel (521/1992), Föreningslag (503/1989), Värdepappersmarknadslag (495/1989), Förordning om besiktning av skjutvapen och -förnödenheter (656/1982), Handels- och industriministeriets beslut om explosiva varor (130/1980), Konsumentskyddslag (38/1978), Tobakslag (693/1976) och Lag om olycksfallsförsäkring (608/1948).

⁹⁵⁵ Det är också möjligt att ta i beaktandet språket som ett upphandlingskriterium i stöd av lagen om offentlig upphandling (348/2007), även om språket inte nämns uttryckligen i upphandlingslagen utan bör föras in i upphandlingssammanhanget med hänvisning till myndighetens i språklagen skapade skyldigheter att verka på det sätt som föreskrivs i språklagen (423/2003).

mom. tillfogades år 1993 med kravet på att en arbetsgivare är skyldig att i tvåspråkiga kommuner informera arbetstagarna på både finska och svenska om olika viktiga omständigheter, såsom omorganisering av verksamheter, minskning av antalet anställda, etc., förutsatt att antalet arbetstagare som hör till den språkliga minoriteten är minst tio till antalet och utgör samtidigt mera än tio procent av personalen. Denna bestämmelse försvann ur lagstiftningen utan någon omfattande motivering när den nya lagen om samarbete inom företag (334/2007) stiftades, vilket är orsaken till att informationsskyldigheten på två språk inte längre gäller inom detta specifika område. Det förefaller som om riksdagens grundlagsutskott, som i stöd av grundlagens 74 § är den auktoritativa uttolkaren av grundlagsbestämmelser i lagstiftningskedet, inte ombads att uttala sig om regeringens proposition i ärendet (RP 254/2006) och därmed pröva konsekvenserna av avskaffandet av bestämmelsen från 1993 mot bakgrunden av grundlagens 17 §.

I tillägg till de 214 normer som nämndes ovan finns den allmänna språklagen (423/2003) som för sin del förverkligar bestämmelserna i grundlagens 17 § i Finland (dock inte på Åland, som är undantaget språklagens tillämpningsområde). Språklagen fokuserar främst på språkanvändning inom den vertikala dimensionen, men dess 24 § om språket i anslutning till de tjänster som ett statligt affärsverk eller ett bolag som ägs av stat eller kommun kan ha betydelse även med tanke på horisontella förhållanden. I enlighet med 24 § 1 mom. skall statliga affärsverk samt sådana tjänsteproducerande bolag där staten eller en eller flera tvåspråkiga kommuner eller kommuner med olika språk har bestämmanderätt betjäna och informera allmänheten på finska och svenska i den omfattning det behövs med tanke på verksamhetens art och saksammanhanget och på ett sätt som enligt en helhetsbedömning inte kan anses oskäligt för bolaget. När statliga affärsverk sköter myndighetsuppgifter skall på dem tillämpas det som i denna lag sägs om myndigheter

Det är uppenbart att bestämmelsen är mycket villkorad och skapar nästan inga långtgående skyldigheter för offentligt ägda bolag. Lagrummets 2 moment kan emellertid ge den offentliga ägaren en viss påverkningsmöjlighet i och med att bestämmelsen stadgar att affärsverken och bolagen skall, utöver det som föreskrivs i 1 mom., iaktta vad som separat föreskrivs om språklig service i deras verksamhet. Således kan den offentliga ägaren etablera – och kanske även bör etablera – föreskrifter i förhållande till det offentligt ägda företaget beträffande det sätt på vilket företaget borde i dess verksamhet hantera de två nationalspråken i förhållande till konsumenterna. Det finns också en bestämmelse i språklagens 34 § om produktinformation enligt vilken texten på produkter som säljs i enspråkiga kommuner skall finnas åtminstone på den kommunens språk och i tvåspråkiga kommuner åtminstone på finska och svenska, om det enligt lag skall finnas pro-

duktnamn enligt handelssed, varudeklaration, bruksanvisning eller någon varningstext på en produkt. När här avsedd information ges skall finska och svenska språket behandlas jämlikt.

Finlands grundlag innehåller en uttrycklig bestämmelse som bidrar till att hantera ett problematiskt område med tanke på den vertikala och även den horisontella dimensionen, nämligen privatisering av offentliga funktioner, och som erkänner att det finns områden där överföring till enskilda av offentlig makt och offentliga uppgifter kan försvaga det språkskydd som grundlagens 17 § skapar. Grundlagens 124 § upp möjligheten för överföring av förvaltningsuppgifter på andra än myndigheter, alltså på andra myndigheter än de som är nämnda i grundlagen, så att denna överföring etableras i lag eller med stöd av lag om detta behövs för en ändamålsenlig skötsel av uppgifterna och det inte äventyrar de grundläggande fri- och rättigheterna, rättssäkerheten eller andra krav på god förvaltning. Visserligen är det inte här fråga om ”rena” horisontella förhållanden mellan enskilda, utan om verksamheter som kan komma att likna sådana förhållanden.

Äventyrandet av grundläggande fri- och rättigheter omfattar även språkliga grundrättigheter garanterade i grundlagens 17 §, vilket betyder att riksdagens grundlagsutskott får möjlighet att övervaka hur språkliga grundrättigheter beaktas när regeringens propositioner omvandlas till lagar. Detta har ägt rum flera gånger under det senaste decenniet, t.ex. i grundlagsutskottets utlåtanden GrUU 23/2000 med anledning av regeringens proposition 197/1999 till lotterilag med bestämmelser om penningspelsammanslutningar och GrUU 2/2001 med anledning av regeringens proposition 215/2000 om statens exportgarantier genom statens specialfinansieringsbolag Finnvera Abp. I utlåtandena understryks att man i dylika sammanhang av handhavande av offentliga uppgifter måste föreskriva att åtminstone bestämmelserna om förvaltningsförfarande, offentlighet i myndigheternas verksamhet och språket vid myndigheter skall tillämpas när offentliga uppgifter handhas. Grundlagsutskottet ställde som villkor för vanlig lagstiftningsordning att lagförslagen kompletteras med behövliga bestämmelser om att dessa allmänna bestämmelser skall tillämpas på penningspelsammanslutningar respektive statens exportgarantiverksamhet till den delen som det är fråga om förvaltningsuppgifter.

Språklagens 25 § om enskildas skyldighet att ge språklig service fungerar på ett likartat sätt, men innehåller enligt grundlagsutskottets betänkande GrUB 9/2002 regler för tre olika situationer. För det första, när en offentlig förvaltningsuppgift genom lag eller med stöd av lag hör till en enskild, gäller för denne i uppdraget det som i denna lag sägs om myndigheter. Här är det inte fråga om horisontella språkregler i egentlig bemärkelse, utan om liknande situationer som ovan beträffande penningspelsammanslutningar och statens exportgarantiverksamhet. För det

andra, om en sådan uppgift uppdras åt en enskild med stöd av ett beslut eller någon annan åtgärd av en myndighet eller ett avtal mellan myndigheten och den enskilde, skall myndigheten försäkra sig om att den enskilde i uppdraget ger sådan språklig service som förutsätts i denna lag. Här flyter språklagens reglering redan ut i riktning mot horisontella rättsförhållanden. För det tredje så skall myndigheten försäkra sig om att i språklagen avsedd språklig service ges också när myndigheten anförtrot en enskild någon annan uppgift än en offentlig förvaltningsuppgift, om detta är nödvändigt för att upprätthålla den servicenivå som lagen förutsätter. Här aktualiseras horisontella rättsförhållanden redan på ett klart sätt, för det är fråga om någon annan uppgift än en förvaltningsuppgift.

I jämförelse med den omfattande uppmärksamhet de två nationalspråken får i rättsordningen ligger samiskan på en något blygsammare nivå med 84 normer som hänvisar till samiskan. Alla dessa normer gäller språkanvändning inom den vertikala dimensionen. Samiskan eller de samiska språken är således inte reglerade med avseende på den horisontella dimensionen. Detsamma förefaller gälla teckenspråket: regler om användning av detta språk fokuserar på den vertikala dimensionen. Därtill finns det hänvisningar till romani, men främst i undervisningslagstiftningen. Det verkar som om man inte förbjudit användningen av något språk, men påbudandet av användningen av vissa språk, främst finskan och svenskan, kan givetvis producera ett utgångsläge i vilket användningen av andra språk inte stöds i samma utsträckning.

För Ålands del gällde fram till 1975 den i Ålandsöverenskommelsen av år 1921 baserade möjligheten att i efterhand från åländskt håll ingripa i avtal ingångna om köp av på Åland belägen fast egendom i det fall att köparen inte hade åländsk hembygdsrätt. Denna möjlighet att ingripa i horisontella rättsförhållanden av orsaker som sammanhänger med den i självstyrelselagen etablerade enspråkigheten omstöptes genom ändringar i jordförvärvslag för Åland (3/1975) till ett administrativt tillståndsförfarande som påverkar köp av fast egendom innan köpeavtalet ingås.⁹⁵⁶ Det finns emellertid ett förfarande för näringsrättens del, etablerat genom självstyrelselagen år 1951, som återfinns i den gällande självstyrelselagens (1144/1991) 11 § och som gör det möjligt att i administrativ väg reglera språkanvändning inom den horisontella dimensionen. I stöd av landskapslagen om rätt att utöva näring (47/1996) kan sådan fysisk eller juridisk person som inte har hembygdsrätt få tillfällig näringsrätt för t.ex. något särskilt projekt. Beslutsfattandet om tillfälliga näringsstillstånd har hittills ägt rum på basis av en uppsättning prin-

⁹⁵⁶ Suksi 2005: 326–336.

ciper som etablerats genom beslut av Ålands landskapsregering.⁹⁵⁷ I stöd av principerna kan ett tillfälligt näringstillstånd förvägras bl.a. om verksamheten kan komma att stå i strid med det åländska nationalitetsskyddet genom att äventyra den språkliga balansen,⁹⁵⁸ och i praktiken förutsätts i tillståndsvillkoren att företaget i största möjliga utsträckning använder lokal arbetskraft och använder i sin verksamhet på Åland det svenska språket vid utförandet av arbetsuppgifterna. Man kan således konstatera att näringsrätten och grundandet av företag är på Åland direkt påverkat av språkliga hänsyn. Detta har dock inte hindrat EU att i art. 1 i protokoll 2 till det finska fördraget om EU-medlemskap, med hänvisning till Ålands särställning inom folkrätten, gå med på ett undantag till EU-rätten för Ålands del i detta avseende i etableringsrätten och i rätten att tillhandahålla tjänster för fysiska personer som inte har hembygdsrätt på Åland eller för juridiska personer utan tillstånd av de behöriga myndigheterna på Åland. Förfarandet med tillfälliga näringstillstånd kunde anses vara dubiöst utifrån art. 13 i språkstadgan i förhållande till finskan om Åland var en självständig fördragspart, men eftersom finskan är det språk i Finland i förhållande till vilket svenskan för språkstadgans vidkommande identifieras som ett mindre använt officiellt språk, uppstår inget formellt problem i förhållande till språkstadgan.

I anslutning till den tredje övervakningsomgången i stöd av språkstadgan var expertkommittén på det hela taget av den åsikten att de relativt omfattande åtagandena som Finland har i förhållande till svenskan och samiskan var helt eller delvis uppfyllda, med undantag av nödcentraler, där betydande problem hade konstaterats. Särskilt med tanke på samiskan underströks behovet av språkundervisning för personal i social- och hälsovårdsenheter.⁹⁵⁹ Mer eller mindre samma brister, däribland bristen på språkkunnig personal i privatiserade enheter för sjukvård och äldreomsorg, konstaterades i den fjärde övervakningsomgången som avslutades år 2012.⁹⁶⁰ Det verkar emellertid som om dessa observationer inte var direkt relevanta för horisontell språkanvändning i det avseende som begreppet uppfattas i denna artikel.

⁹⁵⁷ Se Öst 2008: 14–16, 17–20.

⁹⁵⁸ Landskapsstyrelsens principer för behandling av tillståndsgivning gällande näringsutövning, etableringsrätt och rätt att tillhandahålla tjänster på Åland för fysiska personer som inte har åländsk hembygdsrätt eller har varit fast bosatta på Åland i fem år samt för juridiska personer. http://www.regeringen.ax/composer/upload/modules/blankettlager/landskapsstyrelsens_principer.pdf (besökt den 15 augusti 2011). Se även Suksi: 336–341 och Öst 2008: 14–16, 17–20, 31. Såsom Öst påpekar så är det endast en mycket liten andel av ansökningarna som avslås.

⁹⁵⁹ Se Report of the Committee of Experts on the European Charter for Regional or Minority Languages, Strasbourg, 21 November 2007 (ECRML (2007) 7): 24–26, 38–39.

⁹⁶⁰ Se Report of the Committee of Experts on the European Charter for Regional or Minority Languages, Strasbourg, 14 March 2012 (ECRML (2012) 1): 30–32, 47–49.

3.3. *Sverige*

Den svenska regeringsformens 1 kap. 2 § 5 mom. tar icke-diskriminering till sin utgångspunkt när det etableras att det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av bl.a. individens språkliga tillhörighet. Från och med 2011 gäller ett viktigt tillägg till regeringsformen, 1 kap. 2 § 6 mom., enligt vilken bestämmelse det samiska folkets och bl.a. språkliga minoriteters möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv ska främjas. Inga särskilda rättigheter tryggas genom bestämmelsen, men det finns numera ett grundlagsfäst åtagande att främja språkliga minoriteters ställning i Sverige, vilket kan anses som en betydande förändring i inställningen, som till ett relativt sent datum varit mer eller mindre assimilationistisk till sin karaktär. Det bör emellertid påpekas att undervisningslagstiftningen redan under en längre tid innehållit bestämmelser om undervisning på två språk (t.ex. på svenska och på finska) och om hemspråksundervisning. År 2000 antogs den första minoritetslagstiftningen som ledde till att en administrativ minoritetsstruktur skapades i de nordligaste delarna av Sverige.

Redan innan de ovannämnda ändringarna till regeringsformen godkändes hade den svenska riksdagen stiftat språklagen (2009: 600). Språklagen är en subsidiär lag som ger företräde åt andra bestämmelser i lagstiftningen, om sådana existerar. Dess syfte är enligt 2 § att ange svenskans och andra språks ställning och användning i det svenska samhället och att värna svenskan och den språkliga mångfalden i Sverige samt den enskildes tillgång till språk. Lagen konstaterar att svenska är huvudspråk i Sverige som i den egenskap är samhällets gemensamma språk, som alla som är bosatta i Sverige ska ha tillgång till och som ska kunna användas inom alla samhällsområden. Lagen påför det allmänna ett särskilt ansvar för att svenskan används och utvecklas. Därtill identifieras de nationella minoritetsspråken, vilka enligt 7 § är finska, jiddisch, meänkieli, romani chib och samiska. Språklagen skapar ett särskilt ansvar för det allmänna även för att skydda och främja de nationella minoritetsspråken. Det förefaller som om den svenska språklagen var helt fokuserad på språkanvändning inom den vertikala dimensionen och att den horisontella dimensionen inte uppfattas som ett sådant område av språkanvändningen som skulle vara relevant för normativ reglering av minoritetsspråk. I själva verket ger språklagens 5 § intrycket av att åtminstone svenskan skall användas inom alla samhällsområden, sannolikt även inom den horisontella dimensionen.

I tillägg till språklagen finns en ytterligare lag, lagen om nationella minoriteter och minoritetsspråk (2009: 724). Denna lag kompletterar definitionen av minoritetsspråk i språklagen genom en uppräkningslista av de nationella minoriteterna, vilka enligt 2 § lagen om nationella minoriteter och minoritetsspråk utgörs av judar, romer, samer, sverigefinnar och tornedalingar. Lagrummet kopplar dessa nation-

ella minoriteter uttryckligen till Sveriges åtaganden enligt Europarådets ramkonvention om skydd för nationella minoriteter (SÖ 2000:2) och den europeiska stadgan om landsdels- eller minoritetsspråk (SÖ 2000:3). Denna lag om nationella minoriteter skapar administrativa områden inom vilka finska, samiska och torne-daliska minoriteter kan använda sina egna språk inom den vertikala dimensionen i kontakter med myndigheter och domstolar. Fram till sommaren 2011 hade sammanlagt 30 kommuner på olika håll i Sverige fattat beslut om att ingå i administrativa områden som erbjuder offentliga tjänster på ett minoritetsspråk.⁹⁶¹ Lagen om nationella minoriteter verkar inte innehålla några sådana regler som skulle gälla inom den horisontella dimensionen. Det kan inte uteslutas att sådana regler existerar i Sverige, men mera omfattande forskning skulle behövas för att bekräfta att sådana finns.

Språkstadgans expertkommitté har befattat sig med art. 13 endast i den första rapporteringsomgången och då konstaterat att det inte finns lagstiftning i Sverige som förbjuder eller begränsar användningen av landsdels- eller minoritetsspråk i dokument som gäller ekonomiskt eller samhällsliv. Därför ansåg expertkommittén att det svenska åtagandet, som begränsar sig till punkt 1(a) i språkstadgans art. 13, är fullgjort och har inte återkommit till frågan i något senare sammanhang.⁹⁶²

3.4. Norge

De officiella språken i Norge är bokmål och nynorsk, såsom 1 § lov om målbruk i offentlig teneste [målbrukslova] (1980-04-11 nr 5) fastställer. Lagrummet jämför dessa språk som skriftspråk vid alla statliga, fylkeskommunala och kommunala organ. Dessutom utsträcks lagens tillämpning till privata rättssubjekt som sköter uppgifter eller andra uppdrag å statens, fylkeskommunens och kommunens vägnar. Med bakgrund i en bestämmelse från år 1988 som ändrades år 2006 har den norska grundlagen i 110a § en bestämmelse som påför statliga myndigheter skyldigheten att tillrättalägga förhållandena så att den samiska folkgruppen kan trygga och utveckla sitt språk, sin kultur och sitt samfundsliv. Inget annat minoritetsspråk nämns emellertid i den norska grundlagen. Istället verkar jämlikhet och icke-diskriminering vara utgångspunkten för grundläggande fri- och rättigheter.

⁹⁶¹ Se även förordningen (2009: 1299) om nationella minoriteter och minoritetsspråk, som specificerar de administrativa strukturerna och statsunderstöden. De administrativa strukturerna för tjänsteproduktion på minoritetsspråk existerar inte endast i norra Sverige, där talarna av Meänkieli finns, utan därtill i Mälardalen omkring Stockholm. Se även *Nationella minoriteters rättigheter – En handbok för kommuner, landsting och regioner*, at <http://minoritet.prod3.imcms.net/1871> (besökt den 20 februari 2012).

⁹⁶² Report of the Committee of Experts on the Charter, Strasbourg, 19 June 2003 (ECRML (2003) 1), Paras. 170, 284, 393.

Detta har inte hindrat stortinget att anta lagstiftning som uttryckligen hänvisar till det allmänna begreppet minoritetsspråk, utan att för den skull definiera vilken minoritet det är som skulle komma i åtnjutande av något särskilt arrangemang. Vanligtvis verkar dylika bestämmelser gälla olika aspekter av den vertikala dimensionen, såsom ekonomiskt understöd till publikationer som utges på minoritetsspråk och vissa undantag från kravet på norska för elever som tillhör minoriteter (kanske främst invandrade minoriteter) samt skrivformer på norska av kommunnamn på kvänska eller finska⁹⁶³ och rätten för kvän-finska elever till undervisning i Troms och Finnmark. Begreppet ”språklig minoritet” förefaller vara tämligen brett i Norge och omfattar även invandrare, vilket kan betyda att andra minoriteters än samers språkliga rättigheter egentligen handlar om möjligheten att få tolkning och översättningar.

Samiskan anses i stöd av samelagen (lov 12. juni 1987 nr. 56) vara ett officiellt språk i de samisktalande kommunerna i Norge, men samelagens fokus ligger på den vertikala dimensionen. Lagen förefaller inte innehålla några bestämmelser som skulle gälla den horisontella dimensionen, förutom kanske i det avseende, att sametinget är i stöd av 3 kap., 12 §, ansvarigt för skyddet och vidareutvecklandet av samiskan i Norge.

Dessa bestämmelser som i dagens läge finns i den norska lagstiftningen kan anses demonstrera ett klart avståndstagande från de begränsningsåtgärder som riktades mot samiska och kvän-finska minoriteter under den förra hälften av 1900-talet. I något skede var det förbjudet enligt norsk lag att sälja fast egendom till en person som inte hade norskt efternamn, och en höjdpunkt av något slag av norsk nationalism nåddes troligtvis vid den tidpunkten, då det blev förbjudet att sälja fast egendom till personer som inte talar, läser och skriver norska.⁹⁶⁴ Dessa sedan 1964 upphävda förbud var under deras giltighetstid naturligtvis relevanta inom den horisontella dimensionen.

De norska åtagandena beträffande samiskan inom ramen för språkstadgans art. 13 kommenterades av expertkommittén, som fann åtagandet endast partiellt uppfyllt

⁹⁶³ Se lov om stadnamn (1990-05-18 nr 11) 4 § 1 mom.: ”Dersom ikkje anna er fastsett i denne lova, skal det ved fastsetjing av skrivemåten av stadnamn takast utgangspunkt i den nedervde lokale uttalen. Skrivemåten skal følgje gjeldande rettskrivingsprinsipp for norsk og samisk. For kvenske stadnamn skal skrivemåten følgje gjeldande rettskrivingsprinsipp i finsk. Finske stadnamn på Austlandet kan tilpassast norske rettskrivingsprinsipp.”

⁹⁶⁴ Förbudet ingick i Jordsalgsloven av 1902. Se Samiske sedvaner og rettsoppfatninger – bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget 2000.

beträffande social- och hälsovårdsenheter.⁹⁶⁵ Även om kommunikation med personalen på sådana enheter är av stor betydelse, har expertkommitténs kommentar mera med den vertikala dimensionen att göra (såsom fallet är med Sverige), inte med den horisontella dimension som vi är intresserade av i denna artikel. Det verkar som om inga hinder existerade i Norge för horisontellt samröre mellan privata parter på dessas språk.

3.5. Danmark

Danmarks grundlag innehåller inga bestämmelser om språk. Förekomsten av en tysktalande minoritet i de södra delarna av Danmark verkar inte ha resulterat i några sådana lagstiftningsåtgärder i Danmark som skulle vara relevanta inom den horisontella dimensionen, och det finns också väldigt lite bestämmelser inom den vertikala dimensionen. De normer som är relevanta för det tyska språket återfinns främst inom området för undervisning och de skapar en grund för användning av tyska som undervisningsspråk eller erkänner tysktalande personers undervisningsbehov i något annat avseende.⁹⁶⁶ Saken förhåller sig annorlunda beträffande färöiskan och grönländskan: dessa två subnationella enheter är tämligen tvåspråkigt inriktade i stöd av lagstiftningsåtgärder som vidtagits av dessa områdens lagstiftningsorgan.

Efter vissa inledande svårigheter erkändes färöiskan som ett officiellt språk också i det offentliga livet på likställd basis med danskan genom bestämmelser i den av det danska folketinget antagna självstyrelselagens 11 § år 1948. Enligt lagen erkänns färöiskan som det huvudsakliga språket i området, men därtill skall danskan läras ut väl och noggrant, och danskan kan användas i färöiska offentliga angelägenheter lika bra som färöiskan. Lagarna stiftas emellertid på Färöarna på färöiska, och de publiceras inte på danska. Detta betyder att erkännandet av det färöiska språket är territoriellt begränsat till Färöarna, och det verkar som om regleringen av färöiskan och danskan på Färöarna främst gällde den vertikala di-

⁹⁶⁵ Report of the Committee of Experts on the Charter, Strasbourg, 10 March 2010, (ECRML (2010) 3): 30-31.

⁹⁶⁶ Se t.ex. Bekendtgørelse om uddannelsen til toårigt hf (hf-bekendtgørelsen), som i 27 § definerar danska som undervisningsspråk för tvååriga fortsättningskurser men gör det möjligt för undervisningsministeriet att i vissa fall besluta att undervisningsspråket är engelska, tyska eller franska, vilken modell även återfinns i flera andra förordningar. Se även Bekendtgørelse om statens uddannelsesstøtte (SU-bekendtgørelsen), 57 §: ”Uddannelsessøgende, der tilhører det tyske mindretal i Danmark, kan efter styrelsens nærmere bestemmelse få uddannelsesstøtte til uddannelse i Tyskland. Uddannelsen og uddannelsesinstitutionen skal opfylde betingelserne i § 59”, och även Bekendtgørelse om tilskud m.v. til folkehøjskoler, efterskoler, husholdningsskoler og håndarbejdsskoler (frie kostskoler) 14(3) §, som innehåller ett undantag för den Tyske Efterskole i Tinglev.

mensionen. Det förefaller också som om lagen om övertagande av ärenden och behörighetsområden av Färöarnas myndigheter (lag No. 79 av den 12 maj 2005) inte ändrade på detta upplägg med språken, åtminstone inte uttryckligen.

I Grönland stiftade den lagstiftande församlingen år 2010 en lag om språkpolicy (Inatsisartutlov nr. 7 af 19. maj 2010), som definierar grönländskan som ett språk som är grundläggande för samhället. Samtidigt erkänner lagen dock det danska språket. Enligt 3 § 1 mom. är grönländskan det officiella språket och används i offentliga sammanhang, medan 3 § 3 mom. fastställer att danskan kan användas i offentliga sammanhang. Således kan man konstatera att för båda språken existerar ett slags parallell status, med något starkare ställning för grönländskan. Detta skulle betyda att Grönland är både *de facto* men även i viss utsträckning *de jure* en tvåspråkig enhet. Därtill förklarar 3 § 4 mom. att engelska och andra främmande språk kan användas så långt som det är nödvändigt.

Språkpolicylagens 4 § är relevant med tanke på distinktionen mellan den vertikala och horisontella dimensionen hos språkliga rättigheter. Enligt lagen skall nämligen privata företag med åtminstone tio anställda fastställa en liknande språkpolicy som offentligt ägda företag och myndigheter och med ett sådant innehåll som lagrummet anger. Det framgår inte klart vad en språkpolicy för ett privat företag borde innehålla med tanke på språken, men i stöd av lagens 1 § kunde det förväntas att policyn behandlar de sätt på vilket grönländskan, danskan och vissa andra språk kan användas och befrämjas inom företaget. Därtill skapar 4 § 3 mom. en skyldighet för arbetsgivaren att föra individuella diskussioner med den anställda om hans eller hennes behov av språkundervisning och introduktion i den grönländska kulturen och historien samt sociala förhållanden. Det här är klart en verksamhet som placerar sig i den horisontella dimensionen och kunde som utgångspunkt utgöra sådant befrämjande som språkstadgan avser i art. 13, 1 stycket, punkt d, och 2. stycket.

Det bör påpekas att de tämligen oprecisa formuleringarna i lagen om språkpolicy innebär en risk att sådant ingripande äger rum som kunde vara problematiskt med hänvisning till art. 13, 1. stycket, punkterna a – d. Grönlands regering ges i 6 § uppdraget att övervaka lagens tillämpning även i förhållande till privata företag, och regeringen kan vid fullgörandet av denna övervakningsuppgift begära av företagen en kopia av företagets språkpolicy, dokumentering om de individuella samtalen med de anställda och annan information som kan behövas. Detta i kombination med möjligheten att ett privat företag kan bötfällas för förseelser beträffande vissa skyldigheter som lagen skapar är en antydning om att sådan inblandning i den horisontella dimensionen kan inträffa som är problematisk, men i och med att inblandningen etableras i lag och på grund av att det kan finnas särskilda grun-

der för dylik inblandning som baserar sig på befrämjandet av ursprungsbefolkningens språk, så är det inte helt otänkbart att dessa språkbestämmelser ändå är gångbara. Lagen är väldigt ny och det kanske inte ännu finns någon sådan praxis i stöd av vilken man kunde bedöma om negativa konsekvenser följer av tillämpningen av språkbestämmelserna. Samtidigt bör man givetvis komma ihåg att Grönland inte är fördragspart i förhållande till språkstadgan, utan det är Danmark som är det med avseende på danskan som majoritetsspråk, så någon formell oförenlighet med art. 13 torde inte föranledas av grönländskans starka juridiska ställning inom den horisontella dimensionen.

Inom ramen för den tredje övervakningsomgången av språkstadgan ansåg expertkommittén med tanke på det tyska språket att det danska åtagandet i punkten 1 (c) är endast delvis uppfyllt på grund av att tysktalande personal egentligen inte fanns att tillgå vid socialvårdsinrättningar, sjukhus inbegripna, i den södra delen av Danmark.⁹⁶⁷ Denna kommentar handlar igen huvudsakligen om det vertikala förhållandet, och därför är det förmodligen okomplicerat att sluta sig till att de andra åtagandena som Danmark har i förhållande till art. 13 med avseende på tyskan är uppfyllda.

4. *Sammanfattning*

Som den ovanstående exposén av konstitutionella regler beträffande språk uppvisar, har de nordiska länderna antagit väldigt olika utgångspunkter för sin normativa aktivitet inom detta område. För det första så finns det länder med inga uttryckliga regler alls om språk på den statsförfattningsrättsliga nivån (Danmark och Island), och detta förefaller ha lett till en väldigt blygsam nivå av språkregler. För det andra finns det en kategori länder till vilken Norge och Sverige hör där utgångspunkten rör sig i riktning mot skydd i kombination med ett mera aktivt främjande av minoritetsspråk, även om detta nästan uteslutande sker inom den vertikala dimensionen för rättsförhållanden. Den mest omfattande statsförfattningsrättsliga basen för olika språk, både nationella och minoritetsspråk, återfinns i Finland, som utgör ett ensamt fall i en tredje kategori. Denna position reflekteras i ett antal lagar stiftade av riksdagen som gäller språkanvändning, visserligen i de flesta fallen inom den vertikala dimensionen. Inom den horisontella dimensionen har regleringen av de två nationalspråken, finska och svenska, lett till ett antal lagbestämmelser, medan språk som utifrån statsförfattningen anses utgöra minori-

⁹⁶⁷ Report of the Committee of Experts on the Charter, Strasbourg, 2 March 2011, (ECRML (2011) 1): 18–19.

tetspråk är sällan berörda av reglering för den horisontella dimensionens vidkommande. Bland de nordiska subnationella eller självstyrande enheterna kan Grönland anses höra till denna tredje kategori i och med att lagstiftaren där skapat språkregler som också är relevanta inom den horisontella dimensionen. Åland kan kanske anses falla utanför denna kategorisering i och med att landskapet förklaras enspråkigt svenskspråkigt genom bestämmelser i självstyrelselagen, men uppvisar trots detta åtminstone en språklig bestämmelse i sin lagstiftning som verkar inom den horisontella dimensionen.

Vad gäller de två första ländergrupperna så kan man anse att den låga nivån av eller rentav icke-existerande reglering av minoritetsspråk är i princip bra med tanke på friheten att använda ett minoritetsspråk inom den horisontella dimensionen i och med att inga uttryckliga förbud existerar som skulle begränsa användningen av minoritetsspråk. Detta syns också i de yttranden som expertkommittén kommit med beträffande tillämpningen av art. 13 i språkstadgan. Dylig icke-reglering betyder emellertid samtidigt att det inte sker något aktivt befrämjande av minoritetsspråk. Konsekvensen blir då den att landets implicerade huvudspråk, majoritetsspråket, är det språk på vilket alla relevanta dokument inom den horisontella dimensionen uppgörs, såsom avtal, andra dokument inom affärsvärlden, etc. Detta kan i sin tur styra över minoritetsspråken på ett sidospår och göra dem osynliga i samhället. Utifrån innehållet i art. 13 kan man således dra den slutsatsen att de olika länderna inte i någon större utsträckning försökt främja användningen av minoritetsspråken inom den horisontella dimensionen.⁹⁶⁸

I det nordiska sammanhanget verkar Finland vara det enda landet där en definition av nationalspråk finns, i själva verket en definition av två nationalspråk, med den konsekvensen att dessa nationalspråk samtidigt kan uppfattas som de officiella språken. Tillsammans med åtminstone samiskan, som har en territoriellt begränsad tillämpning, är finskan och svenskan de officiella språken, medan samiskan tillsammans med teckenspråket och vissa andra språk kan uppfattas som minoritetsspråk. I Sverige har svenskan nyligen blivit etablerad i lag som det officiella språket, medan man i Norge utarbetat en sådan definition redan för en lägre tid sedan i förhållande till bokmål och nynorsk. I Finland, Norge och Sverige kan de samiska språken betraktas som officiella språk i de områden där de talas.

Andra minoritetsspråk än de som är uttryckligen nämnda erkänns på olika sätt, och i de nordiska självstyrande områdena (Åland, Färöarna och Grönland) kan

⁹⁶⁸ Urrutia Libarona 2012: 477 framför följande förklaring: "This highlights the legal complexity of public intervention and action in this sector. At all events, the quantitative aspect must be seen in perspective."

den språkliga bestämningen vara väldigt olika jämfört med moderstatens hållning: även om Finland är tvåspråkigt så är Åland enspråkigt svenskspråkigt, och även om Danmark inte har bestämmelser om officiellt språk i t.ex. grundlagen, så har både Färöarna och Grönland genom lagstiftning börjat tillämpa ett tvåspråkighetssystem som utgår från en uppfattning om ett territoriellt bestämt officiellt språk. Det som dock verkar klart är att de språkliga reglerna tillämpas främst inom den vertikala dimensionen⁹⁶⁹ och att språkliga regler som är tillämpliga inom den horisontella dimensionen är inte vanliga, förutom i Finland beträffande de två nationalspråken (och i viss mån i Grönland). I de fall där horisontellt tillämpliga regler om språkanvändning existerar så förefaller de inte i något fall leda till situationer i vilka användningen av ett minoritetsspråk skulle vara förbjuden inom den horisontella dimensionen (även om sådana förbud kan ha existerat tidigare i den nordiska historien).

I och med att nationalstatsidén har på olika håll i Europa lett till att ett visst språk framstår, antingen genom positiv identifikation i lagstiftningen eller implicit genom dess ställning som majoritetsspråk, som det enda språket och därmed skapat ett visst mått av lingvistisk chauvinism, är det av stor betydelse att den moderna folkrätten inbegriper bestämmelser såsom art. 13 i språkstadgan.⁹⁷⁰ Genom bestämmelser av detta slag är det möjligt att både skydda och främja sådana minoritetsspråk som talas i en stat och utsträcka skyddet och befrämjandet även till den horisontella dimensionen, även om de språkliga reglernas huvudfokus ligger inom den vertikala dimensionen.⁹⁷¹

⁹⁶⁹ Detta stöds av den nordiska språkkonventionen, som etablerar möjligheter för språklig service av visst slag för invånare i ett nordiskt land i ett annat nordiskt land.

⁹⁷⁰ Urrutia Libarona 2012: 477–478 sammanfattar detta på följande sätt: ”This requires designing and implementing a structured linguistic policy. Such a general linguistic policy on the socio-economic sector must involve all territorial levels of the public administration and cater for the specific situation and reality of each language. The state must not behave as if it were a linguistically homogeneous entity; measures are needed at the state level to enhance national plurilingualism.”

⁹⁷¹ Urrutia Libarona 2012: 479: ”[The Charter] has adopted an approach transcending the traditional view of the principle of non-discrimination, venturing into the territory of positive action.”

Källor

Pekka Länsineva (2011). Perus- ja ihmisoikeudet yksityisten välisissä oikeusriidoissa. *Defensor Legis* 4, 456–466.

Nordens språk med rötter och fötter (2004). Köpenhamn: Nordiska ministerrådet. [Refererat 3.6.2012] Tillgänglig: http://www.norden.org/no/publikasjoner/-publikasjoner/2004008/at_download/publicationfile, besökt den 3 juni 2012.

Samiske sedvaner og rettsoppfatninger – bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget (2001). Oslo: Statens Forvaltningstjenestestatens trykning 2000. [Refererat 20.2.2012]. Tillgänglig: www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2001/nou-2001-34.html?id=379485.

Suksi, M. (2005). *Ålands konstitution*. Åbo: Åbo Akademis förlag.

Libarona, I. U. (2012). Article 13. *Economic and social life*. Teoksessa A. N. López, E. J. R. Vieytez & I. U. Libarona (Toim.). *Shaping language rights – Commentary on the European Charter for Regional and Minority Languages in light of the Committee of Experts' evaluation. Regional or Minority Languages no. 9*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

de Varennes, F. (2005). Use of Language. Teoksessa M. Weller (Toim.). *The Rights of Minorities – A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*. Oxford: Oxford University Press. 301–328.

Öst, H. (2008). *Kartläggning av landskapsregeringens tillståndsgivande av näringsrätt samt jordförvärvstillstånd*. Mariehamn: Ålands handelskammare.

PÖRSSI JA ARVOPAPERIKESKUS – JULKISTA VAI YKSITYISTÄ?

Outi Suviranta

1. Johdanto

Pörssiä ja arvopaperikeskusta koskevaa lainsäädäntöä ollaan tätä kirjoitettaessa uudistamassa. Eduskunnassa on käsiteltävänä hallituksen esitys arvopaperimarkkinoita koskevaksi lainsäädännöksi (HE 32/2012 vp). Sekä nyt voimassa olevassa että ehdotetussa lainsäädännössä eräitä pörssin ja arvopaperikeskuksen toimintoja säännellään tavalla, joka kovasti muistuttaa hallintoviranomaisen päätöksentekoa. Pörssi ja arvopaperikeskus tekevät toisten taloudellisten toimijoiden elinkeinotoimintaan vaikuttavia päätöksiä näiden tekemistä hakemuksista, pörssi ja arvopaperikeskus voivat tehdä myönteisiä päätöksiä vain laissa säädettyjen edellytysten täytyessä, niiden menettelylle asetetaan määräaikoja ja säädetään vielä eräänlaisesta oikaisumenettelystäkin, hakijan mahdollisuudesta saattaa itselleen kielteinen päätös Finanssivalvonnan käsiteltäväksi. Sääntely-yhteydestä ilmenee, että Finanssivalvonnan sen käsiteltäväksi näin saatetuissa asioissa tekemistä päätöksistä valitetaan hallintolainkäytön järjestyksessä samoin kuin Finanssivalvonnan päätöksistä yleensäkin. Kun julkisoikeuden tutkija tarkastelee pörssin ja arvopaperikeskuksen päätöksentekoa ja sen sääntelyä omilla silmälaseillaan⁹⁷², kaukaa haetulta ei vaikuta kuvatonlaisen toiminnan luokitteluun perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuna julkisen hallintotehtävän hoitamiseksi.

Tässä kirjoituksessa tuon esille eräitä näkökohtia, jotka minusta puoltavat tilanteiden tarkempaa analysointia. Esittelen ensin yhtä pörssin ja yhtä arvopaperikeskuksen päätöksentekotilannetta ja niitä koskevaa sääntelyä hiukan tarkemmin. Pohdin sitten säännösten tavoitteita. Tavoitteiden valossa minusta vaikuttaisi perustellulta verrata tätä pörssin ja arvopaperikeskuksen ”pätöksentekona” säänneltyä toimintaa (muuhun) kilpailuoikeudellisesti säänneltyyn yksityisten elinkeinotoimintaan. Näin toimintaa ei ehkä sittenkään olisi perusteltua pitää julkisen hallintotehtävän hoitamisenä, toisenlaisessa oikeudellisessa ympäristössä ja tilanteessa alun perin omaksutusta sääntelymallista huolimatta.

⁹⁷² Eija Mäkinen 2011: 17 on yksityiseen pysäköinninvalvontaan liittyvää perustuslaki-problematiikkaa käsitellessään todennut että oikeustieteen harjoittajat ja tuomarit näyttäisivät paljolti katsovan asiaa omien totuttujen silmälasiensa läpi.

2. *Pörssin ja arvopaperikeskuksen ”päätöksentekoa” koskevat sääntelyesimerkit*

Pörssi tekee päätöksiä muun muassa arvopaperin ottamisesta pörssilistalle ja arvopaperikeskus muun muassa ratkaisee asian, joka koskee tilinhoitajan oikeuksien myöntämistä. Molempia asioita koskevien säännösten on ehdotettu säilyvän uudistuksessa ennallaan. Säännökset ovat pääpiirteissään seuraavanlaiset.

Arvopaperin ottamista pörssilistalle säännellään voimassa olevan arvopaperilain 3 luvun 30 §:ssä (923/2007) ja edellä mainitun hallituksen esityksen toteutuessa samasta asiasta säädettäisiin nykyistä vastaavalla tavalla kaupankäynnistä rahoitusvälineillä annetun lain 2 luvun 28 §:ssä. Pykälän 1 momentin mukaan pörssi saa liikkeeseenlaskijan hakemuksesta *ottaa* pörssilistalle arvopaperin, joka täyttää laissa asetetut vaatimukset. Vaatimuksiin kuuluu muun muassa se, että ”arvopaperiin todennäköisesti kohdistuu riittävästi kysyntää ja tarjontaa ja ... hinnanmuodostuksen voidaan siten arvioida olevan luotettavaa” (ehdotetun lain 3:25.1). Vaatimuksia sisältyy myös komission täytäntöönpanoasetukseen. Lisäksi vaatimuksista ja niistä myönnettävistä poikkeuksista voidaan säätää tarkemmin valtiovarainministeriön asetuksella. Pykälän 5 momentin mukaan pörssi *voi* sijoittajien suojaamiseksi *hylätä* (liikkeeseenlaskijan) hakemuksen arvopaperin ottamisesta pörssilistalle, pykälän 6 momentissa pörssin päätöksenteolle asetetaan määräaika ja 7 momentin mukaan liikkeeseenlaskija voi määräajassa saattaa pörssin päätöksen Finanssivalvonnan käsiteltäväksi.

Tilinhoitajan oikeuksien myöntämistä koskevan asian ratkaisemisesta säädetään nykyisin arvo-osuusjärjestelmästä annetun lain 7 §:n 6 momentissa (795/2000). Siitä ehdotetaan säädettävän arvo-osuusjärjestelmästä ja selvitystoiminnasta annetun lain arvo-osuusjärjestelmää koskevan 6 luvun 5 §:ssä. Viimeksi mainitun säännöksen 1 momentin mukaan arvopaperikeskuksen on ratkaistava tilinhoitajan oikeuksia koskeva hakemus kuuden kuukauden kuluessa sen vastaanottamisesta. Pykälän 2 momentista ilmenee, että arvopaperikeskuksen on noudatettava tasa-puolisuutta tilinhoitajan oikeuksia myöntäessään. Pykälän 3 momentin mukaan arvopaperikeskuksen on viipymättä annettava tilinhoitajan oikeuksia koskeva päätöksensä tiedoksi Finanssivalvonnalle. Tilinhoitajan oikeuksia hakevalla yhteisöllä on oikeus saattaa arvopaperikeskuksen päätös Finanssivalvonnan käsiteltäväksi 30 päivän kuluessa päätöksen tiedoksisaannista. Finanssivalvonnan on ilmoitettava arvopaperikeskukselle asian saattamisesta Finanssivalvonnan käsiteltäväksi.

Kummastakaan sääntely-yhteydestä ei suoraan ilmene, mitä Finanssivalvonnan käsiteltäväksi saattaminen käytännössä tarkoittaa. Johtoa tähän kysymykseen voi hakea siitä hallituksen esityksestä, jonka perusteella ilmeisesti ensimmäistä kertaa

esillä oleva sääntelyrakenne omaksuttiin arvopaperimarkkinoille. Hallituksen esitykseen (HE 318/1992 vp) laeiksi arvopaperimarkkinalain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta sisältyi muun muassa säännösehdotus, joka koski menettelyä otettaessa arvopaperi pörssilistalle (arvopaperimarkkinalain 3 lukuun lisättiin uusi tätä koskeva 11 §). Tuolloin annetun uuden säännöksen mukaan pörssin listalle ottoa koskeva kielteinen päätös voitiin saattaa pankkitarkastusviraston käsiteltäväksi. Säännöksen yksityiskohtaisista perusteluista ilmenee, että ehdotus johtui direktiivistä, jonka mukaan päätös arvopaperin ottamisesta pörssilistalle on voitava saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi. Perusteluissa todetaan edelleen, että viraston päätöksestä voi valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Perusteluista ilmenee vielä, että virasto voi jättää pörssin päätöksen voimaan, palauttaa sen uudelleen käsiteltäväksi tai antaa uuden päätöksen. Virasto voi myös pyytää pörssiltä selvityksen päätökseen johtaneista syistä.

3. *Tavoitteiden kilpailuoikeudellisuudesta?*

Mika Hemmo on sopimusoikeuden yleisiä oppeja ja kilpailuoikeutta koskevassa vuonna 2006 julkaistussa artikkelissaan kiinnittänyt huomiota siihen, että kilpailuoikeudellisella sääntelyllä saatetaan perustaa ”perinteistä sopimuspakkoa muistuttavia sopimuskotekovelvollisuuksia”. Hemmon mukaan monopoliasemaa on perinteisesti pidetty sopimuspakkoa puoltavana seikkana. Myöhemmin sitä on käytetty apuna myös heikomman osapuolen suojaamiselle.⁹⁷³ Hemmo käyttää esimerkkeinä tällaisesta kilpailuoikeudellisesta sääntelystä 2006 voimassa olleen vuoden 1992 kilpailunrajoituslain eräitä säännöksiä sekä sääntelyä viestintämarkkinoilla.

Nykyisin sopimuksesta kieltäytyminen saattaa tulla arvioitavaksi kilpailulain (948/2011) 7 §:ssä tarkoitettuna määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Tällaisessa tilanteessa Kilpailuvirasto voi kilpailulain 9 §:n mukaan muun muassa velvoittaa elinkeinonharjoittajan toimittamaan tietyn hyödykkeen tavanomaisilla markkinaehdoilla. Viestintämarkkinoilla Viestintävirasto voi viestintämarkkinalain (393/2002) nojalla muun muassa velvoittaa huomattavan markkinavoiman verkkoyrityksen luovuttamaan palveluyrityksille käyttöoikeuden verkkoyrityksen matkaviestinverkkoon (ks. viestintämarkkinalain 18 ja 23 §).

Esillä olevat pörssin ja arvopaperikeskuksen ”päätöksentekotilanteet” näyttävät minusta tavoitteiltaan kovasti muistuttavan näitä kilpailuoikeudellisia tilanteita:

⁹⁷³ Hemmo 2006: 1136 ja 1156 (lainaus).

Pörssillä on markkinoilla erityinen asema. Liikkeeseenlaskijan mahdollisuudet hankkia oman pääoman ehtoista pääomaa ja muutoinkin edistää osakkeidensa kiinnostavuutta sijoituskohteina ovat suuresti riippuvaisia arvopaperin ottamisesta pörssilistalle. Pörssilistalle ottamista koskevalla lainsäädännöllä pyritään samaan tapaan kuin kilpailulain 7 ja 9 §:n sääntelyllä siihen, ettei erityisessä markkina- asemassa oleva taloudellinen toimija käytä tätä asemaansa väärin. Sääntelyn tähän tarkoitukseen viitataan myös hallituksen esityksessä HE 318/1992 vp, joka edellä todetun mukaisesti alun perin johti listalleottopäätösten esillä olevan kaltaiseen sääntelyyn. Arvopaperilakiin tuolloin ehdotetun 3 luvun 10 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa todetaan, että ”ehdotettu liikkeeseenlaskijan oikeus saattaa kielteinen listalleottopäätös pankkitarkastusviraston käsiteltäväksi estää liikkeeseenlaskijan perusteettoman syrjimyksen”.

Vastaavalla tavalla sijoituspalvelujen tarjoajan toimintamahdollisuuksiin markkinoilla vaikuttaa merkittävä tavalla se, onko sijoituspalvelujen tarjoajalla suora pääsy arvopaperikeskuksen arvo-osuusjärjestelmään. Tilinhoitajan oikeuksien saaminen merkitsee tällaista suoraa pääsyä tietojärjestelmään. Arvopaperikeskuksella on markkinoilla erityinen asema. Laissa on tähän liittyen vaatimus, jonka mukaan arvopaperikeskuksen on noudatettava tasapuolisuutta tilinhoitajan oikeuksia myöntäessään. Se, että sijoituspalvelun tarjoaja voi saattaa arvopaperikeskuksen kielteisen päätöksen Finanssivalvonnan käsiteltäväksi ja Finanssivalvonta voi sitten (ainakin säännökselle esitettyjen perustelujen mukaan) velvoittaa arvopaperikeskuksen päästämään kyseisen sijoituspalvelujen tarjoajan arvo-osuusjärjestelmäänsä, muistuttaa edellä selostettua tilannetta viestintämarkkinoilla: valvontaviranomainen voi velvoittaa erityisessä markkina- asemassa olevan taloudellisen toimijan yksityisoikeudelliseen kanssakäymiseen toisen taloudellisen toimijan kanssa.

4. *Julkinen hallintotehtävä?*

Pörssin päätöksenteon luonnetta sen päättäessä arvopaperin ottamisesta pörssilistalle on arvioitu hallituksen esityksessä HE 92/1992. Arvopaperilain 3 lukuun otetun uuden 11 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa todetaan, että ”vaikkei arvopaperipörssi ole hallintoviranomainen, se hoitaa julkisluontoista tehtävää ratkaistessaan hakemuksen arvopaperin ottamisesta pörssilistalle”. Perusteluissa todetaan edelleen, että ”päätös arvopaperin ottamisesta pörssilistalle sisältää sekä yksityis- että julkisoikeudellisia piirteitä”.

Tuolloin ehdotettu sääntely liittyi Euroopan unionin lainsäädäntöön. Perusteluissa todetaan: ”Ehdotus johtuu direktiivistä ... , jonka mukaan päätös arvopaperin ottamisesta pörssilistalle on voitava saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi. Viraston

päätöksestä voi valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen.” Perusteluissa todetaan edelleen, että ”arvopaperin ottamista pörssilistalle koskeva päätös on julkisluontoinen tehtävä eikä siinä yhteydessä syntynyttä erimielisyyttä voida pitää pelkästään liikkeeseenlaskijan ja pörssin välisenä riita-asiana. Ehdotus pyrkii siihen, että asia muuttuisi kokonaan julkisoikeudelliseksi ja että se saisi nopeasti lopullisen päätöksen. Hallintolainkäyttöön perustuva oikeussuojajärjestelmä on liikkeeseenlaskijoiden, sijoittajien ja arvopaperimarkkinoiden kannalta toimiva ja taloudellisesti edullinen menettely.”

Mainittuja perustelulausumia arvioitaessa on minusta tärkeätä huomata, että perustelut on kirjoitettu ennen nykyisen perustuslain ja sen 124 §:n voimassaoloaikaa. Tärkeätä on huomata myös, että nykyisen kaltaisen kilpailuoikeudellisen lainsäädännön aika oli tuolloin Suomessa vasta alkamassa. Hemmoa vuodelta 2006 lainaten: ”Nykytyyppisen, aidosti vahvasti vaikuttavan kilpailuoikeuden historia Suomessa on tunnetusti lyhyt, ja sen alkupiste paikantuu syyskuussa 1992 tapahtuneeseen nykyisen kilpailunrajoituslain (480/1992, KilpRajL) voimaantuloon.”⁹⁷⁴

Minusta sillä seikalla, että vuonna 1992 direktiivin edellyttämä pääsy tuomioistuimeen on ratkaistu innovatiivisella ja ilmeisen toimivalla sääntelyllä, ei tulisi olla merkitystä arvioitaessa taloudellisten toimijoiden toiminnan oikeudellista luonnetta. Käsitakseni mukaan pörssin ja arvopaperikeskuksen toimintaan liittyvät edellä esitellyt säännökset ovat luonteeltaan samalla tavoin kilpailuoikeudellisia kuin edellä esitellyt kilpailulain ja viestintämarkkinalain säännöksetkin. Markkinoilla toimivien taloudellisten toimijoiden ”päätöksenteko”, joka liittyy niiden liikesuhteisiin, ei muutu julkiseksi hallintotehtäväksi sillä, että taloudellisten toimijoiden mahdollisuutta itse päättää toiminnastaan ja liikesuhteistaan rajoitetaan kilpailuoikeudellisella sääntelyllä.

⁹⁷⁴ Hemmo 2006: 1134. KilpRajL on kumottu vuoden 1.11.2011 voimaan tulleella kilpailulailla.

Lähteet

Hemmo, M. (2006). Sopimusoikeuden yleiset opit ja kilpailuoikeus. *Lakimies* 2006,1134–1157.

Mäkinen, E. (2011). *Pysäköinninvalvonta – julkista vai yksityistä?* Edilex Asian-
tuntijakirjoitukset 30.11.2011. Saatavissa: www.edilex.fi/lakikirjasto/8356 .

MUOTO ON SISÄLTÖÄ – MIELENTERVEYSLAIN TARKOITTAMAN M I- LÄHETTEEN⁹⁷⁵ LAATIMISEEN LIITTYVÄN JULKISEN VALLAN KÄYTÖN TARKASTELUA KOLMEN TUOMIOISTUINPÄÄTÖKSEN VARASSA

Veijo Tarukannel

*”Kun sumu mataa kohti, eivät nuolemme sitä
vastaan auta. Lennättäkäämme ne sittenkin, len-
nättäkäämme ne ylös! Ehkä jokin niistä väläh-
tää päivässä, jonka muut jossain vielä näkevät.”*

Kaarlo Marjanen: Nuolia sumusta (1946)

1. Lähtökohtia

Perustuslaissa julkisen vallan käyttöä koskevat useat säännökset, ainakin 1–3 §, 2 luku, 80 §, 9–10 luvut, 118–119 § ja 124 §. Kyseessä on laaja rakenteellinen kokonaisuus ja tämä vallankäyttöjärjestelmä on perustuslain yksi keskeinen sääntelyalue. Järjestelmän yhtä yksittäistä kohtaa ei oikein voida hedelmällisesti tarkastella irrallaan tuosta kokonaisuudesta. Kirjoituksessa tarkastelluissa oikeustapauksissakin tämän vallankäyttösystemin kokonaisuus on selvästi ollut perustuslaista tulevine oikeudellisine velvoituksineen vaikuttava tekijä.

Esillä olevissa tapauksissa korostuu tuohon vallankäyttöjärjestelmään liittyvä tai sen edellyttämä virkavastuusääntely. Tämä on kuitenkin esillä tai taustalla vain yhtenä osatekijänä vallan käytön sääntelyn kokonaisuudessa. Perusteltuna ei esimerkiksi voi pitää sitä, että kunnallisen terveydenhuollon tehtäviä tekevien lääkäreiden toiminnan rikosoikeudellinen (virkarikossäännöstö) arviointi on erilaista riippuen siitä, ovatko he yksityisoikeudellisessa palvelussuhteessa yksityiseen palveluntuottajaan (esimerkiksi keikkalääkäri) vai virkasuhteessa (virkalääkäri).

Perustuslain 124 §:ssä säännellään julkisen vallan ja merkittävän julkisen vallan siirtämistä. Julkisen vallan käytön tai merkittävän julkisen vallan käytön käsitteet eivät välttämättä ole alaltaan samanlaisia kaikilla oikeuden alueilla tai kaikissa

⁹⁷⁵ M I on tarkkailulähete, M II on tarkkailulausunto ja M III on hoitoonmääräämispäätös.

asiayhteyksissä kuten hallinto-oikeuden eri lohkoilla, rikosoikeudessa, vahingonkorvausoikeudessa tai valtiosääntöoikeudessa. Ala voi olla laajempi tai suppeampi. Perusoikeuksien vaikutus tulkintatilanteessa muotoilee sitä, miten käsitteen laajuuteen kulloinkin suhtaudutaan. Käsitteiden alaan voivat vaikuttaa tilannekohtaiset tekijät.⁹⁷⁶ Esimerkiksi tässä kirjoituksessa esillä olevaa probleemaa ei voida ratkaista perustaen ajattelu yksinomaan rikosoikeuteen.

Käytännön selkeyttämisen tai terävöittämisen tarvetta ilmentää se, että mielenterveyslakia pyrittiin muuttamaan tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä siten, että terveyskeskuksen vastaava lääkäri voisi määrätä myös muun kuin virkasuhteessa olevan lääkärin laatimaan tarkkailulähetteitä ja pyytämään poliisilta virka-apua potilaan toimittamiseksi terveyskeskukseen tai sairaalaan.⁹⁷⁷ Ehdotuksessa on siis nähtävästi lähdetty siitä, että tarkkailulähetteen laatiminen on julkisen vallan käyttöä, mutta ei merkittävää julkisen vallan käyttöä. Ehdotuksessa on viitattu Kuopion hallinto-oikeuden kahteen ensimmäiseen alla olevista päätöksistä, mutta päätösten sisältöä ei ole avattu esimerkiksi julkisen vallan käytön ja merkittävän julkisen vallan käytön käsitteiden erottelun kannalta.⁹⁷⁸ Ehdotuksessa on noteerattu myös eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen sijaisena toimineen aiemman eduskunnan oikeusasiamiehen Riitta-Leena Paunio 5.3.2010 antama päätös (Dnro 711/09), joka koski julkisen vallan käyttöä terveydenhuollossa.⁹⁷⁹ Hallituksen esityksessä on mielenkiintoisella tavalla todettu, että eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen kannanoton jälkeen on syntynyt oikeudellinen epäselvyys tarkkailulähetteen laatimisen oikeutuksesta. Epäselvän tilanteen ratkaiseminen edellyttää ehdotuksen mukaan mielenterveyslain täsmentämistä.⁹⁸⁰ Tässä ei ole mahdollisuutta pohtia sitä, missä vallankäytön elimessä aidossa oikeusvaltiossa tehdään myös julkisoikeudellista oikeussuhdetta koskevia viime kätisiä auktoritatiivisia päätöksiä siinä mielessä, että ratkaistaan yksittäistapauksen kohdalla, mikä lain sisältö on.⁹⁸¹

⁹⁷⁶ Ks. Keravuori & Rusanen 2008: 116–118.

⁹⁷⁷ Ks. HE 335/2010 vp hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi mielenterveyslain ja raskauden keskeyttämisestä annetun lain 8 §:n muuttamisesta. Täysistunto lähetti esityksen 8.2.2011 sosiaali- ja terveysvaliokuntaan mietintöä ja perustuslakivaliokuntaan lausuntoa varten. Eduskunnan kirjelmän (EK 57/2010 vp) mukaan tämän HE:n käsittely raukesi eduskunnan työn lopettamisen vuoksi.

⁹⁷⁸ Ks. HE 335/2010 vp, s. 5.

⁹⁷⁹ HE 335/2010 vp, s. 10. HE:ssä on viitattu myös toiseen eduskunnan oikeusasiamiehen antamaan päätökseen vuodelta 2006 (Dnro 2995/4/04)

⁹⁸⁰ Ks. HE 335/2010 vp, s. 10.

⁹⁸¹ Ks. Tuori 2000: 149–154, 300 ja Tuori 2002: 80–83 sekä Laakso 2012: 184, jossa tämä toteaa muun muassa, että Tuorin konseptiossa oikeuden lopullinen muotoaminen asettuu tuomioistuimen tehtäväksi. Ks. myös kahden kirjan arvostelun sisältävä Koillinen 2012: 157–162.

Jäljempänä oleva kirjoitus on laadittu siten, että on tarkasteltu kolmea lainvoimaista Kuopion hallinto-oikeuden julkaistua Finlex-ratkaisua, joissa julkisen vallan käytön käsite tai tarkemmin käsitteen yhteydet koko perustuslailliseen vallan käytön järjestelmään tunnustava ja samalla tilannekohtainen tulkinta on ollut esillä. Kirjoituksessa on pysytelty hallinto-oikeuden päätösten perustelujen piirissä. Kirjoituksessa on kommentoitu päätösten perusteluja. Nämä on pyritty saattamaan vähän laajempaan yhteyteen julkisen vallan käytön perustuslaillisen kokonaisjärjestelmän kanssa. Jäljempänä olevat lainausmerkkien sisässä olevat versiot päätöksistä ovat niiden Finlex-muodot. Olen itse ollut puheenjohtajana päätöksissä 2. ja 3.

2. Päätös 1.

Kuopion HAO 16.6.2010 taltio 10/0358/7 (tehty kolmen hallinto-oikeustuomarin, asiantuntijajäsenen ja notaariesittelijän muodostamassa kokoonpanossa)

"A oli määrätty mielenterveyslain 8 ja 11 §:n nojalla psykiatriseen sairaalaan hoitoon. A valitti päätöksestä. Asiakirjoista ilmeni, että tarkkailulähetteen oli laatinut X:n kaupungin 24 tunnin perusterveydenhuollon päivystyksessä työskennellyt niin sanottu keikkalääkäri. Tämän lääkärin oikeus työskennellä päivystyksessä perustui hänen työnantajanaan olevan yksityisen palveluntuottajan ja X:n kaupungin väliseen sopimukseen. Lääkäri oli myös pyytänyt poliisilta virka-apua A:n toimittamiseksi X:n kaupungin terveyskeskukseen A:n tutkimista varten mielenterveyslain 9 §:n 1 momentin tarkoituksessa.

Hallinto-oikeus katsoi, että A:n tarkkailulähetteen laatimiseen ja perusterveydenhuollon päivystykseen toimittamiseen liittyivät myös mielenterveyslain 29 ja 31 §:n säännökset terveyskeskuslääkärin toimintavelvollisuudesta ja poliisin velvollisuudesta antaa lääkärin pyynnöstä virka-apua. Sen vuoksi lääkärin tekemät toimet sisälsivät julkisen vallan käyttämistä. Perustuslain 124 §:n ilmentämän virkamieshallintoperiaatteen mukaan julkisten hallinto-tehtävien hoitamisen tulee pääsääntöisesti kuulua viranomaisille. Tällaisia tehtäviä voidaan antaa muille viranomaisille vain lailla. Kuntalain 44 §:n 2 momentin mukaan tehtävää, jossa käytetään julkista valtaa, hoidetaan virkasuhteessa.

Hallinto-oikeus otti viran puolesta huomioon sen, että kysymyksessä oleva lääkäri ei ollut virkasuhteessa X:n kaupunkiin. Laissa ei ole säännöstä, jonka voitaisiin katsoa oikeuttavan mielenterveysasioihin liittyvän julkisen vallan käyttämisen siirtämisen viranomaiselta yksityisen palveluntuottajan työntekijälle. Keikkalääkärillä yksityisen palveluntuottajan työntekijänä ei ollut oikeutta julkista valtaa sisältävien tehtävien suorittamiseen. A:n tahdosta riippumattomaan hoitoon päättyneessä menettelyssä tapahtuneiden virheiden vuoksi hallinto-oikeus kumosi valituksenalaisen päätöksen.

Asiassa ei ollut merkitystä sillä, että A:n hoitoon määrääminen oli toimival-
lan suhteen muilta osin tapahtunut asianmukaisesti tai että A:lla oli perus-
tuslain 19 §:n 1 ja 3 momentin mukainen oikeus huolenpitoon."

Hallinto-oikeuden päätöksen kohdassa "Oikeusohjeet" oli viittaus edeltä ilmene-
viin oikeusohjeisiin ja sen lisäksi oli mainittu perustuslain 7 §:n 1 momentti, kun-
talain 2 §:n 3 momentti, sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtion-
osuudesta annetun lain 4 §:n 1 momentti 4 kohta ja mielenterveyslain 3 § 1 mo-
mentti, 9 §, 10 § 1 momentti ja 11 §:n 2 momentti.

Hallinto-oikeus toteaa päätöksensä perusteluissa, että perusoikeuksien merkittä-
vyyden vuoksi sen on tullut viran puolesta virheet havaitessaan puuttua niihin,
vaikka potilas ei itse ole valituksessaan niihin vedonnut. Hallinto-oikeus on myös
lausunut, että tahdosta riippumattomaan hoitoon määräämisen vaiheittaisessa pro-
sessissa edeltävään vaiheeseen sisältyvä virhe menettelyn lainmukaisuutta arvioi-
taessa ikään kuin siirtyy rasittamaan seuraavaa myöhempää vaihetta, koska seu-
raavan vaiheen edellytyksenä on tosiasiallisesti se, että edeltävä vaihe on toteutu-
nut. Hallinto-oikeus on ollut aktiivinen perustuslainmukaisuuden kontrolloinnissa,
mikä rooli ja toimintamalli mainiosti sopii hallintotuomioistuimelle hallintovali-
tuksen yhteydessä. Tällainen toiminta vastaa kaiketi sitä, mitä perustuslain 22 §
julkisen vallan toiminnalta edellyttää: säännös kuuluttaa voimakasta tahtoa panna
perustuslaki täytäntöön. Tuo säännös vaatii, että tuomioistuimessa on riittävä
ammattitaito tunnistaa perus- ja ihmisoikeusongelmat, ei suljeta ongelmilta sil-
miä, ajatellaan pintatasoa syvemmälle, ymmärretään tuomioistuinten asema vii-
mekätisenä oikeusturvan tuottajana ja auktoriteettina sekä irtaudutaan tarpeen
tullen kaavamaisista, vakiintuneista toimintatavoista ja liian ahtaista tulkintamal-
leista. Terveysdenhuollon päätöksentekomekanismissa on ollut tässä tapauksessa
perustuslaillisen vallankäyttöjärjestelmän perusasioihin liittyviä ongelmia oikeus-
suojan kannalta ajatellen, mikä perustelee tuomioistuimen toimintatavan mallia.

Päätöksen tarkemmista perusteluista ilmenee, että poliisi toimitti kyseessä olevan
potilaan mainitun keikkalääkärin tekemän virka-apupyynnön nojalla perustervey-
denhuollon päivystykseen ja keikkalääkäri siis allekirjoitti potilasta koskevan M
I- lomakkeen. Tilanteen organisatorista sekavuutta ilmentää vielä se, että keikka-
lääkäri neuvotteli päivystämässä olevan toisen lääkärin kanssa. Tämä oli vir-
kasuhteessa X:n kaupunkiin, mutta hänellä oli sivutoimilupa tehdä päivystystyötä
edellä mainitun yksityisen palveluntuottajan työntekijänä X:n kaupungin 24 tun-
nin perusterveydenhuollon päivystyksessä. Päätöksen mukaan tuon toisen lääkä-
rin virkasuhteen tehtäviin kuului toimia terveyskeskuslääkärinä kotihoidossa ja
perusterveydenhuollon osastolla 2. Lomakkeet M II ja M III allekirjoittaneet lää-
kärit olivat virkasuhteessa X:n kaupunkiin.

Hallinto-oikeuden päätöksen perusteluissa on vielä todettu se sinänsä selvä, mutta tarkemmalta sisällöltään aika tavalla tyhjäksi jäävä lähtökohta, että kunnan järjestämässä terveydenhuollossa on kyse julkisen tehtävän hoidosta, mutta tavanomaisessa potilaan hoitamisessa ei yleensä tai aina käytetä julkista valtaa.⁹⁸² On vaikeata etukäteen, selkeästi ja ehdottomin rajanvedoin päätellä, mikä toiminta tai toimenpide julkisessa terveydenhuollossa on julkisen vallan käyttämistä tai minikälaisen julkisen vallan käyttämistä.⁹⁸³ Lienee toivotonta perata terveydenhuollon toimintaa läpikotaisin niin, että luokittelemalla sen toimintaa, voitaisiin saada aikaan hallittavissa oleva luettelo tai kuvaus toimintojen luonteesta erilaisena julkisen vallan käyttönä. Tällainen luettelo tai kuvaus jäisi vähintään yleisluontoiseksi tai tulkinnanvaraiseksi eikä sitä kyettäisi tyydyttävästi pitämään toimintojen ja toimintatapojen muutoksissa ajan tasalla. Ongelmana on pikemminkin se, että ollaan siirrytty virkasuhteen käytöstä muihin palvelussuhteisiin sekä osin hallitsemattomaan ja perustuslain sääntelemän julkisen vallan käytön järjestelmän lähtökohdista irtautuneeseen, taloudellisia säästöjä painottavaan yleisesti oikeudelliselta kannalta sekä toimivaltajärjestelyiltä edellytettävän varmuuden ja vastuukysymysten mielessä sekavaan yksityistämiseen.⁹⁸⁴

⁹⁸² §Ks. Laakso, Suviranta & Tarukannel 2006: 58–62 käsitteistä viranomaistehtävä, julkinen tehtävä ja julkisen vallan käyttö sekä 71–75 hallinto-oikeudellisesta oikeussuhteesta, Hirvonen & Mäkinen 2006: 13–22 julkisen vallan käytön käsitteestä, Huhtanen 2005: 128–143 sisältäen käsiteanalyysiä sekä Keravuori & Rusanen 2008: 118–259 ja 418–484. Ks. myös Mäkinen 2011: 8 ja 17–21, jossa tämä käsittelee julkisen vallan käytön ja merkittävän julkisen vallan käytön käsitteitä ns. yksityisen pysäköinninvalvonnan probleeman yhteydessä. Ks. PeVL 57/2010 vp sekä siellä mainitut muut saman valiokunnan kannanotot liittyen julkisen hallintotehtävän antamiseen muulle kuin viranomaiselle ja julkisen vallan käytön käsitteen eri puoliin. Ks. myös Tolvanen 2007: 21 ja Tolvanen 2011: 34–35. Ks. myös HaVL 2/2002 vp, jossa on virkarikossäännösten muuttamisen yhteydessä pohdittu julkisen vallan käytön käsitettä. Lausunnossa on todettu muun muassa, että terveydenhoitoalalla potilaiden hoitoa koskeva lääkärin päätös on merkityksellinen potilaan etujen ja oikeuksien kannalta. Tältä osin virkasuhde on lausunnon mukaan julkisyhteisön palvelussuhteena luonnollinen ratkaisu. Myös muu hoitohenkilökunta saattaa lausunnon mukaan tehdä tosiasiallisesti toimenpiteitä ja ratkaisuja, jotka voivat liittyä potilaan etuun tai oikeuteen (esimerkiksi näytteen ottaminen). Tässä yhteydessä kuitenkin valiokunta katsoi, ettei ole syytä puuttua enemmälti julkisen vallan käytämisen käsitteen tulkintaan.

⁹⁸³ Ks. tällaisista pyrkimyksistä julkisen vallan käytön mahdollisten eri ilmenemismuotojen osalta suhteessa kuntalain 44.2 §:n vaatimukseen esim. Hirvonen & Mäkinen, 20–22 ja EOA 4.3.2010 (Dnro 711/2/09). Ks. myös Valviran Tiedote 5.3.2010 76/2010, joka on annettu tuon edellisen asiakirjan johdosta. Ks. myös EOA 7.11.2011 (Drmo 363/4/10, jossa kyse terveyspalvelujen järjestämisestä Keski-Karjalan yhteistoiminta-alueella, erityisesti Rääkkylässä. Ks. myös Valtionvarainministeriön työryhmämuistioita 29/99, Välillinen valtionhallinto- hankkeen muistio, VM, Hallinnon kehittämissosasto, Helsinki 1999, joka sisältää kannanottoja julkisen vallan käytöstä välillisen valtionhallinnon piirissä.

⁹⁸⁴ Ks. HE 335/2010 vp, s. 10, jossa ongelma on tunnistettu. Ks. myös terveydenhuoltolakia koskeva HE 90/2010: 150–151. Tämän lakiehdotuksen eräänä tarkoituksena oli turvata virkälääkäripalvelujen olemassa olo erityisesti silloin, kun kunta hankkii kaikki tai lähes kaikki ter-

Hallinto-oikeuden päätöksen perusteluissa on yksiselitteisen selvästi lausuttu jutun ratkaisun kannalta keskeinen asia. Päätöksessä todetaan " Sen sijaan mielen-terveyslain 31 §:ssä tarkoitettu virka-avun pyytäminen poliisilta ja 29 §:ssä mainittu velvollisuus tarkkailuun toimittamisesta, tarkkailuun määrääminen, tarkkailulausunnon antaminen ja tahdonvastaiseen hoitoon määrääminen ovat julkisen vallan käyttämistä. Näissä tehtävissä lääkärin toiminta hänen pyytäessään virka-apua nivoutuu voimakeinojen käyttämiseen, sillä poliisin antama virka-apu sisältää oikeuden tarvittavien voimakeinojen käyttämiseen tehtävää suoritettaessa. Muodollisesti virka-avun antamisesta päättää poliisi, mutta asian luonteesta johdun poliisilla ei ole näissä tilanteissa yleensä edellytyksiä kyseenalaistaa lääkärin tekemää arviota virka-avun tarpeesta."⁹⁸⁵

Hallinto-oikeus on tämän jutun yhteydessä tyypittänyt toimintoja niiden sisällön ja toimintojen seuraamusten perustalta, mikä on perustuslain 124 §:n kannalta ajatellen asianmukaista. Tällainen tyypittäminen yksittäisen oikeusjutun ratkaisun perusteeksi on ollut paikallaan, koska jutun yhteydessä olevat oikeudelliset ongelmat ovat sitä edellyttäneet. Hallinto-oikeus on muutenkin nähnyt tahdosta riippumattoman hoidon proseduurin alusta saakka vaiheisiin jakautuneena kokonaisuutena, jossa sinänsä itsenäiset lääkärit henkilökohtaisella vastuulla toimivat. Täten palvelussuhteen on oltava kaikilla toimivilla lääkäreillä virkasuhde ja vastuu on muun ohella rikosoikeudellista virkavastuuta, koska laissa ei ollut säännöstä, joka olisi oikeuttanut kyseessä olevan julkisen vallan käyttämisen siirtämisen viranomaiselta yksityiselle palveluntuottajan työntekijälle. Hallinto-oikeus on todennut selvästi, että yksityiseen palveluntuottajaan työsuhteessa olevalla keikkalääkärillä ei ole ollut toimivaltaa tehdä virka-apupyyntöä poliisille potilaan toimittamiseksi terveyskeskukseen tai lähettää potilasta vastoin tämän tahtoa tarkkailuun. Asiassa ei hallinto-oikeuden päätöksen mukaan ole merkitystä sillä, että keikkalääkäri on neuvotellut toisen lääkärin kanssa, koska tämä lääkäri ei ole allekirjoittanut tarkkailulähetettä eikä hän ole toiminut päivystystehtävässä virkasuhteensa perusteella vaan yksityisen yrityksen työntekijänä. Hallinto-oikeus ei ole siten tyytynyt esimerkiksi lukemaan mielen-terveyslain 29 ja 31 §:iä siten, että se irrottaisi säädösteksteistä käsitteen "lääkäri" jotenkin mielen-terveyslain ja pe-

veyspalvelut yksityiseltä palvelujen tuottajalta. HE:ssä on todettu muun muassa, että kunnan tulisi huolehtia siitä, että sillä on edelleen tarpeenmukainen henkilöstö niitä tehtäviä varten, joissa on kyse julkisen vallan käyttämisestä terveydenhuollossa. Esimerkkinä tällaisista tehtävistä mainitaan muun muassa mielen-terveyslain 29 §:ssä terveyskeskuslääkärille säädetty lakisääteinen toimintavelvollisuus tarkkailulähetteen laatimiseen. Ks. myös PeVL 41/2010 vp, jossa on kiinnitetty huomiota perustuslain 124 §:n vaatimuksiin. Ks. myös EOA 7.11.2011 (Drno 363/4/10) s. 21.

⁹⁸⁵ Ks. myös HE 335/2010 vp, s. 7–8.

rustuslain muodostamasta asiakokonaisuudesta, jolloin jonkinlaisen päättelyketjun nojalla saattaisi päätyä siihenkin, että lääkäri kuin lääkäri riippumatta palvelussuhteesta.⁹⁸⁶

Tämän jälkeen hallinto-oikeus käsittelee lääkäreiden toimintaa tarkkailulähetteen allekirjoittamisesta tahdonvastaista hoitoa koskevan päätöksen tekemiseen. Sen jälkeen tuomioistuin toteaa, että tilanteesta ja seurauksista riippuen toiminnan voidaan arvioida olevan joko merkittävää tai sitä vähäisempää julkisen vallan käyttämistä. Hallinto-oikeus näyttää tässä vaiheessa olleen tarpeetonta syvällisemmin arvioida siitä, minkä laatuista edellä selostettuun päätöksentekoketjuun tai sen eri osiin liittyvä julkisen vallan käyttö on. Pääpaino on kuitenkin jo tässäkin täytynyt päätöksen lopputulokseen vaikuttaneet säännökset huomioon ottaen olleen siinä, että kyse on merkittävästä julkisen vallan käytöstä.⁹⁸⁷

Hallinto-oikeus on myös selvästi ottanut kannan siihen perusoikeuskollisioon, joka muodostuu perusoikeuksien välille. Hallinto-oikeus on asettanut perustuslain 7 §:n etusijalle. Tämä onkin luonnollista, koska perustuslain ja mielenterveyslain edellyttämän päätöksentekomekanismin noudattaminen ei johda siihen, etteikö henkilö saisi tarvittavaa hoitoa. Terveyskeskuksessa tulee aina olla valmius saada virkalääkärin toimin aikaan tarvittava tarkkailulähete. Kyse on siitä, että organisoinnissa on kunnioitettava velvoittavaa perustuslain ja mielenterveyslain vaatimaa tapaa organisoida toiminta varmaksi ja lainmukaiseksi. Mielenterveyslain 3 §:n mukaan kunnan tehtävänä on järjestää mielenterveyspalvelut. Perustuslain vaatimuksia ei pitäisi esimerkiksi perustuslain 22 §:n lähtökohdista ajatellen voida pala palalta ja hiljalleen liuttamalla nakertaa eikä hallinnon tai hallintotuomioistuimen erityisenä tehtävänä ole löytää perusteita perustuslain oikeudellisen sitovuuden murtamiseen esimerkiksi kuntien tai valtion taloudellisten intressien perustalta taikka yksityisen liiketoiminnan toimintaedellytysten tukemisen pohjalta tai yleisen kätevyyden tai tehokkuuden maksimoimiseksi.

⁹⁸⁶ Ks. myös HE 335/2010 vp, s. 6.

⁹⁸⁷ Vrt. EOA 4.3.2010 (Dnro 711/2/09) s. 24, jossa on päädytty siihen, että myös tarkkailulähetteen laatiminen voidaan katsoa julkisen vallan käytöksi. Tuon asiakirjan mukaan mielenterveyslain 29 ja 31 §:t mahdollistavat sellaisen yksipuolisen puuttumisen henkilön oikeusasemaan, hänen vapauteensa ja koskemattomuuteensa, että lääkärin kyseisiä tehtäviä on pidettävä julkisen vallan käyttönä. Samassa asiakirjassa on sivuilla 30–31 tehty erinäisiä johtopäätöksiä. Asiakirjasta ei näyttäisi aivan ytimekkäästi selviävän, onko mahdollista, että tarkkailulähetteen laatimista voitaisiin pitää merkittävänä julkisen vallan käyttönä. Kuitenkin tulkitsen, että asiakirjassa on lähdetty siitä, että tarkkailulähetteen laatiminen on julkisen vallan käyttöä. Tuossa asiakirjassa on laajahkoja viittauksia mm. Valviran kantoihin, professori Veli-Pekka Viljasen Valviran pyynnöstä antamaan ja 24.9.2009 päivättyyn lausuntoon sekä sosiaali- ja terveysministeriön kantoihin.

Hallinto-oikeus on nostanut päätöksessään esiin myös kuntalain 44.2 §:n vaatimuksen siitä, että tehtävää, jossa käytetään julkista valtaa, hoidetaan virkasuhteessa. Tämän säännöksen on kunnallisen virkamiesoikeuden piirissä katsottu perustellusti tarkoittavan sitä, että virkasuhdetta edellyttää jo teoreettinen mahdollisuus julkisen vallan käyttämiseen tehtävässä.⁹⁸⁸ Olisi mahdollista ajatella, että juttu olisi saattanut ratketa jo tämän säännöksen perusteella, mutta hallinto-oikeus on halunnut käsitellä asiaa periaatteellisemmin perustuslain järjestelmästä lähtien. Kuntalain 44.2 §:n vaatimus kytkeytyy tuohon perustuslailliseen taustaan. Päätöksessä on todettu myös, että kuntalain 2.3 §:n tai sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtiosuudesta annetun lain 4.1 §:n 4 kohdan säännökset etenkin ottaen huomioon kuntalain 44.2 §:n säännöksen sisältö eivät riitä oikeudelliseksi perusteeksi mielenterveysasioihin liittyvän julkisen vallan käytön siirtämiseen viranomaiselta yksityisen palveluntuottajan työntekijälle. Lisäksi on todettu, että kunnan ja palveluntuottajan välinen sopimus yksityisoikeudellisena oikeustoimena ei myöskään luo virkasuhdetta eikä sopimuksen perusteella ole muutenkaan mahdollista tulkita, että esimerkiksi käsillä olevassa tilanteessa yksityisen yrittäjän työntekijän katsottaisiin toimivan terveystalveluja toteuttaessaan kuntalain 44.2 §:n mukaisesti virkasuhteessa ilman, että tehtävää varten olisi perustettu virka.

3. *Päätös 2.*

Kuopion HAO 21.12.2010 taltio 10/0608/2 (täysistunnon päätös)

"Yksityisen lääkärikeskuksen yleislääketieteen erikoislääkäri oli laatinut A:ta koskevan tarkkailulähetteen (Lomake M I). Lähetteen mukaan A ei ollut vielä sillä tavoin kuntoutunut, että vapaaehtoinen hoitomuoto olisi ollut mahdollinen ja siten mielenterveyslain 8 §:ssä tarkoitetut edellytykset tahdosta riippumattomaan hoitoon olivat lähetteen mukaan todennäköisesti olemassa.

Niuvanniemen sairaalan erikoislääkärin laatiman tarkkailulausunnon (Lomake M II) mukaan mielenterveyslain 8 §:n tarkoittamat edellytykset A:n tahdosta riippumattomalle psykiatriseen sairaalaan ottamiselle olivat olemassa. Niuvanniemen sairaalan ylilääkärin tekemän hoitoomääräämispäätöksen (Lomake M III) mukaan tarkkailulähetteen, tarkkailulausunnon ja

⁹⁸⁸ Ks. Hirvonen & Mäkinen 2006: 22, jossa todetaan, että kuntalain esitöiden mukaan henkilön tulisi olla virkasuhteessa myös silloin, jos tehtäviin voisi vain teoriassa kuulua julkisen vallan käyttöä. Ks. myös Koskinen & Kulla 2009:10–12.

sairauskertomuksen perusteella mielenterveyslain 8 §:n edellytykset A:n tahosta riippumattomalle hoidolle täyttyivät.

Perustuslain 124 §:n mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.

Perustuslain 124 § ilmentää niin sanottua virkamieshallintoperiaatetta. Sen mukaan julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee pääsääntöisesti kuulua viranomaisille. Tällaisia tehtäviä voidaan antaa muille kuin viranomaisille vain lailla. Sikäli kun kysymys on merkittävästä julkisen vallan käytöstä, tehtäviä ei kuitenkaan voida antaa muille kuin viranomaisille edes tavallisella lailla. Kuntalain 44 §:n 2 momentin mukaan tehtävää, jossa käytetään julkista valtaa, hoidetaan virkasuhteessa.

Laissa ei ole olemassa säännöstä, jonka voitaisiin katsoa oikeuttavan kyseessä oleviin mielenterveysasioihin liittyvän julkisen vallan käyttämisen siirtämiseen viranomaiselta yksityisen palveluntuottajan työntekijälle.

Lähetteen (Lomake M I)⁹⁸⁹ laatinut lääkäri ei ollut virkasuhteessa Kuopion kaupunkiin eikä Niuvanniemen sairaalaan vaan hän oli yksityisen lääkärikeskuksen työntekijä. Mielenterveyslain mukaiseen tarkkailuun lähettäminen on merkittävää julkisen vallan käyttämistä. Merkittävää julkista valtaa käyttävän tulee olla virkasuhteessa. Koska tarkkailulähetteen laatinut erikoislääkäri ei ollut laatinut lähetettä virkasuhteessa, hänellä ei yksityisen yrityksen työntekijänä ollut toimivaltaa lähettää A:ta mielenterveyslain mukaiseen tarkkailuun. A:n tahdosta riippumattomaan hoitoon määrääminen ei ollut tapahtunut lainmukaisesti. Sen vuoksi hallinto-oikeus jätti vahvistamatta hoitoon määräämistä koskevan päätöksen."

Oikeusohjeina mainittiin perustuslain 2, 7, 19, 118 ja 124 §:t, kuntalain 2 ja 44 §:t sekä mielenterveyslain 8, 9 ja 29 §:t.

⁹⁸⁹ Ks. HE 335/2010 vp, s. 6, jonka mukaan tarkkailulähete sisältää perustellun kannanoton siitä, ovatko edellytykset hoitoon määräämiseen todennäköisesti olemassa. M I - lausunto tahdotaan riippumatta psykiatriseen sairaalahoitoon esitettävästä henkilöstä laaditaan sosiaali- ja terveysministeriön vahvistamalle lomakkeelle. HE:n mukaan myös tapauksissa, joissa potilas ei vastusta hoitoaan, laaditaan usein tarkkailulähete, jos potilaan terveydentila on sellainen, että mielenterveyslain 8 §:n tahdosta riippumattomaan hoitoon ottamisen edellytykset täyttyvät. Tässä on syytä todeta se, että tällaisessa tapauksessa potilaan on oletettava menevän sairaalaan vapaaehtoiseen hoitoon.

Kyseinen sairaala on valtion sairaala. Kyseessä on ollut alaikäinen siviilipotilas.⁹⁹⁰ Kyseisen sairaalan potilaat ovat sairaalan sijaintikunnan alueella olevia ihmisiä. Jos tämä kunta ei ole jostakin syystä tarjonnut alueellaan sijaitsevalla sairaalallekaan sen tarvitsemia kunnan velvollisuuksien piiriin kuuluvia puheena olevia terveydenhuollon palveluja, sairaala on joutunut jollakin tavalla huolehtimaan asiasta, koska se on halunnut huolehtia potilaistaan. Asiaan ei ole liittynyt virka-avun pyytäminen poliisilta. Oikeuskeinona on tässä tapauksessa ollut pelkästään sellainen alistus, johon ei ole liittynyt potilaan tai kenenkään muunkaan tekemää valitusta. Tässäkin tapauksessa Lomakkeen M I on allekirjoittanut yksityisen palveluntuottajan työntekijä. Hallinto-oikeus on alistusmenettelyssä viran puolesta oikeusturvaa tuottavaa laillisuuskontrollia harjoittaessaan puuttunut päätöksestä ilmeneviin terveydenhuollon mekanismeissa oleviin perustuslaillisiin virheisiin. Tämä onkin luontevaa alistusmenettelyssä, jossa valvotaan laillisuutta ja toteutetaan oikeusturvan antamista riippumatta päätöksenteon kohteen tai oikeus-suojaintressin subjektin reaktiosta. Se, kuinka syvälle kulloinkin näissä toimintatavoissa mennään, riippuu aina kyseessä olevan alistusmekanismin funktioiden painopisteen asettumisesta ja tapauskohtaisesta harkinnasta. Mielenterveyspuolella vahvasta hoidollisesta intressistä huolimatta vapaudenriistoasioina ymmärrettävissä asioissa alistusmenettelyssä korostuu oikeusturva, vaikka oikeusvaltion ylläpitotehtävä valvonnan muodossa on myös esillä⁹⁹¹.

Tässä tapauksessa organisoinnin tuolloisia ongelmia osoittavat hallinto-oikeuden päätöksestä ilmenevät seuraavat seikat. Niuvanniemen sairaala on maksanut Lomakkeen M I allekirjoittaneelle lääkärille potilaiden tutkimisesta M I- lähetettä tarvittaessa, koska potilaat ovat yleensä vähävaraisia itse eikä mielenterveyslaissa ole maksuvelvollisuudesta erikseen säädetty. Sairaala on siis edellisessä kappaleessa tarkoitettusta syystä pyrkinyt turvaamaan tarvittavien terveydenhuollon toimenpiteiden aikaansaamisen. Sairaala kattaa hoidon kustannukset kunnilta perittävillä hoitopäivämaksuilla. Kuitenkin lopullinen maksaja on tosiasiansa kunta, jonka tulisi huolehtia hoitoon toimittamisesta ja M I- läheteistä. Sairaala on nimennyt ja tilannut lääkärin, koska sairaalan sijaintikunta ei ole muita järjestelyjä mahdollistanut. Hallinto-oikeuden päätöksessä todetaan kuitenkin myös, että hal-

⁹⁹⁰ Lähetteitä tarvitaan tuollaisessa sairaalassa ainoastaan kunnallisen sektorin lähettämien potilaiden hoidossa, ei rikosperusteisesti hoitoon määrättyjen kohdalla.

⁹⁹¹ Hallintotuomioistuimeen tehtävän alistuksen sijaan voitaisiin kehittää muitakin oikeussuojaja valvontakeinoja. Eduskunnan oikeusasiamiehen toimintaa voitaisiin kehittää ja sen hitautta vähentää, samalla kun luotaisiin potilaille tehokas asiamiesjärjestelmä huolehtimaan valitusten tekemisen turvaamisesta hallintotuomioistuimeen. Tuomioistuimen toiminnan käynnistäminen ilman asianosaisen tai vastaavan reaktiota on ehkä sittenkin jonkin verran historiallista ja ajalta, jolloin hallintolainkäytön ensimmäinen porras oli osa ylempien hallintoviranomaisten toimintaa. Kunnallisvalitus on taas oma lukunsa.

linto-oikeuden 16.6.2010 antaman päätöksen jälkeen sairaalassa on alettu toimia siten, että tarkkailuun ottamiseen päättyvässä menettelyssä vaaditaan virkalääkärin tarkkailulähete. Hoidon jatkamista harkittaessa sairaala sitten pyytää sairaalan sijaintikunnan terveyskeskuksen lääkäriä tutkimaan potilaan. Terveyskeskus on ollut suostuvainen huolehtimaan tästä tehtävästä 2.11.2010 alkaen. Sairaalan ja lääkärin keskinäinen riippumattomuus tällaisessa järjestelyssä on ollut tuossa aikaisemmassa toimintatavassa kysymyksenarvoinen asia, kun kyse on nimenomaan tahdosta riippumattomaan hoitoon mielisairaalaan toimittamisesta koskevasta läheteestä.

Tässä täysistunnon yksimielisessä päätöksessä hallinto-oikeus on ottanut yksiselitteisen kannan, että mielenterveyslain mukaiseen tarkkailuun lähettäminen on merkittävää julkisen vallan käyttöä, jota ei siis voida PL 124 §:n mukaan siirtää tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä säädetyllä laillakaan.⁹⁹²

4. Päätös 3.

Kuopion HAO 13.6.2011 taltio 11/0351/7 (tehty kolmen tuomarin ja asiantuntijajäsenen sekä notaariesittelijän kokoonpanossa)

"A oli määrätty mielenterveyslain 8 ja 11 §:n nojalla psykiatriseen sairaalaan hoitoon. A valitti päätöksestä.

Tarkkailulähetteen oli laatinut 13.2.2011 X:n kaupungin terveyskeskuksen yhteispäivystyksessä päivystänyt lääkäri, joka ei ollut ollut virkasuhteessa X:n kaupunkiin. A oli toimitettu mainitun tarkkailulähetteen perusteella sairaalaan ja otettu siellä 14.2.2011 tarkkailuun. Seuraavana päivänä 15.2.2011 oli X:n kaupungin terveyskeskuslääkäri tutkinut A:n ja laatinut hänestä uuden tarkkailulähetteen. A:ta ei ollut otettu tarkkailuun 15.2.2011 laaditun lähetteen perusteella.

Hallinto-oikeuden mukaan mielenterveyslain 29 §:ssä tarkoitettu lääkärin velvollisuus tarkkailuun toimittamisesta sekä tarkkailuun ottaminen, tarkkailulausunnon antaminen ja tahdosta riippumattomaan hoitoon määrääminen ovat julkisen vallan käyttämistä. Perustuslain 124 §:n ilmentämän virkamieshallintoperiaatteen mukaan julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee pääsääntöisesti kuulua viranomaisille. Tällaisia tehtäviä voidaan antaa muille kuin viranomaisille vain lailla. Sikäli kun kysymys on merkittävästä julkisen vallan käytöstä, tehtäviä ei kuitenkaan voida antaa muille kuin vi-

⁹⁹² Ks. myös PeVL 57/2010 vp kohdat Merkittävä julkisen vallan käyttö ja Poikkeuslakien välttämisen periaate sekä Huhtanen 2005: 134–142.

ranomaisille edes tavallisella lailla. Kuntalain 44 §:n 2 momentin mukaan tehtävää, jossa käytetään julkista valtaa, hoidetaan virkasuhteessa.

Laissa ei ole säännöstä, jonka voitaisiin katsoa oikeuttavan mielenterveysasioihin liittyvän julkisen vallan käyttämisen siirtämisen viranomaiselta yksityisen palveluntuottajan työntekijälle.

Tarkkailulähetteen kirjoittava, tarkkailuun ottamista koskevan päätöksen tekvä, tarkkailulausunnon laativa sekä tahdosta riippumatonta hoitoa koskevan päätöksen tekvä lääkäri toimivat tehtävissään itsenäisesti. Kyseisiä menettelyjä koskevista säännöksistä ilmenee, että näiden säännösten perusteella kukin lääkäri puuttuu yksipuolisesti toisen henkilön oikeusasemaan, lähinnä potilaan henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen eli erääseen perusoikeuksista. Menettelystä saattaa myös seurata potilaan yksityiselämän suojaan kohdistuvia, perustuslain 10 §:n mukaisten oikeuksien rajoituksia.

Tahdosta riippumattomaan hoitoon päätyvä prosessi etenee vaiheittain tarkkailuun lähettämisen, tarkkailuun ottamisen ja tarkkailulausunnon laatimisen kautta hoidon alkamista tarkoittavaan päätökseen. Vaiheet muodostavat kokonaisuuden, vaikka kukin lääkäri toimiikin itsenäisesti. Vaiheesta toiseen siirtymisen edellytyksenä on, että edellinen vaihe on suoritettu muodollisesti oikein. Tarkkailulähetteen laatimisesta ei läheskään aina seuraa päätöstä henkilön sairaalahoitoon määräämiseksi. Koska lainsäädännössä tuomioistuinkontrolli on sidottu vasta hoitoonmääräämispäätökseen, tarkkailulähetteen laatimisessa korostuu julkisen vallan käytön merkittävyys henkilön oikeussuojan kannalta.

Mielenterveyslain mukaiseen tarkkailuun lähettäminen on merkittävää julkisen vallan käyttämistä. Merkittävää julkista valtaa käyttävän tulee olla virkasuhteessa. Tarkkailulähetteen 13.2.2011 laatineella keikkalääkärillä ei ole ollut toimivaltaa lähettää A:ta vastoin tämän tahtoa sairaalaan tarkkailuun, koska keikkalääkäri ei ollut virkasuhteessa. X:n kaupunkiin. Sen vuoksi A:n tarkkailuun lähettäminen ei ollut tapahtunut lainmukaisesti. Virkasuhteessa oleva terveyskeskuslääkäri oli 15.2.2011 käynyt laatimassa A:sta uuden tarkkailulähetteen. Virkalääkärin laatimalla lähetteellä ei voida korjata takautuvasti keikkalääkärin lähetettä.

A:ta ei ollut otettu virkalääkärin lähetteen perusteella tarkkailuun. Kun A:n tarkkailuun ottaminen ei ollut perustunut lainmukaiseen tarkkailulähetteen, ei sen seurauksena A:n tarkkailusta laadittua tarkkailulausuntoa ja tarkkailulausunnon perusteella tehtyä hoitoonmääräämispäätöstä voitu pitää mielenterveyslain 9 ja 10 §:ssä tarkoitettuina tarkkailulausuntona ja hoitoonmääräämispäätöksenä.

Edellä mainittujen tahdosta riippumattomaan hoitoon määräämisessä tapahtuneiden virheiden vuoksi hallinto-oikeus kumosi valituksenalaisen päätöksen.

Asiassa ei ollut merkitystä sillä, että A:lla oli perustuslain 19 §:n 1 ja 3 momentin mukainen oikeus huolenpitoon."

Erikseen lainkohtina mainittiin perustuslain 7 §:n 1 momentti, kuntalain 2 §:n 3 momentti ja mielenterveyslain 3 §:n 1 momentti, 8 §, 9 §, 10 §:n 1 momentti ja 11 §:n 2 momentti.

Tässä tapauksessa potilas on jo valituksessaan perustellut valitustaan sillä, että hänet oli toimitettu ambulanssilla yliopistollisen sairaalan yleispäivystykseen ja sieltä edelleen "keikkalääkäriin" tekemällä läheteellä sairaalaan.

Tässäkin päätöksessä on otettu selvä kanta siihen, että mielenterveyslain mukaiseen tarkkailuun lähettäminen on merkittävää julkisen vallan käyttämistä. Tässä jutussa on ikään kuin ollut tarpeen mennä syvemmälle siinä, miksi tarkkailuun lähettäminen tahdonvastaisesti on merkittävää julkisen vallan käyttämistä. Hallinto-oikeus on nimittäin nostanut esiin sen, että jo tarkkailuun lähettäminen voi sisältää muitakin perusoikeuksiin puuttumisia kuin henkilökohtaiseen vapauteen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen puuttumista. Päätöksen perusteluiden alussa olevassa säännösluettelossa on siteerattu muun ohella myös perustuslain 10 § ja muuten tältä osin perusteluissa on todettu, että edelleen menettelystä saattaa seurata potilaan yksityiselämän suojaan kohdistuvia, perustuslain 10 §:n mukaisten oikeuksien rajoituksia. Samaten päätöksessä on nostettu esiin se perusoikeussuojan ja muutenkin oikeussuojan kannalta keskeinen seikka, että tahdonvastaisen mielenterveyshoidon kohdalla tuomioistuinkontrolli on nykyisen vakiintuneen käytännön mukaan sidottu vasta hoitoonmääräämispäätökseen. Tässä mielessä päätöksessä on lausuttu, että "Voidaan myös todeta, että tarkkailulähetteen laatimisesta ei läheskään aina seuraa päätöstä henkilön sairaalahoitoon määräämiseksi." Näin onkin, koska usein laillisella M I - läheteellä mielisairaalaan toimitetun potilaan hoito sairaalassa muuttuu vapaaehtoiseksi hoidoksi. Aina lääkäri ei myöskään prosessin edetessä M III- vaiheeseen arvioi tässä vaiheessa, että tahdosta riippumaton hoito olisi tarpeen eli ei synny "langettavaa" M III- päätöstä. Siksi hallinto-oikeuden päätöksessä todetaan, että jo tarkkailulähetteen laatimisessa korostuu julkisen vallan käytön merkittävyys henkilön oikeussuojan kannalta. On syytä havaita sekin, että tahdosta riippumattomaan hoitoon saattaminen alkaa tarkkailulähetteestä. Se on ratkaisevan tärkeä elementti kokonaisuudessa niissä tapauksissa, joissa se lain mukaan vaaditaan.

Jutussa on vielä se erikoispiirre, että julkisen vallan käyttöä koskevaa menettelyä on viranomaisitoimin pyritty korjaamaan jälkikäteen. Päätöksestä ilmenee, että henkilön ollessa jo tarkkailussa, asianomaisen kunnan terveyskeskuslääkäri on tutkinut potilaan ja laatinut hänestä uuden tarkkailulähetteen. Tältä osin hallinto-oikeus on lausunut, että tarkkailulähetteen laatijan toimivaltaa koskevaa virhettä

ja sitä puutetta, että potilasta ei ole otettu tarkkailuun uuden lähetteen perusteella (hänhän oli jo sairaalassa tarkkailussa virheellisen lähetteen perusteella) ja siitä seuranneita tarkkailulausunnon ja hoitoonmääräämispäätöksen virheitä, ei poista tai korjaa se seikka, että potilaasta uuden tarkkailulähetteen laatineella terveyskeskuslääkärillä, tarkkailulausunnon antaneella lääkäriä ja tahdonvastaista hoitoa koskevan päätöksen tehneellä lääkäriä olisi sinänsä ollut virkansa perusteella oikeus laatia lähete, antaa lausunto ja tehdä päätös. Päätöksessä on vielä todettu, että virheiden merkitystä ei poista tai vähennä myöskään se seikka, että henkilöllä on toisaalta oikeus perustuslain 19 §:n mukaan huolenpitoon eli hallinto-oikeus on jälleen ottanut kannan perusoikeuskollisioon.

5. *Johtopäätöksiä*

Kootusti voidaan Kuopion hallinto-oikeuden päätöksistä esittää, että tämä hallinto-oikeus:

– on katsonut mielenterveyslain mukaisen tarkkailuun lähettämisen tahdosta riippumattomaan hoitoon olevan julkisen vallan käyttämistä ja tämän lisäksi vielä merkittävää julkisen vallan käyttämistä; tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että potilaan osoittaminen tai ohjaaminen julkiselta tai yksityiseltä sektorilta vapaaehtoisesti hakeutumaan tutkimuksiin tai hoitoon mielisairaalaan, tapahtuipa tämä minäkälaisella läheteellä tahansa, olisi näiden päätösten nojalla tulkittavissa julkisen vallan käyttämiseksi; hallinto-oikeuden ratkaisuihin on pääteltävissä, että tarkkailuun lähettämistä vastoin potilaan tahtoa ei voida siirtää yksityisen palveluntuottajan työntekijälle tavallisessa lainsäätämisympäristössä (näyttää myös siltä, että nykyisenkaltaisessa oikeusvaltiossa perusoikeuksien käytännön toteutumisen varmistaminen on niin tärkeä seikka, että poikkeuslakejakaan ei hevin perustuslakivaliokunnassa suosita)⁹⁹³

– hallinto-oikeus on monipuolisesti perustellut ja kehittänyt perusteluaan siitä, miksi se on katsonut, että kyse on merkittävästä julkisen vallan käyttämisestä; asia on todellakin niin, että tahdosta riippumattomaan hoitoon mahdollisesti päätyvä menettely on toisiinsa liittyvistä ja toisistaan riippuvaisista osasista koostuva yhtenäinen prosessi, joka ei esillä olleissa tapauksissa lainkaan käynnisty ilman tuota M I- lähetettä; jos menettely ei taas pääty tuohon tahdonvastaiseen hoitoon, jää tuomioistuinkontrollin käynnistämisen edellytys täyttymättä; kyse on koko

⁹⁹³ ks. PeVL 57/2010 vp kohta, joka on otsikoitu Poikkeuslakien välttämisen periaate ja siinä viitattu muu saman valiokunnan tuottama aineisto.

ajan merkityksellisten perusoikeuksien suojaamista intresseistä ja intressikollisuudesta

– virheet julkisen vallan käytön organisoimisessa johtavat tahdon vastaisen hoitopäätöksen kumoamiseen

– julkisen vallan käytön järjestely näytään tutkittavan viran puolesta

6. *Pienimuotoinen käytännön selvitys*

Käytännön selvittämiseksi pyysin kaikista alueellisista hallinto-oikeuksista joitakin tietoja. Kysyin seuraavasti:

1. Selvitetäänkö ja tutkitaanko hallinto-oikeudessanne mielenterveysasioissa se, onko muu kuin virkasuhteessa kuntaan oleva lääkäri laatinut M I - lähetteen pakkohoitomielessä? Kyse on siis PL 124 §:n julkisen vallan käytön perustuslaillisten takeiden selvittämisestä.
2. Jos ei selvitetä ja tutkita, miksi näin ei tehdä.
3. Jos selvitetään ja tutkitaan, tehdäänkö tämä viran puolesta.
4. Mikä merkitys sille annetaan, että asia tulee vireille alistuksena, jossa siis tulee tutkia hallinnon tason toiminnan laillisuus (ja perustuslainmukaisuus)?
5. Jos tuolle 4. kohdassa tarkoitettulle tekijälle ei anneta merkitystä, miksi ei anneta.

Vastaukset ovat tulkinnanvaraisia. Kaikki hallinto-oikeudet eivät vastanneet selkeästi kaikkiin kysymyksiin. Vastausten kirjo oli sellainen, että niistä ei kyetä tarkoin päättelemään, miten ongelmakokonaisuuteen täsmällisesti on suhtauduttu tai miten yksittäisen kysymyksen ilmentämän asian kohdalla oikeastaan menetellään. Miksi - kysymyksiin ei tullut kovinkaan selkeitä vastauksia, jos tuli kunnolla lainkaan.

Kuopion hallinto-oikeuden käytäntö on selostettu edellä. Yleisin vastaus 1. kysymykseen on, että ei selvitetä viran puolesta ellei jostain syystä synny aihetta tutkia. Vastausten perusteella on pääteltävissä, että ei ole ollut aihetta epäillä. Yhdessä vastauksessa korostettiin, että terveyskeskuslääkärin viransijaisen kohdalla voisi olla ehkä epäilyjä, mutta tätä ei aleta tutkia viran puolesta, koska yleisesti ei ole kuultu mitään epäilyttävää tuomiopiirissä. Yhdessä hallinto-oikeudessa lähde-

tään siitä, että siellä lähtökohtana on luottamus siihen, että viranomaiset ovat sitä, mitä ilmoittavat olevansa. Eräessä hallinto-oikeudessa lähdetään siitä, että kun mielenterveyslain mukaisen lähetteen kirjoittaa lääkäri, katsotaan, että laillistetulla lääkärillä on oikeus kirjoittaa lähete, vaikka ei olisikaan virkasuhteessa kuntaan tai valtioon. Yhdessä hallinto-oikeudessa Kuopion lisäksi lääkärin asema tarkastetaan automaattisesti, mutta virheellistä statusta ei ole tullut vastaan.

Yhdessä vastauksessa kohtaan 2 esitettiin muun muassa, että täysi-ikäisen siviilipotilaan päätös alistetaan mielenterveyslain 12 §:n nojalla vasta kolmen kuukauden hoitoajan jälkeen. Tällöin ensimmäisen vaiheen M I -läheteineen on jo lainvoimainen. Tähän voi kommenttina lausua, että edellä selostetut Kuopion hallinto-oikeuden ratkaisut eivät ole muuttaneet Kuopion hallinto-oikeuden käytäntöä tuossa suhteessa. Ei ole menty puuttumaan aikaisempiin lainvoimaisiin päätöksiin tai niiden takana oleviin menettelyihin. Samassa vastauksessa oli käsitys, jonka mukaan hallinto-oikeuden kumotessa virheellisen mielenterveyslain mukaisen hallintopäätöksen, potilas olisi passitettava sairaalasta ulos. Näinhän asia ei suinkaan läheskään aina ole vaan, tapauksesta ja kumoamisperusteesta riippuen, on tehtävä asianmukaiset mielenterveyslain edellyttämät päätökset terveydenhuollossa.

Voi siis jossain määrin varmasti todeta, että yleisesti hallinto-oikeuksissa ei tehdä säännönmukaista ja systemaattista viran puolesta tapahtuvaa selvitystä M I -lähetteen allekirjoittaneen lääkärin statuksesta. Joistakin vastauksista ilmeni, että jos joku osaisi valituksessa vedota virheeseen lääkärin statuksessa, siihen jouduttaisiin vastaamaan. On myös vaikeata arvioida, mitä tarkoitetaan sillä, että selvitetään, jos on aihetta. Lienee yhtäältä vaikeata olettaa, että keikkalääkäreiden statukseen liittyvä pulma olisi vain Kuopion hallinto-oikeuden tuomiopiirissä. Toisaalta en ole havainnut muun hallintotuomioistuimen päätöstä, jossa nyt puheena olevan lääkärin statukseen olisi puututtu siten, että tahdosta riippumatonta hoitoa koskeva päätös olisi kumottu. Tilanteen ollessa tämä, eivät vastaukset muihin edellä ilmoitettuihin kysymyksiin olleet sitten sellaisia, että niitä on syytä tässä yllä olevaa enempää käsitellä. Alueellisten hallinto-oikeuksien käytäntö jättää sekavan vaikutelman.

Lähteet

Hirvonen, K. & Mäkinen, E. (2006). *Kunnallinen viranhaltija. Oikeudellisen aseman sääntely*. Helsinki: Edita.

Huhtanen, R. (2005). Sosiaali- ja terveydenhuollon yksityiset ostopalvelut ja perustuslain 124 §. Teoksessa M. Myrsky, P. Vartiainen & T. Miettinen (Toim.). *Juhlakirja Teuvo Pohjolainen 1945 – 14/10 – 2005*. Joensuu: Joensuun yliopisto. 125–144.

Keravuori – Rusanen, M. (2008). *Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle*. Helsinki: Edita.

Koillinen, M. (2012). Ombudsmania. *Oikeus* 1, 157–162.

Koskinen, S. & Kulla, H. (2009). *Virkamiesoikeuden perusteet*. 5., uudistettu painos. Helsinki: Talentum.

Laakso, S. (2012). *Lainopin teoreettiset lähtökohdat*. Tampere: Tampereen yliopisto.

Laakso, S., Suviranta, O. & Tarukannel, V. (2006). *Yleishallinto-oikeus*. Tampere: Tampereen yliopisto.

Mäkinen, E. (2011). *Pysäköinninvalvonta – julkista vai yksityistä?* Edilex 2011/27. Saatavissa: www.edilex.fi/lakikirjasto/8356.

Tolvanen, M. (2007). Pysäköinninvalvonta ja yksityinen rankaisovalta. *Liikenne* 3, 21.

Tolvanen, M. (2011). Sekava tilanne parkkivalvonnassa. *Liikenne* 3, 34–35.

Tuori, K. (2000). *Kriittinen oikeuspositivismi*. Helsinki: Sanoma Pro Oy.

Tuori, K. (2002). *Foucault'n oikeus. Kirjoituksia oikeudesta ja sen tutkimisesta*. Helsinki: Sanoma Pro Oy.