



JUHO MÄKI-LOHILUOMA

Julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityinen tuotanto ja lainsäätäjän harkintavallan rajat

ACTA ELECTRONICA UNIVERSITATIS LAPPONIENSIS 406

JUHO MÄKI-LOHILUOMA

Julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityinen tuotanto ja lainsäätäjän harkintavallan rajat

Akateeminen väitöskirja,
joka Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan suostumuksella
esitetään julkisesti tarkastettavaksi Lapin yliopiston B127-luentosalissa
toukokuun 23. päivänä 2025 kello 12.



LAPIN YLIOPISTO
UNIVERSITY OF LAPLAND

Rovaniemi 2025

Lapin yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta

Väitöskirjan ohjaajat:

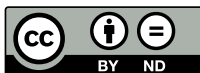
Professori Kirsi-Maria Halonen, Lapin yliopisto
Yliopistonlehtori Tomi Tuominen, Lapin yliopisto

Väitöskirjan esitarkastajat:

Professori Janne Salminen, Turun yliopisto
Professori Juha Raitio, Helsingin yliopisto

Vastaväittäjä:

Professori Janne Salminen, Turun yliopisto



Taitto: Minna Komppa, Taittotalo PrintOne
Kansi: Annika Lehmusvaara

Acta electronica Universitatis Lapponiensis, 406

ISBN 978-952-337-479-9
ISSN 1796-6310

Sähköisen väitöskirjan pysyvä osoite:
<https://urn.fi/URN:ISBN:978-952-337-479-9>

Tiivistelmä

Juho Mäki-Lohiluoma

Julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityinen tuotanto ja
lainsäätäjän harkintavallan rajat

Rovaniemi: Lapin yliopisto, 2025, 523 sivua

Acta electronica Universitatis Lapponiensis, 406

ISBN 978-952-337-479-9

ISSN 1796-6310

Tutkimuksessa pureudutaan kansallisen lainsäätäjän toiminta-autonomiaan erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden uudistamisen sekä yksityistämisen kontekstissa. Tutkimuksessa tarkastellaan, minkälaisia oikeudellisia rajoja lainsäätäjän harkintavallalle on löydettävissä, jos lainsäätäjän tavoitteena on julkisten sote-palveluiden tuotannon avaaminen yksityiselle tuotannolle sekä markkinamekanismeille. Tämä muodostaa tutkimuksen keskeisen tutkimuskysymyksen.

Tutkimus tarkastelee tapaustutkimuksen omaisesti ja yksityisen sote-palveluiden tuotannon kautta kehitystä, jossa oikeuden kansainvälistyminen, eurooppalaistuminen, pluralisoituminen ja perusoikeudellistuminen ovat lisänneet lainsäätäjälle ulkopuolelta asetettavia tehtäviä ja tuoneet uudenlaisia rajoja lainsäätäjän harkintavallan käytölle. Tutkimuksessa on kyse pistemäisestä mutta omassa kontekstissaan kattavasta kontribuutiosta politiikan oikeudellistumisen, oikeuden perusoikeudellistumisen ja oikeuden eurooppalaistumisen ympärillä käytävään keskusteluun. Tutkimuksen puitteissa hahmotellaan myös teoreettinen malli lainsäätäjän harkintavallan rajojen paikantamiseksi, ja tämä malli voi olla sovellettavissa myös muihin tutkimusasetelmiin.

Tutkimus tarjoaa aineellisoikeudellista tulkintaa ja systematisointia tutkimusasetelmaan kytkeytyvistä teemoista, eli sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotannon ja järjestämisen perustuslaillisesta ja unionioikeudellisesta arvioinnista. Tarkastelu kytkeytyy lähdeaineistonsa kautta käytännössä myös Juha Sipilän ja Sanna Marinin hallitusten sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistuksiin sekä sosiaali- ja terveyspalveluiden kehittämistä koskevassa keskustelussa esitettyihin muihin tuotannon ja järjestämisen rakenteisiin.

Tutkimus jakautuu neljään eri osioon, joissa kussakin joko luodaan pohjaa tutkimuksessa tehtävälle aineellisoikeudelliselle tarkastelulle tai tarjotaan aineellisoikeudellinen vastaus johonkin tutkimuskysymyksen kannalta olennaiseen kokonaisuuteen. Tutkimuksen metodi on lainoppi eli oikeusdogmatiikka. Tutkimuksen laajemmaksi

tavoitteeksi voidaan määrittää yhteiskunnallisen ilmiön paikantaminen, määrittely ja kontekstualisointi lainopillista metodologiaa käyttäen. Kyse on lainsäätäjän harkintavallan oikeusdogmaattisesta systematisoinnista sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa, eli oikeuden systematisointia käytetään tutkimuksessa paljastamaan ja määrittelemään yhteiskuntapolitiittista ja oikeudellista ilmiötä – lainsäätäjän harkintavaltaa.

Tutkimuksen tuloksena voidaan esittää yhtäältä ne nimenomaiset oikeudelliset rajat, jotka kansalliselle lainsäätäjälle asettuvat, kun tämä pyrkii lisäämään yksityisen palvelutuotannon määrää julkisessa sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmässä. Tarkastelun pohjalta voidaan todeta, että julkisten sote-palveluiden yksityisessä tuotannossa on kyse toiminnasta, jossa lainsäätäjällä joutuu navigoimaan joitakin muita julkisia palveluja kapeamman harkintavallan puitteissa. Arviointi kiinnittyy erityisesti perustuslain 124 §:n edellytyksiin julkisten hallintotehtävien antamisesta muille kuin viranomaisille sekä perustuslain 19 §:n 3 momentin sekä 6 §:n asettamaan vaatimukseen, jonka mukaisesti sote-järjestelmän on kokonaisuutena turvattava riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut yhdenvertaisesti. Yksityisen tuotannon elementtejä hyödyntävän sote-järjestelmän toiminta ei saa ylittää tiettyä epävarmuuden enimmäistasoa, mutta normikokonaisuus ei aseta nimenomaisia rajoja yksityisen tuotannon roolille tai määrälle järjestelmässä, mikäli perustuslain 124 §:n asettamat reunaehdot täyttyvät.

Unionioikeudellisen tarkastelun osalta olennaisin kysymys liittyy EU:n kilpailuregiimin soveltumiseen, eli taloudellisen toiminnan rajanvetoon. Suomen julkista sote-järjestelmää on vakiintuneesti ja perustellusti arvioitu laajalti ei-taloudelliseksi toiminnaksi. Merkitystä on kuitenkin myös vapaan liikkuvuuden ja muiden sisämarkkinasääntöjen vaatimuksilla ja SGEI-regiimillä. Lisäksi huomiota on kiinnitettävä EU-tason hankintasääntöjen vaatimuksiin. Taloudellisen toiminnan rajanvetoa sekä hankintaregiimin ja SGEI-regiimin soveltamisaloja on monissa tapauksissa arvioitava samassa toiminnassa erikseen eri relaatioissa.

Nimenomaisten oikeudellisten rajojen lisäksi tutkimuksen pohjalta voidaan esittää ajatuksia myös siitä, millä tavoin lainsäätäjän harkintavalta muodostuu paitsi tutkimuksessa tarkasteltavassa kontekstissa, myös laajemmin. Tutkimuksessa tehdyn tarkastelun kautta voidaan todeta, että konkreettisella tasolla ja myös systeemisesti lainsäätäjän harkintavallan rajat syntyvät oikeusnormien lisäksi myös niihin liittyvästä oikeudellisesta ja tulkinnallisesta epävarmuudesta. Hahmotus monien sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityisen tuotannon kontekstissa keskeisten lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavien oikeudellisten reunaehto- ja täsmällisistä rajoista on eri vaiheissa ollut hyvin hankalaa. Siksi eri lainsäädäntöhankkeiden valmisteluvaiheessa on mahdollisesti ollut vaikea paikantaa täsmällisesti, miten eri ratkaisuja olisi keskeisten oikeusnormien valossa arvioitava. Tällainen epävarmuus olennaisesti vaikeuttaa uudistusten suunnittelua ja säätämistä ja vaikuttaa näin lainsäätäjän harkintavaltaa kaventavasti. Kun lainsäätäjän oikeudellinen toimintaympäristö monimutkaistuu, voidaan tämän harkintavaltaa rajaavan dynamiikan vaikutuksen ajatella olevan kasvava.

Abstract

Juho Mäki-Lohiluoma

Private Provision of Public Social and Health Services and
the Legal Limits on Legislative Discretion

Rovaniemi: Lapin yliopisto, 2025, 523 pages

Acta electronica Universitatis Lapponiensis, 406

ISBN 978-952-337-479-9

ISSN 1796-6310

This study explores the limits of national legislative autonomy in the context of health and social service reforms involving privatisation. It examines the legal constraints on the national legislator's discretion when the aim is to open the production of public social and health services to private actors and market mechanisms—this forms the central research question.

Using a case study approach within the field of social and health services, the study investigates how the internationalisation, Europeanisation, and pluralisation of law, along with the growing role of fundamental rights, have imposed new constraints on the national legislator's discretion. It makes a contextual yet comprehensive contribution to debates on the judicialisation of politics, the rising significance of fundamental rights, and the Europeanisation of legal systems. The study also presents a theoretical model for identifying the limits of national legislative discretion—a model that may be applied in other research contexts.

The study provides a legal-dogmatic interpretation and systematisation of the constitutional and EU law issues related to the organisation and production of social and health services. In practice, the analysis is also linked to the social and health care reforms of the Governments of Juha Sipilä and Sanna Marin, as well as to other structures proposed in the Finnish debate on the development of these services.

The study is divided into four sections, each of which either lays the groundwork for or directly engages in substantive legal analysis addressing the research question. It primarily applies the legal-dogmatic method. However, the broader objective of the study is to locate, define, and contextualise a societal phenomenon—the margin of discretion available to the national legislator—through that method. Legal-dogmatic systematisation is thus used to reveal and analyse a socio-political and legal dynamic.

The study offers a concrete answer regarding the national legislator's margin for discretion in this context and outlines the legal limits that must be observed when

increasing private provision within the public social and health care system. The analysis suggests that private provision of public social services requires the legislator to operate within a narrower margin of discretion compared to some other public services. The assessment focuses in particular on Article 124 of the Constitution, concerning the delegation of administrative tasks to entities other than public authorities, as well as Articles 19(3) and 6, which require the social and health care system as a whole to guarantee adequate and equal access to services. From this perspective, a system involving private production must maintain a sufficient level of certainty regarding its ability to fulfil its tasks. However, there are no explicit legal limits on the role of private providers, provided that the conditions set out in Article 124 are met.

In terms of EU law, the most relevant issue concerns the application of the competition regime, specifically the distinction between economic and non-economic activities. The Finnish public social welfare system has consistently and justifiably been classified as largely non-economic. Nevertheless, internal market rules, including the principles of free movement, and the SGEI (Services of General Economic Interest) regime, remain relevant. EU procurement rules also impose requirements that must be observed. Notably, the classification of an activity as economic or non-economic, and the applicability of procurement or SGEI regimes, often need to be assessed separately, depending on the context.

Beyond identifying legal boundaries, the study offers insights into how legislative discretion is constituted more broadly. It suggests that the limits of discretion stem not only from formal legal norms but also from the legal and interpretive uncertainty that surrounds them. In the context of private production of public social and health services, it has often been difficult to clearly determine the applicable legal constraints. This uncertainty has likely complicated legislative drafting and reform processes by making it harder to predict legal outcomes. As a result, the legislator's effective discretion is further reduced. As the legal environment continues to grow more complex, this dynamic is likely to intensify.

Esipuhe

Tutkimus on valmis ja on kiitosten aika. Väitöskirjan edistymisen kannalta korvaamattomia ovat olleet ohjaajani professori Kirsi-Maria Halonen ja yliopistonlehtori Tomi Tuominen, joiden kannustus sekä lukuisat sisältöä ja tutkimuksen suuntaamista koskevat huomiot ovat mahdollistaneet tutkimuksen toteuttamisen. Kiitos Kirsi-Maria ja Tomi kaikesta tuesta matkan varrella.

Tutkimuksen esitarkastajina toimineita professori Janne Salmista ja professori Juha Raitiota kiitän monista asiantuntevista huomioista, joiden pohjalta tutkimus on viimeistelty nyt käsillä olevaan muotoon. Janne Salmista kiitän myös suostumisesta vastaväittäjäkseni. Erityiskiitoksen haluan lisäksi esittää väitöskirjan välitarkastajana toimineelle yliopistonlehtori Pauli Rautiaiselle. Lapin yliopistossa käytössä olevassa välitarkastusmenettelyssä käsikirjoituksen vielä keskeneräinen versio altistetaan tarkastajan kommenteille noin tutkimuksen puolivälissä. Pauli Rautiaisen tässä yhteydessä esittämät tarkkanäköiset, kannustavat ja silti tutkimusotettani perustellusti haastaneet kommentit muodostuivat tutkimustyön jälkimmäisellä puolikkaalla erittäin arvokkaiksi. Korvaamatonta vertaistukea ja sisältöä koskevia huomioita olen saanut matkan varrella myös ystävältäni, väitöskirjatutkija Lauri Koskentaustalta. Kiitos Lauri sinulle kaikesta avustasi.

Tätä väitöskirjaa on kirjoitettu Brysselissä koronaeristyksessä, Uudenkaupungin saaristomaisemissa ja kotonamme Espoossa. Olen tehnyt tutkimusta päivätyöni ohella. Työnantajieni tuki väitöskirjaprojektille sekä ajoittainen mahdollisuus töiden järjestelyyn väitöskirjan etenemistä tukevalla tavalla on ollut kriittisen tärkeää, jotta tutkimus on voinut valmistua. Tästä suuret kiitokset nykyiselle esihenkilölleni Jyri Häkämiehelle ja entisille esihenkilöilleni Tommi Toivolalle ja Henna Virkkuselle. Työn edistymisen kannalta tärkeitä ovat olleet myös Kunnallisanalan kehittämissäätiön ja Lapin yliopiston apurahat, jotka ovat mahdollistaneet ajoittaisen täysipäiväisen paneutumisen tutkimustyöhön. Kiitos KAKS:lle ja Lapin yliopistolle tästä tuesta.

Väitöstutkimuksen tekemistä työn ohessa voinee pitää varsin vaativana hankkeena, ja olen itsekin yllättänyt, miten sujuvasti tutkimustyö on lopulta edennyt. Omalla kohdallani hankkeessa onnistuminen on vaatinut ennen kaikkea suurta innostuneisuutta tutkimuksen aiheeseen. Tutkimusta on tehty pääosin iltaisin, viikonloppuisin ja loma-aikoina ja se on vienyt vuosina 2021–2024 likimain kaiken sellaisen vapaa-aikani, johon ei ole tullut täytettä muualta. Tällainen työmäärä ja tutkimustyön tapa ei olisi mahdollinen, jos en olisi tutkimustyöstä aidosti nauttinut. Tutkimuksen aiheen lisäksi myös sen tarkempi raja-alue hahmottui melko vaivatto-

masti jo tutkimustyön alkumetreillä, eikä tätä rajausta tai tutkimusotetta ole myöhemmissä vaiheissa ollut tarpeen laajasti kyseenalaistaa. Loppuun asti olen pystynyt suhtautumaan tutkimukseen harrastuksena, joka on tuonut vastapainoa töilleni ja sallinut kiireettömän asioihin syventymisen sekä yksityiskohtiin uppoamisen. Tästä olen kiitollinen ennen kaikkea hyvälle tuurille.

Toisenlaisessa elämäntilanteessa vastaava hanke tuskin olisi omalla kohdallani menestynyt. Myös nykyisessä elämäntilanteessa se on vaatinut erityisesti vaimoltani pitkää pinnaa, kun olen varannut väitöskirjalle aivan liikaa myös yhteistä aikaamme. Vaimolleni Roosalle olen kiitollinen paitsi yhteisestä elämästämme ja kaikesta siihen kuuluvasta, myös konkreettisesta tuesta ja avusta väitöskirjaprojektin eri vaiheissa – sisältöä koskevista huomioista sekä pettämättömän tarkkuuden lainaamisesta niihin työvaiheisiin, joissa oma suurpiirteisyyteni olisi ajanut ongelmiin. Vanhemmilleni Raijalle ja Kari-Pekalle olen kiitollinen tuesta ja kannustuksesta erityisesti väitöskirjaprojektia varhaisemman opinpolun varrella.

Espoossa 22.3.2025

Juho Mäki-Lohiluoma

Sisällysluettelo

Tiivistelmä	3
Abstract	5
Esipuhe	7
SISÄLLYS	9

I. JOHDANTO

1. Tutkimuksen lähtökohdat	12
1.1. Tutkimusongelman määrittely	12
1.2. Tutkimuksen rakenne ja tutkimusetiikka	20
2. Tutkimuksen oikeusteoreettisista lähtökohdista	22
2.1. Yleistä.....	22
2.2. Perusoikeudellistuminen, perustuslakikontrolli ja oikeusvaltion pitävyys	24
2.3. Oikeuden eurooppalaistuminen ja suvereniteetin lohkeaminen	36
2.4. Unionioikeuden etusija ja konstitutionaalinen pluralismi	47
3. Teoreettinen malli lainsäätäjän harkintavallan tarkasteluun	56
4. Tutkimuksen metodit ja lähdeaineisto	73
5. Tutkimuksen aineellisoikeudellisesta ja hallintopoliittisesta kontekstista	80
5.1. Yksityistäminen ja ulkoistaminen	80
5.2. Uusi julkisjohtaminen (NPM) oikeustieteellisessä tutkimuksessa.....	84
5.3. Sosiaali- ja terveyspalveluja koskeneen lainsäädännön kehityksestä.....	90
6. Aiemmasta tutkimuksesta	97

II. PERUSTUSLAKI LAINSÄÄTÄJÄN HARKINTAVALLAN RAJOITUKSENA

1. Tarkastelun lähtökohdat	102
2. Julkinen hallintotehtävä ja yksityinen julkisten palveluiden tuotanto	105
2.1. Virkamieshallintoperiaate ja perustuslain 124 §	105
2.2. Julkinen hallintotehtävä ja lähikäsitteet.....	110

2.3. Sosiaali- ja terveystalvet perustuslain 124 §:n valossa	118
2.3.1. Ovatto kaikkii tote-palvelut julkisii hallintotehtäviä?	118
2.3.2. Sosiaalipalvelut perustuslain 124 §:n valossa	127
2.3.3. Terveystalvet perustuslain 124 §:n valossa	137
3. Yksityistämisen ja ulkoistamisen edellytykset perustuslain 124 §:n valossa	147
3.1. Perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaarantumattomuus.....	147
3.2. Hallinnon yleislakien soveltuminen.....	150
3.3. Virkavastuusta säätäminen.....	157
3.4. Subdelegointi.....	169
3.5. Tarkoituksenmukaisuus	177
4. Perusoikeudet	183
4.1. Sosiaali- ja terveystalveluiden turvaaminen	183
4.1.1. Perustuslain 19 §:n 3 momentti sosiaalisten perusoikeuksien kokonaisuudessa.....	183
4.1.2. Perustuslain 19 §:n 3 momentin turvaamisvelvoite	192
4.1.3. Yksityisen tuotannon osuus sosiaali- ja terveystalveluista.....	197
4.1.4. Rahoitusperiaate	207
4.2. Yhdenvertaisuus	212
4.3. Omaisuuden suoja.....	220
4.4. Itsemääräämisoikeus.....	226
4.5. Muita perusoikeusnäkökohtia.....	230
5. Yhteenvedo	235

III. UNIONIOIKEUS LAINSÄÄTÄJÄN HARKINTAVALLAN RAJOITUKSENA

1. Tarkastelun lähtökohdat	244
2. Sosiaali- ja terveystalvet perussopimusten ja EU:n talouskonstituution valossa	245
2.1. EU:n sosiaali- ja terveystalvitoittinen toimivalta	245
2.2. Sosiaali- ja terveystalveluja koskeva sekundäärilainsäädäntö.....	251
2.3. Tavoite sosiaalisemmasta talouskonstituutiosta.....	258
3. Sosiaali- ja terveystalvet ja EU:n kilpailu- ja sisämarkkinasäännöt.....	265
3.1. Yleistä.....	265
3.2. Yrityksen ja taloudellisen toiminnan käsitteet.....	270
3.2.1. Yrityksen käsitteestä.....	270
3.2.2. Julkisen vallan käyttö.....	279

3.2.3. Vakuutusperusteinen sosiaaliturva	286
3.2.4. Muut ei-taloudelliset yleishyödylliset toiminnot	295
3.3. Vapaa liikkuvuus ja ei-taloudelliset sosiaali- ja terveyspalvelut	297
3.4. SGEI-regiimi ja taloudelliset sosiaali- ja terveyspalvelut	307
3.4.1. Yleistä	307
3.4.2. Jäsenvaltioiden harkintavalta SGEI-palveluiden määrittelyssä	314
3.4.3. Sosiaali- ja terveyspalvelut SGEI-palveluina	321
3.5. EU:n hankintaregiimi harkintavallan rajana	327
4. Yksityiset ja julkiset toimijat osana sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmää	335
4.1. Yleistä	335
4.2. Analyysi komission ja unionin tuomioistuimen sosiaali- ja terveyspalveluja koskevasta soveltamiskäytännöstä	340
4.2.1. AOK Bundesverband	340
4.2.2. FENIN	348
4.2.3. CBI ja IRIS	354
4.2.4. Congregación	362
4.2.5. Montessori ja ICI-IMU	365
4.2.6. Dóvera	370
4.2.7. Casa Regina Apostolorum	381
4.4. Kokoavia huomioita sote-palveluista taloudellisena toimintana	385
4.4.1. Havaintoja unionin tuomioistuimen ja komission käytännöstä	385
4.4.2. Suomen järjestelmän arviointia	392
4.4.3. Rajanvetoja sote-uudistusten konteksteissa	399
5. Yhteenveto	412
 IV. JOHTOPÄÄTÖKSET	
1. Vastaus tutkimuskysymykseen	420
1.1. Lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavat oikeusnormit tarkastelun lähtökohtana	420
1.2. Oikeudellinen epävarmuus lainsäätäjän harkintavallan rajana	427
1.3. Tulkintojen polkuriippuvuus ja harkintavallan laajuuden muotoutuminen	436
2. Keskustelua	451
2.1. Perusoikeudellistuminen ja vieteriukat	451
2.2. Laajempaa vai kapeampaa harkintavaltaa?	456
2.3. Perustuslakikontrollin muodoista, perustuslain tulkinnasta ja asiantuntijainstituution roolista	460
LÄHDELUETTELO	472

I. JOHDANTO

1. Tutkimuksen lähtökohdat

1.1. Tutkimusongelman määrittely

Lainsäätäjän toimintaympäristö on viimeisten 30–40 vuoden aikana muuttunut merkittävästi. Suomi on ratifoinut Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukset, liittynyt Euroopan unionin jäseneksi sekä toteuttanut perusoikeus- ja perustuslakiuudistukset. Oikeuden kansainvälistyminen, velvoittavien kansainvälisten sopimusten lisääntyminen sekä oikeuden pluralisoituminen ovat lisänneet lainsäätäjälle ulkopuolelta asetettavia tehtäviä ja tuoneet uudenlaisia rajoja lainsäätäjän harkintavallan käytölle.¹ Karhu on kuvannut yhtenäisen, vain valtioihin kytkeytyvän suvereniteetin järkkyneen, ja tilalle on muodostunut jaetun tai lohjenneen suvereniteetin alueita erityisesti EU-oikeudessa, mutta myös esimerkiksi ihmisoikeuksien kohdalla.² Yhtenäisen valtiollisen suvereniteetin lohkeamiset tarkoittavat Karhun mukaan haastetta valtionsisäiset lait ylimmäksi auktoriteetiksi asettaville oikeuslähdeopeille, sillä velvoittavan auktoriteettilähteen asemasta kilpailee kansallisten parlamenttilakien ohella useita muita normistoja. Karhun mukaan ajatus ”kansallisesta liikkumavarasta” on yksi tämän jännitteen yleisiä kuvaustapoja: valtionsisäisellä lailla voidaan säätää tarkemmin vain kansainvälisen normiston asettamissa puitteissa.³

Salminen on 2000-luvun alkupuolen kontekstissa todennut sekä Euroopan unionin jäsenvaltioiden että Euroopan unionin olevan suvereenija tavalla, jota perinteiset suvereenikäsitteet eivät tavoita. Salmisen mukaan olisi siksi etsittävä tarkastelupohjia, jotka ottavat huomioon jäsenvaltioiden valtiollisen täysivaltaisuuden moninaisen suhteellistumisen.⁴ Salminen on myöhemmässä tutkimuksessaan hahmottanut eurooppalaisen valtiosäännön kokonaisuutena, jossa eri konstitutionaaliset normistot – Euroopan unionin, Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja niiden jäsenvaltioiden konstituutiotasoinen sääntely – ovat vuorovaikutuksessa toistensa kanssa ja avautuvat toisilleen erilaisten integraationormien avulla.⁵ Suomen kansallisessa oikeudessa ei ole nimenomaisia säännöksiä unionin oikeuden ja kansallisen

1 Rissanen 2011, s. 33.

2 Karhu 2020, s. 1018.

3 Ibid.

4 Salminen 2004, s. 1319–1320.

5 Salminen 2019, s. 229. Ks. myös Salminen 2009.

oikeuden välisestä suhteesta, mutta Suomi on hyväksynyt EU:n perussopimukset.⁶ Salminen on 2000-luvun alkupuolen kontekstissa todennut, että Suomessa voidaan myös katsota noudatellun yhteistyöhön suuntautumista ja yhteistoiminnallisuutta voimakkaasti korostanutta täysivaltaisuus käsitystä, jonka olennaisiksi ilmentymiksi voidaan ajatella erityisesti uusi perustuslaki ja sen myötä omaksuttu valtion täysivaltaisuutta koskeva tulkinta sekä perustuslain 1 §:n 3 momenttiin vuonna 2012 lisätty säännös, jonka mukaan Suomi on Euroopan unionin jäsen.⁷ Salminen on kuvannut, että tällainen dialektista suhdetta hahmotteleva säännös antaa perustuslainsäädännön muodon suomalaisessa valtiosäännössä tapahtuneelle avautumiselle unionijäsenyydelle.⁸

Oikeuden eurooppalaistuminen ja Suomen EU-jäsenyys ovat siis muuttaneet kansallisen lainsäätäjän asemaa. Jyräni on arvioinut, että EU-jäsenyyden myötä noin puolet lainsäädäntövallasta siirtyi kansallisen lainsäätäjän käsistä EU-tason päätöksenteon piiriin.⁹ Wiberg laski 2000-luvun alussa, että noin 12 prosenttia kotimaisista laeista viittaa EU-sääntelyyn.¹⁰ Raunio ja Wiberg taas ovat laskeneet, että vuosina 2010–2015 vastaava luku on ollut 18,7 prosentin ja 29,3 prosentin välillä.¹¹ Viljanen pitää määrällisiä arvioita EU-jäsenyyden vaikutuksista ongelmallisina, sillä yhtäältä kaiken lainsäädännön yhteiskunnallinen merkittävyys ei ole vakio ja toisaalta joillakin lainsäädännön sektoreilla kansainvälistymiskehitys olisi kaventanut lainsäätäjän harkintavaltaa EU-jäsenyydestä riippumatta. Viljanen mukaan suuri osa lainsäädännöstä on edelleen kansallisen lainsäätäjän harkintavallassa, mutta kansainväliset vaikutteet ulottuvat myös siihen.¹²

Oikeuden eurooppalaistumisen ja suvereniteettikäsitysten murroksen lisäksi yhteiskunnan oikeudellistumisesta ja oikeuden perusoikeudellistumisesta ilmiönä on Suomessa kirjoitettu melko vilkkaasti erityisesti 2000-luvulla. Näkökulmaa koskeneen tutkimuksellisen mielenkiinnon taustalle voitaneen yhtäältä asemoida Suomen kansainvälisoikeudellisissa sitoumuksissa, kansallisissa perustuslaissa ja sen tulkintakäytännöissä tapahtuneita muutoksia. Toisaalta kiinnostus perustuslakia ja

6 Ojanen 2016, s. 233–234; Perustuslakivaliokunta on todennut, että ”EU:n jäsenenä Suomi käyttää osaa suvereniteettiaan yhdessä muiden täysivaltaisten jäsenvaltioiden kanssa eurooppalaisen yhteistoiminnan hyväksi”. Ks. PeVL 14/1994 vp, s. 4.

7 Salminen 2004, s. 1338–1339.

8 Ks. teemasta laajasti Salminen 2015.

9 Jyräni 1996, s. 32–33.

10 Wiberg 2004, s. 200–206.

11 Raunio – Wiberg 2017, s. 15–16. Raunio ja Wibergin mukaan ehkä tärkein selitys EU-lainsäädännön suhteellisen vähäiselle vaikutukselle on se, että suurin osa kansallisesta lainsäädännöstä koskee aloja, joilla EU:lla ei ole toimivaltaa säännellä. Raunio ja Wiberg kuitenkin toteavat, että tutkimuksen metodina käytetty hakusanahaku ei kata kaikkia ulottuvuuksia, jotka liittyvät EU:n mahdollisiin vaikutuksiin kansalliseen lainsäädäntöön. EU-sääntely voi jättää jälkensä kansalliseen lainsäädäntöön ilman, että tämä nimenomaisesti mainitaan hallituksen esityksessä

12 Viljanen 2005, s. 1062–1063.

sen tulkintaa sekä demokraattisen lainsäätäjän toimintamahdollisuuksia kohtaan ei ole yllättävää, eikä ilmiö ole uusi, vaan kyse on oikeusfilosofisessa, oikeusteoreettisessa ja valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa hyvin tunnistetusta ja laajasti käsitellystä ilmiöstä.¹³ Nuotio on Habermasiin tukeutuen hahmotellut asetelmaa niin, että oikeusjärjestys ei oikeusvaltiossa ole suoraan ja välittömästi vallan väline, vaan oikeusjärjestys sääntelee suhdettaan valtaan ja pakottaa poliittisen vallan tiettyihin muotoihin ja menettelyihin, jotka ilmenevät yhtäältä valtiosääntöön kirjattuina ja institutionalisoituina perusoikeuksina ja toisaalta niitä konkretisoivina menettelyinä.¹⁴ Lindroos-Hovinheimon mukaan perustuslakiin kodifoidaan yhteiskunnallisten valtakamppailujen tulos.¹⁵ Karhu on kirjoittanut niin sanotuista ”supernormistoista”, joita lainsäätäjä ei ole tosiasiallisesti eikä aina oikeudellistakaan kykenevä muuttamaan.¹⁶

2010- ja 2020-luvun taitteessa keskustelua politikan oikeudellistumisesta ja perusoikeudellistumisesta, yleiskielisemmin ”ylitiukasta perustuslaintulkinnasta”, on käyty myös julkisen keskustelun areenoilla.¹⁷ Toisaalta aivan tämän tutkimuksen loppumetreillä julkista keskustelua on käyty perustuslakikontrollin pitävyydestä ja oikeusvaltiosta erityisesti niin sanotun välineellistetyn maahantulon kontekstissa.¹⁸ Raitio on määritellyt perusoikeusmyönteistä laintulkintaa koskevan kritiikin ytimen kiteytyvän perus- ja ihmisoikeuksien keskinäisen yhdenvertaisuuden idean sekä niiden argumentaatiovaikutuksen vastustamiseen.¹⁹ Näistä ensimmäisen osalta hän viittaa erityisesti Siltalan ja jälkimmäisten osalta Helinin ja Aarnion tuotantoon.²⁰ Tuori on 2000-luvun alun kontekstissa kirjoittanut politiikan oikeudellistumisesta ”ylikonstitutionalisoitumiseen” kytkeytyvänä ilmiönä, jossa hallituksen ja eduskunnan lainsäädäntötyö nähdään yhä laajemmin perustuslaillisten toimeksiantojen tai perustuslain tasolla jo lukkoon lyötyjen arvovalintojen toteuttamisena.²¹ Näin ymmärrettynä politiikan oikeudellistuminen kaventaa demokraattisissa lainsäädäntöprosesseissa avoimna olevia vaihtoehtoja. Tuorin mukaan ylikonstitutionalisoituminen saattaa ilmetä politiikan oikeudellistumisen lisäksi myös oikeuden politisoitumisena, eli kehityksenä, jossa tuomioistuimet käyttävät yhä laajemmin poliittisluonteista harkinta- ja päätösvaltaa.²² Viljanen on Tuorin tapaan todennut, että perustuslain tarkoituksena ei voi olla ennalta määritellä tyhjentävästi lainsää-

13 Ks. esim. Tuori 2007 ja Lavapuro 2010a sekä näissä referoitu aiempi tutkimus.

14 Nuotio 2007, s. 127.

15 Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 1191.

16 Pöyhönen 2003b, s. 796–797.

17 Ks. esim. Ilta-Sanomat 2017; Verkko uutiset 2017; Kaleva 2019; MTV Uutiset 2021; MTV Uutiset 2022. Oikeustieteellisestä keskustelusta ks. mm. Helin 2012.

18 Ks. PeVL 26/2024 vp; PeVL 29/2024 vp; Perustuslakiblogin toimitus 2024.

19 Raitio 2017a, s. 125.

20 Ks. Siltala 2003; Helin 2012; Aarnio 2014.

21 Tuori 2003a, s. 940.

22 Ibid.

däntöprosessin lopputuloksia, vaan lainsäätäjälle tulee jäätä aitoa poliittista harkintavaltaa.²³ Myös Aarnio on todennut perusoikeuksien merkityksen kasvaneen ja sitonut ilmiön luonnonoikeudellisen ajattelun nousuun.²⁴ Saraviita on arvioinut, että perustuslakivaliokunnan toiminnan johdosta perus- ja ihmisoikeusjärjestelmä on edennyt valtiosääntöoikeuden yli useimpien muiden oikeudenalojen perusteoriaan eli yleisiin oppeihin.²⁵

Tuori ja Kotkas ovat laajassa sosiaali oikeuden perusteoksessaan käsitteellistäneet eduskunnan lainsäädäntö- ja budjettivaltaa rajoittaviin sosiaalisten ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien ominaisuuksiin kohdistuvaa kritiikkiä demokratia-argumentin ja resurssiargumentin käsitteillä.²⁶ Tuorin ja Kotkaksen mukaan demokratian ja perusoikeuksien välillä ei ole väistämätöntä ristiriitaa, sillä demokratia ja perusoikeudet edellyttävät toisiaan ja oikeastaan mahdollistavat toisensa, mutta perusoikeuksista ja demokratiasta oikeuden syvärakenteeseen kuuluvina normatiivisina ideoina on vielä matkaa positiiviseen perustuslakiin ja sitä täydentävään lainsäädäntöön.²⁷

Perusoikeussääntelyn keskeisiä ongelmia on sen yksityiskohtaisuuden aste. Tämä ongelma on tietysti ratkaistava tapauksittain, mutta yleiseksi suuntimeksi voidaan asettaa demokratialle edellytyksiä luovien ja sitä rajoittavien ehtojen välinen erottelu. Perusoikeussäännöksiin ei tulisi jädäyttää kysymyksiä, jotka kansalaisten tulisi ratkaista julkista autonomiaansa käyttämällä, julkisissa keskusteluissa ja niiden ohjaamissa demokraattisissa päätöksentekoprosesseissa.²⁸

Viljanen on ainakin 2000-luvun alun kontekstissa katsonut, että perustuslakivaliokunnan käytäntö ei ollut demokratiaperiaatteen toteutumisen ja lainsäätäjän toimintamahdollisuuksien osalta antanut aihetta huoleen, eivätkä perusoikeudet olleet juurikaan estäneet lainsäädäntöhankkeiden läpivientiä. Viljasen mukaan kyse oli ollut lähinnä hallituksen esitysten taustalla olevan tavoitteen sijaan esitysten hienosäädöstä sekä siitä, miten hallituksen esityksen taustalla oleva lainsäädännöllinen tavoite on toteutettavissa perusoikeudet huomioon ottavalla tavalla.²⁹ Tuorin ja Kotkaksen mukaan sosiaalisten perusoikeuksien ja lainsäätäjän harkintavaltaa korostavan demokratia-argumentin välistä suhdetta voidaan tarkastella empiirisesti. Tuorin ja Kotkaksen mukaan voidaan esimerkiksi kysyä, onko perustuslakivaliokunta omalla lausuntokäytännöllään rajoittanut sosiaalipolitiikasta päättävän eduskun-

23 Viljanen 2005, s. 1050–1064.

24 Aarnio 2002, s. 515–534.

25 Saraviita 2012, s. 299.

26 Tuori – Kotkas 2023, s. 215–219. Nähdäkseni kyse on perusteoksen kontekstissa eräänlaisesta reunahuomautuksen kaltaisesta lyhyestä puolustuspuheenvuorosta.

27 Ibid.

28 Ibid.

29 Viljanen 2005, s. 1050–1064.

nan liikkumavaraa tai ovatko kansalliset tuomioistuimet mahdollisesti määrittäneet sosiaalisten etuuksien henkilöllistä tai asiallista soveltamisalaa laajemmaksi kuin lainsäätäjä on tarkoittanut.³⁰ Heidän mukaansa kummastakaan ilmiöstä ei ole näyttöä. Tuori ja Kotkas perustelevat näkemystä muun muassa Huhtasen vuoden 2013 artikkelilla, jossa arvioitiin vuosien 1995–2012 välistä perustuslakivaliokunnan sosiaalisia perusoikeuksia koskevaa käytäntöä ja perustellusti todettiin tulkintojen olleen eri perusoikeuksien rajoitusten osalta varsin sallivia. Tuori ja Kotkas viittaavat myös Kotkaksen artikkeliin vuodelta 2013, jossa todetaan korkeimman hallinto-oikeuden nojautuneen sosiaalisiin perusoikeuksiin harvakseltaan ja näille asemoidun enimmilläänkin vain tulkintavaikutusta.³¹

Vaikka oikeudellistumista ja perusoikeudellistumista koskevalla keskustelulla on pitkät juuret, voidaan sitä ainakin nykytilanteen perspektiivistä sitoa erityisesti vuoden 1995 perusoikeusuudistukseen, jossa korostettiin perusoikeuksien välitöntä merkitystä myös lainsoveltamistilanteissa tulkintaperusteena. Perustuslakiin lisättiin tässä yhteydessä myös uusi 22 §, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen, ja tämä turvaamisvelvollisuus koskee perusoikeuksien toteutumista julkisen vallan ja yksityisen välisten suhteiden lisäksi myös yksityisten keskinäisiä suhteita.³² Tuori on todennut, että perusoikeuskulttuurin murros 1990-luvulla on aiheuttanut muistakin maista tutun reaktion, jossa esitetään väitteitä perusoikeuksien ylikorostamisesta, joita on osaltaan voimistanut perusoikeuskysymysten kietoutuminen yhteen maahanmuutto- ja pakolaishäilyjen kanssa.³³ Tarastin mukaan yhteiskunnan oikeudellistumiseen on vaikuttanut yhteiskunnallinen ilmapiiri ja siinä yksilön oikeuksien, erityisesti perusoikeuksien, korostaminen. Kyse on pitkästä ja kansainvälisestäkin ilmiöstä, jolla on yhteys oikeusvaltioajattelun vahvistumiseen.³⁴ Lindroos-Hovinheimon mukaan oikeuden fragmentoituminen ja pluralisoituminen ovat monimutkaistaneet perustuslain tulkintaa, kun konstituutiot limittyvät ja kasautuvat.³⁵ Tuorin mukaan periaatteiden muotoon kirjoitetut ja pidemmälle katsovat perusoikeudet ovat oikeuden itserajoituksia sekä vastapainoja aikapaineessa luodulle, pragmaattiselle ja instrumentalistiselle lainsäädännölle.³⁶ Arajärvi on laajassa väitöskirjassaan kuvannut, kuinka toimeentuloturva koskevaa lainsäädäntöä on kehitettävä perustuslain, ihmisoikeussopimusten ja unionioikeuden määrittämässä viitekehyksessä, joka on muodostunut erityisesti 1990-luvulle tultaessa ja sen aikana tehdyillä pää-

30 Tuori – Kotkas 2023, s. 218–219.

31 Kotkas 2013.

32 HE 309/1993 vp, s. 75.

33 Tuori 2018, s. 105. Tuorin mukaan suomalaiseen politiikkaan näyttää myös astuneen uusi sukupolvi, jolle perustuslaki ei enää ole itsestään selvä päivänpolitiikan raamittaja.

34 Tarasti 2002, s. 581.

35 Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 1190. Ks. myös Sankari – Tuori 2010.

36 Tuori 2007, s. 270–271.

töksillä. Näitä päätöksiä ovat erityisesti perustuslain ja kansallisten perusoikeuksien uudistaminen, ihmisoikeussopimuksiin liittymiset ja Suomen jäsenyys Euroopan unionissa.³⁷

Suomessa on tätä kirjoitettaessa tehty sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistuksia jo yli 20 vuotta. Sote-uudistuksen lopulta toteuttanut Sanna Marinin hallitusta edeltäneet kolme hallituspohjaa pyrkivät kaikki uudistamaan sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotannon tapoja ja rakenteita. Nykyisen Petteri Orpon hallituksen ohjelmaan sisältyy useita sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamista ja järjestämistä koskevia kirjauksia, jotka voitaneen asemoida osaksi samaa jatkumoa.³⁸ Uudistusten valmistelua ovat leimanneet eri hallitusten toisistaan poikkeavat poliittiset tavoitteet sekä useat lainsäädännön läpivientiin liittyneet haasteet, jotka ovat tehneet kiistanalaisen ja laajojen uudistusten säätämisestä ilmeisen hankalaa. Julkisessa keskustelussa uudistusten on usein todettu ”törmänneen perustuslakiin”, lainvalmistelun epäonnistumiseen tai politiikan toimijoiden kyvyttömyyteen viedä läpi aloittamiaan laajoja uudistuksia.

Tässä tutkimuksessa pureudutaan kansallisen lainsäätäjän toiminta-autonomiia koskevaan tematiikkaan erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden uudistamisen sekä yksityistämisen kontekstissa. Tutkimuksessa tarkastellaan, minkälaisena lainsäätäjän harkintavalta sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa näyttäytyy, ja minkälaista myös yleisemmän tason merkitystä tällä on. Näin tehtäessä tutkimus tarjoaa myös varsin laajaa aineellisoikeudellista tulkintaa ja systematisointia tutkimusasetelmaan kytkeytyvistä teemoista, kuten sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotannon ja järjestämisen perustuslaillisesta ja unionioikeudellisesta arvioinnista, mikä voi olla hyödyksi sektoria tutkiville tai sen parissa työskenteleville ammattilaisille. Tutkimuksen aihe on ajankohtainen sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistuksen luoman uuden sote-palveluiden toimintaympäristön, yksityisen tuotannon ympärillä käydyn yhteiskunnallisen keskustelun sekä myös edellisillä hallituskausilla annettujen sote- ja maakuntauudistusta koskeneiden hallituksen esitysten johdosta. Lisäksi aiheen ajankohtaisuutta lisää suomalaisessa julkishallinnossa 2000-luvulla yleistynyt yksityisten palveluntuottajien käyttö julkisrahoitteisten sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajina. Tutkimus lähestyy yksityistä julkisten palveluiden tuotantoa erityisesti lainsäätäjän näkökulmasta ja niin, että lainsäätäjälle on oletettu tahtotila, johon oikeusnormien sisältöä peilataan: tässä tutkimuksessa lainsäätäjä haluaa siirtää palveluja yksityisen tuotettavaksi. Haluan erikseen korostaa, että tämä oletus ei sisällä arvolatausta, vaan oletuksen taustalla on erityisesti se, että näin lainsäätäjät ja myös

37 Arajärvi 2002. Ks. myös Arajärvi 2003.

38 Eri hallituksiin viitataan tässä yhteydessä selkeyssyistä hallituspohjan pitkäaikaisimman pääministerin nimellä. Sanna Marinin ja Antti Rinteen hallituksiin viitataan siis Marinin hallituksena riippumatta siitä, kumman pääministerikaudella hallituksen esityksiä on annettu. Samaa ratkaisua sovelletaan Jyrki Kataisen ja Alexander Stubbin sekä Matti Vanhasen ja Mari Kiviniemen hallituksiin siltä osin kuin tällaisia tilanteita ylipäätään tulee eteen.

monet kunta- ja aluepäättäjät ovat viimeisten vuosikymmenten aikana toimineet.³⁹

Tässä tutkimuksessa siis tarkastellaan, *minkälaisia oikeudellisia rajoja lainsäätäjän harkintavallalle on löydettävissä, jos lainsäätäjän tavoitteena on julkisten sote-palveluiden tuotannon avaaminen yksityiselle tuotannolle sekä markkinamekanismeille*. Tämä on tutkimuksen tutkimuskysymys. Tarkastelussa havainnoidaan yleisellä ja poikkileikkaavalla tasolla niitä rajoja, joita lainsäätäjän harkintavallalle voidaan sote-sektorin yksityisen tuotannon osalta löytää, mutta tarkastelu kytkeytyy lähdeaineistonsa kautta käytännössä myös Juha Sipilän ja Sanna Marinin hallitusten sosiaali- ja terveystalouden uudistuksiin sekä sosiaali- ja terveystalouden kehittämistä koskevassa keskustelussa esitettyihin muihin tuotannon ja järjestämisen rakenteisiin.

Vaikka oikeudellistumisesta, perusoikeudellistumisesta ja eurooppalaistumisesta on kirjoitettu runsaasti 2000-luvulla, ei toistaiseksi ole toteutettu juurikaan yksittäisiä sektoreita tai joitakin lainsäätäjän tavoitteita koskevia ”tapaustutkimuksia”, joissa poikkileikkaavasti tarkasteltaisiin perustuslaista ja unionioikeudesta kansalliselle lainsäätäjälle syntyviä harkintavallan rajoja.⁴⁰ Tämä tutkimus vastaa osaltaan tähän tarpeeseen osoittamalla lainsäätäjän harkintavallan laajuuden sote-palveluiden yksityisen järjestämisen ja ulkoistamisen kontekstissa. Kyse on pistemäisestä mutta omassa kontekstissaan kattavasta kontribuutiosta muun muassa politiikan oikeudellistumisen, oikeuden perusoikeudellistumisen ja oikeuden eurooppalaistumisen ympärillä käytävään keskusteluun. Tutkimuksen lähtökohta on näin erityisesti valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen piirissä ainakin jossain määrin poikkeuksellinen.⁴¹ Nähdäkseni tavallisempaa on ollut kysyä, mitkä lainsäätäjän velvoitteet ovat, ja lähestyä aihetta tavoitellen eräänlaista perusoikeuksien mahdollisimman täysimääräistä toteutumista.⁴² Tämä on luonnollisesti hyvin perusteltu akateemisen tutkimuksen lähtökohta: ei välttämättä ole tarkoituksenmukaista tai hedelmällistä eri tilanteissa erotella jonkin perusoikeuden tai muun valtiosääntöisen tarkastelu-kohteen uloimpia rajoja, vaan pikemminkin muodostaa siitä systematisoitua kokonaiskuvaa. Näin erityisesti siksi, että perusoikeuksissa ei ole kyse joko–tai-tyyppisistä asetelmista. Tässä tutkimuksessa pyrin silti tietoisesti jossain määrin irtautumaan kyseisestä ajatuksesta ja tarkastelemaan kokonaisuutta nimenomaan lainsäätäjän näkökulmasta. Tämä lähestymistapa saa ilmenemismuotonsa erityisesti jäljempänä tässä osiossa määriteltävässä ja tutkimuksessa sovellettavassa lainsäätäjän harkintavallan teoreettisessa mallissa sekä toisaalta malliin perustuvissa aineellisoikeudellisissa systematisoinneissa.

39 Ks. tarkemmin luku 5.2.

40 Ks. kuitenkin mm. Arajärvi 2003.

41 Samaa ei voitane sanoa unionioikeudellisesta tutkimuksesta, jossa jäsenvaltioiden toimintamahdollisuuksien ulkorajojen tarkastelu on hyvin tyypillistä.

42 Ks. esim. Arajärvi 2003.

Pidän tutkimuksen lähestymistapaa tarpeellisenä siksikin, että tähän mennessä erityisesti perusoikeudellistumis- ja eurooppalaistumiskehitystä koskevaan keskusteluun osallistuneiden tai sen kritiikin kohteena olleiden on ollut varsin hankalaa vastata ydinkysymykseen siitä, kuinka laajasti perusoikeudellistuminen, yhteiskunnan oikeudellistuminen sekä oikeuden eurooppalaistuminen ja suvereniteettien lohkeaminen ovat vaikuttaneet lainsäätäjän toiminta-autonomiaan ja minkälaisilla mekanismeilla tämä tapahtuu. Onko perusoikeudellistumiskehitys todella johtanut esimerkiksi Helinin kuvaamiin haasteisiin, vai onko kyse vieteriukon sijaan olkiu-kosta?⁴³ Myöskään tämän tutkimuksen valitseman lähestymistavan kautta ei voida vastata kaikenkattavasti edellä asetettuun kysymykseen. Uskon kuitenkin, että juuri sektorikohtaisen tutkimuksen kautta asiaa lähestyminen vie keskustelua mielek-käällä tavalla eteenpäin. Toisaalta lähestymistapa kaipaa tuekseen myös metodo-logisesti monimuotoisempaa tarkastelua, mikä kuitenkin jää tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

Tutkimuksessa on näin kyse lainsäätäjän toiminnalle aiheutuvien oikeudellisten rajojen paikantamisesta, määrittelystä ja kontekstualisoinnista, sekä näistä tehtäviä havaintoja koskevista johtopäätöksistä. Tutkimus ei sen sijaan tuota tietoa siitä, mil-laista on hyvä lainsäädäntö, miten hyvää lainsäädäntöä saadaan aikaiseksi, millaista on hyvä sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityinen tuotanto tai millä tavalla lainsää-täjän olisi suotavaa harkintavaltaansa käyttää. Tutkimuksen tarkoituksena on sen sijaan tuottaa tietoa siitä, minkälainen harkintamarginaali lainsäätäjälle muodostuu sekä harkintavallan rajojen muodostumista määrittävistä oikeussäännöistä ja niiden tulkinnasta. Korostan vielä erikseen, ettei tässä tutkimuksessa myöskään väitetä julkisten palveluiden yksityistämisen tai ulkoistamisen olevan järkeviä toimintamal-leja kaikissa niissä tilanteissa, joissa ne ovat perustuslain ja unionioikeuden valossa mahdollisia. En myöskään ota kantaa siihen, miltä osin aiemmat ulkoistamis- tai yksityistämispäätökset ovat olleet onnistuneita. Näiden päätösten mielekkyys ei ole oikeustieteellinen kysymys, vaan siihen on vastattava yhteiskunnallisen keskustelun ja viime kädessä poliittisen päätöksenteon kautta. Näin oikeuden ja politiikan välille muodostuu jatkuva vuorovaikutus ja toisaalta myös jännite. Kyseisistä rajoista ei kui-tenkaan voida niiden puitteisiin asettuvan ja siten oikeudellisesti ongelmattoman toiminnan osalta johtaa nimenomaan oikeudellista argumentaatiota sille, miten lainsäätäjän tulisi näiden reunaehtojen puitteissa toimia.⁴⁴

Ottamalla tarkastelun lähtökohdaksi nimenomaan lainsäätäjän näkökulman, tutkimus pyrkii myös avaamaan monitieteistä keskustelua lainsäätäjän harkinta-vallan rajoista ja ilmiön merkityksestä erityisesti hallinto- ja yhteiskuntatieteiden

43 Ks. Helin 2012.

44 Tältä osin eri asia on, että oikeudellinen ja/tai oikeustieteellinen argumentaatio voi esimerkiksi hal-linto-, talous- tai sosiaalitieteellisen argumentaation tavoin olla yksi elementti teemaa koskevassa yhteis-kunnallisessa keskustelussa.

suuntaan. Tutkimuksen kautta voidaan näin tuoda ilmi, miten oikeus vaikuttaa politiikkaan ja politiikka oikeuteen. Tästä näkökulmasta tutkimuksessa on ainakin löyhiä heijastumia kriittisestä oikeustutkimuksesta, sillä sen tarkoituksena on tuoda esiin oikeudellisen vallan ja oikeudellista valtaa käyttävien toimijoiden suhdetta yhteiskunnalliseen todellisuuteen sekä paljastaa mekanismeja, joista oikeudellinen valta muodostuu. Esimerkiksi van de Gronden ja Guy ovat juuri sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa todenneet, että lainopillinen oikeudellinen analyysi, jossa keskitytään oikeuteen eikä sen laajempaan kontekstiin, saattaa vaikuttaa tarjoavan melko rajallisia näkemyksiä monitieteiselle yleisölle. Silti juuri tällainen lainsäädännön tarkastelu on heidän mukaansa tarpeen, jotta voidaan ymmärtää, miksi terveydenhuollon kilpailu-uudistuksia on vaikea toteuttaa kansallisella tasolla.⁴⁵

1.2. Tutkimuksen rakenne ja tutkimusetiikka

Tutkimus jakautuu neljään eri osioon, joissa kussakin joko luodaan pohjaa tutkimuksessa tehtävälle aineellisoikeudelliselle tarkastelulle tai tarjotaan aineellisoikeudellinen vastaus johonkin tutkimuskysymyksen kannalta olennaiseen kokonaisuuteen.

Johdanto-osiossa (osio I) esitellään tutkimuksen tausta, tutkimusongelma ja tutkimuskysymykset, tutkimuksen rajaukset sekä käytettävät metodit. Osiossa hahmotellaan teoreettinen malli, jonka kautta lainsäätäjän harkintavaltaa voidaan määritellä ja tutkia, eli luodaan pohja ja käytettävä viitekehys myöhemmissä tutkimuksen osioissa tehtävälle aineellisoikeudelliselle tarkastelulle. Lisäksi osiossa käsitellään tutkimuksen aineellisoikeudellista ja hallintopoliittista kontekstia, eli tarjotaan lyhyt johdatus julkista sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmää koskevaan ulkoistus- ja yksityistämiskeskitykseen, sen sidoksiin NPM-ajatusmalliin sekä nykyiseen ja jo kumottuun teemaa koskevaan lainsäädäntöön. Tämä on tarpeen, jotta tutkimuksen konteksti ja tausta on mahdollista hahmottaa.

Perustuslaki lainsäätäjän harkintavallan rajoituksena -osiossa (osio II) tarjotaan kotimaisen perustuslain tulkintaan kiinnittyvä aineellisoikeudellinen vastaus kysymykseen siitä, minkälaisia rajoja kansallinen perustuslaki asettaa lainsäätäjän harkintavallalle tilanteissa, joissa lainsäätäjän tavoitteena on julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityistäminen tai ulkoistaminen. Tutkimuksen osiossa tarkastellaan sekä perusoikeuksista syntyviä rajoja että muista valtiosääntöisistä näkökohdista syntyviä rajoja, joihin kuuluu erityisesti perustuslain 124 §:ssä asetetut julkisen hallintotehtävän siirtoa koskevat edellytykset.

Unionioikeus lainsäätäjän harkintavallan rajoituksena -osiossa (osio III) tehdään vastaava tarkastelu unionioikeudellisesta näkökulmasta. Osiossa tehtävässä tarkastelussa määritellään, minkälaisia harkintavallan rajoja unionioikeudesta johtuu lain-

45 van de Gronden – Guy 2021, s. 76.

sääntäjälle, jonka tavoitteena on julkisten sosiaali- ja terveystalouden siirtäminen yksityisen tuotettavaksi. Arviointi kiteytyy erityisesti kilpailu- ja valtiontukisääntöjen soveltamisalaa määrittävän taloudellisen toiminnan käsitteen systematisointiin, mutta osiossa tarkastellaan myös unionin toimivalta sote-sektorilla sekä vapaan liikkuvuuden, hankintasääntöjen ja yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja koskevien oikeussääntöjen merkitystä sosiaali- ja terveystalouden kontekstissa. Systematisointia tehdään yleisellä tasolla, mutta erityisesti Suomen kaltaisten sosiaali- ja terveystaloudellisten järjestelmien arviointiin peilaten.

Johtopäätökset-osiossa (osio IV) vastataan tutkimuksen tutkimuskysymykseen edellä kuvatussa tarkastelun pohjalta, eli tehdään johtopäätökset lainsäätäjän harkintavallan laajuudesta perustuslain ja unionioikeuden välisessä ristipaineessa. Lisäksi esitetään vapaammin ajatuksia teemaan kytkeytyvistä muista näkökulmista, tutkimuskysymykseen annetun vastauksen yleisemmästä merkityksestä sekä jatkotutkimuksen tarpeista.

Tutkimus on luonteeltaan monografia, mutta siitä on julkaistu osatuloksia jo ennen koko tutkimuksen valmistumista Oikeustiede–Jurisprudentia-vuosikirjan artikkelissa *Julkisten sosiaali- ja terveystalouden yksityinen tuotanto ja lainsäätäjän harkintavallan rajat*.⁴⁶ Käytännössä artikkelina julkaistun kokonaisuuden päälle on rakennettu tutkimuksen osiota II, mutta tarkastelu on osiossa huomattavasti artikkelia laajempaa, eikä käsittely ole myöskään artikkelista suoremmin löytyvien alalukujen osalta identtistä. Koska kyseinen artikkeli ajatellaan tutkimuksen osatuloksen julkaisuksi ennen koko tutkimuksen valmistumista, siihen ei ole monografiassa viitattu muutoin kuin tässä yhteydessä ja artikkelin pohjalta rakentuvan II osion alussa.⁴⁷

Tutkimusetiikan ja sidonnaisuuksien osalta totean lisäksi, että väitöskirjaa on tehty osittain Kunnallissalan kehittämissäätiön ja Lapin yliopiston apurahalla, mutta kuitenkin pääosin tutkimusmaailman ulkopuolisten päivätöiden ohessa.⁴⁸ Näiden päivätöiden kautta olen osallistunut lainvalmisteluun sidosryhmäroolissa ja ollut muun muassa eduskunnassa asiantuntijakuultavana joissakin sellaisissa tutkimuskysymyksen kannalta vähämerkityksissä lainsäädäntöhankkeissa, joita on kuitenkin tässä tutkimuksessa referoitu.⁴⁹ Nämä lainsäädäntöhankkeet on pyritty merkitsemään alaviitteisiin.

46 Mäki-Lohiluoma 2022.

47 Tutkimuksessa noudatellaan siis oikeuskirjallisuudessa ainakin Helinin perustelemaa lähestymistapaa ks. Helin 2015, s. 807. Ks. tutkimuseettisistä oikeustieteellisistä keskustelusta myös mm. Nuotio 2005, Ervasti 2011 ja Nieminen 2022. Näistä Nieminen (s. 1389) toteaa, että viittaukset omaan aiempaan työhön tulee tehdä samaan tapaan kuin viittaaminen muiden tutkijoiden julkaisuihin, mikä siis viittaa tässä tutkimuksessa noudatetusta poikkeavaan lähestymistapaan.

48 Vuosina 2020–2021 työskentelin Euroopan parlamentissa europarlamentaarikon poliittisena avustajana ja vuodesta 2021 olen työskennellyt Elinkeinoelämän keskusliitto ry:n palveluksessa.

49 Oikeustieteen ulkopuolisia asiantuntijatehtäviä koskevasta tutkimuseettisistä pohdinnasta ks. Helin 2015, s. 807–809.

2. Tutkimuksen oikeusteoreettisista lähtökohdista

2.1. Yleistä

Koska tämän tutkimuksen aiheena on lainsäätäjän harkintavalta, siis kyky tuottaa oikeudellista normiaineista, on tässä yhteydessä tarpeen todeta tutkimukselle tiettyjä oikeusteoreettisia lähtökohtia sekä ennen kaikkea relevantteja rajouksia tutkimuksen tiedonintresseihin. Samoin on määriteltävä, minkälaiseen oikeuden ontologiaan tutkimusasetelma pohjautuu, eli miten oikeutta tutkimuksessa lähestytään. Määrittelyn seurauksena syntyy luvussa 3 kuvattava *teoreettinen malli lainsäätäjän harkintavallan rajojen paikantamiseksi*. Malli soveltuu nimenomaan tämän tutkimuksen tarpeisiin ja sen luominen on tarpeen, jotta tutkimus pystyy vastaamaan tutkimuskysymykseensä lainsäätäjän harkintavallan rajoista sosiaali- ja terveystalouden yksityistämisen ja ulkoistamisen kontekstissa, mutta malli voi olla sovellettavissa myös muihin tutkimusasetelmiin.

Ajatus lainsäätäjän harkintavallasta kiinnittyy olennaisella tavalla politiikan oikeudellistumista ja oikeuden perusoikeudellistumista koskevaan keskusteluun. Toisaalta kyse on myös oikeuden pluralisoitumisesta ja eurooppalaistumisesta, kun kansallisen lainsäätäjän kynästä syntyvä kansallinen säädännäinen oikeus on luopunut monopolistaan määrittää oikeudellista todellisuutta. Tuori on jäsentänyt tätä todellisuutta termeillä *state law* ja *non-state law*, Karhu puolestaan termeillä *kansallisvaltion oikeus*, *markkinoiden oikeus* ja *yhteiskunnan oikeus*.⁵⁰ Keskustelussa on pohjimmiltaan kyse Suomen EU-jäsenyyden, perustuslain sekä perustuslain tulkinnan oikeudellisten ja poliittisten käytäntöjen roolista politiikan toimintakentän rajaajana. Tässä tutkimuksessa tarkastelun lähtökohtana on ajatus, jonka mukaan lainsäädäntö on muiden ominaisuuksiensa lisäksi politiikalle yksi keskeisimmistä ja monesti ainoa instrumentti saavuttaa poliittisia tavoitteita, toteuttaa poliittisia päätöksiä sekä ohjata yhteiskunnan kehitystä. Toisaalta lainsäädännöstä ja oikeudesta laajemmin muodostuu politiikalle myös rajoja.

Tuori on kuvannut lainsäätäjälle muodostuvia rajoja oikeuden kerrostuneisuuden sekä tästä kerrostuneisuudesta seuraavien itserajoitusten kautta. Hahmotettaessa moderni oikeus kerrostuneeksi ilmiöksi, luovat tämän kerrostuksen alemmat tasot – oikeuskulttuuri ja oikeuden syvärakenne – pintatason toiminnoille mahdollisuuksien lisäksi myös rajoituksia.⁵¹ Tuori lukee kansalliset perustuslait ja kansainväliset

50 Tuori 2021, s. 215–238; Karhu 2022, s. 1089.

51 Tuori 2000, s. 234.

ihmisoikeussopimukset oikeuden pintatasolle sijoittuviksi säädöksiksi, mutta katsoo niiden samalla ilmentävän oikeuden alempien kerrostumien periaatteita.⁵² Oikeuden itserajoitukset asettavat tässä ajattelussa rajoitteita lainsäätäjän toiminnalle ja itserajoitusten toteutumista valvotaan oikeudellisilla käytännöillä, kuten tuomioistuinvalvonnalla, perustuslakikontrollilla ja kansainvälisten ihmisoikeuselintien toimin, eli ”oikeuden itserajoitusfunktioon erikoistuneilla oikeudellisilla käytännöillä”.⁵³ Raitio on oikeusvaltio-käsitteen määrittelyn osalta todennut lähtevänsä pragmaattisesti siitä, että Suomi on Euroopan unionin jäsenvaltiona velvollinen ottamaan huomioon ne tulkinnat, joita oikeusvaltio-käsite on saanut unionioikeuden piirissä, ja että unionioikeudellista oikeusvaltio-käsitettä tulee tulkita tiiviissä yhteydessä demokratia-periaatteeseen sekä perus- ja ihmisoikeuksiin.⁵⁴

Toisaalta on arvioitu, että lainsäädäntötoiminnassa poliittiset argumentit lopulta määräävät tahdin, ja oikeuden rooliksi lainsäädäntöprosessia jää erityisesti oikeusjärjestyksen sisäisen johdonmukaisuuden ja ristiriidattomuuden takaaminen.⁵⁵ Dahlberg on kuvannut lainvalmistelun olevan eri suuntaan vetävien intressien yhteensovittamista: poliittinen tarkoituksenmukaisuus, oikeudellinen näkökulma, taloudellinen tehokkuus ja tieteellinen tehokkuus määrittävät kaikki osaltaan lainsäädännön valmistelun suuntaa, vaikka tekijöiden vaikutus ei ole yhteismitallista eikä vakio.⁵⁶ Hämäläinen ja Salminen ovat kuvanneet lainvalmistelua oikeudellisena ja poliittisena prosessina.⁵⁷

Tässä tutkimuksessa termiä *lainsäätäjä* käytetään osin poikkeavassa merkityksessä kuin monessa oikeusteoreettiseen tai oikeusfilosofiseen keskusteluun kytkeytyvässä tutkimuksessa. Tutkimuksessa termillä viitataan vain Suomen perustuslain, Euroopan unionin oikeuden ja Suomen kansainvälisoikeudellisten velvoitteiden puitteissa tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä toimivaan lainsäätäjään. *Lainsäätäjän harkintavallalla* tai *harkintamarginaalilla* tarkoitetaan siis sellaista lainsäädäntöratkaisujen avaruutta, jonka puitteisiin asettuvat säädökset on mahdollista säätää tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä, ja jotka saavat Suomen lainkäyttöalueella aikaan tehokkaan oikeusvaikutuksen, eivätkä siten ole ristiriidassa normihierarkisesti ylemmän asteisen ja/tai tulkinta-asetelmassa etusijan saavan oikeusnormin kanssa, erityisesti perustuslain tai unionioikeusnormin kanssa. Tällöin hahmotetaan sitä liikkumatilaa, jonka puitteissa lainsäätäjä ylipäätään voi tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä viedä läpi lainsäädäntöhankkeita, joilla sote-tuotantoa avataan yksityisille toimijoille.⁵⁸

52 Ibid., s. 247.

53 Ibid.

54 Raitio 2017a, s. 77.

55 Tuori 2000, s. 149–150.

56 Dahlberg 2015, s. 321

57 Hämäläinen – Salminen 2024, s. 220.

58 Erityisesti 2000-luvulla on lisäksi vakiintunut lähtökohta, jonka mukaan myös perustuslainsäätämisyjärjestyksessä säädettävien poikkeuslakien käytöstä pyritään mahdollisimman pitkälti pidättäytymään. Ks. mm. PeVM 10/1998 vp; PeVM 5/2005 vp; PeVL 25/2005 vp.

Tavallisen lainsäädäntömenettelyn käytön lisäksi eduskunta voisi toki toimia myös perustuslainsäätäjänä tai päättää muuttaa Suomen unionioikeudellista ja kansainvälisoikeudellista asemaa esimerkiksi irtautumalla näistä sitoumuksista. Käytännön tasolla tämän tutkimuksen lainsäätjä voikin samaistua enemmistöhallitukseen tai muulla tavoin muodostuvaan eduskunnan enemmistöön, joiden kohdalla enemmistö on kuitenkin siinä määrin rajallinen, että ne eivät ilman muiden eduskuntapuolueiden tukea kykene turvautumaan poikkeuslakeihin tai muuttamaan perustuslakia.

Käsittelen tässä luvussa seuraavaksi lainsäätäjän harkintavaltaa määritteleviä oikeudellisia ilmiöitä, eli perusoikeudellistumista ja perustuslakikontrollia sekä oikeuden eurooppalaistumisesta, unionioikeuden etusijaa ja konstitutionaalista pluralismia. Tarkastelussa olennaista on nyanssien ja laajemman akateemisen keskustelun tarjoaminen seuraavassa luvussa esitettävän tarkastelukehikon taustalle sekä tarkastelukehikon määrittely suhteessa eri oikeudellisiin keskusteluihin. Toisenlaisella suhtautumisella perusoikeudellistumiseen, perustuslakikontrollin eri elementteihin, eurooppalaistumiseen, unionioikeuden etusijaan ja konstitutionaalisen pluralismin viitekehykseen sekä sääntelyn rationaalisuuteen ja koherenssiin, myös tässä tutkimuksen osiossa hahmoteltu ja myöhemmissä osioissa sovellettu malli voisi näyttää erilaiselta. Eri ilmiöiden ja kehityskulkujen kattava erittely on tarpeen myös siksi, että tutkimuksen johtopäätösosiossa sidotaan havaintoja näiden kehityskulkujen ympärillä käytyyn keskusteluun. Lukijan ei kuitenkaan pidä olettaa, että seuraavissa luvuissa esitettäisiin kaikenkattava näkemys kustakin käsiteltävästä ilmiöstä. Kussakin alaluvussa on kyse pikemminkin eräänlaisesta yleisesityksestä tai johdatuksesta ilmiön merkitykseen lainsäätäjän harkintavallan rajana sekä juuri tälle tutkimukselle. Samoin alaluvuissa tehdään tämän tutkimuksen näkökulmasta tarpeellisia valintoja siitä, minkälaisista teoreettisista lähtökohdista eri kysymyksiä myöhemmissä tutkimuksen osioissa tarkastellaan.

2.2. Perusoikeudellistuminen, perustuslakikontrolli ja oikeusvaltion pitävyys

Politiikan oikeudellistumista koskevaan keskusteluun kytkeytyvät osaltaan perustuslakikontrollin mekanismit. Jos oikeuden perusoikeudellistuminen asettaa lainsäätäjälle rajoja, konkretisoituvat nämä rajat – siis oikeudelliset tulkinnot perustuslain lainsäätäjälle jättämästä harkintamarginaalista – sekä niihin kiteytyvä politiikan ja oikeuden välinen jännite erityisesti perustuslakikontrollin mekanismien puitteissa. Tässä tutkimuksessa eräänlaisena tarkastelun lähtökohtana on jo edellä todetusti ja tässä alaluvussa täsmennettävällä tavalla oletus oikeusvaltion pitävyydestä ja lainsäätäjän pyrkimyksestä toimia itseään rajoittavien oikeudellisten reunaehtojen puitteissa. Käytännössä kyse on kuitenkin huomattavasti tätä monimutkaisemmasta tulkinta-asetelmasta.

Jääskisen mukaan demokratian ja perusoikeuksien välillä vallitsee jännite: emme samanaikaisesti voi sekä täysimääräisesti suojata perusoikeutta että menetellä demokraattisesti, jolloin abstraktilla tasolla positiivisoikeudelliset oikeudet ovat ristiriidassa demokratian kanssa.⁵⁹ Toisaalta oikeusjärjestys on Jääskisen mukaan myös keskeinen väline, jolla demokraattinen poliittinen valta voi toteutua yhteiskunnassa, ja oikeudet yksi demokratian käytössä olevista sääntelyinstrumenteista.⁶⁰ Jääskinen kuvaa Suomessa ja monissa muissa länsimaisessa omaksutun valtiojärjestyksen eräänlaisena *mixed constitution* -mallina, jossa positiivisoikeudellisesti perusoikeudet on tuotu demokratiaperiaatteen oheen osaksi valtiosääntöä. Asetelma on luettavissa myös kotimaisen perustuslain ensimmäisistä säännöksistä: perustuslain 1 §:n 2 momentin mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet ja edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa, ja kansanvaltaisuusperiaate ilmaistaan tämän perään perustuslain 2 §:n 1 ja 2 momentissa.⁶¹

Ne muodostavat normiston, jolla tiettyjä erityispiirteitä, tärkeimpänä tietysti ominaisuus *lex superiorina* ja siihen sisältyvä rajoitettu mahdollisuus syrjäyttää tavallisen eduskuntalain soveltaminen ilmeisen ristiriidan tapauksessa. Edelleen niillä on tulkintavaikutus ja siihen liittyvä erityinen demokraattisesti annettu toimeksianto ottaa perus- ja ihmisoikeudet huomioon koko oikeusjärjestystä sovellettaessa. Ne ovat siis omaleimainen osa positiivista oikeusjärjestystä.⁶²

Lavapuro on muun muassa Habermasiin nojautuen ja Jääskistä kriittisesti referoiden todennut, että demokratian idea ei abstraktilla tasolla ole välttämättömässä ristiriidassa yksilöllisten oikeuksien kanssa. Lavapuron mukaan perusoikeudet ja demokratia edellyttävät toisiaan, sillä kansansanvallan toteutuminen tarvitsee ainakin joitakin oikeuksia, ja minimissäänkin se edellyttää oikeutta osallistua lain säätämiseen.⁶³ Myös Lavapuro toisaalta toteaa, että kyetäkseen legitiimisti asettamaan rajoituksia demokraattiselle päätöksenteolle, perusoikeuksien tulee viime kädessä nojautua demokraattisten ideaalien mukaisiin menettelyihin, sillä moderni oikeus on ihmisten itse itselleen säätämää oikeutta.⁶⁴

Sinänsä Lavapuro ja Jääskinen vaikuttavat ajattelevan samoin siitä, että jotkin oikeudet ovat demokratian edellytyksiä, mutta Jääskinen vaikuttaa rajaavan nämä oikeudet erityisesti demokraattisia menettelyitä turvaaviin oikeuksiin, kun taas Lavapuron mukaan myös TSS-oikeudet tulee ajatella demokratian edellytyksinä.

59 Jääskinen 2004, s. 107.

60 Ibid.

61 Ibid., s. 117.

62 Ibid.

63 Lavapuro 2010a, s. 85.

64 Ibid.

Yksityinen ja julkinen autonomia ovat Lavapuron mukaan merkityksettömiä, jos ihmisillä ei ole tosiasiallisia edellytyksiä käyttää autonomiaansa.⁶⁵ Lavapuron mukaan perusoikeusperiaatteiden ja demokratiaperiaatteen välille kuitenkin saattaa perusoikeuksien ja demokratian yhteensopivuudeksi ja keskinäisriippuvuudeksi kuvattavasta normatiivisen tason lähtökohdasta huolimatta konkreettisissa oikeudellisissa käytännöissä syntyä jännite. Lavapuron mukaan näin käy esimerkiksi silloin, kun demokraattisten menettelyjen lopputuloksena syntyneen tavallisen lainsäädännön katsotaan tietyssä soveltamistilanteessa johtavan ristiriitaan niiden sisällöllisten vaatimusten kanssa, joita perusoikeudet asettavat, vaikka yleensä ristiriidat onkin mahdollista välttää perusoikeusmyönteisellä laintulkinnalla.⁶⁶

Hirvonen on kirjoittanut konstituoidun ja konstituoivan vallan käsitteistä, joista konstituoivassa vallassa on yksinkertaistettuna kyse valtiosäännön ja demokraattisen oikeusvaltion luovasta vallasta, ja konstituoidussa vallassa puolestaan siitä vallasta, joka tulee todeksi poliittisten ja oikeudellisten instituutioiden puitteissa.⁶⁷ Hirvonen huomauttaa perustellusti, että konstituoitu valtiosääntö itsestään ei takaa ihmisoikeusperusteista demokraattista oikeusvaltiota, ja tästä näkökulmasta merkittäviä ovat muun muassa konstitutionalismia valvovien instituutioiden – esimerkiksi tuomioistuinten ja perustuslakivaliokunnan – muodot, toimintavaltuudet sekä alttius alistua poliittiseen kontrolliin.⁶⁸ Tällainen ajatus ei ylipäätään ole oikeustieteelliselle tutkimukselle vieras, vaan muun muassa oikeusvaltio-tematiikan puitteissa on tarkasteltu varsin runsaasti erilaisia oikeusvaltion pitävyyteen tai perusoikeuksien ja lainsäätäjän suhteeseen liittyviä näkökohtia. Esimerkiksi Lavapuro on kirjoittanut niin sanotusta valtiosääntöisestä managerialismista, jossa perusoikeudet ovat lopulta kuitenkin alisteisia lainsäätäjän päämäärille.⁶⁹ Lindroos-Hovinheimon mukaan perustuslain institutionaalista tulkintaa syytetään arvaamattomuudesta, mutta taustalla on mahdollisesti myös se, että jokainen kiperän tulkintatilanteen ratkaisu ylläpitää aina tiettyä normatiivista maailmankuvaa.⁷⁰ Tässä ajattelussa perustuslaki on eräänlainen normatiivisten maailmankuvien kamppailun areena, mikä säteilee myös perustuslain tulkintaan, joka voi muuttua merkittävästikin, vaikka perustuslaki itsessään säilyisi olennaisilta osiltaan muuttumattomana.⁷¹ Rautiainen ja Mattila ovat samansuuntaisesti

65 Ibid.

66 Ibid., s. 86.

67 Hirvonen 2021, s. 321–324.

68 Ibid., s. 324.

69 Lavapuro 2010b. Ks. laajemmin Lavapuro 2010a. Neuvonen ja Rautiainen ovat pitäneet perustuslakivaliokunnan tulkintaa uskonnollista ainesta sisältävistä koulujen juhlatilaisuuksista kulttuurisiksi tilaisuuksiksi, joita ei tarvinnut jäsentää uskonnonvapausperusoikeuden näkökulmasta, esimerkkinä niin sanotusta valtiosääntömanagerialismista. Ks. Neuvonen – Rautiainen 2015a, s. 41–42. Ks. myös PeVM 10/2002 vp.

70 Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 1197–1198.

71 Ibid.

todenneet, että perusoikeusjärjestelmä edustaa aina tiettyä historiaansa sidottua käsitystä yhteiskunnasta ja sen tavoitteista.⁷²

Suomessa on käytössä omalaatuinen, osin jo autonomian ajalta 1800-luvulta ja 1900-luvun alusta periytyvä järjestelmä lainsäädännön perustuslainmukaisuuden valvontaan.⁷³ Tarkastelussa voidaan nykyisin erottaa kaksi perustuslakikontrollin muotoa, eli pääosin perustuslakivaliokuntaan nojaava ennakkokontrolli (*ex ante*, *in abstracto*) ja tuomioistuinten tehtävänä oleva jälkikontrolli (*ex post*, *in concreto*).⁷⁴ Ennakkokontrollin käsitteellä viitataan lainsäädännön valmisteluvaiheessa eli ennen kyseisen säädöksen muodollista hyväksymistä suoritettavaan valtiosääntöisen vaatimustenmukaisuuden valvontaan, josta Suomen järjestelmässä vastaa erityisesti perustuslakivaliokunta sekä valiokuntaan nojautuen eduskunnan puhemies.⁷⁵ Ennakkokontrollin tavoitteena on estää perustuslain vastaisen lainsäädännön hyväksyminen ja voimaantulo.

Perustuslakivaliokunnan lausunnot ovat luonteeltaan eduskunnan mietintövaliokuntia *de facto* sitovia, vaikka lausuntojen roolista ei ole nimenomaista sääntelyä ja niiden *de jure* sitovuus on jossain määrin kyseenalaista, vaikkakin hyvin laajasti hyväksyttyä.⁷⁶ Perustuslakivaliokunnan lausuntojen sitovuus voidaan kuitenkin johtaa perustuslain säännöksistä: perustuslain 35 §:n 1 momentin mukaan eduskunta asettaa vaalikaudekseen perustuslakivaliokunnan, perustuslain 74 §:n mukaan perustuslakivaliokunnan tehtävänä on antaa lausuntonsa sen käsittelyyn tulevien lakiehdotusten ja muiden asioiden perustuslainmukaisuudesta sekä suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, ja perustuslain 42 §:n 2 momentin mukaan puhemies ei saa kieltäytyä ottamasta asiaa käsittelyyn tai olla viemättä tehtyä ehdotusta äänes-

72 Rautiainen – Mattila 2023. Rautiaisen ja Mattilan mukaan nykyinen perusoikeusjärjestelmämme ei ole kaikilta osiltaan toimiva eikä sen taustalla oleva käsitys yhteiskunnasta ajantasainen. Rautiainen ja Mattila kiinnittävät kritiikkinsä erityisesti sosiaalisiin perusoikeuksiin ja pitävät näiden uudistamista tarpeellisenä.

73 Ks. perustuslakivaliokunnan synnystä mm. Jyränki 1989, s. 441–443 sekä perustuslakivaliokunnasta ja perustuslakikontrollista kattavasti Riepula 1973. Perustuslakikontrollin ympärillä eri vuosikymmeninä käydystä keskustelusta ks. esim. Tuori 2011a; Tuori 2018, s. 103–111; Keinänen et al. 2013, s. 28–48. Valiokunnan toiminnasta on julkaistu myös useita monografioita, mm. Jansson 1954, Riepula 1973 ja Hautamäki 2002.

74 Kansainvälisessä vertailussa voidaan todeta, että malli on omalaatuinen, mutta ei ainutkertainen. Esimerkiksi saksalaisessa perustuslakiajattelussa perusoikeuksien toteutumisen varmistaminen on Suomesta poiketen tuomioistuinten, erityisesti ennako- ja jälkikontrollia harjoittavan perustuslakituomioistuimen (*Bundesverfassungsgericht*) vastuulla, ja perustuslaista johtuu selkeitä rajoja hallinnon ja lainsäätäjän toiminnalle. Perustuslain tehtävänä on myös määritellä yhteiskunnan perusarvoja ja yhteiskuntajärjestystä. Ranskassa taas on käytössä osin suomalaista ratkaisua muistuttava mutta alkujuuriltaan myöhempi ennako- ja jälkikontrollimenettely, jonka keskeinen instituutio on poliittista ja oikeudellista asiantunteudesta yhdistävä perustuslakineuvosto (*Conseil constitutionnel*). Ks. Saksan osalta Aer 2021, s. 719–744, ja esimerkiksi Kommers 1991; Grote 2014, s. 193–206. Ks. Ranskan osalta mm. Pellonpää 2021 s. 912–917.

75 Ks. Keinänen et al. 2013, s. 30–32.

76 Hidén 2019b, s. 255–256; Keinänen et al. 2013, s. 33–34; Hautamäki 2002, s. 140–145.

tykseen, ellei hän katso sen olevan vastoin perustuslakia, muuta lakia tai eduskunnan jo tekemää päätöstä.⁷⁷ Perustuslain esitöissä todetaan, että muiden valiokuntien ja täysistunnon tulee ottaa asianmukaisesti huomioon perustuslakivaliokunnan valtiosääntöoikeudelliset huomautukset.⁷⁸ Lisäksi eduskunnan työjärjestyksessä (40/2000 TJ) on useita perustuslakivaliokunnan toimintaa määrittäviä säännöksiä, kuten 38.2 §, jossa on todettu, että mikäli mietinnön antavassa valiokunnassa säädösehdotuksen tai muun asian perustuslainmukaisuudesta tai suhteesta ihmisoikeussopimuksiin on epäselvyyttä, valiokunnan on pyydettävä asiasta lausunto perustuslakivaliokunnalta.⁷⁹ Perustuslakivaliokunnan kannanottojen mietintövaliokuntaa sitova luonne rajautuu eduskunnan valiokuntien yleisohjeiden eli niin sanotun valiokuntaoppaan mukaan lausunnon ponnassa ilmaistuihin huomautuksiin, mutta myöskään muita kuin ponsiosassa esitettyjä valtiosääntöoikeudellisia huomautuksia ei tule ilman asianmukaisia perusteita sivuuttaa mietintövaliokunnassa.⁸⁰ Keinänen, Pitkänen ja Saarinen ovat hahmottaneet lakien ”kokonaisvaltaisen perustuslainmukaisuuden” edellyttävän, että perustuslakivaliokunnan suositusluonteiset kannanotot huomioidaan mietintövaliokunnissa ja niiden mahdollinen sivuuttaminen perustellaan, ei siis kannanottojen automaattista noudattamista.⁸¹ Empiirisessä tarkastelussa he kuitenkin havaitsivat, että vuosien 2007-2010 tarkastelujaksolla mietintövaliokunnat muuttivat lakiesitystä jopa 84 prosenttisesti ei-velvoittavien kannanottojen mukaisesti.⁸² Tulosta parantaa entisestään se, että Keinäsen, Pitkäsen ja Saarisen käyttämän jaottelun mukaisten vahvojen, puolivahvojen ja harkinnanvaraisten kannanottojen – kuitenkin siis kaikilta osin ponsihuomautusten ulkopuolisten ja siten ei-velvoittavien – kautta voitiin havaita, että kirjoittajien vahvaksi luokittelemat kannanotot huomioitiin jopa 89 prosenttisesti.⁸³

Lainsäätäjään kohdistuvan de facto sitovuuden lisäksi perustuslakivaliokunnan lausuntojen rooli on merkittävä myös lainvalmistelun ennakkolisessä ohjauksessa. Esimerkiksi Saraviita on kiinnittänyt huomiota erilaisiin säädösvalmistelijoilte suunnattuihin päivittyviin oppaisiin, joissa viittauksilla perustuslakivaliokunnan lausuntoihin on keskeinen asema. Saraviidan mukaan on luultavaa, että valiokunnan tulkintakannanotot tiettyjen sääntelyvaihtoehtojen perustuslainmukaisuudesta saavat näin ennakkotapausvaikutuksen, joka ulottuu kauas yli sen hallituksen esityksen, jonka sisältämästä lakiehdotuksesta lausunto on annettu.⁸⁴

77 PL 42.2 § jatkuu: Puhemiehen tulee tällöin ilmoittaa kieltäytymisen syyt. Jos eduskunta ei tyydy puhemiehen menettelyyn, asia lähetetään perustuslakivaliokuntaan, jonka tulee viipymättä ratkaista, onko puhemies menetellyt oikein.

78 HE 1/1998 vp, s. 125.

79 Ks. myös Eduskunnan valiokuntaopas 2023.

80 Eduskunnan valiokuntaopas 2023, s. 96.

81 Keinänen et al. 2013, s. 28–29.

82 Ibid., s. 38.

83 Ibid.

84 Saraviita 2012, s. 300. Saraviita myös uumoilee, että valiokunnan lausunnoissaan antamalla hallituk-

Tuomioistuinten harjoittama jälkikontrolli on huomattavasti perustuslakivaliokunnan ennakkollista valvontaa tuorempi ilmiö, sillä ennen nykyistä perustuslakia Suomessa noudatettiin hallitusmuodon 92.2 §:än nojannutta lakien perustuslainmukaisuuden tutkimiskielto-doktriinia.⁸⁵ Vuonna 2000 voimaan tulleeseen uuteen Suomen perustuslakiin lisättiin 106 §, jonka mukaan tuomioistuinten on annettava etusija perustuslain säännökselle, jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen on ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa.⁸⁶ Etusijan antaminen perustuslain säännöksille merkitsee tavallisen lain sanamuodon ohittamista tilanteessa, jossa tavallisen lain ja perustuslain välistä ristiriitaa ei voida poistaa tavallisen lain perusoikeusmyönteisellä tulkinnalla.⁸⁷ Vaikka uusi perustuslain 106 § oli merkittävä periaatteellinen muutos oikeustilassa, jossa tuomioistuihin oli aiemmin kohdistunut tosiasiallinen kielto tutkia lakien perustuslainmukaisuutta, uuden säännöksen tavoitteena ei kuitenkaan ollut muuttaa perustuslakikontrollin painopistettä ennakkokontrollista tuomioistuihin.⁸⁸ Ristiriita ei siis voi olla oikeudellisena kysymyksenä tulkinnanvarainen, vaan ilmeisyyden on oltava selvä ja pääsääntöisesti varsin helposti havaittavissa.⁸⁹ Perustuslain 106 §:n soveltamiskynnyksen onkin katsottu nousseen melko korkealle ja tuomioistuinten todettu soveltavan säännöstä vain harvoin.⁹⁰ Ennakkokontrolliin perustuvan järjestelmän turvaamiseen on pyritty lisäksi 106 §:n muotoiluilla, joka kiinnittää arvioinnin nimenomaan yksittäisin tapauksen arvioinnin tasolle, ei koko eduskuntalain tai edes sen yksittäisten säännösten perustuslainmukaisuuteen. Perustuslain 106 §:n nojalla tapahtuvalla tuomioistuinten jälkikontrollilla pyritään näin estämään perustuslain kanssa ilmeisessä ristiriidassa olevan normiaineuksen oikeusvaikutukset, mutta ei siirtämään perustuslakikontrollia yleisellä tasolla tuomioistuinten tehtäväksi. Toisaalta esimerkiksi Pellonpää on todennut, että perus- ja ihmisoikeusmyönteisellä laintulkinnalla on myös Suomen jälkikontrollijärjestelmän puitteissa mahdollista päätyä ratkaisuihin, joka ovat asiallisesti ottaen varsin vertailukelpoisia sellaisen

sen esityksen säätämisyjärjestelyitä koskevalla ”palautteella” on merkitystä ministeriön seuraavien säädöshankkeiden valmistelussa. Palaute voi olla moitittavaa tai kiittävää, mutta kiittävän palautteen osalta ”lienee sanomattakin selvää, että tällaisiin jaksoihin sisältyy erityisen vivahteikas perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön analyysi”.

85 Lavapuro 2008, s. 589.

86 Ks. teemasta mm. Saraviita 2011, s. 909–917. PeVM 10/1998 vp, s. 31 ja HE 1/1998 vp, s. 164.

87 Nykänen 2017, s. 234–235.

88 Ojanen 2016, s. 224. Lavapuron mukaan tutkimiskielto-doktriini ei kieltänyt perustuslain sovellettavuutta sinänsä, vaan loi esteitä tuomioistuinten mahdollisuudelle jättää laki soveltamatta valtiosääntöisin perustein, mutta tosiasiallisesti säännös johti tilanteeseen, jossa myös perustuslain konkreettista sovellettavuutta pidettiin vähintäänkin kyseenalaisena (Lavapuro 2008, s. 589).

89 Ks. HE 1/1998 vp, s. 164 ja PeVM 10/1998 vp, s. 31. Asiasta tarkemmin Jyränki 2003, s. 436–441.

90 Ks. esim. Kotkas 2013. Ks. kuitenkin mm. KKO 2004:26, KHO 2007:77; KHO 2008:25; KKO 2008:83; KHO 2009:15; KHO 2011:39; KHO 2011:107 ja KKO 2012:11; KHO:2013:136; KKO:2015:14; KHO:2016:180; KHO:2018:85; KHO 2021:1; KHO:2021:140; KKO 2022:25; KKO 2022:26.

jälkikäteen, konkreettisen normikontrollin kanssa, jota useat eurooppalaiset perustuslakituomioistuimet harjoittavat.⁹¹

Perustuslakikontrolli voi siis tapahtua ennakkovalvontana in abstracto tai jälkivalvontana in concreto, mutta jälkivalvonta on sidottu perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimukseen, jolloin se on selvästi toissijainen ja eräällä tapaa jopa viime-sijainen keino varmistaa perusoikeuksien minimitason toteutuminen yksittäisissä tulkintatilanteissa.⁹² Suomalainen perustuslakikontrolli on edelleen erittäin suurelta osin lainsäädäntöinstituution puitteissa harjoitettavaa ennakollista valvontaa, jota toteutetaan pääasiallisesti oikeudellispoliittisen perustuslakivaliokuntainstituution kautta.⁹³ Muutosta on kuitenkin 2000-luvulla tapahtunut ja esimerkiksi Lavapuro on kuvannut kotimaisen normikontrollijärjestelmän muuntautuneen perinteisestä perustuslakivaliokuntaan nojanneesta mallista kohti pluralistista normikontrollijärjestelmää.⁹⁴ Perustuslakikontrolli on moninaistunut, kun aiemman parlamentaarisen valvonnan rinnalle on syntynyt erilaisia ja keskinäisessä vuorovaikutuksessa olevia perustuslakikontrollin muotoja.

Julkisessa keskustelussa oikeuden perusoikeudellistumisesta käytyyn keskusteluun on liitetty edellä todetun ”ylikonstitutionalisoitumiseen” viittaavan puheen lisäksi myös väitteitä perustuslain tulkinnan politisoitumisesta ja tiettyjen perustuslakivaliokunnan usein kuulemien asiantuntijoiden käyttämästä poliittisesta vallasta. Samoin keskustelua on käyty siitä, onko Suomen nykyinen perustuslain ennakkokontrolliin ja tuomioistuinten selvästi toissijaiseen jälkikontrolliin perustuva malli toimiva, vai tulisiko mallia joltain osin muuttaa. Oikeuskirjallisuuden ja oikeuspoliittisen keskustelun puitteissa on ajoittain esiintynyt ajatuksia perustuslakituomioistuimesta ja tutkijoiden lisäksi ainakin Euroopan neuvoston Venetsia-komissio ja Perustuslaki 2008 -työryhmä ovat esittäneet perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksesta luopumista. Presidentti Sauli Niinistö on puolestaan kehottanut harkitsemaan mallia, jossa perustuslakivaliokunta voisi pyytää lausunnon korkeimmilta oikeuksilta.⁹⁵

Oikeuden perusoikeudellistumisen voidaan ajatella asettavan aiempaa suurempaa painetta myös perustuslakikontrollille ja ehkä aivan erityisesti parlamentaarisen toiminnan puitteissa tehtävälle perustuslain ennakkokontrollille, eli perustuslaki-

91 Pellonpää 2021, s. 940. Pellonpään mukaan tämä kuitenkin edellyttää tuomioistuimilta valmiutta soveltaa normistoa tarvittaessa tietyllä ”luovuudella”. Perusoikeusmyönteisellä laintulkinnalla on Pellonpään mukaan kuitenkin rajansa ja joskus yritys ratkaista ongelma perusoikeusystävällisellä tulkinnalla voisi merkitä lain sanamuotojen mielivaltaiselta vaikuttavaa venyttämistä.

92 Fyhr 2016, s. 88–96; Ojanen 2009, s. 207.

93 Jyräki 1994, s. 213.

94 Lavapuro 2011, s. 784–785.

95 Nieminen 2007, s. 3–24. Nieminen piti tuomioistuimen perustamista kuitenkin ”yliorganisointina”; Pellonpää 2021, s. 940–941; Perustuslaki 2008 -työryhmän muistio, s. 62; Scheinin 1998, s. 1127–1131; Helsingin Sanomat 2020. Julkisessa keskustelussa Niinistön kehoitukseen suhtauduttiin ainakin välittömänä reaktiona varsin varauksellisesti: YLE 2020. Ks. teemasta laajemmin myös Tallroth 2012.

valiokunnan toiminnalle.⁹⁶ Paine liittyy sekä lainsäätäjän harkintavallan laajuudessa ja muodostumismekanismeissa tapahtuviin muutoksiin että perusoikeusrelevantin tavallisen lainsäädännön määrään. Dahlbergin mukaan kysymykset politiikan oikeudellistumisesta tai oikeuden politisoitumisesta ovat aidosti esillä perustuslakivaliokunnan kohdalla.⁹⁷ Lindroos-Hovinheimon mukaan perustuslakivaliokunnan tasapainoilua oikeuden ja politiikan välillä voidaan havaita muissakin yhteyksissä kuin perusoikeuksien kohdalla, mistä esimerkiksi hän nostaa tässä tutkimuksessa jäljempänä tarkasteltavan perustuslain 124 §:n lausuntokäytännön.⁹⁸ Tuori on todennut, että perustuslakivaliokunta on joutunut juuri kunta- ja sote-uudistuksen kaltaisissa poliittisesti tärkeissä asioissa puoluepoliittisen painostuksen kohteeksi, mutta selvinnyt paineesta kunnialla.⁹⁹ Nykäsen mukaan perustuslakivaliokunnan antamissa lausunnoissa joudutaan niiden vahvasta oikeudellisesta argumentaatiosta huolimatta usein punnitsemaan muun muassa perusoikeuksien rajoitusperusteiden hyväksyttävyyttä, joille ei ole perusoikeussäätelyn yleisluontoisuuden vuoksi olemassa yksiselitteisiä mittapuita, vaan rajoitusperusteiden hyväksyttävyyden punninta on viime kädessä poliittista.¹⁰⁰ Hautamäen mukaan perustuslakivaliokunta ei jäsentensä osalta ole professionaalinen samalla tapaa kuin perustuslain auktoritatiivisimmat valvontaorganit muissa maissa, mikä aiheuttaa korostunutta riippuvuutta virkamieskunnasta ja asiantuntijoista sekä riskin siitä, että valiokunta poikkeaa vakiintuneesta valtiosääntödoktriinista heikoin perusteluin.¹⁰¹ Oikeuskirjallisuuden roolia valiokunnan työssä tutkinut Koskentausta on puolestaan todennut, että suoraan asiantuntijalausunnoista ei usein ilmene, linkittykö lausunto selkeästi asiaa koskevaan oikeustieteelliseen tutkimukseen, vai onko kyse enemmän yksittäistapauksia koskevasta akateemisen asiantuntijan tekemästä arviosta.¹⁰² Koskentaustan mukaan oikeuskirjallisuudella voidaan katsoa olevan tunnistettavissa oleva rooli valiokunnan työskentelyssä, vaikka valiokunta suhtautuukin pidättyvästi nimenomaisten kirjallisuusviittausten tekemiseen.¹⁰³

Dahlbergin mukaan valtiosääntöoikeudellinen doktriini on pitänyt tärkeimpänä perustuslakivaliokunnan legitimeettikriteerinä sitä, että perustuslakitulkinnat perustuvat asiantuntijoiden kannanottoihin.¹⁰⁴ Hän viittaa tältä osin muun muassa

96 Dahlberg 2015, s. 322. Todettakoon vielä, että perustuslakivaliokunnan ennakkovalvonnan lisäksi perustuslain lähtökohtana kuitenkin on, että perustuslain kannalta relevantit kysymykset otettaisiin huomioon jo valmisteluvaiheessa, ks. Niemivuo 2002, s. 40–44.

97 Dahlberg 2022, s. 1078–1079.

98 Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 1199.

99 Tuori 2018, s. 103–111.

100 Nykänen 2017, s. 233–234.

101 Hautamäki 2009, s. 146.

102 Koskentausta 2022, s. 1137.

103 Ibid., s. 1157.

104 Dahlberg 2022, s. 1082. Samansuuntaisesti on aiemmin kirjoittanut mm. Helin 2012, s. 19.

Lavapuroon ja Hidéniin.¹⁰⁵ Lopulta päätöksen perustuslakivaliokunnan lausunnosta ja kannoista tekevät kuitenkin valiokunnan kansanedustajajäsenet. Lisäksi valiokunnan jäsenillä on monissa tilanteissa mahdollisuus määrittää valiokunnassa käytävää keskustelua ja valiokunnan tulkintoja omista lähtökohdistaan. Dahlbergin mukaan asioiden poliittisuus ja yhteiskunnallinen merkittävyys voi johtaa siihen, että perustuslakivaliokunta pikemminkin hakee asiantuntijan kannanottoa, jolla tulkintaa voidaan viedä kohti toivottua lopputulosta.¹⁰⁶ Dahlbergin mukaan perustuslakivaliokunnan kansanedustajajäsenet myös usein ymmärtävät, minkälainen vaikutus asiantuntijoilla on valiokunnan päätöksentekoon, ja oppivat hiljalleen pukemaan poliittiset kannanotonsa oikeudellisiksi argumenteiksi ja sitomaan ne asiantuntijoiden kantoihin. Tämä ymmärrys valiokunnan päätöksenteon perustumisesta vahvasti asiantuntijakantoihin johtaa myös asiantuntijavalintoihin kohdistuvan mielenkiinnon kasvuun, erityisesti jos kyse on poliittisesti tai yhteiskunnallisesti merkittävästä asiasta.¹⁰⁷

Dahlbergin mukaan järjestelmän legitimitetti ei kuitenkaan voi lähteä siitä, että perustuslakivaliokunta olisi sidottu asiantuntijoiden kantoihin, vaan asiantuntijoiden lausuntojen rooli valiokunnan kannanmuodostuksessa tulisi olla neuvoo-antava.¹⁰⁸ Hän korostaa perustuslakivaliokunnan asiantuntijavallan laajuuden ja muotojen arvioinnin lisäksi myös tarvetta havainnoida asiantuntijakuulemisen yleisempiä seurauksia ja vaikutuksia: voisiko asiantuntijakuulemisten rooliksi ajatella valiokunnan kirittämisen keskustelemaan laajemmin ja argumentoimaan syvällisemmin valtiosääntöoikeudellisista kysymyksistä?¹⁰⁹ Ajatuksen vasta-argumenttina Dahlberg nostaa esiin valiokunnan politisoitumisen, sillä asiantuntijalausuntojen noudattamisen on ajateltu varmistavan sen, että valiokunta harjoittaa poliittisen harkinnan sijaan oikeudellisesta harkintaa.¹¹⁰ Tuori on kiteyttänyt asetelmaa niin, että perustuslakivaliokunta voi täyttää tehtävänsä vain niin kauan, kun sen resurssit ovat oikeassa suhteessa sen tehtäviin, kun sillä on käytettävissään riittävä asiantuntemus, kun sille on turvattu tietty riippumattomuus puoluepoliittisesta painostuksesta ja kun se nauttii tarvittavaa arvovaltaa eduskunnassa, poliittisten toimijoiden keskuudessa, tuomioistuinlaitoksessa ja suuren yleisön piirissä.¹¹¹

Perustuslakikontrollin ja oikeuden perusoikeudellisen ympärillä käytävään keskusteluun kytkeytyvät ja kansallisen perustuslain takaamien perusoikeuksien

105 Lavapuro 2009, s. 229; Hidén 2008, s. 5.

106 Dahlberg 2022, s. 1082.

107 Ibid., s. 1078–1079.

108 Ibid., s. 1082.

109

Ibid., s. 1083.

110 Ibid. Ks. valiokuntaneuvosten roolista laajemmin Dahlberg 2021, s. 745–784.

111 Tuori 2018, s. 106.

lisäksi lainsäätäjän harkintavaltaa rajoittavat myös Suomen ratifioimat kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Sopimukset on laadittu erityisesti Euroopan neuvoston, kansainvälisen työjärjestön ILO:n sekä Yhdistyneiden kansakuntien piirissä. Kansainvälisiä ihmisoikeussopimuksia on useita, mutta käytännössä Yhdistyneiden kansakuntien kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 8/1976, KP-sopimus) sekä aivan erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimus (EIS) ovat näistä Suomen kannalta merkitykseltään olennaisimpia. Kansallisten perusoikeuksien ja kansainvälisten ihmisoikeuksien välisessä suhteessa eräänlaisena lähtökohtana on, että kotimainen perusoikeusjärjestelmä on ensisijainen yksikön oikeuksien suojajärjestelmä, kun taas kansainväliset ihmisoikeussopimukset asettavat suojan minimitason. Ajatus on luettavissa muun muassa EIS:n 53 artiklasta, jossa kielletään sopimuksen käyttäminen perusteena rajoittaa kansallisesti tai kansainvälisesti muutoin turvattuja ihmisoikeuksia.¹¹² Tulkinta on myös varsin vakiintunut osa suomalaista perus- ja ihmisoikeusajattelua. Kun tätä perus- ja ihmisoikeusjärjestelmää arvioidaan kansallisen lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta, perusteltuna lähtökohtana voi olla tarkastelu erityisesti kansallisesta perustuslaista käsin, mutta kuitenkin niin, että samassa yhteydessä huomioidaan kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista syntyvät harkintavallan rajat. Myös tämä tarkastelu on tarpeen, sillä ihmisoikeudet eivät ole luonteeltaan staattisia, eikä sitä ole myöskään kansallisten perusoikeuksien ja kansainvälisten ihmisoikeuksien suhde. Rautiainen on viitannut EIS:een elävänä asiakirjana ja todennut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkitsevan sitä dynaamisesti ja evolutiivisesti kulloisessakin yhteiskunnallisessa kontekstissa.¹¹³

Perusoikeuksiin kohdistuvan tulkintavaikutuksen ja eräänlaisen perusoikeuksien minimisisällön määrittelyn lisäksi kansainvälisillä ihmisoikeussopimuksilla voi olla käytännön merkitystä tuomioistuinkäytännössä. Kun kotimaisen perustuslain jälkikontrolli on perustuslain 106 §:ssä sidottu ristiriidan ilmeisyyden vaatimukseen, on asetelma johtanut tilanteeseen, jossa Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitys tuomioistuinkäytännössä on korostunut kotimaisten perusoikeussäännösten sijasta.¹¹⁴ Huomio on mielenkiintoinen myös tämän tutkimuksen näkökulmasta. Koska tutkimusasetelma on rakennettu niin, että lainsäätäjän harkintavallan puitteisiin mahtuvan säädöksen tulee olla myös perustuslain näkökulmasta hyväksyttävissä, voidaan tutkimuskysymykseen vastata tarkastelulla, jossa kutakin relevanttia perusoikeusnäkökohtaa lähestytään ensisijaisesti kansallisen perustuslain kautta ja ilman ilmeisyyskriteeriin kiinnittymistä. Kuitenkin tilanteissa, joissa perustuslain ennakkokontrolli ei ole estänyt perustuslain kanssa ristiriidassa – mutta ei ilmeisessä

112 Ojanen 2014, s. 944. Toisaalta, kun on kyse Euroopan ihmisoikeussopimuksen asemasta suhteessa EU:n perusoikeuskirjaan, ajatus on luettavissa myös EU:n perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdasta.

113 Rautiainen 2014, s. 128–134.

114 Ojanen 2016, s. 225. Ks. esim. Pellonpää et al. 2012. Ks. lisäksi PeVL 2/1990 vp.

ristiriidassa – olevan eduskuntalain hyväksymistä, merkitystä voi olla myös sillä, onko kyse ristiriidasta vain suhteessa kansalliseen perustuslakiin vai mahdollisesti myös EIS:een. Tapauksissa, joissa ristiriita on myös suhteessa EIS:ään, on ollut kyse lainsäätäjän harkintavallan ylittämisestä myös siitä näkökulmasta, että lainsäätäjä ei ole saanut aikaa tehokasta oikeusvaikutusta.

Havainto kytkeytyy osaltaan myös toiseen suomalaisen perustuslain erityispiirteeseen, eli perustuslain 73 §:n 1 momentin tarjoamaan mahdollisuuteen tehdä rajattuja poikkeuksia perustuslakiin. Perustuslain säätämisyjärjestyksessä on siis mahdollista antaa lainsäädäntöä, joka on ristiriidassa perustuslain säännösten kanssa. Poikkeuslain tulee kuitenkin olla selvästi rajattu suhteessa perustuslain kokonaisuuteen eikä sillä voida puuttua perustuslain keskeisiin ratkaisuihin, kuten perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuteen tai eduskunnan asemaan ylimpänä valtioelimenä.¹¹⁵ Rajatulla poikkeuksella ei viitata mihinkään nimenomaiseen sallittujen poikkeusten määrään, mutta käytännössä 2000-luvulla on vakiintunut periaate poikkeuslakien välttämistä.¹¹⁶ Perustuslakivaliokunta on myös sote-kontekstissa nimenomaisesti lausunut, että lakiesitystä ei voida käsitellä poikkeuslakina.¹¹⁷ Pysyväisluonteisten poikkeusten säätämiseen suhtaudutaan siis nykyään hyvin pidättäytyvästi ja poikkeuslain hyväksymiseen liittyy usein vaatimus lainvalmistelun jatkamisesta sekä lain saattamisesta yhteensopivaksi perustuslain kanssa.¹¹⁸

Poikkeuslakimenettelyyn turvautumisessa on kuitenkin kyse oikeudellisen lisäksi ja aivan erityisesti poliittisesta harkinnasta, eikä poikkeuslakien käytölle ole perustuslaissa asetettu tiukkoja rajoja. Poikkeuslaki-instituution näkökulmasta huomionarvoista onkin, että poikkeuslakimenettelyllä voidaan hyväksyä perustuslain kanssa ristiriidassa olevia eduskuntalakeja, mutta toisaalta menettely ei vaikuta Suomen kansainvälisoikeudellisiin velvoitteisiin, eli esimerkiksi tarpeeseen noudattaa Euroopan ihmisoikeussopimusta. Samoin ihmisoikeuksien ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kautta asiaa lähestyttäessä voidaan tarkastella myös tämän tutkimuksen ulkopuolelle jäävää kysymystä siitä, missä määrin kansallista perustuslakia voidaan muuttaa.¹¹⁹ Suomessa ei ole perustuslain muuttamiselle sisällöllisiä rajoja asetettavia säännöksiä, vaan perustuslain 73 §:ssä ainoastaan asetetaan kaksi vaihtoehtoista menettelytapaa perustuslain muuttamiselle. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin paikoin tulkittu perustuslain sisältävän myös niin sanottuja implisiittisiä muutta-

115 HE 1/1998 vp, s. 125, PeVM 10/1998 vp, s. 28, PeVL 13/2008 vp, s. 9, PeVL 36/2006 vp, s. 11, PeVL 57/2002 vp, s. 3, PeVL 59/2001 vp, s. 2.

116 HE 1/1998 vp, s. 125, PeVM 10/1998 vp, s. 22–23.

117 Mm. PeVL 26/2017 vp, s. 77. Ks. Koskentausta 2020.

118 PeVM 10/1998 vp, s. 21–22; PeVL 61/2010 vp, s. 6; PeVL 25/2005 vp, s. 5; PeVL 46/2004 vp, s. 3; PeVL 67/2002 vp, s. 4; PeVL 66/2002 vp, s. 5; PeVL 61/2002 vp, s. 6; PeVL 6/2009 vp, s. 16–17; PeVL 6/2006 vp, s. 3; PeVL 54/2005 vp, s. 4; PeVL 57/2010 vp, s. 5; PeVL 39/2004 vp, s. 4; PeVL 34/2004 vp, s. 3; PeVL 26/2004 vp, s. 5.

119 Ks. mm. Dahlberg – Paso 2020, s. 925–953.

misrajoituksia.¹²⁰ Näihin on katsottu kuuluvan muun muassa perustuslain 1 § 2 momentissa ilmaistu ihmisarvon loukkaamattomuus, jota koskevien esitöiden mukaan ainakin kaikkein perustavimpia ihmisyksilön oikeuksia voidaan pitää valtion tahdosta ja myös kulloisestakin oikeusjärjestyksestä riippumattomina.¹²¹

Kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kautta ei liene mahdollista konstruoida ainakaan kovin tarkkoja nimenomaisia rajoja perustuslain muuttamiselle tai poikkeuslaille, mutta ihmisoikeudet toimivat kuitenkin perälautana sille, miten ja millä tavalla ihmisten oikeuksia tulee lainsoveltamisessa turvata. Näin ihmisoikeudet osaltaan estävät tavallisen lainsäädännön ja perustuslain muuttamista tehokkaasti tavalla, jonka myötä yksilön oikeuksille annettu suoja alittaisi ihmisoikeussopimusten takaaman minimitason. Sinänsä viimeaikaisena esimerkkinä kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa ristiriitaiseksi todetusta kansallisesta lainsäädännöstä voidaan nostaa esiin laki väliaikaisista toimenpiteistä välineellistetyin maahantulon torjumiseksi (ns. rajalaki), joka säädettiin kiireelliseksi julistettuna perustuslain 73 §:n mukaisena poikkeuslakina, sekä lakiehdotuksesta annetut perustuslakivaliokunnan lausunnot.¹²² Lisäksi 2000-luvun alussa on säädetty nuorisorangeistuskokeilua koskeva määräaikainen kokeilulaki, jonka perustuslakivaliokunta totesi olevan ”altis ihmisoikeussopimukseen pohjautuville valvonta-arvioinneille”, mutta kuitenkin säädettävissä poikkeuslakina.¹²³ Säädetty rajalaki ja siitä annetut perustuslakivaliokunnan lausunnot ovat hyvin ilmeisellä tavalla kritiikille alttiita. Rajalaista annettujen perustuslakivaliokunnan lausuntojen systematisointi perustuslain, poikkeuslakimenettelyn ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten sekä näiden keskinäisten suhteiden osalta vaatisi kuitenkin enemmän tarkastelua kuin tämän tutkimuksen puitteissa on mahdollista, joten tässä yhteydessä tyydytään vain lausuntojen lyhyeen referointiin.¹²⁴ Lisäksi on huomattava, että rajalain kaltaiset poikkeuslakina säädetyt normit jäävät tämän tutkimuksen tarkastelun ulkopuolelle, sillä tässä tutkimuksessa tarkastellaan vain tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä toimivan lainsäätäjän toimintaa.

Perustuslakivaliokunta totesi rajalain yhteydessä, että säännösehdotuksen ristiriitaisuus Suomea velvoittavan kansainvälisen sopimuksen kanssa merkitsee aina kansainvälisen velvoitteen rikkomista siitä riippumatta, missä säätämisyjärjestyksessä

120 Myös niin sanottuja eksplisiittisiä muuttamisrajoituksia on valtiosääntömme eri kehitysvaiheissa esitetty, ks. esim. Valtiosääntökomitean välimietintö (KM 1974:27), s. 71–72; Toisen valtiosääntökomitean mietintö (KM 1975:88), s. 60–62.

121 HE 309/1993 vp, s. 42. Ks. mm. Jyränki 2003, s. 256.

122 PeVL 26/2024 vp ja PeVL 29/2024 vp.

123 PeVL 59/2001 vp, s. 2–3.

124 Asiasta perustuslakivaliokunnalle annettuja asiantuntijalausuntoja on referoitu olennaisilta, asiantuntijalausuntojen ja valiokunnan lausuntojen ristiriitaisuuksia osoittavilta osin muun muassa Perustuslakiblogin toimituksen koostamassa kirjoituksessa (Perustuslakiblogin toimitus 2024). Lausunnoista ei tätä kirjoitettaessa ole julkaistu akateemista tutkimusta.

asianomainen säännösehdotus on Suomessa käsitelty.¹²⁵ Ehdotettu sääntely ei perustuslakivaliokunnan mukaan ollut yhteensopivaa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa, ja valiokunnan mukaan oli ilmeistä, että sääntely on ristiriidassa palautuskiellon ehdottomuuden kanssa.¹²⁶ Valiokunnan totesi pitävänsä siten selvänä, että esityksen tarkoittama sääntely on altis ihmisoikeussopimuksiin pohjautuville valvonta-arvioinneille ja että vastaavia näkökohtia voidaan esittää EU:n perusoikeuskirjan osalta EU-tuomioistuimesta unionioikeuden tulkintaan toimivaltaisena elimenä.¹²⁷ Nähdäkseni perusteltu tulkinnallinen lähtökohta on siis rajalaista annetuista perustuslakivaliokunnan lausunnoista huolimatta katsoa kansainvälisten ihmisoikeussopimusten tarjoama suoja kansallisen perusoikeussuojan minimitasoksi, josta ei lähtökohtaisesti voida poiketa. Perustuslakivaliokunnan lausunnot rajalaista annettiin kontekstissa, jossa varauduttiin niin sanottuun välineellistettyyn maahantuloon, ja koko lainsäädäntöesityksen asetelma määraikaisuuksineen ja kontekstineen – kysehän oli vihamielisen naapurivaltion jonkinlaiseen hybridisodankäyntiin vastaamisesta – perustelee sitä, että kansainvälisistä ihmisoikeusvelvoitteista poikkeaminen ei lausunnon jälkeen ole muissa kuin nimenomaisesti kyseisessä asiassa sen mahdollisempaa kuin lausuntoa ennen. Myös perustuslakivaliokunnan lausunnossa käyttämät muotoilut ja perustelut asemoivat lausunnon sovellettavuutta vain tilanteisiin, jossa ”Suomen täysivaltaisuus ja kansallinen turvallisuus ovat vakavassa vaarassa”. Näissä tilanteissa on valiokunnan mukaan oltava mahdollista ryhtyä ”toimenpiteisiin, jotka ovat vaaran torjumiseksi välttämättömiä, vaikka välttämättömät torjuntatoimenpiteet näyttäisivät olevan ristiriidassa ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa, jos niitä laadittaessa ja niihin sitouduttaessa kyseisen kaltaista vakavaa varaa aiheuttavaa toimintaa ei ole osattu ottaa huomioon”.¹²⁸ Tällainen linjaus on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä uusi, mutta koska tässä tutkimuksessa on kyse sosiaalisista perusoikeuksista, eivät lausunnot muuta oikeustilaa ainakaan juuri tämän tutkimuksen kontekstissa. Sen sijaan sosiaalisten ihmisoikeuksien ja kansallisten sosiaalisten perusoikeuksien välistä suhdetta ja tämän suhteen monisyistä luonnetta tarkastellaan jäljempänä.

2.3. Oikeuden eurooppalaistuminen ja suvereniteetin lohkeaminen

Politiikan oikeudellistumiskehitykseen kytkeytyy osaltaan myös Suomen kansainvälistyminen ja erityisesti eurointegraatio, konkreettisimmin Suomen EU-jäsenyyss. Kun ennen EU-jäsenyyttä lainsäätäjän harkintavallan – politiikan ja oikeuden väli-

125 PeVL 26/2024 vp, kohta 25.

126 Ibid., kohta 43.

127 Ibid., kohta 43.

128 Ibid., kohta 49.

sen rajankäynnin – areena oli Suomen itsenäisyyden ajan ollut pääosin kansallisen valtiosäännön määrittämää, on Suomen EU-jäsenyys tuonut tähän rajankäyntiin uuden tason.

Kansallisen oikeuden tasolta tarkasteluna Euroopan unionin valtiosääntöoikeudellinen luonne ei ole yksiselitteinen. Kyse ei ole ei ole sen enempää kansallisvaltiosta, liittovaltiosta kuin valtioliitosta, vaan oikeudellisesta ja poliittisesta konstruktiosta, jolle on hankala löytää verrokkia. Unionioikeudella on kansainvälisen oikeuden kentässä poikkeuksellinen kyky määrätä omasta asemastaan ja vaikutuksistaan jäsenvaltioissa riippumatta kyseisten jäsenvaltioiden kansallisista ratkaisuisista kansainvälisen ja kansallisen oikeuden välisen suhteen määrittelyssä.¹²⁹ Unionin tuomioistuimen mukaan unionioikeudella on *sui generis* -luonne.¹³⁰ Tälle ominaista on EU-oikeuden perustuminen itsenäiseen, perussopimuksista muodostuvaan oikeuslähteeseen, sen ensisijaisuus jäsenvaltioiden oikeuteen nähden ja unionioikeuden välitön oikeusvaikutus.¹³¹ Unionioikeus luo suoraan oikeuksia ja velvollisuuksia yksityisille sekä velvoittaa kansallisia viranomaisia lainvalmistelussa ja soveltamiskäytännössä.¹³² Unionin tuomioistuin itse on korostanut ratkaisuisaan, että unionioikeus tulisi mieltää osaksi kansallista oikeusjärjestystä. Perussopimuksilla on perustettu oma oikeusjärjestys, joka on sisällytetty jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin ja jota jäsenvaltioiden tuomioistuinten on sovellettava.¹³³

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta on systematisoitu useilla eri tavoilla, joista vain osa vastaa unionin tuomioistuimen muotoilemaa ajatusta.¹³⁴ Jääskinen on käsitteellistänyt oikeuden

129 Scheinin 1991, s. 23; Ojanen 2016, s. 61; Vähätalo 2022, s. 14.

130 Euroopan unionin tuomioistuimen lausunto 2/13 Euroopan unionin liittymistä ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn yleissopimukseen, kohta 166. Ks. teesin kyseenalaistavasta federalistisesta argumentaatiosta mm. Rehling Larsen 2021.

131 Ks. etusijan osalta mm. Asia C-106/77 *Simmenthal*, kohta 73; Asia C-157/86 *Murphy*, kohta 11; Asia C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, kohta 3; Asia C-409/06 *Winner Wetten*, kohta 61; Asia C-399/11 *Melloni*, kohta 59. Ks. myös esim. yhdistetyt asiat C-188/10 ja C-189/10, *Melki ja Abdeli*, kohdat 41–45. Lainsoveltajan on kuitenkin pyrittävä purkamaan normijännite tai -kollisio tulkitsemalla kansallista oikeutta mahdollisimman pitkälle EU-oikeuden kanssa yhteensopivalla tavalla, eli tosiasiallisen lainsoveltamisen näkökulmasta EU-oikeuden etusija on vasta toissijainen keino taata EU-oikeuden tehokkuus. Ks. Ojanen 2016, s. 87; Asia C-157/86 *Murphy*, kohta 11; Asia C-200/91 *Coloroll Pension Trustees*, kohta 29.

132 Asia C-103/88 *Fratelli Costanzo*, kohta 31.

133 Asia C-6/64 *Costa v. ENEL*, s. 217: ”Toisin kuin tavanomaisilla kansainvälisillä sopimuksilla, ETY:n perustamissopimuksella on perustettu oma oikeusjärjestys, joka on sisällytetty perustamissopimuksen voimaantullessa jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin [’became an integral part of the legal systems of the Member States’] ja jota jäsenvaltioiden tuomioistuinten on sovellettava.” Ks. vastaavasti yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90 *Francoovich*, kohta 31: ”On ensinnäkin muistettava, että ETY:n perustamissopimuksella on perustettu oma oikeusjärjestys, joka on sisällytetty jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin [’integrated into the legal systems of the Member States’] ja jota kansallisten tuomioistuinten on sovellettava.”

134 Mm. Rosas – Armati 2018, s. 63; Tuori 2007, s. 291–300. Systematisoinnin moninaisuudesta ks. Ojanen 2016, s. 62–65.

eurooppalaistumista normatiiviseksi epäsymmetriaksi. Unionioikeus on jäsenvaltioiden alueella voimassa oleva autonominen oikeusjärjestys, joka velvoittaa sen itsensä määräämällä tavalla jäsenvaltioita ja niiden viranomaisia sekä yksityisiä oikeussubjekteja. Kansalliset tuomioistuimet ovat velvollisia soveltamaan EU-oikeutta ja antamaan siihen perustuville vaateille oikeussuojaa. Vaikka unionioikeus onkin siten tavallaan osa kansallista oikeusjärjestystä, se ei kuitenkaan sulaudu siihen vaan säilyttää erityisluonteensa unionioikeutena.¹³⁵ Suhde kansalliseen lainsäädäntöön on näin monistinen riippumatta siitä, noudatetaanko jäsenvaltion valtiosäännössä dualistista vai monistista lähestymistapaa kansainvälisiin velvoitteisiin.¹³⁶ Ojanen on todennut, että EU-oikeuden valtionsisäisen soveltamisen näkökulmasta kenties paras tai ainakin soveltamisen arjessa sovelias tapa hahmottaa unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta on ymmärtää ne osaksi samaa normikokonaisuutta, jonka eri osat ovat monimuotoisessa vuorovaikutuksessa toistensa kanssa.¹³⁷ Näin muun muassa siksi, että unionioikeuden tehokas valtionsisäinen toteutuminen edellyttää monimuotoista vuorovaikutusta kansallisen oikeuden kanssa jo siksi, että unionioikeudesta pitkälti puuttuu sen valtionsisäistä täytäntöönpanoa määrittävä normisto, minkä johdosta unionioikeuden valtionsisäisessä soveltamisessa ja täytäntöönpanossa tukeudutaan jäsenvaltioiden kansallisiin oikeusjärjestyksiin.¹³⁸ Klami on todennut unionioikeuden integroituvan osaksi kansallisia oikeuskulttuureita ja muodostavan osan kunkin jäsenvaltion oikeusjärjestyksestä kullakin oikeudenalalla.¹³⁹

Rosas on pitänyt perusteltuna puhua EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden muodostamasta yhteisestä oikeusjärjestelmästä, kun otetaan huomioon näiden välillä olevien liittymäkohtien määrä ja syvyys. EU-oikeuden itsenäisyyttä Rosas korostaa erityisesti suhteessa kansainväliseen oikeuteen.¹⁴⁰ Ojasen mukaan ajatus EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisen suhteen hahmottamisesta dynaamisena vuorovaikutussuhteena, jossa eri oikeuslähteiden keskinäissuhteet ja merkitys määräytyvät viime kädessä kunkin asiakokonaisuuden mukaan, liittyy osaltaan myös ajatukseen valtiosääntöpluralismista.¹⁴¹ Jääskinen on Barentsiin nojautuen pitänyt niin sanottua ”radikaalia pluralismia” perusteltuna tapana ymmärtää unionin oikeusjärjestyksen ja kansallisen oikeusjärjestyksen välistä suhdetta.¹⁴² Jääskisen mukaan radikaalin pluralismin teoria perustelee EU-oikeuden itseensä viittaavan luonteen ja

135 Jääskinen 2008, s. 138–142.

136 Suomen dualistisessa järjestelmässä EU-oikeuden tuoma muutos on ollut näin periaatteellisesti merkittävä, vaikka blankettisäädöksiin nojanneessa kotimaisessa lainsäädäntötyön ja lainkäytön arjessa muutos ei välttämättä olekaan näyttäytynyt yhtä dramaattisena.

137 Ojanen 2016, s. 64.

138 Ojanen 2016, s. 64.

139 Klami 1992, s. 850–851.

140 Rosas 2020, s. 370; Rosas – Armati 2018, s. 15.

141 Ojanen 2016, s. 64; Valtiosääntöpluralismista laajemmin ks. Tuominen 2017.

142 Jääskinen 2008, s. 146. Ks. myös Barents 2004.

normatiivisen autonomian, mutta ei vastaa kysymykseen siitä, miten unionioikeus voi olla jäsenvaltioiden viranomaisten ja tuomioistuinten näkökulmasta sitovaa ja sovellettavaa oikeutta. Tällainen lähestymistapa ei myöskään ratkaise paradoksia, jossa unionioikeus ja kansallinen oikeus toisaalta hahmotetaan erillisiksi oikeusjärjestyksiksi, mutta niitä kuitenkin sovelletaan rinnakkain samaan tapaan kuin yhteen ja samaan oikeusjärjestykseen paikantuvia normeja sovellettaisiin. Jääskisen mukaan radikaalin pluralismin kautta tarkasteltuna unionioikeuden ja kansallisten oikeusjärjestysten välillä mahdolliseen fundamentaaliseen konfliktiin perustuslaillisesta vallasta ei ole olemassa oikeudellista ratkaisua, eivätkä äärinormiteoriat ole hedelmällinen lähtökohta oikeuden eurooppalaistumisen analysoinnissa.¹⁴³ Jääskinen pyrkiikin ratkaisemaan paradoksia J. W. Harrisin erotteluun perustuvan momentaarisen oikeusjärjestyksen käsitteen kautta.¹⁴⁴

EU-jäsenyyden ja oikeuden eurooppalaistumisen kytköksistä politiikan oikeudellistumiseen ja lainsäätäjän harkintavallan kaventumiseen on Suomen EU-jäsenyyden aikana esitetty erilaisia arvioita. Osa vaikutuksista on ilmeisempiä kuin toiset ja tapahtuneet oikeuden pintatasolla, eli sääntelyssä ja käytännöissä. Osa vaikutuksista on ollut syvempiä, eli heijastunut esimerkiksi perustuslain tulkintaan ja suomalaisen valtiosääntöidentiteettiin.¹⁴⁵ Kokonaisuutena näistä on mahdotonta muodostaa täsmällistä kuvaa siitä, kuinka vahvasti oikeuden eurooppalaistuminen kytkeytyy politiikan oikeudellistumisen ilmiöön tai rajaa lainsäätäjän harkintavaltaa. Voidaan kuitenkin ajatella, että kyse ei ole aivan vähämerkityksellisestä ilmiöstä. Kun EU-lainsäädännön tendenssinä on kaventumisen sijaan pikemminkin laajentua, on ilmiön merkitys kasvava. Osaltaan siihen kytkeytyy myös sisämarkkinasäännöksissä hiljalleen yleistynyt asetusten käyttö direktiivien sijaan ja minimi- tai osittaisharmonisoivien direktiivien korvaaminen täysharmonisoivilla direktiiveillä.¹⁴⁶ Kun EU-sääntely täsmentyy, kansallisen lainsäätäjän liikkumavara näissä kysymyksissä vastaavasti kapenee. Ehkä aktiivisinta keskustelua EU:n instituutioiden demokraattisesta legitimitetistä sekä sen suhteesta kansalliseen päätösvaltaan on käyty eurokriisin sekä laajemmin talous- ja rahaliiton instituutioiden ja toimenpiteiden yhteydessä.¹⁴⁷

Varsinaisten formaalien perussopimusratifiointien lisäksi kotimainen valtiosääntö on myös laajemmin sopeutunut uuteen rooliinsa, jossa EU:n oikeusjärjestys on tullut merkittäväksi osaksi kotimaista valtiosääntöoikeudellista ja oikeuskulttuurin todellisuutta. Mutanen ja Salminen ovat osuvasti todenneet, että järjestelystä, joka ensin vaikutti perustuslaista tehtävien poikkeuksien vuoksi aineelliselta kannalta

143 Jääskinen 2008, s. 146–158.

144 Ks. myös Harris 1979.

145 Mutanen – Salminen 2020, s. 175.

146 Hurka – Steinebach 2021.

147 Ks. mm. Raitio 2012, Leino-Sandberg – Salminen 2013 ja Kuoppamäki – Raitio 2015.

perustuslain vastaiselta, perustuslain ulkopuoliselta ja valtiosääntöoikeudellisesta merkityksestään huolimatta perustuslaissa miltei näkymättömältä, on valtiosäännön muutoksen myötä tullut perustuslain mukainen ja sisäinen.¹⁴⁸ Tämän tutkimuksen piirissä ilmiö näkyy muun muassa siinä, kuinka perinteisesti vahvasti kansallisessa toimivallassa olleen sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämistapojen sääntelyn kentälle on niin ikään paikannettavissa useita unionioikeudesta lähtöisin olevia tarkastelunäkökulmia. Eräänlaisena valtiosääntöinstituutioiden eurooppalaistumisen ilmentymänä voidaan nähdä myös se, että perustuslakivaliokunta suorittaa nykyisin varsin rutiininomaisesti EU:n toimivaltaan liittyvää perustuslakikontrollia sekä joissain erityistapauksissa myös ehdotetun kansallisen lainsäädännön EU-oikeudellista arviointia.¹⁴⁹ EU:n toimivallan perustuslakikontrolli on nykyisin jo varsin vakiintunut osa valiokunnan työtä, mutta kansallisen lainsäädännön EU-oikeudellista arvioinnissa valiokunta kiinnittyy – ja sen on perustuslakivaliokunnan asema ja tehtävät huomioiden välttämätöntä kiinnittyä – konkreettiseen valtiosääntöiseen näkökulmaan, jonka vuoksi EU-oikeudellinen arviointi on tarpeen. Valiokunta on muun muassa todennut, että perustuslain 1 §:n 3 momentista voi johtaa myös oikeudellisesti merkityksellisen kannan, jonka mukaan suomalaisessa lainsäädännössä ei ole syytä pyrkiä EU-oikeuden kanssa ristiriidassa oleviin ratkaisuihin.¹⁵⁰ Juha Sipilän hallituksen ensimmäistä sote-uudistusta arvioidessaan perustuslakivaliokunta piti hallituksen esityksen unionioikeudellista perustelua ilmeisen puutteellisenä ja siten perustuslain 19 §:n 3 momentissa tarkoitettujen oikeuksien turvaamisen kannalta ongelmallisena.¹⁵¹ Kyse ei ollut unionioikeuden ja lakiehdotuksen ristiriidasta sinänsä, vaan tämän ristiriidan valtiosääntöisestä merkityksestä, eli uuden sääntelyn myötä luotavan järjestelmän oikeusvarmuudesta ja siten kyvystä turvata riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut yhdenvertaisesti. Tätä perustuslakivaliokunnan omaksumaa lähestymistapaa voidaan perustellusti myös kritisoida.

EU-oikeuden ilmeisempien vaikutusten – kuten soveltamistilanteissa kansallisiin säädöksiin nähden etusijan saavien oikeuslähteiden olemassaolon, oikeuslähteiden lisääntymisen ja monipuolistumisen sekä Suomen täysivaltaisuuteen kohdistuneen muutoksen – lisäksi EU:n oikeusjärjestyksen olemassaolo on muuttanut kotimaista oikeuskulttuuria myös pehmeämmin ja signaaleiltaan vaikeammin havaittavain tavoin, jolla voi niin ikään olla vaikutuksia kansallisen lainsäätäjän harkintavaltaan ja sen laajuuteen. Tässä yhteydessä puhutaan usein kotimaisen oikeuden tai oikeus-

148 Mutanen – Salminen 2020, s. 182. Mutanen ja Salminen nostavat nimenomaisesti esiin 1) Suomen unionijäsenyyden sisällyttämisen osaksi valtiojärjestyksen perustaa PL 1.3 §:än, 2) nimenomainen perustuslakiin ja osaksi perusoikeussääntelyä sijoitetun säännöksen kansalaisten äänioikeudesta Euroopan parlamentin vaaleissa ja 3) perusteiltaan uudistetun sääntelykokonaisuuden Euroopan unionille siirrettävästä toimivallasta kansainvälisiä suhteita koskevassa luvussa.

149 Ks. esim. Tuominen 2021a, s. 277–296.

150 PeVL 79/2018 vp, s. 3.

151 PeVL 26/2017 vp, s. 43.

kulttuurin eurooppalaistumisesta, joka voidaan ajatella eräänlaiseksi politiikan oikeudellistumisen osatekijäksi tai näkökulmaksi. Esimerkiksi Ojanen on katsonut, että oikeuden eurooppalaistumisen periaatteellisesti tärkeämmät vaikutukset ovat koskeneet Suomen valtiosäännön perusratkaisujen kuten täysivaltaisuuden, ylimpien valtioelinten keskinäissuhteiden sekä perus- ja ihmisoikeuksien suojajärjestelmän lisäksi laintulkinta- ja soveltamisperiaatteita, oikeuslähteoppiä, oikeudellista argumentaatiota.¹⁵² Mutanen ja Salminen ovat todenneet suomalaisen valtiosäännön avautuneen eurooppalaistumiselle ja sen osana täysivaltaisuuden voi sanoa eurooppalaistuneen.¹⁵³ Samoin oikeuden eurooppalaistumisen ilmentymiksi on asemoitu taloudellisen toiminnan rajoitusten asteittaisesta vähentymistä, kilpailun ja taloudellisen toiminnan vapauden lisääntymistä sekä parlamentarismin vahvistumista.

Unionioikeuden valtiosisäisen vaikutuksen valtiosääntöistä taustaa voidaan hahmottaa esimerkiksi toteamuksella, että unionin perussopimusten voimaantulo edellyttää ratifiointia kunkin jäsenmaan valtiosäännön edellyttämällä tavalla, mutta unioniin liittyttyään ja perussopimusmuutokset ratifioituaan jäsenvaltio on velvollinen noudattamaan EU:n oikeutta osana jäsenvaltion kansallista voimassa olevaa oikeutta.¹⁵⁴ Unionioikeuden asema ja sovellettavuus osana kansallista oikeusjärjestystä perustuvat tämän ajatuksen mukaan siis ratkaisuihin, joilla Suomen liittymissopimus ja sen jälkeen tehdyt EU:n perussopimusten muutokset on saatettu voimaan Suomen oikeusjärjestyksessä.¹⁵⁵ Esimerkiksi vuoden 2009 joulukuussa voimaan tulleen ja tätä kirjoitettaessa viimeisimmän EU:n perussopimusmuutoksen eli Lissabonin sopimuksen hyväksymisestä päätettiin perustuslain 94 §:n 2 momentissa säädetyllä määräenemmistöllä ja voimaansaattamislakiehdotus käsiteltiin perustuslain 95 §:n 2 momentin mukaisessa supistetussa perustuslainsäätämisyjärjestyksessä.¹⁵⁶ Tämän vaikeutetun käsittelyjärjestyksen käyttäminen johtui useista Lissabonin sopimukseen sisältyneistä muutoksista, kuten pilarijaon poistamisesta, unionin tuomioistuimen toimivallan laajenemisesta sekä tietyistä unionin toimivallan muutoksista.¹⁵⁷ Perustuslakivaliokunnan mielestä muutos tarkoitti sellaista Suomen täysivaltaisuuden uutta merkittävää rajoitusta, jonka myötä Lissabonin sopimuksen hyväksymisestä ja voimaansaattamisesta oli päätettävä vaikeutetussa käsittelyjärjestyksessä.¹⁵⁸

152 Ojanen 2016, s. 221. Ks. myös Jääskinen 2000.

153 Mutanen – Salminen 2020, s. 181.

154 Ojanen 2016 s. 61; Vähätalo 2022, s. 14.

155 Ks. myös Ojanen 2004, s. 536–540.

156 PeVL 13/2008 vp. Ks. perustuslain 94 ja 95 §:n osalta HE 60/2010 vp ja PeVM 9/2010 vp.

157 Ojanen 2016, s. 235; Lissabonin sopimuksella muun muassa poistettiin aiemmin unionin perussopimukseen sisältynyt pilarirakenne, minkä myötä II pilariin kuulunut yhteinen ulko- ja turvallisuuspolitiikka ja III pilarin poliisiyhteistyö ja oikeudellinen yhteistyö rikosoikeuden alalla siirtyivät unionin toimivaltaan sopimuksessa tarkemmin määritellyiltä osiltaan. Tällöin myös EU-oikeuden yleiset periaatteet, kuten unionin oikeuden etusija, tulivat sovellettaviksi myös yhteisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan sekä poliisiyhteistyön ja rikosoikeudellisen yhteistyön aloilla.

158 PeVL 13/2008 vp, s. 6. Samaan johtopäätöksen päädyttiin siitä, että Lissabonin sopimuksella uni-

Edellä kuvatun valossa voidaan todeta, että kansallisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta sekä oikeuden eurooppalaistumista on systematisoitu hyvin monipuolisten teoreettisten mallien kautta.¹⁵⁹ Toisaalta eri teoretisoinneista ja näihin sisältyvistä painotuseroista riippumatta on niin, että Suomen EU-jäsenyyden myötä lainsäädäntöämme on sen laatimisvaiheessa peilattava keskeisesti EU-normeihin, ja iso osa lainsäädännöstämme on myös suoraan EU-liitännäistä, eli esimerkiksi direktiivin implementointiin tai unionissa harmonisoituun alaan kytkeytyvää. Tämä on luonnollisesti ja hyvin ilmiselvästi kaventanut eduskunnan lainsäädäntövaltaa, vaikka esimerkiksi Viljanen on sinänsä perustellusti arvioinut, että eduskunnan asema EU-asoiden valmistelussa on turvattu, eikä EU-jäsenyyden alussa pohdittu uhkakuva valtioelinten valtasuhteiden olennaisesta muuttumisesta ja siirtymästä kohti hallitusvaltaa ole toteutunut.¹⁶⁰

Jonkinlaisena lähtökohtana EU-oikeuden ja kansallisen lainsäätäjän välisen suhteen määrittelyssä voidaan pitää EU-oikeuden oikeusperiaatteita, joista erityistä merkitystä saavat EU:n ja jäsenvaltioiden oikeusjärjestysten välistä suhdetta määrittävät oikeusperiaatteet. Periaatteet ovat pääosin syntyneet eurooppalaisen integraation varhaisempina vuosikymmenin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä, mutta niistä monet on myöhempien perussopimusmuutosten yhteydessä kodifioitu primäärioikeuden oikeuslähteisiin.¹⁶¹ Näitä oikeusperiaatteita on myös jaoteltu ja systematisoitu hyvin monenlaisilla tavoilla.¹⁶² Euroopan unionin ja kansallisten oikeusjärjestysten suhdetta on määritelty muun muassa Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEU) 4 ja 5 artiklassa, joissa ilmaistaan annetun toimivallan periaate, vilpittömän yhteistyön periaate, toissijaisuusperiaate ja suhteellisuusperiaate. EU:n toimivallan laajuus määräytyy annetun toimivallan periaatteen mukaisesti ja

onin tuomioistuimen toimivalta laajeni poliisiyhteistyön ja rikosasioissa harjoitettavan oikeudellisen yhteistyön aloille.

159 Ojanen 2016, s. 62–65.

160 Viljanen 2003, s. 1177–1179. Perustuslain 96 §:n mukaan eduskunta käsittelee ehdotukset sellaisiksi säädöksiksi, sopimuksiksi tai muiksi toimiksi, joista päätetään Euroopan unionissa ja jotka muutoin perustuslain mukaan kuuluisivat eduskunnan toimivaltaan. Valtioneuvoston tulee toimittaa viipymättä kirjelmällään tällainen ehdotus eduskunnalle tämän kannan määrittelyä varten. Eduskunta näin vaikuttamaan Suomen kantaan EU-asioissa jo valmisteluvaiheessa ja eduskunnan osallistumisoikeudet ovat näin merkittävästi laajempia kuin esimerkiksi kansainvälisiä sopimuksia neuvoteltaessa. Ks. tarkemmin esim. Jääskinen 2000, s. 114–134; Nordström et al. 2022; Hyvärinen 2015; Hyvärinen – Raunio 2016, s. 553–567.

161 Mm. Ojanen 2016, s. 66.

162 Mm. Raitio 2003, s. 95; Raitio – Tuominen 2020, s. 203. Raitio ja Tuominen ovat käyttäneet funktionaalista jaottelua, joissa periaatteita lähestytään niiden toiminnallisen ulottuvuuden kautta. Kyseisessä jaottelussa ensimmäisen ryhmän muodostavat unionin ja jäsenvaltioiden välistä toimivallanjakoa määrittävät periaatteet, toiseen ryhmään lasketaan EU-oikeuden valtiosisäisiä vaikutuksia määrittävät periaatteet ja kolmas ryhmä koostuu unionin sisämarkkinoiden perusvapauksien toimintaa ohjaavista periaatteista.

toimivallan käyttö suhteellisuusperiaatteen ja toissijaisuusperiaatteen mukaisesti.¹⁶³ Annetun toimivallan periaatteen mukaisesti jokaisella komission lainsäädäntöehdotuksella tulee olla nimenomainen perussopimuksista löytyvä toimivaltapohja. EU:n ja jäsenvaltioiden toimivalta jäsentyy siten, että jäsenvaltioiden toimivalta ensisijaista ja unionin toissijaista.¹⁶⁴ Toisaalta, silloin kun toimivaltaa on perussopimuksissa luovutettu unionille, sen käyttämisessä suhde jäsentyy toisin: unionilla voi olla SEUT 3 artiklan mukainen yksinomainen toimivalta, SEUT 4 artiklan mukainen jaettu toimivalta yhdessä jäsenvaltioiden kanssa tai SEUT 6 artiklan mukainen toimivalta toteuttaa tuki-, yhteensovitus- ja täydennystoimia, eli tukeva toimivalta. Lisäksi on huomattava, että unionioikeuden soveltamisala on laajempi kuin EU:n lainsäädäntövallan ala, sillä jäsenvaltioiden on varmistettava, että esimerkiksi unionin vapaata liikkuvuutta ja kilpailua koskevia sääntöjä noudatetaan myös sellaisilla sektoreilla, joissa EU:lle ei ole säädetty toimivaltaa tai joissa unioni ei ole tätä toimivaltaa käyttänyt.¹⁶⁵

SEU 4 artiklan 3 kohdassa ilmaistu ja aiemmin lojaliteettiperiaatteena tunnettu vilpittömän yhteistyön periaate pitää puolestaan sisällään positiivisen ja negatiivisen velvoitteen, eli velvoitteen toisaalta tukea unionia sen tehtävien täyttämiseksi ja toisaalta pidättäytyä toimista, jotka vaarantaisivat unionin tavoitteiden toteutumisen, mikä osaltaan rajoittaa jäsenvaltioiden lainsäätäjien toimintakentän laajuutta.¹⁶⁶ Periaate on ollut osa EU:n integraatiokehitystä heti sen ensiaskeleista lähtien ja periaatteen kodifoinnit eri aikakausien perussopimuksissa ovat olleet verraten yhtenäisiä ja muutokset muotoiluissa maltillisia, minkä vuoksi sitä koskeva laaja unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö on säilyttänyt merkityksensä. Periaatteen tulkinta on kuitenkin elänyt sen kontekstissa tapahtuneiden muutosten mukana.¹⁶⁷ SEU 4 artiklan 3 kohdassa käytetyn jäsenvaltio-termin merkityssisältö on muodostunut hyvin laajaksi ja käsittää valtionhallinnon lisäksi myös muut viranomaiset, kuten alue- ja paikallishallinnon. Lisäksi puitteisiin asettuvat valtion omistamat ja hallinnoimat yritykset.¹⁶⁸ Varsin yksiselitteistä on, että kansallisen lainsäädäntöprosessin eri toimijoiden, kuten viranhaltijoiden, valtioneuvoston sekä viime kädessä eduskunnan on toimittava vilpittömän yhteistyön periaatteen mukaisesti, eli sekä

163 Raitio – Tuominen 2020, s. 205.

164 Rosas – Armati 2018, s. 20–31; Tuominen 2021a, s. 277.

165 Velyvytė 2016, s. 24.

166 Rosas – Armati 2018, s. 23. Ks. lojaliteettiperiaatteesta mm. Salminen 2006.

167 Klamert 2014, s. 9–19. Esimerkiksi Euroopan hiili- ja teräsyhteisön perustamissopimuksessa (Pariisin sopimus) lojaliteettiperiaate oli muotoiltu 86 artiklassa seuraavasti: The Member States bind themselves to take all general and specific measures which will assure the execution of their obligations under the decisions and recommendations of the institutions of the Community, and facilitate the accomplishment of the Community's purposes. The Member States bind themselves to refrain from any measures which are incompatible with the existence of the common market referred to in Articles 1 and 4.

168 Raitio – Tuominen 2020, s. 207.

negatiivisen että positiivisen velvoitteen kohteena oleva jäsenvaltio-käsite kohdistuu tältä osin kaikkiin lainsäädäntöprosessin toimijoihin.¹⁶⁹

Vilpittömän yhteistyön periaatteeseen kytkeytyy myös niin sanottu *pre-emption*-doktriini, jonka mukaan jäsenvaltioilla on valta toimia niin kauan kuin EU ei ole käyttänyt toimivaltuuksiaan sen yksinomaisten valtuuksien aloilla. Vilpittömän yhteistyön periaatteen rikkominen soveltuu myös SEUT 258 ja 259 artikloiden mukaisten rikkomuskanteiden perustaksi.¹⁷⁰ Vilpittömän yhteistyön periaate kytkeytyy osaltaan tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteisiin, jotka velvoittavat jäsenvaltiot yhtäältä takaamaan tehokkaat oikeussuojakeinot EU:n oikeuteen perustuvien oikeuksien toteuttamiseksi (tehokkuusperiaate) sekä lisäksi toteuttamaan EU-säädösten ja kansallisten säädösten täytäntöönpanoa yhtä tehokkaita keinoja käyttäen (vastaavuusperiaate).¹⁷¹

Unionioikeuden sekä edellisessä alaluvussa lyhyesti sivuttujen kansainvälisten ihmisoikeussopimusten lisäksi lainsäätäjän harkintavallan rajoja voi johtua myös Suomen muista kansainvälisoikeudellisista sitoumuksista, kuten kaupp- ja investointisopimuksista. Kyse ei tältä osin ole varsinaisesti oikeuden eurooppalaistumisesta, mutta kuitenkin Karhua ja Salmista mukaillen kansallisen suvereniteetin lohkeamiseen tai suhteellistumiseen kytkeytyvistä ilmiöistä, joita käsitellään siksi lyhyesti tässä yhteydessä.¹⁷² Kauppa- ja investointisopimukseen sisältyvien oikeussääntöjen voidaan olettaa toimivan kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajana ainakin samansuuntaisesti kuin unionioikeuden. Kansainvälisten sopimusten diversiteetti on kuitenkin suuri ja myös Suomessa on tällä hetkellä voimassa noin 500 kansainvälistä valtiosopimusta.¹⁷³ Näistä merkittävä osa on kansainvälisiä verosopimuksia, joilla voi olla merkitystä lähinnä kansallista verolainsäädäntöä säädettäessä, ja toisaalta osasta sopimuksia ei niiden luonteen vuoksi ole ainakaan suoraan kuviteltavissa rajoja lainsäätäjän harkintavallalle. Lisäksi EU:n kansainvälisen roolin kasvaessa myös Suomen kansainvälisoikeudellinen asema määrittyvävasti joko EU:n solmimien tai EU:n neuvottelemien mutta sekamuotoisina sol-

169 Ks. EU-oikeuden noudattamisvelvollisuudesta kansallisissa viranomaisissa ja tuomioistuimissa mm. asia C-103/88 *Fratelli Costanzo*, kohta 31. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä vilpittömän yhteistyön periaatteelle on annettu merkitystä myös unionin velvoitteiden arvioinnissa sekä unionin toimielinten välisten suhteiden arvioinnissa, minkä lisäksi periaatteelle on annettu merkitystä jäsenmaiden keskinäisissä suhteissa näiden liittyessä EU-oikeuden soveltamisalaan. Kyse on erityisesti EU:n velvoitteiden osalta perussopimuksen sanamuotoa laajentavasta tulkinnasta, jonka taustalle voidaan paikantaa vilpittömän yhteistyön periaatteen yhtymäkohdat EU-oikeudelliseen *vastavuoroisen tunnustamisen periaatteeseen* sekä kansainvälisoikeudelliseen *vastavuoroisuusperiaatteeseen*. Vilpittömän yhteistyön periaatteen on lisäksi arvioitu olevan yhteydessä jäsenvaltioiden *keskinäisen luottamuksen periaatteeseen*.

170 Asia C-240/86 *komissio v. Kreikka*; Asia C-620/16 *komissio v. Saksa*.

171 Raitio – Tuominen 2020, s. 210–215. Tehokkuusperiaatteen osalta kansallisesti ks. KKO 2019:58, KKO 2016:38, KKO 2016:28, KKO 2015:60 ja KKO 2013:58, KKO 2017:84 ja KKO 2019:70. Ks. myös Tuominen 2020.

172 Salminen 2004, s. 1319–1320; Karhu 2020, s. 1018.

173 Ks. Finlexin valtiosopimukset-osio.

mittujen kansainvälisten sopimusten kautta. Maailman kauppajärjestön WTO:n piirissä solmituilla sopimuksilla voi olla paikoin laajaakin merkitystä, vaikka suuri osa sopimuksista on samansuuntaisia jo unionioikeudesta kansalliselle lainsäätäjälle johtuvien rajojen kanssa.¹⁷⁴ WTO:n toiminnassa keskeisiä periaatteita ovat erityisesti vastavuoroisuusperiaate, suosituimmuusperiaate sekä suojelun keskittäminen tulleihin.¹⁷⁵ Vastavuoroisuusperiaatteen mukaisesti WTO:n jäsenmaat pyrkivät purkamaan kaupan esteitään samassa tahdissa sekä yhtä suureen muutokseen tuonnissa ja viennissä. Suosituimmuusperiaatteen (most favoured nation, MFN) lähtökohtana on, että mahdolliset tuonnin tullinalennukset tulevat koskemaan kaikkia maita. Suojelun keskittäminen tulleihin taas viittaa muista kauppapolitiikan toimenpiteistä kuin tulleista luopumiseen.¹⁷⁶ Vaikka WTO-säännöt ovat monesti samansuuntaista EU-sääntelyn kanssa, voi näiden kahden välillä olla myös merkityksellisiä eroja.¹⁷⁷

Samoin merkitystä voi olla Suomen solmimilla kahdenvälisillä investointisuoja-sopimuksilla, joita on ajoittain arvosteltu niiden valtiosuvereniteettia koskevista vaikutuksista sekä sijoittajan ja valtion välisistä välimiesmenettelyistä.¹⁷⁸ Keskustelun ytimessä ovat julkisten ja yksityisten toimijoiden roolit ja valta sekä kansainvälisten investointisopimusten luonne yhtäältä oikeusvaltiollisuutta kansainvälisesti vahvistavina mekanismeina ja toisaalta valtioiden sääntelyautonomian rajoituksina.¹⁷⁹ Kessedjian on todennut, että sijoittajan ja valtion välisissä riita-asioissa välimiestuomioistuimelle annetaan ratkaistavaksi ”muutakin kuin vain yksityinen riita”, eikä nykyinen järjestelmä ota tätä näkökohtaa riittävästi huomioon.¹⁸⁰ Osa investointisuoja-sopimusten kritiikistä johtuu tietyistä välimiestuomioista, joissa investointien suojelua koskevia normeja on tulkittu laajasti, ja siten epäsuorasti rajoitettu kansallista lainsäädäntövaltaa. Näin on esimerkiksi tilanteissa, joissa sopimusmuotoilujen on katsottu merkitsevän velvoitetta luoda vakaa oikeudellinen ympäristö ja kieltoa

174 Suomen lisäksi myös Euroopan unioni on WTO:n jäsen.

175 Alkio – Hyvärinen 2016, s. 37–38.

176 Ibid.

177 Ks. esimerkiksi WTO:n piirissä noudatettavasta valtiontuen käsitteestä ja toisaalta EU-oikeudellisesta valtiontuen käsitteestä Alkio – Hyvärinen 2016, s. 43–81.

178 Lissabonin sopimuksen myötä ulkomaiset suorat sijoitukset on sisällytetty EU:n yhteisen kauppapolitiikan piiriin. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 3 artiklan 1 kohdan e alakohdan sekä 206 ja 207 artiklan mukaan Euroopan unionilla on yksinomainen toimivalta neuvotella suorista ulkomaisista sijoituksista. Vaikka jäsenvaltiot menettivät Lissabonin sopimuksen myötä toimivaltansa tehdä kahdenvälisiä investointisopimuksia kolmansien maiden kanssa, jo tehdyt sopimukset ovat edelleen voimassa. Jäsenvaltioilla on myös oikeus neuvotella ja tehdä uusia kahdenvälisiä investointisopimuksia, kun Euroopan komissio antaa tähän nimenomaisen luvan. Tämä poikkeus voisi olla merkityksellinen esimerkiksi tapauksissa, joissa jotkin nykyisin voimassa olevista kahdenvälisistä investointisopimuksista joko raukeavat tai irtisanotaan, eikä EU voi tarjota korvaavaa sopimusta. Ks. tarkemmin mm. Bungenberg – Hobe 2015, s. 1602–1629.

179 Niemelä 2017, s. 198–222.

180 Kessedjian 2015, s. 1602–1629.

tehdä investointiin kytkeytyviä sääntelymuutoksia, jotka ylittävät tietyn suuruusluokan.¹⁸¹ On hyvin mahdollista, että etenkin vuosikymmeniä sitten solmittujen kahdenvälisen investointisopimusten tapauksessa sopimuspuolet eivät ole voineet ennakoida sopimuksiinsa sisällyttämensä suoja-toimien ja lausekkeiden tarkkaa soveltamisalaa. Tämä voi luoda haasteita myös lainsäätäjän harkintavallan laajuuden määrittelylle.

Kuvattu asetelma voi osin muuttua, kun EU:n solmimat kauppa- ja investointisopimukset asteittain korvaavat vanhoja kahdenvälisiä sopimuksia. EU:n lähestymistapa näkyy muun muassa Kanadan ja EU:n välisessä investointisuojalausekkeita sisältävässä kauppasopimuksessa (CETA).¹⁸² CETA-sopimuksessa osa ongelmallisempina pidetyistä investointien suojaa koskevista sopimusmuotoiluista on kirjattu tarkkarajaisemmin ja niiden soveltamisalaa on erityisesti rajattu.¹⁸³ CETA-sopimuksessa on käsitelty myös sopimusosapuolten sääntelyautonomiaan liittyviä huolenaiheita. Sopimuksen johdanto-osassa sopimuspuolet ilmoittavat aikovansa säilyttää oikeutensa sääntelyyn ja oikeutettujen poliittisten tavoitteiden saavuttamiseen, kuten kansanterveyden, turvallisuuden, ympäristö ja kulttuurisen monimuotoisuuden edistämiseen ja suojeluun. Uutta on myös se, että EU:lla ja Kanadalla on toimivalta antaa välimiestuomioistuinta sitovia tulkintoja siitä, miten CETA-sopimuksen määräyksiä olisi sovellettava.

Tässä yhteydessä ei ole tarpeen eikä mahdollista eritellä vastaavalla tavalla kaikkia näkökohtia, joita muihin kansainvälisiin sopimuksiin kuin ihmisoikeussopimuksiin voi lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta liittyä, mutta tällaisten sopimusten merkitys on yhtä kaikki havainnoitava, kun harkintavaltaa kussakin tilanteessa määritetään. Tässä tutkimuksessa kauppa- ja investointisopimusten tarkastelua tehdään erittäin rajatusti, sillä valtaosan käsillä olevista sote-palveluiden yksityistämiseen ja ulkoistamiseen kytkeytyvistä oikeudellisista rajoista arvioidaan olevan EU:n sisämarkkinasääntöjen kanssa samansuuntaisia, mutta tarkkuustasoltaan ja velvoittavuudeltaan joustavampia. Kuten myöhemmässä *Dôvera*-tapauksen käsitellessä huomataan, ei kauppa- ja investointisopimusten rooli kuitenkaan ole olematon, ja tällaiseen tutkimuksessa omaksuttuun lähestymistapaan liittyy myös riskejä joidenkin lainsäätäjän harkintavallan rajojen paikantamatta jäämisestä.¹⁸⁴

181 Ks. mm. ICSID Case No. ARB/03/17 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Inter-Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*.

182 Ks. CETA-sopimus, luku 8.

183 Reinisch 2015.

184 Osa IV, luku 5.

2.4. Unionioikeuden etusija ja konstitutionaalinen pluralismi

Tutkimuksen unionioikeudellinen osio kytkeytyy eräiltä osin myös eurooppalaisen valtiosääntöoikeuden yleiseurooppalaiseen ja tutkimuksellisesti vireään teoreettiseen viitekehykseen, eli eurooppalaista konsitutionaalista pluralismia (*constitutional pluralism*) käsittelevään tutkimukseen.¹⁸⁵ Lisäksi tutkimuksen lähestymistapaa unionioikeuden etusijaan ja konstitutionaalisen pluralismin viitekehykseen on lyhyesti määriteltävä ja perusteltava oikeusteoreettisesta näkökulmasta.

Eurooppalaisen valtiosääntöoikeuden käsite voidaan ymmärtää osin kahtalaisesti: yhtäältä kyse on unionioikeusjärjestyksen valtiosääntöoikeudellisista piirteistä, toisaalta EU:n oikeusjärjestyksen vaikutuksista jäsenvaltioiden valtiosääntöihin sekä kansalliseen oikeusjärjestelmään ja politiikkaan.¹⁸⁶ Konstitutionaalisen pluralismin ajatus on yksinkertaistettuna, että kansalliset perustuslait ja EU:n perustuslailliset normit ovat voimassa jäsenvaltioissa, eli samassa oikeudenkäyttöpiirissä, mutta niiden välillä ei ole vakiintunutta hierarkiaa.¹⁸⁷ Tämä ajatusmalli, ja myös EU:n oikeudellisen järjestyksen tosiasiallinen rakenne, poikkeaa perinteisestä oikeudellisen suvereniteetin ajatuksesta, jossa suhtaudutaan kielteisesti kahden rinnakkaisen oikeusjärjestyksen voimassaoloon samalla maantieteellisellä alueella. Konstitutionaalisella pluralismilla voidaan nähdä yhteyksiä myös oikeudelliseen pluralismin ajatukseen, jonka ytimessä on useamman oikeusjärjestyksen rinnakkainelo samalla maantieteellisellä alueella. Tämä rinnakkaiselo perustuu erityisesti vuorovaikutukseen sekä rajojen avonaisuuteen normijärjestysten ja institutionaalisten rakenteiden välillä.¹⁸⁸ Konstitutionaalinen pluralismi siis havainnoi sen tosiasian, että EU:n suvereenien jäsenvaltioiden oikeusjärjestykset sekä valtiosääntöisiä piirteitä sisältävä EU:n oikeusjärjestys ovat molemmat voimassa jäsenmaissa. Tutkimussuuntauksen piirissä on kuitenkin laajaa hajontaa siitä, miten tähän havaintoon suhtaudutaan ja minkälaisiin johtopäätöksiin siitä päädytään.

Miten varmistaa perustuslain suojaa kansallisessa oikeusjärjestyksessä loukkaamatta yhteisön oikeuden ensisijaisuuden perustavanlaatuista vaatimusta? Tämä oikeudellisen suvereniteetin samanaikainen vaatimus ilmentää nimenomaan oikeudellista pluralismia, joka tekee Euroopan integraatioprosessista omaperäisen.¹⁸⁹

185 Todettakoon heti alkuun, että konstitutionaalisen pluralismin teorian näkökulmasta tämän tutkimuksen lisäarvo on hyvin rajallista. Katson kuitenkin tärkeäksi määritellä, miten tutkimus suhteutuu tähän vilkkaaseen ja ajankohtaiseen EU-valtiosääntöoikeuden piirissä käytävään keskusteluun.

186 Ks. esim. Weiler 1999; Douglas-Scott 2002; Nieminen 2004; Besselink 2007; Salminen 2015; Rosas – Armati 2018.

187 Ks. konstitutionaalisesta pluralismista esim. Sankari – Tuori 2010; Avbelj – Komárek 2012; Jaklic 2014; Davies – Avbelj 2018; Tuominen 2021b.

188 Tuori 2007, s. 301–302.

189 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-127/07 *Arcelor Atlantique ja Lorraine ym.*, kohta 15.

Tutkimuskirjallisuuden piirissä suhtautuminen konstitutionaalisen pluralismin potentiaaliin on ollut karkeasti kahdenlaista.¹⁹⁰ Osa tutkijoista on lähestynyt konstitutionalistista pluralismia eräänlaisena kuvailevana lähtökohtana laajemmille teoreettisille keskusteluille eurooppalaisesta konstitutionalismista. Toisaalta osa tutkijoista on nähnyt teoriassa laajempaa potentiaalia, ja tutkimuksen piirissä on esiintynyt ajatuksia, joiden mukaan yksiselitteinen hierarkia eri oikeusjärjestyksen tasojen välillä ei ole välttämätön ja EU-lainsäädännön toimivaltapohjan kansallinen tuomioistuINVALVONTA lisää EU:n perustuslaillisen järjestyksen legitimitettiä ja on siksi hyödyllistä.¹⁹¹ Tällöin ajatuksena on, että konstitutionaalinen pluralismi tarjoaa deskriptiivisen kontekstualisoinnin lisäksi normatiivisia avaimia EU:n valtiosääntöiseen järjestykseen liittyvien jännitteiden ja ongelmien ratkaisemiseen. Osa konstitutionaalisen pluralismin teoreetikoista katsoo, että moniarvoisuus ja siitä johtuvat vastakkainasettelut ovat itse asiassa koko EU:n perustuslailliselle järjestelmälle hyödyksi, koska vuorovaikutus edellyttää monipuolisesti eri näkökohtien huomioon ottamista ja parhaan yhteensovituskeinon löytämistä vuoropuhelun avulla.¹⁹² Pluralismin sateenvarjon alla on esitetty myös ajatuksia tiukkojen normihierarkioiden tarpeettomuudesta ja tuomioistuinten riittävästä valmiuksista kiistojen ratkaisemiseen.¹⁹³ Esimerkiksi Torres Pérez on katsonut, että pluralismin ajatukseen perustuva vuorovaikutus kansallisten perustuslakien ja unionioikeuden välillä luo eräänlaisen valvontamekanismin, joka estää vallan keskittymistä.¹⁹⁴ Kotimaisessa tutkimuksessa konstitutionaalista pluralismia on käsitellyt muun muassa Puumalainen, jonka mukaan perinteinen suverenistinen näkemys ei ota huomioon kansallisvaltioiden muuntumista jäsenvaltioiksi yhdentymiskehityksessä.¹⁹⁵ Pluralismin perusajatuksiin kuuluu lisäksi, että EU-rakenteen puitteissa vuorovaikutuksessa olevien perustuslakien moninaisuus tekee vastakkainasetteluista väistämättömiä. Tämä pätee sitä vahvemmin, mitä monimutkaisemmaksi ja kauaskantoisemmaksi näiden perustuslakien välinen symbioosi muuttuu Euroopan integraation jatkuvan syvenemisen myötä.

Tässä tutkimuksessa konstitutionaalinen pluralismi toimii lähinnä deskriptiivisenä teoreettisena viitekehyksenä, joka auttaa hahmottamaan käsillä olevaa kansallisen perustuslain ja EU-tason sääntelyn välistä vuorovaikutusta sekä määrittämään juuri tämän tutkimuksen lähestymistavan suhteessa unionioikeuden etusijaan ja normikonfliktien valvontaan. Määrittely on tarpeen, sillä sosiaali- ja terveystalouden järjestäminen ja tuottaminen ovat myöhemmin tässä tutkimuksessa täsmennettävällä tavalla ”perusoikeusintensiivistä” toimintaa, jossa liikutaan useiden perusoikeuksien rinnakkaisen ja limittäisen vaikutuspiirin kentällä. Joissain kuviteltavissa olevissa ti-

190 Ks. Tuominen 2021b; Jaklic 2014; Avbelj – Komárek 2012; Davies – Avbelj 2018.

191 Ks. mm. Puumalainen 2018; Póiares Maduro 2012, s. 67–84.

192 Ks. tästä kootusti Tuominen 2021b, s. 6.

193 Póiares Maduro 2012, s. 67–84.

194 Torres Pérez 2009, s. 67–69.

195 Puumalainen 2018, s. 18.

lanteissa voitaisiin siis olla asetelmissa, joissa kansallisten perusoikeuksien täysimääräinen toteuttaminen vaatisi kansallisen lainsäädännön säätämistä niin, että se on normikollisiossa tai vähintäänkin jännitteisessä suhteessa unionioikeuteen. Konstitutionaalinen pluralismi, tai ainakin sen jotkin teoreetikot ja suuntaukset, voisivat tässä tilanteessa tarjota avaimia tämän kaltaisen säädösratkaisun normatiiviseen oikeuttamiseen. Valitsemani lähestymistapa kansallisen perustuslain ja EU-oikeuden välisten mahdollisten konfliktien tai jännitteiden ratkaisemiseen on kuitenkin ainakin tällaisesta konstitutionaalisen pluralismin normatiivista hyväksyttävyyttä argumentoivasta kirjallisuudesta poiketen varsin suoraviivainen ja noudattelee tiukasti unionioikeuden etusijan periaatetta ja niin sanottua *Foto-Frost*-doktriinia. Etusijaperiaatteen mukaan normikollisiotilanteissa kansallisen tuomioistuimen on sovellettava etusijan saavaa unionioikeuden normia. Unionin tuomioistuimen soveltamiskäytännössä suhtautuminen etuperiaatteeseen on ollut siinä määrin ehdotonta, että sen on katsottu pätevän myös kansallisen perusoikeussuojan tasoon. Tapauksessa *Melloni* tuomioistuin katsoi, että vaikka kansallisten perusoikeuksien takaama suojan taso voi olla EU:n perusoikeuskirjan takaamaa korkeampi, voi se olla tätä vain siten, että kansallisten perusoikeuksien suoja taso ei vaaranna unionin oikeuden ensisijaisuutta, yhtenäisyyttä ja tehokkuutta.¹⁹⁶ Tulkintadoktriini on saanut myös runsaasti kritiikkiä, sillä sen on katsottu johtaneen perusoikeuksien nauttiman suojan tason heikentymiseen joissakin jäsenmaissa.¹⁹⁷ Tässä tutkimuksessa ei kuitenkaan kiinnitytä kyseiseen kritiikkiin.

Kansallisten viranomaisten suhtautumista unionioikeuden etusijaan sekä EU:n toimivallan rajojen määrittelyyn voidaan kuitenkin kuvata yhtäältä unionin tuomioistuimen muotoileman ja tässä tutkimuksessa lähtökohdaksi omaksutun *Foto-Frost*-doktriinin sekä toisaalta erityisesti Saksan perustuslakituomioistuimen käytännössä muodostuneen *ultra vires* -doktriinin kautta.¹⁹⁸ Keskustelu kiteytyy tämän tutkimuksen kannalta relevanttiin tarkasteluun siitä, miten kansallisten perustuslakien takaamat perusoikeudet voidaan turvata riittävällä tavalla, mikäli unionioikeuden katsotaan olevan etusijaista suhteessa nämä perusoikeudet takaa-viin kansallisiin perustuslakeihin. Kyse on paitsi etusijasta, myös normien valvonnan mekanismeista.

196 Asia C-399/11 *Melloni*, kohta 60.

197 Besselink 2014, s. 531–552.

198 Tuominen 2021b, s. 281–283. Tässä yhteydessä todettakoon, että etusijan ja erityisesti *ultra vires* -doktriinin kohdalla kuvatun kaltaista vastarintaa ei kansallisissa tuomioistuimissa juurikaan esiinny muita EU-oikeuden yleisiä oikeusperiaatteita, kuten EU-oikeuden välitöntä oikeusvaikutusta, tulkintavaikutusta tai jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaatetta kohtaan. Samoin kansallista menettely- ja sanktionormistoa sovelletaan EU-oikeuden alaan kuuluvissa oikeustapauksissa varsin mutkattomasti. Tämä ei toisaalta ole yllättävää, sillä nimenomaan etusijaperiaate liittyy läheisesti unionin ja jäsenvaltioiden välisen suhteen perimmäisiin kysymyksiin ja on EU:n valtiosääntöisen luonteen ytimessä. Muissa oikeusperiaatteissa on lähemmin kyse etusijaperiaatteella luodun hierarkian käytännön toteutuksesta. Ks. mm. Ojanen 2016, s. 70 ja 131–134.

Foto-Frost-doktriinin perusajatuksena on, että EU:n toimivallan käytön valvonta kuuluu vain unionin tuomioistuimelle.¹⁹⁹ Mikäli kansalliset tuomioistuimet harjoittaisivat samankaltaista valvontaa, unionioikeuden ensisijaisuus, yhtenäisyys ja tehokkuus vaarantuisivat.²⁰⁰ Unionin tuomioistuimen tehtävänä on antaa ratkaisuja kumoamiskanteisiin ja ennakkoratkaisupyyntöihin ja näin valvoa, että EU ei ylitä sille perussopimuksissa annettua toimivaltaa ja noudattaa annetun toimivallan periaatetta. Doktriini vähintäänkin epäsuorasti asemoi niin sanotun kompetenssikompetenssin unionin tuomioistuimelle, jolla on viimesijainen oikeus määritellä unionin toimivalta sekä sen rajat.²⁰¹ Doktriinin mukaan oikeusperustojen käyttöä valvoo unionin tuomioistuin SEUT 263 artiklan mukaisen kumoamiskanteiden muodossa sekä SEUT 267 artiklan mukaisen ennakkoratkaisupyyntöjen yhteydessä esitettyjen pätemättömyysväitteiden kautta, eikä kansallisilla tuomioistuimilla ole toimivaltaa todeta unionin sekundaarinormia pätemättömäksi.²⁰² Esimerkiksi Miettinen ja Tervo ovat kritisoineet unionin tuomioistuinten toimintaa EU:n annetun toimivallan periaatteen valvonnassa, sillä käytännössä tuomioistuin päättyy vain erittäin harvoin siihen, että säädetyllä sekundaarinormilla ei ole asianmukaista oikeusperustaa.²⁰³ Ilmiöön viitataan yleisesti termillä *competence creep*, jonka tuloksena EU:n toimivallan on katsottu asteittain laajentuneen, kun taas jäsenvaltioiden toimivallan kaventuneen.²⁰⁴ Kansallisen lainsäätäjän näkökulmasta kehityskulku, sikäli kun sen olemassaolo allekirjoitetaan, on harkintavaltaa rajoittavaa. Unionin tuomioistuin totesi muun muassa asiassa *Internationale Handelsgesellschaft* antamassaan tuomiossa, että vetoaminen perusoikeuksien loukkauksiin, sellaisina kuin nämä oikeudet on kirjattu jäsenvaltion perustuslakiin, tai jäsenvaltion valtiosääntöraakenteeseen sisältyviin periaatteisiin, ei voi vaikuttaa unionin toimenpiteen pätevyYTEEN tai sen oikeusvaikutukseen kyseisen valtion alueella.²⁰⁵ EU-oikeuden ensisijaisuus on siis perustavanlaatuinen vaatimus oikeusyhteisön oikeusjärjestyksessä.²⁰⁶

Kansallisen suvereniteetin ja useiden jäsenmaiden valtiosääntöperinteinen näkökulmasta ajatus EU:n kompetenssikompetenssista sekä *Foto-Frost*-doktriiniin

199 Doktriini on alkujaan muotoiltu unionin tuomioistuimen tapauksessa *Foto-Frost*. (Asia C-314/85 *Foto-Frost*, kohdat 15 ja 18). Tapauksessa oli kyse sen arvioinnista, voiko kansallinen tuomioistuin katsoa komission tekemän päätöksen pätemättömäksi. Unionin tuomioistuin vastaus tähän oli kielteinen, sillä vain edellä kuvattu tehtävänjako, jossa EU:n toimivallan käytön valvonta kuuluu vain EU-tuomioistuimelle, voi varmistaa unionin oikeuden yhtenäisen soveltamisen jäsenvaltioissa ja niiden tuomioistuimissa. Unionin tuomioistuin myös huomautti, että sen tehtäviin kuuluu jo kattavasti valvoa unionin toimielimiä ja sen prosessisääntöjen soveltuvan pätemättömyysarviointiin kansallisten tuomioistuinten vastaavia paremmin.

200 Asia C-399/11 *Melloni*, kohta 60.

201 Mm. asia C-6/64 *Costa v. ENEL* ja asia C-106/77 *Simmenthal*.

202 Tuominen 2021a, s. 278; Asia C-314/85 *Foto-Frost*; Ks. myös Ojanen 2016, s. 215–217 ja 191–195.

203 Miettinen – Tervo 2017.

204 Ks. myös Garben 2017a.

205 Asia C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, kohta 3.

206 Julkisiasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-127/07 *Arcelor Atlantique ja Lorraine ym.*, kohta 16.

epäsuorasti liittyvä tulkinta unionin jäsenvaltioita ylemmästä valtiosääntöhierarkiasta asemasta on kuitenkin ongelmallinen, samoin kuin muut EU:n suvereniteettia ilmentävät unionioikeuden piirteet. *Ultra vires* -doktriinin ajatuksella voidaan kuvata kansallisten korkeimpien oikeusasteiden sekä muiden valtiosääntöelinten vastarintaa suhteessa unionin tuomioistuimen *Foto-Frost*-doktriiniin ja unionin tuomioistuimen kompetenssi-kompetenssiin. Tämän vastarinnan kärkijoukossa ovat olleet erityisesti Saksan ja Italian perustuslakituomioistuimet, mutta myös useiden muiden jäsenvaltioiden ylimmät tuomioistuimet ja valtiosääntöinstituutit ovat ilmaisseet varaavansa itselleen toimivallan arvioida jossain ääritapauksissa EU-oikeuden pätevyyttä kansallisen perustuslain näkökulmasta.²⁰⁷ Myös perustuslakivaliokunta on katsonut roolikseen sen varmistamisen, että kansallisista perusoikeuksista ja kansainvälisistä ihmisoikeusvelvoitteista pidetään kiinni myös EU-lainsäädännössä sekä EU-säädösten kansallisessa täytäntöönpanossa.²⁰⁸ Tähän liittyen EU-säädösten ”täysimääräisestä” implementoinnista on katsottu ajoittain tingityn myös Suomessa, jotta perus- ja ihmisoikeuksien suoja on säilynyt riittävänä.²⁰⁹ Perustuslakivaliokunta on pitänyt lisäksi tärkeänä, että kansallista liikkumavaraa käytetään EU-lainsäädännön täytäntöönpanossa tavalla, joka ottaa huomioon perus- ja ihmisoikeuksista seuraavat vaatimukset, ja perusoikeuksien kannalta merkityksellisen sääntelyn osalta hallituksen esityksessä on tehtävä selkoa kansallisen liikkumavaran alasta.²¹⁰ Toisaalta erityisesti vuonna 2011 perustuslakiin lisätyn 1 §:n 3 momentin jälkeen on vakiintuneesti katsottu, että kotimainen valtiosääntö on avautunut ja sitoutunut EU-jäsenyyteen. Lisäksi perustuslain tulkintakäytännössä on – eräin poikkeuksin – katsottu, että EU:n ja lainsäädäntö- ja muussa toiminnassa on vain harvoin kyse toimivallan siirrosta, joka olisi perustuslain 94 §:n 2 momentin ja 95 §:n 2 momentin tarkoittamalla tavalla merkittävä.²¹¹ Vastarinta suhteessa *Foto-Frost*-doktriiniin ei siis vaikuta Suomessa erityisen vahvalta tai aggressiiviselta.

Ultra vires -ajattelumallia ilmentävät erityisesti Saksan perustuslakituomioistuinten ratkaisut, joissa se on arvioinut EU:n toimia Saksan perustuslain näkökulmasta, mutta samankaltaista arviointia ovat harjoittaneet myös eräät muut kansalliset valtiosääntöelimet.²¹² Maastrichtin sopimuksen kansallisesta ratifointia käsitellessään Saksan perustuslakituomioistuin käytti ilmaisua jäsenvaltioista ”perussopimusten herroina” korostaakseen EU:n rakenteen perustumista annetun toimivallan periaat-

207 Ojanen 2016, s. 133–134.

208 Toisaalta PeV on useasti todennut, ettei sen valtiosääntöisiin tehtäviin lähtökohtaisesti kuulu kansallisen täytäntöönpanosäätelyn arviointi EU:n aineellisen lainsäädännön kannalta, mm. PeVL 58/2022 vp, kohta 4; PeVL 32/2021 vp, kohta 3.

209 Ojanen 2016, s. 225–226. Ks. myös Ojanen 2003, s. 1149–1168.

210 PeVL 58/2022 vp, kohta 4.

211 Tuominen 2021a, s. 278.

212 Ibid., s. 282–283. Ks. lisäksi mm. Gérard – Verrijdt 2017, s. 182–205.

teeseen.²¹³ Perustuslakituomioistuin muun muassa katsoi, että EU:lla ei ole riittävää demokraattista legitimitteettiä ja sen toimivalta tulee voida palauttaa Saksan perustuslakiin ja kansallisen parlamentin päätökseen siirtää toimivaltaa unionille. Lisabonin sopimuksen kansallisen ratifiointin yhteydessä perustuslakituomioistuin puolestaan totesi, että unionin perussopimusten ja unionin tuomioistuimen niistä tekemien tulkintojen sijaan kansalliset perustuslait määrittävät unionin toimivallan rajat – ajattelussa kompetenssikompetenssi palautuu kansalliseen perustuslakiin, eikä sitä ole luovutettu unionille.²¹⁴ Saksan perustuslakituomioistuin on usein arvioinnissaan keskittynyt erityisesti valtiosääntöidentiteetin (*verfassungsidentität*) vaarantumattomuuden valvontaan.²¹⁵ Lisäksi Saksan perustuslakituomioistuin on ratkaisuisaan toteuttanut muun muassa perusoikeuksien suojaa koskevaa arviointia sekä unionin toimivallan ylitysten arviointia (ns. *ultra vires* -arviointi).²¹⁶

Konstitutionaalisesta pluralismista on erityisesti viime vuosikymmeninä tullut keskeinen teoria eurooppalaisesta valtiosäännöstä.²¹⁷ Teorian suosion taustalle voidaan paikantaa esimerkiksi edellä kuvattua doktriinikonfliktia, EU:n valtiosäänteisen rakenteen monimutkaisuutta ja sirpaleisuutta sekä tarvetta systematisoida tätä rakennetta useiden eri sidosryhmien näkökulmasta hyväksyttävällä tavalla. Konstitutionaalisen pluralismin teoriaa käytetäänkin laajasti kuvaamaan nykyistä EU:n ja sen jäsenmaiden muodostamaan valtiosääntöistä järjestystä sekä paikoittain myös argumentoimaan järjestyksen normatiivisen hyväksyttävyyden puolesta.²¹⁸ Pluralismia koskevaa keskustelua on käyty esimerkiksi perusoikeuksien EU-oikeudellisen aseman ja EU:n toimivallan rajojen kohdalla, jälkimmäisen osalta erityisesti eurokriisin sekä yhteisvelkaa koskevan päätöksenteon yhteydessä.²¹⁹ Edellä kuvatusti konstitutionaalisesta pluralismista ei kuitenkaan tässä tutkimuksesta pyritä hahmottelemaan normatiivista ratkaisua kansallisen perustuslain ja EU-oikeuden väliseen rajankäyntiin, vaan sille varataan erityisesti deskriptiivisen teoreettisen viitekehyksen rooli. Lähestymistapana on unionin tuomioistuimen käytännössään muodostamat EU-oikeuden etusijan periaate ja niin sanottu *Foto-Frost*-doktriini.²²⁰

213 Tuomioistuin käytti termiä "Herren der Verträge". 2 BvR 2134/92 und 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*), kohta 112.

214 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 (*Lissabon*), kohta 233.

215 2 BvR 2735/14, NVmZ 2016, 181 (*Solange III*).

216 Tuominen 2021a, s. 282–283.

217 Weiler 2012, s. 8.

218 Tuominen 2021b, s. 2.

219 Tuominen 2021b, s. 2; Asia C-399/11 *Melloni*; Asia C-62/14 *Gauweiler*. Ks. Tuominen 2018b, s. 186–204. Ks. Davies 2015, s. 2–22.

220 Kansalliset tuomioistuimet kuitenkin ajoittain myös sivuuttavat EU-oikeuden etusijan periaatteen ja jopa suoraan niille osoitettuja unionin tuomioistuimen ratkaisuja. Ks. näistä esimerkiksi Tšekin perustuslakituomioistuimen tuomio Pl. ÚS 5/12 ja EUT:n tuomio C-399/09 *Landtová*, Tanskan korkeimman oikeuden tuomio 15/2014 ja EUT:n tuomio C-441/14 *Dansk Industri*, Saksan perustuslakituomioistuimen tuomio 2 BvR 859/15, BVerfGE 146, 216 (*Weiss*) ja EUT:n tuomio C-493/17 *Weiss*.

Lähestymistapa on nähdäkseni monestakin syystä perusteltu. Esimerkiksi Jääskinen on katsonut suomalaisten tuomioistuinten hyväksyneen unionioikeuden etusijan ja muut vaikutustavat varsin vähäeleisesti ja mutkattomasti.²²¹ Jääskinen on myös arvioinut, että vaikka unionioikeuden ja kansallisen valtiosäännön äärimmäisessä tai fundamentaalisisessa konfliktissa ei ole mahdollista konstruoida ristiriidatonta kontekstuaalista oikeusjärjestystä, joka sisältäisi sekä unionioikeuden että kansallisen oikeuden, on tällaiset konfliktit toistaiseksi vältetty sillä, että ylimmillä kansallisilla tuomioistuimilla on ollut taipumus välttää mahdollisen ristiriitatilanteen esittämistä tällaisena äärimmäisenä konfliktina.²²² Goldmann on Jääskisen tapaan kuvannut, kuinka konflikti kansallisten tuomioistuinten ja EU:n tuomioistuimen välillä pysyy loitolla unionin tuomioistuimen suorittamien rationaalisuus- ja suhteellisuustarkastusten suhteellisen epämääräisyyden ansiosta. Goldmann on kuvannut mekanismia eräänlaiseksi vastavuoroisesti varmistetuksi hienovaraisuudeksi.²²³ Myös perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on vakiintuneesti mutta tietyn varauksin hyväksytty premissi, jonka mukaan unionioikeus on ensisijaista suhteessa kansalliseen lainsäädäntöön, ja kansallisista perusoikeuksista on tarpeen mukaan joustettu ristiriitatilanteiden välttämiseksi. Tuominen on katsonut, että unionin poliittisen prosessin osana toteutettava perustuslakivaliokunnan harjoittama ennakkovalvonta välttää sekä unionin tuomioistuimen *Foto-Frost*-doktriinin kiertämisen että avoimen konfliktin syntymisen kansallisen toimielimen ja unionin tuomioistuimen välille.²²⁴ Perustuslakivaliokunta ei ole näyttäytynyt konfliktihakuisena suhteessa unionioikeuteen, eikä unionioikeuden arviointi ylipäättään kuulu valiokunnan toimintakenttään. Koska kyse ei ole tuomioistuimesta eikä siten ennakkoratkaisupyyntöjen kautta dialogiin unionin tuomioistuimen kanssa pystyvistä instituutiosta, sen kyky myös tällaiseen konfliktihakuisuuteen on ylipäättään vähäistä.²²⁵ Ojanen on puolestaan todennut, että ylimmille kansallisille tuomioistuimille ja unionin tuomioistuimelle on ollut ominaista pyrkimys välttää tilanteita, joissa ne joutuisivat ratkomaan tällaisia perimmäisiä kysymyksiä.²²⁶

221 Jääskinen 2008, s. 49; Ojanen 2016, s. 238. Vastakkaisten esimerkkien osalta ks. mm. Puolan perustuslakituomioistuimen (*Trybunał Konstytucyjny*) ratkaisu K 18/04 *Traktat o przystąpieniu do Unii Europejskiej* ja K 3/21 *Ocena zgodności z Konstytucją RP wybranych przepisów Traktatu o Unii Europejskiej* sekä Saksan perustuslakituomioistuimen (*Bundesverfassungsgericht*) ratkaisu 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*), 2 BvR 2728/13, BVerfGE 134, 366 (*Gauweiler*), 2 BvR 859/15, BVerfGE 146, 216 (*Weiss*).

222 Jääskinen 2008, s. 157; Tuoreemmassa väitöskirjassa Vähätalo kuitenkin huomauttaa, että viimeaikaisten tuomioistuinten käytännössä on nähtävissä myös tältä osin aggressiivisempaa tendenssiä, ks. Vähätalo 2022, s. 16–17.

223 Goldmann 2016, s. 119–135.

224 Tuominen 2021a, s. 284.

225 Ks. teemasta laajasti Tuominen 2017.

226 Ojanen 2016, s. 65.

Toisaalta voidaan ajatella, että etusijaperiaatteen käytännön soveltaminen sekä kansallisten tuomioistuinten ja unionin tuomioistuimen välinen dialogi on tosiasiallisesti nyansoidumpaa kuin asian lähestyminen puhtaasti etusija-ajatuksen kautta paljastaa. EU:n perussopimukseen on sisällytetty elementtejä, joiden tavoitteeksi voidaan ajatella kansallisten valtiosääntöelinten ilmaisemaan tyytymättömyyteen vastaaminen EU:n institutionaalisen ja oikeudellisen kehikon puitteissa, ja esimerkiksi perusoikeuksien omaksuminen EU:n oikeusjärjestyksen osaksi voidaan katsoa tapahtuneen unionin tuomioistuimen ja sille ennakkoratkaisupyyntöjä tehneiden tuomioistuinten välisessä dialogissa.²²⁷ Unionin tuomioistuin on viitannut perusoikeuksia unionioikeusjärjestyksen osaksi asemoidessaan muun muassa jäsenvaltioiden ”yhteiseen valtiosääntöperinteeseen”.²²⁸ Viime aikoina dialogia on käyty muun muassa *Gauweiler* ja *Weiss*-tapauksissa Saksan perustuslakituomioistuimen ja unionin tuomioistuimen välillä.²²⁹ Tästä näkökulmasta merkitystä voidaan antaa muun muassa SEU 4 artiklan 2 kohdalle, SEU 5 artiklalle ja SEU 6 artiklan 3 kohdalle. Esimerkiksi SEU 4 artiklan 2 kohtaan voitaisiin eräissä tilanteissa kiinnittyä sellaisen kansallisen normin perustelemisessa, joka muodostaa osan jäsenvaltion ”valtiosääntöidentiteettiä”, mutta joka on ristiriidassa unionin oikeuden kanssa.²³⁰ Ei ole mielestäni poissuljettua, että tällaista argumentaatiota voitaisiin rakentaa myös Suomen perustuslakiin nojautuen sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa, mutta pidän varsin epätodennäköisenä, että asetelma olisi käsillä erityisesti näitä palveluja ulkoistettaessa tai yksityistettäessä.

Vaikka sosiaali- ja terveyspalveluiden sallittujen järjestämistapojen unionioikeudellisessa arvioinnissa on otettava huomioon palveluiden perusoikeusintensiivinen rooli ja erityisasema, tämän tutkimuksen tutkimuskysymykseen voidaan nähdäkseni pätevällä tavalla vastata ja tässä osiossa kehiteltävä teoreettinen malli lainsäätäjän harkintavallasta hahmotella, vaikka otettaisiin annettuna EU-oikeuden etusija myös suhteessa kansalliseen perustuslakiin sekä kansallisten tuomioistuinten, viranomaisten ja myös lainsäätäjän velvollisuus noudattaa EU-oikeuden säännöksiä ja oikeusperiaatteita. Tutkimuksessa systematisoinnin lähtökohdaksi otetaan siksi ajatus, jonka mukaan kansallisen lainsäätäjän on pyrittävä sovittamaan kansalliset normit unionioikeuden puitteisiin, ja ristiriitatilanteissa etusija annetaan unionioi-

227 Tuominen 2021a, s. 283; Ojanen 2016, s. 140–146. Ks. laajemmin mm. Jaklic 2014.

228 Asia C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, kohta 4.

229 2 BvR 2728/13, BVerfGE 134, 366 (*Gauweiler*) ja 2 BvR 859/15, BVerfGE 146, 216 (*Weiss*).

230 Besselink 2021, s. 597–612. Asia C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, kohta 4. Tällaisen argumentaation pitävyys ja käytännön mahdollisuudet ovat kuitenkin vielä varsin epäselvät, sillä artiklaa koskevaa oikeuskäytäntöä on rajallisesti. SEU 4.2. artikla: ”Unioni kunnioittaa jäsenvaltioiden tasa-arvoa perussopimuksia sovellettaessa sekä niiden kansallista identiteettiä, joka on olennainen osa niiden poliittisia ja valtiosäännön rakenteita, myös alueellisen ja paikallisen itsehallinnon osalta. Se kunnioittaa keskeisiä valtion tehtäviä, erityisesti niitä, joiden tavoitteena on valtion alueellisen koskemattomuuden turvaaminen, yleisen järjestyksen ylläpitäminen sekä kansallisen turvallisuuden takaaminen. Erityisesti kansallinen turvallisuus säilyy yksinomaan kunkin jäsenvaltion vastuulla.”

keuden normeille kansallisen säädöksen normihierarkisesta luonteesta riippumatta. EU:n perussopimusten ja säädösten lisäksi muut unionioikeuden lähteet, kuten EU-oikeuden periaatteet, EU:n tekemät kansainväliset sopimukset ja unionin tuomioistuimen ratkaisut ovat velvoittavat suhteessa kansallisiin viranomaisiin, myös kansalliseen lainsäätäjään. Lähestymistapa on tältä osin paitsi teoreettisesti jossain määrin yksinkertaistava myös käytännöllisesti katsoen jossain määrin puristinen, sillä kansallisella lainsäätäjällä olisi luonnollisesti de facto mahdollisuus viedä läpi tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä myös lainsäädäntöä, joka on ristiriidassa tai jännitteisessä suhteessa EU-oikeuden kanssa, eikä tämän lainsäädännön kohtalon ennustaminen lainkäytössä välttämättä olisi täysin yksiselitteistä.²³¹

Kuvattua vahvemmin esimerkiksi konstitutionaalisen pluralismin normatiiviseen tutkimussuuntaukseen tai *ultra vires* -doktriiniin kiinnittyvässä tutkimuksessa peruslähtökohta voisi olla kuitenkin myös toinen, jolloin analyysissa mahdollista kansallisesta perusoikeusjärjestelmästä kumpuavaa oikeutta sosiaali- ja terveystalouteen peilattaisiin unionioikeudellisen normiaineeseen yksiselitteisen etusijan sijaan toisenlaisen teoreettisen lähtökohdan kautta. Nähdäkseni myös tällainen lähestymistapa olisi mahdollinen, mutta kuitenkin jossain määrin keinotekoinen ja kysymyksenasettelua tarpeettomasti monimutkaistava. Unionioikeuden etusijan ajatusta noudatetaan nähdäkseni kansallisen lainsäätäjän toimesta melko mutkatonta myös sosiaali- ja terveystalouden kontekstissa, mistä viimeisin ja tämän tutkimuksen kannalta relevantti esimerkki on Juha Sipilän hallituksen aikainen tilanne. Tällöin eduskuntakäsittelyn yhteydessä esitetty epäily uuteen sote-järjestelmään liittyneistä mahdollisesti unionioikeuden vastaisista elementeistä sekä hallituksen päätös olla tekemättä uudesta sote-lainsäädännöstä SEUT 108 artiklan mukaista notifikaatiota johtivat tilanteeseen, jossa uudistusta ei lopulta hyväksytty eduskunnassa.²³²

231 Mikäli näin jonkin säädöksen osalta toimittaisiin, olisi esimerkiksi tuomioistuimen veloitettu joko poistamaan normikollision tulkinnalla tai jättämään säädöksen soveltamatta kyseisessä yksittäistapauksessa. Ks. kotimaisesta normikollisioasetelmaan kytkeytyvästä oikeuskäytännöstä mm. KHO 2002:85 sekä tuomion taustalla ollut ratkaisu C-101/00 *Siilin*.

232 Toisaalta viimeaikaisena esimerkkinä mainittakoon laki väliaikaisista toimenpiteistä välineellistetyin maahantulon torjumiseksi (482/2024), jonka eduskuntakäsittelyn yhteydessä kuullut asiantuntijat katsoivat olevan ristiriidassa unionioikeuden kanssa, mutta joka tästä huolimatta säädettiin kiireelliseksi julistettuna poikkeuslakina, ks. mm. Perustuslakiblogin toimitus 2024.

3. Teoreettinen malli lainsäätäjän harkintavallan tarkasteluun

Melander on hahmotellut lainsäätäjän ja tämän oikeudellisten rajojen rajankäyntiin lainsäätäjän oikeuslähdeoppia tai vaihtoehtoisesti ilmaistuna oppia lainsäädäntötoiminnan lähteistä.²³³ Melanderin väitöstutkimus sijoittuu tästä tutkimuksesta poiketen rikosoikeuden alaan, mutta sen lainsäätäjän oikeuslähdeoppia koskevat ajatukset ovat luonteeltaan yleisemmin oikeusjärjestykseen suuntautuvia. Melanderin hahmottelemat oikeuslähdeopin sisällölliset vaatimukset ovat valtiosäännön perusperiaatteet, perusoikeusjärjestelmä ja ihmisoikeudet, perusoikeuksien rajoittamisdoktriini, unionioikeus, lainsäädännön sisäinen rationaalisuus sekä vakiintuneet sääntelyperiaatteet.²³⁴

Valtiosäännön perusperiaatteilla Melander viittaa erityisesti perustuslain ensimmäisissä pykälissä ilmaistuihin hallinnon lainalaisuuden periaatteeseen, demokratiaperiaatteeseen ja vallanjaon periaatteisiin.²³⁵ Lainsäätäjän toimintaa rajaavat Melanderin hahmotelmassa myös perustuslakiin kirjatut perusoikeudet, joita lainsäätäjän näkökulmasta vahvistavat perustuslain 22 §:ään kirjattu perusoikeuksien turvaamisvelvoite sekä toisaalta perustuslain 1 §:n 2 momenttiin kirjattu periaate, jonka mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Jonkinlaisena saman kolikon kääntöpuolena Melander toteaa, että lainsäätäjän tulee toiminnassaan kiinnittää huomiota myös siihen, mikä on sallittua perusoikeuksien rajoittamista, eli esimerkiksi lakivarausten sisältöön sekä perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin.²³⁶ Melander on viitaten Viljaseen kiteyttänyt väitöskirjassaan neljä vaatimusta, joiden kautta voidaan pelkistää perusoikeuksien ja niiden rajoittamisen merkitys lainsäätämisen näkökulmasta:

- 1) Lainsäädäntö on laadittava siten, että lakiehdotus ei ole ristiriidassa perusoikeussäännösten, kansainvälisten ihmisoikeussopimusten eikä perusoikeuksien taustalla vaikuttavan arvoperustan kanssa. 2) Lainsäädäntöä on uudistettava, jos havaitaan, että voimassa oleva lainsäädäntö on joltain osin ristiriidassa 1-kohdan kanssa. 3) Lainsäädäntötoimiin tulee ryhtyä, jos perustuslaissa asetetaan lainsäätäjälle perustuslaillinen toimeksianto. 4) Perusoikeudet ja niiden taustalla vaikuttavaa arvoperustaa ilmaisevat

233 Melander 2008.

234 Ibid., s. 54–81.

235 Ibid., s. 72–73.

236 Ibid., s. 75–76.

periaatteet on otettava yleisesti huomioon lainsäädännön sisällöllisinä mittapuuna siten, että lainsäädännön tulisi mahdollisimman hyvin huolehtia perusoikeuksien toteutumisesta. Voidaan puhua perusoikeusmyönteisestä lainvalmistelusta ja lainsäädännöstä.²³⁷

Unionioikeuden Melander puolestaan määrittelee erityisesti etusija- ja lojaliteettiperiaatteen kautta, jotka johtavat velvollisuuteen selvittää, mikä on valmisteltavana olevan kansallisen lainsäädännön suhde unionioikeuteen, ja mitä reunaehtoja esimerkiksi aineellisesta unionioikeudesta aiheutuu kansalliselle lainsäätäjälle.²³⁸ Melander liittää lisäksi lainsäätäjän oikeuslähdeoppiinsa kaksi tavallisen lainsäädännön ”sisäistä” elementtiä, eli lainsäädännön sisäisen rationaalisuuden ja vakiintuneet sääntelyperiaatteet, jotka sinänsä voivat olla lainsäätäjän muutettavissa, mutta jotka tosiasiallisesti asettavat rajoja parlamentaarisen enemmistön kyvyllä säätää poliittisten tavoitteidensa mukaisia lakeja.²³⁹

Melanderin malli ei ole ainoa oikeustieteessä hahmoteltu arviointikehikko, jonka kautta lainsäätäjän harkintavaltaa voidaan lähestyä, kuten on jo edellä tutkimuksen oikeusteoreettisia lähtökohtia hahmoteltaessa kuvattu. Erityisesti tämän tutkimuksen ja sosiaalisten oikeuksien näkökulmasta relevanttina tarkastelukehikkona voidaan pitää Arajärven hahmottelemaa lainsäädännön oikeellisuuden käsitettä.²⁴⁰ Arajärvi määrittelee toimeentuloturvan säännöksen oikeelliseksi, jos 1) se aineelliselta sisällöltään vastaa perus- ja ihmisoikeuksien sekä unionioikeuden asettamia vaatimuksia, 2) sitä toimeenpannaan samojen säännösten kannalta moitteettomilla säännöksillä, 3) se on säädetty asianmukaisella tasolla, ja 4) siihen ei sisälly esimerkiksi perus- ja ihmisoikeuksien heikennyskiellon vastaisia elementtejä eikä muutenkaan vastaavia virheitä.²⁴¹ Arajärven mukaan oikeellisuuden tarkastelulla pyritään varmistamaan perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen ja se, ettei unionioikeus johda arvaamattomiin tilanteisiin lainsäädännön soveltamisessa.²⁴²

Arajärvi jakaa oikeellisuus-käsitteen kolmeen eri elementtiin, eli aineelliseen, menettelylliseen ja lainsäädäntörakenteen oikeellisuuteen.²⁴³ Näistä aineellinen oikeellisuus tarkoittaa toimeentuloturvan lainsäädännön sisällön suhdetta perustuslain, ihmisoikeussopimusten ja unionioikeuden sosiaaliturvaa koskeviin säännöksiin. Menettelyllinen oikeellisuus peilaa toimeentuloturvan menettelyllisiä säännöksiä ja yleistä hallintomenettelyä koskevaa lainsäädäntöä perustuslain, ihmisoikeussopimusten ja unionioikeuden sosiaaliturvaa koskeviin menettelyllisiin säännöksiin. Lainsäädäntörakenteen oikeellisuudella Arajärvi viittaa perustuslain, ihmisoikeus-

237 Ibid., s. 76.

238 Ibid., s. 77–78.

239 Ibid., s. 78–81.

240 Arajärvi 2002, s. 3–6.

241 Ibid., s. 4.

242 Ibid., s. 5.

243 Ibid.

sopimusten ja unionioikeuden sosiaaliturvaa koskevalla lainsäädännöllä asettamiin muita kuin aineellista tai menettelyllistä oikeellisuutta koskeviin vaatimuksiin.²⁴⁴ Arajarvi hahmotteli mallissaan vielä perustuslain, ihmisoikeussopimusten ja unionioikeuden sosiaaliturvaa koskevien säännösten keskinäistä suhdetta niin, että selvitetävä olisi ainakin perusoikeuksien oikeellisuus suhteessa ihmisoikeuksiin, unionioikeuden oikeellisuus suhteessa ihmisoikeuksiin, lainsäädännöllisen kehyksen, eli säädöstason, perustuslain 124 §:n ja rahoitussäännösten oikeellisuus suhteessa ihmisoikeuksiin, sekä perusoikeuksien ja unionioikeuden keskinäinen suhde.²⁴⁵

Aivan tuoreessa tutkimuksessa Hämäläinen ja Salminen ovat kiinnittäneet huomiota erityisesti lainvalmistelun prosessiin.²⁴⁶ Hämäläinen ja Salmisen mukaan lainvalmistelumenettelyn oikeudelliset reunaehdot kiinnittyvät laajasti perustuslakiin ja perus- ja ihmisoikeussäätelyyn. Perustuslainmukaisuus liitetään lähtökohtaisesti aineellisen säätelyn ja perusoikeuksien suhteeseen, mutta tämä on riittämätöntä. Hämäläinen ja Salmisen mukaan hyvää valmistelua ja valmistelun oikeudellisten reunaehtojen noudattamista voidaan asemoida perustuslainmukaisuuskysymykseksi.²⁴⁷ Tässä tutkimuksessa ei tarkastella erityisesti lainvalmistelun prosessia vaan sen aineellista sisältöä, mutta ajattelua on konkreettisen lainsäädäntötoiminnan tasolla täydennettävä esimerkiksi juuri Hämäläisen ja Salmisen hahmottelemilla lainsäädäntötoiminnan prosesseihin ja käytäntöihin kohdistuvilla tarkasteluilla.

Pezcenik on puolestaan oikeusvarmuus- ja oikeusvaltiotematikan yhteydessä kuvannut oikeusnormien olevan oikeusvarmuudeltaan sitä parempia, 1) mitä tarkempia ja yleisempiä ne ovat, 2) mitä paremmin ne heijastavat yhdenvertaisuuden ideaalia, 3) mitä hitaampi on normien muutostahti, 4) mitä useammin ne määrittävät hallinnon päätöksiä, 5) mitä avoimempaa ja läpinäkyvämpää normien sisältö ja soveltaminen ovat, 6) mitä suurempaa on tuomioistuinten itsenäisyys, 7) mitä tehokkaammin vallanpitäjien vastuu toteutuu, 8) mitä vahvemmin oikeus on riippumatonta muista yhteiskunnan normeista ja instituutioista ja 9) mitä laadukkaampaa normien soveltamista ja tulkintaa tukeva juridinen argumentaatio on.²⁴⁸ Näistä edellytyksistä osa liittyy varsinaisen lainsäätämisen ulkoisiin seikkoihin,

244 Ibid., s. 8–9.

245 Ibid., s. 9.

246 Hämäläinen – Salminen 2024. Ks. vastaavalla tavalla lainvalmistelun prosessiin kiinnittyvästä tutkimuksesta mm. Niemivuo 2020, Keinänen – Pajuoja 2022 ja Backman 2023 sekä kootummin Ervasti 2022, s. 66–68.

247 Hämäläinen – Salminen 2024, s. 220–221.

248 Pezcenik 1995, s. 51–52. Tarkasteluasetelmaan voidaan hahmottaa niin ikään tuoreen oikeuden resilienssiä, perusoikeuksia ja kokonaisturvallisuutta käsittelevän tutkimuksen kautta. Kyseisessä tutkimuksessa tarkasteluasetelman ytimessä ei ole tämän tutkimuksen tavoin lainsäätäjän harkintavallan laajuus jossain tietyssä tarkasteluasetelmassa, vaan lainsäätäjän toimintamahdollisuuksien peilaaminen oikeudelliselle säätelyllä asetettuun resilienssi-tavoitteeseen. Kyse on silti luonteeltaan jossain määrin samankaltaisesta lainsäätäjän toimintamahdollisuuksien rajojen paikantamisesta (Aine et al. 2022. Ks. myös Brunila et al. 2023).

käytännössä yhteiskunnan rakenteisiin ja toimintamalleihin laajemmin, mutta osasta voitaisiin rakentaa kriteeristö, johon lainsäätäjän toimintaa voitaisiin peilata.

Tässä tutkimuksessa ei suoraan nojauduta mihinkään edellä kuvatuista malleista, mutta niitä on kutakin hyödynnetty tutkimuksen noudattamaa lähestymistapaa muotoiltaessa. Eräänlaisena lähtökohtana mallin muotoilulle on toiminut lisäksi havainto, jonka mukaan valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen lähtökohtana on usein sen tarkastelu, miten oikeusjärjestyksen kautta voitaisiin mahdollistaa perusoikeuksien mahdollisimman täysimääräinen toteutuminen, mikä perustunee osaltaan perustuslain 22 §:än ja perusoikeusmyönteisen laintulkinnan periaatteeseen. Lähtökohta on tutkimuksellisesti ja monesti muutenkin perusteltu, mutta ajatus kuitenkin poikkeaa esimerkiksi sellaisesta lähtökohdasta, jossa tarkasteltaisiin, minkälaiset uloimmat rajat perustuslaki asettaa lainsäätäjän harkintavallalle. Nähdäkseni lainsäädäntötoiminnassa parhaiten perustuslain 2 §:n kansanvaltaisuusperiaatetta – sekä toisaalta myös vapaamman poliittisen ja perustuslakiin kiinnittyvän oikeudellisen harkinnan eroa – ilmentää kuitenkin lähtökohta, jossa perustuslakia lähestytään ensimmäisessä vaiheessa sen lainsäätäjälle määrittämien ehdottomien rajojen kautta. Kysymyksenasettelu on tällöin, miltä osin lainsäädännön taustalla oleva poliittinen tai muu tavoite on jännitteisessä suhteessa perustuslain kanssa, ja miten tätä jännitettä voidaan suunniteltuja lainsäädäntöratkaisuja muuttamalla purkaa. Lainvalmistelulle voidaan luonnollisesti asettaa lisäksi tavoite esimerkiksi perusoikeuksien minimitason ylittämisestä tai mahdollisimman täysimääräisestä toteutumisesta, mutta kyse on tällöin poliittisten valintojen piiriin kuuluvasta toimesta, ei perustuslaista lainsäätäjälle johtuvasta velvoitteesta.

Kolikon käänöpuolena on, että perustuslain vaatimuksista voi johtua lainsäätäjälle velvollisuus ryhtyä myös uusiin lainsäädäntötoimiin, jotta tavallinen lainsäädäntö saatetaan perustuslaista johtuvien vaatimusten edellyttämälle tasolle. Tällainen tilanne voi olla edessä esimerkiksi silloin, kun lainsäädäntöön kytkeytyvät olosuhteet muuttuvat tai tuomioistuinten tai laillisuusvalvojien soveltamiskäytännössä havaitaan olennaisia puutteita lainsäädännössä. Myös tämän tarkastelun osalta oikeudellinen velvoite on tietyn perustuslain edellyttämän ”minimitason” täyttyminen, ja hallitus, eduskunta tai muut poliittiset toimijat voivat päättää asettaa valmistelulle myös tätä korkeamman (poliittisen) vaatimustason.

Perustuslaista johtuvat rajat hahmottuvat kussakin lainsäätäjän harkintavallan määrittelytilanteessa toisistaan poikkeavilla tavoilla. Esimerkiksi sosiaali- ja terveystalveluiden yksityistämisen kohdalla harkintavallan ehdottomia rajoja johtuu keskeisesti perustuslain 6 §:stä, 19 §:n 3 momentista ja 124 §:stä. Toisaalta vaikkapa tätä alalukua kirjoittaessa viimeisimmässä perustuslakivaliokunnan lausunnossa on tarkasteltu lainsäädäntöhanketta, jossa rajoja aiheutui perustuslain 10 §:n yksityiselämän suojasta ja 11 §:n uskonnon ja omantunnon vapaudesta.²⁴⁹ Tätä

249 PeVL 106/2022 vp.

edeltävässä perustuslakivaliokunnan lausuntoasiassa merkityksellinen oli puolestaan perustuslain 76 §:n 1 momentti, jonka mukaan evankelisluterilaisen kirkon järjestysmuodosta ja hallinnosta säädetään kirkkolaissa.²⁵⁰ Mainitsen nämä kaksi lausuntoa vain kuriositeettina, mutta ne ilmentävät hyvin lähtökohtaa, jonka mukaan perustuslain lainsäätäjälle asettamien rajojen luonne vaihtelee paljon, mutta rajat ovat erittäin monissa konkreettisissa lainsäädäntöhankkeissa ainakin jollain tavalla läsnä. Samoin läsnä on kuitenkin oltava asetelman, jossa lainsäätäjällä on näiden rajojen puitteissa mahdollisuus tehdä poliittisia ja yhteiskunnallisia valintoja, joiden kohdalla perustuslaki on korkeintaan yksi lainsäätäjän harkintaan vaikuttava elementti muiden joukossa. Teemaa koskevaa keskustelua on referoitu edellisissä alaluvuissa.

Perustuslain lisäksi myös unionioikeus määrittää nykyisin keskeisesti sitä toiminta-autonomian laajuutta, joka kansallisella lainsäätäjällä eri kysymyksistä on. Myös tätä dynamiikkaa on tarkasteltu edellä. Lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta ilmeistä on, että kansallisen lainsäädännön tulee olla yhteensopivaa unionioikeuden kanssa. Toisaalta voidaan myös kysyä, onko tämä oikeuden eurooppalaistumisen valossa riittävää, vai syntyykö tästä ilmiöstä myös muita rajoja lainsäätäjän harkintavallalle. Tulisiko esimerkiksi kansallisen oikeusjärjestyksen rakenteellisia ratkaisuja sovittaa yhteen unionioikeuden vastaavien kanssa? Tulisiko kansallisen lainsäätäjän pyrkiä aktiivisesti rakentamaan unionioikeudesta ja kansallisesta oikeudesta yhtenäistä oikeusjärjestystä? Tulisiko näin esimerkiksi kansallisen harkintamarginaalin käyttöön tai toisinsäättämisen mahdollisuuksiin suhtautua pidättäytyvästi, vaikka unionioikeudessa tällainen mahdollisuus annettaisiin? Kyse on nähdäkseni myös tältä osin harkinnasta, joka, samaan tapaan kuin perusoikeuksien minimitason ylittäminen, kuuluu lainsäätäjän harkintavallan piiriin, eikä ole ensisijaisesti oikeudellinen kysymys. Näin siitä huolimatta, että myös tällainen lähestymistapa voi monesti tai jopa lähtökohtaisesti olla perusteltua.

Melander on lainsäätäjän oikeuslähdeoppia hahmotellessaan nostanut arvioinnin osaksi myös sääntelyn rationaalisuuden ja koherenssin vaatimuksen. Melanderin mukaan lainsäätäjän tulisi ajatella toimivansa osana vallitsevaa yhteiskunnallista todellisuutta ja pyrkiä myös sisäisesti rationaaliseen ja johdonmukaiseen lainsäädäntöön. Lakeja säädetessä tulisi siksi ottaa oikeuslähteenä huomioon vähintäänkin olemassa oleva säänneltävään asiaan liittyvä lainsäädäntö.²⁵¹ Melander on asettanut valmisteltavan lainsäädännön tavoitteiksi muun muassa loogisen ristiriidattomuuden sekä arvo- tai moraaliperustaisen soveltuvuuden jo olemassa olevaan asiaa koskevaan oikeuteen – tältä osin kyse on lainsäädäntötoiminnassa vaikuttavasta

250 PeVL 104/2022 vp.

251 Melander 2008, s. 78.

konsistenssin ja koherenssin vaatimuksesta.²⁵² Koherenssin ylläpitämistä voidaan asemoida niin lainsäätäjän, lainkäyttäjän kuin oikeustieteen tehtäväksi.²⁵³

Tuorin mukaan oikeusjärjestyksen sisäistä loogista ristiriidattomuutta voidaan koherenssin lisäksi kutsua termillä konsistenssi, jota hän pitää jo vaativampana oikeusjärjestyksen yhtenäisyyttä kuvastavana ominaisuutena.²⁵⁴ Oikeuden sisäisestä näkökulmasta on Tuorin mukaan tärkeää, että uusi lainsäädäntö sopeutuu oikeusjärjestyksen kokonaisuuteen eikä järkytä sen yhtenäisyyttä synnyttämällä siihen sisäisiä ristiriitoja.²⁵⁵ Tuori on kutsunut koherenssia oikeudellisen argumentaation rationaalisuuden edellytykseksi.²⁵⁶ Rissanen on korostanut oikeusjärjestyksen olevan monimutkainen, dynaaminen ja jatkuvasti kasvava kokonaisuus. Tämän vuoksi on tärkeää varmistaa, että se pysyy ymmärrettävänä ja järkevänä. Vaikka kaikkia sisäisiä ristiriitoja on käytännössä mahdotonta välttää, on olennaista pyrkiä säilyttämään oikeusjärjestyksen systeeminen luonne, koska siihen liittyy koherenssin eli johdonmukaisuuden vaatimus.²⁵⁷

Koherenssin tärkeyttä korostavasta ajatuksesta on ainakin tavoitteenasetteluna helppo olla samaa mieltä. Sen merkitys korostuu entisestään monilla oikeudenaloilla ja lienee täysin keskeinen esimerkiksi rikosoikeudessa. Ajattelen kuitenkin osin Melanderin tyypittelystä poiketen, että lainsäätäjän harkintavaltaa määritettäessä on ensin tarkasteltava, miltä osin konsistenssi, rationaalisuus, koherenssi tai vastaavat erityisesti oikeustieteellisen tutkimuksen puitteissa hahmotellut käsitteet ovat lainsäätäjään kohdistuvia ja lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavia oikeudellisia vaatimuksia, ja miltä osin taas muun kaltaisen tavoitteenasetannan piiriin kuuluvia asioita.²⁵⁸

252 Ibid.

253 Koherenssia pidetään varsin yleisesti tavoiteltavana ja jopa oikeusjärjestykselle välttämättömänä erityisesti oikeusvarmuuden, ennakoitavuuden ja lainsäädännön tehokkuuden näkökulmasta, vaikka sen merkitystä on oikeustieteen piirissä myös haastettu. Ks. mm. Hakala 2022, s. 278–279; Raz 1994, s. 280.

254 Tuori 2013, s. 16–17. Käytännössä termejä koherenssi ja konsistenssi vaikutetaan käytettävän keskenään hyvin samankaltaisissa merkityssisällöissä. Koherenssin osalta keskustelua on käyty erityisesti lokaalin ja totaalisen koherenssin käsitteistä käsin, eli oikeudenalojen sisäisestä koherenssista suhteessa koko oikeusjärjestyksen koherenssiin ja toisaalta oikeusjärjestyksen eri tasojen sisäisestä koherenssista suhteessa koko pluralisoituvan, kansallisen ja eurooppalaisen oikeusjärjestyksen koherenssiin. Ks. mm. Tuori 2004, s. 1211.

255 Tuori 2013, s. 16–17.

256 Tuori 2007, s. 123.

257 Rissanen 2011, s. 36. Toteamukset poikkeavat niin sanotusta instrumentalistisesta ajattelusta, jonka mukaan lainsäädännön tehtävänä on vain tai ensisijaisesti toimia välineenä yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden saavuttamiselle.

258 Toisaalta pohdittavaksi voi tulla, miltä osin koherenssissa on kyse käytännössä tavoittamattomaksi jäävästä utopian kaltaisesta olotilasta, joka ei erityisen hyvin toimi käytännöllisenä mittapuuna lainsäädännölle. Ks. kritiikistä esim. Sampford 1989. Tuori (2003, s. 1210–1221) on kuvannut, että ainakin totaalia koherenssia on mahdoton saavuttaa ja se on myös päämääränä epäoptimaalinen: lainsäätäjän tavoitteet vaihtelevat eri aikoina ja erilaisten poliittisen suhdanteiden johdosta. Toisaalta lokaalin koherenssin tavoittelu taas voi kriitikkojen johtaa oikeusjärjestyksen lisääntyvään fragmentaatioon ja yhdenvertaisuuden vaarantumiseen.

Raitio on asemoinut oikeusvarmuuden periaatetta ja koherenssia osaksi oikeusvaltioperiaatteesta käytävää keskustelua.²⁵⁹ Niemisen mukaan oikeusvarmuudessa on kyse oikeusvaltion muodollisesta puolesta, joka on sidoksissa oikeusvaltion sisällölliseen puoleen, eli julkisen vallan velvollisuuteen turvata perusoikeuksien toteutuminen.²⁶⁰ Raition mukaan oikeusvarmuusperiaatteella on oikeusvaltioperiaatteen tavoin sekä muodollinen että aineellinen merkitys, ja oikeudellisten ratkaisuiden perusteluiden koherenssi edistää oikeusvarmuuden aineellista ulottuvuutta.²⁶¹ Samaa ajatusta voitaneen laajentaa niin, että myös lainsäädännön ja lainvalmisteluaineistojen koherenssi edistää oikeusvarmuutta sekä muodollisen että aineellisen ulottuvuuden näkökulmasta. Oikeuden sisäinen koherenssi, oli kyse sitten oikeudenalakohtaisesta lokaalikoherenssista tai oikeusjärjestyskohtaisesta totaalkoherenssista, liittyy ainaakin perustuslain 2 §:n oikeusvaltioperiaatteeseen, 21 §:n oikeusturvaperusoikeuteen sekä 22 §:n velvoitteeseen edistää perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Euroopan unionin tasolla koherenssille on annettu merkitystä oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden näkökulmasta, joiden toteutumista voidaan pitää edellytyksenä oikeusvaltioperiaatteen sekä ihmisoikeuksien ja demokratian toteutumiselle.²⁶² Euroopan neuvoston alainen Venetsia-komissio on raportissaan viitannut oikeusvarmuuteen yhtenä oikeusvaltion keskeisenä elementtinä sekä lainsäädännön ennakoitavuuteen oikeusvarmuuden osatekijänä: lakien on oltava riittävän täsmällisesti muotoiltuja, jotta niiden vaikutukset ovat ennakoitavissa ja oikeussubjektit voivat lainsäädännön pohjalta harkita käyttäytymistään.²⁶³

Myös perustuslakivaliokunta on useasti todennut, että sääntelyn selkeyteen on syytä kiinnittää huomiota perusoikeuskytkentäisessä sääntelyssä, joka koskee luonnollisia henkilöitä heidän tavanomaiseen elämäänsä kuuluvissa toiminnoissa.²⁶⁴ Lainsäädännön rationaalisuudelle ja koherenssille asemoitavaa valtiosääntöistä merkitystä tukee osaltaan sekin, että perustuslakivaliokunta on joissakin tapauksissa katsonut lainsäädännön laadun ja selkeyden kuuluvan valiokunnan arviotavaksi,

259 Mm. Raitio 2003; Raitio 2017a.

260 Nieminen 2004, s. 107.

261 Raitio 2019a, s. 62–63.

262 Hakala 2022, s. 281. EU:n politiikkatoimien kontekstissa käytetään myös vertikaalisen koherenssin, eli EU:n ja jäsenmaiden välisen koherenssin, sekä horisontaalisen koherenssin, eli EU-tason toimien koherenssin käsitettä. Kyse on kuitenkin erityisesti ulkopoliittikan kompetensseja koskevassa keskustelussa esiintyvistä termeistä, joilla on rajallisia liityntäpintoja unionioikeudelliseen keskusteluun. Ks. tästä esim. Smith 2001; den Hertog – Stroß 2013; Cremona 2008; Hakala 2022, s. 284–285.

263 European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) 2011, kohdat 44–51. Kyse ei kuitenkaan ole vaatimuksesta lainkäyttäjän oikeudellisen harkintavallan kaventamisesta olemattomiin, vaan pikemminkin kontrollimekanismeista ja lainsäädännön asettamista rajoista tuon harkintavallan käytölle. Raportin mukaan lainsäädännössä on muotoiltava harkintavallan laajuus ja sen käyttötapa riittävän selvästi, lainsäätäjällä ei saa sivuuttaa perusoikeuksia epäselvillä säännöksillä ja lainsäädännön on tarjottava yksilölle riittävä suoja mielivaltaa vastaan.

264 PeVL 41/2006 vp, s. 4; PeVL 45/2016 vp, s. 3; PeVL 81/2022 vp, kohta 30; PeVL 70/2022 vp, luku 12.

vaikka kyseisillä säännöksillä ei olisi ainakaan ilmiselvää liitääntä perus- ja ihmisoikeuksiin. Valiokunta on kiinnittänyt huomiota muun muassa sääntelyn muodostumiseen sekavaksi ja vaikeasti hahmottuvaksi sekä pitänyt tärkeänä, että sääntelyn kohderyhmän tulee kyetä soveltamaan säännöksiä ilman vaikeuksia.²⁶⁵ Valiokunta on kiinnittänyt huomiota myös sääntelyn muodostumiseen vaikeaselkoiseksi ja vaivalloiseksi.²⁶⁶ Automaattisen päätöksenteon lainsäädäntöhanketta arvioidessaan valiokunta piti valitettavana, että tiedonhallintalain muuttamista koskenut lakiehdotus oli erittäin epäselvä ja tulkinnanvarainen suhteessa hallintolain voimassa olevaan ja ehdotettuun sääntelyyn.²⁶⁷ Valiokunta totesi, että vaikeaselkoisuudella oli käsillä olevassa sääntely-yhteydessä merkitystä myös perustuslain 118 §:n mukaisen virkavastuun asianmukaisen kohdentumisen kannalta, mikä lisäksi heikkolaatuinen sääntely mahdollisesti heikensi virkamiesten oikeusturvaa.²⁶⁸ Toisen lausunnon kohdalla vaikeaselkoisuuden taas todettiin heikentävän sosiaali- ja terveydenhuollon ammattihenkilöiden oikeusturvaa.²⁶⁹ Kyse ei siis ole vain lainsäädännön laadun kritiikistä, vaan perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä asemoidaan lainsäädännön selkeydelle ja soveltamiskelpoisuudelle oikeudellista minimitasoa, jonka alittavia lakiehdotuksia ei ole mahdollista säätää.

Perustuslain, EU-oikeuden ja kansainvälisten sopimusten kokonaisuudesta lieenee hankala yleisellä tasolla paikantaa rajaa siitä, kuinka ”epäkoherenttia” esitetty uusi lainsäädäntö voi olla, jotta se vielä mahtuu lainsäätäjän harkintavallan piiriin. Lienee myös niin, että osa mahdollisista koherenssiongelmista havaitaan vasta lainsoveltamisvaiheessa.²⁷⁰ Tämän tutkimuksen näkökulmasta voidaan siis todeta, että sääntelyn koherenssi ja rationaalisuus eivät ole lainsäätäjän harkintavallan rajaajina

265 Ks. esim. PeVL 47/2006 vp, s. 2; PeVL 43/2006 vp, s. 2; PeVL 41/2006 vp, s. 2; PeVL 25/2005 vp, s. 5; PeVL 60/2014 vp, s. 3; PeVL 4/2021 vp, kohta 13; PeVL 89/2022 vp, kohta 3.

266 PeVL 17/2022 vp, kohta 3;

267 PeVL 81/2022 vp, kohta 28. Sidonnaisuuksien näkökulmasta totean olleeni asiasta asiantuntijakuultavana eduskunnan hallintovaliokunnassa.

268 PeVL 81/2022 vp, kohdat 30–33. Valiokunta lausui tiedonhallintalain muuttamisen kohdalla lisäksi varsin suorasanaisesti ehdotetun sääntelyn laadusta ja katsoi ”ongelmallisen epäselvän” sääntelytavan täsmentämisen edellytykseksi sille, että ehdotus voitiin käsitellä tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Perustuslakivaliokunta lisäksi ohjasi esityksen korjaamista toteamuksella, että perustuslainmukaisuus ei edellytä kasuistista detaljisääntelyä, vaan ehdotettua sääntelytapaa oli hallinnollisen taakan vähentämiseksi syytä muuttaa teknisestä kasuistisuudesta sääntelyn olennaisten perusteiden asianmukaiseen määrittämiseen

269 PeVL 89/2022 vp, kohta 3.

270 Todettakoon lisäksi, että tämän tutkimuksen tutkimusongelman näkökulmasta lainsäätäjän harkintavallan rajoiksi on kuitenkin määritelty yhtäältä mahdollisuus viedä lainsäädäntömuutoksia läpi tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä, mutta toisaalta tehokas oikeusvaikutus Suomen lainkäyttöalueella. Tästä näkökulmasta koherenssin puutteiden merkitys näyttäytyy myös muodossa, jotka voivat heikentää mahdollisuutta tehokkaan oikeusvaikutuksen aikaansaamista. Myös sellaiset lainsäädäntöratkaisut, joiden koherenssi- ja konsistenssihaasteet alittavat ennakkokontrollin näkökulmasta perustuslain 2 §:n, 21 §:n ja 22 §:n muodostamaan normikokonaisuuteen kytkeytyvän harkintavallan rajan, voivat lainsoveltamislanteissa johtaa näiden puutteiden vuoksi lainsäätäjän näkökulmasta ennakoinnattomiin lopputuloksiin.

merkityksettä, vaan kytkeytyvät ainakin perustuslain 2 §:n, 21 §:n ja 22 §:n muodostamaan normikokonaisuuteen, mutta niiden tarkka rooli voitane todella paikantaa vain kussakin käsillä olevissa tilanteissa erikseen. Tällainen varsin suora-viivainen lähestymistapa koherenssiin ei tarkoita, etteikö koherenssiin kytkeytyvän merkitys olisi lainsoveltamisen näkökulmasta olennainen eikä myöskään sitä, etteikö koherenssiin kytkeytyvä oikeustieteellinen keskustelu olisi muutoin mielekästä myös lainsäätäjän näkökulmasta. Kuitenkin selvänä lainsäätäjän harkintavallan rajana koherenssi näyttäytyy vain varsin poikkeuksellisesti ja koherenssin mahdollisia puutteita tai haasteita lienee usein varsin haastava paikantaa in abstracto toteuttavassa perustuslakikontrollissa tai lainsäätämisvaiheen unionioikeudellisissa arvioinneissa.

Perustuslaista, unionioikeudesta ja sääntelyn koherenssin lisäksi relevantteja oikeudellisia rajoja lainsäätäjän harkintavallalle muodostuu myös erilaisista kansainvälisoikeudellisista instrumenteista, joita on käsitelty lyhyesti edellä. Näiden merkitys vaihtelee olennaisesti, mutta nyt käsillä olevan tutkimuskysymyksen tai tähän liitännäisten tarkastelun osalta asetelmana on se, että näiden kansainvälisoikeudellisten näkökohtien harkitseminen osana lainsäädäntöprosessia voitane valtaosassa tilanteissa tehdä perustuslain ja unionioikeudellisen tarkastelun yhteydessä. Perustuslain ja erityisesti perusoikeuksien arvioinnissa on otettava huomioon koko perus- ja ihmisoikeusjärjestelmä, eli myös kansainväliset ihmisoikeussopimukset, jotka ovat kuitenkin pitkälti samansuuntaisia nykyisin jo hyvin kattavan ja täsmällisen kansallisen perusoikeusjärjestelmän kanssa. Myös eroja on, eikä perus- ja ihmisoikeustarkastelua voida rajata vain kotimaiseen perustuslakiin.

Tässä tutkimuksessa lainsäätäjän harkintavaltaa tarkasteltaessa sovellettava teoreettinen malli voidaan kiteytetysti ilmaista seuraavasti:

1. Lainsäädäntö on laadittava niin, että se täyttää perustuslaista johtuvien oikeudellisten rajojen asettamat vaatimukset, joiden päälle voidaan asettaa poliittisesti tavoitteeksi myös tällaisen minimitason ylittäminen. Perustuslaista syntyviä rajoja voi syntyä muun muassa perustuslain perusoikeusluvusta sekä perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta, perustuslakiin sisältyvistä poliittista järjestelmää, sääöstäsoa tai hallinnon järjestämistä koskevista säännöksistä, sekä muihin perustuslain lukuihin sisältyvistä säännöksistä.
2. Lainsäädäntötoimiin on ryhdyttävä, kun oikeusjärjestys alittaa perustuslaista johtuvat minimivaatimukset. Tässä valmistelussa on täytettävä perustuslaista johtuva minimitaso. Tarve valmisteluun voi syntyä muun muassa perustuslaillisesta toimeksiannosta tai perustuslakivaliokunnan toteamasta tarpeesta, olosuhteissa tai toimintaympäristössä tapahtuneista muutoksista tai tuomioistuinten tai laillisuusvalvojen soveltamiskäytännössä ilmenneestä tarpeesta.
3. Lainsäädäntö on sovitettava yhteen unionioikeuden kanssa niin, että se täyttää unionioikeudesta johtuvien oikeudellisten rajojen asettamat vaatimukset. Tässä

on huomioitava EU:n perussopimusten ja säädännäisen oikeuden lisäksi muut unionioikeuden lähteet, kuten unionioikeuden periaatteet, EU:n tekemät kansainväliset sopimukset ja unionin tuomioistuimen ratkaisut. Unionioikeuteen kytkeytyviä kansallisen lainsäätäjän oikeudellisia velvoitteita ovat mm. normikollisoiden välttäminen sekä pidättäytyminen toimista, jotka vaarantaisivat unionioikeuden tavoitteiden toteutumisen. Näiden päälle voidaan asettaa poliittisesti tavoitteeksi myös kansallisen ja EU-sääntelyn välisen koherenssin ja yhteentoimivuuden varmistaminen laajemmin.

4. Lainsäädäntö on laadittava niin, että se on yhteensopiva Suomen kansainvälisoikeudellisten sitoumusten kanssa, eli muun muassa kauppaa- ja investointisopimusten, ihmisoikeussopimusten ja muiden Suomen ratifioimien kansainvälisten sopimusten kanssa.
5. Lainsäädäntöä laadittaessa on huomioitava olemassa oleva sääntely ja unionioikeus myös laajemmin, jotta lainsäädännön koherenssin ja rationaalisuuden puutteesta ei muodostu ongelmia suhteessa edellä kohdissa 1–4 kuvattuihin harkintavallan rajoihin. Muu lainsäädännön koherenssista ja rationaalisuudesta huolehtiminen on puolestaan lainsäätäjän poliittisen harkinnan piirissä.

Tulkintani poikkeaa siis jossain määrin Melanderin tyypittelystä edellä, ja korostan tässä harkintavallan rajoja määrittävässä testissä melko vahvasti nimenomaan lainsäätäjän ”vapauden aluetta”, eli mahdollisuutta pyrkiä oikeudellisten rajojen puitteisiin mahtuviin poliittisiin ja yhteiskunnallisiin tavoitteisiin niiden luonteesta riippumatta. Pidän siksi haastavina erityisesti ajatuksia siitä, että perusoikeudet olisi otettava ”yleisesti huomioon lainsäädännön sisällöllisinä mittapuuna” tai että ”lainsäädännön tulisi mahdollisimman hyvin huolehtia perusoikeuksien toteutumisesta”.²⁷¹ Tämä on monella tapaa äärimmäisen perusteltu tavoite ja myös luonteva osa lainvalmistelulle asettavia laadullisia tavoitteita, mutta kyse ei nähdäkseni ole lainsäätäjään kohdistuvasta oikeudellisesta velvollisuudesta, vaan lainsäätäjän vapauden alueelle kuuluvasta yhteiskuntapoliittisesta tavoitteenasettelusta. Pitäisin tältä osin perusteltuna, että eroa näiden kahden asetelman välillä tehtäisiin nykyistä selkeämmin. Perusoikeusliittännäinen tarkastelu voi koskea perustuslain asettamia oikeudellisia reuna- ja viimesijaisia rajoja, mutta myös perusoikeuksiin liittyviä kysymyksiä, jotka silti jäävät lainsäätäjän harkintavallan piiriin.

Edellä kuvatun mallin voidaan ajatella noudattelevan joltain osin myös Tuorin peruslähtökohtaa oikeuden kerrostuneisuudesta sekä tästä seuraavista oikeuden itse-rajoituksista, käytännön tasolla muun muassa lainsäätäjään kohdistuvista. Näin siitä huolimatta, että iterarajoitusroolia ei tarjoamassani mallissa asemoidakaan sellaisille oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen elementeille, jotka eivät ainakin jollain

271 Vrt. Melander 2008, s. 76.

tavalla konkretisoidu oikeuden pintatasolla, eli oikeudellisina säädöksinä. Tuorin argumentaatio voitaneekin ymmärtää niin, että oikeuden kerroksellisuudesta syntyy myös muita lainsäätäjän harkintavallan rajoja, joita ei kuitenkaan tässä tutkimuksessa tunnusteta, eli lähestymistapa poikkeaisi siten jossain määrin Tuorin hahmotelmasta. Tällaisia rajoja olisi ainakin käsillä olevassa tulkinta-asetelmassa ilmeisen hankala määritellä mielekkäällä tavalla, sillä tämä vaatisi jonkinlaisen oikeuden pintatasolla operoivan muodon antamista kyseisille oikeuskulttuurista ja oikeuden syvärakenteesta johtuville rajoille, siis käytännössä lainsäätäjän harkintavallan rajaamista jollakin näiltä tasoilta perusteensa saavalla väitelauseella. Tällaisten määrittelyjen tekeminen ja muotojen antaminen kohtaisi eittämättä Tuorinkin kuvaamia legitimitetti- ja justifikaatiohaasteita. Toisaalta voidaan ajatella, että sääntelyn koherenssin ja konsistenssin vaatimuksessa on kyse juuri tällaisesta oikeuden syvärakenteesta syntyvästä harkintavallan rajasta, vaikka sen lainsäätäjää estävät vaikutukset rajoittuisivatkin vain niihin, joille löytyy ilmaisumuoto oikeuden pintatason säännöksistä, esimerkiksi perustuslain 2 §:stä, 21 §:stä tai 22 §:stä. Lisäksi eri tarkastelukohteiden kohdalla oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen luomat harkintavallan rajat voisivat konkretisoida toisin: esimerkiksi rikosoikeudessa oikeudenalan yleiset opit voivat vahvemmin rajata lainsäätäjän tosiasiallisen toimintamahdollisuuden laajuutta, ja myös sosiaalisten perusoikeuksien parissa tehtävässä tarkastelussa yleisten oppien, oikeuskulttuurin ja syvärakenteen vaikutuksia voitaisiin paikantaa näkyvämmiin, jos tarkastelua tehtäisiin esimerkiksi perustuslain 19 §:n 1 momentissa taattujen oikeuksien kontekstissa.

Lainsäädännön oikeellisuuden käsitettä hahmotellut Arajärvi tarkasteli toimeentuloturvan oikeellisuutta väitöskirjassaan 2000-luvun alussa, jolloin suuri osa sosiaaliturvaa koskevasta tavallisesta lainsäädännöstä ja tätä alemman asteisesta normistosta oli annettu ennen perusoikeusudistusta ja uuden perustuslain säätämistä.²⁷² Tällöin erityisen relevanttia oli tarkastella tätä normistoa muuttuneen perustuslain ja myös 2000-luvun alussa verraten tuoreen Suomen EU-jäsenyyden valossa. Kuten edellä Tuorin kohdalla, ajattelen tämän tutkimuksen noudattelevan osiltaan myös Arajärven oikeellisuus-käsitteen kaltaista tarkastelumallia, vaikka tutkimusten lähestymistavoissa on myös eroavaisuuksia. Arajärven ja tämän tutkimuksen välillä voidaan nähdä eroja ainakin näkökulman ja tarkastelutavan osalta. Tässä tutkimuksessa pyritään paikantamaan lainsäätäjän harkintavallan uloimpia ulkorajoja, kun taas Arajärvi pyrkii nähdäkseen muodostamaan systematisoitua kokonaiskuvaa toimeentuloturvaan kytkeytyvistä perus- ja ihmisoikeuksista ja tukemaan näiden täysimääräistä toteutumista. Arajärven mallissa olennaiseksi voi ajatella sen paikantamisen, miltä osin lainsäätäjän tulisi muuttaa lainsäädäntöä tai miltä osin lainsäädäntö ei vastaa sille Arajärven tutkimuksessa asetettua oikeellisuus-mittapuuta, kun taas tässä tutkimuksessa hahmotellussa mallissa näkökulmana on se, miltä osin lainsäätäjä voi

²⁷² Arajärvi 2002.

niin halutessaan muuttaa lainsäädäntöä ja kuinka laajaksi tai kapeaksi tämä harkintamarginaali muodostuu. Relevanttien oikeuslähteiden systematisoinnin tasolla ero ei liene olennainen, mutta yhteiskuntapoliittisesti kyse on kahdesta eriluonteisesta ilmiöstä.

Osin kuvattu näkökulmaero voi kuitenkin heijastua myös systematisointeihin, eli siihen, kuinka laajasti, suppeasti, velvoittavasti tai sallivasti kutakin perusoikeutta tulkitaan. Ajattelen Arajärven omaksuvan perus- ja ihmisoikeussopimuksista taa-tuista oikeuksista ainakin joissain kohdin varsin laajasti lainsäätäjää rajoittavan ja velvoittavan tulkinnan. Havaintoa ei tule ottaa Arajärven työtä moittivana, sillä tulkinnat eivät nähdäkseni sinänsä olennaisesti poikkea kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa 2020-luvun kontekstissakaan esitetyistä. En myöskään ole tätä havaintoa tehdessäni sijoittanut Arajärven väitöskirjaa 2000-luvun alun kontekstiinsa ja tarkastellut tulkintoja erityisesti tällöisten oikeuslähteiden varassa. Tarkoitin havainnolla kuitenkin sitä, että kullekin käsitellylle säännökselle pyritään Arajärven tutkimuksessa antamaan kokonaisvaltainen sisältö esimerkiksi kansainvälisten ihmisoikeusvalvontaelinten tai -instituutioiden aineistoihin tukeutuen, mutta tässä yhteydessä ei kuitenkaan kaikilta osin erityisen syvällisesti harkita, missä määrin perustuslain tai perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta kuitenkin johtuu joitakin lainsäätäjän harkintavaltaa laajentavia elementtejä. Näitä voisivat olla esimerkiksi julkisen talouden tilanne tai perustuslakivaliokunnan useasti toteama lainsäätäjän mahdollisuus pyrkiä yhteiskuntapoliittisesti perusteltuina pitämiinsä tavoitteisiin valitsemansa keinovalikoiman turvin. Arajärven tutkimuksessa ei myöskään kovin laajasti harkita, minkälaiseksi lainsäätäjän harkintavalta toimeentuloturva koskevan lainsäädännön muuttamisessa kokonaisuutena muodostuu, ja onko tämä oikeassa suhteessa perustuslain kokonaisuuteen, esimerkiksi demokratiaperiaatteeseen.

Arajärven mallin lisäarvona on sen kyky auttaa varmistamaan, että toimeentuloturva koskeva lainsäädäntö täyttää perustuslain ja ihmisoikeussopimusten reunaehdot. Tämän tutkimuksen kehittelemän mallin arvo taas on sen kyvyssä hahmottaa, kuinka lainsäätäjän harkintavalta muotoutuu eri oikeudellisten reunaehtojen puitteisiin.²⁷³ Toisaalta tässä tutkimuksessa noudatetun lähestymistavan puutteeksi voidaan ajatella se, että sen kautta ei mahdollisesti saada aikaiseksi yhtä kokonaisvaltaista kuvaa tarkastelun kohteesta. Se, että tässä tutkimuksessa on esimerkiksi juuri Arajärven tutkimuksesta poiketen tavoitteena hahmotella lainsäätäjän harkintavallan ulkorajoja, osaltaan vaikuttanee myös siihen otteeseen, jolla erinäisiä perustuslakiin kytkeytyviä tarkasteluita arvioidaan. Tässä tutkimuksessa omaksutun tutkimuskysymyksen kautta tutkimukseen muodostuu luontevasti eräänlainen kriittinen ote, jossa esimerkiksi jossain yksittäisessä perustuslakivaliokunnan lausunnossa tai oikeuskirjallisuudessa piirretty harkintavallan raja tai oikeuskirjallisuudessa tehty tulkinta pyritään sijoittamaan osaksi laajempaa kokonaisuutta ja arvioimaan, löy-

273 Arajärvi 2002, s. 5.

tyykö tästä kokonaisuudesta sellaisia elementtejä, jotka kokonaisuutena kuitenkin perustelevat näkemystä lainsäätäjän harkintavallan ulkorajojen sijoittumista esitettyä laiveammiksi ainakin joissain tilanteissa.²⁷⁴

Tutkimuksessa sovellettavalla mallilla on edellä todetusti ansionsa, mutta sen perusvalintoja voidaan myös perustellusti kritisoida. Samoin tämän tutkimuksen kanssa identtiseen tutkimusasetelmaan ja jopa tutkimuskysymykseen voitaisiin vastata myös toisenlaisista oikeusteoreettisista sitoumuksista käsin, jolloin myös tehtävä tarkastelu ja sen kautta nousevat havainnot voisivat poiketa tässä tutkimuksessa esitetystä. Lavapuro on osuvasti kritisoinut tällaista perinteisen oikeuspositivistiseksi asemoimaansa lähestymistapaa, jossa demokratia otetaan tämän tutkimuksen tapaan ”eräänlaisena mustana laatikkona”.²⁷⁵ Lavapuron mukaan perinteinen oikeuspositivistien oikeusajattelu ei ole juurikaan kiinnostunut demokratian sisällöstä, toteuttamistavoista eikä varsinkaan sen normatiivisten ehtojen toteutumisesta. Lavapuron mukaan perinteisen oikeuspositivistisen ajattelun näkökulmasta riittävää on, että demokratian käsite kyetään muotoilemaan niin tarkkarajaiseksi ja muodolliseksi, etteivät sen sisällölliset ja proseduraaliset ulottuvuudet pääse vaikuttamaan oikeuden sisältöihin demokraattisten menettelyjen lopputulosten ohitse.²⁷⁶

Demokraattisiin menettelyihin olennaisesti kuuluvan massamittaisen dialogin korvaaminen yksikkömuotoisella puheella ”lainsäätäjältä” samoin kuin enemmistöperiaatteen käyttö lainsäädäntövaiheen tulkintaerimielisyyksien ratkaisemiseen ovat tässä suhteessa oikeuspositivistisen oikeusideologian perusoletuksiin suoraan soveltuvia.²⁷⁷

Jotta tutkimuksen puitteissa tehtävä tarkastelu on ylipäätään mahdollista toteuttaa, ja jotta tutkimuksen aineellisoikeudellisessa osiossa tehty tarkastelu vastaisi mahdollisimman hyvin tutkimuskysymykseen, joudutaan kyseinen kritiikki ja keskustelu jossain määrin ohittamaan tässä tutkimuksessa. Käytännössä tämä tehdään määrittelemällä tutkimusongelma ja sovellettava lainsäätäjän harkintavallan teoreettinen malli niin, että lainsäätäjän toimintaa tarkastellaan pohjoismaisesta hyvinvointivaltio- ja oikeusvaltioparadigmasta käsin, eli lainsäätäjän oletetaan pyrkivän

274 Hämäläinen ja Salminen ovat edellä kuvatusta osin erillisenä mutta samaan kokonaisuuteen kytkeytyvänä hahmotelleet kehystä lainvalmistelun oikeudellisista reunaehdoista, joiden puitteissa lainsäädännön sisältöä koskeva poliittinen harkinta voi tapahtua. Hämäläinen ja Salminen katsovat puitteiden olevan linjassa niiden kriteerien kanssa, jotka Venetsia-komissio on asettanut oikeusvaltion lainvalmistelulle, ja pohjaavat ne muun muassa laillisuusvalvojien käytäntöön ja eri alemman asteiseen normistoon ja ohjaistuksiin. Edellä hahmoteltu malli keskittyy lainsäädännön sisällöllisiin kriteereihin, mutta sitä voidaan mutkattomasti täydentää myös tällaisella lainsäädäntömenettelyä ja lainvalmistelua koskevalla kriteeristöllä. Ks. Hämäläinen – Salminen 2024.

275 Lavapuro 2010a, s. 89–91; Jääskinen 2004, s. 105.

276 Lavapuro 2010a, s. 91. Musta laatikko -termin osalta ks. myös Jääskinen 2004, s. 105.

277 Lavapuro 2010a, s. 91.

toimivaan oikeusvaltioperiaatteen mukaisesti.²⁷⁸ Voimassa olevat perus- ja ihmis-oikeusnormit sekä pyrkimys toimia näiden normien asettamien uloimpien rajojen puitteissa otetaan näin ”annettuna” ja näiden sisältö pyritään selvittämään riittävän täsmällisesti, jotta lainsäätäjän harkintavallalle voidaan todeta niiden perusteella ulkorajoja. Sama pätee myös Suomessa noudatetun perusoikeuskontrollin muotoon sekä unionioikeuden sisältöön ja valvontaan.

Lavapuron ja Waldronin aiempaan tutkimukseen nojautuen asetelmaa voidaan hahmottaa myös niin, että tutkimuksessa oletetaan siinä tarkasteltavan Suomen valtiosäännön ja yhteiskunnan täyttävän eräänlaiset modernin liberaalin valtiosääntökulttuurin kriteerit.²⁷⁹ Siltä osin kun tutkimuksessa havainnoidaan normeihin kytkeytyviä prosessuaalisia näkökohtia, eli esimerkiksi lainvalmistelusta tai laillisuusvalvonnasta vastaavien viranhaltijoiden tai ennakkollista perustuslakikontrollia harjoittavan perustuslakivaliokunnan kykyä tunnistaa erilaisia ehdotetun lainsäädännön ja perustuslain mahdollisia jännitteitä, oletus on niin ikään se, että lainsäädäntöprosessin eri toimijoiden pyrkimys on näiden mahdollisimman kattavaan tunnistamiseen ja harkintaan. Jääskinen on valitun lähestymistavan kanssa samansuuntaisesti todennut, että yleisellä tasolla voidaan todeta, että demokraatialla on suhteellisen marginaalinen merkitys oikeusteoriassa ja moderni oikeusteoria näyttää suhtautuvan demokraattiseen järjestelmään todella eräänlaisena mustana laatikkona, jossa tutkimuksellisesti mielenkiintoista ei ole järjestelmän toiminta vaan sen kausaaliset seuraukset.²⁸⁰ Jääskinen kuvaa perustavansa oman tarkastelunsa tämän tutkimuksen tapaan olettamukseen, että meillä on olemassa joillakin yhteisesti hyväksyttävillä kriteereillä määritelty tapa tuottaa päätöksiä demokraattisesti. Tällaisessa lähestymistavassa ”aloitetaan” tarkastelu demokraattisten menettelyiden mukaisesti pätevästi tuotetuista ja sitä myöten pätevinä pidettävistä lopputuloksista.²⁸¹

Tutkimuksen rajauksen ja ongelmanasettelun vuoksi tämä tutkimus ei joitain vähämerkityksisiä reunahuomioita lukuun ottamatta osallistu muun muassa Hartin, Dworkin, Kelsenin, Razin, Alexyn, Aarnion, Pezzenikin tai Tuorin tuotantoon kytkeytyvään oikeusfilosofiseen tai oikeusteoreettiseen keskusteluun tunnistamis-säännöstä, sääntöjen ja periaatteiden eroista, perusnormista ja puhtaan oikeusopin normihierarkiasta, oikeuden normatiivisesta oikeutuksesta tai lain tulkintaa

278 Ks. oikeusvaltion määrittelystä ja toisaalta käsitteen monitulkintaisesta luonteesta Raitio 2017b.

279 1) Hyvin toimivat demokraattiset instituutiot, mukaan lukien yleisen äänioikeuden perusteella valittu edustuksellinen lainsäätäjä. 2) Hyvin toimiva tuomioistuinlaitos, jonka toiminta ei perustu edustuksellisuuteen ja jonka tehtävänä on ratkaista oikeudellisia riitoja sekä ylläpitää oikeusvaltiota. 3) Yksilöllisten ja vähemmistöjen oikeuksien ideaan sitoutuneet yhteiskunnan jäsenet ja julkisen vallan käyttäjien selvä enemmistö. 4) Yhteiskunnan jäsenten ja julkisen vallan käyttäjien piirissä esiintyvä pysyvä, aineellinen ja vilpittömästi ylläpidetty erimielisyys oikeuksien konkreetista sisällöstä, toisin sanoen siitä, mitä sitoutuminen oikeuksiin konkreettisesti tarkoittaa ja mitä niistä seuraa Ks. alkuperäisen tutkimuksen osalta Waldron 2006, s. 1360. Suomenkielisen käännöksen osalta Lavapuro 2010a, s. 106.

280 Jääskinen 2004, s. 105.

281 Ibid.

ja soveltamista ohjaavista oikeudellisen päättelyn säännöistä.²⁸² Tutkimuksessa sovellettavan lainsäätäjän harkintavaltaa koskevan teoreettisen mallin kautta ei myöskään päästä käsiksi tähän keskusteluun. Tutkimuksessa tai siinä esitettävässä teoreettisessa mallissa lainsäätäjän harkintavallan tarkasteluun ei myöskään kytkeydytä laajempaan oikeusteoreettiseen ja oikeusfilosofiseen keskusteluun oikeuden ja moraalien eroista ja rajoista, oikeusnormien legitimitetistä tai muuten pohdita, minkälaisia sisällöllisiä rajoja voidaan piirtää lainsäätäjän mahdollisuudelle muuttaa kansallista perustuslakia tai Suomen kansainvälisoikeudellista asemaa.²⁸³ Tutkimus ei myöskään kytkeydy oikeusteoreettisessa ja oikeusfilosofisessa keskustelussa esiintyviin ajatuksiin luonnonoikeuden vähimmäissisällöistä tai muutoinkaan ajatuksiin oikeusjärjestyksen sisällöllisistä vähimmäisvaatimuksista muutoin kuin siltä osin, kun tällaiset ajatukset kytkeytyvät tutkimuskysymyksen pohjalta tutkimuksessa harjoitettuun perus- ja ihmisoikeusnormien systematisointiin ja tähän tulkintaan kytkeytyvään ulkorajojen paikantamiseen.²⁸⁴ Tutkimusasetelma ei aseta lainsäätäjän toiminnan pätevyydelle sen kummempia mittatikkua kuin se, onko oikeusnormien määrittelemä vallankäyttöön oikeutettu orgaani – tässä tutkimuksessa tavallista lainsäädäntömenettelyä käyttävä lainsäätäjä – pysynyt toimivaltansa ja päätöksentekonsa sallitun sisällön puitteissa.²⁸⁵ Tutkimusasetelma ei näin myöskään kykene ottamaan huomioon niin sanottuja ”transformatiivisia hetkiä”. Tarkoitan tällä sellaisia tapahtumia, joiden seurauksena oikeusjärjestys tai oikeudellinen todellisuus kohtaavat asetelmia, joissa oikeuden resilienssi ja sopeutuminen kriisioloihin eivät riitä, vaan oikeusjärjestyksen keskeisiä elementtejä joko ohitetaan kokonaan tai lainsäätäjän toiminta on muutoin sen kaltaista, että sitä ei voida käsitteellistää vain tässä tutkimuksessa käytettävän oikeuden sisäisen näkökulman kautta.²⁸⁶ Tällaiseksi voitaisiin kuvitella ainakin vihamielisen valtion voimatoimet tai erittäin laaja hybridi-vaikuttaminen, laajamittainen sotatila, demokratian osittainen väistyminen, laaja yhteiskuntajärjestyksen romahdus tai eduskunnan enemmistön perustuslaista tai unionioikeudesta kokonaan piittaamaton toiminta.

Tuorin terminologiaa lainaten voidaan määritellä, että tutkimus liikkuu pääosin oikeuden pintatasolla, havainnoiden niitä oikeudellisia käytäntöjä, jotka määrittävät lainsäätäjän harkintavaltaa ja sen muodostumista 2020-luvun Suomessa.²⁸⁷ Toisaalta on selvää, kuten Tuori oikeuden tasojen koskevassa mallissa esittää, että oikeuden

282 Ks. mm. Hart 1994; Kelsen 1968; Dworkin 1977; Dworkin 1986; Alexy 1989; Raz 1994; Aarnio 1989; Tuori 2000.

283 Rautiainen 2014, s. 133.

284 Hart 1994, s. 193–200.

285 Ibid., s. 106. Vrt. esim. Arajärven oikeellisuus-käsite, ks. Arajärvi 2003.

286 Ks. teemasta mm. Lavapuro 2020; Aine et al. 2022; Salminen 2020, s. 1127–1128; Honko 2017, s. 17–23; Brunila et al. 2023.

287 Ks. mm. Tuori 2000. Tutkimus voinee tarjota aineksia joitakin aineksia myös oikeuskulttuurin tasolla tehtävään tarkasteluun, mutta tämä on eittämättä hyvin rajallista, mikä pätee vielä todettua vahvemmin myös niin sanotun oikeuden syvärakenteen tasolla.

pintatason säännökset kytkeytyvät osaksi oikeusjärjestystä ja saavat normatiivista sisältöä myös oikeuden syvatasoilta sekä päinvastoin. Sellaisten lainsäätäjän rajoitusten läsnäoloon, jotka olisivat paikannettavissa positiivisoikeudellisista perusoikeuksista, unionioikeuden oikeuslähteistä tai muista ”supernormistoista” erillisinä, ei tutkimuksessa kuitenkaan sitouduta.²⁸⁸ Kyse ei silti ole kategorisesta sitoutumisesta esimerkiksi hartilaiseen inklusiiviseen oikeuspositivismiin tai razilaiseen kovaan positivismiin tai muuhunkaan tällaisen lähestymistavan enemmän tai vähemmän onnistuneesti perustelemaan oikeusteoreettiseen tulkintakehikkoon, vaan pyrkimyksestä hahmottaa lainsäätäjän harkintavaltaa sellaisena kuin 2020-luvun suomalaisissa, eurooppalaisissa ja kansainvälisissä oikeudellisissa käytännöissä esiintyy.²⁸⁹ Tällaisella lähestymistavalla – ja tutkimuksen aiheen rajauksella sote-palveluiden tuotantotapoihin esimerkiksi palveluiden minimitasojen sijaan – pohdittavaksi ei myöskään tarvitse ottaa perusoikeuksien oikeutusta tai sitä, sisältääkö oikeusjärjestys positiivisoikeudellisen normiston lisäksi ääritilanteissa lainsäätäjää rajoittavia elementtejä, jotka ovat nimenomaan oikeudellisia eivätkä yhteiskunnallisia, filosofisia tai moraaliperusteisia. Unionioikeudellisen arvioinnin osalta tutkimuksessa ei myöskään edellä todetusti käsitellä niin sanottuja äärikysymyksiä perustuslakien ja unionioikeuden mahdollisten ristiriitatilanteiden ratkaisusta, kompetenssikompetenssista tai siitä, palautuuko unionioikeuden valtiosisäinen pätevyys viime kädessä unionioikeuteen, kansalliseen oikeuteen vai kansainväliseen oikeuteen.²⁹⁰ Korostan kuitenkin, että toisenlaisella tutkimuskysymyksellä tällaista tarkastelua ei voitaisi ohittaa. Lisäksi on selvää, että omaksuttua oikeusteoreettisemmalla tai oikeusfilosofisemmalla tutkimusotteella, tai esimerkiksi tällaisen ”spontaanin oikeuspositivistisen” lähestymistavan hylkäämällä, olisi edellä kuvatusta lähestymistavasta poiketen mahdollista tuottaa tutkimuksellista kontribuutiota myös oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen tasolla. Pidän myös tällaista tutkimusotetta hyvin relevanttina valitun tutkimuskysymyksen näkökulmasta, mutta se kuitenkin rajautuu tämän tutkimuksen ulkopuolelle ja mahdollisen jatkotutkimuksen asiaksi.

Valittua lähestymistapaa perustelee erityisesti se, että tutkimuksessa tehtävä tarkastelu ei suoraan kytkeydy esimerkiksi sosiaaliturvan vähimmäistasojen tai tarjottavien sosiaali- ja terveyspalveluiden laajuuden minimitasojen kaltaisiin tarkasteluihin, vaan nimenomaan yksityisen tuotannon hyödyntämiseen. Kyse ei tutkimuksessa ole ensisijaisesti siitä, kuinka vähän sosiaalisiin perusoikeuksiin kytkeytyviä palveluita tai etuuksia kansalaisille voidaan tarjota, vaan siitä, missä määrin niiden tarjoami-

288 Ks. supernormisto-termin osalta Pöyhönen 2003b.

289 Mm. Tuori 2000, s. 6.

290 Lähestymistapani on tältä osin samankaltainen kuin esimerkiksi Vähätalolla ja Havulla. Ks. Havu 2013, s. 31: ”EU-oikeuden velvoittavuus lähtökohtaisesti oletetaan läpi tämän tutkimuksen ilman erillistä teoreettista analyysiä.” Vähätalo 2022, s. 17: ”...lähestymistapani on kuitenkin ottaa ikään kuin annettuna näiden periaatteiden pätevyys sekä kansallisten tuomioistuinten velvollisuus noudattaa niitä.” Ks. myös Vähätalo 2022, s. 16–17.

nessa voidaan hyödyntää ulkoistamista tai yksityistämistä. Valittua lähestymistapaa voidaan perustella lisäksi sillä, että oikeusjärjestyksen hyväksyttävyyden kriteereistä tai oikeuden syvärakenteesta syntyvistä – positiivisoikeudellisista normeista erillisistä ja niissä suoraan ilmenemättömistä – legitimizeettivaatimuksista ei ole millään tavoin laajaa yhteisymmärrystä edes oikeustieteen parissa, joten lainsäätäjän harkintavallan määrittely niistä käsin olisi paitsi haastavaa, myös hankalasti perusteltavissa ainakaan tämän tutkimuksen tutkimuskysymyksen kontekstissa. Valittu tutkimusote palvelee edellä kuvattua vaihtoehtoista lähestymistapaa paremmin myös niin sanottua käytännön juridiikkaa, sillä se tuottaa laajahkoa lainopillista tietoa tutkimuskysymyksen kannalta relevanttien tulkinta-asetelmien tarkastelusta. Koska tätä tietoa luodessa on pyritty lähestymään oikeutta tavalla, jolla sitä relevanteissa oikeudellisissa käytännöissä – esimerkiksi tuomioistuinkäytännössä tai ennakkolisissa perustuslakikontrollissa – lähestytään, pitäisi tutkimuksessa tehtyjen tulkintojen lisäksi vastata hyvin näiden käytäntöjen kautta lainsäätäjälle piirtyviä tosiasiallisia rajoja. Tutkimusote voinee parhaimmillaan tarjota myös teoreettisen viitekehyksen ja mallin lainsäätäjän harkintavalta -ilmiön tarkasteluun tavalla, joka voi auttaa muiden vastaavien tulkinta-asetelmien paikantamista ja käsitteellistämistä sekä näin tukea tutkijoiden ja käytännön juristien mahdollisuuksia onnistua lainsäätäjän harkintavallan laajuuden paikantamisessa, esimerkiksi erilaisissa lainsäädäntöhankkeissa. Toisin kuin puhtaammin oikeusteoreettinen tai oikeusfilosofinen tutkimusote, valittu lähestymistapa myös kykenee kuvaamaan lainsäätäjän harkintavallan muodostumista konkreettisesti, eri oikeuden pintatasojen normien yhteisvaikutuksena, ja näin antamaan mahdollisia vaihtoehtoisia tutkimusmenetelmiä täsmällisemmän vastauksen tutkimuskysymykseen.

4. Tutkimuksen metodit ja lähdeaineisto

Tutkimuksen metodi on lainoppi eli oikeusdogmatiikka ja tutkimuksen tavoitteeksi voidaan määrittää yhteiskunnallisen ilmiön paikantaminen, määrittely ja kontekstualisointi lainopillista metodologiaa käyttäen. Kyse on *lainsäätäjän harkintavallan oikeusdogmaattisesta systematisoinnista* sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa. Vaikka tällainen lainsäätäjän harkintavallan oikeusdogmaattinen systematisointi tuskin ansaitsee itsenäisen metodin tai tutkimusstrategian nimeä, on kyse kuitenkin oikeustieteellisen tutkimuksen piirissä nimenomaisesta lähestymistavasta, jossa oikeuden systematisointia käytetään paljastamaan ja määrittelemään yhteiskuntapoliittista ja oikeudellista ilmiötä, eli *lainsäätäjän harkintavaltaa*.²⁹¹ Kyse on silti ennen kaikkea tutkimusasetelman rakentamisesta edellä kuvatun lainsäätäjän harkintavallan tarkasteluun kehitetyn teoreettisen mallin mukaisesti, ei niinkään sovelletun lainopin metodologian sisäisestä erityisyydestä. Samaa lähtökohtaa, eli lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavien oikeudellisten rajojen paikantamista, voisi luonnollisesti tehdä myös muita sektoreita tai muita lainsäätäjän tavoitteita – ei siis juuri sote-palveluja ja yksityistämistä ja ulkoistamista – koskien. Näissä tutkimuksissa systematisoitavat oikeussäännöt olisivat toiset, mutta sovellettava metodologia ja tutkimusasetelma, eli lainsäätäjän näkökulma ja poikkioikeustieteellinen toiminta-autonomian tarkastelu, olisivat tämän tutkimuksen kanssa samankaltaisia.

Tutkimuksessa tunnistetaan tutkimusongelman ja tutkimuskysymyksen näkökulmasta olennaisia oikeusnormeja ja pyritään tulkinna ja systematisoinnin keinoin rakentamaan näistä kokonaisuus, jonka kautta tutkimuskysymykseen pystytään vastaamaan. Tutkimuksen olennaista sisältöä on näin oikeudellinen systematisointi, eli oikeusnormien keskinäisten suhteiden ja sisällön määrittely tutkimuskysymyksen näkökulmasta mielekkääksi kokonaisuudeksi.²⁹² Jotta oikeussääntöjen oikeudellisesti relevantteja merkitysisältöjä voidaan ymmärtää ja soveltaa, niitä on tulkittava osana johdonmukaista oikeusjärjestelmää.²⁹³ Normien systematisointi edellyttää, että tutkimusongelman näkökulmasta relevantit ja toisaalta epärelevantit normit paikannetaan ja niiden keskinäiset suhteet määritetään. Tältä osin tämä tutkimus on siis varsin perinteistä lainopillista tutkimusta, joka kohdistuu käytännössä valtiosääntönormien ja unionioikeudellisten normien systematisointiin. Laakso on

291 Tuori on luonnehtinut lakien säätämistä oikeudellisten ja poliittisten käytäntöjen yhdistelmäksi, jossa politiikan asema on lopulta määräävä, ks. mm. Tuori 2013, s. 16–21; Tuori 2000, s. 200–205.

292 Siltala 2003, s. 368.

293 Niemi 2022, s. 1230.

kuvannut oikeusdogmatiikan tiedonintressiä normatiivishermeneuttiseksi: oikeuden ontologiassa lainoppi sitoutuu positiiviseen oikeuteen, joka normiteoreettisesti koostuu oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista, mutta näiden ohella oikeusjärjestys sisältää suuren joukon muuta normatiivista ainesta, kuten oikeudellisia peruskäsitteitä, yleisiä oppeja, oikeudellisia instituutteja ja aksiologisia elementtejä.²⁹⁴ Koskeniemen mukaan oikeuden kieli kuvaa sitä, mitä oikeus on, mutta samalla se myös luo oikeutta ja jäsentää auktoritatiivisesti ihmisten välisiä valtasuhteita.²⁹⁵

Tutkimuksessa oikeuden tulkintaa lähestytään tavoitteellisesti siten, että konkreettiseen, koko tutkimuksen tutkimuskysymyksen kautta paikannettuun oikeusongelmaan voidaan hahmottaa riittävän täsmällinen ja kattava lopputulos. Tutkimuksessa ei näin ensisijaisesti pyritä esimerkiksi uusien yleisten oppien muotoiluun tai nimenomaisten perusoikeuksien yleisemmän tason systematisointeihin. Toisaalta tutkimuskysymyksen luonteen takia tutkimuksen yhteydessä syntyy erityisesti osioissa II ja III varsin laajasti myös tällaista yleisemmän tason systematisointia. Tutkimuksen ideologinen tausta ja tutkimushankkeen lähtökohta ei kuitenkaan ole vain oikeusdogmatiikassa ja metodin tuottaman tiedon itseisarvoisuudessa, vaan oikeusdogmatiikka nähdään tutkimuksessa myös metodina, jonka kautta pystytään tarkastelemaan, määrittelemään ja kontekstualisoimaan yhteiskunnallista ilmiötä ja luomaan näin pohjaa monitieteiselle tutkimukselle.

Lainopin tai oikeusdogmatiikan metodologian osalta tutkimusote voidaan mieltää varsin oikeuspositivistiseksi.²⁹⁶ Sama oikeuspositivistinen leima on jo edellä todetusti liitettävissä myös tutkimuksen oikeus- ja yhteiskuntateoreettisiin lähestymistapoihin. Oikeuslähdeopin osalta tutkimus noudattelee Kuusiniemen terminologiaa lainatakseni ”Suomessa vallitsevaa aarniolais-peczenikläistä oikeuslähdeoppia”, jonka mukaan oikeuslähteet jaetaan velvoittavuutensa perusteella eri ryhmiin, mikä osaltaan edelleen korostaa tutkimuksen oikeuspositivistista otetta.²⁹⁷ Systematisoinnin lähtökohtana on lainsäätäjän ja myös perustuslainsäätäjän kunnioittamisensenne, ja painotan tulkinnassa oikeuslähteiden kielellistä tulkintaa systematisoinnin lähtökohtana ja pyrin välttämään liiallista tavoitelähtöisen eli teleologisen tulkinnan korostamista, joka on kuitenkin systematisoitavan normiaineksen takia välttämättä varsin olennaisessa roolissa.²⁹⁸ Esimerkiksi Raitio on kontekstualisuuden käsitte-

294 Laakso 2012, s. 69–70. Ks. myös mm. Dworkin 1977.

295 Koskeniemi 2022, s. 1016–1030.

296 Ks. teemasta esim. Jääskinen 2008, s. 95–99.

297 Kuusiniemi 2020, s. 1212–1220. Ks. oikeuslähdeopista mm. Aarnio 1989, s. 220–221; Peczenik 1995; Määttä – Paso 2019.

298 Määttä 2011; Husa 2019, s. 43–44. Ks. teemasta ja tämän tutkimuksen lähestymistapaa haastavasta argumentaatiosta esim. Syrjänen 2012. Ks. teemaan liitännäisesti Siltala 2003, s. 571–574. Klamia ja Peczenikää mukaillen lähestymistapaa voitaisiin ehkä kuvata niin, että argumentaation justifikaatiotasojen noudattaessa 1) oikeuslähteiden ja oikeuslähdeopin, 2) käsitteellisten kannanmäärittelyjen, 3) oikeusperiaatteiden sekä 4) ideologisten valintojen tasomäärittelyitä, justifikaatio pyritään kussakin tulkintakysymyksessä suorittamaan mahdollisimman matalalla tasolla (Klami 1992, s. 846). Niiltä osin

seen turvautuen korostanut, kuinka unionioikeuden tulkinnassa ei tule painottua liiaksi kielelliseen tulkintaan, vaan huomioon on otettava oikeudellinen, taloudellinen ja poliittinen realismi.²⁹⁹

Tutkimuksen lähdeaineisto muodostuu valtiosääntöoikeuden ja unionioikeuden systematisoinnissa tavanomaisista oikeuslähteistä, eli voimassa olevien oikeussääntöjen sekä näiden esitöiden lisäksi erityisesti perustuslakivaliokunnan lausunnoista sekä unionin tuomioistuimen ja unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisuksista. Eri tulkintakysymyksissä hyödynnetään myös korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuja sekä tulkinnallisesti olennaisesti pienemmässä roolissa eri valvontaelinten käytäntöä, käytännössä erityisesti Euroopan unionin komission, oikeuskanslerin, eduskunnan oikeusasiamiehen ja kilpailu- ja kuluttajaviraston ratkaisuja. Lisäksi lähteenä käytetään joltain osin myös muita sallittuja oikeuslähteitä, kuten valmisteluaineistoja, raportteja, lainsäädännön valmisteluvaiheessa annettuja asiantuntijalausuntoja sekä EU-lainsäädäntökäsittelyiden yhteydessä otettuja kantoja. Lasken myös sellaiset hallituksen esitykset ja muut esityöt, joiden säännöksiä ei ole eduskunnassa hyväksytty, sallittujen oikeuslähteiden piiriin. Perustuslakia koskevassa osiossa hyödynnetään varsin laajasti myös perustuslakivaliokunnalle annettuja asiantuntijalausuntoja, jotka ovat valiokunnan asiantuntijainstituution valtiosääntöisen roolin ja merkityksen johdosta eräänlaisia erityislaatuisia oikeudellisia asiantuntijalausuntoja. Perustuslakivaliokunnalle annettuja asiantuntijalausuntoja ei hyödynnetä systemaattisesti oikeudellisten tulkintojen perustana, vaan niitä käytetään tausta-aineistona perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön tarkastelussa. Lisäksi asiantuntijalausuntoja ja näiden välisiä eroja analysoidaan itsenäisinä oikeudellisten asiantuntijoiden tulkintakannanottoina asiantuntijalausunnoissa käsiteltävään in abstracto -tulkintakysymykseen.

Perustuslain tulkinnassa olennaisessa asemassa ovat luonnollisesti itse perustuslain sanamuodot ja perustuslain esityöt, mutta ainoastaan näiden pohjalta on ilmeisen haastavaa hahmottaa perustuslain säännösten tai esimerkiksi perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuden aineellisoikeudellista sisältöä. Siksi merkittävään rooliin nousevat perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö oikeuslähteenä sekä aiempi akateeminen tutkimus tämän lausuntokäytännön systematisoijana. Kyse ei tältä osin ole vain konkreettisiin soveltamistilanteisiin kytkeytyvästä oikeudellisesta aineksesta. Esimerkiksi Jyränki on todennut, että perustuslakivaliokunnan mietin-

kuin tulkintakysymyksiin ylipäätään tarjotaan tutkimuksessa yksiselitteisiä vastauksia, justifikaatiotasojä joudutaan kuitenkin kiipeämään, sillä kyse on perustuslain sekä muun muassa unionin oikeuden taloudellisen toiminnan käsitteen osalta varsin arvo- ja periaatelatautuneesta normiaineksesta, jota ei voida tulkita irrallaan yhteiskunnallisesta kontekstista, vaan nämä pikemminkin muodostavat säännösten keskeisen taustan ja pohjan normiaineksen ymmärtämiselle ja tulkinnalle. Tästä näkökulmasta on kyseenalaista, tuoko tämä käytännön juridiikan näkökulmasta hyödylliseksi mieltämäni Klammin ja Pezzenikin muotoilema malli lisäarvoa juuri tämän tutkimuksen puitteissa.

299 Raitio 2014, s. 519.

nöissä ja lausunnoissa kehitetään myös valtiosääntöoikeuden yleisiä oppeja, vaikka tältä osin päävastuu onkin akateemisella tutkimuksella.³⁰⁰ Kyse lienee jonkinlaisesta symbioosista. Perustuslakivaliokunta on eri hallitusten kunta-, maakunta- ja sote-uudistushankkeita käsitellessään muodostanut jopa poikkeuksellisen kattavaa tulkintakäytäntöä siitä, miten sote-palveluiden järjestämisen ja tuottamisen kannalta keskeisiä perusoikeuksia tulee arvioida. Tältä osin tulkinta-aineistoa on siis runsaasti, mutta sen sisäinen johdonmukaisuus ei ole ainakaan riidaton. Tulkinnat on muodostettu kontekstissaan, eli suhteessa kulloiseenkin hallituksen esitykseen ja sen sisältämään uudistukseen, mutta niistä löytyvillä kannanotoilla voidaan katsoa olevan myös yleistä merkitystä ja rooli perustuslain tulkinnan määrittäjänä myös konkreettisia lainsäädäntöhankkeita laajemmin.

Tässä tutkimuksessa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännölle annetaan olennaisesti heikosti velvoittavan oikeuslähteen roolia merkittävämpi tulkinnallinen asema. Tämä heijastelee myös korkeimpien oikeuksien ratkaisukäytäntöä, jossa esimerkiksi julkisen hallintotehtävän rajoja sekä muita tutkimuksen kannalta olennaisia oikeudellisia käsitteitä määritellään pitkälti perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön mukaisesti.³⁰¹ Vaikka perustuslakivaliokunnan lausunnoissa in abstracto esitetyt tulkinnat eivät siis ole in concreto lainkäytössä ehdottomia, käytännössä niiden rooli on keskeinen. Jyränki on hahmotellut ajatusta perustuslakivaliokunnan oikeuslähteopista, jossa valiokunta viittaa omaan lausuntokäytäntöönään sitä vahvemmin, mitä selvempi ja vakiintuneempi kyseistä teemaa koskeva valiokunnan lausuntokäytäntö on.³⁰² Toisaalta esimerkiksi Hautamäki on kyseenalaistanut, missä määrin oikeuslähteopin käsite on ylipäättään valtiosääntöoikeuden kontekstiin soveltuva ja pitänyt tällaista perustuslakivaliokunnan oikeuslähteoppia vaikeasti stabiloitavana.³⁰³ Selvää lienee kuitenkin, että myös perustuslain merkityksiä tulkittaessa joudutaan sitoutumaan tiettyihin kategorioihin, jotka ohjaavat tulkintaa.³⁰⁴

Ylipäättään perustuslain tulkinnasta on sen vakiintuneeseen luonteeseen nähden esitetty varsin toisistaan poikkeavia käsityksiä. Lavapuro on kritisoinut niin sanottua oikeuspositivistista lähestymistapaa, jonka mukaan oikeudesta on mahdollista saada tietoa ainoastaan tukeutumalla niihin objektiivisesti havainnoitavissa oleviin käytäntöihin, joissa oikeutta luodaan.³⁰⁵ Länsineva taas on todennut, että myös sellaiset periaatteet voivat nauttia perusoikeusjärjestelmän tarjoamaa suojaa, joita ei voida suoraan lukea perustuslain muotoiluista. Samoin perustuslain esitöiden ja syntyt historian ei tämän ajatusmallin mukaan tulisi antaa liiaksi rajoittaa dynaamisen

300 Jyränki 2003, s. 35.

301 Ks. mm. Dahlberg 2024, s. 974–979.

302 Jyränki 2003, s. 418–420.

303 Hautamäki 2002, s. 31–33.

304 Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 1198–1199.

305 Lavapuro 2010a, s. 90.

perustuslaintulkinnan mahdollisuuksia.³⁰⁶ Käytännön tasolla perustuslakivaliokunnan aiemmalla lausuntokäytännöllä on huomattava vaikutus sen myöhempiin arvioihin ja lainkäytössä perustuslakivaliokunnan lausuntoihin suhtaudutaan keskeisinä oikeuslähteinä. Tällaista lähestymistapaa noudatetaan myös tässä tutkimuksessa.

Asetelmaa voidaan määrittää myös Lavapuron mielekkäällä tavalla avaaman Hart-Dworkin keskustelun kautta: tutkimuksen lähestymistapa tuomioistuinkäytännön arviointiin vastaa läheisemmin – mutta ei täysin – Dworkinin sääntöperusteista oikeusajattelua kuin Hartin oikeuspositivismia, mutta perustuslakivaliokunnan ”ratkaisutoiminnan” arvioinnissa lähestymistapa on osin toinen.³⁰⁷ Tutkimuksessa kiinnitytään suomalaiseen ennakkolliseen perustuslakikontrolliin nähdxkseni melko luontevasti istuvaan ajatukseen, jonka mukaan perustuslakivaliokunnalla on mahdollisuus tiettyjen oikeudellisten reunaehtojen puitteissa harkita lopputulos, jonka tosiasiallinen sisältö on myös oikeutta konstituoidaa. Tässä ajattelussa perustuslakivaliokunnalle jää oikeudellisen tulkinnan ”kiperissä tilanteissa” mahdollisuus antaa perustuslaille aineellista sisältöä, joka perustuu muuhun kuin täysin puhtaasti oikeudelliseen harkintaan. Tämä lienee vastaavan lähemmin hartilaista lähestymistapaa.³⁰⁸ Kun tutkimuksessa esimerkiksi todetaan, että perustuslakivaliokunnalla lienee mahdollisuus muuttaa lausuntokäytäntöään johonkin suuntaan, on kyse juuri tällaisesta lähestymistavasta, jossa mahdollinen vaihtoehtoinen suunta saa perusteita oikeudellisesta argumentaatiosta, mutta Dworkinin kaikkivoipa Herkules-tuomari todennäköisesti päätyisi toisenlaiseen harkinnan lopputulokseen. Valintaa ei kummankaan lähestymistavan kohdalla ole tehty ensisijaisesti oikeusteoreettisena tai metodologisena valintana, vaan se on muodostunut lähinnä siksi, että nämä lähestymistavat jonkinasteisesta keskinäisestä ristiriitaisuudestaan huolimatta käsittääkseni lähimmin vastaavat yhtäältä kotimaisten ja myös unionin tuomioistuinten lähestymistapaa sekä toisaalta perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä omaksuttua lähestymistapaa.

Euroopan unionin oikeuden oikeuslähteitä jaetaan puolestaan vakiintuneesti ensisijaisiin ja toissijaisiin oikeuslähteisiin, eli primääri- ja sekundäärilähteisiin. Tärkeimpiä ensisijaisia oikeuslähteitä ovat eli Sopimus Euroopan unionista (SEU), Sopimus Euroopan unionin toiminnasta (SEUT) sekä EU:n perusoikeuskirja. Lisäksi ensisijaisten oikeuslähteiden alaan voidaan lukea ainakin Euroopan atomienergiayhteisön perustamis Sopimus (Euratom-sopimus), perussopimusten pöytäkirjat ja liitteet, jäsenvaltioiden Euroopan unioniin liittymistä koskevat sopimukset sekä

306 Lämsineva 2002, s. 97–98. Esimerkiksi Helin on kritisoinut näitä sinänsä valtiosääntödogmatiikan piirissä varsin vakiintuneita ajatuksia toteamalla, että tällöin perusoikeuksien sisältö ei näytä löytyvän oikeuslähteistä vaan yhteiskunnallisoikeudellisesta tilanteesta, mikä jättää lainkäyttäjälle liian laajan harkintamarginaalin, ks. Helin 2012, s. 23.

307 Dworkin 1977; Dworkin 1986; Lavapuro 2010a, s. 89–103.

308 Hart 1997, s. 150–154. Ks. myös Lavapuro 2010a, s. 89–103.

muut perussopimukset.³⁰⁹ Toissijaisia oikeuslähteitä ovat muut EU-säädökset, joita ovat asetukset, direktiivit, päätökset sekä suositukset ja lausunnot.³¹⁰ Säädännäisen oikeuden lisäksi myös unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä kehittyneillä oikeusperiaatteilla, kuten yhdenvertaisuusperiaatteella, oikeusvarmuuden periaatteella ja suhteellisuusperiaatteella on unionin oikeudessa erityisen vahva asema. Lisäksi niin sanotuiksi unionioikeuden heikoiksi oikeuslähteiksi tai EU-instituutioiden antamiksi soveltamisohjeiksi voidaan laskea erilaiset tiedonannot, julkilausumat sekä vihreät ja valkoiset paperit.³¹¹ Tutkimuksen ja oikeuskirjallisuuden piirissä EU-oikeuden oikeuslähteitä on systematisoitu myös edellä kuvattua monipuolisemmin, eli osittain irtautuen oheisesta muodollisesta normihierarkiasta analyttisemmän oikeuslähdeopin suuntaan. Esimerkiksi Rosas ja Armati ovat asemoineet SEU 2 artiklaan kodifoidun EU:n yhteisen arvopohjan unionioikeuden hierarkiassa ylimmälle tasolle.³¹² Raitio ja Tuominen viittaavat tähän ajatukseen EU:n arvopohjan erityisasemasta oikeuslähdehierarkiassa unionioikeuden syvärakenteeksi, johon voidaan liittää myös unionioikeuden yleiset oikeusperiaatteet.³¹³

Unionioikeuden tulkintaperiaatteet ja -käytännöt poikkeavat niin ikään kansallisen oikeuden vastaavista, erityisesti unionin tuomioistuinten ennakkoratkaisujen sekä teleologisen tulkinnan vahvan roolin osalta. Vaikka SEUT 267 artiklassa käsitelty unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisutoimivalta ei suoraan sido kuin ennakkoratkaisua unionin tuomioistuimelta pyytänyttä kansallista tuomioistuinta eikä unionin tuomioistuinta sido *stare decisis* -oppi, on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöllä tosiasiallisesti ollut vahva sitovien oikeusohjeiden luonne ja unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö on merkittävästi konkretisoinut ja täydentänyt perussopimusten tulkintaa. Raition mukaan ennakkoratkaisun sisältämä tulkintakannanotto voidaan katsoa sitovaksi oikeusohjeeksi kaikkien unionioikeutta sovelta-

309 Selvyiden vuoksi todettakoon, että edellä mainittu Lissabonin sopimus on aikaisempien perussopimusten muuttamisesta tehty sopimus. Alkuperäiset Euroopan yhteisöjen perustamissopimukset ja Euroopan unionista tehty sopimus, mukaan lukien niiden lukuisat muutokset, ovat yhä muodollisesti voimassa, mikäli niitä ei ole kumottu tai niiden voimassaolo ei ole päättynyt. Esimerkiksi Euroopan hiili- ja teräsyhteisön perustamissopimuksen (EHTY-sopimus) voimassaolo päättyi vuonna 2002.

310 SEUT 288 artikla: Asetus pätee yleisesti. Se on kaikilta osiltaan velvoittava, ja sitä sovelletaan sellaisenaan kaikissa jäsenvaltioissa. Direktiivi velvoittaa saavutettavaan tulokseen nähden jokaista jäsenvaltiota, jolle se on osoitettu, mutta jättää kansallisten viranomaisten valittavaksi muodon ja keinot. Päätös on kaikilta osiltaan velvoittava. Jos siinä nimetään ne, joille se on osoitettu, se velvoittaa ainoastaan niitä. Suositukset ja lausunnot eivät ole sitovia.

311 Weatherill 2014, s. 24–72.

312 Ks. Rosas – Armati 2018, s. 51; SEU 2 artikla: ”Unionin perustana olevat arvot ovat ihmisarvon kunnioittaminen, vapaus, kansanvalta, tasa-arvo, oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen, vähemmistöihin kuuluvien oikeudet mukaan luettuina. Nämä ovat jäsenvaltioille yhteisiä arvoja yhteiskunnassa, jolle on ominaista moniarvoisuus, syrjimättömyys, suvaitsevaisuus, oikeudenmukaisuus, yhteisvaatuu sekä naisten ja miesten tasa-arvo.”

313 Raitio – Tuominen 2020, s. 18.

vien viranomaisten toiminnassa.³¹⁴ Unionin tuomioistuin on myös viitannut omiin ratkaisuihinsa ahkerasti ja pyrkinyt ratkaisutoiminnassa johdonmukaisuuteen.

Unionioikeudessa vahvassa asemassa olevalla teleologisella tulkinnalla tarkoitetaan EU-perussopimusten tavoitelähtöistä tulkintaa, eli lähtökohtaa, jossa yksittäisten normien tulkinnassa huomioidaan vahvasti myös unionin oikeuden yleisemmät tavoitteet, kuten sisämarkkinoiden toiminnan turvaaminen.³¹⁵ Usein käytettyjä esimerkkejä teleologisesta tulkinnasta ovat muun muassa unionin tuomioistuimen tapaukset *van Gend en Loos*, *Costa v. ENEL* ja *Internationale Handelsgesellschaft*.³¹⁶ Myös tässä tutkimuksessa nojataan erittäin vahvasti unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jolla on ollut merkittävä rooli unionioikeudellisen taloudellisen toiminnan käsitteen määrittelyssä. Raition mukaan teleologisen tulkinnan korostaminen on tyypillistä monikielisessä ja periaatepainotteisessa EU-oikeudessa, jonka tulkinnat ovat sidoksissa EU:n moninaiisiin tavoitteisiin ja arvoihin, mutta teleologisen tulkinnan vaarana on toisaalta liiallinen kasuistisuus ja oikeustapauskaskeisuus.³¹⁷

Tutkimuksen tuloksia esitetään sekä osioiden II ja III yhteenvedo-luvuissa että erityisesti IV-osiossa myös kaavioiden tai kuvioiden muodossa. Kyse on myös tältä osin suoraan lainopin metodologiaan nojautuvasta kuvauksesta: kaavioihin on pelkistetty relevantit, oikeusdogmaattisen metodin avulla paikannetut ja systematisoidut kysymykset, jotka ohjaavat jonkin tarkasteltavan toiminnon sijoittumista eri regiimien piiriin. Samoin IV-osiossa käytetään kaavioita visualisoimaan tutkimuksessa tehtyä oikeusdogmaattista tarkastelua myös muilta osin. Kunkin kaavion merkitystä on pyritty selostamaan sen yhteydessä.

314 Raitio 2017a, s. 92. Ks. myös Raitio 2003, s. 86–89 ja Raitio 2005; Yhdistetyt asiat C-28–30/62 *Da Costa en Schaake*; Asia C-283/81 *CILFIT*; Asia C-453/00 *Kühne & Heitz*, kohta 28.

315 Raitio – Tuominen 2020, s. 18.

316 Asia C-26/62 *van Gend en Loos*; Asia C-6/64 *Costa v. ENEL*; Asia C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*. Tapauksessa *van Gend en Loos* unionin tuomioistuin totesi, että tulkinnassa on otettava huomioon sanamuodon lisäksi myös sopimuksen tarkoitus ja rakenne: "the spirit, the general scheme and the wording of the Treaty". Tämän teleologisen tulkinnan myötä tuomioistuin katsoi, että silloisen Euroopan talousyhteisön perustamissopimuksen artikkelilla 12 oli välitön oikeusvaikutus. Ks. *van Gen end Loos* -tapauksen taustasta mm. Rasmussen 2014.

317 Raitio 2017a, s. 119. Ks. myös Sankari 2011, jonka mukaan unionin tuomioistuin harjoittaa EU-kansalaisuutta arvioidessaan usein ensisijaisesti kielellistä tulkintaa ja vasta toissijaisesti systeemistä tai teleologista tulkintaa.

5. Tutkimuksen aineellisoikeudellisesta ja hallintopoliittisesta kontekstista

5.1. Yksityistäminen ja ulkoistaminen

Vaikka tässä tutkimuksessa ei pyritä kattavasti kuvaamaan suomalaisten sote-järjestelmien ympärillä hallinnon tutkimuksen piirissä käytyä keskustelua, sote-uudistuksen jälkeistä tai uudistuksia edeltävää sote-lainsäädännön kehikkoa eikä myöskään eri vaiheessa tehtyjä hallintopoliittisia ratkaisuja, on yleiskuvaus asiasta tarpeen, jotta myöhemmät tarkastelut asettuvat kontekstiinsa. Tutkimuksen hallintopoliittinen konteksti paikantuu erityisesti yksityistämistä, ulkoistamista ja uutta julkisjohtamista (New Public Management, NPM) koskevan tutkimuksen sekä määrittelyjen kautta.

Yksityistäminen ja ulkoistaminen ovat laajasti käytettyjä käsitteitä, mutta niiden sisältö ei ole yksiselitteinen. Jonkinlaisena yleiskielisenä johdatuksena terminologiaan voitane todeta, että *ulkoistamisella* viitataan yleensä tilanteisiin, joissa julkinen toimija hankkii jonkin palvelun tai palvelukokonaisuuden yksityiseltä tai kolmannen sektorin toimijalta. Ulkoistamisen tapoja ja malleja on useita, mutta yhteistä niille on ainakin julkisen toimijan tekemä päätös palvelun järjestämisestä oman organisaation ulkopuolella ja hankintasopimuksen sisältöön tai muihin mekanismeihin perustuva kontrolli tuotetun palvelun sisällöstä. Yleiskielisenä johdatuksena *yksityistämiseen* taas voitaisiin pitää ajatusta tehtävänsiirron pysyvyydestä esimerkiksi niin, että julkinen toimija yhtiöittää jonkin toimintonsa ja luopuu tämän yhtiön omistuksesta.³¹⁸ Kyse on kuitenkin tältä osin yksinkertaistuksesta, sillä myös julkisessa keskustelussa ulkoistamisella ja yksityistämällä viitataan välillä erilaisiin ja välillä taas täysin identtisiin asetelmiin, joille yhteistä on lähinnä yksityisen toimijan jonkinlainen rooli joko julkisen palvelun tuottajana tai julkisomisteisen yhtiön ostajana.

Akateemisen keskustelun puitteissa mutta oikeustieteellisen keskustelun ulkopuolella yksityistämisestä ja ulkoistamisesta puhutaan erityisesti talous- ja hallintotieteellisessä keskustelussa. Tässä tutkimuksessa ulkoistamista ja yksityistämistä lähestytään kuitenkin nimenomaan oikeustieteellisessä keskustelussa käytetyn terminologian kautta. Asetelma on osin ongelmallinen, kun otetaan huomioon termien yleiskielinen merkitys ja niiden erot suhteessa oikeustieteen piirissä käytettyihin merkityssisältöihin, varsinkin kun tämän tutkimuksen tavoitteena olisi osaltaan toimia keskusteluyhteyden ylläpitäjänä myös oikeudenulkoisiin akateemisiin ja yhteiskunnallisiin tarkasteluihin.

318 Oikeustieteellisessä tutkimuksessa ainakin Laurikkala 2020, s. 198, nojautuu tällaiseen erotteluun.

Yksityistämistä viime vuosituhannen lopun kontekstissa systematisoinut Rasinmäki on lähestynyt ilmiötä neljän käsitteen kautta. Näitä ovat materiaallinen, funktionaalinen, organisatorinen ja formaalinen yksityistäminen.³¹⁹ Rasinmäki viittaa yksityistämisellä toimenpiteisiin, jotka muuttavat tasapainoa julkisen ja yksityisen sektorin välillä.³²⁰ Kyse ei siis ole vain tehtävien siirroista julkisilta toimijoilta yksityisille, vaan laajemmasta ilmiöstä.³²¹

Materiaalisella yksityistämisellä Rasinmäki viittaa tilanteisiin, joissa tehtäviä on siirretty enemmän tai vähemmän pysyvästi kokonaan julkishallinnon ulkopuolelle. Esimerkkinä tästä on mainittu lomitustoimen siirtyminen kunnilta maatalousyrittäjien eläkelaitokselle.³²² Erona julkisesta tehtävästä luopumiseen, Rasinmäen terminologian mukaisessa materiaalisessa yksityistämisessä kyseisen tehtävän hoitaminen siis jatkuu yksityisen toimesta ja yksityinen on tähän esimerkiksi lainsäädännöllä velvoitettu, mutta julkisella vallalla ei säily järjestämisvastuuta eikä se määrittele tehtävän toteuttamisen käytännön tapoja tai yksityiskohtia.

Funktionaalisessa yksityistämisessä järjestämisvastuu säilyy julkisella toimijalla, mutta tehtävän käytännön toteutus annetaan yksityisen tai kolmannen sektorin toimijalle. Julkinen toimija kuitenkin valvoo tehtävää hoitavaa yksityistä ja määrittelee toiminnan keskeiset parametrit. Käytännön tasolla funktionaalinen yksityistäminen voi tarkoittaa Rasinmäen terminologian puitteissa esimerkiksi ostopalvelusopimuksia, toimilupaan perustuvaa tuotantoa tai erilaisia avustuksia, joissa asetetaan ehtoja sekä velvoitteita palveluntuottajille. Olennaista funktionaalisessa yksityistämisessä on järjestämisen ja tuottamisen erottaminen toisistaan ja nimenomaan tuottamisen siirtäminen viranomaiskoneiston ulkopuolelle, mutta järjestämisen säilyttäminen viranomaisten käsissä. Materiaalisessa yksityistämisessä myös järjestämisvastuu tai osa vastuusta siirtyy yksityiselle.

Organisatorinen yksityistäminen on sen sijaan terminä osin harhaanjohtava, sillä siinä ei ole kyse varsinaisesta yksityistämisestä, vaan pikemminkin julkisen vallan piirissä tapahtuvasta uudelleenorganisoinnista. Organisatorista yksityistämistä tapahtuu tilanteissa, joissa julkinen valta siirtää toimintojaan yksityisoikeudellisten oikeussubjektien puitteisiin, eli esimerkiksi yhtiöittää jonkin toimintonsa osakeyhtiömuotoon, mutta säilyy tämän osakeyhtiön omistajana. Kuitenkin julkisen hallintotehtävän antamista yksityiselle koskevan perustuslain 124 §:n näkökulmasta tällaisessa viranomaiselta viranomaisomisteiselle osakeyhtiölle tehtävässä siirrosta on kyse julkisen hallintotehtävän antamisesta yksityiselle samaan tapaan kuin annettaessa tehtävä toisenlaisen omistajapohjan omaavalle osakeyhtiölle, joten organisatorisen yksityistämisen käsite on tarpeen. Asetelma eroaa silti käytännössä hyvin

319 Rasinmäki 1997, s. 43–51.

320 Ibid., s. 20.

321 Ks. lisäksi mm. Tuori 1990, s. 148–149.

322 Muukkonen 2012, s. 3.

olennaisesti edellä kuvatuista muista yksityistämistilanteista, sillä julkisomisteisten osakeyhtiöiden kohdalla hoidettavan tehtävän konkreettistakin sisältöä voidaan määritellä julkisen vallan ja osakeyhtiön välillä tehtävien sopimusten lisäksi muun muassa omistajaohjauksella, joka voi tehdä suoran viranomaistoiminnan ja yhtiömuodossa järjestetyn toiminnan konkreettisista eroista hyvin vähäisiä. Samaan tapaan yleiskielisen yksityistämiskäsitteen ulkopuolelle jäänee Rasinmäen jaottelussa esiintyvä formaalinen yksityistäminen, joissa on kyse eräänlaisesta yksityistämisen periaatteiden soveltamisesta julkisen hallinnon sisällä, eli yksityisen sektorin toimintaperiaatteiden, kuten taloudellisten ohjausmekanismien ja johtamisjärjestelmien, omaksumista osaksi hallinnon toimintaa. Käytännön tasolla Rasinmäki katsoi 1990-luvun puolivälin kontekstissa, että materiaallinen yksityistäminen ja sen tarkoittama tehtävien ja omaisuuden täydellinen yksityistäminen on oikeusjärjestyksen puitteissa harvoin mahdollista. Sen sijaan funktionaaliseen, organisatoriseen ja formaaliseen yksityistämiseen jää laajempia mahdollisuuksia.³²³ Rasinmäen jaottelua on käytetty myös myöhemmässä tutkimuksessa.³²⁴

Vielä Rasinmäkeä aiemmin yksityistämisen käsitettä on oikeustieteellisen tutkimuksen piirissä määritellyt ainakin Tuori.³²⁵ Myös Tuori käyttää yksityistämisen käsitettä hyvin laajassa merkityksessä ja ainakin sen 2020-luvun kontekstin yleiskielisestä sisällöstä poikkeavalla tavalla. Tuorin mukaan yksityistämisellä voidaan ensinnäkin tarkoittaa markkinamekanismien omaksuntaa julkisen palveluiden tuotantoon sekä hallinnon sisällä että siirrettäessä tehtäviä yksityisille. Tuorin käsitteenmäärittely pitää siis sisällään kaikki neljä Rasinmäen yksityistämislajia, myös hallinnon sisällä ja ilman yksityiselle tapahtuvia tehtäväsiirtoja syntyvän formaalisen yksityistämisen. Tässä määrittelyssä yksityistäminen on eräänlaista julkisten palveluiden altistamista markkinamekanismeille riippumatta siitä, minkä instanssin sisällä tai toimesta palveluja järjestetään. Tämän lisäksi yksityistämiskäsitteen piiriin kuuluvat kuitenkin Tuorin esityksessä myös yksilöllisen omavastuun korostaminen sekä ajatukset sosiaali- ja terveyspalveluiden väistymisestä ja siirtymisestä lähipiiriin sekä avoimen kansalaistoiminnan kautta järjestyvään hyvinvointiyhteiskuntaan. Tuorin käsite on ollut olennainen muun muassa Rasinmäen ja tätä myöhempien yksityistämisen määrittelyjen kannalta, mutta sen laajuus, täsmentymättömyys ja toisaalta sen ikään kytkeytyvä syntyhistoria täysin toisenlaisesta yhteiskunnallisesta kontekstista tekee sen käyttökelpoisuudesta nykypäivänä rajallista.

Ulkoistamisen käsitettä on oikeustieteellisessä tutkimuksessa käyttänyt muun muassa Sutela, joka on määritellyt ulkoistamiseksi julkisyhteisön toimen, jolla se siirtää aiemmin itse hoitamansa toiminnon ulkopuolisen hoidettavaksi.³²⁶ Rasinmäen

323 Rasinmäki 1997, s. 24.

324 Ks. mm. Pölönen 2012; Muukkonen 2012.

325 Tuori 1990, s. 148–149.

326 Sutela 2003, s. 13.

terminologian puitteissa asetelma vastaisi tilanteesta riippuen joko materiaalista tai funktionaalista yksityistämistä. Raitio taas on sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistusta arvioidessa käyttänyt yksityistämisen ja yhtiöittämisen käsitteitä, joista jälkimmäisellä hän viittaa tehtävien siirtämiseen julkisomisteiseen osakeyhtiöön.³²⁷ Heuru, Mennola ja Ryyänen ovat kuntakontekstissa todenneet, että yksityistämisen käsitteellä tarkoitetaan yleensä joko toiminnan organisaatiomuodon muuttamista julkisoikeudellisesta yksityisoikeudelliseksi, tehtävien hoidon edellyttämien palvelujen hankkimista yksityiseltä sektorilta sekä ennen kaikkea julkista tehtävää palvelevan omaisuuden luovuttamista yksityisoikeudelliseen omistukseen, jolloin myös omaisuuden kytkeytyvä tehtävä siirtyy ulkopuoliselle taholle. Laajasti ymmärrettynä toiminnan yksityistämistä on heidän mukaansa myös yksityisen sektorin toimintaperiaatteiden omaksuminen.³²⁸

Yleisemmällä tasolla ja myös oikeustieteen ulkopuolisia määritelmiä tarkasteltaessa yksityistämisen ja ulkoistamisen käsitteet ovat saaneet eri vaiheissa osakseen hyvin monenlaisia ja keskenään ristiriitaisiakin määrittelyitä. Esimerkiksi Salminen on jakanut yksityistämisen jopa kuuteen erilaiseen tarkastelukulmaan ja todennut, että oikeastaan yksityistämisen on kussakin tarkastelussa määriteltävä erikseen, sillä termin merkityssisältö on täsmentymätön.³²⁹ Salmisen tarkastelukulmien kautta yksityistäminen voi olla ainakin julkisen omaisuuden myyntiä, julkisen sektorin koon pienentämistä esimerkiksi palvelutarjoamaa kaventamalla, deregulaatiota, markkinamekanismien ja yksityisen sektorin toimintatapojen tuomista mukaan julkisen hallinnon järjestämiseen, palveluiden ostamista yksityisiltä toimijoilta, hallinnon uudelleenorganisointia tai julkishallinnon täydellistä vetäytymistä jonkin palvelun tuotannosta.

Tämä tutkimus kiinnittyy osaltaan aiempiin yksityistämistä ja ulkoistamista koskeviin tarkasteluihin, mutta tutkimuksessa ymmärretään sekä yksityistäminen että ulkoistaminen jossain määrin kapeammin. Rasinmäen määritelmien kautta asiaa lähestyttäessä tutkimusintressien ulkopuolelle rajautuvat ainakin formaalinen yksityistäminen ja jossain määrin myös organisatorinen yksityistäminen. Kun tässä tutkimuksessa käytetään termiä yksityistäminen tai ulkoistaminen, viitataan Rasinmäen jaottelun mukaisesti siis materiaalliseen ja funktionaaliseen yksityistämiseen, eli tehtävien siirtämiseen ulkopuolisen, yksityisen oikeussubjektin hoidettavaksi. Lisäksi tutkimuksessa käytetään käsitettä julkisten palveluiden yksityinen tuotanto. Kyse on nähdäkseni tarkemmasta ja yleiskielisemmästä kuvauksesta käsillä olevasta asetelmasta – palvelu on sen käyttäjän näkökulmasta edelleen julkinen, mutta palvelun tuottamisesta vastaa yksityistämisen tai ulkoistamisen myötä yksityinen oikeussubjekti. Tutkimus on siis kiinnostunut nimenomaan tehtävien ja toimintojen

327 Raitio 2017a, s. 25.

328 Heuru et al. 2008, s. 219.

329 Salminen 1993, s. 151–153.

siirroista aidosti yksityiselle toimijalle, ei vain julkisen omistamalle yksityiselle oikeussubjektille, eikä muutoinkaan julkishallinnon omassa toiminnassa tapahtuneesta markkinaehtoistumisesta tai yksityiselle sektorille tyypillisten toimintatapojen omaksumisesta.³³⁰ Nämä toimet eivät siis kuulu tämän tutkimuksen omaksuman yksityistämis- tai ulkoistamiskäsityksen piiriin. Toisaalta monet tässä tutkimuksessa esitetyt tulkinnot olisivat relevantteja myös organisatorisen yksityistämisen tilanteissa, eli esimerkiksi julkisyhteisön yhtiöittäessä jonkin tai joitakin toimintojaan.

Keravuori-Rusanen on lisäksi systematisoinut luonteeltaan toisistaan poikkeavia julkisia tehtäviä hoitavia yksityisiä sekä näihin liittyviä oikeudellisia järjestelyitä hallinnon yksityistämisen sekä välillisen julkisen hallinnon muotoutumisen käsitteillä.³³¹ Kyse on jälkimmäisessä ollut monesti eräänlaisesta ”vailla lähdettä” tapahtuneesta yksityistämisestä, jossa sinänsä julkisten hallintotehtävien tai ainakin julkisten tehtävien piiriin laskettavia toimintoja on Suomessa vakiintuneesti ja eri syistä hoidettu yksityisen oikeussubjektin toimesta. Tästä eriyvänä voidaan paikantaa asetelma, jossa aiemmin julkisen hoitamia tehtäviä on siirretty tai siirtynyt yksityisen hoidettavaksi. Sinänsä näiden kahden asetelman valtiosääntöoikeudellinen tarkastelu on päällisin puolin melko yhtenäistä, mutta hallintopoliittisena ilmiönä kyse on erillisistä ja eri aikakausina tapahtuneista kehityskuluista.

5.2. Uusi julkisjohtaminen (NPM) oikeustieteellisessä tutkimuksessa

Varsinaisen hallinnossa tapahtuneen yksityistämisen ja ulkoistamiskehityksen taustalle voidaan paikantaa paitsi käytännöllisiä näkökohtia, myös laajempaa hallintopoliittikan ja hallinnon järjestämistapojen murrosta, jota erityisesti hallinto- ja valtiotieteellisen tutkimuksen piirissä kutsutaan termillä New Public Management (NPM) sekä ajoittain myös ajattelumallin evoluutiota kuvaavalla post-NPM -termillä.³³² NPM ja post-NPM ajattelun voidaan molempien katsoa korostavan julkishallinnon tehokkaaseen järjestämiseen ja yksityisen sektorin terminologian sekä toimintatapojen omaksumiseen liittyviä näkökohtia. Yksi osa tätä on yksityisen sektorin vahvempi mukaan ottaminen julkisten palveluiden tuotantoon sekä yksityisen sektorin toimintatapojen omaksuminen hallinnon omassa toiminnassa. NPM-ajat-

330 Yksityistämisen ja ulkoistamiskehityksen taustalle voidaan paikantaa paitsi käytännöllisiä näkökohtia myös laajempaa hallintopoliittikan ja hallinnon järjestämistapojen murrosta, jota erityisesti hallinto- ja valtiotieteellisen tutkimuksen piirissä kutsutaan termillä New Public Management (NPM) sekä ajoittain myös ajattelumallin evoluutiota kuvaavalla post-NPM-termillä. NPM on ollut laajan tutkimuksellisen mielenkiinnon kohteena niin Suomessa kuin kansainvälisesti. Ks. suomalaisesta kontekstista mm. Lähdesmäki 2003.

331 Keravuori-Rusanen 2008, s. 44.

332 NPM on ollut laajan tutkimuksellisen mielenkiinnon kohteena, ks. mm. Lähdesmäki 2003. NPM- ja post-NPM erottelun lisäksi samaan teemaan kytkeytyväksi mutta painotuksiltaan poikkeaviksi voidaan laskea myös termi New Public Governance (NPG).

telun rooli suomalaisen julkishallinnon kehityksessä on ollut merkittävä.³³³ NPM:n kulta-aika voidaan paikantaa 1900-luvun viimeisille vuosikymmenille ja erityisesti anglosaksiseen maailmaan. Tänä aikana monet valtiot toteuttivat uudistuksia, jotka olivat pitkälti yhteneväisiä NPM:n ihanteiden ja oppien kanssa.³³⁴ Lähestymistavan alkulähteiksi on kuvattu ajatusta, jonka mukaan monopolit ja suuret julkiset byrokratiat olivat tehottomia, ja tästä syystä oli välttämätöntä siirtyä kohti ketterämpiä ja kilpailukykyisempiä julkisia organisaatioita.³³⁵ NPM-ajatteluun on myös sisäänrakennettu tiettyjä ristiriitoja: toisaalta NPM korostaa usein hajauttamista ja toisaalta keskittämistä. Samaan aikaan siinä vaaditaan suurempaa autonomiaa hallinnolle ja keskushallinnolle kykyä tehokkaampaa valvontaa. Yhtälöä ei ole helppo ratkaista.³³⁶

NPM-ajattelua ei tule redusoida vain yksityistämis- ja ulkoistamisohjelmaksi, vaikka myös tämä näkökulma kytkeytyy vahvasti NPM:ään. Suuntauksen liittyviä perusajatuksia ovat kuitenkin myös hallinnon hajauttaminen, hallinnon eristäminen suorasta poliittisesta valvonnasta, hallintojohtajien autonomian laajentaminen sekä uusien, yksityiseltä sektorilta johdettujen epäsuorien hallintomuotojen käyttöönotto.³³⁷ Suomalaisen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän kontekstissa NPM:ää tutkinut Jylhäsaari on määritellyt NPM:n perusmallin keskeiseksi elementeiksi erilaiset markkinamallit sekä managerialismin ja sopimuksellisuuden.³³⁸ Oikeustieteellisen tutkimuksen puitteissa NPM-kehitystä on peilattu esimerkiksi virkavastuuseen ja virkarikostuomioiden perusteluihin.³³⁹

NPM:n painopiste on muuttunut vuosikymmenten aikana, ja jotkut tutkijat puhuvat jopa ensimmäisen ja toisen sukupolven NPM:stä sekä laajemmin käytetystä NPM:n ja post-NPM:n erottelusta.³⁴⁰ Organisaatioiden suorituskyvyn parantaminen ja markkinaperusteisten toimintamallien kehittäminen olivat 1980-luvun lopulta 2000-luvun alkuun keskeisiä NPM-uudistusten oppeja. Toisen sukupolven NPM:ssä puolestaan korostetaan vahvemmin palveluntuottajien kumppanuutta ja yhteistyötä.³⁴¹ Lähdesmäen mukaan Suomen julkista sektoria on 1900-luvun lopussa sekä 2000-luvulla uudistettu NPM-ajattelun oppien kanssa yhteensopivalla tavalla. Suomi on ollut eräänlainen pohjoismainen mallimaa NPM-uudistuksissa.³⁴² On kuitenkin huomattava, että NPM-uudistusten malli ei ole ollut täysin selkeä tai johdonmukainen sen enempää Suomessa kuin muuallakaan. Hallintojärjestelmien lähentyminen ei ole läheskään täydellistä, vaikka monet maat ovat ainakin jossain

333 Ks. esim. Tiili 2008.

334 Ks. NPM:stä laajasti mm. Pollitt – Bouckaert 2011.

335 Mm. Andrews – Van de Walle 2013.

336 Lähdesmäki 2011, s. 81.

337 Mykkänen – Virtanen 2020.

338 Jylhäsaari 2009, s. 62.

339 Mansikka – Niemi 2017.

340 Ks. esim. Christensen – Laegreid 2007; Christensen – Laegreid 2008.

341 Lähdesmäki 2011, s. 81–82.

342 Ibid., s. 78.

määrin reagoineet NPM:n ajatuksiin omissa pyrkimyksissään uudistaa julkishallintoa ja julkista johtamista.³⁴³ Maiden ja niiden hallintojärjestelmien väliset erot ovat edelleen merkittävässä asemassa, ja monet hallinnot ovat todellisuudessa omaksuneet jonkinlaisen hybridimallin.³⁴⁴ Myös Suomessa NPM-suuntaus on hiljalleen muuttanut muotoaan ja suomalaisen hallintopolitiikan painopiste on siirtynyt hajauttamisesta ja toimeenpanovallan autonomian lisäämisestä kohti keskushallinnon koordinointi- ja ohjauskeinojen varmistamista.

NPM:ää kohtaan on esitetty myös kritiikkiä. Suuntausta on kritisoitu esimerkiksi siitä, että se pyrkii tarjoamaan yleispäteviä ratkaisuja johtamisongelmiin ja ihannoii yksityisen sektorin johtamismalleja. Julkisen sektorin organisaatioiden on NPM:n seurauksena ajateltu kohtaavan suuren muutoksen, jonka merkitystä ei vielä täysin ymmärretä. Muutoksen myötä organisaatioiden on katsottu luopuvan perinteisestä hallinnollisiin yksiköihin perustuvasta rakenteesta ja kehittävän sen sijaan dynaamisia, kokonaisvaltaisia strategioita, joilla ne pyrkivät saavuttamaan optimaalisen vaikutuksen toiminta-alueellaan ja muokkaavat samalla organisaatiomallejaan prosessikeskeisemmiksi.³⁴⁵ Yksi kritikoiden keskeisistä argumenteista on ollut, että julkisjohtamisen malleja on edelleen kehitettävä. Tässä usein post-NPM:ksi nimittävässä lähestymistavassa painotetaan esimerkiksi innovointia ja yrittäjämäistä lähestymistapaa julkisen sektorin kontekstissa sekä etiikkaa ja korruption ehkäisyä.³⁴⁶ Sen sijaan, että ajattelutapa vain korvaisi NPM:n, post-NPM:n uudistuksissa korostetaan koordinointia ja yhteyksiä eri hallinnon tasojen välillä. Tässä uudelaaisessa hallintopoliittisessa suuntauksessa, jossa on keskitytty aiempaa enemmän koordinaatioon ja koheesioon, ei kuitenkaan yleisesti ottaen ole pyritty purkamaan NPM-uudistusten piirteitä, vaan soveltamaan niitä uudella tavalla.³⁴⁷ Post-NPM:n ohella tätä hallintopolitiikan suuntausta on toisinaan nimitetty termeillä New Public Governance, Joined-up-Government ja Whole-of-Government. Petersin mukaan NPM on lisännyt tehokkuutta mutta myös monimutkaisuutta, ja se on jossain määrin tapahtunut julkishallinnon poliittisen valvonnan mahdollisuuksien kustannuksella.³⁴⁸ Peters on arvioinut, että myös pyrkimykset voimaannuttaa julkishallinnon yksittäisiä toimijoita ovat ohjanneet kehitystä tähän suuntaan. Tämän tyyppisen rakentavaksi luokiteltavan kritiikin lisäksi NPM:ään on kohdistunut myös laajasti muuta kritiikkiä, josta osa on ideologisempaa ja vastustaa yksityisen sektorin käytäntöjen tuomista julkiselle sektorille ylipäätään.³⁴⁹

343 Ks. mm. Peters 2011.

344 Christensen – Laegreid 2007, s. 8.

345 Virtanen – Wennberg 2005.

346 Ks. mm. Temmes 2008; Lane 2008; Lane – Wallis 2009; Andrews – Van de Walle 2013.

347 Mykkänen – Virtanen 2020.

348 Peters 2011, s. 20–26.

349 Ks. kritiikistä esim. Denhardt – Denhardt 2011, s. 25–43; Siltala 2013; Kulovaara 2016; Alasuutari 2017.

Tämän tutkimuksen kannalta olennaista on, että NPM- ja post-NPM-ajattelun voidaan myös osaltaan katsoa vaikuttaneen siihen, että julkisia sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamiseen kytkeytyviä tehtäviä on erityisesti 1990- ja 2000-luvulla siirretty yksityisten tuottajien hoidettavaksi.³⁵⁰ Sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityisen tuotannon osuus on ollut suurempaa sosiaalipalveluiden kohdalla, kuten päihdehuollossa sekä vammaisten ja ikääntyneiden asumispalveluissa.³⁵¹ Terveystieteiden puolella yksityisen osuus on puolestaan ollut pienempää. Nykäsien mukaan kehitys on ilmentänyt NPM-ajattelua, jonka mukaan julkista hallintoa voidaan parantaa ja tehostaa painottamalla markkinoiden merkitystä, mutta kehityksen taustalla on tämän lisäksi muitakin syitä.³⁵² Nykänen listaa yksityisten palveluntuottajien käytön perusteluiksi muun muassa tehokkuuden, joustavuuden ja vaihtoehtojen hakemisen sekä kustannusten ennakoinnin ja hallinnan, minkä lisäksi palvelujen ulkoistaminen on voitu myös nähdä keinona säilyttää palvelut lähellä. Osa tuotantomalleista on ollut myös uudenlaisia, yksityisen ja julkisen tuottajan yhteisiä, joiden kautta on tavoiteltu molempien tuotantotapojen etuja.³⁵³

NPM-ajattelun tuoman muutoksen laajuudesta ja merkityksestä on tieteenalojen ja tutkijoiden välillä hieman toisistaan poikkeavia näkemyksiä. Kun esimerkiksi talous- tai hallintotieteellisessä tutkimuksessa – ja nyt maalaan melko suurella pensselillä – vaikutetaan lähestyvän teemaa monesti sen käytännön toteutuksen, todellisten tai potentiaalisten hyötyjen sekä palveluiden mitattavissa olevan laadun kautta, on muun muassa valtio- ja oikeustieteellisen tutkimuksen piirissä liitetty kehitykseen luonteeltaan periaatteellisempia kysymyksiä. Esimerkiksi Muukkonen on arvioinut, että viime vuosikymmeninä suomalainen julkishallinto on käynyt läpi merkittävän rakennemuutoksen, jossa virkamieshallintoperiaatteeseen perustuneesta hallinnon järjestämisestä ja palvelujen tuottamisesta ”omana työnä” on asteittain luovuttu samalla ja yksityiseen sektoriin nojaavat palveluntuotantomallit ovat tulleet jäädäkseen.³⁵⁴ Komulaisen mukaan kuntien roolissa on 2000-luvulla vahvistunut muutos, jossa kuntien tehtäväksi asettuu erityisesti palveluiden järjestäjän mutta ei niiden tuottajan rooli.³⁵⁵ Kuvaukset lienevät osuvia ainakin joidenkin toimintojen kohdalla, mutta samalla suomalaista julkishallintoa järjestetään edelleen hyvin laajasti suoraan viranomaisten omana toimintana, minkä lisäksi erilaiset in-house-yhtiöjärjestelyt tai muut julkisomisteiset mutta yksityisoikeudelliset palveluiden järjestämismuodot ovat hyvin yleisiä.

350 Jylhäsaari 2009. Ks. lisäksi esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon uudistusten dokumentteja analysoinut opinnäytetyö Vironen 2015. Sote-palveluiden lisäksi julkisten ja yksityisten välisten sopimusten rooli on ollut merkittävä muillakin hallinnonaloilla. Ks. mm. Paunio 2010, s. 10; Sarja 2010, s. 20.

351 Lith 2013, s. 8. Yksityisestä tuotannosta lastensuojelun palveluissa ks. tarkemmin Porko et al. 2018.

352 Nykänen 2020, s. 432.

353 Ibid. Ks. teemasta myös Virtanen et al. 2016.

354 Muukkonen 2012, s. 2.

355 Komulainen 2010, s. 9.

Toisaalta NPM-ajattelun voidaan katsoa vaikuttaneen myös viranomaistoiminnan sisällä esimerkiksi organisaatorakenteiden muutoksena tai vaikkapa palvelu- ja asiakkuusajattelun vahvistumisena. Useat ja mahdollisesti yhä useammat kansalaiset myös saavat julkiseksi mieltämänsä palvelua yksityisen palveluntuottajan tuottamana ja niin, että palvelun antamisesta vastaava henkilöstö tai osa siitä ei ole viranhaltijoita hallinto-oikeudellisen systematiikan tarkoittamalla tavalla.³⁵⁶ Tutkimuksen piirissä on ajoittain kiinnitetty huomiota siihen, että tähän muutokseen ja palveluja saavan kansalaisen oikeusasemaan siitä seuraaviin muutoksiin ei ole kiinnitetty ainakaan riittävää huomiota. Muokkosen mukaan julkisen ja yksityisen suhde on myös edellä kuvatuissa konkreettisissa asiointitilanteissa mielletty erityiseksi, ja hyvän hallinnon vaatimusten kautta viranomaistoiminnalle on määritelty eräänlaisia ”laatuksiteereitä”, kuten hallinnon oikeusperiaatteita, esteellisyysnormeja ja määräaikoja, jotka eivät välttämättä ole vastaavalla tavalla läsnä yksityisissä palveluissa.³⁵⁷ Keravuori-Rusanen on puolestaan kiinnittänyt huomiota 1900-luvun loppupuolella ja 2000-luvulla tapahtuneeseen muutokseen käsityksissä julkisesta hallinnosta ja virkamiesten roolista, kun aiemmin viranomaisille kuuluneita tehtäviä on siirretty yksityisten hoidettavaksi. Keravuori-Rusanen paikantaa siirtojen taustalle erityisesti pyrkimyksen kohti julkisten palveluiden laadukkaampaa ja joustavampaa tarjontaa. Hän kuitenkin toteaa, että tällaisilla siirroilla on erityistä oikeudellista merkitystä, eikä julkisten hallintotehtävien laajamittaista organisointia viranomaisten ulkopuolelle voida tarkastella ainoastaan käytännöllisten näkökohtien, kuten tehokkuuden kautta. Näin on erityisesti silloin, kun siirroilla on merkitystä yksityisten oikeussubjektien asemaan.³⁵⁸ Pölönen on todennut, että perustuslain 124 § ja sen tulkintaa käsittelevät ratkaisut muodostavat oikeudellisen tulkintajatkumon, joka välittää suomalaisen perustuslainsäätäjän määrittämiä keskeisiä arvovalintoja oikeuskulttuuriimme. Ulkoistamisen järkevyydestä ja poliittisesta tarkoituksenmukaisuudesta riippumatta päätöksenteossa ei voida sivuuttaa valtiosääntöisiä tulkintoja, ja ulkoistukset on perusteltava valtiosääntöisesti kestäväällä tavalla, jos poiketaan tulkintajatkumosta. Pölösen mukaan julkishallinnon organisaatiouudistuksia tehtäessä on tärkeää tuntea vastuunsa tunnistaa valtiosääntöiset reunaehdot ja pohtia niitä etukäteen.³⁵⁹

Koivisto on katsonut, että toimeenpanon monopoli oikeudellisesti määriteltynä hallintona on kyseenalaistunut, mutta sekä perinteinen lakia toimeenpaneva hallinto että kumppanuus- tai sopimussuhteet ja muut horisontaalista oikeussuhdetta muistuttavat oikeussuhteet tulevat arvioitaviksi vain tiettyjen, perustuslain sallimien

356 Ks. esim. Husa – Pohjolainen 2008, s. 67–69; Hirvonen – Mäkinen 2006, s. 48 ja 371.

357 Muokkonen 2012, s. 3.

358 Keravuori-Rusanen 2008, s. 490–493.

359 Pölönen 2012, s. 1167.

käsitteellisten kehikkojen läpi.³⁶⁰ Koiviston mukaan hallinnon moderneja trendejä edustavat muun muassa ulkoistaminen, yksityistäminen, tulosohjaus, tilaaja-tuottajamalli, julkisten hallintotehtävien hoitaminen yksityisoikeudellisessa muodossa, rakenteelliset uudistukset, sääntelyn purkaminen, itseohjausmekanismit, soft law ja viranomaisille osoitetut käytöskoodit sekä eurooppalainen ja ylikansallinen hallinto.³⁶¹ Kehitystä voi kuvata julkisen ja yksityisen vallan välisen suhteen sekoittumiseksi, mikä aiheuttaa tulkintaongelmia ja hämmennystä, sillä mainitut ilmiöt eivät saumattomasti heijastu perustuslaista tai perustuslakiin.³⁶² Kyse on hallintopoliitiikan kentällä syntyneistä ja oikeudelliselta luonteeltaan täsmentymättömistä kehityskuluista.

Toisaalta keskustelua voidaan tältä osin pitää myös lähinnä oikeustieteen sisäisenä. Vaikka julkisuudessa on esimerkiksi sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla ajoittain käsitelty esimerkiksi yksityisten hoivakotien tai muiden sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajien vakaviakin laiminlyöntejä, ovat eri yksityistämistä ja ulkoistamista tarkastelleet selvitykset yleensä antaneet kansalaisten asiakastyytyväisyydestä ja toisaalta kustannuskehityksestä varsin positiivisen kuvan. Puhtaasti käytännöllisesti katsoen ei siis voitane yksityisen julkisten palveluiden tuotannon seurauksena paikantaa ainakaan valtavaa ja konkreettista yksityisen oikeusasemassa tapahtuvaa muutosta – varsinkin kun eri laillisuusvalvojien toimivaltaa sekä hallinnon yleislakien soveltamisalaa on pyritty laajentamaan myös julkisia tehtäviä hoitaviin yksityisiin, vaikka tähän onkin ajoittain liittynyt haasteita ja jännitteitä.

NPM-viitekehityksen kautta määriteltynä tämä tutkimus on siis kiinnostunut NPM-ajatteluun kytkeytyvän yksityistämisen ja ulkoistamiskehityksen oikeudellisista rajoista sekä tämän kehityksen jännitteestä suhteessa kansalliseen perustuslakiin sekä unionioikeudelliseen taloudellisen toiminnan käsitteeseen. Tutkimuksella on näin tartuntapintoja myös poikkitieteellisen NPM-tutkimuksen viitekehitykseen, mutta kuitenkin erityisesti NPM-ilmiötä oikeustieteellisten metodien kautta lähestyneeseen aiempaan tutkimukseen. Tutkimus pyrkii täsmentämään niitä oikeudellisia rajoja, joiden puitteissa NPM- ja post-NPM-reformeja voidaan tehdä, sekä tarjoamaan ymmärrystä näistä oikeudellisista rajoista myös hallintopoliittisena ilmiönä. Näin tutkimus syventää ymmärrystä NPM-ajattelun oikeudellisista liitännöistä. NPM-reformeissa tai NPM-tutkimuksessa ei ole kyse ”vain” hallinnon tutkimuksesta tai hallintopoliitikasta, vaan ajattelu kytkeytyy suomalaisessa kontekstissa erityiseen valtiosääntöiseen ja EU-oikeudelliseen kehikkoon, jonka välinen vuorovaikutus on ainakin oikeustieteen, valtiotieteen ja hallintotieteen tutkimusintressien piirissä. Tämän tutkimuksen tavoitteena on tuoda NPM-keskusteluun nimenomaan oikeustieteellinen näkökulma sekä osaltaan tukea ilmiön kokonaisvaltaista ymmärrystä.

360 Koivisto 2014, s. 678.

361 Ibid. Ks. myös Huovinen 2006, s. 1206–1224.

362 Koivisto 2014, s. 678.

5.3. Sosiaali- ja terveystalveluja koskeneen lainsäädännön kehityksestä

Sanna Marinin hallituksen sosiaali- ja terveystalvelu-uudistusta edeltäneen sote-lainsäädännön aikana yksityistämisen ja ulkoistamisen oikeusperusta – ainakin tavallisen lainsäädännön tasolla – muodostui keskeisesti erityisesti kuntalain (410/2015) 9 §:stä ja sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain (733/1992) 4 §:stä.³⁶³ Kuntalain 9§:n 1 momentin mukaan kunta tai kuntayhtymä voi tuottaa järjestämisvastuulleen kuuluvat talvelut itse tai hankkia ne sopimukseen perustuen muulta talvelujen tuottajalta. Talvelusetelin käytöstä säädetään erikseen. Kuntalain 9 §:n 2 momentissa täsmennettiin, että julkisen hallintotehtävän kunta voi kuitenkin antaa muulle kuin viranomaiselle vain, jos siitä erikseen lailla säädetään.³⁶⁴ Sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n 1 momentin 4 kohdassa säädettiin, että kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät hankkimalla talveluja valtiolta, toiselta kunnalta, kuntayhtymältä tai muulta julkiselta tai yksityiseltä talvelujen tuottajalta. Monilla alueilla järjestämisvastuu oli jo ennen sote- ja maakuntauudistuksia siirretty suurempien järjestäjien, kuten kuntayhtymien, vastuulle.

Kuntalain ja sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain on katsottu tarjonneen kunnille huomattavan laajat mahdollisuudet toteuttaa järjestämisvastuutaan hyödyntämällä yksityistä sosiaali- ja terveystalveluiden tuotantoa. Kuitenkin myös aiemman sääntelyn aikana on katsottu, että kuntalain 9 §:n 1 momentti tai sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n 1 momentin 4 kohta eivät vielä riittäneet vaadittavaksi valtuutusperustaksi siirtää julkisen vallan käyttöä käsittäviä tehtäviä yksityisille toimijoille.³⁶⁵ Olennaiseksi rajanvedoksi on näin tavallisen lainsäädännön pohjalta muodostunut se, onko sosiaali- ja terveystalvelun tuottamisessa kyse julkisen vallan käyttämisestä. Korkein hallinto-oikeus on pitänyt sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain 4 §:ää esimerkkinä ”lähes rajoittamista mahdollisuuksista” hankkia talveluja yksityiseltä, mutta todennut, että sekään ei oikeuta viranomaiselle kuuluvan päätösvalan siirtämistä talvelun tuottajalle.³⁶⁶ Nykäsen mukaan julkisen vallan käyttöä sisältävien tehtävien on aiemman sääntelyn

363 Toteamuksella tavallisen lain tasosta viittaa erityisesti jäljempänä tarkasteltavaan perustuslain 124 §:ään.

364 Kuntalain 9 §:n 3 momentissa todetaan vielä, että kunnan tai kuntayhtymän hankkiessa laissa säädettyjä talveluja muulta talvelujen tuottajalta, sillä säilyy 8 §:n 2 momentissa tarkoitettu järjestämisvastuu. Tämän lisäksi talvelujen tuottajan vastuu talveluista määräytyy sen mukaan, mitä kuntaissa tai muualla säädetään, sekä mitä kunta tai kuntayhtymä ja talvelujen tuottaja sopivat.

365 Tuori – Kotkas 2016, s. 68–69.

366 KHO 2014:98.

oloissa katsottu rajautuvan ulkoistusmahdollisuuden ulkopuolelle kunnan omaksi toiminnaksi.³⁶⁷

Käytännössä moni kunta oli aiemman sote-järjestelmän aikana sekä tuottanut itse että hankkinut palveluja, mutta myös niin sanottuja kokonaisulkoistuksia nähtiin järjestelmän puitteissa. Näissä lähes koko terveystalouden tuotanto oli ulkoistettu yksityiselle toimijalle. Kunnalla oli kuitenkin myös näissä tilanteissa säilynyt – tai ainakin tullut säilyä – järjestämisvastuu, eikä merkittävää julkisen vallan käyttöä koskevia tehtäviä ole voitu siirtää yksityisen toimijan tuotettavaksi. Termi *kokonaisulkoistus* on näiltä osin harhaanjohtava, sillä kyse ei ole voinut olla koko sosiaali- ja terveydenhuollon ulkoistamisesta. Sanna Marinin hallitus katsoi sote-uudistuksensa perusteluissa, että kokonaisulkoistuksiin oli liittynyt tilanteita, joissa palveluja ulkoistaneen kunnan tai kuntayhtymän ei ole enää voitu katsoa tosiasiallisesti itse vastaavan järjestämisvastuuseen liittyvästä päätösvallasta ja ohjauksesta, kuten palvelujen yhdenvertaisesta saatavuudesta tai palvelun tarpeen, määrän ja laadun määrittelemisestä. Hallituksen esityksessä tulevaa muutosta perusteltiin aiemman järjestelmän ongelmallisuudella.³⁶⁸

Ulkoistussopimusten sisällöissä on kuitenkin ollut merkittäviä eroja kuntien välillä. Vuoden 2019 tilannetta kuvanneen Hyvinvointiala Hali ry:n selvityksen mukaan yhteensä 26 kuntaa oli päätenyt ulkoistamaan koko sosiaali- ja terveydenhuoltonsa.³⁶⁹ Hallituksen esityksessä referoidun Kuntaliitto ry:n kokoaman tiedon mukaan luku olisi hieman pienempi, mutta samaa kokoluokkaa.³⁷⁰ Niin ikään osa kunnista tai kuntayhtymistä oli tuottanut erittäin suuren osan palveluista itse. Eräät kunnat taas olivat antaneet sote-palveluiden tuotannon esimerkiksi suuremman naapurikaupungin hoidettavaksi.³⁷¹ Ei ole suuresti liioittelua sanoa, että käytännön ratkaisuja sosiaali- ja terveystalouden tuotannossa on ollut aiemman kuntapohjaisen järjestelmän aikana lähes yhtä monta kuin kuntiakin ja että järjestelmä on asettanut tuotannon tavoille ja yksityisten toimijoiden roolille melko vähän ehdottomia rajoja ainakaan siltä osin, että valtiosääntöisten rajojen ylittäminen olisi kunnan näkökulmasta johtanut mihinkään konkreettiseen seuraamukseen. Kuitenkin ainakin osa kuntien käytännöistä on ollut jännitteisessä suhteessa perustuslakivaliokunnan sote-uudistusten käsittelyn yhteydessä muodostamaan lausuntokäytäntöön, kuten jäljempänä kuvataan.

Sote-palveluiden turvaamista koskeva perustuslakivaliokunnan ja tuomioistuinten käytäntö on ennen sote- ja maakuntauudistuksia ollut melko niukkaa.³⁷² Kuntalain 9 § on säädetty perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella, mutta perustuslakivalio-

367 Nykänen 2020, s. 432.

368 HE 241/2020 vp, s. 166–167.

369 Jokinen 2020.

370 HE 241/2020 vp, s. 52.

371 Ks. esim. Kuntaliitto 2018.

372 Ks. kuitenkin mm. PeVM 25/1994 vp; PeVL 8/1999 vp; PeVL 10/2009 vp; PeVL 54/2014 vp.

kunta ei nimenomaisesti arvioinut säännöstä lausunnossaan.³⁷³ Sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n 4 momentti ei ollut perustuslakivaliokunnan arvioitavana. Myöhemmin samaan pykälään lisätty palveluseteliä koskenut 5 momentti säädettiin perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella. Palveluseteliä koskevien säännösten tarkoituksena oli lisätä palvelujen käyttäjien valinnan mahdollisuuksia, parantaa palvelujen saatavuutta ja edistää kuntien sosiaali- ja terveystoimen sekä elinkeinotoimen ja yksityisten palvelujen tuottajien yhteistyötä.³⁷⁴ Perustuslakivaliokunta katsoi palvelusetelin yhdeksi mahdolliseksi tavaksi toteuttaa julkiselle vallalle perustuslain 19 §:n 3 momentissa asetettua velvollisuutta turvata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut.³⁷⁵ Palveluseteli on sittemmin vakiintunut osaksi suomalaista terveydenhuoltoa. Valiokunta on lisäksi kiinnittänyt mainittuun 4 §:än huomiota käsitellessään muun muassa kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidon lain muuttamista toteamalla, että kunta voi hoitaa myös erikoissairaanhoidon alaan kuuluvat tehtävänsä kaikilla sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta annetun lain 4 §:ssä mainituilla vaihtoehtoisilla tavoilla.³⁷⁶ Viittausta voidaan pitää varsin selkeänä indikaationa siitä, että perustuslakivaliokunta katsoi sääntelyn ongelmattomaksi myös muilta kuin sen myötävaikutuksella säädetyiltä osin.³⁷⁷

Vaikka sote-palveluiden yksityinen tuotanto on erityisesti julkisessa keskustelussa liitetty vahvasti Juha Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistukseen, oli yksityinen sote-palveluiden tuotanto siis sekä mahdollista että hyvin yleistä jo aiemman kuntapohjaisen sote-mallin aikana. Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistuksen esitöissä todettiin, että kuntien ja kuntayhtymien järjestämismääräyksiin piiriin kuuluneissa sosiaalipalveluissa yksityisten palvelujen arvo oli vuonna 2015 kunnissa ja kuntayhtymissä 2,3 miljardia euroa ja 24 prosenttia kuntien sosiaalipalveluiden käyttökustannuksista. Terveyspalveluiden palveluiden ostot yksityisiltä palveluntuottajilta olivat vastaavasti 516 miljoonaa euroa ja viisi prosenttia kuntien terveydenhuollon käyttökustannuksista.³⁷⁸ Näiden lisäksi hallituksen esityksessä viitattiin lukuihin, joiden mukaan kilpailutusten piirissä olleiden sosiaali- ja terveyspalveluiden ostojen yhteissumma olisi ollut noin 2,7 miljardia euroa.³⁷⁹ Luvut eivät laskentamekanisminsa takia kuvaa tarkasti koko julkisrahoitteisen yksityisen tuotannon määrää kuntapohjaisen sote-järjestelmän loppuvaiheissa, mutta antavat suuntaa yksityisen tuotannon merkittävästä roolista järjestelmässä.

373 PeVL 63/2014 vp.

374 HE 20/2009 vp, s. 16.

375 PeVL 10/2009 vp.

376 PeVL 20/2004 vp, s. 34.

377 Ks. Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 12.

378 Luvut kuvasivat vain lopputuotepalveluja eli asiakkaille suoraan annettuja palveluja. Ne eivät siis sisältäneet kuntayhteisöjen omaan palvelutuotantoon hankittuja välituotepalveluja, palvelusetelimenoja tai maksusitoumuksia

379 HE 47/2017 vp.

Juha Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistuksessa pyrittiin tekemään laajoja muutoksia suomalaisen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän rakenteisiin. Järjestelmä olisi rakentunut vahvasti niin sanotun monituottaja- tai valinnanvapausmallin ympärille, jossa asiakkaalla olisi ollut aiempaa laajemmat mahdollisuudet valita oma palveluntuottajansa. Käytännössä asiakkaalle ajateltu valinta olisi koostunut sosiaali- ja terveyskeskuksen, suunhoidon yksikön, maakunnan liikelaitoksen ja sen palveluyksikön sekä asiakassetelillä tai henkilökohtaisella budjetilla saatavien palvelujen tuottajien valinnasta. Näitä kaikkia olisivat mallissa voineet tuottaa maakuntien liikelaitokset, yksityiset yritykset ja kolmannen sektorin toimijat. Toimintaedellytykset ja palveluvalikoima oli uudistuksessa pyritty luomaan tasavertaisiksi eri toimijoiden välillä. Hyvin olennaista järjestelmän kannalta oli myös se, että suoran valinnan piirissä olevien palveluiden tuottajilla ei olisi ollut mahdollisuutta valikoida asiakkaitaan.

Tässä tutkimuksessa tiheään käytetyt monituottajamallin ja potilaan valinnanvapauden käsitteet liittyvät kiinteästi Juha Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistukseen, joka lopulta kaatui eduskunnassa vuoden 2019 keväällä. Monituottajamalli-termillä on viitattu sote-alalla laajemminkin tilanteisiin, joissa tuottajina on julkisen lisäksi yksityisiä tai kolmannen sektorin toimijoita, mutta tässä yhteydessä termillä viitataan pääosin juuri Juha Sipilän hallituksen esittämään monituottaja- tai valinnanvapausmalliin. Erityisesti myöhemmässä vaiheessa uudistusta myös Sipilän hallituksen mallia pyrittiin muokkaamaan niin, että uudessa sote-palveluiden järjestämis- ja tuotantorakenteessa lähtökohtana olisi maakunnan liikelaitoksen vastuulla oleva julkinen tuotanto, jota täydennettäisiin yksityisten toimijoiden ja kolmannen sektorin tuottamilla palveluilla. Lainsäädäntövaiheessa esitettiin perustellusti epäileviä näkemyksiä siitä, kuinka todellinen tämä lähtökohta myöhemmässäkään vaiheessa oli. Vastuu siitä, että palveluja olisi saatavilla, oli myös Sipilän hallituksen uudistuksessa yksiselitteisesti julkisella vallalla, mutta vastuun toteuttamisessa pyrittiin aiempaa laajemmin hyödyntämään markkinamekanismia – vaikkakin hyvin tarkasti säännellyssä ja julkisrahoitteisessa muodossa.

Sipilän hallituksen uudistuksessa olisi ollut kyse merkittävästä muutoksesta myös laajemmin suomalaisen julkisen hallinnon ja sen järjestämistapojen näkökulmasta. Kuten hallituksen valinnanvapauslakiesityksessä todettiin, valinnanvapauden laajentaminen ja siihen liittyvän modulaarisen monituottajajärjestelmän ohjaus olisivat edellyttäneet mallissa järjestämisvastuuseen asetetuilta maakunnilta uusia toimintatapoja ja uudenlaista osaamista. Julkinen valta ei olisi palvelujen järjestäjänä johtanut monituottajamallissa toimintaa linjajohtamisella, vaan tämä olisi korvaantunut uudenlaisella hallintotavalla, johon olisivat kuuluneet muun muassa omistajaohjaus, kehittämisohjaus ja sopimusohjaus.³⁸⁰

380 HE 16/2018 vp, s. 125.

Sanna Marinin hallituksen sosiaali- ja terveydenhuollon ja pelastustoimen uudistuksen keskeiset lait hyväksyttiin eduskunnassa vuoden 2021 kesällä.³⁸¹ Uudistus muodostuu laajasta joukosta eri lakeja ja niiden muutoksia, jotka tulivat voimaan 1.7.2021, 1.3.2022 ja 1.1.2023.³⁸² Toisin kuin Sipilän hallituksen uudistus, Marinin hallituksen sote-uudistus tuli siis hyväksytyksi eduskunnassa ja muodostaa Suomen sosiaali- ja terveystalouden järjestelmän tämänhetkisen lainsäädännöllisen kehikon. Uudistuksen valmistelu ja läpivienti, järjestämisvastuun siirto ja siirtymäaikaisten kulumien ovat tapahtuneet samanaikaisesti tämän tutkimuksen toteuttamisen kanssa. Marinin hallituksen uudistuksen myötä Suomeen on muodostettu 21 hyvinvointialuetta. Valtiosääntöoikeudellisesti sekä Sipilän hallituksen esityksessä suunnitellut maakunnat että uudet hyvinvointialueet ovat luonteeltaan perustuslain 121 §:n 4 momentissa tarkoitettuja kuntaa suurempia itsehallinnollisia alueita. Hyvinvointialueille on siirretty uudistuksessa aiemmin kuntien vastuulla olleet sosiaali- ja terveydenhuollon tehtävät sekä pelastustoimen tehtävät.³⁸³ Tästä poiketen kyseisten tehtävien järjestämisvastuu säädettiin Uudellamaalla siten, että Helsingin kaupungille jäi palveluiden järjestämisvastuu, minkä lisäksi palvelujen järjestämisestä vastaa Uudenmaan neljän hyvinvointialueen ohella terveydenhuollossa HUS-yhtymä.

Sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä annetun lain (sote-järjestämislaki, 612/2021) 8 §:n 2 momentin mukaan hyvinvointialueella on oltava riittävä osaaaminen, toimintakyky ja valmius vastata sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä ja sen on huolehdittava asukkaidensa palvelutarpeen mukaisesta sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen saatavuudesta kaikissa tilanteissa. Lisäksi 8 §:n 2 momentissa edellytetään nimenomaisesti, että hyvinvointialueella on oltava järjestämisvastuunsa toteuttamisen edellyttämä riittävä oma palvelutuotanto. Sote-järjestämislain 3 luvussa säädetään palveluiden hankkimisesta yksityiseltä palveluntuottajalta. Sote-järjestämislain 12 §:n 1 momentin mukaan hyvinvointialue voi tuottaa asiakkaalle annettavia sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja sekä niiden käyttöön liittyvää

381 EV 111/2021 vp.

382 Laki hyvinvointialueesta (611/2021); laki sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä (612/2021); laki pelastustoimen järjestämisestä (613/2021); hyvinvointialue- ja maakuntajakolaki (614/2021); laki sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisestä Uudellamaalla (615/2021); laki sosiaali- ja terveydenhuoltoa ja pelastustoimea koskevan uudistuksen toimeenpanosta ja sitä koskevan lainsäädännön voimaannpanosta (616/2021); laki hyvinvointialueiden rahoituksesta (617/2021); laki kunnan peruspalvelujen valtionosuudesta (618/2021); laki tuloverolain muuttamisesta (619/2021); laki hallintolain muuttamisesta (637/2021); laki viranomaisen toiminnan julkisuudesta annetun lain muuttamisesta (711/2021).

383 Sote-järjestämislain 8 §:n 1 momentin mukaan hyvinvointialue vastaa sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä alueellaan ja on järjestämisvastuussa asukkaidensa sosiaali- ja terveydenhuollosta. Järjestämisvastuun sisällöstä taas säädetään hyvinvointialuelain 7 §:ssä. Hyvinvointialuelain 7 §:n mukaan hyvinvointialue vastaa muun muassa järjestettävien palvelujen ja muiden toimenpiteiden yhdenvertaisesta saatavuudesta, tarpeen, määrän ja laadun määrittelemisestä, tuottamistavan valinnasta, tuottamisen ohjauksesta ja valvonnasta ja viranomaiselle kuuluvan toimivallan käyttämisestä.

muuta tukea hankkimalla niitä yksityiseltä palveluntuottajalta sopimukseen perustuen, jos niiden hankkiminen yksityiseltä palveluntuottajalta on tarpeen tehtävien tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi. Hyvinvointialueen on huolehdittava järjestämisvastuustaan sekä sote-palvelujen yhdenvertaisesta toteutumisesta myös palveluja hankkiessaan. Lain 12 §:n 1 momentissa kuitenkin merkittävästi rajataan mahdollisuutta tällaiseen hankintaan säännöksellä, jonka mukaan hankittavien palvelujen on oltava sisällöltään, laajuudeltaan ja määrälliseltä osuudeltaan sellaisia, että hyvinvointialue pystyy huolehtimaan kaikissa tilanteissa järjestämisvastuunsa toteuttamisesta myös hankittavien palvelujen osalta. Lisäksi 12 §:ssä säädetään kattavasti niistä palveluista, joita hyvinvointialue ei saa hankkia yksityiseltä palveluntuottajalta. Luettuna yhdessä sote-järjestämislain 8 §:n 2 momentin kanssa 12 § on hyvin olennainen hyvinvointialueen omaan palvelutuotantoon velvoittava ja yksityisten palveluntuottajien käyttöä rajaava oikeussääntö.

Marinin hallituksen sote-uudistuksessa yksityisten palveluntuottajien rooli on siis olennaisesti kapeampi kuin Sipilän hallituksen suunnittelemassa uudistuksessa. Järjestelmien eroja on kuvattu muun muassa niin, että aiempi kuntapohjainen ja Marinin hallituksen sote-palvelujärjestelmä perustuvat ensisijaisesti julkisen vallan järjestämis- ja tuottamisvastuulle, ja Sipilän hallituksen valinnanvapaus- ja monituottajamallissa julkisen vallan vastuu olisi ollut korostuneemmin viimesijaista.³⁸⁴ Ne lainsäädännölliset edellytykset, joita yksityisen palvelutuotannon käytön tulee täyttää, ovat Marinin hallituksen sote uudistuksen jälkeen lisäksi kireämpiä kuin sote-uudistuksia edeltäneessä oikeustilassa. Pitkälti käytännön päätösten ja toteutuksen varaan jää kuitenkin se, kuinka laajaksi yksityisen tuotannon rooli hyvinvointialueilla muodostuu.

Marinin hallituksen sote-uudistuksessa ei mainittavasti puututtu sosiaali- ja terveyspalveluiden sisältöön, vaan kyse oli erityisesti järjestämisen rakenteiden ja osin tuotantotapojen uudistuksesta. Myös uudistuksen jälkeisessä ajassa sosiaali- ja terveydenhuollon tärkeimpiä yleislakeja ovat sosiaalihuoltolaki (1301/2014) sekä terveydenhuoltolaki (1326/2010).³⁸⁵ Lisäksi sosiaalihuollon asiakaslaissa (812/2000) säädetään kaikkia sosiaalihuollon palveluja koskevia yleisiä velvoitteita. Sosiaalipalveluista säädetään lisäksi useilla eri asiakasryhmiä koskevilla erityislaeilla, joita ovat erityisesti lastensuojelulaki (417/2007), vammaispalvelulaki (675/2023), omaishoitolaissa (937/2005), päihdehuoltolaki (41/1986), kehitysvammalaki (519/1977), vanhuspalvelulaki (980/2012) ja kuntouttavasta työtoiminnasta annetussa laissa (189/2001). Terveyspalveluiden palveluista säädetään terveydenhuoltolain lisäksi esimerkiksi mielenterveyslaissa (1116/1990), päihdehuoltolaissa ja tartuntatautilaissa (1227/2016).³⁸⁶

³⁸⁴ Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 10.

³⁸⁵ Leppänen et al. 2024, s. 48–49.

³⁸⁶ Ibid.

Oma merkityksensä yksityisen tuotannon rooliin tulee mahdollisesti olemaan myös kesällä 2023 aloittaneella Petteri Orpon hallituksella, jonka ohjelmaan sisältyy useita teemaan kytkettyjä kirjauksia. Hallitusohjelmassa todetaan, että hyvinvointialueiden mahdollisuuksia valita järjestämisvastuullaan olevien sote-palvelujen tarkoituksenmukaisin toteutustapa on parannettava.³⁸⁷ Hallitusohjelmassa halutaan muun muassa purkaa lainsäädännöstä monituottajuuden esteitä sekä arvioida ja tarvittaessa keventää hyvinvointialueen riittävään omaan palvelutuotantoon liittyvää sääntelyä. Hallitusohjelman mukaan sääntelyn tulee mahdollistaa hyvinvointialueiden tarkoituksenmukainen toiminta ja yhteistyö, myös yhtiömuodossa, eikä sääntely saa luoda keinotekoisia estettä palvelujen hankkimiselle yksityiseltä palveluntuottajalta, kolmannelta tai neljänneltä sektorilta. Erikseen hallitusohjelmassa todetaan, että hallitus aikoo toteuttaa yksityisen palveluntuottajan alihankintaa koskien alihankintatyöryhmän esittämät lakimuutokset sekä luopua sote-järjestämislain 12 §:ssä säädetystä päivityksen hankinnan kiellosta soveltuissa päivitystoiminnoissa ja niin kutsutusta virkalääkärivaatimuksesta hoidon tarpeen arvioinnissa.³⁸⁸ Tätä kirjoitettaessa nämä kirjaukset eivät vielä ole konkretisoituneet lainsäädäntöhankkeiksi, eikä tässä tutkimuksessa ole sen toteuttamisaikataulusta johtuen mahdollista arvioida näiden mahdollisten lainsäädäntömuutosten sisältöä tai suhdetta lainsäätäjän harkintavaltaa määrittäviin rajoihin. Käytännössä Orpon hallituksen toteuttamat lainsäädäntömuutokset rajatuvat siis tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

Hyvin laajaa yksityistä terveydenhuoltoa annetaan Suomessa myös yksityisen sektorin työterveyshuollon piirissä, asiakkaan itsensä maksamana sekä erinäisten sairaskulu- ja tapaturmavakuutusten korvaamana. Myöskään näitä järjestelmän osia ei tässä tutkimuksessa käsitellä.

387 Pääministeri Petteri Orpon hallituksen ohjelma, s. 44–45.

388 Ibid.

6. Aiemmasta tutkimuksesta

Tähän tutkimukseen vertautuvaa ja yhtä kattavaa esitystä juuri lainsäätäjän rajoista julkisia sosiaali- ja terveyspalveluja yksityistettäessä ei ole tehty, vaan tutkimukset ovat olleet joko julkisen hallintotehtävän siirtoon keskittyviä tai peitoltaan suppeampia. Tältä osin tutkimus on erityinen siinä, että se pyrkii esittämään poikkileikkaavasti ne oikeusjärjestyksestä syntyvät harkintavallan rajat, jotka kansallista lainsäätäjää kohtaavat, olipa kyse sitten kansallisesta perustuslaista, Euroopan unionin oikeudesta tai Suomen kansainvälisoikeudellisista velvoitteista syntyvistä rajoista.

Tiedonintresseiltään lähellä tämän tutkimuksen lähtökohtia on Nykäsen artikkeli vuodelta 2020.³⁸⁹ Nykäsen tarkastelee artikkelissaan julkista sosiaali- ja terveydenhuoltoa perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuna julkisena hallintotehtävänä ja systematisoi erityisesti Juha Sipilän hallituksen sote-uudistusesityksestä annettujen ja tätä varhaisempien perustuslakivaliokunnan lausuntojen valossa edellytyksiä, joiden nojalla vastuuta sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen tuottamisesta voidaan antaa viranomaisrakenteen ulkopuolelle.³⁹⁰ Nykäsen artikkelista tämä tutkimus eroaa muun muassa näkökulmansa, laajuutensa ja osin myös tarkastelun lopputulemien osalta. Lisäksi tässä tutkimuksessa on sen julkaisuajankohdan vuoksi ollut mahdollista ottaa huomioon esimerkiksi Sanna Marinin hallituksen sote-uudistuksesta annetut perustuslakivaliokunnan lausunnot sekä muut artikkelin valmistumisen jälkeen oikeustilassa tapahtuneet kehityskulut. Samoin tässä tutkimuksessa tarkastellaan Nykäsen artikkelista poiketen kattavasti myös EU-oikeudellista kehikkoa. Tutkimuksen kanssa samankaltaista tarkastelua tehdään muun muassa Sutelan kirjassa *Sosiaali- ja terveyspalvelujen ulkoistaminen – Oikeudelliset reunaehdot* vuodelta 2003. Sutelan tutkimus eroaa kuitenkin tästä tutkimuksesta näkökulmansa osalta, sillä tutkimuksessa ei tarkastella nimenomaan lainsäätäjän mahdollisuuksia muuttaa vallitsevia oikeussääntöjä, vaan ennen kaikkea vallitsevien oikeussääntöjen soveltumista peruspalveluiden järjestäjiin, erityisesti kuntiin. Tutkimuksen julkaisemisen jälkeisten vuosikymmenten aikana myös oikeustilassa on tapahtunut muutoksia, mutta Sutelan tutkimusta on hyödynnetty soveltuvilta osin myös tässä tutkimuksessa. Aiemmasta sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistusten tutkimuksesta on tässä yhteydessä mainittava lisäksi Dahlbergin artikkeli vuodelta 2015, joka kiinnittyy tässä tutkimuksessa varsin pieneen rooliin jäävään Kataisen hallituksen sote-uudistukseen ja hahmottelee kyseisen kontekstin kautta perustuslain lainvalmistelulle asettamia

389 Nykänen 2020.

390 Ibid., s. 434.

reunaehtoja.³⁹¹ Tutkimuksessa harvakseltaan referoitavia, mutta kuitenkin sote-uudistusten eri vaiheita ja niiden keskeisten valmistelijoiden ajatuksia arvokkaalla tavalla avanneita ovat myös Valli-Linnun teemasta kirjoittamat kolme julkaisua.³⁹²

Koska kysymys on useisiin eri oikeudenaloihin ja oikeudellisiin ilmiöihin kytkeytyvästä tutkimuksesta, aiemmat teemaan kytkeytyvät tutkimukset voidaan lisäksi hahmottaa varsin laajasti. Ensinnäkin tutkimuksen näkökulmasta olennaista aiempaa tutkimusta ovat yksityistämistä, virkamieshallintoperiaatetta ja julkisen hallinto-tehtävän antamista koskevat tutkimukset. Toiseksi olennaisia ovat aiemmat tutkimukset EU-oikeuden ja kansallisen lainsäätäjän suhteesta ja sen määrittelystä sekä EU-oikeudellisesta taloudellisen toiminnan käsitteestä. Kolmanneksi olennaisia ovat sosiaali- ja terveystalouden järjestämistä koskevat tutkimukset ja myös laajemmin hyvinvointioikeudellinen tutkimus. Tämä tutkimus ei kokonaisuutena sijoitu mihinkään edellä mainitusta kolmesta kategoriasta, mutta sillä on liityntöjä niihin kaikkiin. Lisäksi mielenkiintoisia referenssipintoja ovat myös sellaiset aiemmat tutkimukset, jotka käsittelevät poikkileikkaavasti jonkin poliittisen entiteetin toimintamahdollisuuksien rajoja, mitä voidaan pitää aiemman tutkimuksen neljäntenä kategoriana.

Virkamieshallintoperiaatetta ja perustuslain 124 §:ä koskevaa tutkimusta on tehty Suomessa 2000-luvulla verraten runsaasti.³⁹³ Aiempaa tai siihen kytkeytyvää tutkimusta teemasta on valtiosääntöoikeuden lisäksi tehty muun muassa hallintotieteen ja hallinto-oikeuden tutkimuksen piirissä.³⁹⁴ Kattavin kokonaisuus virkamieshallintoperiaatteesta ja julkisen hallintotehtävän antamisesta yksityisen hoidettavaksi on Keravuori-Rusasen väitöskirja vuodelta 2008.³⁹⁵ Ennen Keravuori-Rusasta teemasta tai siihen liittyvästä aiheesta olivat kirjoittaneet kattavammin muun muassa Rasinmäki, Tuori, Sutela ja Huhtanen.³⁹⁶ Keravuori-Rusasen väitöskirjan jälkeen teemaa ovat puolestaan käsitelleet eri näkökulmista ainakin Muukkonen, Pölönen, Halila ja Halila, Rautiainen, Giordani ja Kava, Koivisto, Voutilainen ja Kurvinen sekä Nykänen.³⁹⁷ Näissä myöhemmissä tutkimuksissa on varsin järjestelmällisesti viitattu Keravuori-Rusasen väitöskirjaan.

391 Dahlberg 2015, s. 321–337.

392 Valli-Lintu 2017; Valli-Lintu 2019; Valli-Lintu 2021.

393 Tässä tutkimuksessa virkamieshallintoperiaate ei ole varsinaisen tutkimusintressin ytimessä, vaan pikemminkin eräänlaisessa tarkastelun rungon tai sen peruspilarin muodostavassa roolissa. Julkishallinnon järjestämistä laajasti määrittävänä periaatteena virkamieshallintoperiaate on aiemminkin ollut johdonmukaisesti läsnä erityisesti hallinto- ja valtiosääntöoikeudellisissa sektorikohtaisissa tarkasteluissa.

394 Mm. Sallinen 2007; Komulainen 2010.

395 Keravuori-Rusanen 2008. Väitöskirjan julkaisua seuranneiden noin 15 vuoden aikana kuitenkin sekä teemaa koskevassa oikeustieteellisessä keskustelussa että oikeustilassa on tapahtunut kehitystä, jonka vuoksi Keravuori-Rusasen analyysiä on tässä tutkimuksessa tarpeen joltain osin täsmentää ja jopa haastaa.

396 Tuori 1998; Rasinmäki 1997; Sutela 2003; Huhtanen 2005; Huhtanen 2006.

397 Komulainen 2010; Muukkonen 2012; Pölönen 2012; Halila – Halila 2014; Rautiainen 2016; Giordani – Kava 2019; Koivisto 2014; Voutilainen – Kurvinen 2015; Nykänen 2020.

Suuri osa tämän tutkimuksen EU-oikeudellisesta tarkastelusta koskee taloudellisen toiminnan käsitettä sosiaali- ja terveystalouden kontekstissa. Kansainvälisessä EU-oikeudellisessa tutkimuksessa taloudellisen toiminnan käsitettä on tutkittu runsaasti, mutta tutkimus ei ole moneltakaan osin kiinnittynyt juuri Suomen sosiaali- ja terveysjärjestelmän tarkasteluun. Esimerkkeinä tällaisista voidaan mainita ainakin van de Grondenin, Gallon, Mortonin, Nikolićin, Sauterin, Guyn ja Syzszczakin tutkimukset, mutta sosiaali- ja terveystaloudesta sekä niiden liityntäpinnoista vapaaseen liikkuvuuteen, kilpailuoikeuteen ja hankintasääntöihin on luonnollisesti kirjoitettu laajasti eri tutkijoiden toimesta eri puolilla Eurooppaa.³⁹⁸ Kuitenkin vielä aivan tuoreimmissakin tutkimuksissa on toistuvasti katsottu, että runsaasta tutkimuksellisesta mielenkiinnosta huolimatta taloudellisen toiminnan käsite ja siten EU-kilpailusääntöjen soveltuminen eri sosiaali- ja terveystaloudellisiin järjestelmiin on edelleen epätasallista ja hankalasti hahmotettavaa.³⁹⁹ Samoin harvinaista on tässä tutkimuksessa omaksuttu lähtökohta, jossa käsitellään kansallisen lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavia unionioikeudellisia ilmiöitä laajasti, esimerkiksi vain kilpailusääntöihin, vapaaseen liikkuvuuteen tai SGEI-sääntelyyn kytkeytyvän tarkastelun sijaan. Tutkimuskohde on myös luonteeltaan nopealiikkeinen ja uutta tuomioistuinkäytäntöä on annettu viime vuosina runsaasti, joten verraten tuoreenkin aieman tutkimuksen johtopäätöksiä joudutaan tässä tutkimuksen osiossa arvioimaan kriittisesti tai täydentämään, jotta tutkimuskysymykseen voidaan vastata riittävän täsmällisesti. Kotimaassa teemasta ovat kirjoittaneet muun muassa Raitio, Alkio ja Lehtonen sekä laajempien perusteosten osalta viime vuosina ainakin Raitio, Tuominen ja Miettinen.⁴⁰⁰

Tutkimuksen kanssa samankaltaista tutkimusasetelmaa on lisäksi sovellettu kolmessa 2000-luvulla julkaistussa väitöskirjassa, joiden tiedonintressit osin poikkeavat tästä tutkimuksesta, mutta joiden lähtökohdat muistuttavat tämän tutkimuksen vastaavia. Näistä Sallisen ja Komulaisen väitöskirjat ovat olleet apuna tutkimusasetelmaa ja tutkimuksen rajauksia suunniteltaessa ja Arajärven väitöskirjan olennaisen arvon tutkimusasetelman hahmottelulle tunnistin vasta tutkimuksen jo ollessa verraten pitkällä.⁴⁰¹ Arajärven väitöskirjassa on sovellettu tämän tutkimuksen kanssa hyvin samankaltaista tutkimusotetta. Tutkimus käsitteli toimeentuloturvan oikeellisuutta, eli tätä koskevan lainsäädännön suhdetta erityisesti perusoikeuksiin, ihmis-

398 Mm. Hatzopoulos 2002; van de Gronden 2004; Belhaj – van de Gronden 2004; Temple Lang 2005; Newdick 2006; Odudu 2006; Krajewski – Farley 2007; van de Gronden 2009; Sauter – Schepel 2009; Mossialos et al. 2010; van de Gronden – Sauter 2011; Sauter 2011; van de Gronden – Syzszczak 2014; Sauter 2015; Hervey – McHale 2015; Garben 2017b; Gallo – Mariotti 2017; Hervey et al. 2017; Kloosterhuis 2017; Ferri – Cortese 2018a; Guy 2019; Gallo 2020; Nikolić 2020; Hötte 2020; Nikolić 2021; Piernas López 2021; van de Gronden – Guy 2021; Morton 2021b; Morton 2021a.

399 Mm. Gallo – Mariotti 2017, s. 178; Guy 2019, s. 72.

400 Raitio 2018; Raitio 2019b; Alkio 2017, s. 692–701; Lehtonen 2017, s. 47–57; Raitio – Tuominen 2020; Raitio – Miettinen 2021.

401 Arajärvi 2002; Sallinen 2007, Komulainen 2010.

oikeuksiin ja silloiseen yhteisöoikeuteen, nykyiseen unionioikeuteen.⁴⁰² Arajärven väitöskirjassa ja tässä tutkimuksessa molemmissa on kyse sosiaalisten oikeuksien ja sosiaalisten perusoikeuksien piiriin kytkeytyvistä tutkimuksesta, mutta tarkastelun kohteet poikkeavat. Arajärven tutkimus on lisäksi samaan aikaan laajempi ja joltain osin kapeampi kuin tämä tutkimus, sillä siinä tarkastellaan laajasti myös menettelystä lainsäädäntöä, mutta sen ulkopuolelle on toisaalta rajattu joitakin sellaisia perusoikeuksia, joita tämän tutkimuksen näkökulmasta on ollut tarpeen tarkastella. Arajärven tutkimus myös keskittyy laajemmin substanssilainsäädännön arviointiin ja kansalliseen toimeentuloturvaan koskevaan oikeuteen unionioikeuden tarkastelun sijaan, mikä selittyy niin ikään tutkimuskohteiden eroilla. Arajärven väitöskirja muistuttaa tätä tutkimusta myös siitä näkökulmasta, että siinä esitetään tutkimusasetelman arviointia varten teoreettinen viitekehys, lainsäädännön oikeellisuuden käsite, joka on sovellettavissa myös tutkimuksessa tehdyn tarkastelun ulkopuolella, ja johon on siten voitu nojautua tämän tutkimuksen käyttämää lainsäätäjän harkintavallan käsitettä muotoiltaessa.

Sallisen väitöskirjassa kunnan elinkeinopoliittiseen toimintaan kytkeytyviä reuna-ehdoja paikannettiin poikkioikeustieteellisesti, eli huomioon otettiin silloisen kuntalain lisäksi mm. perustuslaista, yhdenvertaisuuslaista, julkisista hankinnoista annetuista säännöksistä, kilpailunrajoituksia koskevista säännöksistä ja valtiontukisäännöksistä syntyviä reuna-ehdoja.⁴⁰³ Keskeisessä asemassa tässä tarkastelussa ovat myös EU-oikeudesta syntyvät reunaehdot, eli silloisten hankintadirektiivien ja yleisemmin EU:n valtiontukisääntöjen asettamat vaatimukset.⁴⁰⁴ Tutkimuksessa erityisesti EU-säädösten nähtiin asettavan uudenlaisia ja olennaisia rajoja sille, miten kunta voi elinkeinopoliittista rooliaan toteuttaa, sillä EU-tason sääntelyn tavoitteena on kuntien elinkeinopoliittikkaan osin jännitteisessä suhteessa oleva yritysten tasapuolinen kohtelu.⁴⁰⁵ Sallisen väitöskirjalle ja tälle tutkimukselle yhteistä on erityisesti poikkileikkaava lähtökohta tietyn poliittisen entiteetin toimintavapauden rajoihin. Sallisen tutkimuksessa tämä entiteetti oli kunta, kun tässä tutkimuksessa toimijana on lainsäätäjä.⁴⁰⁶ Kuntakontekstiin sijoittuvaa mutta tämän tutkimuksen lähtökoh-tien kannalta mielenkiintoista tutkimusta edustaa myös Komulaisen väitöskirja.⁴⁰⁷

402 Arajärvi 2002.

403 Sallinen 2007. Tutkimuksessa on kyse kunnan itsehallintonsa nojalla ja kuntalain 7 §:n mukaisesti toteuttaman elinkeinopoliittisen toiminnan oikeudellisten reuna-ehdojen paikantamisesta. Käytännössä kunnan toteuttama elinkeinopoliittikka voi olla esimerkiksi paikallisten yritysten tai kuntaan sijoittautumista harkitsevien yritysten tukemista, neuvontaa, avustamista tai jopa osallistumista itse elinkeinotoiminnan harjoittamiseen.

404 Mm. Sallinen 2007, s. 389–390.

405 Ibid., s. 394–398.

406 Kun kyse on EU-oikeudesta syntyvistä rajoista, sekä valtiovallan että hallinnon alempien tasojen tulee toimia niiden mukaisesti, jolloin myös konkreettisten oikeudellisten reuna-ehdojen osalta on kunnan ja lainsäätäjän kohdalla joitain yhteneväisyyksiä.

407 Komulainen 2010.

Komulainen pyrkii tutkimuksessaan systematisoimaan 2000-luvulla yleistynyttä ulkoistamista sekä sille asettuvia reunaehdoja ja vaatimuksia. Tutkimuksen julkaisemisen jälkeen oikeustila on jossain määrin muuttunut, mutta suuri osa Komulaisen analyysistä on edelleen käyttökelpoista sellaisenaan. Erona tähän tutkimukseen, Komulaisen väitöskirjassa ulkoistamista lähestytään Sallisen väitöskirjan tavoin erityisesti kuntakontekstin kautta ja kunnan toiminta-autonomian näkökulmasta.

II. PERUSTUSLAKI LAINSÄÄTÄJÄN HARKINTAVALLAN RAJOITUKSENA

1. Tarkastelun lähtökohdat

Tässä tutkimuksen osiossa tarjotaan kotimaisen perustuslain tulkintaan kiinnittyvä aineellisoikeudellinen vastaus kysymykseen siitä, *minkälaisia rajoja kansallinen perustuslaki asettaa lainsäätäjän harkintavallalle tilanteissa, joissa lainsäätäjän tavoitteena on julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityistäminen tai ulkoistaminen*.¹

Osiossa tarkastellaan ensin julkisen hallintotehtävän siirtoa koskevaa perustuslain 124 §:ä sekä julkisen hallintotehtävän käsitettä sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa. Tarkastelussa vastataan kysymykseen siitä, missä tilanteissa sosiaali- ja terveyspalveluissa on kyse julkisista hallintotehtävistä ja minkälaisiin ulkoistamista ja yksityistä koskeviin asetelmiin tämä rajanveto johtaa. Osiossa tarkastellaan tämän jälkeen perusoikeuksista, erityisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin turvaamisvelvoitteesta, syntyviä harkintavallan rajoja. Tältä osin tarkastelussa vastataan kysymykseen siitä, miten perusoikeusjärjestelmän kokonaisuus suhtautuu sosiaali- ja terveyspalveluiden ulkoistamiseen ja yksityistämiseen ja minkälaisia johtopäätöksiä tästä on tehtävissä. Osion päättävässä yhteenvetoluvussa arvioidaan näihin kysymyksiin saatujen vastausten merkitystä koko tutkimuksen tutkimuskysymyksen näkökulmasta.

Tarkastelussa olennaisessa osassa ovat siis erityisesti perustuslain 124 §:n nimelliset ulkoistamisen ja yksityisen rajoitukset sekä perustuslakiin kirjatut perusoikeudet, jotka ovat yksilölle, eli kaikille – eräin hyvin rajatuin poikkeuksin – Suomen oikeudenkäyttöpiiriin kuuluville luonnollisille henkilöille, annettuja oikeuksia. Perusoikeuksilla voidaan ajatella olevan korotettua muodollista lainvoimaa, mikä erottaa ne tavallisista yksilön oikeuksista. Ne ovat normihierarkiassa ylemmän asteisia suhteessa tavallisiin lakeihin ja muodostavat suomalaisen oikeusjärjestyksen arvoperustan. Suomea sitovat ihmisoikeussopimukset määrittävät perusoikeuksien minimitason, kun perustuslain säännökset taas voivat taata tätä minimitasoa laajemman suojan. Unionioikeuden soveltamisalalla kansallisen oikeusjärjestyksen on turvattava myös Euroopan unionin perusoikeuskirjaan kirjattujen oikeuksien toteutuminen. Perusoikeudet muodostavat kokonaisjärjestelmän, jossa

1 Osion varhaisempi ja suppeampi versio on julkaistu artikkelina ns. tutkimuksen osatuloksena ennen koko tutkimuksen valmistumista. Tähän artikkeliin ei tutkimuksen osiossa viitata, ks. Mäki-Lohiluoma 2022.

suojaa voivat nauttia sellaisetkin oikeudet, jotka syntyvät perusoikeussäännösten yhteisvaikutuksesta. Perusoikeuksien välille ei ole suomalaisessa perusoikeusajattelussa vakiintunut hierarkioita.² Perusoikeuksien väliset kollisio- ja jännitetilanteet ratkaistaan punninnalla, jossa tulee pyrkiä tasapainotilaan, joka turvaa mahdollisimman hyvin kaikkien kollisioasetelmassa tai muuten keskinäisessä jännitteessä olevien perusoikeuksien toteutumisen. Kollisiotilanteessa voidaan myös perustella toisen perusoikeuden rajoitusta toisen perusoikeuden suojaamisella.³ Varsinaisia kollisiotilanteita tavanomaisempina voidaan kuitenkin pitää tilanteita, joissa kahdella tai useammalla perusoikeudella on samansuuntaista vaikutusta. Näissä ja muissakin tulkintatilanteissa perusoikeudet siis vaikuttavat toisiinsa ja siihen, miten eri perusoikeuslottuvuuksia kulloinkin arvioidaan.⁴ Kun puhutaan sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityistämisestä, käsillä on juuri tämänkaltainen tilanne, jossa oikeustila muodostuu usean perusoikeuden ja muun perustuslainsäädännön yhteisvaikutuksena.

Tässä osioissa sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityisen tuotannon näkökulmasta relevantteja perusoikeustarkasteluita on pyritty systematisoimaan helpommin hahmotettaviin ja siten oikeustilaa selkeyttäviin osakokonaisuuksiin. Vaikka tutkimuksen lähtökohta on tämä, ei voida liiaksi korostaa, että kulloisessakin konkreettiseen lainsäädäntöehdotukseen tai muuhun soveltamistilanteeseen kiteytyvässä tarkastelussa kysymystä on lähestyttävä kokonaisvaltaisesti koko perusoikeusjärjestelmän kautta. Tämä on erityisesti tarpeen juuri sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla, sillä palveluiden toiminnalla on konkreettista vaikutusta siihen, miten ihmiset käytännössä pääsevät käsiinsä oikeuksiinsa.

Tarkastelussa jatkuvasti taustalla vaikuttavassa roolissa on lisäksi perustuslain 22 §:n säännös. Perustuslain 22 §:ää voidaan ajatella eräänlaiseksi suomalaisen perusoikeusparadigman lähtökohdaksi, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.⁵ Kyse on julkiseen valtaan kohdistuvasta velvollisuudesta yhtäältä pidättäytyä sellaisista perusoikeusrajoituksista, jotka eivät ole perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudessa hyväksyttäviä, ja toisaalta aktiivisesti edistää perusoikeuksien toteutumista ja poistaa tätä koskevia esteitä. Velvoite kohdistuu paitsi lainsäätäjään myös kaikkiin muihin julkisyhteisöihin, mutta tämän tutkimuksen tarkastelunäkökulma kohdistuu nimenomaan lakien säätämiseen, jossa säännöksellä on niin ikään keskeistä merkitystä.⁶ Koska tutkimuksessa tarkastelua kuitenkin tehdään nimenomaan sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa, jossa lainsäätäjälle on asetettu myös nimenomainen näitä palveluja

2 Karapuu 2011. Ks. kuitenkin mm. Siltala 2003, s. 830–831 ja Siltalan argumentaatiota tukevasti Raitio 2017a, s. 127–130.

3 Mm. Scheinin 2012, s. 127–132.

4 Jyräni – Husa 2021, luku 3.2.1.

5 Mm. Neuvonen – Rautiainen 2015.

6 Jyräni – Husa 2021, luku 3.2.2.

koskeva turvaamisvelvoite, muodostuu perustuslain 22 §:n rooli pitkälti yhteneväksi perustuslain 19 §:n 3 momentin tulkinnan kanssa. Näiden kahden turvaamisvelvoitteen erottelu olisi juuri nyt käsillä olevan tutkimuskysymyksen näkökulmasta pääosin keinotekoista, joten tarkastelua tehdään ensisijaisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin lähtökohdista.

2. Julkinen hallintotehtävä ja yksityinen julkisten palveluiden tuotanto

2.1. Virkamieshallintoperiaate ja perustuslain 124 §

Valtion, kuntien ja nykyisin myös hyvinvointialueiden päätöksiä tehtäviensä yksityistämistä rajoittaa keskeisiltä osin erityisesti perustuslain 124 § ja pykälään kodi-
fioitu virkamieshallintoperiaate. Kyse on sekä lainsäätäjän että toimeenpanovallan rajoitteesta, joka asettaa rajat julkisten toimijoiden ydintehtävien hoitamiselle sopimus pohjaisesti tai muuten viranomaisten oman toiminnan ulkopuolella.⁷ Perustuslain 124 §:n mukaan:

Julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaran-
na perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää
julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.

Sanamuodon mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin vi-
ranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, minkä lisäksi perustuslakivaliokunnan lau-
suntokäytännössä on hyväksytty julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin
viranomaiselle myös lain nojalla tehtävällä sopimuksella.⁸ Käytännössä julkinen
hallintotehtävä voidaan siis antaa suoraan lailla muulle kuin viranomaiselle, lakiin
voidaan ottaa toimivaltasäännös, jonka nojalla viranomainen voi antaa tehtävän
muulle kuin viranomaiselle joko hallintopäätöksellä tai sopimuksella, minkä lisäksi
lakiin voidaan ottaa toimivaltasäännös tehtävän antamisesta asetuksella.⁹ Kuitenkin
perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta tai muista valtiosääntöisistä seikoista voi
johtua, että lakia alemman asteista sääntelyä ei voida käyttää, vaan siirrosta on sää-
dettävä suoraan tavallisella lailla.¹⁰

Perustuslain 2 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua la-
kiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Säännöksen en-
simmäisessä osassa laki-käsitteellä katsotaan vakiintuneesti viitattavan eduskunnan
tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä säätämään lakiin sekä tätä ylemmän asteisiin

7 Pölönen 2012, s. 1153.

8 PeVL 11/2002 vp, s. 5; PeVL 11/2004 vp, s. 2; PeVL 57/2010 vp, s. 5; PeVL 65/2010 vp, s. 2; PeVL 6/2013 vp, s. 2; PeVL 8/2014 vp, s. 3; PeVL 16/2016 vp, s. 3. Vrt. mm. Ks. AOA 30.9.2009 Dnro 1640/4/08 ja EOAK/883/2018.

9 Keravuori-Rusanen 2008, s. 299–318.

10 Mm. Muukkonen 2008, s. 18. Ks. lisäksi esim. Viljasen asiantuntijalausunto 2018, s. 4.

normeihin, kun taas säännöksen jälkimmäisen osan vaatimus lain noudattamisesta on luonteeltaan laajempi ja koskee myös muita viranomaistoiminnan kannalta olennaisia normeja.¹¹ Perustuslain 124 §:n sanamuodon on todettu korostavan lähtökohtaa, jonka mukaan julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee yleensä kuulua viranomaisille ja viranomaisten nimissä viranhaltijoille. Ajatukseen viitataan vakiintuneesti virkamieshallintoperiaatteena.¹² Tuori on todennut virkamieshallintoperiaatteen ja sen nykyisen kodifoinnin perustuslain 124 §:ssä olevan oikeusvaltion pidäkkeitä yksityistämistä ja julkisten tehtävien luovutuksia vastaan.¹³ Pölönen on viitannut säännökseen palomuurina.¹⁴ Koivisto luonnehtii säännöksen oikeuskirjallisuudessa saamia luonnehdintoja defensiivisiksi ja toteaa sen olevan yksityistämisen *non plus ultra*, eräänlainen viimesijainen raja, mutta toisaalta huomauttaa säännöksen tekevän hallintotehtävien antamisesta muulle kuin viranomaisille valtiösääntöisesti mahdollista.¹⁵ Keravuori-Rusasen mukaan säädöksen pyrkimyksenä on yhtäältä varmistaa, että julkisen hallintotehtävän siirrot yksityisille eivät vaaranna oikeusvaltiollisia vaatimuksia, ja toisaalta turvata demokraattinen päätöksenteko ja ohjaus julkisten hallintotehtävien organisoinnissa.¹⁶ Sädöksen taustalle voidaan myös paikantaa ajatus, jonka mukaan julkisten tehtävien hoitaminen ja julkisen vallan käyttö edellyttävät erityisiä oikeudellisia takeita.¹⁷ Tästä syystä julkisen vallan käytön lainmukaisuuden, puolueettomuuden ja johdonmukaisuuden toteutumista on turvattava viranomaisasemaa, virkasuhdetta ja virkavastuuta koskein järjestyin.¹⁸ Käytännössä olennainen perustuslain 124 §:n osa on myös säännöksen *julkisen hallintotehtävän edelleen siirtämistä* eli *subdelegointia* koskeva elementti. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on suhtauduttu lähtökohtaisen kielteisesti julkisen hallintotehtävän siirtämiseen edelleen, mutta toisaalta katsottu tällaiset siirrot joissakin tapauksissa myös mahdollisiksi.¹⁹

Perustuslain 2 §:n 3 momentin sisältämän hallinnon lainalaisuus- tai oikeusvaltioperiaatteen taas on katsottu rajoittavan hallinnon organisoinnin sopimuksellisuutta sekä viranomaisten keskinäisissä suhteissa että julkinen–yksityinen-suhteessa. Sen lisäksi, että viranomaiset eivät perustuslain 124 §:n ja perustuslain 2 §:n 3 momentin normikokonaisuuden johdosta voi vapaasti sopia julkisten tehtävien antamisesta yksityisille, viranomaiset eivät voi lainalaisuus- ja oikeusvaltioperiaatteesta johtuen myöskään keskenään sopia omien tehtäviensä siirtämisestä toiselle viranomaiselle.²⁰

11 Ks. tätä koskevasta argumentaatiosta mm. Muukkonen 2012, s. 5.

12 HE 1/1998 vp, s. 179; ks. mm. Saraviita 2005, s. 117; Husa – Pohjolainen 2014, s. 67.

13 Tuori 2003b, s. 244–245.

14 Pölönen 2012, s. 1153.

15 Koivisto 2014, s. 677–678.

16 Keravuori-Rusanen 2008, s. 485–486.

17 Mäenpää 2018a, s. 102.

18 Keravuori-Rusanen 2008, s. 12. Ks. myös Saraviita 2011, s. 993.

19 Mm. PeVL 33/2021 vp, kohta 8; PeVL 6/2013 vp, s. 4; PeVL 15/2018 vp.

20 Pölönen 2012, s. 1152.

Eri asia on, että julkisella toimijalla, kuten kunnalla tai hyvinvointialueella, voi olla sille taatun itsehallinnon tai tavallisella lailla annetun toimintakentän puitteissa oikeus ryhtyä myös sellaisiin toimiin, joista ei ole suoraan säädetty. Julkisen vallan käytön on kuitenkin myös näissä tilanteissa perustuttava lakiin, eli toiminta-autonomian laajuus muotoutuu lopulta säädösperustan kautta kahdella tavalla: julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan hoitaa vain siltä osin kuin niistä on vähintään laintasoisesti säädetty, kun taas muita tehtäviä voidaan hoitaa itsehallinnon tai toiminnallisen autonomian puitteissa vain siltä osin kuin kyse ei ole julkisen vallan käytöstä. Käytännössä esimerkiksi kuntien toimintamahdollisuudet ovat perustuslain takaaman itsehallinnon ja toisaalta kuntalaissa annettujen mahdollisuuksien johdosta muodostuneet kuitenkin hyvin laajoiksi, eikä kuntien kaikesta julkisen vallan käyttöä sisältävästä toiminnasta säädetä laissa nimenomaisesti.

Kuntien tapauksessa kysymystä virkamieshallintoperiaatteen soveltumisesta on paikoin lähestytty jaottelulla kunnan erityiseen toimialaan, joka sisältää kunnan lakisääteiset tehtävät, ja kunnan yleiseen toimialaan, eli mahdollisuuteen ottaa tehtäviä hoidettavakseen itsehallintonsa nojalla. Tämä lähtökohta oli nimenomaisena aiemmassa kuntalaissa (365/1995), ja se säilyi myös uuden kuntalain esitöissä, vaikka laissa muutoin käytetään termiä tehtävien järjestäminen.²¹ Ennen perustuslain 124 §:n säätämistä olikin jossain määrin epäselvää, miltä osin virkamieshallintoperiaatteen mukaiset tehtävänsiirtoja koskevat edellytykset pätivät myös kunnan yleiseen toimialaan kuuluviin tehtäviin. Keravuori-Rusanen paikantaa perustuslain 124 §:n ensisijaiseksi subjektitahoksi valtion, eikä säännöksen perusteluista tai sen soveltamiskäytännöstä ollut Keravuori-Rusasen mukaan yksiselitteisesti arvioitavissa, kuinka säännöstä tulisi tarkastella kuntia ja itsehallintoalueita tarkasteltaessa. Keravuori-Rusanen päätyi kuitenkin toteamaan, että kunnille kuuluvien tehtävien siirtoa tulisi arvioida samankaltaisista lähtökohdista kuin valtion tehtäväkenttään kuuluvia siirtoja.²² Samaan päätelmään on päädytty myös laajemmin, ja sama lähtökohta pätee myös sote-palveluiden järjestämisestä nykyisin vastaaviin hyvinvointialueisiin.²³ Perustuslain 124 §:n mukaiset edellytykset ovat läsnä valtion lisäksi myös kuntien, hyvinvointialueiden ja muidenkin julkisten toimijoiden ollessa kyseessä. Ajattelusta käytetään ajoittain organisaationeutraalisuus-termiä, jonka mukaan ulkoistaminen ei ole syy tai mahdollisuus heikentää jokaiselle turvattujen oikeuksien toteutumista. Julkisen hallintotehtävän siirto ei siis muuta perusoikeusjärjestelmän vaatimusta, jonka mukaan mahdollisten perusoikeusrajoitusten on oltava hyväksyttäviä perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta. Perustuslain esitöissä on nimenomaisesti todettu, että oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten noudat-

21 Kuntalain 2 § sekä HE 268/2014 vp, s. 138; Harjula – Prättälä 2023, s. 173–196.

22 Keravuori-Rusanen 2008, s. 290–296.

23 Ks. esim. Heuru 2001, s. 65; Sutela 2003, s. 79.

taminen tulee säännösperusteisesti taata myös viranomaiskoneiston ulkopuolella.²⁴

Kaikissa julkisten toimijoiden tehtävissä tai julkisten hoitamissa toiminnoissa ei ole kyse julkisista hallintotehtävistä. Tutkimuskysymyksen näkökulmasta kyse on kuitenkin hyvin olennaisesta lainsäätäjän harkintavallan rajasta, sillä perustuslain 124 § sitoo julkisia hallintotehtäviä koskevan yksityistämisen- ja ulkoistamistarkastelun nimenomaiseen valtiosääntöiseen asetelmaan. Perustuslain 124 §:stä muotoutuu näin valtiosääntöisiä rajoja yksityistämisen ja ulkoistamisen laajuudelle sekä erinäisiä lainsäätäjää rajoittavia vaatimuksia, jotka kulloinkin harkittavana olevan ehdotetun sääntelyn tai yksityistämispäätöksen tulee täyttää. Merkitystä on lisäksi laajemmin virkamieshallintoperiaatteen sekä virkamiehen käsitteen – nykyisin usein myös neutraalimman viranhaltijan käsitteen – vakiintumisella osaksi suomalaista hallintokulttuuria. Virkamiehen asema poikkeaa yksityisoikeudellisista palvelussuhteista tavalla, jonka voidaan ajatella korostavan tarvetta turvata julkisen vallan käyttöä koskevan päätöksenteon lainmukaisuus, yhtenäisyys ja objektiivisuus. Perustuslain 125 §:n sisältämät virkanimitysperusteet käsittävät muun muassa jokaisen avoimen mahdollisuuden hakea virkaa ja tulla nimitysharkinnassa huomioduksi sekä vaatimuksen virkanimityksen perustumisesta pätevyYTEEN ja ansioihin.²⁵ Kun virkoja käytetään suomalaisessa julkisessa hallinnossa laajasti myös tehtävissä, joissa ei ole kyse varsinaisesta julkisen vallan käytöstä tai edes julkisesta hallintotehtävästä, muodostuu virkamieshallintoperiaatteen merkitys pelkän perustuslain 124 §:n soveltamisalaa laajemmaksi.

Virkamieshallintoperiaate kodifioitiin ja sen sisältämiä normatiivisia vaatimuksia täsmennettiin vuonna 2000 voimaan tullessa uudessa perustuslaissa, johon lisättiin kokonaan uusi 124 §. Periaatteeseen on kuitenkin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä viitattu jo 1980-luvun puolivälistä lähtien.²⁶ Perustuslakivaliokunnassa virkamieshallintoperiaate ja sen sisältö johdettiin tuolloin voimassa olleen hallitusmuodon 1 §:n, 2 §:n ja 84 §:n sekä hallinnon lainalaisuuden vaatimukseen ja virkavastuuseen liittyvien näkökohtien kautta. Varsinaisen perustuslaintasaisen säännöksen juurien voidaan ainakin lainsäädäntöaineistoon rajattavan tarkastelun näkökulmasta katsoa olevan perustuslakiuudistusta valmistelleen Perustuslaki 2000 -komitean mietinnössä, jossa komitea katsoi hyvän hallinnon ja oikeusturvan vaatimusten edellyttävän, että julkisen hallintotehtävän antamisesta yksityiselle otetaan uuteen perustuslakiin nimenomainen säännös.²⁷ Komitean ehdotusta ei voitane pitää yllättävänä, sillä virkamieshallintoperiaatteen käytännön toteutuk-

24 PeVM 10/1998 vp, s. 35.

25 Pölönen 2012, s. 1150.

26 Mm. PeVL 4/1989 vp; PeVL 37/1992 vp; PeVL 15/1994 vp.

27 Perustuslaki 2000 -komitea (KM 1997:13), s. 316. Komitean muotoilu oli kuitenkin perustuslakiin otettua säännöstä yksiselitteisempi, ja se korosti yksityiselle annettavien tehtävien poikkeuksellista ja rajoitettua luonnetta: ”Julkinen hallintotehtävä voidaan antaa lailla muulle kuin viranomaisella *vain, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi.*”

sesta sekä sen oikeudellisista vaikutuksista esitettiin tutkimuksen piirissä kritiikkiä erityisesti 1990-luvulla sekä 2000-luvun ja uuden perustuslain alkuaikoina. Esimerkiksi Rasinmäen mukaan yksityistäminen oli johtanut 1990-luvun lopulle tultaessa tilanteeseen, jossa hallinto-oikeudellisia periaatteita oli väistynyt ja rajoitettu eikä lainsäädännön oikeudellinen tehtävä ollut toteutunut riittävästi ja siten määritellyt yksityistämislle rajoja. Rasinmäen mukaan lainsäädäntöä oli sen sijaan tehty poliittiset ja yhteiskunnalliset tavoitteet edellä.²⁸ Tilanteen voidaan ajatella osin muuttuneen, kun perustuslain 124 § säädettiin ja esimerkiksi hallinnon yleislakeja ja muita julkisen toiminnan sääntelyn keskeisiä oikeusnormeja ulotettiin koskemaan yksityisiä toimijoita näiden hoitaessa julkista hallintotehtävää. Lisäksi 2000-luvulla on vakiintunut jo Rasinmäen ratkaisuvaihtoehtoihin kuulunut perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan periaate, mikä on osaltaan purkanut 1990-luvulla paikannettua jännitettä. Perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan voidaan katsoa näkyneen erityisesti perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuisissa.²⁹

Virkamieshallintoperiaatteen ei ole missään suomalaisen oikeusjärjestelmän kehitysvaiheessa katsottu estävän hallintotehtävien tai julkisen vallan käytön antamista muille kuin viranomaisille, mutta periaate on asettanut tällaisille siirroille oikeudellisia reunaehtoja. Käytännössä reunaehtojen noudattamisessa oli kuitenkin merkittävää epäjohtonmukaisuutta varsinkin ennen vuoden 1995 perusoikeusuudistusta.³⁰ Uudistuksen yhteydessä oikeustila osin täsmentyi, sillä perustuslakiin lisättiin 22 §, jonka mukaan julkisella vallalla on velvollisuus turvata perusoikeuksien toteutuminen. Perustuslakivaliokunta totesi uudistusta käsitellessään, että perusoikeussäännösten vaikutukset ulottuvat muuhunkin julkiseen toimintaan kuin valtion nimissä tapahtuvaan ja että myös viranomaistoimintaan rinnastettava yksityisen oikeussubjektin toiminta on perusoikeuksien kannalta julkista toimintaa. Tähän seikkaan oli perustuslakivaliokunnan mukaan kiinnitettävä riittävästi huomiota, jos lainsäädäntötoimin toteutetaan hallinnon perinteisten rakenteiden hajauttamista ja yksityistämistä. Valiokunnan mukaan näin ei ennen perusoikeusuudistusta ollut toimittu.³¹

Osin erillisenä perustuslain 124 §:n sisältämän merkittävän julkisen vallan käytön yksityiselle antamisen kiellosta Keravuori-Rusanen on katsonut, että perustuslain 124 §:n sääntely heijastelee myös julkisen vallan ydintehtävien ulkoistamisen kieltä.³² Samoin Mäenpää on nostanut esiin ajatuksen julkisten hallintotehtävien

28 Rasinmäki 1997, s. 24.

29 Ks. esim. KHO 2005:50, KHO 2010:42 ja KHO 2014:1.

30 Keravuori-Rusanen 2008, s. 13–20; PeVL 19/1985 vp; PeVL 4/1989 vp; PeVL 37/1992 vp; PeVL 1/1994 vp; PeVL 7/1994 vp; PeVL 15/1994 vp; PeVL 44/1998 vp; PeVL 14/1999 vp.

31 PeVM 25/1994 vp, s. 3.

32 Keravuori-Rusanen 2008, s. 475–481.

ydinalueesta.³³ Vaikka ajatus ydintehtävistä tai ydinalueesta voi olla yleisellä tasolla perusteltu, ei ole yksiselitteistä, mikä tällaisten ydintehtävien piirin laajuus olisi. Kyse ei lähtökohtaisesti voisi olla sellaisesta lainsäätäjän harkintavallan rajoituksesta, joka ei muutoin saa vahvaa tukea perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta. Jotta tällaisen ydinalueen ulkoistamisen kiellon voitaisiin katsoa itsenäisenä olevan olemassa, siitä tulisi olla vahvempia viitteitä perustuslainsäätäjän tahtoa ilmaisevissa aineistoissa tai perustuslakivaliokunnan lausunnoissa. Puhtaasti akateemisessa tutkimuksessa tai systematisoinnilla tällaista yksityistämiskieltoa ei voida luoda, vaan tällöin oikeustiede tulisi astuneeksi perustuslainsäätäjän tontille. Sinänsä ajatus vaikuttaa osuvalta jäljempänä tarkasteltavien perustuslain 124 §:n mukaisten kriteerien ja subdelegoinnin sallittavuuden näkökulmasta: mitä lähemmin kyse on hallintotehtävien ydinalueesta, sitä vahvemmat ulkoistamisen tai yksityistämisen perusteet on pystyttävä tarjoamaan.

Vaikka kyse ei ole varsinaisesta perusoikeudesta, perustuslain 124 §:n tulkitseminen perusoikeuksista erillään ei jo sen sananmuodon ja valtiosääntöisen asemankaan vuoksi ole mahdollista, vaan säännöksen sisältö on asemoitava perusoikeusnormien ja valtiosääntöoikeudellisten periaatteiden muodostamaan kokonaisuuteen. Perustuslain 124 §:n säännöksen keskeiseksi tehtäväksi voidaan ajatella julkisten hallintotehtävien demokraattisen ohjauksen ja päätöksenteon sekä keskeisten oikeusvaltiollisten periaatteiden toteutumisen varmistaminen. Säännös kuitenkin nimenomaisesti mahdollistaa julkisen hallinnon järjestämisen viranomaiskoneiston ulkopuolella ja yksityisten toimijoiden hyödyntämisen, mikä luo edellytyksiä tarkoituksenmukaiselle ja tehokkaalle hallinnolle. Keravuori-Rusasen mukaan perustuslain 124 §:ää ei ole syytä tulkita vain oikeusvaltiollisia lähtökohtia ilmentäväksi säännökseksi, vaan se kytkeytyy säännöksen sisältämän tarkoituksenmukaisuusvaatimuksen kautta hallintovaltiolle tyypillisiin tehokkuutta, tarpeellisuutta ja muuta tarkoituksenmukaisuutta koskeviin tarkasteluihin.³⁴ Kysymys ei ole hallinnon järjestämiseen kiinnittyvän tarkoituksenmukaisuuden sekä valtiosääntöisten periaatteiden vastakkainasettelusta, vaan näitä on arvioitava toistensa edellytyksinä, jotka vuorovaikutuksessa määrittävät valtiosääntöisen hyväksyttävyyden rajoja.

2.2. Julkinen hallintotehtävä ja lähikäsitteet

Perustuslain 124 §:n keskeinen käsite on julkinen hallintotehtävä, jonka siirtoon säännöksen asettamat edellytykset kytkeytyvät. Keravuori-Rusasen mukaan perustuslain 124 §:n tulkinnassa on kyse valtiollisten tehtävien erottamisesta julkisista hallintotehtävistä sekä toisaalta hallinnollisten tehtävien erottamisesta

³³ Mäenpää 2021, s. 61.

³⁴ Keravuori-Rusanen 2008, s. 261–264.

muista julkisista tehtävistä. Tehtäväryhmien rajat eivät kuitenkaan ole yksiselitteisiä.³⁵ Perustuslain esitöiden mukaan julkisella hallintotehtävällä viitataan verraten laajaan hallinnollisten tehtävien kokonaisuuteen, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koskevaan päätöksentekoon liittyviä tehtäviä.³⁶ Julkista hallintotehtävää voidaan siis pitää eräänlaisena yläkäsitteenä ja julkisen vallan käyttöä sen piiriin kuuluvana alakäsitteenä. Julkinen valta kantaa suomalaisessa oikeusjärestyksessä myös kaksoismerkitystä: samaa termiä käytetään sekä organisatorisessa merkityksessä että toimintakäsitteenä, eli julkinen valta voi oikeudellisessa kielessä olla objektin lisäksi myös subjekti.³⁷ Esimerkiksi perustuslain 22 §:ssä perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus kohdistetaan nimenomaan julkiselle vallalle eli käytännössä valtiolle, kunnille ja muille julkisoikeudellisille toimijoille. Julkinen valta voi siis käyttää julkista valtaa, mutta julkista valtaa voivat käyttää perustuslain 124 §:n ja muiden valtiosääntöisten rajojen puitteissa myös muut kuin viranomaiset. Näistä toimijoista ei kuitenkaan tule julkisen vallan (objekti) käytön myötä osa julkista valtaa (subjekti). Julkisen hallintotehtävän hoitaminen voi sisältää julkisen vallan käyttöä, mutta julkisen vallan käyttö ei ole edellytys sille, että jokin tehtävä voitaisiin katsoa julkiseksi hallintotehtäväksi.

Koivisto on todennut perustuslaissa käytetyn julkisen vallan käsitteen olevan työkalu muotoilla valtiollisen toiminnan sallittuja muotoja ja vallankäytön intensiteettiä.³⁸ Julkisen hallintotehtävän käsitettä on tutkimuksen piirissä lähestytty useista eri lähtökohdista, ja se on ollut varsin runsaan tutkimuksellisen mielenkiinnon kohteena. Myös perustuslakivaliokunta on lausunut erinäisten yksityiselle siirrettäväksi ehdotettujen tehtävien yhteydessä näiden tehtävien luonteesta ja asemoitumisesta suhteessa perustuslain 124 §:n mukaiseen julkisen hallintotehtävän käsitteeseen.³⁹ Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin esiintynyt keskenään ristiriitaisia tulkintoja siitä, mihin rajanvetoa julkisista hallintotehtävistä puhuttaessa tulisi tehdä. Kysymys julkisen hallintotehtävän käsitteestä ja sen systematisoinnista ei siis edelleenkaan ole yksiselitteinen.⁴⁰ Tarkastelun lähtökohtana voidaan pitää sitä, että perustuslain 124 §:n sovellettavuus edellyttää sekä niin sanotun funktionaalisen että organisatorisen soveltumisedellytyksen täyttymistä – kyse on oltava julkisesta hallintotehtävästä ja tehtävän siirron on suuntauduttava viranomaiskoneiston ulkopuolelle. Perustuslain esitöiden perus-

35 Ibid., s. 25.

36 HE 1/1998 vp, s. 179; Huhtanen 2005, s. 126–127.

37 Mm. Hakalehto-Wainio 2008, s. 71; Nykänen 2020, s. 435.

38 Koivisto 2014, s. 677.

39 Ks. tuoreemmasta lausuntokäytännöstä esim. PeVL 16/2016 vp; PeVL 31/2018 vp; PeVL 67/2018 vp; PeVL 70/2018 vp; PeVL 15/2019 vp; PeVL 34/2020 vp; PeVL 45/2020 vp; PeVL 33/2021 vp; PeVL 48/2021 vp; PeVL 5/2021 vp; PeVL 6/2022 vp; PeVL 8/2022 vp.

40 Mm. Kerttula 2010, s. 152.

teella yksiselitteistä on lisäksi, että lainsäädäntö- ja tuomiovallan käyttöön liittyviä tehtäviä ei pidetä julkisina hallintotehtävinä.⁴¹ Keravuori-Rusasta mukaillen julkisia hallintotehtäviä voitaisiin kuvailla lailla säädetyiksi, tyypillisesti oikeusnormein sidotuiksi ja julkisoikeudellisten säännösten soveltamista edellyttäviksi tehtäviksi, jotka kuuluvat hallinnollisen toimeenpanovallan alaan ja joiden hoitamisesta vastuu kuuluu ensisijaisesti viranomaisille.⁴² Perustuslainsäätaja on julkisen hallintotehtävän sekä toisaalta julkisen tehtävän käsitteillä pyrkinyt antamaan perustuslain 124 §:n sovellettavuudelle erilliset, yleisestä julkisen toiminnan piiristä poikkeavat suppeammat edellytykset. Kyse on nimenomaan julkisista hallintotehtävistä, minkä arviointi edellyttää tehtävän luonteen arviointia.⁴³

Hallintotehtävät ovat luonteeltaan heterogeenisiä, mutta niitä on mahdollista ryhmitellä suuntaa antaviin kategorioihin. Keravuori-Rusasen mukaan julkista hallintotehtävää hoitaessaan julkinen valta:

- 1) velvoittaa ja rajoittaa, 2) oikeuttaa ja myöntää, 3) valmistelee ja täytäntöönpanee, 4) määrää ja ohjaa, 5) valvoo ja tarkastaa, 6) suojelee ja pelastaa sekä 7) palvelee ja huolehtii.⁴⁴

Keravuori-Rusanen on lisäksi tyypitellyt julkisia hallintotehtäviä:

- 1) julkistaloudellisiin toimeenpanotehtäviin, 2) lupa- ja rekisterihallintotehtäviin, 3) hallinnollista sääntelyvaltaa sisältäviin tehtäviin, 4) valvonta- ja tarkastustehtäviin, 5) suojeluluonteisiin ja turvallisuutta edistäviin tehtäviin sekä 6) palveluluonteisiin hallintotehtäviin.⁴⁵

Nykyisen mukaan julkisen hallintotehtävän ydinalueelle kuuluvat hallinnollisten määräysten antaminen sekä erilaisten lakiin perustuvien lupien tai etuuksien myöntäminen, ja myös julkisten palvelujen tuottamistehtäviä on vakiintuneesti ymmärretty perustuslain 124 §:ssä tarkoitetuiksi julkisiksi hallintotehtäviksi.⁴⁶ Toisaalta on myös selvää, että kaikkea julkisten palveluiden tuottamista ei voida pitää julkisina hallintotehtävinä. Palveluiden tuottamista ei kuitenkaan ole kategorisesti rajattu käsitteen ulkopuolelle, vaan tiettyjä palveluja on esimerkiksi perustuslakivaliokunnan käytännössä pikemminkin kategorisesti rajattu sen piiriin. Myllymäki on katsonut julkiseksi hallintotehtäväksi julkisen vallan käytön, muun viranomaistoiminnan

41 HE 1/1998 vp, s. 179.

42 Mm. Keravuori-Rusanen 2008, s. 167–168.

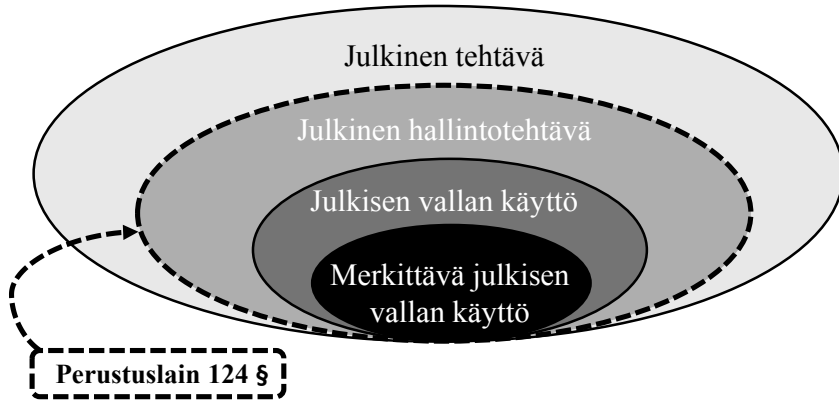
43 Ibid., s. 166–167.

44 Ibid., s. 182–183.

45 Ibid., s. 182–245.

46 Nykänen 2020, s. 437. Ks. myös HE 1/1998 vp, s. 179; Huhtanen 2005, s. 133; Keravuori-Rusanen 2008; PeVL 41/2010 vp, s. 2.

sekä muun palvelutoiminnan.⁴⁷ Sutela on jakanut julkisia tehtäviä julkisiin palvelutehtäviin ja julkisiin hallintotehtäviin.⁴⁸ Husa ja Pohjolainen sekä Huhtanen taas ovat muotoilleet myös tämän tutkimuksen omaksumaa ajatusta käsitteiden eräänlaisesta kerroksellisuudesta, jossa julkinen tehtävä on kerroksista alin ja julkisen vallan käyttö ylin. Kaikki julkisen vallan käyttö on julkisen hallintotehtävän hoitamista, ja kaikki julkiset hallintotehtävät kuuluvat myös julkisten tehtävien piiriin.⁴⁹



Kuvio 1: Julkisten tehtävien kerroksellisuus

Perustuslakivaliokunnan käytännöstä ei juuri ole mahdollista täsmentää julkisten hallintotehtävien rajoja myöskään viranomaistehtävien tyyppien tai hallinnon tehtävien muotojen mukaan.⁵⁰ Julkisen hallintotehtävän hoitaminen voi olla yhtä lailla hallintopäätösten tekemistä tai muuta määrämuotoista toimintaa kuin tosiasiallista hallintotoimintaa, esimerkiksi julkisten palvelujen tuottamista. Toisaalta julkisen hallintotehtävän piiriä koskevaa rajanvetoa joudutaan tekemään erityisesti *tosiasiallisen hallintotoiminnan* tilanteessa, sillä se, että toiminta sisältää hallintopäätösten tekemistä, on vähintäänkin erittäin vahva viite toiminnan kuulumisesta julkisen hallintotehtävän alaan. Termi tosiasiallinen hallintotoiminta on niin ikään luonteeltaan määrittymätön. Termiä käytetään melko vakiintuneesti esimerkiksi perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä, lainsäädännön esitöissä ja oikeuskirjal-

47 Myllymäki 2003, s. 10.

48 Sutela 2003, s. 76.

49 Husa – Pohjolainen 2014, s. 73–76; Huhtanen 2005, s. 132.

50 Keravuori-Rusanen 2008, s. 71: Hallinnon tehtävämuodoiksi voidaan määritellä esimerkiksi hallinnollinen päätöksenteko, tosiasiallinen hallintotoiminta, hallinnon sisäinen toiminta ja hallinnon yksityisoikeudellinen toiminta.

lisuudessa, mutta ei suoraan perustuslaissa.⁵¹ Termin käyttötarkoitukseksi voidaan ajatella erityisesti hallinnon toimintamuotojen määrittelyn, jolloin sen sisältämät toiminnot sijoitettaisiin perustuslain 124 §:n näkökulmasta lähtökohtaisesti julkisen hallintotehtävän puitteisiin, mutta ei kuitenkaan julkisen vallan käytköksi tai merkittäväksi julkisen vallan käytköksi.⁵² Myös esimerkiksi luonteeltaan tosiasiallisen hallintotoiminnan alaan sijoittuvia neuvontapalveluja on tietyissä tapauksissa pidetty julkisina hallintotehtävinä. Perustuslakivaliokunnan mukaan esimerkiksi verohallinnon neuvova puhelinpalvelu oli julkinen hallintotehtävä, sillä neuvonta kuului muun muassa hallintolain 8 §:n mukaan viranomaisen lakisääteisiin tehtäviin.⁵³ Näin siitä huolimatta, että neuvontaan ei kyseisessä tapauksessa sisällynyt esimerkiksi päätöksentekovallan käyttöä.

Julkinen hallintotehtävä on perustuslaissa käytetty valtiosääntöinen käsite, jota ei ole mahdollista määritellä tavallisen lainsäädännön tasolla, vaan eduskuntalaeista sekä näiden esitöistä voidaan saada lähinnä tukea käsitteen määrittelyyn. Kuitenkin tavallisella lainsäädännöllä ja jopa sen esitöillä voidaan määritellä, mahdollisesti perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella, missä julkisen hallintotehtävän rajat kulkevat juuri kyseisessä kontekstissa.⁵⁴ Tämä on myös hyvin tarpeellista ainakin silloin, jos käsitettä käytetään rikosoikeudellisen virkavastuun soveltamisalan määrittäjänä.⁵⁵ Tavallisella lainsäädännöllä ei kuitenkaan liene mahdollista määritellä julkisen hallintotehtävän käsitettä perustuslain vakiintuneesta tulkinnasta poikkeavasti. Käytännössä julkisen hallintotehtävän määrittely puhtaasti perustuslaista tai sen tulkintaan kytkeytyvistä aineistoista käsin on kuitenkin niin hankalaa ja oikeusvarmuuden näkökulmasta epätydyttävää, että julkinen hallintotehtävä välttämättömästi saa osan myös yleisen tason sisällöstään tavallisen lainsäädännön tasolta ja sen esityöistä.

Yleislaeista julkisen hallintotehtävän käsitettä käytetään muun muassa myös hallintolain (434/2003) 2 §:n 3 momentissa, jonka mukaan kyseistä lakia sovelletaan valtion liikelaitoksissa, julkisoikeudellisissa yhdistyksissä sekä yksityisissä niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä. Kaikki julkiset tehtävät eivät ole julkisia hallintotehtäviä myöskään hallintolain näkökulmasta.⁵⁶ Hallintolain lisäksi julkisen hallintotehtävän käsitettä käytetään muun muassa kielilain (423/2003) 25 §:ssä sekä tiedonhallintalain (906/2019) 3 §:n 4 momentissa. Hallintolain esitöiden mukaan laissa käytetty julkisen hallintotehtävän käsite saa sisältönsä perustuslain 124 §:stä. Esitöissä julkisen hallintotehtävän todetaan viittaavan toimintaan, johon liittyy

51 Mm. PeVL 24/2001 vp.

52 Nykänen 2020, s. 438.

53 PeVL 11/2006 vp.

54 Ks. esimerkiksi Metsähallituksesta annetun lain (234/2016) 5 §:n lista.

55 Ks. osio II luku 3.3.

56 Mäenpää 2021, s. 60–64; Suviranta 2006, s. 546–550. Esimerkiksi posti, telepalvelut ja julkisen palvelun tehtävät rajautuvat Mäenpään mukaan julkisen hallintotehtävän käsitteen ulkopuolelle.

yleisen edun toteuttamista tai muutoin julkisten palvelujen järjestämiselle luonteenomaisia piirteitä, kuten oikeus käyttää julkista valtaa eli hallintopäätösten tekemistä sekä asian ratkaisemista välittömästi palvelevia valmistelu- ja täytäntöönpanotoimia. Keskeistä on myös, että tehtävä perustuu lailla tai lain nojalla annettuun julkiseen toimeksiantoon.⁵⁷ Esitöiden mukaan julkisia hallintotehtäviä hoitavien yksityisten piiri on varsin laaja ja monitahoinen, joten on tärkeää, että lainsäätäjä osoittaa selvästi, milloin jokin toiminta on julkisen hallintotehtävän hoitamista ja miltä osin siihen liittyy julkisen vallan käyttöä. Näistä lähtökohdista käsin määräytyy hallituksen esityksen mukaan myös se, missä laajuudessa hallintolaki tulisi sovellettavaksi välillisessä julkisessa hallinnossa ja julkista hallintotehtävää hoitavissa yksityisissä.⁵⁸

Kuntalain 9 §:n mukaan kunta tai kuntayhtymä voi tuottaa järjestämisvastuulleen kuuluvat palvelut itse tai hankkia ne sopimukseen perustuen muulta palvelujen tuottajalta. Julkisen hallintotehtävän kunta voi kuitenkin antaa muulle kuin viranomaiselle vain, jos siitä erikseen lailla säädetään. Kunnalla säilyy järjestämisvastuu, vaikka se hankkisi laissa säädettyjä palveluja muulta palvelujen tuottajalta. Kuntalain 87 §:n 2 momentin mukaan tehtävää, jossa käytetään julkista valtaa, hoidetaan virkasuhteessa. Hallituksen esityksen mukaan perustuslain edellytykset huomioon ottaen yksityiseltä voidaan hankkia ainoastaan palveluja, joissa ei ole kytkentää julkisen vallan käyttöön tai julkisen hallintotehtävän hoitamiseen ja jotka eivät siten ole kunnan viranomaistehtäviä.⁵⁹ Hallituksen esityksessä myös todetaan, että kuntalain yleiset säännökset palvelujen tuottamistavoista eivät merkitse perustuslaissa tarkoitettua lakitasoista valtuutta julkisen hallintotehtävän siirtämiselle muulle kuin viranomaiselle.⁶⁰ Kuntalain sääntelyn voidaan näin ajatella yksityistämisen näkökulmasta kaksi kategoriaa ja asetelmaa: toisaalta kunta voi varsin vapaasti ulkoistaa ja yksityistää muita tehtäviä kuin julkisia hallintotehtäviä, mutta kunnan tulee itse hoitaa julkisiksi hallintotehtäviksi katsottavat tehtävät, ellei laissa erikseen säädetä, että jokin tehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle.⁶¹ Oikeuskäytännön valossa tällainen tulkinta on kuitenkin osin yksinkertaistava.⁶²

Julkisen hallintotehtävän käsitettä ei ole syytä ymmärtää staattiseksi vaan pikemminkin dynaamiseksi ja jatkuvasti – tosin vaihtelevalla tahdilla – muuttuvaksi. Tätä ilmentää muun muassa se, että tehtävät voivat myös lakata olemasta julkisia hallintotehtäviä, kuten on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä todennetulla tavalla käynyt 2000-luvulla ainakin sähköisen tunnistautumisen varmennepalveluissa.⁶³ Toisaalta yhteiskunnan ja hallintotoiminnan muuttuessa tai oikeudellisen

57 HE 72/2002 vp, s. 52–53.

58 Ibid., s. 53–54.

59 HE 268/2014 vp, s. 140.

60 Ibid., s. 141.

61 Ibid.

62 Ks. mm. KHO 2014:98; KKO 2013:19.

63 Ks. esim. PeVL 2/2002 vp ja PeVL 16/2009 vp.

kehityksen myötä uusia tehtäviä voi siirtyä julkisten hallintotehtävien piiriin. Perustuslain 124 §:n säännös kattaa sekä viranomaisille nykyisin kuuluvien tehtävien siirtämisen että hallinnon uusien tehtävien antamisen muille kuin viranomaisille.⁶⁴ Julkisten hallintotehtävien ala ei siis ole ennalta annettu, ja vaikka teoreettisesti lie- neekin mahdollista jonain nimenomaisena hetkenä listata kaikenkattavasti julkisten hallintotehtävien piiriin kuuluvat julkisten toimijoiden tehtävät, tämä olisi sekä käy- tännössä mahdotonta että tosiasiallisesti tarpeetonta. Arvio tehtävien luonteesta on tehtävä kulloisessakin tulkintatilanteessa sen edellyttämässä laajuudessa, mihin voi- daan saada apua yleisemmistä oikeustilaa koskevista systematisoinneista. Oikeusvar- muuden näkökulmasta asetelma jättää toivomisen varaa. Käytännössä perustuslain 124 §:n tulkinta ei ole ollut lainkaan yksiselitteistä ja pykälän tulkinnassa voidaan nähdä jossain määrin myös tasapainoilua oikeuden ja politiikan välillä.⁶⁵ Tämän tutkimuksen näkökulmasta julkisen hallintotehtävän täsmentymättömyys asettaa niin ikään haasteen: kun edes julkisten hallintotehtävien rajoja ei ole mahdollista aukottomasti ja poikkileikkaavasti täsmentää, tulee koko yksityistämiseen liittyviä lainsäätäjän harkintavallan rajoja koskevasta tarkastelusta haastavaa.

Julkisen hallintotehtävän käsitteeseen kytkeytyvä *julkisen tehtävän* käsite on niin ikään kokonaisuutena melko määrittymätön, mikä vaikeuttaa kyseisten käsitteiden välistä rajavetoa: julkisten hallintotehtävien siirtoa yksityiselle on arvioitava pe- rustuslain 124 §:n asettamien edellytysten näkökulmasta, mutta muiden julkisten tehtävien siirtoa lähtökohtaisesti ei. Laillisuusvalvojien toimivaltuuksia koskevissa perustuslain 108 §:n 1 momentissa ja 190 §:ssä viitataan kuitenkin nimenomaan julkisiin tehtäviin. Säännösten mukaan julkisia tehtäviä hoitavat kuuluvat valtio- neuvoston oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen valvonnan piiriin. Säädöksen syntyhistoria ei helpota käsitteen tulkintaa, sillä se lisättiin silloiseen hallitusmuotoon vuoden 1991 alusta vasta eduskuntakäsittelyssä ilman sen tarkem- paa määrittelyä, kun laillisuusvalvojien toimivalta irrotettiin rikoslain virkamieskä- sitteestä.⁶⁶ Tavoitteena oli sen varmistaminen, että laillisuusvalvojien toimivalta ei kaventuisi viranomaistoimintojen yksityistämisen seurauksena.⁶⁷ Julkisen tehtävän käsitteen sijaan hallituksen esityksessä käytettiin kuitenkin vielä julkisen vallan käsitettä.⁶⁸ Julkisen tehtävän käsitettä ei mainittavasti selvennetty myöskään pe- rusoikeusuudistuksen yhteydessä tai säädettäessä vuoden 2000 perustuslakia, johon 1990-luvun taitteessa syntynyt säädös otettiin sellaisenaan.⁶⁹

64 HE 1/1998 vp, s. 179.

65 Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 1198–1199.

66 PeVM 9/1990 vp; SuVM 179/1990 vp.

67 Pölönen 2012, s. 1154–1156.

68 HE 72/1990 vp, s. 13–15: Lähtökohtana oli siis valvontavallan laajentaminen julkisen vallan käyttöön, jonka ytimenä oli vakiintuneesti pidetty päättämistä jonkun edusta, oikeudesta tai vel- vollisuudesta.

69 Sarja 2010, s. 22.

Julkisen tehtävän käsite esiintyy myös laillisuusvalvojen tiedonsaantioikeutta koskevassa 111 §:ssä ja perustuslain 118 §:n 3 momentissa, jonka mukaan yksilön oikeus vaatia rangaistusta ja korvauksia ei riipu siitä, onko julkisen tehtävän hoitaminen uskottu virkamiehelle vai viranomaiskoneiston ulkopuolelle. Lisäksi muun muassa hallinnon yleislakeihin kuuluvan viranomaistoiminnan julkisuudesta annetun lain (julkisuuslaki, 621/1999) 4 §:n 2 momentissa viitataan julkiseen tehtävään ja julkisen vallan käyttöön.⁷⁰ Myös ainakin oikeudenkäymiskaassa (4/1734), poliisilaissa (872/2011), vahingonkorvauslaissa (412/1974) ja laissa oikeudenkäynnistä vakuutus oikeudessa (677/2016) käytetään julkisen tehtävän käsitettä.⁷¹ Sarja on erityisesti laillisuusvalvojen toimivallan näkökulmasta paikantanut useita kriteereitä, joiden täyttyminen kokonaan tai suurelta osin viittaisi kyseessä olevan julkinen tehtävä.⁷² Näitä kriteerejä ovat:

1) toiminnasta on erikseen säädetty; 2) jokin taho on normissa erikseen nimetty toiminnan harjoittajaksi joko suoraan tai niin, että tehtävän hoitaja voi määräytyä lain nojalla laissa tarkemmin määritellyllä tavalla; 3) yksityisen tahon ja julkisen sektorin toimijan välillä on jonkinlainen yhteys, kuten toimilupa tai palvelun tuottamista koskeva sitoumus; 4) yksityisen tahon toiminnalla on jokin läheinen yhteys viranomaisprosessin johonkin vaiheeseen; 5) julkinen sektori osallistuu toiminnan rahoitukseen; 6) julkinen sektori ohjaa tai valvoo toimintaa; 7) julkinen sektori on edustettuna toiminnan harjoittajan päätöksentekokelemissä ja 8) toiminta on jollakin tavalla merkityksellistä etenkin yksityisen ihmisen tai ihmisryhmän oikeudellisen aseman näkökulmasta tai muullakin perusteella.⁷³

Perustuslain 124 §:n viimeinen virke rajaa *merkittävää julkisen vallan käyttöä* sisältävät tehtävät vain viranomaiselle. Merkittävänä julkisen vallan käyttönä on esitöiden mukaan pidettävä esimerkiksi itsenäiseen harkintaan perustuvaa oikeutta käyttää voimakeinoja tai puuttua muuten merkittävällä tavalla yksilön perusoikeuksiin. Sote-sektorilla merkittävää julkisen vallan käyttöä liittyy jäljempänä täsmennettävällä tavalla useisiin sosiaalihuollon tehtäviin sekä tahdosta riippumattomaan hoitoon. Erityisesti terveydenhuollon puolella merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältyy vain melko harvoin tehtäviin. Näin siitä huolimatta, että terveydenhuollon toiminnan yhteydessä tehdyistä arvioista ja ratkaisuksista riippuu se, annetaanko

70 Julkisuuslain 4 §:n 2 momentin mukaan mitä viranomaisesta säädetään, koskee myös lain tai asetuksen taikka lain tai asetuksen nojalla annetun säännöksen tai määräyksen perusteella julkista tehtävää hoitavia yhteisöjä, laitoksia, säätiöitä ja yksityisiä henkilöitä niiden käyttäessä julkista valtaa.

71 Pölönen 2012, s. 1154–1156; oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 17 luvun 23 §:n 1 momentin 1 kohta, poliisilain (872/2011) 4 luvun 2 §, vahingonkorvauslain (412/1974) 3 luvun 2 §:n 1 momentti ja vakuutuslain (132/2003) 21 §.

72 Sarja 2010, s. 26–27.

73 Ibid.

ihmiselle hoitoa, millä eittämättä on suora ja konkreettinen vaikutus kyseiseen ihmiseen.

Lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta perustuslain 124 §:stä johtuu siis kahdenlaisia rajoja: ensinnäkin tiettyjä sosiaali- ja terveystalvaeluja ei voida lainkaan siirtää yksityisen hoidettavaksi, jos niissä katsotaan olevan kyse merkittävästä julkisen vallan käytöstä. Toisaalta sellaisia tehtäviä, jotka eivät sisällä merkittävää julkisen vallan käyttöä, mutta jotka ovat julkisia hallintotehtäviä, voidaan siirtää yksityiselle perustuslain 124 §:n asettamien edellytysten täytyessä. Mikäli kyse on lisäksi julkisen vallan käytöstä, olisi tehtävän siirron perustuttava laintasoiseen säädökseen. Tehtävän sijoittuminen julkisen hallintotehtävien sisällä – siis hallintotehtävien reuna- tai ydinalueelle – taas vaikuttaa siihen, miten perustuslain 124 §:n mukaisia yksityistämisen tai ulkoistamisen edellytyksiä on arvioitava, mutta ei kuitenkaan tehtävän siirron oikeutettavuuteen sinänsä, mikäli mainitut edellytykset täyttyvät.

2.3. Sosiaali- ja terveystalvaelut perustuslain 124 §:n valossa

2.3.1. Ovatko kaikki sote-palvelut julkisia hallintotehtäviä?

Vaikka julkisen hallintotehtävän piirin määrittely ei ole yksinkertaista, voidaan sinänsä pitää selvänä, että melko huomattavassa osassa julkisen sote-sektorin tehtävistä on kyse julkisista hallintotehtävistä. Toisaalta on selvyyden vuoksikin todettava, että sosiaali- ja terveystalvaeluja tuottavan yrityksen tarjoamat palvelut eivät kuulu julkisen hallintotehtävän alaan, ellei palvelun tarjoaminen perustu ostopalvelusopimuksen, palvelusetelin tai vastaavan järjestelyn perusteella toteutettavaan julkisen vallan lakisäateiseen järjestämisvelvollisuuteen.⁷⁴ Jos kyse on siis puhtaasti yksityisistä palveluista, jotka rahoittaa asiakas itse joko suoraan tai ottamansa vakuutusturvan kautta, kyse ei ole julkisesta palvelusta tai tehtävästä ja toiminta rajautuu kokonaan tässä tutkimuksessa tehtävän tarkastelun ulkopuolelle.

Sipilän hallituksen monituottajamallia käsitellessään perustuslakivaliokunta päätyi tulkintaan, jonka mukaan yksityiseen tuotantoon keskeisesti nojannutta mallia oli kokonaisuudessaan arvioitava 124 §:n kannalta.⁷⁵ Ratkaisua voidaan pitää ainakin siltä osin asiallisena, että muun muassa sote-palveluiden monipuolisuudesta, palveluihin sisältyvien erilaisten päätösten ja ratkaisujen määrästä sekä eri asioiden välisistä keskinäisriippuvuuksista johtuen tuskin olisi mahdollista erotella, missä määrin Sipilän hallituksen yksityiselle siirrettäväksi suunnitteleminen laajojen palvelukokonaisuuksien eri osissa on kyse julkisen vallan käytöstä, julkisista hallintotehtävistä tai julkisista tehtävistä. Perustuslakivaliokunnan valinnan taustalle voidaan ajatella hallituksen esityksessä omaksuttu lähtökohta, jossa kaikkien yksityisten tuottajien

⁷⁴ Nykänen 2020, s. 438.

⁷⁵ PeVL 26/2017 vp, s. 47.

hoidettavaksi ehdotettujen palvelukokonaisuuksien siirrossa pyrittiin täyttämään edellytykset, jotka perustuslain 124 §:ssä asetetaan julkisen hallintotehtävän siirtämiselle.⁷⁶ Tämä sama lähtökohta kaikkien sosiaali- ja terveyspalveluiden kohtelusta ikään kuin kyse olisi julkisista hallintotehtävistä omaksuttiin myös Sanna Marinin hallituksen sote-esityksessä.⁷⁷ Jos sen sijaan erottelua julkisiin hallintotehtäviin ja muihin julkisiin tehtäviin olisi tehty tarkemmin hallituksen esityksissä, olisi tätä jaottelua voitu arvioida myös perustuslakivaliokunnassa. Mitään oikeudellista estettä tällaisella ratkaisulla ei olisi ollut, mutta kaikkien sosiaali- ja terveyspalveluiden jakaminen aukottomasti merkittävän julkisen vallan käytön, julkisen vallan käytön, julkisten hallintotehtävien ja julkisten tehtävien valtiosääntöisiin kategorioihin olisi ollut lainvalmistelun toimeksiantona erittäin haastava.

Marinin hallituksen sote-uudistusesityksen mukaan perustuslain 19 §:ssä tarkoitettujen hyvinvointialueen järjestämisvastuulle kuuluvien ja sen rahoittamien sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestäminen ja tuottaminen ovat perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännön ja oikeuskirjallisuuden perusteella lähtökohtaisesti julkisia hallintotehtäviä, sillä niissä on kyse yksilön perusoikeuksien toteuttamisesta.⁷⁸ Sipilän hallituksen sote-uudistusesityksessä taas todettiin, että perustuslain 19 §:ää toteuttavat julkiset sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut voidaan ymmärtää esimerkiksi perustuslain 124 §:ssä tarkoitetuiksi julkisiksi hallintotehtäviksi sekä näitä täydentäväksi palvelutuotannoksi. Tulkinnat poikkeavat toisistaan, mutta näistä Sipilän hallituksen sote-uudistusesityksessä todettu nauttii tällä hetkellä perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön ja osin myös laillisuusvalvojien sekä oikeuskäytännön vahvempaa tukea.⁷⁹ Sipilän hallituksen ensimmäistä sote-uudistusesitystä arvioidessaan perustuslakivaliokunta totesi:

Asiakasseteliä koskevan 22 §:n ja henkilökohtaista budjettia koskevan 25 §:n sääntely on siinä määrin avointa, ettei lain säännösten perusteella ole aukottomasti pääteltävissä, onko asiakassetelillä ja henkilökohtaisella budjetilla annettavissa palveluissa kyse julkisista hallintotehtävistä. Näin rajoittamattomana asiakasseteliä ja henkilökohtaista budjettia koskeva sääntely näyttäisi kuitenkin kuuluvan perustuslain 124 §:n soveltamisaan ja muodostuvan ongelmalliseksi 124 §:ään sisältyvän tehtävän siirtämistä lailla tai lain nojalla koskevan vaatimuksen kannalta.⁸⁰

Liukon ja Nykäsen mukaan kannanotto jättää tilaa tulkinnalle, jonka mukaan sosiaali- ja terveydenhuollon palveluihin voi sisältyä myös sellaisia toimia, jotka eivät

76 HE 16/2018 vp, s. 333.

77 HE 241/2020 vp, s. 682.

78 Ibid., s. 1114.

79 PeVL 15/2018 vp, s. 32; PeVL 65/2018 vp, s. 42.

80 PeVL 26/2017 vp, s. 54.

määrity perustuslain 124 §:ssä tarkoitetuiksi julkisiksi hallintotehtäviksi.⁸¹ Voidaan jopa todeta, että perustuslakivaliokunta on tehnyt tällaisen tulkinnan melko selvästi. Toisaalta Liukko ja Nykänen sekä Nykänen kuitenkin perustellusti huomauttavat, että valiokunnan näkemyksen mukaan alihankkijoiden käyttöä palvelutuotannossa tuli arvioida julkisen hallintotehtävän subdelegointina, vaikka sosiaalihuollon ohjausta ja neuvontaa sekä palvelutarpeen arviointia ja asiakassuunnitelman tekemistä ei olisi lain mukaan ollut mahdollista hankkia muilta tuottajilta.⁸² Nykänen toteaa, että perustuslakivaliokunta arvioi näin alihankkijoiden käyttöä julkisen hallintotehtävän edelleen siirtämisenä eli subdelegointina, vaikka alihankkijoilta hankittaviin tehtäväkokonaisuuksiin olisi hallituksen esityksen mukaan voinut sisältyä vain ”täydentäviä palvelutehtäviä” eikä lainkaan esimerkiksi palvelutarpeen arviointia, asiakassuunnitelmien laatimista tai hallintopäätösten tekemistä. Hän huomauttaa, että valiokunnan käsityksen mukaan palvelujen alihankinnassa ei olisi näinkään rajattuna ollut kyse vain ”teknisluonteisten tehtävien siirtämisestä eteenpäin, vaan perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvattujen oikeuksien toteuttamiseen liittyvistä tehtävistä”, ja siis julkisten hallintotehtävien subdelegoinnista.⁸³ Tämä lähtökohta asemoi julkisten hallintotehtävien piirin varsin pitkälle sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotantoon. Perustuslakivaliokunnan varhaisemmassa lausunnossa todettiin:

Alihankinta voisi säädöstekstin mukaan lähtökohtaisesti koskea kaikkia valinnanvapauslakiehdotuksen 18 §:ssä tarkoitettuja suoran valinnan palveluja. Esityksen perusteluista (s. 277) käy kuitenkin ilmi, että suoran valinnan palveluntuottaja voi hankkia omaa toimintaansa täydentäviä palveluja. Sosiaali- ja terveysvaliokunnan on täsmennettävä sääntelyä perusteluissa esitetyn mukaisesti tai määriteltävä laissa ne perusteet, joiden mukaan suoran valinnan palveluntuottaja voi hankkia toiselta palveluntuottajalta palveluja. -- Jos tarkoitus on, että myös asiakassetelipalveluja ja henkilökohtaisen budjetin palveluja voidaan tuottaa alihankintana, asiasta tulee säätää nimenomaisesti laissa. Asiasta säädettäessä on otettava huomioon samat palvelujen sisältöä ja laajuutta koskevat rajoitukset, jotka koskevat alihankintana tuotettavia suoran valinnan palveluja.⁸⁴

Lisäksi myöhemmin sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksesta annettussa perustuslakivaliokunnan lausunnossa todettiin:

Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksen mukaan valinnanvapauslakiehdotuksen 54 §:ää täydennetään tältä osin maininnalla, että suoran valinnan palveluntuottaja voisi hankkia toiselta palveluntuottajalta omaa toimintaansa täydentäviä sosiaali- ja

81 Liukko – Nykänen 2019, s. 12; Nykänen 2020, s. 438–440.

82 Ibid.

83 Nykänen 2020, s. 439–440.

84 PeVL 15/2018 vp, s. 32–33.

terveydenhuollon palveluja. Toiselta palveluntuottajalta ei kuitenkaan saisi hankkia palvelutarpeen arviointia ja asiakassuunnitelman tai erikseen säädettyjen terveydenhuollon suunnitelmien laatimista. Perustuslakivaliokunnan mielestä mahdollisuus palvelujen hankkimiseen alihankintana jää säännöksen täsmentämisestä huolimatta edelleen varsin avoimeksi.⁸⁵

Arvioin perustuslakivaliokunnan lausuntoja Liukosta ja Nykäsestä sekä Nykäsestä osin poikkeavasti, sillä perustuslakivaliokunnan arvioinnissa ei edellä referoiduista katkelmista ilmenevällä anneta juurikaan painoarvoa nimenomaan hallituksen esityksessä todetulle, eli esimerkiksi rajaukselle ”täydentäviin palvelutehtäviin”, vaan ainoastaan lakiin kirjoitetuille ja nimenomaisille subdelegoinnin rajoituksille. Lähestymistapa on linjassa sen kanssa, mitä samoissa lausunnoissa todetaan muun muassa oman tuotannon määrästä.⁸⁶ Perustuslakivaliokunnan lausunto jatkuu:

Säännös ei ehdotetussa muodossa sisältäisi lainkaan määrällisiä rajoituksia palvelujen hankkimiselle alihankintana. Siirrettävien tehtävien laajuus jäisi siten mahdollisesti edelleen huomattavaksi. Tältä osin raja, jonka mukaan hankittavien palvelujen olisi oltava omaa toimintaa täydentäviä, ei riittävästi rajaa alihankinnan alaa. Koska kyse ei ole teknisluonteisten tehtävien siirtämisestä, vaan perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvattujen oikeuksien toteutumiseen liittyvistä tehtävistä, perustuslakivaliokunnan mielestä mahdollisuutta alihankintaan tulee rajoittaa valinnanvapauslain 54 §:ssä myös määrällisesti.⁸⁷

Jos lausuntoa luetaan kuvaamallani tavalla, ei se vaikuta asemoivan julkisten hallintotehtävien rajaa ainakaan aivan yhtä pitkälle sosiaali- ja terveystalouden tuottamiseen. Kokonaisuutena julkisen hallintotehtävän määrittelyä sosiaali- ja terveystalouden osalta tehdään Sipilän hallituksen sote-uudistusesityksissä nähdäkseni tavalla, joka asemoi kaiken julkisten sosiaali- ja terveystalouden järjestämisen sekä suuren osan julkisten sosiaali- ja terveystalouden tuottamisesta julkisen hallintotehtävän puitteisiin, mutta jättää kuitenkin myös osan tehtävistä tämän rajanvedon ulkopuolelle. Marinin hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunta ei nimenomaisesti tai epäsuorastikaan lausunut julkisten hallintotehtävien laajuudesta, mutta totesi ehdotetun yksityistämisen ja ulkoistamisen sääntelyn perustuslain 124 §:n näkökulmasta merkitykselliseksi.⁸⁸

Sipilän hallituksen sote-uudistusesityksessä eri tehtävien välistä eroa kuvattiin julkisen hallintotehtävän käsitteen sekä hallituksen arvion mukaan julkista hallin-

85 PeVL 65/2018 vp, s. 42.

86 Ks. osio II luku 4.1.2.

87 PeVL 65/2018 vp, s. 42.

88 PeVL 17/2021 vp, s. 19.

totehtävää täydentävän ”tosiasiallisen palvelutoiminnan” ja julkista hallintotehtävää täydentävän palvelutuotannon käsitteillä.⁸⁹ Juuri Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kontekstissa tällä erolla ei ollut mainittavaa merkitystä, sillä sekä hallitus itse että perustuslakivaliokunta omaksuivat lähtökohdan, jossa koko järjestelmää arvioitiin perustuslain 124 §:n näkökulmasta. Hallituksen esityksen mukaan terveydenhuollon yksittäisten toimenpiteiden sisältö määräytyy asiakkaiden tarpeiden perusteella siten, että hoitotoiminnan osien pilkkominen oikeudelliselta luonteeltaan erillisiksi vaiheiksi olisi hankalaa sekä terveydenhuollon ammattihenkilön että asiakkaan näkökulmasta.⁹⁰ Sipilän ja Marinin hallitusten sote-uudistuksista annetut perustuslakivaliokunnan lausunnot sijoittuvat siis molemmat kontekstiin, jossa koko järjestelmää arvioitiin hallituksen esityksessä omaksutun ratkaisun sekä uudistuksen koon johdosta perustuslain 124 §:n näkökulmasta. Nämä hallituksen esityksissä omaksutut ratkaisut lienevät taustalla myös niissä oikeuskirjallisuuden kannanotoissa, joissa nähdäkseni epätasällisesti asemoidaan kaikki perustuslain 19 §:än tarkoitetut sosiaali- ja terveyspalvelut julkisten hallintotehtävien piiriin.⁹¹

Hallituksen perusratkaisu ei kuitenkaan poista sitä, että jotkin tehtävät voivat yksittäin arvioituna rajautua piirin ulkopuolelle. Mikäli jonkin yksittäisen sosiaali- ja terveyspalveluihin kytkeytyvän tehtävän yksityistämisen tai ulkoistamisen mahdollistava lainsäädäntö tuotaisiin perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi esimerkiksi yksittäisenä hallituksen esityksenä, olisi tämän tehtävän luonne mahdollista tuossa yhteydessä todeta joko julkisten hallintotehtävien piiriin kuuluvaksi tai niistä ulos rajautuvaksi, eikä vallitseva oikeustila ole sosiaali- ja terveyspalveluiden kategorinen sijoittuminen julkisten hallintotehtävien piiriin. Edellä referoitujen perustuslakivaliokunnan lausuntojen perusteella ei voida kuitenkaan erityisen tarkasti määritellä, missä tällaiset julkisen hallintotehtävän rajat kulkevat. Asiaan kitkeytyvää oikeudellista epävarmuutta kuvaavat myös perustuslakivaliokunnalle annetut asiantuntijalausunnot. Esimerkiksi Nykänen on kiinnittänyt huomiota siihen, että perustuslakivaliokunnan kuulemien asiantuntijoiden antamat lausunnot ilmentävät toisistaan eroavia käsityksiä siitä, miltä osin julkiseen sosiaali- ja terveydenhuoltoon liittyvät tehtävät ovat julkisia hallintotehtäviä.⁹² Sipilän sote-uudistuksen yhteydessä Tuori arvioi, että ainakin sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen tarpeen arviointi, sosiaalihuoltoa koskevien päätösten tekeminen sekä henkilökohtaisen budjetin myöntämiseen kytkeytyvät asiakkaan palvelutarpeen arviointi, asiakassuunnitelman laatiminen ja budjetista päättäminen tulisi katsoa julkisen hallintotehtävän alaan kuuluviksi. Kuitenkin näihin kytkeytyvien konkreettisten palveluiden antaminen

89 Tätä erottelua ja siinä käytettyä terminologiaa kritisoitiin jossain määrin perustuslakivaliokunnan asiantuntijalausunnoissa, ks. mm. Rautiaisen asiantuntijalausunto 2018.

90 HE 16/2018 vp, s. 335.

91 Leppänen et al. 2024, s. 37.

92 Nykänen 2020, s. 440.

ja hankkiminen rajautuisivat hänen mukaansa hallintotehtävien ulkopuolelle.⁹³ Samoin Siitari kiinnitti asiantuntijalausunnossaan huomiota siihen, että hallituksen esityksessä oli omaksuttu perustuslain 124 §:n vaatimuksista suhteessa sosiaali- ja terveydenhuoltoon varsin laaja tulkinta.⁹⁴ Muun muassa Mäkinen, Lavapuro, Viljanen ja Koivisto taas vaikuttavat asiantuntijalausunnoissaan arvioivan, että ehdotetussa sosiaali- ja terveystalvelujen tuottamismallissa oli laajasti kyse julkisen hallintotehtävän antamisesta yksityisen hoidettavaksi ja sitä tuli arvioida perustuslain 124 §:n näkökulmasta.⁹⁵

Myöhemmin sosiaali- ja terveysministeriölle antamassaan asiantuntijalausunnossa Tuori totesi, että perustuslakivaliokunta omaksui Sipilän hallituksen esityksistä antamissaan lausunnoissa varsin laajan julkisen hallintotehtävän käsitteen ja tarkasteli myös asiakassetelipalveluja ja alihankintana toteutettavia palveluja perustuslain 124 §:n asettamien vaatimusten kannalta.⁹⁶ Lavapuro katsoi ministeriölle antamassaan lausunnossa, että valinnanvapauslakiehdotukseen perustuvia perustuslakivaliokunnan lausuntoja ei voi niiden perustuslain 124 §:ä koskeilta osin soveltaa julkisen vallan järjestämis- ja tuottamisvelvollisuudelle perustuvaan sote-palvelujärjestelmään, eli esimerkiksi Marinin hallituksen malliin tai uudistuksia edeltäneeseen sote-järjestelmään. Sen sijaan valtiosääntöoikeudellinen arvio oli Lavapuron mukaan syytä perustaa perustuslakivaliokunnan vakiintuneeseen, suppeampia hallintotehtävien siirtämissä koskevaan tulkintakäytäntöön.⁹⁷ Lavapuro asemoi sosiaali- ja terveystalveluiden tuottamistehtäviä kuitenkin melko laajasti tosiasialliseksi hallintotoiminnaksi ja siten julkisten hallintotehtävien piiriin, mutta mainitsee kuitenkin kotipalvelujen tukipalvelut kuten siivous-, ateria- ja vaatehuollon palvelut esimerkkinä käsitteen ulkopuolelle rajautuvista toiminnoista.⁹⁸

Toisaalta oikeustieteellisen tutkimuksen piirissä on edellä referoiduista perustuslakivaliokunnan lausunnoista sekä erityisesti ennen niiden antamista tehty myös esittämästäni poikkeavia tulkintoja, joiden mukaan lakisääteiset sosiaali- ja terveydenhuollon ovat kategorisesti tai lähes kategorisesti perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuja julkisia hallintotehtäviä.⁹⁹ Tämän kaltaiseen tulkintaan on ennen sote-uudistuksia ja niistä annettuja perustuslakivaliokunnan lausuntoja päätenyt ainakin Keravuori-Rusanen, jonka mukaan perustuslain 19 §:n 3 momenttiin kiinnittyvissä hyvinvointivaltioillisissa perustalveluissa on kyse julkisista hallintotehtävistä.¹⁰⁰ Jo

93 Tuorin asiantuntijalausunto 2018, s. 6.

94 Siitarin asiantuntijalausunto 2018.

95 Mäkisen asiantuntijalausunto 2018; Lavapuron asiantuntijalausunto 2018; Viljasen asiantuntijalausunto 2018; Koiviston asiantuntijalausunto 2018.

96 Tuorin asiantuntijalausunto 2019, s. 18.

97 Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 16.

98 Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 16.

99 Ks. mm. Nykänen 2020, Keravuori-Rusanen 2008, Huhtanen 2005; Liukko – Nykänen 2019, s. 41.

100 Ks. erityisesti Keravuori-Rusanen 2008, s. 231–233.

tätä ennen vastaavaan tulkintaan päätyi muun muassa Huhtanen, jonka mukaan palveluiden järjestämisen lisäksi myös sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamisella on kiinteä yhteys yksityisen etuihin, oikeuksiin ja velvollisuuksiin.¹⁰¹ Nykänen on puolestaan Sipilän hallituksen sote-uudistuksen jälkeisessä kontekstissa todennut tulkinnanvaraisuutta liittyvän siihen, ovatko lakisääteiset sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut ymmärrettävissä kaikilta osin julkisiksi hallintotehtäviksi ja vastaavasti sisältyykö julkisen vallan järjestämisvastuulle kuuluvaan sosiaali- ja terveydenhuoltoon myös sellaisia lakisääteisiä tehtäviä, jotka eivät kuulu julkisen hallintotehtävän alaan.¹⁰² Nykänen kuitenkin pitää tällaista rajanvetoa pulmallisena: hänen mukaansa perustuslakivaliokunta antaa ymmärtää, että tällainen raja olisi olemassa, mutta ei kykene erittelemään tai avaamaan tätä lähtökohtaa.¹⁰³

Marinin hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä säädetyssä sote-järjestämislaissa julkisen hallintotehtävän rajoja on joka tapauksessa piirretty hyvin laveasti. Hallituksen esityksessä todetaan, että sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen tyhjentävä erittely sen suhteen, mikä yksittäinen palvelu tai tehtävä olisi kulloinkin katsottava selkeästi julkiseksi hallintotehtäväksi tai julkisen vallan käytöksi, ei ole lainsäädännön keinoin mahdollista.¹⁰⁴ Lisäksi arvioidaan, että sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotannon kokonaisuudesta on vaikeaa erottaa sellaisia toimintoja, joihin perustuslain 124 § ei tulisi sovellettavaksi.¹⁰⁵ Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä tehdään nähdäkseni siis ainakin osin virheellinen tulkinta, jonka mukaan perustuslakivaliokunta olisi pitänyt julkista terveydenhuoltoa julkisena hallintotehtävänä, sillä se liittyy riittävien sosiaali- ja terveyspalvelujen turvaamiseen.

Ehdotettava sääntely on näin ollen päädytty toteuttamaan siten, että hyvinvointialueen hankkiessa yksityiseltä palveluntuottajalta sosiaali- ja terveyspalveluja, on kaikkien yksityisen palveluntuottajan tuotettavaksi siirrettävien asiakkaalle annettavien palvelujen kohdalla täytyttävä julkisen hallintotehtävän siirtämiselle edellä todetut perustuslain 124 §:ssä asetut edellytykset, vaikkeivat kaikki yksityiseltä palveluntuottajalta hankittaviksi tulevat palvelut välttämättä olisikaan yksiselitteisesti julkisen hallintotehtävän hoitamista.¹⁰⁶

101 Huhtanen 2005, s. 133.

102 Nykänen 2020, s. 438.

103 Ibid., s. 440.

104 HE 241/2020 vp, s. 682.

105 Ibid., s. 682.

106 HE 241/2020 vp, s. 682. Mainitussa HE:n kohdassa todetaan lisäksi, että asiakkaalle annettavilla sote-järjestämislain 12 §:ssä tarkoitetuilla palveluilla ei kuitenkaan tarkoitettaisi sellaisia yksityisen palveluntuottajan toimintaan sisältyviä tehtäviä, jotka eivät ole suoraan asiakkaille annettavia sosiaali- ja terveyspalveluja, kuten yksityisen palveluntuottajan kirjanpito, palkanmaksu tai muut hallinnolliset tukipalvelut, toimitilojen siivous, henkilöstöruokailu tai muut henkilöstölle järjestettävät palvelut. Mainitut palvelut eivät siten kuuluisi ehdotetun 3 luvun soveltamisalaan eikä niitä myöskään voida pitää julkisina hallintotehtävinä (HE 241/2020 vp, s. 682).

Vaikka Marinin hallituksen sote-uudistuksessa päädyttiin ratkaisuun, jonka mukaan perustuslain 124 §:n asettamat edellytykset tulee täyttää kaikkia sosiaali- ja terveyspalvelutehtäviä yksityiselle annettaessa, ei tämä muuta perustuslain 124 §:n tulkintaa, vaan kyse on tavallisen lainsäädännön tasolla tehdystä ratkaisusta ja perustuslain 124 §:n mukaisten edellytysten ulottamisesta sen soveltamisalan ulkopuolelle. Edustan itse näkökantaa, jonka mukaan kategorinen lähestymistapa julkisiin sosiaali- ja terveyspalveluihin julkisina hallintotehtävinä on hankalasti perusteltavissa. Edellä kuvatun perustuslakivaliokunnan sote-uudistusten yhteydessä antaman lausuntokäytännön lisäksi tulkintaa tukee se, että perustuslaissa käytettyjen useiden käsitteiden – merkittävän julkisen vallan käytön, julkisen vallan käytön, julkisen hallintotehtävän ja julkisen tehtävän – kautta voidaan hahmottaa, että eri tehtäväryhmien välillä on eroja ja perustuslainsäätäjän on pyrkinyt näitä ryhmiä myös toisistaan erottelemaan.¹⁰⁷ Myös laillisuusvalvojat ja tuomioistuimet ovat jäljempänä täsmennettävällä tavalla arvioineet, että ainakin jotkut yksittäiset sosiaali- ja terveyspalveluiden palvelutapahtumat rajautuvat käsitteen ulkopuolelle. Apulaisoikeuskanslerin sijaisen mukaan esimerkiksi aiemmin vammaispalvelulain mukaisesti kunnalle säädetty henkilökohtaisen avustajan palkkaamiseen kytkeytynyt ohjaus- ja auttamistehtävä sisältää sekä julkisia hallintotehtäviä että muunlaisia tehtäviä.¹⁰⁸ Apulaisoikeuskanslerin sijainen totesi samassa ratkaisussa, että vammaispalveluiden tuottamista on pidettävä julkisena hallintotehtävänä esimerkiksi palvelutarpeen selvittämisen ja palvelusuunnitelman tekemisen ja ainakin eräiden palvelutapahtumien toteuttamisen osalta, mutta eräiden palvelutapahtumien kuten yksittäinen kuljetuksen toteuttamista ei liene pidettävä julkisena hallintotehtävänä.¹⁰⁹ Lakivaliokunta totesi Marinin sote-uudistuksen yhteydessä, että julkisesti järjestetyn sosiaali- ja terveydenhuollon osalta ei sen saaman selvityksen mukaan ole pystytty säännöksissä, oikeuskirjallisuudessa, oikeuskäytännössä tai valvontaviranomaisten tulkintakäytännössä tyhjentävästi määrittelemään, mikä on katsottava julkiseksi hallintotehtäväksi tai mikä osa julkista sosiaali- ja terveydenhuoltoa ei olisi julkista hallintotehtävää.¹¹⁰

Perustuslakivaliokunta on eräiden muiden lainsäädäntökokonaisuuksien kohdalla pitänyt perusteltuna ja toivottavana, että hallituksen esityksissä eriteltäisiin tarkemmin, miltä osin tehtävissä katsotaan olevan kyse julkisen vallan käytöstä, julkisista hallintotehtävistä ja toisaalta termien ulkopuolelle rajautuvista toiminnoista. Sote-kontekstissa vastaavaa toivetta on tutkimuksen piirissä esitetty erityisesti rikosoikeudellisen virkavastuun näkökulmasta.¹¹¹ Esimerkiksi ilmailulakiesityksen

107 Ks. mm. Keravuori-Rusanen 2008, s. 167.

108 OKV/882/1/2015, OKV/883/1/2015 ja OKV/884/1/2015.

109 OKV/882/1/2015, OKV/883/1/2015 ja OKV/884/1/2015, s. 7.

110 LaVL 10/2021 vp, s. 14.

111 Ks. osio II luku 3.3.

kohdalla perustuslakivaliokunta kehui hallituksen esitystä siitä, että siinä on selkeästi osoitettu, milloin jokin toiminta on julkisen hallintotehtävän hoitamista ja miltä osin siihen liittyy julkisen vallan käyttöä.¹¹² Lisäksi esityksessä oli valiokunnan mukaan tehty varsin perusteellisesti ja pääosin onnistuneesti selkoa erilaisten ehdotukseen sisältyvien muulle kuin viranomaiselle annettavien julkisten hallintotehtävien luonteesta sekä siitä, miten perustuslain 124 §:ssä mainitut perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimukset turvataan näitä tehtäviä suoritettaessa. Perustuslakivaliokunta totesi pitävänsä tällaista esitystapaa sekä valtiosääntöoikeudellisesti että laajemminkin lainsäädännön toimivuuden kannalta erittäin perusteltuna.¹¹³ Sosiaali- ja terveystieteiden kohdalla tällaista erittelyä ei ole minkään sote-uudistuskokonaisuuden lainvalmisteluaineistoissa mainittavasti tehty eikä myöskään perustuslakivaliokunta ole ottanut kattavasti kantaa siihen, missä julkisen hallintotehtävän rajat eri tehtävätyyppien kohdalla kulkevat. Samoin laillisuusvalvojien ratkaisukäytännöstä ei ole muodostettavissa kattavaa kokonaiskuvaa julkisten hallintotehtävien rajoista sote-palveluissa. Kokonaiskuvaa voidaankin muodostaa lähinnä sen perusteella, miten erinäisiä yksittäisiä tehtäviä tai tehtäväkokonaisuuksia on erinäisissä heikoissa tai sallituissa oikeuslähteissä arvioitu perustuslain 124 §:n näkökulmasta. Samoin voidaan arvioida, miten jokin toiminto sopii yhteen julkisen hallintotehtävän yleisempien systematisointien kanssa.

Perustuslakivaliokunnan muusta, melko laajastakin perustuslain 124 §:ää koskevasta lausuntokäytännöstä voidaan lisäksi todeta, että kaikissa lakisäateisissä palveluissa ei ole sosiaali- ja terveystieteiden kohdalla eikä myöskään laajemmin kyse julkisen hallintotehtävän hoitamisesta, vaan osa tehtävistä on rajattu lausuntokäytännössä käsitteen ulkopuolelle. Sosiaali- ja terveystieteiden ulkopuolellakin monien sinänsä lakisäateisten ja perusoikeuksien käytännön toteuttamiseen liittyvien palveluiden ulkoistamisesta tai yksityisestä ei ole tuotu lainsäädäntöön nimenomaisia säädöksiä eikä tällaisten lainsäädäntöhankkeiden läpivientiä ole katsottu perustuslain 124 §:n näkökulmasta ongelmalliseksi. Vaikka perustuslain 124 §:n tulkinnan sitominen esimerkiksi palveluiden lakisäateisyyteen tai julkiseen rahoitukseen voi olla systemaattisesti houkuttelevaa ja hankalasti hahmotettavaa oikeustilaa selkeyttävää, en pidä sitä oikeudellisesti perusteltuna ja perustuslainsäätäjän tahtoa sekä perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä riittävässä määrin kunnioittavana, erityisesti Sipilän ja Marinin hallitusten sote-uudistuksista annettujen perustuslakivaliokunnan lausuntojen jälkeisessä todellisuudessa. Pyrin siksi seuraavissa alaluvuissa arvioimaan ainakin yleisellä tasolla, missä julkisen hallintotehtävän rajat sosiaali- ja terveystieteiden sisällä kulkevat.

112 PeVL 27/2014 vp, s. 2.

113 Ibid., s. 2.

2.3.2. Sosiaalipalvelut perustuslain 124 §:n valossa

Olennaista eroa julkisten hallintotehtävien laajuudesta voidaan tehdä terveyspalveluiden ja sosiaalipalveluiden välille, sillä sosiaalipalveluiden piirissä tehdään paljon yksilöä koskevia päätöksiä, joihin sisältyy julkisen vallan tai merkittävän julkisen vallan käyttöä ja joissa puututaan myös olennaisella tavalla henkilön perusoikeuksiin.¹¹⁴ Sosiaalipalveluiden luonnetta perustuslain 124 §:n näkökulmasta ovat sosiaali- ja terveysministeriölle kirjoittamassaan selvityksessä arvioineet muun muassa Liukko ja Nykänen.¹¹⁵ Selvitykseen viitattiin myös Marinin hallituksen sote-uudistusesityksessä, jonka mukaan voimassa olevan oikeuskäytännön mukaan sosiaalihuollon tehtävät ovat julkisia hallintotehtäviä, ja niiden siirto yksityisten palveluntuottajien vastuulle edellyttää nimenomaista sääntelyä.¹¹⁶ Myös perustuslakivaliokunta on lausunut useiden sosiaalipalveluiden luonteesta perustuslain 124 §:n näkökulmasta.

Perustuslakivaliokunnan mukaan puuttuminen olennaisella tavalla perustuslain 7 §:ssä tarkoitettuun henkilökohtaiseen vapauteen tai koskemattomuuteen sisältää merkittävää julkisen vallan käyttöä. Tällaisia ovat esimerkiksi mielenterveyslain nojalla tehtävä tarkkailuun ottaminen, hoitoon määrääminen ja virka-avun pyytäminen. Lisäksi myös lastensuojelulain (417/2007) nojalla tehtävä päätös lapsen huostaanotosta, kiireellisestä sijoittamisesta, lapselle osoitettujen lähetysten luovuttamatta jättämisestä ja lastensuojelun sijaishuollon erityisen suojelun jakson aikana asetettavasta liikkumisvapauden rajoituksesta ovat merkittävää julkisen vallan käyttöä, kuten on myös kehitysvammaisten erityishuoltoa koskevan lain (519/1977) nojalla tehtävä päätös tahdosta riippumattomasta erityishuollosta.¹¹⁷ Vammaispalvelulain uudistuksen yhteydessä todettiin, että vapaaehtoisuuteen perustuvan tahdosta riippumattoman erityishuollon antamisesta ja lopettamisesta päättävä asiantuntijaryhmä käyttää merkittävää julkista valtaa kyseisiä päätöksiä tehdessään. Näin erityisesti siksi, että päätös erityishuollon antamisesta on edellytys sillä, että henkilöön voidaan kohdistaa laissa säädettyjä rajoitustoimenpiteitä.¹¹⁸ Laki säädettiin perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella, mutta valiokunta ei lausunnossaan arvioinut hallituksen esitystä perustuslain 124 §:n näkökulmasta.¹¹⁹ Näiden tehtävien antaminen yksityiselle ei ole perustuslain 124 §:n näkökulmasta mahdollista.

Perustuslakivaliokunta on toisaalta katsonut, että lastensuojelulakiin perustuvassa sijaishuollossa olevan lapsen ja hänen läheistensä yhteydenpidon rajoittamisesta

¹¹⁴ HE 16/2018 vp, s. 335.

¹¹⁵ Liukko – Nykänen 2019, s. 10.

¹¹⁶ HE 241/2020 vp, s. 166.

¹¹⁷ PeVL 5/2014 vp, s. 2; OKV/1211/21/2021; Liukko – Nykänen 2019, s. 10; HE 225/2004 vp.

¹¹⁸ HE 191/2022 vp, s. 63.

¹¹⁹ PeVL 100/2022 vp. Syynä tähän voi olla myös se, että lakiesitystä käsiteltiin aivan vaalikauden päätteenä ja kovassa aikataulupaineissa. Valiokunta mm. totesi, että lakiehdotusta on muutettu merkittävästi kireässä aikataulussa ja ilman tavanomaista vaikutusten arviointia eduskuntakäsittelyn aikana.

sekä laitoshuollossa olevan lapsen perusoikeuksiin kohdistettavissa erinäisissä rajoitustoimenpiteissä ei ole kyse merkittävästä julkisen vallan käytöstä.¹²⁰ Valiokunta kuitenkin totesi, että hallituksen esitykseen sisältyneissä rajoitustoimenpiteistä oli kysymys julkisen vallan käyttöä sisältävistä toimivaltuuksista, jotka mahdollistavat voimakkaan puuttumisen yksilön perusoikeuksiin.¹²¹ Näin voidaan ajatella, että valiokunta rajasi mainitun toiminnan julkisen vallan käytön piiriin. Myös Marinin hallituksen sote-uudistusesityksessä todetaan, että tahdosta riippumattomaan hoitoon ja huoltoon liittyviin toimenpiteisiin ja päätöksiin liittyy merkittävää julkisen vallan käyttöä. Esimerkkeinä mainitaan lasten huostaanottoon ja kehitysvammalain mukaiseen tahdosta riippumattomaan erityishuoltoon liittyvät päätökset, sosiaaliviranomaisen oikeus päästä henkilön asuntoon tai olinpaikkaan sosiaalihuollon tarpeen selvittämiseksi sekä osa lastensuojelulain ja kehitysvammalain mukaisten rajoitustoimenpiteiden käytöstä.¹²² Kehitysvammaisten erityishuollosta annettua lakia arvioidessaan perustuslakivaliokunta ei nimenomaisesti arvioinut hallituksen esitykseen sisältyneiden rajoitustoimenpiteiden luonnetta julkisina hallintotehtävinä, mutta valiokunta kuitenkin totesi, että sillä ei ole huomautettavaa ehdotuksesta perustuslain 124 §:n näkökulmasta.¹²³ Hallituksen esityksessä oli todettu, että kyse on julkisen vallan käytöstä ja siten julkisesta hallintotehtävästä, mutta ei kuitenkaan merkittävästä julkisen vallan käytöstä.¹²⁴ Sosiaalipalveluiden yksityistämismahdollisuuksia tarkasteltaessa on siis usein arvioitava, onko kyse luonteeltaan merkittävästä julkisen vallan käytöstä. Jos on, rajautuu tehtävä yksityistämismahdollisuuksien ulkopuolelle. Näin on useiden sosiaalipalveluiden kohdalla. Tämän lisäksi on arvioitava, miltä osin sosiaalipalveluissa on kyse julkisista hallintotehtävistä.

Sipilän hallituksen sote-uudistusesityksen mukaan palveluntarpeen arviointiin perustuvan hallintopäätöksen perusteella annettavissa sosiaalipalveluissa olisi hallituksen esityksen mukaan niin ikään pitkälti kysymys julkista hallintotehtävää täydentävästä tosiasiallisesta palvelutoiminnasta, mutta niihin voisi sisältyä myös julkisen hallintotehtävän piirteitä.¹²⁵ Marinin hallituksen sote-uudistusesityksessä sosiaalityötä taas asemoidaan selvemmin julkisten hallintotehtävien piiriin.¹²⁶ Hallituksen esityksessä julkisten hallintotehtävien piiriin sijoitetaan päätöksenteon, palveluntarpeen arvioinnin ja asiakassuunnitelman laatimisen lisäksi muun muassa sosiaalihuoltolaissa säädettyt läheisverkoston kartoittaminen, asiakkaan hoidossa olevan henkilön tilanteen selvittäminen, lapsen ja vanhemman välisten tapaamis-

120 PeVL 5/2006 vp, s. 8. Ks. rajoitustoimenpiteistä lastensuojelulain 11 luku.

121 PeVL 5/2006 vp, s. 8.

122 HE 241/2020 vp, s. 684.

123 PeVL 15/2015 vp, s. 3. Ks. myös myöhempi lausunto samasta sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksesta PeVL 12/2016 vp.

124 HE 96/2015 vp, s. 90–110.

125 HE 16/2018 vp, s. 335.

126 HE 241/2020 vp, s. 680–694.

ten valvonta sekä sosiaalihuollon tarvetta koskevan ilmoituksen vastaanottaminen. Lisäksi hallintotehtäviksi katsotaan lastensuojelulain tarkoittaman lastensuojeluilmoituksen vastaanottaminen ja käsittely, sosiaalihuollon asiakaslakiin ja lastensuojelulakiin perustuva velvollisuus ja oikeus tehdä hakemus tai ilmoitus edunvalvojan määrittämiseksi sekä lapsen elatukseen, huoltoon ja tapaamisoikeusasioihin liittyvät tehtävät.¹²⁷ Hallituksen esityksen mukaan kuvattuihin tehtäviin liittyy osittain myös julkisen vallan käyttöä tai ainakin julkisen vallan käytön piirteitä.¹²⁸ Selkeästi julkisen vallan käyttöä sisältävinä tehtävinä mainitaan muun muassa virka-avun pyytäminen ja antaminen, lastenvalvojan tehtävät muun muassa isyyden ja äitiyden selvittämiseen liittyen, lapsen elatusta, huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan sopimuksen vahvistaminen, avioliittolain mukaisen elatusapusopimuksen vahvistaminen, erilaisten lausuntojen ja selvitysten antaminen tuomioistuimille ja muille viranomaisille sekä päätökset asiakasmaksun määrittämisestä, maksusitoumuksen antamisesta ja sosiaalihuollon asiakasasiakirjojen luovuttamisesta.¹²⁹ Hallituksen esityksessä kehitysvammaisten erityishuollon lain muuttamisesta tehdään ero tosiasiallisen hallintotoiminnan ja suorittavan tosiasiallisen toiminnan välillä. Suorittavan tosiasiallisen toiminnan on hallituksen esityksessä todettu tarkoittavan käytännön tehtäviä, kuten ruuanlaittoa ja pyykinpesua sosiaalihuollon yksiköissä.¹³⁰

Hallintopäätösten tekemisessä on kaikissa tilanteissa kyse julkisten hallintotehtävien piiriin asettuvasta toiminnasta. Näin on ainakin päätöksentekijän ja esittelijän toiminnan kohdalla, mutta rajanvetoa voidaan harjoittaa siinä, miltä osin muu hallintopäätöksen valmistelu asettuu määritelmän puitteisiin, sikäli kun tällaista ylipäätään voidaan erottaa omaksi kokonaisuudekseen.¹³¹ Hallintopäätökset ovat sosiaalipalveluiden kohdalla varsin tavanomaisia. Sosiaalihuoltolain 45 §:n mukaan asiakkaalla on oikeus saada kirjallinen päätös sosiaalipalvelujen järjestämisestä. Kiireellisiä toimenpiteitä koskeva asia on käsiteltävä ja päätös tehtävä käytettävissä olevien tietojen perusteella viipymättä siten, ettei asiakkaan oikeus välttämättömään huolenpitoon ja toimeentuloon vaarannu. Muissa kuin kiireellisissä asioissa päätös on tehtävä ilman aiheetonta viivytystä sen jälkeen, kun asia on tullut vireille. Sosiaalihuollon asiakslain 6 §:n mukaan sosiaalihuollon järjestämisen tulee perustua viranomaisen tekemään päätökseen tai yksityistä sosiaalihuoltoa järjestettäessä sosiaalihuollon toteuttajan ja asiakkaan väliseen kirjalliseen sopimukseen.¹³² Samoin

127 HE 241/2020 vp s. 683. Lapsen elatukseen ja huoltoon liittyviksi tehtäviksi listataan kuuluvan vireilepano-oikeus ja -velvollisuus, puhevallan käyttäminen tuomioistuimessa, sosiaaliviranomaisen edustajan läsnäolo lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanossa sekä täytäntöönpanosovittelu ja väliaikaiset turvaamistoimet huoltoa koskevan päätöksen täytäntöönpanossa.

128 HE 241/2020 vp, s. 684.

129 Ibid.

130 HE 96/2015 vp, s. 20.

131 Ks. mm. Keravuori-Rusanen 2008, s. 123.

132 Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000).

säädöksiä hallintopäätöksen tekemisestä sekä siihen kytkeytyvistä vaatimuksista ja prosesseista on monissa sosiaalihuollon erityislaeissa, kuten lastensuojelulaissa, vammaispalvelulaissa, kehitysvammaisten erityishuollosta annetussa laissa ja päihdehuoltolaissa.

Melko selvältä vaikuttaa myös se, että palvelutarpeen arvioinnissa on sosiaalihuollossa ainakin pääosin kyse julkisen hallintotehtävän hoitamisesta. Sosiaalihuoltolain 36 §:ssä todetaan, että hyvinvointialueen sosiaalihuollon palveluksessa olevan on huolehdittava, että sosiaalihuollon tarpeessa olevan henkilön kiireellisen avun tarve arvioidaan välittömästi, kun työntekijä on tehtävässään saanut tietää tällaisesta henkilöstä. Lisäksi henkilöllä on oikeus saada palvelutarpeen arviointi, jollei arvioinnin tekeminen ole ilmeisen tarpeetonta. Saman lain 39 §:n mukaan palvelutarpeen arviointia on täydennettävä asiakkaalle laadittavalla asiakassuunnitelmalla tai muulla vastaavalla suunnitelmalla, ellei suunnitelman laatiminen ole ilmeisen tarpeetonta. Säännöksiä palvelutarpeen arvioinnista on lisäksi useissa sosiaalipalveluja koskeissa erityislaeissa, kuten vanhuspalveluissa, vammaispalvelulaissa ja lastensuojelulaissa. Myös sosiaalihuollon asiakaslain 7 §:n mukaan sosiaalihuoltoa toteutettaessa on laadittava palvelu-, hoito-, kuntoutus- tai muu vastaava suunnitelma, jollei kyseessä ole tilapäinen neuvonta ja ohjaus tai jollei suunnitelman laatiminen muutoin ole ilmeisen tarpeetonta.

Perustuslakivaliokunta sijoitti Sipilän hallituksen valinnanvapausesityksestä antamissaan lausunnoissa asiakassuunnitelman laatimisen julkisten hallintotehtävien piiriin, kuten se sijoitti muutkin sosiaali- ja terveystieteisiin kytkeytyvät tehtävät, vaikka valiokunta kritisoi ehdotettua sääntelyä epätasapainoiseksi ja asiakassuunnitelman oikeudellista luonnetta siten epäselväksi.¹³³ Liukko ja Nykänen ovat arvioineet palvelutarpeen arvioinnin sisältävän julkisen vallan käyttöä, sillä tässä yhteydessä käytännössä ratkaistaan, mitä palveluja ja minkälaista tukea asiakkaalle tulisi myöntää, jolloin toiminta vaikuttaa olennaisella tavalla asiakkaan asemaan ja määrittää hänen palveluidensa kokonaisuutta.¹³⁴ Palvelutarpeen arvioinnilla on merkitystä myös arvioitaessa, onko asiakas saanut tarpeidensa mukaisia palveluja.¹³⁵ Myös oikeuskansleri on antanut ratkaisun palvelutarpeen arvioinnista erityisesti lastensuojelun kontekstissa.¹³⁶ Ratkaisussa varsin ilmeisenä lähtökohtana on ollut, että kyse on julkisista hallintotehtävistä, ja arvioitavaksi on tullut lähinnä se, millä edellytyksellä tehtäviä voidaan antaa yksityisten hoidettavaksi ja miltä osin kyse on ulkoistamismahdollisuuksien ulkopuolelle rajautuvasta merkittävästä julkisen vallan käytöstä.

Erityisen vaikeaa on puolestaan määrittää, milloin niin sanotussa tosiasiallisessa hallintotoiminnassa on sosiaalipalveluiden kontekstissa kyse julkisesta hallinto-

133 PeVL 15/2018 vp, s. 25; PeVL 65/2018 vp, s. 34–37.

134 Liukko – Nykänen 2019, s. 28.

135 Ibid.

136 OKV/292/10/2020.

tehtävästä.¹³⁷ Oikeuskirjallisuudessa kysymyksistä on esitetty varsin monipuolisia tulkintoja. Esimerkiksi Keravuori-Rusanen on nähäkseni asemoinut perustuslain 124 §:n määrittämän julkisten hallintotehtävien piirin varsin laajaksi ja sitonut määritelmää muun muassa siihen, vastaako julkinen sektori palvelujen ohjauksesta ja rahoittamisesta.¹³⁸ Samansuuntaista määritelmää on sosiaalipalveluiden ja erityisesti vanhuspalveluiden kontekstissa käyttänyt muun muassa Karvonen-Kälkäjä.¹³⁹ Tällainen määritelmä tekisi julkisen hallintotehtävän piiristä sosiaali- ja terveyspalveluiden osalta varsin laajan. Liukko ja Nykänen ovat perustuslakivaliokuntaan ja laillisuusvalvojiin viitaten todenneet, että hallintotehtävän ulottuvuus sosiaali- ja terveydenhuollossa on ymmärrettävissä laajaksi, ja että havainto koskee myös sosiaalihuoltolaissa tarkoitettuja tehtäviä.¹⁴⁰ Heidän mukaansa ei ole selvää, miltä osin sosiaalihuoltolain mukaisessa toiminnassa on kyse julkisen hallintotehtävän käsitteen ulkopuolelle rajautuvista tehtävistä. Selvää ei ole sekään, voidaanko tällaisia tehtäviä ylipäätään tunnistaa.¹⁴¹

Liukko ja Nykänen kuitenkin toteavat, että sosiaalihuoltolain mukaisessa työprosessissa ja työskentelyssä on palveluja ja toimintoja, jotka ovat erotettavissa omatyöntekijän ja asiakkaan keskinäisestä, viranomaistehtäviin limittyvästä työskentelystä.¹⁴² Näitä ovat esimerkiksi sellaiset sosiaaliohjauksen ja sosiaalityön palvelut, joita voidaan tarjota omatyöntekijän työn ohessa ja tätä täydentämään. Tällainen voi olla ainakin sosiaalihuoltolain 16 §:n mukainen sosiaaliohjaus, jolla tarkoitetaan yksilöiden, perheiden ja yhteisöjen neuvontaa, ohjausta ja tukea palvelujen käytössä sekä yhteistyötä eri tukimuotojen yhteensovittamisessa. Tavoitteena on yksilöiden ja perheiden hyvinvoinnin ja osallisuuden edistäminen vahvistamalla elämänhallintaa ja toimintakykyä. Lainkohdan esitoissa todetaan, että sosiaalipalveluja hakevat henkilöt tarvitsevat yhä useammin henkilökohtaista ohjausta ja neuvontaa käytävissä olevista palveluista, niiden saamisen ehdoista sekä tukea myös palvelujen ja etuuksien hakemisessa ja käyttämisessä. Monet tarvitsevat ohjausta ja tukea myös arkielämän sujumiseksi: joskus avun tarpeessa oleva asiakas on haettava kotoaan ja saatettava tarvittavien palvelujen ja toimintojen piiriin.¹⁴³ Liukko ja Nykänen vaikuttavat asemoivan tällaisen palveluntuotannon julkisen hallintotehtävän raja-alueelle, mutta eivät kuitenkaan yksiselitteisesti sen ulkopuolelle. On mahdollista ja luontevaa, että ainakin osa sosiaalihuoltolain 16 §:n tarkoittamista toiminnoista rajautuu perustuslain 124 §:n pykälän ulkopuolelle, mutta toisaalta osa toiminnoista rajautunee sen piiriin.

137 Myös itse termi *tosiasiallinen hallintotoiminta* on oikeudelliselta luonteeltaan varsin epätasallinen.

138 Ks. erityisesti Keravuori-Rusanen 2008, s. 231–233.

139 Karvonen-Kälkäjä 2012, s. 102.

140 Liukko – Nykänen 2019, s. 41.

141 Ibid.

142 Ibid., s. 38.

143 HE 164/2014 vp, s. 110.

Mainittujen tehtäväkokonaisuuksien lisäksi julkisten hallintotehtävien ja sosiaalityön suhdetta voidaan tarkastella esimerkiksi sosiaalihuoltolain 7 §:n tarkoittama rakenteellisen sosiaalityön, terveydenhuollossa tehtävän sosiaalityön sekä yhteisö- ja sosiaalityön, yhdyskuntatyön ja etsivän lähityön osalta. Jonkinlaisena rakenteellisen sosiaalityön yksinkertaistettuna peruslähtökohtana voidaan pitää ajatusta, jonka mukaan sosiaalityössä saatavaa tietoa tulisi käyttää sosiaalisten ongelmien korjaamiseen ja ehkäisemiseen.¹⁴⁴ Kivipelto on todennut, että joidenkin näkemysten mukaan sosiaalityön asiakastyö ja rakenteellinen työ ovat eri asioita: asiakastyötä tehdään yhtäällä, ja toisaalla kootaan rakenteellista tietoa. Toinen tulkinta asiasta on, että asiakastyö ja rakenteellinen työ muodostavat jatkumon, jolloin asiakastyötä ja tiedon tuotantoa ei voi erottaa toisistaan.¹⁴⁵ Pohjolan mukaan sosiaalityössä erilaisissa ongelmissa olevien henkilöiden ja perheiden tuki ja auttaminen ovat painottuneet.¹⁴⁶ Juurikkalan mukaan rakenteellinen sosiaalityö tekee näkyväksi sosiaalihuollon asiakkaiden ongelmia, tarpeita ja vahvuuksia sekä niiden suhteita yhteisöön ja yhteiskuntaan. Rakenteellisen sosiaalityön avulla voidaan kehittää sosiaalihuollon sisältöä, kohdentaa toimenpiteitä vaikuttavasti sekä parantaa vaikuttavuutta ja tuloksellisuutta.¹⁴⁷ Rakenteellisen sosiaalityön orientaatioiksi voidaan mainita ainakin tietotyö, strategiatyö, inklusiivisyö ja oikeudenmukaisuustyö.¹⁴⁸ Perustuslain 124 §:n näkökulmasta rakenteellinen sosiaalityö vaikuttaa asemoituvan julkisen hallintotehtävän reuna-alueille tai sen ulkopuolelle julkiseksi tehtäväksi. Koska rakenteellisen sosiaalityön kenttä on monipuolinen, ei kategorista tulkintaa liene mahdollista tehdä, mutta kyse ei useimmissa tapauksissa ole esimerkiksi yksilö- ja perhekohtaisen sosiaalityön tavoin suoraan ihmisten oikeuksiin kytkeytyvästä toiminnasta, vaan vaikutus perusoikeuksien toteutumiseen on epäsuorempi. Tällaisia tehtäviä ei lähtökohtaisesti sijoiteta perustuslain 124 §:n julkisten hallintotehtävien piiriin.

Liukko ja Nykänen huomauttavat ennen Marinin hallituksen sote-uudistusta kirjoittamassaan raportissa, että sosiaalihuoltolain 15 §:ssä säädetään yksilöiden, perheiden ja yhteisöjen parissa tehtävästä sosiaalityöstä, mutta lainkohdan sisältö jää yhteisöissä tehtävän työn näkökulmasta epäselväksi, eikä mainituista työmuodoista muutoinkaan säädetä sitovalla tavalla.¹⁴⁹ Sitten sosiaalihuoltolain sääntelyä on päivitetty ja täsmennetty erityisesti vanhuspalveluiden osalta, ja uudistuksen yhteydessä arvioitiin esimerkiksi niin sanotun turva- ja auttamispalvelun luonnetta julkisena hallintotehtävänä.¹⁵⁰ Hallituksen esityksessä todettiin, että palvelutarpeen arviointi

¹⁴⁴ Kivipelto 2022, s. 13.

¹⁴⁵ Ibid. Ks. myös Kivipelto 2021.

¹⁴⁶ Pohjola 2011. Ks. myös Kivipelto 2022, s. 13.

¹⁴⁷ Juurikkala 2022, s. 20.

¹⁴⁸ Kivipelto 2022, s. 19.

¹⁴⁹ Liukko – Nykänen 2019, s. 38.

¹⁵⁰ HE 231/2020 vp.

on osa turva-auttamispalvelun myöntämistä koskevan hallintopäätöksen valmistelua ja siten luonteeltaan julkinen hallintotehtävä. Kun asiakkaalle on hallintopäätöksellä myönnetty turva-auttamispalvelu, siihen sisältyvää tapauskohtaista avun tarpeen arviointia voitaisiin hallituksen esityksen mukaan pitää niin kutsuttuna tosiasialisena toimintana.¹⁵¹ Perustuslakivaliokunta ei hallituksen esityksestä antamassaan lausunnossa ottanut kantaa tähän hallituksen esityksessä tehtyyn tulkintaan, mutta piti turva-auttamispalvelun sisältöä perustuslain kannalta ongelmallisen yleispiirteisenä. Valiokunta edellytti säännöksen poistamista, jotta esitys olisi korjattavissa substanssivaliokunnassa ja säädettävissä ilman tarvetta uudelle perustuslakivaliokunnan käsittelylle, ja näin substanssivaliokunnassa myös tehtiin.¹⁵²

Yksi käytännössä olennainen rajanvetoasetelma liittyy viranomaisten antamaan neuvontaan. Viranomaisten neuvontavelvollisuudesta säädetään hallintolaissa, joka velvoittaa viranomaisia antamaan asiakkaille maksutonta neuvontaa hallintoasioissa toimivaltansa rajoissa. Sosiaalihuollon neuvonnasta on säädetty erikseen sosiaalihuoltolaissa, ja myös kehitysvammaisten erityishuollosta annetusta laista sekä vammaispalvelulaista löytyy omat säännöksensä neuvontaa koskien. Vaikka viranomaisten antamaa neuvontaa ei pääsääntöisesti ole pidetty julkisen vallan käyttönä, se on kuitenkin eräissä tilanteissa katsottu julkisen hallintotehtävän hoitamiseksi. Apulaisoikeusasiamies on arvioinut muun muassa verohallinnon mahdollisuutta käyttää vuokratyövoimaa puhelimitse annetun veroneuvonnan tarjoamisessa asiakkaille. Arvioinnissa todettiin, että neuvonta on viranomaisen lakisääteinen tehtävä ja julkinen hallintotehtävä. Koska sosiaalipalveluiden kohdalla neuvontavelvollisuudesta on usein nimenomaisesti säädetty, voidaan asetelman ajatella olevan ainakin jossain määrin analoginen verohallinnon tilanteessa käsillä olleeseen asetelmaan, ja tehtäviä on asemoitu julkisten hallintotehtävien ja eräissä poikkeustapauksissa myös julkisen vallan käytön piiriin.¹⁵³ Myös Marinin hallituksen sote-uudistusesityksessä viranomaisten antamaan neuvontaa on sijoitettu varsin laajasti julkisten hallintotehtävien piiriin. Hallituksen esityksessä todetaan, että lakiin perustuva viranomaisen tehtäväksi annettu neuvonta on luonteeltaan julkiseksi hallintotehtäväksi luettavaa tosiasiallista hallintotoimintaa. Neuvontaan voi hallituksen esityksen mukaan sisältyä jopa julkisen vallan käytön piirteitä erityisesti silloin, kun on kyse yksilön oikeudellista asemaa koskevaan päätöksentekoon liittyvästä neuvonnasta, joka saattaa vaikuttaa yksilön oikeuksiin ja velvollisuuksiin.¹⁵⁴ Hakalehto on määritellyt myös neuvonnan sisältöä koskevia kriteerejä, joiden kohdalla neuvontaa voitaisiin pitää julkisen vallan käyttönä ja siten myös julkisena hallintotehtävänä. Tällaista neuvontaa olisi ainakin lainsäädännön ja muiden normien sisällöstä ja tulkinnasta annettu

151 HE 231/2021 vp, s. 129.

152 PeVL 24/2022 vp, s. 3.

153 EOAK/7302/2019.

154 HE 241/2020 vp, s. 684; KKO:2022:21.

neuvonta, jonka neuvonnan kohde voi käsittää sitoviksi ohjeiksi, tai tilanteet, joissa neuvonta on muuten ollut hallinnon asiakkaan näkökulmasta erityisen merkityksellistä.¹⁵⁵ Samoin Liukko ja Nykänen ovat jakaneet sosiaalihuollossa tapahtuvaa ohjausta ja neuvontaa kahteen osaan, eli yleisluontoiseen palvelujärjestelmää koskevaan neuvontaan ja yksilölliseen, asiakkaan oikeuksiin liittyvään neuvontaan. Näiden välinen raja voi kuitenkin olla liukuva.¹⁵⁶ Asiakkaan intressi ja julkisen vallan käyttöön viittaavat piirteet ovat neuvonnassa ja ohjauksessa vahvempia, kun neuvonta tai ohjaus liittyvät tiiviimmin asiakkaan oikeuksien toteuttamiseen, kuten tietyn palvelun tai etuuden hakemiseen. Mikäli työntekijä tarjoaa asiakkaalle ratkaisuja ja ehdottaa sopivia palveluja, neuvonnan ja ohjauksen painopiste alkaa siirtyä kohti palvelutarpeen arviointia ja siten kohti julkisten hallintotehtävien piiriä. Tässä vaiheessa työntekijän voi olla tarpeellista tarkastella asiakkaan henkilötietoja ja tehdä merkintöjä tietojärjestelmään, mikä niin ikään voidaan ajatella viitteeksi julkisen hallintotehtävän hoitamisesta. Jos asiakkaan asia ryhdytään käsittelemään, sosiaalihuollon asiakkuus alkaa jo neuvonnan ja ohjauksen yhteydessä.¹⁵⁷

Myös edellä mainitussa apulaisoikeuskanslerin sijaisen ratkaisussa paikannettiin eri neuvonnan tasoja. Ratkaisussa käsiteltiin vammaispalvelulain mukaista ohjaus- ja auttamistehtävää, joka on luonteeltaan laajempi kuin hallintolaissa säädetty viranomaisen yleinen neuvontavelvollisuus.¹⁵⁸

Varsinaisen sosiaalipalvelun toteuttamisen osalta julkisen hallintotehtävän piiri on niin ikään vaikeammin määrittävä. Sosiaalihuoltolain 42 §:n 1 momentin mukaan sosiaalihuollon asiakkaalle on nimettävä asiakkuuden ajaksi omatyöntekijä. Työntekijää ei tarvitse nimetä, jos asiakkaalle on jo nimetty muu palveluista vastaava työntekijä tai nimeäminen on muusta syystä ilmeisen tarpeetonta. Sosiaalipalveluja koskevassa lainsäädännössä on lisäksi asetettu kriteereitä sille, minkälainen asiakkaan omatyöntekijäksi nimettävän henkilön koulutus- ja osaamistausta on oltava. Saman lain 42 §:n 4 momentin mukaan omatyöntekijänä toimivan henkilön tehtävänä on asiakkaan tarpeiden ja edun mukaisesti edistää asiakkaan palvelutarpeen arvioinnin mukaisesti asiakkaan palveluiden järjestämistä sekä toimia tarvittaessa muissa sosiaalihuoltolaissa säädetyissä tehtävissä. Liukko ja Nykänen ovat pitäneet omatyöntekijänä toimimista julkisen hallintotehtävän hoitamisenä ja todenneet, että omatyöntekijän työssä julkisen vallan käytön tilanteet todentuvat vuorovaikutteisen työn eri vaiheissa.¹⁵⁹ Omatyöntekijän lisäksi sosiaalipalvelun tuottamiseen osallistuu kuitenkin huomattava joukko muitakin ammattihenkilöitä, joiden osalta ei ole selvää, miltä osin kyse on julkisen hallintotehtävän hoitamisesta, vaan rajanvetoa

155 Hakalehto-Wäinö 2008, s. 345–349.

156 Liukko – Nykänen 2019, s. 24.

157 Ibid., s. 24–25.

158 OKV/882/1/2015, OKV/883/1/2015 ja OKV/884/1/2015.

159 Liukko – Nykänen 2019, s. 30.

pitää tehdä tapauskohtaisesti yleisempien kriteerien pohjalta. Mitä vahvemmin kyse on edellä kuvattuihin hallintotehtävien piiriin samaistuvista toiminnoista, joilla on keskeinen merkitys asiakkaan lainsäädännössä taattujen oikeuksien toteutumiselle, sitä todennäköisemmin kyse on julkisen hallintotehtävän hoitamisesta perustuslain 124 §:n tarkoittamalla tavalla. Toisaalta mitä vahvemmin kyse on tukipalvelusta tai muusta varsinaisen sosiaalipalvelun liitännäistoimesta, sitä selkeämmin se rajautuu ulos julkisten hallintotehtävien käsitteen piiristä. Näitä voivat olla muun muassa sosiaalihuoltolain 19 §:n 3 momentin mukaisten kotipalvelujen tukipalvelut, kuten ateriat-, vaatehuolto- ja siivouspalvelut.¹⁶⁰

Eräänlaisen kiinnostavan rajanvetoasetelman muodostaa myös henkilökohtaisen avun työnantajamalli, jossa henkilökohtaiseen apuun oikeutettu vaikeavammainen henkilö toimii avustajansa työnantajana ja vastaa työnantajan velvollisuuksista, jotka muissa järjestämistavoissa kuuluvat kunnan tai muun palveluntuottajan vastuulle.¹⁶¹ Asetelman arviointia vaikeuttaa osaltaan se, että malli on säädetty perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella, mutta perustuslakivaliokunta ei arvioinut asetelmaa lainkaan perustuslain 124 §:n näkökulmasta, eikä myöskään sääätämisyjärjestysperusteluissa tunnisteta perustuslain 124 §:lle arvioinnissa roolia.¹⁶² Vuoden 2025 alussa voimaan astuvassa uudessa vammaispalvelulaissa henkilökohtaisen avun työnantajamallin sääntelyä on täsmennetty. Myöskään tässä yhteydessä perustuslakivaliokunta ei arvioinut mallia perustuslain 124 §:n näkökulmasta.¹⁶³ Asiaa on kuitenkin käsitelty tuomioistuimissa ja laillisuusvalvojen käytännössä.

Asetelmasta voidaan paikantaa useita eri tehtäväkokonaisuuksia, joita voidaan peilata perustuslain 124 §:n kriteeristöön. Yhtäältä kyse voi olla siitä, mitkä ovat julkisen vallan toimintavelvollisuuksia ja missä eri käsitteiden rajavedot kulkevat, eli erityisesti työnantajana toimiviin vaikeavammaisiin henkilöihin kohdistuvaa julkisen vallan ohjaus- ja auttamistehtävää. Apulaisoikeuskanslerin sijaisen ratkaisussa arvioitiin vammaispalvelulain mukaista velvollisuutta ohjata ja auttaa vaikeavammaista henkilöä henkilökohtaisen avustajan palkkaukseen liittyvissä asioissa silloin, kun henkilökohtainen apu järjestetään niin, että vaikeavammainen henkilö toimii avustajansa työnantajana.¹⁶⁴ Apulaisoikeuskanslerin sijainen totesi, että vammaispalvelulain mukaisella ohjaus- ja auttamistehtävällä on olemassa yleisempää neuvontaa käsittävä ydin, minkä lisäksi tehtävä laajenee tai syvenee sen mukaan, minkälaista ohjausta ja apua vaikeavammaisen henkilön arvioidaan tarvitsevan.¹⁶⁵ Ohjaaminen ja auttaminen avustajan palkkaukseen liittyvissä asioissa voi apulaisoikeuskanslerin sijaisen mukaan sisältää sekä julkisia hallintotehtäviä että muunlaisia tehtäviä, eikä

¹⁶⁰ Ibid., s. 12.

¹⁶¹ HE 166/2008 vp, s. 31–32.

¹⁶² PeVL 30/2008 vp; HE 166/2008 vp.

¹⁶³ PeVL 79/2022 vp. Ks. myös HE 191/2022 vp.

¹⁶⁴ OKV/882/1/2015, OKV/883/1/2015 ja OKV/884/1/2015.

¹⁶⁵ OKV/882/1/2015, OKV/883/1/2015 ja OKV/884/1/2015, s. 7.

esimerkiksi tavanomaisen työnantajana toimimista koskevan koulutuksen kaltaisen opastuksen antamista vaikeavammaiselle työnantajalle liene pidettävä sosiaali- ja terveydenhuollon julkisena hallintotehtävänä.¹⁶⁶ Korkein oikeus on puolestaan katsonut, että henkilökohtaisen avun järjestäminen vaikeavammaiselle henkilölle on kunnan lakisääteinen tehtävä, joka rinnastuu kunnan velvollisuuteen järjestää päivähoitopaikka.¹⁶⁷ KKO:n mukaan myöntäessään henkilökohtaista apua kunta tekee hallintopäätöksen, jolla on vaikutuksia vaikeavammaisen henkilön oikeuksiin ja velvollisuuksiin, ja kysymys on tältä osin selvästi vahingonkorvauslain 3 luvun 2 §:ssä tarkoitetusta julkisen vallan käytöstä.¹⁶⁸ Samoin vammaispalvelulain mukainen ohjaus- ja auttamistehtävä liittyy KKO:n mukaan kiinteästi henkilökohtaisen avun järjestämisvelvollisuuteen. Ohjaus- ja auttamisvelvollisuus koskee niitä tapauksia, joissa kunta on valinnut henkilökohtaisen avun järjestämistavaksi työnantajamallin, jossa vaikeavammaisen henkilö itse huolehtii työnantajan velvoitteista kunnan tai muun palveluntuottajan asemesta. Sen vuoksi vammaispalvelulain 8 d §:n 3 momentin mukaisen ohjaus- ja auttamistehtävän voidaan katsoa olevan julkisen vallan käyttämistä ainakin siltä osin kuin kysymys on vaikeavammaisen henkilön ohjaamisesta ja auttamisesta hänelle henkilökohtaisen avustajan työnantajana kuuluvien oikeudellisten velvollisuuksien täyttämisessä.

Julkisen vallan ohjaus- ja auttamistehtävän lisäksi voidaan kysyä, missä määrin koko henkilökohtaisen avun työnantajamallissa on kyse julkisen hallintotehtävän antamisesta yksityiselle. Jos näin ajateltiin, kyse olisi julkisen vallan vaikeavammaiselle henkilölle antamasta palveluntuotantovelvoitteesta, jonka asiakkaana olisi vaikeavammaisen henkilö itse. Vaikka henkilökohtaisen avun työnantajamallin kautta järjestettävässä palvelussa on esimerkiksi uuden vammalaispalvelulain esitöissä kuvattulla tavalla edistää vammaisen henkilön itsenäistä suoriutumista sekä mahdollistaa osallisuuden ja valinnanvapauden toteutuminen, voi työnantajamallin kautta annettavaan henkilökohtaiseen apuun kuitenkin osana palvelua kuulua sellaisia avustajan toteuttamia itsehoitoa vastaavia toimenpiteitä, jotka liittyvät terveyden ylläpitoon sekä pitkäaikaisen sairauden ohjeiden mukaiseen hoitoon.¹⁶⁹ Toisaalta julkisen vallan rooli työnantajamallin toteuttamisessa on esimerkiksi apulaisoikeuskanslerin sijaisen ratkaisusta ilmenevällä tavalla laaja ja kattaa ainakin joissakin tapauksissa myös palkkahallinnon kaltaisia työnantajan ydinvelvollisuuksiin kuuluvia asioita sekä muun muassa työterveyshuollon järjestämistä.¹⁷⁰ Koska palvelun rahoitus kuitenkin tulee julkisista lähteistä, ja jos omaksumme ajoittain esiintyvän tulkinnan julkisten sosiaali- ja terveystalveluiden rajautumisesta perustuslain 124 §:n piiriin, tulisi

166 Ibid.

167 KKO 2022:21, kohta 24.

168 Ibid.

169 HE 191/2022 vp, s. 58.

170 OKV/882/1/2015, OKV/883/1/2015 ja OKV/884/1/2015, s. 22–30.

myös henkilökohtaisen avun työnantajamallia arvioida perustuslain 124 §:n valossa. Tällöin työnantajana toimivan vaikeavammaisen henkilön tulisi noudattaa itselleen sosiaalipalvelua tuottaessaan hallinnon yleislakeja ja hän toimisi tässä itseensä kohdistuvassa palveluntuottajan tehtävässä myös rikosoikeudellisella virkavastuulla. Asetelma osoittaa mielestäni hyvin, miksi kategorinen suhtautuminen julkisiin sosiaali- ja terveystalveluihin perustuslain 124 §:n mukaisina julkisina tehtävinä ei näennäisestä selkeydestään huolimatta lopulta ole kovin kestävä lähestymistapa, vaan eri palveluita ja niiden ominaispiirteitä on arvioitava tätä nyansoidummin. Selvyyden vuoksi todettakoon, että työnantajamallin puitteissa työnantajana toimiva vaikeavammaisen henkilö ei siis käsitykseni mukaan hoida perustuslain 124 §:n mukaista julkista hallintotehtävää.

2.3.3. Terveystalvelut perustuslain 124 §:n valossa

Kuten edellä on todettu, sosiaali- ja terveystalveluissa rajanveto julkisten hallintotehtävien ja muiden tehtävien välillä on luonteeltaan hankalaa, minkä lisäksi sosiaalipalvelut ja terveystalvelut poikkeavat merkittävästi toisistaan. Terveystalveluissa tai ainakaan somaattisissa terveystalveluissa tehdään harvoin päätöksiä tahdonvastaisesta hoidosta eivätkä myöskään hallintopäätökset ole sosiaalipalveluiden tapaan yleisiä, jolloin myös julkisen hallintotehtävän piiri tulisi lähtökohtaisesti asemoida terveystalveluiden kohdalla sosiaalipalveluja kapeammaksi.¹⁷¹ Yleisellä tasolla tematiikkaa julkisen hallintotehtävän rajoista terveydenhuollossa voi lähestyä esimerkiksi Tuorin ja Kotkaksen jaottelulla, jossa erotetaan toisistaan 1) päätöksenteko hoitoon ottamisesta, 2) varsinaisen hoitotoiminta sekä 3) lakisäateiset tahdosta riippumattomat toimenpiteet.¹⁷² Näistä viimeinen on ilmiselvästi julkisen hallintotehtävän hoitamista ja jossain tapauksissa myös merkittävää julkisen vallan käyttöä. Myös päätöksentekoa hoitoon ottamisesta voi ainakin pääsääntöisesti asemoida julkisten hallintotehtävien piiriin, mutta varsinainen hoitotoiminta voi useissakin tapauksissa rajautua kokonaan julkisen hallintotehtävän käsitteen ulkopuolelle. Toisaalta käytännön lainsäädäntötoiminnassa ja lainkäytössä näitä kokonaisuuksia on hankala erotella toisistaan.

Näkemyks erityisesti varsinaisen hoitotoiminnan luonteesta vaikuttaa lisäksi jossain määrin muuttuneen viimeisten vuosikymmenten aikana. Esimerkiksi vielä vuonna 1991 hallituksen esityksessä laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista todettiin, että terveydenhuollossa ei ole yleensä kysymys hallintotoiminnasta ja hallintopäätöksistä, vaan terveydenhoitohenkilöstön suorittamista tosiasiallisista toimenpiteistä.¹⁷³ Näin on arvioinut vuosikymmenen mittaan ainakin Liljeström, ja myös

171 Ks. hallintopäätöksiä koskevasta tematiikasta mm. Mäenpää 2016, s. 42 sekä Mäenpää 2023 soveltuvien osin. Mäenpään mukaan myös terveystalveluissa tehdään päätöksiä, joita olisi pidettävä hallintopäätöksinä.

172 Tuori – Kotkas 2023, s. 215.

173 HE 185/1991 vp, s. 18.

Rasinmäen määritelmässä on heijastuksia ajatuksista, joiden mukaan hallintotehtävien piiriin asettuu sote-palveluiden järjestäminen, mutta ei niiden tuottaminen.¹⁷⁴ Toisaalta esimerkiksi Modeen on jo 1990-luvun alussa asemoinut terveydenhuoltoa tosiasialliseksi hallintotoiminnaksi.¹⁷⁵ Mainitut systematisoinnit ja esityöt ovat ajalta ennen perustuslain 124 §:n voimaantuloa, jolloin terminologian käyttö on lisäksi ymmärrettävä jossain määrin häilyväksi.¹⁷⁶ Uudemmissa hallinto-oikeudellisissa perusteoksissa hoitotoimenpiteitä on yleensä asemoitu tosiasialliseksi hoitotoiminnaksi, eli pääosin perustuslain 124 §:n puitteisiin, mutta tulkinnan perustelut ja analyysi eri toimintojen välisistä eroista ovat teosten luonteestakin johtuen paikoin olleet varsin kapeita.¹⁷⁷

Merkittävän julkisen vallan käytön osalta perustuslakivaliokunta on esimerkiksi tartuntatautilain yhteydessä edellyttänyt, että muun kuin virkasuhteisen lääkärin toimivaltuudet rajoitetaan välttämättömiin ensivaiheen toimenpiteisiin.¹⁷⁸ Tilanne oli kuitenkin erityinen, sillä tartuntatautilaki mahdollistaa eräissä tilanteissa hyvinkin laajat henkilökohtaisia vapautta rajaavat toimenpiteet, joita esimerkiksi koronapandemian aikana laajasti käytettiin. Perustuslakivaliokunta on katsonut, että esimerkiksi karanteeniin tai eristykseen määräämisessä on kysymys perustuslain 7 §:n 3 momentissa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 5 artiklassa tarkoitettua vapaudenriistosta, joka tarkoittaa hyvin pitkälle menevää puuttumista yksilön henkilökohtaiseen vapauteen.¹⁷⁹ Apulaisoikeusasiamiehen sijaisen mukaan tartuntatautilain mukaista eristämistä on pidettävä perustuslain 7 §:n 3 momentissa tarkoitettuna vapauden menettämisenä ja pitempiaikaisesta eristämisestä päättäminen on merkittävää julkisen vallan käyttöä perustuslain 124 §:n tarkoittamassa merkityksessä.¹⁸⁰

Mielenterveyslain muutosta arvioidessaan perustuslakivaliokunta totesi, että kaikki ne ratkaisut, joilla olennaisesti puututaan perustuslain 7 §:ssä tarkoitettuun henkilökohtaiseen vapauteen tai koskemattomuuteen, sisältävät merkittävää julkisen vallan käyttöä. Tällaisina voitiin mielenterveyslain näkökulmasta pitää ainakin tarkkailuun ottamista, hoitoon määräämistä ja virka-avun pyytämistä.¹⁸¹ Myös apulaisoikeusasiamiehen sijainen on jo ennen perustuslakivaliokunnan lausuntoa arvioinut, että mielenterveyslaissa tarkoitettu tahdosta riippumaton psykiatrinen hoito merkitsee vapaudenriistoa, jolloin hoitoon määrääminen ja hoidon jatkamista

174 Rasinmäki 1997, s. 167.

175 Liljeström 1999, s. 2171–2177; Modeen 1991, s. 185–186. Ks. 1900-luvun lopun hoitosuhteen luonnetta arvioineesta oikeustieteellisestä tutkimuksesta kootusti Lehtonen 2001, s. 38–44.

176 Lisäksi Modeenin artikkeli on kirjoitettu ruotsiksi ja omat käännösvirheet ovat näin mahdollisia.

177 Ks. terveyspalveluiden asemoinnista tosiasialliseksi hallintotoiminnaksi mm. Husa – Pohjolainen 2014, s. 35; Mäenpää 2023, osa II, luku 4.

178 PeVL 11/2016 vp.

179 PeVL 15/2015 vp, s. 3; PeVL 11/2016 vp, s. 5.

180 EOAK 711/2009, s. 25–26.

181 PeVL 5/2014 vp, s. 2.

koskevat lääkärin päätökset ovat perustuslain 124 §:ssä tarkoitettua merkittävää julkisen vallan käyttöä.¹⁸² Mielenterveyslain mukaisen tarkkailulähetteen kirjoittamisessa taas on perustuslakivaliokunnan mukaan kyse julkisen hallintotehtävän hoitamisesta, mutta ei kuitenkaan merkittävästä julkisen vallan käytöstä. Valiokunta perustelee tulkintaa muun muassa sillä, että tarkkailulähetteen laatiminen ei vielä itsessään merkitse henkilön lähettämistä tarkkailuun tai hoitoon tämän tahdosta riippumatta, eikä tarkkailulähetteessä tehty arvio hoidon tarpeesta sido tarkkailuun ottavaa tai tahdosta riippumattomaan hoitoon määräävää lääkäriä.¹⁸³ Tarkkailulähetteestä säätäminen niin, että sellaisen laatiminen on mahdollista myös muulle kuin virkasuhteiselle lääkärille, oli perustuslakivaliokunnan mukaan erityisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin näkökulmasta tarkoituksenmukaista, jotta voidaan turvata hoidon tarpeessa olevien potilaiden pääsy hoitoon mahdollisimman nopeasti ja kattavasti. Valiokunnan mukaan julkisessa terveydenhuollossa työskentelee yritysten palveluksessa olevia työsuhteisia lääkäreitä, minkä lisäksi tarkkailulähetteen laatimista edellyttävä tilanne voi ilmetä myös työterveyshuollossa, opiskelijaterveydenhuollossa tai muussa yksityisessä terveydenhuollossa.¹⁸⁴

Marinin sote-uudistusesityksen mukaan mielenterveyslain, päihdehuoltolain ja tartuntatautilain mukaiset rajoitustoimenpiteet sisältävät julkisen vallan käyttöä ja osa niistä merkittävää julkisen vallan käyttöä.¹⁸⁵ Hallituksen esityksessä esimerkkinä merkittävästä julkisen vallan käytöstä mainitaan päätös henkilön määräämisestä mielenterveyslain tai päihdehuoltolain mukaiseen tahdosta riippumattomaan hoitoon, päätös henkilön määräämisestä tartuntatautilain mukaiseen karanteeniin, tartuntalain mukainen päätös henkilön eristämisestä sekä laissa kuolemansyyn selvittämisestä (459/1973) ja laissa lapsen kohdistuneen seksuaalirikoksen selvittämisen järjestämisestä (1009/2008) säädettävät tehtävät sekä terveydenhuoltolain 31 §:ssä säädetty velvollisuus antaa virka-apua elävän henkilön kliinisen tutkimuksen ja poliisille vainajan ulkonaisen ruumiintarkastuksen suorittamiseksi.¹⁸⁶ Sipilän hallituksen sote-uudistusesityksen mukaan terveydenhuollossa palvelutarpeen arvioinnin perusteella toteutetut hoitotoimenpiteet ovat luonteeltaan pitkälti julkista hallintotehtävää täydentävää tosiasiallista palvelutoimintaa, jossa kuitenkin on kyse yksilön perusoikeuksien toteuttamisesta. Lisäksi lääkärin lähetteen perusteella toteutettavat yksittäiset laboratoriokokeet mainitaan esimerkkinä muusta kuin julkisesta hallintotehtävästä. Osa tehtävistä todetaan asettuvan hallintotehtävien ydinalueelle ja osa on merkittävää julkisen vallan käyttöä, mutta osa tehtävistä taas voi rajautua kokonaan julkisen hallintotehtävän käsitteen ulkopuolelle. Ainakin po-

182 EOAK 711/2009, s. 24.

183 PeVL 5/2014 vp, s. 2

184 Ibid.

185 HE 241/2020 vp, s. 682. Ks. myös esim. EOAK 711/2009.

186 HE 241/2020 vp, s. 683.

tilaan tai asiakkaan palvelutarpeen itsenäistä arviointia ja palveluiden suunnittelua sisältävät tehtävät ovat julkisia hallintotehtäviä, ja tällainen palvelutarpeen arviointi sisältää myös julkisen vallan käyttöä. Toisaalta puhtaasti tosiasiallista hoitotoimintaa, sikäli kun tällainen kokonaisuus pystytään muodostamaan, ei olisi pidettävä julkisen hallintotehtävän käsitteen piiriin kuuluvana. Tuoreessa terveydenhuoltolain 22 §:n muuttamisesta antamassaan lausunnossa perustuslakivaliokunta totesi, että ajokorttilain mukaisten lääkärintodistusten ja -lausuntojen laatimisessa ei ollut kyse perustuslain 124 §:n tarkoittamasta julkisesta hallintotehtävästä.¹⁸⁷

Sipilän hallituksen sote-uudistuksen esitöissä huomautetaan palveluiden olevan kokonaisuuksia, jolloin eron tekeminen julkisen vallan käytön ja muun toiminnan välillä voi olla käytännössä hyvin hankalaa.¹⁸⁸ Suuri osa sote-sektorin tehtävistä on ammattihenkilöstön tosiasiallista toimintaa, joka esimerkiksi vain harvoin sisältää hallintopäätöksiä. Toisaalta ei ole syytä kaavamaisesti katsoa kaikkien potilaan hoidon yhteydessä tehtävien päätösten olevan muita kuin hallintopäätöksiä, sillä myös eräissä – vaikkakin poikkeuksellisissa – tapauksissa päätökset terveystalouden antamisesta ja hoitoon pääsystä voidaan katsoa viranomaisen valituskelpoisiksi päätöksiksi.¹⁸⁹ Sosiaalipalveluiden kohdalla hallintopäätöksiä tehdään kuitenkin terveystaloutta laajemmin eikä hallintopäätösten tekeminen myöskään ole edellytys sille, että kyse voi olla hallintotoiminnasta.

Marinin hallituksen sote-uudistusesityksessä puolestaan todetaan, että esimerkiksi hoidon tarpeen arvioinnin osalta on ollut käytännön toiminnassa jossain määrin epäselvää, miltä osin se on julkista hallintotehtävää, jota ei voida ilman lailla säätämistä antaa muun kuin viranomaisen hoidettavaksi.¹⁹⁰ Lavapuro, Ojanen ja Mäenpää ovat sosiaali- ja terveysministeriölle antamissaan asiantuntijalausunnoissaan katsooneet, että hoidon tarpeen arviointia voidaan pitää tosiasiallisena hallintotoimintana, jossa on kysymys lääketieteellisen arvioinnin ohella myös sellaisesta päätöksenteosta, jossa asiallisesti päätetään potilaan oikeudesta hoitoon.¹⁹¹ Tällaista hoidon tarpeen arviointia ei Lavapuron mukaan kuitenkaan ole pidetty merkittävänä julkisen vallan käyttönä edes silloin, kun se liittyy merkittävää julkisen vallan

187 PeVL 63/2024 vp, kohta 14. Perustuslakivaliokunta katsoi (kohta 9) lisäksi, että vaikka mainittu tehtävä oli voimassa terveydenhuoltolaissa osoitettu hyvinvointialueille, ei kyse ollut tehtävän luonteen vuoksi myöskään perustuslain 19 §:n 3 momentin piiriin kuuluvasta terveystaloutta, jota säännöksen mukainen turvaamisvelvollisuus koskee.

188 HE 15/2017 vp, s. 666.

189 Tuori – Kotkas 2023, s. 445–450; KHO 2000-T-1894.

190 HE 241/2020 vp, s. 116. Kohta jatkuu: Tämän vuoksi sote-järjestämislain 12 §:n 3 momentissa säädettäisiin selvyiden vuoksi, että hyvinvointialueen olisi vastattava palvelutarpeen arvioinnista hankkessaan palveluja yksityiseltä palveluntuottajalta.

191 Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 15; Ojosen asiantuntijalausunto 2019; Mäenpään asiantuntijalausunto 2019. Asiasta ministeriön pyynnöstä lausuneista valtiosääntöoikeuden tutkijoista Tuori asemoi hoidon tarpeen arviointia vahvemmin julkisen vallan käytön piiriin, ks. Tuorin asiantuntijalausunto 2019.

käyttöä sisältävään päätöksentekoprosessiin.¹⁹² Hallituksen esityksessä linjataan, että julkisessa terveydenhuollossa tehtävä ratkaisu siitä, saako henkilö julkisin varoin annettavaa hoitoa vai ei ja millaista hoitoa hänelle annetaan, liittyy perustuslain 19 §:ssä säädettyyn sosiaali- ja terveystalouden turvaamisvelvollisuuteen, jolloin ratkaisu on ymmärrettävissä julkiseksi hallintotehtäväksi.¹⁹³ Hallituksen esityksessä julkisten hallintotehtävien piiriin asemoidaan siten esimerkiksi potilaan hoidon tarpeen arviointi ja hoitosuunnitelman laatiminen, sairauksien diagnosointi sekä terveydentilaa koskevien lausuntojen ja erikoissairaanhoidon läheteiden kirjoittaminen.¹⁹⁴ Hallituksen esityksen mukaan julkisen vallan käyttöä sisältyy puolestaan mielenterveyslain mukaisen tarkkailulähetteen laatimiseen, virka-avun pyytämiseen ja antamiseen eri viranomaisille sekä potilaalle annettavaa maksusitoumusta koskevaan päätöksentekoon, asiakasmaksun määräämiseen, potilastietojen tarkastusoikeuden toteuttamiseen sekä potilastietojen luovuttamista koskeviin ratkaisuihin.¹⁹⁵

Marinin hallituksen sote-uudistusesityksen mukaan sosiaali- ja terveystalouden tuotannon kokonaisuudesta on vaikeaa erottaa sellaisia toimintoja, joihin ei tulisi sovellettavaksi perustuslain 124 §.¹⁹⁶ Uudistuksessa yksityistämistä ja ulkoistamista sääntely toteutettiin siksi siten, että kaikkien yksityisen palveluntuottajan tuotettavaksi siirrettävien asiakkaalle annettavien palvelujen kohdalla on täyttyvä perustuslain 124 §:n mukaiset julkisen hallintotehtävän siirtämiselle asetetut edellytykset, vaikkeivat kaikki yksityiseltä palveluntuottajalta hankittaviksi tulevat palvelut välttämättä olisikaan yksiselitteisesti julkisen hallintotehtävän hoitamista.¹⁹⁷

Asiakkaalle annettavilla [sote-järjestämislain] 12 §:ssä tarkoitetuilla palveluilla ei kuitenkaan tarkoitettaisi sellaisia yksityisen palveluntuottajan toimintaan sisältyviä tehtäviä, jotka eivät ole suoraan asiakkaille annettavia sosiaali- ja terveystaloudellisia, kuten yksityisen palveluntuottajan kirjanpito, palkanmaksu tai muut hallinnolliset tukipalvelut, toimitilojen siivous, henkilöstöruokailu tai muut henkilöstölle järjestettävät palvelut. Mainitut palvelut eivät siten kuuluisi ehdotetun 3 luvun soveltamisalaan eikä niitä myöskään voida pitää julkisina hallintotehtävinä.¹⁹⁸

Perustuslakivaliokunta totesi Marinin hallituksen sote-uudistusesityksestä antamassaan lausunnossa, että hoitoratkaisujen tekemisessä on kyse ennen muuta lääketieteellisestä arviosta, ja että sote-järjestämislain 12 §:n 3 momenttiin kirjattua sääntelyä väljempikin sääntely yksityisen palveluntuottajan oikeudesta tehdä palve-

192 Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 15.

193 HE 241/2020 vp, s. 682.

194 Ibid., s. 680–694.

195 Ibid., s. 682.

196 Ibid., s. 682.

197 Ibid.

198 Ibid.

lutarpeen arviointia on siten perustuslain kannalta mahdollinen.¹⁹⁹ Toteamus on nähdäkseni luettavissa jonkinlaisena kevyenä irtautumisena hallituksen esityksessä tehdystä julkisen vallan ja julkisen hallintotehtävien käsitteiden laveasta määrittelystä suuntaan, jossa korostetaan hoitoratkaisun hallintopäätösluonteen sijaan sen lääketieteellistä luonnetta.

Myös korkein hallinto-oikeus on arvioinut julkisen hallintotehtävän asettuvien tehtävien piiriä sekä sallittuja tapoja hoitaa näitä tehtäviä. Tapauksessa KHO 2014:98 katsottiin, että kunnan ja yksityisen sosiaali- ja terveystalouden tuottajan väliseen palvelusopimukseen sisältynyt määräys, jonka mukaan kunta sitoutui ottamaan palvelujen tuottajan palveluksessa olevat työntekijät julkisen vallan käyttöä sisältävien päätösten tekemistä varten virkasuhteeseen, ei synnyttänyt työntekijän ja julkisyhteisön välille aitoa virkasuhdetta, jossa viranhaltija on työnantajana toimivan julkisoikeudellisen yhteisön johdon ja valvonnan alainen ja jossa julkisyhteistö myös vastaa viranhaltijan virkasuhteesta johtuvista etuuksista ja oikeuksista. KHO piti järjestelyä voimassa olevan lainsäädännön kiertämisenä ja siten lainvastaisena.²⁰⁰ Tapauksessa KHO 2012:63 arvioi keikkalääkärin oikeutta laatia tarkkailuläheteitä. Tapauksessa potilas oli viety vastoin tahtoaan psykiatriseen sairaalaan tarkkailuun keikkalääkärin tekemän tarkkailuläheteen perusteella. Keikkalääkäri ei ollut virkasuhteessa kaupunkiin, vaan työskenteli vuokralääkäreitä välittävän yrityksen palveluksessa. Vaikka päätöksen tahdosta riippumattomasta hoidosta teki virkasuhteinen ylilääkäri, KHO katsoi hoitoprosessin vaiheet muodostavan kokonaisuuden, jossa jokaisen vaiheen tulee olla muodollisesti oikein suoritettu. Keikkalääkärillä ei ollut toimivaltaa lähettää potilasta vastoin tämän tahtoa tarkkailuun, koska mielenterveyslaissa ei ole erikseen säädetty tällaisesta toimivallasta eikä lääkäri ollut virkasuhteessa kaupunkiin. KHO:n ratkaisun mukaan hoitoon määräämispäätös ei syntynyt perustuslain ja mielenterveyslain edellyttämällä tavalla, koska tarkkailuläheteen laatimista ei ole säädetty keikkalääkärin tehtäväksi.

Korkein oikeus on puolestaan arvioinut tapauksessa KKO 2013:19, että kunnan ja yksityisen terveystalouden tuottajan välinen ostopalvelusopimus tähytystutkimusten suorittamisesta kaupungin terveystaloudessa ei sisältönsä perusteella liittynyt julkisen vallan käyttöön eikä sen kohteena ollut julkisen hallintotehtävän hoitaminen. KKO:n mukaan kysymyksessä oli palvelun hankinta, jonka kunta oli tehnyt osana sille kuuluvaa terveydenhuollon järjestämistä. KKO:n mukaan kunnan toiminnassa esiintyy monia sellaisia sopimusjärjestelyjä, joissa ei ole kysymys itse julkisen hallintotehtävän antamisesta toiselle tai sen jakamisesta, vaan ainoastaan

199 PeVL 17/2021 vp, kohta 84. Sote-järjestämislain 12 §:n 3 momentin mukaan hyvinvointialueen on vastattava palvelutarpeen ja hoidon tarpeen arvioinnista hankkiessaan palveluja yksityiseltä palveluntuottajalta. Tästä säädetään momentissa tietyt, erityisesti perusterveydenhuollon kontekstiin sijoittuvia poikkeuksia.

200 KHO 2014:98.

Sekä korkein hallinto-oikeus että laillisuusvalvojat ovat arvioineet julkisen hallintotehtävän rajoja niin sanottuja ”keikkalääkäreitä” koskevan tematiikan yhteydessä. Arviointi on kytkeytynyt usein erityisesti julkisen vallan käytön, ei julkisen hallintotehtävän kokonaisuuteen. Eduskunnan oikeusasiamies on esimerkiksi arvioinut, että lääketieteen opiskelija ei käyttänyt terveyskeskuslääkärin tehtävässään toimiessaan julkista valtaa silloin, kun hän arvioi, onko henkilö hoidon tarpeessa ja otetaanko hänet hoitoon.²⁰⁸ Korkein oikeus on tapauksessa KKO 2008:78 arvioinut, että lääkemääräyksen antamisessa ei ole kyse julkisen vallan käytöstä. Arviointi kytkeytyi erityisesti rikosoikeudelliseen tarkasteluun ja virkamiehen väkivaltaisen vastustamisen tunnusmerkistöön, jossa edellytettiin sitä, että virkatoimen, jonka tekemiseen virkamiestä pakotetaan, tulee sisältää julkisen vallan käyttöä. Tulkintaa ohjasi se, että rikoslain 1 §:n esitöiden mukaan julkisen vallan käyttöä ei ole niin sanottu tosiasiallinen toiminta, esimerkiksi potilaan hoitaminen julkisyhteisön ylläpitämässä sairaalassa.²⁰⁹ KKO totesi, että julkisen vallan käytölle on pidetty tyypillisenä, että kysymyksessä on yksipuolinen toisen oikeusasemasta määrittäminen. Korkeimman oikeuden ratkaisu syntyi äänestyksen jälkeen, kun esittelijä ja kaksi jäsentä arvioivat, että lääkemääräyksen antaminen sisältää julkisen vallan käyttöä.²¹⁰ Vähemmistöön jääneiden jäsenten sekä esittelijän mukaan virkamies tai muu henkilö käyttää rikoslaissa tarkoitettua tavoin julkista valtaa siten silloin, kun hän antaa lain tai asetuksen nojalla toista velvoittavan määräyksen tai päättää toisen edusta, oikeudesta tai vel-

210 KKO 2008:78. Ks. myös EOAK 711/2009, s. 22–23.

vollisuudesta taikka lain tai asetuksen nojalla tosiasiallisesti puuttuu toisen etuun tai oikeuteen.²¹¹ Nähdäkseni ratkaisun kokonaisuus sekä siinä tehty julkisen vallan käsitteen arviointi tukevat kuitenkin johtopäätöstä, jonka mukaan lääkemääräyksen antamisessa olisi kyse julkisen hallintotehtävän hoitamisesta.²¹²

Apulaisoikeusasiamiehen sijainen taas on asemoinut melko laajan joukon lääkärin tehtävistä julkisen vallan käytön piiriin. Näitä ovat ainakin useat mielenterveyslaissa säädetyt lääkärin tehtävät, kuten virka-avun pyytäminen poliisilta, tarkkailulähteen laatiminen, tarkkailulausunnon antaminen, tarkkailuun ottaminen ja yleisemmin perusoikeuksia rajoittava päätöksenteko, jota voi tapahtua esimerkiksi tahdosta riippumattoman hoidon ja tutkimuksen aikana.²¹³ Julkisen vallan käytöksi katsottiin tartuntatautilain mukaisista tehtävistä ainakin lyhytaikainen eristäminen, karanteeniin määrääminen, ansiotyöstä poissaolosta määrääminen sekä poliisin virka-avun pyytäminen.²¹⁴ Myös päihdehuoltolain mukaisesti tahdosta riippumattomaan hoitoon määrääminen, henkilön eristäminen sekä muut hänen perusoikeuksiaan rajoittavat päätökset ovat apulaisoikeusasiamiehen sijaisen mukaan julkisen vallan käyttöä, kuten ovat myös eräät somaattista hoitoa antavissa terveydenhuollon yksiköissä käytettävät pakkotoimet sekä virka-apu poliisille tai vankeinhoitoviranomaisille oikeuslääkeopillisten tutkittavan tahdosta riippumatta tehtävien tutkimusten suorittamiseksi.²¹⁵

Eduskunnan oikeusasiamies on puolestaan arvioinut, että ensihoitopalvelussa ja siihen liittyvässä sairaanhoidossa yleisesti sekä FinnHEMS Oy:n lääkärihelikopteritoiminnan harjoittamisessa erikseen on kyse perustuslain 124 §:n mukaisesta tosiasialliseen hallintotoimintaan rinnastuvasta julkisen hallintotehtävän hoitamisesta. Eduskunnan oikeusasiamiehen mukaan FinnHEMS Oy:n toiminnassa ei kuitenkaan päätetä itsenäisen harkintavallan perusteella yksilön eduista, oikeuksista tai velvollisuuksista, eli kyse ei ole julkisen vallan käyttämisestä.²¹⁶ Vaikka FinnHEMS Oy:stä ei ole erikseen lailla säädetty, on lääkäri- ja lääkintähelikopteritoiminta eduskunnan oikeusasiamiehen mukaan keskeinen osa terveydenhuoltolain määrittelemää ensihoidon kokonaisuutta, joka koostuu ensihoidosta ja siihen liittyvistä tukipalveluista eli lentotoiminnasta, tukikohdista ja maayksiköistä.²¹⁷

Edellä todettuun nähden FinnHEMS Oy:n toiminnalla on siten elimellinen yhteys sairaanhoitopiirien laissa säädetyn julkisen hallintotehtävän hoitamiseen. Vaikka yhtiö tai sen henkilöstö ei itsenäisesti osallistuisikaan ensihoidon konkreettiseen antamiseen

211 KKO 2008:78.

212 Samoin on tulkinnut myös Nykänen 2020, s. 442.

213 EOAK 711/2009, s. 23–25.

214 Ibid., s. 25–26.

215 Ibid., s. 26–27.

216 EOAK 7308/2021, s. 25.

217 Ibid.

eli päättäisi lääketieteellisiin toimenpiteisiin ryhtymisestä, se avustaa varsin olennaisella tavalla varsinaista ensihoidon henkilöstöä paitsi tarjoamalla ensihoidon tarvitsemaa kuljetuspalvelua eli luomalla käytännön toimintaedellytyksiä ensihoidon toteuttamiselle myös avustamalla sairaanhoitopiiriin lääkäreitä potilaan hoitotyössä.²¹⁸

Pidän sekä sosiaali- että terveystalveluiden osalta nykyistä julkisen hallintotehtävän piiriin epämääräisyyttä varsin epätoivottavana asiantilana. Asia on tehtävien yksityiselle antamisen konkreettisen mahdollisuuksien osalta Marinin hallituksen sote-uudistuksen jälkeisessä todellisuudessa sinänsä selkeytynyt, sillä yksityistämisen ja ulkoistamisen rajoja on tavallisen lainsäädännön tasolla piirretty varsin tiukoiksi, mutta näiden rajojen vaikutus nimenomaan perustuslain 124 §:ssä käytettyjen käsitteiden tulkintaan ja siten lainsäätäjän harkintavallan laajuuteen ei ole lainkaan yksiselitteinen. Vaikka tavallisen lainsäädännön tasolla tehty täsmällisempi sääntely voi helpottaa käytännön lainsoveltamista esimerkiksi ulkoistamista harkitsevissa viranomaisissa, myös perustuslain 124 §:n rajanvedoissa on kyse oikeudellisesti varsin olennaisesta tulkinnasta, jolla on jäljempänä kuvatulla tavalla vaikutuksia lainsäätäjän harkintavallan laajuuteen sekä toisaalta hallinnon järjestämisen käytännön toimintatapoihin.

218 Ibid.

3. Yksityistämisen ja ulkoistamisen edellytykset perustuslain 124 §:n valossa

3.1. Perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaarantumattomuus

Perustuslain 124 §:n mukaan edellytyksenä julkinen hallintotehtävän antamiselle muulle kuin viranomaiselle on, että siirto *ei vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia*. Perustuslain esitöiden mukaan säännös korostaa julkisia hallintotehtäviä hoitavien henkilöiden koulutuksen ja asiantuntemuksen merkitystä sekä sitä, että näiden henkilöiden julkisen valvonnan on oltava asianmukaista. Oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten taas on esitöissä katsottu koskevan ennen muuta julkiseen hallintotehtävään liittyvää päätöksentekoa.²¹⁹ Perustuslain 124 §:n nimenomainen linkitys perusoikeuksien, oikeusturvan ja muiden hyvän hallinnon vaatimusten vaarantumattomuuteen luo eräänlaisen perälaudan sote-palveluiden yksityistä tuotantoa koskevaan tarkasteluun. Tämä nimenomainen yhteys konkretisoitui Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä, jolloin perustuslakivaliokunta totesi sääntelyn perustuslain 6 §:n ja 19 §:n kannalta ongelmalliseksi. Toteamuksen perusteella valiokunta piti selvänä, ettei myöskään perustuslain 124 §:n tarkoituksenmukaisuusvaatimus näiltä osin täyttynyt.²²⁰ Perusoikeuksien toteutumisen vaarantava sääntely ei voi olla tarkoituksenmukaista sääntelyä.

Perustuslain 124 §:n vaatimus vaarantumattomuudesta luo näin erityisen tulkintakehikon juuri sote-palveluiden antamisesta muun kuin julkisen toimijan hoidettavaksi. Pohdittavaksi tulee tällöin, miten pykälän vaarantumattomuusedellytystä tulee tulkita suhteessa muihin perusoikeussäännöksiin. Kun sote-palveluja etäisemmin perusoikeusliitännäisen julkisen palvelun antamista yksityisen hoidettavaksi voidaan arvioida puhtaasti kyseisen tehtävän vaarantumattomuuden kautta, liitetään arviointiin sote-palveluiden kontekstissa vielä 19 §:n 3 momentin erityinen ja luonteeltaan jossain määrin abstrakti turvaamisvelvoite, jolla on tartuntapinta perustuslain 7 §:n suojaamaan oikeuteen elämään. Tämän normikokonaisuuden kautta ne valtiosääntöiset edellytykset, jotka esimerkiksi Sipilän hallituksen monituottajamallin kaltaisen yksityiseen tuotantoon nojaavan sote-mallin tulisi täyttää, asettuisivat verraten korkeiksi suhteessa joihinkin muihin julkisen toiminnan sektoreihin.

219 HE 1/1998 vp, s. 179.

220 PeVL 26/2017 vp, s. 54.

Muukkonen on todennut, että perusoikeusjärjestelmän systematiikka vaatii tulkitsemaan perustuslain 124 §:ää siten, että sen ilmaisema vaarantamiskielto koskee kaikkia niitä viranomaiskoneiston ulkopuolelle siirrettäviä tehtäviä, jotka eivät ole lainkäyttöä, lainsäädäntövallan käyttöä taikka merkittävää julkisen vallan käyttöä.²²¹ Hahmotan asetelman siltä osin Muukkosesta poiketen, että katson perustuslain 124 §:n kiinnittyvän nimenomaan julkisen hallintotehtävän siirtoon. Julkisella vallalla on kaikessa toiminnassaan perustuslain 22 §:n mukainen turvaamisvelvoite, jonka kautta voidaan johtaa lainsäätäjälle ja julkiselle vallalle yleinen velvoite turvata perusoikeuksien toteutuminen. Sen voidaan ajatella vaikuttavan tulkinta-asetelmassa samankaltaisesti perustuslain 124 §:n nimenomaisen vaarantamiskiellon kanssa. Kun vaarantamiskielto velvoittaa lainsäätäjää tämän antaessa julkisen hallintotehtävän muulle kuin viranomaiselle, turvaamisvelvoite koskee kaikkea julkista valtaa eli myös muuta julkista tehtävää kuin julkista hallintotehtävää viranomaisen ulkopuolelle siirtävää lainsäätäjää. Kyse ei kuitenkaan tällöin ole nimenomaan perustuslain 124 §:n mukaisesta vaarantumattomuuden vaatimuksesta.

Perustuslain 2 §:n 3 momentin, 21 §:n 118 §:n ja 124 §:n sekä 6 §:n ja 19 §:n normikokonaisuuden ja lainsäätäjän harkintavallan rajankäynnin osalta olennaisimmiksi näkökulmiksi voidaan paikantaa hallinnon yleislakien soveltuminen, virkavastuusta säättäminen, subdelegointi ja tarkoituksenmukaisuus, joita käsitellään alla erikseen. Perustuslain 124 §:ssä edellytetään huolehdittavan myös yksityisten palvelutuottajien valvonnasta sekä julkisen vallan ohjauskeinoista. Lainsäätäjän näkökulmasta olennaiseksi muodostuu myös se, miten julkisen ja yksityisen suhteen määrittelevien päätösten ja sopimusten oikeussuojakeinot järjestetään. Korkein hallinto-oikeus kiinnitti Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä antamassaan lausunnossa huomiota muun muassa siihen, että yleinen hallinto-oikeudellinen doktriini on, että samasta asiasta ei tehdä valituskelpoista hallintopäätöstä ja vielä hallintosopimusta.²²² Lainsäätäjä voi törmätä tähän problematiikkaan muun muassa silloin, kun tavoitteena on luoda monituottajamalli, jossa yksityisten tuottajien asema riippuisi yhtäältä julkisen vallan tekemistä hallintopäätöksistä ja toisaalta julkisen toimijan yksityisen kanssa tekemistä hallintosopimuksista. Esimerkiksi Juha Sipilän hallituksen mallissa käytettiin sekä hallintopäätöksiä, jotka koskivat muun muassa yksityisille tuottajille maksettavien korvausten määrää ja osin myös lajia, että hallintosopimuksia, joihin olisi kirjattu tarkemmin juuri kyseistä palveluntuottajaa koskevia ehtoja. Tämä jätti palveluntuottajalle ainakin teoriassa mahdollisuuden käyttää kahta oikeussuojakeinoa eli hallintopäätösasiassa hallinto- tai maakuntavalitusta sekä hallintosopimusasiassa hallintotoriitamenettelyä. Toisaalta hallintoriitaa on hallintolainkäyttölain (586/1996) mukaan pidettävä toissijaisena oikeussuojakeinona, eli hallintoriitamenettely ei olisi palveluntuottajan käytettävissä, mikäli

²²¹ Muukkonen 2012, s. 13.

²²² KHO:n asiantuntijalausunto 2017.

samassa asiassa on tai on aiemmin ollut mahdollista tehdä valitus. Sipilän hallituksen mallissa hallintosopimukseen olisi oletettavasti sisältynyt myös seikkoja, joista säädettiin suoraan laissa tai joiden taustalla olisi ollut maakunnan hallintopäätöksiä, jotka olivat olleet valituskelpoisia. Rajanveto näiden välillä olisi kuitenkin ollut käytännössä hankalaa, millä olisi voinut olla merkitystä myös yksityisten toimijoiden oikeussuojan toimivuuden kannalta.

Edellä kuvatusta esimerkistä ei johdu suoraan lainsäätäjälle harkintavallan rajoja, mutta se tuo hyvin esiin ne ajoittain monimutkaiset oikeussuojakeinoja koskevat lainsäädäntötekniset haasteet, jotka yksityisen ja julkisen kanssakäymisen varaan rakennettavien sosiaali- ja terveystalvvelujärjestelmien tulee täyttää. Palveluntuottajien valvonnassa sekä valitusoikeutta että ylipäättään oikeusturvaa koskevassa sääntelyssä on myös vahva tartuntapinta reaali maailmaan, sillä sosiaali- ja terveydenhoitoasiat muodostavat normaalioloissa hallinto-oikeuksien sekä korkeimman hallinto-oikeuden suurimman asiaryhmän.²²³

Yleisellä tasolla lainsäätäjän velvoitteeksi voidaan siis katsoa sen varmistaminen, että yksityisten toimijoiden – kuten tietysti myös järjestelmän puitteissa hoitoa saavien – oikeussuojakeinot on järjestetty tavoilla, jotka täyttävät perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta syntyvät edellytykset. Tämän lisäksi perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on kiinnitetty huomiota valvontaan, jota julkista hallinto-tehtävää hoitaviin yksityisiin kohdennetaan.²²⁴ Jos siis esitetään julkisen tehtävän antamista yksityiselle tarkoitettavaa tai siihen valtuuttavaa lainsäädäntöä, tulisi samalla varmistua siitä, että tehtävän hoitoon kohdistuu valvontaa, tämä valvonta on luonteeltaan riittävää ja sitä koskevat normit ovat riittävän tarkkarajaisia sekä velvoittavia. Olennaiseksi vaatimukseksi on jäljempänä täsmennettävällä tavalla katsottu myös se, että yksityisen palveluntuottajan henkilöstöön säädetään sovellettavaksi rikosoikeudellista virkavastuuta silloin, kun kyseiset henkilöt hoitavat julkista hallintotehtävää.²²⁵ Hallinnon yleislakien soveltamisalaan liitännaisesti eduskunnan oikeusasiamies on puolestaan katsonut olennaiseksi, että perustuslain 19 §:ssä tarkoitettujen sosiaali- ja terveystalvveluiden toteuttamiseen osallistuvien tahojen toiminta kuuluu laillisuusvalvojen toimivaltaan.²²⁶ Tältä osin on huomattava, että jo yleisten laillisuusvalvojen toimivaltaa sääntelevistä perustuslain 108 ja 109 §:stä johtuu julkisen hallintotehtävän alaa laajempi toimivalta, sillä laillisuusvalvontaa voidaan kohdistaa julkista tehtävää hoitaviin. Pitäisin varsin epätodennäköisenä, että julkisten sosiaali- ja terveystalvveluiden tuottamiseen osallistuvien toimijoiden voitaisiin katsoa jäävän laajassa mitassa julkisten tehtävien piirin ulkopuolelle. Näin voi olla lähinnä joidenkin julkisista hallintotehtävistä selkeästi erillisten tukitehtävien kohdalla.

223 Siitari 2018, s. 1.

224 PeVL 62/2014 vp, s. 3; PeVL 26/2017 vp, s. 56.

225 Mm. PeVL 26/2017 vp, s. 56; PeVL 47/2021 vp, s. 3–4.

226 Eduskunnan oikeusasiamiehen asiantuntijalausunto 2018, s. 1–2.

3.2. Hallinnon yleislakien soveltuminen

Perustuslain 124 §:n vaatimus oikeusturvan toteutumisesta on kiinteässä yhteydessä perustuslain 21 §:n 1 momenttiin, jonka mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Pykälän 2 momentin mukaan käsitellyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Pykälä edellyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon toteutumista kokonaisuutena. Tämän ohella se antaa institutionaalisen suojan tuon kokonaisuuden tärkeimmille ainesosille.²²⁷

Perustuslain 21 § sisältää hyvää hallintoa, hallintomenettelyn perusteita ja oikeusturvaa määrittelevän perusoikeuden.²²⁸ Perustuslakivaliokunta on vakiintuneesti edellyttänyt hallinnon yleislakien, kuten hallintolain, kielilain ja julkisuuslain, noudattamista yksityisen hoitaessa julkista hallintotehtävää ja asioiden käsittelevien toimimista virkavastuulla.²²⁹ Näistä virkavastuuta koskevat vaatimukset ovat osoittautuneet monelta osin vaikeaselkoisiksi, ja näitä käsitellään jäljempänä erikseen. Hallinnon yleislakien soveltumista koskevaa kysymystä on puolestaan ratkottu jo näiden lakien soveltamisalaa, viranomaisten määritelmää sekä liikelaitosten kielellisiä palveluja ja yksityisen kielellistä palveluvelvollisuutta koskevissa säännöksissä.²³⁰ Lainsäätäjän tulisi siis julkista hallintotehtävää siirtäessään pyrkiä varmistumaan, että hyvä hallinto toteutuu eikä hallinnon yleislakien soveltamisesta jää epäselvyyttä. Näiden soveltumisen nimenomainen sulkeminen pois muulla lainsäädännöllä ei lähtökohtaisesti voisi tulla kyseeseen kuin erityistilanteissa. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä hallinnon yleislakien soveltuvuudesta lausutaan nykyisin hyvin vakioamuotoisesti.

Lakiin ei ole perustuslain 124 §:n takia välttämätöntä yleensä sisällyttää viittausta hallinnon yleislakeihin, sillä hallinnon yleislakeja sovelletaan niiden sisältämien soveltamisalaa, viranomaisten määritelmää tai yksityisen kielellistä palveluvelvollisuutta koskevien säännösten nojalla myös yksityisiin niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä. Jos sellaista sääntelyn selkeyden vuoksi kuitenkin pidetään tarpeellisena, on viittauksen oltava vastakohtaispäätelmän vuoksi kattava.²³¹

227 HE 309/1993 vp, s. 72.

228 Mäenpää 2018b, osa II luku 1.

229 PeVL 46/2002 vp, s. 10; PeVL 33/2004 vp, s. 7; PeVL 26/2017 vp, s. 55.

230 PeVL 27/2014 vp, s. 2–3; PeVL 5/2014 vp, s. 4.

231 PeVL 65/2022 vp, kohta 8. Ks. myös lainatun kohdan viittaukset PeVL 42/2005 vp, s. 3/II ja PeVL 11/2006 vp, s. 3/II.

Esimerkiksi viittauksen kattavuuden osalta voidaan nostaa Sipilän hallituksen valinnanvapauslakiehdotuksen 74 §, jonka mukaan suoran valinnan palveluja tuottavan sosiaali- ja terveyskeskuksen ja suunhoidon yksikön toimintaan sovellettaisiin hallintolakia tietyin rajoituksin. Lisäksi niiden valinnanvapauslain mukaiseen toimintaan sovelletaan, mitä viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetussa laissa säädetään valtion viranomaisten ja valtion virastojen ja laitosten toiminnan julkisuudesta.²³² Perustuslakivaliokunnan mukaan tällaisen sääntelyn voidaan yhtäältä nähdä merkitsevän, että 74 §:ssä tarkoitettuja hallinnon yleislakeja sovelletaan suoran valinnan palveluja tuottavan sosiaali- ja terveyskeskuksen ja suunhoidon yksikön toimintaan siltäkin osin kuin ne eivät muuten tulisi sovellettaviksi.²³³ Toisaalta 74 §:n sanamuoto mahdollisti valiokunnan mukaan myös vastakohtaispäätelmän muiden hallinnon yleislakien soveltamatta jäämisestä ja siitä, ettei hallinnon yleislakeja myöskään sovelleta muiden valinnanvapauslakiehdotuksessa tarkoitettujen palveluntuottajien, eli alihankkijoiden, palvelusetelituottajien ja henkilökohtaisen budjetin palveluiden tuottajien toimintaan siltäkään osin kuin ne hoitavat julkista hallintotehtävää.²³⁴ Perustuslakivaliokunta totesi, että hallinnon yleislakien kohdentumista tulisi vielä tarkastella jatkovalmistelussa. Toteamus esitettiin kontekstissa, jossa perustuslakivaliokunnan lausunto sisälsi muutenkin useita ponsihuumautuksia ja ehdotettu lainsäädäntö palasi ministeriöön valmisteltavaksi.²³⁵

Perustuslakivaliokunta on kuitenkin joissakin erityistilanteissa pitänyt mahdollisena, että yksityisiin ei sovelleta hallinnon yleislakeja niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä.²³⁶ Kyse on ollut tehtävistä ja konteksteista, jotka poikkeavat selvästi sosiaali- ja terveyspalveluista, esimerkiksi pörssistä ja arvopaperikeskuksesta sekä viisumihakemusten avustavista tehtävistä. Viisumihakemusten avustavien tehtävien osalta kyse oli lakiehdotuksesta, johon sisältyi EU:n viisumisäännöstöön kytkeytyvä säännös ulkoasiainministeriön toimivallasta luovuttaa eräät viisumihakemuksiin liittyvät avustavat tehtävät ulkoiselle palveluntarjoajalle.²³⁷ Näitä tehtäviä olivat ainakin tietojen ja hakemusten kerääminen ja hakemusten toimittaminen konsulaatille, viisumimaksun periminen sekä matkustusasiakirjojen, epäamisilmoitusten toimittaminen hakijoille sekä myös biometristen tunnisteiden kerääminen. Perustuslakivaliokunta katsoi hallituksen esityksen säätämisjärjestysperusteluista poiketen, että kyse oli julkisista hallintotehtävistä, mutta ei merkittävästä julkisen vallan käytössä. Tehtäviä esitettiin erityisissä tilanteissa annettavaksi ulkomailla toimiville ja yleensä ulkomaalaisista yrityksille, jotka avustavat Suomen konsulaatteja.

232 PeVL 26/2017 vp, s. 55–56.

233 Ibid.

234 Ibid.

235 Ibid.

236 Ibid., s. 49–50. Ks. mm. PeVL 17/2012 vp; PeVL 55/2010 vp.

237 PeVL 55/2010 vp, s. 2.

Näille mahdollisesti annettavista tehtävistä ja niiden hoitamiseen liittyvistä edellytyksistä on säädetty yksityiskohtaisesti unionin lainsäädännössä. Tällaisen erityislaatuisten sääntelyn yhteydessä ei valiokunnan mielestä voida esimerkiksi vaatia, että hyvän hallinnon vaatimusten täyttämiseksi ulkoisiin palveluntarjoajiin sovelletaan hallinnon yleislakeja niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä. Sen sijaan on muilla tavoin varmistuttava siitä, että tehtävien siirtäminen ei niiden luonne huomioon ottaen vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia.²³⁸

Perustuslakivaliokunta kiinnitti huomiota siihen, että EU:n viisumisäännöstöön sisältyi luonteeltaan hyvin yksityiskohtaiset ja vaatimustasoltaan korkeat muun muassa henkilötietojen suoja, henkilöstöä ja tarkastuksia koskevat vähimmäisvaatimukset ulkoiselle palveluntuottajalle. Samoin säännöstössä säädettiin jäsenvaltioiden velvollisuuksista koulutuksen ja valvonnan osalta.²³⁹

Sääntely kokonaisuutena sekä sen perusteella tehtävät sopimukset täyttävät tehtävien laatu huomioon ottaen perustuslain 124 §:ssä asetetut vaatimukset perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon turvaamisesta.²⁴⁰

Tulkinta on hyvin poikkeuksellinen, mutta se lienee käytännöllisesti katsoen välttämätön, mikäli ulkomaanedustustojen yhteydessä hoidettavia julkisia hallintotehtäviä halutaan ylipäättään siirtää yksityiselle, sillä suomalaisten hallinnon yleislakien ulottaminen ulkomailla toimivaan ulkomaiseen palveluntuottajaan on käytännössä katsoen mahdotonta tai ainakin erittäin hankalaa.

Perustuslakivaliokunta on lisäksi päätenyt samanlaiseen tulkintaan ainakin kertaalleen myös sellaisten tehtävien osalta, joita on hoidettu kotimaasta käsin, vaikkakin kansainvälisessä toimintaympäristössä, eli pörssin, arvopaperikeskuksen, monenkeskisen kaupankäynnin järjestäjän ja selvitysyhteisön toiminnan yhteydessä.²⁴¹ Perustuslakivaliokunta ensinnäkin tulkitsi tällaiset tehtävät julkisiksi hallintotehtäviksi. Hallituksen esityksessä vastaavaa tulkintaa tai siihen liittyvää arviointia ei ollut tehty. Perustuslakivaliokunta viittasi arviointinsa lähtökohdaksi hallituksen esityksessä ehdotettuun monipuoliseen sääntelyyn, joka koski muun muassa kaupankäynnin lopettamisesta, arvopaperin pörssilistalle ottamista ja sieltä poistamista, kaupankäynnin ja arvopapereiden liikkeelle laskemisen valvonta.²⁴² Sekä pörssin että arvopaperikeskuksen kohdalla osa päätöksistä oli luonteeltaan sellaisia, että

238 Ibid.

239 Ibid.

240 Ibid., s. 2–3.

241 PeVL 17/2012 vp.

242 Ibid., s. 2–3.

yksityinen saattoi saattaa asian Finanssivalvonnan käsiteltäväksi, ja Finanssivalvonnan päätökseen oli mahdollisuus hakea muutosta hallinto-oikeudesta ja KHO:sta.²⁴³

Vaikka pörssin ja arvopaperikeskuksen suhde toimijoihin perustuukin kunkin toimijan kanssa tehtyihin sopimuksiin, sisältävät pörssin ja arvopaperikeskuksen tehtävät sellaisia piirteitä, että niiden harjoittamaa toimintaa on mainituilta osin pidettävä perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuina julkisina hallintotehtävinä. Sama koskee myös monenkeskisen kaupankäynnin järjestäjää ja selvitysyhteisöä.²⁴⁴

Valiokunnan mukaan oli kuitenkin selvää, että kyse ei kuitenkaan ollut merkittävästä julkisen vallan käytöstä. Valiokunta kuvasi lausunnossaan myös sääntelyn yleisempää kontekstia: arvopaperimarkkinalainsäädäntö on kansainvälisestäkin perinteisesti perustunut yksityisoikeudellisten oikeushenkilöiden, pörssin ja arvopaperikeskuksen, keskeiseen asemaan markkinoiden keskuseliminä, lakiehdotuksessa ei ollut kyse uusien tehtävien antamisesta tai viranomaiselle kuuluvien tehtävien siirtämisestä viranomaiselta yksityisoikeudelliselle toimijalle ja alan yhteis- ja itsesääntelyperinne oli esityksessä säilytetty ennallaan. Perustuslakivaliokunnan mukaan pörssin ja arvopaperikeskuksen toiminta perustui pitkälti niiden omiin, lainsäädännöstä vähimmäissisältönsä saaviin ja valtiovarainministeriön vahvistamiin sääntöihin, joita osapuolet ovat sopimuksin sitoutuneet noudattamaan.²⁴⁵ Valiokunta huomautti pörssin ja arvopaperikeskuksen toiminnan kohdistuvan ammattimaisiin oikeushenkilöihin, jotka toimivat rajatulla erityisalalla.²⁴⁶

Rahoitusvälineiden markkinoita säännellään varsin kattavasti EU:n lainsäädännössä, joka mahdollistaa myös pörssijä kevyemmin säännellyn monenkeskisen kaupankäynnin järjestämisen ja pörssipalvelujen tarjoamisen muista jäsenvaltioista käsin. Sääntely-ympäristön erityislaatuisuus puoltaa valiokunnan mielestä kokonaisuutena arvioiden sellaista johtopäätöstä, että sääntelyä voidaan perustuslain 124 §:n näkökulmasta arvioida jossain määrin vakiintuneesta poikkeavasti. Erityisesti valiokunta katsoo, että perustuslain 124 §:ssä asetetut vaatimukset on tällaisessa asetelmassa mahdollista toteuttaa muillakin tavoin kuin soveltamalla toimijoihin hallinnon yleislakeja ja rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä.

Perustuslakivaliokunta luetteli lausunnossaan lisäksi pitkähkön joukon lakiehdotukseen sisältyneitä säännöksiä, jolla perustuslain 124 §:n vaatimukset voitiin toteuttaa. Lisäksi valiokunta huomautti, että hallinnon yleislait voivat tulla sovellet-

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid., s. 4.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Ibid. Ks. myös PeVL 53/2001 vp, s. 4/II.

taviksi niiden sisältämien soveltamisalaa, viranomaisten määritelmää tai yksityisten kielellistä palveluvollisuutta koskevien säännösten nojalla myös yksityisiin niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä.²⁴⁷ Käytännössä siis hallinnon lakeja noudatettaisiin myös käsillä olleessa tilanteessa, jos niistä ei erityislaita poikettaisi. Talousvaliokunta lisäsi perustuslakivaliokunnan lausunnon mahdollistamalla tavalla lakiehdotuksiin säännökset, joiden mukaan toimintaan ei sovelleta hallinnon yleislakeja eikä rikosoikeudellista virkavastuuta.²⁴⁸

Pörssin hoitaessa sille tässä laissa säädettyjä tehtäviä sen toimintaan ei sovelleta hallintolakia (434/2003), viranomaisten toiminnan julkisuudesta annettua lakia (621/1999), kielilakia (423/2003) eikä saamen kielilakia (1086/2003). Pörssin johtoon kuuluvaan tai pörssin palveluksessa olevaan ei tällöin myöskään sovelleta rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä.²⁴⁹

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö ei siis ole poikkeukseton. Koska hallinnon yleislakien soveltamisala kattaa jo julkista hallintotehtävää tai ainakin julkista valtaa käyttävät yksityiset, on asetelma kääntynyt niin, että näistä on säädettävä pörssin osalta kuvatun kaltaisia poikkeuksia, jos toiminnot halutaan rajata soveltamisalan ulkopuolella. Tähän lainsäätäjällä on siis ainakin jossain rajatuissa erityistapauksissa mahdollisuus. Lainsäätäjän harkintavallan piirin ei kuitenkaan vaikuta sisältyvän mahdollisuutta olennaisesti kaventaa hallinnon yleislakien soveltamisalaa esimerkiksi poistamalla julkista hallintotehtävää hoitavat niiden soveltamisalan piiristä kokonaan.

Toisaalta yleislakien soveltamisalat eivät ole yhtenäisiä ja julkisuuslaki soveltuu muista hallinnon yleislaeista poiketen vain julkisen vallan käyttöön, ei siis koko julkiseen hallintotehtävään.²⁵⁰ Lisäksi julkisuuslaki soveltuu lain 5 §:n 2 momentin mukaan asiakirjoihin, jotka on laadittu viranomaisen antaman toimeksiannon johdosta sekä asiakirjoihin, jotka on toimitettu viranomaisen toimeksiannosta tai muuten sen lukuun toimivalle.²⁵¹ Laki soveltuu näin yksityisiin myös julkisen vallan käyttöä laajemmin, mutta se ei tällöinkään kohdennu muissa yleislaeissa käytetyn julkisen hallintotehtävän käsitteen kautta. Julkisuuslain muuttamista on selvitetty

247 PeVL 17/2012 vp, s. 5.

248 TaVM 11/2012 vp.

249 TaVM 11/2012 vp mukainen kaupankäynnistä rahoitusvälineillä annetun lain 2 luvun 17 §:n 3 momentti. Nykyisin lain 3 luvun 1 §:n 4 momentti. Poikkeuksen säädettiin soveltuvan myös monenkeskisen kaupankäynnin järjestäjään ja vastaava säännös tuotiin mietinnössä myös lakiin arvo-osuusjärjestelmästä ja selvitystoiminnasta.

250 Myös tiedonhallintalakia kohdennetaan julkisuuslain soveltamisalan kautta nimenomaan julkisen vallan käsitteen mukaisesti (1 luvun 3 §:n 4 momentti).

251 Mäenpää on katsonut, että julkisuuslakia sovelletaan 5 §:n 2 momentin johdosta myös ulkoistettua hallintotehtävää hoidettaessa laadittuihin asiakirjoihin sekä asiakirjoihin, jotka yksityinen on laatinut viranomaisen toimeksiannon johdosta. Ks. Mäenpää 2021, s. 364.

äskettäin oikeusministeriössä.²⁵² Työryhmän mietinnössä julkisuuslain poikkeavaa soveltamisalaa selitetään lain iällä ja sillä, että se säädettiin ennen perustuslain 124 §:n säätämistä. Mietinnön mukaan julkisuuslain soveltamisalan laajentamista arvioitaessa ei lähtökohtaisesti ole tunnistettu oikeudellisesti perusteltuja ja hyväksyttäviä syitä, miksi yleislakien soveltamisaloissa tulisi olla eroja julkista hallintotehtävää hoidettaessa.²⁵³ Työryhmän mietinnössä päädytään esittämään soveltamisalan laajentamista koskemaan kaikki julkiset hallintotehtävät.²⁵⁴ Arvio siitä, että perustuslaista ei johdu esteitä soveltamisalan laajentamiselle, on perusteltu. Kuitenkaan lausuntokäytännöstä ei voida lukea myöskään lainsäätäjään erityisen vahvaa toimintavelvoitetta sääntelyn muuttamiseen, vaikka sääntelyn systemaattisuuden ja sisäisen johdonmukaisuuden näkökulmasta nykytilaa voitaneenkin pitää epäoptimaalisena. Tästä näkökulmasta julkisuuslain muuttaminen tai muuttamatta jättäminen on lainsäätäjän harkintavaltaan kuuluva kysymys, eli viime kädessä poliittinen valinta. Onko kuitenkin niin, että julkisuuslain nykyinen sääntely ei enää läpäisisi perustuslakivaliokunnan seulaa, jos ehdotus tuotaisiin sen arvioitavaksi nyt? Tällöin perustuslain 124 §:n ja julkisuuslain soveltamisalan välillä olisi jännite, joka osaltaan ilmentäisi perustuslakikontrollistamme syntyvää lainsäätäjän tosiasiallisesti laajempaa harkintavaltaan sääntelyn pysyttämiseen kuin sen muuttamiseen.

Tämän tutkimuksen näkökulmasta voidaan kysyä myös, mitä soveltamisalan poikkeavuudesta ja perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä voidaan päätellä soveltamisalan kaventamisesta. Olisiko lainsäätäjällä harkintavaltaa kohdentaa myös muita hallinnon yleislakeja nimenomaan julkisen vallan käytön, ei siis julkisen hallintotehtävän, käsitteen kautta? Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ei ole suoraan arvioitu hallinnon yleislakien soveltamisalan kaventamista, mutta lähtökohtaisesti vastaus on lausuntokäytännön valossa negatiivinen. Esimerkiksi hallintolakiin tuotu säännös lain soveltamisesta myös julkista hallintotehtävää hoitaviin yksityisiin ei ollut perustuslakivaliokunnan arvioitavana. Aiemmassa hallintomenettelylaissa soveltamisala kohdentui juuri julkisen vallan käytön käsitteen kautta.²⁵⁵ Sittemmin valiokunnan lausuntokäytännössä vakiintuneet lausumat siitä, että hallinnon yleislakeja on noudatettava myös yksityisen hoitaessa julkisia hallintotehtäviä, vaikuttavat kuitenkin rajaavan lainsäätäjän harkintavaltaa muiden hallinnon yleislakien kuin julkisuuslain soveltamisalojen kohdentamiseen ainakaan kategorisesti ja olennaisesti julkista hallintotehtävää suppeampien käsitteiden kautta. Lisäksi vaikuttaa siltä, että erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa mahdollisuudet kaventaa hallinnon yleislakien soveltamisalaa ovat ylipäättään varsin rajalliset. Julkisuuslain soveltamisalan osalta sote-järjestämislaissa on sen 19 §:n 2

252 Leppävirta et al. 2023, s. 22–23.

253 Ibid.

254 Ibid., s. 281.

255 HaVM 29/2002 vp, HE 72/2002 vp, s. 26–27 ja 123–124.

momentissa päädytty erikseen säätämään, että myös yksityisen palveluntuottajan alihankkijan kyseisen lain mukaisessa toiminnassa laatimat tai saamat asiakirjat ovat julkisuuslain 5 §:n 2 momentissa tarkoitettuja viranomaisen antaman toimeksianton johdosta saatuja tai laadittuja hyvinvointialueen asiakirjoja. Kyse on tulkinnasta riippuen julkisuusalan soveltamisalasta laajentamisesta tai julkisuuslain 5 §:n 2 momentin sananmuodon ”on laadittu viranomaisen antaman toimeksianton johdosta” selventämisestä sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa.

Hallinnon yleislakien soveltumisen lisäksi käsille voi tulla tilanteita, joissa perustuslain 124 §:ssä edellytetään yhdessä jonkin perusoikeussäännöksen tai joidenkin perusoikeussäännösten kanssa hallinnollisia oikeuksia koskevaa täsmällisempää sääntelyä. Sipilän hallituksen valinnanvapauslakiesityksestä antamassaan lausunnonssa perustuslakivaliokunta totesi, että hallinnon yleislakeihin viittaamista ei ole enää pidetty välttämättömänä, mutta kyseisessä yhteydessä olisi selvyyden vuoksi syytä harkita säännöstä hallinnon yleislakien soveltumisesta valinnanvapauslain mukaiseen toimintaan.²⁵⁶ Sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla voi myös olla tarvetta säädösperusteisesti varmistaa, että tehtävän siirron yhteydessä kielilain takaamat kielelliset oikeudet toteutuvat. Perustuslain 124 §:n hyvän hallinnon vaarantumattomuuden vaatimuksesta sekä perustuslain 17 §:n kielellisistä oikeuksista syntyy lainsäätäjälle velvoite ensinnäkin varmistaa kielellisten oikeuksien toteutuminen riippumatta siitä, hoitaako julkista hallintotehtävää julkinen vai yksityinen, sekä lisäksi tietyn vähimmäistason mukaisesti. Vaikka pelkästään niin sanotun organisaationeutraalisuuden näkökulmasta tarkastelun kiinnepisteeksi voitaisiin ottaa kyseisen tai samankaltaisen tehtävän hoidossa julkisen toimesta saavutettu kielellisten oikeuksien taso, ei tämä taso vielä automaattisesti täytä perustuslain 17 §:stä ja muusta perustuslain normikokonaisuudesta syntyvän minimitaso vaatimuksia. Tässä lainsäätäjän tulisi siis harjoittaa kontekstuaalista arviointia, joka keskittyisi pelkän samantasoisien toteutumisen lisäksi laajemmin perustuslain normikokonaisuuteen sekä sen edellyttämään kielellisten oikeuksien toteutumisen tasoon.

Perustuslain 21 §:n ja 124 §:n normikokonaisuudesta johtuu siis lainsäätäjälle reunaehdoja, joiden puitteissa sen on toimittava. Käytännössä hyvän hallinnon vaatimusten täyttäminen on kuitenkin sekä mahdollista että lainsäädäntöteknisesti eräitä muita valtiosääntöisiä vaatimuksia helpommin ratkaistavissa tilanteissa, joissa sote-palveluiden tuottamista halutaan lainsäädännöllä avata yksityisille toimijoille. Näin on erityisesti siksi, että tosiasiallisessa hallintotoiminnassa ja muutenkin muissa kuin hallintopäätösten tekemistä tarkoittavissa julkisissa hallintotehtävissä hallinnon yleislaeista johtuvat velvoitteet ovat varsin maltillisia, rajoittuen monissa tapauksissa lähinnä hyvän hallinnon periaatteiden noudattamiseen. Kuitenkin hallinnon yleislakien soveltumisella voi olla palveluja tuottavan yksityisen näkökulmasta suurta merkitystä. Jonkinlaista uudenlaista kehitystä osoittaa kuitenkin

256 PeVL 26/2017 vp, s. 56.

vuonna 2019 voimaan tullut ja esimerkiksi automaattisen päätöksenteon osalta vuonna 2023 täydennetty tiedonhallintalaki, johon sisältyy nykyisin varsin tarkkoja ja luonteeltaan muita hallinnon yleislakeja kasuistisempia vaatimuksia. Kasuistisuuden taustalla on erityisesti digitaalisen hallinnon ja automaattisen päätöksenteon sekä seuraavassa alaluvussa käsiteltävän virkavastuun henkilökohtaisen luonteen luoma yhteisvaikutus sekä toisaalta ainakin jossain määrin näistä riippumatta tehdyt sääntelytekniikkaa koskevat valinnat. Mikäli lainsäätäjän harkintavalta muuttaa tiedonhallintalain soveltamisalaa, joko lain itsensä sisällä tai hyödyntämällä erityislainsäädännön toisinsäätämismahdollisuuksia, muodostuu perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä muiden hallinnon yleislakien tapaan varsin kapeaksi, voinee tällä olla vaikutusta lainsäätäjän tosiasialliseen kykyyn viedä läpi myös sosiaali- ja terveystalvveluja koskevia ulkoistamis- ja yksityistämishankkeita, erityisesti mahdollisten digitaalisten ja tekoälypohjaisten hoitomuuotojen aikakaudella.²⁵⁷

3.3. Virkavastuusta säätäminen

Virkavastuun lähtökohtana voidaan pitää virkamiehen erityisasemaan perustuvaa muita laajempaa vastuuta tehtävää hoidettaessa tapahtuneista virheistä. Virkavastuun perusteina ovat ennen kaikkea perustuslain 2 §:n 3 momentti sekä perustuslain 118 §:n säännökset.²⁵⁸ Perustuslain 2 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin ja kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Perustuslain 118 §:n mukaan virkamies vastaa virkatoimiensa lainmukaisuudesta.²⁵⁹

Virkavastuun tarkka sisältö ei määrity perustuslaissa, vaan tavallisen lainsäädännön säännösten kautta.²⁶⁰ Perustuslain esitöiden mukaan virkamiesten ja esittelijöiden vastuu toteutuu muussa lainsäädännössä olevien säännösten kautta ja sovellettaviksi voivat tulla muun muassa rikoslain 40 luvun virkarikossäännökset.²⁶¹ Virkavastuusääntely muodostuu eri lajeista, joiden voidaan ajatella täydentävän

257 Ks. tätä koskevasta argumentaatiosta esim. Ijäksen asiantuntijalausunto 2022. Sidonnaisuuksien osalta totean, että olin samasta lainsäädäntöhankkeesta eduskunnan hallintovaliokunnan kuultavana.

258 Ks. teemasta Viljanen 2023; Rautio 2022; Kulla 2006; Mansikka 2014; Parviainen 2010; Rasinmäki 1997.

259 PL 118 § jatkuu: Hän on myös vastuussa sellaisesta monijäsenisen toimielimen päätöksestä, jota hän on toimielimen jäsenenä kannattanut. (1 mom.) Esittelijä on vastuussa siitä, mitä hänen esittelystään on päätetty, jollei hän ole jättänyt päätökseen eriävää mielipidettä. (2 mom.) Jokaisella, joka on kärsinyt oikeudenloukkauksen tai vahinkoa virkamiehen tai muun julkista tehtävää hoitavan henkilön lainvastaisen toimenpiteen tai laiminlyönnin vuoksi, on oikeus vaatia tämän tuomitsemista rangaistukseen sekä vahingonkorvausta julkisyhteisöltä taikka virkamieheltä tai muulta julkista tehtävää hoitavalta sen mukaan kuin lailla säädetään. Tässä tarkoitettua syyteoikeutta ei kuitenkaan ole, jos syyte on perustuslain mukaan käsiteltävä valtakunnanoikeudessa. (3 mom.)

260 HE 1/1998 vp, s. 172.

261 Ibid.

toisiaan, mutta joista säädetään erikseen. Näitä virkavastuun elementtejä ovat rikosoikeudellinen, vahingonkorvausoikeudellinen ja hallinnollinen virkavastuu.²⁶² Eri virkavastuun muodot tulevat harkittavaksi tilanteissa, joissa hallinnon toiminnan arvioidaan olevan lainvastaista tai virheellistä. Virkavastuu kohdistuu myös viranomaistoimivallan rajoissa pysymiseen sekä harkintavallan käyttämiseen soveltuvien oikeusnormien ja hallinnon oikeusperiaatteiden mukaisesti.²⁶³ Myös passiivisuus ja laiminlyönnit sekä puutteet menettelyvaatimusten noudattamisessa voivat johtaa virkavastuun realisoitumiseen.

Yksityistämistä ja ulkoistamista tarkoittavien tai sen mahdollistavien säädösratkaisujen kohdalla harkittavaksi tulee, miten virkavastuusta on tässä yhteydessä säädettävä ja minkälaisiin aselmiin ulkoistaminen ja yksityistäminen virkavastuun osalta johtaa. Tarkastelusta voidaan paikantaa tämän tutkimuksen tutkimuskysymyksen näkökulmasta kaksi erillistä asetelmaa. Yhtäältä voidaan tarkastella virkavastuun kohdentumista nykyisen lainsäädännön pohjalta erilaisissa yksityistämistä- ja ulkoistamistilanteissa. Toisaalta voidaan tarkastella niitä perustuslaista syntyviä oikeussääntöjä, jotka asettavat lainsäätäjän harkintavallalle rajoja erilaisten säätämisedellytysten muodossa tilanteissa, joissa ulkoistamista tai yksityistämistä toteutetaan tai se mahdollistetaan lainsäädännön keinoin. Aiemmassa tutkimuksessa sekä erilaisissa viranomais selvityksissä näkökulma on ymmärrettävästi kytkeytynyt nykyisen lainsäädännön tarkasteluun yksityistämisen ja ulkoistamisen kontekstissa. Tässä tutkimuksessa on kuitenkin tarpeen tarkastella kokonaisuutta erityisesti lainsäätäjän harkintavallan perustuslaillisten rajojen näkökulmasta.²⁶⁴ Juuri kyseisestä näkökulmasta relevanteiksi asemoituu kaksi keskeistä harkintavallan rajaa. Näistä ensimmäinen on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä paikantuva tarve varmistaa julkisia hallintotehtäviä yksityisen palveluksessa hoitavien kuulumisen rikosoikeudellisen virkavastuun alaan. Toinen taas on tämän tutkimuksen puitteissa pääosin ilman vastausta jäävä mutta kuitenkin lyhyesti tarkasteltava kysymys siitä, täyttääkö virkarikossääntelyn blankorangaistusluonteesta sekä virkarikossääntelyn soveltamisalan vaikeaselkoisesta rajanvedosta muodostuva kokonaisuus rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen minimivaatimuksia.

Virkavastuun lajeista oikeastaan vain rikosoikeudellisen vastuun rooli on korostunut perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ja näyttäytyy olennaisena lainsäätäjän harkintavallan rajana. Tämä ei tarkoita, että hallinto-oikeudelliseen virkavastuuseen ja vahingonkorvausvastuuseen liittyvät dynamiikat voitaisiin jättää kokonaan huomiotta. Hallinto-oikeudellisessa virkavastuussa on kyse niin sanotusta virkamiesoikeudellisesta seuraamusharkinnasta. Keskeisimpiä virkamiesoikeudel-

²⁶² Ibid., s. 327–343.

²⁶³ Mäenpää 2018a, s. 1298.

²⁶⁴ Ks. teemaan kytkeytyvästä tutkimuksesta esim. Komulainen 2010; Hakalehto-Wainio 2008; Giordani – Kava 2019.

lisia seuraamuksia ovat virkasuhteen päättäminen ja varoitus.²⁶⁵ Virkamies voidaan lisäksi tietyin ehdoin pidättää virantoimituksesta, mutta toimenpiteessä on kyse ennen kaikkea turvaamistoimesta ja moitittavan menettelyn jatkumisen estämisestä, eikä sitä voida käyttää rangaistusluonteisena toimenpiteenä.²⁶⁶ Hallinnollisia seuraamuksia voidaan ylipäättään käyttää vain virkamiesten, ei siis julkisyhteisön tai julkista hallintotehtävää hoitavan yksityisen työsuhteisten työntekijöiden kohdalla. Asiallisesti samankaltaiseen pelote- ja sanktiovaikutukseen päästäneen monissa tilanteissa kuitenkin työsuhteiseen henkilöstöön soveltuvan työsopimuslain (55/2001) varoitusta, irtisanomista ja työsuhteen purkamista koskevilla säännöksillä, vaikka kyse on oikeudellisesti virkavastuusääntelyn ulkopuolisista säännöksistä. Valtion virkamieslain ja työsopimuslain mukaiset työsuhteen ja virkasuhteen päättämiseen liittyvät säännökset toteuttavat samankaltaista funktiota, mutta niissä on myös olennaisia eroja, joihin ei tässä yhteydessä ole tarpeen syventyä. Perustuslakivaliokunta ei ole tunnistanut näille eri henkilöstöryhmien hallinnollisten seuraamusten välisille eroille mainittavaa painoarvoa ulkoistamis- tai yksityistämistilanteita koskevassa harkinnassaan. Tämä on luonnollista, sillä työsuhteita käytetään virkasuhteiden ohella myös viranomais toiminnassa. Sinänsä tarkasteluun kyllä kytkeytyy kysymys siitä, mitä tehtäviä olisi viranomaisrakenteen puitteissa hoidettava virkasuhteessa, mutta kyse ei nähdäkseni ole muusta perustuslain 124 §:n sallimasta julkisten hallintotehtävien antamisesta erillisestä tai tähän tarkasteluun lisäelementtejä tuovasta rajasta.²⁶⁷ Erityislaeissa on lisäksi säädetty, että tiettyjä tehtäviä on hoidettava virkasuhteessa.²⁶⁸

Myös virkavastuun vahingonkorvauksellinen elementti voi eri tilanteissa muodostua relevantiksi ainakin siltä osin, miten perustuslain 118 §:n 3 momentin mukainen oikeus vaatia vahingonkorvausta julkisyhteisöltä, virkamieheltä tai muulta julkista tehtävää hoitavalta taataan yksityistämisen- ja ulkoistamistilanteissa. Nykyisen vahingonkorvauslain sääntelyn oloissa julkista tehtävää hoitavan yksityisen tai julkisen yhteisön vahingonkorvausvastuu sekä näitä tehtäviä kyseisen yhteisön palveluk-

265 Valtion virkamieslain 24 §:ssä on säädetty kirjallisesta varoituksesta ja 7 luvussa virkasuhteen päättämisestä. Samankaltaiset säännökset sisältyvät myös eduskunnan virkamieslakiin (1197/2003), Suomen Pankin virkamieslakiin (1166/1998) ja tasavallan presidentin kansliasta annettuun lakiin. Ainakin laissa poliisin hallinnosta (110/1992), laissa rajavartiolaitoksen hallinnosta (577/2005), laissa puolustusvoimista (551/2007) ja laissa hätäkeskustoiminnasta (692/2010) säädetään lisäksi määräaikaisesta virantoimituksesta erottamisesta. Kunnan ja hyvinvointialueen viranhaltijasta annetun lain (304/2003) 8 luvussa säädetään virkasuhteen päättymisestä. Ks. mm. Muukkonen 2024, s. 11.

266 Ks. mm. kunnan ja hyvinvointialueen viranhaltijasta annetun lain 9 luku; Mäntylä et al. 2022, s. 74–75.

267 Ks. esim. PeVL 11/2016 vp.

268 Esimerkiksi sote-järjestämislain 12 §:n 2 momentin 4 kohdan mukaan kokonaisvalmiuden ylläpitämisestä eikä ensihoitopalvelusta vastaavan lääkärin tai kenttäjohtajan tehtäviä olisi hoidettava virkasuhteessa.

nessa hoitavan henkilökohtainen korvausvastuu hyvin pitkälti vastaavat toisiaan.²⁶⁹ Vahingonkorvauslain sääntely on ollut voimassa, kun perustuslain nykyinen 118 § on säädetty, ja perustuslain esitöissä myös viitataan vahingonkorvauslain sääntelyyn. Lähtökohtaisesti voidaan ajatella, että sääntelyn muoto on näin perustuslain näkökulmasta hyväksyttävä.²⁷⁰ Perustuslain esitöissä todetaan, että perustuslain 118 §:n 3 momentti ulotetaan koskemaan virkamiesten ohella myös muita julkista tehtävää hoitavia. Esitöiden mukaan yksilön oikeus vaatia julkista tehtävää hoitavaa rangaistukseen tai tämän toimenpiteiden johdosta vahingonkorvausta ei olisi riippuvainen siitä, onko jonkin julkisen tehtävän hoitaminen uskottu virkamiehelle vai viranomaiskoneiston ulkopuolelle.²⁷¹ Yksityistämis- ja ulkoistamistilanteisiin kytkeytyvien erityisten virkavastuusäännösten yhteyteen on kuitenkin nykyisin varsin vakiintuneesti lisätty säännös, jonka mukaan vahingonkorvausvastuusta säädetään vahingonkorvauslaissa. Säännös voidaan ajatella lähinnä selventäväksi eikä sillä muuteta vahingonkorvauslain sääntelyä. Sinänsä perustuslain 118 §:n 3 momentin säännöksestä voidaan ajatella johtuvan rajoja ainakin sellaiselle vaikeasti kuviteltavissa olevalle lainsäädäntöhankkeelle, jossa erityislainsäädännöllä pyritäisiin vahingonkorvauslaista poikkeamalla vapauttamaan julkista hallintotehtävää hoitava yksityinen ja/tai tämän palveluksessa tehtäviä hoitavat henkilöt kokonaan tai joltain keskeiseltä osin vahingonkorvausvastuusta. Kokonaisuudessaan hallinto- ja vahingonkorvausoikeudellinen virkavastuu ei kuitenkaan vaikuta aiheuttavan lainsäätäjän harkintavallan käytölle haasteita tilanteissa, joissa on kyse ulkoistamisesta tai yksityistämisestä.

Virkavastuusta säättämisen haasteellisimman kokonaisuuden muodostaa rikosoikeudellinen virkavastuu. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on katsottu, että myös julkista hallintotehtävää viranomaiskoneiston ulkopuolella hoitavien kohdalla on varmistuttava siitä, että nämä toimivat virkavastuulla.²⁷² Käytännössä kyse on ainakin lähtökohtaisesti velvoitteesta säätää rikosoikeudellinen virkavastuu ulottumaan yksityiseen tämän hoitaessa julkista hallintotehtävää. Lausuntokäytännössä on kuitenkin havaittavissa epäjohtonmukaisuutta suhteessa siihen, mihin lainsäätäjän harkintavallan raja tältä osin asettuu. Olennaisinta lainsäätäjän harkintavallan rajaa on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä asemoitu rikosoikeudellisen virkavastuun soveltumisen osalta. Rikoslain (39/1889) 40 luvun 11 §:n määritelmäsäännöksen 5 kohdan sekä rikoslain 40 luvun 12 §:n 1 momentin kautta julkista valtaa käyttävään henkilöön sovelletaan yleisiä virkarikoksia koskevia rangaistussäännöksiä, eli rikoslain 40 luvun 1–3, 5, 7, 8, 9 ja 10 §:iä. Näihin kuu-

269 Ks. vahingonkorvauslain 3 luvun 1 ja 2 § sekä 4 luvun 1 ja 2 §.

270 Ks. myös Mäntylä et al. 2022, s. 40–42.

271 HE 1/1998 vp, s. 172.

272 Ks. esim. PeVL 8/2014 vp, s. 5; PeVL 29/2013 vp, s. 2; PeVL 18/2007 vp, s. 7; PeVL 20/2006 vp, s. 2; PeVL 33/2004 vp, s. 7; PeVL 17/2021 vp; PeVL 47/2021 vp; PeVL 92/2022 vp.

luvut säännökset muun muassa lahjuksen ottamisen, virkasalaisuuden rikkomisen, virka-aseman väärinkäyttämisen ja virkavelvollisuuden rikkomisen rangaistavuudesta. Oikeuskirjallisuudessa julkisen vallan käsitettä on pidetty tulkinnanvaraisena ja epämääräisenä, mihin palataan seuraavassa alaluvussa.²⁷³ Julkisen vallan käytölle on lisäksi asemoitu rikoslain kontekstille erityistä sisältöä.²⁷⁴

Rikosoikeudellisesta virkavastuusta voidaan säätää rikoslain 40 luvun 12 §:n 6 momentin nojalla myös muualla lainsäädännössä.²⁷⁵ Näitä erityisiksi virkavastuusäännöksiksi nimitettäviä säännöksiä on laskettu olevan jopa 150–200 ja säännöksistä suuri osa liittyy tilanteisiin, joissa julkisia hallintotehtäviä on annettu yksityisen sektorin tehtäviksi.²⁷⁶ Juuri erityisillä virkavastuusäännöksillä ja niiden yhteydessä annetulla perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöllä on keskeistä merkitystä, kun paikannetaan lainsäätäjän harkintavallan rajoja yksityistämisen ja ulkoistamisen kontekstissa.

Marinin hallituksen sote-järjestämislakiehdotukseen sisältyi muotoiluiltaan varsin tyypillinen rikoslain ulkopuolinen erityissäännös rikosoikeudellisesta virkavastuusta sellaisia tilanteita varten, joissa sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja hankittaisiin yksityiseltä palveluntuottajalta. Samankaltainen mutta soveltamisaltaan jossain määrin suppeampi säännös sisältyi myös Sipilän hallituksen valinnanvapauslakiesitykseen.²⁷⁷ Nykyisen sote-järjestämislain 20 §:n 1 momentissa säädetään:

Edellä 12 §:ssä tarkoitetulla tavalla hyvinvointialueelle sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja tuottavan yksityisen palveluntuottajan ja tämän alihankkijan palveluksessa oleviin sekä 13 §:ssä tarkoitettuun hankittuun tai vuokrattuun työntekijään sovelletaan rikoslain (39/1889) 40 luvun 1–3, 5, 7, 8, 9 ja 10 §:n rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä, viraltapano-seuraamusta lukuun ottamatta, heidän hoitaessaan 12 §:ssä tarkoitettuihin palveluihin sisältyviä julkisia hallintotehtäviä.

Sote-järjestämislain 20 §:n nojalla yksityisen palveluntuottajan palveluksessa olevan rikosoikeudellinen virkavastuu on siis viraltapano-seuraamusta lukuun ottamatta sisällöllisesti käytännössä yhtä laajaa kuin virkamiehen ja julkista valtaa käyttävän henkilön virkavastuu, joka koskee kaikkia yleisiä virkarikoksia.²⁷⁸ Sote-järjestämislain lisäksi rikosoikeudellisesta virkavastuusta on säädetty sote-sektorin substanssilaissa.

273 Rautio 2022, s. 1423; Viljanen 2023, s. 901.

274 Ks. mm. Rautio 2022, s. 1423–1424.

275 ”Rikosoikeudellista virkavastuuta koskevien säännösten soveltamisesta eräissä tapauksissa säädetään erikseen lailla.”

276 LaVL 10/2021 vp, s. 10. Luku 150 erityisestä virkavastuusäännöksestä perustuu HE 241/2020 vp, s. 718, todettuun, kun taas Matikkala on todennut virkarikosuudistuksen jälkeen säädetyn noin 200 erityistä virkarikossäännöstä, ks. Matikkala 2019, s. 320.

277 Ehdotetun valinnanvapauslain 75 §. Ks. erityisistä virkavastuusäännöksistä myös Matikkala 2019.

278 LaVL 10/2021 vp, s. 14.

Tällaisia säännöksiä löytyy ainakin kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain (519/1977) 3 a luvusta sekä 42 c §:stä sekä mielenterveyslain (1116/1990) 31 a §:stä. Säädosratkaisu on muodostunut vastaavanlaiseksi myös monilla muilla aloilla. Sote-järjestämislain mukaisia tehtäviä voi kuitenkin hoitaa myös hyvinvointialueen työsuhteinen henkilöstö, jonka asema poikkeaa edellä kuvatusta. Kun hyvinvointialueen virkasuhteiseen henkilöstöön sovelletaan virkamiehiä koskevia rikoslain 40 luvun säännöksiä ja näin niin sanottua laajaa virkavastuusta, hyvinvointialueen työsuhteiset työntekijät ovat rikoslain 40 luvun 11 §:n 3 kohdassa tarkoitettuja julkisyhteisön työntekijöitä.²⁷⁹ Julkisyhteisön työntekijöihin sovelletaan rikoslain 40 luvun säännöksiä vain rajoitetusti, jollei kyseisten tehtävien suorittamiseen sisälly julkisen vallan käyttöä.

Asetelmasta seuraa se, että yksityisen palveluksessa julkisia hallintotehtäviä hoitavan virkavastuu on sote-järjestämislain 20 §:n kaltaisissa erityisissä virkavastuusäännöksissä todetusti laajempaa kuin julkisyhteisön työntekijän virkavastuu. Viljasen mukaan julkisyhteisön työntekijän vastuu rajoittuu rikoslain 40 luvun 12 §:n 2 momentin mukaan luvun 1–3, 5 ja 14 §:n soveltumiseen eli lahjus- ja virkasalaisuusrikoksiin, ja kaikki 40 luvun virkarikossäännökset tulevat sovellettaviksi vain siltä osin, kun työntekijät mahdollisesti käyttävät julkista valtaa.²⁸⁰ Tällaisen epäsymmetrisen lainsäädäntöratkaisun taustalle voidaan paikantaa perustuslain 124 §:ä koskeva perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö, jossa tällaista virkavastuun pelkän julkisen vallan käytön sijaan koko julkisen hallintotehtävän alaan ulottavaa sääntelyratkaisua on usein nimenomaisesti edellytetty. Vaikka julkisyhteisön työntekijöiden osalta laaja virkavastuu on käsillä vain näiden käyttäessä julkista valtaa, yksityisen palveluksessa julkista hallintotehtävää hoitavien kohdalla virkavastuu on käsillä koko julkista hallintotehtävää hoidettaessa, vaikka tähän ei sisältyisi julkisen vallan käyttöä. Toisaalta virkavastuusääntelyn täsmälliselle muotoilulle ei ole perustuslakivaliokunnan käytännössä esitetty tarkempia edellytyksiä, vaan valiokunnan vakiomuotoiseksi lauseeksi on muodostunut lyhyt toteamus, jonka mukaan rikosoikeudellisen virkavastuun ulottumisesta yksityisiin on säädettävä erikseen.²⁸¹

Tämä tulkinta vaatimuksesta ulottaa virkavastuu koko julkisen hallintotehtävän alaan näyttäytyä sinänsä yksiselitteiseltä, mutta se ei ole poikkeukseton. Esimerkiksi turvallisuusverkon verkko- ja infrastruktuuripalveluja koskeneessa lausunnossa PeVL 8/2014 vp perustuslakivaliokunta nosti sääätämisyjärjestyskysymykseksi sen, että rikosoikeudellisen virkavastuun alaa laajennetaan julkisen vallan käytöstä kaikkeen julkisen hallintotehtävän hoitamiseen.²⁸² Toisaalta edellä hallinnon yleislakien so-

279 Ibid.

280 Viljanen 2023.

281 Ibid. Ks. mm. PeVL 17/2021 vp, luku 82 ja PeVL 92/2022 vp, kohta 14. Ks. sääätämistarkkuuden osalta kuitenkin PeVL 93/2022 vp, kohta 14–16; PeVL 34/2020 vp, s. 5; Brander 2024, s. 79–80.

282 PeVL 8/2014 vp, s. 5.

veltumista koskevassa alaluvussa tarkemmin referoidun pörssiä ja arvopaperikeskusta koskevan sääntelyn kohdalla valiokunta katsoi, että perustuslain 124 §:ssä asetetut vaatimukset oli käsillä olleessa erityislaatuudessa sääntely-ympäristössä mahdollista toteuttaa myös ulottamatta rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä julkista hallintotehtävää hoitaviin yksityisiin.²⁸³ Niin ikään edellä käsitellyssä ulkomaanedustustojen viisumihakemuksia koskevassa lausunnossaan valiokunta ei edellyttänyt virkavastuusta säätämistä.²⁸⁴ Kyse oli näiltä osin kuitenkin poikkeuksista pääsääntöön ja erityislaatuista tulkintatilanteista. Perustuslakivaliokunta on lisäksi viime vuosina useassa yhteydessä todennut, että sen lausuttavana olleet hallituksen esitykset liittyivät myös laajempaan tarpeeseen arvioida julkista hallintotehtävää hoitavan virkavastuuta, mutta lausumat eivät sellaisenaan muuta oikeustilaa.²⁸⁵

Asiaan kytkeytyvää tulkinnanvaraisuutta voidaan edelleen lisätä palvelusetelillä tuotettavien sosiaali- ja terveyspalveluiden tarkastelulla. Palvelusetelillä tuotettavia palveluita voidaan perustuslakivaliokunnan perustuslain 124 §:ä koskevan lausuntokäytännön perusteella asemoida julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden puitteisiin, vaikka palvelusetelillä tuotettavat palvelut voivat – hieman tulkinnasta riippuen – rajautua myös käsitteen ulkopuolelle. Kyseiset palvelut on jokseenkin epäloogisesti ja todennäköisemmin tahattomasti jätetty rikosoikeudellisen virkavastuun soveltamisalan ulkopuolelle. Asetelma syntyy siitä, että laki sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä (569/2009) jätettiin sote-uudistuksen jälkeen voimaan. Palvelusetelilain 6 §:n 2 momentissa säädetään, että palvelusetelin saanut asiakas tekee palvelujen tuottajan kanssa sopimuksen palvelun antamisesta ja että tätä sopimussuhdetta koskevat sopimuksen sisällön mukaan määräytyvät kuluttajaoikeuden ja sopimusoikeuden säännökset ja oikeusperiaatteet. Laissa ei sen sijaan säädetä mitään sellaisista palveluista, jotka tuotettaisiin hyvinvointialueen ja palveluntuottajan välisen sopimuksen perusteella.²⁸⁶ Sote-järjestämislain 20 §:n sanamuodon mukaan rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä sovelletaan lain 12 §:ssä tarkoitetulla tavalla hyvinvointialueelle sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja tuottavan yksityisen henkilöstöön näiden hoitaessa ”12 §:ssä tarkoitettuihin palveluihin sisältyviä” julkisia hallintotehtäviä. Sote-järjestämislain 12 §:ssä taas puhutaan ”palveluiden hankkimisesta yksityiseltä palveluntuottajalta sopimukseen perustuen”. Kun palvelusetelipalveluissa ei ole kyse sote-järjestämislain 12 §:n mukaisesti ”sopimukseen perustuen” hankituista palveluista vaan sopimussuhde on asiakkaan ja palveluntuottajan välillä, näyttävät palvelusetelillä tuotettavat palvelut näin selvästi rajautuvan sote-järjestämislain 20 §:n soveltamisalan ulkopuolelle. Sote-järjestämislain esitöissä asia jätetään huomiotta eikä myöskään palvelusetelilaissa

283 PeVL 17/2012 vp, s. 4–5.

284 PeVL 55/2010 vp.

285 Brander 2024, s. 77–79.

286 Viljanen 2023, s. 907–908.

säädettä virkavastuusta. Viljasen mukaan on siten päädyttävä siihen, että palvelusetelillä maksettavia palveluja ei tuoteta rikosoikeudellisella virkavastuulla. Viljasen mukaan lopputulos on epäjohtonmukainen, sillä palvelusetelillä tuotettavat palvelut voivat olla aivan samoja, joita hyvinvointialue hankkii sopimukseen perustuen ja jotka tuotetaan rikosoikeudellisella virkavastuulla.²⁸⁷ Epäjohtonmukaisuuden lisäksi kiinnostavaa asetelmassa on, että palvelusetelilaki ja sote-järjestämislaki on molemmat säädetty perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella.²⁸⁸ Valiokunnan on näin lausuntokäytännössään hyväksynyt sinänsä julkisten hallintotehtävien piiriin rajautuvien sosiaali- ja terveystalveluiden jättämisen rikosoikeudellisen virkavastuun ulkopuolelle, kun ne tuotetaan palvelusetelillä. Lienee todennäköistä, että tämä ei ole ollut perustuslakivaliokunnan tarkoituksena, mutta kyse on yhtä kaikki asetelmasta, jossa valiokunta on hyväksynyt tiettyjen julkiseksi hallintotehtäväksi katsottujen palveluiden jättämisen rikosoikeudellisen virkavastuun ulkopuolelle. Se, minkälaisista tulkinnallisista merkitystä tälle voidaan antaa valiokunnan käytäntöä ja siten lainsäätäjän harkintavallan rajoja arvioitaessa, on kuitenkin hyvin epäselvää.

Erityisten virkavastuusäännösten kriteerejä koskevaan tarkasteluasetelmaan saadaan edelleen monimutkaisuutta, kun tarkasteluun tuodaan mukaan virkavastuun laajuus. Sote järjestämislain 20 §:ssä todetaan, että virkavastuu koostuu 40 luvun 1–3, 5, 7, 8, 9 ja 10 §:n säännöksistä, viraltapanoseuraamusta lukuun ottamatta. Tämä määrittely on kuitenkin erityisissä virkavastuusäännöksissä tavanomaisesti käytettyä, esimerkiksi muotoon ”toimii tässä laissa tarkoitettuja julkisia hallintotehtäviä hoitaessaan rikosoikeudellisella virkavastuulla” kirjattua täsmällisempi. Tällaisessa tavanomaisessa erityisten virkavastuusäännöksen sanamuodossa ei pääsääntöisesti oteta suoraan kantaa siihen, onko virkavastuussa kyse laajasta virkamiehen virkavastuusta vaiko suppeasta julkisyhteisön työntekijään rinnastuvasta vastuusta, jolloin vastuu rajoittuisi edellä todetusti rikoslain 40 luvun 1–3, 5 ja 14 §:n soveltumiseen.²⁸⁹ On kuitenkin tulkittu, että niin sanotuissa tavanomaisesti muotoilluissa erityisissä virkavastuusäännöksissä viitataan yleisesti rikoslain 40 lukuun, jolloin on katsottu, että kyse on katsottu olevan täydestä tai laajasta virkavastuusta.²⁹⁰

Edellä kuvatusta päästään vielä kysymykseen siitä, onko juuri laaja virkavastuu erityisten virkavastuusäännösten kohdalla ainoa mahdollinen sääntelyratkaisu. Lakivaliokunta on Marinin hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä todennut, että sitä, kuinka laajaa virkavastuun kussakin sääntelytilanteessa tulisi olla, ei ole säännelty, eikä lakivaliokunnan käsityksen mukaan perustuslakivaliokunta ole ottanut

287 Ibid.

288 PeVL 10/2009 vp; PeVL 17/2021 vp.

289 Lisäksi kaikki 40 luvun virkarikossäännökset tulevat sovellettaviksi vain siltä osin kuin työntekijät mahdollisesti käyttävät julkista valtaa. Selkeyden vuoksi lisäksi todettakoon, että jos vastaus kysymykseen olisi vaihtoehtoista jälkimmäinen, ei myöskään edellisessä luvussa kuvattua epäsymmetriaa julkisen ja yksityisen välillä olisi.

290 Ks. mm. LaVL 10/2021 vp, s. 10–11.

tähän nimenomaisesti kantaa.²⁹¹ Tätä tutkimusta varten läpikäydyistä perustuslaki-valiokunnan lausunnoista ei löydy suoraa ohjausta siihen, kuinka laajaksi yksityisen palveluksessa julkista hallintotehtävää hoitavan virkavastuu olisi säädettävä, mutta jo perustuslain esitöiden perusteella lähtökohdaksi muotoutuu nimenomaan virkamiehen virkavastuun laajuus.²⁹² Koska virkavastuun on pääsääntöisesti ajateltu säädettävän laajaksi, eikä perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi ole ilmeisesti tuotu sellaisia hallituksen esityksiä, joilla virkavastuuta olisi nimenomaisesti kavennettu tätä kapeammaksi, ei valiokunta ole joutunut ottamaan mahdollisuuteen kantaa. Lienee silti liioiteltua todeta, etteikö lainsäätäjän harkintavalta voisi jossain tapauksessa mahdollistaa myös joltain osin kapeamman virkavastuun säätämisen, sillä valiokunta on erityistapauksissa hyväksynyt myös virkavastuusta säätämättä jättämisen.²⁹³ Sipilän hallituksen valinnanvapauslakiin liittyen käytiin vähäisissä määrin keskustelua siitä, että erityiset virkavastuusäännökset on säädetty varsin standardimuodossa eikä näiden säätämisen yhteydessä ole harkittu, voitaisiinko erityinen virkavastuusännös säätää joissain tilanteissa julkisyhteisön työntekijän vastuun kaltaiseksi, eli kattamaan vain virkasalaisuusrikokset ja lahjusrikokset sekä menettämisseuraamuksen.²⁹⁴ Esimerkiksi oikeuskansleri kiinnitti hallituksen esitysluonnoksesta antamassaan lausunnossa huomiota asetelmaan, jossa yksityisen palveluksessa työskentelevän virkavastuu oli muodostumassa julkisyhteisön työsuhteista työntekijää laajemmaksi, mikä siis myöhemmin Marinin sote-uudistusityksen myötä myös toteutui.²⁹⁵

Edellä kuvattu asetelma on kritiikille altis, minkä lisäksi virkavastuun kohdalla siinänsä vakiintuneesti noudatettuun sääntelytekniikkaan sisältyy vähäistä suurempaa haasteellisuutta myös rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen valossa. Rikosoikeudellisessa laillisuusperiaatteessa on kyse perustuslakiin ja Suomen kansainvälisyysoikeudellisiin sitoumuksiin pohjautuvasta periaatteesta, joka perustuu muun muassa perustuslain 8 §:än, EIS:n 7 artiklaan, KP-sopimuksen 15 artiklaan ja EU:n perusoikeuskirjan 49 artiklaan. Perustuslain 8 §:n mukaan ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei ole säädetty tekohetkellä rangaistavaksi. Kunkin rikoksen tunnusmerkistö on ilmaistava laissa riittävällä täsmällisyydellä siten, että lain sanamuodon perusteella on ennakoitavissa, onko jokin teko tai laiminlyönti rangaistavaa.²⁹⁶ Rikoslain 3 luvun 1 §:n mukaan rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on

291 Ibid.

292 PeVM 10/1998 vp, s. 35.

293 PeVL 55/2010 vp; PeVL 17/2012 vp. Ks. kuitenkin laajaa virkavastuuta julkisyhteisön kontekstissa edellyttänyt PeVL 74/2022 vp, kohta 8.

294 Mäntylä et al. 2022 s. 71.

295 Oikeuskanslerin asiantuntijalausunto 2018.

296 Mm. PeVL 23/2020 vp, s. 10; PeVL 48/2017 vp, s. 9; PeVL 10/2016 vp, s. 8–9; PeVL 56/2014 vp, s. 2. Ks. myös KKO 2019:44 ja viitatus ennakkopäätökset.

laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi. Rangaistuksen ja muun rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin.

Virkarikossäännösten soveltamisala muodostuu edellä kuvatusti useiden eri käsitteiden kautta, joista tämän tutkimuksen tarkasteluasetelman näkökulmasta keskeisimpiä ovat rikoslaissa käytetty julkisen vallan käsite ja erityisissä virkavastuusäännöksissä käytetty julkisen hallintotehtävän käsite. Edellä tässä tutkimuksessa kuvatusti kyse on varsin täsmentymättömistä ja vaikeaselkoisista käsitteistä. Tämä luo jännitteen omaksutun sääntelyratkaisun ja rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen välille. Laurikkala on pitänyt nykyistä asetelmaa julkisen vallan käytön käsitteen osalta haastavana, sillä käsite on luonteeltaan varsin täsmentymätön, jolloin virkavastuun soveltamisalaa on arvioitava kussakin tapauksessa toiminnan luonteen perusteella erikseen ja sen hahmottaminen ennakkollisesti on haastavaa.²⁹⁷ Viljanen ja Matikkala ovat pitäneet julkista hallintotehtävää vielä julkisen vallan käyttöäkin epätäsmällisempänä käsitteenä.²⁹⁸

Viljanen on kritisoinut julkisen hallintotehtävän rajanvedon epämääräisyyttä juuri sosiaali- ja terveystalouden kontekstissa.²⁹⁹ Marinin hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä todettiin jo edellä kuvatusti, että perustuslain 124 §:n mukaisia julkisia hallintotehtäviä on käytännössä hyvin hankala erottaa sellaisista toiminnoista, jotka rajautuisivat tämän ulkopuolelle. Sote-uudistuksen yhteydessä sääntely päädyttiin siksi rakentamaan niin, että hyvinvointialueen hankkiessa yksityiseltä palveluntuottajalta sosiaali- ja terveystaloudellisia, kaikkien asiakkaalle annettavien ja yksityisen palveluntuottajan tuotettavaksi siirrettävien palveluiden kohdalla on täyttyvä perustuslain 124 §:n mukaiset julkisen hallintotehtävän siirtämiselle annetut edellytykset.³⁰⁰ Näin siis myös niiden palveluiden osalta, jotka eivät ole perustuslain 124 §:n mukaisia julkisia hallintotehtäviä. Ratkaisu täyttää hyvin perustuslain 124 §:n edellytykset ja ylittääkin ne ulottamalla pykälän vaikutuspiiriin sen julkisten hallintotehtävien ulkopuolelle, mutta samalla valittu sääntelymalli jättää määrittämättä, missä julkisten hallintotehtävien rajat kulkevat.

Vaikka Marinin hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä valitussa sääntelymallissa eri tehtävien määrittely julkisen hallintotehtävän piiriin rajautuviin tehtäviin ja tämän ulkopuolisiin muihin tehtäviin ei enää ole tarpeen perustuslain 124 §:n näkökulmasta, voidaan esittää ainakin vahvoja perusteita sille, että tällainen määrittely olisi julkisen hallintotehtävän käsitteen kautta kohdentuvan erityisen virkavastuusäännöksen oloissa tarpeen rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen näkökulmasta. Lakivaliokunta on todennut, että nykyisellään tulkinta siitä, onko jossakin sosiaali- ja terveystaloudessa kyse sote-järjestämislain 20 §:ssä tarkoitettusta

²⁹⁷ Laurikkala 2020, s. 200–205.

²⁹⁸ Viljanen 2023, s. 905–906; Matikkala 2019, s. 327–331.

²⁹⁹ Viljanen 2023, s. 905–906.

³⁰⁰ HE 241/2020 vp, s. 682.

julkisesta hallintotehtävästä, jää tuomioistuinten tapauskohtaisesti tehtäväksi.³⁰¹ Viljasen mukaan julkisten hallintotehtävien alan tulisi käydä ilmi laista, sen nojalla annetusta asetuksesta tai tehdystä sopimuksesta.³⁰² Viljanen on esimerkiksi edellä kuvattua palvelusetelillä tuotettavia sote-palveluita koskevassa arvioinnissa päätynyt johtopäätökseen, jonka mukaan kyse ei voi rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen valossa olla virkavastuun soveltamisalan piiriin luettavista toiminnoista.³⁰³ Sen sijaan muiden julkisten sote-palveluiden osalta arviointia on tehtävä tapauskohtaiseksi, mutta useissakin rajanvetotilanteissa merkitystä voi olla ja ainakin tulisi olla rikosoikeudellisella laillisuusperiaatteella ja sillä, onko soveltamisala ollut riittävän täsmällisesti määritelty.

Muukkonen on lisäksi kiinnittänyt osuvasti huomiota siihen, että julkisen ja yksityisen palveluksessa olevien virkavastuu voi myös tosiasiaassa vaihdella olennaisesti, sillä yksityisen palveluksessa olevan kohdalla ei välttämättä ole kaikissa tilanteissa selvää, mitkä ovat ne virkavastuun piirissä olevat tehtävät, joihin vastuu kohdentuu.³⁰⁴ Virkavastuurikosten tunnusmerkistö on ylipäänsä varsin avoin. Virkavastuusäännökset ovat eräänlaisia blankorangaistussäännöksiä, joissa velvollisuuksien sisältö ilmenee muualta lainsäädännöstä tai esimerkiksi kuntien ja hyvinvointialueiden osalta niiden itsensä antamista määräyksistä, kuten kuntalain 90 §:n ja aluelain 95 §:n tarkoittamista hallintosäännöistä.³⁰⁵ Muukkonen on tämän valossa perustellusti kysynyt, mitkä ovat ne säännökset ja määräykset, joita yksityisen palveluksessa olevat työsopimussuhteiset voivat rikkoa, ovatko blankettinormit riittävän selkeitä rikosvastuun pohjaksi ja miten tulee rikosoikeudellisen virkavastuun näkökulmasta suhtautua siihen, että työnantaja osoittaa velvoitteita työsopimuksella tai direktio-oikeudella.³⁰⁶ Lakivaliokunta on huomauttanut, että rikoslain 40 luvun 7–10 §:n virka-aseman väärinkäyttörikosten ja virkavelvollisuuden rikkomisrikosten yhtenä tunnusmerkistötekijän on se, että henkilö ”rikkoo virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa”.³⁰⁷ Lakivaliokunnan mukaan näiden säännösten tarkoittama vastuu voi siten aktualisoitua vain siltä osin ja siinä laajuudessa, kuin tällaisia säännöksiä tai määräyksiä on ja ne ovat laillisuusperiaatteen edellyttämin tavoin tarkkarajaisia.³⁰⁸ Yksityisellä sektorilla ei ole ainakaan samassa määrin kuin julkisella sektorilla työjärjestysten ja hallintosääntöjen kaltaisia ”säännöksiä ja määräyksiä”, joista henkilöiden vastuuasemat ja vir-

301 LaVL 10/2021 vp, s. 14.

302 Viljanen 2023, s. 906.

303 Ibid., s. 907–908.

304 Muukkonen 2024, s. 199.

305 Ibid., s. 70.

306 Ibid., s. 199.

307 LaVL 10/2021 vp, s. 12.

308 Ibid.

kavelvollisuuden sisältö ilmenisivät.³⁰⁹ Lakivaliokunnan mukaan tämä käytännössä rajaa rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle sellaiset työtehtävät, joiden sisältöä ei ole määritelty säännöksissä ja määräyksissä.³¹⁰

Laurikkala kuvaa virkasalaisuusrikoksia koskevassa väitöskirjassaan rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen koostuvan useista eri alaperiaatteista, joista ainakin *nullum crimen*, *nulla poena sine lege* -periaatteen ja *nullum crimen*, *nulla poena sine lege stricta* -periaatteen toteutuminen on hänen mukaansa oikeusvaltiollisuuden kannalta riittämätöntä rikoslain 40 luvun 5 §:n mukaisten virkasalaisuusrikostunnusmerkistöjen soveltamistilanteissa. Lisäksi *nullum crimen*, *nulla poena sine lege certa* -periaatteen voidaan Laurikkalan mukaan nähdä toteutuneen puutteellisesti rikoslain 40 luvun 5 §:n mukaisten virkasalaisuusrikostunnusmerkistöjen säätämisvaiheessa, sillä kyseisen alaperiaatteen nojalla lainsäätäjä ei saa säätää epätasällisia rikostunnusmerkistöjä.³¹¹ Laurikkala nojaa kriittisen argumentaationsa muun muassa perustuslakivaliokunnan perusoikeusudistusesityksestä antamassaan mietinnössä toteamille blankorangaistussäännösten laatuvaatimuksille.

Blankorangaistussäännösten osalta tavoitteena tulee olla, että niiden edellyttämät valtuutukset ovat täsmällisiä, rangaistavuuden edellytykset ilmaisevat aineelliset säännökset ovat kirjoitetut rikossäännöksiltä vaaditulla tarkkuudella ja nämä säännökset käsitävästä normistosta käy ilmi myös niiden rikkomisen rangaistavuus sekä kriminalisoinnin sisältävässä säännöksessä on jonkinlainen asiallinen luonnehdinta kriminalisoitavaksi tarkoitettusta teosta.³¹²

Rikoslain 40 luvun 5 §:n mukaisten virkasalaisuusrikostunnusmerkistöjen ja virkasalaisuusrikossäännöksiin yhteydessä olevien salassapitonormistojen kirjoittamistarkkuutta sekä rangaistavan teon asiallista luonnehdintaa ei Laurikkalan mukaan voida pitää perustuslakivaliokunnan kannanotossa mainituin perustein riittävinä.³¹³ Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen, julkisten hallintotehtävien käsitteen ja sen epämääräisyyden sekä blankorangaistusluonteisten virkavastuusäännösten suhdetta ei ole nimenomaisesti käsitelty.³¹⁴

309 Ibid.

310 Ibid. Ks. myös Viljanen 2023, s. 906.

311 Laurikkala 2020, s. 67–68. Laurikkala kuvaa kyseisiä alaperiaatteita seuraavasti: ”*Nullum crimen*, *nulla poena sine lege* -periaatteen nojalla tuomari ei saa mennä säädetyn lain ulkopuolelle syytetyn vahingoksi, *nullum crimen*, *nulla poena sine lege stricta* -periaatteen nojalla tuomari ei saa tulkita rikoslakia analogisesti syytetyn vahingoksi, *nullum crimen*, *nulla poena sine lege praevia* -periaatteen nojalla syytetyn vahingoksi tapahtuva lain taannehtivuus on kielletty ja *nullum crimen*, *nulla poena sine lege certa* -periaatteen mukaan lainsäätäjä ei saa säätää epätasällisia rangaistussäännöksiä syytetyn vahingoksi.

312 PeVM 25/1994 vp, s. 8.

313 Laurikkala 2020, s. 72.

314 PeVL 23/2020 vp, s. 11. Valiokunta on kuitenkin todennut, että tietyn toiminnan suhde perustus-

3.4. Subdelegointi

Käytännössä olennainen perustuslain 124 §:ä osa on myös säännöksen *julkisen hallintotehtävän edelleen siirtämistä* eli *subdelegointia* koskeva elementti. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on suhtauduttu tällaiseen subdelegointiin lähtökohtaisen kielteisesti, mutta ei ehdottoman torjuvasti.³¹⁵ Siirtämiselle ei ole nähty estettä ainakaan silloin, kun kyse on teknisluonteisesta tehtävästä ja alihankkijaan kohdistuvat samat laatuvaatimukset ja vastaava valvonta kuin alkuperäiseen palveluntuottajaan.³¹⁶ Kuten edellä virkavastuun osalta, myös subdelegoinnissa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö on siis luonut varsin tarkan kehikon sille, miten tehtäviä voidaan hoitaa yksityisen toimesta alihankinnan keinoin, mutta perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on samalla tavoin epäselvyyttä ja huojuunaa.

Yleisellä tasolla subdelegoinnin arviointi sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa on varsin moniulotteista. Erityisesti aiemman kuntapohjaisen sote-järjestelmän yhteydessä monet kunnat hankkivat sosiaali- ja terveyspalveluja yksityisiltä toimijoilta, joihin monet lääkärin sekä muut sosiaali- ja terveydenhuollon ammattihenkilöt olivat työsuhteen sijaan toimeksiantosuhteessa. Samoin kunnat käyttivät palveluntuotannossa henkilövuokrausta, eli niin sanottuja keikkalääkäreitä.³¹⁷ Lavapuro on Marinin hallituksen sote-uudistusta ennen mutta Sipilän hallituksen uudistuksen kaaduttua sosiaali- ja terveysministeriölle antamassaan asiantuntijalausunnossa pitänyt subdelegoinnin valtiosääntöoikeudellista arviointia sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla epävarmana, koska perustuslakivaliokunta ei ole nimenomaisesti arvioinut subdelegoinnin sallittavuutta edellä kuvatussa tilanteessa, joka perustuu alalla jo varsin laajaksi muodostuneeseen käytäntöön.³¹⁸ Lavapuron mukaan edellä kuvattu toimeksiantosopimusten tai henkilöstövuokrauksen käyttö kuitenkin liittyy perustuslain 124 §:n puitteisiin asettuvaan tosiasialliseen hallintotoimintaan, jolloin perustuslain 124 § vaikuttaisi estävän subdelegoinnin, ja kiellosta on voitu poiketa lähinnä tilanteissa, joissa on kyse teknisluonteisesta tehtävästä.³¹⁹ Tuorin mukaan julkista hallintotehtävää hoitava yksityinen ei voi ilman laissa annettua valtuutusta hankkia alihankintana julkisia hallintotehtäviä sisältäviä ostopalveluja, vaan alihankinta voi lakiin perustuvanakin koskea vain täydentäviä tehtäviä.³²⁰ Mäenpään mukaan alihankintamahdollisuudet rajoittuvat teknisluontoihin palvelutehtäviin.³²¹ Ojanen on puolestaan todennut, että jos kyse ei olisi vain

lain säännöksiin vastuusta virkatoimista on ”ilmettävä selvästi.

315 Mm. PeVL 33/2021 vp, kohta 8.

316 PeVL 6/2013 vp, s. 4; PeVL 15/2018 vp.

317 HE 241/2020 vp, s. 167.

318 Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 16–17.

319 Ibid.

320 Tuorin asiantuntijalausunto 2019, s. 22.

321 Mäenpään asiantuntijalausunto 2019, s. 9.

teknisluonteisten ja täydentävien tehtävien siirtämisestä, vaan perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvattujen oikeuksien toteutumiseen liittyvistä tehtävistä, alihankintaa koskevassa sääntelyssä tulisi täyttyä perustuslakivaliokunnan sote-lausunnoissa esiin tuomat vaatimukset.³²²

Ylioppilaiden terveydenhuoltosäätiötä (YTHS) koskevan hallituksen esityksen kohdalla perustuslakivaliokunta totesi asianmukaiseksi säännöksen, jonka mukaan YTHS voi hankkia omaa toimintaansa täydentäviä opiskeluterveydenhuollon palveluja muulta palveluntuottajalta, mutta YTHS vastaa alihankkijan yksittäiselle opiskelijalle antamasta palvelusta ja on kokonaisvastuussa yksittäisen opiskelijan saamista opiskeluterveydenhuollon palveluista.³²³ Sääntelyä tuli valiokunnan mukaan kuitenkin täsmentää niin, että siitä käy yksiselitteisesti ilmi laatuvaatimusten ja asianmukaisen valvonnan kohdistuminen myös alihankkijoiden toimintaan. Lainsäädännössä ei kuitenkaan aseteta nimenomaisia ja tarkkoja rajoja sille, mitkä palvelut voidaan katsoa YTHS:n omaa toimintaa täydentäviksi.

Juha Sipilän hallituksen ensimmäisen sote-uudistuspaketin yhteydessä perustuslakivaliokunta päätyi toteamaan, että säädöskokonaisuus mahdollisti julkisen hallintotehtävän liian laajan edelleen siirtämisen. Muun kuin asiakassetelillä hankitun suoran valinnan palvelun tuottaja olisi lakiesityksen mukaan voinut tietysin sosiaalihuollon ohjausta, neuvontaa ja palveluntarpeen arviointia koskevin rajauksin hankkia palvelutuotannosta enintään 2/5 muilta palveluntuottajilta. Perustuslakivaliokunnan mukaan ehdotetussa sääntelyssä ei ollut kyse teknisluonteisten tehtävien siirtämisestä eteenpäin, vaan perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvattujen oikeuksien toteuttamiseen liittyvistä tehtävistä. Sääntelyä oli valiokunnan mukaan välttämätöntä rajata ja täsmentää koskemaan tosiasiallista, täydentävää palvelutoimintaa.³²⁴ Arvioinnissa merkitystä oli myös sillä, että alihankkijoiden toimintaan ei olisi hallituksen esityksen mukaan sovellettu valinnanvapauslakiin ehdotettuja säännöksiä hallintomenettelystä, julkisuudesta tai virkavastuusta.³²⁵ Lainsäätäjän liikkumattomuus mahdollistaa yksityisten välillä tapahtuva alihankinta tilanteissa, joissa julkinen hallintotehtävä on annettu yksityiselle sote-palveluntuottajalle, muodostuisi tämän tulkinnan perusteella varsin rajalliseksi.

Jatkovalmistelussa ja eduskuntakäsittelyn aikana Sipilän hallituksen sote-uudistusesitystä muutettiin niin, että suoran valinnan palveluntuottaja olisi voinut ostaa alihankintana vain omaa toimintaansa täydentäviä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja, mutta ei kuitenkaan palvelutarpeen arviointia ja asiakassuunnitelman tai erikseen säädettyjen terveydenhuollon suunnitelmien laatimista.³²⁶ Jälkimmäisessä

322 Ojasen asiantuntijalausunto 2019, s. 19.

323 PeVL 33/2018 vp, s. 5.

324 PeVL 26/2017 vp, s. 57.

325 Ibid.

326 PeVL 65/2018 vp, s. 42.

Sipilän sote-uudistusta koskeneessa lausunnossaan perustuslakivaliokunta piti tätä rajausta ongelmallisen avoimena, sillä säännös ei sisältänyt suoria määrällisiä rajoituksia palvelujen hankkimiselle alihankintana, jolloin siirrettävien tehtävien laajuus jäisi mahdollisesti edelleen huomattavaksi.³²⁷ Asiakasetelipalvelujen ja henkilökoh-
taisen budjetin palvelujen alihankintaan tehtyjä rajoituksia valiokunta piti kuitenkin riittävinä, vaikka myös näissä tilanteissa olisi voinut olla kyse muiden kuin puhtaasti teknisluonteisten ja julkisen hallintotehtävän käsitteen ulkopuolelle rajautuvien tehtävien ulkoistamisesta.³²⁸

Marinin hallituksen sote-järjestämislaissa alihankinnasta säädetään puolestaan varsin täsmällisesti ja nimenomaisesti muun muassa lain 17 §:ssä ja 18 §:ssä. Sote-järjestämislain 17 §:n mukaan hyvinvointialueelle sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja tuottava yksityinen palveluntuottaja voi hankkia omaa toimintaansa täydentäviä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja tai omaa sosiaali- ja terveydenhuollon henkilöstöään täydentävää työvoimaa alihankkijalta, mutta vain, mikäli siitä on sovittu hyvinvointialueen kanssa. Alihankkijan on lisäksi täytettävä kaikki sote-järjestämislain 14 §:ssä asetetut yksityistä palveluntuottajaa koskevat vaatimukset. Yksityinen palveluntuottaja on kokonaisvastuussa tuottamistaan palveluista ja vastaa alihankkijan yksittäiselle asiakkaalle antamasta palvelusta, alihankkijoidensa ohjauksesta ja valvonnasta sekä siitä, että alihankkijan tuottamat palvelut vastaavat lainsäädännön vaatimuksia ja hyvinvointialueen antamia ohjeita. Lain 19 §:n ja 20 §:n mukaan alihankkijaan sovelletaan hallinnon yleislakeja, rikosoikeudellista virkavastuuta ja vahingonkorvauslain mukaista vahingonkorvausvastuuta. Marinin hallituksen sote-uudistusesitystä arvioidessaan perustuslakivaliokunta lausui nimenomaisesti, että ehdotettua väljempikin sääntely alihankinnasta on mahdollinen, kunhan sääntely täyttää perustuslain 124 §:ssä asetetut edellytykset.³²⁹ Tällainen muotoilu ”ehdotettua väljemmän” sääntelyn sallittavuudesta on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä poikkeuksellinen.

Rautiaisen mukaan perustuslakivaliokunta muutti Marinin sote-uudistusesityksestä annetun lausunnon PeVL 17/2021 vp myötä perustuslain 124 §:än ja sosiaali- ja terveystalveluiden (ali)hankintaan kytkeytyvää lausuntokäytäntöään.³³⁰ Rautiainen on havainnoinut muutoksia valiokunnan pöytäkirjan, pyytämänsä valiokuntaneuvosten laatiman lausuntoluonnoksen sekä lopullisen valiokunnan lausunnon vertailulla. Rautiaisen mukaan perustuslakivaliokunta päätti poistaa lausunnostaan vielä valiokuntaneuvosten pohjaan sisältyneen kirjauksen, joka olisi lausuntoon päätyessään selvästi pysytrännyt tai vakiinnuttanut edellä kuvattua, Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä syntynyttä lausuntokäytäntöä. Tässä

327 Ibid.

328 Ibid., s. 43.

329 PeVL 17/2021 vp, kohta 80.

330 Rautiainen 2021b.

poistetussa kirjauksessa ensin todettiin, että ehdotetun 17 §:n sääntely palvelujen alihankinnasta ei vaikuttaisi täyttävän kaikkia niitä edellytyksiä, joita tämänkaltaiselle sääntelylle on aikaisemmin asetettu. Poistetussa kirjauksessa on siis kyse lausuntoon päätyneen ”ehdotettua väljempikin sopii” muotoilun kanssa täysin päinvastaisesta johtopäätöksestä. Johtopäätöksen perään valiokuntaneuvosten pohjassa referoitiin aiempaa lausuntokäytäntöä:

Valiokunta piti viime vaalikauden sote-esityksen käsittelyn yhteydessä tavallisen lain säätämisyjärjestyksen edellytyksenä, että alihankintamahdollisuus rajataan koskemaan tosiasiallista, täydentävää palvelutoimintaa (PeVL 26/2017 vp, s. 57). Perustuslakivaliokunnan mukaan sääntelyä oli lisäksi täsmennettävä perusteluissa esitetyn mukaisesti tai määriteltävä laissa ne perusteet, joiden mukaan suoran valinnan palveluntuottaja voi hankkia toiselta palveluntuottajalta palveluja. Täsmennyksen tekeminen oli edellytyksenä sille, että valinnanvapauslakiehdotus voitiin käsitellä tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä (PeVL 15/2018 vp, s. 33). Valiokunta kiinnitti huomiota myös alihankinnan määrälliseen rajaamiseen (PeVL 65/2018 vp, s. 42).³³¹

Rautaisen mukaan edellä kuvatun referaatin poistaminen oli merkityksellistä, koska kyse oli argumentaation kuljettamisesta kohti valiokunnan johtopäätöstä, joka kokonaisuudessaan kuului seuraavasti.³³²

Ehdotetussa alihankintaa koskevassa sääntelyssä on pääosin otettu asianmukaisesti huomioon perustuslakivaliokunnan kannanotot alihankinnasta. Yksityisten palveluntuottajien huomattavasti viime vaalikaudella ehdotettua vähäisempi asema ja rajatunnat tehtävät huomioon ottaen alihankintaa koskeva sääntely 17 §:ssä ei nyt käsillä olevassa sääntely-yhteydessä muodostu ongelmalliseksi. Valiokunnan käsityksen mukaan alihankinnasta nyt ehdotettua väljempikin sääntely on mahdollinen, kunhan sääntely täyttää perustuslain 124 §:ssä asetetut edellytykset.³³³

Rautaisen mukaan perustuslakivaliokunnan yksityiskohtaisessa käsittelyssä tehty suunnanmuutos perustuslain 124 §:n tulkinnassa avasi käytännössä oven sellaisille ratkaisuille, joilta perustuslakivaliokunta sen sulki Sipilän sote-uudistuksen yhteydessä. Rautiainen kritisoi nähdäkseen sinänsä perustellusti perustuslakivaliokuntaa siitä, että linjamuutosta ei ole tehty täysin näkyväksi, vaan sen havaitakseen tulee tuntee subdelegointia koskevaa lausuntokäytäntöä ja ymmärtää uusien muotoilujen

331 Ibid.

332 Rautiainen kirjoittaa tässä yhteydessä blogiteksteille tyypillisellä tavalla lennokkaasti ”iltalypsystä” muiden kuin perustuslakiasiantuntijoiden lausuntojen pohjalta. Vaikka yleisesti nojautun tässä yhteydessä Rautiaisen argumentaatioon, en ainakaan kaikilta osin allekirjoita näitä kirjoituksen lennokkaampia osia.

333 PeVL 17/2021 vp, kohta 80.

merkitys tässä jatkumossa.³³⁴ Selkeämpää olisi ollut sisällyttää lausuntoon esimerkiksi valiokuntaneuvosten pohjaan sisältynyt kuvaus lausuntokäytännöstä ja tämän jälkeen esimerkiksi argumentoida, millä perusteella tätä lausuntokäytäntöä joko ei voida soveltaa Sipilän hallituksen sote-uudistuksen ulkopuolisessa kontekstissa ja/ tai miksi valiokunta katsoo perustelluksi päivittää lausuntokäytäntöään lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta sallivampaan suuntaan.

Tämän lausuntokäytännön vaikutuksia päästänee myös konkreettisesti testamaan, sillä nykyiseen alihankintasääntelyyn vaikuttaa olevan poliittisella tasolla jonkinasteista tyytymättömyyttä. Tätä ilmentää ainakin eduskunta Marinin hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä hyväksymä lausuma, jonka mukaan hallituksen on arvioitava alihankintaa koskevaa sääntelyä suhteessa sosiaali- ja terveydenhuollon yritystoiminnan erilaisiin organisoitumisen muotoihin.³³⁵ Lausuma johti STM:n työryhmän tekemään selvitykseen, jonka ehdotukset Petteri Orpon hallitus päätti hallitusohjelmassaan toteuttaa.³³⁶ Tätä kirjoitettaessa ei ole ollut käytettävissä mahdollisia hallitusohjelmakirjauksen seurauksena syntyviä lainvalmisteluaineistoja.

STM:n työryhmä ehdottaa subdelegoinnin mahdollistamista nykyistä laajemmin sekä mahdollisuutta alihankintojen ”ketjuttamiseen”. Työryhmän mukaan nykyisen sote-järjestämislain 17 §:n muotoilu ”omaa toimintaansa täydentävistä” palveluista tai työvoimasta voitaisiin perustuslain estämättä korvata muotoilulla ”osan ostopalvelusopimuksen mukaisista palveluista tai osan mainittuja palveluja antavasta sosiaali- ja terveydenhuollon henkilöstöstä”.³³⁷ Nykyisin voimassa olevassa säännöksessä ei ole kirjattu prosenttirajoja, mutta sen perusteluissa on esitetty, että alihankintana voidaan hankkia korkeintaan 30–49 prosenttia yksityisen palveluntuottajan hyvinvointialueelle tuottamista palveluista. Työryhmän mukaan sen ehdottamassa säännöksessä tai sen perusteluissa ei sen sijaan sidottaisi alihankintaa täydentävään toimintaan tai prosenttirajoihin, vaan edellytettäisiin, että alihankinta koskisi ”vain osaa ostopalvelusopimuksen mukaisista velvoitteista”.³³⁸ Lisäksi perusteluissa todettaisiin, että sallittua ei kuitenkaan olisi vain ”kuoriorganisaationa” toimiminen, jossa yhtiön palveluksessa olisi lähinnä hallintohenkilöstöä ja vastaava lääkäri tai muu palveluiden vastuuhenkilö.³³⁹ Ehdotukseen sisältyy myös muun muassa osaamista ja henkilöstöä koskevia, ensimmäisen portaan palveluntuottajien kanssa yhteneväisiä vaatimuksia sekä vaatimus, jonka mukaan palveluntuottajan on kyettävä ohjaamaan ja valvomaan alihankintatoimintaa kuten omaan toimintaansa. Alihankinnalle pitäisi myös saada hyvinvointialueen hyväksyntä. Edellä kuvatuista 17 §:n muutoksista

334 Rautiainen 2021b.

335 EV 111/2021 vp, s. 1.

336 STM 2023. Pääministeri Petteri Orpon hallituksen ohjelma, s. 45: ”Toteutetaan yksityisen palveluntuottajan alihankintaa koskien alihankintatyöryhmän esittämät lakimuutokset.”

337 STM 2023, s. 41.

338 Ibid., s. 42.

339 Ibid.

erillisenä mutta niihin kytkeytyvinä työryhmä ehdottaa lisäksi niin sanotun ketjutamisen eli alihankinnan alihankinnan mahdollistamista uudella 17 a §:llä. Ehdotuksen mukaan tällainen palveluiden tai työvoiman hankkiminen olisi sallittua, jos kyse on tilapäisestä tarpeesta sairauden, vanhempainvapaan tai vastaavan muun edellä mainittuihin syihin verrattavan perusteen perusteella ja jos hyvinvointialue ja yksityinen palvelutuottaja ovat ostopalvelusopimuksessa antaneet alihankinnan ketjutukseen luvan. Perusteluiden mukaan lyhytaikaisella tarkoitettaisiin enintään 6 kuukauden aikaa.³⁴⁰

Työryhmän ehdotuksille lienee käytännöllisiä perusteita, mutta niiden suhde perustuslakivaliokunnan aiempaan subdelegointia koskevaan lausuntokäytäntöön on jossain määrin epävarma. Työryhmän selvityksessä suhdetta käsitellään varsin tiiviisti referoimalla edellä kuvattua toteamusta, jonka mukaan ”väljempikin sääntely” täyttäisi perustuslain 124 §:n edellytykset. Samoin huomautetaan, että myös nykyinen sote-järjestämislaki mahdollistaa täydentävien palvelujen hankkimisen, muttei rajaa alihankintaa vain teknisluonteisiin tehtäviin.³⁴¹ Sinänsä ehdotettuihin säännöksiin sisältyy useita menettelyitä, joilla hallinnollisten oikeuksien toteutuminen ja sosiaali- ja terveyspalveluiden turvaaminen voidaan varmistaa, ja subdelegoinnin kiellon keskeiset oikeudelliset perusteet tällöin ainakin lievenevä. Lienee myös niin, että tuotantotapojen joustojen lisäämisellä voi erityisesti sote-alan työvoimapulan oloissa olla myönteisiä vaikutuksia juuri perustuslain 19 §:n 3 momenttiin kytkeytyvien palveluiden turvaamiseen.

Kun subdelegoinnin kiellossa ei ole kyse perustuslain säännöksen sanamuotoon perustuvasta tai edes esitöissä vahvasti hahmotellusta oikeussäännöstä, eikä se myöskään ole perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ollut poikkeukseton, tulisi lainsäätäjällä olla subdelegoinnin suhteen harkintavaltaa, jonka ulkorajojen voidaan ajatella kulkevan luodun hallinto- ja tuotantorakenteen kyvyssä turvata esimerkiksi hallinnolliset oikeudet ja virkavastuun toteutuminen. Esimerkiksi vaatimus hyvinvointialueen alihankinnalle ja alihankinnan alihankinnalle antamasta hyväksynnästä on tästä näkökulmasta säädösratkaisun perusteltavuutta lisäävä elementti. Toisaalta perustuslakivaliokunta on pitänyt ongelmallisena myös järjestelyä, jossa alihankinnasta säädettäisiin tavallisen lainsäädännön tasolla varsin sallivasti tai alihankinnan mahdollisuuksia nimenomaisesti rajaamatta, mutta pysytettäisiin viranomaisilla kontrolli alihankinnan laajuudesta esimerkiksi ennakollisen lausunto- tai hyväksymismenettelyn kautta.³⁴² Jos tällainen säädösratkaisu olisi lausuntokäytännössä laajasti hyväksytty, olisi subdelegoinnin kokonaisuus ja

³⁴⁰ Ibid., s. 43.

³⁴¹ Ibid., s. 31.

³⁴² PeVL 8/2014 vp, s. 5: ”Valiokunta pitää tärkeänä, että sääntelyä täsmennetään säännöksillä, joilla rajoitetaan alihankinnan laajuus välttämättömään ja määritellään alihankinnan edellytykset. Lisäksi viranomaisen ohjaus- ja valvontatoimivalta on säädöspäätöksellä ulotettava riittävässä laajuudessa myös alihankkijan toimintaan.”

mahdollisuudet eri tuotantotapojen rakentamiseen huomattavasti nykyistä lausuntokäytäntöä joustavampia.

Nähdäkseni työryhmän ehdotuksen hyväksyttävyyss edellyttäisi sitä, että perustuslakivaliokunta jossain määrin muuttaisi lähestymistapaansa subdelegoinnin arviointiin sosiaali- ja terveystalveluiden kontekstissa tai ainakin vahvistaisi lausunnossa PeVL 17/2021 vp omaksuttua, vielä ylätasoiseksi ja perustelemattomaksi jäänyttä lainsäätäjän harkintavaltaa laajentavaa tulkintakäytäntöä. Tällainen muutos voisi perustua esimerkiksi juuri sääntelykehikon ja asetettujen ehtojen tiukkaan luonteeseen sekä ehdotuksen potentiaaliin – sikäli kuin sellainen osoitettaisiin – parantaa hyvinvointialueiden edellytyksiä turvata sosiaali- ja terveystalveluiden saatavuus. Lisäksi voidaan ajatella, että kuvatulla ehdotuksella on jäljempänä tarkasteltavan sote-järjestelmän ”toimintavarmuuden” vaatimuksen johdosta paremmat mahdollisuudet tulla hyväksytyksi yksittäisen sote-lainsäädäntökehikon muutoksena kuin esimerkiksi Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä. Kyse on yhtä kaikki mielenkiintoisesta rajanvetotapauksesta, jos Orpon hallitus vie työryhmän ehdotukset sellaisenaan tai rajallisesti muokattuna eduskuntaan hallitusohjelmassa todetun mukaisesti. Erityisesti ehdotus alihankinnan ketjuttamisesta on esityksenä uusi, eikä perustuslakivaliokunta ole lausunut ketjuttamisen mahdollisuudesta aiemmin. Siinänsä voidaan ajatella, että jos alihankinta ensimmäiseltä portaalta on sallittua vain rajatusti, tulisi sen alihankinnan toiselta portaalta olla sallittua korkeintaan yhtä rajatusti.

Sote-uudistusesitysten ja YTHS-lain yhteydessä annetuista lausunnoista voidaan ainakin hyvin karkealla tasolla todeta, että valiokunta pitää selvästi hyväksyttävänä sääntelyratkaisua, jossa subdelegointi sallitaan, mutta alihankittavien talveluiden tulee olla hankkijan omaa toimintaan täydentäviä. Lisäksi alihankkijan on täytettävä julkisen toimijan asettamat, luonteeltaan riittävän täsmälliset ehdot ja toimintaedellytykset. Yksityisen talveluntuottajan on myös vastattava alihankkijansa yksittäiselle asiakkaalle antamasta talvelusta, alihankkijan on toimittava tehtävää hoitaessaan virkavastuulla ja julkisen toimijan on kohdistettava alihankkijaan riittävää valvontaa.³⁴³ Listaus lienee jossain määrin kontekstuaalinen ja täsmälliset, subdelegoinnin mahdollistavat ehdot ovat osin tapauskohtaisia. Tästä näkökulmasta nykyinen sote-järjestämislain sääntely näyttäytyy perustuslain minimitasoa tiukempana, mutta toisaalta perustuslain reunaehdot hyvin täyttävänä. Perustuslakivaliokunnan toteaman mukaisesti lainsäätäjällä on kuitenkin harkintavaltaa myös muihin säädösratkaisuihin, mutta tämän harkintavallan täsmälliset reunaehdot eivät ole aivan selviä.

Näiden reunaehtojen arvioinnissa voidaan nojautua sote-talveluiden ulkopuoliseen perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöön. Tämän valossa eräänlaisena vakioemuotoisen tulkinnan lähtökohtana voidaan pitää kielteistä mutta ei täysin torjuvaa lähestymistapaa subdelegointiin. Tehtävän teknisluonteisuus, viranomais-

³⁴³ PeVL 65/2018 vp, s. 42–43.

valvonnan ulottuvuus ja alihankkijaan kohdistuvia laatu- ja muut vaatimukset ovat tehneet subdelegoinnista eräissä tapauksissa mahdollista.³⁴⁴ Tämä on siis valiokunnan lausuntokäytännön selvä lähtökohta. Toisaalta tämän vakiomuotoisen lähtökohdan ohella huomionarvoista on, että on ainakin joissakin tapauksissa valiokunta hyväksynyt myös julkisen hallintotehtävän subdelegoinnin kokonaisuudessaan tai selvästi pelkkää teknisluontoisuutta laajemmin. Lisäksi valiokunta ei suinkaan kaikissa perustuslain 124 §:n arviointitilanteissa kiinnitä huomiota subdelegointiin, mutta tämän pohjalta tuskin voi ajatella, että subdelegointia ei näissä toiminnoissa esiintyisi. Tälle ei kuitenkaan voitane antaa varsinaista oikeudellista merkitystä nyt käsiteltävän kysymyksen näkökulmasta.

Ehkä selvin esimerkki lausunnosta, jossa valiokunta on poikennut vakiomuotoisesta subdelegoinnin arvioinnista, on yksityisiä turvapalveluita koskenut lausunto PeVL 22/2014 vp. Tällöin perustuslakivaliokunta yhtäältä katsoi järjestyksenvalvontatoiminnassa olevan kyse julkisen hallintotehtävän hoitamisesta, mutta toisaalta ei kiinnittänyt huomiota lakiehdotukseen sisältyneisiin pykäliin, joissa nimenomaisesti säädettiin alihankinnasta.³⁴⁵ Alihankintapykälää ei varsinaisesti vaikuteta laaditun perustuslain 124 §:n näkökulmasta, vaan kyse on pikemminkin siitä, missä muodossa alihankintasopimuksia tulee tehdä ja miten alihankinta suhteutuu turvallisuusalan elinkeinolupaa koskevaan sääntelyyn. Yksityisistä turvallisuuspalveluista annetun lain 80 §:n mukaan:

Turvallisuusalan elinkeinoluvan haltija saa teettää vartioimis-, järjestyksenvalvonta- tai hyväksymistä edellyttäviä turvasuojaustehtäviä vain palveluksessaan olevilla vartijoilla, järjestyksenvalvojilla tai turvasuojaajilla, joiden hyväksyminen tehtävään on voimassa.

Edellä 1 momentissa säädetyn estämättä turvallisuusalan elinkeinoluvan haltija saa kuitenkin antaa lupaa edellyttävän tehtävän osaksi tai kokonaan toisen turvallisuusalan elinkeinoluvan haltijan suoritettavaksi, jollei toimeksiantosopimuksessa ole toisin sovittu. Toimeksiantosopimuksen osapuolena olevan turvallisuusalan elinkeinoluvan haltijan on ilmoitettava tällaisesta tehtävän antamisesta toimeksiantajalle ennen tehtävän aloittamista tai viimeistään toisena arkipäivänä tehtävän aloittamisesta.

Hallituksen esityksen mukaan turvallisuusalan elinkeinoluvan haltija saattaisi esimerkiksi tehdä sopimuksen toimeksiantajan kanssa tämän toimipaikkojen vartioimistehtävistä useilla eri paikkakunnilla ja tällöin luvan haltijalla voisi olla tarve teettää työ alihankintana sellaisilla paikkakunnilla, joissa se ei itse toimi.³⁴⁶ Hallituksen esityksessä vielä todetaan, että alihankintatapauksissa kahden turvallisuusalan

344 PeVL 33/2021 vp, kohta 8; PeVL 26/2017 vp, s. 56–57, PeVL 6/2013 vp, s. 4.

345 PeVL 22/2014 vp.

346 HE 22/2014 vp, s. 80.

elinkeinoluvan haltijan välillä ei tarvitsisi laatia kirjallista sopimusta, vaikka tällaiseen on lain 73 §:n välillä lähtökohtaisesti velvollisuus.³⁴⁷

Edellä kuvatusta ei voitane päätyä muuhun johtopäätökseen kuin siihen, että alihankinta, eli julkisiin hallintotehtäviin luettavien järjestyksenvalvontatoimintojen kohdalla subdelegointi, on yksityisten turvallisuuspalveluiden kontekstissa mahdollista koko tehtävän osalta, sillä edellä referoitu 80 §:n 2 momentti nimenomaisesti käyttää sanamuotoa ”osaksi tai kokonaan”. Vaikka sääntelyä ei ole laadittu perustuslain 124 §:än viitaten, on se laadittu perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella, ja valiokunnan lausuntoon sisältyy lisäksi tarkastelua nimenomaan lakiehdotuksen suhteesta perustuslain 124 §:än, eli valiokunnan voidaan ajatella hyväksyneen sääntelyratkaisun. Tällaisen hyväksynnän vaikutukset eivät lähtökohtaisesti ulottune kovin pitkälle kontekstinsa yli. Tämän tutkimuksen lainsäätäjän harkintavaltaa koskevan tutkimuskysymyksen näkökulmasta perustuslakivaliokunnan lausunto vaikeuttaa kuitenkin ainakin sellaisen tulkinnan tekemistä, jossa mahdollisuus säätää subdelegoinnin sallittavuudessa rajautuisi ”vakiomuotoisen” lähestymistavan mukaisesti aina vain täydentäviin tai teknisluonteisiin tehtäviin, sillä valiokunta on ainakin poikkeuksellisesti hyväksynyt myös koko hallintotehtävän subdelegoinnin. Eroa voidaan käsitteellistää esimerkiksi niin, että sote-palveluiden antamisessa yksityiselle on kyse julkisen hoitamien hallintotehtävien siirrosta, kun taas järjestyksenvalvonnassa on kyse eräänlaisesta vailla lähdettä tapahtuneesta yksityistämisestä, eli välillisestä julkisesta hallinnosta, jota lienee mielekästä arvioida subdelegoinnin osalta jossain määrin poikkeavasti.

3.5 Tarkoituksenmukaisuus

Perustuslain 124 §:n mukaan julkisen hallintotehtävän antamisen muun kuin julkisen hoidettavaksi on oltava tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi. Perustuslain esitöissä ei tarkemmin ohjata tätä tarkoituksenmukaisuusharkintaa, vaan tarkoituksenmukaisuusedellytyksen täyttyminen jää viime kädessä lainsäätäjän harkintaan.³⁴⁸ Kyse on kuitenkin nimenomaan oikeudellisesta, ei poliittisesta, tarkoituksenmukaisuusharkinnasta. Näiden kahden täydellinen erottaminen toisistaan ei toki liene mahdollista, sillä oikeudelliseksikaan tarkoitettu tarkoituksenmukaisuusharkinta tuskin voi olla kokonaan vapaata yhteiskunnallisista arvolatauksista tai täysin immuunina sitä ympäröivälle poliittiselle kontekstille. Perustuslakivaliokunta on lausuntokäytännössään varsin johdonmukaisesti todennut, että tarkoituksenmukaisuusvaatimus on oikeudellinen edellytys, jonka täyttyminen jää tapauskohtai-

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ Keravuori-Rusanen 2008, s. 319.

sesti arvioitavaksi.³⁴⁹ Lindroos-Hovinheimo on pitänyt tarkoituksenmukaisuuden tulkintaa hankalana tasapainoiluna oikeuden ja politiikan välillä. Tuori taas on muotoillut näiden kahden erottelua muun muassa niin, että perustuslain 124 § edellyttää tarkoituksenmukaisuuden oikeudellista arviointia, mutta tämän arvioinnin on jätettävä riittävä liikkumavara poliittiselle harkinnalle.³⁵⁰ Lindroos-Hovinheimon mukaan on vaikea nähdä, miten tarkoituksenmukaisuuden merkitykset pysyisivät rajattuina vain oikeuden sisäiseen näkökulmaan, sillä tulkintaa ohjannee aina jonkinlainen normatiivinen maailmankuva.³⁵¹

Ongelma on ollut valiokunnan edessä muun muassa sosiaali- ja terveydenhuollon uudistamisen yhteydessä. Valiokunta on todennut, että tarkoituksenmukaisuusarvioinnissa tulee kiinnittää huomiota hallinnon tehokkuuteen ja muihin hallinnon sisäisiin tarpeisiin. Lisäksi tulee erityisesti pitää huolta yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen tarpeista. Myös hallintotehtävän luonne on otettava huomioon. Tarkoituksenmukaisuusvaatimus on valiokunnan mukaan silti nimenomaan oikeudellinen edellytys, vaikka sen arviointi on välttämättä sidoksissa sellaisiin tosiasiallisiin seikkoihin kuin tehokkuus ja hallinnon tarpeet.³⁵²

Perustuslakivaliokunnan käytännössä on vakiintunut lähtökohta, jonka mukaan tarkoituksenmukaisuutta tulisi arvioida tapauskohtaisesti eli erikseen jokaisessa muussa kuin viranomaisen hoidettavaksi ehdotetussa julkisessa hallintotehtävässä.³⁵³ Perustuslain 124 §:n mukaisen tarkoituksenmukaisuusvaatimuksen tulee siis myös sote-sektorilla täyttyä tapauskohtaisesti kussakin tehtäväkokonaisuudessa.³⁵⁴ Tässä arvioinnissa tulee hallintotehtävän luonteen sekä hallinnon sisäisten tarpeiden, kuten tehokkuuden, lisäksi kiinnittää erityistä huomiota yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen tarpeisiin sekä julkisen hallintotehtävän erityisluonteeseen.³⁵⁵ Vaatimus korostuu erityisesti sote-sektorin tehtävissä, joissa on välitön liityntä ihmisten oikeuksiin ja tarpeisiin.³⁵⁶ Toisaalta perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä ei ole sosiaali- ja terveyspalveluidenkaan kontekstissa tarpeen tehdä tulkintaa, jonka mukaan lainsäädännössä olisi yksityiskohtaisesti lueteltava kaikki ne tehtävät, joita

349 PeVL 26/2017 vp, s. 49; Ks. myös PeVL 44/2016 vp, s. 5; PeVL 16/2016 vp, s. 3; PeVL 12/2014 vp, s. 2/II; PeVL 8/2014 vp, s. 3/II; PeVL 5/2014 vp, s. 3/I; PeVL 23/2013 vp, s. 3/I; PeVL 65/2010 vp, s. 2/II; PeVL 57/2010 vp, s. 5/I; PeVL 48/2010 vp, s. 4.

350 Tuorin asiantuntijalausunto 2018, s. 5.

351 Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 1198–1199.

352 Ibid.

353 Mm. PeVL 48/2010 vp, s. 4; PeVL 57/2010 vp, s. 5; PeVL 65/2010 vp, s. 2; PeVL 23/2013 vp, s. 3; PeVL 8/2014 vp, s. 3; PeVL 12/2014 vp, s. 2; PeVL 16/2016 vp, s. 3; PeVL 44/2016 vp, s. 5; PeVL 26/2017 vp, s. 49.

354 PeVL 26/2017 vp, s. 50–52.

355 HE 1/1998 vp, s. 179.

356 PeVL 26/2017 vp, s. 50–52.

yksityiselle voidaan siirtää, ja nämä siirrot perusteltava kukin erikseen lainvalmisteluaineistossa. Tällainen toimintamalli olisi sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla itsessään erittäin haasteellinen ja liki mahdoton toteuttaa. Lainsäädännössä ei ole sote-palveluista sellaisia yksityiskohtaisia määritelmiä, johon tällainen toimintamalli voisi nojautua, eikä tällaisilla määritelmillä olisi käytännön mahdollisuutta pysyä lääketieteen ja hoitomuotojen kehityksen kyydissä. Sosiaali- ja terveysministeriö on Marinin hallituksen sote-uudistuksen valmistelun yhteydessä kuvannut, että sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:ää on tulkittu ja sovellettu yleisesti kunnissa ja valvontaviranomaisissa siten, että se on mahdollistanut laajasti sellaista palveluiden hankkimisen yksityiseltä, joihin ei sisälly julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä. Ministeriön arvion mukaan säännöksen nojalla on hankittu huomattaviakin määriä tosiasiallisena hallintotoimintana pidettäviä palveluja, joista esimerkkinä mainitaan kotipalvelut ja kotihoito, asumis- ja laitospalvelut, lastensuojelun perhe- ja laitoshoido, lääkärin vastaanotto-käynnit, suunhoidon palvelut ja kirurgiset toimenpiteet. Näin on ministeriön arvion mukaan toimittu, vaikkei näitä tehtäviä ole yksityiskohtaisesti luetteloitu laissa tai vaikkei lain perusteluissa ole perusteltu tehtävän siirron tarkoituksenmukaisuutta kunkin siirrettävän tehtävän osalta.³⁵⁷ Ojanen on asiantuntijalausunnossaan pitänyt mainittuja käytännöllisiä haasteita perustuslain 124 §:n näkökulmasta hyväksyttävienä perusteina, jotka puoltavat ajatusta siitä, ettei perustuslaki edellytä luettelemasta yksityiskohtaisesti laissa palveluja, joita yksityinen voi tuottaa.³⁵⁸ Toisaalta hän katsoi perustelluksi, että vanhaan sote-järjestelmään sisältyneen sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:ä muutettaisiin vastaamaan paremmin perustuslain vaatimuksia.³⁵⁹

Tarkoituksenmukaisuutta on eri säädöshankkeissa arvioitu muun muassa erityisosaamisen tarpeen, resurssien ja henkilöstön riittävyyden, palveluntarpeen kasvun, palveluiden alueellisen saatavuuden, taloudellisten vaikutusten ja toiminnan tehokkuuden näkökulmasta.³⁶⁰ Tarkoituksenmukaisuutta ei ole samaistettu eikä tule samaistaa vain taloutta tai tehokkuutta koskeviin tarkasteluihin, vaan myös muut seikat voivat perustella tehtävän siirron tarkoituksenmukaisuutta, vaikka monesti hallintotehtävien antamasta muille kuin viranomaisille onkin perusteltu juuri tehokkuuden ja toiminnan taloudellisuuden lisääntymisellä.

Sipilän hallituksen sote-uudistuksen lisäksi tarkoituksenmukaisuuskriteeriä on arvioitu myös eräiden muiden sote-palveluiden kontekstissa. Perustuslakivaliokunta on aiemmissa lausunnoissaan hyväksynyt sosiaali- ja terveydenhuollon suunnitte-

357 STM 2019, s. 13.

358 Ojasen asiantuntijalausunto 2019, s. 13.

359 Ibid.

360 PeVL 11/2004 vp, s. 2; PeVL 11/2006 vp, s. 2–3; PeVL 3/2009 vp, s. 4; PeVL 37/2010 vp, s. 5; PeVL 6/2013 vp, s. 2; PeVL 23/2013 vp, s. 3; PeVL 29/2013 vp, s. 2; PeVL 16/2016 vp, s. 3.

lusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n sääntelytarkkuuden, eli varsin yleisen tason sääntelyn ja sitä koskevat perustelut, ainakin kun kyse on ollut tosiasiallisesta hallintotoiminnasta. Arvioidessaan lastensuojelussa käytettäviä rajoitustoimenpiteitä koskevaa hallituksen esitystä perustuslakivaliokunta ei havainnut ongelmia hallituksen esitykseen ja silloiseen palvelutuotannon todellisuuteen sisältyneessä lähtökohdassa, jonka mukaan lastensuojelun palveluja on mahdollista hankkia yksityisiltä toimijoilta.³⁶¹ Hallituksen esitykseen sisältyneiden melko laajojenkin rajoitustoimenpiteiden osalta perustuslakivaliokunta totesi, että niihin turvautuminen voi olla lapsen edun kannalta välttämätöntä riippumatta siitä, onko lapsi yksityisessä vai julkisessa laitoksessa. Perustuslakivaliokunnan mukaan lastensuojelun alalla on tarkoituksenmukaista ja perusteltua, että lapsen sijaishuolto voidaan järjestää kodinomaisissa tai lasten tavanomaista kasvuympäristöä muuten muistutavissa olosuhteissa, kuten perhehoitona tai laitoshoidona muun kuin viranomaisen ylläpitämässä laitoksessa.³⁶² Valiokunta totesi, että perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten turvaamisesta voidaan tällaisessa toiminnassa yleensä huolehtia sääntelyn yleisen tarkkuuden ja asianmukaisuuden, asianomaisten henkilöiden sopivuuden ja pätevyyden sekä asianmukaisen julkisen valvonnan avulla.³⁶³ Koska hallituksen esityksessä ei ollut kyse varsinaisesta julkisen hallintotehtävän siirtoa mahdollistavasta lainsäädännöstä, vaan rajoitustoimenpiteitä koskevan sääntelyn sovellettavuudesta myös yksityisissä laitoksissa, ei valiokunta ottanut nimenomaisesti kantaa tällaisten siirtojen hyväksyttävyyteen. Samoin perustuslakivaliokunta ei kyseenalaistanut julkisen hallintotehtävän siirron tarkoituksenmukaisuutta myöskään arvioidessaan hallituksen esitystä kehitysvammahuollossa käytettäviä rajoitustoimenpiteitä koskevaa hallituksen esitystä.³⁶⁴ Myöskään tässä esityksessä ei ollut kyse yksityisten palveluntuotannon mahdollistamisesta nimenomaisesti, vaan ehdotetun sääntelyn soveltumisesta myös muihin kuin viranomaisiin.

Tarkoituksenmukaisuuden tarkastelussa olennainen rooli on muulle kuin viranomaiselle annettavaksi ehdotetun tehtävän laadulla. Kun kyse on tosiasiallisesta hallintotoiminnasta tai muusta viranomaistoiminnan ydinalueen ulkopuolelle asettuvasta hallintotehtävästä, jossa ei esimerkiksi käytetä julkista valtaa, tarkoituksenmukaisuuskriteeri on helpompi täyttää. Edelläkin ilmenevästi valiokunta ei siis ole paikantanut ongelmia aina sellaisissakaan järjestelyissä, joissa on ollut kyse tehtävistä, joiden voidaan ajatella olevan tosiasiallisen hallintotoiminnan lisäksi myös julkisen vallan käyttöä. Mikäli tehtävien hoitaminen yksityisten toimesta on ollut esimerkiksi palvelun laadun ja sen asiakkaiden näkökulmasta perusteltua, ei valiokunta ole problematisoinut järjestelyjä myöskään perustuslain 124 §:n näkö-

361 PeVL 5/2006 vp. Ks. myös HE 225/2004 vp.

362 PeVL 5/2006 vp, s. 8.

363 Ibid. Ks. myös PeVL 24/2001 vp, s. 4; PeVL28/2001 vp, s. 5.

364 PeVL 15/2015 vp, s. 3. HE 96/2015 vp.

kulmasta. Sote-sektorin osalta voidaan ajatella, että terveydenhuollon konkreettisia hoitotoimenpiteitä koskevien toimintojen siirto voidaan katsoa kevyemmin perustein tarkoituksenmukaiseksi, kun taas sosiaalihuollossa on terveydenhuoltoa yleisemmin kyse yksilöiden asemaan vaikuttavien hallintopäätösten tekemisestä ja julkisen vallan käytöstä, jolloin tarkoituksenmukaisuuden kynnys asettuu korkeammalle, mutta kuitenkin saavutettavaksi.³⁶⁵ Erottelua näiden perustuslain 124 §:n sisältämien tehtäväpiirien välillä on kuvattu edellä alaluvussa 2.3.

Juha Sipilän hallituksen esittämä monituottajamalli muodosti perustuslain 124 §:n näkökulmasta monella tavalla uudenlaisen asetelman. Kyse ei aiempien sote-palveluiden yksityiseltä hankkimisen tai palveluseteliä koskevien säädöshankkeiden tapaan ollut yksityisen tuotannon käyttöä mahdollistavasta, vaan siihen jopa velvoittavasta lainsäädännöstä. Erityisen mittavasta siirrosta oli kyse Sipilän hallituksen ensimmäisessä sote-esityksessä, joka sisälsi maakunnille asetetun yhtiöittämisvelvoitteen sekä kiellon tuottaa suoran valinnan palveluja ja asiakassetelipalveluja. Ensimmäisessä Sipilän hallituksen valinnanvapauslakiesityksessä kiinnitettiin huomioita siihen, että vastaavissa julkisen hallintotehtävän muulle kuin viranomaiselle antamista tarkoittaneissa säädöshankkeissa on yleensä ollut kyse tilanteista, jotka ovat koskeneet epäitsenäisten osakokonaisuuksien, teknisempien ja operatiivisempien tehtävien tai viranomaistoiminnalle edellytyksiä luovan palvelutoiminnan ulkoistamista.³⁶⁶

Perustuslakivaliokunta totesi, että Sipilän hallituksen ehdottama sääntely ei yksityisten hoidettaviksi osoitettavien tehtävien laadun ja laajuuden vuoksi sovi yhteen sen ajatuksen kanssa, että julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee yleensä kuulua viranomaisille ja kyseisiä tehtäviä voidaan antaa muille vain rajoitetusti.³⁶⁷ Perustuslakivaliokunta irtautui Sipilän hallituksen sote-lausunnon aiemmasta lausuntokäytännöstään ja totesi hallituksen ehdottaman siirron erityiseksi:

Kyse on tehtävistä, jotka koskevat perustuslain 19 §:n 3 momentissa nimenomaan julkiselle vallalle osoitettua velvollisuutta turvata riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut. Tehtävien läheinen kytkös perusoikeuksien toteutumiseen johtaa perustuslakivaliokunnan mielestä siihen, ettei tarkoituksenmukaisuusvaatimusta voida palveluiden tuottamiseen liittyvissä tehtävissäkään arvioida samoin kuin joidenkin valiokunnan aikaisemmin tarkastelemien, teknisluonteisemmiksi arvioitavien palvelutehtävien kannalta.³⁶⁸

Valiokunnan mukaan julkisten hallintotehtävien siirtoa yksityisten hoidettavaksi oli ainakin Sipilän hallituksen ehdottamassa laajuudessa hankala oikeuttaa. Tällä

365 HE 1/1998 vp, s. 179; PeVL 26/2017 vp, s. 53.

366 HE 47/2017 vp, s. 255–256. Ks. mm. PeVL 16/2002 vp; PeVL 47/2005 vp; PeVL 6/2013 vp; PeVL 8/2014 vp; PeVL 62/2014 vp.

367 PeVL 26/2017 vp, s. 50–52; HE 1/1998 vp, s. 179.

368 PeVL 26/2017 vp, s. 52.

laajuudella oli siten merkitystä myös tarkoituksenmukaisuuden arviointiin, vaikka sinänsä on kiistatonta, että perustuslaissa ei edellytetä julkisen vallan huolehtivan itse kaikkien sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamisesta. Lisäksi merkitystä voidaan tulkinnassa antaa sille, että perustuslain esitöiden mukaan tarkoituksenmukaisuusvaatimus voi täyttyä helpommin palveluiden tuottamiseen liittyvissä tehtävissä, kun taas yksilön tai yhteisön keskeisiä oikeuksia koskevassa päätöksenteossa kynnystä olisi pidettävä korkeampana.³⁶⁹

Edellä kuvatulla on nähdäkseni olennaista merkitystä myös perustuslakivaliokunnan Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä tekemien tarkoituksenmukaisuutta koskevien linjausten arvioinnissa.³⁷⁰ Valiokunnan erittäin korkeaksi asettama tarkoituksenmukaisuusharkinnan mittaristo voidaan näin ajatella erityiseksi tilanteeseen, jossa erittäin merkittävä osa tai likimain kaikki sosiaali- ja terveyspalvelut olisivat perustuslain 124 §:n näkökulmasta annettu yksityisen hoidettavaksi, vaikkakin osa yksityisistä olisi ollut julkisomisteisia toimijoita. Kun kyse on samojakin palveluja koskevasta, luonteeltaan rajallisemmista tai alueellisille ja paikallisille päättäjille laajempaa toiminta-autonomiää jättävistä tehtävien siirroista, myös tarkoituksenmukaisuuskriteeri on helpommin täytettävissä.

Valiokunta kiinnitti Sipilän hallituksen sote-mallista tekemässään arviossa huomiota siihen, että yksityiselle olisi siirtynyt hoidon tarpeen arvioinnin myötä se toiminta, jossa tosiasiallisesti ratkaistaan, saavatko ihmiset perustuslain 19 §:n 3 momentissa tarkoitetut riittävät palvelut perustuslain 6 §:n 1 momentissa tarkoitetuilla yhdenvertaisilla perusteilla. Kun otettiin huomioon siirron laajuus ja samanaikaisesti julkiselle vallalle säädettäväksi ehdotettu kielto tuottaa suoran valinnan palveluja ja asiakassetelipalveluja, olisi tällainen järjestely vaatinut huomattavan vahvat perusteet, jotta se olisi voitu katsoa perustuslain 124 §:ssä tarkoitettulla tavalla tarkoituksenmukaiseksi. Sipilän hallitus perusteli mallia erityisesti perustason palveluiden saatavuuden parantumisella. Kuitenkin jo hallituksen esityksessä tunnistettiin useita tarkoituksenmukaisuutta vastaan puhuvia seikkoja, kuten maakunnallisen itsehallinnon rajoittaminen sekä hallinnon ja taloudenhoidon järjestämisen monimutkaisuudesta kumpuavat seikat.³⁷¹ Kokonaisuutena tarkoituksenmukaisuuden perustelun voidaan ajatella jääneen vajaaksi. Tähän vaikuttivat sekä hallituksen esityksessä että erityisesti valiokuntakäsittelyssä esitetyt melko kevyet perusteet, minkä lisäksi lausunnoissa paikannettiin useita muita valtiosääntöisiä haasteita, jotka itsessään jo estivät tarkoituksenmukaisuuskriteerin täyttymisen.

369 HE 1/1998 vp, s. 179.

370 PeVL 27/2017 vp, s. 52.

371 HE 47/2017 vp, s. 260.

4. Perusoikeudet

4.1. Sosiaali- ja terveyspalveluiden turvaaminen

4.1.1. *Perustuslain 19 §:n 3 momentti sosiaalisten perusoikeuksien kokonaisuudessa*

Sosiaali- ja terveyspalvelut ovat perusoikeusnäkökulmasta erityislaatuista julkisia palveluja, sillä niiden rooli perusoikeuksien toteuttajana on välitön ja suora. Niiden järjestämistä ja tuottamista koskevien säädösten keskeisenä tarkoituksena on turvata ihmisten pääsy oikeuksiinsa. Perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan on turvattava jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut ja edistettävä väestön terveyttä siten kuin lailla tarkemmin säädetään. Säännöksessä on sisäänrakennettuna viittaus ehkäisevään toimintaan sekä julkisen vallan toimiin yhteiskunnan kehittämiseksi suuntaan, joka edistää väestön terveyttä. Kysymys on etenkin palveluiden saatavuuden turvaamisesta.³⁷²

Säännöksellä on läheinen yhteys ihmisoikeussopimusten määräyksiin. Esimerkiksi YK:n taloudellisia ja sosiaalisia oikeuksia koskevan sopimuksen (SopS 6/1976, TSS-sopimus) 12 artiklassa säädetään oikeudesta terveyteen ja 10 artiklassa perheen, äitien sekä lasten ja nuorten suojelusta. Euroopan sosiaalisen peruskirjan (SopS 44/1991) 12 artiklaan sisältyy määräyksiä terveyden suojelusta ja 14 artiklaan määräyksiä sosiaalipalveluiden käytöstä. TSS-sopimuksen 12 artiklassa säädetään muun muassa sopimusvaltioiden veloitteista taata jokaiselle oikeus parhaaseen mahdolliseen fyysiseen ja psyykkiseen terveyteen, toteuttaa toimenpiteitä tämän oikeuden täysimääräisen toteutumisen saavuttamiseksi, kuten sairauksien ehkäisemiseksi, hoitamiseksi ja valvomiseksi sekä taata jokaiselle lääkäreiden ja sairaaloiden palvelut sairastuessa. Euroopan sosiaalisen peruskirjan 13 artiklan 1 kohdan perusteella sopimusosapuolet ovat sitoutuneet varmistamaan tehokkaan lääketieteellisen avun ja takaamaan jokaiselle tarvittavan hoidon sairauden sattuessa. Perustuslain 19 §:n sosiaalisilla perusoikeuksilla ja niihin lukeutuvalla perustuslain 19 §:n 3 momentilla on perustuslain esitöissä kuvatuksi yhteys myös oikeutta elämään turvaavaan perustuslain 7 §:n 1 momenttiin.³⁷³

Perustuslain 19 §:n 3 momentin säännös julkisen vallan velvollisuudesta turvata riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut kuuluu perustuslakiin kirjattujen hyvinvointioikeuksien tai vakiintuneemmin sosiaalisten perusoikeuksien piiriin. Sosiaaliset

372 PeVL 17/2021 vp, s. 17.

373 HE 309/1993 vp, s. 49.

perusoikeudet rinnastuvat sinänsä sitovuudeltaan vapausoikeuksiin, ja niiden tulkintaa voidaan ainakin osin lähestyä alkujaan nimenomaan vapausoikeuksien myötä kehitettyjen yleisten oppien kautta. Melko merkittävänä erona vapausoikeuksiin tai muihinkin perusoikeuksiin on kuitenkin pidettävä sitä, että hyvinvointioikeuksiksi laskettavien perusoikeuksien toteutuminen on kiinteästi yhteydessä julkisen vallan taloudellisiin voimavaroihin sekä tosiasialliseen kykyyn tarjota palveluja. Vapausoikeuksien tapaan hyvinvointioikeudet voivat sekä toimia hyväksyttävyyssperusteena jonkin muun perusoikeuden rajoitukselle että edellyttää itse tällaista rajoitusta.

Perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksessä on kyse sosiaalisille perusoikeuksille tyypillisestä julkisen vallan turvaamisvelvoitteen muotoon kirjoitetusta positiivisesta toimintavelvoitteesta. Tällaisissa säännöksissä relevantiksi ei nouse kysymys varsinaisesta perusoikeuden rajoittamisesta vaan siitä, turvaako julkinen valta oikeuksien toteutumisen kaikille ja riittävällä tavalla. Kuitenkin myös tällaisten perusoikeuksien toteutumistason olennainen heikentäminen voi rinnastua perusoikeuksien rajoittamiseen, jolloin toteutumistason mahdollista tai tosiasiallista heikentämistä sekä sen valtiosääntöistä sallittavuutta voidaan arvioida samoista lähtökohdista kuin vapausoikeuksiksi katsottavien perusoikeuksien rajoituksia.³⁷⁴ Perusoikeuksien yleisillä rajoittamisedellytyksillä on siis merkitystä myös sosiaali- ja terveyspalveluiden turvaamista arvioitaessa.³⁷⁵

Perusoikeuksien yleisten rajoittamisedellytysten mukaan vain täsmällisesti ja tarkkarajaisesti lailla määritellyt rajoitukset ovat mahdollisia, minkä lisäksi rajoitukselle on oltava riittävän painavat ja yleisesti hyväksyttävät perusteet, eikä vaihtoehtoista keinoa saa olla käytettävissä. Rajoitusedellytysten yhteydessä viitataan vakiintuneesti täsmällisyys-, tarkkarajaisuus-, hyväksyttävyy- ja suhteellisuusvaatimuksiin, joiden kaikkien tulee täytyä, jotta rajoitus voidaan katsoa valtiosääntöisesti hyväksyttäväksi. Ylipäätään rajoitusedellytysten puitteissa tavallisella lailla voidaan säätää vain vähäisiä poikkeuksia tai rajoituksia, jotka koskevat perusoikeuden toteuttamista.³⁷⁶ Perustuslain 19 §:n 3 momentin positiivisen toimintavelvoitteen toteuttamiseen kohdistuva heikennys voi siis rinnastua vapausoikeuksien rajoituksiin, jolloin ehdotetun heikennyksen valtiosääntöisessä arvioinnissa voidaan tukeutua samankaltaisiin arvioinnin lähtökohtiin kuin vapausoikeuksien rajoitusten yhteydessä.³⁷⁷ Säännös ei Viljasen mukaan kuitenkaan anna suojaa kaikkia palveluiden saatavuuden heikennyksiä vastaan, vaan ainoastaan sellaisia sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmän heikennyksiä vastaan, jotka merkitsevät tietyn vähimmäistason alittamista.³⁷⁸ Hidén on perustuslain 22 §:ää arvioidessaan

³⁷⁴ Viljanen 2011a.

³⁷⁵ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

³⁷⁶ Mäenpää 2018b, II osan 1 luku.

³⁷⁷ Saraviita 2011, s. 266.

³⁷⁸ Viljanen 2011a.

katsonut, että lainsäädännöllä on varmistettava turvaamisvelvoitteiden kattaman suoja-alan toteutumisen pysyvän riittävänä.³⁷⁹

Oikeuskirjallisuudessa sosiaalisille perusoikeuksille on tunnistettu useita oikeusvaikutuksia. Esimerkiksi Tuori ja Huhtanen ovat määrittäneet sosiaalisille perusoikeuksille ainakin subjektiivisen oikeuden perustavaa vaikutusta, toimivaltavaikutusta, toimeksiantovaikutusta, heikennyskieltovaikutusta, syrjäyttävää vaikutusta, tulkintavaikutusta ja ohjeellista vaikutusta.³⁸⁰ Rautiaisen mukaan julkiselle vallalle kohdistetun perusoikeuden toteuttamisvelvoitteen loogisena kääntöpuolena on sen edistämisessä saavutetun tason heikentämisen kieltö. Tämän argumentaation mukaan perusoikeuksien rajoitusedellytystesti soveltuu kyllä osittain myös julkisen vallan positiivisten toimintavelvoitteiden muotoon kirjattujen perusoikeuksien ja niitä koskevien velvoitteiden, kuten perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisen turvaamisvelvoitteen, heikentämisen arviointiin. Rautiaisen mukaan julkisen vallan positiivisiin toimintavelvoitteisiin kohdistuva heikentäminen ja vapausoikeuksien muotoon kirjoitettujen perusoikeuksien rajoittaminen ovat kuitenkin toisistaan poikkeavia tulkinta-asetelmia ja heikentämiseen liittyy myös sellaisia erityiskysymyksiä, joita perusoikeuksien rajoitusedellytystesti ei täysin tavoita.³⁸¹ Toisin kuin vapausoikeuksiin kiinnittyvän perusoikeuksien torjuntaoikeudellisen ulottuvuuden, perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisen perusoikeuden turvaamisoikeudellisen ulottuvuuden jäsentämiseen ei ole tutkimuksen piirissä syntynyt perusoikeuksien rajoitusedellytysoppeja vastaavaa oppia. Tämä on pääosin selitettävissä perusoikeuden turvaamisvelvoitteen luonteella, sillä turvaamisvelvoitteen muotoon kirjoitetuista perustuslain säännöksistä on vain harvoin johdettavissa yksiselitteisiä velvoitteita subjektiivisia oikeuksia luovan lainsäädännön asettamiseen. Kuitenkin myös turvaamisvelvoitteista voi syntyä yleisen tason oikeudellisia reuna-echoja lainsäätäjän toimille, joiden avulla perusoikeuden asettamaan tavoitetaan pyritään.³⁸² Tulkinta-asetelma ei siis ole yksiselitteinen.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön valossa ainakin osa näistä oikeusvaikutuksista vaikuttaa kyseenalaisilta. Vuoteen 2012 päättyvällä tarkastelujaksolla perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä analysoineen Huhtasen mukaan perustuslakivaliokunta on pääsääntöisesti tarkastellut sosiaaliturvan heikennys ehdotuksia perusoikeusrajoituksina ja arvioinut niiden sallittavuutta perusoikeuksien yleisten rajoitusperusteiden kannalta, mutta se ei ole yleensä kiinnittänyt huomiota siihen, merkitseekö heikennys perusoikeuden mahdollisesti suojaaman tason alittamista vai ei.³⁸³ Huhtanen on Tuorin viitaten kuvannut perustuslakivaliokunnan olevan

379 Hidén 1996, s. 768–769.

380 Tuori 2011b, s. 716; Huhtanen 2013, s. 164.

381 Rautiainen 2013, s. 263. Ks. myös Tuori 2011b; Arajärvi 2011, s. 37; Tuori – Kotkas 2023, s. 260–261.

382 Rautiainen 2013, s. 263.

383 Huhtanen 2013, s. 190–191.

lähempänä lähestymistapaa, jonka mukaan perusoikeussäännös ei sido sosiaalisten oikeuksien toteuttamista tiettyyn tasoon vaan edellyttää etuusjärjestelmien jatkuvaa kehittämistä, jolloin kaikki heikennykset jo saavutettuun tasoon ovat kiellettyjä. Huhtanen kuitenkin toteaa, että heikennyksiä ei ole valiokunnan lausuntokäytännössä pidetty täysin kiellettyinä vaan tulkinnassa on lähdetty siitä, että etuustason leikkaukset ovat toteuttavissa, kunhan yleiset rajoitusedellytykset täyttyvät. Huhtasen mukaan ”jo saavutettu taso” kuitenkin viittaa sosiaalisten perusoikeuksien yhteydessä oikeuksia konkretisoiviin etuusjärjestelmiin ja näitä järjestelmiä koskevaan, perustuslakia normihierarkkisesti alemman asteiseen lainsäädäntöön, jolloin sosiaalisten perusoikeuksien sisältö määräytyy heikennyskieltovaikutuksen yhteydessä ainakin osittain tämän lainsäädännön nojalla.³⁸⁴ Huhtanen siis kiinnittyy kyllä artikkelissaan vahvasti heikennyskieltovaikutukseen, mutta varsinainen analysoitu lausuntokäytäntö ei tällaisen vaikutuksen läsnäoloa ainakaan yksiselitteisesti tue. Vuoden 2012 jälkeisen perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön valossa olisi lisäksi liiallista olettaa perusoikeuksille ainakaan sosiaalisten perusoikeuksien kontekstissa kovin vahvaa heikennyskieltovaikutusta, vaan perustuslakivaliokunta vaikuttaa lausuntokäytännössään arvioivan myös sosiaalisia perusoikeuksia melko suoraviivaisesti yleisen rajoitusedellytystestin mukaisesti.³⁸⁵

Perustuslain 19 §:n 3 momentti sijoittuu perusoikeusjärjestelmän systematiikassa osaksi 19 §:n ilmaisemia muita sosiaalisia perusoikeuksia. Perustuslain 19 §:n 1 momentin mukaan jokaisella, joka ei kykene hankkimaan ihmisarvoisen elämän edellyttämää turvaa, on oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon. Kyse on perustuslain tasolla taatusta välittömästä ja subjektiivisesta oikeudesta välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon. Oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon ei siis lähtökohtaisesti ole riippuvainen täydentävistä alemman tasoisista säännöksistä, vaan vaatimuksia voidaan eräissä tilanteissa perustaa suoraan perustuslakiin.³⁸⁶ Säännös kytkeytyy muun muassa Euroopan sosiaalisen peruskirjan 12 artiklaan ja 13 artiklan 1 kohtaan sekä TSS-sopimuksen 11 artiklaan, joka pitää

384 Ibid.

385 Ks. mm. PeVL 11/2023 vp ja tässä viitattu lausuntokäytäntö. Ks. toisaalta heikennyskieltoa lähentelevästä tarkastelutavasta PeVL 11/2015 vp ja PeVL 51/2017 vp. Myöskään näissä lausunnoissa perustuslakivaliokunta ei ole käyttänyt heikennyskielto-termiä, eikä termi ylipäätään esiinny lausuntokäytännössä. Vaski-tietojärjestelmähaun perusteella heikennyskielto-termi esiintyy lausunnossa PeVL 32/2014 vp, mutta tällöinkin vain hallituksen esitystä (HE 165/2014 vp) referoivassa osassa: ”Hallitus katsoo, että esitys ei ole merkittävässä ristiriidassa perusoikeuksien heikennyskiellon tai perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten kanssa.” Valiokunnan kannanotot-osiossa, eli varsinaisessa PeV:n lausunnossa, heikennyskielto-termiä ei käytetä. Heikennyskiellon esiintymistä lausuntokäytännössä perustellaan ajoittain sen luonteella perustuslaillisten toimeksiantojen kääntöpuolena, jolloin viittaukset perustuslailliseen toimeksiantoon olisivat viittauksia heikennyskieltoon. Tällainen argumentaatio ei ole uskottavaa eikä pelkkiä viittauksia perustuslaillisiin toimeksiantoihin voida pitää viittauksina heikennyskieltoon. Ks. mm. Tuorin asiantuntijalausunto 2023, s. 5–6.

386 Tuori – Kotkas 2023, s. 271–272.

sisällään oikeuden riittävän ravinnon, vaatetuksen ja sopivan asunnon käsittämään tyydyttävään elintasoon.³⁸⁷ Perusoikeusuudistusesityksen mukaan oikeudella välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon on tarkoitus turvata ihmisarvoisen elämän vähimmäisedellytyksiä, eli niin sanottua eksistenssiminimiä.³⁸⁸ Eksistenssiminimissä on perusoikeusuudistusesitöiden mukaan kyse sellaisen tulotason ja palveluihin pääsyn turvaamisesta, joka takaa ihmisarvoisen elämän edellytykset, esimerkiksi terveyden ja elinkyvyn säilyttämisen kannalta välttämättömän ravinnon ja asumisen järjestämisen.³⁸⁹ Eduskuntakäsittelyn yhteydessä vähimmäisturvan piiriin todettiin kuuluvan myös muun muassa kiireellinen sairaanhoito ja tietyt sosiaalipalvelut.³⁹⁰

Perustuslain 19 §:n 1 momentin mukaisen oikeuden vähimmäistasoa ei ole määritelty rahallisesti eikä suhteessa mihinkään nimenomaiseen tavallisella lainsäädännöllä taattuun etuustasoon. Kyse ei kuitenkaan ole vain elämisen minimiedellytysten turvaamisesta, vaan kattavammasta ihmisarvoisen elämän edellytysten takaamisesta, mutta suojan ulottuvuus ei tältä osin ole yksiselitteinen. Kyse on viime kädessä yksilökohtaisesta kokonaisarvioista, eli niin sanotusta tarveperiaatteesta.³⁹¹ Erityisesti Tuori on hahmotellut ajatusta eksistenssiminimin laajasta ja suppeasta tulkinnasta, joista molempiin on löydettävissä tukea perustuslain esitöistä. Näistä suppea tulkinta takaisi elämän minimiedellytykset ja laaja tulkinta pelkkää elossa säilymistä laajemman aineellisen hyvinvoinnin. Tuorin ja Kotkaksen mukaan suppeaa tulkintaa voidaan perustella ainakin eksistenssiminimin ja elämän vähimmäisedellytysten käsitteiden kautta. Laajempaa tulkintaa voidaan perustella muun muassa säännöksen syntyhistorialla, kansainvälisiä ihmisoikeussopimuksia koskevan ratkaisu- ja valvontakäytännön kehityksellä sekä sanamuodon ”ihmisarvoinen elämä” esiintymisellä säännöksessä.³⁹² Tuori on katsonut perustuslakivaliokunnan päätyneen suppean tulkinnan kannalle.³⁹³ Jo nykyistä toimeentulotukilakia säädetäessä perustuslakivaliokunta esimerkiksi totesi nimenomaisesti, että säädetyn toimeentulotuen tasoa ei tullut ymmärtää perustuslain 19 §:n 1 momentin mukaiseksi vähimmäistasoksi.³⁹⁴ Myös tätä kirjoitettaessa viimeisimpien perustuslain 19 §:n 1 momentin tulkintaa koskevien perustuslakivaliokunnan lausuntojen voidaan katsoa viittaavan suppeampaan tulkintavaihtoehtoon.³⁹⁵

387 HE 309/1993 vp, s. 19 ja 35; Tuori – Kotkas 2023, s. 271–272.

388 HE 309/1993 vp, s. 46.

389 Ibid., s. 69.

390 StVL 5/1994 vp, s. 2.

391 Kotkas et al. 2023, s. 34.

392 Tuori – Kotkas 2023, s. 265–266.

393 Tuori 2011b, s. 729–730;

394 PeVL 31/1997 vp s. 2–4. Ks. myös PeVL 40/2018 vp s. 3–4 ja viitatus lausunnot. Ks. teemasta mm. Rautiainen – Mattila 2023, s. 215, ja Ilveskivi 2000, s. 32

395 Tuori 2011b, s. 729–730; PeVL 11/2023 vp. Ks. myös PeVL 14/2023 vp ja PeVL 8/2024 vp, joiden yhteisvaikutuksiin lausunnossa PeVL 11/2023 vp viitataan.

Perustuslain 19 §:n 2 momentin mukaan lailla taataan jokaiselle oikeus perustoimeentulon turvaan työttömyyden, sairauden, työkyvyttömyyden ja vanhuuden aikana sekä lapsen syntymän ja huoltajan menetyksen perusteella. Toisin kuin 1 momentti, 2 momentti on luonteeltaan niin sanottu toimeksiantosäännös, jolla ei perusteta subjektiivista oikeutta, vaan lainsäätäjälle velvollisuus säätää tavallisella lainsäädännöllä näistä subjektiivisista oikeuksista.³⁹⁶ Perustuslain esitöissä on todettu, että perustuslain 19 § 2 momentin vaatimuksia eivät vastaisi sellaiset lainsäädännölliset muutokset, jotka merkitsisivät olennaista puuttumista perustoimeentulon turvaan.³⁹⁷ Sosiaalisten perusoikeuksien kokonaisuudessa perustuslain 19 §:n 2 momentin mukainen perustoimeentulon turva merkitsee pidemmälle menevää turvan tasoa kuin edellä käsitelty 1 momentin mukainen oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon, eikä perustoimeentuloa turvaava järjestelmä voi muodostua 1 momentin mukaisesta viimesijaisesta turvasta.³⁹⁸ Säännöksen perusteluissa todetaan, että hyvinvointiyhteiskuntaan kuuluu oikeus turvalliseen elämään riippumatta yksilön asemasta työelämässä, perhesuhteista ja sosiaalisesta asemasta tai muista vastaavista tekijöistä.³⁹⁹ Esitöiden mukaan työttömyys, sairaus, työkyvyttömyys, vanhuus, lapsen syntymä ja huoltajan menetys ovat tyypillisesti tilanteita, joissa yksilön toimeentulomahdollisuudet ovat merkittävästi heikentyneet, ja lainsäätäjällä on velvoite taata yksilön perustoimeentulon turva.⁴⁰⁰ Käytännössä perustoimeentulon turvasta säädetään esimerkiksi työttömyysturvalaissa, sairaskuutuslaissa ja eläkelainsäädännössä.⁴⁰¹

Perustuslakivaliokunta on työttömyysetuuksien kontekstissa arvioinut, että perustuslain 19 §:n 2 momenttiin kiinnittyvien syyperusteisten etuuksien tason on lähtökohtaisesti oltava sellainen, ettei niitä saava henkilö joudu turvautumaan toimeentulotukeen.⁴⁰² Muun muassa Huhtanen sekä Rautiainen ja Mattila ovat tähän nojautuen arvioineet, että perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö tarkoittaa niin sanotun porrasmallin omaksumista kansalliseen valtiosääntöajatteluun.⁴⁰³ Porrasmallin perusajatus on, että kuuluminen perustuslain 19 §:n 2 momenttiin kiinnittyvän syyperusteisen perusturvan piiriin kuulumisen tulisi estää tarve nojautua perustuslain 19 §:n 1 momenttiin kytkeytyviin etuuksiin kuten toimeentulotukeen, jolloin perustuslain 19 §:än kytkeytyvät sosiaaliset perusoikeudet muodostaisivat

396 Tuori – Kotkas 2023, s. 271–272.

397 HE 309/1993 vp, s. 71. PeV:n lausuntokäytännöstä mm. PeVL 14/2023 vp, kohta 12, PeVL 40/2018 vp ja PeVL 45/2017 vp.

398 HE 309/1993 vp, s. 70/I, PeVM 25/1994 vp, s. 10/II, PeVL 48/2006 vp, s. 2, PeVL 25/2013 vp, s. 2/I, PeVL 51/2017 vp, s. 3.

399 HE 309/1993 vp, s. 70

400 HE 309/1993 vp, s. 70; PeVM 25/1994 vp, s. 10.

401 Kotkas et al. 2023, s. 46

402 PeVL 34/1996 vp, PeVL 40/2018 vp ja PeVL 47/2017 vp; Rautiainen – Mattila 2023, s. 215

403 Rautiainen – Mattila 2023, s. 215; Huhtanen 2013. Ks. myös Arajärvi 2002, s. 273, ja Kotkas et al. 2023, s. 36.

kolmiportaisena järjestelmän. Toimeentuloturva turvaa yhtäältä perustuslain 7 §:n 1 momentin mukaista oikeutta elämään, eli käytännössä tämän edellytyksiä, kuten ravintoa, asumista ja kiireellistä tai muuten välttämätöntä terveydenhuoltoa. Tämä voitane samsaistaa niin sanottuun eksistenssiminimiin tai elämän edellyttämään turvaan. Toisaalta turva ulottuu myös laajemmin ihmisarvoisen elämän edellytyksiin, jolloin huomioon on otettava myös sosiaalisia ja laajemmin hyvinvointiin liittyviä tarpeita. Tämän taas voidaan ajatella kytkeytyvän erityisesti perustuslain 19 §:n 1 momenttiin, eli ihmisarvoisen elämän edellyttämään turvaan.⁴⁰⁴ Asetelmaa voidaan hahmottaa esimerkiksi toimeentulotuen kautta, jonka on katsottu ulottuvan perusoikeusportaikon kaikille kolmelle tasolle.⁴⁰⁵ Viimesijaisena etuutena se turvaa oikeutta elämään, mutta myös laajemmin ihmisarvoisen elämän edellytyksiä. Lisäksi toimeentulotukea maksetaan myös monille perustuslain 19 §:n 2 momenttiin kytkeytyvien perusturvaetuuksien saajille, jos nämä etuudet eivät riitä perustoimeentulon turvaamiseen. Tämä perustuslain 19 §:n 2 momenttiin kytkeytyvä perustoimeentulon turvan on niin sanotun porrasmallin kolmas taso. Lisäksi toimeentulotuki kytkeytyy perustuslain 19 §:n 3 momenttiin ainakin lääkekustannusten omavastuuosuuksien korvaamisen kautta.⁴⁰⁶

Perustuslain 19 §:n säännöksiin lukeutuu vielä 4 momentti, jonka mukaan julkisen vallan tehtävänä on edistää jokaisen oikeutta asuntoon ja tukea asumisen omatoimista järjestämistä. Esitöiden mukaan säännös ei turvaa tätä oikeutta subjektiivisena oikeutena ja oikeuskirjallisuudessa säännöksen velvoittavuutta on pidetty heikkona.⁴⁰⁷ Säännöksen esitöissä todetaan myös laajemmin sosiaalisiin perusoikeuksiin kohdistuvasti, että perusoikeudet eivät voi olla yksinomaan julkisen vallan vastuulla, vaan perusoikeussäännösten kokonaisuus pikemminkin korostaa yhteiskunnan jäsenten omaa aktiivista toimintaa perusoikeuksien toteuttamisessa.⁴⁰⁸ Eri tulkinta-asetelmissa merkitystä voi kuitenkin olla perustuslain 19 §:n 1 momentin ja 4 momentin yhteisvaikutuksella, sillä ihmisarvoisen elämän turvaama välttämätön huolenpito pitää sisällään myös asunnon turvaamiseen tähtäviä toimia.⁴⁰⁹

Sosiaalisten perusoikeuksien mitoituksen osalta perustuslakivaliokunnan lausuntokäytössä lainsäätäjälle asetetun toimintavelvoitteen luonteen mukaisena on pidetty, että sosiaaliturvaa suunnitellaan ja kehitetään yhteiskunnan taloudellisten voimavarojen mukaisesti ja että kansantalouden ja julkisen talouden tila voidaan ottaa huomioon mitoitettaessa sellaisia etuuksia, jotka julkinen valta välittömästi rahoittaa.⁴¹⁰ Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön mukaan valtiontalouden

404 Arajärvi 2002, s. 272–274.

405 Kotkas et al. 2023, s. 36; Arajärvi 2002, s. 274–277.

406 Kotkas et al. 2023, s. 36.

407 Mm. Arajärvi 2002, s. 216–217, ja Tuori – Kotkas 2023, s. 310–313. Ks myös StVL 5/1994 vp, s. 4.

408 HE 309/1993 vp, s. 72.

409 Tuori – Kotkas 2023, s. 310; HE 309/1993 vp, s. 69.

410 PeVL 44/2021 vp, kohta 6. Ks. myös esim. PeVL 58/2016 vp, s. 2, PeVL 6/2009 vp, s. 8 ja PeVL

säästötavoitteet taloudellisen laskusuhdanteen aikana voivat muodostaa hyväksyttävän perusteen puuttua jossain määrin myös perustuslaissa turvattujen oikeuksien tasoon.⁴¹¹ Tällöinkään sääntely ei saa kokonaisuutena arvioiden vaarantaa perustuslaissa turvattujen perusoikeuden toteutumista eikä heikennys saa tehdä tyhjäksi perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden ydinsisältöä.⁴¹² Käytännössä perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on vakiintunut sosiaalisten perusoikeuksien osalta lähestymistapa, jossa perustuslaissa turvattujen oikeuksien tasoon voidaan jossain määrin puuttua, mutta puuttumiselle asemoituu rajoja, kuten kieltä tehdä tyhjäksi perusoikeuden ydinsisältöä, puuttumisen kesto, puuttumisen syvyys, ja jos puuttumista perustellaan julkisen talouden tilanteella tai kestävyydellä, julkistalouden vaikeuksien mittaluokka ja ehdotuksen todellinen yhteys näiden haasteiden ratkaisemiseen.⁴¹³ Merkitystä arvioinnissa on annettu myös valtiontalouden pidemmän aikavälin kantokyvyille ja kestävyydelle, ei pelkästään akuuteille julkisen talouden haasteille. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä lisäksi korostetaan, että perustuslain sosiaaliset perusoikeudet eivät sellaisenaan turvaa etuuksien säilymistä nimenomaan nykytasolla tai edellytä niiden korottamista yleisen kustannustason mukaisesti.⁴¹⁴ Perustuslakivaliokunta on perustuslain 19 §:n 2 momentin kontekstissa muun muassa hyväksynyt yleisen asumistuen leikkaantumiseen johtavien säädösmuutosten säätämisen, vaikka niitä ei ehdotettu laskusuhdanteessa, sillä sääntelyn taustalle katsottiin olevan esimerkiksi julkisen talouden suunnitelmasta ilmeneviä valtiontalouden pitkäaikaiseen kantokykyyn liittyviä tekijöitä.⁴¹⁵

Kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valvontaelinten käytännössä sosiaaliturvan tasolle on pyritty luomaan mittareita, mutta näitä ei kuitenkaan ole kansallisesti laajasti hyväksytty arvioinnin pohjaksi eikä perustuslakivaliokunta ole noudattanut arvioinnissaan näitä mittareita. Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitea on määrittänyt niin sanotuksi pienituloisuusrajaksi puolet vertailukelpoisesta ekvivalentista mediaanitulosta ja katsonut tuen tason riittäväksi, kun se ei ole selvästi pienituloisuusrajan alapuolella.⁴¹⁶ Suomen järjestelmässä tekemässään arvioinnissa komitea katsoi, että tuen taso oli ainakin joidenkin henkilöiden kohdalla riittämätön.⁴¹⁷ Komitean mukaan Suomen sosiaaliturvan taso ei siis tämän valossa nyky-

34/1996 vp, s. 2—3.

411 PeVL 14/2023 vp, kohta 12. Ks. myös PeVM 25/1994 vp ja esim. PeVL 25/2012 vp ja PeVL 44/2014 vp.

412 PeVL 14/2023 vp, kohta 12. Ks. myös PeVL 14/2015 vp, s. 3.

413 PeVL 51/2017 vp, s. 3, PeVL 14/2015 vp, s. 3, PeVL 12/2015 vp, s. 3, PeVL 11/2015 vp, s. 3 ja PeVL 10/2015 vp, s. 3.

414 Mm. PeVL 51/2017 vp s. 2. Ks. myös PeVL 59/2016 vp, s. 2, PeVL 6/2015 vp, s. 2.

415 PeVL 51/2017 vp, s. 3.

416 ECSR, Digest 2022, s. 126–127. ECSR, Finnish Society of Social Rights v. Finland, Complaint No. 88/2012, kohdat 112–113. Ekvivalenttia mediaanituloja laskettaessa otetaan huomioon erityisesti kotitalouden kaikki tulot, verot ja sosiaaliturvamaksut sekä kotitalouden jäsenten määrä.

417 ECSR, Finnish Society for Social Rights v. Finland, Complaint No 88/2012, kohdat 120 ja 122;

sellään vastaa peruskirjan edellyttämää minimitasoa.⁴¹⁸ Sinänsä Suomen tilanne ei ole erityisen poikkeuksellinen, sillä lähes kaikki Suomen läheiset verrokkimaat ovat saaneet komitealta huomautuksia sosiaaliturvaetuksien riittämättömyydestä.⁴¹⁹ Suomen asema suhteessa Euroopan sosiaalisten oikeuksien komiteaan poikkeaa kuitenkin esimerkiksi Tanskasta ja Ruotsista, joista kumpikaan ei ole mahdollistanut järjestökanteluiden tekemistä komitealle, jolloin komitean mahdollisuudet arvioida turvan tason riittävyyttä rajautuvat lähinnä niin sanottuun määräaikaisraportointiin.⁴²⁰ Suomi on ylipäättään mahdollistanut järjestökanteluiden tekemisen laajasti, kun asetelmaa verrataan muihin Euroopan sosiaalisen peruskirjan ratifioineihin valtioihin.⁴²¹

Länsi-Euroopan maiden suhtautuminen kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ylipäättään vaihtelee, vaikka ne sinänsä olisivatkin ratifioineet ainakin tärkeimmät sosiaalisia ihmisoikeuksia määrittelevät sopimukset. Tuoreessa VN-TEAS -selvityksessä todetaan, että maita voidaan jakaa kolmeen ryhmään niiden sitoutumisen asteen osalta. Ensimmäisessä ryhmässä ovat tässä jaottelussa Iso-Britannia, Tanska ja Saksa. Maat ovat ratifioineet TSS-sopimuksen, mutta eivät sen lisäpöytäkirjaa, joka mahdollistaisi yksilövalitusten tekemisen TSS-sopimuksen noudattamista valvovalle komitealle, eivätkä myöskään järjestökantelut mahdollistavaa Euroopan sosiaalisen peruskirjan lisäpöytäkirjaa. Saksassa taas sosiaalisten ihmisoikeussopimusten katsotaan velvoittavan lähinnä lainsäätäjää eikä niiden katsota luovan suoria oikeuksia yksilölle.⁴²² VN TEAS -selvityksessä toiseen ryhmään luetaan Alankomaat ja Ruotsi, jotka eivät ole ratifioineet TSS-sopimuksen lisäpöytäkirjaa. Ne ovat toisaalta ratifioineet Euroopan sosiaalisen peruskirjan lisäpöytäkirjan, mutta eivät kuitenkaan ole antaneet julistusta, joka mahdollistaisi kansalaisjärjestöjen kantelut Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitealle.⁴²³ Suomi taas luetaan Ranskan kanssa ryhmään, joka on ratifioinut lisäpöytäkirjat ja antanut edellä mainitut julistukset, eli sinänsä eurooppalaisessa vertailussa sosiaalisiin perusoikeuksiin varsin vahvasti sitoutuneiden valtioiden joukkoon. Myöskään Suomessa TSS-sopimuksen tai sosiaalisen peruskirjan ei kuitenkaan katsota luovan suoria subjektiivisia oikeuksia eikä Suomi ole nostanut sosiaalietuuksien tasoja vastaamaan komiteoiden valvontakäytännössään edellyttämää tasoa.⁴²⁴ Suomi on katsonut, että komitean työssä ei ole huomioitu kaikkia relevantteja näkökohtia.⁴²⁵ VN TEAS -selvityksessä todetusti

ECSR, Finnish Society for Social Rights v. Finland, Complaint No 108/2014, 8.12.2016.

418 ECSR, Findings 2023, s. 48-51

419 Kotkas et al. 2023, s. 133-136

420 Kotkas et al. 2023, s. 133-136

421 ECSR, Digest 2022, s. 22.

422 Kotkas et al. 2023, s. 134.

423 Kotkas et al. 2023, s. 135.

424 Ks. esim. PeVL 47/2017 vp, s. 5 ja PeVL 40/2018 vp, s. 4.

425 Appendix to COE Committee of Ministers Resolution CM/ResChS(2015)8; Appendix to COE Committee of Ministers, Resolution CM/ ResChS(2017)8.

Suomi näyttää siis muodollisesti sitoutuneen varsin vahvasti sosiaalisia ihmisoikeuksia koskevien kansainvälisten sopimusten noudattamiseen, mutta se ei kuitenkaan tarkoita, että näin olisi kaikilta osin myös käytännön tasolla, eli perustuslakivaliokunnan ja kansallisten tuomioistuinten harjoittamassa oikeudellisessa harkinnassa tai poliittisten päätösten pohjalta muotoutuvassa sosiaaliturvan tasossa.⁴²⁶

Kansainvälisistä ihmisoikeusvalvontaelimistä poiketen perustuslakivaliokunta ei pääsääntöisesti ole ottanut kantaa viimesijaisen turvan ja perustusturvan euromääräisistä minimitasoihin. Perustuslakivaliokunta totesi toimeentulotukilakia säädettäessä jo edellä referoidusti, että tuen taso ylitti perustuslain 19 §:n 1 momentin mukaisen minimitason.⁴²⁷ Valiokunta on lausuntokäytännössään toistuvasti katsonut, että sosiaaliset perusoikeudet eivät turvaa etuuskien tason säilymistä nykyisellään eikä niiden kasvattamista kustannustasoindeksien mukaisesti, eli arviointi ei toisin sanoen kiinnity mihinkään tavallisella lailla tiettynä ajankohtana taattuun etuuskien euromääräiseen tasoon tai tämän tason mukaiseen ostovoiman takaamiseen.⁴²⁸ Perustuslakivaliokunta vaikuttaa näin ensinnäkin asemoivan sosiaalisten perusoikeuksien suojaaman etuustason verraten matalaksi, minkä lisäksi myös tätä etuustasoa on mahdollista rajoittaa perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten mukaisesti, jolloin lainsäätäjän harkintavalta muodostunee kokonaisuutena varsin laajaksi. Näin siis ainakin silloin, mikäli tulkinta-asetelmaan ei tuoda mukaan juurikaan kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valvontaelinten ratkaisusta ja muusta ihmisoikeussopimukseen kiinnittyvästä aineistosta syntyvää arviointikehikkoa, kuten perustuslakivaliokunta vaikuttaa monesti menettelevän.⁴²⁹

4.1.2. Perustuslain 19 §:n 3 momentin turvaamisvelvoite

Perustuslain 19 §:n 3 momentin säännös sosiaali- ja terveyspalveluiden turvaamisvelvoitteesta otettiin perustuslakiin vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen yhteydessä ja siirrettiin sellaisenaan vuoden 2000 perustuslakiin. Perusoikeusuudistusesityksessä todetaan, että säännöksessä ei määritellä sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistapaa. Säännös ei siten edellytä, että julkisyhteisöt itse huolehtisivat kaikkien sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamisesta. Perusoikeusuudistusesityksen mukaan säännöksestä kuitenkin seuraa, että lainsäädännöllä on huolehdittava riittävien palvelujen turvaamisesta.⁴³⁰

Perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksessä olennaista on palveluiden riittävyys. Palvelujen riittävyttä arvioitaessa lähtökohtana voidaan perusoikeusuudistusesityksen mukaan pitää sellaista palvelujen tasoa, joka luo jokaiselle ihmiselle

⁴²⁶ Kotkas et al. 2023, s. 136

⁴²⁷ PeVL 31/1997 vp, s. 3.

⁴²⁸ PeVL 51/2017 vp, s. 2; ks. myös PeVL 59/2016 vp, s. 2 ja PeVL 6/2015 vp, s. 2.

⁴²⁹

⁴³⁰ HE 309/1993 vp, s. 71.

edellytykset toimia yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä.⁴³¹ Perustuslakivaliokunta on myös vakiintuneesti katsonut, että perustuslain 19 §:n 3 momentin viittaus ”jokaiseen” terveyspalveluihin oikeutettuna edellyttää viime kädessä yksilökohtaista arviointia palvelujen riittävydestä.⁴³² Oikeuskirjallisuudessa ei ole pystytty ainakaan aukottomasti määrittelemään perustuslain 19 §:n 3 momentin kaltaisten turvaamisvelvoitteiden aineellista sisältöä, esimerkiksi suojan minimitasoa sekä perustuslaillisen toimeksiannon laatua ja sitovuutta. Turvaamisvelvoitteille ylipäätään on paikannettu rajoja varsin kontekstuaalisesti.

Perustuslain 19 §:n 3 momentin säännös sisältää myös sääntelyvarauksen. Perustuslakivaliokunta täsmensi vuoden 1995 perusoikeusudistuksen yhteydessä sääntely- ja lakivaruksen sisältöä, minkä lisäksi varauksia on käsitelty kattavasti myös oikeuskirjallisuudessa.⁴³³ Sääntely- ja lakivaruksilla viitataan perustuslain säännöksen yhteyteen kirjattuun lausekkeeseen, jolla edellytetään kyseisen perusoikeuden rajoittamisen tai perusoikeuden käytön sääntelyn tapahtuvan lailla tai lain nojalla.⁴³⁴ Sääntelyvarauksilla viitataan perusoikeussäännöksiin, joissa todetaan oikeuden konkretisoituvan *siten kuin lailla tarkemmin säädetään*. Tähän joukkoon kuuluu myös perustuslain 19 §:n 3 momentti.

Perustuslain 19 §:n 3 momentin sääntelyvarauksessa ilmaistaan velvollisuus sekä toisaalta perustuslaillinen valtuutus antaa perusoikeutta täsmentäviä säännöksiä. Perustuslain 19 §:n 3 momentissa käytetyllä sanamuodolla *tarkemmin säätämisestä* on perustuslakivaliokunnan mukaan haluttu korostaa lainsäätäjän rajoitettua ja pääsääntöön sidottua liikkuma-alaa.⁴³⁵ Tällaista muotoilua on perustuslain 2 luvussa käytetty 19 §:n 3 momentin lisäksi sukupuolten tasa-arvoa työelämässä koskevassa 6 §:n 4 momentissa ja muun kuin perusopetuksen saatavuutta koskevassa 16 §:n 2 momentissa. Vaihtoehtoisia muotoilua, jossa säätämistä ei kvalifioida tarkemmin, on käytetty vaali- ja osallistumisoikeuksia koskevassa 14 §:ssä. Lisäksi myös perusoikeuslukuun sisältyy muotoiluja, joiden mukaan oikeudesta säädetään lailla. Perustuslain voidaan ajatella sitovan lainsäätäjän harkintavaltaa tällaisissa oikeuksissa vähemmän kuin 19 §:n 3 momentissa kyseessä olevissa sääntelyvarauksissa, sillä perusoikeuden pääsääntö voidaan jälkimmäisissä tapauksissa lukea suoraan perustuslaista. Rautiaisen ja Neuvosen mukaan perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan tosiasiallisesti vaikuta soveltavan perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä

431 Ibid.

432 Mm. PeVL 30/2013 vp, s. 3; PeVL 26/2017 vp, s. 32.

433 PeVM 25/1994; mm. Saraviita 2005; Viljanen 2011a.

434 Viljanen 2001, s. 27; Neuvonen – Rautiainen 2015b, s. 228–229.

435 PeVM 25/1994 vp, s. 6. Sääntelyvarauksen sisältöä paikannettaessa lähtökohdaksi voidaan ottaa, että eri muotoon kirjatut laki- tai sääntelyvaraukset jättävät lainsäätäjälle eriasteista liikkumavaraa. Tämä liikkumavara on sääntelyvarauksissa suurempi kuin ilman sääntelyvarausta kirjoitetuissa perusoikeussäännöksissä, mutta perustuslaki ilmaisee myös niitä koskevan pääsäännön, josta poikkeavasti ei voida säätää lailla.

systemaattisesti tiukemmin sääntelyvarauksiin liittyvissä tilanteissa verrattuna laki-viittauksiin liittyviin tilanteisiin.⁴³⁶

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä 19 §:n 3 momentin turvaamisvelvoitetta on erityisesti Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä arvioitu hyvin käytännönläheisesti ja konkreettisesti, eikä arviota ole juurikaan kiinnitetty edellä kuvattuun keskusteluun turvaamisvelvoitteisiin kohdistuvan heikentämisen valtiosääntöoikeudellisesta luonteesta. Valiokunnassa katsottiin turvaamisvelvoitteen edellyttävän muun muassa sen arviointia, johtaako ehdotettu sääntely sote-palveluiden vaarantumiseen tai onko mukana sellaisia mekanismeja, jotka johtaisivat vaarantumiseen tai toisaalta torjuisivat sen riittävissä määrin. Tältä osin kyse ei ole niinkään ollut valtiosääntöisen minimitasen paikantamisesta tai turvaamisvelvoitteen valtiosääntöisen luonteen täsmentämisestä, vaan hyvin suoraviivaisesta lähtökohdasta, jossa riittävien palveluiden turvaaminen kaikissa oloissa mielletään luonteeltaan tosiasiallisesti ehdottomaksi julkiseen valtaan kohdistuvaksi toimintavelvoitteeksi.⁴³⁷ Suhtautumistapa vaikuttaa esimerkiksi edellä kuvattuun muihin, osin jopa subjektiivisen oikeuden muotoon kirjattuja sosiaalisia perusoikeuksia koskevaan lausuntokäytäntöön verrattuna poikkeavalta.

Juha Sipilän hallituksen sote-uudistusta arvioidessaan perustuslakivaliokunta kiinnitti huomiota siihen, että hallituksen esityksessä oli viitattu lukuisiin potentiaalisiin haasteisiin sekä toisaalta keinoihin, joilla ongelmia on pyritty torjumaan. Hallituksen esityksessä käsiteltyjä kysymyksiä olivat muun muassa se, houkutteleeko ehdotettu sääntely potilaiden liialliseen tai liian vähäiseen hoitoon tai liiketaloudellisesti kannattavimpien asiakkaiden valikointiin. Samoin esityksessä pohdittiin järjestämis- ja tuottamistehtävän erottamisen välttämättömyyttä, tietojärjestelmien käyttöönotto-aikataulujen realistisuutta ja muita ehdotetun sääntelyn käytännön vaikutuksia. Perustuslakivaliokunta huomautti ensimmäisestä Sipilän hallituksen sote-uudistuksesta antamassaan lausunnossa, että vaikka mainitun kaltaiset kysymykset eivät lähtökohdaisesti koske ehdotetun sote-uudistuksen perustuslainmukaisuutta, voivat ne tietyissä tilanteissa johtaa perustuslainmukaisuusongelmiin, jos niiden vuoksi perusoikeuksien toteutuminen vaarantuu.⁴³⁸ Lausunto kuvaa hyvin sitä perustuslakivaliokunnan Sipilän hallituksen uudistuksen yhteydessä omaksumaa lähtökohtaa, jonka mukaan valiokunnan tulee arvioida 19 §:n 3 momentin mukaista turvaamisvelvoitetta hyvin käytännönläheisesti ja pyrkiä saamiinsa selvityksiin tukeutuen varmistamaan, että sääntely kokonaisuutena täyttää turvaamisvelvoitteen asettamat minimivaatimukset, joita ei kuitenkaan erityisen tarkasti lausunnossa eritelty.

Perustuslakivaliokunta siis omaksui tehtäväkseen koko järjestelmän jopa empiriseksi luonnehdittavan arvioinnin, sillä vain kokonaisuutena toimivaksi todettu

⁴³⁶ Neuvonen – Rautiainen 2015b, s. 229.

⁴³⁷ Ks. PeVL 26/2017 vp, PeVL 15/2018 vp

⁴³⁸ PeVL 26/2017 vp, s. 37.

järjestelmä voisi varmistaa perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisen turvaamisvelvoitteen toteutumisen. Tässä arvioinnissa valiokunta tukeutui korostetusti sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijoiden antamiin lausuntoihin, mikä oli valiokunnan historiassa jopa ainutkertaisen syvä askel käsiteltävän asian substanssin tarkasteluun.⁴³⁹ Rautiainen totesi asiantuntijalausunnossaan osuvasti:

Mikäli substanssiasiantuntijoiden kuulemisten kautta tai muutoin syntyy varteenotettava epäily, ettei jossakin maakunnassa kyetä edes maakunnan omalla palvelutuotannolla varmistamaan riittävien sosiaali- ja terveyspalveluiden turvaamista perustuslain 6§:n ja 19.3 §:n edellyttämällä tavalla kaikille yhdenvertaisesti, on esitystä tältä osin korjattava, jotta se voidaan käsitellä tavanomaisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Korjaaminen voi tarkoittaa muutoksia johonkin valinnanvapausmallin peruselementtiin (asiakassetelipalvelut, henkilökohtainen budjetti, suoran valinnan palvelut) taikka sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisvastuun antamista 18 vähäisemmälle määrälle maakuntia. Siihen, millaisia korjauksia – jos minkäänlaisia – tarvitaan, voi ottaa tarkasti kantaa vasta sote-substanssiasiantuntijoiden kuulemisen jälkeen.⁴⁴⁰

Lainauksessa olennaista eivät ole niinkään mainittu maakuntien määrä tai mallin yksityistä tuotantoa koskeneet yksityiskohdat, vaan lähtökohta, jossa perustuslakivaliokunnan rooliksi paikantuu koko järjestelmän arvioiminen sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijoiden antamien selvitysten jälkeen. Nähdäkseni perustuslakivaliokunta noudatti arvioinnissaan tätä Rautiaisen kuvaamaa mallia. Perustuslakivaliokunnan valitsemaa lähtökohtaa voidaan pitää erityisenä, kun sitä peilataan valiokunnan laajempaan perustuslain 19 §:n 3 momenttia ja sosiaalisia perusoikeuksia koskevaan lausuntokäytäntöön. Se syntyi kuitenkin kontekstissaan: Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksessa oli kyse historiallisen suuresta hallinnon sekä sosiaali- ja terveyspalveluiden uudistuksesta, jossa olisi luotu paitsi kokonaan uusi hallinnon taso, mihin liittyi omia laajoja epävarmuusaspektejaan, myös uudenlainen monituottajamalliin pohjautuva järjestelmä sote-palveluiden tuottamiseen. Lisäksi uudistuksen läpiviennin aikataulu oli erittäin tiukka, mitä suuri osa substanssivaliokuntien ja perustuslakivaliokunnan kuulemista asiantuntijoista piti ongelmallisena sosiaali- ja terveyspalveluiden toimivuuden näkökulmasta. Tässä poikkeuksellisessa kontekstissa perustuslakivaliokunta katsoi, että sen tehtäviin kuului myös sote-uudistuksen konkreettinen ja käytännönläheinen arviointi.

Perustuslakivaliokunnan valintaa voitaneen pitää perusteltuna tai ainakin valiokunnan tehtävän puitteisiin asettuvana juuri kyseisessä asetelmassa. Olennaiseksi

439 Ks. perustuslakivaliokunnan kuulemista asiantuntijoista esim. Wiberg 2003; Keinänen – Wiberg 2012.

440 Rautiaisen asiantuntijalausunto 2018, s. 4. Ks. lisäksi esim. Hidénin asiantuntijalausunto 2018b, s. 10–11; Suksin asiantuntijalausunto 2018, s. 3–4.

kysymykseksi kuitenkin muodostuu, olisiko yhtä tarkka tarkastelu tarpeen, jos yksityistä palvelutuotantoa koskenut järjestelmämuutos olisi ollut rajatumpi eikä samalla olisi tehty isoa hallinnon ja järjestämisvastuun uudistusta. Tulisiko perustuslakivaliokunnan myös tällöin ottaa vastaava rooli? Ainakaan kaiken sote-sektorille ehdotetun ja siten perustuslain 19 §:n 3 momentin turvaamisveloitteeseen liittyvän lainsäädännön arviointi vastaavalla tarkkuudella ja konkretian kautta ei liene jatkosakaan valiokunnan mandaatin piirissä, vaan tässä on voitava luottaa muun muassa hallituksen esityksessä esitettyihin selvityksiin sekä toisaalta substanssivaliokuntien työhön. Myös perustuslakivaliokunnan käytännössä lausuttu tukee tätä tulkintaa. Valiokunta katsoi Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä, että vaikka lainsäädännön vaikutusten ennakkolliseen arviointiin sisältyy aina jonkinasteinen epävarmuuselementti, uudistuksen käsittelyn aikana esitettyihin riskeihin tuli suhtautua poikkeuksellisen vakavasti. Kyse oli mittaluokaltaan suuresta uudistuksesta, joka kohdistui sellaisten palveluiden järjestämiseen, joissa on keskeisesti kyse julkiselle vallalle osoitetun perusoikeuksien turvaamistehtävän toteuttamisesta.⁴⁴¹

Perustuslakivaliokunta totesi pitävänsä sinänsä selvänä, että lainsäätäjällä on merkittävästi harkintavaltaa sosiaali- ja terveyspalvelujen riittävyyden turvaamisen keinoista päätettäessä. Jonkinasteista valtiosääntöoikeudellista merkitystä oli kuitenkin oltava myös sillä, että lähes kaikki valiokunnan kuulemista asiantuntijoista pitivät ehdotusta erityisen suuren ja vakavan riskin muodostavana.⁴⁴² Tästä näkökulmasta ainakin tietty tulkinnallinen rooli voidaan paikantaa myös sosiaalisten oikeuksien rajoitusedellytyksille, joiden lähtökohtana voidaan pitää objektiivisesti hyväksyttävien ja painavien perusteiden edellyttämistä, ja näitä perusteita ovat esimerkiksi julkisen talouden rahoitusvaikeudet.⁴⁴³ Vaikka lainsäätäjällä sinänsä on oikeus säätää myös asiantuntijoiden enemmistön huonoksi arvioimia lakeja, tälle mahdollisuudelle asettuu valtiosääntöisiä rajoja, jos sen voidaan katsoa tarkoittavan perusoikeusrajoitusta.⁴⁴⁴ Kynnys pelkän järjestelmämuutoksen tai palveluiden tuotantotapaa koskevan lainmuutoksen tulkitsemiseen perusoikeuksien rajoittamiseksi tulisi kuitenkin asettaa erittäin korkealle. Lähtökohtaisesti tällainen tulkinta olisi perusteltua vain jonkinlaisen erityisen laajan konsensuksen tai yksiselitteisen selvityksen tilanteessa. Valiokunta ei kuitenkaan kiinnittänyt arviointiaan tähän asetelmaan, vaan mielsi roolikseen koko järjestelmän toteuttamiskelpoisuuden ja toimintavarmuuden arvioinnin, koska järjestelmällä oli läheinen liitos perustuslain 19 §:n 3 momenttiin ja muutoksen suunniteltu koko oli erittäin suuri.

Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä luotuna perustuslakivaliokunnan hyvin merkityksellisenä tulkintana voidaan pitää siis sitä, että perustuslaillinen

441 PeVL 26/2017 vp, s. 37–38.

442 Ibid., s. 38.

443 Ks. esim. Hidénin asiantuntijalausunto 2018b, s. 3.

444 Ks. esim. Hidénin asiantuntijalausunto 2018a, s. 4.

ongelma suhteessa perustuslain 19 §:n 3 momenttiin saattaa syntyä myös silloin, kun ehdotettuun lainsäädäntöön sisältyy joitakin rakenteellisia ongelmia, jotka suurella todennäköisyydellä johtavat siihen, että oikeuksien toteutuminen tosiasiallisesti vaarantuu.⁴⁴⁵ Tämän vaarantumisen toteaminen taas puolestaan kuului ainakin Sipilän hallituksen uudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunnan tehtäväksi, vaikka se nojautui tässä tulkinnassa sosiaali- ja terveyssektorin asiantuntijoiden selviksiin. Tulkinnalla on vaikutusta erityisesti yksityisen palvelutuotannon varaan rakentuvien sote-mallien näkökulmasta, sillä markkinatoiminnan varaan rakentuviin malleihin liittyy väistämättä tiettyjä epävarmuuselementtejä. Toisaalta tulkinta ei itsessään estä tai suosita minkään nimenomaisen yksityiseen tuotantoon perustuvan mallin rakentamista.

4.1.3. Yksityisen tuotannon osuus sosiaali- ja terveyspalveluista

Yksi merkittävimmistä Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kontekstissa tehdyistä linjanvedoista oli julkisen vallan velvoite ylläpitää tietty määrä omaa palvelutuotantoa. Velvollisuus rajasi Sipilän hallituksen uudistuksen kontekstissa niitä vaihtoehtoja, joita kansallisella lainsäätäjällä on käsissään sote-järjestelmää uudistettaessa, mutta sen käytännön sisältö tämän kontekstin ulkopuolella ei ole yksiselitteinen. Voidaan ajatella, että velvoite oman tuotannon ylläpitämiseen liittyi erityisesti monituottajamalliin, ei kaikkiin kuviteltavissa oleviin sote-järjestelmää muuttaviin lainsäädäntöratkaisuihin. Mahdollinen tulkinta lausuntokäytännöstä on myös se, että velvollisuus oman tuotannon ylläpitämiseen liittyi nimenomaan ja vain Sipilän hallituksen ehdottamaan sote- ja maakuntauudistukseen kaikkine erityispiirteineen.

Velvoitetta julkisen vallan omaan tuotantoon ei voida lukea suoraan perustuslaista, eikä velvoitteeseen viitattu myöskään vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen esitöissä. Se on ylipäätään melko hankalasti sovitettavissa perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuteen. Kyseisen velvoitteen – sikäli kun sellainen katsottaisiin yleispäteväksi – tarkka sisältö täsmentyi juuri Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistuksen käsittelyn yhteydessä. Ennen Sipilän hallituksen sote-uudistuksesta annettuja lausuntoja perustuslakivaliokunta oli vakiintuneesti katsonut, että perustuslaki ei sido lainsäätäjää tiettyihin tuotantotapoihin tai aiempaan sosiaali- ja terveyspalveluja koskevaan sääntelyyn.⁴⁴⁶ Myös lausuntoja edeltäneessä oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että perustuslain 19 §:n 3 momentti ei sisällä kannanottoa julkisten ja yksityisesti tuotettujen palvelujen suhteeseen sosiaali- ja terveydenhuollossa.⁴⁴⁷ Vaikka perustuslaista ei siis johdu tarkkoja rajoja oman tuotannon määrälle tai sen toteuttamisen tavoille, perustuslakivaliokunta on katsonut, että lainsäätäjän tehtä-

⁴⁴⁵ PeVL 26/2017 vp, s. 37–38.

⁴⁴⁶ Mm. PeVL 41/2010 vp; PeVL 67/2014 vp; PeVL 63/2016 vp.

⁴⁴⁷ Mm. Tuori 2011b.

viin kuuluu varmistaa vastuussa olevien sote-palveluiden järjestäjien – aiemmin kuntien ja nyttemmin hyvinvointialueiden – mahdollisuudet kaikissa tilanteissa turvata sosiaali- ja terveystalveluiden riittävä ja yhdenvertainen saatavuus.⁴⁴⁸

Sipilän hallituksen sote-mallissa maakunnat vastasivat sote-palveluiden järjestämisestä. Ensimmäisissä hallituksen esityksissä järjestelmä oli rakennettu niin, että perusterveydenhuollon palveluiden ja tiettyjen sosiaalipalveluiden tuottamisesta vastaisivat sote-keskukset, jotka olisivat joko yksityisiä toimijoita tai muutoin irrallisia maakunnista mutta alisteisia eräille sote-järjestämislaissa maakunnille annetuille ohjauskeinoille.⁴⁴⁹ Näin kyseisten palveluiden saatavuus olisi riippunut siitä, syntykö alueelle yksityistä palveluntarjontaa ja missä määrin, mutta maakunnan tehtävänä olisi ohjauskeinoilla varmistaa palveluiden saatavuus, saavutettavuus, laatu ja yhdenvertaisuus.

Perustuslakivaliokunta totesi uudistusta arvioidessaan, että perustuslain 19 §:n 3 momentin toteutumisessa ei voida jättää niin sanottuja suoran valinnan piiriin kuuluvia palveluja yksinomaan markkinaperusteisen palvelutuotannon varaan.⁴⁵⁰ Nämä suoran valinnan palvelut olivat Sipilän hallituksen mallissa valinnanvapauden piirissä olevia palveluja, joissa asiakkaan valinta olisi tapahtunut sanamukaisesti suoraan eli ilman maakunnan tekemää osoitusta jollekin tietylle palveluntarjoajalle tai etukäteistä hoidon tarpeen arviointia. Ensimmäisessä Sipilän hallituksen sote-uudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä olisi lisäksi säädetty maakunnille kielto tuottaa näitä suoran valinnan palveluja. Lisäksi olisi kielletty maakuntaa tuottamasta asiakassetelillä tuotettavia palveluja ja velvoitettu maakunta yhtiöittämään sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut.⁴⁵¹

Lakiesitykset sisälsivät erityisiä mekanismeja myös sellaisia tilanteita varten, joissa markkinaehtoisia palveluja ei syntyisi riittävästi tai lainkaan.⁴⁵² Ensinnäkin valinnanvapauslakiesitys antoi maakunnalle oikeuden tuottaa suoran valinnan palveluja ja asiakassetelillä tuotettavia palveluja silloin, kun se olisi välttämätöntä asiakkaiden palvelujen saatavuuden turvaamiseksi tilanteessa, jossa suoran valinnan palvelun tuottajien tai asiakassetelipalvelun tuottajien palveluja ei ole markkinoilla asiakkaiden kohtuudella saavutettavissa eikä näiden palvelujen saatavuutta voitaisi turvata julkisella palveluvelvoitteella.⁴⁵³ Maakunnan liikelaitoksen tehtävänä olisi myös tuottaa palvelut, jos niitä ei muutoin olisi saatavilla lainsäädännön, palvelustrategian tai maakunnan palvelulupauksen mukaisesti.⁴⁵⁴ Muotoilun voidaan katsoa

448 PeVL 15/2018 vp, s. 16.

449 HE 15/2017 vp: sote-järjestämislakiehdotuksen 14, 15, 16 ja 47 § sekä lain 8 ja 10 luku.

450 PeVL 15/2018 vp, s. 15.

451 HE 47/2017 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 2 §:n 6 kohta ja lain 3 luku.

452 Erityisesti HE 47/2017 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 43, 52 ja 81 § ja HE 15/2017 vp: sote-järjestämislakiehdotuksen 22 §:n 3 momentti.

453 HE 47/2017 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 52 §:n 2 momentti.

454 HE 15/2017 vp: sote-järjestämislakiehdotuksen 22 §:n 3 momentti.

viittaavan juuri markkinapuutostilanteisiin eli riittävän yksityisen tuotannon puuttumiseen. Valinnanvapauslakiehdotuksen mukaan maakunnan oli varauduttava ennalta turvaamaan asukkaidensa riittävät sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut siltä varalta, että suoran valinnan palvelun tuottajien tai asiakassetelipalvelun tuottajien palveluja ei olisi markkinoilla maakunnan asukkaiden kohtuudella saavutettavissa. Valinnanvapauslakiehdotus sisälsi lisäksi menettelysäännökset näihin tilanteisiin sekä itse markkinapuutetilanteen toteamiseen.⁴⁵⁵

Perustuslakivaliokunta totesi lausunnossaan nämä markkinapuutostilanteisiin varautumista varten tarkoitetut mekanismit ja poikkeukset kokonaisuutena riittämättömiksi. Valiokunta viittasi lausunnossa hallituksen esityksen perusteluihin, joissa myönnettiin tilanteen haasteellisuus puhtaasti käytännöllisestä näkökulmasta: palveluiden kuuluminen yhtiöittämisvelvollisuuden piiriin merkitsi sitä, että maakunnalla ei olisi tällaisessa tilanteessa ainakaan välittömästi käytettävissä henkilöistöä ja muita voimavaroja, joilla se voisi korvata puuttuvaa palvelutuotantoa.⁴⁵⁶ Jos markkinapuutostilanne tulisi käsille, olisi käytännöllisesti katsoen hankalaa löytää keinoja, joilla julkinen valta voisi vastata tilanteeseen riittävän nopeasti. Lisäksi valiokunta kiinnitti huomiota markkinapuutetilanteen toteamisen hallinnollisten menettelyiden raskauteen ja siihen, että esitys ei sisältänyt tarkempaa sääntelyä tai liiemmin perusteluja siitä, miten maakunta käytännössä voisi täyttää sillä säädetyn varautumisvelvollisuuden.

Perustuslakivaliokunta paikansi näin huomattavan valtiosääntöoikeudellisen ongelman erityisesti yhtiöittämisvelvollisuuteen sekä edellä kuvattuun palveluiden tuotantokieltoon. Tästä johdonmukaisena seurauksena perustuslakivaliokunta katsoi ensimmäisistä Sipilän hallituksen sote-uudistuksen muodostaneista hallituksen esityksistä antamassaan lausunnossa ehdotetun sääntelyn laajasti ongelmalliseksi. Valiokunta muun muassa piti välttämättömänä poistaa esityksestä sosiaali- ja terveyspalveluiden yhtiöittämisvelvollisuus sekä kielto tuottaa itse suoran valinnan palveluja ja asiakassetelillä tuotettavia palveluja.⁴⁵⁷

Juha Sipilän hallitus teki ensimmäisen ja toisen hallituksen esityksen välillä perustavanlaatuisia muutoksia esittämänsä sote-järjestelmän perusteisiin erityisesti perustuslakivaliokunnan ongelmalliseksi katsomilta osin. Yksi näistä oli ongelmalliseksi todetun yhtiöittämisvelvollisuuden poistaminen sote-mallista kokonaisuudessaan. Lisäksi esityksestä poistettiin maakunnille ensimmäisessä esityksessä asetettu suoran valinnan palvelujen tuotannon kielto. Uudessa valinnanvapausesityksessä maakunnan suoran valinnan palveluiden tuotanto osoitettiin liikelaitokselle, jossa tuli olla yksi tai useampi sosiaali- ja terveyskeskus ja suunhoidon yksikkö. Nämä yksiköt olisivat voineet toimia sote-järjestämislain mukaisen liikelaitoksen osana tai erillisenä

455 HE 47/2017 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 43 ja 81 §.

456 HE 47/2017 vp, s. 254.

457 PeVL 26/2017 vp, s. 75.

liikelaitoksena, tai niitä varten olisi voitu perustaa yhtiöitä. Ehdotetussa uudessa valinnanvapauslaissa sekä hallituksen esityksen perusteluissa asetettiin kuitenkin rajoituksia siltä osin, että maakunta ei voisi yhtiöittää suoran valinnan palvelutuotantoa kokonaisuudessaan, vaan maakunnalla todettiin olevan velvollisuus omalla tuotannollaan turvata perusoikeuksien toteutuminen.⁴⁵⁸ Suoran valinnan palveluiden lisäksi Sipilän hallitus muutti esitystään asiakassetelipalveluiden osalta niin, että maakunnan liikelaitokselle tulisi velvoite palveluiden tuottamisesta joko itse tai ostopalvelusopimuksella tilanteissa, joissa asiakkaalle sopivaa palveluntuottajaa ei ole muutoin valittavissa.⁴⁵⁹

Hallituksen esityksessä korostettiin, että sote- ja maakuntauudistusta seuraavassa uudessa sote-rakenteessa lähtökohtana palveluiden tuottamisessa olisi maakunnan liikelaitoksen vastuulla oleva julkinen tuotanto ja yksityisen sekä kolmannen sektorin toimijoiden tuottamilla palveluilla olisi täydentävä rooli. Hallituksen esityksen perusteluissa todettiin, että maakunnan velvollisuutena on varmistaa viime kädessä omalla tuotannollaan riittävien ja yhdenvertaisten sosiaali- ja terveydenhuollon palveluiden saatavuus maakunnan koko alueella perustuslain 19 ja 6 §:ssä edellytetyllä tavalla. Maakunnalla olisi aina oltava riittävästi omaa tuotantoa, jolla se voisi kaikissa tilanteissa turvata jokaiselle riittävät ja yhdenvertaiset sosiaali- ja terveyspalvelut.⁴⁶⁰

Perustuslakivaliokunta omaksui toisesta valinnanvapauslaista antamassaan lausunnossa hyvin kriittisen kannan myös tähän hallituksen esityksen säädösratkaisuun. Valiokunta kiinnitti huomiota muun muassa siihen, että valinnanvapauslakiehdotus ei sisältänyt nimenomaisia säännöksiä valinnanvapauden piiriin kuuluvan julkisen palvelutuotannon laajuudesta muuten kuin siltä osin, että maakunta ei voisi ulkoistaa koko tuotantonsa vaan että sillä olisi oltava liikelaitoksessaan yksi tai useampi sosiaali- ja terveyskeskus ja suunhoidon yksikkö.⁴⁶¹ Ehdotettu valinnanvapauslaki ei myöskään sisältänyt muodollista estettä sille, että valinnanvapausmallista johtuva julkisen ja yksityisen tuotannon tasavertainen kilpailuasetelma johtaisi tilanteeseen, jossa maakunnan oman tuotannon mahdollisuudet eivät olisi riittäviä. Näin voisi käydä erityisesti pidemmän ajan kuluessa: yksityisten tuottajien osuus olisi hallituksen esitykseen sisältyneiden vaikutusarvioiden mukaan kasvanut uudistuksen siirtymävaiheen jälkeen, vaikka se ensimmäisessä vaiheessa olisi todennäköisesti hyvin pieni. Tälle mekanismille ei asetettu hallituksen esityksessä nimenomaisia rajoja, mitä perustuslakivaliokunta piti ongelmallisena.⁴⁶² Perustuslakivaliokunta katsoi, että valinnanvapauslaissa tulisi perusteluissa esitetyn tahtotilan sijaan nimenomaan säädösperusteisesti varmistaa mekanismit, joilla maakuntien riittävä oma palvelutuotanto

458 HE 16/2018 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 15 ja 16 §.

459 HE 16/2018 vp: ehdotetun valinnanvapauslain luku 5.

460 HE 16/2018 vp, s. 328.

461 HE 16/2018 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 16 §:n 1 mom.

462 PeVL 15/2018 vp, s. 18.

toteutuu ja maakunnan liikelaitoksen toimintamahdollisuudet turvataan. Riittäväksi ei siis näiltä osin katsottu hallituksen esitykseen sisältyneitä maakunnille säädettyjä velvoitteita oman tuotannon ylläpitämisestä, vaan tällainen oman tuotannon määrä tuli määrittää nimenomaisesti ja velvoitteen toteuttamisen kannalta tarpeelliset säädökset tuli sisällyttää sote- ja maakuntauudistuksen muodostaneisiin lakeihin.⁴⁶³

Perustuslakivaliokunta vaikuttaa lausunnossaan arvioivan yksityisen sektorin varaan rakentuvan palvelutuotannon myös julkista tuotantoa epävarmemmaksi ja vähemmän resilentiksi häiriö- ja poikkeusoloissa. Valiokunnan lausunnosta tai hallituksen esityksestä ei suoraan käy ilmi, mihin tällainen lähtökohta perustuu, ja se on ainakin Sipilän hallituksen uudistusta laajemmassa kontekstissa altis kritiikille. Perustuslakivaliokunnan mukaan ehdotetussa järjestelmässä voisi syntyä yksityisen sektorin palvelutuotannolle ominaisia vaikeasti ennakoitavia liiketaloudellisia riskejä, jotka saattavat johtaa myös perusoikeusnäkökulmasta vaikeasti hallittaviin asetelmiin.⁴⁶⁴ Perustuslakivaliokunta viittaa näiltä osin paitsi edellä kuvattuun markkinapuutostilanteeseen, jossa yksityisen sektorin tarjontaa ei ole riittävästi, myös erityisesti häiriö- ja poikkeusoloihin.⁴⁶⁵ Valiokunta totesi lausunnollaan yksiselitteisesti, että valinnanvapauslaissa tulee säädöspäätöksistä varmistaa hallituksen esityksen perusteluissa painotetun ja keskeiseen asemaan nousevan maakuntien riittävän oman palvelutuotannon toteutuminen ja maakunnan liikelaitoksen toimintavalmiuden turvaaminen.⁴⁶⁶ Tätä on tulkittu valiokunnan asettamaksi velvollisuudeksi ylläpitää julkisen vallan omaa tuotantoa.

Juha Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistuksen yhteydessä annettuja perustuslakivaliokunnan lausuntoja on kuitenkin arvioitava kontekstissaan. Vaikka velvollisuus oman tuotannon ylläpitämiseen todettiin keskeiseksi valtiosääntöiseksi edellytykseksi juuri Sipilän hallituksen ajaman monituottajamallin tapauksessa, on vähintäänkin kiistanalaista, missä määrin tällainen velvoite voidaan laskea yleiseksi ja sellaisena lainsäätäjän harkintavaltaa pysyvästi rajaavaksi. Sipilän hallituksen esittämä uudistusta voidaan pitää tästä näkökulmasta eräänlaisena erityistapauksena, jossa ohjausmekanismien ja palvelurakenteen uutuus ja monimutkaisuus sekä epäselvyydet kokonaisuuden luonteesta lopulta johtivat tulkintaan, jossa näiden selkeyttäminen perustuslain 19 §:n 3 momentin näkökulmasta olisi ollut hyvin hankalaa muun kuin oman tuotannon lisäämisen sekä sen laintasaisen velvoittavuuden kautta.

Myöskään Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä annetuista perustuslakivaliokunnan lausunnoista ei ole luettavissa mitään ehdotonta rajaa sille, minkälainen prosenttiosuus tai kokonaisuus sote-palveluista on säilytettävä julkisen vallan tuotettavana. Olennaista tulkinnassa ei niinkään ole julkinen tuotanto itsessään,

⁴⁶³ Ibid., s. 18–19.

⁴⁶⁴ Ibid., s. 18.

⁴⁶⁵ Ibid., s. 18.

⁴⁶⁶ Ibid., s. 18–19.

vaan julkisen vallan kyky kaikissa tilanteissa turvata sosiaali- ja terveystalveluiden saatavuus ja siten tarvittaessa puuttua tilanteisiin, joissa palveluiden saatavuus on uhattuna. Tällaisen velvoitteen taas voidaan katsoa olevan vakiintunut osa perustuslain 19 §:n 3 momenttia. Yhtä vakiintunut on kuitenkin jo perusoikeusuudistuksen yhteydessä tehty tulkinta siitä, että perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksessä ei määritellä sosiaali- ja terveystalvelujen järjestämistapaa eikä säännös edellyttä julkisen vallan tuottavan itse kaikkia sote-palveluja.⁴⁶⁷

Tästä näkökulmasta palveluiden turvaamisvelvoitetta ei voida samaistaa yleiseksi velvoitteeksi ylläpitää tiettyä määrää julkista palvelutuotantoa. Koska perusoikeusuudistusesityksessä korostettiin erikseen, ettei kyseinen säännös sido sosiaali- ja terveystalvelujen järjestämistä silloin voimassa olleeseen lainsäädäntöön, lainsäätäjällä tulisi olla merkittävästi harkintavaltaa niistä keinoista, joilla se haluaa turvata sosiaali- ja terveystalveluiden riittävyyden.⁴⁶⁸ Esimerkiksi Tuomas Ojanen totesi Sipilän hallituksen jälkimmäisestä valinnanvapauslakiesityksestä antamassaan lausunnossa, että ”perustuslain kannalta on hyväksyttävä – tai ainakin siedettävä – kaikkia sellaisia malleja, jotka kokonaisuutena toteuttavat julkisen vallan velvollisuuden turvata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveystalvelut sekä edistävät väestön terveyttä perustuslain 19 §:n 3 momentin, 6 §:n 1 ja 2 momentin ja 22 §:n mukaisesti”.⁴⁶⁹

Myös Sanna Marinin hallituksen sote-uudistusta arvioidessaan perustuslakivaliokunta totesi, että perustuslain 19 §:n 3 momentissa ei edellytetä, että julkisyhteisöt itse huolehtisivat kaikkien sosiaali- ja terveystalvelujen tuottamisesta. Lisäksi perustuslaista ei valiokunnan mukaan johdu tarkkoja rajoja oman tuotannon määrälle tai sen toteuttamisen tavoille, vaan olennaista on varmistaa lainsäädännöllä se, että vastuussa oleva järjestäjä voi kaikissa tilanteissa turvata sosiaali- ja terveystalveluiden riittävän saatavuuden.⁴⁷⁰ Toisaalta valiokunta viittasi aiemmista sote-uudistuksista antamiinsa lausuntoihin sekä maakunnan ”riittäviin voimavaroihin” tavalla, jonka voidaan katsoa henkivän valiokunnan aiempienkin kannanottojen yleisluontoista merkitystä. Valitusta sanamuodosta ei kuitenkaan ole syytä tehdä liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Valiokunnan mukaan perustuslain 6 §:n ja 19 §:n 3 momentin kokonaisuus edellyttää, että julkisen vallan on turvattava lailla yhdenvertaisella tavalla jokaiselle oikeus riittäviin sosiaali- ja terveystalveluihin, ja lainsäädännössä on siksi varmistettava, että järjestämisvastuussa olevalla julkisyhteisöllä on sekä riittävät taloudelliset voimavarat että muutoinkin riittävä henkilöstöä, tiloja ja laitteistoja koskeva kapasiteetti tuottaa riittävät sosiaali- ja terveystalvelut. Näiden vaatimusten tulee toteutua paitsi kunkin alueen sisällä, myös koko valtakunnan tasolla.⁴⁷¹

467 PeVM 25/1994 vp, s. 32–33.

468 HE 309/1993 vp, s. 71. Ks. myös esim. Mäenpään asiantuntijalausunto 2018, s. 6.

469 Ojasen asiantuntijalausunto 2018, s. 14.

470 PeVL 17/2021 vp, s. 17–18.

471 Ibid., s. 21.

Yhteenvetona valiokunnan viimeaikaisesta lausuntokäytännöstä voidaan todeta, että velvollisuus julkisen tuotannon ylläpitämiseen melko laajassakin mitassa on tulkinnan lähtökohta ja vakiintuneesti hyväksytty tapa täyttää perustuslain 19 §:n 3 momentin mukainen turvaamisvelvollisuus. Lainsäätäjälle jää kuitenkin harkintavaltaa myös muunlaisiin ratkaisuihin, kunhan ne ovat kokonaisuutena valtiosääntöisesti hyväksyttävissä.

Sipilän hallituksen sote-uudistukseen liittyi vielä sen viimeisissäkin eduskuntakäsittelyn vaiheissa useita perustuslaillisia ja käytännöllisiä ongelmia, joista edellä kuvattu problematiikka oli vain yksi. Tällaiset ongelmat voivat tässä luvussa aiemmin kuvatulla tavalla kokonaisuutena johtaa tilanteeseen, jossa oikeuksien toteutuminen vaarantuu lainsäädännön rakenteellisten ongelmien vuoksi.⁴⁷² Kyse ei kuitenkaan ollut oikeuksien vaarantumisesta vain yksityisen tuotannon suuren osuuden vuoksi, vaan myös valittuun valinnanvapausmalliin ja uudistukseen liittyneiden epävarmuuksien vuoksi. Myös Sipilän hallituksen uudistuksessa oman tuotannon takaaamisen lisäksi toisena valtiosääntöisesti mahdollisena ratkaisuna olisi ollut luoda muita sellaisia mekanismeja, joissa julkisella vallalla olisi ollut vahvempi kyky reagoida markkinapuutetilanteisiin tai muihin häiriöihin. Mekanismien olisi tullut olla nimenomaisia ja pystyä vakuuttamaan perustuslakivaliokunta siitä, että palveluiden riittävyys voidaan kaikissa tilanteissa varmistaa. Tällainen ajatus on hyvin linjassa paitsi Sipilän hallituksen uudistuksen yhteydessä annettujen perustuslakivaliokunnan lausuntojen myös sen melko vakiintuneen tulkinnan kanssa, että perustuslain 19 §:n 3 momentissa on kyse nimenomaan palveluiden turvaamisesta eikä tämän turvaamisen mekanismeista.⁴⁷³

Rautiaisen mukaan esitetty valinnanvapausmalli olisi puolestaan ollut ongelmattomampi, jos sote-palveluiden järjestämisvastuu olisi säädetty maakuntien sijaan valtiolle, kun taas Sipilän hallituksen esittämä maakuntaperusteinen järjestämismalli olisi ollut ongelmattomampi, jos se olisi perustunut vahvemmin sote-palveluiden julkiseen tuotantoon. Rautiainen perusteli tätä erityisesti maakuntien suuren määrän aiheuttamilla riskeillä siitä, että joidenkin maakuntien toimintakyky on puutteellisesta.⁴⁷⁴ Sote-mallien hyväksyttävyys liittyy siis olennaisesti myös niihin mekanismeihin, joita julkisella vallalla on käytettävissään. Jos voidaan katsoa, että julkisen vallan – oli kyse sitten valtiosta, kuntaa suuremmasta itsehallintoalueesta tai kunnasta – tosiasiallinen kyky eri ohjauskeinoin puuttua ajoissa mahdollisiin ongelmatilanteisiin on ilmeinen ja tehokas ja perusoikeuksien toteutuminen tulee niiden kautta turvatuksi, järjestelmän perusratkaisujen toimivuudesta voidaan sietää suurempaa epävarmuutta. Toisaalta jos julkisen vallan kyky ohjauskeinoin tai muuten jälkikäteisesti varmistaa perusoikeuksien toteutuminen on heikko tai vähintäänkin

472 PeVL 26/2017 vp, s. 37–38 ja PeVL 17/2021 vp, s. 18.

473 Mm. PeVL 10/2009 vp.

474 Rautiaisen asiantuntijalausunto 2018, s. 4.

kyseenalainen, lainsäätäjän tulee olla varma siitä, että järjestelmälähtöisiä ongelmia ei ilmaannu ja perusoikeuksen toteutuminen ei missään oloissa vaarannu. Kyse ei siis ole pelkästään siitä, mitä turvaamisesta ja ohjauskeinoista säädetään, vaan myös siitä, miten turvaaminen todellisuudessa tapahtuu.⁴⁷⁵

Varsinaista akateemista tutkimusta Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä annetuista perustuslakivaliokunnan lausunnoista ja näihin sisältyneistä oman tuotannon määrää koskeneista kirjauksista on niukasti, mutta sosiaali- ja terveystieteiden ministeriö pyysi valikoimiltaan valtiosääntöoikeuden tutkijoilta eräänlaista jälkiarviota siitä, miten lausuntoihin sisältyneitä linjauksia tulisi arvioida Marinin hallituksen sote-mallin valmistelun näkökulmasta. Lausunnot ovat luonteeltaan varsin kattavia. Tutkijoilta kysyttiin muun muassa sitä, tuleeko lausuntojen mukaan uudessakin mallissa säätää oman tuotannon määrästä tai sisällöstä, tuleeko valmisteltavan lainsäädännön luetella ostopalveluna tai palvelusetelillä hankittavissa olevat palvelut, ja ovatko niin sanotut kokonaisulkoistukset mahdollisia. Tutkijoiden käytössä oli myös sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön valmisteleva taustamuistio.⁴⁷⁶ Tutkijoiden vastaukset kysymyksiin poikkeavat toisistaan jopa melko olennaisesti, mutta useissa lausunnoista korostetaan Sipilän ja Marinin uudistusten toisistaan poikkeavaa luonnetta.

Lavapuron mukaan on oikeudelliselta kannalta ilmeistä, että valiokunnan vaatimuksia maakunnan oman tuotannon hyvinkin tarkasta sääntelystä on syytä lukea valinnanvapauslakiesityksen kontekstissa ja siihen liittyviin riskeihin perustuvana.⁴⁷⁷ Hänen mukaansa perustuslakivaliokunnan esittämät vaatimukset maakuntien palvelutuotannon määrästä ja sisällöstä eivät olleet sellaisenaan sovellettavissa tuolloin valmisteilla olleeseen kokonaan erityyppiseen Marinin hallituksen järjestämis- ja tuottamismalliin, vaan oman tuotannon määrästä tai sisällöstä voitiin säätää kuten kuntien ja kuntayhtymien kohdalla oli aiemmin tehty.⁴⁷⁸

Valtiosääntöoikeudelliselta kannalta arvioiden sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmää koskevan lainsäädännön ja siinä omaksuttujen lainsäädäntöratkaisujen valtiosääntöoikeudellinen perusta on siten ainakin lähtökohtaisesti ongelmaton eikä tämä lähtökohta muuttunut muuksi niiden kannanottojen perusteella, joita perustuslakivaliokunta esitti viime vaalikaudella valinnanvapaus- ja monituottajasääntelyn yhteydessä.⁴⁷⁹

Mäenpään mukaan sääntelymallien peruslähtökohtien eroavuuden vuoksi Marinin hallituksen suunnitteleman sääntelymallin arviointiin ei voitu sellaisenaan soveltaa perustuslakivaliokunnan Sipilän hallituksen uudistuksen yhteydessä luo-

⁴⁷⁵ Ibid., s. 6.

⁴⁷⁶ STM 2019.

⁴⁷⁷ Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 3.

⁴⁷⁸ Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 3.

⁴⁷⁹ Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 4.

maa lausuntokäytäntöä, jonka kohteena oli lähtökohdiltaan ja perusratkaisultaan toisenlaiseen sääntelymalliin eli valinnanvapauteen perustuva ulkoistaminen.⁴⁸⁰ Hänen mukaansa voidaan pitää todennäköisenä, että perustuslaissa määritellyn turvaamisveloitteen noudattaminen edellyttää julkisen vallan tuottavan suurimman tai ainakin merkittävän osan sote-palveluista, mutta eri palveluissa suhde voi olla erilainen. Mäenpää korostaa erityisesti tarvetta sitoa sosiaali- ja terveyspalveluiden ulkoistamista koskeva päätöksenteko perustuslain 124 §:n kriteereihin sekä päätöksentekoa koskevaa valvontaa.⁴⁸¹ Mäenpää perustelee näkemystään perustuslain esitöiden ja perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön toteamuksilla, joiden mukaan viranomaistehtäviä voidaan antaa muille kuin viranomaisille vain rajoitustusti.⁴⁸² Sekä Mäenpää että Lavapuro kiinnittävät huomiota perustuslakivaliokunnan toteamukseen, että jo ennen Sipilän ja Marinin uudistuksia voimassa ollut lainsäädäntö sisälsi valinnanvapauden ja monituottajamallin piirteitä, sekä siihen, että valiokunta ei tässä yhteydessä pitänyt asiantilaa valtiosääntöisesti ongelmallisenä.⁴⁸³ Mäenpään mukaan aiemman sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n sääntelyä voitiin pitää kuitenkin väljänä, koska se ei sisältänyt perustuslain 124 §:n mukaisia ulkoistamisen edellytyksiä tai nimenomaisesti viitannut näihin.

Lavapuron ja Mäenpään tavoin myös Ojanen katsoi asiantuntijalausunnossaan, että Sipilän hallituksen valinnanvapausjärjestelmän perusratkaisut erosivat niin olennaisesti Marinin hallituksen suunnitteleman uudistuksen peruslähtökohdista, etteivät lausunnot sellaisenaan soveltuneet kyseisen mallin sote-palveluiden tuotantomuotojen ja ostopalveluihin liittyvien kysymysten valtiosääntöoikeudelliseen arviointiin.⁴⁸⁴ Sama päti Ojaseen mukaan myös rajoituslakiehdotusten yhteydessä muodostuneeseen perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöön.⁴⁸⁵ Myöskään Ojaseen mukaan perustuslaista ei johdu velvoitetta ylläpitää tai säätää ylläpidettävän mitään nimenomaista julkisen vallan oman tuotannon määrää, mutta julkisen vallan on kuitenkin pystyttävä turvaamaan palveluiden saatavuus, esimerkiksi varautumisella ja valvonnalla.⁴⁸⁶ Ojanen suhtautuu kuitenkin melko pidättäytyvästi mahdollisuuksiin ulkoistaa erittäin merkittävä osa sosiaali- ja terveyspalveluista ja samalla täyttää perustuslain 6 §:n, 19 §:n 3 momentin ja 124 §:n reunaehdot. Oja-

480 Mäenpään asiantuntijalausunto 2019, s. 5.

481 Mäenpään asiantuntijalausunto 2019, s. 6.

482 Mäenpään asiantuntijalausunto 2019, s. 8.

483 PeVL 26/2017 vp, s. 36; Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 12; Mäenpään asiantuntijalausunto 2019, s. 7.

484 Ojaseen asiantuntijalausunto 2019, s. 5. Ojanen kuitenkin totesi, että valiokunnan lausuntoihin toki sisältyy monia yleisiä ja valiokunnan aiempaa lausuntokäytäntöä kokoavia tulkintakannanottoja perustuslain 19 §:n 3 momentin, 6 §:n 1 ja 2 momenttien sekä 22 §:n normikokonaaisuudesta, samoin kuin perustuslain 124 §:stä.

485 PeVL 30/2016 vp; PeVL 57/2017 vp; PeVL 5/2019 vp.

486 Ojaseen asiantuntijalausunto 2019, s. 10–13.

nen toteaa, että lainsäädännön selkeyden vuoksi ja muun muassa perustuslain 124 §:stä saattaa seurata tarve sellaiseen sääntelyyn, joka pidättää sosiaali- ja terveystalveluihin liittyvät tietyt tehtävät julkisella toimijalla, mutta lainsäädännössä ei ole tarpeen yksityiskohtaisesti luetella, mitä palveluja voidaan hankkia yksityiseltä tai miten tehtävien siirron tarkoituksenmukaisuus on perusteltava.⁴⁸⁷ Ojanen viittaa muun muassa edelläkin käsiteltyyn perustuslakivaliokunnan lausuntoon PeVL 5/2006 vp, joka liittyi kehitysvammaisten henkilöiden asumis- ja laitospalveluiden hankkimiseen.

Tässä yhteydessä on syytä huomauttaa erikseen siitä, että lastensuojelu- ja kehitysvammahuoltoasioissa on kysymys erityisen haavoittuvassa asemassa olevien ihmisten perusoikeuksien rajoittamisesta huomattavan syvälleikävälläkin tavalla. Koska perustuslakivaliokunta ei edes tällaisissa asiayhteyksissä pitänyt valtiosääntöoikeudellisesti ongelmallisena sitä, että tällaisessa asemassa olevien ihmisten perusoikeuksia rajoittavia tehtäviä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle luettelematta yksityiskohtaisesti laissa sitä, mitä palveluja voidaan hankkia ostopalveluina ja palvelusetelillä, sitä suuremmalla syyllä voidaan lähteä siitä, että näin voidaan toimia muissa, vähemmän perusoikeusherkissä sääntely-yhteyksissä.⁴⁸⁸

Ministeriön kuulemista asiantuntijoista Tuori puolestaan tulkitsee velvoitteen oman tuotannon ylläpitämiseen olevan perustuslaista johtuva oikeudellinen velvollisuus. Hänen mukaansa kokonaisulkoistamisen kieltö ei kohdistu vain lainsäätäjään vaan ulottuu järjestämisvastuussa olevan julkisen vallan yksikön, kuten hyvinvointialueen, päätökseen perustuvaan ulkoistukseen. Se ei myöskään rajoitu vain niin sanottuihin viranomaispäätöksiin. Järjestämisvastuussa olevan julkisen vallan yksikön on pystyttävä turvaamaan perustuslain 19.3 §:n edellyttämät riittävät sosiaali- ja terveystalvelut kullakin tehtäväalueella erikseen, minkä vuoksi kieltö koskee myös yksittäisiä tehtäväaloja.⁴⁸⁹

Marinin hallituksen sote-uudistuksen valmistelussa valittiin kuitenkin edellä referoiduista lausunnoista jossain määrin poikkeava linja, jossa yksityistämisen ja ulkoistamisen rajoja piirrettiin perustuslain reunaehdoja täsmällisemmiksi, rajavammiksi ja myös yksittäisten palvelukokonaisuuksien tasolle. Uudistusta valmisteltaessa ei olisi ollut oikeudellisesti välttämätöntä omaksua nyt nähdyn kaltaista linjaa suhteessa yksityisten palveluntuottajien käyttöön, vaan sääntelyä olisi voitu rakentaa samankaltaiseksi aiemmin käytössä olleen lainsäädäntökehikon kanssa. Kyse oli siis tältä osin poliittisesta valinnasta, jonka perusteluissa nojaututaan esimerkiksi lainvalmisteluaineistossa myös oikeudellisiin argumentteihin. En kritisoi tällaista

⁴⁸⁷ Ibid.

⁴⁸⁸ Ibid., s. 13.

⁴⁸⁹ Tuorin asiantuntijalausunto 2019, s. 21–22.

enemmistöhallituksen toimintamahdollisuuksien puitteisiin hyvin mahtuvaa lähestymistä, mutta kuvatun poliittisen valinnan mieltäminen lainvalmistelun ja sen yhteydessä syntyneen aineiston taustalle helpottanee aineiston tulkintaa erityisesti suhteessa perustuslain 19 §:n 3 momenttiin ja 124 §:än.

Perustuslakivaliokunnan edellä referoidusta lausuntokäytännöstä, perustuslain 19 §:n 3 momentin sanamuodosta, perusoikeusuudistuksen esitöistä tai muusta relevantista aineistosta ei siis voida ainakaan yksiselitteisesti tehdä sellaista tulkintaa, että perustuslaki edellyttäisi tietynasteisen julkisen sote-palveluiden tuotannon ylläpitämistä kaikissa tilanteissa. Perustuslain 124 §:n edellytysten on ulkoistusten osalta kuitenkin täyttyvä, eikä merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voida siirtää yksityiselle. Myöskin perustuslain 19 §:n 3 momentin paremmin huomioivan monituottajamallin rakentamisen voidaan näin ajatella mahtuvan lainsäätäjän harkintavallan puitteisiin. Käytännöllisesti katsoen monituottajamallin toteuttaminen tarkoituksenmukaisella tavalla lienee kuitenkin jatkossakin monimutkaista ja hankalaa.

Tässä tulkinnassa lähtökohtana on, että koska Sipilän hallituksen esittämän mallin toimivuuteen liittyi merkittäviä epävarmuustekijöitä, julkisen vallan tuli näitä epävarmuustekijöitä ja riskejä hallitakseen ylläpitää minimissään tiettyä määrää omaa tuotantoa. Jos epävarmuustekijöitä voitaisiin esimerkiksi tehokkailla ja toimintavaroilla hallinnon mekanismeilla poistaa, myös yksityisen tuotannon rooli voisi olla suurempi. Esimerkiksi valinnanvapauden ja yksityisen tuotannon lisääminen asteittain ja/tai toteuttamatta samanaikaisesti Sipilän hallituksen suunnitteleman kaltaisia hallinnon uudistuksia, voisi antaa perustuslain normikokonaisuuden edellyttämän varmuuden siitä, että riittävät palvelut voidaan taata yhdenvertaisesti.⁴⁹⁰ Mitään valtiosääntöistä estettä sille, että tällaisen mekanismin kautta voitaisiin edetä jopa Sipilän hallituksen mallia vahvemmin yksityisen tuotannon varaan nojaavaan sote-tuotantoon, on perustuslain kokonaisuudesta hankala löytää. Tälle tulkinnalle vahvaa tukea antavat erityisesti perustuslain esitöissä lausutut kannanotot sekä se vakiintunut valtiosääntöinen lähtökohta, että lainsäätäjälle on annettava laaja harkintavalta toteuttaa tarkoituksenmukaisiksi katsomiaan ratkaisuja. Tämän harkintavallan on oltava läsnä myös sote-palveluissa.

4.1.4. Rahoitusperiaate

Juha Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistuksen arvioinnissa, erityisesti niiltä osin kuin kyse on perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisesta turvaamisveloitteesta, keskeinen elementti oli myös rahoitusperiaate ja sen toteutumista koskevat puutteet. Rahoitusperiaatteen voidaan ajatella koskevan ennen kaikkea julkisen hallinnon sisäistä velvoitteiden ja resurssien tasapainoa, joten se ei kuulu tämän tutkimuksen keskeisiin näkökulmiin. Rahoitusperiaate muodostaa kuitenkin

⁴⁹⁰ Ks. kokeilulainsäädännön reunaehdoista mm. Rautiainen 2019.

niin keskeisen osan sote-palveluiden järjestämisen ja tuotannon perusoikeudellista arviointia, että sitä on mielekästä käydä läpi vähintään yleisellä tasolla.

Rahoitusperiaatteen toteutumista on vakiintuneesti arvioitu erityisesti kuntien tehtäviä koskevien lainsäädäntöhankkeiden kohdalla. Perustuslain 121 §:ssä turvataan kunnan asukkaille itsehallinto. Kunnille annettavista tehtävistä säädetään perustuslain 121 §:n 2 momentin mukaan lailla. Myös kansainvälisoikeudellisena instrumenttina Suomea sitovan Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 9 (2) artiklan mukaan paikallisviranomaisien voimavarojen tulee olla riittävät suhteessa niihin velvoitteisiin, jotka niille on annettu perustuslaissa ja muissa laeissa. Perustuslakivaliokunta on tulkintakäytännössään korostanut, että tehtävistä säädetäessä on huolehdittava rahoitusperiaatteen mukaisesti myös kuntien tosiasiallisista edellytyksistä suoriutua velvoitteistaan.⁴⁹¹ Sama lähtökohta sisältyy myös perusoikeusuudistusesitykseen.⁴⁹² Kunnille säädetyt tehtävät eivät saa olla kokoluokaltaan sellaisia, että ne vaarantaisivat kuntien mahdollisuudet päättää itsenäisesti taloudesta ja hallinnostaan.⁴⁹³ Lisäksi perustuslakivaliokunta on arvioinut, että rahoitusperiaatteen arviointi on tehtävä myös yksittäisten kuntien, ei vain koko kuntasektorin, tilannetta tarkastelemalla.⁴⁹⁴ Tulkintakäytäntö on näiltä osin varsin vakiintunutta.

Perustuslakivaliokunta laajensi Juha Sipilän ja Sanna Marinin sote- ja maakuntauudistuksista antamissaan lausunnoissa rahoitusperiaatteesta kumpuavan tarkastelun koskemaan myös maakuntia ja hyvinvointialueita.⁴⁹⁵ Hyvinvointialueiden itsehallinnon nauttima suoja on kuitenkin kuntia rajoitetumpaa. Sinänsä rahoitusperiaatteen soveltuminen hyvinvointialueiden kaltaisten hallinnon väliportaiden tehtävistä säätämiseen on perusteltua. Tämä on linjassa myös sen kanssa, että rahoitusperiaatteen tarkastelua on tehty myös muiden sellaisten toimijoiden kohdalla, jotka ovat perusoikeuksiin pääsyn kannalta keskeisiä ja joiden rahoituksesta ja tehtäväkentästä säädetään lailla. Perustuslakivaliokunta viittasi rahoitusperiaatteen soveltamisalaa esimerkiksi arvioidessaan korkeakoulujen rahoituksen indeksijäädytyksestä sekä yliopistojen verotuksesta antamiinsa lausuntoihin.⁴⁹⁶

Perustuslain 121 §:n 4 momentissa tarkoitettujen alueiden, eli nykyisen lainsäädännön oloissa hyvinvointialueiden, kohdalla valtiosääntöinen tulkintakehikko kuitenkin poikkeaa siitä, mitä se kuntien kohdalla on ollut, sillä nämä hallinnon tasot eivät kunnista poiketen nauti perustuslaintasoista itsehallinnon suojaa.⁴⁹⁷ Sen sijaan

491 Mm. PeVM 25/1994 vp, s. 3; PeVL 41/2002 vp, s. 3; PeVL 50/2005 vp, s. 2; PeVL 41/2010 vp, s. 5; PeVL 12/2011 vp, s. 2; PeVL 30/2013 vp, s. 5; PeVL 34/2013 vp, s. 2; PeVL 16/2014 vp, s. 2.

492 HE 309/1993 vp, s. 26.

493 PeVL 50/2005 vp, s. 2; PeVL 41/2014 vp, s. 3.

494 PeVL 41/2002 vp, s. 3; PeVL 16/2014 vp, s. 3; PeVL 40/2014 vp, s. 3.

495 PeVL 17/2021 vp, s. 16; PeVL 26/2017 vp, s. 22–23; PeVL 15/2018 vp, s. 20–21; PeVL 17/2021 vp, s. 22–23.

496 PeVL 37/2009 vp; PeVL 10/2015 vp.

497 Myös yliopistojen autonomia on suojattu perustuslain 123 §:n 1 momentissa.

perustuslain 22 §:n mukaiseen perusoikeuksien toteuttamisvelvollisuuteen kuuluu, että valtio takaa maakunnille tai hyvinvointialueille riittävät edellytykset suoriutua niille asetetuista tehtävistä. Lisäksi sosiaali- ja terveyspalveluissa rahoitusperiaatteen merkitystä korostaa entisestään perustuslain 19 §:n 3 momentin mukainen turvaamisvelvollisuus. Olennaista hyvinvointialueiden rahoitusperiaatteessa on hyvinvointialueiden sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistehtävän asianmukaisen hoitamisen turvaaminen sekä tässä erityisesti valtion rahoituksen riittävyys ja sen oikea kohdentaminen.⁴⁹⁸ Kyse on siis oikeudellisesti hyvin eri asiasta kuin kuntien rahoitusperiaatteen kohdalla.

Tämän tulkinta-asetelman näkökulmasta on olennaista, että Sipilän ja Marinin hallitusten uudistuksissa maakunnille ja hyvinvointialueille ehdotettiin myönnettävän valtion rahoitusta asukasmäärään perustuen sekä palvelujen tarvetta kuvaavien ja olosuhdetekijöiden perusteella. Maakunnille tai hyvinvointialueille ei ehdotettu kummassakaan uudistuksessa säädettävän verotusoikeutta, vaan vastuu tehtävien rahoituksesta olisi ollut valtiolla. Erityisesti verotusoikeuden puuttuminen ja nyky-muotoisten hyvinvointialueiden kohdalla vieläpä hyvin rajoitettu toimintakenttä johtavat siihen, että perustuslakivaliokunta joutunee jatkossakin sote-lainsäädännön osalta tekemään hyvinvointialueiden kohdalla omaa, kuntia koskevasta lausuntokäytännöstä poikkeavaa rahoitusperiaatteen tulkintaa.

Erityisesti Sipilän hallituksen uudistuksen kohdalla kysymys rahoitusperiaatteen toteutumisesta nousi keskeiseksi. Sipilän hallituksen ehdotus rahoituslaiksi piti sisälleen tavoitteen hillitä kustannusten kasvua noin kolmella miljardilla eurolla, eli noin 1,5 prosenttiyksiköllä vuodessa vuosina 2020–2029. Tavoitteen taustalle voidaan paikantaa Sipilän hallituksen hallitusohjelmaan kirjattu tavoite julkisen talouden pitkän aikavälin kestävyysvähvistamisestä. Hallituksen esityksessä rahoituslain 5 § ja 6 § oli luotu kustannusten kasvun hillinnän nimenomaisiksi rajoittimiksi.⁴⁹⁹ Eduskunnan valiokunnat tarkastelivat Sipilän hallituksen uudistuksen kohdalla melko kattavasti maakuntien todellisten talouden sopeuttamismahdollisuuksien sekä lakisääteisen sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisvastuun välistä suhdetta. Perustuslakivaliokunta arvioi, että mikäli uudistukseen sisältyviä sopeuttamistavoitteita ei pystyttäisi toteuttamaan tehostamisen kautta, rahoituksen määrä voisi johtaa perustuslaillisen ongelmaan, sillä perustuslain 19 §:ssä turvattuja sosiaali- ja terveyspalveluja ei voida jättää antamatta. Osa ongelmaa oli Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kohdalla se, että hallituksen esitykseen ei sisältynyt tarkempaa kuvausta niistä mekanismeista ja kannustimista, joilla sosiaali- ja terveydenhuollon tuottavuutta parannetaan niin, että säästötavoite ei vaaranna palveluiden laatua ja saatavuutta. Lisäksi valiokunta viittasi uudistuksen kohdalla asiantuntija-arvioihin, joiden mukaan rahoitusmallin ja rahoituksen tason lisäksi muun muassa uusista

⁴⁹⁸ PeVL 15/2018 vp, s. 21.

⁴⁹⁹ HE 15/2017 vp mukainen laki maakuntien rahoituksesta 5 ja 6 §.

tietojärjestelmistä syntyy paineita palvelutason laskuun, palveluiden saatavuuden heikkenemiseen tai asiakasmaksujen nostamiseen.⁵⁰⁰

Sipilän hallituksen esityksen kohdalla perustuslakivaliokunta katsoi maakuntien rahoitusta koskevan sääntelyn ongelmalliseksi rahoitusperiaatteen näkökulmasta. Sääntelyä pyrittiin lainsäädäntöprosessin aikana korjaamaan, mutta vielä viimeisessäkin Sipilän hallituksen sote-uudistuksesta antamassaan lausunnossa perustuslakivaliokunta päätyi edellyttämään rahoituksen tason korottamista koskevan sääntelyn muuttamista niin, että perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisten riittävien sosiaali- ja terveyspalvelujen rahoitustarve täyttyisi.⁵⁰¹ Sipilän hallituksen sote-uudistuksen osalta perustuslakivaliokunnan huolia välttämättömyysvaatimuksen korkeasta soveltamiskynnyksestä vahvisti valtioneuvoston sille antama lisäselvitys, joka sen mukaan osoitti, että ehdotettu menettely vaikuttaa koskevan tilanteita, joissa palvelujen tuotantoa turvaava rahoitus on ainakin jollakin tasolla jo vaarantunut ja tämä vaarantuminen olisi vieläpä tapahtunut useammassa kuin yhdessä maakunnassa. Näillä perusteilla perustuslakivaliokunta piti välttämättömyysvaatimuksen sisältäneen rahoituslakiehdotuksen 6 §:n 3 momentin soveltamisalaa kokonaisuutena arvioituna suppeana ja siten ongelmallisena perustuslain 19 §:n 3 momentin ja 22 §:n kannalta.⁵⁰² Perustuslakivaliokunta katsoi lisäksi, että muidenkin maakuntien rahoitusta turvaamaan suunniteltujen poikkeussäännösten merkitys olisi voinut jäädä vähäiseksi.

Rahoitusperiaatteen näkökulmasta tasoltaan hyväksyttävän sopeuttamistavoitteen tai rahoitusleikkurin määrittäminen ei ole aivan yksinkertaista. Yhtäältä perustuslakivaliokunta on useasti todennut, että valtiontalouden säästötavoitteet taloudellisen laskusuhdanteen aikana voivat muodostaa hyväksyttävän perusteen puuttua jossain määrin myös perustuslaissa turvattujen oikeuksien tasoon.⁵⁰³ Valiokunta on näin omaksunut lähtökohdan, jossa etuuksien tasoa mitoitettaessa otetaan huomioon kulloinenkin kansantalouden ja julkisen talouden tila. Esimerkiksi korkeakoulujen rahoituksen tehtyjä indeksijäädityksiä arvioidessaan perustuslakivaliokunta totesi heikennyksen olevan oikeassa suhteessa julkisen talouden tilaan.⁵⁰⁴ Lapsilisäleikkausten kohdalla perustuslakivaliokunta totesi, että ehdotettu sääntely ei muodostunut perustuslain 19 §:n 3 momentin kannalta ongelmalliseksi, mutta korosti Suomen talouden heikentyneen tilan vaikuttaneen olennaisesti arvioon.⁵⁰⁵ Myös edellä sosiaalisten perusoikeuksien tarkastelun yhteydessä referoidusti voidaan siis katsoa, että lainsäätäjällä on laajaa harkintavaltaa priorisoida julkisia menoja ja tehdä säästöpäätöksiä tilanteissa, joissa julkinen talous on alijäämäinen. Lisäksi voidaan ajatella, että rahoitusperiaatteesta on löydettävissä vahvaa valtiosääntöistä

500 PeVL 15/2018 vp, s. 17.

501 PeVL 65/2018 vp.

502 PeVL 15/2018 vp, s. 23.

503 PeVL 25/2012 vp, s. 2–3; PeVL 10/2015 vp s. 2.

504 PeVL 25/2012 vp s. 2.

505 PeVL 32/2014 vp, s. 2.

tukea sellaisille säädösmuutoksille, jotka lisäävät hyvinvointialueiden kykyä lisätä sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottavuutta, eli saavuttaa sama tai parempi palvelutaso suhteessa pienemmillä taloudellisilla panostuksilla. Esimerkiksi Marinin hallituksen sote-uudistuksen tiukkaa ulkoistamis- ja yksityistämissääntelyä on ajoittain moitittu hyvinvointialueiden toiminta-autonomiasta sekä parhaiden palvelutuotannon mallien käyttöönottoa rajaavaksi.⁵⁰⁶

Toisaalta on selvää, että perusoikeuksien toteutuminen ja perustuslain 19 §:n 3 momentin mukainen turvaamisvelvollisuus on otettava huomioon myös budjettivaltaa käytettäessä.⁵⁰⁷ Selvää on myös se, että budjettivallan käyttö tai muu sääntely ei saa kokonaisuutena arvioiden vaarantaa perustuslaissa turvattun perusoikeuden toteutumista.⁵⁰⁸ Sipilän hallituksen kohdalla rahoitusleikkuri olisi ollut pysyvä ja pitkäaikaiseksi suunniteltu, eikä säästötavoitteen toteuttamista ja palveluiden samanaikaista turvaamista kyetty hallituksen esityksessä perustelemaan riittävällä tavalla. Myös Marinin hallituksen sote-uudistukseen sisältyy tavoite kustannusten kasvun hillinnästä, mutta sen säädöspohjasta puuttuvat vastaavat, kustannusten kasvua keskipitkällä ja pitkällä aikavälillä leikkaavat mekanismit. Sipilän hallituksen uudistusta koskeneissa valiokuntakuulemisissa nostettiin asiantuntijoiden toimesta laajasti esiin tavoitteen ja palveluiden turvaamisen hankalaa yhteensovitusta. Valtionvarainvaliokunta kiinnitti osaltaan huomiota siihen, että rahoituksen joustamattomuus siirtää maakunnissa paineen palveluiden laatuun sekä asiakasmaksuihin.⁵⁰⁹

Vaikka Sipilän hallituksen sote-esityksen rahoitusmalli ei siis mahtunut lainsäätäjän harkintamarginaalin puitteisiin, ei perustuslakivaliokunta sinänsä päivittänyt sitä lausuntokäytäntöä, jota se on valtiontalouden säästötoimista eri vaiheissa antanut. Lainsäätäjä voi jatkossakin kohdistaa säästöjä myös hyvinvointialueelle annettavaan rahoitukseen, mutta vain siten, että perustuslain 19 §:n 3 momentin mukainen turvaamisvelvoite täyttyy. Lisäksi valtion on viime kädessä turvattava oikeus riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin tilanteessa, jossa maakunnalla tai hyvinvointialueella ei ole tähän taloudellisia edellytyksiä.⁵¹⁰ Tuloksinna ei ole syytä mennä niin pitkälle, että hyvinvointialueita koskisi suoraan perustuslaista johdettava automaattinen oikeus lisärahoitukseen, mutta toisaalta rahoituksen kieltäminen tilanteessa, jossa palvelut olisivat vaarantumassa, olisi niin ikään hankalaa. Asetelma on vähintäänkin mielenkiintoinen, kun otetaan huomioon, että ainakin kuntien tuottavuudessa on ollut olennaisia eroja myös sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla.⁵¹¹ Kun palveluiden vaarantamattomuus on perustuslaissa julkiselle vallalle asetettu velvollisuus, on

506 Ks. esimerkiksi talousvaliokunnan lausuntoon TaVL 12/2021 vp ja sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöön StVM 16/2021 vp sisältyvät eriävät mielipiteet.

507 PeVM 25/1994 vp, s. 3 ja 6.

508 PeVL 25/2012 vp, s. 3; PeVL 32/2014 vp, s. 2; PeVL 44/2014 vp, s. 3.

509 VaVL 5/2018 vp, s. 9.

510 PeVL 15/2018 vp, s. 24.

511 Ks. esimerkiksi Kuntaliiton kokoama tuottavuusvertailu osoitteessa kuntaliitto.fi/tuottavuusvertailu.

hankala kannustaa hyvinvointialueita hakemaan palveluiden laadun, kustannusten ja tuottavuuden näkökulmasta parhaita toimintamalleja, kun lisärahoituksen myöntäminen hyvinvointialueen budjettivarojen loppuessa on valtiosääntöisesti monissa tilanteissa käytännössä välttämätöntä, jotta perustuslain 19 §:n 3 momentin tarkoittamat palvelut voidaan turvata. Tutkimuksen aikataulusta johtuen tässä yhteydessä ei voida arvioida, miten Petteri Orpon hallituksen suunnittelemat säästötoimet suhteutuvat edellä sanottuun, mutta on selvää, että myös näiden toteutusta on harkittava rahoitusperiaatteen valossa.

4.2. Yhdenvertaisuus

Sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistapaa ja saatavuutta määrittävät olennaisesti myös muut perusoikeussäännökset, erityisesti yhdenvertaisuussäännökset ja syrjinnän kieltö. Perustuslain 6 §:n 1 momentin mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Säännös sisältää vaatimuksen oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta sekä ajatuksen tosiasiallisesta tasa-arvosta, jota kohti lainsäätäjän tulee pyrkiä lainsäädäntötoimilla, jotka voivat myös poiketa muodollisesta yhdenvertaisuudesta. Erotteluun viitataan vakiintuneesti muodollisena ja aineellisena yhdenvertaisuutena.⁵¹² Säännökseen sisältyy vaatimus samanlaisesta kohtelusta samanlaisissa tapauksissa sekä mielivallan kieltö, ja sitä kutsutaan vakiintuneesti yleiseksi yhdenvertaisuussäännökseksi.⁵¹³ Perusoikeudella yhdenvertaisuuteen on vahva, koko oikeusjärjestyksen läpäisevä luonne.

Perustuslain 6 §:n 2 momentti täydentää yleistä yhdenvertaisuussäännöstä syrjintäkiellolla, jonka mukaan ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan säännöksessä erikseen lueteltujen perusteiden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Näitä perusteita ovat sukupuoli, ikä, alkuperä, kieli, uskonto, vakaus, mielipide, terveydentila ja vammaisuus. Luetteloa ei kuitenkaan ole tarkoitettu tyhjentäväksi, vaan eri asemaan asettaminen on kielletty myös muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Perusoikeusuudistusesityksessä ja myöhemmin perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä on todettu, että tällaisia henkilöön liittyviä syitä voivat olla ainakin yhteiskunnallinen asema, varallisuus, yhdistystoimintaan osallistuminen, perhesuhteet, raskaus, aviollinen syntyperä, seksuaalinen suuntautuminen ja asuinpaikka.⁵¹⁴ Samankaltaisia perusteita on listattu myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdassa. Lisäksi säännöksen tulkinnassa merkitystä on myös muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklalla ja 12. lisäpöytäkirjan 1 artiklalla.

⁵¹² Ks. mm. Mäkelä 2013.

⁵¹³ Ojanen – Scheinin 2011b.

⁵¹⁴ HE 309/1993 vp, s. 42–44; PeVL 31/2014 vp, s. 3.

Perustuslain 6 §:n 1 momentista ei seuraa tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkintavallalle, vaan yleinen yhdenvertaisuussäännös jättää lainsäätäjälle laajaa harkintamarginaalia pyrkiä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn.⁵¹⁵ Yhdenvertaisuussäännös ei myöskään edellytä kaikkien kansalaisten kaikissa suhteissa samanlaista kohtelua, jos asiaan vaikuttavat olosuhteet eivät ole samanlaisia.⁵¹⁶ Erottelut on kuitenkin voitava perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla; ne eivät saa olla mielivaltaisia eivätkä niistä johtuvat erot saa muodostua kohtuuttomiksi.⁵¹⁷ Positiivinen erityiskohtelu on säännöksen mukaan sallittua ja paikoin jopa edellytys normikokonaisuuden hyväksyttävyydelle, mutta myös positiiviselta erityiskohtelulta edellytetään tavoitteiden hyväksyttävyyttä sekä toimien oikeasuhtaisuutta.⁵¹⁸ Yhdenvertaisuussäännös koskee vain luonnollisia henkilöitä, mutta sillä voi perustuslakivaliokunnan vakiintuneen lausuntokäytännön mukaan olla merkitystä myös oikeushenkilöihin kohdistuvan sääntelyn arvioinnissa erityisesti sellaisissa tilanteissa, joissa sääntely voi vaikuttaa välillisesti luonnollisten henkilöiden oikeusasemaan.⁵¹⁹ Tämän näkökulman merkitys on sitä vähäisempää, mitä etäisempi sääntelyn yhteys luonnollisten henkilöiden oikeusasemaan on.⁵²⁰ Oikeuskirjallisuudessa on ajoittain todettu yhdenvertaisuusperiaatteen soveltuvan myös oikeushenkilöihin, mutta myös näissä tapauksissa tulkinnan lähtökohtana on ollut luonnollisiin henkilöihin oikeushenkilöiden välityksellä kohdistuva suoja.⁵²¹

Kuten perustuslain 19 §:n 3 momentti, myös perustuslain 6 §:n 1 momentin yleinen yhdenvertaisuussäännös on luonteeltaan abstrakti. Säännös ilmaisee periaateluonteisen vaatimuksen, jonka konkreettisen aineellisen sisällön tunnistaminen vaatii tulkintaa. Säännökselle ei ole paikannettavissa yksiselitteistä tai edes kovin todennäköistä aineellisoikeudellista sisältöä. Perustuslain 6 §:n 1 momentin suhde perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin puolestaan on sen torjuntaoikeudellisen luonteen takia merkittävästi perustuslain 19 §:n 3 momenttia suoraviivaisempi. Perustuslain 6 §:n 1 momentista on mahdollista poiketa tavallisella lailla, jos rajoitus täyttää perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten asettamat reunaehdot. Selvää on myös se, että tavallisella lailla säädetyillä rajoituksilla ei voida puuttua yhdenvertaisuuden ydinalueeseen.⁵²² Perustuslain 6 §:n 2 momentin sisältämä syrjintäkielto poikkeaa tästä, sillä säännös on kirjoitettu ehdottomaksi kielloksi.

Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten lähtökohtana on, että rajoitusten tulee perustua eduskunnan säätämään lakiin. Perusoikeuksien rajoittamista koskevaa

515 Mm. PeVL 59/2002 vp, s. 2; PeVM 11/2009 vp, s. 2; PeVL 37/2010 vp, s. 3; PeVL 26/2017 vp, s. 37.

516 PeVL 31/2014 vp, s. 3.

517 Mm. PeVL 18/2006 vp, s. 2; PeVM 11/2009 vp, s. 2; PeVL 37/2010 vp, s. 3; PeVL 11/2012 vp, s. 2.

518 HE 309/1993, s. 42; Ojanen – Scheinin 2011b.

519 Mm. Viljanen 2011a.

520 PeVL 11/2012 vp, s. 2.

521 Ks. mm. Nykänen 2017.

522 PeVM 25/1994 vp, s. 5.

toimivaltaa ei voida delegoida lakia alemmalle säädöstasolle. Rajoitusten on oltava tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määritettyjä, ja niiden olennaisen sisällön tulee ilmetä laista. Rajoitusperusteiden tulee lisäksi olla hyväksyttäviä ja rajoittamisen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima. Merkitystä tässä arvioinnissa voi olla esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen määräyksillä, yhdenvertaisuustarkastelussa siis erityisesti EIS:n 14 artiklalla ja 12. lisäpöytäkirjan 1 artiklalla. Rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Perusoikeuksiin kohdistettavien rajoitusten on oltava suhteellisuusvaatimuksen mukaisia ja välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Jokin perusoikeuden rajoitus on siis sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa kyseiseen oikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin, eikä rajoitus saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.⁵²³

Perustuslakivaliokunnan yleistä yhdenvertaisuussäännöstä koskeva lausunkäytäntö on melko laajaa. Myös erilaista yhdenvertaisuusliitännäistä korkeimpien oikeusasteiden oikeuskäytäntöä on kertynyt huomattava määrä. Perustuslakivaliokunnan lausunkäytännössä hyvin tavanomainen asetelma on ollut, että tarkasteluun tuotuun hallituksen esitykseen sisältyy yhdenvertaisuuden rajoitus, jota on perusteltu yhteiskuntakehityksen vaatimuksilla tai muilla yhteiskunnallisissa päätöksenteossa tunnistetuilla päämäärillä. Perustuslakivaliokunta on näissä tapauksissa arvioinut lähinnä sitä, mikä on yhdenvertaisuuden rajoituksen taustalle paikannetun yhteiskunnallisen intressin painoarvo suhteessa rajoituksen vakavuuteen, sekä sitä, onko rajoitus perusteltu asianmukaisesti ja täyttääkö ehdotettu sääntely kokonaisuutena perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Tällaiselle lainsäädännölle on ollut verraten tavanomaista, että se kohtelee hyväksyttävän syyn vuoksi ihmisiä eri tavoin ja edistää näin tosiasiallista tasa-arvoa.⁵²⁴ Sote-palveluissa yhdenvertaisuuden vaatimus on kuitenkin muodostunut edellä kuvattua selvästi monimuotoisemmaksi. Se on perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä myös liitetty kiinteäksi osaksi perustuslain 19 §:n 3 momentissa tarkoitettujen oikeuksien turvaamista. Arvioinnissa on eri sote-uudistusten yhteydessä ollut kyse siitä, täyttääkö ehdotettu sääntely julkisen vallan velvollisuuden kaikissa tilanteissa *turvata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut yhdenvertaisesti*.⁵²⁵ Oma merkityksensä on ollut myös sillä, että usein uudistusten tavoitteena on ollut edistää tosiasiallista tasa-arvoa sosiaali- ja terveydenhuollossa ja parantaa haavoittuvassa asemassa olevien henkilöiden asemaa.

Kaikessa yhdenvertaisuustarkastelussa olennaista on, että siinä otetaan huomioon myös heikommassa asemassa olevien – ei vain ”keskivertoisten” sosiaali- ja terveyspalveluiden käyttäjien tai suuren enemmistön – näkökulma sekä esityksen vaikutukset

523 Ibid. Ks. rajoitusedellytyksistä myös mm. Viljanen 2001 ja Viljanen 2011a.

524 HE 309/1993 vp, s. 42–43; PeVL 31/2014 vp, s. 3.

525 Mm. PeVL 15/2018 vp, s. 16.

heidän yhdenvertaiseen pääsyynsä sote-palveluiden piiriin. Pohjola eritteli Sipilän hallituksen valinnanvapausmallista antamassaan lausunnossa yhdenvertaisuustarkastelun useisiin eri näkökohtiin. Ensinnäkin kyse oli Pohjolan mukaan alueellisesta maakuntien välisestä rakenteellisesta yhdenvertaisuudesta, jossa kysymys oli siitä, toteutuuko kaikissa maakunnissa mahdollisuudet turvata yhdenvertaisella tavalla perustuslain edellyttämät riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut. Toiseksi kyse oli Pohjolan mukaan väestökohtaisesta alueellisesta yhdenvertaisuudesta, jossa kysymys oli siitä, onko eri alueilla asuvilla ihmisillä erilaiset mahdollisuudet palvelujen saantiin ja tosiasiallisiin valintoihin. Kolmanneksi kyse oli palvelutarvekohtaisesta yhdenvertaisuudesta, jossa oli hieman yksinkertaistettuna kyse siitä, kohteleeiko uudistus eri palvelutarpeita eri tavalla. Pohjola kiinnitti näiltä osin huomiota muun muassa siihen, että esitetyt sosiaali- ja terveyskeskukset olisivat käytännössä terveyskeskuksia, koska niissä sosiaalihuoltoa tarvitsevien olisi mahdollista saada ainoastaan sosiaalihuollon neuvontaa ja ohjausta, ja tämä asettaisi sosiaalipalveluja tarvitsevia heikompaan asemaan. Neljänneksi kyse oli vielä yksilökohtaisesta yhdenvertaisuudesta eli eri asiakkaiden erilaisista valmiuksista hyödyntää valinnanvapautta.⁵²⁶

Vaikka kyse ei ole akateemisesta esityksestä vaan asiantuntijalausunnosta, Pohjolan erittely antaa välineitä pilkkoa ja käsitteellistää sitä sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijoiden kritiikkiä, jota Sipilän hallituksen mallista esitettiin. Se voi sovellettuna olla käyttökelpoinen lainsäätäjän harkintavallan paikantamiseen myös yleisellä tasolla. Toisaalta jaottelun esittämä lähtökohta perustuslain 6 §:n tulkinnaista sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa on varsin tiukka, vaikka Pohjola ei lausunnossaan toteakaan, että tunnistettu eriarvoisuus jossain edellä kuvatuissa tarkastelukulmissa vielä tekisi ehdotetusta sääntelystä kokonaisuudessaan valtiösääntöisesti ongelmallista.

Erityisesti tapauksissa, joissa kyse on ollut yksityisen tuotannon lisäämisestä, arvioinnin kohteena on ollut myös se, minkälaisia käytännöllisiä työkaluja ja siten mahdollisuuksia yhdenvertaisen palveluihin pääsyn varmistamiseen ehdotettu sääntely tarjoaa järjestämisvastuussa olevalle taholle. Kyse ei siis ole ollut rajoituksen hyväksyttävyydestä tai intressien punninnasta, vaan julkisen vallan velvollisuudesta ja välineistä turvata yhdenvertaisuuden toteutuminen sote-palveluihin pääsyssä. Perustuslakivaliokunta painotti jo perusoikeusuudistuksen yhteydessä, että perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksessä on kyse riittävien palveluiden turvaamisesta maan eri osissa asuville.⁵²⁷ Matti Vanhasen I hallituksen käynnistämää kunta- ja palvelurakennemuutosta eli niin sanottua PARAS-hanketta arvioidessaan perustuslakivaliokunta edellytti huomion kiinnittämistä maan eri osissa olevien kuntien asukkaiden yhdenvertaiseen kohteluun sekä heidän tosiasiallisiin mahdollisuuksiin-

⁵²⁶ Pohjolan asiantuntijalausunto 2018, s. 2–3.

⁵²⁷ PeVM 25/1994 vp, s. 32.

sa saada perusoikeuksien toteutumisen kannalta välttämättömiä palveluja.⁵²⁸ Kuntarakennelaista valiokunta totesi, että julkisen talouden rahoituspohjaan vaikuttavat toimintaympäristön muutostekijät edellyttävät tehokkaita toimenpiteitä 19 §:ssä tarkoitettujen sosiaalisten oikeuksien toteutumisen turvaamiseksi tulevaisuudessa.⁵²⁹ Perustuslakivaliokunta oli siis jo ennen Juha Sipilän ja Sanna Marinin hallitusten uudistuksia useasti katsonut, että sote-palveluiden uudistamiselle on olemassa perusoikeusjärjestelmään pohjautuvia painavia perusteita, jotka tukevat järjestämistä ja tuottamisvastuun siirtämistä kuntia suuremmille toimijoille.⁵³⁰

Toisaalta perusoikeudet asettivat myös rajoja sille, miten siirto kuntia suuremmille alueille voidaan toteuttaa yleisen yhdenvertaisuussäännöksen sallimalla tavalla. Koska aiemmassa sote-palveluiden järjestämISRakenteessa palveluiden järjestäminen kuului kuntien tehtäviin, toimi perustuslaissa turvattu kunnallinen itsehallinto osittain hyväksyttävyyssperusteluna sille, että sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisessä oli alueellisia ja kuntien välisiä eroja. Edellytyksenä tälle kuitenkin oli, että erot perustuivat kunnan nimenomaisiin, lain asettamissa rajoissa ja asianmukaisten selvitysten pohjalta tehtyihin päätöksiin. Sama kunnallisen itsehallinnon peruste ei päde maakuntiin tai hyvinvointialueisiin, jotka ovat perustuslain 121 §:n 4 momentissa tarkoitettuja kuntaa suurempia itsehallinnollisia alueita. Toisaalta ilmiö ei ole kategorinen, sillä Helsingin kaupungille on säädetty vastaavat tehtävät kuin hyvinvointialueille. Hyvinvointialueiden itsehallinnon nauttima suoja on valtiosääntöisesti kuntien itsehallintoa kevyempää. Perustuslakivaliokunta katsoi, että palveluiden toteutuminen eritasoisina eri puolilla Suomea tai saman maantieteellisen alueen eri osissa on siis valtiosääntöisesti vaikeammin perusteltavissa Sipilän hallituksen maakuntien tai Marinin hallituksen hyvinvointialueiden järjestämisvastuun varaan rakentuvassa mallissa kuin kuntapohjaisessa mallissa.⁵³¹ Tulkinnessa perustuslain 121 §:n mukaisen kunnallisen itsehallinnon voidaan katsoa johtavan julkisen vallan mahdollisuuteen toteuttaa perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaista turvaamisvelvoitetta tavalla, joka on ainakin osin jännitteisessä suhteessa perustuslain 6 §:n 1 momentin kanssa. Kun tämä kunnallisen itsehallinnon merkitys maakunnallisessa tai hyvinvointialueeseen perustuvassa mallissa käytännössä poistuu, on vastaavaa valtiosääntöistä oikeutusta hankala löytää. Sinänsä sen olemassaoloa myös aiemman järjestelmän aikana voidaan pitää kyseenalaisena. Ainakin yksittäisen palvelua tarvitsevan kansalaisen näkökulmasta yhdenvertaisuusongelma maakunnan tai hyvinvointialueen aikana on identtinen suhteessa vastaavaan ongelmaan kuntapohjaisen mallin aikana. Sutela kysyi jo 2000-luvun alun kontekstissa, onko kunnalliseen itsehallintoon kuuluva itsenäinen

528 PeVL 37/2006 vp, s. 2–3.

529 PeVL 20/2013 vp, s. 3.

530 PeVL 67/2014 vp, s. 3–4; PeVL 75/2014 vp, s. 2; PeVL 30/2016 vp, s. 2.

531 PeVL 26/2017 vp, s. 39.

päätöksenteko-oikeus niin vahva, että se menee käytännössä perustuslaissa turvattuun yhdenvertaisuuden edelle.⁵³²

Osa Juha Sipilän hallituksen esittämän järjestelmän yhdenvertaisuushaasteista, jotka ainakin näennäisesti liittyivät järjestelmään sisältyneeseen yksityiseen tuotantoon, voidaan todellisuudessa paikantaa yllä kuvattuun mekanismiin, jossa uuden hallinnon tason myötä asiaa koskevassa perusoikeuspunninnassa tapahtui muutos kunnallisen itsehallinnon jäädessä arvioinnista sivuun. Osaa esitetyn sääntelyn yhdenvertaisuusongelmista taas voidaan pitää erityisesti uudistuksen prosessuaalisiin näkökohtiin liittyvinä. Näitä ovat esimerkiksi uudistuksen toteuttamisaikataulu, pilotointi ja siirtymäajat, joista perustuslakivaliokunta on huomauttanut.⁵³³ Yhteenvetona voidaan kuitenkin todeta, että myös yksityisestä tuotannosta tai markkinamekanismeista syntyvien erojen oikeuttaminen olisi osin yksinkertaisempaa mallissa, jossa sote-palveluiden järjestäminen tapahtuu kunnallisen itsehallinnon nojalla eikä Suomen uuden mallin tapaan kuntia suuremmilla itsehallintoalueilla. Helsingin rooli uuden sote-mallin poikkeuksena ei itsessään muuta tätä mekanismia, mutta monimutkaistaa tulkinta-asetelmaa.

Perustuslakivaliokunta kiinnitti Sipilän hallituksen esittämää järjestelmää yhdenvertaisuusnäkökulmasta arvioidessaan huomiota useisiin näkökohtiin, joita voidaan luonnehtia käytännöllisiksi. Tarkastelun lähtökohta oli tältä osin siis hyvin samankaltainen kuin edellä kuvatun perustuslain 19 §:n 3 momentin tapauksessa. Valiokunnan mukaan valinnanvapauden vahvistaminen muun muassa vaikuttaa eri tavalla eri ihmisryhmiin ja eri alueilla. Suurissa kasvukeskuksissa ja väkirikkaammissa maakunnissa yksityisten palveluiden tarjonta tulee muodostumaan helpommin ja laajemmin kuin vähäisemmän väestön ja harvemman asutuksen maakunnissa. Myös maakuntien sisälle oletettiin muodostuvan vastaavanlaisia eroja.⁵³⁴ Yhdenvertaisuusnäkökulmasta ongelmalliseksi muodostui näin monituottajamalliin sisältynyt markkinaehtoisuus, jonka sinänsä hyvin perustellusti ajateltiin johtavan erilaiseen palveluntarjontaan eri puolilla maata. Hallituksen esitykseen sisältyneessä vaikutustenarvioinnissa todettiin kuitenkin, että myös haja-asutusalueille on ainakin valinnanvapauskokeilun yhteydessä pystytty luomaan mahdollisuudet valita useiden eri tuottajien välillä. Hallitus katsoi, että sen valinnanvapausjärjestelmä täytti yhdenvertaisuuden vaatimukset, ja että eri alueiden asukkaat ja eri sosioekonomiset ryhmät olisivat uudistuksen jälkeen tasavertaisemmassa asemassa.⁵³⁵ Toisaalta hallituksen esityksissä kuitenkin katsottiin monivaiheisen sote-saagan eri vaiheissa ja jopa saman hallituksen esityksen sisällä ristiriitaisesti, että uudistus yhtäältä parantaa yhdenvertaisuutta sekä palveluiden laatua ja saatavuutta mutta toisaalta sen vai-

532 Sutela 2003, s. 228.

533 Mm. PeVL 15/2018 vp, s. 11–12.

534 Ibid., s. 17.

535 HE 47/2017 vp, s. 255.

kutukset voivat jakautua alueellisesti epätasaisesti.⁵³⁶ Yhdenvertaisuusnäkökulmasta merkitystä annettiin myös sille, miten eri alueiden erilaisesta markkinatilanteesta johtuvat tehokkuus- ja kustannuserot kyettäisiin huomioimaan alueille myönnettävissä rahoituksessa.

Sinänsä perustuslain 6 §:n 1 momentin mukainen yleinen yhdenvertaisuussäännös tai 6 §:n 2 momentin mukainen syrjintäkielto ei olennaisesti rajaa lainsäätäjän harkintavaltaa, kun kyse on sote-palveluiden yksityisestä tuotannosta ja tämän roolia vahvistavan lainsäädännön säätämisestä. Vaikka puhtaasti yksityiseen tuotantoon ja markkinamekanismeihin nojaavasta sote-mallista voi johtua eroja sote-palveluiden tarjonnan laajuudessa ja vaikka lainsäädännössä on pyrittävä luomaan mekanismit sen takaamiseksi, että erot eivät muodostu kohtuuttomiksi, perusteltua olisi sote-palveluiden kontekstissa kohdistaa yhdenvertaisuustarkastelu ennen kaikkea hoitoon pääsyn ja hoidon laadun – ei siis valinnan laajuuden – yhdenvertaisuuteen. Tämä ei kuitenkaan ole näkemys, joka Sipilän hallituksen uudistuksesta annetuista perustuslakivaliokunnan lausunnoista välittyä, vaan itsenäistä merkitystä on yhdenvertaisuuden osalta annettu myös valinnan mahdollisuuksien laajuudelle. Myös hallituksen jälkimmäisessä valinnanvapauslakiesityksessä on tuotu esille, että kaikilla maakunnilla ei olisi samanlaisia mahdollisuuksia monipuolisen tuottajaverkon muodostamiseen ja näin olisi mahdollista, ettei valinnanvapauden alueellinen yhdenvertaisuus täysin toteutuisi.⁵³⁷ On kuitenkin kyseenalaista, missä määrin itse valinnanvapauden laajuutta voitaisiin pitää yhdenvertaisuuden kannalta merkityksellisenä, jos se ei johda konkreettisiin eroihin ihmisille annettavien palveluiden laadussa ja saatavuudessa. Lisäksi huomionarvoista lienee se, että Sipilän hallituksen uudistuksessa oli kyse ihmisen itsemääräämisoikeuteen kiinnittyvän valinnan mahdollisuuden laajentumisesta joillakin maantieteellisillä alueilla toisia enemmän, mutta vaikutusarvioiden mukaan valintaa useamman palveluntuottajan välillä olisi kuitenkin ollut mahdollista tehdä kaikilla alueilla. Toisaalta esimerkiksi perustuslakivaliokunnan asiantuntijalausunnoissa on esitetty näkökohtia, joiden mukaan valinnanvapaus kiinnittyy perustuslain 1 §:n 2 momenttiin ja 7 ja 10 §:ään, jolloin sitä tulee tarkastella itsenäisenä yhdenvertaisuuskysymyksenä.⁵³⁸

Verraten ilmiselvänä lähtökohtana kaikissa – julkisissa ja yksityisissä – palveluissa voidaan pitää sitä, että harvemmin asutuilla alueilla kyseisiä palveluja on tarjolla vähemmän kuin tiiviisti asutuilla alueilla ja valinta eri palveluntarjoajien välillä on rajatumpaa. Lisäksi suomalaisessa sote-sektorin lainsäädännössä on jo vuodesta 2014 annettu ihmisille oikeus valita oma perusterveydenhuollon hoitopaikkansa.⁵³⁹ Laki säädettiin perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella, eikä lain esitöissä tai

⁵³⁶ Ibid., s. 82 ja 279.

⁵³⁷ HE 16/2018 vp, s. 161.

⁵³⁸ Mäkisen asiantuntijalausunto 2018, s. 6.

⁵³⁹ Terveystieteiden tutkimuskeskus (1326/2010) 6 luvun 47 ja 48 §.

perustuslakivaliokunnan lausunnossa tunnistettu tällaiselle valinnanvapaudelle itsenäistä merkitystä yhdenvertaisuusnäkökulmasta tai muutoinkaan perusoikeusnäkökulmasta.⁵⁴⁰ Näin siis siitä huolimatta, että myös kuvatussa tilanteessa valinnanvapauden laajuus ja palveluiden saatavuus olivat eri osissa Suomea hyvin erilaisia. Suhtaudun hyvin skeptisesti siihen ajatukseen, että tällaisilla nimenomaan valinnan mahdollisuuksien määrään liittyvillä eroilla olisi valtiosääntöistä merkitystä, mikäli erot eivät muodostu kohtuuttomiksi tai esimerkiksi johda konkreettisiin eroihin palveluiden laadussa. Toisaalta on selvyiden vuoksi todettava, että nimenomaan Sipilän hallituksen mallissa myös valinnanvapauden toteuttamistavasta ja sitä koskeneesta sääntelystä oli paikannettavissa elementtejä, jotka mahdollisesti olisivat johtaneet valinnanvapauden lisäksi myös konkreettisen palveluiden saatavuuden toteutumiseen eri tavoin eri alueilla – myös eri ihmisryhmät olisivat voineet saada palveluja eriarvoisesti.⁵⁴¹ Tälle taas olisi annettava painoarvoa lainsäädäntöehdotuksen valtiosääntöisessä tarkastelussa.

Erityisesti Sanna Marinin hallituksen sote-uudistuksen jälkeisessä kontekstissa relevantti kysymys on, missä määrin 6 §:n 1 momentin yleisen yhdenvertaisuussäännöksen sekä 19 §:n 3 momentin mukaisen turvaamisveloitteen erottaminen toisistaan on ylipäättään mahdollista tai tarkoituksenmukaista. Perustuslakivaliokunta viittasi sote-uudistuksia arvioidessaan usein julkisen vallan velvollisuuteen turvata jokaiselle riittävät ja riittävän yhdenvertaiset sosiaali- ja terveyspalvelut sekä edistää väestön terveyttä ”kuten perustuslain 19 §:n 1 ja 3 momentin, 6 §:n 1 ja 2 momentin ja 22 §:n normikokonaisuus edellyttää”.⁵⁴² Sekä Sipilän että Marinin hallituksen uudistuksia koskevassa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä yhä vakiintuneemmaksi on muodostunut muotoilu, jonka mukaan julkisen vallan on kaikissa tilanteissa turvattava jokaiselle *riittävät ja yhdenvertaiset* sosiaali- ja terveyspalvelut. Tämän tulkinnan mukaan palveluiden riittävyys ja yhdenvertaisuus ovat saman kolikon eri puolia ja ollakseen hyväksyttävä järjestelmän tulee täyttää molemmat kriteerit. Jos vielä kuntapohjaisessa järjestelmässä tätä yhdenvertaisuuden ja turvaamisveloitteen samaistamista hidasti kunnallisen itsehallinnon nauttima perustuslaillinen suoja, on se hyvinvointialueisiin perustuvassa järjestelmässä Helsingin poikkeavaa asemaa lukuun ottamatta poistunut. Jossain määrin voidaan kuitenkin kritisoida sitä tulkintakäytäntöä, jota perustuslakivaliokunta Sipilän ja Marinin sote-uudistusten yhteydessä loi. Vaikka valiokunta sinänsä perustellusti käsitteli palveluiden riittävyyden ja yhdenvertaisuuden muodostamaa normikokonaisuutta yhdessä, ei se Sipilän hallituksen järjestelmästä esittämässään kritiikissä useinkaan perustellut niitä tapoja, joilla nimenomaan palveluiden yhdenvertaisuuden katsottiin vaarantuvan. Perustuslakivaliokunnan lausunnoissa yhdenvertaisuus liitettiin

540 HE 90/2010 vp; PeVL 41/2010 vp.

541 Ks. esim. Rautiaisen asiantuntijalausunto 2018, s. 7–20.

542 PeVL 15/2018 vp, s. 15.

näin osaksi perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaista riittävyyden arviointia, mutta tarkastelusta jää epäselväksi se merkitys, joka nimenomaan yhdenvertaisuudelle on turvaamisveloitteen rinnalla eri tarkasteluissa annettu.

4.3. Omaisuuden suoja

Jos useat perustuslain säännökset ovat viime vuosina rajoittaneet lainsäätäjän ja eri hallitusten mahdollisuuksia lisätä yksityisen sosiaali- ja terveystalouden roolia suomalaisessa sote-järjestelmässä, ovat järjestelmään jo aiemmin sisältyneet yksityistä tuotantoa sisältäneet järjestelyt saaneet suojaa perustuslain 15 §:n mukaisesta omaisuuden suojasta. Suojan konkreettinen merkitys on kuitenkin jäänyt melko kapeaksi. Perustuslain 15 §:n mukaan jokaisen omaisuus on turvattu. Omaisuuden pakkolunastuksesta yleiseen tarpeeseen täyttä korvausta vastaan säädetään lailla. Perustuslain 15 §:n mukainen omaisuuden suoja koskee myös sopimussuhteiden pysyvyyttä. Perustuslaista saadaan siis suojaa sekä oikeudelle tehdä taloudellisia sopimuksia että vielä tiukempaa suojaa jo tehdyille taloudellisille sopimuksille. Suoja kohdistuu erityisesti ulkoiseen puuttumiseen. Kielto puuttua sopimussuhteiden koskemattomuuteen taannehtivasti ei kuitenkaan ole luonteeltaan ehdoton.⁵⁴³ Perustuslaissa turvattua omaisuuden suojaa on tulkittava yhdessä vastaavaa oikeutta koskevan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1. lisäpöytäkirjan 1 artiklan kanssa.

Omaisuuden suojassa on kyse perustuslain vapausoikeuksien piiriin asettuvasta perusoikeudesta, jolla on erityisesti torjuntaoikeudellista merkitystä. Omaisuuden suoja kohdistuu luonnollisiin henkilöihin, mutta se on useita muita oikeuksia relevantimpi myös oikeushenkilöihin kohdistuvaa sääntelyä arvioitaessa, sillä oikeushenkilön asemaan puuttuminen on usein myös puuttumista oikeushenkilön taustalla olevan yksilön oikeuksiin.⁵⁴⁴ Omaisuuden suojaan puuttuvaa sääntelyä on niin ikään arvioitava perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta, muun muassa sääntelyn tarkoituksen hyväksyttävyyden ja sääntelyn oikeasuhtaisuuden kannalta.⁵⁴⁵ Myös omaisuuden suojalla on ydinalue, mutta sen aineellinen sisältö näyttyy perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön valossa jossain määrin epäselvältä.⁵⁴⁶ Perustuslakivaliokunta on arvioinut omaisuuden suojan suhdetta eri lainsäädäntöesityksiin hyvin tiiviillä tahdilla. Tuomisen mukaan yli puolet perustuslakivaliokunnan vuosina 2000–2018 arvioimista 184:stä omaisuuden suojaan liittyneestä hallituksen esityksestä tähtäsi omaisuuden käytön sääntelemiseen tai rajoittamiseen. Omaisuuden käytön sääntelyssä on monissa tapauksissa ollut

543 PeVL 37/1998 vp, s. 2; PeVL 63/2002 vp, s. 2; PeVL 42/2006 vp, s. 4.

544 HE 309/1993 vp, s. 21–25.

545 Mm. PeVL 27/2005 vp, s. 3; PeVL 56/2005 vp, s. 2; PeVL 36/2010 vp, s. 2.

546 Mm. Hautamäki 2011; Hautamäki 2016; Tuominen 2018a, s. 14.

kyse yksityisten toimijoiden oikeussuhteiden järjestämisestä sellaisella tavalla, että toisen yksityisen omaisuuden suoja ei muodostuisi esteeksi toisen yksityisen yhteiskunnallisesti hyväksyttävän toiminnan toteuttamiselle.⁵⁴⁷ Omaisuuden suojan edistäminen taas on vain harvoin ollut lainsäädäntöhankkeiden konkreettisena tavoitteena.⁵⁴⁸

Sopimussuhteiden nauttiman suojan ja laajemmin varallisuus oikeudellisten oikeustoimien pysyvyyden taustalle on paikannettavissa ajatus niin sanottujen perusteltujen odotusten suojaamisesta taloudellisissa suhteissa. Tämän suojan piirin on perustuslakivaliokunnan käytännössä katsottu sisältävän myös oikeuden luottaa sopimuksen kannalta olennaisen lainsäädännön pysyvyyteen niin, että mahdolliset sopimussuhteen kannalta olennaisia oikeuksia ja velvollisuuksia koskevaan lainsäädäntöön tehtävät muutokset eivät kohtuuttomasti heikennä toisen tai kummankaan sopimusosapuolen asemaa.⁵⁴⁹ Valiokunta on katsonut perusteltujen odotusten ja luottamuksen suojan merkityksen korostuvan, kun kysymyksessä on lailla alun alkaen luotu erityisjärjestely.⁵⁵⁰ Toisaalta perustuslakivaliokunnan jo ennen sote-uudistuksia antamista lausunnoista on todettavissa, että perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaista turvaamisvelvollisuutta toteuttavasta sääntelystä on melko kevyilläkin perusteluilla löydetty perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttäviä syitä omaisuuden suojan rajoituksiin. Valiokunnan mukaan yritykset, jotka toimivat perustuslain 19 §:n 3 momenttiin liitännäisillä markkinoilla, eivät voi perustellusti odottaa lainsäädännön pysyvän kaikissa oloissa ehdottoman muuttumattomana. Myös näissä tilanteissa on kuitenkin esimerkiksi siirtymäjärjestelyin ja muilla keinoin varmistettava, ettei lainsäädännön taannehtivilla muutoksilla heikennetä sopimusosapuolten asemaa kohtuuttomasti.⁵⁵¹

Kun kyse on lainsäätäjän harkintavallan rajoista tilanteissa, joissa yksityisiä sote-palveluja koskevaa lainsäädäntökehikkoa muutetaan, perustuslain takaamalla omaisuuden suojalla on merkitystä ainakin kahdenlaisissa tilanteissa. Ensinnäkin omaisuuden suoja voi tulla merkitykselliseksi tilanteissa, joissa yksityisten toimijoiden roolia sote-palveluiden tuottajina kavennetaan. Toiseksi se voi tulla merkitykselliseksi tilanteissa, joissa sote-järjestelmää muutetaan muulla tavalla niin, että sopimussuhteissa tapahtuu sääntelyn johdosta olennaisia muutoksia. Käytännössä omaisuuden suoja on ollut merkityksellinen tarkastelukulma sekä Sipilän että Marinin hallitusten sote-malleissa, sillä molemmissa malleissa kuntien ja kuntayhtymien solmimien sosiaali- ja terveyspalveluiden ulkoistussopimusten oikeusasema olisi muuttunut.

⁵⁴⁷ Tuominen 2018a, s. 7.

⁵⁴⁸ Ibid., s. 10.

⁵⁴⁹ PeVL 37/1998 vp, s. 2; PeVL 33/2002 vp, s. 3; PeVL 21/2004 vp, s. 3; PeVL 42/2006 vp, s. 4; PeVL 15/2018 vp, s. 58.

⁵⁵⁰ PeVL 45/2002 vp, s. 2–3.

⁵⁵¹ PeVL 56/2005 vp, s. 2; PeVL 31/2006 vp.

Marinin hallituksen sote-malli sisältää säädöksiä sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen hankkimisesta tehtyjen sopimusten mitättömyydestä sekä irtisanomis- mahdollisuuksista.⁵⁵² Jos esimerkiksi kunnalta tai kuntayhtymältä hyvinvointi- alueen vastuulle siirtyvää kokonaisulkoistussopimusta ei voitaisi muuttaa uuden lain mukaiseksi, sopimus katsottaisiin mitättömäksi. Hallituksen esityksen mukaan tällaisten sopimusten määrä olisi kuitenkin hyvin pieni, joskin ennakoarvion mukaan mitätöityminen koskisi ainakin yhtä mutta mahdollisesti useampaa kokonaisulkoistussopimusta. Käytännössä lienee kuitenkin todennäköistä, että useammista sopimuksista on löytynyt sopimusehtoja, joita on uuden sääntelyn myötä joko neuvoteltava uusiksi tai katsottava mitättömiksi.⁵⁵³ Neuvotteluvollisuutta rajaavat kuitenkin osaltaan erityisesti julkisia hankintoja koskevat oikeussäännöt, joiden valossa sopimuksen muuttamisen mahdollisuudet voivat käytännössä asettua melko rajallisiksi.⁵⁵⁴

Perustuslakivaliokunta katsoi Marinin hallituksen sote-uudistuksesta antamassaan lausunnossa mitättömyyssääntelyn huomattavan syvälleikäväksi puuttumiseksi perustuslain 15 §:ssä turvattuun omaisuuden suojaan ja sopimussuhteiden pysyvyyteen, minkä vuoksi sääntelyn hyväksyttävyydelle, oikeasuhtaisuudelle ja välttämättömyydelle asetettavat vaatimukset olivat valiokunnan mukaan erittäin korkealla. Verraten ilmiselvä seuraus tästä oli, että mitättömyyden edellytysten tuli ilmetä laista täsmällisesti ja tarkkarajaisesti.⁵⁵⁵ Valiokunta päätyi lausunnossaan oikeuttamaan Marinin hallituksen ehdottaman sääntelyn perusratkaisun erityisesti sillä, että irtisanomisen ja mitättömäksi toteamisen tarkoituksena oli hallituksen esityksen mukaan varmistaa perustuslain 19 §:n 3 momentissa säädetyn julkisen vallan turvaamisvelvollisuuden toteuttaminen. Valiokunnan mielestä ehdotetulle sääntelylle voitiin näin lähtökohtaisesti katsoa olevan perusoikeusjärjestelmän kannalta painavat perusteet, jotka liittyivät riittävien ja yhdenvertaisten sosiaali- ja terveyspalvelujen turvaamisvelvollisuuden varmistamiseen.⁵⁵⁶ Lisäksi oikeuttamispäätöksen taustalle ja edellytykseksi voidaan paikantaa ainakin neljä näkökulmaa, joista ensimmäinen on riittävän siirtymäajan takaaminen. Aiemmassa jätteenkuljetusalalle suunniteltua säädösmuutosta koskeneessa lausunnossaan perustuslakivaliokunta piti mahdollise-

552 HE 241/2020 vp, s. 309.

553 Ibid., s. 310; StVM 16/2021 vp, s. 43. Mehiläisen ja Kemin, Tornion, Keminmaan ja Simon kuntien yhteisyrityksen Mehiläinen Länsi-Pohja Oy:n kanssa tehty sopimus olisi hallituksen esityksessä sekä sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietinnössä esitetyn arvion mukaan ehdotuksen myötä kokonaisuutena mitätön. Lapin hyvinvointialue ja Mehiläinen Länsi-Pohja Oy ovat vuoden 2023 puolella arvioineet, että ”vastuunjaon muutokset ovat ensisijainen keino saattaa palveluntuotanto uusien sote-lakien mukaiseksi” (mm. Mehiläinen Länsi-Pohjan Lehdistötiedote 8.2.2023). Julkisuuteen kerrotun tiedon mukaan Mehiläinen Länsi-Pohjan palveluntuotannon arvo on 61 miljoonaa euroa, eli noin 6 prosenttia Lapin hyvinvointialueen vuosittaisista kuluista.

554 Esim. laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016) 136 §.

555 PeVL 17/2021 vp, s. 31–32.

556 Ibid., s. 31–32.

na säättää oikeudesta suoraan lain nojalla lakkauttaa osapuolten välille tehty sopimus. Tämän edellytyksenä oli, että laissa säädettäisiin muutokselle riittävän pitkä siirtymäaika, joka kyseisessä tapauksessa olisi asettunut noin 3–4 vuoteen.⁵⁵⁷ Samoin valiokunta katsoi mahdolliseksi lakkauttaa eräitä sairaankuljetussopimuksia, kunhan siirtymäaikaa pidennettäisiin hallituksen esityksessä ehdotetusta kahdesta vuodesta.⁵⁵⁸ Marinin hallituksen esityksessä ehdotettua vuoden 2026 alkuun päättyvää mutta tapauskohtaisesti pidennettävissä olevaa siirtymäaikaa valiokunta taas piti riittävänä.⁵⁵⁹ Lausuntokäytännöstä voidaan tehdä johtopäätös, jonka mukaan siirtymäajan alaraja asettuu muutaman vuoden kohdalle pienemmissä, mutta mahdollisesti tätä pidemmäksi laajempia kokonaisuuksia koskevissa säädösmuutoksissa. Edellytyksenä siirtymäajan hyväksyttävyydelle on kuitenkin koko ehdotetun sääntelyn hyväksyttävyys, ja siirtymäajan pituus on vain yksi, mutta lausuntokäytännön perusteella olennaiseksi muodostuva elementti.

Toiseksi Marinin hallituksen sote-uudistuksen kontekstiin liittyi lisäksi eräitä erityispiirteitä, jotka olivat relevantteja arvioitaessa niitä odotuksia, joita sopimusosapuolilla ja erityisesti yksityisillä palveluntuottajilla on ollut. Lailla oli ensinnäkin jo vuodesta 2016 alkaen rajoitettu kuntien mahdollisuuksia solmia sote-ulkoistuksia koskevia sopimuksia yksityisten palveluntuottajien kanssa. Sääntelyn taustalla olivat Sipilän ja Marinin hallitusten sote-uudistusten tavoittelemat järjestelmämuutokset sekä tarve estää näiden kanssa yhteensopimattomat toimet. Lait säädettiin perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella.⁵⁶⁰ Määräaikaisten – mutta kestoaltaan lopulta jopa kymmeneen vuoteen venyvien – rajoitusten lisäksi merkitystä oli myös sillä, että sote-uudistusta oli eri muodoissaan valmisteltu pitkään ja kokonaisulkoistussovimusten tekeminen valmisteluajana oli tästä syystä katsottava eräänlaisen tietoisien riskien ottamiseksi yksityisen palveluntuottajan taholta. Valiokunta viittasi Marinin hallituksen sote-uudistuksen arvioinnissa aiempaan lausuntoonsa, jonka valiokunta oli antanut kuluttajansuojalakiin ehdotetun kuluttajaluottoja koskevan säädösmuutoksen yhteydessä. Valiokunta oli tällöin todennut, että elinkeinonharjoittajilta voidaan edellyttää varautumista lainsäädännön merkittäviinkin muutoksiin tapauksessa, jossa toimintaan liittyvät ongelmat ovat olleet jo vuosien ajan vahvasti esillä.⁵⁶¹ Rinnastus on ontuvana, sillä yksityisten sote-palveluntarjoajien toiminnasta kokonaisulkoistuksissa ei ole paikannettu pikaluottojen kaltaisia konkreettisia ongelmia ainakaan olennaisesti enemmän kuin julkisessa palveluntuotannossa, vaan kyse oli erityisesti kunnissa tehtyjen ratkaisujen ja perustuslakivaliokunnan luoman perustuslain 19 §:n 3 momentin lausuntokäytännön yhteensopivuudesta.

557 PeVL 58/2010 vp, s. 6.

558 PeVL 41/2010 vp, s. 4–5.

559 PeVL 17/2021 vp, s. 32–33.

560 PeVL 30/2016 vp; PeVL 5/2019 vp.

561 PeVL 28/2012 vp, s. 3–4; PeVL 17/2021 vp, s. 31–32.

Myös mainitusta yhteensopivuudesta on esitetty Marinin hallituksen sote-uudistusesityksessä todetusta poikkeavia näkemyksiä. Esimerkiksi Lavapuro on sosiaali- ja terveysministeriölle antamassaan asiantuntijalausunnossa todennut, että tilanteissa, joissa niin sanotut kokonaisulkoistukset eivät johda perusoikeuksien vaarantumiseen tai estä julkista valtaa toteuttamasta sille kuuluvaa perusoikeuksien turvaamisvelvoitetta, voidaan niitä pitää perustuslain kannalta sinänsä sallittuna tapana huolehtia perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisten oikeuksien toteutumisesta.⁵⁶² Lavapuro viittaa argumentaatioissaan erityisesti perustuslakivaliokunnan sote-rajoituslakien yhteydessä antamaan lausuntokäytäntöön, jossa perustuslakivaliokunta totesi, että yhä useammat kunnat ja yhteistoiminta-alueet olivat hankkineet yksityiseltä palvelun tuottajalta lähes kaikki sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämiseen liittyvät palvelut jättäen itselleen julkisen vallan käyttöön liittyviä tehtäviä, ja että uusia tällaisia järjestelyjä oli myös suunnitteilla.⁵⁶³ Lavapuron mukaan perustuslakivaliokunnan olisi ollut mahdollista rajoituslakien yhteydessä yksinkertaisesti todeta, ettei perustuslaki muutenkaan mahdollista esimerkiksi kokonaisulkoistusten kaltaisia järjestelyjä. Kun valiokunta ei tällaista kantaa kuitenkaan esitä, voidaan Lavapuron mukaan arvioida, etteivät kokonaisulkoistuksetkaan ole ainakaan ilmeisellä tavalla perustuslainvastaisia.⁵⁶⁴ Lavapuron mukaan ulkoistamisen edellytyksistä olisi kuitenkin tullut säätää vanhan kuntapohjaisen sote-mallin sisältämää sääntelyä tarkemmin laissa, ja sääntelyn tuli olla sitä täsmällisempää, mitä merkittävämmästä ulkoistuksesta olisi kyse.⁵⁶⁵ Lavapurosta poiketen esimerkiksi Mäenpää ja Ojanen kuitenkin katsovat, että kokonaisulkoistukset sopivat huonosti yhteen perustuslakiuudistuksen yhteydessä lausuttujen tavoitteiden kanssa, joiden mukaan julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee pääsääntöisesti kuulua viranomaisille ja joiden mukaan tällaisia tehtäviä voidaan antaa muille kuin viranomaisille vain rajoitettusti.⁵⁶⁶ Tuori taas pitää ylipäätään kyseenalaisena, liittyykö kokonaisulkoistuksiin tai merkittävän osan kunnan tai kuntayhtymän sosiaali- ja terveydenhuoltoa kattaviin ulkoistamissopimuksiin perustuslain 15 §:n mukaista omaisuudensuojaa nauttivia sopimussuhteiden ja niitä sääntelevän lainsäädännön pysyvyyttä koskevia perusteluita.⁵⁶⁷ Tuori lisäksi toteaa, että mikäli sopimusten katsottaisiin kuuluvan perustuslain 15 §:n tarjoaman suojan piiriin, sote-uudistuksen tarpeellisuus perustuslain 19 §:n 3 momentin tarkoittamien riittävien sosiaali- ja terveyspalvelujen yhdenvertaiseksi turvaamiseksi sekä – Tuorin arvion mukaan – perustuslain kanssa ristiriidassa olevan sopimustilan päättäminen ovat sellaisia painavaan yhteiskunnalliseen intressiin liittyvä tarve, jota rajoitusperusteen hyväksyttävyyys perusoikeuksien

⁵⁶² Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 13.

⁵⁶³ PeVL 30/2016 vp, s. 2; PeVL 5/2019 vp.

⁵⁶⁴ Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 13.

⁵⁶⁵ Lavapuron asiantuntijalausunto 2019, s. 13–14.

⁵⁶⁶ Mäenpään asiantuntijalausunto 2019, s. 8; Ojasen asiantuntijalausunto 2019, s. 14.

⁵⁶⁷ Tuorin asiantuntijalausunto 2019, s. 23.

yleisten rajoitusperusteiden mukaan edellyttää.⁵⁶⁸ Tuori menee tulkinnassaan jopa niin pitkälle, että hänen mukaansa perusteita saattaa olla jopa muidenkin ostopalvelusopimusten kuin laajojen ulkoistamissopimusten voimassaolon päättämiseen lailla.⁵⁶⁹

Kuvattujen tilannekohtaisten erityispiirteiden lisäksi valiokunta viittasi sote-toimialan erityisyyteen erittäin säänneltynä alana ja sote-markkinoihin painavien yleisten etujen vuoksi vahvasti säänneltynä markkinana.⁵⁷⁰ Tätä voidaan pitää kolmantena tulkinta-asetelmaan kytkeytyvänä näkökulmana. Valiokunta referoi tältä osin aiempaa lausuntokäytäntöään, jonka mukaan sote-alan kaltaisilla säännellyillä aloilla toimivat yritykset eivät voi perustellusti odottaa lainsäädännön pysyvän kaikissa oloissa muuttumattomana.⁵⁷¹ Lausuntokäytäntöä todella voidaan pitää verraten selvänä, mutta samalla on todettava, että aiemmat lausunnot ovat liittyneet yksityisen elinkeinonharjoittajan näkökulmasta huomattavasti vähämerkityksellisempiin lainsäädäntömuutoksiin, eikä Marinin hallituksen uudistuksesta annetusta lausunnosta yksiselitteisesti käy ilmi, onko lausunnolla tarkoitus laajentaa alan erityisyyden merkitystä arvioinnissa.

Neljäs sääntelyratkaisua oikeuttanut seikka oli säädöksiin sisällytetty neuvotteluvaikeus sekä sääntelyratkaisu, jossa sopimukset eivät lain nojalla lakkaisi, vaan ne irtisanottaisiin tai todettaisiin mitättömäksi tavalla, jossa otettaisiin huomioon ulkoistamissopimuksen sisältö ja siihen kohdistuvan siirtymävaiheen toimenpiteen oikeasuhtaisuus. Irtisanomisessa ja mitättömäksi toteamisessa olisi kyse hyvinvointialueen hallintopäätöksestä, joka olisi mahdollista saattaa hallintotuomioistuimen käsiteltäväksi.⁵⁷² Sääntelyratkaisu erosi näiltä osin esimerkiksi jätteen- ja sairaankuljetussopimuksissa käytetystä lakkaamisesta. Ratkaisua voidaan pitää perustuslain 15 §:n mukaiseen omaisuuden suojaan vähemmän kajoavana sääntelyinterventiona, jota lainsäätäjän tulisi mahdollisuuksien mukaan suosia myös tulevaisuuden säädöshankkeissa. Tätä tukee myös perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten asettama vaatimus riittävästä oikeusturvajärjestelystä.⁵⁷³ Olennainen osa Marinin hallituksen omaisuuden suojaan kajoavan sääntelyn hyväksyttävyyttä erityisesti oikeasuhtaisuuden näkökulmasta oli myös yksityisen palveluntuottajan oikeus korvaukseen välittömästä vahingosta. Oikeus korvaukseen olisi merkittävistä ja tarpeellisista sopimuksen täyttämiseen liittyvistä investoinneista, mikäli nämä investoinnit tulisivat irtisanomisen tai mitättömyyden toteamisen vuoksi kokonaan tai osittain hyödyttömiksi eikä palveluntuottaja olisi voinut varautua tähän.⁵⁷⁴

568 Ibid.

569 Ibid.

570 PeVL 56/2005 vp, s. 2; PeVL 15/2018 vp, s. 58; PeVL 17/2021 vp, s. 32.

571 PeVL 56/2005 vp, s. 2; PeVL 31/2006 vp; PeVL 17/2021 vp, s. 32.

572 PeVL 17/2021 vp, s. 32–33.

573 PeVM 25/1994 vp, s. 5.

574 PeVL 17/2021 vp, s. 33.

Lopulta valiokunta päätyi hyväksymään Marinin hallituksen ehdottaman sääntelyn perusratkaisun, mutta edellytti mitättömyyskynnyksen nostamista niin, että mitättömäksi toteaminen olisi mahdollista vain tilanteissa, joissa sopimus vaarantaa olennaisesti ja vakavasti nimenomaan perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvattujen oikeuksien toteutumisen. Sosiaali- ja terveysvaliokunta nosti lausuman johdosta mitättömyyttä koskevan sääntelyn soveltamiskynnystä.⁵⁷⁵ Perustuslain 15 §:n näkökulmasta on lisäksi syytä todeta, että myös Marinin hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä annettua lausuntoa on tarkasteltava kontekstissaan. Jotta Marinin hallituksen ehdottaman kaltainen kajoaminen sopimussuhteiden pysyvyyteen voisi tulla hyväksytyksi, sääntelyn tulee täyttää hyvin tarkat reunaehdot, eikä lainsäätäjän harkintavalta ole laaja. Marinin hallituksen tapauksessa perustuslakivaliokunta hyväksyi perusteet, jotka liittyivät keskeisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisen turvaamisvelvollisuuden toteuttamiseen. Tässä tärkeän taustaelementin muodostivat muun muassa perustuslakivaliokunnan aiempi lausuntokäytäntö, joka tuki tavoitetta siirtää sote-palveluiden järjestäminen kuntia suurempien yksiköiden hoidettavaksi. Oma keskustelunsa on myös se, olisiko nyt nähdyn kaltainen sääntely, jossa kokonaisulkoistussopimuksista luopuminen varmistetaan lainsäädännöllä, ehdottomasti tarpeen edellä kuvatun perustuslain 19 §:n 3 momenttia koskevan lausuntokäytännön näkökulmasta. Perustuslakivaliokunta omaksui lausunnossaan tähän myönteisen kannan, mutta jos näin ei olisi ollut, sääntelyn oikeuttaminen olisi muodostunut hankalaksi.

Toisaalta Marinin hallituksen ehdottama sääntely oli kokonaisuutena toteutettu niin, että eri näkökohdat tukivat tulkintaa, jonka mukaan asetelma ei muodostunut yksityisten palveluntuottajien kannalta kohtuuttomaksi. Näitä olivat paitsi sote-sektoriin liittyvät erityispiirteet myös sote-uudistuksen poikkeuksellisen pitkä – vaikkakin vaiheikas ja moninkertaisten suunnanmuutosten sävyttämä – valmistelu-aika, tähän liittyvä väliaikainen rajoituslainsäädäntö, siirtymäajan pituus sekä valitus- ja korvausmahdollisuuden takaaminen lainsäädännöllä. Jossain toisessa tilanteessa voidaan varmasti oikeuttaa perustuslain 15 §:n rajoituksia myös ilman jotain osaa tästä kokonaisuudesta, mutta toisaalta laajemmat rajoitukset ja esimerkiksi laajojen ulkoistussopimusten lakkauttaminen suoraan lainsäädännön nojalla olisivat voineet jäädä myös nyt käsillä olleessa asetelmassa lainsäätäjän harkintavallan ulkopuolelle.

4.4. Itsemääräämisoikeus

Perustuslain 1 §:n 2 momentin mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Perusoikeusuudistusesityksen mukaan momentin piiriin kuuluu

⁵⁷⁵ StVM 16/2021 vp, s. 254.

myös monien muiden oikeuksien käytön perustana oleva *yksilön itsemääräämisoikeus* eli vapaus määrätä itsestään ja toimistaan.⁵⁷⁶ Itsemääräämisoikeutta on oikeuskirjallisuudessa pidetty myös niin sanottuna implisiittisenä perusoikeutena.⁵⁷⁷ Itsemääräämisoikeus perustuu perustuslain 1 §:n 2 momentin lisäksi keskeisesti perustuslain 10 §:n yksityisyyden suojaan ja perustuslain 7 §:n henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, mutta se ei tyhjene näihin, vaan muodostuu Neuvosen ja Rautiaisen mukaan kaikista sellaisista oikeuksista, jotka antavat henkilölle tietyn vapauspiirin, jonka puitteissa yksilö voi toteuttaa vapauttaan oman harkintansa mukaan.⁵⁷⁸ Tällaisia ovat edellä mainittujen lisäksi ainakin perustuslain 11 §:n uskonnon ja omantunnon vapaus, perustuslain 12 §:n sananvapaus, perustuslain 13 §:n yhdistymisvapaus.⁵⁷⁹

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä itsemääräämisoikeuden on katsottu kiinnittyvän useisiin perusoikeuksiin, erityisesti perustuslain 7 §:n säännöksiin henkilökohtaisesta vapaudesta ja koskemattomuudesta sekä perustuslain 10 §:n säännöksiin yksityiselämän suojasta. Perustuslailla suojatun yksityiselämän piiriin kuuluu muun muassa yksilön oikeus määrätä itsestään ja ruumiistaan.⁵⁸⁰ Osaltaan itsemääräämisoikeuteen voidaan liittää myös perustuslain 9 §:n liikkumisvapaudesta ja 11 §:n mukaista omantunnon ja uskonnon vapaudesta syntyviä näkökohtia. Perustuslain 1 §:n 2 momentin säännöksellä ja laajemmin ilmaistuna itsemääräämisperusoikeudella on perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudessa erityisasema, ja se tulee ottaa huomioon perustuslain muita säännöksiä tulkittaessa, sillä säännös ilmaisee perustuslain keskeisen arvoperustan.⁵⁸¹ Kyse on siis suomalaisen perusoikeusjärjestelmän taustalla olevasta arvosta. Lisäksi itsemääräämisoikeudesta on otettu kirjauksia muun muassa YK:n vammaisten henkilöiden oikeuksia koskevaan sopimukseen (SopS 27/2016) sekä YK:n lasten oikeuksien sopimukseen (SopS 60/1991).

Itsemääräämisoikeus – vaihtoehtoisesti itsemääräämisen periaate – on lisäksi vahva sosiaali- ja terveysoikeudellinen tai hyvinvointioikeudellinen periaate, joka on kirjattu keskeisesti muun muassa potilaslakiin, jonka 6 §:n mukaan potilasta on hoidettava yhteisymmärryksessä hänen kanssaan. Potilaan kieltäytyessä hoidosta tai hoitotoimenpiteistä on häntä mahdollisuuksien mukaan hoidettava yhteisymmärryksessä lääketieteellisesti hyväksyttävällä tavalla.⁵⁸² Periaate korostaa erityisesti

576 HE 309/1993 vp, s. 42.

577 Ks. teemasta mm. Viljanen 2011b; Tuori – Kotkas 2023, s. 516–518; Neuvonen – Rautiainen 2015a, s. 29; Ojanen – Scheinin 2011a, s. 223. Ajatuksia implisiittisten perusoikeuksien läsnäolosta on ajoittain kritisoitu ja niiden tulkintavaikutusta voidaan joka tapauksessa pitää varsin täsmentymättömänä ja jossain määrin myös hallitsemattomana. Perustuslakivaliokunta vaikuttaa suhtautuvan ajatuksiin implisiittisistä perusoikeuksista varsin varovaisesti.

578 Neuvonen – Rautiainen 2015a, s. 35.

579 Ibid.

580 PeVL 10/2012 vp, s. 2; PeVL 24/2010 vp, s. 3; PeVL 15/2015 vp, s. 2.

581 HE 1/1998 vp, s. 73.

582 Ks. Tuori – Kotkas 2023, s. 515–527.

potilaan mahdollisuuksia vaikuttaa omaan hoitoonsa sekä hoitoon hakeutumisen omaehtoisuutta. Sosiaali- ja terveysoikeuden piirissä periaatteen on usein katsottu kiinnittyvän tiiviisti perustuslain 7 §:ssä turvattuihin oikeuksiin.⁵⁸³

Perustuslakivaliokunta katsoi Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä, että ehdotettu sosiaali- ja terveyspalveluiden valinnanvapaus on merkityksellistä ihmisen itsemääräämisoikeuden kannalta.⁵⁸⁴ Mallissa ihmisten mahdollisuus vaikuttaa omaan hoitoonsa olisi todennäköisesti kasvanut kaikilla alueilla, mutta erityisen selvä vaikutus olisi ollut niissä maakunnissa, joissa sote-palveluiden tuottajia olisi tullut tarjolle huomattava määrä. Valinnanvapauden lisäämisen taustalle voidaan siis paikantaa vahvat valtiosääntöiset perusteet. Vaikka perustuslakivaliokunta toisaalta totesi pitävänsä asiakkaiden valinnan mahdollisuuksien laajentamista erittäin merkityksellisenä ihmisten itsemääräämisoikeuden kannalta ja itsemääräämisoikeuden vahvistamista lainsäädännön keinoin perusteltuna, ei tälle näkökohdalle vaikuteta annetun perustuslakivaliokunnan arvioissa kovinkaan suurta painoarvoa. Sipilän hallituksen sote-paketista annetuista lausunnoista ei löydy sellaisia kirjauksia, joissa itsemääräämisoikeus olisi otettu huomioon valinnanvapausjärjestelmästä tehdyssä perusoikeuspunninnassa, vaikka itsemääräämisoikeus sinänsä on kirjattu merkityksellisten seikkojen joukkoon kahdessa ensimmäisessä perustuslakivaliokunnan lausunnossa. Uudistuksen käsittelyn yhteydessä merkitystä itsemääräämisoikeudelle antoivat kuitenkin ennen kaikkea sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijat.⁵⁸⁵ Tästä näkökulmasta ei ole yksiselitteistä, miltä osin sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijakielessä esiintyvää itsemääräämisoikeus-termiä tai sosiaali- ja terveysoikeudellista itsemääräämisoikeus-periaatetta voidaan samaistaa itsemääräämisoikeus-perusoikeuteen. Vähintään on kuitenkin niin, että ihmisten mahdollisuus vaikuttaa omaan hoitoonsa voi eri tilanteissa tulla myös valtiosääntöisesti merkitykselliseksi tarkastelukulmaksi ja tukea sellaisia lainsäädäntöratkaisuja, jotka laajentavat tätä mahdollisuutta.

Ensimmäisessä Sipilän hallituksen sote-esityksessä ei käsitelty lainkaan itsemääräämisoikeutta valinnanvapausjärjestelmää perusteltaessa.⁵⁸⁶ Tämä puute korjautui sittemmin myöhemmässä hallituksen esityksessä, jossa itsemääräämisoikeuden lisääntymisellä perusteltiin muun muassa perustuslain 124 §:n mukaisen tarkoituksenmukaisuuden täyttymistä sekä valittua palvelutuotannon mallia kokonaisuudessaan.⁵⁸⁷ Perustuslakivaliokunnan lausunnoissa itsemääräämisoikeutta ei kuitenkaan juuri otettu huomioon, kun hallituksen esitystä arvioitiin. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön perusteella jää siis epäselväksi, mikä merkitys perustuslain 1 §:n

583 Ks. teemaan liittyen mm. Kess 2023.

584 PeVL 26/2017 vp, s. 36.

585 Mm. Brommelsin asiantuntijalausunto 2018, s. 5–6.

586 HE 15/2017 vp.

587 HE 16/2018 vp.

2 momentin mukaiselle itsemääräämisoikeudelle tulisi antaa yksityisen palvelutuotannon kontekstissa. Mikäli valinnanvapaudelle annetaan itsenäistä valtiosääntöistä merkitystä itsemääräämisperusoikeuden toteuttajana, syntyisi tästä lainsäätäjälle valtiosääntöistä tukea kehittää sote-järjestelmää kohti laajemman valinnanvapauden mahdollistavia ratkaisuja. Toisaalta mikäli sote-palveluiden valinnanvapaudelle annetaan merkitystä perustuslain 1 §:n 2 momentin itsemääräämisoikeuden ilmentymänä, on hankala perustella aiemmin tässä tutkimuksessa esitettyä kantaa, jonka mukaan pelkkää valinnanvapauden laajuutta ja siinä esiintyviä eroja ei katsottaisi perustuslain 6 §:n 1 momentin yhdenvertaisuussäännöksen näkökulmasta relevanteiksi. Logiikka toimii nähdäkseni myös päinvastoin.

Verraten selvää on kuitenkin se, että itsemääräämisoikeuden merkitys yksityisen palvelutuotannon tarkastelussa kiinnittyy vain sellaisiin monituottajamalleihin, joissa valintaa eri palveluntuottajien välillä tehdään ihmisen itsensä toimesta. Esimerkiksi julkisten palveluiden tavanomaisempi ulkoistaminen hankintasopimuksella ei muodostune merkitykselliseksi itsemääräämisoikeuden näkökulmasta, mikäli järjestely ei lisää yksilön mahdollisuuksia valita palveluntarjoajaa tai muuten vaikuttaa omaan hoitoonsa. Toisaalta yhtä lailla valinnan mahdollisuuksien lisääntyminen vain julkisten palveluntarjoajien välillä on merkityksellistä perustuslain 1 §:n 2 momentin näkökulmasta, jos tällainen merkitys liitetään yksityiseen tuotantoon pohjautuvaan järjestelmään. Näin siitä huolimatta, että julkisten perusterveydenhuollon yksiköiden välisen valinnanvapauden luoneen terveydenhuoltolain uudistuksen yhteydessä hallituksen esitys ja perustuslakivaliokunnan lausunto eivät kumpikaan tunnista valinnanvapaudelle valtiosääntöistä merkitystä.⁵⁸⁸ Sääntely säilyi asiallisesti pitkälti samankaltaisena myös Marinin hallituksen sote-uudistuksessa, mutta julkisten palveluntuottajien välillä tapahtuvalle valinnan mahdollisuudelle ei myöskään tässä lausunnossa annettu merkitystä itsemääräämisoikeuden näkökulmasta.⁵⁸⁹ Kyse ei siis ole vain tai edes ensisijaisesti yksityiseen tuotantoon kytkeytyvästä tarkastelukulmasta. On kuitenkin selvää, että esimerkiksi Sipilän hallituksen ehdottaman kaltaisessa monituottajamallissa ihmisillä olisi ainakin lähtökohtaisesti vielä merkittävästi laajemmat mahdollisuudet tehdä valintaa eri palveluntuottajien välillä ja vaikuttaa siten omaan hoitoonsa. Samalla tavalla tällaisia mahdollisuuksia voisi lisätä esimerkiksi palvelusetelien laajempi käyttö tai muut sosiaali- ja terveysjärjestelmän elementit, joissa ihmiselle itselleen annetaan laajempi rooli hoitopaikkansa ja mahdollisesti jopa hoitomuotojensa valinnassa. Eri asia on puolestaan se, onko kaikilla ihmisillä ja kaikilla ihmisryhmillä heidän asemastaan ja tilanteestaan johtuen myös tosiasialliset mahdollisuudet tällaisen valinnan tekemiseen.

Itsemääräämisoikeuden rajallinen esiintyminen Sipilän hallituksen sote-uudistusta koskevassa valmisteluaineistossa ja perustuslakivaliokunnan lausunnossa voi-

⁵⁸⁸ HE 90/2010 vp; PeVL 41/2010 vp.

⁵⁸⁹ Terveys- ja hyvinvointilain 47–50 §; PeVL 17/2021 vp.

daan hahmottaa ainakin kolmella tavalla. Yhtäältä voidaan ajatella, että niin sanotuna implisiittinä perusoikeutena itsemääräämisoikeudelle oltiin lainvalmistelussa tai perustuslakivaliokunnassa varovaisia antamaan sellaista roolia ja tulkintavaikutusta, joka tälle olisi sinänsä aivan perustellusti voitu antaa. Osin kyse voi siis olla tietoisesta itsemääräämisoikeuden perusoikeusluonteen kieltämisestä tai ainakin sen roolin rajaamisesta joitakin muita mahdollisia lähestymistapoja kapeammaksi. Toisaalta itsemääräämisoikeuden rajallista esiintymistä voidaan selittää sen jossain määrin vakiintumattomalla luonteella. Implisiittisenä perusoikeutena se saa vain rajallisesti tukea perustuslain tekstistä ja esitöistä, mikä vaikeuttaa perusoikeuden täsmällisen ulottuvuuden paikantamista. Itsemääräämisoikeutta on määritelty oikeuskirjallisuudessa, mutta näille määrittelyille ei voitane antaa liiallista roolia sääätämisyjärjestysperusteluissa tai perustuslakivaliokunnan yksittäisessä lausunnossa, vaan implisiittisen perusoikeuden tulisi vakiintua lausuntokäytännössä asteittain ja varsin johdonmukaisesti. Kolmanneksi itsemääräämisoikeuden puuttumista voidaan pitää esimerkkinä siitä, kuinka in abstracto harjoitetussa ex ante-perustuslakikontrollissa ei kyetä tunnistamaan kaikkia perustuslain näkökulmasta relevantteja tarkasteluja. Sinänsä harvinaisempaa lienee, että nämä tunnistamatta jäävät tarkastelut olisivat hallituksen esityksen hyväksyttävyyttä tukevia, sillä kulloisenkin hallituksen ja käytännön tasolla lainvalmistelijan intresseissä ja myös virkatehtävänä lienee pyrkiä paikantamaan sääätämisyjärjestysperusteluissa mahdollisimman kattavasti sellaisia näkökohtia, jotka perustelevat lakiehdotuksen hyväksyttävyyttä.

4.5. Muita perusoikeusnäkökohtia

Kun puhutaan nimenomaan sote-palveluiden yksityistämisestä ja sitä koskevista harkintavallan rajoista, merkitystä on myös elinkeinovapauden ilmaisevalla perustuslain 18 §:n 1 momentilla, jonka mukaan jokaisella on oikeus lain mukaan hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla. Käytännössä 18 §:n 1 momentilla on ollut merkitystä erityisesti silloin, kun on arvioitu sote-palveluiden yksityisille tuottajille asetettuja ehtoja, kuten elinkeinotoiminnan luvanvaraisuutta tai muita sääntelyelementtejä, joiden voidaan katsoa tarkoittavan elinkeinovapauden rajoitusta.

Elinkeinovapauden piiriin kuuluvan toiminnan rajoja määriteltäessä voidaan vakiintuneena tulkintana pitää sitä, että julkisten hallintotehtävien hoitaminen ei lähtökohtaisesti kuulu perustuslain 18 §:n 1 momentin mukaisen elinkeinovapauden nauttiman suojan alaan.⁵⁹⁰ Perustuslakivaliokunta on kuitenkin myös sote-sektoria koskevilla lausunnoissaan pitänyt elinkeinovapautta perustuslain mukaisena

590 PeVL 20/2006 vp, s. 3; PeVL 23/2013 vp, s. 3; PeVL 15/2018 vp, s. 56–57.

pääsääntönä, jolloin elinkeinotoiminnan luvanvaraisuutta koskeva sääntely olisi mahdollista poikkeuksellisesti. Esimerkiksi Juha Sipilän hallituksen sote-malliin sisältynyt yksityisen sote-palveluiden tuottajan ennakollisen hyväksymisen edellyttäminen tai luvanvaraisuuden säätäminen on siten täytynyt tehdä tavalla, joka täyttää perusoikeuden yleiset rajoitusedellytykset.⁵⁹¹ Käytännössä tämä tarkoitti uudistuksessa muun muassa sitä, että toimivallan liittää sote-palveluntuottajan toimilupaan ehtoja tulee perustua riittävän täsmällisiin lain säännöksiin.⁵⁹² Perustuslakivaliokunta esimerkiksi samaisti Sipilän hallituksen sote-mallin toimilupasääntelyn elinkeinotoiminnan luvanvaraisuuteen. Toisaalta valiokunta oli jo aiemmin todennut palvelusetelistä, että sääntely ei ollut merkityksellistä 18 §:n 1 momentin elinkeinovapauden näkökulmasta, sillä kyse oli lähinnä julkisen vallan omille palvelustoilleen asettamista ehdoista. Sipilän hallituksen sote-mallissa toimiluvan merkitys oli kuitenkin hyvin laaja, jolloin tätä koskevan sääntelyn tuli täyttää myös perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset. Toimiluvan tai rekisteröinnin peruuttamista pohdittaessaan perustuslakivaliokunta viittasi aiempaan käytäntöön, jossa se on katsonut peruuttamisen olevan mahdollista vain vakavien rikkomusten ja laiminlyöntien sekä huomautusten ja varoitusten huomiotta jättämisen perusteella.⁵⁹³

Yleisellä tasolla perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä voidaan tehdä johtopäätös, jonka mukaan tavanomainen palvelusetelimallinkin kautta tapahtuva alihankinta ja tätä koskeva sääntely eivät yleensä tule arvioitavaksi elinkeinovapauden rajoituksena, mutta tätä laajempien ja siten elinkeinotoiminnan luvanvaraisuuteen rinnastuvien toimilupaedellytysten tulisi täyttää perusoikeutta rajoittavalta lailta vaadittavat yleiset edellytykset. Perustuslakivaliokunta arvioi elinkeinovapautta sote-sektorin kontekstissa juuri Juha Sipilän hallituksen sote-uudistusta tarkastellessaan. Sen sijaan arviota elinkeinovapauden näkökulmasta ei tehty lainkaan Sanna Marinin hallituksen sote-uudistusta käsiteltäessä. Näin siitä huolimatta, että Marinin hallituksen uudistus sisälsi aiemmin kuvatulla tavalla sääntelyä, joka mitätöi joitakin kuntien ja yksityisten toimijoiden välisiä sopimuksia sekä näiden sopimusten yksityiskohtia. Vaikka sinänsä on selvää, että hallintotehtävien hoitaminen ei lähtökohtaisesti kuulu perustuslain 18 §:n 1 momentin mukaisen elinkeinovapauden piiriin, on huomionarvoista, että kuvatus kaltaista sääntelyä ei missään vaiheessa lainsäädäntöprosessia arvioitu elinkeinovapauden näkökulmasta. Varsinkin kokonaisulkoisuuksissa on joka tapauksessa ollut kyse osin sellaisesta elinkeinotoiminnasta, joka ei julkisena hallintotehtävänä nauti elinkeinovapauden tarjoamaa suojaa, mutta myös sellaisesta elinkeinotoiminnasta, joka on vain liitännäistä julkiseen hallintotehtävään ja tästä erillisenä tulisi elinkeinovapauden piiriin.

⁵⁹¹ PeVL 15/2018 vp, s. 57.

⁵⁹² Ibid.

⁵⁹³ PeVL 58/2010 vp, s. 5; PeVL 13/2014 vp, s. 2; PeVL 46/2016 vp, s. 3; PeVL 26/2017 vp, s. 68; PeVL 15/2018 vp, s. 58.

Sinänsä sääntelyn ongelmattomuus perustuslain 18 §:n 1 momentin näkökulmasta olisi ollut tarkastelun perusteltu ennako-oletus.

Myös perustuslain 2, 14 ja 121 §:n normikokonaisuuden edellyttämä kansanvaltaisuus on noussut merkittävään rooliin Suomessa viimeisten vuosikymmenten aikana valmisteltujen ja toteutettujen sote-uudistusten perustuslainmukaisuuden tarkastelussa. Tämän taustalla on ollut erityisesti tavoite siirtää sote-palveluiden järjestämisvastuuta kunnilta suuremmille yksiköille, kuten kuntayhtymille, maakunnille ja hyvinvointialueille. Kokonaisuuteen liittyvät kysymykset ovat olleet sote-uudistusten käytännön toteuttamisen kannalta erityisen relevantteja, mutta niiden liityntäpinta juuri ehdotettujen järjestelmien yksityisen palvelutuotannon osaan on ollut rajallinen. Perustuslakivaliokunnan käytännössä on käynyt ilmeiseksi, että perustuslain 2, 14 ja 121 §:n muodostama normikokonaisuus asettaa lähes kategorisen vaatimuksen välittömien vaalien kautta tapahtuvalle kuntaa suuremman itsehallintoalueen demokraattiselle kontrollille, mikäli näille alueille siirretään lainsäädännöllä sote-palveluiden järjestämisvastuu.⁵⁹⁴ Lisäksi perustuslakivaliokunta on katsonut, että maakunnille tai hyvinvointialueille säädetyn itsehallinnon näkökulmasta voi olla ongelmallista, jos näihin kohdistuu erityisen voimakasta valtiollista ohjausta. Maakunnille tai hyvinvointialueille säädetty itsehallinto ei siis voi olla puhtaasti nimellistä, vaan alueille tulee jättää tosiasiallisia mahdollisuuksia päättää palveluiden järjestämisen tavoista.⁵⁹⁵

Normikokonaisuudesta on johdettu perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä myös rajoja sille, missä laajuudessa ja millä tavoilla sote-palveluja voidaan yhtiöittää. Vaikka yhtiöittämistä ei tämän tutkimuksen käyttämien käsitteiden mukaisesti voida samaistaa yksityiseen palvelutuotantoon, piirtää tämä käytäntö osaltaan lainsäätäjän harkintavallalle myös yksityistä palvelutuotantoa koskevia rajoja. Perustuslakivaliokunta piti erityisesti Juha Sipilän hallituksen ensimmäistä sote-mallia ongelmallisena malliin sisältyvän yhtiöittämisvelvoitteen osalta, sillä yhtiöittämisvelvoite olisi perustuslakivaliokunnan mukaan heikentänyt maakunnan itsehallinnon välttämättömänä elementtinä pidettävää kansanvaltaisuutta. Näin erityisesti siksi, että yhtiöittämisvelvoite edellytti sote-tehtävien tuottamisen eli perusoikeuksien turvaamisen kannalta tärkeän ja laajan tehtäväkokonaisuuden siirtämistä etäälle maakunnan demokraattisesta päätöksenteosta.⁵⁹⁶ Tällä valiokunta viittasi erityisesti siihen, että yhtiöitetyn toiminnan demokraattinen kontrolli perustuu omistajaohjaukseen, kun taas viranomaistoimintaa voidaan ohjata välittömämmin ja todennäköisesti tehokkaammin. Tulkinnassa merkitystä tulee antaa kuitenkin erityisesti sille, että kyse oli lakisäätteisestä yhtiöittämisvelvoitteesta, eivätkä maakunnat olisi mallissa olleet sallittuja reagoimaan mahdollisiin alueilla koettuihin

⁵⁹⁴ Mm. PeVL 75/2014 vp.

⁵⁹⁵ PeVL 26/2017 vp, s. 24–25.

⁵⁹⁶ Ibid.

demokraattisen kontrollin vajeisiin järjestelemällä konsernirakennettaan muun kuin yhtiöittämisen varaan. Lisäksi on hyvä huomata, että aktiivisen omistajaohjauksen keinovalikoima on verraten laaja ja sisältää ainakin yhtiöjärjestysten, osakassopimusten, yhtiökokouspäätösten ja hallituksen kokoonpanon kautta tapahtuvan ohjauksen sekä muun konserniohjauksen ja -valvonnan.

Perustuslakivaliokunta oli kiinnittänyt huomiota yhtiöittämiseen myös aiemmin kuntalain käsittelyn yhteydessä. Valiokunta oli tällöin katsonut perustuslain 2 ja 121 §:stä ilmenevän kansanvaltaisuusperiaatteen näkökulmasta tärkeäksi, että kunnallisen päätöksentekojärjestelmän demokraattisuus ja avoimuus turvataan myös kunnan toimintojen yhtiöittämisen laajentuessa.⁵⁹⁷ Valiokunta on lisäksi aiemmin kiinnittänyt huomiota siihen, että julkisen vallan kokonaan omistaman osakeyhtiön ohjaus on kuitenkin helpompaa kuin puhtaasti kaupallisen yrityksen.⁵⁹⁸ Perustuslakivaliokunta totesi Sipilän hallituksen esityksestä, että erityisesti sote-palvelujen laajamittainen yhtiöittämisvelvollisuus on vaikeasti sovitettavissa yhteen kansanvaltaisuuden vaatimuksen kanssa.⁵⁹⁹ Nähdäkseni on jossain määrin kyseenalaista, asettuuko kunnan, kuntaa suuremman itsehallintoalueen tai valtion omana toimintana hoidettava toiminta ainakaan olennaisesti paremmin demokraattisen kontrollin piiriin, sillä näissäkin tilanteissa demokraattista kontrollia harjoitetaan linjaorganisaation kautta ja usein johtavien viranhaltijoiden sekä näiden johtamien yksiköiden toiminnallista autonomiaa kunnioittaen. Mikäli demokratia-argumenttia käytetään rajoittamaan julkisten tehtävien antamista yksityisten hoidettavaksi, tulisi vähintäänkin kyetä osoittamaan, miten kyseinen siirto konkreettisesti – ei vain hypoteettisesti tai legalistisesti – heikentää demokraattista kontrollia.

Sipilän hallituksen suunnittelemassa yhtiöittämisessä ei siis ollut kyse varsinaisesta yksityisestä tuotannosta sanan varsinaisessa merkityksessä, vaan julkisen tuotannon järjestämisestä osakeyhtiömuodossa suoran viranomaistoiminnan sijaan sekä tätä koskevasta lainsäädännöllisestä velvoitteesta eli Rasinmäen terminologian mukaan organisatorisesta yksityistämisestä.⁶⁰⁰ Kuvattu arviointi ei tulisi siis sellaisenaan kyseeseen tilanteessa, jossa julkinen toimija päättää itse hankkia järjestämisvastuulleen kuuluvan sote-palvelun ostopalveluna. Tämä olisi funktionaalista yksityistämistä.⁶⁰¹ Kansanvaltaisuuden näkökulmasta samaan tapaan ongelmallinen olisi kuitenkin säännös, jossa kyse olisi lainsäädännöstä seuraavasta yksityistämisvelvoitteesta. Sen sijaan laajojakaan kunnan tai itsehallintoalueen tekemiä yhtiöittämis- tai ulkoistus-päätöksiä ei voitane pitää ongelmallisina perustuslain 2 ja 121 §:stä ilmenevän kan-

597 PeVL 63/2014 vp, s. 5.

598 PeVL 8/2014 vp, s. 4.

599 PeVL 26/2017 vp, s. 25.

600 Rasinmäki 1997, s. 43–51.

601 Ibid.

sanvaltaisuusperiaatteen näkökulmasta, sillä alueella itsellään on näissä tilanteissa mahdollisuus myös muunlaisiin kunta- tai aluekonsernirakenteisiin.

Myös kielellisiä oikeuksia koskeva perustuslain 17 § on ollut viime vuosien so- te-sektoria koskeneessa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä laajasti esillä. Kyse on ollut erityisesti kielilain soveltumisesta yksityisiin tuottajiin, yksityisten tuottajien velvollisuudesta tarjota palveluja molemmilla kansalliskielillä sekä siitä, millä keinoilla yksityisen tuotantoon pohjaavassa mallissa voidaan varmistaa kielel- listen oikeuksien toteutuminen.⁶⁰² Kielellisten oikeuksien voidaan ajatella olevan osa hallinnollisia perusoikeuksia, joiden toteutumista on tarkasteltu tarpeellisessa määrin edellä luvussa 3. Samoin merkitystä on eri tilanteissa muun muassa 11 §:n uskonnon ja omantunnon vapaudella. Merkittävään rooliin eri säädöshankkeissa on noussut myös perustuslain 10 §:n mukainen yksityiselämän suoja sekä erityisesti henkilötietojen suoja, jonka merkityksen voidaan ajatella asteittain kasvavan niin julkisen hallinnon, julkisia tehtäviä hoitavien yksityisten kuin puhtaasti yksityisten toiminnassa. Säännös julkisen vallan velvollisuudesta edistää väestön terveyttä taas on yhteydessä oikeutta terveelliseen ympäristöön turvaavaan 20 §:n 2 momenttiin.⁶⁰³

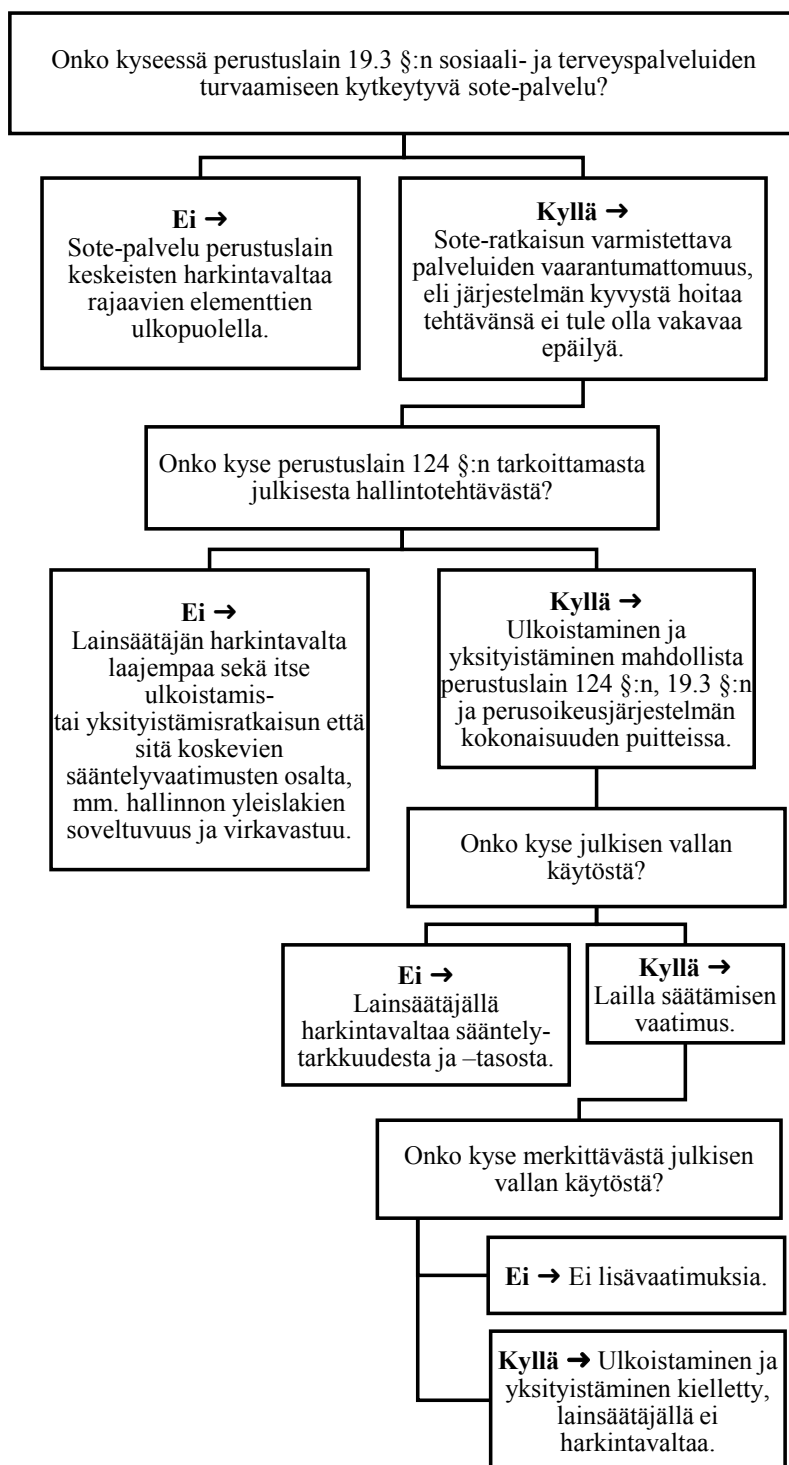
602 PeVL 26/2017 vp, s. 59.

603 Ibid., s. 32.

5. Yhteenveto

Julkisten sote-palveluiden yksityisessä tuotannossa on kyse ”perusoikeusintensiivisestä” toiminnasta, jossa lainsäätäjä joutuu navigoimaan joitakin muita julkisia palveluja kapeamman harkintavallan rajoissa. Näitä sote-sektorin yksityisen tuotannon näkökulmasta olennaisia valtiosääntöisiä kysymyksiä on tässä tutkimuksessa pyritty erittelemään ja systematisoimaan temaattisesti. Kuitenkin todellisen maailman lainsäädäntöhankkeessa, jossa pyritään siirtämään yksityisen tuotettavaksi jokin sosiaali- ja terveysterveyspalvelu tai jotkin sosiaali- ja terveysterveyspalvelut, eri perusoikeuksien merkitys on limittäistä ja päällekkäistä. Tämä on osaltaan nähtävissä viimeaikaisten sote-uudistusten valtiosääntöisessä arvioinnissa. Ehdotetun sote-lainsäädännön useat elementit ovat olleet perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä merkityksellisiä useiden perusoikeuksien näkökulmasta, minkä lisäksi valtiosääntöistä merkitystä on myös sääntelyn kokonaisuudella, muun muassa sen oikeusvarmuudella ja toteuttamiskelpoisuudella. Vaikka akateemisessa esityksessä perusoikeuksia ja niiden merkitystä on tarpeen pyrkiä erittelemään, lainsäätäjältä ja konkreettisemmin lainvalmistelijalta ne edellyttävät varsinkin sote-sektoria koskevissa kysymyksissä kokonaisvaltaista ja luonteeltaan monitahoista ymmärrystä perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta sekä sen liityntäpinnoista valmisteltavaan lainsäädäntöön. Olenaisiin lähtökohtiin tähän työhön on, että järjestelmän on kokonaisuutena turvattava perusoikeuksien toteutuminen riittävällä tavalla.

Tutkimuskysymykseen lainsäätäjän harkintavallan rajoista on mahdotonta antaa kaikenkattavaa vastausta, mutta tutkimuksessa tehdyn tarkastelun perusteella tälle voidaan kuitenkin antaa selkeitä suuntaviivoja. Asetelmaa voidaan pelkistää esimerkiksi oheisen kuvion mukaisesti. Mitä useammin vastaus kaavion kysymykseen on kyllä, sitä kapeammaksi kansallisen lainsäätäjän liikkumatila muodostuu. Vastaukset kysymyksiin annetaan pitkälti lainsäätäjän toimista riippumattomina, vaikka esimerkiksi jonkin sote-palvelun kohdalla julkisen hallintotehtävän rajanvetoja koskevaan arviointiin voi vaikuttaa myös se, miten tehtävä on päätetty tuottaa ja järjestää.



Kuvio 2. Sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityinen tuotanto perustuslain valossa

Yksityisen palvelutuotannon tarkastelu kiinnittyy sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa kiinteästi perustuslain 124 §:n edellytyksiin julkisten hallintotehtävien antamisesta muille kuin viranomaisille. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön pohjalta oikeustilaksi on muodostunut se, että julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisen lisäksi myös merkittävän osan niiden tuottamisesta katsotaan kuuluvan julkisen hallintotehtävän alaan. Perustuslakivaliokunnan käytännöstä ei kuitenkaan voida tehdä johtopäätöstä, jonka mukaan sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottaminen olisi kategorisesti julkisen hallintotehtävän hoitamista, vaan tulkinta on tältä osin täsmentymätöntä ja julkisen hallintotehtävän käsitteelle tyypillisellä tavalla tehtäväkohtaista. Mikäli yksityistettäväksi suunniteltu sosiaali- tai terveyspalvelu katsotaan julkiseksi hallintotehtäväksi, syntyy perustuslain 124 §:n edellytyksistä valtiosääntöinen ankkuri, joka määrittelee arviota siitä, miten, missä laajuudessa ja millä edellytyksillä tehtävä voidaan antaa yksityisen hoidettavaksi. Keskeiseen asemaan nousevat näin kysymykset oikeusturvan, perusoikeuksien, ja hyvän hallinnon vaatimusten turvaamisesta, kun tehtävää hoidetaan viranomaiskooneiston ulkopuolella. Perustuslain 124 §:ssä edellytetään lainsäätäjän varmistuvan, että sääntely kokonaisuutena on tältä osin hyväksyttävää. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä edellytykseksi on noussut myös virkavastuusta säättäminen erityisellä virkavastuusäännöksellä.

Lausuntokäytännön perusteella lähtökohtana voidaan pitää useiden sote-palveluiden tuottamistehtävien luonnetta julkisina hallintotehtävinä, mutta mitään ehdotonta estettä ei ole sille, että myös volyymiltaan tai laajuudeltaan merkittäväänkin tuottamistehtävät voivat eräissä tilanteissa rajautua julkisen hallintotehtävän käsitteen ulkopuolelle. Tällaisissa tulkinnoissa on kuitenkin syytä olla varovainen, ja kyse on viime kädessä julkisen hallintotehtävän arvioinnissa käytettyjen yleisten kriteerien soveltamisesta konkreettiseen tulkinta-asetelmaan. Sekä Sipilän että Marinin hallituksen sote-esityksissä on omaksuttu lähtökohta, jonka mukaan kaikkien sote-sektorin julkisten tehtävien siirtojen yksityisille tulisi täyttää perustuslain 124 §:n vaatimukset. Valtiosääntöisesti tämä ratkaisu ei ole ainoa mahdollinen, vaan julkisen hallintotehtävän rajanvetoa on mahdollista ja selvästi perusteltua tehdä myös sektorin sisällä eri tehtävien välillä. Mitään valtiosääntöistä estettä tämän mukaisille lainsäädäntömuutoksille ei siis ole.

Perustuslain 124 §:n säännöksessä edellytetään lisäksi siirtoa koskevaa oikeudellista tarkoituksenmukaisuusharkintaa. Tarkoituksenmukaisuutta ei voi perustella millä tahansa, mutta käytännössä vaikuttaa siltä, että säännös sallii lainsäätäjälle melko monenlaisia ja laadultaan jossain määrin vaihtelevia perusteita sille, miksi tehtävän siirto yksityiselle on tarpeen sen tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi. Tärkeää kuitenkin on, että tarkoituksenmukaisuutta ei perustella yksinomaan hallinnon sisäisillä tarpeilla. Mikäli kyse on hallintotehtävien ydinalueelle kuuluvasta tehtävästä, tarkoituksenmukaisuuskriteeri asettuu jossain määrin korkeammaksi. Ongelmia perustuslain 124 §:n osalta muodostuu kuitenkin siitä, että merkittävän

julkisen vallan käytön, julkisen vallan käytön ja julkisen hallintotehtävän käsitteet ovat kaikki luonteeltaan edelleen vaikeasti paikannettavia, mikä osaltaan vaikeuttaa perustuslain 124 §:n soveltamisalan konkreettista hahmottamista sekä mainittuun pykälään sisältyvän tarkoituksenmukaisuuskriteerin arviointia kulloisessakin tilanteessa. Perustuslain 124 §:än kytkeytyvä oikeuskäytäntö, tavallinen lainsäädäntö, lainsäädännön esityöt, perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö ja laillisuusvalvojien ratkaisukäytäntö ovat luonteeltaan osin ristiriitaisia ja vähintäänkin täsmentymätöntä. Lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta asetelma on ongelmallinen, sillä lainsäädäntöhankkeita suunniteltaessa ja valmisteltaessa ei liene aina arvioitavissa, miten yksityiselle siirrettäväksi suunniteltua tehtävää arvioidaan perustuslain 124 §:n näkökulmasta perustuslakivaliokunnassa tai myöhemmin lainkäytössä.

Perustuslain 124 §:n mukainen perusoikeuksien vaarantumattomuuden vaatimus toimii lisäksi linkkinä sote-palveluiden yksityistä tuotantoa koskevaan perusoikeustarkasteluun. Perusoikeuksien ja erityisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin sekä 6 §:n muodostaman normikokonaisuuden näkökulmasta keskeisin sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityiselle tuotannolle asetettava edellytys on, että sote-järjestelmän on kokonaisuutena *turvettava riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut yhdenvertaisesti*. Koska perusoikeuksien tulkinnassa on aina kyse punninnasta, voi perustuslain 19 §:n 3 momentissa edellytetty riittävyiden taso muodostua jossain määrin kontekstuaalisesti. Tulkinnan lähtökohtana voidaan pitää perustuslain esitöiden kannanottoa, jonka mukaan riittävyys samaistuu jokaisen ihmisen edellytyksiin toimia yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä. Lisäksi lähtökohtana on pidettävä, että lainsäätäjällä on merkittävästi harkintavaltaa riittävyiden turvaamisen keinojen arvioinnissa. Ehdotettavan sote-palvelujärjestelmän on myös kokonaisuutena saavutettava tietty toimintavarmuuden taso, jotta perusoikeuksien – erityisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin ja 6 §:n – toteutuminen ei perustuslain 124 §:ssä tarkoitetulla tavalla vaarannu. Saman asetelman voisi muotoilla myös niin, että sote-järjestelmän on kokonaisuutena alitettava tietty epävarmuuden enimmäistaso.

Edellä kuvatusta asetelmasta osin erillinen mutta perustuslakivaliokunnan viimeaikaisten lausuntojen myötä ajankohtainen on kysymys siitä, rajataanko perustuslain 19 §:n 3 momentissa jollain tavalla yleispätevästi tai yleisesti lainsäätäjän mahdollisuuksia yksityisen palvelutuotannon lisäämiseen, jos yksityisen hallintotehtävän siirtoa koskevat muut – luonteeltaan varsin tiukat – edellytykset täyttyvät. Nähdäkseni perustuslain 19 §:n 3 momentti ei sisällä tällaista oikeussääntöä, eikä sellaista luotu myöskään Sipilän hallituksen sote-uudistuksesta annetuissa perustuslakivaliokunnan lausunnoissa. Velvoitetta sosiaali- ja terveyspalveluiden turvaamiseen ei voida samaistaa velvoitteeksi ylläpitää tietty määrä sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotannosta viranomaisten käsissä. Tulkinta saa tukea muun muassa perustuslain esitöistä, perustuslakivaliokunnan vakiintuneesta lausuntokäytännöstä ja myös oikeuskirjallisuudessa omaksutusta lähtökohdasta, jonka mukaan perustuslain perusoikeusluku ei edellytä mitään nimenomaista julkisten

palveluiden tuottamisen tapaa. Myöskään perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta ei johdu mitään sellaista yksityistämistä koskevaa erityiskysymystä, joka muuttaisi tätä tarkastelun peruslähtökohtaa. Toisaalta perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä on todettu useita sellaisia näkökohtia, jotka tosiasiallisesti asettavat sote-palveluiden yksityisen tuotannon osuuden kasvattamisen huomattavasti julkisen tuotannon lisäämistä hankalampaan asemaan.

Perustuslakivaliokunnan Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä antama lausuma, jonka mukaan laintasoinen määrittely julkisen tuotannon määrästä on edellytys käsittelylle tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä, on siis muodostunut ensisijaisesti kontekstissa, jossa valiokunta on ensin todennut sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijoiden selvitysten pohjalta valinnanvapausjärjestelmän toiminnan siinä määrin epävarmaksi, että pelkästään siihen nojautuminen vaarantaisi perustuslain 19 §:n 3 momentin ja 6 ja 22 §:n normikokonaisuudesta syntyvän velvollisuuden turvata riittävät sote-palvelut yhdenvertaisesti. Kun tämä tulkinta on tehty, edellytys julkisen tuotannon nimenomaisesta määrästä on luotu vastaamaan ongelmaan ja poistamaan se tavalla, joka sallii ehdotetun lain käsittelyn tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Tämä poistaminen olisi yhtä lailla voinut tapahtua luomalla sellainen valinnanvapausjärjestelmä, jossa velvollisuus turvata riittävät palvelut ei olisi alun alkaenkaan vaarantunut.⁶⁰⁴

Tiiviinä esityksenä perustuslain 19 §:n 3 momentin ja perustuslain 6 §:n normikokonaisuudesta voidaan puolestaan todeta, että yksityistä tuotantoa lisäävien lainsäädäntöehdotusten on ensinnäkin luotava valtakunnallisesti yhdenvertaisella tavalla toteutuva palveluverkko, joka takaa pääsyn riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin yhdenvertaisesti. Palveluiden laadussa ja saatavuudessa ei lähtökohtaisesti hyväksytä juurikaan eroja, mikäli nämä erot eivät synny perusoikeuksien yleisten rajoittamisedellytysten näkökulmasta hyväksyttävällä tavalla. Jossain määrin tulkinnanvaraista on se, tuleeko lainsäädäntöesityksen arvioinnissa antaa itsenäistä merkitystä lisäksi ihmisten valinnan mahdollisuuksien yhdenvertaisuudelle vai ainoastaan palveluiden saatavuutta ja laatua koskevalle yhdenvertaisuudelle. Nähdäkseni valinnan mahdollisuuksien yhdenvertaisuutta ei tulisi käsitellä valtiosääntöisenä kysymyksenä, vaan poliittisen tarkoituksenmukaisuusharkinnan piiriin kuuluvana asiana, kunhan erot eivät muodostu kohtuuttomiksi tai johda konkreettisiin eroihin palveluiden laadussa. Käytännön tasolla toki selvää on, että sote-palveluiden palvelutaso ja saatavuus jossain määrin vaihtelee eri puolilla maata, esimerkiksi jonotustilanteesta tai työvoiman saatavuuden kaltaisista seikoista johtuen.

604 Lausunnon poliittinen ja muu reaali maailman konteksti oli sellainen, että kyseinen lausuma olisi todennäköisesti johtanut uudistuksen kaatumiseen, sillä uudelleenvalmistelu lausuman edellyttämässä määrin ei olisi ollut mahdollista. On tulkinnan yksiselitteisyyden kannalta sääli, että tähän vaihtoehtoon ei valiokunnan lausunnossa nimenomaisesti viitattu, koska se liittyy lausunnosta edellä esitettyyn tulkinnaan ilmeisen epävarmuuselementin.

Tutkimuksessa keskeiseen rooliin nousevan Juha Sipilän hallituksen valinnanvapausmallin sekä tästä mallista annettujen perustuslakivaliokunnan lausuntojen osalta näkökulmani on siis vahvasti kyseisen tulkintakontekstin erityisyyttä korostava. Lisäksi vaikuttaa ainakin osin siltä, että mallin taakse paikantunut poliittinen sopimus – maakuntahallinnon ja valinnanvapauden yhteensovitus – johti valtiosääntöisesti poikkeuksellisen hankalaan asetelmaan. Ensinnäkin ongelmia loi uudistuksen koko, jonka voidaan katsoa johtaneen osin puutteelliseen lainvalmisteluun, kun sekä järjestelmän kokonaisuutta että sen yksityiskohtia ei kaikilta osin pystytty etukäteen harkitsemaan huolella edes valtiosääntöisesti merkityksellisiltä osin. Toiseksi ongelmia loi kahden uudistuksen läpivienti samaan aikaan. Näin epäilyjä kohdistui muun muassa siihen, miten uudet ja lukumääräisesti melko useat maakunnat käytännössä toimisivat ja olisiko niillä kykyä varmistaa riittävien sosiaali- ja terveyspalveluiden yhdenvertainen saatavuus edes sellaisessa tilanteessa, jossa samanaikaisesti ei tehtäisi valinnanvapausuudistusta. Kun vielä valittu valinnanvapaus- tai monituottajamalli olisi edellyttänyt vastaperustetuilta maakunnilta perinteisemmän linjajohtamisen sijaan täysin uudenlaista sopimusohjauksessa, kehittämisohjauksessa ja omistajaohjauksessa tapahtuvaa hallintoa, oli kyseessä erittäin monimutkainen kokonaistilanne, jolle ei löydy suomalaisten hallinnon uudistusten joukossa verrokkia. Siksi myös sen aikana syntyneeseen tulkintakäytäntöön tulee suhtautua korostetun kontekstuaalisesti: sosiaali- ja terveyspalveluiden laajan yksityistämisen itsessään ei katsottu vaarantavan riittävien sosiaali- ja terveyspalveluiden yhdenvertaista saatavuutta, vaan kyse oli laajemmasta ongelmavyyhdistä, jossa oli kyse juridiikan lisäksi politiikasta, hallinnosta ja aikataulusta. Erityisesti tästä syystä akateemisessa tutkimuksessa on noudatettava varovaisuutta, kun Sipilän hallituksen sote-uudistusta koskevaa lausuntokäytäntöä arvioidaan. Vaikka lausuntoihin voidaan eittämättä katsoa sisältyvän myös uutta tulkintakäytäntöä luovaa aineistoa ja toisaalta osa lausuntokäytännöstä on suoraa jatkumoa valiokunnan aiemmille kannanotoille, mahtuu joukkoon myös sellaisia lausumia, joiden merkitystä ei voida varauksetta laskea yleiseksi ja muuhun kuin nimenomaan Sipilän hallituksen uudistukseen liittyväksi. Näin on erityisesti siltä osin, kun on kyse valiokunnan tulkinnasta niistä julkisten palveluiden tuotantotavoista, jotka perustuslain 19 §:n 3 momentissa mahdollistetaan.

Juha Sipilän hallituksen sote-uudistusta voinee luonnehtia myös eräänlaiseksi ”käytännön juridiikan” ja valtiosääntöoikeuden välillä tapahtuneeksi yhteentörmäykseksi, joka oli ollut tuloillaan jo jonkin aikaa. Valtiosääntöoikeuden ja hallinto-oikeuden piiriin asettuvassa tutkimuksessa oli yhtäältä jo 2000-luvun alkupuolelta lähtien katsottu, että kuntien lakisääteisten sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisen tavoissa on jännitettä suhteessa perustuslain 124 §:n edellytyksiin.⁶⁰⁵ Samanlaista tendenssiä on ollut nähtävissä osin myös ylimpien laillisuusvalvojien kannanotoissa. Toisaalta kunnat olivat 2000-luvun mittaan yhä laajemmassa määrin

605 Mm. Huhtanen 2005, s. 133; Keravuori-Rusanen 2008, s. 294–295.

yksityistäneet ja ulkoistaneet palvelujaan, ja kun tultiin Sipilän hallituksen uudistuksen aikaan, olivat kuntien käytännön toiminta ja toisaalta valtiosääntöiset tulokinnat niiden hyväksyttävyydestä jossain määrin ristiriidassa. Tämä ristiriita lienee kuitenkin näkynyt lähinnä valtiosääntöoikeuden parissa toimiville. Näin uudistusta suunniteltiin yksityisestä tuotannosta saatujen melko hyvien kokemusten pohjalta, mutta samanaikaisesti taustalla lymysi tulkinta jo uudistusta edeltäneen tilan sisältämistä perustuslain vastaisista elementeistä.

Rautiainen ja Mattila ovat kirjoittaneet hieman samankaltaisesta mekanismista sosiaalisten perusoikeuksien ja Arajärven porrasmallin kautta. Rautiainen ja Mattila pohjustavat argumentaatioitaan huomioimalla perusoikeusuudistuksen olevan lama-ajan tuote, jonka säätämisaikana palvelujen ja toimeentuloturvan tasoa oli laskettu. Heidän mukaansa perusoikeusuudistusta toteutettaessa ymmärrettiin, että perusoikeusuudistuksen aikainen lainsäädäntö oli paikoin ristiriidassa perusoikeuksien kanssa.⁶⁰⁶ Rautiaisen ja Mattilan mukaan perustuslain 19 § on ymmärrettävä lainsäätäjään kohdistuvaksi käskyksi muokata oikeusjärjestystä sellaiseksi, että perusoikeusuudistuksen yhteydessä syntynyt perusoikeuksien ja tavallisen lainsäädännön välinen ristiriita poistuu.⁶⁰⁷ Rautainen ja Mattila ovat arvioineet, että niin sanotun sosiaalisten perusoikeuksien porrasmallin asettaman reunaehdon saavuttaminen edellyttäisi kuitenkin sellaisia taloudellisia panostuksia, jotka voisivat olla julkistalouden ja sitä kautta myös perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuden kannalta ongelmallisia.⁶⁰⁸ Tätä tulkintaa perustuslain ja tavallisen lainsäädännön ristiriidasta voidaan kritisoida jossain määrin samoilla perusteilla kuin edellä sosiaalisten perusoikeuksien yleisemmässä tarkastelussa on tehty. Perustuslakivaliokunta ei ole tällaista ristiriitaa paikantanut, vaan sallinut sosiaalisten perusoikeuksien rajoittamisen hyvin monipuolisilla perusteilla moninaisissa yhteiskunnallisissa tilanteissa. Kuitenkin ainakin perustuslain 19 §:n 3 momentin turvaamisveloitteen tulkinta on muodostunut varsin tiukaksi. Vaikka sosiaalisia perusoikeuksia toteutetaan aivan ilmiselvästi kussakin yhteiskunnallisessa kontekstissa ja niiden mitoituksessa on otettava huomioon julkisen talouden tila ja yhteiskunnan voimavarat, on samalla selvää, että sosiaalisilla perusoikeuksilla ydinsisältö, joka näitä oikeuksien turvaavien lainsäädäntöratkaisujen tulisi täyttää.

Riippumatta siitä, hyväksyykö argumentaation sosiaalisten perusoikeuksien ja tavallisen lainsäädännön välisen ”kuilun” tai ristiriidan olemassaolosta, on Rautiaisen ja Mattilan väite ristiriidan konkreettisista vaikutuksista vakuuttava: ristiriita muodostuu ongelmaksi ennen kaikkea lakeja säädettäessä, ei niinkään niitä sovellettaessa.⁶⁰⁹

606 Rautiainen – Mattila 2023. Ks. myös Arajärvi 2003, 11–15.

607 Rautiainen – Mattila 2023, s. 214–215.

608 Ibid., s. 218.

609 Ibid., s. 214–215.

Tämä ristiriita ei kuitenkaan lähtökohtaisesti vaikuta lainsoveltamiseen, joten toimeentuloturvalainsäädännön soveltamisratkaisut voivat olla aivan lainmukaisia, vaikka toimeentuloturvalainsäädäntö ei itsessään olisi oikeellinen suhteessa perusoikeusjärjestelmään. Ristiriita vaikuttaa siis lähinnä lainsäädännön uudistamiseen: mitä syvempi ristiriita perusoikeuksien ja niitä konkretisoivan lainsäädännön väliin on muodostunut, sitä vaikeammaksi lakiuudistuksen saaminen perustuslakivaliokunnan perusoikeuskontrollin läpi on.⁶¹⁰

Koska suomalaisessa perustuslakikontrollissa painopiste on ennakkolisessä kontrollissa, lainsäätäjällä on de facto laajemmat mahdollisuudet pysyttää voimassa lainsäädäntöä kuin uudistaa sitä. Tällöin sosiaalisten perusoikeuksien ja tavallisen lainsäädännön välinen ”kuilu” yhdessä suomalaisen perustuslakikontrollisjärjestelmän kanssa voi johtaa jopa tilanteeseen, jossa perusoikeuksien toteutumista parantava lainsäädäntöhanke tulee hylätyksi perustuslain vastaisena. Samaa logiikkaa voitaneen soveltaa useissa muissakin perustuslakiin kytkeytyvissä tarkasteluissa eikä liene täysin mahdoton ajatus, että nykyisen sosiaali- ja terveystalvvelujärjestelmän haasteiden kasaantuessa järjestelmän uudistaminen voi olla entistä vaikeampaa: pelkkä perustuslain 19 §:n 3 momentin sote-palveluiden turvaamisvelvoitteen toteutuminen aiempaa paremmin ei riitä, vaan uudistetun järjestelmän tulisi täyttää ”turvaamisvelvoitteen minimitaso”. Oikeustilaksi on näin muodostumassa lähtökohta, jonka mukaan lainsäätäjällä on de facto hyvin laaja harkintavaltla pysyttää voimassa ulkoistamis- ja yksityistämisyjärjestelyjä, jotka ovat ristiriidassa tai ainakin vahvassa jännitteessä edellä tarkastellun perustuslain 124 §:n kanssa. Mikäli näitä järjestelyjä kuitenkin pyritään muuttamaan, on järjestelyt saatettava yhteensopiviksi perustuslain 124 §:n kanssa, eikä vain ristiriidan pienentyminen ole riittävää. Sama pätee myös muihin tulkinta-asetelmiin, jossa tavallisen lainsäädännön ja perustuslain edellyttämän minimitason välille on muodostunut ”kuilu”. Tällaisen lähtökohdan mielekkyys voidaan ilmiselvästi kyseenalaistaa yhteiskunnallisesta perspektiivistä, eikä myöskään valtiosääntöisesti perusteltua voi olla, että perustuslaki ei sallisi esimerkiksi perusoikeuksien toteutumista lähtötilannetta paremmin edistävien lainsäädäntöhankkeiden toteuttamista. Konkreettisella tasolla voidaan kysyä, oliko Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksessa asiantuntijoiden kritiikistä huolimatta juuri tällaisesta lainsäädäntöhankeesta, jossa perustuslain 19 §:n 3 momentin vaarantumattomuudesta ei voitu varmistua, mutta jossa perustuslain 19 §:n 3 momentti tuli kuitenkin turvattua paremmin kuin vaihtoehdossa, jossa sote-uudistusta ei olisi tehty, eli sote-järjestäminen olisi pysytetty kuntien vastuulla. Tällaisen vertailun tekeminen on ainakin oikeustieteellisestä osaamisesta käsin mahdotonta, mutta mielestäni jo tällainen uskottava hypoteesi mekanismista, jossa perustuslaki estää perusoikeuksia lähtötilannetta paremmin toteutettavien uudistusten tai ylipäättään

610 Ibid. Ks. myös Arajärvi 2002.

lainsäädäntöhankkeiden toteutumista, olisi syytä huomioida oikeustieteellisessä ja yhteiskunnallisessa keskustelussa.

III. UNIONIOIKEUS LAINSÄÄTÄJÄN HARKINTAVALLAN RAJOITUKSENA

1. Tarkastelun lähtökohdat

Tässä tutkimuksen osiossa tarkastellaan EU-oikeuden ja julkisten sote-palveluiden yksityistämisen välisiä rajapintoja. Tarkastelussa arvioidaan, *minkälaisia harkintavallan rajoja unionioikeudesta aiheutuu lainsäätäjälle, jonka tavoitteena on julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden siirtäminen yksityisen tuotettavaksi*. Osiossa tarkastellaan ensin yleisellä tasolla sosiaali- ja terveyspalveluiden luonnetta EU-oikeudellisesta näkökulmasta, erityisesti sote-palveluiden luonnetta EU:n talouskonstituution valossa sekä jäsenvaltioiden ja unionin toimivallanjakoa sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa. Tämän jälkeen arvioidaan sote-palveluja muun muassa palveluiden vapaan liikkuvuuden, hankintasääntöjen ja unionin kilpailupolitiikan kuten yrityksen määritelmän ja SGEI-palveluiden valossa. Näin paikannetaan ne rajat, jotka rajoittavat kansallista lainsäätäjää, sekä näiden rajojen osalta ne oikeussäännöt, joita on täsmällisemmin systematisoitava, jotta voidaan vastata tutkimuskysymykseen.

Seuraavissa luvuissa arvioidaan useisiin unionin tuomioistuimen, yleisen tuomioistuimen ja komission ratkaisuihin nojautuen, missä tilanteissa sosiaali- ja terveyspalveluissa on EU-oikeudellisessa mielessä kyse taloudellisesta toiminnasta (*economic activity*), joka johtaa toiminnan päätymiseen yrityksen käsitteen ja siten EU:n kilpailuoikeuden piiriin. Näin osiossa systematisoidaan ja selvennetään kansallisen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän sekä EU-oikeuden taloudellisen toiminnan käsitteen rajankäyntiä. Samoin osiossa arvioidaan, miten suomalainen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmä suhteutuu tähän arviointiin ja minkälaisissa tilanteissa suomalaisia sosiaali- ja terveyspalveluja voitaisiin katsoa taloudelliseksi toiminnaksi. Osion viimeisessä luvussa vedetään unionin oikeudesta syntyviä kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajoja.

lukien, kun sisämarkkinavapaudet ovat saaneet merkitystä uusilla politiikan ja talouden sektoreilla. EU:n sisämarkkina- ja kilpailulainsäädännön kautta komissiolle ja unionin tuomioistuimelle on luotu valtuudet valvoa jäsenvaltioiden julkista hallintoa ja markkinavoimia, vaikka toimivaltuuksien laajuus ja käyttö on ollut luonteeltaan vaihtelevaa.

Gallo on kuvannut EU-instituutioiden muotoilleen uusiksi EU:n talouskonstituution teoreettiset lähtökohdat 1980-luvun jälkeisen yksityistämisen ja liberalisoinnin aikana. Tämän uuden konseptualisoinnin ytimessä on instituutio- ja organisaatiolähtöisen tarkastelutavan hylkääminen ja siirtyminen kohti funktionaalista kriteeristöä sisämarkkina- ja kilpailusääntöjen soveltumisen rajanvedossa.⁵ Gallon mukaan kehityksen seurauksena EU-oikeuden taloudellista toimintaa koskevan sääntelyn soveltamisala on laajentunut ja nykyisin vain hyvin rajallinen määrä aloja rajataan kategorisesti EU:n sisämarkkina- ja kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle. Kehitys on erityisen vahvasti läsnä sosiaali- ja terveyspalveluissa, joiden on aiemmin ajateltu olevan luonteeltaan ei-taloudellisia ja siten EU:n kilpailulainsäädännön ja sisämarkkinasäännösten soveltamisalan ulkopuolella, mutta nyttemmin palvelut rajautuvat usein taloudellisen toiminnan käsitteen puitteisiin.⁶ Esimerkiksi kilpailupolitiikan alalla EU-instituutioiden toimien on katsottu kohdistuneen 1980- ja 1990-luvuilla vahvemmin yksityisiin ja julkisiin monopoleihin, mutta hiljalleen toimet ovat siirtyneet myös kohti poliittisesti arkaluonteisempia aloja, kuten julkisia sosiaali- ja terveyspalveluja.⁷

Kehitys ei ole ollut poliittisesti ja oikeudellisesti kitkatonta. SEU 4 artiklan 2 kohdan mukaan unioni kunnioittaa jäsenvaltioidensa kansallisia identiteettejä. Vaikka monia aloja on unionissa harmonisoitu, on samalla tunnustettu, että kaikilla jäsenvaltioilla ei ole samanlaisia tarpeita eikä jäsenvaltioiden hallintoa tule siksi järjestää samalla tavalla. Hallinnon rakenteet vaihtelevat jäsenvaltioittain, koska myös kansalaisten tarvitsemat palvelut vaihtelevat, ja eri jäsenvaltioissa on tehty erilaisia poliittisia valintoja.⁸ Voidaan jopa ajatella, että kansallinen hallinnon järjestäminen liittyy keskeisesti perussopimuksissa suojattuun jäsenvaltion kansalliseen identiteettiin, eikä unionin tulisi juurikaan puuttua siihen, miten kansalliset hallintoelimet ovat järjestäytyneet keskushallinnon tasolla tai paikallisella ja alueellisella tasolla. Jäsenvaltiot voivat itse päättää, millaisia rakenteita ja toimintatapoja ne suosivat julkisten tehtäviensä hoitamiseksi.⁹ EU-jäsenvaltioiden sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmät ovat luonteeltaan moninaisia ja EU-instituutioiden

5 Gallo 2020, s. 569.

6 Ibid., s. 570.

7 Morton 2021a, s. 470.

8 Hötte 2020, s. 487–488.

9 Ibid.

tulkintakäytännössä on esiintynyt erimielisyyksiä tai ainakin diversiteettiä siltä osin, miten EU:n kilpailusääntöjä olisi sovellettava ja kuinka pitkälle EU:n kilpailuoikeuden puuttumisen jäsenmaiden sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmiin voi ulottua.¹⁰ Yksinkertaistettuna erimielisyyden voi pelkistää kysymykseen siitä, tuleeko EU-oikeuden valossa tarkastella myös muihin kuin markkinoiden hyödyntämiseen perustuvien sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmien rahoitusta tai organisointia, vai pitäisikö tarkastelun piiriin ottaa vain selvästi markkinasuuntautuneet, yksityistetyt ja/tai ulkoistetut sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmät.¹¹

EU-tason toimien merkitys kansallisille sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmille oli vielä 1990-luvulla varsin vähäinen. Kun Suomi liittyi unionin jäseneksi vuonna 1995, hallitus ja poliittiset päättäjät laajemminkin arvioivat, että liittymispäätöksellä ei olisi juurikaan vaikutusta kansallisen terveydenhuoltojärjestelmän organisointiin ja rahoitukseen.¹² Sosiaali- ja terveyspalveluiden matka tiiviimmin osaksi EU-toimivaltaan on ollut vaiheittainen. Ensimmäiset sosiaali- ja terveyspalveluiden ja EU:n sisämarkkinoiden yhteensovittamista koskeneet tapaukset päättyivät unionin tuomioistuimeen jo 1980-luvulla. Lisäksi terveydenhuolto oli osa vuoden 1992 Maastrichtin sopimusta ja vuoden 1999 Amsterdamin sopimuksella kansanterveyteen liittyvät tehtävät tuotiin osaksi Euroopan unionin toimivaltaa. Unionioikeuden merkityksestä kansallisille sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmille ei kuitenkaan EU:ssa käyty juurikaan poliittisen tason keskusteltua, kunnes unionin tuomioistuimen keskeiset tapaukset nostivat oikeudelliset jännitteet esiin 1990-luvun lopulla.¹³ Varhaisimmat *Kohll* ja *Decker* -tapaukset koskivat markkinamekanismeja hyödyntäneitä sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmiä, jolloin vaikutti siltä, että EU-oikeuden merkitys rajautuisi vain näihin, ei siis esimerkiksi Suomen kaltaisiin verorahoitteisiin, palvelun saajalle maksuttomina tai nimellisellä maksulla tarjottaviin julkisiin palveluihin. Myöhempi oikeuskäytäntö ja erityisesti *Watts*-tapaus osoittivat nämä oletukset Suomen kaltaisten järjestelmien osalta vääriksi.¹⁴

Koivusalo on terveystalouden tutkimuksen näkökulmasta kuvannut useita EU:n toimivallan ja kansallisten sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmien välisen rajankäynnin teemoja, jotka seurasivat unionin tuomioistuimen ratkaisuja. Näitä olivat Koivusalon mukaan ainakin yleinen talous- ja finanssipolitiikka sekä sosiaali- ja terveydenhuollon kasvavat menot, terveydenhuollon ja potilaiden liikkuvuutta koskevat politiikkaprosessit, SGEI-palvelut, perussopimusneuvottelut ja Lissabonin sopimus, palveludirektiivi ja potilasdirektiivi sekä EU:n terveysohjelma.¹⁵ Koivusalon mu-

10 Morton 2021a, s. 468–469.

11 Ibid.

12 Koivusalo 2015, s. 372–373.

13 Asia C-372/04 *Watts*. Muusta oikeuskäytännöstä ks. mm. Asia C-368/98 *Vanbraekel*; Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*; Asia C-385/99 *Müller-Fauré*; Asia C-444/05 *Stamatelaki*.

14 Ibid.

15 Koivusalo 2015, s. 374.

kaan eri terveystalitiikkaan kytkeytyvät prosessit, vaikka ne eivät suoraan johtaneet uuteen EU-lainsäädäntöön, raivasivat tilaa EU:n toimille sosiaali- ja terveystalalla sekä myöhemmälle perussopimusmuutokselle, jossa EU:n toimivaltaa sektoreilla lisättiin muun muassa lisättiin SEUT 168 artiklan kautta.¹⁶ Nykyisin terveystalvelujen järjestäminen kuuluu edelleen jäsenvaltioiden toimivaltaan, mutta EU:lla on oikeus koordinoida jäsenvaltioiden yhteistoimintaa terveystalhuollossa, eli unionin ja jäsenvaltioiden toimivalta on tältä osin jaettua.¹⁷ SEUT 168(1) artiklan mukaan kaikkien unionin politiikkojen ja toimintojen määrittelyssä ja toteuttamisessa varmistetaan ihmisten terveystal korkeatasoinen suojele. SEUT 168(1) artiklan 2 kohdassa todetaan:

Kansallista politiikkaa täydentävä unionin toiminta suuntautuu kansanterveystal parantamiseen, ihmisten sairauksien ja tautien ehkäisemiseen sekä fyysistä ja mielenterveystal vaarantavien tekijöiden torjuntaan. Kyseinen toiminta käsittää laajalle levinneiden vaarallisten sairauksien torjunnan edistämällä niiden syiden, leviämisen ja ehkäisemisen tutkimusta sekä terveystalvalistusta ja -kasvatusta, samoin kuin rajat ylittävien vakavien terveystaluhkien seurannan, niistä hälyttämisen ja niiden torjumisen.

SEUT 168(5) artiklan mukaan tavallisessa lainsäädäntömenettelyssä voidaan säätää:

edistämistoimista, joiden tarkoituksena on ihmisten terveystal suojeleminen ja parantaminen ja erityisesti rajat ylittävien laajalle levinneiden vaarallisten sairauksien torjunta,

toimenpiteistä, jotka koskevat vakavien rajat ylittävien terveystaluhkien seuranta, niistä hälyttämistä ja niiden torjunta, sekä

toimenpiteistä, joiden välittömänä tarkoituksena on kansanterveystal suojeleminen ehkäisemällä tupakointia ja alkoholin väärinkäyttöä.

Nämä toimenpiteet eivät voi käsittää jäsenvaltioiden lakien ja asetusten yhdenmukaistamista.

SEUT 168(7) artiklan mukaan unionin toiminnassa otetaan huomioon jäsenvaltioiden velvollisuudet, jotka liittyvät niiden terveystalpolitiikan määrittelyyn sekä terveystalvelujen ja sairaanhoidon järjestämiseen ja tarjoamiseen. Lisäksi artiklassa todetaan terveystalvelujen ja sairaanhoidon hallinnoinnin sekä niihin osoitettujen voimavarojen kohdentamisen kuuluvan jäsenvaltioiden velvollisuuksiin. Sosiaali- ja terveystaljärjestelmiä koskevassa EU-oikeudellisessä keskustelussa on usein korostettu,

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Lehtonen 2017, s. 52–53.

että sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmää koskevat valinnat kuuluvat jäsenvaltioiden päätösvaltaan. Myös unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on tähän liittyen todettu, että ihmisten terveyden ja hengen suojaaminen on perussopimuksessa suojelluista oikeushyvistä ja intresseistä tärkein: jäsenvaltioiden asiana on päättää siitä tasosta, jolla ne aikovat suojella kansanterveyttä, ja siitä tavasta, jolla kyseinen taso saavutetaan.¹⁸ Koska tämä taso voi vaihdella jäsenvaltiosta toiseen, jäsenvaltioille on unionin tuomioistuimen mukaan jätettävä harkintavaltaa.¹⁹

Oikeuskirjallisuudessa SEUT 168 artiklaa ja erityisesti sen asettamaa velvoitetta ”ottaa huomioon jäsenvaltioiden velvollisuudet” on kutsuttu yhtäältä suoraan perussopimuksesta johtuvaksi tasapainotusmekanismiksi, joka voisi toimia oikeuslähteenä myös julkisten sote-palveluiden EU-oikeudellisessa rajankäynnissä. Toisaalta esimerkiksi Morton huomauttaa, että säännös on ytimeltään sisältynyt EU:n primäärioikeuteen Maastrichtin sopimuksesta lähtien, mutta se ei rajoittanut jäljempänä tarkemmin käsiteltävän vapaan liikkuvuuden soveltamisalan kiistanlaista laajentumista terveydenhuoltoon 1990- ja 2000-luvuilla.²⁰ Samoin on arvioitu, että EU:n rooli terveyspalveluiden kontekstissa tuli perussopimusmuutosten myötä vahvemmin osaksi EU:n primäärioikeutta, mutta toisaalta artikla viittaa Lissabonin sopimuksen jälkeenkin edelleen erittäin vahvasti jäsenvaltioiden vastuuseen terveyspolitiikkojensa määrittelystä ja terveyspalvelujen hallinnoinnista.²¹ Koivusalon mukaan toimivaltaa on kuitenkin siirtynyt EU-tasolle, ja komissio on toiminut sosiaali- ja terveyspalveluiden kentällä yhä vahvemmin, perustellen toimiaan erityisesti potilaiden liikkuvuuteen ja rajat ylittävään hoitoon liittyvillä näkökohdilla.²² Koronapandemia on vahvistanut tätä kehitystä huomattavasti ja myös esimerkiksi vuosien 2014–2020 EU:n terveysohjelmassa keskityttiin merkittävästi aiempia ohjelmia vahvemmin terveyspalveluihin.²³ Asteittaisten muutosten seurauksena vastuu palveluiden rahoituksesta on säilynyt jäsenvaltioilla, mutta komission rooli terveydenhuoltojärjestelmien hallinnoinnin ja sääntelyn kontekstissa on kasvanut.²⁴ Näin siitä huolimatta, että terveyspalvelut jätettiin muun muassa palveludirektiivin ulkopuolelle.

Sosiaali- ja terveyspalveluiden erityisestä asemasta on säädetty myös useissa muissa EU:n perussopimusten säännöksissä. SEUT 9 artiklassa mainitaan riittävän sosiaalisen suojelun takaamiseen, sosiaalisen syrjäytymisen torjumiseen sekä

18 Yhdistetyt asiat C-171/07 ja 172/07 *Apothekerkammer des Saarlandes ym.*, kohta 19; Asia C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, kohta 103; Asia C-141/07 *komissio v. Saksa*, kohta 51; Asia C-169/07 *Hartlauer*, kohta 30.

19 Ibid.

20 Morton 2021b, s. 475; SEU 152 artikla. Ks. myös Sauter 2015, s. 210.

21 Koivusalo 2015, s. 375–376.

22 Ibid.

23 COM(2011) 709 final.

24 Koivusalo 2015, s. 375–376.

ihmisten terveyden korkeatasoiseen suojeluun liittyvät vaatimukset, SEUT 151 artiklassa viitataan sosiaalisten perusoikeuksien huomioon ottamiseen ja myös EU:n perusoikeuskirjan useat artiklat kytkeytyvät tavalla tai toisella sosiaali- ja terveyspalveluihin.²⁵ Perusoikeuskirja velvoittaa jäsenvaltioita, kun ne soveltavat unionin oikeutta, minkä on unionin tuomioistuimen käytännössä katsottu kattavan tietyn edellytyksin myös yhdenmukaistamattomalla alalla tapahtuvan toiminnan.²⁶ SEUT 153 artiklassa todetaan unionin yhtäältä tukevan ja täydentävän jäsenmaiden toimintaa esimerkiksi sosiaalisen syrjäytymisen torjumisen ja sitä koskevien järjestelmien nykyaikaistamisen sekä useiden työmarkkinoihin kytkeytyvien sosiaali- ja terveyskysymysten kohdalla. Toisaalta artiklassa todetaan, että tällaiset toimet eivät rajoita jäsenvaltioille tunnustettua oikeutta määritellä sosiaaliturvajärjestelmiensä perusperiaatteet eivätkä ne saa vaikuttaa olennaisesti näiden järjestelmien rahoituksen tasapainoon.²⁷

Sosiaalisen ulottuvuuden ympärillä käytävä poliittinen keskustelu ja myös sosiaali- ja terveyspalveluihin kytkeytyvät EU-tasoiset toimet ovat koronapandemian aikana ja sen jälkeen lisääntyneet, mutta EU:n perussopimukset asettavat kuitenkin varsin olennaisia rajoja sille, missä määrin EU-lainsäätäjän on mahdollista sosiaali- ja terveyspalveluiden kentällä toimia ja siten kaventaa tämän tutkimuksen tähtäimessä olevan kansallisen lainsäätäjän harkintavallan laajuutta. EU:n vahvempi sosiaali- ja terveyspoliittinen rooli voisi teoriassa syntyä esimerkiksi EU:n yhteisen, rajat ylittävään terveydenhuoltoon keskittyvän tai jopa vielä laajemman sote-budjetin kautta. EU-tason budjettivalta on monesti koettu vahvempien sääntelyinterventioiden tarpeellisenä parina, mutta toimenpidettä olisi kuitenkin hankala toteuttaa ainakaan SEUT 114 artiklan sisämarkkinatoimivallan kautta, minkä lisäksi sote-palveluihin kytkeytyvässä SEUT 168 artiklassa nimenomaisesti suljetaan pois mahdollisuus EU-tason toimenpiteisiin.²⁸ Erityisen vahvan, EU-tason sosiaali- ja terveyspoliittisia toimia vaativan poliittisen konsensuksen oloissa toimet olisivat todennäköisesti mahdollisia SEUT 352 artiklan mukaiseen täydentävän toimivallan nojalla.²⁹ Mahdolli-

25 EU:n perusoikeuskirjan artikla 24–26 ja 34–35.

26 Perusoikeuskirjan 52.1 artikla. Ks. perusoikeuskirjan soveltumisesta yhdenmukaistamattomalle alalle mm. C-98/14 *Berlington Hungary*.

27 SEUT 153(1) ja 153(4) artiklat. Osaltaan sosiaali- ja terveyspalvelujen erityisasemaa ilmentää myös SEUT 207(4) artikla, jonka mukaan neuvosto tekee ratkaisunsa yksimielisesti neuvoteltaessa ja tehtäessä sopimuksia sosiaali-, koulutus- ja terveyspalvelujen kaupan alalla silloin, kun tällaiset sopimukset voivat vakavasti haitata näiden palvelujen järjestämistä kansallisella tasolla ja vaikeuttaa jäsenvaltioiden vastuun toteuttamista niiden tarjoamisessa. Kyse on poikkeuksesta kauppapolitiikan tavanomaisista menettelyistä, joiden osalta päätökset tehdään neuvostossa pääosin määräenemmistöllä.

28 Velyvytė 2016, s. 43–44.

29 SEUT 352 artikla: Jos jokin unionin toimi osoittautuu perussopimuksissa asetetun tavoitteen saavuttamiseksi tarpeelliseksi perussopimuksissa määritellyillä politiikan aloilla eikä niissä ole määräyksiä tähän tarvittavista valtuuksista, neuvosto antaa aiheelliset säännökset yksimielisesti komission ehdotuksesta ja Euroopan parlamentin hyväksynnän saatuaan. Kun neuvosto antaa kyseiset säännökset erityistä lainsäätämisyjärjestystä noudattaen, se tekee ratkaisunsa samoin yksimielisesti komission ehdotuksesta ja

suus vaikuttaa kuitenkin sekä poliittisesti että oikeudellisesti epärealistiselta. Sosiaali- ja terveyspolitiikan kansallisen sensitiivisyyden ja järjestelmien välisen diversiteetin oloissa liki mahdottomaksi muodostuvan yksimielisyysvaatimuksen lisäksi esteenä on oikeudellinen edellytys, jonka mukaan SEUT 352 artiklan nojalla säädetyt toimet eivät saa johtaa unionin toimivallan laajentamiseen perussopimuksissa määrättyä laajemmaksi eivätkä käsittää jäsenvaltioiden lakien ja asetusten yhdenmukaistamista, mikäli tällainen mahdollisuus on perussopimuksessa rajattu pois.

2.2. Sosiaali- ja terveyspalveluja koskeva sekundäärilainsäädäntö

Vaikka EU:n toimivalta on sosiaali- ja terveyspalveluiden rajallista, EU on toiminut aktiivisena sosiaali- ja terveyspalveluiden sääntelijänä erityisesti rajat ylittävän terveydenhuollon osalta. Myös tässä sillä on ollut vaikea tehtävä sovittaa yhteen EU:n sisämarkkinavapauksia ja sosiaalisia oikeuksia tavalla, joka ei liiaksi rajoita jäsenvaltioiden mahdollisuuksia päättää sosiaali- ja terveysjärjestelmistään. EU-oikeuden vuorovaikutus kansallisten terveydenhuoltojärjestelmien kanssa on lisääntynyt ja myös monimutkaistunut erityisesti unionin tuomioistuimen 1990- ja 2000-luvuilla antamien EU:n vapaata liikkuvuutta ja kansallisia sosiaali- ja terveysjärjestelmiä koskevien ratkaisujen myötä.³⁰

Käytännössä rajat ylittävää terveyspalvelujen tarjonta voi tapahtua useilla tavoilla. Käsitteen piiriin asemoituu ensinnäkin rajan yli tarjottava palvelu, eli esimerkiksi verkkolääkärin vastaanotto potilaan ollessa toisessa jäsenmaassa, tai tavanomainen lääkärintaustaanotto tilanteessa, jossa potilas itse siirtyy rajan yli hakeutuakseen terveyspalvelun asiakkaaksi toisessa jäsenvaltiossa. Rajat ylittävää terveyspalvelujen tarjoamista on myös ulkomaisessa omistuksessa ja määräysvallassa olevan palveluntarjoajan kaupallinen läsnäolo toisessa jäsenvaltiossa esimerkiksi tytäryhtiön kautta, samoin kuin tilanne, jossa toisen jäsenvaltion kansalainen tarjoaa palvelua joko itsenäisenä ammattihenkilönä tai terveydenhuoltopalvelujen tarjoajan työntekijänä.³¹ Eniten mielenkiintoa on kuitenkin kohdistunut tilanteisiin, joissa potilas hakeutuu toiseen jäsenmaahan saadakseen hoitoa. Rajat ylittävää terveydenhuoltoa on aina ollut, mutta se on usein ollut luonteeltaan yksityistä, potilaan itsensä rahoittamaa terveydenhuoltoa. EU-lainsäädännön uutuutena voidaan pitää rajat ylittävän terveydenhuollon arviointia tilanteissa, joissa osa tai kaikki sen kustannuksista asemoidaan sosiaalivakuutusjärjestelmille tai verotukseen perustuvilla kansallisilla terveydenhuoltojärjestelmille.³²

Euroopan parlamentin hyväksynnän saatuaan.

30 Morton 2021b, s. 472. Ks. mm Asia C-158/96 *Kohll*; Asia C-120/95 *Decker*; Asia C-368/98 *Vanbraekel*; Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*; Asia C-385/99 *Müller-Fauré*; Asia C-372/04 *Watts*.

31 Busatta – Hervey 2018, s. 196.

32 Ibid., s. 197.

Kuten muidenkin haastavien kansallisten politiikan tai julkisen hallinnon rakenteiden sekä EU:n markkinavapauksien yhteensovitusilanteiden kohdalla, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön rooli on rajat ylittävän terveydenhuollon kohdalla ollut olennainen. Säädannäinen oikeus on seurannut perässä. Rajat ylittäviä sosiaali- ja terveyspalveluja on sinänsä säännelty EU:ssa jo 1970-luvun alusta lähtien. Tämä sosiaaliturvajärjestelmien yhteensovittamista koskeneeseen EU-asetukseen perustunut potilaiden liikkuvuuden suhteellinen vakaus häiriintyi, kun rajat ylittävän terveydenhuollon volyymit kasvoivat ja potilaat tukeutuivat suoraan perussopimuksen määräyksiin, erityisesti nykyiseen SEUT 56 artiklaan.³³ Unionin tuomioistuimeen tuotujen oikeustapausten ytimessä olivat jäsenvaltioiden terveydenhuoltojärjestelmien solidaarinen luonne ja tähän kytkeytyvät järjestelmään pääsyn rajoitukset, jotka olivat jännitteisessä suhteessa EU:n markkinavapauksien ja niistä yksilöille johtuvien oikeuksien kanssa.³⁴ Unionin tuomioistuin pyrki purkamaan jännitettä laatimalla oikeuskäytännössään joukon kriteerejä sosiaali- ja terveydenhuollon alalla sallituille markkinavapauksien rajoituksille.³⁵ Erityisen merkittävänä voidaan pitää unionin tuomioistuimen *Watts*-ratkaisua sekä tätä edeltänyttä *Geraets-Smits & Peerbooms* -ratkaisua.³⁶ Ennen *Watts*-ratkaisua oletettiin, että aiemmat päätökset potilaiden liikkuvuudesta eivät koskeneet esimerkiksi Suomen kaltaisia verorahoitteisia ja solidaarisuuteen perustuvia terveydenhuoltojärjestelmiä.³⁷ *Watts*-päätöksen jälkeen oikeustieteellisessä kirjallisuudessa maalattiin jopa uhkakuvia kehityksestä, jossa potilaita matkustaisi laajoina joukkoina jäsenmaasta toiseen laadukkaamman hoidon ja nopeamman hoitoon pääsyn perässä.³⁸ Esimerkiksi Newdick katsoi, että *Watts*-ratkaisun myötä terveysviranomaisilla ja joissakin maissa sosiaaliturvajärjestelmän toteuttamisesta vastanneilla vakuutuskassoilla oli oletettua vähemmän harkintavaltaa rajoittaa ulkomaille hoitoon hakeutumista, mikä puolestaan rasittaisi

33 Neuvoston asetus (ETY) N:o 1408/71, annettu 14 päivänä kesäkuuta 1971, sosiaaliturvajärjestelmien soveltamisesta yhteisön alueella liikkuviin palkattuihin työntekijöihin ja heidän perheenjäseniinsä. 1970-luvulla säädetyn asetuksen korvasi 2000-luvun alussa uusi Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 883/2004, annettu 29 päivänä huhtikuuta 2004, sosiaaliturvajärjestelmien yhteensovittamisesta. Ks. Busatta – Hervey 2018, s. 197. Ks. teemasta myös Sindbjerg Martinsen – Mayoral 2017 ja Sindbjerg Martinsen 2009.

34 Busatta – Hervey 2018, s. 198.

35 Busatta ja Hervey listaavat oikeuskäytännön osalta jo aiemmin mainitut tapaukset: Asia C-158/96 *Kohll*, Asia C-120/95 *Decker*, Asia C-368/98 *Vanbraekel*, Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, Asia C-385/99 *Müller-Fauré*, Asia C-372/04 *Watts* ja Asia C-444/05 *Stamatelaki*. Lisäksi oikeuskäytännön osaksi voitane laskea ainakin tapaukset Asia C-56/01 *Inizan*, Asia C-8/02 *Leichtle*, Asia C-145/03 *Keller*, Asia C-193/03 *Bosch*, Asia C-466/04 *Herrera*, Asia C-208/07 *von Chamier-Glisczinski*, Asia C-211/08 *komissio v. Espanja*, Asia C-173/09 *Elchinov*, Asia C-255/09 *komissio v. Portugali*, Asia C-490/09 *komissio v. Luxemburg*, Asia C-562/10 *komissio v. Saksa* ja Asia C-268/13 *Elena Petru*. Ks. Busatta – Hervey 2018, s. 198.

36 Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*; Asia C-372/04 *Watts*; Hatzopoulos 2002.

37 Busatta – Hervey 2018, s. 197.

38 Newdick 2006.

jäsenvaltioiden sote-budjetit.³⁹ Potilasvirtojen hallitsemattomuuden pelättiin lisäksi uhkaavan erityisesti alemman tulotason jäsenvaltioiden sosiaaliseen solidaarisuuteen perustuvien terveydenhuoltojärjestelmien kestävyttä. Uhkakuvien mukaan hallitsematon ja suunnittelematon potilaiden liikkuminen, joka perustuisi mahdollisuuteen vaatia jälkikäteen kustannuksia omalta terveydenhuoltojärjestelmältä, johtaisi myös resurssien epäoptimaaliseen kohdentamiseen, koska vain ne potilaat, jotka ovat tarpeeksi varakkaita maksaakseen etukäteen ja tarpeeksi terveitä matkustaakseen, voisivat hyödyntää mahdollisuutta.⁴⁰

Unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään lähtenyt siitä, että sellainen avohoito, johon potilas on oikeutettu kotijäsenvaltionsa sosiaali- ja terveyspalvelu- tai sosiaaliturvajärjestelmän nojalla, voidaan hankkia myös missä tahansa muussa jäsenvaltiossa ja hoidon kulut korvataan jälkikäteen potilaan kotivaltion korvaustasoon asti.⁴¹ Myös laitos- tai sairaalahoidtoa voidaan saada muualla EU:n alueella edellyttäen, että potilas on saanut siihen ennakkoluvan kotijäsenvaltion viranomaisilta. Viranomaisten on kuitenkin annettava ennakkolupa, jos jäsenvaltion oma terveydenhuoltojärjestelmä ei pysty tarjoamaan tehokasta hoitoa lääketieteellisesti hyväksyttävässä määrääjassa. Arvioinnista käytetään käsitettä lääketieteellisen välttämättömyyden (*medical necessity*) testiä.⁴² Tapauksessa *Geraets-Smits & Peerbooms* sijoittautumisvapauden ja palveluiden tarjoamisen vapauden kanssa yhteensopivaksi katsottiin Hollannin kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan ennakkolupa hoitoa varten voitiin myöntää vain kahden edellytyksen täytyessä:⁴³

Ensinnäkin hoitoa on voitava pitää ”ammattikunnassa vallitsevien käsitysten mukaan tavanomaisena”, ja tätä arviointiperustetta on käytettävä myös määritettäessä sitä, kattaako sairausvakuutus jäsenvaltiossa annetun sairaalahoidon; toiseksi sen on oltava tarpeen vakuutetun hoitoa varten. Edellä oleva pätee ainoastaan siltä osin kuin

— hoidon ”tavanomaista” luonnetta koskevaa edellytystä tulkitaan siten, että lupa saadaan evätä tällä perusteella ainoastaan, jos kysymyksessä olevaa hoitoa on tutkittu riittävästi ja todettu päteväksi kansainvälisessä lääketieteessä

— lupa saadaan evätä sillä perusteella, ettei hoidolle ole lääketieteellistä tarvetta, ainoastaan, jos potilas voi saada ajoissa samanlaista tai tehokkuudeltaan samanasteista hoitoa sellaisessa laitoksessa, joka on tehnyt sopimuksen sen sairausvakuutuskassan kanssa, johon vakuutettu kuuluu.⁴⁴

39 Newdick 2006, s. 1663.

40 Busatta – Hervey 2018, s. 197.

41 Velyvyté 2016, s. 27. Ks. mm. Asia C-158/96 *Kohll*; Asia C-120/95 *Decker*; Asia C-385/99 *Müller-Fauré*.

42 Velyvyté 2016, s. 27.

43 Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohta 108.

44 Ibid.

Lääketieteellistä tarpeellisuutta harkittaessa huomioon on otettava ainakin lääketieteelliset arviot henkilön tilanteesta ja kliinisistä tarpeista, eli esimerkiksi henkilön sairaushistoria, sairauden todennäköinen kulku, kivun aste tai vammaisuuden luonne. Jos lupa myönnetään tai lainvastaisesti evätään, potilaalla on oikeus saada täysi korvaus ulkomailla saadun hoidon kustannuksista.⁴⁵

Oikeuskirjallisuudessa unionin tuomioistuimen lähestymistapaa on myös kritisoitu. Esimerkiksi Newdick ja Velyvytė ovat arvioineet, että unionin tuomioistuimen perustelut eivät heijasta terveydenhuoltoalan toiminnan todellisuutta ja uhkaavat vaarantaa terveydenhuollon saatavuuden ja laadun.⁴⁶ Velyvytėn mukaan tuomioistuimen tulkinta lääketieteellisestä välttämättömyydestä keskittyy yksinomaan potilaan yksilöllisen tilanteen tarkasteluun, eikä siinä tehdä minkäänlaista vertailevaa analyysia, jossa otettaisiin huomioon muiden kotijäsenvaltion potilaiden lääketieteelliset tarpeet tai jäsenvaltioiden tarve suunnitella terveydenhuoltomenoja priorisoimalla tietyn tyyppistä hoitoa. Myös unionin tuomioistuin on tunnistanut käsillä olevan asetelman. Tuomioistuin kuvasi *Watts*-tapauksessa Ison-Britannian NHS-terveydenhuoltojärjestelmässä käytössä olevaa priorisointimenettelyä:

Koska hallituksen NHS:lle myöntämä talousarvio on liian pieni, jotta kaikille halukaille voitaisiin antaa hoitoa nopeasti edes silloin, kun hoidon tarve on kiireellinen, NHS hyödyntää käytettävissä olevat resurssit vahvistamalla hoidoille prioriteetit, mikä ilmenee suhteellisen pitkinä jonoina niihin hoitoihin, jotka eivät ole hyvin kiireellisiä. NHS:n elimet määrittävät niille myönnetyn talousarvion rajoissa hoitoprioriteettien painotuksen kansallisten ohjeiden mukaisesti. Hoitojonoilla pyritään siihen, että sairaalahoitoa tarjotaan NHS:n elinten noudattamien prioriteettien ja siellä resurssien käytöstä tehtyjen päätösten perusteella, ja siihen, että hoitopalvelut jaetaan oikeudenmukaisesti eri sairauksiin eri kiireellisyyssperustein hoitoa tarvitsevien potilaiden kesken.⁴⁷

Vain yksilön tilanteeseen kytkeytyvän lähestymistavan voidaan ylipäättään ajatella soveltuvan huonosti monimutkaisten sosioekonomisten kysymysten kuten julkiseen terveydenhuoltoon osoitettujen varojen jakamisen käsittelyyn.⁴⁸ Newdick on pitänyt ongelmallisena, että arvioinnissa keskitytään vain yksilön tilanteeseen ja annetaan potilaiden äänekkäälle sekä rajat ylittävän terveydenhuollon hyödyntämiseen kykenevälle vähemmistölle etusija, vaikka muilla potilailla olisi mahdollisesti kiireellisempiä lääketieteellisiä tarpeita.⁴⁹ Asetelma voi näin siirtää resursseja pois

45 Velyvytė 2016, s. 27. Ks. myös Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohdat 53–55; Asia C-385/99 *Müller-Fauré*, kohdat 89–90; Asia C-372/04 *Watts*, kohdat 59–61.

46 Newdick 2006; Velyvytė 2016, s. 28–29.

47 Asia C-372/04 *Watts*, kohdat 13–14.

48 Velyvytė 2016, s. 28–29.

49 Newdick 2006, s. 1646–1650.

kaikkein haavoittuvimmilta potilasryhmiltä, jolloin välttämättömän hoidon ja hoivan takaaminen voi vaatia jäsenvaltioilta merkittäviä lisäpanostuksia sosiaali- ja terveyspalveluihin.⁵⁰ Mahdollisuudet tällaisiin lisäpanostuksiin ovat useissa jäsenmaissa rajallisia.

Watts-ratkaisu ja tätä edeltävä laaja unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö saivat lopulta aikaan liikettä myös EU-lainsäätäjässä, kun komissio ryhtyi valmistelemaan direktiiviä, joka toisi unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä luotuja oikeussääntöjä säädännäisen oikeuden muotoon sekä sote-sektorin EU-tasaisen sääntelyn jäsenmaiden sekä Euroopan parlamentin tekemien valintojen piiriin. Kehitys johti lopulta niin sanotun potilasdirektiivin säätämiseen vuonna 2011.⁵¹ Nimestään huolimatta direktiivissä ei säädetä erityisesti potilaiden oikeuksista, vaan siinä pikemminkin määritellään, missä tilanteissa jäsenvaltiot voivat rajoittaa rajat ylittävää terveydenhuoltoa. Direktiivissä ilmaistaan EU:n sisäistä potilaiden vapaata liikkuvuutta koskeva pääsääntö ja määritellään siihen poikkeukset, joiden tosiasiallisena tavoitteena voidaan pitää kansallisten terveydenhuoltojärjestelmien kestävyden turvaamista.⁵²

Edellä kuvattujen uhkakuvien toteutumista on oikeustieteellisen tutkimuksen metodein tai oikeustieteellisestä asiantuntemuksesta käsin varsin hankala vahvistaa tai kumota. Sinänsä kiistattomana voitaneen pitää sitä, että potilasdirektiivi on selkeyttänyt EU-kansalaisten oikeuksia ja siten parantanut käytännön mahdollisuuksia hyödyntää rajat ylittävää terveydenhuoltoa.⁵³ Potilasdirektiivin säätämisen jälkeenkin erityistä huolta on herättänyt koheesiomaiden tai ylipäättään niukemmilla taloudellisilla resursseilla operoivien jäsenmaiden tilanne. Romaniaa koskeneessa tapauksessa *Elena Petru* unionin tuomioistuin totesi, että ennakkolupaa rajat ylittävän hoidon hankkimiseen ei voida evätä, jos henkilön tarvitsemaa sairaalahoitoa ei lääkkeiden ja perushoitotarvikkeiden puutteen takia voida antaa ajoissa henkilön kotijäsenvaltiossa. Tuomioistuin kuitenkin korosti, että mahdottomuutta oli arvioitava kotijäsenvaltion kaikkien hoidon antamiseen kykenevien sairaaloiden osalta.⁵⁴ Kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi jäi arvioida, olisiko toimenpide voitu toteuttaa jossakin romanialaisessa sairaalassa sellaisen aikamääreen puitteissa, jota voitiin pitää hoidon saamisena ajoissa.⁵⁵ Tästä näkökulmasta voidaankin kyseenalaistaa ainakin Velyvytén ja Daviesin esittämät uhkakuvat, joiden mukaan EU:n palveluiden tarjoamisen vapauden ja sijoittautumisvapauden soveltamisen sekä potilasdirektiivin säätämisen myötä köyhemmät jäsenvaltiot joutuvat rahoittamaan

50 Newdick 2006, s. 1646–1650.

51 Busatta – Hervey 2018, s. 197. Ks. myös De La Rosa 2012; Sindbjerg Martinsen 2017.

52 Busatta – Hervey 2018, s. 198.

53 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/24/EU, annettu 9 päivänä maaliskuuta 2011, potilaiden oikeuksien soveltamisesta rajatylittävässä terveydenhuollossa (potilasdirektiivi).

54 Asia C-268/13 *Elena Petru*, kohta 36.

55 Ibid. Velyvytë 2016, s. 28–29.

rikkaammissa jäsenvaltioissa saadun kalliin hoidon, EU:n kansallisten terveydenhuoltojärjestelmien väliset erot kasvavat, vähemmän kehittyneiden jäsenvaltioiden sosiaaliturvabudjettien kestävyys vaarantuu ja jäsenvaltioissa tarjottavan terveydenhuollon laatu heikentyy, mikä välttämättä johtaa joko järjestelmäkriiseihin tai sosiaali- ja terveystalouden lisäntyvään EU-tason rahoitukseen.⁵⁶ Uhkakuvat eivät liene mahdottomia, mutta ne eivät ole myöskään väistämättömiä.

Potilasdirektiivin säätämistä on usein pidetty EU:n vahvistuvan sosiaali- ja terveyspolitiittisen roolin ilmentymänä ja direktiivi antaa tarkoituksestaan varsin kunnianhimoisen kuvan viittaamalla muun muassa Euroopan terveydenhuoltojärjestelmien ”yhteisiin arvoihin”, joita kansallisten viranomaisten olisi noudatettava.⁵⁷ Toisaalta direktiiviä voidaan ajatella lähinnä olemassa olevan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kodifioimisena säädännäisen oikeuden muotoon jopa täsmällisesti samoilla sanamuodoilla sekä johdanto-osien oikeuskäytäntöviittauksilla, eikä direktiivillä luotu tai tavoiteltu potilaille uusia oikeuksia muuten kuin korvausprosesseja koskevilta osin.⁵⁸ Käytännöllisessä mielessä potilasdirektiivillä yhdenmukaistetaan rajat ylittävästä terveydenhuollosta aiheutuvien kustannusten korvaamista koskevia kansallisia sääntöjä, eikä interventio kansallisiin sosiaali- ja terveystaloudenjärjestelmiin ulotu tätä syvemmälle.⁵⁹ Ehdotuksen julkilausuttuna tavoitteena oli tältä osin luoda kattava oikeudellinen kehys rajat ylittävään terveydenhuoltoon liittyville kysymyksille ja samalla tasapainottaa alaan liittyviä taloudellisia ja sosiaalisia näkökohtia.⁶⁰ Tällainen oikeusvarmuuden vahvistaminen ja säädöskehikon selkeyttäminen oli tarpeen, jotta potilaat voivat käytännössä käyttää oikeuksiaan ja samalla voitiin varmistua, että tarjottu hoito on laadukasta ja turvallista.⁶¹

Ennen potilasdirektiiviä komissio oli jo aiemmin ehdottanut terveydenhuolto- ja palveluiden sisällyttämistä palveludirektiiviin, mutta kohdannut vahvaa vastarintaa alan sidosryhmiltä ja lainsäätäjiltä.⁶² Potilasdirektiivi pohjautuu SEUT 114 artiklan sisämarkkinoiden luomiseen kytkeytyvään toimivaltapohjaan, sillä terveystalouden koskevassa SEUT 168 artiklassa ei anneta toimivaltaa alaa koskevan sekundäärilainsäädännön säätämiseen. Potilasdirektiivin 7 artiklan pääsäännön mukaan vakuutusjäsenvaltion on varmistettava rajat ylittävää terveydenhuoltoa saavalle vakuutetulle aiheutuneiden kustannusten korvaaminen, jos kyseessä oleva terveydenhuolto kuuluu niihin etuuksiin, joihin vakuutettu on oikeutettu vakuu-

56 Velyvytė 2016, s. 28–29; Davies 2006.

57 Mm. potilasdirektiivin johdanto-osa ja 5 artikla. Sauter 2011; Ks. myös EU:n neuvosto 2006/C 146/01.

58 Velyvytė 2016, s. 41–44; De La Rosa 2012. Ks. oikeuskäytäntöviittausten osalta mm. potilasdirektiivin artikkelit 1(1) ja 7 sekä johdanto-osat 8, 10, 12, 27, 38, 40, 42, 44 ja 46. Ks. korvausprosessien sääntelyn osalta mm. artikkelit 4, 5, 9(1) 6, 10, 14 ja 15.

59 Velyvytė 2016, s. 41.

60 Ks. COM(2008) 414 final, perustelut, s. 2.

61 Ibid., perustelut, s. 7.

62 Velyvytė 2016, s. 41. Ks. mm. European Health Policy Forum 2005; Gekiere et al. 2010.

tusjäsenvaltiossa. Direktiivin 8 artiklassa säädetään ennakkoluvan edellyttämisen mahdollisuudesta ja rajoituksista pitkälti unionin tuomioistuimen muotoilemien lähtökohtien mukaisesti. Direktiivin 8 artiklan 1 kohdassa todetaan, että:

Vakuutusjäsenvaltio voi tämän artiklan ja 9 artiklan mukaisesti säätää rajat ylittävän terveydenhuollon kustannusten korvaamista koskevasta ennakkolupajärjestelmästä. Ennakkolupajärjestelmä, perusteet ja niiden soveltaminen mukaan lukien, ja yksittäiset ennakkoluvan epäämispäätökset saavat koskea ainoastaan sitä, mikä on välttämätöntä ja oikeassa suhteessa tavoitteeseen nähden, eivätkä ne saa olla mielivaltaisen syrjinnän väline tai perusteeton este potilaiden vapaalle liikkuvuudelle.

Potilasdirektiivin 8 artiklan muissa kohdissa säädetään tarkemmin tilanteista, joissa ennakkolupaa voidaan vaatia, sekä tilanteista, joissa lupa voidaan evätä. Esi-merkiksi 8 artiklan 5 kohdan mukaan:

Vakuutusjäsenvaltio ei voi kieltäytyä myöntämästä ennakkolupaa, kun potilas on 7 artiklan mukaan oikeutettu saamaan kyseistä terveydenhuoltoa ja kun kyseessä olevaa terveydenhuoltoa ei voida tarjota jäsenvaltion alueella määrääjässä, joka on lääketieteellisesti hyväksyttävissä potilaan terveydentilan, sairaushistorian ja sairauden todennäköisen kulun sekä kipujen määrän ja/tai vamman laadun objektiivisen lääketieteellisen arvioinnin perusteella sinä ajankohtana, jona lupahakemus tehtiin tai uudistettiin, sanotun kuitenkin rajoittamatta 6 kohdan a–c alakohdan soveltamista.

Korvausmenettelyitä ja muita rajat ylittävän terveydenhuollon prosesseja koskevilta osin direktiivi edellyttää jäsenvaltioiden muun muassa säätävän terveydenhuollon laatu- ja turvallisuusstandardeista, varmistavan potilaiden saavan tarvittavat tiedot voidakseen tehdä informoituja terveydenhuoltoa koskevia valintoja, ottavan käyttöön muutoksenhakumenettelyn sekä kunnioittavan potilaiden yksityisyyden suojaa henkilötietoja käsitellessä. Velyvytė on arvioinut, että näitä prosessuaalisia lähtökohtia edellytettiin jo vapaata liikkuvuutta koskevissa oikeussäännöissä, mutta potilasdirektiivin kuitenkin konkretisoivan niitä.⁶³ Muilta osin potilasdirektiivi ei Velyvytėn mukaan näytä tekevän juuri muuta kuin antavan säädännäisen oikeuden muodon säännöille, jotka ovat olleet jo aiemmin voimassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön nojalla.⁶⁴

63 Velyvytė 2016, s. 43–44.

64 Ibid.

2.3. Tavoite sosiaalisemmasta talouskonstituutiosta

Keskustelu sosiaali- ja terveyspalveluiden asemasta perussopimusten valossa kytkeytyy myös keskusteluun EU:n perustuslaillisen aineksen, eräänlaisen talouskonstituution luonteesta. Vaikka EU pyrkii Lissabonin sopimuksen jälkeisessä ajassa SEU 3 (3) artiklan mukaan Euroopan kestäväan kehitykseen, jonka perustana ovat tasapainoinen talouskasvu ja hintavakaus, täystyöllisyyttä ja sosiaalista edistystä tavoitteleva erittäin kilpailukykyinen *sosiaalinen* markkinatalous sekä korkeatasoinen ympäristönsuojelu ja ympäristön laadun parantaminen, on EU:n oikeudellisen kehikon usein tulkittu pohjautuvan ennen kaikkea markkinoiden rakentamisen, avaamisen ja sääntelyn ideaalin.⁶⁵ Toisaalta, kuten muun muassa Klami on kuvannut, vapaiden markkinavaimien toiminnan tasapuoleiseksi turvaamiseksi unionissa käytetään kyllä intensiivistä sääntelyä: yksilöt ja yritykset voivat olla tasa-arvoisesti vapaita vain kantaessaan samanlaisia kahleita.⁶⁶

Šmejkalin ja Šarochin mukaan tavoitteiden sosiaalista luonnetta korostava perussopimuksen sanamuodon muutos ei ole käytännössä korostanut sosiaalisten näkökohtien roolia EU:n lainsäädäntökehikossa eikä ole johtanut laajoihin toimiin, joilla yhdenmukaistettaisiin sosiaalisia oikeuksia EU:ssa.⁶⁷ Vaikka jälkimmäinen saattaa pitää paikkansa, Garben on huomauttanut, että kun SEU 3(3) artiklaa tarkastellaan yhdessä SEUT 9 artiklan sekä SEUT:n sosiaalipolitiikkaa koskevan kolmannen osan X-osion kanssa, voidaan perussopimuksen todeta antavan huomattavan määrän toimivaltaa sosiaalisten tavoitteiden toteuttamiseksi EU-tasolla.⁶⁸ Garbenin mukaan tämä voi ajan myötä johtaa monipuoliseen sosiaaliseen EU-säännöstöön.⁶⁹ On kuitenkin hankala arvioida, missä määrin tämä kehityskulku on toteutunut tai toteutumassa.⁷⁰ O’Sullivan on todennut, että EU on luonteeltaan lähempänä ”markkinavaltiota”, jossa taloudelliset oikeudet ja sääntelyn purkaminen ovat ensisijaisia eikä SEU 3(3) artiklan potentiaalia voida hyödyntää täysimääräisesti ilman, että EU:n konstituutiota muokataan tietoisesti ja markkinasuuntaus kumotaan.⁷¹ Semmelmann on kutsunut sosiaalisen markkinatalouden käsitteen sisällyttämistä perussopimukseen kosmeettiseksi ja retoriseksi askeleeksi. Dale ja El-Enany ovat pitäneet sosiaalisen markkinatalouden lupausta onttona.⁷² O’Sullivanin mukaan EU:n oikeusjärjestyksen taustalla vaikuttaa edelleen EY-perustamissopimuksesta periytyvä tavoite tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien vapaan liikkuvuu-

65 O’Sullivan 2018, s. 17.

66 Klami 1992, s. 842.

67 Šmejkal – Šaroch 2014.

68 Garben 2017b, s. 24.

69 Garben 2017b, s. 24.

70 Ferri – Cortese 2018b, s. 311.

71 O’Sullivan 2018, s. 18.

72 Semmelmann 2013; Dale – El-Enany 2013, s. 616.

den esteiden poistamisesta jäsenvaltioiden väliltä, joka näin luo EU:n perustuslaillisen ja luonteeltaan taloudellisen imperatiivin, jossa korostetaan valtion väliintulon rajoittamista markkinoilla ja vahvistetaan taloudelliset arvot perustavanlaatuisiksi unionin toiminnalle.⁷³ Vaikka EY-perustamissopimuksen artikla on sittemmin korvattu SEU 3 artiklalla, sen perinnön on arvioitu sisältyvän edelleen perustuslailliseen ytimeen.⁷⁴ O’Sullivan nostaa lähestymistavan esimerkiksi SEUT 60 artiklan, jossa säilytetään tavoite vapauttaa sisämarkkinoilla tarjottavat palvelut laajemmin kuin mitä unionin voimassa olevassa lainsäädännössä jo säädetään.⁷⁵ O’Sullivanin mukaan artikla perustuu näkemykselle, jonka mukaan markkinoita ei pitäisi suojella kilpailulta ja että markkinoiden logiikkaa olisi sovellettava laajasti eri yhteiskunnan aloilla: kyse on taloudellisista tavoitteista, joilla on yhteiskunnallisia seurauksia, eikä niinkään yhteiskunnallisista tavoitteista, jotka saavutetaan markkinoiden valikoivalla käytöllä ja sääntelyllä.⁷⁶ Mekanismia vahvistaa O’Sullivanin mukaan entisestään se, että unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään katsonut sosiaalisia näkököhtia käsittelevät perussopimusmuotoilut ”lähinnä toivomusluontoisiksi, ja vaikka on mahdollista, että artikloihin voitaisiin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa nojautua, näin ei yleensä ole tapahtunut”.⁷⁷ Merkitystä on myös sillä, että taloudellinen sääntely ja toimivalta on perinteisesti annettu unionille, kun taas sosiaalipolitiikka ja sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmät ovat pysyneet jäsenvaltioiden ensisijaisessa toimivallassa.⁷⁸

73 O'Sullivan 2018, s. 21–22. Ks. EY:n perustamissopimuksen 3 artiklan c alakohta.

yhtäältä markkinoiden tehokkuuden ja taloudellisen integraation sekä toisaalta sosiaalisten tavoitteiden ja kansallisten sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmien intressejä.⁸² Tällaisia tasapainotusmekanismeja ovat erityisesti taloudellisen toiminnan käsite, yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen (SGEI) käsite sekä Altmark-kriteerit.⁸³ Kitkakohtien ja tasapainotusmekanismien käsitteet auttavat hahmottamaan kilpailusääntöjen ja sosiaalisten tavoitteiden välisiä kompromisseja sekä niiden taustalta löytyviä haasteita.⁸⁴ Näiden tasapainotusmekanismien kautta muodostuu toisaalta EU:n talouskonstituution raja ja toisaalta kansallisen lainsäätäjän harkintavallan raja. Kunkin tasapainotusmekanismin kohdalla kyse on erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa oikeudellisesta varsin monisäikeisestä arvioinnista. Myös tämän tutkimuksen EU-oikeudellisessa tarkastelussa on suurelta osin kyse juuri näiden tasapainotusmekanismien arvioinnista ja systematisoinnista.

Unionin tuomioistuimen julkisasiamies Poiares Maduro on osuvasti todennut, että unionin tuomioistuin astuu vaaralliselle maaperälle yrittäessään ratkaista, onko valtion tai valtiollisen yksikön harjoittama toiminta taloudellista, sillä sen on löydettävä tasapaino yhtäältä sisämarkkinoiden vääristymättömän kilpailun ja toisaalta jäsenvaltioiden toimivallan kunnioittamisen välillä.⁸⁵ Kyse ei ole taloudellisen toiminnan käsitteen ja EU:n kilpailusääntöjen kaavamaisesta sijoittamisesta sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstiin, vaan monella tapaa erityisestä tulkinta-asetelmasta, jossa huomioon on otettava myös sosiaali- ja terveysjärjestelmien keskeinen asema eri jäsenmaiden yhteiskunnissa ja julkisen vallan toiminnassa. Sosiaali- ja terveyspalveluiden erityisasemalla on olennaista merkitystä myös konkreettisissa soveltamistapauksissa ja tämän tutkimuksen tutkimuskysymyksiin vastattaessa. Sote-palvelut ovat jollain tapaa erityisiä kaikkien edellä kuvattujen tasapainotusmekanismien näkökulmasta. Perussopimuksista vahvasti heijastuva sote-palveluiden erityinen yhteiskunnallinen merkitys vaikuttaa ensinnäkin siihen, miten unionin kilpailusääntöjen soveltuvuuden kannalta keskeistä taloudellisen toiminnan käsitettä arvioidaan eri kansallisten sosiaali- ja terveysjärjestelmien kontekstissa. Toiseksi palveluiden erityisasemalla on ollut soveltamiskäytännössä merkitystä siinä, minkälaisia rajoituksia palveluiden tarjoamisen vapauteen on hyväksytty. Kolmanneksi sote-palveluiden luonnetta SGEI-palveluina arvioidaan nimenomaan sote-alaa koskevan kehikon puitteissa. Lisäksi sosiaali- ja terveyspalveluja koskevilla perussopimusmuotoiluilla on ollut ilmeinen vaikutus siihen, ettei alaa ole unionissa yhdenmukaistettu ja varsinkin sote-palveluja koskeva sekundäärilainsäädäntö on vähäistä.

Vaikka sosiaali- ja terveyspalvelut ovat myös EU-oikeuden näkökulmasta erityislaatuista julkisia palveluja, tai vaihtoehtoisesti erityislaatuista taloudellista toimin-

82 Ibid., s. 135–136.

83 Morton 2021a, s. 471; Gerbrandy 2019, s. 135–136; Asia C-280/00 *Altmark*.

84 Morton 2021b, s. 474–475.

85 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN v. komissio*, kohta 26.

taa, ei sosiaalisten näkökohtien roolia esimerkiksi sote-palveluihin kytkeytyvässä sisämarkkina- tai kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa ole syytä ylikorostaa. Heinemann on todennut, että termi ”sosiaalinen” puuttuu käytännössä kokonaan EU:n kilpailulainsäädännöstä, eikä ainoastaan primääri- ja sekundäärilainsäädännöstä, vaan myös soft law -dokumenteista, eli esimerkiksi komission kilpailulainsäädännön alalla antamista tiedonannoista ja suuntaviivoista.⁸⁶ Lissabonin sopimuksen hyväksyminen ei ole juurikaan muuttanut tilannetta. Heinemannin mukaan tilannetta perustele ainakin tavoite EU:n kilpailusääntöjen tehokkuudesta: kilpailusäädäntö on tehokasta, jos sen soveltaminen rajoittuu taloudellisiin ja erityisesti kilpailuun liittyviin argumentteihin. Jos tämä muuttuisi ja esimerkiksi kilpailunrajoitusten arviointiin sovellettaisiin kattavaa taloudellista ja sosiaalista analyysia, kilpailunvastaisen toiminnan valvonnasta vastaaville toimielimille annettaisiin Heinemannin mukaan paljon aiempaa laajempaa harkintavaltaa, mikä voisi vaarantaa ennustettavuutta ja oikeusvarmuutta.⁸⁷ Heinemannin mukaan tällainen subjektiivisempi lähestymistapa ei ole kilpailukykyisen talousjärjestelmän ylläpitämisen kannalta tarkoituksenmukainen eikä se vastaa kilpailupolitiikan kansainvälisiä normeja. Jotta kilpailuoikeusjärjestelmät olisivat tehokkaita, ne eivät voi sallia kilpailulainsäädännön vesittämistä muilla tavoitteilla.⁸⁸ Heinemannin mukaan luonteeltaan ei-taloudellisia intressejä tai politiikkatavoitteita olisi toteutettava ensisijaisesti näitä koskevilla lainsäädännön sektoreilla, ei kilpailuoikeuden kautta.⁸⁹ Kilpailulainsäädäntö ei ole tällaisen lähestymistavan esteenä, vaan EU-lainsäätäjä voi sulkea tietyt alat kilpailuperiaatteen ulkopuolelle: jos ei ole olemassa taloudellista toimintaa eikä yritystä, kilpailulainsäädäntö ei sovellu. Heinemann nostaa työmarkkinaosapuolten työehtosopimusneuvotteluja ja solidaarisuusperiaatetta ilmentävät sosiaaliturvajärjestelmät esimerkeiksi kilpailulainsäädännön ”sosiaalisista poikkeuksista”.⁹⁰ Toisaalta, jos toiminta on luonteeltaan taloudellista, kilpailulainsäädäntöä sovelletaan, mutta soveltamisessa otetaan huomioon käsillä oleva konteksti, esimerkiksi antamalla tehokkuusanalyyssissä etusija kuluttajan hyvinvoinnin standardille kokonaisyhyvinvoinnin standardin sijaan.⁹¹

Vällyvyytė on arvioinut, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön seurauksena monet sosiaali- ja terveydenhuoltoa koskevat sosiaaliset kysymykset ovat siirtyneet puhtaasti kansallisesta toimivallasta myös unionioikeudellisen arvioinnin piiriin.⁹² Mortonin mukaan EU:n kilpailu- ja valtiontukisäännöt ovat paljon EU:n perusvapauksia ja erityisesti vapaata liikkuvuutta koskevaa unionin tuomioistuimen

86 Heinemann 2018, s. 123.

87 Ibid. Ks. laajemmin mm. Gerber 2001.

88 Heinemann 2018, s. 123. Vrt. Ezrachi 2017, s. 59.

89 Heinemann 2018, s. 139.

90 Ibid.

91 Ibid.

92 Vällyvyytė 2016, s. 25-26. Ks. kritiikistä esim. Newdick 2006, s. 1650 ja Davies 2006.

oikeuskäytäntöä suurempi haaste jäsenmaiden sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmien keskeisille elementeille.⁹³ Kilpailulainsäädännön soveltaminen Euroopan terveydenhuoltoalalla olisi Mortonin mukaan mukaansa erittäin merkittävää, mutta mahdollisesti myös hyvin ongelmallista, sillä EU:n kilpailulainsäädäntö tuo mukanaan kilpailun ja markkinatoiminnan periaatteita, jotka eivät sovellu sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmien kontekstiin.⁹⁴ EU:n kilpailusäännöt eivät perustu sosiaalipolitiikkaan tai sosiaalisiin oikeuksiin, jotka eri muodoissaan määrittelevät eurooppalaisia hyvinvointivaltioita, vaan talousoikeuden periaatteisiin, jotka eivät Mortonin mukaan ole toimiva perusta puuttumiselle palveluihin ja järjestelmiin, jotka on järjestetty sosiaaliturvan ja yleisen saatavuuden periaatteiden mukaisesti. EU:lta puuttuvat myös verotustoimivalta ja muut hyvinvointivaltion piirteet, jolloin unionilla ei ole toimivaltaa tai finanssipoliittista kykyä tarjota sosiaali- ja terveydenhuoltopalveluja tai varmistaa palveluiden saatavuutta.⁹⁵ Julkiset sosiaali- ja terveystalvelut kytkeytyvät unionioikeudellisena ilmiönä myös niin sanottujen yleishyödyllisten palveluiden (*Services of General Interest*, SGI-palvelut) alaan. Kyse on kokonaisuudesta, jonka ulkorajat eivät ole tarkkoja ja jossa jäsenvaltioiden harkintavalta on mielletty laajaksi. Komissio on 1990-luvun lopulta lähtien käsitellyt yleishyödyllisten palveluiden kokonaisuutta useissa tiedonannoissa ja työpapereissa, joissa on päädytty osin toisistaan poikkeaviin muotoiluihin.⁹⁶ Ulkorajojen epätarkkuutta on osaltaan lisännyt SGEI- ja SGI-käsitteiden käyttö samankaltaisessa merkityssisällössä myös oikeuskäytännössä.⁹⁷ Lähtökohtaisesti yleishyödylliset palvelut käsittävät sekä taloudellisia että muita kuin taloudellisia toimintoja, jolloin yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut (*Services of General Economic Interest*, SGEI-palvelut) tulisi ymmärtää yleishyödyllisten palveluiden alakategoriaksi. Raja taloudellisten ja muiden kuin taloudellisten yleishyödyllisten palvelujen välillä on kuitenkin häilyvä.⁹⁸ Lisäksi samaan kokonaisuuteen kytkeytyy termi ei-taloudelliset yleishyödylliset palvelut (*non-economic services of general interest*, NSGI), joita voidaan ajatella SGEI-palveluiden kaltaiseksi SGI-palveluiden alakategoriaksi. SGEI-palvelujen tarjoajat harjoittavat taloudellista toimintaa ja ovat unionin kilpailulainsäädännössä tarkoitettuja yrityksiä. Luonteeltaan ei-taloudellisia palveluja tarjoavat toimivat eivät ole tämän toiminnan osalta yrityksiä, jolloin näihin ei sovelleta kilpailusääntöjä. Tärkein kysymys onkin, miten SGEI-palvelut erotetaan luonteeltaan ei-taloudellisista palveluista.

93 Morton 2021a, s. 468–469.

94 Ibid., s. 470–471.

95 Ibid., s. 468–469.

96 Ks. mm. COM(96) 443 final; COM(2003) 270 final; COM(2007) 725 final; COM (2011) 900 final; SWD(2013) 53 final; SGEI-päätös (2012/21/EU); SGEI-tiedonanto (2012/C8/02).

97 Ks. SGI-palveluista mm. Asia C-393/92 *Almelo*, kohdat 46–51, Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 165; Asia T-106/95 *FFSA*, kohta 192.

98 Hötte 2020, s. 488–490; Neergaard 2009, s. 39.

Terminologista sekavuutta on edelleen lisätty oikeuskirjallisuudessa. Esimerkiksi Neergaard on jakanut yleishyödyllisten palveluiden kokonaisuuteen kytkeytyviä toimintoja jopa kuuteen eri kokonaisuuteen, joita ovat SGEI-palvelut, SGI-palvelut ja NSGI-palvelut sekä tässä suoraan englanniksi referoivat *exercise of public authority, non-undertakings and market services*.⁹⁹ Tällainen kategorisointi vaikuttaa kuitenkin osin tarpeettomalta, sillä konkreettista merkitystä on lähinnä taloudellisen toiminnan rajanvedolla (SGEI vrt. NSGI), minkä lisäksi SGI-palveluja voidaan käyttää tarvittaessa jonkinlaisena yläkategoriana. Lisäksi oikeustieteellisessä kirjallisuudessa on viime vuosina käyty vilkastakin keskustelua niin sanotuista sosiaalista tarkoitusta toteuttavista SGEI-palveluista (*Social Services of General Economic Interest, SSGEI*) ja sosiaalista tarkoitusta toteuttavista yleishyödyllisistä palveluista tai lyhyemmin yleishyödyllisistä sosiaalipalveluista (*Social Services of General Interest, SSGI*). Mortonin mukaan SGEI- ja SSGI-käsitteiden tarkoituksena on ollut tarjota jäsenvaltiolle liikkumavaraa, mutta käsitteitä ei ole määritelty riittävässä määrin perussopimuksissa. Morton katsoo komission pyrkineen vuoden 2011 SGEI-päätöksellään toteuttamaan eräänlaisen terveyspalveluja koskevan ryhmäpoikkeuksen, mutta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön ja komission soveltamiskäytännön kehitys ei ole riittävässä määrin noudattanut tätä tahtotilaa.¹⁰⁰ Tämä soveltamiskäytännön häilyvyys on liittynyt erityisesti yrityksen käsitteeseen ja taloudellisen toiminnan määrittelyyn, jota käsitellään tarkemmin tämän tutkimuksen muissa osioissa. Ainakaan kilpailusääntöjen soveltamisen kannalta tiettyjen palveluiden määrittely SSG(E)I-palveluiksi ei siis ole tarpeen, mutta termiä SSGEI-voidaan jäljempänä kuvatulla tavalla käyttää viittaamaan komission SGEI-päätöksen sosiaali- ja terveyspalveluja koskevan poikkeuksen piiriin asettuvia palveluja. Muuta oikeudellista lisäarvoa määrittely ei tuo, mistä syystä tässäkin tutkimuksessa pitäydytään lähinnä taloudellisen toiminnan, ei-taloudellisen toiminnan ja SGEI-palveluiden käsitteistön käytössä.¹⁰¹

Lenaertsin mukaan yleishyödyllisiä palveluja (SGI) voidaan tarkastella kahden kilpailevan sosioekonomisen mallin perusteella.¹⁰² Yhtäältä ordoliberaalista näkökulmasta yleishyödylliset palvelut voidaan nähdä poikkeuksena kilpailua koskevasta perustamissopimuksen määräyksistä. Tämän mallin kannattajat katsovat Lenaertsin mukaan, että yleishyödyllisen palvelun käsitettä on tulkittava suppeasti, kuten mitä tahansa poikkeusta EU:n aineellisesta oikeudesta. Muuten jäsenvaltiot rohkaistuisivat luokittelemaan tietyt toiminnot yleishyödyllisiksi palveluiksi kiertääkseen niille perustamissopimuksen määräyksissä asetettuja velvoitteita.¹⁰³ Näin ollen yleishyö-

99 Neergaard 2009, s. 20.

100 Morton 2021a, s. 473.

101 Ks. vastaavasta menettelystä mm. Hötte 2020, s. 493–494.

102 Lenaerts 2012, s. 1249.

103 Ibid.

dyllisen palvelun käsitteen laaja tulkinta vaikuttaisi haitallisesti valtioiden väliseen kauppaan ja johtaisi lopulta sisämarkkinoiden pirstoutumiseen. Toisaalta yleishyödyllisiä palveluja voidaan Lenaertsin mukaan pitää eurooppalaisen yhteiskuntamallin symbolina, jonka mukaan jäsenvaltiot pyrkivät torjumaan markkinavoimia, jotka ilman julkista valvontaa estäisivät tiettyjä ihmisryhmiä pääsemästä yleishyödyllisten palvelujen piiriin.¹⁰⁴ Lenaerts huomauttaa lisäksi, että joillekin jäsenvaltioille yleishyödylliset palvelut ovat osa niiden kansallista identiteettiä, jonka suojeleminen taataan perussopimuksissa ja erityisesti SEU 4(2) artiklassa. Tämän toisen sosioekonomisen mallin mukaisesti EU:n toimielinten olisi siis pyrittävä suojelemaan yleishyödyllisiä palveluja sellaisilta uhilta, jotka voivat haitata niiden asianmukaista toimintaa.¹⁰⁵

104 Ibid.

105 Ibid.

3. Sosiaali- ja terveystalvet ja EU:n kilpailu- ja sisämarkkinasäännöt

3.1. Yleistä

Vaikka jäsenvaltioilla on toimivalta kansallisen sosiaali- ja terveystalvetiikan määrittelyyn ja alojen harmonisointi on nimenomaisesti rajattu EU:n oikeusperustojen ulkopuolelle, unionioikeus on vaikuttanut olennaisesti kansalliseen sosiaali- ja terveystalvetluiden järjestämiseen erityisesti unionin tuomioistuimen vapaan liikkuvuuden ja kilpailusääntöjen tulkinnasta antamien ratkaisujen kautta. Jäsenvaltioilla on sinänsä rajoittamaton vapaus toteuttaa markkinoiden hyödyntämiseen ja sote-talvetluiden yksityiseen tuotantoon pohjautuvia uudistuksia, mutta tällaisten uudistusten seurauksena kansallisia sosiaali- ja terveystalvetlujärjestelmiä voidaan ryhtyä arvioimaan EU:n kilpailulainsäädännön valossa.¹⁰⁶ Tämä voi asettaa kansallisen lainsäätäjän harkintavallalle joko rajoja, joita lainsäätjä ei voi ylittää, tai toisaalta rajoja, joita lainsäätjä ei sen seurannaisvaikutusten takia halua ylittää. Tässä tutkimuksen luvussa systematisoidaan yritysten ja taloudellisen toiminnan rajanvetoja sekä kytkeytyviä oikeusohjeita muussa kuin suoraan sosiaali- ja terveystalvetluiden kontekstissa ja hahmotetaan, minkälaisia harkintavaltia ne kansalliselle lainsäätäjälle jättävät. Samoin arvioidaan, miten EU:n hankintasäädökset ja valtiontukisääntöjen SGEI-poikkeukset vaikuttavat kuvaan lainsäätäjän harkintavallan laajuudesta. Tarkastelu on tarpeen, jotta siihen voidaan nojautua seuraavassa luvussa 4, jossa tarkastellaan sosiaali- ja terveystalvetluiden asettumista eri EU-oikeudellisten reunaehtojen puitteisiin. Tarkastelu on tarpeen myös siksi, että sosiaali- ja terveystalvetluiden arviointia voidaan verrata niin sanottuun vakio-muotoiseen arviointiin, ja näiden väliltä voidaan paikantaa lainsäätäjän harkintavallan arvioinnin kannalta relevantteja eroja.

EU:n kilpailusääntöjen keskeisistä lähtökohdista säädetään SEUT 101–109 artikloissa. SEUT:n kilpailu-artikloiden voidaan ajatella koostuvan kahdesta osasta: valtiontukisäännöistä ja kilpailusäännöistä *stricto sensu*. Kilpailusäännöt kapeassa merkityksessä koskevat monopoleja, kartelleja ja muita kilpailunvastaisia käytäntöjä, kun taas valtiontukisäännöt keskittyvät tilanteisiin, joissa markkinoilla toimiville yksiköille myönnetään tukea julkisista varoista. Termillä EU:n kilpailusäännöt viitataan tässä tutkimuksessa SEUT 107–109 artikloista ilmeneviin valtiontukisääntöihin sekä SEUT 101 ja 102 artiklojen kartelleihin, kilpailua rajoittavia sopimuksiin ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskeviin kieltoihin, minkä lisäksi

¹⁰⁶ van de Gronden – Guy 2021, s. 76–77. Ks. myös Andreangeli 2016; Prosser 2010.

termin piiriin lasketaan myös näitä konkretisoivaa sekundäärilainsäädäntöä. Yksinkertaistettuna voidaan todeta, että valtiontukisääntöjen tarkoituksena on välttää kilpailun vääristyminen EU:n sisämarkkinoilla kieltämällä jäsenvaltioita myöntämästä taloudellisia etuja vain tietyille toimijoille. Valtiontukisääntöjen merkitys julkisrahoitteisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityisessä tuotannossa on ilmeinen, koska sote-palveluiden järjestäminen ja tuottaminen nojaavat lähes aina sekä julkiseen rahoitukseen että vähintään jonkinasteiseen yksityisen tuotannon hyödyntämiseen.¹⁰⁷ Toiminnan rajautuminen taloudelliseksi toiminnaksi ja siten EU:n kilpailusääntöjen piiriin ei kuitenkaan johda vain valtiontukisääntöjen vaan koko EU-tason kilpailuregiimin soveltamiseen, jolloin eri toimintoja tulee arvioida muun muassa määräävää markkina-asemaa ja kilpailunrajoituksia koskevien oikeussääntöjen valossa. Tällaisten oikeustapausten määrä on ollut vähäisempi.¹⁰⁸ Myös kartelleja, kilpailua rajoittavia sopimuksia ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevilla kilpailusäännöillä on kuitenkin ollut merkitystä eri maiden järjestelmiä arvioitaessa. Esimerkiksi asiassa *ONP* komissio määräsi Ranskan farmaseuttijärjestöille sakkoja uusien laboratoriodien markkinoille tulon estämisestä.¹⁰⁹ Samoin relevanteiksi ovat eri vaiheissa nousseet SGEI-palveluja koskevat mahdollisuudet valtiontukisäännöistä poikkeamiseen.

Valtiontukien osalta olennaisin rooli on Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 107 artiklalla, jossa määrätään ensin yleisestä valtiontukikiellosta ja sen jälkeen poikkeuksista, joita on määriteltä tarkemmin komission soveltamiskäytännössä ja EU:n oikeuskäytännössä. SEUT 107 artiklan 1 kohdan mukaan:

jollei perussopimuksissa toisin määrätä, jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suu-
simalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, ei sovellu sisämarkkinoille, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

SEUT 107(1) artiklassa ei määritellä tarkoitettua tukea tarkemmin, vaan tuen käsite on jätetty tarkoituksellisen laajaksi – sopimuksen englanninkielisessä kieliversiossa käytetään tältä osin kuvaavaa käsitettä *any aid*, eli kaikenlainen tuki. Laaja määritelmä on mahdollistanut riittävän joustavuuden sen määrittelyssä, mitä on pidettävä tukena valtiontukisääntelyn näkökulmasta.¹¹⁰ Tuen käsitettä on täsmennetty erityisesti unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä sekä oikeuskäytäntöön pohjautuvissa komission tiedonannoissa.¹¹¹ Tullakseen arvioiduksi valtiontukena

¹⁰⁷ van de Gronden – Guy 2021, s. 76–77.

¹⁰⁸ Ibid., s. 79.

¹⁰⁹ Asia T-90/11 *ONP*.

¹¹⁰ Ferri – Piernas López 2018, s. 148.

¹¹¹ Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01).

toimenpiteen on tapahduttava valtion toimesta tai valtion varoista, sen on vaikutettava jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja sen on annettava toimenpiteen kohteelle etua, joka on luonteeltaan valikoivaa (*economic advantage, state origin, selectivity ja effect on trade and competition*).¹¹² Tuen on suosittava tiettyjä yrityksiä tai tiettyjen tavaroiden tai palveluiden tuotantoa sekä vääristettävä tai uhattava vääristää kilpailua. Kaikkiin yrityksiin vaikuttavat toimenpiteet eivät näin asemoidu valtiontuen käsitteen piiriin.¹¹³ Unionin tuomioistuin on korostanut, että valtiontuen käsite on luonteeltaan oikeudellinen ja sitä on arvioitava objektiivisten seikkojen perusteella.¹¹⁴ Esimerkiksi kyseessä olevan toimenpiteen verotuksellinen luonne tai sosiaalinen tavoite ei lähtökohtaisesti vaikuta tuen käsitteen arviointiin eikä SEUT 107(1) artiklan sanamuoto viittaa sosiaalisten näkökohtien rooliin tulkinnessa.¹¹⁵ Laiton valtiontuki voi olla suoraa tai epäsuoraa, eli joko suoraa rahallista tukea tai muita epäsuoria keinoja, joiden avulla valtio voi antaa hyötyä talouden toimijoille tavalla, joka vääristää kilpailua.

Kleiner on paikantanut EU:n valtiontukipolitiikan ja -sääntelyn taustalle kolme erilaista mekanismia, jotka havainnollistavat valtiontukisääntöjen eri tavoitteita ja roolia kilpailu- ja sisämarkkinaoikeuden rajapinnassa: rajoittaminen (*derogatory model*), kilpailu (*competition model*) sekä Euroopan yhdentyminen (*political integration model*).¹¹⁶ Rajoitusnäkökulmasta valtiontukisäännöt suojaavat sisämarkkinoiden toimintaa ja rajaavat jäsenvaltioiden poliittista valtaa puuttua niihin. Kilpailunäkökulmasta valtiontukisäännöt yhtäältä estävät tukitoimenpiteiden haitallisia vaikutuksia vapaaseen kilpailuun ja markkinoiden tehokkuuteen, mutta toisaalta niillä voi olla myös positiivisia markkinavaikutuksia, kuten jäljempänä tarkasteltujen SGEI-palveluiden tilanteissa voidaan ajoittain todeta. Euroopan yhdentymisen näkökulmasta valtiontuet ohjaavat jäsenvaltioiden poliittisia valintoja.¹¹⁷ Näiden kolmen näkökulman lisäksi valtiontukisääntöjä voidaan kontekstualisoida ainakin negatiivisen ja positiivisen integraation käsitteillä, joista valtiontuki- ja sisämarkkinasäännöt asettuvat jäsenvaltioita rajoittavien negatiivisen integraation instrumenttien piiriin.¹¹⁸

SEUT 107(1) artiklan yleistä valtiontukien kieltoa lievennetään erityisesti SEUT 107 artiklan 2 ja 3 kohdassa määrättyillä poikkeuksilla. Poikkeusten taustalla voidaan paikantaa ajatus, jonka mukaan markkinoiden tehokkaampi toiminta voi edellyttää valtion puuttumista, minkä lisäksi muut politiikkatavoitteet tai sosiaaliset näkö-

112 Ferri – Piernas López 2018, s. 148; Ks. mm. Asia C-409/00 *Espanja v. komissio*.

113 Ks. mm. Asia C-409/00 *Espanja v. komissio*; Asia C-280/00 *Altmark*.

114 Asia C-83/98 *Ladbroke Racing*.

115 Ferri – Piernas López 2018, s. 148–149; Asia C-173/73 *Italia v. komissio*, kohta 13.

116 Kleiner 2011, s. 3–4.

117 Ibid.

118 Ibid., s. 2.

kohdat voivat vaatia julkisia toimia.¹¹⁹ Käytännössä unionin tuomioistuin on myös SEUT 107(1) artiklan tulkinnan kohdalla arvioinut tuen tarkoitusta ja tavoitteita, minkä lisäksi sosiaalinen ulottuvuus on vahvasti läsnä muun muassa myöhemmin käsiteltävässä yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palveluiden (SGEI) säädöskehikossa sekä EU:n valtiontuki- ja kilpailusääntöjen soveltamista rajaavan taloudellisen toiminnan käsitteen määrittelyssä. Perussopimuksen säännöksiä täydennetään SEUT 109 artiklan antamaan toimivaltaan perustuvalla sekundäärilainsäädännöllä sekä komission antamilla suuntaviivoilla. Keskeiseksi sekundäärilainsäädännöksi voidaan katsoa ainakin valtiontukien valtuusasetus (EU) 2015/1588, jonka nojalla komissio voi antaa yksittäisiä asetuksia, joilla se julistaa tiettyntyyppiset tuet lailliseksi ja vapauttaa ne SEUT-sopimuksen 108 artiklan 3 kohdan mukaisesta valtiontuen ennakkoilmoitusvelvollisuudesta, eli niin sanotusta notifiointivelvollisuudesta.¹²⁰ Samalla tavoin olennaisena on pidettävä de minimis- eli vähämerkityksistä tukea koskevaa asetusta (EU) 2023/2831, jonka mukaan komissiolle ei tarvitse ilmoittaa toimenpiteistä, jotka täyttävät vähämerkityksisen tuen kriteerit, sekä yleistä ryhmäpoikkeusasetusta (EU) 651/2014 viimeaikaisine muutoksineen (EU) 2023/1315. Yleisessä ryhmäpoikkeusasetuksessa vahvistetaan edellytykset, joiden täyttyessä tukea voidaan pitää sisämarkkinoille soveltuvana ja vapauttaa se notifiointivelvollisuudesta.¹²¹ Valtiotukisääntöjen kokonaisuutta on usein kutsuttu monimutkaiseksi ja sen on katsottu rajaavan jäsenvaltioiden mahdollisuuksia pyrkiä omiin poliittisiin tavoitteisiinsa. Toisaalta SEUT-sopimuksen 107 artiklan 2 ja 3 kohdassa määrättyjen sekä sekundäärilainsäädännössä konkretisoitujen poikkeusten kautta jäsenvaltiot voivat kuitenkin toteuttaa moninaisia politiikkatavoitteita EU-oikeuden kanssa yhteensopivalla tavalla.¹²²

Kansallisia sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmiä on myös arvioitu EU:n vapaan liikkuvuuden oikeussääntöjen sekä kilpailusääntöjen ja kilpailupolitiikan valossa viimeistään 1990-luvulta ja/tai 2000-luvun alusta lähtien, mutta ensivaiheessa arviointi kohdistui vain sellaisiin terveydenhuoltojärjestelmiin, joissa oli selviä luonteeltaan taloudellisia ja markkinasuuntautuneita elementtejä. Kun sosiaali- ja terveyspalveluja on eri puolilla Eurooppaa uudistettu tavalla, joka on lisännyt markkinoiden hyödyntämistä, myös kysymys EU:n kilpailusääntöjen ja erityisesti valtiontukisääntelyn soveltumisesta on saanut uusia piirteitä ja rajanveto on muuttunut monimutkaisemmaksi. Kehityksen on nähty uhkaavan kansallisia sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmiä. Esimerkiksi Morton on todennut, että EU:n kilpailupolitiikan tunkeutuminen sosiaali- ja terveyspalveluiden kentälle uhkaa asettaa talouskonstituution ja ylipäätään talousoikeuden periaatteet sekä luonteeltaan

119 Ferri – Piernas López 2018, s. 148–149.

120 Valtuusasetusta on muutettu asetuksella (EU) 2018/1911.

121 Ibid., s. 147–148.

122 Ibid.

taloudelliset sisämarkkinavapaudet sosiaalipolitiikan, sosiaalisten oikeuksien ja universalismin periaatteiden yläpuolelle eurooppalaisessa oikeushierarkiassa. Mortonin mukaan näin on siis myös sisämarkkinavapauksien ja erityisesti vapaan liikkuvuuden kohdalla, mutta niihin verrattuna EU:n kilpailu- ja valtiontukisäännöt voisivat kuitenkin aiheuttaa kansallisille sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmille huomattavasti enemmän ongelmia.¹²³

Oikeuskirjallisuudessa on kannettu huolta myös kansallisten kilpailuviranomaisten mahdollisista keskenään ristiriitaisista tulkinnoista.¹²⁴ EU:n valtiontukisääntöjen valvonnasta vastaavat komissio sekä unionin tuomioistuin ja yleinen tuomioistuin. Komissio toimii ensisijaisena sääntelyelimenä ja huolehtii EU-oikeuden noudattamisen jatkuvasta valvonnasta SEUT 258–260 artiklojen mukaisen toimivallan nojalla. Yleinen tuomioistuin ja unionin tuomioistuin huolehtivat komission päätösten tuomioistuinvalvonnasta, joille jäsenvaltio tai yksityiset osapuolet voivat valittaa valtiontukia koskevista komission päätöksistä. Samoin muutosta voidaan hakea komission päätökseen jättää sille toimitettu kantelu tutkimatta, jolloin unionin tuomioistuin tai yleinen tuomioistuin voivat määrätä komission tutkimaan sille toimitetun kantelun.¹²⁵ Komission ja tuomioistuimen mahdollisuudet tehokkaaseen unionin oikeuden noudattamisen valvontaan ovat vahvistuneet läpi EU-integraation ja kattavat nykyisin – sinänsä tehokkaaksi osoittautuneiden pehmeämpien toimenpiteiden lisäksi – myös SEUT 260 artiklan 2 kohdan mukaisen mahdollisuuden taloudellisten sanktioiden määräämiseen tilanteissa, joissa jäsenvaltio ei noudata unionin oikeutta.¹²⁶

Komission kilpailusääntöjen ja valtiontukien valvontatehtävistä säädetään SEUT 105 ja 108 artikloissa. SEUT 105 artiklan 1 kohdassa todetaan, että komissio tutkii jäsenvaltion hakemuksesta tai omasta aloitteestaan yhdessä jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten kanssa ja niiden avustuksella tapaukset, joissa epäillään, että SEUT 101 ja 102 artikloissa määrättyjä periaatteita on rikottu. SEUT 108 artiklan 1 kohdan mukaisesti komissio seuraa jatkuvasti jäsenvaltioiden kanssa niiden voimassa olevia tukijärjestelmiä ja tekee jäsenvaltioille ehdotuksia sisämarkkinoiden asteittaisen kehittämisen tai sisämarkkinoiden toiminnan kannalta aiheelliseksi toimenpiteiksi. Saman artiklan 2 kohdan mukaisesti komissio tekee mahdolliset asianosaisten huomautukset kuultuaan päätöksen siitä, että jäsenvaltion on komission asettamassa määräajassa poistettava tuki tai muutettava sitä, mikäli valtion myöntämä tai valtion varoista myönnetty tuki ei 107 artiklan mukaan sovellu sisämarkkinoille tai tällaista tukea käytetään väärin. Jos kyseinen valtio ei noudata päätöstä asetetussa määräajas-

123 Morton 2021b, s. 473.

124 van de Gronden – Guy 2021, s. 76–77. Ks. myös van de Gronden 2011a; van de Gronden – Szyssczak 2014.

125 Morton 2021a, s. 472.

126 Ibid.

sa, komissio tai mikä tahansa jäsenvaltio, jota asia koskee, voi 258 ja 259 artiklojen määräyksistä poiketen saattaa asian suoraan unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi. SEUT 108 artiklan 3 kohdan mukaisen ennakoilmoitusmenettelyn myötä komissio pääsee harjoittamaan myös *ex ante* -tyyppistä valvontaa, kun se voi määrätä ehtoja ja ohjeistaa valtion menojen käyttöä ennen tukien maksamista.¹²⁷ Komissio voi aloittaa SEUT 108 artiklan mukaiset valtioneuvoston tutkimukset oma-aloitteisesti sekä jäsenvaltion tai yksityisen tekemän kantelun perusteella. Valtiontukiin liittyvät komission tutkintavaltuudet ovat luonteeltaan merkittäviä ja ne antavat komissiolle keinot tarkastella jäsenvaltioiden julkisia menoja tietyillä aloilla ja määrätä seuraamuksia tilanteissa, joissa unionioikeutta ei ole noudatettu.

3.2. Yrityksen ja taloudellisen toiminnan käsitteet

3.2.1. Yrityksen käsitteestä

Euroopan unionin kilpailu- ja valtioneuvoston säännöksiä sovelletaan vain yrityksiin. Taloudellisen toiminnan harjoittaminen on keskeinen kriteeri, jonka pohjalta arvioidaan, onko kyseessä SEUT 107(1) artiklan tarkoittama yritys ja soveltuvatko erityisesti SEUT 101–102 ja 107–109 artikloissa ilmaistut EU:n kilpailusäännöt tilanteeseen.¹²⁸ Tässä tutkimuksen alaluvussa luodaan tutkimuskysymykseen vastaamisen näkökulmasta tarpeellisessa laajuudessa katsaus yrityksen käsitteen ja taloudellisen toiminnan käsitteisiin muissa kuin suoraan sosiaali- ja terveyspalveluihin kytkeytyvissä konteksteissa.

SEUT 107(1) artiklassa mainitun yrityksen (*undertaking*) käsitteen piiriin on *Höfner*-tapauksesta alkavassa johdonmukaisessa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä katsottu kuuluvan oikeudellisesta muodosta ja rahoitustavasta riippumatta kaikki sellaiset yksiköt, jotka harjoittavat taloudellista toimintaa.¹²⁹ Yrityksenä on vakiintuneesti pidetty myös luonnollisia henkilöitä ja näiden yhteenliittymiä, muodollisesti erillisten yksiköiden yhteenliittymiä, voittoa tavoittelemattomia yhdistyksiä sekä julkisia organisaatioita silloin, kun nämä harjoittavat taloudellista toimintaa. Oikeuskäytännössä on katsottu, että toiminnan luokittelu ei-taloudelliseen julkiselle vallalle kuuluvien toimivaltuuksien käyttöön tai taloudelliseen toimintaan kuuluvaksi on suoritettava erikseen kaikkien yksikön harjoittamien toi-

¹²⁷ Ibid., s. 473.

¹²⁸ Myös kansallisesti kilpailulain 4 a luvun taloudellisen toiminnan käsite on yhdenmukainen EU-oikeuden kanssa. Toiminta, joka ei ole luonteeltaan taloudellista, jää kilpailulain 4 a luvun soveltamisalan ulkopuolelle.

¹²⁹ Asia C-41/90 *Höfner*, kohta 21. Ks. myös Raitio – Miettinen 2021, s. 2–6; Hofmann – Micheau 2016, s. 76–83. Muusta oikeuskäytännöstä ks. mm. Asia C-35/96 *komissio v. Italia*, kohta 36; Yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavlov*, kohta 75; Asia C-49/07 *MOTOE*, kohdat 25–28; Asia C-437/09 *AG2R*, kohta 41 oikeuskäytäntöviittauksineen.

mintojen osalta, jolloin sama yksikkö voi harjoittaa sekä taloudellista että ei-taloudellista toimintaa.¹³⁰ Lähestymistapa on luonteeltaan funktionaalista, eli olennaista on nimenomaan kunkin toimintakokonaisuuden sisältö, ei esimerkiksi toiminnan organisointitapa.¹³¹ EU:n kilpailusääntöjen soveltamisen kannalta ei ole merkitystä sillä, harjoittaako tiettyä taloudellista toimintaa yksityinen vai julkinen yritys, vaan molempia yrityslajeja on kohdeltava tasavertaisesti. Julkisten yritysten tai suoraan julkishallinnon harjoittamien toimintojen osalta ei ole myöskään merkitystä sillä, harjoittaako toimintaa tietty valtion alayksikkö vai valtio yleensä.¹³² Käytännössä unionin kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle on pääsääntöisesti rajattu kolmeen ryhmään kuuluvia toimintoja, joiden ei siis katsota olevan luonteeltaan taloudellisia. Nämä ryhmät ovat julkisen vallan käyttöön liittyvät toiminnot, puhtaasti sosiaaliseen tavoitteeseen pyrkivät toiminnot kuten eräät sosiaaliturvan ja terveydenhuollon toiminnot sekä eräät muut, vaikeammin määriteltävät mutta luonteeltaan yleishyödylliset ja yleistä etua turvaavat toiminnot.

Sen arviointi, onko kyseessä taloudellinen vai ei-taloudellinen toiminta, kuuluu ensimmäisessä vaiheessa komission toimivaltaan, ja komission antamat päätökset jäävät pysyviksi ja sitovat jäsenvaltioita, mikäli niistä ei valiteta edelleen unionin tuomioistuimeen. Komission antamia päätöksiä on noudatettava jäsenvaltioissa ja jäsenvaltioiden on niiden pohjalta tarvittaessa korjattava kansallista sääntelyä tai käytänteitään.¹³³ EU-oikeudellista taloudellisen toiminnan käsitettä on siis tarkasteltava lähtökohtaisesti unionin tuomioistuimen soveltamiskäytännön pohjalta, mutta toisaalta merkitystä voidaan antaa myös tuomioistuimeen asti päätyvät toiminnot komission ratkaisuille sekä komission tiedonannoille, joiden on ainakin komission itsensä toimesta katsottu perustuvan enemmän tai vähemmän suoraan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön.¹³⁴ Käytännössä komission tiedonantoja on pidetty keskeisinä suuntaviivoina sen suhteen, miltä osin terveydenhuolto tai sosiaalipalvelut tulevat valtiontukisääntöjen piiriin.¹³⁵

Taloudellisen toiminnan käsitettä ei määritellä perussopimuksissa, mutta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä käsitettä koskevia rajanvetoja on tehty runsaasti. Tulkinnessa varsin vakiintunut lähtökohta on, että ”taloudellista toimin-

130 Mm. Asia C-118/85 *komissio v. Italia*, kohta 7; Yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavlov*; Asia C-110/13 *HaTeFo*; Asia C-82/01 *Aéroports de Paris*, kohdat 74 ja 108; Asia C-49/07 *MOTOE*, kohdat 27–28. Asia C-480/09 *AceaElectrabel Produzione*, kohdat 47–55; Asia C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*, kohta 112; Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01–C-354/01–C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 46; Asia C-74/16 *Congregación*, kohta 44. Ks. myös mm. Asia C-82/01 *Aéroports de Paris*, kohta 75 ja Asia C-49/07 *MOTOE*, kohta 25.

131 Mm. Gallo – Mariotti 2017, s. 176.

132 Heinemann 2018, s. 129.

133 Ks. mm. HE 16/2018 vp, s. 86.

134 Komission SGEI-tiedonanto (2012/C8/02); Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01).

135 Alkio 2017, s. 696.

taa on kaikki toiminta, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla”, yleensä maksua tai korvausta vastaan.¹³⁶ Maksun tai korvauksen osalta taloudellisen toiminnan läsnäoloa ilmentää muun muassa se, että maksu on vastike suoritettavasta palvelusta ja siitä sovitaan asiakkaan ja palvelun tuottajan välillä. Kuitenkin tosiasiallisesti korvauksia tai maksua vastaan tarjottavat palvelut voivat olla taloudellista toimintaa, vaikka korvausta ei maksaisi tai siitä ei sopisi suoraan asiakas itse.¹³⁷ Myöskään toiminnan vastikkeettomuus ei yksin voi sulkea pois mahdollisuutta, että toiminta on taloudellista, vaan kyse on yhdestä arvioinnissa huomioitavasta kriteeristä, mutta kuitenkin varsin vahvasta viittauksesta toiminnan ei-taloudelliseen luonteeseen.¹³⁸ Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä jo 1980-luvulta polveutuvassa taloudellisen toiminnan määritelmässä on kuitenkin kehäpäätelmän elementtejä: taloudellista toimintaa on tavaroiden ja palvelujen tarjoaminen markkinoilla, mutta käsite ”markkinat” viittaa keskeisesti käsitteeseen ”taloudellinen”.¹³⁹ van de Grondenin mukaan on vaikea määritellä taloudellista toimintaa, joka ei olisi markkinatoimintaa, koska taloudellinen toiminta on tietyn hyödykkeen tarjoamista markkinoilla, mikä edellyttää kilpailua eri yritysten välillä.¹⁴⁰ Toisaalta hän arvioi, että kehäpäätelmäluonteestaan huolimatta yrityksen käsitteen soveltaminen on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ollut verraten mutkatonta.¹⁴¹

Muun muassa Gallo sekä Sauter ja Schapel ovat katsoneet, että taloudelliselle toiminnalle on löydettävissä kaksi peruselementtiä, jotka ovat tavaroiden tai palvelujen tarjoaminen sekä markkinoiden olemassaolo.¹⁴² Myös muualla oikeuskirjallisuudessa unionin tuomioistuimen arvioinnin on katsottu kiinnittyvän kahteen kriteeriin. Näistä ensimmäinen on, että on olemassa markkinat, joilla toimija tarjoaa tai voisi tarjota tavaroita tai palveluja, minkä lisäksi toimijan olisi kannettava toiminnasta taloudellinen riski.¹⁴³ Taloudellisen riskin läsnäolo ei välttämättä edellytä toiminnan pyrkivän liiketaloudellisen voiton tuottamiseen. Markkinoiden olemassaolon osalta riittäväksi on paikoin katsottu jo se mahdollisuus, että toimintaa voisi harjoittaa liiketaloudelliseen voittoon pyrkivä toimija, mutta tällaisessa tulkinnassa

136 Ks. mm. asia C-118/85 *komissio v. Italia*, kohta 7; Asia C-35/96 *komissio v. Italia*, kohta 36; Yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavlov*, kohta 75; Asia C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, kohta 19; Asia C-309/99 *Wouters*, kohta 47 kohta; Asia C-82/01 *Aéroports de Paris*, kohta 79; Yhdistetyt asiat C-622/16–C-624/16 *Scuola Elementare Maria Montessori*, kohta 104; Asia C-76/05 *Schwarz & Gootjes-Schwarz*, kohdat 37–38; Asia C-74/16 *Congregación*, kohdat 45–47.

137 Asia C-263/86 *Humbel*; Asia C-352/85 *Bond van Adverteerders*; HE 16/2018 vp, s. 75.

138 Asia T-155/04 *SELEX*, kohta 77.

139 Asia C-118/85 *komissio v. Italia*.

140 van de Gronden 2018, s. 199.

141 Ibid.

142 Gallo 2020, s. 571; Sauter – Schepel 2009, s. 63–64.

143 Odudu 2006, s. 23–56; Hervey – McHale 2015, s. 231–35; Nikolić 2021, s. 54. Ks. esim. Asia C-118/85 *komissio v. Italia*, kohta 7; Asia C-437/09 *AG2R*, kohta 42 oikeuskäytäntöviittauksineen; Asia C-180/98 *Pavlov*, kohta 76; Asia C-309/99 *Wouters*, kohdat 48–49.

on erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla tarpeen olla varovainen.¹⁴⁴ Unionin tuomioistuin on kuitenkin todennut tapauksissa *Cassa di Risparmio di Firenze* ja *MOTOE*, että myös tavaroita ja palveluja voittoa tavoittelematta markkinoilla tarjoavaa tahoja voidaan pitää yrityksenä, jos kyseinen tarjonta kilpailee voittoa tavoittelevien muiden toimijoiden taholta tulevan tarjonnan kanssa.¹⁴⁵ Toisaalta myös voittoa tavoittelemattomat tahot, jotka tarjoavat tavaroita tai palveluja tietyillä markkinoilla, voivat kilpailla keskenään. Unionin tuomioistuin katsoi, että *MOTOE*-tapauksessa arvioinnin kohteena ollutta, moottoripyöräilytapahtumia voittoa tavoittelematta järjestänyttä Kreikan auto- ja matkailuliittoa (ELPA) oli pidettävä yrityksenä.¹⁴⁶

Tällaisten tahojen menestyminen tai taloudellinen selviytyminen riippuu pitkällä aikavälillä niiden kyvystä saada tarjoamiaan suorituksia kyseisillä markkinoilla kaupaksi muiden toimijoiden tarjoamia suorituksia paremmin.¹⁴⁷

Markkinaympäristön ominaispiirteinä on pidetty esimerkiksi hintainformaation hyväksikäyttöä tuotannossa, kysynnän ja tarjonnan kohtaamista fasilitoivan markkinapaikan olemassaoloa sekä mahdollisuutta tehdä valintapäätöksiä hintainformaation pohjalta.¹⁴⁸ Yhtäältä on arvioitu, että jopa varsin hypoteettinen kilpailun mahdollisuus voisi johtaa siihen, että toimintaa voitaisiin pitää taloudellisena.¹⁴⁹ Toisaalta on katsottu, että tulkinnassa on eroavaisuuksia eri alojen ja asetelmien välillä, eikä unionin tuomioistuin aina noudata tällaista lähestymistapaa sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla.¹⁵⁰ Komission tiedonannossa 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettusta valtiontuen käsitteestä todetaan:

Viranomaisen päätös olla sallimatta sitä, että kolmannet osapuolet tuottaisivat tiettyä palvelua (esimerkiksi koska se haluaa tuottaa palvelun itse), ei tarkoita, etteikö kyse voisi olla taloudellisesta toiminnasta. Tällaisesta markkinoiden sulkemisesta huolimatta kyse voi olla taloudellisesta toiminnasta, kun muut toiminnanharjoittajat olisivat halukkaita ja pystyisivät tuottamaan palvelun kyseessä olevilla markkinoilla. Yleisemmin ottaen se, että jokin palvelu tuotetaan itse, ei vaikuta toiminnan taloudelliseen luonteeseen.¹⁵¹

144 Nikolić 2021, s. 54; Janssen – Kloosterhuis 2016. Ks. myös mm. Asia C-180/98 *Pavlov*, kohta 76; Asia C-309/99 *Wouters*, kohdat 48–49.

145 van de Gronden 2018, s. 200; Asia C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*; Asia C-49/07 *MOTOE*.

146 Asia C-49/07 *MOTOE*, kohta 29.

147 Ibid., kohta 28.

148 HE 40/2013 vp, s. 8.

149 Sauter – Schepel 2009, s. 82.

150 Ks. tarkemmin luku 4. Ks. myös van de Gronden 2004, s. 84–86; van de Gronden 2009, s. 10; Lehtonen 2017, s. 50, Nikolić 2021, s. 54.

151 Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 14.

Yrityksen ja taloudellisen toiminnan käsitettä arvioitaessa on joka tapauksessa aiheellista tarkastella, onko kyseistä toimintaa mahdollista harjoittaa kaupallisista lähtökohdista ja tavoitteista käsin.¹⁵² Lähestymistapa ei ole yllättävä, sillä kilpailun jonkinlaisena peruslähtökohtana voidaan ajatella kamppailua paremmuudesta potentiaalisten asiakkaiden silmissä sekä pyrkimystä kannattavaan liiketoimintaan.¹⁵³ Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä monet itsenäiset ammatinharjoittajat, kuten tullivirkailijat, erikoislääkärit ja juristit on katsottu yrityksiksi, koska nämä tarjosivat palveluja markkinoilla ja harjoittivat toimintaa yrittäjäriskillä.¹⁵⁴ Taloudellisen toiminnan käsitteen arvioinnissa sillä, mistä toimialasta on kyse, ei ole itsessään määräävää merkitystä, eli mitään toimialaa ei ole kategorisesti ja kansallisten viranomaisten toimista riippumatta rajattu taloudellisen toiminnan käsitteen ulkopuolelle. Ainakaan olennaista merkitystä ei tulisi olla myöskään sillä, mihin EU:n kilpailusääntöihin tarkasteluasetelma kiinnittyy, eli onko kyse esimerkiksi kartellisääntöjen, sijoittautumisvapauden vai valtiontukisääntöjen soveltumisesta. Arviota on tehtävä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä muodostuneiden tulkintaperiaatteiden perusteella. Eräiden alojen ja toimintojen tapauksissa unionin tuomioistuin on kuitenkin asettanut niin selkeitä rajoja yrityksen määritelmälle, että näiden rajautuminen käsitteen ulkopuolelle on käytännössä katsoen kategorista. Komissio on valtiontuen käsitettä koskevassa tiedonannossaan käsitellyt taloudellisen toiminnan rajanvetoa erikseen julkisen vallan käytön, sosiaaliturvan, terveyspalveluiden sekä koulutus- ja tutkimustoimien osalta. Lisäksi tiedonantoon sisältyy osio, joka on otsikoitu: Kulttuuri ja kulttuuriperinnön edistäminen, mukaan lukien luonnonsuojelu.¹⁵⁵ Näillä toimialoilla yrityksen käsite on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä muodostunut kapeammaksi. Saman toimialan arviointi voi ainakin sosiaalisen tavoitteen kontekstissa tehtävän arvioinnin osalta vaihdella eri jäsenvaltioiden välillä, eli esimerkiksi yhden jäsenvaltion sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmä voidaan arvioida luonteeltaan taloudelliseksi, kun taas toisen jäsenvaltion kohdalla sosiaali- ja terveyspalveluiden toteuttamistapa voi johtaa niiden arviointiin ei-taloudellisena toimintana.¹⁵⁶

Erityisesti van de Gronden on hahmotellut yrityksen käsitteen hahmottamiseksi ajatusta abstraktista ja konkreettisesta testistä.¹⁵⁷ Erottelu liittyy kansallisen oikeudellisen kehityksen konkreettiseen rooliin erityisesti sosiaaliturvaa ja myös tervey-

¹⁵² van de Gronden 2018, s. 200. Ks myös van de Gronden – Sauter 2011.

¹⁵³ van de Gronden 2018, s. 200.

¹⁵⁴ Asia C-35/96 *komissio v. Italia*; Asia C-180/98 *Pavlov*; Asia C-309/99 *Wouters*.

¹⁵⁵ Komission tiedonanto Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01)

¹⁵⁶ Alkio 2017, s. 695.

¹⁵⁷ Ks. van de Grondenin teemaa koskevasta tuotannosta mm. van de Gronden 2004; van de Gronden 2009; van de Gronden 2011a; van de Gronden – Rusu 2017; van de Gronden 2018; van de Gronden – Guy 2021.

denhuoltoa koskevien rajatapausten määrittelyssä ja toisaalta julkisen vallan käytön abstraktiin, kansallisesta lainsäädäntökehikosta erilliseen tarkasteluun tällä perusteella tehtävässä arvioinnissa. Lähtökohtana konkreettisen testin pohjalta tehtävään tarkasteluun voidaan pitää toteamusta, että sosiaaliturvaa toteuttava kansallisen järjestelmän perustuessa pääasiassa yhteisvastuuseen (*social solidarity*, solidaarisuus), järjestelmää hallinnoivia elimiä ei pidetä yrityksinä. Palvelun kansallinen oikeudellinen kehys on näin ratkaiseva taloudellisen toiminnan rajan määrittelyssä.¹⁵⁸ Jos esimerkiksi maksettavat maksut ja oikeudet on vahvistettu kansallisessa lainsäädännössä, kilpailulle ei ole sijaa, eikä sosiaaliturvan hallintoelinten toimintaa näin ollen tarvitse tarkastella kilpailusääntöjen valossa.¹⁵⁹ Jos järjestelmä sen sijaan perustuu yhteisvastuullisuuden ja markkinaelementtien yhdistelmään, hallintoelinten voidaan katsoa harjoittava taloudellista toimintaa, jolloin niitä olisi pidettävä yrityksinä EU:n kilpailulainsäädännön valossa. Konkreettisen testin mukaan toiminnan arviointi voi näin myös muuttua, mikäli valtio itse päättää ottaa sosiaaliturvan hoitamisessa käyttöön markkinamekanismeja ja tulee näin muuttaneeksi kansallista normistoa sekä toimintojen luonnetta.

van de Grondenin ja Guyn mukaan useimmissa tapauksissa arvioinnissa sovelletaan kuitenkin niin sanottua abstraktia testiä. Testin keskeinen kysymys on, voidaan-ko kyseistä palvelua tai tavaraa mahdollisesti tarjota markkinoilla vai voidaanko sitä tarjota vain julkisen vallan käytön avulla.¹⁶⁰ Palvelun tai tavaran tarjonnan kansallisella lainsäädäntökehikolla ei tällöin ole merkitystä: mikäli tarkasteltavaa toimintaa ei voida harjoittaa ilman julkisen vallan toimia, se ei ole luonteeltaan taloudellista, mutta jos markkinoilla toimivat palveluntarjoajat voivat mahdollisesti harjoittaa toimintaa, se on luonteeltaan taloudellista riippumatta siitä, hoitaako julkinen valta sitä.¹⁶¹ Ajatusta abstraktista ja konkreettisesta testistä ei nähdäkseni tule mieltää kaikenkattavaksi tai aukottomaksi vastaukseksi taloudellisen toiminnan rajanvetoja koskevaan arviointiin, ja todellisuudessa monessa arvioinnissa voi olla kyse näiden välimuodosta. Teoretisointi tarjoaa yhtä kaikki työkaluja ja rakennetta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön hahmottamiseen. Myös komission mukaan ei ole mahdollista laatia tyhjentävää luetteloa toiminnoista, jotka lähtökohtaisesti eivät koskaan olisi taloudellisia, koska taloudellisten ja muiden kuin taloudellisten toimintojen välinen ero riippuu jossain määrin jäsenvaltioiden poliittisista valinnoista ja taloudellisesta kehityksestä.¹⁶² Jos julkisyhteisö esimerkiksi harjoittaa taloudellista toimintaa, joka voidaan erottaa julkisen vallan käytöstä, kyseinen yhteisö toimii yrityksenä tämän toiminnan osalta. Jos sitä vastoin taloudellista toimintaa ei voida

¹⁵⁸ van de Gronden 2018, s. 203.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ van de Gronden – Guy 2021, s. 79–80.

¹⁶¹ van de Gronden 2018, s. 203.

¹⁶² Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 14.

erottaa julkisen vallan käytöstä, kaikki kyseisen yhteisön toiminnot liittyvät edelleen julkisen vallan käyttöön, eivätkä ne sen vuoksi kuulu yrityksen käsitteen piiriin.¹⁶³ Sosiaaliturvan ja terveydenhuollon järjestäminen on ei-taloudellista toimintaa jäljempänä tarkasteltujen reunaehtoien puitteissa, minkä lisäksi muun muassa julkisin varoin rahoitettu koulutusjärjestelmä sekä eräät kulttuurialan toiminnot on soveltamiskäytännössä pääsääntöisesti rajattu taloudellisen toiminnan käsitteen ulkopuolelle.¹⁶⁴ Komissio toteaa lisäksi, että joissakin järjestelmissä yhdistyy osatekijöitä, jotka viittaavat ei-taloudelliseen ja taloudelliseen toimintaan. Tällöin järjestelmän luokittelu riippuu eri osatekijöiden ja niiden tärkeyden arvioinnista.¹⁶⁵

Olenaisena unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevänä oikeusohjeena voidaan pitää myös sen toteamista, että ostotoiminnan taloudellisen luonteen arviointi kytkeytyy ostettavan tuotteen tai palvelun myöhemmän käyttöön arviointiin. *SELEX*- ja *FENIN*-tapausten valossa tämä pätee sekä julkisen vallan käytön että solidaarisuuden perusteella tehtävässä arvioinnissa.¹⁶⁶ *FENIN*-tapauksessa todetun mukaisesti tuotteen ostamista ei tule erottaa sen myöhemmästä käytöstä, joten sillä, onko tuotteen myöhempi käyttö taloudellista vai ei, on ratkaiseva merkitys ostotoiminnan luonteen määrittämisessä.¹⁶⁷ Ei-taloudellista toimintaa harjoittavan yksikön on monesti ostettava markkinoilta tavaroita tai palveluja, mutta *FENIN*-tapaukseen perusteella myös ostotoiminnan luonne määräytyy yhteisön ostamien tavaroiden ja palvelujen myöhemmän käytön perusteella. Jos tietty palvelu tai tavara ostetaan ei-taloudellisena pidetyn palvelun tarjoamiseksi, myös tämä ostotoiminta on muuta kuin taloudellista toimintaa. *SELEX*-asiassa yleinen tuomioistuin oli päättänyt, että kun tekninen standardointitoiminta ei ollut luonteeltaan taloudellista, myöskään standardointitoiminnan yhteydessä tapahtuva prototyyppien hankinta ei sitä ollut.¹⁶⁸ Unionin tuomioistuin paitsi vahvisti yleisen tuomioistuimen argumentaation, myös nimenomaisesti totesi, että kantajan väite tämän oikeussäännön sijoittumisesta vain sosiaaliturvan tai muiden sosiaalisilla perusteilla kilpailusääntöjen ulkopuolelle rajattavien toimintojen kontekstiin oli virheellinen:

Samaa päättelyä voidaan nimittäin aivan ilmeisesti soveltaa muuhun toimintaan kuin luonteeltaan sosiaaliseen toimintaan tai yhteisvastuullisuuteen pohjautuvaan toimintaan, koska nämä tekijät eivät ole edellytys toiminnan muulle kuin taloudelliselle luonteelle vaan ne ovat yksinomaan tietoja, jotka on tarvittaessa otettava huomioon

163 Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 18; Asia C-138/11 *Compass-Datenbank*, kohta 38; Asia C-113/07 *SELEX*, kohta 72.

164 Asia C-318/05 *komissio v. Saksa*, kohta 68.

165 Komission tiedonannon valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 22.

166 Asia C-205/03 *FENIN*.

167 *Ibid.*, kohta 26.

168 Asia C-113/07 *SELEX*, kohta 102.

toiminnan luokittelemiseksi tämän tuomion 69 ja 70 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti.¹⁶⁹

Rajanveto taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan välillä on muodostunut komission ja unionin tuomioistuimen soveltamiskäytännössä varsin toimiala- ja tilannekohtaiseksi, jolloin yhteen toimintoon kiinnittyvistä arvioinneista ei voi suoraan vetää johtopäätöksiä jonkin toisen toiminnon luonteesta, vaan eri tilanteita on tarkasteltava ottaen huomioon alojen ominaispiirteet sekä tausta ja tarkoitukset.¹⁷⁰ Aivan erityisen haastavaksi rajanveto on osoittautunut juuri sosiaali- ja terveyspalveluiden osalta. Oikeuskirjallisuudessa taloudellisen toiminnan käsitettä on erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa pidetty täsmentymättömänä ja komission sekä unionin tuomioistuimen soveltamiskäytäntöä epäjohdonmukaisena.¹⁷¹

Unionioikeudellinen taloudellisen toiminnan raja on ollut olennainen myös tämänhetkisen kansallisen säädöskehikon muotoilussa, eli erityisesti kuntalain, hyvinvointialuelain ja kilpailulain (595/2013) kilpailuneutraliteettisääntelyssä. Kilpailulain 4 a luvun tavoitteena on turvata kilpailuneutraliteetti, eli tasapuoliset kilpailun edellytykset julkisen ja yksityisen elinkeinotoiminnan välillä. Kilpailulain 30 a §:n 1 momentin mukaan:

Kilpailu- ja kuluttajaviraston (KKV) tulee ensisijaisesti neuvotteluteitse pyrkiä poistamaan kunnan, kuntayhtymän, hyvinvointialueen, hyvinvointiyhtymän, valtion taikka niiden määräysvaltaan kuuluvan yksikön harjoittamassa taloudellisessa toiminnassa sovellettu menettely tai toiminnan rakenne, joka tavaroiden tai palveluiden tarjonnassa:

- 1) vääristää tai on omiaan vääristämään terveen ja toimivan kilpailun edellytyksiä markkinoilla;
- 2) estää tai on omiaan estämään terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun syntymistä tai kehittymistä; tai
- 3) on ristiriidassa kuntalain (410/2015) 128 §:ssä tai hyvinvointialueesta annetun lain (611/2021) 133 §:ssä säädetyn markkinaperusteisen hinnoittelun vaatimuksen kanssa.

Kilpailulain 30 b §:n mukaan 30 a §:ssä säädettyä ei sovelleta, jos menettely tai toiminnan rakenne seuraa välittömästi lainsäädännöstä taikka jos soveltaminen estäisi merkittävän kansalaisten hyvinvointiin, turvallisuuteen tai muuhun sellaiseen yleiseen etuun liittyvän tehtävän hoitamisen. Kilpailulain 30 c §:ssä säädetään lisäksi, että jos 30 a §:ssä tarkoitettu neuvottelu ei johda tulokseen, KKV:n tulee kieltää käyttämästä menettelyä tai toiminnan rakennetta taikka asettaa menettelyn tai toi-

¹⁶⁹ Ibid., kohta 103.

¹⁷⁰ HE 16/2018 vp, s. 87–88.

¹⁷¹ Esim. Gallo 2020, s. 583.

minnan jatkamisen edellytykseksi sellaiset velvoitteet, jotka varmistavat tasapuoliset toimintaedellytykset markkinoilla. Toimintaa ei kuitenkaan saa määrätä kokonaan lopetettavaksi, jos tehtävän suorittaminen perustuu lainsäädäntöön. Kilpailulain 30 d §:än sisältyy lisäksi varsin tuore, vasta 2020 alusta sovellettu kirjanpidon eriyttämistä koskeva säädös, jonka mukaan kilpailutilanteessa markkinoilla tapahtuvasta taloudellisesta toiminnasta on pidettävä erillistä kirjanpitoa. Samassa 30 d §:ssä säädetään lisäksi KKV:n toimivallasta sekä soveltamisalarajauksista, joiden mukaan eriyttämisvaatimus ei sovellu, jos kilpailutilanteessa markkinoilla tapahtuvan taloudellisen toiminnan liikevaihto on alle 40 000 euroa vuodessa tai jos kyse on 30 b §:ssä tarkoitettusta toiminnasta. Kirjanpidon eriyttämisvelvollisuus soveltuu myös tilanteisiin, joissa kyse on taloudellisesta toiminnasta, mutta joihin soveltuu jokin yhtiöittämisvelvollisuutta koskevista poikkeuksista.

Kilpailulain 4 a luku soveltuu siis vain taloudelliseen toimintaan. Hallituksen esityksen mukaan kilpailulaissa käytetty taloudellisen toiminnan käsite on sama kuin EU:n kilpailuoikeudessa.¹⁷² Samoin hallituksen esityksessä todetaan, että rajanvedossa taloudellisen toiminnan ja viranomaistoiminnan välillä voidaan tulkintavälineenä käyttää komission tiedonantoa Euroopan unionin valtiontukisääntöjen soveltamisesta yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta myönnettävään korvaukseen.¹⁷³

Samaan kokonaisuuteen kytkeytyvät myös kuntalain 15 luku ja hyvinvointialuelain 15 luku. Näiden sääntely vastaa keskeisiltä osin toisiaan. Hyvinvointialuelain 131 §:n 1 momentin mukaan hyvinvointialueen hoitaessa saman hyvinvointialuelain 6 §:ssä tarkoitettua tehtävää kilpailutilanteessa markkinoilla sen on annettava tehtävä osakeyhtiön, osuuskunnan, yhdistyksen tai säätiön hoidettavaksi (yhtiöittämisvelvollisuus). Kuntalain 126 §:n 1 momentissa on identtinen säädös. Hyvinvointialuelain 131 §:n 2 momenttiin sekä kuntalain 126 §:n 2 momenttiin sisältyy lisäksi luettelo tilanteista, jotka eivät ole kilpailutilanteessa markkinoilla harjoitettavaa toimintaa. Kuntalain esitöiden mukaan tarkoituksena on, että momentissa suljetaan tapauskohtaiselta tulkinnalta pois tiettyjä toimintoja, jolloin kunnan ei katsottaisi toimivan kilpailutilanteessa markkinoilla, mutta luettelo ei ole tyhjentävä.¹⁷⁴ Hallituksen esityksessä mainitaan lisäksi kiinnostavalla tavalla, ettei kilpailutilanteessa markkinoilla katsottaisi hoidettavan julkisia hallintotehtäviä.¹⁷⁵ Toteamus on hankalasti perusteltavissa tai jopa ilmeisen virheellinen, sillä julkisten hallintotehtävien piiri on edellä osiossa II kuvatulla tavalla muodostunut luonteeltaan varsin laajaksi, eikä taloudellisen toiminnan raja ja julkisten hallintotehtävien piiri ole yhtenäinen. Unionioikeudellisen taloudellisen toiminnan käsitteen määrittelyä ei ylipäätään

¹⁷² HE 40/2013 vp, s. 31.

¹⁷³ Ibid. Komission SGEI-tiedonanto (2012/C8/02).

¹⁷⁴ HE 32/2013 vp, s. 32.

¹⁷⁵ Ibid.

voida tehdä kansallisen julkisen hallintotehtävän käsitteestä käsin. Kuntalain 126 §:n esitöiden mukaan säännöksen ei ole rajoittaa kunnan järjestämisvastuun sisältöä pelkäksi toiminnan kilpailuttajaksi ja rahoittajaksi, eikä kilpailutilannetta ei ole pelkästään sillä perusteella, että kunta tuottaa palveluja, joita yksityisetkin tuottavat tai voisivat tuottaa.¹⁷⁶

Myös kuntalain 15 luvun ja hyvinvointialuelain 15 luvun keskeisten säännösten voidaan ajatella kohdentuvan unionioikeudellisen taloudellisen toiminnan käsitteen kautta, sillä ainakin unionioikeuden näkökulmasta tarvetta kuvatulle sääntelylle on ylipäättään vain tilanteissa, joissa on kyse taloudellisesta toiminnasta ja siten kilpailuregiimin soveltamisalan piirissä. Toisaalta kansallisesti voi olla halua varmistaa kilpailuneutraliteettia myös unionioikeuden edellyttämä minimitaso ylittäen, mutta tällaisia perusteluja tai tavoitetta ei ainakaan yksiselitteisesti löydy kuntalain tai hyvinvointialuelain esitöistä. Kyse on joka tapauksessa yksittäisissä soveltamistilanteissa paitsi unionioikeudellisen taloudellisen toiminnan rajanvedosta, myös kansallisen lainsäädännön relevanttien säännösten tulkinnasta. Hyvinvointialuelain 131 §:n esitöiden mukaan säännös koskisi sitä, missä muodossa hyvinvointialue voi harjoittaa tehtäviinsä kuuluvaa toimintaa kilpailutilanteessa markkinoilla. Esitöiden mukaan säännös liittyy EU-valtiontukisäännöksen vastaisten tukielementtien eli konkurssisuojan ja mahdollisten veroetujen poistamiseen sekä kilpailuneutraliteetin toteuttamiseen hyvinvointialueen harjoittaessa toimintaa kilpailutilanteessa markkinoilla.

Seuraavaksi tarkastellaan EU-oikeudellista taloudellisen toiminnan rajanvetoa ensin julkisen vallan käyttöön liittyen tilanteiden, sosiaaliturvajärjestelmien sekä koulutuksen, kulttuurin ja luonnonsuojelun kontekstissa. Näiden näkökohtien tarkastelu on tarpeen, jotta tämän tutkimuksen keskeiseen kysymyksen, eli sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla tehtävään taloudellisen toiminnan rajanvetoon, voidaan vastata seuraavissa luvuissa.

3.2.2. Julkisen vallan käyttö

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on katsottu, että julkisen vallan (*official authority*) käyttäminen on ei-taloudellista toimintaa.¹⁷⁷ EU:n valtiontukisääntelyä ei sovelleta, kun valtio toimii julkisen vallan käyttäjänä tai kun julkisyhteisöt toimivat viranomaisen ominaisuudessaan. Tällaisia tilanteita on käsillä erityisesti silloin, kun arvioitava toiminta on osa valtion keskeisiä tehtäviä tai liittyy näihin tehtäviin luonteeltaan, tavoitteeltaan sekä siihen sovellettavilta säännöiltään.¹⁷⁸ Toiminnot, jotka ovat luonteeltaan viranomaisten erioikeuksia ja joiden suorittamisesta valtio vastaa, eivät pääsääntöisesti ole taloudellisia toimintoja. Jonkinlaisena lähtökohtana

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ks. mm. Asia C-364/92 *SAT Fluggesellschaft*, kohdat 29–30.

¹⁷⁸ Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 17.

yrityksen käsitteen rajoihin julkisen vallan käytön kontekstissa voidaan pitää sitä, että kilpailulainsäädäntöä ei sovelleta tehtäviin, joita ei edes potentiaalisesti voida tarjota markkinoilla ja jotka sen vuoksi edellyttävät valtion väliintuloa.¹⁷⁹ Komission on pyrkinyt selkeyttämään taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan rajanvedon arviointia valtiontuen käsitettä koskevassa tiedonannossaan. Julkisen vallan käytön osalta komissio toteaa:

Perussopimuksen 107 artiklan 1 kohtaa ei sovelleta, kun valtio toimii julkisen vallan käyttäjänä tai kun julkisyhteisöt toimivat viranomaisen ominaisuudessaan. Yksikön voidaan katsoa toimivan julkisen vallan käyttäjänä, kun kyseessä oleva toiminta kuuluu valtion keskeisiin tehtäviin tai liittyy näihin tehtäviin luonteeltaan, tavoitteeltaan sekä siihen sovellettavilta säännöiltään. Yleisesti ottaen, jos jäsenvaltio ei ole päättänyt ottaa käyttöön markkinamekanismeja, eivät toiminnot, jotka luontaisesti ovat osa viranomaisten erioikeuksia ja joiden suorittamisesta valtio vastaa, ole taloudellisia toimintoja.¹⁸⁰

Esimerkkejä tällaisista toiminnoista ovat tiedonannon mukaan armeija ja poliisi sekä ilma- ja meriliikenteen turvallisuus ja valvonta, saastumisen estämisen valvonta, vankilarangaistusten organisointi, rahoittaminen ja täytäntöönpano, julkisten maa-alueiden käyttö ja elvyttäminen viranomaisten toimesta sekä julkisiin tarkoituksiin käytettävien tietojen keruu asianomaisille yrityksille kyseisten tietojen ilmoittamiseksi asetetun lakisäateisen velvoitteen perusteella.¹⁸¹

Kloosterhuisin mukaan toiminnan taloudellista tai ei-taloudellista luonnetta ei tulisi määrittää pelkästään erityisvaltuuksien tai pakkokeinojen olemassaolon perusteella, sillä modernissa hyvinvointiyhteiskunnassa valtion roolia eivät määrittele vain erityisvaltuudet, vaan ennen kaikkea se, ottaa valtio kollektiivina toiminnasta erityisen vastuun vaiko ei.¹⁸² van de Gronden on vastaavasti esittänyt unionin tuomioistuimen soveltavan arvioinnissa niin sanottua abstraktia testiä ja lähestynyt rajanvetoa tarkastelulla, jonka ytimessä on sen arviointi, voidaanko palveluja tarjota vain, jos valtio käyttää julkista toimivaltaansa.¹⁸³ Oikeuskäytännön valossa testi vaikuttaa perustellulta ainakin siltä osin, että sellaiset tehtävät, joita voidaan järjestää *vain* valtion käyttäessä erityistä julkista toimivaltaansa, voitaneen varsin kategorisesti lukea julkisen vallan käytöksi ja siten kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle. van de Grondenin mukaan valtion tehtävänä on tarjota julkishyödykkeitä, joiden tuotannossa yksityiset eivät hyödykkeiden luonteen vuoksi voi kilpailla (*unrivalled*)

179 van de Gronden 2018, s. 202.

180 Komission tiedonannon valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 17.

181 Komission tiedonannon valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 17.

182 Kloosterhuis 2017, luku III.

183 van de Gronden 2018, s. 202.

ja joiden hyödyntäminen ei sulje pois muiden mahdollisuutta hyötyä kyseisistä hyödykkeistä (*non-excludable*).¹⁸⁴

Pelkkä tehtävien hoitaminen julkishallinnon osana ei kuitenkaan tarkoita, että kyseinen toiminta liittyy julkisen vallan toimivaltuuksiin. Sairaankuljetuksia koskeessa tapauksessa *Ambulanz Glöckner* unionin tuomioistuimien totesi, että viranomaiset eivät ole aina tarjonneet eikä niiden ole välttämättä tarjottava näitä palveluja, joten tällaisten palvelujen tarjoaminen on taloudellista toimintaa.¹⁸⁵ Asiassa *Enirisorse* unionin tuomioistuin katsoi, että uusien hiilen käyttöä koskevien teknologioiden kehittäminen ja erityistukipalvelujen tarjoaminen viranomaisille, julkisoikeudellisille laitoksille ja näiden teknologioiden kehittämisestä kiinnostuneille yhtiöille voittoa tavoitellen oli luonteeltaan taloudellista toimintaa.¹⁸⁶ Näin oli siitä huolimatta, että toimintaa harjoittaneen yhtiön perustajina on julkisoikeudellisia laitoksia ja että sen toimintaa rahoitettiin valtion varoista tutkimuksen tekemiseksi.¹⁸⁷ Asiassa *Aéroports de Paris* unionin tuomioistuin piti Pariisin lentoasemalla muun muassa valvontatehtäviä hoitanutta yritystä julkisen vallan käyttäjänä näiden tehtävien osalta sekä yrityksenä samalla lentoasemalla harjoittamansa palveluliiketoiminnan osalta.¹⁸⁸ Usein referoidussa tapauksessa *Diego Cali & Figli* oli kyse Genovan sataman ympäristölainsäädännön noudattamisen ja ympäristön pilaantumisen estämisen valvontatehtävästä, joka oli ulkoistettu yksityiselle yritykselle.¹⁸⁹ Unionin tuomioistuin arvioi, että kyse oli yleisen edun vuoksi toteutettavasta tehtävästä, joka kuului valtion keskeisiin toimintoihin merialueiden ympäristön suojelussa ja joka oli tyypillinen julkisen vallan etuoikeus.¹⁹⁰ Näin ollen kyse ei ollut luonteeltaan taloudellisesta toiminnasta, vaikka tehtävää hoiti yksityinen toimija.¹⁹¹ Sama koski viranomaisten määräämää mutta yksityisen suorittamaa valvontamaksujen perimistä, koska se oli olennainen osa valvontatehtävää.¹⁹² Tapauksessa oikeusnormien noudattamisen valvontaa pidettiin siis osana valtion ydintehtäviä ja siten julkisen vallan toimintaa. Tämä argumentaatio voidaan laajentaa koskemaan myös muiden normien kuin *Diego Cali & Figli* -tapauksessa kyseessä olleiden ympäristönormien valvontaa.¹⁹³

Delegoidun sääntely- ja valvontavallan käyttöä voidaan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa pitää vahvana viitteenä julkisen vallan käytöstä, mutta arvioinnissa on otettava huomioon myös muut arviointiin vaikuttavat seikat. Asiassa *Or-*

184 Ibid. Ks. myös Ibrahim 2015.

185 Asia C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, kohta 20.

186 Asia C-237/04 *Enirisorse*, kohta 31.

187 Ibid., kohta 32.

188 Asia C-82/01 *Aéroports de Paris*.

189 van de Gronden 2018, s. 201.

190 Asia C-343/95 *Diego Cali & Figli*, kohdat 22–23.

191 Ibid., kohta 23.

192 Ibid., kohta 24.

193 van de Gronden 2018, s. 201. Ks. myös Szydło 2010.

dem dos Técnicos Oficiais de Contas unionin tuomioistuin totesi, että tilintarkastajien ammattiyhteisön antamat säännöt eivät rajaudu EU:n kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle sillä perusteella, että kyseisellä ammattiyhteisöllä on lakisääteinen velvollisuus ottaa käyttöön jäseniään koskeva pakollisen koulutuksen järjestelmä.¹⁹⁴ Ammattiyhteisö ei unionin tuomioistuimen mukaan käyttänyt julkiselle vallalle kuuluvia toimivaltuuksia, vaan oli pikemminkin ammattialan sääntelyelin, joka harjoitti lisäksi taloudellista toimintaa.¹⁹⁵ Arvioinnissa merkityksellistä oli muun muassa se, että ammattiyhteisön johtoelimet koostuivat yksinomaan sen jäsenistä, kansalliset viranomaiset eivät osallistuneet kyseisten elinten jäsenten nimeämiseen, ammattiyhteisöllä ei ollut yksinoikeutta järjestää tilintarkastajille tarkoitettua koulutusta eikä yhteisön sääntelyvallalle ei ollut asetettu edellytyksiä tai kriteerejä.¹⁹⁶

Tällaisessa tilanteessa pääasiassa kyseessä oleva ammattiyhteisö on yksin vastuussa antamistaan määräyksistä, jotka koskevat koulutuspisteiden saavuttamista. Siitä, mitä merkitystä SEUT 101 artiklan soveltamiseen voi olla sillä pääasian kantajan mainitsemalla seikalla, ettei [ammattiyhteisö] OTOC tavoittele voittoa, on todettava, ettei se estä sitä, että toimenpiteitä markkinoilla toteuttavaa yksikköä on pidettävä yrityksenä, koska sen palvelujentarjonta kilpailee voittoa tavoittelevien muiden toimijoiden taholta tulevan tarjonnan kanssa.¹⁹⁷

Asiassa *SAT Fluggesellschaft* Euroopan ilmaliikenteen turvallisuusjärjestö Eurocontrolille oli annettu tehtäväksi ilmaliikenteen valvonta sopimuksella, jonka osapuolina oli useita eurooppalaisia valtioita.¹⁹⁸ Eurocontrolilla oli myös toimivalta määrittää ja kantaa reittimaksuja ilmatilan käyttäjiltä sopimusvaltioiden lukuun.¹⁹⁹ Unionin tuomioistuimen mukaan Eurocontrol vastasi näin sopimusvaltioiden lukuun sellaisista yleiseen etuun liittyvistä tehtävistä, joiden tarkoituksena on ilmaliikenteen turvallisuuden takaaminen ja parantaminen.²⁰⁰ Kokonaisuudessaan tarkasteltuna Eurocontrolin toiminta oli luonteeltaan, tavoitteeltaan sekä siihen sovellettavilta säännöiltään sellaisten toimivaltuuksien käyttöä, jotka ovat tyypillisiä julkiselle vallalle.²⁰¹ Myös Eurocontrolin perimät reittimaksut olivat olennainen osa ilmaliikenteen valvontaa ja luonteeltaan ei-taloudellisia. Eurocontrolin toimintaa arvioitiin myös *SELEX*-tapauksessa. Unionin tuomioistuin päätyi arvioinnissaan samalle kannalle kuin *SAT Fluggesellschaft* -tapauksessa yli kymmenen vuotta

194 Asia C-1/12 *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*.

195 Ibid., kohta 46.

196 Ibid., kohdat 40–55.

197 Ibid., kohdat 56–57.

198 Asia C-364/92 *SAT Fluggesellschaft*.

199 Ibid., kohta 23.

200 Ibid., kohta 27.

201 Ibid., kohta 30.

aiemmin. Lisäksi unionin tuomioistuin katsoi julkisen vallan toimivaltuuksien käytöksi myös Eurocontrolille annetun tehtävän laatia ja hyväksyä lentoliikenteen hallintajärjestelmiä koskevia standardeja sekä kansallisten viranomaisten avustamistoiminnan.²⁰²

Asiassa *Aanbestedingskalender* oli kyse Alankomaissa käytössä olleesta TenderNed-alustasta, jonka tarkoituksena oli tukea viranomaisia julkisten hankintamenettelyjen toteuttamisessa internetin välityksellä.²⁰³ TenderNedin kaltaisen verkkoalustan ylläpitäminen oli hankintadirektiivin 22 artiklan mukaan pakollista, mutta Alankomaat oli lisännyt siihen myös ei-pakollisia toiminnallisuuksia. Vaikka jotakin toimijaa voidaan pitää yrityksenä yksinomaan sen toimintojen tietyn osan osalta, unionin tuomioistuin oli jo aiemmassa *Compass-Datenbank* -tuomiossa todennut, että tämä edellyttää kyseisen luonteeltaan taloudellisen toiminnan olevan erotettavissa julkisen vallan käytöstä.

Siltä osin kuin julkinen yksikkö harjoittaa taloudellista toimintaa, joka on erotettavissa sen julkisen vallan käytöstä, kyseinen yksikkö toimii näet tämän toiminnan osalta yrityksenä, mutta jos mainittu taloudellinen toiminta ei ole erotettavissa sen julkisen vallan käytöstä, kaikki mainitun yksikön harjoittamat toiminnot ovat toimintoja, jotka liittyvät tähän julkisen vallan käyttöön.²⁰⁴

Tuomioistuin katsoi *Aanbestedingskalender*-tapauksessa, että kaikki TenderNed-verkkoalustan toiminnot olivat osa yhtä kokonaisuutta, sillä kaikkien toiminnallisuuden tavoitteena oli edistää hankintadirektiiveissä tarkoitettujen sähköisten hankintojen toteuttamista eikä niitä voitu erottaa toisistaan.²⁰⁵ Merkitystä arvioinnissa oli myös sillä, että TenderNedin käyttö oli maksutonta, sekä toisen suuntaisesti myös sillä, että Alankomaissa oli saatavilla TenderNedin kanssa samankaltaisia toiminnallisuuksia tarjoavia kaupallisia alustoja. Ei-taloudellisen luonteen puolesta puhui kuitenkin vahvasti se, että järjestelmä kytkeytyi suoraan julkisen vallan velvollisuuteen varmistaa hankintadirektiivin mukaisten velvoitteiden täytäntöönpano kansallisella tasolla. Jos tietty yleinen etu voidaan toteuttaa vain julkisen vallan toimin, kilpailusääntöjä ei sovelleta, vaikka kaupalliset toimijat tarjoaisivat samankaltaisia palveluja tai tavaroita.²⁰⁶

Julkinen valta (*official authority*) kytkeytyy kiinnostavalla tavalla myös toiseen EU-oikeudelliseen määritelmään, eli valtion ilmentymään (*emanation of the State*), jonka kautta vastataan kysymykseen direktiivien välittömästä oikeusvaikutuksesta

202 Asia C-113/07 *SELEX*, kohdat 82 ja 91.

203 Asia C-687/17 *Aanbestedingskalender*. Ks. myös van de Gronden 2018, s. 216–217; Raczkiwicz 2018.

204 Asia C-138/11 *Compass-Datenbank*, kohta 38.

205 Asia T-138/15 *Aanbestedingskalender*, kohdat 72 ja 96; Asia C-687/17 *Aanbestedingskalender*.

206 van de Gronden 2018, s. 216–217.

ta. Unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yksityiset eivät voi vedota välittömän oikeusvaikutuksen saaneisiin direktiivien säännöksiin suhteessa muihin yksityisiin, mutta yksityisillä on oikeus vedota näihin suhteessa valtion elimiin ja organisaatioihin.²⁰⁷ Kyse ei siis ole kilpailuoikeudellisesta määritelmästä, vaan määritelmä liittyy jäsenvaltioiden velvollisuuteen panna täytäntöön ja noudattaa EU:n direktiivien säännöksiä sekä oikeuksiin, joita yksityishenkilöt voivat saada näistä säännöksistä valtion laiminlyödessä velvollisuutensa.²⁰⁸ Asiassa *Foster* unionin tuomioistuin totesi, että:

elin, joka oikeudellisesta muodostaan riippumatta on valtion toimenpiteen nojalla ja valtion valvonnan alaisuudessa velvollinen tarjoamaan yleisen edun mukaisia palveluja ja jolla tästä syystä on erityisiä toimivaltuuksia, jotka poikkeavat niistä oikeuksista, jotka johtuvat yksityisten oikeussubjektien välisiin suhteisiin sovellettavista oikeussäännöistä, kuuluu joka tapauksessa sellaisten kokonaisuuksien joukkoon, joita vastaan voidaan vedota sellaisiin direktiivin säännöksiin, joilla voi olla välittömiä oikeusvaikutuksia.²⁰⁹

Myöhemmässä *Farrell*-tapauksessa unionin tuomioistuin täsmensi tätä *Foster*-tapauksesta lähtöisin olevaa oikeuskäytäntöä. Unionin tuomioistuimen mukaan myös yksityisoikeudellista yksikköä tai elintä vastaan voidaan vedota direktiivin säännöksiin, jos jokin kolmesta perusteesta täyttyy.²¹⁰

Tällaiset elimet tai yksiköt eroavat yksityisistä oikeussubjekteista ja ne on rinnastettava valtioon joko sen vuoksi, että ne ovat valtioon laajassa merkityksessä kuuluvia julkisoikeudellisia oikeushenkilöitä, tai sen vuoksi, että ne kuuluvat toiminnassaan julkisen viranomaisen alaisuuteen tai sen määräysvaltaan, tai sen vuoksi, että tällainen viranomainen on antanut niiden hoidettavaksi yleisen edun mukaisen tehtävän ja niille on tätä varten annettu edellä mainittuja erityisen laajoja toimivaltuuksia.²¹¹

Kilpailuoikeuden soveltamisalan näkökulmasta kiinnostava kysymys on, missä määrin julkinen valta (*official authority*) ja valtion ilmentymä (*emanation of the State*) ovat rinnakkaisia ja toisiinsa kytkeytyviä ja missä määrin toisistaan erillisiä oikeudellisia käsitteitä, jotka vain kattavat samankaltaisia julkiseen toimintaan tavalla tai toisella kytkeytyviä organisaatioita ja toimintoja. Julkisasiamies Sharpston arvioi *Farrell*-tapauksen ratkaisusuosituksessaan hankintasääntöjen, kilpailusääntöjen ja

207 Ks. mm. Asia C-152/84 *Marshall*, kohta 48, Asia C-91/92 *Faccini Dori*, 20 kohta; Yhdistetyt asiat C-397/01–C-403/01 *Pfeiffer*, kohta 108, Asia C-441/14 *Dansk Industri*, kohta 30; Asia C-413/15 *Farrell*, kohta 31.

208 van de Gronden 2018, s. 202.

209 Asia C-188/89 *Foster*, kohta 20.

210 Asia C-413/15 *Farrell*, kohta 35.

211 Ibid., kohta 34.

valtion ilmentymän käsitteen välisiä suhteita. Sharpston pohti ratkaisuehdotuksessa, riittääkö yrityksen tai muun yksikön saama valtioneuvosto edunsaajasta valtion ilmentymän välittömän oikeusvaikutuksen näkökulmasta.

Mielestäni ei. Yksityisestä pankista tai hiilikaivoksesta, joka on saanut tukea rakenneuudistuksen toteuttamiseksi, ei nähdäkseni siis tulisi valtion ilmentymää tuomioon *Foster* perustuvassa oikeuskäytännössä tarkoitettulla tavalla.²¹²

SGEI-palveluiden ja valtion ilmentymän suhteesta julkisasiamies Sharpston toteaa, että SGEI-palveluiden tarjoaminen voi joissainkin tapauksissa tarkoittaa myös valtion ilmentymänä toimimista, mutta näin ei välttämättä ole.²¹³ Lisäksi silloin, kun SGEI-palveluja tarjoava toimija harjoittaa useita erilaisia toimintoja, joista osan valtio on antanut sille tehtäväksi ja osaa ei, toimija voi olla valtion ilmentymä valtion sille antamien tehtävien osalta.²¹⁴

Tässä puoltamani kanta siis eroaa unionin tuomioistuimen julkisia hankintoja koskevissa asioissa hyväksymästä kannasta. Elimen, joka on julkisia hankintoja koskevien sääntöjen mukainen hankintaviranomainen, on siten aina seurattava ja noudatettava tämän unionin oikeuden erityisalan säännöstöä, kun taas yksityinen voi vedota todennäköisesti huomattavasti laajemmin unionin oikeuteen sellaista elintä vastaan, joka on valtion ilmentymä direktiivien vertikaalisen välittömän oikeusvaikutuksen näkökulmasta, sillä tällaiseen elimeen sovellettavaa unionin oikeutta ei ole rajattu yhtä tarkkaan. Tässä ei ole siis asianmukaista soveltaa yhden koon lähestymistapaa.²¹⁵

Edellä kuvatun argumentaation perusteella unionin tuomioistuimen välitöntä oikeusvaikutusta ja valtion ilmentymää koskevaan oikeuskäytäntöön voidaan jossain määrin tukeutua, kun arvioidaan julkisen vallan käytön perusteella määräytyvää kilpailuoikeuden soveltamisalan rajaa, mutta käsitteet ovat oikeudellisesti ilmeisen erillisiä ja niin välitöntä oikeusvaikutusta, hankintaregiimiä kuin kilpailusääntöjä koskevat soveltamisalakysymykset on ratkaistava erikseen. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella jokin toiminto voi sekä olla valtion ilmentymä direktiivin välittömän oikeusvaikutuksen näkökulmasta että yritys kilpailuoikeuden näkökulmasta ja päinvastoin.²¹⁶ Näin oli myös aiemmin mainitussa tapauksessa *Foster*.

212 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-413/15 *Farrell*, kohta 87.

213 Ibid., kohta 92.

214 Ibid., kohta 141.

215 Ibid.

216 van de Gronden 2018, s. 203.

3.2.3. Vakuutus pohjainen sosiaaliturva

Tämän tutkimuksen aiheena olevaan sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämiseen ja tuottamiseen kytkeytyy varsin kiinteästi EU-oikeudellinen keskustelu eri EU-maiden, mutta erityisesti vakuutus pohjaisesti järjestettyjen, sosiaaliturvajärjestelmien taloudellisesta tai ei-taloudellisesta luonteesta. Sosiaaliturvajärjestelmiä koskevia unionin tuomioistuimen tapauksia voidaan perustellusti ajatella sosiaali- ja terveyspalveluja nimenomaisesti koskevien tapausten kanssa yhdeksi ja samaksi oikeuskäytännön jatkumoksi, mutta tarkemman analyysin perusteella näiden kahden erottelu toisistaan on perusteltua. Erottelu on kuitenkin väistämättä keinotekoinen, sillä osassa jäljempänä sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa arvioitavista tapauksista on kyse osin tai jopa keskeisesti sosiaaliturvajärjestelmän hallinnoinnista. Erottelu on nähdäkseni silti tarpeen, jotta unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä voidaan tarkastella nyansoidummin.

Vakuutus pohjaisesti järjestetty sosiaaliturva – esimerkiksi lakisääteiset tapaturma- ja sairausvakuutukset sekä vanhuuseläkejärjestelmät – on ala, jossa merkittävä osa toiminnasta rajautuu taloudellisen toiminnan käsitteen ja siten EU:n kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle.²¹⁷ Vaikka sosiaaliturvajärjestelmissä ja sosiaali- ja terveyspalveluissa on kyse erilaisista julkishallinnon toiminnoista, on niiden EU-oikeudellista arviointia ajoittain samaistettu toisiinsa, sillä unionin tuomioistuin on vakiintuneesti tunnistanut molempien erityislaatuisuuden sekä jäsenvaltioiden toimivallan järjestää sosiaaliturva- ja sote-järjestelmänsä parhaaksi katsomallaan tavalla.²¹⁸ Molempien alojen kontekstissa tarkastellaan niin sanotun solidaarisuusperiaatteen täyttymistä, jonka implisiittiseksi perusajatukseksi voidaan katsoa hyvinvointierojen tasaaminen niin, että saatu hoito tai korvaus ei riipu henkilön varallisuustasosta, vaan kyse on resurssien uudelleenjakamisesta yhteiskunnan eri jäsenten välillä sekä hoidon ja sosiaaliturvan turvaamisesta kaikille.²¹⁹ Sosiaaliturvan osalta tiedonannossa todetaan, että:

Sosiaaliturva-alan järjestelmien luokittelu taloudelliseksi toiminnaksi riippuu niiden perustamistavasta ja rakenteesta. Oikeuskäytännössä tehdään ero solidaarisuuden periaatteeseen perustuvien järjestelmien ja taloudellisten järjestelmien välillä.²²⁰

Solidaarisuuteen perustuvien järjestelmien tyypillisiksi ominaisuuksiksi listataan:

- a) järjestelmään liittyminen on pakollista; b) järjestelmän tavoitteena on yksinomaan sosiaalisen tehtävän täyttäminen; c) järjestelmä on voittoa tavoittelematon; d) makset-

²¹⁷ Ferri – Piernas López 2018, s. 149.

²¹⁸ Asia C-238/82 *Duphar*, kohta 16; Asia C-158/96 *Kohll*, kohta 19.

²¹⁹ Ks. myös HE 16/2018 vp, s. 79–80.

²²⁰ Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 19.

tavat etuudet ovat riippumattomia vakuutusmaksujen määrästä; e) etuuksien määrää ei ole välttämättä suhteutettu vakuutetun tuloihin; ja f) valtio valvoo järjestelmää.²²¹

Tämän vastakohtana taloudellisena toimintana pidettävien järjestelmien tavannoimaisiksi ominaisuuksiksi listataan:

a) jäsenyyden vapaaehtoisuus; b) rahastointiperiaate (etuudet määräytyvät yksinomaan edunsaajien maksamien vakuutusmaksujen määrän sekä järjestelmän taloudellisten tulosten perusteella); c) voittoa tavoitteleva luonne; ja d) perusjärjestelmän mukaisia etuuksia täydentävien etuuksien tarjoaminen.²²²

Tiedonanto vastaa hyvin unionin tuomioistuimen johdonmukaista oikeuskäytäntöä, jonka mukaan kansalliset sosiaaliturvajärjestelmät eivät harjoita taloudellista toimintaa eivätkä asemoidu EU:n kilpailu- ja valtiontukisääntöjen piiriin, jos tietyt edellytykset täyttyvät. Tämä on luontevaa, sillä sosiaaliturvaa koskeva unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä oli tiedonannon julkaisujankohdasta jo hyvin vakiintunutta. Samaa ei voida vieläkaan sanoa useiden muiden rajanvetosektoreiden osalta. Usein sosiaaliturvajärjestelmissä on kuitenkin elementtejä molemmista kategorioista, jolloin taloudellisen toiminnan rajanvetoa on tehtävä erisuuntaisia elementtejä arvioivan kokonaistarkastelun pohjalta, eikä esimerkiksi järjestelmään kuuluva jonkinasteinen kilpailuelementti automaattisesti tee järjestelmästä luonteeltaan taloudellista.²²³ Jonkin järjestelmän arviointi ei siis ole oikeuskäytännön vakiintuneesta luonteesta huolimatta täysin itsestäänselvää. Ferri ja Piernas López ovat pitäneet ei-taloudelliseksi rajautuvien järjestelmien alaa kapeana sekä arvioinnissa käytettäviä unionin tuomioistuimen kriteerejä edelleen vaikeaselkoisina.²²⁴ Gallo on teoretisoinut yrityksen ja taloudellisen toiminnan rajanvetoa puhtaan funktionaalisen (*pure functional*) ja maltillisen funktionaalisen (*moderate functional*) lähestymistavan käsitteillä, joita käsitellään tarkemmin sosiaali- ja terveyspalveluiden yhteydessä.²²⁵ Gallon mukaan sosiaaliturvaan ja jäljempänä tarkasteltavalla tavalla myös terveyspalveluihin liittyvässä oikeuskäytännössä on usein noudatettu funktionaalisen lähestymistavan maltillista versiota.²²⁶

Tärkeänä yhteisenä nimittäjänä ei-taloudellisille sosiaalijärjestelmille on ollut se, että järjestelmän tavoite on arvioitu olevan *yksinomaan* sosiaalinen. Tällaista järjestelmän taustalle paikannettua tavoitetta voidaan pitää solidaarisuusperiaatetta

221 Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 20.

222 Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 21.

223 Ks. mm. Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*; Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*; Asia C-437/09 *AG2R*; Kersting 2011.

224 Ferri – Piernas López 2018, s. 149.

225 Gallo 2020, s. 582–583.

226 Ibid.

koskevan tulkinnan lähtökohtana, jonka puute on erittäin vahva viite järjestelmän taloudellisesta luonteesta, mutta jonka läsnäolo ei vielä itsessään ilman muita samaan suuntaan viittavia elementtejä tee järjestelmästä ei-taloudellista. Unionin tuomioistuimien on useasti nimenomaisesti todennut, että vakuutusjärjestelmän sosiaalinen päämäärä ei sellaisenaan riitä estämään kyseisen toiminnan pitämistä taloudellisenä toimintana.²²⁷ Järjestelmän sosiaalista luonnetta ei ole unionin tuomioistuimen käytännössä arvioitu vain tai edes ensisijaisesti järjestelmän julkilausuttujen tavoitteiden näkökulmasta, vaan huomioon on otettu järjestelmän ominaisuudet kokonaisuutena, jolloin huomioita on kiinnitetty muun muassa edellä komission tiedonannossa listattuihin muihin määrittelykysymyksiin. Ajoittain esitetty ajatus ei-taloudellisen toiminnan arvioinnin kiinnittymisestä kahden erillisen kriteerin – sosiaalisen tavoitteen ja solidaarisuus- eli yhteisvastuuperiaatteen noudattamisen – tarkasteluun, on näiltä osin turhan yksinkertaistava eikä vastaa soveltamiskäytännön todellisuutta, jossa eri elementtejä arvioidaan limittäin, päällekkäin ja vuorovaikutuksissa, ja rajanveto taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan välillä tehdään varsin kontekstuaalisesti kussakin arvioinnissa erikseen.²²⁸

Tapauksessa *Poucet & Pistre* Ranskan sosiaaliturvajärjestelmään kuuluvien sairausvakuutuskassojen ja sosiaaliturvajärjestelmän hallinnointiin osallistuvien elinten tehtävän katsottiin olevan yksinomaan sosiaalinen.²²⁹ Tuomioistuimen mukaan tapauksessa arvioidulla järjestelmällä ”pyritään sosiaaliseen tavoitteeseen, ja ne perustuvat yhteisvastuun periaatteeseen”, mikä ilmeni muun muassa siinä, että järjestelmässä pyrittiin vakuuttamaan kaikki kyseessä olleiden vakuutuslajien kohteena olevat henkilöt sairauden, vanhuuden, kuoleman ja työkyvyttömyyden varalta, riippumatta heidän taloudellisesta asemastaan ja terveydentilastaan liittymisajankohtana.²³⁰ Tapauksessa *Cisal* unionin tuomioistuin totesi, että osallistuessaan sosiaaliturvaan perinteisesti kuuluvan osa-alueen eli työtapaturmia ja ammattitauteja koskevan vakuutuksen hallinnointiin, Italian kansallinen työtapaturmista vastaava vakuutuslaitos täytti ”luonteeltaan yksinomaan sosiaalisen tehtävän”.²³¹ Unionin tuomioistuin päätyi *Kattner Stahlbau* -tapauksessa arvioimaan Saksassa käytössä olleiden ammatillisten vakuutuskassojen järjestelmän ei-taloudelliseksi, mutta huomautti järjestelmän poikkeavan aiemmin tapauksessa *Cisal* sen arvioitavana olleesta Italian järjestelmästä, sillä tarkastellut ammatilliset vakuuskassat eivät hallinnoineet lakisääteistä vakuutuspohjaista sosiaaliturvajärjestelmää, vaan tarjosivat välittömästi

227 Yhdistetyt asiat C-180/98–184/98 *Pavlov*, kohta 118; Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 37; Asia C-67/96, *Albany*, kohta 86.

228 Ks. esim. Gallo 2020.

229 Yhdistetyt asiat C-159/91–C-160/91 *Poucet & Pistre*, kohta 18.

230 *Ibid.*, kohta 8. Kyse oli tässä tapauksessa muista kuin maatalousammateissa toimivista itsenäisistä ammatinharjoittajista.

231 Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 45.

vakuutuspalveluja.²³² Tapauksessa *AOK Bundesverband* unionin tuomioistuin toteasi olevan mahdollista, että tarkasteltavana olleet Saksan sairaskassat ja kassojen keskusliitot olisivat ryhtyneet ”yksinomaan sosiaalisten tehtävien lisäksi toimiin, joilla on muu kuin sosiaalinen tarkoitus, joka on luonteeltaan taloudellinen”.²³³ Toteamus ilmentää yhtäältä tuomioistuimen funktionaalista lähestymistapaa taloudellisen toiminnan käsitteeseen ja toisaalta sitä, että edes toiminnan vahva kiinnittyminen sosiaaliseen tarkoitukseen ei vielä tarkoita, etteikö jotain osaa toiminnasta voitaisi arvioida taloudelliseksi.

Unionin tuomioistuimen soveltamiskäytännössä toiminnan ei-taloudelliseen luonteeseen on katsottu viittavan myös sen, että vakuutusjärjestelmään on ollut pakko liittyä ja etuuksia maksetaan yleisesti kaikille tietyn ryhmän edustajille tai muutoin kriteerit täyttävälle. Jos taas liittyminen on ollut vapaaehtoista, eli kyse on ollut esimerkiksi täydentävästä turvasta, on tämän katsottu viittaavan toiminnan taloudelliseen luonteeseen. Tapauksessa *Cisal* unionin tuomioistuin katsoi, että Italian työtaturma- ja ammattitautivakuutusjärjestelmällä pyritään sosiaaliseen tavoitteeseen siltä osin kuin siinä säädetään kaikkien itsenäisten ammatinharjoittajien pakollisesta sosiaalisesta suojelusta, kun nämä itsenäiset ammatinharjoittajat harjoittavat sellaista toimintaa, joka on kansallisessa lainsäädännössä määritelty ”riskialttiiksi toiminnaksi”.²³⁴ Samoin tapauksessa *Kattner Stahlbau* oli tuomioistuimen mukaan kyse pakollisesta sosiaalisesta suojelusta kaikille työntekijöille.²³⁵ *Cisal* ja *Kattner Stahlbau* -tapauksissa tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että edes vakuutusmaksujen laiminlyönti ei useissa tilanteissa estänyt myöhempien etuuksien saamista eikä vaikutusta työtaturmia koskevien etuuksien maksamiseen ollut myöskään vakuutetun tai tämän työnantajan tuottamuksella.²³⁶

Ei-taloudellisen järjestelmän perusluonteeseen kuuluu kiinteästi myös se, että järjestelmän tavoitteet ja keskeiset parametrit asetetaan sääntelyllä ja järjestelmää valvotaan viranomaisten toimesta. Unionin tuomioistuimen mukaan lakisääteisessä vakuutusjärjestelmässä vakuutusmaksujen määrä ja etuuksien arvo muodostavat tällaisen järjestelmän kaksi olennaista tekijää.²³⁷ Siksi olennaista on, miten ja millä tarkkuudella näistä on säädetty ja ovatko laitokset niiltä osin viranomaisvalvonnan alaisia.²³⁸ Unionin tuomioistuin on tapauksissa *Cisal* ja *Kattner Stahlbau* todennut yhteisvastuu- eli solidaarisuusperiaatteen toteuttamisen lakisääteisessä vakuutus-

232 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 67.

233 Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 58.

234 Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 34; Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 40.

235 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohdat 35 ja 38.

236 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 41; Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 36; Vaikka vakuutusmaksuja ei olisikaan suoritettu ajallaan, voidaan etuudet maksaa vuoden 1997 sen lakiuudistuksen jälkeenkin, jolla etuuksien automaattisuus poistettiin itsenäisten ammatinharjoittajien vakuutusturvasta, mikäli laiminlyönti maksujen osalta korjataan.

237 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 65.

238 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 65.

järjestelmässä edellyttävän, että tarjotut etuudet eivät ole tarkasti suhteutettuja maksettuihin vakuutusmaksuihin ja että ne ovat valtion valvonnan alaisia.²³⁹ *Albany*-tapauksessa voittoa tavoittelemattoman tekstiiliteollisuuden lisäeläkerahaston luokittelu yritykseksi johtui muun muassa siitä, että rahasto määritteli itse maksujen ja etuuksien määrän ja se toimi rahastointiperiaatteen mukaisesti.²⁴⁰ Unionin tuomioistuin erotteli toisistaan *Poucet & Pistre* -tapauksessa kyseessä olleet pakollisia sosiaaliturvajärjestelmiä hallinnoivat laitokset sekä *Albany*-tapauksen toimialakohdattaiset eläkekassat, joiden maksamien etuuksien suuruus riippui siitä, millaisia taloudellisia tuloksia se saavuttaa sijoitustoiminnassaan.²⁴¹

AG2R-tapauksessa oli kyse Ranskan leipomo- ja konditoriayrityksille pakolliseksi säädetyistä *AG2R*:n hallinnoimasta täydentävästä sairausvakuutuksesta.²⁴² Unionin tuomioistuimen mukaan tämä järjestelmä perustui pääasiassa solidaarisuusperiaatteeseen, koska vakuutusmaksut eivät olleet oikeassa suhteessa vakuutettuun riskiin eikä myönnettyä vakuutusturvaa ja etuuksia suhteutettu kunkin työntekijän ja työnantajan maksamiin vakuutusmaksujen määrään.²⁴³ Toisaalta unionin tuomioistuin katsoi, että järjestelmän toimintaa koskevien yksityiskohtaisten sääntöjen valvontatehtävä oli tietysin varauksin annettu leipomoalan työnantajien ja työntekijöiden edustajille, kun näille oli annettu oikeus määrittää kollektiivinen vakuutusturva, joka täydensi sosiaaliturvajärjestelmästä seuraavaa vakuutusturvaa.²⁴⁴ Unionin tuomioistuimen mukaan työmarkkinaosapuolilla ei ollut lakiin perustuvaa velvollisuutta nimetä *AG2R*:ä hallinnoimaan järjestelmää eikä *AG2R*:llä ollut velvollisuutta ottaa hoitaakseen järjestelmän hallinnoinnista. Kantaja esitti asiassa väitteen, jonka mukaan oli olemassa muita sosiaalivakuutuslaitoksia ja vakuutusyhtiöitä, jotka tarjosivat ennen *AG2R*:n nimeämistä samanlaisia palveluja kuin se.²⁴⁵ Koska järjestöillä oli vapaus valita erilaisia terveysriskien vakuutusturvan tarjoajia, unionin tuomioistuimen mukaan ei voitu sulkea pois sitä mahdollisuutta, että työmarkkinaosapuolet valitsivat *AG2R*:n rahoituksellisten ja taloudellisten näkökohtien perusteella muiden yritysten joukosta, joiden kanssa se kilpaili markkinoilla.²⁴⁶ Myös asiassa *Pavlov* unionin tuomioistuin totesi, että eläkekassa, joka määrittää itse vakuutusmaksujen ja etuuksien suuruuden ja toimii rahastointiperiaatteen mukaisesti ja jonka tehtävänä on tietyn vapaan ammatin harjoittajien etujärjestön perustaman sellaisen lisäeläkejärjestelmän hallinnointi,

239 Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 44; Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 65. Tuomioistuin liitti *Kattner Stahlbau* -tapauksessa toteamukseen ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen suoritettavana olevaan selvitystyöhön liittyviä varauksia.

240 Asia C-67/96 *Albany*, kohdat 81 ja 85.

241 Asia C-67/96 *Albany*, kohta 82.

242 Asia C-437/09 *AG2R*.

243 Asia C-437/09 *AG2R*, kohdat 47–52.

244 Asia C-437/09 *AG2R*, kohdat 53–57.

245 Asia C-437/09 *AG2R*, kohdat 62–63.

246 van de Gronden 2018, s. 208–209.

johon kuulumisen viranomaiset ovat tehneet pakolliseksi kaikille tähän ammattikuntaan kuuluville, on yritys.²⁴⁷

Tapauksessa *Cisal* unionin tuomioistuimien huomioi, että Italiassa käytössä olleen järjestelmän hallinnointi oli annettu lailla kansallisen työtapaturmista vastaavan vakuutuslaitoksen tehtäväksi, mutta valtio valvoi tämän laitoksen toimintaa sekä vahvisti etuuksien määrän täsmällisesti ja käytti vakuutusmaksujen määräytymisessä eräänlaista viimekätistä ratkaisuvalltaa.²⁴⁸ Tapauksessa *Kattner Stahlbau* unionin tuomioistuimien totesi, että vakuutusmaksujen ja etuuksien määriä koskevan liikkumavaran antaminen ammatilliselle vakuutuskassalle ei muuta vakuutuskassojen harjoittaman toiminnan luonnetta.²⁴⁹ Näin on kuitenkin lähinnä tilanteissa, joissa liikkumavarasta on säädetty ja sitä on olennaisesti rajattu lainsäädännöllä.²⁵⁰

Oikeuskäytännön valossa valtion määräysvalta tai valvonta (*State control*) on siis julkisen vallan käytön pohjalta tehtävän arvioinnin lisäksi myös solidaarisuuteen perustuvien järjestelmien kohdalla olennainen edellytys sille, että sosiaaliturvan hallintoelimen voidaan tulkita harjoittavan ei-taloudellista toimintaa ja rajautuvan näin yrityksen käsitteen ulkopuolelle.²⁵¹ Ilman valtion määräysvaltaa vakuutusseurantajat voivat joutua kilpailemaan tiettyjen järjestelmien hallinnointia koskevasta sopimuksesta. Jos näin on, tietyt riskit kattavien vakuutusten tarjoamiselle on olemassa markkinat, mikä johtaa kilpailusääntöjen soveltamiseen.²⁵² Vaikka valtion määräysvallan edellytys itsessään on vakiintunut ja tämänhetkisen oikeuskäytännön valossa myös verraten selkeä, epävarmuutta liittyy vähintään jossain määrin niihin keinoihin, joilla määräysvaltaa ja valvontaa voidaan toteuttaa, mikäli tavoitteena on järjestelmän toiminnan rajautuminen kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle. Oikeuskäytäntö ei esimerkiksi anna vastausta kysymykseen siitä, edellyttääkö unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö viranomaisen harjoittamaa ennakollista määräysvaltaa tai valvontaa vai riittääkö niin sanottu jälkivalvonta.²⁵³

Mikäli sosiaaliturvajärjestelmä perustuu ainakin osin kilpailuun ja voitontavoitteluun, taloudellisen ja ei-taloudellisen järjestelmän välisessä rajanvedossa harkintaan myös järjestelmässä esiintyvän kilpailun tai voitontavoittelun perustetta. *AOK Bundesverband* -tapauksessa merkitystä annettiin muun muassa sille, että kilpailun kautta pyrittiin parantamaan järjestelmän tehokkuutta ja takaamaan hyvä hallinto.

247 Yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavlov*, kohdat 117–119.

248 Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 43. Vakuutuslaitos päätti vakuutusmaksujen määrän, mutta määrät oli hyväksyttävä ministeriön asetuksella, ja toimivaltaisella ministerillä on siten tosiasiallisesti valta hylätä ehdotetut taulukot ja kehottaa laitosta tekemään sille uuden ehdotuksen, jossa tietyt seikat otetaan huomioon.

249 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 61.

250 Ibid. kohta 62.

251 van de Gronden 2018, s. 208–209; Ks. myös van de Gronden – Szyszczak 2014.

252 van de Gronden 2018, s. 208–209.

253 Ibid.

²⁵⁴ *Dôvera*-tapauksessa taas todettiin kilpailuementin olevan yhteydessä järjestelmän sosiaalisiin, yhteisvastuullisiin ja lainsäädännöllisiin tekijöihin, koska kilpailun mahdollisuus ei voinut koskea maksujen määrää eikä pakollisia lakisääteisiä etuuksia, eli oli vain toissijaista ja liitännäistä.²⁵⁵

Solidaarisuusperiaatteen implisiittiseksi perusajatukseksi voidaan katsoa hyvinvointierojen tasaaminen niin, että saatu hoito tai korvaus ei riipu henkilön varallisuustasosta, vaan kyse on resurssien uudelleenjakamisesta sekä hoidon ja sosiaaliturvan turvaamisesta kaikille.²⁵⁶ Unionin tuomioistuin on tästä näkökulmasta kiinnittänyt usein huomiota siihen, miten ja millä perusteella järjestelmään sisältyvät maksut määräytyvät ja miten niitä maksetaan. Tapauksessa *Poucet & Pistre* unionin tuomioistuin totesi yhteisvastuun merkitsevän tulojen uudelleen jakamista paremmassa asemassa olevien ja niiden välillä, jotka järjestelmän puuttuessa jäisivät ilman välttämätöntä sosiaaliturvaa, kun otetaan huomioon heidän varallisuusasemansa sekä terveydentilansa.²⁵⁷ Tuomioistuin totesi yhteisvastuun ilmenevän lisäksi eri sosiaaliturvajärjestelmien välillä siten, että ylijäämäiset järjestelmät osallistuvat sellaisten järjestelmien rahoitukseen, joilla oli rakenteellisia taloudellisia vaikeuksia.²⁵⁸ Huomiota on kiinnitetty myös siihen, harjoitetaanko toimintaa rahastointiperiaatteella, eli ovatko etuudet riippuvaisia vakuutuslaitoksen taloudellisesta tuloksesta.²⁵⁹ Tapauksessa *Cisal* unionin tuomioistuin arvioi, että vakuutusmaksuja ei järjestelmällisesti suhteutettu vakuutettuun riskiin eikä maksujen määrä ei saanut ylittää enimmäisrajaa, vaikka harjoitettuun toimintaan sisältyisikin erittäin korkea riski.²⁶⁰ Tällaisissa tapauksissa rahoituksen loppuosasta vastaavat kaikki ne yritykset, jotka kuuluvat samaan luokkaan toiminnasta aiheutuvan riskin osalta. Maksuja laskettiin riskin lisäksi myös vakuutetun tulojen perusteella. Etuuksien osalta laskukaava johti lopputulokseen, jossa erittäin suurituloisten etuudet olivat näiden palkkatasoon suhteutettaessa matalampia ja pienituloisten puolestaan korkeampia.²⁶¹

Se, ettei suoritettujen vakuutusmaksujen ja maksettujen etuuksien välillä ole suoraa yhteyttä, merkitsee siten parhaiten palkattujen työntekijöiden ja niiden työntekijöiden välistä yhteisvastuuta, jotka eivät alhaisten tulojensa vuoksi saisi asianmukaista vakuutusturvaa, jos tällainen yhteys olisi olemassa.²⁶²

²⁵⁴ Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 56.

²⁵⁵ Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 61.

²⁵⁶ Ks. myös HE 16/2018 vp, s. 79–80.

²⁵⁷ Yhdistetyt asiat C-159/91–C-160/91 *Poucet & Pistre*, kohta 10.

²⁵⁸ *Ibid.*, kohta 12.

²⁵⁹ HE 16/2018 vp, s. 81.

²⁶⁰ Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 39.

²⁶¹ *Ibid.*, kohdat 39–41. Ks. analogisesti myös asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohdat 45–47.

²⁶² Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 42; Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 59.

Tapauksessa *Kattner Stahlbau* unionin tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että toisin kuin *Cisal* annetussa tapauksessa tarkastellussa Italian järjestelmässä, Saksan järjestelmässä vakuutusmaksuille ei ollut asetettu enimmäismäärää eikä järjestelmää pitänyt yllä yksi monopoliasemassa oleva laitos vaan laitosten ryhmä, jotka ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan muodostivat oligopolin.²⁶³ Nämä seikat eivät kuitenkaan tuomioistuimen mukaan tehneet Saksan järjestelmästä taloudellisesta, sillä vakuutusmaksut eivät riippuneet vain vakuutettavasta riskistä vaan myös vakuutettujen tuloista tietyissä enimmäis- ja tarvittaessa vähimmäismäärissä, minkä lisäksi riskejä tasattiin sekä toimialan ja vakuutuskassan sisällä että kansallisesti eri vakuutuskassojen välillä.²⁶⁴ Kyse oli tuomioistuimen kokonaisarvioista, jossa kiinnitettiin huomiota eri suuntiin viitanneisiin järjestelmän elementteihin. Tästä poiketen maatalousyrittäjien lisäeläkevakuutusjärjestelmää koskeneessa *FFSA*-tapauksessa järjestelmä arvioitiin luonteeltaan taloudelliseksi muun muassa siksi, että järjestelmään liittyminen oli vapaaehtoista, saatavat etuudet riippuivat edunsaajien maksamien maksujen määrästä ja järjestelmän hoidosta vastaavan laitoksen investointien taloudellisista tuloksista rahastointiperiaatteen mukaisesti.²⁶⁵

Lissabonin sopimuksen voimaantulo ja siihen sisältyvät EU:n sosiaalista ulottuvuutta korostavat muutokset eivät Ferrin ja Piernas Lópezin mukaan ole olennaisesti vaikuttaneet taloudellisen toiminnan arviointiin sosiaaliturvajärjestelmien kontekstissa, mutta edellä kuvatulla yleisiin suuntaviivoihin tukeutuvalla tapauskohtaisella arvioinnilla voidaan kohtalaisen hyvin tasapainoilla EU:n kilpailuoikeuden tehokkuusvaatimuksen ja kansallisen lainsäätäjän harkintamarginaalin välillä.²⁶⁶ Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä muodostuneen lähestymistavan vaihtoehtona olisi ainakin rajata sosiaaliturvajärjestelmät ja/tai sosiaali- ja terveyspalvelut kokonaan kilpailulainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle tai päinvastoin saattaa sosiaaliturva kokonaisuudessaan valtiontuki- ja kilpailulainsäädännön piiriin, mutta arvioida tämän alan erityispiirteitä SEUT-sopimuksen 106 artiklan 2 kohdan eli SGEI-poikkeuksen mukaisesti.²⁶⁷ Sosiaaliturvajärjestelmien ja/tai sosiaali- ja terveyspalveluiden kategorinen rajaaminen kilpailulainsäädännön ulkopuolelle vaarantaisi kuitenkin EU-kilpailuoikeuden peruspilareita, erityisesti yrityksen ja taloudellisen toiminnan käsitteiden johdonmukaisuuden, ja toisaalta kilpailulainsäädännön soveltaminen kategorisesti kaikkeen sosiaaliturvaan ja sote-palveluihin olisi olennainen raja kansallisen lainsäätäjän harkintavaltaan.²⁶⁸

Yhteenvetona voidaan todeta, että taloudellisen toiminnan käsitteen rajanvetoa sosiaaliturvan kontekstissa arvioidessaan komissio ja unionin tuomioistuin kiinnit-

²⁶³ Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 49.

²⁶⁴ Ibid., kohdat 44–48.

²⁶⁵ Asia C-244/94 *FFSA*, kohta 17. Ks. myös Gallo 2020, s. 572–575.

²⁶⁶ Ferri – Piernas López 2018, s. 149.

²⁶⁷ Heinemann 2018, s. 130–131.

²⁶⁸ Ibid.

tävä huomiota erityisesti alla listattuihin näkökohtiin, jotka mukailevat ja osin täydentävät aiemmin referoitua komission valtiontukitiedonantoa.²⁶⁹ Mitä enemmän ja selkeämmin vastaukset kysymyksiin ovat sosiaaliseen solidaarisuuteen viittaavia, sitä todennäköisempää on, että järjestelmä arvioitaisiin luonteelta ei-taloudelliseksi. Samaa tulkintakehikkoa voidaan joltain osin käyttää myös sosiaali- ja terveystalveluiden luonnetta arvioitaessa. Näin on erityisesti silloin, kun arvioitavana on sote-järjestämiseen liittyvä kysymys, ei siis sote-palveluiden tuottamiseen liittyvä tulkintakysymys. Joissakin tapauksissa unionin tuomioistuim voi sekä sosiaaliturvan että sote-palveluiden kohdalla kiinnittää huomiota oheisesta poikkeaviin näkökohtiin tai jättää osan kysymyksistä kokonaisuudessaan vastaamatta. Useissa tapauksissa kyse vaikuttaa olevan kokonaisarvioista, johon ei ole sovellettavissa mitään kaavamaista oikeussääntöä eri elementtien painoarvosta tai merkityksestä.

Onko järjestelmän tavoitteena yksinomaan sosiaalisen tehtävän täyttäminen vai onko sillä myös muita tavoitteita?²⁷⁰

Onko järjestelmään liittyminen pakollista?²⁷¹

Valvooko ja sääntelee valtio järjestelmää, ja jos valvoo ja sääntelee, kuinka täsmällisesti?²⁷²

Onko järjestelmä voittoa tavoittelematon ja esiintyykö järjestelmässä kilpailua eri toimijoiden välillä? Mikä on järjestelmässä esiintyvän kilpailun tai voitontavoittelun peruste, eli onko näiden elementtien hyödyntämisen tavoitteena sosiaaliturvan tai terveystalveluiden mahdollisimman tehokas järjestäminen?

Ovatko maksettavat etuudet ja hoito riippumattomia yksilön maksamien maksujen määrästä? Onko etuuksien määrää automaattisesti suhteutettu yksilön tuloihin?

Tasataanko riskiprofililtaan erilaisten yksilöiden tuloja ja kustannuksia vakuutuslaitosten tai terveystalveluiden tuottajien välillä?²⁷³ Ovatko etuudet riippuvaisia vakuutuslaitoksen taloudellisesta tuloksesta?

269 Komission tiedonanto valtiontukien käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 20.

270 Yhdistetyt asiat C-159/91–C-160/91 *Poucet & Pistre*, kohdat 8 ja 18; Asia C-218/00 *Cisal*, kohta 45.

271 Yhdistetyt asiat C-159/91–C-160/91 *Poucet & Pistre*, kohdat 9–11.

272 Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/1 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 31. Ks. vastaavasti yhdistetyt asiat C-159/91–C-160/91 *Poucet & Pistre*, kohdat 8 ja 14; Asia C-218/00 *Cisal*, kohdat 38 ja 43; Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 43.

273 Yhdistetyt asiat C-159/91–C-160/91 *Poucet & Pistre*, kohdat 7–12, 15, 18; Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/1 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 32; Asia C-218/00 *Cisal*, kohdat 39, 40 ja 42; Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohdat 47–48 ja 52–53.

3.2.4. Muut ei-taloudelliset yleishyödylliset toiminnot

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä voidaan pitää varsin monipuolisena ja vakiintuneena erityisesti siltä osin, kun kyse on julkisen vallan käyttöön ja sosiaaliturvaan liittyvistä rajanvedoista. Samoin jäljempänä tarkasteltavaa terveyspalveluja koskevaa oikeuskäytäntöä voidaan nykyisin pitää kattavana, mutta tulkintojen vakiintuminen on tapahtunut vasta viime vuosina. Tämän oikeuskäytännön ulkopuolelta voidaan kuitenkin paikantaa niin ikään laajahko julkisten toimintojen joukko, joiden kuulumisesta kilpailusääntöjen soveltamisalaan on vähäisemmin oikeuskäytäntöä, mutta jotka kuitenkin ovat toimintoina luonteeltaan selvästi yleishyödyllisiä ja yleistä etua palvelevia julkisrahoitteisia tehtäviä. Komission valtiontuen käsitettä koskevassa tiedonannossa nämä on sijoitettu kahteen kategoriaan otsikoilla “Koulutus- ja tutkimustoimet” sekä “Kulttuuri ja kulttuuriperinnön edistäminen, mukaan lukien luonnonsuojelu”.²⁷⁴ van de Gronden on ehdottanut terminologian päivittämistä yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin tähtääviksi toiminnoiksi (*public policy goal activities*), joka onkin luonteeltaan kategoriaa paremmin kuvaava käsite. Toisin kuin muut tiedonannossa arvioidut ei-taloudellisen toiminnan lajit, erityisesti kulttuuria, kulttuuriperintöä ja luonnonsuojelua koskevan kohdan linjaukset on sidottu vain hyvin löyhästi unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Tiedonanto on vuodelta 2016, mutta oikeuskäytäntö on myös sitä seuranneiden vuosien aikana ollut rajallista.

Oikeuskirjallisuudessa on arvioitu, että kulttuuritoimintaa tukevia etuuksia pidetään monissa tapauksissa valtiontukena, mutta ne voidaan sallia SEUT 107(3) artiklan d alakohdan nojalla tai vapauttaa ilmoitusvelvollisuudesta yleisen ryhmäpoikkeusasetuksen nojalla.²⁷⁵ Komissio on kuitenkin valtiontuen käsitettä koskevassa tiedonannossaan todennut, että tiettyjen kulttuuriin ja kulttuuriperinnön edistämiseen ja luonnonsuojeluun liittyvien toimintojen erityisluonteen vuoksi ne voidaan järjestää toisin kuin kaupalliselta pohjalta, eivätkä ne siksi ole luonteeltaan taloudellisia. Komission mukaan niiden julkinen rahoitus ei tämän vuoksi ole välttämättä valtiontukea.²⁷⁶

Komissio katsoo, että kulttuuriin tai kulttuuriperinnön edistämiseen liittyvän, yleisölle ilmaisen toiminnan julkisella rahoituksella on pelkästään sosiaalinen ja kulttuurillinen tarkoitus, joka ei ole luonteeltaan taloudellinen. Samaan tapaan se, että kulttuurilaitoksessa kävijöiden tai kulttuuriin tai kulttuuriperinnön edistämiseen, myös luonnonsuojeluun, liittyvän, yleisölle avoimen toiminnan osallistujien on maksettava maksu, joka kattaa vain osan todellisista kustannuksista, ei muuta toiminnan ei-taloudellista luonnetta, sillä maksua ei voida katsoa todelliseksi korvaukseksi tarjotusta palvelusta.²⁷⁷

²⁷⁴ Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01).

²⁷⁵ Ferri – Piernas López 2018, s. 149–150.

²⁷⁶ Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 34.

²⁷⁷ Ibid.

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että tiedonannossa omaksuttu linja poikkesi aiemmasta komission soveltamiskäytännöstä, jonka mukaan kulttuuritoimintaa oli periaatteessa pidettävä luonteeltaan taloudellisena ja se saattoi kuulua valtiontukisääntöjen soveltamisalaan, vaikka useimpia tukitoimenpiteitä pidettiin sisämarkkinoille soveltuvina.²⁷⁸

Kulttuurin tavoin myös koulutus on ala, jolla valtiontukisääntöjen soveltamisala on rajallinen. Unionin tuomioistuin on katsonut, että kansallisen koulutusjärjestelmän puitteissa järjestettävää julkista koulutusta, jota valtio rahoittaa ja valvoo, voidaan pitää ei-taloudellisena toimintana.²⁷⁹ Unionin tuomioistuin on taloudellisen toiminnan rajanvetoa useammin arvioinut, onko koulutustoiminta SEUT 57 artiklassa tarkoitettua palvelua ja siten vapaan liikkuvuuden oikeussääntöjen piireissä.²⁸⁰ Unionin tuomioistuin on muun muassa tapauksissa *Humbel* ja *Wirth* todennut, että näitä toimintoja ei tarjota korvausta vastaan, koska valtio ei koulutusjärjestelmiä järjestäessään tavoittele taloudellista voittoa, vaan pyrkii täyttämään velvollisuutensa väestöään kohtaan sosiaali-, kulttuuri- ja koulutusosalalla.²⁸¹ Lisäksi kansalliset koulutusjärjestelmät rahoitetaan pääsääntöisesti julkisista varoista, kun taas opiskelijoille tai heidän vanhemmilleen jääviä maksuja voidaan pitää vain hyvin rajallisena panoksena, jolloin nämä maksut eivät vastaa tarjottujen palvelujen kustannuksia eikä maksujen tarkoituksena ole velvoittaa opiskelijoita tai heidän vanhempiaan kattamaan tietyn palvelun kustannuksia kokonaan tai osittain.²⁸²

Myös kansalliseen koulutusjärjestelmään liittyvät palvelut voivat olla luonteeltaan taloudellisia tietyissä poikkeuksellisissa olosuhteissa.²⁸³ Unionin tuomioistuin on *Wirth*-tapauksesta alkavassa oikeuskäytännössä katsonut, että mikäli korkeakouluja rahoitetaan pääasiassa yksityisin, erityisesti opiskelijoiden tai heidän vanhempiansa varoin, ja ne pyrkivät tekemään taloudellista voittoa, niistä tulee perussopimuksessa tarkoitettuja palveluja, koska tarkoituksena on tarjota palvelua korvausta vastaan.²⁸⁴ Unionin tuomioistuin on sijoittautumisvapautta koskeneessa tapauksessa *Neri* muotoillut korkeamman asteen opetuksen järjestäminen korvausta vastaan kuuluvan perussopimuksen sijoittautumisoikeutta koskevan luvun soveltamisalaan.²⁸⁵ Oikeuskäytännöstä voidaan päätellä, että koulutusjärjestelmän rahoitustapa on erittäin tärkeä sen määrittämiseksi, tarjoaako oppilaitos palveluja taloudellista vastiketta vastaan, mutta suoritettavaa testiä on pidetty epäselvänä muun muassa

278 Ferri – Piernas López 2018, s. 149–150. Ks. myös Ferri 2015.

279 Ferri – Piernas López 2018, s. 149–150.

280 van de Gronden 2018, s. 212.

281 Asia C-263/86 *Humbel*, kohta 18; Asia C-109/92 *Wirth*.

282 Asia C-263/86 *Humbel*, kohta 18. Ks. myös van de Gronden 2018, s. 212.

283 Ks. teemasta laajemmin Gideon 2017.

284 Asia C-109/92 *Wirth*, kohta 17; Ks. myös mm. Asia C-76/05 *Schwarz & Gootjes-Schwarz*, kohta 40; Asia C-318/05 *komissio v. Saksa*, kohta 69; Asia C-56/09 *Zanotti*, kohta 32.

285 Asia C-153/02 *Neri*, kohta 39.

siltä osin, onko yksityisen rahoituksen tasolle asetettu jokin kynnysraja. Samoin on kysytty, milta osin ja millä perusteilla koulutusta koskeva oikeuskäytäntö poikkeaa sosiaali- ja terveyspalveluiden arvioinnista.²⁸⁶ van de Gronden on esittänyt taloudellisen toiminnan rajavedon pohjaksi kolmivaiheista testiä, joka perustuu erityisesti unionin tuomioistuimen ratkaisuun asiassa *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*.²⁸⁷ Testin mukaan kyse ei olisi taloudellisesta toiminnasta, jos tavaroiden tai palveluiden tarjonta on suurelta osin riippuvainen julkisesta rahoituksesta, rahoituksella pyritään saavuttamaan mielellään suoraan kansallisessa lainsäädännössä määritelty yleishyödyllinen tavoite ja toiminnan on liityttävä läheisesti tähän yleishyödylliseen tavoitteeseen.²⁸⁸ Jäsenvaltioilla on kuitenkin lähtökohtaisesti laajat mahdollisuudet subventoida koulutuksen tarjoamista perussopimusten sääntöjen puitteissa.²⁸⁹

Myös luonnonsuojelun kohdalla on päädytty tulkintaan, joiden pohjalta voidaan päätellä unionin yleisen tuomioistuimen pitävän puhtaasti luonnonsuojelutarkoituksessa tehtäviä toimia luonteeltaan sosiaalisina ja ei-taloudellisina.²⁹⁰ Kuitenkin luonnonsuojeluun liittyviä toimintoja, kuten puun myyntiä, maanvuokrausta tai matkailupalveluja, olisi pidettävä luonteeltaan taloudellisina.²⁹¹ Käytännössä rajanveto tällaisten luonteeltaan sosiaalisten ja ei-taloudellisten toimintojen sekä taloudellisten toimintojen välillä on haastavaa. Yksiselitteistä ei myöskään ole, minkälaista testiä taloudellisen toiminnan arviointiin on tällaisessa tilanteessa sovellettava.²⁹²

3.3. Vapaa liikkuvuus ja ei-taloudelliset sosiaali- ja terveyspalvelut

Kunkin jäsenvaltion lainsäädännössä voidaan määritellä erityisesti sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmään kuulumista koskevat edellytykset ja näin ollen myös kyseisen järjestelmän rahoitustapa, mutta jäsenvaltioiden on kuitenkin noudatettava EU-oikeutta käyttäessään tätä toimivaltaa.²⁹³ Vaikka kilpailua koskevia perussopimuksen määräyksiä ei sovellettaisiakaan tiettyihin palveluihin, esimerkiksi yleishyödyllisiin palveluihin tai muuten ei-taloudellisiin palveluihin, perussopimuksen määräyksiä vapaasta liikkuvuudesta voidaan silti soveltaa näihin palveluihin. Tässä

²⁸⁶ van de Gronden 2018, s. 213.

²⁸⁷ Asia C-74/16 *Congregación*.

²⁸⁸ van de Gronden 2018, s. 216.

²⁸⁹ Ferri – Piernas López 2018, s. 149–150. Ks. mm. Asia C-74/16 *Congregación*.

²⁹⁰ van de Gronden 2018, s. 210; Asia T-347/09 *Saksa v. komissio*. Toisaalta voidaan myös katsoa, että yleinen tuomioistuin jätti kysymyksen avoimeksi, koska osapuolten välinen tulkintaerimielisyys koski luonnonsuojeluun liittyvien toimintojen luonnetta eikä itse luonnonsuojelun asemaa.

²⁹¹ Asia T-347/09 *Saksa v. komissio*, kohdat 45–46.

²⁹² van de Gronden 2018, s. 211.

²⁹³ Ks. vapaan liikkuvuuden ja sosiaaliturvan kontekstissa mm. Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 74; Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohta 46.

tutkimuksen alaluvussa arvioidaan vapaan liikkuvuuden ja kilpailuregiimin soveltamisalan rajanvetoa yleisellä tasolla ja myös sellaisten sosiaali- ja terveystaloudellisten kontekstien osalta, joihin ei erikseen syvennyttä luvussa 4. Tarkastelu on tarpeen, jotta rajankäyntiä pystytään tutkimuskysymyksen näkökulmasta mielekkäällä tavalla paikantamaan ja jotta luvussa 4 pystytään syventymään tulkinta-asetelman erityispiirteisiin vailla tarvetta arvioida vapaan liikkuvuuden ja kilpailusääntöjen rajankäyntiä yleisellä tasolla.

Lenaertsin mukaan kysymykseen siitä, onko toiminta luonteeltaan taloudellista (*economic nature*), ei vastata samalla tavalla kaikkien perussopimuksen määräysten osalta.²⁹⁴ Termillä Lenaerts viittaa kilpailusääntöjen ja sisämarkkinasääntöjen, erityisesti vapaan liikkuvuuden toisistaan poikkeavaan soveltamisalaan: palvelujen tarjoamisen vapaus kattaa kaikki palvelut, jotka tavanomaisesti suoritetaan korvausta vastaan, mutta myös ei-taloudellisia palveluita voidaan tarjota korvausta vastaan.²⁹⁵ Tästä seuraa Lenaertsin mukaan, että ei-taloudellista toimintaa määrittävä solidarisuusperiaate sulkee pois kilpailua koskevien perussopimuksen määräysten soveltamisen, mutta ei vapaata liikkuvuutta ja unionin kansalaisuutta koskevien määräysten soveltamista.²⁹⁶ van de Grondenin mukaan unionin tuomioistuin on tukeutunut vapaata liikkuvuutta koskevaan oikeuskäytäntöönsä määritellään taloudellisen toiminnan ja yrityksen käsitteitä. Yhteys sisämarkkinoiden perusvapauksien sekä kilpailulainsäädännön soveltamisalaa määrittävien yrityksen ja taloudellisen toiminnan käsitteiden välillä syntyy erityisesti SEUT 57 artiklassa määritellystä palvelun käsitteestä, jolla on samaan tapaan taloudellinen ulottuvuus kuin yrityksen käsitteellä.²⁹⁷

Tässä sopimuksessa palveluilla tarkoitetaan suorituksia, joista tavallisesti maksetaan korvaus ja joita määräykset tavaroiden, pääomien tai henkilöiden vapaasta liikkuvuudesta eivät koske.²⁹⁸

Vapaata liikkuvuutta koskeva lainsäädäntö on suunnattu pääasiassa jäsenvaltioille ja niiden sisällä taloudellista toimintaa säänteleviä kansallisia sääntelyviranomaisia, kun taas kilpailusäännöt koskevat suurelta osin myös yrityksiä.²⁹⁹ Tämän tutkimuk-

²⁹⁴ Lenaerts 2012, s. 1251.

²⁹⁵ Ks. esim. Asia C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*; Asia C-352/85 *Bond van Adverteerders*.

²⁹⁶ Lenaerts 2012, s. 1251.

²⁹⁷ van de Gronden 2018, s. 206. Ks. myös Odudu 2006.

²⁹⁸ SEUT 57 artiklan 1 kohta. Artikla jatkuu: Palveluihin kuuluu erityisesti: a) teollinen toiminta; b) kaupallinen toiminta; c) käsityöläistoiminta; d) vapaiden ammattien harjoittamiseen kuuluva toiminta. Palvelun tarjoaja saa tilapäisesti harjoittaa toimintaansa jäsenvaltiossa, jossa palvelu tarjotaan, niillä edellytyksillä, jotka tämä valtio asettaa kansalaisilleen, sanotun kuitenkin rajoittamatta sijoittautumisoikeutta koskevan luvun määräysten soveltamista.

²⁹⁹ van de Gronden 2018, s. 206. Ks. myös Odudu 2006.

sen näkökulmasta säännöt kohdistuvat siis samoihin toimijoihin, sillä myös kilpailusääntöjä tarkastellaan tässä tutkimuksessa lainsäätäjän näkökulmasta. Lähtökohtana tarkasteluun voidaan todeta, että sosiaali- ja terveystalouden järjestelmään kuulumisen on usein pakollista ja julkisen korvattavuuden piirissä olevaa terveydenhuollon tarjoajien määrä ja/tai palveluvalikoimaa on rajoitettu. Tämä tarkoittaa sitä, että vakuutettu voi saada hoitoa vain sellaisilta sosiaali- ja terveystalouden tarjoajilta, jotka ovat tehneet sopimuksen kyseisen järjestelmän kanssa tai kuuluvat siihen.³⁰⁰ Jos potilas haluaa saada hoitoa muulta sote-palveluiden tarjoajalta esimerkiksi jossain toisessa jäsenvaltiossa, hänen on usein pyydettävä ennakkolupaa. Unionin tuomioistuimen mukaan tämä vaikuttaa kielteisesti haluun kääntyä toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneiden sairaanhoitopalvelujen tarjoajien puoleen tai jopa estää sen, mikä merkitsee vakuutettujen ja sote-palveluntarjoajien kannalta palvelujen tarjoamisen vapauden rajoittamista.³⁰¹

Vapaan liikkuvuuden ja kilpailusääntöjen soveltamisalojen suhdetta voidaan varsin yksiselitteisesti määrittää toteamalla, että kyseessä olevan toiminnan on oltava taloudellista, jotta molempia EU:n sääntöjä voidaan soveltaa. Relevantti kysymys kuitenkin on se, jääkö vapaan liikkuvuuden ja kilpailusääntöjen soveltamisalojen väliin sellainen alue, jossa vain vapaan liikkuvuuden oikeussääntöjä sovelletaan, ja minkälaisen testien kautta tämä alue on tunnistettavissa. van de Grondenin mukaan erityisesti julkisen vallan käytön (*official authority*) perusteella tehtävän rajanvedon kohdalla EU:n kilpailusääntöjen ja vapaan liikkuvuuden soveltamisalat ovat täysin yhteneväisiä.³⁰² SEUT 51 artiklan 1 kohdan mukaan SEUT:n sijoittautumisoikeutta koskevan luvun määräyksiä ei jäsenvaltiossa sovelleta toimintaan, joka jatkuvasti tai tilapäisesti liittyy julkisen vallan käyttöön kyseisessä jäsenvaltiossa. SEUT 51 artiklan 2 kohdan mukaan Euroopan parlamentti ja neuvosto voivat tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen päättää, että kyseisen luvun määräykset eivät koske tiettyä toimintaa. SEUT 51 artiklan kohdalla ei sen sanamuodon mukaan suoriteta minkäänlaista suhteellisuusarviointia: sijoittautumisoikeutta rajoittavat toimet voidaan oikeuttaa suoraan sen nojalla, että niillä on suora ja erityinen yhteys julkisen vallan käyttöön kyseisessä jäsenvaltiossa. Ilman esimerkiksi pakkokeinovaltuuksien tai muiden julkisen vallan käytön ominaispiirteiden läsnäoloa jäsenvaltiot toisaalta eivät voi vedota SEUT 51 artiklan 1 kohdan poikkeukseen.³⁰³ Jäsenvaltioille ei ole jätetty mahdollisuutta päättää, mitkä toiminnot voidaan jättää vapaata liikkuvuutta koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle julkisen vallan käytön perusteella, vaan poikkeuksille on asetettu EU-oikeudessa rajat.³⁰⁴

300 Lenaerts 2012, s. 1252–1254.

301 Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohta 69. Ks. myös Asia C-385/99 *Müller-Fauré*, kohta 44; Asia C-372/04 *Watts*, kohta 98.

302 van de Gronden 2018, s. 206. Ks. myös Hatzopoulos 2011.

303 Ks. mm. Asia C-160/08 *komissio v. Saksa*, kohta 82; Asia C-438/08 *komissio v. Portugali*, kohta 44.

304 Asia C-438/08 *komissio v. Portugali*, kohta 35; Asia C-2/74 *Reyners*, kohta 50.

[SEUT 51 artiklan] ensimmäisessä kohdassa tarkoitetusta ”julkisen vallan käytön” käsitteestä on huomautettava, että käsitteen arvioinnissa on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan otettava huomioon se, että tässä määräyksessä sijoittautumisvapauden periaatteesta sallituille poikkeuksille asetetaan unionin oikeudessa rajat, jottei jäsenvaltioiden yksipuolisilla toimenpiteillä mitätöidä perustamissopimuksen tehokasta vaikutusta sijoittautumisvapauden osalta.³⁰⁵

Tulkinta-asetelma on van den Grondenin mukaan täysin yhdenmukainen kilpailuoikeudellisessa oikeuskäytännössä julkisen vallan käytön arviointiin kehitetyn lähestymistavan kanssa.³⁰⁶ Unionin tuomioistuin on esimerkiksi katsonut, että notaarin tai oikeudenkäyntiavustajan työhön ei liity SEUT 51 artiklassa tarkoitettua yhteyttä julkisen vallan käyttöön.³⁰⁷ Tapauksessa *Wouters* unionin tuomioistuin tulkitsi juristien harjoittavan taloudellista toimintaa, kun he laativat asiakirjoja ja edustavat päämiehiään erilaisissa oikeusprosesseissa.³⁰⁸

Toisin kuin julkisen vallan käytön kohdalla, sosiaaliturvan ja myös laajemmin sosiaalista tarkoitusta toteuttavien toimintojen kuten sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla EU:n kilpailusääntöjen ja vapaata liikkuvuutta koskevien oikeussääntöjen soveltamisalat eivät sen sijaan ole yhtenäisiä. Tähän johtopäätökseen ovat ainakin sosiaaliturvan osalta päätyneet muun muassa van de Gronden ja Lenaerts, jotka molemmat pohjaavat tulkintansa vahvasti asiassa *Kattner Stahlbau* tehtyyn arviointiin.³⁰⁹ Tapauksessa muun muassa teräsrakentamisen alalla toimiva yksityinen osakeyhtiö Kattner Stahlbau oli peruuttanut pakollisen liittymisensä kone- ja metallialan työnantajien vastuuvakuutusyhdistykseen (MMB).³¹⁰ MMB ilmoitti Kattner Stahlbaulle, että liittymisen peruuttaminen oli oikeudellisesti mahdotonta. Kattner Stahlbau riitautti päätöksen ja väitti, että pakollinen liittyminen MMB:hen oli vastoin palvelujen tarjoamisen vapautta, koska sitä estettiin tekemästä sopimusta tanskalaisen vakuutusyhtiön kanssa, joka oli valmis vakuuttamaan sen työtapaturmien, ammattitautien ja työmatkalla sattuvien tapaturmien varalta samoin ehdoin kuin MMB.³¹¹ Se väitti myös, että MMB:n asema yksinomaisena palveluntarjoajana rikkoi kilpailua koskevia perussopimuksen määräyksiä.³¹²

Unionin tuomioistuin katsoi, että MMB ei ollut kilpailulainsäädännössä tarkoitettu yritys.³¹³ Unionin tuomioistuimen mukaan saksalaiset ammatilliset vakuu-

305 Asia C-47/08 *komissio v. Belgia*, kohta 83.

306 van de Gronden 2018, s. 207.

307 Asia C-2/74 *Reyners*; Asia C-392/15 *komissio v. Unkari*; Asia C-151/14 *komissio v. Latvia*; Asia C-157/09 *komissio v. Alankomaat*; Asia C-50/08 *komissio v. Ranska*; Asia C-47/08 *komissio v. Belgia*.

308 Asia C-309/99 *Wouters*.

309 van de Gronden 2018, s. 208; Lenaerts 2012, s. 1252–1254; Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*.

310 van de Gronden 2018, s. 208.

311 Lenaerts 2012, s. 1252–1254.

312 Silloiset EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklat.

313 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 68.

tuskassat osallistuivat julkisoikeudellisina eliminä Saksan sosiaaliturvajärjestelmän hallinnointiin ja niillä oli sosiaalinen tehtävä, johon ei liittynyt minkäänlaista voitontavoittelua.³¹⁴ Tuomioistuin teki tapauksessa kokonaisvaltaisen arvion järjestelmän luonteesta, jonka se kiinnitti kahteen arvioitavaan näkökohtaan: yhteisvastuuperiaatteen toteuttamiseen sekä valtion harjoittamaan valvontaan. Yhteisvastuuperiaatteen osalta tuomioistuin arvioi vakuutusmaksujen määräytymisperusteita erityisesti niissä ilmenevän riskintasauksen näkökulmasta, kun taas valvonnan osalta huomiota kiinnitettiin muun muassa siihen, mikä on vakuutuslaitosten autonomian taso ja toisaalta säädännäisen oikeuden rooli maksuperusteiden määrittämisessä.³¹⁵ Vaikka toiminnan ei-taloudelliseksi todettu luonne rajasi sen EU:n kilpailusääntöjen ulkopuolelle, unionin tuomioistuin tarkasteli kuitenkin kyseistä järjestelmää perussopimusten vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten perusteella. Tuomioistuin hylkäsi näin Saksan ja myös komission väitteen, jonka mukaan myöskään näitä määräyksiä ei voitu soveltaa, koska säädetty velvollisuus liittyä tiettyyn sosiaaliturvajärjestelmään kuului jäsenvaltioiden yksinomaiseen toimivaltaan ja siksi tähän säännöstöön ei sovellettaisi SEUT 56 ja 57 artiklaa.³¹⁶ Unionin tuomioistuimen mukaan Saksassa käytössä ollut lakisääteinen vakuutusjärjestelmä oli tarkoitettu kattamaan myös sellaiset riskit, jotka voidaan vakuuttaa myös muuten kuin solidaarisuusperiaatteeseen nojaavan järjestelyn kautta, eli käytännössä yksityisissä vakuutusyhtiöissä. Saksan järjestelmä saattoi siksi rajoittaa muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yksityisten vakuutusyhtiöiden palvelujen tarjoamisen vapautta siltä osin kuin järjestelmä jopa estää tai tekee tämän vapauden käyttämisen vähemmän houkuttelevaksi.³¹⁷ Samoin järjestelmä rajoitti sen piiriin kuuluvien yritysten palvelujen vastaanottamisen vapautta, koska se esti näitä yrityksiä käyttämästä vakuutuspalvelujen tarjoajia, jotka ovat sijoittautuneet muihin jäsenvaltioihin.³¹⁸

Rajoitusta perusteltiin tapauksessa sillä, että pakollisella liittymisellä kyseiseen lakisääteiseen vakuutusjärjestelmään pyrittiin varmistamaan yhden perinteisen sosiaaliturvan osa-alueen – työtapaturmien ja ammattitautien varalta otettujen vakuutusten – taloudellinen tasapaino.³¹⁹ Tällainen tavoite voitiin katsoa yleistä etua koskevaksi pakottavaksi syyksi, jonka nojalla palveluiden tarjoamisen vapautta oli mahdollista rajoittaa.³²⁰ Tuomioistuimen mukaan tarkasteltavana oleva Saksan sosiaaliturvajärjestelmä siis rajoitti vapaata liikkuvuutta, mutta rajoitus oli perusteltavissa, mikäli suhteellisuusperiaatteen asettamat reunaehdot täyttyivät. Sen arviointi, menikö pakollinen liittymisjärjestelmä pidemmälle kuin oli tarpeen tavoitellun

314 Ibid., kohdat 35 ja 38.

315 Ibid., kohdat 44–68.

316 Ibid., kohdat 72–73. Silloiset EY-sopimuksen 49 ja 50 artiklat.

317 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 82. Ks. myös Asia C-355/00 *Freskot*, kohta 63.

318 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 83; Lenaerts 2012, s. 1252–1254.

319 Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohta 86.

320 Ibid., kohdat 84–91.

päämäärän saavuttamiseksi, kuului kansalliselle tuomioistuimelle. Unionin tuomioistuin evästi tätä arviointia kahdella näkökohdalla: lakisääteinen vakuutusjärjestelmä ei estänyt sen piiriin kuuluvia yrityksiä ottamasta lisävakuutusta yksityisten vakuutusyhtiöiden kanssa ja järjestelmällä pyrittiin välttämään ”kermankuorinta”, jota mahdollisesti esiintyisi, kun ilman pakollista liittymistä yksityiset vakuutusyhtiöt mahdollisesti keskittyisivät houkuttelemaan liiketaloudellisesti kannattavampia asiakkaita.

Kun yhä useampi tällainen ”hyvä asiakas” eroaisi ammatillisesta vakuutuskassasta, MM-B:n kaltaisten ammatillisten vakuutuskassojen ”huonojen asiakkaiden” osuus kasvaisi, mistä seuraisi etuuksista aiheutuvien kustannusten kasvaminen erityisesti sellaisten yritysten osalta, joiden palveluksessa olevat henkilöt ovat vanhoja ja harjoittavat vaarallista toimintaa ja joille kyseiset ammatilliset vakuutuskassat eivät siten enää voisi tarjota etuuksia hyväksyttävillä kustannuksilla.³²¹

Vaikka kyse siis oli palveluiden vapaan liikkuvuuden rajoituksesta, unionin tuomioistuin viittaa arvioinnissaan siihen, että kansallinen tuomioistuin voisi katsoa rajoituksen oikeutetuksi.

SEUT 56 ja 57 artiklaa on tulkittava siten, että ne eivät ole esteenä pääasiassa kyseessä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan tietyn toimialan ja alueen yrityksillä on velvollisuus liittyä pääasiassa kyseessä olevan ammatillisen vakuutuskassan kaltaiseen laitokseen, mikäli tämä järjestelmä ei mene pidemmälle kuin on tarpeen sosiaaliturvajärjestelmän osa-alueen taloudellista tasapainoa koskevan päämäärän saavuttamiseksi, mikä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tutkittava.³²²

Unionin tuomioistuin on päätenyt *Kattner Stahlbau* -tapauksen kanssa samaan johtopäätöksen myös asioissa *Freskot* ja *Watts*.³²³ Asiassa *Freskot* oli kyse Kreikassa käytössä olleesta veronluonteisesta maksusta, joka kohdistui kotimaisten maataloustuotteiden myyntiin ja ostoihin, josta saatavat tulot ohjattiin julkisyhteisölle (ELGA). ELGA:n tehtävänä oli ehkäistä ja korvata luonnonuhkien jäsenvaltion maataloille aiheuttamia vahinkoja.³²⁴ Kansallinen tuomioistuin pyysi unionin tuomioistuimelta arviota järjestelystä erityisesti yhteisen maatalouspolitiikan, tavaroiden vapaan liikkuvuuden, palvelujen tarjoamisen vapauden ja valtiontukisääntöjen näkökulmasta. Unionin tuomioistuin ensinnäkin huomautti palveluiden määritelmään kuuluvan, että niillä tarkoitetaan suorituksia, joista tavallisesti maksetaan kor-

321 Ibid., kohta 90.

322 Ibid., kohta 68.

323 Asia C-372/04 *Watts*.

324 Asia C-355/00 *Freskot*, kohta 13.

vaus.³²⁵ Jo unionin tuomioistuimen aiemman oikeuskäytännön mukaan korvauksen olennainen piirre on, että se on kyseisen suorituksen taloudellinen vastike, joka yleensä määritetään palvelun suorittajan ja palvelun vastaanottajan välillä.³²⁶ Unionin tuomioistuin katsoi, että kreikkalaisten maataloustuottajien maksama maksu ei ollut pakollisen vakuutuksen nojalla tehtyjen suoritusten taloudellinen vastike.³²⁷

Tämä maksu on nimittäin luonteeltaan pääasiassa lainsäätäjän asettama maksu ja veroviranomaiset perivät sen. Lainsäätäjä määrää myös tuon maksun ominaispiirteistä, mukaan lukien sen määrä. Toimivaltaisten ministerien tehtävänä on päättää maksun määrän mahdollisesta muuttamisesta. Samoin kansallinen lainsäätäjä vahvistaa ELGAN pakollisen vakuutuksen nojalla suorittamien korvausten tason ja yksityiskohdat yhtäläisellä tavalla kaikkien toimijoiden osalta. Näin ollen on katsottava, että pakollisen vakuutusjärjestelmän nojalla suorittamien korvausten kaltaisia suorituksia ei voida pitää perussopimuksen 56 ja 57 artiklassa tarkoitettuina palveluina.³²⁸

Unionin tuomioistuin kuitenkin jatkoi ajatusta tästä kysymällä, voiko pakollisen vakuutusjärjestelmän käyttöönotto itsessään muodostaa esteen sellaisten muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden vakuutusyhtiöiden palvelujen tarjoamisen vapaudelle, jotka haluavat tarjota Kreikan markkinoilla palvelujaan, jotka liittyvät kyseessä olevien riskien tai joidenkin niistä vakuuttamiseen. Tällaista tarkastelua oli tuomioistuimen mukaan tehtävä riippumatta siitä, voidaanko ELGA:n suorittamia korvauksia pitää perussopimuksessa tarkoitettuina palveluina.³²⁹ Tuomioistuin piti tällaista mahdollisuutta epävarmana ja kiinnitti huomiota myös siihen, että kansallinen pakollinen vakuutusjärjestelmä näytti koskevan vähimmäisvakuutusturvaa ja että kyseessä olevat toimijat voivat vapaasti tehdä lisävakuutusopimuksia sekä Kreikkaan että muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yhtiöiden kanssa.³³⁰

Kuitenkin sikäli kuin kyseinen pakollinen vakuutusjärjestelmä kattaa myös vakuutuskelpoisia luonnonuhkia, se voi muodostaa esteen sellaisten muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden vakuutusyhtiöiden palvelujen tarjoamisen vapaudelle, jotka haluavat tarjota Kreikassa vakuutusopimuksia tällaisten riskien varalta, koska se haittaa tai tekee vähemmän houkuttelevaksi ja jopa suoraan tai epäsuorasti estää tämän vapauden käyttämistä.³³¹

325 Ibid., kohta 54.

326 Ibid., kohta 55. Ks. myös Asia C-263/86 *Humbel*, kohta 17; Asia C-109/92 *Wirth*, kohta 15.

327 Asia C-355/00 *Freskot*, kohta 56.

328 Ibid., kohdat 57–59.

329 Ibid., kohta 61.

330 Ibid.

331 Ibid., kohta 62. Ks. myös Asia C-67/98 *Zenatti*, kohdat 26–27 ja Asia C-294/00 *Gräbner*, kohta 38 oikeuskäytäntöviittauksineen.

Unionin tuomioistuin piti näin tarpeellisenä arvioida, voitiinko palveluiden tarjoamisen vapauden rajoitus oikeuttaa. Käytössä olleella järjestelmällä katsottiin olevan vahvat sosiaaliset perusteet, jotka ilmenivät muun muassa siitä, että maksun suuruus määritettiin maatilaa koskevan riskin suuruudesta riippumatta ja että kansallinen lainsäätäjä yleensä vahvisti yhdenmukaisen tason sekä maksettaville maksuille että suoritettaville korvauksille. Tavoitteena oli varmistaa riittävä vakuutusturva kaikille maataloille, eli myös niille, joiden kohdalla vahinkotapahtuman todennäköisyys oli suurempi.³³² Järjestelmän sosiaalinen tavoite ilmeni unionin tuomioistuimen myös sen historiallisesta alkuperästä osana maataloustuottajien yleistä sosiaaliturvajärjestelmää sekä siitä seikasta, että järjestelmä kattaa erityisesti sellaisia riskejä, joita ei välttämättä olisi mahdollista vakuuttaa yksityisten vakuutusyhtiöiden kautta, vaikka näiden riskien kattaminen on maataloille erityisen tärkeää.³³³

Näissä olosuhteissa sitä mahdollista palvelujen tarjoamisen vapauden estettä, joka pääasiassa kyseessä olevasta pakollisesta vakuutusjärjestelmästä voi seurata, voidaan perustella sosiaalipoliittiseen tavoitteeseen liittyvällä yleistä etua koskevalla pakottavalla syyllä.³³⁴

Toisaalta unionin tuomioistuin totesi, että toimen suhteellisuuden arvioinnissa on tutkittava, onko pakollisen vakuutuksen vakuutuskatteen laajuus oikeasuhteinen, eli voitaisiinko jokin osa pakollisen vakuutuksen kattamista riskeistä vakuuttaa myös muutoin ja samalla ELGA:n rahoitusta ja toimintakykyä vaarantamatta.³³⁵ Unionin tuomioistuin jätti tämän arvioinnin kansallisen tuomioistuimen vastuulle erityisesti siksi, että sille toimitettu näyttö ei mahdollistanut asian arviointia, mutta päätyi yhtä kaikki tarkastelemaan järjestelmää vahvasti palveluiden tarjoamisen vapauden valossa.³³⁶ Valtiontukisääntöjen osalta tuomioistuin päätyi päinvastaiseen johtopäätökseen, mikä osaltaan ilmentää vapaan liikkuvuuden ja valtiontukisääntöjen eriäviä soveltamisaloja tapauksissa, joissa on kyse sosiaalisia tarkoituksia toteuttavista kansallisista järjestelyistä. Unionin tuomioistuin viittasi myös valtiontukisääntöjen soveltamisalaa arvioidessaan samoihin järjestelmän ominaispiirteisiin kuin palveluiden tarjoamisen vapauden kohdalla, eli siihen, että maksu on valtion asettama ja valtio määrää maksun suuruuden ja muut ominaispiirteet sekä maksettavien korvausten laadun ja tason.³³⁷ Unionin tuomioistuimen mukaan tästä seuraa, että ELGA:n harjoittama vakuutustoiminta ei ole SEUT:n kilpailuoikeutta koskevissa määräyksissä tarkoitettua taloudellista toimintaa eikä ELGA ole yritys.³³⁸

332 Asia C-355/00 *Freskot*, kohta 67.

333 *Ibid.*, kohta 68.

334 *Ibid.*, kohta 69.

335 *Ibid.*, kohta 71.

336 *Ibid.*, kohta 72.

337 *Ibid.*, kohta 78.

338 *Ibid.*, kohta 79. Toisaalta oli kuitenkin tuomioistuimen mukaan arvioitava, muodostavatko ELGA:n

Tämän tutkimuksen tutkimuskysymyksen näkökulmasta *Kattner Stahlbau*-tapaus on merkittävä. Sen perusteella markkinoilta vakuutettavissa olevat riskit johtavat vapaata liikkuvuutta koskevien sääntöjen soveltamiseen, vaikka toiminta jäisi EU:n kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle.³³⁹ *Kattner Stahlbau* osoittaa yhdessä muun unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa, että vapaata liikkuvuutta koskevien perussopimuksen määräysten soveltamisala on sosiaalisia tarkoituksia toteuttavien järjestelyjen kohdalla laajempi kuin kilpailua koskevien perussopimuksen määräysten.³⁴⁰ On siksi mahdollista ja jopa todennäköistä, että lainsäätäjän harkintavalta jossakin nimenomaisessa sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityistämiseen tai ulkoistamiseen liittyvässä tulkinta-asetelmassa muodostuu EU-oikeudellisesti yhtäältä vapaata liikkuvuutta koskevista perussopimuskirjauksista ja toisaalta soveltamisalaltaan näistä poikkeavista unionin kilpailuoikeuden oikeussäännöistä. van de Grondenin mukaan ero julkisen vallan käytön (*official authority*) sekä sosiaaliturvan ja muiden sosiaalisten perusteiden (*social solidarity*) kautta arvioitavien asetelmien välillä syntyy siitä, että unionin tuomioistuin noudattaa ensimmäisen kohdalla niin sanottua abstraktia testiä ja jälkimmäisen kohdalla niin sanottua konkreettista testiä, jossa arvioinnin lähtökohtana on jäsenvaltion oikeudellinen kehys. Abstraktin testin soveltaminen julkisen vallan käytön kohdalla johtaa vapaan liikkuvuuden perussopimusmääräysten ja kilpailusääntöjen soveltamisalojen lähentymiseen, mutta sosiaaliturvan ja muiden sosiaalisten perusteiden kautta arvioitavien asetelmien kohdalla käytettävä konkreettinen testi puolestaan soveltamisalojen eroavaisuuksiin. Näin ollen myös sellaisia sosiaaliturvajärjestelmiä ja muita sosiaalisia tavoitteita toteuttavia järjestelyitä, jotka eivät kuulu EU:n kilpailulainsäädännön piiriin, on tarkasteltava perussopimuksen vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten valossa. Tarkastelun johtopäätös voi mahdollisesti jossain erittäin poikkeuksellisissa asetelmissa olla järjestelyiden rajautuminen myös vapaata liikkuvuutta koskevien sääntöjen ulkopuolella, mutta arviointi on yhtä kaikki tehtävä, eikä soveltamisaloja voida samaistaa.

Palvelun tarjoamisen vapauden rajoittaminen on kuitenkin useissa tapauksissa ollut oikeutettavissa.³⁴¹ Unionin tuomioistuin on hyväksynyt sosiaaliturvajärjestelmän taloudellisen tasapainon vakavan järkkymisen vaaran yleisen edun mukaiseksi pakottavaksi syyksi, jonka nojalla palvelujen tarjoamisen vapauden rajoittamista voidaan pitää perusteltuna.³⁴² Samoin unionin tuomioistuin on katsonut, että monipuolisten ja kaikkien saatavilla olevien sairaanhoito- ja sairaalapalvelujen turvaamistavoite voi johtaa SEUT 52 artiklassa tarkoitettun kansanterveyttä kos-

maksamat tuet valtiontukea maatalousyrittäjille.

339 van de Gronden 2018, s. 208–209; Lenaerts 2012, s. 1252–1254.

340 Lenaerts 2012, s. 1252–1254.

341 Ks. kotimaisen tutkimuksen osalta Raitio 2010.

342 Asia C-372/04 *Watts*, kohta 103; Asia C-158/96 *Kohll*, kohta 41; Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohta 72; Asia C-385/99 *Müller-Fauré*, kohta 73.

kevan poikkeuksen soveltamiseen, ja tämän nojalla voidaan poiketa palveluiden tarjoamisen vapautta koskevan luvun kirjauksista.³⁴³ Unionin tuomioistuin on myös täsmentänyt, että SEUT 52 artiklassa jäsenvaltioille annetaan mahdollisuus rajoittaa sairaanhoito- ja sairaalapalvelujen tarjoamisen vapautta silloin, kun tietyn hoitokapasiteetin tai lääketieteellisen pätevyyden ylläpitäminen tietyissä jäsenvaltiossa on välttämätöntä kansanterveydellisistä syistä tai jopa paikallisen väestön eloonjäämisen kannalta.³⁴⁴ Palvelujen tarjoamisen vapauden rajoitusten on oltava suhteellisuusperiaatteen mukaisia, eli ne eivät saa ylittää sitä, mikä on objektiivisesti katsoen tarpeen kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi eikä tavoitetta voida saavuttaa vähemmän rajoittavilla keinoilla.³⁴⁵

Unionin tuomioistuimen harjoittama sosiaali- ja terveyspalveluiden arviointi vapaan liikkuvuuden valossa oli erityisesti *Watts* ja *Kattner Stahlbau* -tapausten aikaan kiistanalaista ja myös ilmeisen odottamatonta. Kehitys kuitenkin ole aiheuttanut merkittäviä muutostarpeita kansallisten terveydenhuoltojärjestelmien keskeisiin järjestelmäratkaisujen, kuten palveluiden rahoitukseen ja organisointiin, tai ainaakaan kansallisia järjestelmämuutoksia ei ole merkittävässä määrin perusteltu vapaan liikkuvuuden asettamien vaatimusten kautta.³⁴⁶ Kyse on lisäksi erilaisesta kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajasta kuin kilpailu- ja valtiontukisääntöjen kohdalla, sillä vapaan liikkuvuuden osalta lähtökohdaksi on muodostunut, että kansallisia sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmiä on lähes poikkeuksetta arvioitava sen valossa. Tämä arviointi ja sen laajuus riippuu kansallisen järjestelmän ominaispiirteistä, kuten yksityisten tuottajien roolista, julkisrahoitteisuudesta tai vakuutusperusteisuudesta, mutta vapaan liikkuvuuden vaikutuksia kansallisen lainsäätäjän on hyvin hankala paeta, eivätkä päätökset yksityisen tuotannon vahvemmasta hyödyntämisestä lähtökohtaisesti johda vapaan liikkuvuuden olennaisesti vahvempaan rooliin kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajana, sillä lainsäätäjä joutui operoimaan näiden rajojen puitteissa jo lähtötilanteessa. Joissakin tilanteissa vahvemmin markkinamekanismeja hyödyntävät järjestelmät voidaan pikemminkin sovittaa helpommin vapaan liikkuvuuden asettamien vaatimusten puitteisiin, kuten Suomessa on havaittu potilasdirektiivin implementoinnin ja eri sote-uudistusten valmistelun yhteydessä.

Vapaan liikkuvuuden ja kilpailusääntöjen rajankäynnin näkökulmasta kiinnostavaa on, että terveyspalveluista poiketen perussopimuksen vapaata liikkuvuutta koskevia määräyksiä tai kilpailulainsäädäntöä koskevia määräyksiä ei lähtökohtaisesti sovelleta valtion koulutuspalveluihin, jotka ovat osa pääosin tai kokonaan jul-

343 Asia C-372/04 *Watts*, kohta 104; Asia C-158/96 *Kohll*, kohta 50; Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohta 73; Asia C-385/99 *Müller-Fauré*, kohta 67.

344 Asia C-372/04 *Watts*, kohta 104; Asia C-158/96 *Kohll*, kohta 51; Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohta 74; Asia C-385/99 *Müller-Fauré*, kohta 67.

345 Asia C-372/04 *Watts*, kohta 106; Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohta 75 oikeuskäytäntöviittauksineen.

346 Morton 2021a, s. 468.

kisista varoista rahoitettavaa kansallista koulutusjärjestelmää ja jotka ovat valtion valvonnassa. Sillä, että yksityiset toimijat voivat tarjota vastaavia palveluja, ei ole arvioinnissa merkitystä.³⁴⁷ Vaikka vapaata liikkuvuutta tai kilpailulainsäädäntöä koskevia perussopimusten määräyksiä ei sovellettaisiikaan, tämä ei kuitenkaan sulje pois muiden perussopimuksen määräysten kuten SEUT 18, 19 ja 20 artiklan soveltamista.³⁴⁸ Näin on luonnollisesti myös sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla. van de Gronden on katsonut *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* -tapaukseen pohjaten, että koulutuksen osalta EU:n kilpailusääntöjen ja vapaan liikkuvuuden soveltamisala on yhtenäinen, eli asetelma on tältä osin sama kuin julkisen vallan käytön kohdalla.³⁴⁹ van de Gronden tulkitsee erityisesti valtion rahoituksen roolin keskeiseksi, kun soveltamisalojen rajanvetoja arvioidaan koulutuksen kontekstissa: joidenkin palvelujen, esimerkiksi perus- ja keskiasteen koulutuksen, tarjonta voidaan taata vain valtion toimien ja rahoituksen avulla. Palveluiden järjestäminen ole mahdollista muulla tavoin kuin kollektiivisesti, eli vähintäänkin olennaisilta osin valtion perimistä veroista saatavien tulojen avulla, eikä tällaisia yleishyödyllisiä palveluja ei voida tarjota markkinoilla ja näin ollen pitää luonteeltaan taloudellisina.³⁵⁰

3.4. SGEI-regiimi ja taloudelliset sosiaali- ja terveyspalvelut

3.4.1. Yleistä

Mikäli sosiaali- ja terveyspalveluja Suomessa tai muussa EU-maassa pidettäisiin taloudellisena toimintana, lainsäätäjälle ja viranomaisille edelleen liikkumavaraa sosiaali- ja terveyspoliittisten tavoitteiden toteuttamiseen muiden EU-oikeudellisten mekanismien kautta. Näistä selvästi tärkein on yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja (*Services of General Economic Interest*, SGEI) koskevat oikeussäännöt. Tässä tutkimuksen alaluvussa 3.4. arvioidaan SGEI-regiimiä yleisellä tasolla sekä nimenomaan sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa. SGEI-regiimin rajanvetoihin palataan lisäksi eräiltä osin luvussa 4, jossa nojaututaan tässä alaluvussa tehtyyn tarkasteluun.

SGEI-palveluja koskevan SEUT 106 artiklan 2 kohdan mukaan:

Yrityksiin, jotka tuottavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, sekä fiskaalisiin monopoleihin sovelletaan tämän sopimuksen määräyksiä ja varsinkin kilpailusääntöjä siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä

347 Lenaerts 2012, s. 1251. Ks. mm. Asia C-293/83 *Gravier*, Asia C-263/86 *Humbel* ja Asia C-73/08 *Bressol*.

348 Lenaerts 2012, s. 1251.

349 van de Gronden 2018, s. 214.

350 Ibid.

hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä. Kaupan kehitykseen ei saa vaikuttaa tavalla, joka olisi ristiriidassa unionin etujen kanssa.³⁵¹

Sanamuodostaan huolimatta SEUT 106(2) artiklan velvoitteet kohdistuvat julkiseen valtaan, eivät suoraan yrityksiin. Lähtökohtana on, että myös SGEI-palveluiden kohdalla sovelletaan EU:n kilpailusääntöjä. Näihin sääntöihin tehdään kuitenkin sellaisia poikkeuksia, jotka mahdollistavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja toteuttavien tahojen selviämisen kyseisistä tehtävistä. SEUT 14 artiklan eli toisen SGEI-kontekstissa keskeisen primäärioikeuden oikeussäännön mukaan:

Ottaen huomioon yleistä taloudellista etua koskevien palvelujen tärkeän aseman unionin yhteisten arvojen joukossa ja niiden merkityksen sosiaalisen ja alueellisen yhteenkuuluvuuden edistämässä unioni ja jäsenvaltiot huolehtivat kukin toimivaltansa mukaisesti ja perussopimusten soveltamisalalla siitä, että tällaiset palvelut toimivat sellaisten periaatteiden pohjalta ja sellaisin, erityisesti taloudellisiin ja rahoituksellisiin, edellytyksin, että ne voivat täyttää tehtävänsä, sanotun kuitenkaan rajoittamatta Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 4 artiklan ja tämän sopimuksen 93, 106 ja 107 artiklan soveltamista.³⁵²

SGEI-palveluista puhuttaessa lainsäätäjän harkintavallan ja sitä määrittävien rajojen luonne on erilainen, sillä taloudellisen toiminnan ja yrityksen käsitteen rajanvedossa on kyse koko kilpailuregiimin sovellettavuudesta, kun taas SGEI-palveluja koskevan sääntelykokonaisuuden lähtökohtana on, että perussopimuksista ja erityisesti kilpailusäännöistä tehdään vain palvelun järjestämiseksi tarpeellisia poikkeuksia. Lenaerts huomauttaa SEUT 14 artiklassa todettavan, että SGEI-palveluja koskeva säännös ei rajoita SEU 4 artiklan ja SEUT 93, 106 ja 107 artiklojen soveltamista, eli SEUT 14 artiklaan tukeutumisen on oltava sopusoinnussa komission kilpailuoikeudellisen toimivallan kanssa.³⁵³ Toisaalta komission on puolestaan EU:n kilpailulainsäädäntöä soveltaessaan noudatettava asianmukaisesti unionioikeudessa vahvistettuja periaatteita ja edellytyksiä, joiden perusteella SGEI-palvelut toimivat.

351 SEUT-sopimuksen 106 artikla on jaettu kolmeen kohtaan, mikä muodostaa 106 artiklan 2 kohdan kontekstin. SEUT-sopimuksen 106 artiklan 1 kohdassa kielletään jäsenvaltioita toteuttamasta tai pitämässä voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä taikka yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia ja joka on ristiriidassa SEUT-sopimuksen, kuten SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan, valtiontukea koskevan SEUT-sopimuksen 107 artiklan ja vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten kanssa. SEUT-sopimuksen 106 artiklan 3 kohdan mukaan komissio voi antaa direktiivejä ja tehdä päätöksiä varmistaakseen kyseisiä artiklan soveltamisen sekä valvoo artiklan määräysten noudattamista.

352 Kohta jatkuu: Euroopan parlamentti ja neuvosto määrittelevät tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen annetulla asetuksella nämä periaatteet ja edellytykset, sanotun kuitenkaan rajoittamatta perussopimusten mukaista jäsenvaltioiden toimivaltaa tarjota, tilata ja rahoittaa tällaisia palveluja.

353 Lenaerts 2012, s. 1260–1261.

SEUT 106 artiklan 2 kohta mahdollistaa sen, että luonteeltaan taloudelliset toiminnot voidaan tietyin edellytyksin vapauttaa perussopimusmääräysten noudattamisesta. SEUT 106 artikla on osa perussopimuksen kilpailusääntöjä, mutta SGEI-poikkeusta ei sen sanamuodossa rajata vain kilpailusääntöjä koskevaksi, vaan SGEI-poikkeukseen voidaan nojautua eräissä tapauksissa myös muista perussopimuksen määräyksistä kuten sisämarkkinasäännöistä poikettaessa, mikäli tällaiset rajoitukset ovat välttämättömiä ja oikeasuhteisia oikeutettuun yleiseen etuun nähden.³⁵⁴ Toisaalta myös SGEI-palveluja tuottavan yksikön on noudatettava esimerkiksi SEUT 101 ja 102 artiklan velvoitteita, mikäli se ei estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä.

Lissabonin sopimukseen liitettiin lisäksi Pöytäkirja (N:o 26) yleistä etua koskevista palveluista. Pöytäkirjan 1 artiklan mukaan:

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 14 artiklan mukaisia yleistä taloudellista etua koskevia palveluja koskevat unionin yhteiset arvot käsittävät erityisesti seuraavaa:

- kansallisten, alueellisten ja paikallisten viranomaisten keskeinen asema ja laaja harkintavaltaja tarjota, tilata ja järjestää yleistä taloudellista etua koskevia palveluja siten, että ne vastaavat mahdollisimman hyvin käyttäjien tarpeita;
- yleistä taloudellista etua koskevien eri palvelujen väliset erot ja erot käyttäjien tarpeissa ja mieltymyksissä, jotka voivat johtua erilaisista maantieteellisistä, yhteiskunnallisista tai kulttuurisista tilanteista;
- korkea laadun ja turvallisuuden taso sekä kohtuuhintaisuus, yhdenvertainen kohtelu sekä yleisen saatavuuden ja käyttäjien oikeuksien edistäminen.

Pöytäkirjan 2 artiklassa täsmennetään lisäksi, että perussopimusten määräykset eivät millään tavoin rajoita jäsenvaltioiden toimivaltaa tarjota, tilata ja järjestää yleistä, muuta kuin taloudellista, etua koskevia palveluja.

Vaikka oheisissa perussopimuskirjauksissa korostetaan termiä yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palveluiden merkitystä, niistä ei kuitenkaan määritellä, mitä yleisiin taloudellisiin nämä palvelut tarkalleen ovat.³⁵⁵ SEUT 14 artiklassa määrätään, että jäsenvaltioiden on huolehdittava siitä, että yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut toimivat sellaisilla edellytyksillä, että ne voivat täyttää julkisen tehtävänsä. Pöytäkirjassa N:o 26 on tulkintaa ohjaavia määräyksiä ja siinä korostetaan SGEI-palvelujen merkitystä. Kansallisilla viranomaisilla näyttää sen perusteella olevan yhtäältä velvollisuus todeta julkisten palvelujen tarve ja toisaalta

³⁵⁴ Nikolić 2020, s. 168–169.

³⁵⁵ Hötte 2020, s. 495–496.

tarjota tarvittavat palvelut, mutta sanamuoto ei tarjoa suoraa vastausta siihen, kenelle kuuluu toimivalta määritellä jonkin palvelun olevan yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä, tai missä tämän toimivallan rajat kulkevat.³⁵⁶ Saman pöytäkirjan 2 artikkelissa käytetään lisäksi yleistä, muuta kuin taloudellista, etua koskevien palveluiden käsitettä. Artiklassa tehdään näin ero NSGI- ja SGEI-palveluiden välille, joista ensimmäisten kohdalla jäsenvaltioiden harkintavalta on laajempaa.³⁵⁷

SEUT 106(2) artiklan perusteella perussopimuksen säännöksistä voidaan poiketa tavalla, joka ei vaikuta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan unionin yhteisten etujen vastaisesti. SEUT-sopimuksen SGEI-säännösten soveltamisen onkin katsottu edellyttävän suhteellisuustestin suorittamista, mutta testin parametrit eivät ole yksiselitteisiä.³⁵⁸ EU-oikeudessa yleisesti käytetyssä suhteellisuustestissä arvioidaan, onko toimenpide tarkoituksenmukainen aiotun tavoitteen saavuttamiseksi ja onko olemassa vähemmän rajoittavia toimenpiteitä, joilla voidaan saavuttaa sama tavoite.³⁵⁹ SGEI-palveluja voidaan antaa hoidettavaksi niin yksityisille kuin julkisille yrityksille. Tyypillistä SGEI-palveluille on julkinen tuki, jota palvelun toteuttajalle maksetaan, sekä se, että toimintaa ei ole mahdollista harjoittaa puhtaasti markkinaehtoisesti. Tuki voidaan toteuttaa monella tapaa, esimerkiksi suorana taloudellisena tukena, sulkemalla markkinoita tai estämällä kilpailua, konkurssisuoja, julkisena takauksena tai poikkeavana verokohteluna. SGEI-palveluja voidaan rahoittaa myös niin sanotun ristisubvention kautta, jossa yksinoikeus annetaan sekä kannattavaan että kannattamattomaan toimintaan ja kannattavan liiketoiminnan tuotoilla subventoidaan kannattamatonta SGEI-palvelua. Samoin SGEI-palvelun kannalta tarpeellista infrastruktuuria ja osaamista voidaan hyödyntää muussa liiketoiminnassa, jonka tuloilla voidaan subventoida SGEI-palvelun toteuttamista.³⁶⁰ Riippumatta siitä, miten tuki toteutetaan, toimet tulisi rajata vain siihen, mikä on erityistehtävän kannalta tarpeen.

SGEI-palveluiden järjestämisestä yrityksille maksettavien korvausten arvioinnin lähtökohtana ovat unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössään muotoilemat Altmark-kriteerit. Mikäli kriteerit täyttyvät, kyse ei ole valtiontuesta eikä sitä tarvitse ilmoittaa komissiolle SEUT 108 artiklan 3 kohdan perusteella.³⁶¹

- 1) Toimijalle on tosiasiaa annettu tehtäväksi julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen ja nämä velvoitteet on määritelty selvästi.

356 Ibid.

357 Ibid.

358 Ibid.

359 Sauter 2013.

360 Ks. esim. Asia C-320/91 Corbeau; Asia C-18/88 RTT, kohta 16; Asia T-289/03 BUPA, kohta 168; Commission Decision (97/114/EC), kohta 19.

361 Asia C-280/00 *Altmark*, kohdat 87–93; Pesu 2022, s. 498. Ks. myös Jaeger 2016, s. 261–264.

2) Parametrit, joiden perusteella korvaus lasketaan, on etukäteen vahvistettu objektiivisesti ja läpinäkyvästi.

3) Korvaus ei ylitä kustannuksista, joita julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen aiheuttaa, kun otetaan huomioon kyseisestä toiminnasta saadut tulot. Korvaus saa sisältää kohtuullisen voiton.

4) Kun julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisestä vastaavaa yritystä ei valita sellaisessa julkisissa hankintoja koskevassa menettelyssä, jossa on mahdollista valita se ehdokas, joka kykenee tuottamaan kyseiset palvelut julkisyhteisön kannalta vähäisimmin kustannuksin, tarvittavan korvauksen taso on määritettävä tarkastelemalla sellaisia kustannuksia, joita hyvin johdetulle keskivertoyritykselle aiheutuisi kyseisten velvoitteiden täyttämisestä.³⁶²

Kriteerien taustalla on lähtökohta, jonka mukaan vastike, josta saajat eivät todellisuudessa saa taloudellista etua eikä kyseinen toimenpide näin aseta kyseisiä yrityksiä edullisempaan kilpailutilanteeseen suhteessa niiden kilpailijayrityksiin, ei tulisi arvioitavaksi valtiontukea.³⁶³ Jos Altmark-kriteerit eivät täyty, julkisen palvelun velvoitteesta maksettu korvaus on valtiontukea.³⁶⁴ Myös tässä tilanteessa valtiontuen voidaan kuitenkin todeta soveltuvan sisämarkkinoille esimerkiksi SEUT 107 artiklan 2 kohdan, SGEI de minimis -asetuksen tai jonkin muun EU-tason oikeussäännön perusteella.³⁶⁵

SEUT 106 artiklan tavoitteeksi voidaan ajatella yhteensovittaa perussopimusten vapaata liikkuvuutta ja kilpailua koskevia sääntöjä sekä valtion legitiimiä roolia markkinoilla.³⁶⁶ Kuten edellä taloudellisen toiminnan käsitteen kohdalla, myös SEUT 106(2) artiklan ja yleisten taloudellisten palveluiden tulkintakäytäntö ja oikeussäännöt ovat eläneet eurooppalaisen integraation eri vaiheissa.³⁶⁷ Oikeuskirjallisuudessa SEUT 106(2) artiklan tulkinnan on katsottu olleen EU-integraation varhaisemmassa vaiheessa varsin tiukkaa, mikä johti poikkeusten kapea-alaisuuteen ja EU-kilpailusääntöjen korostuneeseen rooliin.³⁶⁸ Jonkinlaisena käännekohtana voidaan pitää unionin tuomioistuimen *Corbeau*-ratkaisua, jossa tuomioistuin otti hyväksyvämmän suhtautumisen erilaisiin yleisiin taloudellisia palveluja toteuttavien

362 Asia C-280/00 *Altmark*, kohdat 87–93.

363 Asia C-280/00 *Altmark*, kohta 87. Ks. teemaan liittyen myös esim. Asia C-660/15 *Viasat Broadcasting UK*, kohdat 33–35 ja Asia T-219/14 *Regione autonoma della Sardegna*, kohdat 89, 91 ja 93.

364 Lenaerts 2012, s. 1260–1261. Ks. myös Asia T-354/05 *TF1*.

365 Komission asetukset (EU) N:o 360/2012, annettu 25 päivänä huhtikuuta 2012, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 ja 108 artiklan soveltamisesta yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille myönnettävään vähämerkityksiseen tukeen.

366 Piernas López 2018, s. 167.

367 SEUT 106(2) artikla oli aiemmin EY-sopimuksen 86(2) artikla ja ETY-sopimuksen 90(2) artikla. Ks. esim. 127/73 *BRT*.

368 Ks. esim. Jones – Sufrin 2014, s. 634.

tahojen hyväksi toteutettaviin rajoitustoimiin. *Corbeau*-tuomioissa EU-tuomios-tuin totesi, että SEUT 106(2) artiklalla:

annetaan jäsenvaltioille näin ollen mahdollisuus myöntää yrityksille, joille ne antavat tehtäväksi yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, yksinoikeuksia, jotka voivat estää perustamissopimukseen sisältyvien kilpailusääntöjen soveltamisen, mikäli muiden taloudellisten toimijoiden taholta tulevan kilpailun rajoittaminen tai jopa kai-ken kilpailun eliminoiminen on tarpeen, jotta yksinoikeuksia saaneet yritykset voisivat hoitaa niille uskotut erityistehtävät.³⁶⁹

Sittemmin tätä lähestymistapaa noudattelevaa SGEI-oikeuskäytäntöä on kerty-nyt runsaasti. *Correos*-tuomiossa on täsmennetty, että SEUT 106(2) artiklan sovel-taminen ei edellytä, että yleishyödyllisen taloudellisen palvelun tarjoamisesta vastaa-van yrityksen taloudellinen tasapaino tai elinkelpoisuus olisi uhattuna. Riittää, että ilman kyseessä olevia oikeuksia yritys ei voisi suorittaa sille uskottuja erityistehtäviä tai että nämä oikeudet ovat tarpeen, jotta niiden haltija voisi suorittaa sille annettuja yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä tehtäviä taloudellisesti mielekkäin eh-doin.³⁷⁰ Komission SGEI-tiedonannon mukaan yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun käsite on kehittynyt ja sen merkitys riippuu muun muassa kansa-laisten tarpeista, teknologian ja markkinoiden kehityksestä sekä yhteiskunnallisista ja poliittisista prioriteeteista.³⁷¹ Komissio toteaa tapauksiin *Merci convenzionali porto di Genova*, *GT-Link* ja *Corsica Ferries* viitaten, että yleisiin taloudellisiin tarkoi-tuksiin liittyvät palvelut ovat palveluja, joilla on muusta taloudellisesta toiminnasta poikkeavia erityispiirteitä.³⁷² SGEI-palveluille ei siis ole olemassa yksiselitteistä ja tarkkarajaista määritelmää, vaan jäsenvaltioilla on paljon harkinnanvaraa määritellä tietty palvelu yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyväksi palveluksi myöntäessään korvausta palvelun tuottajalle.³⁷³

On todettava, ettei [unionin] oikeudessa ole [EU:n perussopimusten] kilpailusääntöjen soveltamista varten annettu lakiin perustuvaa, selvää ja täsmällistä määritelmää julkisen palvelun tehtävän käsitteestä eikä sellaista vakiintunutta oikeudellista käsitettä, jolla lopullisesti vahvistettaisiin ne edellytykset, joiden on täyttyttävä, jotta jäsenvaltio voisi pätevästi vedota joko asiassa *Altmark* asetetussa ensimmäisessä edellytyksessä tai [SEUT 106(2) artiklassa] tarkoitetun julkisen palvelun tehtävän olemassaoloon ja suojaan.³⁷⁴

369 Asia C-320/91 *Corbeau*, kohta 14.

370 Asia C-162/06 *Correos*, kohdat 34–36.

371 Komission SGEI-tiedonanto (2012/C8/02), kohta 45.

372 Komission SGEI-tiedonanto (2012/C8/02), kohta 45; Asia C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova*, kohta 27; Asia C-242/95 *GT-Link*, kohta 53; Asia C-266/96 *Corsica Ferries France*, kohta 45.

373 Yhdistetyt asiat C-197/11 ja C-203/11 *Libert*, kohdat 97–98.

374 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 165.

Tarkkarajaisen määritelmän puuttumisen syyksi on oikeuskirjallisuudessa paikannettu muun muassa SGEI-palveluiden samanaikainen taloudellinen ja yleisen edun mukainen luonne sekä toisaalta jäsenvaltiolle annettu laaja harkintavalta asemoida palveluja käsitteen piiriin.³⁷⁵ Lenaerts on todennut, että jos EU-lainsäätäjä päättää antaa SGEI-palvelulle yleisen määritelmän, tämän määritelmän oli pohjattava SGEI-palveluja koskevaan pöytäkirjaan (N:o 26). Lisäksi määritelmän olisi oltava perusoikeuskirjan 36 artiklan mukainen siten, että määritelmän johdosta SGEI-palveluiden saatavuus ei vaarannu, sekä annetun toimivallan periaatteen ja EU:n toimielinten välisen tasapainon periaatteen mukainen.³⁷⁶ Oikeusvarmuuden näkökulmasta asetelma on jossain määrin haasteellinen, mutta tarkan määritelmän puuttumista voidaan toisaalta pitää myönteisenä, sillä SGEI-palvelut voivat kehittyä ajan mittaan ja ne voivat vaihdella jäsenvaltioiden tai alueellisten tarpeiden mukaan.³⁷⁷ EU-tasolla on ylipäätään haastavaa luoda yhtä yhteistä määritelmää sille, mitä ”yleisen edun mukainen” tai ”yleishyödyllinen” toiminta on, koska tämä etu vaihtelee jäsenvaltioittain. Jotta jäsenvaltio voi säilyttää SEU 4 artiklan 2 kohdassa suojatun kansallisen identiteettinsä, on sillä säilyttävä toimivalta päättää, miten sen hallinto järjestetään, mitä julkisia palveluita se tarjoaa ja miten se järjestää nämä toiminnot.³⁷⁸

EU:n yleinen tuomioistuin on asiassa *BUPA* todennut, että ollakseen SGEI-palvelu, kyse on oltava viranomaispäätöksellä annetusta julkisen palvelun tehtävästä, joka on yleisluonteinen ja velvoittava (*universal and mandatory*).³⁷⁹ Yleisluonteisuus ei kuitenkaan aina edellytä, että palvelua tarjotaan koko väestölle tai kaikkialla jäsenvaltiossa. Lisäksi SGEI-palvelun velvoittavuus ei sulje pois sitä, että palvelun tarjoajalla voi olla jonkin verran liikkumavaraa. Jäsenvaltioiden on myös selostettava, miksi kyseinen palvelu eroaa muusta taloudellisesta toiminnasta ja ansaitsee sen vuoksi olla yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu.³⁸⁰ Lambertz ja Hornung ovat argumentoineet, että markkinoiden kyvyn tuottaa tiettyjä toimintoja ei tulisi olla ratkaiseva tekijä SGEI-palvelun määrittelyssä, vaan huomioon tulisi ottaa palvelun todellinen luonne.³⁸¹ Hötten mukaan tällainen ajatuskehikko voi tuoda lisäarvoa vain, jos toiminnan luonne on määriteltävissä eikä määrittely ole riippuvainen markkinoiden tilanteesta. Muussa tapauksessa kyse on kehäpäätelmästä: jos palvelun luonne määräytyy sen mukaan, tarjotaanko palvelua markkinoilla, niin markkinoiden kyky tarjota palvelua on lopulta siltäkin määräävä tekijä.³⁸²

375 Karayigit 2009.

376 Lenaerts 2012, s. 1258.

377 Piernas López 2018, s. 169.

378 Hötte 2020, s. 487–488.

379 Asia T-289/03 *BUPA*, kohdat 167–189.

380 Piernas López 2018, s. 167–168.

381 Lambertz – Hornung 2012, s. 331.

382 Hötte 2020, s. 506.

3.4.2. Jäsenvaltioiden harkintavalta SGEI-palveluiden määrittelyssä

SEUT 106(3) artiklan mukaan komissio valvoo, että 106 artiklan määräyksiä noudatetaan ja antaa jäsenvaltioille osoitetut aiheelliset direktiivit tai tekee niille osoitetut aiheelliset päätökset. Annetun toimivallan periaatteen mukaisesti unionin tuomioistuimen ja EU-lainsäätäjän on SGEI-palvelun käsitettä tulkitessaan kunnioitettava jäsenvaltioiden harkintamarginaalia. Unionin tuomioistuin ja EU:n yleinen tuomioistuin ovat todenneet, että jäsenvaltioilla on laaja harkintavalta määrittellä, mitä ne pitävät SGEI-palveluina. Komissio voi kyseenalaistaa jäsenvaltion tekemän määritelmän tällaisista palveluista lähtökohtaisesti vain siinä tapauksessa, että kyseessä on ilmeinen virhe (*manifest error*).³⁸³ Lähtökohta on hyväksytty laajasti myös oikeuskirjallisuudessa, mutta analyysi näiden toimivaltapiirien rajankäynnistä on ollut vähäisempää.³⁸⁴ Toisaalta komission toiminta SGEI-palveluiden kontekstissa ei ole rajautunut vain passiiviseen tai pidättäytyvään ilmeisten virheiden arviointiin, vaan komissio on 1990-luvun lopulta julkaissut laajan joukon tiedonantoja, joissa se on määritellyt SGEI-palveluiden alaa, usein unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kiinnittyen mutta myös itse aktiivisesti tulkintasuosituksia antaen. Esimerkiksi Hötte on kyseenalaistanut, onko komissiolla SEUT 106(3) artiklan sanamuodon mukaan oikeastaan toimivaltaa tähän ohjaukseen ja eräänlaiseen pehmeään regulaatioon siitä, mitkä palvelut ovat SGEI-palveluja.³⁸⁵ Kuten taloudellisen toiminnan ja valtiontuen käsitteiden kohdalla, myös SGEI-palveluiden kohdalla komission julkaisemat tiedonannot ovat muodostuneet keskeisiksi jäsenvaltioita ohjaaviksi asiakirjoiksi, vaikka niiltä puuttuisikin oikeudellinen sitovuus tai ylipäättään oikeudellinen status. Lisäksi paikoin on arvioitu, että komission tiedonantojen linjauksilla olisi epäsuoraa vaikutusta myös unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön.³⁸⁶

Lenaertsin mukaan edellä referoitujen perussopimuskirjausten tulkinta johtaa lähestymistapaan, jossa komission on harmonisoimattomilla aloilla rajoitettava valvomaan, onko taloudellisen toiminnan luokittelussa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyväksi palveluksi tapahtunut ilmeinen arviointivirhe, ja sovellettava *Altmark*-tuomiossa vahvistettuja neljää kumulatiivista kriteeriä.³⁸⁷ Lähestymistapa saa tukea oikeuskäytännöstä. EU:n yleinen tuomioistuin on muun muassa *BUPA*- ja *Constantini*-ratkaisuisa todennut, että EU-toimielinten oikeus valvoa sitä, miten jäsenvaltiot käyttävät harkintavaltaansa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja määritellesään, rajoittuu sen tutkimiseen, onko kyseessä ilmeinen arviointivirhe.³⁸⁸

383 Asia T-17/02 *Olsen*, kohta 216. Ks. myös Asia T-106/95 *FFSA*, kohta 100 ja Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 220.

384 Hötte 2020, s. 490. Ks. myös Janssen 2014, s. 9; Varju 2017.

385 Hötte 2020, s. 497–499.

386 Ibid., s. 500.

387 Lenaerts 2012, s. 1260–1261; Asia C-280/00 *Altmark*.

388 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 169. Ks. myös komission SGEI-tiedonanto (2012/ C8/02), kohta 46;

Tämän jäsenvaltiolla olevan etuoikeuden yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen määrittämiseen vahvistaa niin se, ettei unionille ole erityisesti annettu tähän toimivaltaa, kuin sekin, ettei unionin oikeudessa ole yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen käsitteen täsmällistä ja täydellistä määritelmää.³⁸⁹

Yleisen tuomioistuimen mukaan jäsenvaltioilla on laaja harkintavalta sekä SGEI-palveluja määriteltäessä että kustannusten korvaamisesta päätettäessä, minkä osalta ne voivat ottaa huomioon monitahoisia taloudellisia tosiseikkoja.³⁹⁰ Komission SGEI-palveluja koskevan valvonnan taas tulisi rajautua sen arviointiin, perustuuko järjestelmä ilmeisen väärin taloudellisiin ja tosiseikkoja koskeviin oletamiin ja onko kyseinen järjestelmä selvästi epäasianmukainen tavoiteltuihin päämääriin nähden.³⁹¹

Tässä valvonnassa on ensiksi yhtäältä tutkittava, ovatko ne markkinoiden toimintahäiriöt, joihin jäsenvaltio on vedonnut perustellakseen kyseisen julkisen palvelun tehtävän antamista ja suojelua, riittävän uskottavia, ja toisaalta arvioitava, saattoiko komissio kohtuullisesti katsoa, että [BUPA-asiassa arvioitavana olleen Irlannin] riskintasausjärjestelmän kaltainen järjestelmä on luonteeltaan sellainen, että se on välttämätön ja asianmukainen esitettyjen ongelmien ratkaisemiseksi.³⁹²

Yleisen tuomioistuimen mukaan komission ja tuomioistuimen harjoittama valvonta oli *BUPA*-asiassa välttämättä rajoitettua, koska Irlanti oli määritellyt arvioitavan järjestelmän SGEI-palveluksi. Tuomioistuimen komission arviointiin kohdistamassa valvonnassa on siinäkin vain tutkittava, onko komissio perustellusti todennut tai ollut toteamatta jäsenvaltion ilmeisen virheen.³⁹³

Tämä valvonta edellyttää, että yhteisöjen tuomioistuimet päättävät, riittääkö kantajien esittämä näyttö viemään uskottavuuden riidanalaisessa päätöksessä esitetyiltä, monitahoisia taloudellisia tosiseikkoja koskevilta arvioinneilta.³⁹⁴ Tätä uskottavuuden tutkimista koskevin varauksin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei voi korvata päätöksentekijän arviointia merkityksellisiä monitahoisia taloudellisia tosiseikkoja koskevalla omalla arvioinnillaan.³⁹⁵

Asia T-17/02 *Olsen*, kohta 216.

389 Asia T-44/14 *Costantini*, kohta 24. Ks. myös Asia T-289/03 *BUPA*, kohdat 166–167; Asia T-137/10 *CBI*, kohta 99; Asia T-309/12 *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, kohta 105.

390 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 214 ja kohdat 220–222.

391 *Ibid.*, kohta 266.

392 *Ibid.*, kohta 267.

393 *Ibid.*, kohta 220.

394 Ks. myös *BUPA*-asiassa viitattu asia T-380/94 *AIUFFASS & AKT*, kohta 59.

395 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 221.

EU:n yleisen tuomioistuimen mukaan sen suorittama valvonta kohdistuu ainoastaan siihen, että menettelyä ja perusteluvollisuutta koskevia sääntöjä on noudatettu, ratkaisun perustana olevat tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa, asiassa ei ole tehty oikeudellista virhettä, tosiseikkoja ei ole arvioitu ilmeisen virheellisesti eikä harkintavaltaa ole käytetty väärin.³⁹⁶ Myös korvauksen suhteellisuuden valvonta rajoittuu EU:n yleisen tuomioistuimen mukaan sen arviointiin, onko säädetty korvaus välttämätön, jotta kyseinen julkisen palvelun tehtävä voidaan hoitaa taloudellisesti tyydyttävissä olosuhteissa vai onko kyseinen toimenpide päinvastoin selvästi epäasianmukainen tavoiteltuun päämäärään nähden.³⁹⁷ Hötten mukaan unionin tuomioistuin näyttää asettavan jäsenvaltioiden toimivallan komission toimivallan edelle, rajoittavan komission toimivallan ilmeisen virheen arviointiin sekä suojelevan jäsenvaltioiden harkintavaltaa SGEI-palveluiden määrittelyssä ja ylipäätään kansallisen hallintorakenteen järjestämisessä.³⁹⁸ Lenarts on hahmottanut SGEI-palveluihin kohdistuvan suhteellisuusarvioinnin noudattavan yhtäältä pehmeämpää oikeuskäytännön linjaa tilanteissa, joissa kyse on EU-tasolla harmonisoimattomasta alasta, sekä toisaalta tiukempaa linjaa tilanteissa, joissa alaa on harmonisoitu direktiivein tai asetuksin.³⁹⁹ Myös Buendía Sierra ja Muñoz de Juan ovat katsoneet, että jäsenvaltiot eivät voi määrittellä SGEI-palvelun käsitettä, jos käsite on määritelty jo kyseisen alan harmonisointia tarkoittavalla EU-lainsäädännöllä.⁴⁰⁰ Esimerkiksi suhteellisuusperiaatteen pehmeämmästä arvioinnista Lenaerts nostaa erityisesti tapaukset *Corbeau*, *Almelo* ja *Ambulanz Glöckner*, joista jälkimmäisessä unionin tuomioistuin katsoi SGEI-palvelun tarjoamisesta vastanneelle yritykselle myönnetyn monopolin kilpailusääntöjen mukaiseksi, vaikka monopoliin oli suljettu myös muita toimintoja kuin tarjottava SGEI-palvelu.⁴⁰¹ Sen sijaan silloin, kun alaa on harmonisoitu EU-lainsäädännöllä, tuomioistuin soveltaa muun muassa asiassa *Federutility* ilmenevää suhteellisuusperiaatteen tiukempaa versiota, jossa kansallisten viranomaisten on noudatettava EU:n lainsäädäntökehyksen tavoitteita ja siitä tehtävien poikkeusten ala on rajatumpi.⁴⁰²

Asiassa *Federutility* oli kyse sittemmin kumotusta maakaasun sisämarkkinoita koskeneesta direktiivistä 2003/55, jonka markkinoita avaavista säännöksistä oli tehty poikkeus direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa ja sallittu jäsenvaltioiden asettaa kaasuo-

396 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 221. Ks. myös Asia T-106/95 *FFSA*, kohta 101; Yhdistetyt asiat T-111/01–T-133/01 *Saxonia Edelmetalle*, kohta 91; Asia T-17/02 *Olsen*, kohta 266; Asia T-349/03 *Corsica Ferries France*, kohta 138 oikeuskäytäntöviittauksineen.

397 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 222. Ks. myös Asia C-67/96 *Albany*, kohdat 107 ja 111 oikeuskäytäntöviittauksineen; Yhdistetyt asiat T-125/96 ja T-152/96 *Boehringer*, kohdat 73–74 oikeuskäytäntöviittauksineen.

398 Hötte 2020, s. 506.

399 Lenaerts 2012, s. 1258–1259.

400 Buendía Sierra – Muñoz de Juan 2012, s. 12.

401 Asia C-320/91 *Corbeau*; Asia C-393/92 *Almelo*; Asia C-475-99 *Ambulanz Glöckner*.

402 Asia C-265/08 *Federutility*.

alalla toimiville yrityksille julkisen palvelun velvoitteita.⁴⁰³ Direktiivin 3(2) artiklan mukaan siihen perustuvat toimenpiteet oli toteutettava yleisen taloudellisen edun nimissä: toimenpiteiden tuli olla selkeästi määriteltyjä, avoimia, syrjimättömiä ja todennettavia ja että niillä oli turvattava, että unionin kaasualan yritykset voivat tarjota jäsenvaltioiden kuluttajille palvelujaan tasapuolisesti. Direktiivin 3(2) artiklan mukaan jäsenvaltioiden oli lisäksi otettava ”täysin huomioon” SEUT-sopimuksen asiaa koskevat määräykset ja erityisesti SEUT 106 artikla.⁴⁰⁴ Direktiivissä ei määritelty edellytyksiä yleisen taloudellisen edun olemassaololle, mutta direktiivin 3(2) artiklan oleva viittaus sekä tähän edellytykseen että SEUT 106 artiklaan tarkoitti unionin tuomioistuimen mukaan sitä, että kyseistä edellytystä on tulkittava SGEI-palveluja koskevan SEUT 106 artiklan valossa.⁴⁰⁵ Arvioinnin lähtökohtana voidaan pitää sitä, että direktiivissä annettiin jäsenvaltioille yhtäältä mahdollisuus ottaa huomioon ja toisaalta myös velvollisuus sovittaa yhteen kaksi kilpailevaa etua: direktiivillä pyrittiin maakaasumarkkinoiden asteittaiseen ja täydelliseen vapauttamiseen, mutta samalla tavoitteena oli, että maakaasumarkkinoiden vapauttaminen ei tapahtuisi kuluttajien vahingoksi. Unionin tuomioistuin antoi suuntaviivat siitä, miten tämä tasapaino oli saavutettava eli miten suhteellisuusperiaatetta oli sovellettava.⁴⁰⁶

1) Intervention on ajallisesti rajoitettava siihen, mikä on tarkkaan ottaen tarpeen sillä olevan tavoitteen saavuttamiseksi, jotta toimenpiteestä, jolla jo sen luonteenkin puolesta estetään toimintakykyisten maakaasun sisämarkkinoiden toteutuminen, ei tehtäisi pysyvää.⁴⁰⁷

2) Interventiotapa ei se saa ylittää sitä, mikä on tarpeen yleiseen taloudelliseen etuun liittyvän päämäärän saavuttamiseksi.⁴⁰⁸

3) Suhteellisuutta koskevaa vaatimusta on arvioitava myös toimenpiteen henkilölliseen soveltamisalaan ja tarkemmin ottaen niihin subjekteihin nähden, jotka hyötyvät siitä.⁴⁰⁹

4) Julkisen palvelun velvoitteiden on oltava selkeästi määriteltyjä, avoimia, syrjimättömiä ja todennettavissa olevia ja että niillä on annettava kaasualan yrityksille mahdollisuudet tarjota kuluttajille palvelujaan tasapuolisesti.⁴¹⁰

Federutility-tuomion antamaa listaa ei liene mahdollista soveltaa sellaisenaan muilla harmonisoiduilla aloilla, mutta se tarjoaa mahdollisuuden havainnoida

403 Ibid. Ks. myös Lenaerts 2012, s. 1259.

404 Asia C-265/08 *Federutility*, kohta 22.

405 Ibid., kohta 26.

406 Ks. myös Lenaerts 2012, s. 1259.

407 Asia C-265/08 *Federutility*, kohta 35.

408 Ibid., kohta 36.

409 Ibid., kohta 39.

410 Ibid., kohta 44.

SGEI-palvelun ja siihen liittyvän korvauksen rajattua liikkumavaraa tilanteessa, jossa oikeudellinen arviointi perustuu SEUT 106 artiklan sijaan sekundäärilainsäädännön ja SEUT 106 artiklan yhteisvaikutukseen. Sosiaali- ja terveyspalvelualaa ei ole EU:ssa harmonisoitu, mutta joitakin siihen liitännäisiä toimintoja on, kuten vapaaehtoiset sairaskuluvakuutukset, jolloin jäsenvaltioiden harkintavalta SGEI-palveluiden määrittelyssä on näiden osalta jossain määrin rajatumpaa.

Harkintavallan rajojen lisäksi sekundäärilainsäädännöstä voidaan hakea tulkinallista tukea SGEI-palveluiden määrittelyyn. Palveludirektiivin (2006/123/EY) 2 artiklan 2 kohdan a alakohdassa todetaan, että direktiivin säännöksiä ei sovelleta muihin kuin taloudellisiin yleishyödyllisiin palveluihin. Direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa todetaan, että direktiivissä ei käsitellä sellaisten SGEI-palvelujen vapauttamista, jotka on varattu julkisille tai yksityisille tahoille, eikä palveluja tarjoavien julkisten tahojen yksityistämistä. Saman artiklan 3 kohdan mukaan direktiivi ei vaikuta jäsenvaltioiden vapauteen yhteisön oikeuden mukaisesti määritellä, mitä palveluja ne pitävät yleistä taloudellista etua koskevinä palveluina, miten nämä palvelut olisi järjestettävä ja rahoitettava valtiontukisääntöjen mukaisesti ja mitä erityisiä velvoitteita niihin olisi sovellettava. Palveludirektiivin johdanto-osassa todetaan, että direktiivin soveltamisalaan kuuluvat yleistä taloudellista etua koskevat palvelut, jotka ovat taloudellista vastiketta vastaan suoritettavia palveluja. Sen sijaan yleishyödylliset palvelut eivät johdanto-osan mukaan kuulu SEUT 57 artiklassa vahvistetun palvelun määritelmän piiriin, eikä niihin näin ollen sovelleta palveludirektiiviä.⁴¹¹ Palveluja voidaan johdanto-osan mukaan pitää yleistä taloudellista etua koskevinä palveluina vain siinä tapauksessa, että palveluntarjoaja tarjoaa niitä jäsenvaltion sille uskoman yleiseen etuun liittyvän erityistehtävän suorittamiseksi. Toimeksianto olisi tehtävä yhdellä tai useammalla säädöksellä, joiden muodosta kyseinen jäsenvaltio päättää, ja siinä olisi määriteltävä erityistehtävän täsmällinen luonne.⁴¹² Yleistä taloudellista tarkoitusta koskeville palveluille osoitetaan tärkeitä tehtäviä, jotka liittyvät sosiaaliseen ja alueelliseen yhteenkuuluvuuteen.⁴¹³

Hankintadirektiivin (2014/24/EY) 1 artiklan 4 kohdassa ja johdanto-osan 7 kappaleessa säädetään, että hankintasäännökset eivät rajoita jäsenvaltioiden viranomaisten vapautta määritellä, mitä ne pitävät yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvinä palveluina ja miten nämä palvelut olisi järjestettävä ja rahoitettava valtiontukisääntöjen mukaisesti. Määritelmän olisi kuitenkin oltava unionin lainsäädännön mukainen. Direktiivi ei myöskään vaikuta viranomaisten päätökseen siitä, haluavatko ne itse hoitaa SEUT 14 artiklan ja pöytäkirjan N:o 26 mukaiset julkisen

411 Palveludirektiivi, johdanto-osa 17. Yleishyödyllinen palvelu on terminä oikeudellisesti epätasällinen, mutta johdanto-osan voitaneen katsoa viittaavan sellaisiin palveluihin, jotka unionin tuomioistuinten oikeuskäytännön mukaan rajautuvat SEUT 57 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle.

412 Palveludirektiivi, johdanto-osa 70.

413 Palveludirektiivi, johdanto-osa 72.

palvelun tehtävänsä sekä miten ja missä määrin ne sen tekevät. Hankintadirektiivi siis viittaa jäsenvaltion toimivaltaan yhtäältä valita ne järjestämisen ja tuottamisen ratkaisut, jotka se katsoo perustelluiksi, ja määritellä tähän liittyvät SGEI-palvelut, kunhan määritelmän on unionin lainsäädännön mukainen. Kuten todettua, unionin lainsäädännössä ei kuitenkaan ole SGEI-palvelun määritelmää, vaan SGEI-palvelun määrittelyn toimivaltarajoja on haettava oikeuskäytäntöön ja perussopimuskirjauksiin nojautuen.

Oikeuskäytännössä on lisäksi täsmennetty, että laajasta harkintavallasta huolimatta jäsenvaltion on vedotessaan julkisen palvelun tehtävän olemassaoloon ja sen suojelun välttämättömyyteen joka tapauksessa huolehdittava, että tehtävä täyttää tietyt vähimmäisedellytykset.⁴¹⁴ Lisäksi jäsenvaltion on ilmoitettava ne syyt, joiden vuoksi se katsoo, että kyseistä palvelua voidaan erityispiirteidensä vuoksi pitää yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvänä palveluna ja että se voidaan erottaa muista taloudellisista toiminnoista.⁴¹⁵ Jollei perusteluja esitetä, EU-toimielinten ei yleisen tuomioistuimen mukaan ole mahdollista edes marginaalisesti harjoittaa asiassa *Altmark* asetettuun ensimmäiseen edellytykseen tai SEUT 106(2) artiklaan perustuvaa valvontaa, joka kohdistuu siihen, onko jäsenvaltio tehnyt ilmeisen virheen harkintavaltaansa käyttäessään.⁴¹⁶ Tuomioistuimen mukaan mainitut vähimmäisedellytykset ovat yhteisiä kaikille EU:n perussopimuksessa tarkoitetuille julkisen palvelun tehtäville.⁴¹⁷

Tällaisia edellytyksiä ovat muun muassa viranomaisten toimenpide, jolla kyseisille toimijoille annetaan julkisen palvelun tehtävä, ja tuon tehtävän yleisluonteisuus ja velvoittavuus. Jos jäsenvaltio ei näytä toteen, että nämä perusteet täyttyvät tai jos se ei noudata niitä, kyseessä saattaa sitä vastoin olla ilmeinen arviointivirhe, josta komissiolle on velvollisuus määrätä seuraamus sillä uhalla, että muutoin se itse tekee ilmeisen virheen.⁴¹⁸

Piernas López on huomauttanut, että *Analir*-tuomiossaan unionin tuomioistuin vaikutti päättävän jäsenvaltioiden voivan asettaa perusvapauksien puitteissa julkisen palvelun velvoitteita vain, jos ne osoittavat, että julkisen palvelun tarve on todellinen eivätkä markkinavoimat riitä vastaamaan kysyntään.⁴¹⁹

-- sallitaan jäsenvaltion asettaa meriliikenneyrityksille julkisen palvelun velvoitteita -- edellyttäen, että voidaan osoittaa julkista palvelua koskeva todellinen tarve, että kysei-

414 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 172; Asia C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova*, kohta 27; Asia C-237/04 *Enirisorse*, kohdat 33–34.

415 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 172.

416 *Ibid.*, kohta 172.

417 *Ibid.*

418 *Ibid.*

419 Piernas López 2018, s. 168–169; Asia C-205/99 *Analir*, kohta 71.

nen päällekkäinen soveltaminen toteutetaan ketään syrjimättä ja että se on oikeutettu suhteessa yleistä etua koskevaan tavoitteeseen.⁴²⁰

Komissio viittasi *Analir*-päätökseen myös SGEI-tiedonannossaan todetessaan, ettei olisi asianmukaista asettaa erityisiä julkisen palvelun velvoitteita sellaiselle toiminnalle, jota markkinoilla toimivat yritykset jo harjoittavat tai voivat harjoittaa tyydyttävästi ja yleisen edun mukaisilla ehdoilla, jotka valtio määrittää. Tällaisia ehtoja ovat esimerkiksi hinta, objektiiviset laatuominaisuudet, jatkuvuus ja palvelun saatavuus.⁴²¹ Piernas Lópezin mukaan EU:n yleisen tuomioistuimen 2010-luvun tuomiot näyttävät viittaavan siihen, että jäsenvaltioiden harkintavalta tiettyjen palvelujen määrittämisessä yleishyödyllisiksi palveluiksi on edelleen vähentynyt.⁴²² Piernas López viittaa tältä osin erityisesti tapauksiin *Orange*, *Iliad* ja *Colt Télécommunications France*, joissa tuomioistuin katsoi markkinapuutteen arvioinnin yhdeksi SGEI-määrittelyn elementiksi.⁴²³ Tapauksessa *Colt Télécommunications France* EU:n yleinen tuomioistuin katsoi markkinapuutteen olemassaolon arvioinnin jopa ennakoedellytykseksi sille, että toiminta voidaan luokitella SGEI-palveluksi. Tapauksessa *Iliad* yleinen tuomioistuin totesi, että markkinapuutteen käsite on objektiivinen ja sen arviointi perustuu todellisen markkinatilanteen analysointiin.⁴²⁴ Vaikka *Iliad* ja *Orange* päättyivät unionin tuomioistuimen arviointiin, ei tuomioistuin kiinnittänyt huomiota yleisen tuomioistuimen toteamuksiin markkinapuutteesta. Piernas López huomauttaa myös, että yleinen tuomioistuin ei viitannut ratkaisussaan *Analir*-tuomioon.⁴²⁵ Myöhemmissä *Andersen*- ja *Magic Mountain Kletterhallen*-tapauksissa yleinen tuomioistuin on todennut, että vaikka näyttö markkinoiden toimintapuutteesta voi olla merkityksellinen tekijä, jonka perusteella valtiontuki voidaan todeta sisämarkkinoille soveltuvaksi, tällainen näyttö ei ole välttämätön edellytys, sillä valtio voi joka tapauksessa perustella tuen olevan tarpeen yleisen edun mukaisen oikeutetun tavoitteen saavuttamiseksi.⁴²⁶ EU:n yleisen tuomioistuimen mukaan markkinoiden toimintapuutteen olemassaolo todennäköisesti oikeuttaa tuen myöntämisen, mutta puutteen osoittaminen ei kuitenkaan ole välttämätön edellytys SGEI-tuen hyväksyttävyydelle.⁴²⁷ Tässä valossa jäsenvaltioiden harkintavallan kaventuminen ei ole ainakaan yksiselitteisen tai korostetun merkittävää.

420 C-205/99 *Analir*, kohta 71.

421 Komission SGEI-tiedonanto (2012/C8/02), kohta 48.

422 Piernas López 2018, s. 168–169.

423 Asia T-258/10 *Orange*; Asia T-325/10 *Iliad*; Asia T-79/10 *Colt Télécommunications France*.

424 Asia T-325/10 *Iliad*, kohta 185; Asia C-205/99 *Analir*.

425 Piernas López 2018, s. 168–169.

426 Asia T-92/11 *Andersen*, kohta 69.

427 Asia T-162/13 *Magic Mountain Kletterhallen*, kohdat 78–79.

3.4.3. Sosiaali- ja terveyspalvelut SGEI-palveluina

Yleisellä tasolla voidaan todeta, että luonteeltaan taloudelliset sosiaali- ja terveyspalvelut, jotka jäsenvaltio haluaa määrittää SGEI-palveluiksi, voivat varsin useissa tapauksissa täyttää edellä kuvatussa oikeuskäytännössä muotoillut kriteerit, joiden mukaan kyse on oltava viranomaispäätöksellä annetusta julkisen palvelun tehtävästä, joka on yleisluonteinen ja velvoittava.

Komission SGEI-päätöksessä vahvistetaan edellytykset, joiden täytyessä tietyille SEUT 106 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yritykselle korvauksena julkisista palveluista myönnettävä valtiontuki soveltuu sisämarkkinoille eikä siihen sovelleta SEUT 108 artiklan 3 kohdan mukaista ilmoitusvaatimusta.⁴²⁸ SGEI-päätöksen lähtökohtana on, että ollakseen SGEI-päätöksessä määritellyn poikkeuksen piirissä, korvauksen vuotuinen arvo saa olla korkeintaan 15 miljoonaa euroa. Komission SGEI-päätöksen poikkeusta sovelletaan kuitenkin ilman oheista enimmäismäärää valtiontukeen, joka myönnetään ja joka kuuluu yhteen seuraavista luokista:

b) korvaus sairaanhoitopalveluja tarjoavien sairaaloiden tuottamista yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvistä palveluista, mukaan lukien soveltuvin osin hätäpalvelut; päätoimintoihin suoraan liittyvien oheistoimintojen harjoittaminen, erityisesti tutkimuksen alalla, ei kuitenkaan estä tämän kohdan soveltamista;

c) korvaus yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta sellaisten sosiaalisten tarpeiden täyttämiseksi, joissa on kyse terveydenhuollosta, pitkäaikaishoidosta, lastenhoidosta, työmarkkinoille pääsystä ja paluusta, sosiaalisesta asuntotarjonnasta sekä muita heikommassa asemassa olevien ryhmien hoidosta ja sosiaalisesta osallisuudesta;⁴²⁹

Komissio on myös SGEI-päätöksensä johdanto-osassa täsmentänyt sairaaloilla ja sosiaalipalveluista vastaavilla yrityksillä olevan erityisiä ominaispiirteitä, jotka olisi otettava huomioon.⁴³⁰

Erityisesti olisi otettava huomioon, että nykyisissä taloudellisissa olosuhteissa ja sisämarkkinoiden nykyisessä kehitysvaiheessa sosiaalipalvelujen tarvitseman tuen määrä saattaa ylittää tässä päätöksessä vahvistetun enimmäismäärän, jotta voidaan korvata julkisten palvelujen tuottamisesta aiheutuvat kustannukset.⁴³¹

428 Komission SGEI-päätös (2012/21/EU), artikla 1.

429 Komission SGEI-päätös (2012/21/EU), artikla 2.

430 Komission SGEI-päätös (2012/21/EU), johdanto-osa 11.

431 Komission SGEI-päätös (2012/21/EU), johdanto-osa 11.

Suurempien korvausten maksaminen sosiaalipalveluista ei komission mukaan välttämättä lisää kilpailun vääristymisen riskiä.⁴³²

Tämän vuoksi olisi sovellettava tässä päätöksessä säädettyä vapautusta ilmoitusvaatimuksesta myös yrityksiin, jotka vastaavat sosiaalipalveluista, mukaan lukien sosiaalinen asuntotarjonta muita heikommassa asemassa oleville kansalaisille ja yhteiskuntaryhmille, jotka eivät vähäisen maksukykynsä vuoksi kykene hankkimaan asuntoa markkinaehdoin, vaikka näiden yritysten saama korvaus ylittäisi tässä päätöksessä säädetyn korvauksen yleisen enimmäismäärän. Vapautusta ilmoitusvaatimuksesta olisi sovellettava myös sairaanhoitopalveluja tarjoaviin sairaaloihin, mukaan lukien soveltuvin osin hätäpalvelut ja niiden päätoimintoihin suoraan liittyvät liitännäispalvelut erityisesti tutkimuksen alalla. Jotta poikkeusta ilmoitusvaatimuksesta voitaisiin soveltaa, sosiaalipalvelut olisi yksilöitävä selvästi palveluina, jotka täyttävät sosiaaliset tarpeet terveydenhuollon, lastenhoidon, työmarkkinoille pääsyn ja paluun, sosiaalisen asuntotarjonnan sekä heikommassa asemassa olevien hoidon ja sosiaalisen osallisuuden kannalta.⁴³³

Sinnaeve on pitänyt edellä referoitua komission c) kohdan määritelmää ja erityisesti sen viimeistä virkettä ”muista heikommassa asemassa olevien ryhmien hoidosta ja sosiaalisesta osallisuudesta” laajana ja joustavana.⁴³⁴ Piernas López on kutsunut c) kohdan määritelmää kompromissiksi tarkkarajaisten ja täydellisen oikeusvarmuuden tarjoavien, muun muassa ryhmäpoikkeuksissa käytettävien, muotoilujen sekä riittävän joustavan, kaikenlaiset sosiaalipalvelut kaikissa jäsenvaltioissa kattavien muotoilujen välillä.⁴³⁵ Määritelmää on myös kritisoitu oikeudellisesta epävarmuudesta ja jäsenvaltioiden harkintavallan kaventamisesta.⁴³⁶ Määritelmän avoimuuden on oikeuskirjallisuudessa arvioitu johtavan siihen, että tarkempien rajanvetojen tekeminen jää soveltamiskäytännön varaan.⁴³⁷ Edellä kuvatusta poiketen b) kohdan muotoilua ”sairaanhoitopalveluja tarjoavien sairaaloiden tuottamista” palveluista voidaan pitää varsin tarkkarajaisena mutta myös soveltamisalaltaan olennaisesti kapeampana.

Komission SGEI-päätöksen 2 artiklan b) tai c) kohtien mukaisten määritelmien täyttämällä on olennaista vaikutusta siihen, miten palveluja voidaan toteuttaa ja rahoittaa jäsenvaltion varoista. Palvelun luokittelu SSGEI-palveluiksi komission SGEI-päätöksen tarkoittamalla tavalla mahdollistaa jäsenvaltion tarpeelliseksi arvioiman valtiontuen määrän myöntämisen ilman euromääräisiä rajoja ja ilman notifointivelvollisuutta, kunhan myöntämisessä täyttyvät muut SGEI-päätöksen

⁴³² Komission SGEI-päätös (2012/21/EU), johdanto-osa 11.

⁴³³ Komission SGEI-päätös (2012/21/EU), johdanto-osa 11.

⁴³⁴ Sinnaeve 2012.

⁴³⁵ Piernas López 2018, s. 170. Ks. myös Righini 2012, s. 13–14.

⁴³⁶ Barbier 2015.

⁴³⁷ Wehlander 2016, s. 263.

asettamat ja valtiontuen hyväksyttävyyttä koskevat kriteerit.⁴³⁸ Tästä näkökulmasta tiettyjen SGEI-palvelujen luokittelulla nimenomaan sosiaalista tarkoitusta toteuttaviksi SGEI-palveluiksi on siis oikeudellista lisäarvoa.⁴³⁹ Piernas López on lisäksi argumentoinut, että palvelun luokittelun sosiaalista tarkoitusta toteuttavaksi SGEI-palveluksi pitäisi vaikuttaa myös siihen, miten komissio ja EU:n tuomioistuin tulkitsevat SEUT 106(2) artiklaa: säännöksen nojalla tehtävässä suhteellisuusarvioinnissa olisi otettava huomioon osana EU:n yleistä etua se, että EU:n perussopimuksiin sisältyy Lissabonin sopimuksen jälkeisessä ajassa kilpailua ja vapaata liikkuvuutta koskevien tavoitteiden ohella myös sosiaalista suojelua koskevia tavoitteita.⁴⁴⁰ Baquero Cruz on arvioinut komission päättäneen jo niin sanotussa Altmark-paketissa soveltaa ”pehmeämpää” välttämättömyydestä yrittäessään sovittaa yhteen sosiaalipoliittisia tavoitteita sekä sisämarkkinoiden toiminnan ja toimivan kilpailun.⁴⁴¹

On todettava, että vaikka asiassa Altmark annettussa tuomiossa ja yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen paketissa esitetyt edellytykset koskevat erotuksetta kaikkia talouden aloja, niitä sovellettaessa on otettava huomioon tietyn alan erityisluonne. Unionin yleinen tuomioistuin on todennut muun muassa, että kun otetaan huomioon yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien tehtävien erityisluonne tietyillä aloilla, asiassa Altmark annettua tuomiota on sovellettava joustavasti viittaamalla siinä esitettyjen edellytysten henkeen ja tavoitteeseen, jotka ovat edellytysten taustalla, taval- la, joka on sovitettu yksittäistapauksen erityispiirteisiin.⁴⁴²

Baquero Cruzin mukaan Altmark-testi sulkee pois ainoastaan sen, että yritykselle, jolle on uskottu toimeksianto, maksetaan liikaa korvausta, mutta ei korvausten maksamista tehottomille palveluntarjoajille. Baquero Cruzin mukaan tämä ajattelu asettaa sosiaalipoliittiset tavoitteet taloudellisten näkökohtien edelle, sillä siinä hyväksytään tehottomat tai ainakin epäoptimaaliset järjestelyt SGEI-palvelujen tuottamiseksi ja lisätään näin jäsenvaltioiden harkintavaltaa.⁴⁴³ Piernas López ja Heinemann ovat todenneet, että EU:n kilpailusääntöjä olisi sovellettava perussopimukseen sisältyviin sosiaalisiin tavoitteisiin peilaten sekä johdonmukaisesti yhdessä perussopimuksen sosiaalista yhteenkuuluvuutta edistävien tavoitteiden, kuten sosiaalisen suojelun, syrjäytymisen ehkäisemisen tai yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen saatavuuden kanssa.⁴⁴⁴ Myös Lenaerts on esittänyt

438 Baquero Cruz 2013, s. 307.

439 Piernas López 2018, s. 172. Ks. myös mm. Neergaard et al. 2013.

440 Piernas López 2018, s. 170–172.

441 Baquero Cruz 2013, s. 304–312.

442 Asia T-137/10 *CBI*, kohdat 85–86; Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 160.

443 Baquero Cruz 2013, s. 311.

444 Piernas López 2018, s. 170–172; Heinemann 2018.

tällaista lähestymistapaa, jotta SEUT 9 artiklaan sisältyvät tavoitteet voidaan asianmukaisesti huomioida myös SGEI-palveluiden kontekstissa.⁴⁴⁵ Oikeuskäytännön pohjalta vaikuttaakin siltä, että kaikilla talouden sektoreilla SEUT 106(2) artiklan mukaista arviointia ei ole syytä tehdä alkujaan tyyppillisen kaupallisen toiminnan arvioimiseksi kehitetyn analyysin mukaisesti, sillä tällöin jätettäisiin huomiotta perussopimukseen sisältyvä tarve varmistaa sosiaalinen suojelu. Toisaalta SEUT 106(2) artiklaa koskeva oikeuskäytäntö on kuitenkin edelleen pätevä ja sovellettavissa myös sosiaalista tarkoitusta toteuttaviin SGEI-palveluihin ja sosiaali- ja terveysterveystoimintoihin, eikä primäärioikeuden sosiaalisen ulottuvuuden tulkinnallista merkitystä ole syytä ylikorostaa. EU:n yleinen tuomioistuin on esimerkiksi *Costantini*-tapauksessa todennut, että komissio ei voi yleisesti ehdottaa, että palveluja, joiden luokittelu SGEI-palveluiksi on riippuvainen kunkin jäsenvaltion kansallisesta politiikasta, vapautetaan sisämarkkinoita koskevien sääntöjen soveltamisesta.⁴⁴⁶ Toteamus liittyi komission hylkäämään eurooppalaiseen kansalaisaloitteeseen, jossa vaadittiin komissiota ehdottamaan lainsäädäntöä, jolla taattaisiin koko EU:ssa riittävä sosiaalinen suojelu ja laadukkaan vanhuuden hoivan saatavuus.⁴⁴⁷

Unionin tuomioistuin on muun muassa asiassa *Federutility* katsonut, että jäsenvaltioilla on oikeus unionin oikeutta noudattaen päättää SGEI-palvelujensa laajuudesta ja organisaatiosta ja ne voivat tältä osin ottaa huomioon erityisesti kansallisen politiikkansa tavoitteet.⁴⁴⁸ Soveltamiskäytännön valossa tämä jäsenvaltioiden harkintavalta vaikuttaa keskimääräisiä SGEI-palveluja laajemmalla, kun kyse on sosiaali- ja terveysterveystoimintoihin. EU:n yleinen tuomioistuin on *CBI*-tapauksessa todennut, että sovellettaessa SEUT 106(2) artiklaa sairaala-alaan, on otettava huomioon jäsenvaltioiden terveydenhuoltostrategian määrittämiseen sekä terveysterveystoimintojen ja sairaanhoidon järjestämiseen ja tarjoamiseen liittyvät velvollisuudet.⁴⁴⁹ Samoin yleinen tuomioistuin on tehnyt eroa eri SGEI-palveluiden välillä. Tuomioistuimen mukaan Altmark-kriteerejä ”ei voida soveltaa yhtä tiukasti” (*cannot be applied strictly*) sairaala-alaan kuin joihinkin muihin ”kiistatta taloudellisiin ja kilpailullisiin aloihin”.

Sovellettaessa SEUT 106(2) artiklaa on myös otettava huomioon tietyn julkisen palvelun markkinaulottuvuuden puuttuminen, koska sen luokittelu yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyväksi palveluksi selittyy ennemminkin sen vaikutuksella muutoin kilpailu- ja markkinahenkisellä alalla. Tästä seuraa, että koska unionin tuomioistuimen asiassa Altmark antamassa tuomiossa muotoilemat edellytykset koskevat liikennealaa,

⁴⁴⁵ Lenaerts 2012, s. 1264.

⁴⁴⁶ Asia T-44/14 *Costantini*, kohta 26. Tapaus liittyi komission hylkäämään eurooppalaiseen kansalaisaloitteeseen.

⁴⁴⁷ Asia T-44/14 *Costantini*.

⁴⁴⁸ Asia C-265/08 *Federutility*, kohta 29.

⁴⁴⁹ Asia T-137/10 *CBI*, kohta 92.

joka on kiistatta taloudellinen ja kilpailullinen ala, niitä ei voida soveltaa yhtä tiukasti sairaala-alaan, joka ei ole välttämättä yhtä kilpailu- ja markkinahenkinen ala.⁴⁵⁰

EU:n yleinen tuomioistuin on arvioinut asetelmaa samankaltaisesti myös *BU-PA*-asiassa, jossa se totesi, että Altmark-kriteereitä ”on syytä soveltaa siinä hengessä ja niiden tavoitteiden mukaisesti, jotka ovat määräävästi vaikuttaneet niiden asettamiseen, sovittamalla ne nyt esillä olevan asian erityispiirteisiin”. Asiassa oli kyse Irlannin sosiaalista tarkoitusta toteuttaneesta yksityisten sairausvakuutusmarkkinoiden riskintausjärjestelmä. EU:n yleinen tuomioistuin on lisäksi yleisradiotoimintaa koskeneessa *SIC*-tapauksessa todennut, että palvelun luokittelu yleishyödylliseksi palveluksi selittyy ”ennemminkin sillä vaikutuksella, joka julkisen palvelun yleisradiotoiminnalla on tosiasiallisesti muutoin kilpailu- ja markkinahenkisellä yleisradioalalla, eikä niinkään julkisen palvelun yleisradiotoiminnan väitetyllä markkinaulottuvuudella”.⁴⁵¹ Samaa logiikkaa voidaan soveltaa myös sosiaali- ja terveyspalveluihin, joilla ei myöskään ole suoraa kaupallista luonnetta ja joille löytyy yleisradiotoiminnan tavoin vahva liityntäpinta unionin arvoihin ja perussopimusten säännöksiin.

Tuomioistuin on sosiaalisten SGEI-palveluiden kohdalla tehnyt eräänlaista suhteellisuusarviointia kilpailun vääristymisen eli EU:n yleisen edun sekä jäsenvaltion esimerkiksi sosiaalisten etujen välillä.⁴⁵² Tällaista sote-sektoriin ja SGEI-palveluihin kytkeytyvää soveltamiskäytäntöä edustavat muun muassa sairaankuljetuspalveluja koskeva *Ambulanz Glöckner* -tapaus, täydentäviä sairaskorvauksia koskenut *AG2R*-tapaus, pakollista yksityistä sairaskorvauksia koskenut *Zorgverzekeringswet*-tapaus sekä täydentäviä vakuutuksia koskenut *BUPA*-tapaus.⁴⁵³ Oikeuskäytäntö osoittaa, että päätösten kontekstilla ja tosiseikoilla on olennaista merkitystä myös SGEI-palveluiden kohdalla: esimerkiksi laajakaistapalveluja ja -rakentamista sekä sosiaali- ja terveyspalveluja arvioidaan näennäisesti samankaltaisen SGEI-arvioinnin kautta, mutta soveltamiskäytännössä kontekstilla ja palveluiden luonteella on annettu merkittävääkin painoarvoa. Tämä osaltaan lisää SGEI-määritelmän oikeudellista epätasaisuutta ja vaikeaselkoisuutta, mutta toisaalta tasapainottaa kaavamaisista tai tarkkarajaisempaa ratkaisua paremmin yhteen jäsenvaltioiden ja unionin toimivaltarojoja eri yhteiskunnan ja talouden sektoreilla.

Kun paikannetaan pääosin tutkimuksen piirissä luodun sosiaalista tarkoitusta toteuttavan SGEI-palvelun käsitteen, ja tämän taustalla vaikuttavien perusoikeussäännösten sekä SGEI-päätösten poikkeusten, vaikutusta unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja Euroopan komission ratkaisukäytäntöön, kuva ei kuitenkaan

450 Asia T-137/10 *CBI*, kohdat 88–89. Ks. myös asia T-442/03 *SIC*, kohta 153.

451 Asia T-442/03 *SIC*, kohta 153.

452 Piernas López 2018, s. 168–169. Ks. myös Lenaerts 2012, s. 1255.

453 van de Gronden – Guy 2021, s. 76–77; Asia C-475-99 *Ambulanz Glöckner*; Asia C-437/09 *AG2R*; Commission Decision C (2005) 1329 final; Asia T-289/03 *BUPA*.

ole yksiselitteinen.⁴⁵⁴ Yhtäältä unionin yleinen tuomioistuin on hyväksynyt, että SEUT 106(2) kohdan soveltaminen voi vaihdella eri aloilla ja että se voi olla joustavampaa sosiaaliseen suojeluun läheisesti liittyvillä aloilla kuten sosiaali- ja terveydenhuollossa.⁴⁵⁵ Toisaalta komissio ja tuomioistuimet eivät ole ainakaan täysimääräisesti hyödyntäneet Lissabonin sopimuksen jälkeisen primäärioikeuden tarjoamia mahdollisuuksia.⁴⁵⁶ Oikeuskirjallisuudessa esitetyt tulkinnot esimerkiksi SEUT 9 artiklan, SEU 3(3) artiklan, SEUT 7 artiklan ja EU:n perusoikeuskirjan 36 artiklan mahdollisista rooleista sovellettaessa SEUT 106(2) kohdassa tarkoitettua suhteellisuustestiä voivat soveltamiskäytännön valossa näyttäytyä myös jossain määrin ylioptimistisena sen osalta, kuinka olennaista vaikutusta mainituille luonteeltaan sosiaalisille perussopimusmuotoiluille on tosiasiaassa perusteltua antaa SEUT 106(2) artiklaa sovellettaessa.⁴⁵⁷ Skeptikko voisi todeta, että vaikka ”sosiaalisempaa” kilpailu- ja sisämarkkinaoikeutta on oikeuskirjallisuudessa tutkittu runsaasti ja jopa vaadittu innokkaasti, on muutoksen koko maltillinen ja rajautunut lähinnä kansallisen harkintavallan asteittaisena laajentumisena tiettyjen sosiaalisilla perusteilla perusteltavien SGEI-palveluiden kohdalla sekä komission SGEI-päätöksen sote-palveluita koskevissa poikkeuksissa. SGEI-palveluksi määrittämisen mahdollisuutta on kansallisen lainsäätäjän näkökulmasta arvioitava yleisen SGEI-palveluja koskevan soveltamiskäytännön valossa, jossa sosiaali- ja terveyspalvelut kiinnittyvät osin erityiseen tarkasteluasemaan ja komission SGEI-päätöksen omiksi kategorioikseen, mutta kuitenkin osaksi vakiintuvaa oikeuskäytäntöä.

Sote-palveluiden ja SGEI-arvioinnin kontekstissa oma relevantti kysymyksensä liittyy vielä siihen, miten määritellään SGEI-palvelut, näiden liitännäispalvelut sekä muut taloudelliset palvelut kuin SGEI-palvelut. Tulkinnan lähtökohtana on, että toimintaa voidaan pitää SGEI-palvelun liitännäistoimintana, jos se liittyy suoraan kyseisen SGEI-palvelun tarjoamiseen ja on sen kannalta välttämätön tai liittyy siihen erottamattomasti. Liitännäistoiminta liittyy erottamattomasti SGEI-palvelun tarjoamiseen esimerkiksi silloin, kun kyseinen toiminta käyttää samoja tuotantopanoksia kuin kyseinen SGEI-palvelu, esimerkiksi materiaalia, laitteita, työvoimaa ja kiinteää pääomaa. Liitännäistoimintojen on pysyttävä luonteeltaan rajattuina.⁴⁵⁸ Tässä rajanvedossa on jäljempänä 4 luvussa tarkasteltavalla tavalla merkitystä myös komission SGEI-päätöksellä ja sillä, kuuluuko palvelu 2 artiklan b) vai c) kohdan soveltamisalaan.

Lopuksi on syytä huomata, että kuten taloudellisen toiminnan käsitteen ja vapaan liikkuvuuden kohdalla, myös SGEI-palveluiden kontekstissa joudutaan tekemään

454 Piernas López 2018, s. 172.

455 Ibid., s. 172.

456 Ibid., s. 172.

457 Ibid.

458 Ks. osa IV luku 4.2.3.

rajankäyntiä suhteessa sisämarkkinasääntöihin ja perusvapauksiin. Nikolić sekä Thomson ja Mossialos ovat havainnoineet soveltamiskäytännön olevan tältä osin vaihtelevaa.⁴⁵⁹ BUPA-oikeuskäytännön valossa jäsenvaltiolta on yhtäältä laajaa harkintavaltaa SGEI-palveluin määrittelyssä ja siten mahdollisuus rajata kytkeytyvien yksityiset vapaaehtoiset sairaskuluvakuutukset SGEI-palveluiksi, eikä tällöin lähtökohtaisesti tarvitsisi arvioida, ovatko jäsenvaltion näiden palveluiden osalta käyttöön ottamat toimet vapaata liikkuvuutta koskevien oikeussääntöjen mukaisia.⁴⁶⁰ Toisaalta komissio ja unionin tuomioistuin ovat muun muassa Belgian vapaaehtoisten sairaskuluvakuutusten kohdalla katsoneet, että vakuutuksia koskeneen sekundäärilainsäädännön soveltamista ei voitu välttää viittaamalla SGEI-poikkeukseen, sillä markkinoilla oli mahdollista toimia myös sekundäärilainsäädäntöä noudattamalla.⁴⁶¹ Nikolićin mukaan komissio ja unionin tuomioistuin noudattivat samaa lähestymistapaa myös aiemmassa Belgiaa koskeneessa ja myöhemmässä Sloveniaa koskeneessa asiassa.⁴⁶² Nikolićin mukaan oikeuskäytäntö viittaa lähestymistapaan, jonka mukaan jäsenvaltiot tai EU:n toimielimet eivät voi kumota vapaata liikkuvuutta koskevien sääntöjen soveltamista SGEI-poikkeuksella, vaan mahdolliset toimet on vapaaehtoisten sairaskuluvakuutusten tapauksessa oikeutettava Solvenssi II -direktiivin 206 artiklan nojalla.⁴⁶³ Vastaavaa lähestymistapaa voitaneen soveltaa jos-sain määrin myös muihin vapaaseen liikkuvuuteen kytkeytyviin oikeussääntöihin, vaikka spesifit oikeuttamisperusteet ja asiaan kytkeytyvät sekundäärilainsäädännön kirjaukset vaihtelevat.

3.5. EU:n hankintaregiimi harkintavallan rajana

Sosiaali- ja terveydenhuollon rahoitus ja palveluihin pääsyn varmistaminen on Euroopassa vakiintuneesti kuulunut kansallisiin julkisen vallan tehtäviin, mutta palveluja järjestettäessä on otettava huomioon myös EU-oikeudelliset julkisia hankintoja koskevat oikeussäännöt. Tässä tutkimuksen alaluvussa tarkastellaan EU:n hankintaregiimin roolia kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajana sekä asetelmia, joita hankintaregiimin ja kilpailuregiimin rajankäynnistä syntyy.

Jonkinlaisena tarkastelun lähtökohtana voidaan todeta, että EU-oikeuden soveltamisalalla sosiaali- ja terveystalouden palveluiden järjestämiseen ja tuottamiseen suunnattava julkiset varat on joko maksettava puolueettomaan kilpailuun perustuvan tarjouskilpailun perusteella ja läpinäkyvin perustein, tai sitten ne on

459 Nikolić 2020 s. 168–169; Thomson – Mossialos 2010, s. 457.

460 Vapaaehtoisten sairaskuluvakuutuksen kohdalla ennen kaikkea Solvenssi II -direktiivin 206 artiklan mukaisia.

461 Asia C-41/10 *komissio v. Belgia*, kohta 24.

462 Nikolić 2020, s. 168–169; Asia C-206/98 *komissio v. Belgia*; Asia C-185/11 *komissio v. Slovenia*.

463 Nikolić 2020, s. 168–169.

arvioitava perussopimuksen valtioneukisääntöjen valossa.⁴⁶⁴ Tämän tutkimuksen näkökulmasta julkisia hankintoja koskeva sääntely, perussopimuksen vapaata liikkuvuutta koskevat oikeussäännöt sekä valtioneukisäännöt ovat yhtä lailla rajoituksia kansallisen lainsäätäjän harkintavaltaan tilanteissa, joissa lainsäätävä haluaa rakentaa kansallista sote-järjestelmää yksityistä sektoria ja markkinamekanismeja hyödyntäen. Näiden merkitys ei kuitenkaan ole vakio, eikä näihin myöskään tässä tutkimuksessa siksi syvennytä yhteismitallisesti, vaan merkittävästi enemmän huomiota saavat kilpailu- ja valtioneukisääntöjen kannalta tärkeät rajanvedot erityisesti taloudellisen toiminnan ja SGEI-palveluja koskien. Esimerkiksi Raitio ja Miettinen ovat todenneet, että julkisten hankintojen sääntelyn luonne ei ole valtioneukia koskevan sääntelyn tavoin kieltoperustaista ja restitutiivista, vaan hankintasääntely pyrkii ohjaamaan hankintaprosessia aktiivisesti ja positiivisesti.⁴⁶⁵ EU-oikeudessa julkisten hankintojen sääntely mielletään usein osaksi sisämarkkinaoikeutta, ei kilpailuoikeutta. Näin ollen julkisten hankintojen tehtäväksi ei ole perinteisesti nähty kilpailun edistämistä, vaan tavoitteet ovat keskittyneet julkisen päätöksenteon ja rahankäytön läpinäkyvyyteen sekä rajat ylittävän kaupan esteiden poistamiseen hankintajärjestelmien harmonisoinnilla.⁴⁶⁶ Hankintasäännöissä kyse on ennen kaikkea hankintojen prosesseja ja vain pieneltä osin sisältöä sääntelevistä oikeusohjeista. Yleisellä tasolla julkisen ja yksityisen välistä ostoprosessia sääntelevä hankintaregiimi on myös luonteeltaan suppeampi kuin laajempi kilpailuregiimi, joka koskee erilaisia yksityisiä toimijoita hyvin monenlaisissa horisontaalisissa ja vertikaalisissa suhteissa.

Valtioneuki-, hankinta- ja kilpailusäännöt poikkeavat toisistaan myös rakenteellisesti. Kilpailusääntelyä ja -politiikkaa toteutetaan sisämarkkinoilla ainakin lähtökohtaisesti yhdenmukaisesti kaikissa jäsenvaltiossa, sillä se perustuu pääosin joko suoraan sovellettaviin asetuksiin tai perussopimuskirjauksiin. Julkisten hankintojen kohdalla laajemmin käytetty direktiivimuoto on puolestaan jättänyt jäsenvaltioille harkintavaltaa, ja julkisten hankintojen sääntelyyn liittyy vahva yhteiskuntapoliittinen ja hallinnon järjestämisen tapoihin kytkeytyvä elementti. Hankintadirektiivissä annetun harkintavallan perusteina voidaan pitää ainakin EU-lainsäätäjän halua ottaa huomioon kansalliset erityispiirteet ja herkkyydet.⁴⁶⁷ Lisäksi on huomattava, että unionin tuomioistuin on muun muassa *Irgita*-tapauksessa todennut, ettei unionin hankintaregiimillä viedä jäsenvaltioilta vapautta suosia tiettyä palvelujen tarjoamistapaa, rakennusurakan toteuttamistapaa tai tavaroiden hankkimistapaa muiden tapojen kustannuksella. Jäsenvaltio voi valita, hoidetaanko tehtävä esimerkiksi viranomaisten omana työnä tai sidosyksikössä vai käytetäänkö tehtävän hoitamisessa

464 Hatzopoulos 2010, s. 380.

465 Raitio – Miettinen 2021, s. 150.

466 Halonen 2021, s. 1118.

467 Bovis 2018, s. 109.

yksityisiä toimijoita (ns. *make or buy* -päätös). Tuomioistuimen mukaan kyseessä on valinta, joka tehdään ennen hankintasopimuksen tekemistä, eikä se näin ollen voi kuulua hankintadirektiivin soveltamisalaan.⁴⁶⁸

Bovis on todennut, että julkisia hankintoja koskevan sääntelyn poliittinen ulottuvuus ei kuitenkaan rajoitu pelkästään valittujen säädösinstrumenttien luonteeseen, vaan regiimin yhteys ordoliberaaliin ajatteluun näkyy myös perusteissa, joilla julkinen hankkija voi valintaansa tehdä. Julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä on perinteisesti määritelty kaksi kriteeriä, joiden perusteella hankintaviranomaiset myöntävät julkisia sopimuksia: alhaisin hinta tai kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous.⁴⁶⁹ Ensimmäinen kriteeri lähtee siitä, että ellei ole päätetty erityisiä laadullisia kriteereitä tai taloudellista tilannetta koskevia poikkeuksia, hankintaviranomaiset perustavat päätöksensä suoraan tarjottuun hintaan ja sopimus myönnetään tarjoajalle, joka on antanut alhaisimman tarjouksen.⁴⁷⁰ Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen kriteeri voi sisältää puolestaan monenlaisia elementtejä, jotka hankintaviranomainen on hankintaa varten valinnut. Näitä voivat olla hinnan lisäksi mm. nopeus, toimitusvarmuus, käyttökustannukset, laatu, kustannustehokkuus, teknologinen uutuusarvo, esteettiset arvot, toiminnalliset ominaisuudet, hankinnan jälkeinen lisäpalveluvalikoima tai teknisen tuen, varaosien ja komponenttien saatavuus.⁴⁷¹ Unionin tuomioistuin on katsonut, että kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen kriteeriä tulee tulkita joustavasti eikä kriteeristöä ole tyhjentävästi määritelty hankintadirektiiveissä. Hankintayksiköillä on näin mahdollisuus valita varsin laajasti erilaisia, kunkin hankinnan kannalta perusteltuja hankintakriteerejä, kunhan näiden kriteerien merkitys ja painoarvo käyvät selkeästi ilmi tarjouspyyntöasiakirjoista.⁴⁷²

Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen konseptia ja kriteeristöä voidaan ajatella mahdollisuutena tasapainottaa julkisten hankintojen taloudellisia näkökohtia sekä politiikkatavoitteita ja yhteiskuntapoliittisia valintoja.⁴⁷³ Unionin tuomioistuin on useissa tapauksissa pitänyt kiinni taloudellisen lähestymistavan tärkeydestä, mutta toisaalta hyväksynyt hankintaviranomaisten harkintavallan käyttää myös muunlaisia valintaperusteina.⁴⁷⁴ Esimerkiksi tapauksessa *Concordia Bus* unionin tuomioistuin hyväksyi sittemmin hankintadirektiiveihin kodifoidun mahdollisuuden ottaa huomioon ympäristönäkökohtia julkisia hankintoja tehtä-

468 Asia C-285/18 *Irgita*, kohdat 43–44.

469 Bovis 2018, s. 109.

470 Ibid., s. 110. Hankintayksikkö voi kuitenkin hylätä hankinnan laatuun ja laajuuteen nähden hinnaltaan poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen. Hankintayksiköllä on velvollisuus pyytää tällaiselta tarjoajalta selitystä tarjouksen poikkeuksellisen alhaiselle hintatasolle. Tarjoajalle annetaan myös riittävä aika toimittaa lisätietoja ennen kuin hankintaviranomaiset tekevät päätöksen sopimuksen tekemisestä.

471 Ibid.

472 Asia C-31/87 *Beentjes*, kohdat 19–22.

473 Bovis 2018, s. 110.

474 Ibid., s. 113.

essä, kunhan ympäristönäkökohtien huomioiseen kytkeytyvät perusteet liittyivät hankinnan kohteeseen, ne eivät antaneet hankintaviranomaiselle rajoittamatonta valinnanvapautta, ne oli nimenomaisesti mainittu tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa ja ne noudattivat kaikkia yhteisön oikeuden perusperiaatteita, erityisesti syrjintäkiellon periaatetta.⁴⁷⁵ *Beentjes*-tapauksessa unionin tuomioistuin hyväksyi pitkäaikaistyöttömyyden torjuntaan tähtäävät toimenpiteet tietyin ehdoin osaksi kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määritelmää. Tuomioistuimen mukaan pitkäaikaistyöttömien työllistämistä koskeva sopimusehto voitiin eräissä tapauksissa sallia, kunhan sillä ei ole suoraa tai välillistä syrjivää vaikutusta muista jäsenvaltioista tuleviin tarjouksiin.⁴⁷⁶ Tapauksessa *Nord-pas-de-Calais* unionin tuomioistuin katsoi, että hankintadirektiivi ei estänyt hankintayksikköä käyttämästä kriteerinä työttömyyden vastaiseen kampanjaan liittyvää ehtoa osana kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämistä, jos tämä ehto on yhdenmukainen kaikkien unionin oikeuden perusperiaatteiden kanssa, erityisesti sijoittautumisoikeutta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevista perussopimuksen määräyksistä ilmenevän syrjimättömyysperiaatteen kanssa.⁴⁷⁷

Bovis on kuvannut unionin tuomioistuimen omaksuneen hankintaviranomaisten hankintavallan laajuuden osalta kaksijakoisen kannan: myönteisen ja samalla rajoittavan. Siltä osin kuin säännöt sallivat harkintaa, tuomioistuin ei ole ottanut jäsenvaltioilta ja niiden hankintaviranomaisilta takaisin tätä harkintavaltaa, vaan se on monissa tapauksissa laajentanut asteittain hankintasopimuksen tekomenettelyjen joustavuusperusteita.⁴⁷⁸ Bovin mukaan unionin tuomioistuin on katsonut, että hankintasopimuksen myöntämisperusteita on tulkittava joustavasti eikä tuomioistuimella ole ollut vaikeuksia todeta, että hankintaviranomaiset voivat käyttää kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta hankintasopimuksen myöntämisperusteena tavalla, jossa hankintayksiköt voivat varsin laajasta mahdollisuuksien avaruudesta valita ne tekijät, joita nämä haluavat soveltaa tarjousten arvioinnissa.⁴⁷⁹

Edellä tarkasteltu kuvaa julkisia hankintoja koskevaan EU-säännöstöön sisältyvää joustavuutta, joka ilmenee hankintaviranomaisille annettuna mahdollisuutena ottaa huomioon yhteiskuntapoliittisia ja esimerkiksi sosiaalipoliittisia näkökohtia.⁴⁸⁰ Julkisten hankintojen lisäksi myös valtiontukisääntelyn puitteisiin on luotu mekanismeja, jotka tarjoavat kansalliselle lainsäätäjälle ja viranomaisille joustavuutta toteuttaa mm. aluekehitykseen liittyviä tavoitteita tai elinkeinopolitiikkaa, mutta näiden luonne on lainsäätäjää rajoittavampi.⁴⁸¹

⁴⁷⁵ Asia C-513/99 *Concordia Bus*, kohta 69.

⁴⁷⁶ Asia C-31/87 *Beentjes*.

⁴⁷⁷ Asia C-225/98 *komissio v. Ranska*, kohta 50.

⁴⁷⁸ Bovis 2018, s. 115.

⁴⁷⁹ Asia C-31/87 *Beentjes*, kohta 19.

⁴⁸⁰ Bovis 2018, s. 117.

⁴⁸¹ Ibid.

Sosiaali- ja terveystaloudellisten tai yleisemmin sosiaalisten tavoitteiden toteuttaminen julkisten hankintojen avulla sosiaali- ja terveyspalveluja järjestettäessä on siis monissa tapauksissa oikeudellisesti mahdollista. Tällaista lähestymistapaa voidaan perustella esimerkiksi tarpeella edistää jäsenvaltioiden yhteiskuntapolitiittisia valintoja ja tarpeita, kuten pitkäaikaistyöttömyyden torjumista, tulojen tasaista jakautumista, sosiaalista syrjäytymistä ja vähemmistöjen suojelua.⁴⁸² Toisaalta lähestymistapa on ristiriidassa julkisten hankintojen sääntelyn perustavoitteiden kanssa, joina voidaan pitää ainakin läpinäkyvää ja tehokasta julkisten varojen käyttöä sekä tavaroiden ja palveluiden laatua.⁴⁸³ Kaikkia tavoitteita ei voida edistää samanaikaisesti ja useiden tavoitteiden edistäminen samanaikaisesti heikentää ohjauskeinojen tehokkuutta.⁴⁸⁴ Tältä osin voidaan viitata esimerkiksi niin sanottuun Tinbergen sääntöön, jonka mukaan yhdellä ohjauskeinolla tulisi pyrkiä vain yhteen yhteiskuntapolitiittiseen tavoitteeseen.⁴⁸⁵ Sosiaalipoliittisiin tavoitteisiin julkisten hankintojen kautta pyritessä voitaisiin esimerkiksi ajautua tilanteeseen, jossa julkinen sektori joutuu makamaan hankinnoistaan enemmän kuin tilanteissa, joissa hankinnalle asetettaisiin vain julkisten varojen tehokkaaseen käyttöön liittyviä tavoitteita.⁴⁸⁶

Tämän tutkimuksen lähtökohtana on kansallisen lainsäätäjän näkökulma ja EU-oikeuden oikeussääntöjä tarkastellaan kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajoituksena. Tästä näkökulmasta EU:n hankintaregiimi ei edellä kuvatulla tavalla näyttäyty erityisen olennaisena kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajoituksena, vaan yksityiseltä hankittavaksi päätettäviä palveluja on mahdollista hankkia hankintasääntöjen mukaisilla prosesseilla kansallisesti päätettävässä laajuudessa.⁴⁸⁷ Sanottu ei tarkoita, etteikö EU-tasolla ja kansallisesti päätetyllä hankintasääntelyllä olisi olennaista merkitystä siinä, miten yksityisen ja julkisen välisiä järjestelyjä voidaan käytännössä toteuttaa, mutta sitä ei kuitenkaan voida pitää luonteeltaan olennaisena rajoituksena kansallisen lainsäätäjän harkintavaltaan rakentaa hyväksi katsomaansa sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisen ja tuottamisen ratkaisua järjestelmätasolla.

Vaikka hankintasääntöjen sisältöä ei sinänsä voida ajatella olennaisena kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajoituksena, voi merkitystä olla myös näiden kilpailu- ja hankintaregiimien soveltamisalojen rajankäynnillä. Oikeuskirjallisuudessa EU:n julkisia hankintoja ja valtiontukia sekä laajemmin kilpailuoikeutta koskevien sään-

482 Ibid., s. 114.

483 Ks. esim. hankintalain 2 §.

484 Halonen 2021, s. 1113.

485 Ibid. Ks. myös Tinbergen 1952; Lundberg – Marklund 2018.

486 Bovis 2018, s. 115; Ks. myös Bovis 1998; Costamagna 2017.

487 Hankintadirektiivin mukaisia hankintamenettelyitä ovat avoin menettely, rajoitettu menettely, tarjousperusteinen neuvottelumenettely, kilpailullinen neuvottelumenettely, innovaatiokumppanuus (31 artikla), neuvottelumenettely, josta ei julkaista ilmoitusta (suorahankinta), puitejärjestelyt, dynaamiset hankintajärjestelmät ja sähköiset huutokaupat.

töjen välisiä suhteita on kuvattu ja kontekstualisoitu hyvin monilla eri tavoilla. Valtiontukien ja hankintasääntöjen on kuvattu kehittyneen pitkälti toisista erillään.⁴⁸⁸ Hofmann ja Micheau ovat todenneet julkisia hankintoja ja valtiontukia koskevan sääntelyn välisen suhteen olevan yhtäältä symbioottinen ja toisaalta epäsymmetrinen.⁴⁸⁹ Hatzopoulousin mukaan valtiontuen ja julkisten hankintojen välillä on looginen yhteys.⁴⁹⁰ Mikäli kansalliset viranomaiset haluavat suosia tiettyjä toimijoita tietyillä markkinoilla, ne voivat tehdä sen kahdella tavalla, eli myöntämällä näille suoraan julkisia tukia tai välillisesti tekemällä julkisia hankintasopimuksia. Molempia näitä koskevien EU-sääntöjen tarkoituksena on estää viranomaisia puuttumasta perusteettomasti markkinoihin, eli kyse on saman kolikon kahdesta eri puolesta.⁴⁹¹ Hatzopoulousin mukaan tästä seuraa, että säännöstöjä ei tule soveltaa samanaikaisesti vaan vaihtoehtoisesti, koska molemmilla pyritään samoihin tavoitteisiin. Hankintayksikköjen määrittelyssä käytettävät kriteerit ovat hyvin samankaltaisia kuin ne, joita unionin tuomioistuimien arvioidessaan, onko jotain toimintaa pidettävä taloudellisena ja sitä harjoittavaa yrityksenä. Hatzopoulousin mukaan silloin, kun hankintayksikön ja yrityksen määrittelyssä käytettyjä kahta kriteeriryhmää sovelletaan johdonmukaisesti, sellaista yksikköä, jota ei pidetä yrityksenä, pidetään yleensä hankintayksikkönä.⁴⁹² Näin ollen tiettyyn yksikköön sovelletaan joko kilpailu- ja valtiontukisääntöjä tai julkisia hankintoja koskevia sääntöjä, mutta ei molempia. Sama yksikkö voi olla yritys joidenkin toimintojensa osalta ja viranomainen toisten toimintojensa osalta, mutta kuhunkin toimintoon olisi sovellettava vain yhtä sääntökokonaisuutta.⁴⁹³

Koska valtiontukisääntöjen soveltamisen edellytyksenä on, että tuen saajan on oltava yritys, julkisyhteisöjen väliset tai luonteeltaan ei-taloudellisten toimijoiden hyväksi tehdyt rahansiirrot eivät kuulu näiden sääntöjen soveltamisalaan. Toisaalta julkisia hankintoja koskevia sääntöjä katsotaan sovellettavan niin sanottuihin julkisiin markkinoihin, joilla valtio ja sen elimet toimivat yleisen edun nimissä eivätkä voiton maksimoimiseksi.⁴⁹⁴ Näin ollen julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitettuja hankintayksiköjä ovat valtion viranomaiset, alue- tai paikallisviranomaiset, julkisoikeudelliset laitokset sekä yhden tai useamman tällaisen viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamat yhteenliittymät.⁴⁹⁵ Käytännössä rajankäynti hankintasääntöjen ja valtiontukisääntöjen soveltamisalan rajoilla ei

488 Huikko – Ukkola 2014, s. 213.

489 Hofmann – Micheau 2016, s. 161 ja 180.

490 Hatzopoulos 2010, s. 380. Ks. myös Bartosch 2002; Bovis 2005.

491 Hatzopoulos 2010, s. 382.

492 Ibid., s. 383–384.

493 Ibid., s. 383–384.

494 Ibid., s. 382. Ks. myös Bovis 2002.

495 Hankintadirektiivi 2014/24/EU, 2 artiklan 1 kohdan 1 alakohta. Suomessa on lisäksi kansallisesti säädetty, että hankintalain soveltamisalassa on mikä tahansa taho silloin, kun se saa hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta hankintayksiköltä.

välttämättä ole yksinkertaista eikä Hatzopoulousin kuvaama joko-tai-sääntö ole organisaatioiden tasolla poikkeukseton, vaikka yksittäisten transaktion tasolla voitaneen ajatella valtiontuki- ja hankintasääntöjen olevan soveltamisalaltaan keskenään vaihtoehtoisia. Lainsäätäjän näkökulmasta sote-järjestelmiä ei kuitenkaan järjestetä yksittäisten transaktioiden vaan enemmänkin järjestelmän luovien organisaatioiden tasolla, jolloin tällaisella soveltamisalojen päällekkäisyydellä ja lomittaisuudella voi olla merkitystä. Esimerkiksi organisatorisesti julkishallinnon osaksi kuuluva yksikkö voi harjoittaa toimintaa, joka on luonteeltaan taloudellista, ja tulla näin arvioituksi valtiontukisääntöjen valossa. Samanaikaisesti kyse voi edelleen olla valtion viranomaisesta tai muuten hankintasääntöjen piiriin kuuluvasta toimijasta. Koska soveltamisalojen rajankäynti ei tapahdu täysin yhtenäisten kriteerien kautta, teorias-
sa mahdollista mutta käytännössä mahdotonta lienee myös se, että jokin toiminto välttäisi luonteensa vuoksi sekä valtiontuki- että hankintasääntöjen soveltumisen. Esimerkiksi *FENIN*-tapauksessa unionin tuomioistuin totesi, että Espanjan kansallisen terveydenhuoltojärjestelmän SNS:n (Servicio Nacional de Salud) ostotoimintaa ei voida erottaa ostettujen tavaroiden myöhemmästä käytöstä. Jos siis SNS:n tarjoama lääketieteellinen hoito on luonteeltaan puhtaasti sosiaalista, sitä ei voida luokitella taloudelliseksi toiminnaksi.⁴⁹⁶ Arviossa keskeistä on tavaroiden ja palvelujen tarjoamisen luonne eikä niiden ostaminen tietyillä markkinoilla. Tällaisen argumentaation seurauksena tavaroiden hankinnat jäävät kilpailulainsäädännön ulkopuolelle, mikäli ostettujen tavaroiden tai palvelujen myöhempää käyttöä ei tarjota markkinoilla.⁴⁹⁷ Mainitussa *FENIN*-tapauksessa SNS:n tavarantoimittajat valittivat toistuvista maksuviiveistä, joita olisi kilpailulainsäädännön valossa voitu tarkastella SEUT 102 artiklan mukaisena määräävän aseman väärinkäyttönä.⁴⁹⁸ Koska kyseessä ei kuitenkaan ollut taloudellinen toiminta, kilpailulainsäädäntöä ei voitu soveltaa, eikä ostoihin soveltuneessa julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä ole vastaavia sääntöjä.⁴⁹⁹ Tapausta voidaan ajatella esimerkkinä valtiontukisääntöjen, taloudellisen toiminnan käsitteen ja hankintasääntöjen välisestä rajankäynnistä sekä sen konkreettisista seurauksista eri osapuolten oikeudelliseen asemaan.

Suomalaisessa kontekstissa hankintaregiimin eri elementtejä on arvioitu useissa kansallisissa oikeustapauksissa, joissa kyse on ollut kilpailuttamisvelvoitteen laiminlyönnistä tai muusta vastaavasta hankintaregiimin ja siis käytännön tasolla tämän kansalliseen lainsäädäntöön implementoitujen velvoitteiden välttämisestä. Näiden erittelyyn ei tässä yhteydessä lähdetä, mutta tutkimuskysymyksen kannalta kiinnostavaa rajankäyntiä käytiin muun muassa Sipilän hallituksen valinnanvapausmallin kontekstissa. Ensimmäiseen vuonna 2017 annettuun valinnanvapauslakiesitykseen

⁴⁹⁶ Asia C-205/03 *FENIN*, kohdat 25–27.

⁴⁹⁷ Heinemann 2018, s. 129.

⁴⁹⁸ Ibid.

⁴⁹⁹ Ibid.

sisältyi yhdistämismääräysvelvollisuus, jonka mukaisesti maakuntien omana tuotantona tehty valinnanvapausjärjestelmän puitteisiin asettuva palveluntuotanto olisi yhdistettävä. Näille julkisille tuottajille ei myöskään saataisi myöntää mitään valikoivaa etua ja kilpailuneutraalisuutta vääristävää etua.⁵⁰⁰ Tämän sääntelyratkaisun eräänlaisena vastinparina hallituksen esityksessä todetaan, että maakuntien omistamien yhtiöiden olisi myös voitava toimia kilpailuilla markkinoilla yhtäläisin oikeuksin ja velvollisuuksin muiden yhtiöiden kanssa, eikä niille olisi syytä asettaa normaalista poikkeavia velvoitteita. Hallituksen esityksessä vielä täsmennetään, että maakuntien yhtiöt voivat toimia tavanomaiseen tapaan yhteistyössä muiden kaupallisten toimijoiden kanssa eikä niitä voisi esimerkiksi pitää hankintalain tarkoittamina julkisoikeudellisina laitoksina ja siten hankintayksiköinä.⁵⁰¹ EU-oikeudellisen oikeuskäytännön valossa voidaan kysyä, olisiko tämä tulkinta kestänyt lähempää tarkastelua, eli olisiko toimijat voitu lukea kaikilta osin hankintaregiimin soveltamisalan ulkopuolelle.

500 HE 47/2017 vp, s. 64–65.

501 Ibid., s. 65.

4. Yksityiset ja julkiset toimijat osana sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmää

4.1. Yleistä

Tässä tutkimuksen luvussa 4 tarjoillaan tutkimuskysymyksen näkökulmasta keskeinen vastaus kysymykseen siitä, minkälaisiin harkintavallan rajoihin yrityksen ja taloudellisen toiminnan käsitteen rajanveto kansallisen lainsäätäjän näkökulmasta johtaa. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ja komission soveltamiskäytännöstä käy ilmi kahtiajako kahden terveydenhuoltomallin välillä.⁵⁰² Ensimmäisessä muun muassa Isossa-Britanniassa, Italiassa ja myös Suomessa noudatettavassa mallissa julkiset sairaalat ovat osa kansallista, solidaarisuusperiaatteen perustuvaa terveydenhuoltojärjestelmää, ne rahoitetaan suoraan sosiaaliturvamaksuista tai verovaroista ja ne tarjoavat palvelujaan maksutta tai vähäisillä asiakasmaksuilla kaikille potilaille yleisen kattavuuden perusteella.⁵⁰³ Toisessa mallissa, josta esimerkkinä voidaan pitää ainakin Alankomaita ja Belgiaa, terveydenhuoltopalveluja tarjotaan joko suoraan potilailta tai heidän vakuutuksistaan saatavaa korvausta vastaan järjestelmässä, jolle on ominaista tietynasteinen kilpailu.⁵⁰⁴ Merkittävä osa EU:n tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä koskee Suomen nykyisestä järjestelmästä ja myös Sipilän hallituksen uudistuksen yhteydessä ehdotetusta valinnanvapausmallista poikkeavaa vakuutusperusteista sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmää, minkä vuoksi Suomen kaltaisen järjestelmän arvioiminen unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä käsin ei ole yksiselitteistä.⁵⁰⁵

Tähän kahtiajakoon viitataan myös komission tiedonannossa valtiontuen käsitteestä.⁵⁰⁶ Komission mukaan joissakin jäsenvaltioissa julkiset sairaalat ovat olennainen osa kansallista terveydenhuoltoa ja perustuvat lähes kokonaan solidaarisuuden periaatteen.⁵⁰⁷ Tällaiset sairaalat rahoitetaan suoraan sosiaaliturvamaksuilla ja muilla valtion varoilla ja ne tarjoavat yleisesti kattavia palveluja pääosin ilmaiseksi. Myöskään perittävät maksut, mikäli ne kattavat pienen osan palvelun todellisista kustannuksista, eivät järjestelmän kokonaisluonteesta riippuen välttämättä johda

502 Gallo 2020, s. 585.

503 Ibid.

504 Ibid.

505 Valtioneuvoston kanslian EU-asioiden osaston lausunto 2018, s. 3.

506 Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (C/2016/2946), kohdat 23–27.

507 Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (C/2016/2946), kohdat 23–24. Komissio viittaa tiedonannossa erityisesti Espanjan kansalliseen terveydenhuoltojärjestelmään ja *FENIN*-ratkaisuun, asia C-205/03 *FENIN*, kohdat 25–28.

siihen, että toiminta katsottaisiin taloudelliseksi.⁵⁰⁸ Puhtaasti tällaista toimintaa varten harjoitettava muu toiminta ei myöskään tulisi arvioitavaksi taloudellisenä.

Unionin tuomioistuimet ovat vahvistaneet, että organisaatiot, joilla on tällainen rakenne, eivät toimi yrityksinä. Kyseisessä rakenteessa nekin toiminnot, jotka sinällään voisivat olla luonteeltaan taloudellisia, mutta jotka suoritetaan pelkästään toisen, muun kuin taloudellisen palvelun tuottamiseksi, eivät ole luonteeltaan taloudellisia. Yksikkö, joka ostaa tavaroita – jopa suuressa mittakaavassa – muun kuin taloudellisen palvelun tarjoamiseksi, ei toimi yrityksenä pelkästään siitä syystä, että se on ostaja tietyillä markkinoilla.⁵⁰⁹

Toisen mallin muodostavat komission mukaan sellaiset jäsenvaltiot, joissa sairaalat ja muut terveydenhuoltopalvelujen tarjoajat tarjoavat palvelujaan potilaiden suoraan tai heidän vakuutusyhtiöidensä maksamaa korvausta vastaan⁵¹⁰

Tällöin sairaaloiden välillä on jonkin verran kilpailua terveydenhuoltopalvelujen tarjonnassa. Tällaisessa tapauksessa se, että terveydenhuoltopalvelun tarjoaja on julkinen sairaala, ei riitä perusteeksi luokitella toiminta muuksi kuin taloudelliseksi.⁵¹¹

Lisäksi komission tiedonannossa todetaan, että itsenäisten lääkäreiden ja muiden yksityisten ammatinharjoittajien omalla riskillään korvausta vastaan tarjoamia terveydenhuoltopalveluja on pidettävä taloudellisenä toimintana.⁵¹² Samat periaatteet koskevat komission mukaan myös apteekkeja.⁵¹³ Lähtökohtaisesti sosiaali- ja terveyspalveluja voidaan siis pitää luonteeltaan ei-taloudellisenä ensimmäisen mallin tapauksessa, kun taas toisen mallin tapauksessa sosiaali- ja terveydenhuoltopalveluja tarjoavia yksiköitä olisi lähtökohtaisesti pidettävä yrityksinä. Lähtökohdalla on varsin rajallinen käyttöarvo, sillä järjestelmiä, jotka heijastavat jompaa kumpaa mallia kokonaisuudessaan, on EU:ssa erittäin vähän. Komission käyttämän kahtiajaon hyötynä on kuitenkin jonkinlaisen selkeyden tuominen unionin tuomioistuimen kautta rakentuneen oikeustilan hahmottamiseen.⁵¹⁴

1990-luvulla ja 2000-luvun alussa Euroopassa toteutettujen sote-uudistusten tavoitteena on usein ollut kilpailun aikaansaaminen terveyspalvelujen alalla. Uu-

508 Komission tiedonanto valtioneuvoston käsitteestä (C/2016/2946), kohta 23.

509 Komission tiedonanto valtioneuvoston käsitteestä (C/2016/2946), kohdat 24–25.

510 Komission tiedonanto valtioneuvoston käsitteestä (C/2016/2946), kohta 26. Komissio viittaa tältä osin mm. ratkaisuun asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohdat 53–58.

511 Komission tiedonanto valtioneuvoston käsitteestä (C/2016/2946), kohta 26.

512 Komission tiedonanto valtioneuvoston käsitteestä (C/2016/2946), kohta 27. Komissio viittaa mm. *Pavlov*-tuomioon, yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavlov*, kohdat 75 ja 77.

513 Komission tiedonanto valtioneuvoston käsitteestä (C/2016/2946), kohta 27.

514 Gallo 2020, s. 585.

distusten lähtökohtana on ollut, että kun markkinoita säännellään asianmukaisesti, ei sote-palveluja tuottavien yksiköiden välttämättä tarvitse olla julkisen vallan omistuksessa tai hallinnassa. Kehitys on sittemmin jossain määrin kääntynyt tai ainakin merkittävästi hidastunut, mutta pitkän aikavälin trendinä voidaan edelleen pitää yksityisen tuotannon kasvavaa roolia julkisissa sosiaali- ja terveyspalveluissa. Lisäksi, vaikka sosiaali- ja terveyspalvelut ovat eri puolilla Eurooppaa liikkuneet kohti markkinamekanismien hyödyntämistä ja yksityisten yritysten vahvempaa roolia, sektorilla on edelleen useissa jäsenmaissa kokonaisuuksia, joissa viranomaiset ovat ainoita toimijoita. Vakuutus pohjaisen mallin lisäksi tällaisia kilpailu- ja markkinasuuntautuneita uudistuksia on tehty myös verorahoitteisissa ja keskitetyissä sote-järjestelmissä, kuten Ison-Britannian NHS-järjestelmässä. Sittemmin osasta näistä on luovuttu. Esimerkiksi juuri NHS oli jo 2010-luvulle tultaessa ryhtynyt rahoittamaan potilaan hoitoa keneltä tahansa terveydenhuoltopalvelujen tarjoajalta hankittaessa, kunhan palveluntarjoaja on rekisteröitynyt ja halukas tarjoamaan hoitoa NHS:n määrittelemällä hinnalla (ns. any qualified provider -malli).⁵¹⁵ Potilaat voivat mallissa valita hoidon parhaaksi katsomaltaan palveluntarjoajalta, jolloin yksityiset ja kolmannen sektorin sairaalat kilpailevat suoraan NHS:n sairaaloiden kanssa julkisin varoin rahoitetuista potilaista. Mallin kilpailuoikeudellinen arviointi oli sitä luotaessa epävarmaa.⁵¹⁶

Hallintopolitiikassa ja hallinnon järjestämisen tavoissa tapahtuneiden muutosten myötä sosiaali- ja terveyspalveluja tarjotaan EU:ssa yhä useammin kaupallisiin näkökohtiin perustuvien kriteerien mukaisesti. Gallon mukaan näiden EU-maissa tapahtuneiden sosiaalisten ja taloudellisten muutosten myötä vaikuttaa väistämättömältä ja jopa luonnolliselta, että terveydenhuolto ja sosiaaliturva kuuluvat EU:n valtiontuki- ja kilpailulainsäädännön soveltamisalaan. Toisaalta näitä aloja olisi kuitenkin kohdeltava erityistapauksina EU:n kilpailulainsäädännön soveltamisalan sisällä.⁵¹⁷ Gallon mukaan olisi toivottavaa, että kansalliset viranomaiset ja EU:n toimielimet ymmärtäisivät EU:n oikeusjärjestykseen sisältyvät erilaiset sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmien järjestämisen mahdollisuudet ja joustot, jotta voitaisiin varmistaa mahdollisimman oikeudenmukainen tasapaino toisaalta markkinoiden tarpeiden ja toisaalta niiden sääntelyä ohjaavien sosiaalisten tavoitteiden välillä.⁵¹⁸ Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä voidaan kuitenkin huomata, että todellisuudessa kynnys järjestelmän ja sen eri toimintojen toteaminen luonteeltaan taloudelliseksi on ollut verraten korkealla.

515 Odudu 2011, s. 231–232.

516 NHS-järjestelmässä oli jo kaksi vuosikymmentä aiemmin erotettu toisistaan sote-palveluiden tuottajat ja järjestäjät ja 2010-luvun uudistusten seurauksena NHS:n tuottaja-osan sisälle synnytettiin aiempaa avoimempaa kilpailua. Sittemmin järjestelmää on muutettu integroidumpaan suuntaan, ks. Odudu 2011, s. 231–232. Ks. tarkemmin mm. Department of Health 2010; Office of Fair Trading 2010.

517 Gallo 2020, s. 585.

518 Ibid.

Seuraavaksi tarkastellaan komission ratkaisukäytäntöä ja unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä valikoidusti relevantimpien ja/tai ajallisesti tuoreimpien oikeustapauksen kautta. Oikeustapaukset on valittu niin, että niistä voidaan tehdä relevantteja johtopäätöksiä taloudellisen toiminnan ja osin myös SGEI-palveluiden määrittelyn näkökulmasta erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa. Samoin tapaukset on valikoitu osin siitä näkökulmasta, että niiden analysoinnin kautta voidaan tehdä johtopäätöksiä erityisesti Suomen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän näkökulmasta. Näistä syistä tämän yksityiskohtaisen tarkastelun ulkopuolelle on rajattu esimerkiksi Irlantia koskenut *BUPA*-tapaus ja Alankomaita koskenut *Zorgverzekeringswet*-tapaus, joissa oli selviä voitontavoitteluun ja markkinoiden olemassaoloon viittaavia elementtejä. Tällaisten järjestelmien analysointi on toki sinänsä mielekästä yleisen EU-oikeudellisen oikeustilan paikantamisessa, mutta analyysin käyttöarvo on vähäisempää taloudellisen toiminnan rajanvedossa erityisesti viime vuosien oikeustapausten jälkeen ja erityisesti Alankomaiden ja Irlannin järjestelmistä huomattavasti poikkeavan Suomen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän arvioinnissa. Sen sijaan Belgiaa koskeneessa *IRIS*-tapauksessa näitä voitontavoitteluun ja markkinoiden olemassaoloon viittaavia elementtejä oli vähemmän ja kyseessä oli pitkälti sosiaaliseen solidaarisuuteen perustuva terveydenhuoltomalli.⁵¹⁹ Kyseiset tapaukset edustavat myös luonteeltaan erilaisia rahoitusjärjestelmiä, sillä *BUPA* ja *Zorgverzekeringswet* -tapauksissa käytössä oli niin sanottu riskien tasausjärjestelmä (RES) sekä *IRIS*-tapauksessa suora julkinen rahoitus julkisille terveyspalveluiden tuottajille.⁵²⁰ Myös käsiteltävät sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmät poikkeavat toisistaan jo perusratkaisuidensa osalta, sillä *BUPA*-asiassa arvioitua Irlannin ja *Zorgverzekeringswet*-tapauksen Alankomaiden järjestelmää voidaan pitää esimerkkeinä Bismarck-tyyppisistä vakuutusperustaisista sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmistä, kun esimerkiksi *FENIN* ja *Casa Regina Apostolorum* -tapauksissa kyse on vahvemmin verorahoitteisista, eteläeurooppalaisista malleista.⁵²¹

Yksityiskohtaisen analyysin ulkopuolelle on rajattu myös sellaisia varhaisempia, sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityisiin tuottajiin kohdistuneita unionin tuomioistuimen tapauksia, joiden tulkintoja ei ole merkittävässä määrin kyseenalaistettu tai joiden rajanvetoihin kohdistu erityistä epäselvyyttä.⁵²² Näitä ovat esimerkiksi tapaukset *Pavlov* ja *Ambulanz Glöckner*. *Pavlov*-tapauksessa unionin tuomioistuin katsoi, että itsenäiset erikoislääkärit, jotka tarjoavat itsenäisinä taloudellisinä toimijoina palveluja tietyillä markkinoilla, saavat potilailtaan palkkion heille suorittamistaan palveluista ja kantavat toimintansa harjoittamiseen liittyvän taloudellisen riskin,

519 Morton 2021a, s. 475–476.

520 Ibid.

521 Ibid.

522 Sama voitaneen todeta useiden komission ratkaisujen osalta, mm. Commission Decision C(2016)6689 final (Klinikum Osnabrück).

harjoittavat taloudellista toimintaa.⁵²³ Tapauksessa *Ambulanz Glöckner* unionin tuomioistuimien katsoi, että käyttömaksuja vastaan tarjottavia palveluja kiireellisten ja kiireettömien sairaankuljetusten markkinoilla oli pidettävä taloudellisena toimintana. Toimijoille asetetut yleiseen etuun perustuvat velvoitteet eivät estäneet sitä, että toiminta voidaan katsoa taloudelliseksi toiminnaksi, vaikka velvoitteet heikentäisivät julkisen toimijan kilpailukykyä.⁵²⁴

FENIN, *IRIS*, *Dôvera* ja *Casa Regina Apostolorum* -tapaukset ovat valikoituneet yksityiskohtaisen analyysin piiriin juuri edellä kuvattujen ominaispiirteidensä takia. *FENIN*-tapaus käsitteli Espanjan järjestelmää ja siinä harjoitettua ostotoimintaa, *IRIS*-tapaus taas Belgiaa ja julkisille sairaaloille myönnettyä tukea. *Montessori*-tapauksessa, ja vielä keskeisemmin samaan kokonaisuuteen kytkeytyvässä komission ICI-IMU-päätöksessä, oli kyse Italiassa säädetystä kiinteistöverovapautuksesta, joka koski ei-kaupallisia yhteisöjä myös sosiaali- ja terveydenhuollon alalla. *Dôvera*-tapauksessa arvioitavana olivat slovakialaiset julkiset sairasvakuutusyhtiöt, ja *Casa Regina Apostolorum* -tapauksessa arvioitiin Lazion alueen julkisille sairaaloille myönnettyjä tukia. Tapaukset ovat myös ajallisesti tuoreimpia sosiaali- ja terveyspalveluiden sekä kilpailuregiimin välistä rajankäyntiä koskevia komission ja unionin tuomioistuimen kannanottoja. Näiden lisäksi analyysiin on valikoitunut mukaan Saksan sairauskassoja koskenut *AOK Bundesverband* -tapaus siksi, että se voidaan nähdä eräänlaisena siltana aiemman, 1990-luvun lopun ja 2000-luvun lopun vakuutusperusteista sosiaaliturvaa sekä spesifimmin sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämistä ja tuottamista koskevan oikeuskäytännön välillä, minkä lisäksi monia jäljempien tapausten keskeisiä rajanvetoja perustellaan oikeuskäytäntöviittauksilla *AOK Bundesverband* -tapaukseen. Eräänlaisen poikkeuksen tähän sote-palveluihin kytkeytyvään ja siksi analyysin piiriin valikoituneeseen oikeuskäytäntöön tekee *Congregación*-tapaus, joka on valikoitunut mukaan erityisesti siksi, että siihen nojautuen on oikeuskirjallisuudessa kehitelty teoriaa myös sosiaali- ja terveyspalveluiden arviointiin, vaikka tapauksen tosiseikat liittyvät muun muassa koulutuspalveluiden arviointiin. Tapausta käsitellään analyysissä lähinnä tästä teoriasta käsin.⁵²⁵ Tapauksen käsittelyn syvyys ja kattavuus siis vaihtelee ja tarkimpaan analyysiin on otettu tapaukset, joiden merkitys tämänhetkisen oikeustilan paikantamisessa on olennainen. Analyysin jälkeen sen tuloksia vedetään yhteen ja peilataan Suomen järjestelmään sekä potentiaaliin järjestelmämuutoksiin seuraavissa alaluvuissa.

523 Yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavlov*, kohdat 76–77.

524 Alkio 2017, s. 695; Asia C-475-99 *Ambulanz Glöckner*, kohdat 20–22. Ks. *Ambulanz Glöckner* -tuomion tuoreemmasta kritiikistä kuitenkin mm. van de Gronden 2018, s. 223.

525 Ks. erityisesti van de Gronden – Guy 2021.

4.2. Analyysi komission ja unionin tuomioistuimen sosiaali- ja terveyspalveluja koskevasta soveltamiskäytännöstä

4.2.1. AOK Bundesverband

Vakuutus pohjaista Saksan sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmään koskeneessa tapauksessa *AOK Bundesverband* Saksassa vakuutettujen maksettavaksi määrätty maksut vaihtelivat sairauskassasta toiseen.⁵²⁶ Unionin tuomioistuin katsoi, että nämä kassat eivät harjoittaneet taloudellista toimintaa, eikä rajattu kilpailun mahdollisuus riittänyt päätelmäksi, että SEUT 101 artiklaa voitiin soveltaa.

AOK Bundesverband -ratkaisua pidettiin sen antoajankohtana merkittävänä. Ennen tapausta unionin tuomioistuin oli antanut varsin runsaasti oikeuskäytäntöä rajat ylittävää sairaanhoitoa koskien sekä ulkomailla saadun hoidon suhteesta jäsenvaltioiden sosiaaliturva- ja terveydenhuoltojärjestelmiin. Kyse ei ollut myöskään ensimmäisestä kilpailuoikeudellisesta arvioinnista sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa, mutta ratkaisusta pian sen julkaisun jälkeen kirjoittaneiden Krajewskin ja Farleyn mukaan uutta tapauksessa oli, että siinä ei ainoastaan kehitetty edelleen olemassa olevaa oikeuskäytäntöä, vaan myös otettiin käyttöön kvantifiointi ja kvalifiointi elementti kilpailun analyysissä.⁵²⁷ Tapaus on tosiseikkojensa, analyysinsä syvyyden ja toisaalta myöhemmän oikeuskäytäntöviittauksissa näkyvän merkityksensä vuoksi luonteva lähtökohta sote-palveluiden ja kilpailusääntöjen rajankäyntiä koskevalle tarkastelulle. Saksassa oli käytössä lakisääteinen sairausvakuutusjärjestelmä osana sosiaaliturvajärjestelmää ja sen toimeenpanosta huolehtivat osittain julkisoikeudelliset ja kaikilta osin voittoa tavoittelemattomat sairauskassat. Lakisääteisen sairausvakuutuksen piiriin kuuluivat muut palkansaaajat kuin ne, joiden tulot ylittävät määrätyn tason, ja ne, joiden osalta on laissa säädetty muusta vakuutussuojasta, kuten valtion virkamiehet.⁵²⁸ Työntekijän vakuutus kattoi myös työelämän ulkopuolella olevat perheenjäsenet. Muiden oli mahdollista ottaa vapaaehtoinen vakuutus tietyin ehdoin. Järjestelmä rahoitettiin vakuutetuilta ja heidän työnantajiltaan perittävillä pakollisilla maksuilla, joiden suuruus määräytyi vakuutetun tulojen perusteella.⁵²⁹

Rahastot kustansivat vakuutettujen tarvitsemien terveydenhuollon tuotteiden ja palveluiden toimittamisen suoraan, eivät jälkikäteen maksettavien korvausten kautta (ns. luontais suoritusperiaate).⁵³⁰ Jokaisen kassan oli tarjottava tietty lakisääteinen ja kaikille kassoille yhteinen palvelutaso, minkä lisäksi niiden sallittiin tarjota sellai-

526 Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*.

527 Ks. Krajewski – Farley 2004, s. 842.

528 Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 6.

529 Julkisiasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohdat 5–6.

530 Julkisiasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 9.

sia yhteisen palvelutason ylittäviä lisäpalveluja, joita ei ollut nimenomaisesti suljettu lakisääteisen sairausvakuutusjärjestelmän ulkopuolelle.⁵³¹ Vuodesta 1996 alkaen työntekijät olivat voineet vapaasti valita sairauskassan ja myös vaihtaa sairauskassasta toiseen tietyin edellytyksin. Valinnanvapauden ja siihen liittyvän kilpailutekijän taustalla oli pyrkimys tehostaa kassojen toimintaa ja pitää kustannukset mahdollisimman alhaisina.⁵³² Muutosten seurauksena sairaskassojen välillä vallitsi tiety-nasteinen hintakilpailu, koska sairaskassat myös päättivät itsenäisesti vakuutetuilta perittävän vakuutusmaksun suuruudesta. Käytännössä noin 90 prosenttia saksalai-sista kuului järjestelmän piiriin ja maksut vaihtelivat noin 12–15 prosentin välillä vakuutetun henkilön bruttotuloista.⁵³³ Eri kassojen kantokyky ja vakuutus pohjai-seen sosiaaliturvaan kytkeytyvässä oikeuskäytännössä keskeinen solidaarisuusperi-aate pyrittiin takaamaan riskintakausmekanismilla, jonka tarkoituksena oli korjata sairaskassojen vakuutettujen erisuuruiset riskit, jotta kilpailu kassojen välillä toimisi. Jos sairaskassojen jäseninä oli sellaisia vakuutettuja, jotka tarvitsevat suhteettoman kallista lääkärinhoitoa, toisten sairaskassojen oli osallistuttava näihin korkeampiin kustannuksiin.⁵³⁴ Käytännössä siis sairauskassat, joilla oli asiakaskuntansa johdosta korkea riskiprofiili, saivat korvauksia rahastoilta, joilla oli matala riskiprofiili.⁵³⁵

Saksassa tehtiin lisäksi vuonna 1988 säädösmuutos, jonka mukaisesti sairaus-kassoilla oli mahdollisuus vahvistaa tietyille lääkkeille kassojen maksama kiinteä enimmäishinta. Lääkeyritysten oli edelleen ainakin teoriassa mahdollista vapaasti määrätä omat hintansa, ja jos tuote maksoi enemmän kuin enimmäismäärä, vakuu-tettu maksoi erotuksen itse. *AOK Bundesverband* -tapauksen yhteydessä kuitenkin osoitettiin, että vain noin 7 prosenttia Saksan markkinoilla olleista lääkevalmis-teista, joille oli määrätty kiinteä korvausmäärä, myytiin tämän ylittävään hintaan. Kiinteitä korvauksia koskevan säädösmuutoksen taustalla olivat havainnot siitä, että lääkekustannukset olivat kasvaneet nopeammin kuin väestön tulot keskimäärin ja sairauskassojen kustannukset ylittivät niiden resurssit.⁵³⁶ Mallin tavoitteena oli vähentää sairausvakuutusjärjestelmän kustannuksia vaikuttamalla lääkäreiden ja poti-laiden lääkevalintoihin sekä vakuutettujen hintatietoisuuteen.⁵³⁷

Korvausmäärien vahvistamista koskeva menettely oli kaksivaiheinen. Ensिमäisessä vaiheessa liittovaltion lääkäreiden ja sairauskassojen edustajista koostuva ja luonteeltaan riippumaton lääkäreiden ja sairauskassojen lautakunta määritteli ne

531 Krajewski – Farley 2004, s. 842.

532 Ibid.

533 Ibid.

534 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 38.

535 van de Gronden – Guy 2021, s. 80.

536 Krajewski – Farley 2004, s. 843–844.

537 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 9.

lääkeryhmät, joihin sovellettiin kiinteitä enimmäismääriä. Toisessa vaiheessa sairauskassojen keskusjärjestöt määrittivät lääkeryhmiin kuuluville tuotteille maksettavat kiinteät enimmäismäärät lainsäädännössä asetettujen suuntaviivojen perusteella.⁵³⁸ Silloisen Saksan sosiaaliturvaetuksia koskevan lain mukaan kiinteät korvausmäärät oli vahvistettava niin, että niillä taataan yleisesti riittävä, tarkoituksenmukainen ja taloudellinen sekä laadullisesti taattu hoito. Lisäksi kiinteillä korvausmäärillä oli niin hyvin kuin mahdollista hyödynnettävä taloudellinen tehokkuus ja saatava aikaan tehokas hintakilpailu. Korvausten oli taattava hoidon kannalta riittävä lääkevalikoima ja perustuttava mahdollisimman edullisiin hintoihin, eli eri vaiheissa joko edullisimpaan apteekkihintaan tai alimpaan kolmannekseen sijoittuvaan hintaan.⁵³⁹ Kassoille ei siis annettu mahdollisuuksia vapaasti vahvistaa korvausten kiinteitä enimmäismääriä. Terveysministeriöllä oli mahdollisuus hyväksyä tai hylätä lääkeryhmien määrittelyt, minkä lisäksi tilanteissa, joissa kassat eivät päässeet sopuun korvausmäärästä, päätöksen voivat tehdä myös terveys- ja talousministeriöt yhdessä.

Unionin tuomioistuimeen asia päättyi lääkeyritysten kassoja vastaan nostamien kanteiden kautta. Yritykset väittivät muun muassa, että kiinteiden enimmäismäärien vahvistaminen oli SEUT 101 artiklan vastaista, koska kilpailu vääristyi kiinteiden määrien vahvistamisen vuoksi. Alemmissa oikeusasteissa lääkeyritysten väitteet olivat pääosin menestyneet. Saksalaiset tuomioistuimet kysyivät EU-tuomioistuimelta, ovatko sairaskassat yrityksiä ja siten yhteisön kilpailusääntöjen alaisia, voidaanko kiinteitä korvausmääriä koskevilla päätöksillä rikkoa SEUT 101 artiklaa ja jos vastaukset näihin kysymyksiin ovat positiivisia, koskeeko kassoja SEUT 106(2) mukainen SGEI-poikkeus.⁵⁴⁰ Kyse ei siis ollut valtiontukiasiasta, vaan siitä, olivatko saksalaiset sairauskassat kilpailunvastaisia sopimuksia koskevassa SEUT 101 artiklassa tarkoitettuja yrityksiä, kun ne yhdessä määrittivät lääkkeiden hintoja.⁵⁴¹ Asiassa olennaista oli kuitenkin myös lopputuloksen näkökulmasta juuri taloudellisen toiminnan ja yrityksen käsitteen määrittely.

Unionin tuomioistuin katsoi, että kyse ei ollut kilpailusääntöjen piiriin kuuluvasta toiminnasta. Tuomioistuimen mukaan kassojen osallistuminen sosiaaliturvajärjestelmän hallinnointiin merkitsi sitä, että ne hoitivat yksinomaan sosiaalista tehtävää, joka perustui solidaarisuusperiaatteeseen ja oli täysin voittoa tavoittelematon.⁵⁴² Tuomioistuin viittasi tältä osin aiempiin *Poucet & Pistre* ja *Cisal*-tapauksiin, joissa se katsoi sosiaaliturvaa hallinnoineiden tahojen toiminnan ei-taloudelliseksi, ja referoi myös muuten vakuutus pohjaista sosiaaliturvaa koskeneen, jo 2000-luvun

538 Ibid., kohdat 11 ja 14.

539 Ibid., kohdat 12–14.

540 Ibid., kohdat 18–20.

541 van de Gronden – Guy 2021, s. 80.

542 Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 51.

alussa melko vakiintuneen arviointikehikkoonsa.⁵⁴³ Unionin tuomioistuimen mukaan Saksan lakisääteisen sairausvakuutusjärjestelmän sairaskassat osallistuivat sosiaaliturvajärjestelmän hallintaan. Niiden tehtävä oli tältä osin yksinomaan sosiaalinen, se perustui yhteisvastuun eli solidaarisuuden periaatteeseen eikä siihen liittynyt minkäänlaista voiton tavoittelua.⁵⁴⁴ Tuomioistuin korosti, että kassat ovat lain mukaan velvoitettuja tarjoamaan jäsenilleen olennaisilta osin samanlaisia pakollisia etuuksia, jotka olivat riippumattomia maksujen suuruudesta, eikä kassoilla ollut mahdollisuutta vaikuttaa näihin etuuksiin.⁵⁴⁵ Kassat olivat unionin tuomioistuimen mukaan muodostaneet riskintasausta varten yhteisön, joten ne eivät kilpailleet keskenään eivätkä yksityisten laitosten kanssa hoitoon tai lääkkeisiin liittyvien lakisääteisten pakollisten etuuksien myöntämisessä.⁵⁴⁶ Unionin tuomioistuimen mukaan kassojen toiminta ei näin ollut luonteeltaan taloudellista eikä maksuprosenttia koskeva liikkumavara ja tietynasteisen kilpailun harjoittaminen jäsenten houkuttelemiseksi asettanut tätä arviota kyseenalaiseksi.⁵⁴⁷

Kuten [unionin] tuomioistuimelle esitetyistä huomautuksista käy ilmi, lainsäätäjä on nimittäin ottanut käyttöön maksuja koskevan kilpailutekijän kannustaakseen sairaskassoja harjoittamaan toimintaansa hyvän hallinnon periaatteiden mukaisesti eli mahdollisimman tehokkaalla ja vähiten kustannuksia aiheuttavalla tavalla Saksan sosiaaliturvajärjestelmän asianmukaisen toiminnan varmistamiseksi. Tähän päämäärään pyrkiminen ei lainkaan muuta sairaskassojen toiminnan luonnetta.⁵⁴⁸

Krajewski ja Farley tulkitsivat pian *AOK Bundesverband* -ratkaisun jälkeen, että edellä referoitu kohta määrittelee kaksi tärkeää nyanssia kilpailun käsitteeseen taloudellisen toiminnan määrittelyn kontekstissa.⁵⁴⁹ Ensimmäinen on määrällinen, eli unionin tuomioistuimen mukaan tietynasteinen kilpailu ei tee ei-taloudellisesta toiminnasta automaattisesti taloudellista. Toinen on laadullinen, eli jos tällainen luonteeltaan rajoitettu määrä kilpailua otetaan käyttöön kustannustehokkuuden ja tehokkuuden edistämiseksi sosiaaliturvajärjestelmän muutoin kilpailuun perustumattomassa ympäristössä, järjestelmän ei-taloudellisen toiminnan luonne ei muutu.⁵⁵⁰ Kassojen välistä kilpailua arvioitaessa merkitystä voi olla myös valinnaisten palveluiden laajuudella, mutta arvioinnissa voitiin olettaa, että työntekijät valitsivat kassansa ennen kaikkea maksujen tason ja sairauskassan tarjoaman palvelutason

⁵⁴³ Ks. tarkemmin osio III luku 3.2.3.

⁵⁴⁴ Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 51.

⁵⁴⁵ Ibid., kohta 52.

⁵⁴⁶ Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohdat 53–54.

⁵⁴⁷ Ibid., kohdat 55–56.

⁵⁴⁸ Ibid., kohta 56.

⁵⁴⁹ Krajewski – Farley 2004, s. 843–844.

⁵⁵⁰ Ibid.

kuten toimipisteverkoston sekä verkko- ja puhelinpalveluiden kattavuuden perusteella.⁵⁵¹ Erilaiset maksutasot eivät kuitenkaan aiheuttaneet todellista kilpailua sairauskassojen välillä, koska niitä tasattiin tasausmekanismilla asiakaskunnan riskien perusteella, eikä kassoihin kohdistunut markkinapohjaisia paineita tarjota mahdollisimman korkealaatuista palvelua mahdollisimman edulliseen hintaan.⁵⁵² Näin siitä huolimatta, että valvontaviranomaisella oli mahdollisuus kassan sulkemiseen tilanteissa, joissa sen pitkän aikavälin taloudellinen elinkelpoisuus ei enää ollut taattu.⁵⁵³

Edellä kuvatun lisäksi unionin tuomioistuin piti tarpeellisena arvioida, harjoitavatko kassat kuvatun ei-taloudellisen toiminnan lisäksi myös muuta, luonteeltaan taloudellista toimintaa. Erityisesti oli sen mukaan tutkittava, liittyikö kassojen keskusliittojen suorittama kiinteiden lääkekorvausten määrittäminen sairaskassojen yksinomaan sosiaaliin tehtäviin vai olivatko se tämän kokonaisuuden ulkopuolella ja luonteeltaan taloudellista toimintaa.⁵⁵⁴ Unionin tuomioistuin katsoi, että myös korvausmääriä asettaessaan sairaskassojen keskusliitot suorittivat ainoastaan velvollisuuden, joka niille oli sosiaaliturvaetuuksia koskevan lain 35 §:ssä asetettu sosiaaliturvajärjestelmän toimivuuden varmistamiseksi. Tuomioistuin kiinnitti tältä osin huomiota korvausmäärien laintasoisen sääntelyn yksityiskohtaisuuteen sekä ministeriöiden rooliin määrittelyprosessissa.⁵⁵⁵

Lisäksi vaikka kassojen keskusliitoilla on tältä osin tietty harkintavalta, se koskee sairaskassojen lääkkeitä suorittaman korvauksen enimmäismäärää, mikä on alue, jolla sairaskassat eivät ole kilpailutilanteessa. Tästä seuraa, että kassojen keskusliitot eivät nämä määrät määrittäessään tavoittele omaa etuaan, joka olisi erotettavissa sairaskassojen yksinomaan sosiaalisesta tavoitteesta.⁵⁵⁶

Koska unionin tuomioistuin piti toimintaa kaikilta osiltaan ei-taloudellisena, ei sen arviointi suhteessa SEUT 101 ja SEUT 106(2) artiklaan ollut tarpeen.

Sisältönsä ja lopputuloksensa lisäksi *AOK Bundesverband* -ratkaisu on merkityksellinen erityisesti siltä osin, minkälaisiin lopputuloksiin tai tulkintoihin siinä ei päädytty. Varsinkin oikeuskäytännön kehityksen kyseisessä vaiheessa unionin tuomioistuin olisi voinut päätyä myös toisenlaiseen johtopäätökseen ja ohjata yrityksen käsitteen arviointia myös sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa lähemmäs *Höfner*-oikeuskäytännön standardimuotoista yrityksen määritelmää. Tällaista standardimuotoista yrityksen määritelmää preferoivaa tulkintaa tai tulkintasuositusta esiintyi *AOK Bundesverband* -ratkaisun aikaan oikeuskirjallisuudessa,

⁵⁵¹ Ibid., s. 849–850.

⁵⁵² Ibid.

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohdat 58–59.

⁵⁵⁵ Ibid., kohta 61.

⁵⁵⁶ Ibid., kohdat 62–63.

minkä lisäksi unionin tuomioistuin poikkesi ratkaisussaan julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotuksesta.⁵⁵⁷ Mikäli *AOK Bundesverband* -ratkaisu olisi ollut toinen, olisi mahdollisesti myös myöhempi oikeuskäytäntö kääntynyt kansallisen lainsäätäjän harkintavaltaa vahvemmin rajoittavalle linjalle. *AOK Bundesverband* -tuomion on esimerkiksi arvioitu olleen jossain määrin jännitteessä aiempaan, rajat ylittäviä sosiaali- ja terveyspalveluja sekä vapaata liikkuvuutta koskevaan oikeuskäytäntöön. Toisaalta jännite ei ole ainakaan ilmeinen ja liittyy olennaisesti kilpailusääntöjen ja vapaan liikkuvuuden erilaisiin rooleihin unionin oikeudessa: vapaa liikkuvuus on osa unionin kansalaisten yksilöllisiä oikeuksia, joita on perusteltua suojella tiukemmin, kun taas kilpailusääntöjä on vahvemmin tasapainotettava muiden perussopimuksiin kodifioitujen tavoitteiden kanssa.⁵⁵⁸

Krajewski ja Farley totesivat varsin kaukonäköisessä artikkelissaan, että *AOK Bundesverband* -tuomiota olisi tarkasteltava osana EU-lainsäädännön ja oikeuskäytännön suuntausta, jonka mukaisesti eurooppalaisen yhteiskuntamallin kannalta keskeisiä julkisia palveluja on suojeltava kilpailu- ja valtiontukilainsäädännön täysimääräiseltä soveltamiselta. Tässä yhteydessä olisi myös löydettävä tasapaino kilpailun ja sisämarkkinan toiminnan sekä niin ikään EU-perussopimuksissa suojattujen sosiaalisen ja alueellisen yhteenkuuluvuuden välillä. Tästä näkökulmasta unionin tuomioistuimen linjaa voidaan pelkistää niin, että kilpailutekijöitä voidaan kansallisissa sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmissä käyttää ilman EU:n kilpailusääntöjen täysimääräisen soveltamisen pakkopaitaa, kunhan kilpailuelementit ovat luonteeltaan vain ”tietynasteisia”.⁵⁵⁹ Lainkaan selvää ei *AOK Bundesverband* -tapauksen seurauksena kuitenkaan ollut, missä tilanteissa tämä raja tulisi katsoa ylitetyn ja toiminta luonteeltaan taloudelliseksi. Krajewski ja Farley totesivat yleishyödyllisiä ja julkisia palveluja koskeneiden oikeussääntöjen tarkan sisällön olleen vielä epätasällinen, mutta vaikutti kuitenkin siltä, että aiemmin voimakkaasti rajoittamattomien markkinavoiimien suuntaan heilahtanut heiluri oli matkalla takaisin kohti suurempaa luottamusta valtion sääntelyyn sekä julkisten palvelujen järjestämisen ja tarjoamisen erityisluonteen ja -vaatimusten tunnustamista.⁵⁶⁰

Jonkinlaista käsitystä vaihtoehtoisesta tulkintalinjasta ja myös argumentaatiota yrityksen käsitteen toisenlaisista rajanvedoista voidaan löytää julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotuksesta. Unionin tuomioistuimen ja julkisasiamies Jacobsin harjoittama arviointi erosivat toisistaan erityisesti kassojen keskinäisen sekä kassojen ja yksityisten vakuutuksenantajien välisen kilpailun tarkastelun osalta. Samoin eriävä tulkinta liittyi siihen, kuinka suoraan Saksan järjestelmä oli vertailtavissa *Poucet & Pistre* ja *Cisal* -asioissa arvioituihin järjestelmiin. Jacobsin mukaan sellaisia valtioi-

557 Krajewski – Farley 2004, s. 843–844. Ks. oikeuskirjallisuudesta myös Slot 2003 ja Lasok 2004.

558 Krajewski – Farley 2004, s. 849–850.

559 Ibid.

560 Ibid.

den pakollisia sosiaalivakuutusjärjestelmiä, joista asioissa *Cisal* ja *Poucet & Pistre* oli kysymys, ei luokiteltu taloudelliseksi toiminnaksi, koska yksityinen yritys ei voi edes teoriassa niitä ylläpitää: järjestelmissä oli kysymys sellaisesta sosiaalisen solidaarisuuden nimissä tapahtuvasta tulonsiirrosta, että yksityisten tarjoamille palveluille jää vähän sijaa.⁵⁶¹ Saksan järjestelmä kuitenkin poikkesi Jacobsin mukaan näistä pitkälti edellä kuvattujen tosiseikkojen johdosta: kassojen perimät maksut vaihtelevat, työntekijät voivat valita kassansa ja kassat kilpailevat myös palveluvalikoimalla, koska ne voivat etuuksien perustason päälle tarjota täydentävää ja ennaltaehkäisevää hoitoa.⁵⁶² Jacobsin mukaan sairaskassat ja yksityiset sairausvakuutuksen tarjoajat kilpailevat selvästi keskenään niiden työntekijöiden vakuuttamisesta, joita lakisääteinen sairausvakuutus ei koske.⁵⁶³ Johtopäätöksensä Jacobs totesi unionin tuomioistuimesta poiketen, että sairaskassoihin tulisi soveltaa kilpailusääntöjä, koska niiden on mahdollista kilpailla – vaikkakin rajoitetusti – keskenään ja yksityisten yritysten kanssa.

Kuten unionin tuomioistuin, Jacobs arvioi lisäksi, kuuluuko kiinteiden korvausmäärien vahvistaminen sairauskassojen harjoittaman taloudellisen toiminnan piiriin. Hän päätteli unionin tuomioistuimen tavoin, että kiinteiden määrien vahvistamista ei voida erottaa sairauskassojen pääasiallisesta toiminnasta. Koska sairauskassojen pääasiallinen toiminta oli luonteeltaan taloudellista, toimivat kassat yrityksinä myös silloin, kun ne vahvistivat kiinteät enimmäismäärät.⁵⁶⁴ Jacobsin mukaan kiinteitä korvausmääriä vahvistaessaan sairaskassat käytännössä määrittelivät vakuutetuille tarjoamansa vakuutusturvan tason, eikä tämänkaltaisia päätöksiä voitu erottaa sairausvakuutuksen ydintoiminnasta.⁵⁶⁵

Jacobsin tulkinta kahdessa edellä kuvatussa kysymyksessä johti hänet myös arvioimaan kysymystä, johon unionin tuomioistuimen ei tarvinnut ottaa kantaa, eli kassojen toiminnan suhdetta SEUT 101 artiklaan. Erityisesti oli arvioitava, toimivatko kassat SEUT 101 artiklan tarkoittamana yritysten yhteenliittyminä vahvistaessaan kiinteitä korvausmääriä.⁵⁶⁶ SEUT 101 artiklan mukaan sisämarkkinoille soveltumattomia ja kiellettyjä ovat sellaiset yritysten yhteenliittymien päätökset, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua sisämarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy sisämarkkinoilla.

Jacobs totesi *Komissio v. Italia* -tapaukseen viitaten, että myös viranomaisen asettamat elimet voivat tehdä SEUT 101 artiklassa tarkoitettuja yhteenliittymien

561 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 32.

562 Ibid., kohdat 35–40.

563 Ibid., kohta 41.

564 Ibid., kohdat 43–45.

565 Ibid., kohta 45.

566 Ibid., kohta 47.

päätöksiä, mutta yritysten edustus elimessä ei toisaalta automaattisesti tarkoita sen olevan yritysten yhteenliittymä. Kummassakin tapauksessa on Jacobsin ja *Komissio v. Italia* -tapauksessa todetun mukaan välttämätöntä ratkaista, toimivatko elimeen valitut henkilöt kyseisessä elimessä yritysten edustajina ja niiden lukuun vaiko riippumattomina ja yleisen edun nimissä.⁵⁶⁷ Jacobsin mukaan Saksassa käytössä olleen määrittelyprosessin ensimmäinen vaihe ei pidä sisällään SEUT 101 artiklassa tarkoitettuja yritysten yhteenliittymän päätöksiä lautakunnan kokoonpanon ja terveysministeriön roolin vuoksi sekä siksi, että lainsäädännön mukaan päätökset oli tehtävä yksinomaan asiantuntemukseen perustuen.⁵⁶⁸ Prosessin toisen vaiheen osalta, jossa kiinteät enimmäismäärät määritettiin, Jacobs kuitenkin arvioi kyseessä olevan yritysten yhteenliittymän päätös: päätöksentekoaikoina koostui vain kassojen edustajista, ministeriön ei tarvinnut hyväksyä päätöksiä ja kassoilla oli intressi pyrkiä asettamaan hinnat mahdollisimman alhaisiksi. Lisäksi kassat kilpailivat keskenään edellä kuvatusti.⁵⁶⁹ Vaikka lainsäädännössä oli asetettu korvausmäärien asettamisen perusteet, ne eivät Jacobsin arvion mukaan riittävästi poikenneet valittajien omista intresseistä, jotta näitä perusteita noudattaen tehdyt päätökset eivät olisi yritysten yhteenliittymien päätöksiä.⁵⁷⁰

Jacobsin mukaan kyse oli SEUT 101 artiklassa lähtökohtaisesti kielletystä toiminnasta, joten arvioida tuli vielä, voidaanko toiminta oikeuttaa jollain poikkeamisperusteella.⁵⁷¹ Tällainen peruste löytyi SEUT 106(2) artiklan soveltamisesta ja mahdollisesti ainakin joltain osin myös valtion toimintaa koskevasta puolustautumisperusteesta (*State action defence*).⁵⁷² Jacobsin ratkaisuehdotus on annettu ennen *Altmark*-tapausta, joten arvioinnissa ei viitata kyseisiin kriteereihin, mutta kuitenkin Altmark-kriteerien kanssa samansuuntaiseen kolmivaiheeseen testiin: yritykselle oli annettava tehtäväksi yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun tuottaminen, toiminnan oli oltava välttämätöntä, jotta ne voisivat huolehtia yleisen edun mukaisen tehtävänsä oikeasta suorittamisesta, sekä lisäksi suhteellisuusperiaatteen mukaista.

Päätöstä tehdessään kansalliset keskusliitot eivät kuitenkaan riko SEUT 101 artiklaa, koska päätöksestä johtuva kilpailun rajoittaminen ei johdu niiden itsenäisestä menettelystä vaan on kansallisen lainsäädännön mukaista, vaikka kyseessä olevan kansallisen lain noudattamatta jättämisestä ei ole säädetty rangaistusta -- Tällainen yhteispäätös ei SEUT 106 artiklan 2 kohdan nojalla ole yhteisön kilpailusääntöjen alainen, ellei voida osoittaa, että päätös on ilmeisen kohtuuton keino varmistaa, että sairaskassat

567 Ibid., kohta 52.

568 Ibid., kohta 54.

569 Ibid., kohta 55.

570 Ibid.

571 Ibid., kohta 62–73.

572 Ibid., kohdat 73–85.

voivat suoriutua yleisen taloudellisen edun mukaisesta tehtävästään taloudellisesti tasapainoisella tavalla. On kansallisten tuomioistuinten asia ratkaista, täyttyykö tämä edellytys.⁵⁷³

Jacobsin argumentaatiota voitaneen ainakin 2000-luvun alun kontekstissa pitää koko lailla yhtä uskottavana kuin varsinaista unionin tuomioistuimen tuomiota. Vaikka tapauksen lopputulos – Saksassa voimassa olleen järjestelyn hyväksyttävyys EU:n kilpailusääntöjen näkökulmasta – oli molemmissa sama, poikkesivat siihen päätyneet argumentaatioketjut olennaisesti, ja näillä eroilla olisi eittämättä ollut merkitystä useita myöhempiä sosiaali- ja terveyspalveluja koskeneita rajanvetotapauksia arvioitaessa. Sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmien erityisyyttä koskevalle oikeuskäytännölle ei ole mahdollista paikantaa varsinaista alkupistettä, koska arvioinnin taustalla ovat joka tapauksessa ainakin vakuutusperustaisesta sosiaaliturvasta ja kilpailusäännöistä sekä vapaasta liikkuvuudesta ja sote-palveluista annetut varhaisemmat unionin tuomioistuimen ratkaisut. Tästä huolimatta *AOK Bundesverband*-tuomiota voidaan pitää vähintäänkin keskeisenä vedenjakajana siinä, mille uralle ja polkuriippuvuudelle yrityksen käsitteen arviointi sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa kääntyi.

4.2.2. FENIN

Tapaus *FENIN* koski Espanjan kansallinen terveydenhuoltojärjestelmää (*Sistema Nacional de Salud*), jonka katsottiin perustuvan solidaarisuusperiaatteeeseen.⁵⁷⁴ Komissiolle valituksen teki terveydenhuollon tuotteita ja laitteita sairaaloille tarjonneita yksityisiä yrityksiä edustanut *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*. FENIN katsoi Espanjan julkisen terveydenhuoltojärjestelmään kuuluneiden sairaaloiden väärinkäyttäneen määräävää markkina-asemaansa, kun ne olivat ostaneet suuria määriä terveydenhuollon laitteita ja tarvikkeita yksityisiltä toimijoilta ja maksut näistä laitteista ja tarvikkeista olivat viivästyneet huomattavasti. Edellä kuvattua *AOK Bundesverband*-tapausta lukuun ottamatta oikeuskäytännössä oli *FENIN*-tapaukseen asti käsitelty lähinnä terveydenhuoltopalvelujen tarjoajien ja niiden jäsenten välisiä suhteita, joten tapauksen tosiseikat olivat monella tavalla uusia.⁵⁷⁵

Tapauksessa komissio oli todennut, että Espanjan sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämistä vastuussa olleita viranomaisia sekä sote-palveluja tuottaneita julkisia

⁵⁷³ Ibid., kohta 106.

⁵⁷⁴ Komissiolle valituksen teki terveydenhuollon tuotteita ja laitteita sairaaloille tarjonneita yksityisiä yrityksiä edustanut *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*. FENIN katsoi Espanjan julkisen terveydenhuoltojärjestelmään kuuluneiden sairaaloiden väärinkäyttäneen määräävää markkina-asemaansa, kun se oli ostanut suuria määriä terveydenhuollon laitteita ja tarvikkeita yksityisiltä toimijoilta ja maksut näistä laitteista ja tarvikkeista olivat viivästyneet huomattavasti.

⁵⁷⁵ Krajewski – Farley 2007, s. 112.

sairaaloita ei tullut pitää yrityksinä, sillä ne eivät harjoittaneet taloudellista toimintaa.⁵⁷⁶ *FENIN* valitti päätöksestä yleiseen tuomioistuimeen sekä myöhemmin unionin tuomioistuimeen.⁵⁷⁷ Unionin tuomioistuin piti voimassa yleisen tuomioistuimen ratkaisun. *FENIN*:in valitusperuste oli, että yleinen tuomioistuin oli tulkinnut yrityksen käsitettä väärin.⁵⁷⁸

Ratkaisussaan EU:n yleinen tuomioistuin katsoi, että Espanjan maksuttomia terveyspalveluja solidaarisuusperiaatteen mukaisesti tarjoavia hallintoelimiä ei tullut pitää taloudellista toimintaa harjoittavina yrityksinä, kun nämä ostivat terveydenhuollon tuotteita ja palveluja yksityisiltä markkinatoimijoilta.⁵⁷⁹ Tuomioistuin totesi, että ostotoiminta ei ollut taloudellista, koska ostetut tavarat käytettäisiin myöhemmin terveydenhuoltopalveluihin julkisissa sairaaloissa, eikä niitä myytäisi edelleen markkinoilla. Ostotoimintaa ei voitu erottaa tavaroiden myöhemmästä käyttötarkoituksesta.⁵⁸⁰ Jos siis tällainen ostotoiminta, joka sinänsä olisi taloudellista toimintaa, on osa julkista terveydenhuoltojärjestelmää, sitä ei tulisi pitää taloudellisena toimintana.⁵⁸¹ Tuomioistuimen ratkaisu pitää näin sisällään myös tulkinnan, jonka mukaan Espanjan julkiset sairaalat eivät terveydenhuollon tavaroita ja palveluja tarjotessaan harjoittaneet taloudellista toimintaa, vaan muuta, puhtaasti sosiaalista ja ei-taloudellista toimintaa.⁵⁸²

EU:n yleinen tuomioistuin katsoi, että Espanjan sosiaali- ja terveysjärjestelmä toimi yhteisvastuu- eli solidaarisuusperiaatteen mukaisesti.⁵⁸³ Yleinen tuomioistuin referoi ensin hyvin lyhyesti *Poucet & Pistre, Albany* ja *Fédération française des sociétés d'assurances* -tapauksia. Johtopäätöksenä tästä oikeuskäytännöstä unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että yksiköt eivät toimi yrityksinä, kun ne hoitavat Espanjan julkisen sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmän tehtäviä, mutta jätti kantansa varsin pintapuolisen toteamuksen varaan.

Esillä olevassa asiassa on kiistatonta, että SNS, jota kantajan kantelussa tarkoitettut ministeriöt ja muut yksiköt hoitavat, toimii yhteisvastuuperiaatteen mukaisesti, kun sitä rahoitetaan sosiaalimaksuilla ja muilla valtion tuilla ja kun se tarjoaa siihen kuuluville henkilöille yleisesti kattavia palveluja ilmaiseksi. Siten nämä yksiköt eivät toimi yrityksinä, kun ne hoitavat SNS:ää.⁵⁸⁴

576 Commission Decision SG(99) D/7.040.

577 Asia T-319/99 *FENIN*.

578 Asia C-205/03 *FENIN*.

579 Asia T-319/99 *FENIN*.

580 Asia T-319/99 *FENIN*, kohdat 36–37. Ks. myös Nikolić 2021.

581 Asia T-319/99 *FENIN*, kohdat 36–37. Ks. myös Lear et al. 2010, s. 342.

582 Asia T-319/99 *FENIN*, kohta 37. Ks. myös Nikolić 2021.

583 Asia T-319/99 *FENIN*, kohta 39.

584 Ibid.

Julkisasiamies Poiars Maduro kritisoi yleisen tuomioistuimen tekemän arvioinnin pintapuolisuutta. *FENIN*-ratkaisua on kritisoitu myös oikeuskirjallisuudessa.⁵⁸⁵ Julkisasiamiehen mukaan yleinen tuomioistuin ei esimerkiksi arvioinut markkinoiden olemassaoloa, mikä on olennaista pääteltäessä, onko toiminta luonteeltaan taloudellista.⁵⁸⁶ Hänen mukaansa unionin tuomioistuimen olisi tullut toteuttaa kilpailutekijöiden arviointi, eli tarkastella, toimivatko julkinen ja yksityinen terveydenhuoltoala Espanjassa rinnakkain, vai onko yhteisvastuu- eli solidaarisuusperiaate järjestelmässä määrävänä.⁵⁸⁷ Poiars Maduro katsoi, että järjestelmän kokonaisarvion sijaan Espanjan järjestelmään sisältyneitä toimintoja tulisi arvioida itsenäisesti, eli yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt arvioida SNS:n jäsenille maksutta tarjottavat terveyspalvelut ja yksityispotilaille korvausta vastaan tarjottavat terveyspalvelut erikseen.⁵⁸⁸ Yleinen tuomioistuin ohitti tällaisen arvioinnin prosessuaalisilla perusteilla.⁵⁸⁹

Elimen kunkin toiminnan itsenäinen arviointi on välttämätöntä määritettäessä, onko toimintaa pidettävä taloudellisena. Kunkin toiminnan itsenäinen arviointi on sitäkin tarpeellisempaa, kun on kysymys julkisesta yksiköstä, koska se voi toimia taloudellisena toimijana yhden ainoan toiminnan osalta mutta hoitaa muutoin tehtäviä, jotka eivät ole luonteeltaan taloudellisia. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siis tehnyt oikeudellisen virheen, kun se on luonnehtinut SNS:ää kokonaisvaltaisesti tutkimatta erikseen ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta muodostuvaa toimintaa.⁵⁹⁰

Poiars Maduron mukaan tällainen oikeudellinen virhe ei kuitenkaan vaikuta asian päätelmiin, jos ilmaisen terveydenhuollon tarjoaminen luokitellaan luonteeltaan ei-taloudelliseksi toiminnaksi.⁵⁹¹ Poiars ei ehdottanut unionin tuomioistuimelle lopullisia vastauksia ja johtopäätöksiä toiminnan luokittelusta, vaan katsoi, että yleisen tuomioistuimen oli tutkittava tarkemmin asian tosiseikkoja.⁵⁹² Poiars Maduron perustelujen kautta voidaan kuitenkin päätellä, että myös hän olisi todennäköisesti katsonut sosiaali- ja terveyspalveluita tarjoavan yksikön harjoittavan taloudellista toimintaa vain, jos kilpailu on palvelun tarjoamiselle ominainen piirre.⁵⁹³ Tämä näyttää vastaavan yhteisöjen tuomioistuimen *AOK Bundesverband* -asiassa omaksumaa lähestymistapaa, jonka mukaan tietynastei-

585 Mm. Korah 2007, s. 49; Gallo 2020, s. 579; Nikolić 2021, s. 56–58.

586 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN*, kohta 47.

587 Ibid. kohta 57.

588 Ibid. kohta 44. Ks. myös Krajewski – Farley 2007, s. 115–116.

589 Asia T-319/99 *FENIN*, kohdat 42–43.

590 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN*, kohdat 43–44.

591 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN*, kohta 44. Ks. myös Krajewski – Farley 2007, s. 115–116.

592 Krajewski – Farley 2007, s. 117–118.

593 Ibid.

nen kilpailu eli rajoitettu määrä kilpailua ei automaattisesti johda kilpailusääntöjen soveltamiseen.⁵⁹⁴

Krajewski ja Farley totesivat unionin tuomioistuimen ratkaisun jälkeen, että *FENIN*-tapauksessa esitettyjen perustelujen perusteella voidaan päätellä, että terveydenhuoltopalvelujen tarjoajien ja vakuutus pohjaisen terveydenhuoltojärjestelmän jäsenten välisen suhteen kontekstissa kehitettyjä kriteerejä voidaan soveltaa myös terveydenhuoltopalvelujen tarjoajien ja kolmansien osapuolten välisen suhteen arvioinnissa.⁵⁹⁵ Näin on kuitenkin vain silloin, kun terveydenhuoltopalvelujen tarjoamisen ja kyseisen suhteen välillä on riittävä yhteys.⁵⁹⁶ EU:n yleinen tuomioistuin ylipäätään tukeutui *FENIN*-tapauksen tulkinnissaan varsin suoraviivaisesti *Poucet & Pistre* -oikeuskäytäntöön ja totesi, että SNS:n palvelut eivät olleet taloudellisia. Esimerkiksi Poiars Maduro taas totesi ratkaisuehdotuksessaan, että *Poucet & Pistre* -oikeuskäytäntöä ei voitu soveltaa *FENIN*-tapauksessa arvioituihin tosiseikkoihin, koska siinä viitataan ainoastaan pakolliseen jäsenyyteen terveydenhuoltojärjestelmissä eikä terveydenhuoltopalvelujen tarjoamiseen.⁵⁹⁷ Suomen järjestelmän näkökulmasta voidaan hakea jonkinasteista analogiaa sosiaali- ja terveystalouden tuottamisen ja järjestämisen eroihin ja kysymykseen, ovatko tulkinnat sovellettavissa molempiin rooleihin vai vain toiseen niistä.

Keskeinen *FENIN*-tapauksesta johdettava oikeusohje liittyy myös ostotoiminnan arviointiin, eli myös ostotoiminnan pitämiseen ei-taloudellisenä, jos ostettujen hyödykkeiden myöhempi käyttötarkoitus oli ei-taloudellinen. EU:n yleinen tuomioistuin viittasi tavaroiden oston ja niiden myöhemmän käytön välisen yhteyden kohdalla kahteen Italian tullitoimitsijoihin koskeneeseen asiaan, joissa näiden oli tulkittu harjoittaneen taloudellista toimintaa.⁵⁹⁸ Tulkinnan uutuusarvon ja myös konkreettisen *FENIN*-tapauksen lopputulokseen vaikuttavan luonteensa vuoksi on yllättävää, että unionin tuomioistuin tai yleinen tuomioistuin perustelivat myös tätä johtopäätöstä vain varsin tiiviisti.⁵⁹⁹ Ennen unionin tuomioistuimen ratkaisua oikeuskirjallisuudessa esiintyi toiveita siitä, että yleisen tuomioistuimen ostotoimintaa koskeva tulkinta saisi selvennystä unionin tuomioistuimen ratkaisussa, mutta näin ei käynyt.⁶⁰⁰ Julkisasiamies Poiars Maduron ratkaisuehdotuksessa tulkintalinjaa perustellaan muun muassa terveydenhuoltopalveluja ei-taloudellisin perustein tarjoavien yksiköiden ostotoiminnan vähäisellä vaikutuksella kilpailuun: ostomonopolin kilpailulle aiheuttama vaara on vähäinen, eikä ostomonopoliasemassa olevalla

594 Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*, kohta 56. Ks. myös Belhaj – van de Gronden 2004.

595 Krajewski – Farley 2007, s. 112.

596 Ibid.

597 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN*, kohta 32.

598 Asia C-35/96 *komissio v. Italia*; Asia T-513/93 *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*.

599 Krajewski – Farley 2007, s. 120–121. Ks. myös van de Gronden 2004.

600 Ks. mm. Louri 2005; Slot 2003.

yrityksellä ole intressiä kohdistaa tavarantoimittajiinsa sellaista painetta, että nämä joutuvat lopettamaan toimintansa tuotantoketjun alkupään markkinoilla.⁶⁰¹

Julkisasiamies Poiares Maduro aloitti ostotoiminnan ja sen toiminnan luonteen, johon ostetut tavarat oli tarkoitettu, välistä yhteyttä koskevan analyysinsä toteamalla, että taloudellisen toiminnan olennainen tunnusmerkki on osallistuminen markkinoille.⁶⁰² Tällainen osallistuminen edellyttää vastavuoroista suhdetta, joka perustuu toimitusten ja ostojen vaihtoon. Tämä vastavuoroisuus tekee mahdottomaksi sen, että vaihtokaupan toiseen osaan sovellettaisiin kilpailulainsäädännön sääntöjä ja toinen osa jätettäisiin sen ulkopuolelle.⁶⁰³ Poiares Maduro nojautui argumentaatioissaan unionin tuomioistuimen *Pavlov*-tapauksessa antamaan tuomioon, jonka mukaan yksityishenkilöiden ostamat tavarat jäivät kilpailulainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle.⁶⁰⁴ Vaikka SNS:n hallintoelimet käyttivät ostamiaan tavaroita myöhemmän palvelun tarjoamiseen, Poiares Maduro katsoi, että SNS:n ei-taloudellista toimintaa varten harjoittama ostotoiminta oli verrattavissa lopulliseen kysyntään liittyviin hankintoihin, eikä niitä voitu pitää taloudellisena toimintana.⁶⁰⁵

Poiares Maduro käsitteli ratkaisuehdotuksessaan myös vapaan liikkuvuuden ja kilpailulainsäädännön soveltamisalan välistä suhdetta. Poiares Maduron mukaan molemmissa tarkasteluissa taloudellisen toiminnan käsite on analyysin keskiössä, mutta tarkastelu poikkeaa toisistaan: palvelujen vapaan liikkuvuuden kohdalla se, että terveyspalveluja tarjotaan osana sosiaaliturvajärjestelmää, ei poista niitä vapaan liikkuvuuden piiristä, mutta kilpailulainsäädännön kohdalla unionin tuomioistuin on katsonut, että näiden palvelujen tarjoaminen ei ole taloudellista toimintaa.⁶⁰⁶

Jäsenvaltiot saavat siirtää tiettyjä toimintoja kilpailun ulkopuolelle, jos ne järjestävät nämä toiminnot niin, että yhteisvastuuperiaate on määräävässä asemassa, mikä estää kilpailuoikeuden soveltamisen. Tavalla, jolla jokin toiminta on järjestetty kansallisella tasolla, ei sitä vastoin ole mitään vaikutusta palvelujen vapaata tarjoamista koskevan periaatteen soveltamiseen. Vaikka terveydenhoitopalvelujen tarjoaminen ilmaiseksi olisi ilman mitään epäilyjä SEUT 56 artiklassa tarkoitettua taloudellista toimintaa, sitä harjoittavat yksiköt eivät väistämättä ole kilpailuoikeuden alaisia.⁶⁰⁷

601 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN*, kohta 66; Krajewski – Farley 2007, s. 120–121.

602 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN*, kohta 62.

603 Ibid.

604 Ibid., kohta 63.

605 Ibid., kohta 64.

606 Ibid., kohta 51. Ks. oikeuskäytännöstä mm. Asia C-158/96 *Kohll*, kohta 21; Asia C-157/99 *Geurts-Smits & Peerbooms*, kohta 54.

607 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN*, kohta 51. Poiares Maduron taloudellista toimintaa koskeva terminologia voi olla osin harhaanjohtavaa, sillä vapaan liikkuvuuden osalta kyse on SEUT 56–57 artiklassa määritellystä palvelun käsitteestä, jolla on samaan tapaan taloudellinen ulottuvuus kuin yrityksen käsitteellä, mutta kyse on kuitenkin eri perussopimuksen sanamuotoon ja eri

Myös edellä *AOK Bundesverband* -tapauksen yhteydessä todettu palvelujen vapaata liikkuvuutta ja kilpailulainsäädäntöä koskevan oikeuskäytännön välinen näennäinen ristiriita voidaan osittain selittää Poiares Maduron väitteellä, jonka mukaan tärkeä ero näiden kahden oikeudenalan välillä oli jäsenvaltioiden mahdollisuus sulkea pois kilpailulainsäädännön soveltaminen terveyspalvelujen järjestämistavan valinnalla. Vapaan liikkuvuuden kohdalla tällaista mahdollisuutta ei ole. Krajewskin ja Farleyn mukaan tyydyttävämpi perustelu tuomioistuimen erilaisille lähestymistavoille voisi olla kilpailulainsäädännön ja palvelujen vapaan liikkuvuuden erilaisten tehtävien erottaminen toisistaan.⁶⁰⁸ Kilpailulainsäädännössä on kyse yleisestä periaatteesta, joka luonteensa vuoksi voi sisältää rakenteellisia poikkeuksia sen soveltamiseen ilman, että sen tehokkuus heikkenee. Palvelujen vapaa liikkuvuus on sitä vastoin yksilön perusvapaus, johon tällaiset rakenteelliset poikkeukset vaikuttaisivat voimakkaammin.

Julkaisuhetkellä *FENIN*-tuomiota pidettiin unionin tuomioistuimen silloisen oikeuskäytännön jatkumona, jossa ei muutettu esimerkiksi *Poucet & Pistre* ja *AOK Bundesverband* -tapauksissa vahvistettuja testejä ja arvioinnin lähtökohtia.⁶⁰⁹ Tapauksella on arvoa myös muun ostotoiminnan kuin sote-palveluiden kohdalla, sillä tuomioistuimen tapauksessa luomaa uutta tulkintaa, jonka mukaan ostotoimintaa tuotantoketjun alkupäässä ei pitäisi erottaa ostettujen tavaroiden myöhemmästä käytöstä, voidaan soveltaa myös muilla aloilla. *AOK Bundesverband* -tapauksen tavoin myös *FENIN*-tapauksessa julkisasiamiehen ratkaisuehdotus ja unionin tuomioistuimen ratkaisu poikkeavat toisistaan, vaikka ero ei olekaan yhtä olennainen.⁶¹⁰ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa olennaiseen asemaan nousevat erityisesti yksityisen terveyspalveluiden tuotannon rooli. Ratkaisuehdotuksen mukaan tapaus olisi tullut palauttaa unionin yleisen tuomioistuimen käsittelyyn sen arvioimiseksi, oliko Espanjassa olemassa rinnakkain julkinen ja yksityinen terveyssektori vai onko ilmaisten terveydenhoitopalvelujen tarjoamisesta muodostuvaan toimintaan sisältyvällä yhteisvastuulla eli solidaarisuudella ”ratkaiseva merkitys”.⁶¹¹ Unionin tuomioistuin ei kuitenkaan tuomiossaan käsitellyt edellä kuvattuja julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen näkökohtia, vaan tyytyi hylkäämään kanteen varsin lyhytsanaisesti.⁶¹²

Kuten *AOK Bundesverband* -tapauksen kohdalla, myös *FENIN*-tapauksen osalta olennaista on se, että unionin tuomioistuimen olisi ollut oikeudellisesti täysin mahdollista päätyä myös toisenlaisiin johtopäätöksiin. *FENIN*-tapauksessa kantajana

tulkinta-asetelmaan kytkeytyvästä arvioinnista.

608 Krajewski – Farley 2007, s. 117–118.

609 Ibid., s. 120–121.

610 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN*.

611 Ibid., kohta 54.

612 Ibid., kohdat 25–28. Kohta 28: ”valitus on hylättävä osittain sillä perusteella, että sen tutkittavaksi ottamisen edellytykset puuttuvat, ja osittain sillä perusteella, että se on perusteeton.”

toiminut FENIN viittasi espanjalaiseen oikeuskäytäntöön ja oikeuskirjallisuuteen, esimerkiksi Buendía Sierraan, joiden mukaan sosiaaliturvasta ei olisi asianmukaista tehdä suojattua alaa, joka ei kuulu kilpailusääntöjen soveltamisalaan.⁶¹³ Unionin tuomioistuimien päätös päättyi tuomaan *Poucet & Pistre* -tapaukseen nojautunutta oikeuskäytäntöä paitsi uudenlaisten tosiseikkojen myös verorahoitteen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän kontekstiin, mikä käytännössä tarkoitti ja on myös myöhemmässä oikeuskäytännössä tarkoittanut kilpailusääntöjen soveltamisalan rajaamista siitä, minkälaiseksi soveltamisala olisi toisenlaisella tulkintakäytännöllä voinut muotoutua. Gallo on todennut unionin tuomioistuimen *FENIN*-ratkaisun johtaneen julkisen ja yksityisen sektorin välisen dikotomian uudelleenarviointiin. *FENIN*-ratkaisun valossa toiminta on luonteeltaan taloudellista, kun yksityinen rahoitus tulee yksittäisiltä potilailta terveydenhuoltopalveluista maksettavana korvauksena. Toiminta on puolestaan ei-taloudellista, kun potilaan, sairaalan ja valtion/ kolmannen maksajan välille muodostuu julkisen rahoituksen kolmiosuhde, jonka myötä yksittäisestä terveydenhuoltopalvelusta ei makseta korvausta.⁶¹⁴ Gallon toteamus jossain määrin murenee nyanssien edessä, mutta toiminee kuitenkin perusteltuna lähtökohtana sosiaali- ja terveysjärjestelmien arviointiin *FENIN*-ratkaisun kautta.

4.2.3. CBI ja IRIS

Brysselin sairaaloita koskevassa IRIS-päätöksessään komissio katsoi eräiden alueella toimivien julkisten sairaaloiden harjoittavan taloudellista toimintaa.⁶¹⁵ Komissio katsoi kuitenkin Brysselissä käytössä olleen järjestelyn valtiontukinäkökulmasta hyväksyttäväksi yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja koskevan SGEI-sääntelyn perusteella.

Ratkaisun taustalla oli kahden brysseliläisiä yksityisiä sairaaloita edustavan yhdistyksen valitus, jossa ne olivat katsoneet, että Belgian oli myöntänyt kilpailusääntöjen vastaista ja sisämarkkinoille soveltumatonta tukea viidelle Brysselin alueen *Inter-hospitalière Régionale des Infrastructures de Soins (IRIS)* -verkostoon kuuluneelle julkiselle sairaalalle.⁶¹⁶ Tapauksessa IRIS-sairaalat harjoittivat sairaalatoimintaa, jonka kanssa samankaltaista toimintaa harjoitettiin useilla klinikoilla, yksityisissä sairaaloissa ja muissa erikoistuneissa terveydenhoitolaitoksissa.⁶¹⁷ Vuonna 2005 tehdystä kantelusta alkanut prosessi tuli päätökseensä vasta vuonna 2016, sillä unionin yleinen tuomioistuin kumosi *CBI*-ratkaisullaan komission vuonna 2009 tekemän alkuperäisen päätöksen.⁶¹⁸ EU:n yleisen tuomioistuimen mukaan komission olisi

613 Asia T-319/99 *FENIN*, kohta 23. Ks. Buendia Sierra – Read 2000.

614 Gallo 2020, s. 579.

615 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS).

616 Ibid., kohta 1.

617 Ibid., kohta 109.

618 Asia T-137/10 *CBI*. Ks. myös yhdistetyt asiat T-128/08 ja T-241/08 *CBI*.

tullut alkuperäistä valtiontukikantelua koskeneessa alustavassa tutkiessaan todeta, että tutkinnassa on vakavia vaikeuksia, ja aloittaa muodollinen tutkintamenettely.⁶¹⁹ Yleinen tuomioistuin totesi komission analysoineen merkityksellisiä seikkoja puutteellisesti ja epä johdonmukaisesti.⁶²⁰

IRIS-tapauksen on oikeuskirjallisuudessa katsottu poikenneen vakiintumassa olleesta tulkintalinjasta, jossa selvästi markkinaperustein toimivia järjestelmiä rajattaisiin kilpailusääntöjen piiriin ja toisaalta sosiaalisin perustein toimivia järjestelmiä niiden ulkopuolelle. Esimerkiksi Morton on todennut 2000-luvun puolivälin tapauksista EU:n yleisen tuomioistuimen *BUPA*-ratkaisun ja komission *Zorgverzekeringswet*-ratkaisun koskeneen markkinatalouden periaattein toimivia, yksityisen sektorin palveluntuotantoon nojaavia ja luonteeltaan voittoa tavoittelevia terveydenhuoltojärjestelmiä, joissa kilpailusääntöjen roolin voidaan väittää olevan looginen ja tarpeellinen.⁶²¹ Toisaalta IRIS-tapauksessa arvioitu Brysselin järjestelmä voidaan nostaa esimerkiksi selvästi voittoa tavoittelemattomasta, julkisrahoitteisesta ja sosiaalisin perustein toimivasta terveydenhuoltojärjestelmästä, joka tästä huolimatta tuotiin kilpailusääntöjen piiriin.⁶²² IRIS-tapausta on kutsuttu merkittäväksi valtiontukitapaukseksi juuri siksi, että siinä EU:n valtiontukisääntöjen mukainen valvonta kohdistui selvästi sosiaaliseen solidaarisuuteen perustuvaan terveydenhuoltojärjestelmään.⁶²³ Tapauksella oli merkitystä sekä vakuutus pohjaisille sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmille (ns. Bismarck-malli) että verorahoitteisille NHS-tyyppisille sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmille (ns. Beveridge-malli).⁶²⁴

Asian taustalla oli 1990-luvulla tehty uudelleenjärjestely, joissa viidestä talousongelmiin ajautuneesta Brysselin alueen sairaalasta luotiin oikeushenkilöitä, jotka olivat edelleen kuntien sekä aiemmin sairaaloita omana toimintana pyörittäneiden sosiaalisiksi toimintakeskuksiksi (*Centres publics d'action sociale*, CPAS) kutsuttujen julkisten laitosten omistamia. Komissio arvioi, että viranomaisten erimuotoisia määrärahoja, suoraan potilailta kerättyjä asiakasmaksuja ja sairausvakuutuslaitoksen potilaiden hoidosta näille sairaaloille suorittamia korvauksia voitiin pitää tarjotuista sairaalapalveluista suoritettavina taloudellisina vastikkeina.⁶²⁵ Belgian järjestelmässä sairaaloita rahoitettiin useiden rahoituskanavien kautta. Näitä olivat muun muassa pääosiltaan hoitopäivien määrään sidottu liittovaltion budjettirahoitus, lakisääteisen sairausvakuutuslaitoksen korvaukset potilaiden hoidosta, potilaiden tai heidän yksityisten sairausvakuutusyhtiöidensä suoraan sairaaloille suorittamat maksut sekä

619 Asia T-137/10 *CBI*, kohdat 307 ja 313.

620 Ibid., kohdat 308–309. Ks. myös kohdat 134, 169, 186, 215 ja 288.

621 Morton 2021a, s. 479.

622 Ibid.

623 Morton 2021b, s. 476.

624 Morton 2021a, s. 477.

625 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 108.

investointituet, joita myönnettiin vain poikkeuksellisesti.⁶²⁶ Rahoitusinstrumentit olivat sekä yksityisten että julkisten sairaaloiden käytettävissä, minkä lisäksi osaa rahoitusmekanismeista sovellettiin vain IRIS-sairaaloihin. Esimerkiksi korvausmekanismia, jolla katettiin Brysselin julkisten mutta ei yksityisten sairaaloiden alijäämiä, oli pidettävä luonteeltaan valikoivana.⁶²⁷

IRIS-sairaaloille oli asetettu myös muista sairaaloista poikkeavia velvoitteita. Komissio esimerkiksi arvioi, että julkisia ja yksityisiä sairaaloita koski yhtä lailla Belgian rikoslakiin perustuva velvollisuus hoitaa potilaita lääketieteellisessä hätätilanteessa. Mikään oikeusperusta ei kuitenkaan velvoittanut yksityisiä sairaaloita hoitamaan potilaita riippumatta heidän maksukyvystään myös muissa kuin hätätilanteissa, mutta IRIS-sairaalat olivat komission mukaan velvollisia hoitamaan kaikkia potilaita kaikissa olosuhteissa, eli myös muissa kuin hätätilanteissa, potilaiden maksukyvystä ja/tai vakuutusasemasta riippumatta.⁶²⁸ Komissio katsoi, että IRIS-sairaalat oli ylipäätään luotu, jotta sosiaaliset toimintakeskukset (CPAS) voisivat täyttää lakisääteisen tehtävänsä tarjota sosiaali- ja terveyspalveluja kaikille niistä tarvitseville.⁶²⁹

Lopulliseksi jääneessä päätöksessään komissio totesi, että toimintaa on yleensä pidettävä taloudellisena, kun sairaalat ja muut terveydenhuoltopalveluiden tarjoajat antavat sairaanhoitoa korvausta vastaan, riippumatta siitä tuleeko korvaus suoraan potilailta tai muista lähteistä.⁶³⁰ Komissio arvioi päätöksessään erikseen IRIS-sairaaloiden tarjoamia terveyspalveluja, sosiaalipalveluja ja liitännäispalveluja.

Komissio totesi aluksi, että Belgian järjestelmässä sairaaloiden välillä on jonkinasteista kilpailua terveydenhuoltopalveluiden tarjonnassa. Se, että tällaisia palveluja korvausta vastaan tarjoava sairaala on julkinen, ei tee kyseisen sairaalan toiminnan luonteesta ei-taloudellista.⁶³¹ IRIS-sairaaloiden pääasiallinen toiminta oli sairaalatoimintaa, eli terveydenhuoltopalvelujen tarjoamista, jota harjoittivat myös yksityiset klinikat ja yksityissairaalat.⁶³² Komission mukaan IRIS-sairaaloiden korvausta vastaan ja kilpailuympäristössä harjoittamaa sairaalatoimintaa oli pidettävä luonteeltaan taloudellisena eivätkä Belgian kansallisen terveydenhuoltojärjestelmän perustana olleet solidaarisuusnäkökohdat asettaneet tätä kyseenalaiseksi.⁶³³

Komission arvion mukaan Belgian kansallisessa terveydenhuoltojärjestelmässä painotettiin vahvasti yhteisvastuullisuutta koskevia näkökohtia, mutta tämä ei antanut aiheutta kyseenalaistaa IRIS-sairaaloiden harjoittaman sairaalatoiminnan talou-

626 Ibid., kohdat 44–48.

627 Ibid., kohta 127.

628 Ibid., kohta 174.

629 Ibid., kohdat 24 ja 175.

630 Ibid., kohta 108.

631 Ibid.

632 Ibid., kohta 109.

633 Ibid., kohdat 109–110.

dellista luonnetta.⁶³⁴ Komissio viittasi toisaalta *FENIN*-tapauksen tulkintaan, jonka mukaan terveysjärjestelmää hallinnoivat viranomaiset eivät harjoita taloudellista toimintaa, kun järjestelmää hallinnoidaan viranomaisten toimesta ”yhteisvastuuperiaatteen mukaisesti, kun sitä rahoitetaan sosiaalimaksuilla ja muilla valtion tuilla ja kun se tarjoaa siihen kuuluville henkilöille yleisesti kattavia palveluja ilmaiseksi”.⁶³⁵ Komissio päätyi kuitenkin erottamaan tulkinnassaan yhtäältä ”kansallisen terveysjärjestelmän hallinnoinnin, jota julkiset elimet hoitavat panemalla täytäntöön tätä tarkoitusta varten valtiollisia erioikeuksia” sekä toisaalta ”sairaalahoidon tarjoamisen korvausta vastaan kilpailuun perustuvassa toimintaympäristössä”. Erottelun voidaan ajatella karkeasti vastaavan Suomessa käytössä olevan sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen ja tuottamisen välistä eroa, vaikkakaan jaottelu ei ole kansallisesti ja EU-oikeudessa identtinen – näistä ensimmäinen on valtiosääntöisistäkin syistä yksiselitteisesti julkisen vallan tehtävä, mutta tuottamistehtävää voi hoitaa tiettyjen valtiosääntöisten ja uuden sote-mallin aikana myös täsmällisempien tavallisen lain tasoisten edellytysten täytyessä myös yksityinen toimija. IRIS-tapauksessa komissio katsoi Belgian järjestelmän hallinnoinnin, eli kotimaisessa terminologiassa sote-järjestämisen, olevan ei-taloudellista toimintaa ja sote-palveluiden tuottamisen taloudellista toimintaa.

Komissio viittasi terveyspalveluiden taloudellista luonnetta koskevan tulkintansa tueksi useisiin unionin tuomioistuimen tapauksiin.⁶³⁶ Komissio muun muassa huomautti unionin tuomioistuimen todenneen – vaikkakin implisiittisesti – tapauksessa *Geraets-Smits & Peerbooms*, että taloudellisen toiminnan kriteeristön täyttymisen kannalta ei ole välttämätöntä, että korvauksen maksajina ovat palvelusta hyötyvät henkilöt.⁶³⁷ Tulkinnan mukaan se, että sairaalahoidon rahoitetaan sairausvakuutuskassoista suoraan sopimusten mukaan ja ennakoon asetetuin hinnoin, ei vielä tarkoita, ettei kyseinen hoito kuuluisi taloudellisen toiminnan alaan. IRIS-ratkaisussa viitatussa tapauksessa *Geraets-Smits & Peerbooms* arvioitiin, että sairausvakuutuskassojen suorittamat kiinteämääräiset maksut olivat sairaalalaitosten suorituksista maksettavia taloudellisia vastikkeita, joten niitä oli epäilemättä pidettävä sairaalan saamina korvauksina ja toiminnan näin rajautuvan perussopimusten palveluiden vapaata liikkuvuutta koskevien oikeussääntöjen piiriin.⁶³⁸ Oikeuskirjallisuudessa IRIS-sairaloita koskeneen kilpailusääntöjen soveltamiseen kytkeytyvän arvioinnin

634 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 110.

635 Ks. myös asia T-319/99 *FENIN*, kohta 3. Ks. myös asia T-137/10 *CBI*, kohdat 90–91; komission SGEI-tiedonanto (2012/C 8/02), kohta 22.

636 Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohta 53; Asia C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, kohta 18; Asia C-368/98 *Vanbraekel*, kohta 43; Asia T-167/04 *Asklepios Kliniken*, kohdat 49–55.

637 Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohdat 56–58.

638 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 108 viitteineen; Asia C-157/99 *Geraets-Smits & Peerbooms*, kohta 58.

ja *Geraets-Smits & Peerbooms* -tapauksessa tehdyn arvioinnin rinnastamista on pidetty myös kyseenalaisena, koska kilpailunrajoitusten ja palvelun tarjoamisen vapauden EU-oikeudellista arviointia ei voida samaistaa.⁶³⁹ Arvioidessaan IRIS-sairaaloiden harjoittaman toiminnan luonnetta komissio tukeutui lisäksi muun muassa *Pavlov* ja *Ambulanz Glöckner* -tapauksissa käytettyyn päättelyyn ja sovelsi tätä uudenslaisiin tosiseikkoihin.⁶⁴⁰

Sosiaalipalveluiden osalta komission tulkinta ei ollut samalla tavoin yksiselitteinen. IRIS-sairaalat tarjosivat sosiaalipalveluja, muun muassa psykososiaalista tukea ja sosiaalihallinnollista apua, sosiaalisesti heikommassa asemassa oleville potilailleen ja heidän perheilleen. Komissio totesi palveluiden olevan sikäli erityislaatuista, että niitä tarjoavat toimijat tarvitsevat tätä toimintaa varten erityisiä resursseja, kuten erityisesti koulutettua henkilökuntaa.⁶⁴¹ Palveluiden todettiin palvelevan yksinomaan sosiaalista tarkoitusta, mutta komissio totesi *Freskot*-tapaukseen viitaten, että tehtävien puhtaasti sosiaalinen luonne ei riitä sulkemaan pois näiden tehtävien taloudellista luonnetta.⁶⁴² Komission mukaan ei siten voi sulkea pois, että sosiaalisten lisäpalvelujen tarjoaminen voi olla taloudellista toimintaa, minkä lisäksi sosiaalista toimintaa ei komission mukaan voitu todellisuudessa erottaa luonteeltaan taloudellisesta sairaalatoiminnasta.⁶⁴³

Komissio päätyi samankaltaiseen johtopäätökseen myös muiden liitännäispalveluiden osalta. IRIS-sairaalat harjoittivat monenlaisia liitännäistoimintoja, joissa osa vaikutti luonteeltaan ei-taloudellisilta (mm. tutkimustoiminta), kun taas toiset toiminnot vaikuttivat vahvemmin taloudellisilta (mm. ruokala sekä myymälä potilaille ja vierailijoille) silloin, kun näitä arvioitiin erillisinä IRIS-sairaaloiden pääasiallisesta toiminnasta.⁶⁴⁴ Komission mukaan voitiin kuitenkin ajatella, että koska kaikki mainitut liitännäistoiminnot liittyvät läheisesti IRIS-sairaaloiden pääasialliseen, luonteeltaan taloudelliseen terveydenhuoltotoimintaan, myös niitä oli pidettävä taloudellisena toimintana.⁶⁴⁵

Gallon mukaan tärkein peruste sille, miksi komissio katsoi sairaalassa annetun hoidon luonteeltaan taloudelliseksi, oli se, että sairausvakuutuskassat rahoittivat sairaalaa yleissopimusten ja ennalta vahvistettujen maksujen perusteella. Vaikka hoidosta eivät pääsääntöisesti maksaneet juuri hoitoa saavat potilaat itse, hoitotoimintaa oli arvioitava taloudellisena toimintana ja siten EU:n kilpailu- ja sisä-

639 Nikolić 2021, s. 58.

640 Ibid.

641 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 112.

642 Ibid., kohta 113. Ks. myös asia C-355/00 *Freskot*, kohta 53.

643 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 114. Komissio totesi kuitenkin, että arvioinnin jatkamiseksi tämän päätöksen loppuosassa oletetaan hypoteesi, että sosiaalisten lisäpalvelujen tarjoaminen on todellakin luonteeltaan taloudellista.

644 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 116.

645 Ibid.

markkinalainsäädännön valossa, koska siitä maksettiin korvaus.⁶⁴⁶ Gallon mukaan komissio tukeutui tulkinnassaan pikemminkin liikkumisvapautta kuin kilpailuoikeutta koskevaan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, mikä osaltaan on voinut vaikuttaa tapauksessa tehtyihin johtopäätöksiin, sillä taloudellisen toiminnan piiri on potilaiden vapaan liikkuvuuden kontekstissa muodostunut erittäin laajaksi.⁶⁴⁷

Belgiassa käytössä olleen järjestelmän oikeutettavuudessa olennaiseen asemaan nousi myös se, miten järjestelmää arvioitiin suhteessa SGEI-sääntelyyn. Valtiontukikantelun argumentit jakautuivat tältä osin karkeasti viiteen osaan, eli kantelijoiden mukaan julkisen palvelun velvoitteita ei oltu määritelty riittävästi, julkisille sairaaloille korvattiin niiden tappiot, julkisia sairaaloita ylikompensoitiin, korvausten läpinäkyvyys oli puutteellista ja kyse oli ristisubventoinnista.⁶⁴⁸ Useimmat argumenteista olivat selvemmin perusteettomia, kuten väitteet koskien julkisen palvelun tehtävä selkeyttä ja avoimuutta, sillä tehtävästä oli säädetty lainsäädännössä. Kantelun vahvimmat perusteet liittyivät IRIS-sairaaloiden julkisen tehtävän laajenemiseen yli määritellyn, ylikompensaatioon sekä ristisubventioon.⁶⁴⁹ Kyse oli ennen kaikkea siitä, miten IRIS-sairaaloille määritellyn sosiaaliseen tehtävän liitännäistehtäviä tuli arvioida, sekä siitä, miten kokonaisvolyymltaan jopa 100 miljardiin euroon nousutta FRBRTC-nimeä kantanutta tukielementtiä oli tulkittava.⁶⁵⁰ Komissio päätyi hyväksymään Belgiassa luodut järjestelyt myös näiltä osin. Komissio huomautti, että IRIS-sairaalat eivät olleet voittoa tavoittelevia yrityksiä.⁶⁵¹ Toisaalta Belgian terveydenhuoltoalalla oli komission mukaan tietynasteista kilpailua ja sen myötä vääristävän tuen mahdollisuus oli olemassa.⁶⁵² Asetelmaa oli joka tapauksessa arvioitava komission vuoden 2012 SGEI-päätöksen sosiaali- ja terveystaloudellisia koskevien rajausten ja linjausten valossa.⁶⁵³

Komissio arvioi, että IRIS-sairaalan julkisrahoitteinen taloudellinen toiminta, käytännössä sairaanhoito- ja sosiaalipalvelut, olivat joko yleisiin taloudellisiin tar-

646 Gallo 2020, s. 582–583.

647 Ibid. Ks. myös Gallo – Mariotti 2017.

648 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 2; Morton 2021a, s. 479–480.

649 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohdat 99–103; Morton 2021b, s. 477.

650 Ibid.

651 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohdat 126 ja 128.

652 Ibid., kohta 132.

653 Morton 2021, s. 477. Ks. myös edellä osio IV luku 3.4.3. Sote-palveluiden kannalta relevantit 2 artiklan b) ja c) kohdat määrittelevät sote-palveluiden piiriin kaksi erillistä kategoriaa: b) korvaus sairaanhoitopalveluja tarjoavien sairaaloiden tuottamista yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvistä palveluista, mukaan lukien soveltuvin osin hätäpalvelut; päätoimintoihin suoraan liittyvien oheistoimintojen harjoittaminen, erityisesti tutkimuksen alalla, ei kuitenkaan estä tämän kohdan soveltamista; c) korvaus yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta sellaisten sosiaalisten tarpeiden täyttämiseksi, joissa on kyse terveydenhuollosta, pitkäaikaishoidosta, lastenhoidosta, työmarkkinoille pääsystä ja paluusta, sosiaalisesta asuntotarjonnasta sekä muita heikommassa asemassa olevien ryhmien hoidosta ja sosiaalisesta osallisuudesta.

koituksiin liittyviä palveluja tai näiden palveluiden liitännäistoimintoja. Komission mukaan erityisesti kaikki tapauksessa arvioidut lääketieteelliset ja sosiaalipalvelut olivat erityislaatuista verrattuna muihin taloudellisiin toimintoihin, ja palveluilla oli merkitystä sairaanhoidon ja sosiaalisen hyvinvoinnin näkökulmasta.⁶⁵⁴ Näin Belgian viranomaiset eivät komission mukaan olleet tehneet ilmeistä virhettä määritellään kyseiset sosiaali- ja terveyspalvelut yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviksi palveluiksi.⁶⁵⁵ Koska korvaus oli läpinäkyvästi määritelty, IRIS-sairaalat olivat luonteeltaan julkisomisteisia ja voittoa tavoittelemattomia ja julkisen palvelun tehtävästä maksettu korvaus liittyi suoraan IRIS-sairaaloiden SGEI-tehtävään, komissio piti järjestelyä ongelmattomana.⁶⁵⁶ Komission mukaan julkisen tehtävän laajentumiseen ja ylikompensaatioon kytkeytyvät kysymykset koskivat toimintoja, jotka eivät olleet sosiaaliseen solidaarisuuteen liittyviä ydintoimintoja, mutta kuitenkin niihin läheisesti liittyviä oheistoimintoja, minkä lisäksi toimintojen tavoitteena oli kattaa sairaalatoiminnan alijäämää.⁶⁵⁷

Liitännäispalveluiden osalta komissio arvioi, että kaikki liitännäistoiminnoiksi määritetyt toiminnot liittyivät suoraan IRIS-sairaaloiden SGEI-toimintaan. Näin siksi, että toiminnot olivat sairaalan SGEI-toimintojen kannalta välttämättömiä, koska ne olivat toimintoja, joita nykyaikaisen sairaalan voitiin lääketieteellisten ja sosiaalipalvelujen tarjoamisen lisäksi olettaa harjoittavan, tai toiminnot vähintäänkin liittyivät erottamattomasti SGEI-toimintaan, koska niissä hyödynnetään sairaalan rakennuksia. Koska liitännäistoimintojen osuus IRIS-sairaalan kokonaisliikevaihdosta oli vähäinen, keskimäärin alle 2 prosenttia, komissio piti selvänä, että myös kriteeri liitännäistoimintojen rajallisuudesta täyttyi.⁶⁵⁸ Näin komissio arvioi, että IRIS-sairaaloiden eri toiminnot kuuluivat joko SGEI-päätöksen sairaaloille myönnettäviä korvauksia koskevan 2(1) artiklan b) alakohdan soveltamisalaan tai yleishyödyllisiä sosiaalipalveluja koskevan 2(1) artiklan c) alakohdan soveltamisalaan, eikä ollut tarpeen tehdä tarkempaa erittelyä siitä, mikä toiminta kuuluu jompaankumpaan luokkaan.⁶⁵⁹

Piernas López on perustellusti kritisoinut tätä lähestymistapaa erityisesti liitännäistoimintojen korvausten osalta.⁶⁶⁰ Komissio hyväksyi korvauksen myöntämisen liitännäistoiminnoista, jotka olivat luonteeltaan varsin monipuolisia, esimerkiksi potilaiden ambulanssikuljetuksia sairaaloiden välillä, henkilökunnan lasten päiväkoti, vanhainkoti, hoitokoti, hoitokoulu, tutkimustoimintaa, tuettua asumista ja psykiatrisista hoitolaitoksista, pieni myymälä potilaille ja vierailijoille, televisio-

654 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 154.

655 Ibid.

656 Morton 2021b, s. 477.

657 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 154.

658 Ibid., kohta 155.

659 Ibid.

660 Piernas López 2018, s. 169.

vastaanottimien vuokraamista potilaille, huoneiden vuokraamista kolmansille osapuolille sekä ruokala ja pysäköintitiloja.⁶⁶¹ Myös näistä liitännäistoiminnoista voidaan komission SGEI-päätöksen mukaan ongelmitta maksaa korvausta, jos niiden katsotaan olevan 2(1) artiklan b) alakohdan mukaiseen toimintaan liitännäisiä SGEI-palveluja, sillä komission SGEI-päätöksessä todetaan nimenomaisesti, että ”päätoimintoihin suoraan liittyvien oheistoimintojen harjoittaminen, erityisesti tutkimuksen alalla, ei estä kohdan soveltamista”. Tulkinta-asetelma olisi kuitenkin toinen, jos päätoiminnot katsottaisiin 2(1) artiklan c) alakohdan mukaisiksi SGEI-palveluiksi, koska alakohdassa ei säädetä vastaavalla tavalla liitännäistoimintojen rahoittamisen mahdollisuudesta. Piernas Lopézin mukaan komission olisi siksi tullut ratkaisussaan erottaa selvästi toisistaan b) alakohdan soveltamisalaan kuuluvat IRIS-sairaaloiden toiminnot ja niiden liitännäistoiminnot sekä c) alakohdan soveltamisalaan kuuluvat toiminnot.⁶⁶² Piernas Lopézin kritiikki on perusteltua, mutta toisaalta voitane katsoa, että kyseiset liitännäistoiminnot olivat joka tapauksessa vähintäänkin erittäin vahvasti liitännäisiä myös 2(1) artiklan b) alakohdan soveltamisalaan, sillä IRIS-sairaaloissa oli valtaosin kyse juuri sairaalatoiminnasta, minkä lisäksi jäsenvaltioiden liikkumatila SGEI-palveluiden määrittelyssä on laajaa, jolloin eri toimintojen tarkemmalla erittelyllä tuskin olisi ollut vaikutusta arvioinnin lopputulokseen.

Kokonaisuutena komission lähestymistapaa IRIS-sairaaloiden tapauksessa ja unionin tuomioistuimen lähestymistapaa *FENIN*-tapauksessa voidaan pitää yhteensovivina, mutta myös olennaisesti painotuksiltaan poikkeavina. Toisin kuin unionin tuomioistuin *FENIN*-tapauksessa, komissio vaikuttaa IRIS-sairaaloita arvioidessaan tehneen selkeämpää erottelua eri toimintojen välillä: kun *FENIN*-tapauksessa sinänsä taloudelliseksi toiminnaksi asemoituva ostotoiminta katsottiin ei-taloudelliseksi, koska sitä harjoitti sote-järjestämisvastuussa ollut toimija, *IRIS*-tapauksessa järjestäminen ja palveluiden tuottaminen erotettiin selkeämmin toisistaan, ja vain järjestäminen katsottiin luonteeltaan ei-taloudelliseksi. Komission lähestymistapa on näin lähempänä julkisasiamies Maduron *FENIN*-tapauksen yhteydessä esittämää mallia. Asetelma voidaan nähdä joko soveltamiskäytännön sisäisenä konfliktina ja epäjohtonmukaisuutena tai vaihtoehtoisesti eräänlaisena soveltamiskäytännön evoluutiona.⁶⁶³ Gallo on kontekstualisoinut tätä evoluutiota puhtaan funktionaalisen (*pure functional*) ja maltillisen funktionaalisen (*moderate functional*) lähestymistavan käsitteillä, joista IRIS-tapaus noudattelee ensimmäistä.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS), kohta 41.

⁶⁶² Piernas Lopéz 2018, s. 169.

⁶⁶³ Ks. mm. Gallo 2020, s. 583.

⁶⁶⁴ Ibid., s. 582–583.

4.2.4. Congregación

Erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon hallintoelinten eli palveluiden järjestäjätahojen suhdetta taloudellisen toiminnan rajanvetoon on arvioitu useasti sekä unionin tuomioistuinten oikeuskäytännössä että oikeuskirjallisuudessa. Sen sijaan terveydenhuoltojärjestelmissä hallintoelinten vastineina toimivien terveydenhuollon tuottajien arviointi on ollut vähäisempää, eikä myöskään edellä käsitelty IRIS-sairaaloihin koskenut tapaus edennyt enää vuoden 2016 komission päätöksen osalta EU:n tuomioistuihin. Lähtökohtaisesti eri tilanteissa on ajateltu, että sote-palveluiden tuottajien saama korvaus lähtökohtaisesti riittää niiden luokitteluksi yrityksiksi. van de Gronden ja Guy ovat haastaneet tätä lähestymistapaa ja kysyneet, olisiko mahdollista loiventaa unionin tuomioistuimen suoraviivaista lähestymistapaa terveydenhoitopalvelujen tarjoajiin ja sisällyttää oikeuskäytäntöön elementtejä, joissa otetaan huomioon näihin palvelujen tarjoajiin liittyvät näkökohdat ja arvot.⁶⁶⁵

van de Gronden ja Guy ovat kehitelleet sote-palveluiden tuottajien arviointiin kolmivaiheista testiä, joka nojaa vahvasti *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (Congregación)* -tapauksessa tehtyyn arviointiin.⁶⁶⁶ Tapaus koski uskonnollisten laitosten verovapautuksia Espanjassa. Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania ei saanut verovapautusta omistamansa koulun juhlasalin sisältävän rakennuksen uudistamiseen ja laajentamiseen muun muassa kokous-, kurssi- ja konferenssikäyttöä varten, koska viranomaiset olivat katsoneet, että kansallinen sääntely sekä sen taustalla vaikuttaneet EU:n valtiontukisäännöt estivät niitä antamasta taloudellista tukea Congregaciónille.⁶⁶⁷ Tapauksessa oli kyse pitkälti sen arvioinnista, oliko Congregaciónia pidettävä yrityksenä.⁶⁶⁸ Kansallinen tuomioistuin kysyi unionin tuomioistuimelta, onko katolisen kirkon vapauttaminen rakennusverosta SEUT 107 artiklan 1 kohdan vastaista, kun kyse on rakennus-, asennus- ja kunnostustöistä muuhun kuin yksinomaan uskonnon harjoittamiseen liittyvään taloudelliseen toimintaan tarkoitetuilla kiinteistöillä.⁶⁶⁹ Unionin tuomioistuimen mukaan asian arvioinnissa oli ensin tutkittava, voidaanko Congregaciónia pitää SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna yrityksenä. Tämän jälkeen oli vielä selvitettävä, pyritäänkö verovapautuksella antamaan Congregaciónille valikoiva taloudellinen etu, onko kyseinen toimenpide valtion toimenpide tai varoilla toteutettu toimenpide ja onko kyseinen vapautus omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja vääristämään tai uhkaamaan vääristää kilpailua.⁶⁷⁰

Yrityksen ja taloudellisen toiminnan käsitteen osalta unionin tuomioistuin huomautti, että toimintaa voidaan pitää taloudellisena, vaikka sitä harjoittaisi us-

665 van de Gronden – Guy 2021, s. 83.

666 van de Gronden – Guy 2021; Asia C-74/16 *Congregación*.

667 Asia C-74/16 *Congregación*, kohdat 13–21.

668 van de Gronden – Guy 2021, s. 84.

669 Asia C-74/16 *Congregación*, kohta 21.

670 Ibid., kohta 40.

konnollinen yhteisö.⁶⁷¹ Unionin tuomioistuin lähestyi arviointia SEUT 57 artiklan mukaisen palveluiden vapaan liikkuvuuden ja koulutuspalveluiden oikeuskäytännön kautta: kun yksittäisestä palvelusta maksetaan taloudellinen vastike, vapaata liikkuvuutta koskevia perussopimuksen määräyksiä sovelletaan.⁶⁷² Tilanteissa, joissa valtion rahoitus on hallitsevaa, koulutustoiminta ei ole luonteeltaan taloudellista, kun taas yksityisen rahoituksen merkittävä rooli viittaa siihen, että koulutuspalvelut ovat taloudellisia.⁶⁷³ Unionin tuomioistuin omaksui tapauksessa *Congregación* lähestymistavan, jonka mukaan kilpailusääntöjen soveltamisalaa rajaavan taloudellisen toiminnan käsitteen rajanveto oli identtinen EU:n vapaata liikkuvuutta koskevien oikeussääntöjen rajanvedon kanssa.⁶⁷⁴ Unionin tuomioistuimen mukaan *Congregación*-tapauksessa oli riidatonta, että *Congregación* harjoitti kiinteistössä kolmen tyyppistä toimintaa, eli Espanjan valtion tukeman opetuksen antamista, muun opetuksen antamista ilman kyseisen jäsenvaltion tukea sekä yksinomaan uskonnon harjoittamiseen liittyvää toimintaa. Lisäksi mainittu kiinteistössä toiminut yksikkö tarjosi oppilailleen täydentäviä ateria- ja kuljetuspalveluja.⁶⁷⁵ Tapauksessa arvioitu rakennuksen juhlasali oli kuitenkin vain opetuskäytössä.⁶⁷⁶ Tämän toiminnan osalta unionin tuomioistuin totesi, että Espanjan julkiseen koulutusjärjestelmään kytkeytyvä ja julkisista varoista rahoitettu koulutus oli luonteeltaan ei-taloudellista, mutta järjestelmän ulkopuolinen ja muilla tavoin rahoitettu koulutus taloudellista.⁶⁷⁷

van de Grondenin ja Guyn mukaan julkisen rahoituksen tason korostaminen *Congregación*-tapauksessa osoittaa, että valtion osallistuminen on yksi keskeisistä tekijöistä määriteltäessä, onko oppilaitos yritys EU:n kilpailusääntöjen valossa.⁶⁷⁸ Valtion osallistuminen korostaa koulutusjärjestelmän kollektiivista organisointia. Kyse ei ole palveluiden tarjoamisesta yksittäisille henkilöille, vaan sen takaamisesta, että koulutus on kaikkien saatavilla. Tämä tarkoittaa, että kyseisten palvelujen tarjonta on riippuvainen valtion toiminnasta eikä kyseisiä palveluja tarjota ilman julkista rahoitusta.⁶⁷⁹ Tätä tulkintaa voidaan pitää perusteltuna ja se vastaa paitsi *Congregación*-tapauksessa tehtyjä linjauksia, myös muuta koulutuspalveluja koskevaa oikeus- ja soveltamiskäytäntöä.⁶⁸⁰

van de Gronden ja Guy vievät argumentaationsa kuitenkin vielä tätä pidemmälle, ja siten myös tämän tutkimuksen näkökulmasta kiinnostavalle alueelle, sillä heidän

671 Ibid., kohta 43. Ks. myös asia C-196/87 Steymann, kohdat 9 ja 14.

672 Asia C-74/16 *Congregación*, kohdat 48–50; Asia C-76/05 *Schwarz & Gootjes-Schwarz*; Asia C-318/05 *komissio v. Saksa*; Asia C-56/09 *Zanotti*.

673 van de Gronden – Guy 2021, s. 84.

674 Ibid.

675 Asia C-74/16 *Congregación*, kohta 52.

676 Ibid., kohta 53.

677 Ibid., kohdat 55–57.

678 van de Gronden – Guy 2021, s. 84.

679 Ibid.

680 Ks. edellä osio IV luku 3.2.4.

mukaansa *Congregación*-tapaus on merkityksellinen koulutuspalveluiden lisäksi myös sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajien EU-oikeudellista asemaa arvioitaessa. van de Grondenin ja Guyn mukaan relevantti rajanveto taloudellisen toiminnan kohdalla on se, voidaanko palvelun tai tavarain tarjonta taata vain julkisen rahoituksen avulla, eli tarvitaanko veronmaksajien rahoja kyseisten palvelujen tai tavaroiden tarjoamiseen yleisen edun nimissä.⁶⁸¹ Tässä argumentaatiossa sote-palveluiden ei-taloudellisen luonteen kannalta keskeinen solidaarisuusperiaate näyttäytyy arvioinnissa yksinkertaisesti jo silloin kun, valtio puuttuu asiaan verovaroin, sillä verotuksen kautta varallisuutta jaetaan uudelleen, jotta voidaan taata kaikille mahdollisuus saada tärkeitä palveluja.⁶⁸²

van de Gronden ja Guy ovat *Congregación*-tapauksesta tekemiinsä tulkintoihin nojaten pyrkineet määrittelemään kolmivaiheista ja kumulatiivista testiä, jonka ehtojen täyttyessä sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotanto voitaisiin katsoa luonteeltaan ei-taloudelliseksi. van de Grondenin ja Guyn mukaan ensimmäinen on riippuvaisuus valtion rahoituksesta. Toisen edellytyksen mukaan rahoituksen tulee olla suunnattu solidaarisuusperiaatteen mukaisesti, eli yleisen edun mukaisen tavoitteen saavuttamiseen. Kolmas edellytys on, että terveydenhuollon tarjoajan toiminta liittyy läheisesti tähän yleisen edun mukaiseen tavoitteeseen.⁶⁸³

Ensimmäisen kriteerin osalta van de Gronden ja Guy toteavat, että riippuvaisuus valtion rahoituksesta ei tarkoita, etteikö jonkinlainen osuus palvelua tarvitsevista olisi kykeneviä ja myös valmiita maksamaan palvelusta itse.⁶⁸⁴ Tällaisen varsin marginaalisen asiakaskunnan läsnäolo ei kuitenkaan tarkoita, että yritykset voisivat tarjota tällaisia palveluja tai tavaroita markkinoilla taloudellisesti mielekkäillä ehdoilla, koska kysyntäpuolella ei ole kriittistä asiakasmassaa eikä kyseisiä palveluja tarjoavilla yrityksillä ole todellista liiketoimintamahdollisuutta.⁶⁸⁵ Koska suurimmalla osalla asiakkaista ei ole varaa ostaa kyseisiä palveluja, tarvitaan kollektiivista rahoitusta, jotta voidaan varmistaa, että yhteiskunnan kannalta olennaisen tärkeitä palveluja tarjotaan.⁶⁸⁶

van de Grondenin ja Guyn mukaan eräät erikoissairaanhoidon palvelut ovat selkeä esimerkki terveydenhuollon tuottamisesta, joka ei näin kuuluisi kilpailulainsäädännön soveltamisalaan. Esimerkiksi silloin, kun tietyntyyppistä erikoissairaanhoidoa voidaan tarjota kansalaisille vain julkisen rahoituksen turvin, ensimmäinen edellytys todennäköisesti täyttyy. Tällaisen hoidon kustannukset ovat niin suuret, että vain hyvin pieni joukko potilaita pystyisi maksamaan siitä, joten kaupallisilla toimijoilla ei ole todellista liiketoimintamahdollisuutta. Veronmaksajien rahoja tarvitaan, ja

681 van de Gronden – Guy 2021, s. 84.

682 Ibid.

683 Ibid., s. 85. Ks. myös van de Gronden 2018, s. 222.

684 van de Gronden – Guy 2021, s. 86.

685 Ibid.

686 Ibid.

näin ollen solidaarisuuteen perustuva valtion väliintulo on perusteltua.⁶⁸⁷ Toinen kriteeri täyttyy, kun kansallisessa lainsäädännössä on olemassa palveluntuotannolle vahvistettu tavoite, esimerkiksi kansanterveyden tai sosiaali- ja terveyspalveluiden saatavuuden turvaaminen. Kolmas kriteeri täyttyy, kun erikoissairaanhoidon palvelujen tarjoamisen ja yleisen edun mukaisen tavoitteen välillä osoitetaan olevan läheinen yhteys.⁶⁸⁸ van de Gronden ja Guy huomauttavat lisäksi, että testin perusteella osa terveydenhuollon tarjoajan toiminnasta voidaan tulkita taloudelliseksi ja osa ei. Esimerkiksi sairaala ei ole yritys tarjotessaan tiettyntyyppistä erikoissairaanhoidoa, mutta sairaala katsotaan yritykseksi, kun se tarjoaa tavanomaisia lääkäripalveluja.⁶⁸⁹

Tätä argumentaatiota voidaan haastaa monilla perusteilla, eikä vähiten siksi, että ajatus sekä kriteeristö tuntuvat vahvasti lähentyvän SGEI-palveluja koskevaa regiimiä ja tämän arvioinnissa sovellettavia kriteerejä. Lisäksi taloudellisen toiminnan arvioinnin rakentaminen näin vahvasti valtion verorahoitteisuuden varaan ei perustu kovinkaan vahvasti unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Sinänsä kuvattua lähestymistapaa voitaisiin perustella useilla asiaperusteilla. Kilpailusääntöjen relevanssi esimerkiksi pitkälle erikoistuneissa erikoissairaanhoidon palveluissa on rajallinen, sillä tällaisia palveluja voidaan joka tapauksessa verorahoitteisten sosiaali- ja terveyspalveluiden oloissa tarjota vain julkisrahoitteisesti ja todennäköisesti myös hyvin tiukan sääntelykehikon puitteissa. Toisaalta voidaan ajatella, että esimerkiksi kartellisäännöillä, kilpailuneutraliteetilla ja muilla kilpailuregiimin osilla on perusteltu paikkansa myös tällaisen järjestelmän oloissa, joten koko kilpailuregiimin ulossulkemista perustellumpaa voisi olla SGEI-sääntelyn mahdollistamien joustojen hyödyntäminen. van de Grondenin ja Guyn mukaan kolmivaiheisen testin etuna kuitenkin on, että sen avulla voidaan ottaa huomioon terveyspalvelujen erityispiirteet. Sen sijaan, että palvelusta maksaminen johtaa palvelun luonteesta riippumatta kilpailusääntöjen soveltamiseen, voidaan testin kautta ottaa huomioon solidaarisuuteen liittyvät näkökohdat ja terveyspalvelun rahoitus. van de Grondenin ja Guyn mukaan näiden arvioinnin tulisi olla ratkaisevaa sen määrittämiseksi, sovelletaanko EU:n kilpailulainsäädäntöä: viime kädessä kilpailusääntöjen soveltuvuudesta päättäminen tarkoittaa sen kysymistä, voivatko terveydenhuollon tarjoajat toimia todellisilla markkinoilla.⁶⁹⁰

4.2.5. Montessori ja ICI-IMU

Sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa tapahtuvan taloudellisen toiminnan käsitteen arvioinnin kannalta relevanttina voidaan pitää myös unionin tuomioistuimen tapausta *Montessori*, josta komission ratkaisun osalta käytetään pääsääntöisesti

⁶⁸⁷ Ibid., s. 85. Ks. myös van de Gronden 2018, s. 222.

⁶⁸⁸ van de Gronden – Guy 2021, s. 86.

⁶⁸⁹ Ibid., s. 87.

⁶⁹⁰ Ibid., s. 87.

termiä ICI-IMU-tapaus. Tapaus on kulkenut komissiossa ja EU-tuomioistuimissa monivaiheisen prosessin. Komissio päätti asian ensimmäisen kerran vuonna 2013.⁶⁹¹ Valitusten myötä asia päättyi ensin EU:n yleiseen tuomioistuimeen, joka antoi ratkaisunsa vuonna 2016, sekä vielä unionin tuomioistuimeen, jonka ratkaisu saatiin vuonna 2018.⁶⁹² Unionin tuomioistuimen ratkaisun johdosta komissio jatkoi asian arviointia vuonna 2019 ja teki siinä päätöksen vuonna 2023.⁶⁹³ Keskeisin käsitte-lyä pitkittänyt seikka liittyi laittomaksi todetun valtiontuen takaisinperintään, ei niinkään eri tukimuotojen arviointiin, ja unionin tuomioistuin kumosi komission vuoden 2013 päätöksen vain tätä koskevilta osin.⁶⁹⁴

Asiassa oli kyse Italiassa säädetystä kiinteistöverovapautuksesta, joka koski ei-kaupallisia yhteisöjä, jotka harjoittivat kyseisissä kiinteistöissään yksinomaan sosiaali-turvaan, sosiaali- ja terveydenhuoltoon, koulutukseen, majoitukseen, kulttuuriin, virkistykseen ja urheiluun sekä uskontoon ja uskonnollisten menojen järjestämiseen liittyvää toimintaa.⁶⁹⁵ Kyse oli lisäksi kahdesta eri verovapautusmallista, eli pitkään voimassa olleesta kunnallisesta kiinteistöverosta (Imposta Comunale sugli Immobili, ICI) ja vuonna 2012 vain hetkeä ennen komission antamaa ratkaisua säädetystä uudesta yhtenäisestä kiinteistöverosta (Imposta municipale unica, IMU).

Italia katsoi aiemman kunnallisen kiinteistöverovapautuksen (ICI) olevan oikeutettu useilla eri perusteilla, joista ensimmäinen oli, että ICI-verosta vapautettujen ei-kaupallisten yhteisöjen harjoittamaa toimintaa ei voitaisi pitää taloudellisenä toimintana. Näin oli Italian mukaan siksi, että toiminta oli osoitettu pääasiallisesti tarkoin määritellyille kohderyhmille eikä siihen sisältynyt tavaroiden tai palvelujen tarjoamista markkinoilla, minkä vuoksi se ei kilpaillut kaupallisten yritysten harjoit-taman toiminnan kanssa.⁶⁹⁶ Lisäksi toimintaan liittyi Italian mukaan useimmissa tapauksissa ominaispiirteitä esimerkiksi siten, että sillä on sosiaalisia tavoitteita tai sitä toteutettiin yhteisvastuun tarkoituksessa, maksutta tai alennettuun hintaan. Näiden ominaispiirteiden ja erityistavoitteiden perusteella verovapauden kohteita ei Italian mukaan voitaisi pitää yrityksinä.⁶⁹⁷

Komissio hylkäsi Italian argumentaation toteamalla, että ominaispiirteet ja osatekijät, jotka eivät edes toteudu kaikissa tapauksissa, eivät yksinään riitä sulke-

691 Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU).

692 Asia T-219/13 *Ferracci*; Asia T-220/13 *Scuola Elementare Maria Montessori*; Yhdistetyt asiat C-622/16–C-624/16 *Scuola Elementare Maria Montessori*.

693 Commission Decision (EU) 2023/2103 (ICI-IMU).

694 Commission Decision (EU) 2023/2103 (ICI-IMU), kohdat 9 ja 15.

695 Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU), kohdat 1–34; Yhdistetyt asiat C-622/16–C-624/16 *Scuola Elementare Maria Montessori*, kohdat 5–10.

696 Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU), kohta 47.

697 Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU), kohta 48. Lisäksi Italia väitti, että toimenpide oli Italian verojärjestelmän logiikan perusteella oikeutettu ja että toimenpide oli voimassa olevaa tukea, jonka komissio olisi jo aiemmin hyväksynyt. Ks. Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU), kohdat 49–58, 97.

maan pois kyseisen toiminnan taloudellista luonnetta.⁶⁹⁸ Esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuoltoalan toimintojen osalta olennainen edellytys verovapaudelle oli, että ei-kaupalliset yhteisöt ovat tehneet viranomaisten kanssa sopimuksen, minkä komissio totesi ilmeisen riittämättömäksi sulkemaan pois kyseisen toiminnan taloudellista luonnetta.⁶⁹⁹ Myöskään muut tapauksen tosiseikat eivät antaneet aihetta tämän johtopäätöksen kyseenalaistamiselle.

Luonteeltaan monisysisempään ja tämän tutkimuksen kannalta kiinnostavam-
paan arviointiin komissio joutui tarkastellessaan Italian uutta yhtenäistä kiinteis-
töveroa (IMU). Komissio arvioi uusien kiinteistöverovapautta koskevien sääntöjen
edellyttävän selkeästi, että vapautus voidaan myöntää ainoastaan, jos toiminta on
ei-kaupallista. Aiemman ICI-mallin aikaan eräät kiinteistöt saivat verovapautuksen,
vaikka niitä käytettiin kaupallisiin tarkoituksiin.⁷⁰⁰ Ei-kaupalliselle toiminnalle oli
asetettu Italian lainsäädännössä kolme yleistä kriteeriä: toiminnalla ei tavoitella voit-
toa, sillä ei kilpailla sisämarkkinoilla toimivien muiden, voittoa tavoittelevien toimi-
joiden kanssa ja sillä ilmennetään yhteisvastuun ja toissijaisuuden periaatteita. Ko-
missio piti tärkeänä erityisesti kriteeriä, jonka mukaan kyseinen toiminta ei kilpaile
markkinoilla.⁷⁰¹ Lisäksi lainsäädännössä asetettiin yleisiä edellytyksiä verovapauden
kohteena oleville yhteisöille. Nämä liittyivät mm. kieltoon jakaa toiminnasta synty-
vää voittoa sekä vaatimukseen ohjata tuottoja yhteiskunnalliseen tarkoitukseen.⁷⁰²

- (a) kielto jakaa, edes epäsuorasti, voittoa, toimintaylijäämää, varoja, rahastoja tai pääomaa yhteisön toiminnan aikana, ellei sitä ole määrätty laissa tai ellei sitä ole määrätty sellaisten yhteisöjen hyväksi, jotka kuuluvat samaan rakenteeseen ja harjoittavat samaa toimintaa;
- b) voitto ja ylijäämä on sijoitettava uudelleen yksinomaan sellaisten toimintojen kehittä-
miseen, jotka edistävät sosiaalista yhteisvastuuta koskevaa institutionaalista päämäärää;
- c) jos ei-kaupallinen yhteisö lakkautetaan, sen omaisuuserät on siirrettävä toiselle ei-kaupal-
liselle yhteisölle, joka harjoittaa samanlaista toimintaa, ellei laissa toisin säädetä.⁷⁰³

Italian lainsäädännössä asetettiin lisäksi sektorikohtaisia edellytyksiä eri toimijoil-
le, jotta ne voisivat hyötyä verovapaudesta. Sosiaali- ja terveydenhuoltotoiminnan
oli täytettävä vähintään toinen seuraavista edellytyksistä, jotta se voitaisiin arvioida
ei-kaupalliseksi:

- a) valtio on hyväksynyt toiminnan ja sitä toteutetaan valtion, alueen tai paikallisten
viranomaisten kanssa tehdyn sopimuksen perusteella julkista palvelua täydentävänä tai

698 Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU), kohta 103.

699 Ibid., kohta 104.

700 Ibid., kohta 162.

701 Ibid., kohta 166.

702 Ibid., kohdat 167–168.

703 Ibid.

siihen kuuluvana toimintana ja sillä tarjotaan käyttäjille palvelu ilmaiseksi tai maksusta, jolla katetaan yleispalvelusta aiheutuvia menoja,

b) jos toimintaa ei ole hyväksytty eikä sitä toteuteta sopimuksen perusteella, sitä tarjotaan ilmaiseksi tai symbolisesta maksusta, joka ei kuitenkaan saa olla suurempi kuin puolet samanlaisesta kaupallisesta toiminnasta samalla alueella maksetuista keskihinnoista, eikä maksu saa olla riippuvainen palvelusta aiheutuvista todellisista kustannuksista.⁷⁰⁴

Verovapautuksen saadakseen sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajan täytyi siis kansallisen lainsäädännön mukaan joko olla osa yleisesti kattavaa ja yhteisvastuun periaatteeseen perustuvaa kansallista terveydenhuoltojärjestelmää tai tarjota palveluja ilmaiseksi tai symbolista korvausta vastaan.⁷⁰⁵ Komissio päätyi hyväksymään Italian sääntelyn ja argumentaation: sosiaali- ja terveyspalvelutoimintaa harjoittavien yhteisöjen, jotka täyttävät kaikki laissa säädetyt edellytykset, ei voida katsoa olevan yrityksiä.⁷⁰⁶ Komissio viittasi johtopäätöksensä tueksi unionin tuomioistuimen ratkaisuihin tapauksissa *FENIN* ja *AOK Bundesverband*.⁷⁰⁷ Samoin komissio hyväksyi Italian argumentaation myös ilmaiseksi tai symbolista korvausta vastaan tarjottavien palveluiden osalta: tällaiset palvelut eivät yleisesti ole taloudellista toimintaa. Näin on erityisesti silloin, jos tarjottavilla palveluilla ei kilpailla muiden markkinatoimijoiden kanssa.⁷⁰⁸

Komission mukaan yleisesti kattavassa ja yhteisvastuun periaatteeseen perustuvassa kansallisessa terveydenhuoltojärjestelmässä julkiset sairaalat rahoitetaan suoraan sosiaaliturvamaksuista ja muista valtion varoista. Tällaisessa järjestelmässä julkiset sairaalat tarjoavat palvelunsa maksutta yleiskattavuuden periaatteen mukaisesti tai perivät alennettua maksua, joka kattaa vain murto-osan palvelun todellisista kustannuksista. Komission mukaan ei-kaupalliset yhteisöt, jotka kuuluvat samaan luokkaan ja täyttävät samat edellytykset, katsotaan myös osaksi kansallista terveydenhuoltojärjestelmää.⁷⁰⁹ Gallo on pitänyt tätä komission johtopäätöstä yllättävänä, sillä hänen mukaansa Italian sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmä noudattaa markkinalogiikkaa ja järjestelmän osana toimii yksityisiä yrityksiä.⁷¹⁰ Komissio ei päätöksessään mainittavalla tavalla analysoi sitä, miltä osin Italian järjestelmä on

⁷⁰⁴ Ibid., kohta 169.

⁷⁰⁵ Ibid., kohdat 170–171.

⁷⁰⁶ Ibid., kohdat 170 ja 202.

⁷⁰⁷ Ks. asia T-319/99 *FENIN*, kohta 39; Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband*.

⁷⁰⁸ Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU), kohta 171. Komissio kuitenkin korosti, että kansallisessa sääntelyssä asetettua rajaa, jonka mukaan palvelun hinta sai olla korkeintaan puolet samanlaisesta kaupallisesta toiminnasta samalla alueella maksetusta keskihinnasta, voitiin käyttää vain ulossulkevassa merkityksessä. Palvelut, joista perittiin tätä rajaa matalampi hinta, eivät siis olleet automaattisesti ei-kaupallisia, mutta palvelut, joista perittiin tätä korkeampi hinta, olivat automaattisesti kaupallisia.

⁷⁰⁹ Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU), kohdat 170–171.

⁷¹⁰ Gallo 2020, s. 580.

solidaarisuusperiaatteeseen perustuva, vaan vaikuttaa ottavan sen ratkaisussaan enemmän tai vähemmän annettuna, mikä jossain määrin poikkeaa useissa muissa tapauksissa tehdystä arvioinnista. Samoin kiinnostavaa on, että ei-taloudelliseksi katsottiin nimenomaan terveyspalveluiden tuottaminen tällaisessa järjestelmässä, ei sote-palveluiden järjestäminen.

Sekä komissio ja myöhemmin asiaa majoituspalveluiden osalta arvioinut EU:n yleinen tuomioistuin kiinnittivät lisäksi huomiota palveluista maksettuihin vastikkeeseen. IMU-verovapauden edellytykseksi oli asetettu, että toiminta on suoritettava joko maksutta tai symbolista maksua vastaan. Komission mukaan maksuttomat tai symbolista maksua vastaan tarjottavat palvelut eivät yleensä ole taloudellista toimintaa. Näin on erityisesti silloin, jos palveluja ei tarjota kilpailussa muiden markkinatoimijoiden kanssa. Komission mukaan maksu ei saa olla missään suhteessa palvelun kustannuksiin, jotta maksua voitaisiin pitää symbolisena. IMU-verovapauden edellytykseksi oli asetettu, että palvelusta perittävä vastike alittaa raja-arvon, joka oli puolet samoilla maantieteellisillä alueilla kilpailuun perustuvasta vastaavasta toiminnaasta peritystä keskihinnasta. Kyse oli niin sanotusta ulossulkevasta kriteeristä, jonka täyttämättä jättäminen esti verovapauden saamisen, mutta jonka täyttäminen ei itsessään oikeuttanut verovapautukseen.⁷¹¹

Komission ratkaisusta valitettiin yleiseen tuomioistuimeen ja unionin tuomioistuimeen koulutus- ja asumispalveluiden osalta. Tuomioistuimet hyväksyivät komission lähestymistavan taloudellisen toiminnan arviointiin, eivätkä myöskään yleinen tuomioistuin tai unionin tuomioistuin arvioineet kyseessä olleen Italian markkinan luonnetta edes valituksen kohteena olleiden sektorien osalta.⁷¹²

EU:n yleinen tuomioistuin arvioi kiinteistöverovapautusta sovellettavan vain toimintaan, jota harjoittavat ei-kaupalliset yhteisöt ei-kaupallisin tavoin, ja vain sellaisiin yhteisöihin, joita ei voitu pitää kilpailusääntöjen tarkoituksena yrityksinä.⁷¹³ Mikäli kiinteistöä käytettiin useisiin eri tarkoituksiin, oli IMU-sääntelyn mukaisesti lisäksi laskettava se osuus kiinteistön käytöstä, joka oli taloudellista toimintaa, ja kannettava kiinteistövero tästä osuudesta.⁷¹⁴ Unionin tuomioistuin katsoi, että yleinen tuomioistuin ei ollut tehnyt oikeudellista virhettä, kun se oli pitänyt ei-taloudellisena opetustoimintaa, jota tarjotaan ilmaiseksi tai symbolisesta maksusta, joka ei ole sidoksissa mainitun palvelun kustannuksiin.⁷¹⁵ Myös julkisasiamies Wathelet päätyi arvioinnissa yleisen tuomioistuimen kannalle.⁷¹⁶

711 Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU), kohta 171. Ks. myös asia T-220/13 *Scuola Elementare Maria Montessori*, kohta 147.

712 Yhdistetyt asiat C-622/16–C-624/16 *Scuola Elementare Maria Montessori*, kohdat 103–111; Asia T-219/13 *Ferracci*; Asia T-220/13 *Scuola Elementare Maria Montessori*.

713 Asia C-220/13 *Scuola Elementare Maria Montessori*, kohdat 137 ja 140.

714 Ibid., kohta 141.

715 Yhdistetyt asiat C-622/16–C-624/16 *Scuola Elementare Maria Montessori*, kohdat 103–112.

716 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-622/16–C-624/16 *Scuola Elementare*

Oikeuskirjallisuudessa komission ja EU:n tuomioistuinten ratkaisuja on kritisoitu. Szysczak on kuvannut komission ja yleisen tuomioistuimen jossain määrin jopa hylänneen funktionaalisen lähestymistavan ja antaneen arvoa sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän pitkän aikavälin luonteelle, solidaarisuusperiaatteen roolille kansallisen järjestelmän kehityksessä sekä järjestelmälle kansallisesti määritellyille tavoitteille, kun se määritteli rajaa taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan välillä.⁷¹⁷ Gallo on kiinnittänyt huomiota komission argumentaation, jonka mukaan toiminnan luonteen määrittelyssä on tärkeää ottaa huomioon vallitsevat erityisolosuhteet, konteksti sekä tapa, jolla valtio on organisoinut toiminnan. Samoin komission ratkaisussa korostettiin kansallisille terveydenhuoltojärjestelmille tyypillisiä elementtejä, kuten yleistä kattavuutta, solidaarisuusperiaatetta ja rahoitusmenetelmää. Näillä perusteilla myös Gallo on todennut komission poikenneen funktionaalisesta lähestymistavasta tai ainakin noudattaneen niin sanottua maltillisen funktionaalista lähestymistapaa.⁷¹⁸ Koska komission ratkaisusta valitettiin EU:n tuomioistuihin muilta kuin sosiaali- ja terveyspalveluja koskevilta osin, ja koska sote-palveluiden ja koulutuspalveluiden arviointi ei aiemmin tässä tutkimuksessa kuvatulla tavalla ole samaistettavissa, on tapauksen ennakkotapausarvo sote-kontekstin näkökulmasta jossain määrin rajallinen. Se voidaan joka tapauksessa ajatella ilmentymäksi komission tulkintakäytännöstä, mutta tapauksen päätyminen yleiseen tuomioistuimeen ja unionin tuomioistuimeen asti myös sosiaali- ja terveyspalveluiden arvioinnin osalta olisi tarjonnut huomattavasti vahvempia aineksia soveltamiskäytännön systematisointiin. Varsinaisen valtioneuvoston arvioinnin sekä tuen takaisinperintää koskevan arvioinnin ulkopuolella *Montessori*-tapausta voidaan pitää merkittävänä myös kantajan kanneoikeutta koskevan arvioinnin osalta.⁷¹⁹

4.2.6. *Dôvera*

Dôvera-tapauksen taustalla ovat Slovakian sairausvakuutusjärjestelmässä 1990-luvun lopulla ja 2000-luvun alkupuolella – erityisesti vuonna 2004 – tehdyt uudistukset, joilla sairausvakuutusjärjestelmä muutettiin yhden julkisen sairausvakuutuslaitoksen mallista sekamuotoiseen malliin, jossa järjestelmässä saattoi toimia samanaikaisesti julkisia ja yksityisiä laitoksia. Sekä julkisten että yksityisten laitosten oli Slovakian lainsäädännön mukaan oltava oikeudelliselta muodoltaan yksityisoikeudellisia voittoja tavoittelevia osakeyhtiöitä.⁷²⁰ Vakuutuslaitoksilla tuli olla tietyn maantieteellisen kattavuuden minimitason ylittävä palveluverkosto, mutta yhtiöillä oli oikeus neuvotella itsenäisesti (ali)hankintasopimuksista ja siitä, mitkä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluntuottajat saivat tuottaa vakuutuslaitoksen korvaamia

Maria Montessori, kohta 138.

⁷¹⁷ Szysczak 2016.

⁷¹⁸ Gallo 2020, s. 579–581.

⁷¹⁹ Carmosino 2019.

⁷²⁰ Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 2.

palveluja.⁷²¹ *Dôvera*-tapaus päättyi komission ja yleisen tuomioistuimen kautta unionin tuomioistuimeen, joka arvioi asetelmaa komission kanssa pitkälti yhtenäisesti, mutta yleisestä tuomioistuimesta poiketen.

Uudistusten tarkoituksena oli luoda Slovakiaan kilpailukykyiset sairausvakuutusten markkinat. Järjestelmään tuotiin useita markkinauudistuksille tyypillisiä elementtejä, kuten terveydenhuoltoalan uusi sääntelyviranomaisen, muissakin vakuutusperusteisissa sosiaali- ja terveysjärjestelmissä käytetty riskintausjärjestelmä sekä pakolliset ja yhtenäiset tariffit.⁷²² Uudistuksen toteuttaminen ei ollut yksinkertaista ja järjestelmään tehtiin useita muutoksia 2000-luvun jälkimmäisellä puoliskolla. Näiden myöhempien muutosten taustalla olivat muun muassa sääntelyviranomaisen riippumattomuudessa koetut puutteet, hallitusten vaihdokset sekä kansalaisten paheksunta sosiaali- ja terveyspalveluilla tehtävästä voitontavoittelusta. Näistä jälkimmäinen johti hetkellisesti voimassa olleeseen mutta sittemmin Slovakian perustuslakituomioistuimen kumoamaan sääntelyratkaisuun, jossa kiellettiin sairausvakuutusyhtiöiden voittojen käyttö muuhun kuin sosiaali- ja terveydenhuoltopalveluihin tehtäviin uudelleeninvestointeihin.⁷²³

Monivaiheisen kehityksen seurauksena Slovakian järjestelmää kuvailtiin monitukaiseksi, epäjohtomukaiseksi ja sekavaksi.⁷²⁴ Järjestelmässä sinänsä oli yksityisen vakuutus- ja markkinapohjaisen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän piirteitä, mutta myös useita elementtejä, joiden perusteella voitiin ajatella tavoitteen markkinauudistuksista ja markkinapohjaisesta järjestelmästä jääneen toteutumatta.⁷²⁵ Konkreettisesti Slovakian sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmässä oli vuodesta 2010 lähtien toiminut yksi valtion omistama ja noin kahden kolmasosa markkinaosuudella toiminut vakuutusyhtiö Všeobecná zdravotná poisťovňa (VšZP), johon Spoločná zdravotná poisťovňa (SZP) oli sulautunut, sekä kaksi yksityistä vakuutusyhtiötä, joista *Dôvera zdravotná poisťovňa* oli suurempi noin neljänneksen markkinaosuudella. Morton on luonnehtinut Slovakian liberalisointiyrityksiä epätäydellisiksi, mitä ilmensivät muun muassa valtion omistamien vakuutusyhtiöiden huomattavan vahva asema markkinalla ja myös SZP:n ongelmista johtunut yhtiöiden välinen fuusio. Mortonin mukaan fuusio osoitti, että SZP:n toiminta ei ollut kaupallisesti elinkelpoista eikä sairausvakuutusmarkkinoilla todellisuudessa ollut kilpailua.⁷²⁶

Käytännössä komission ja tuomioistuinten arviointi koski siis kahdentyyppiselle toimijalle myönnettyä tukea: SZP oli ennen vuotta 2010 saanut yksityisenä yrityksenä valtiolta monenlaista tukea, mutta fuusioituttuaan VšZP:n kanssa

721 HE 16/2018 vp, s. 83.

722 Morton 2021b, s. 478.

723 Ibid.

724 Smatana et al. 2016, s. 156.

725 Morton 2021b, s. 478.

726 Ibid., s. 479.

se siirtyi valtion omistukseen ja valvontaan. Slovakian järjestelmään kuuluneita tukimuotoja olivat muun muassa pääomitukset sekä suorat tuet, esimerkiksi riskintausjärjestelmään liittyen. Mortonin mukaan ennen vuoden 2010 fuusiota myönnettyä tukea voitiin kiistatta pitää kilpailusääntöjen näkökulmasta tukena yritykselle, koska kyse oli voittoa tavoittelevalla yksityisellä yritykselle myönnetystä tuesta. Näin ei kuitenkaan ollut riskintausjärjestelmään liittyvän tuen kohdalla.⁷²⁷ Nämä järjestelmän monimutkaisuudet olivat keskeisiä arvioitaessa Slovakian järjestelmän luonnetta, jota määrittivät yhtäältä sosiaalista solidaarisuutta ilmentävät piirteet ja toisaalta markkinoita ja voitontavoittelua ilmentävät piirteet. Näiden piirteiden yhdistäminen ei ollut kaikilta osin johdonmukaista, vaan seurausta järjestelmässä toteutetuista erisuunnaisista ja vajavaisesti toteutuneista uudistuksista.⁷²⁸

Tapauksen tuomioistuinkäsittelyn taustalla oli *Dôvera zdravotná poisťovňa* vuoden 2007 kantelu, joka koski Slovakian SZP:lle myöntämää tukea. Komissio totesi ratkaisussaan vuonna 2013, että VŠZP ja SZP eivät olleet SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja yrityksiä, koska niiden harjoittama toiminta ei ollut luonteeltaan taloudellista. Näin myöskään näitä laitoksia koskeneessa kantelussa tarkoitettut tuet eivät olleet luonteeltaan valtiontukea.⁷²⁹ Asia päättyi yleiseen tuomioistuimeen, joka antoi ratkaisunsa vuoden 2018 alussa, sekä unionin tuomioistuimeen, joka kumosi yleisen tuomioistuimen ratkaisun vuonna 2020.

Unionin yleinen tuomioistuin arvioi tilannetta komissiosta poikkeavasti ja piti slovakialaisia sairausvakuuttajia yrityksinä.⁷³⁰ Myös unionin yleinen tuomioistuin kuitenkin totesi, että Slovakian pakollinen sairausvakuutusjärjestelmä sisälsi merkittäviä sosiaaliseen ja yhteisvastuulliseen luonteeseen sekä valtion valvontaan viittaavia elementtejä.⁷³¹ Slovakiassa sairausvakuutus oli pakollinen ja vakuutuslaitokset olivat velvoitettuja vakuuttamaan jokaisen, joka vakuuttamista pyytää. Vakuutuslaitokset eivät voineet kieltäytyä vakuuttamasta henkilöä esimerkiksi hänen ikänsä, terveydentilansa tai sairauden riskinsä vuoksi. Järjestelmä perustui pakollisiin maksuihin, jotka määrättyivät lainsäädännöllä ja olivat suhteessa vakuutetun tuloihin, mutta riippumattomia vakuutetun saamista etuuksista, iästä tai terveydentilasta. Kaikilla vakuutetuilla oli oikeus saman vähimmäistason mukaisiin etuuksiin. Käytössä oli riskintausjärjestelmä, jonka kautta laitokset, joiden vakuuttamiin henkilöihin liittyy suurempi riski, saavat varoja laitoksilta, joiden vakuuttamien henkilöiden riskit ovat pienempiä. Vakuutuslaitoksia säänneltiin kattavasti ja yksityiskohtaisesti ja laitosten tuli olla perustettu vain julkisen sairausvakuutuksen täytäntöön panemi-

727 Ibid.

728 Ibid., s. 478.

729 Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 5; Commission Decision (EU) 2015/24 (DZP-UZP).

730 Asia T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa*.

731 Ibid., kohta 58; Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 11.

seksi, eikä niillä voinut olla muuta toimintaa. Laitosten toimintaa valvoi erityinen viranomainen ja niitä koskeva sääntely oli tiukkaa.⁷³²

Kaikkia edellä kuvattuja elementtejä voidaan pitää vahvoina osoituksina järjestelmän solidaarisesta eli yhteisvastuullisesta luonteesta, minkä myös unionin yleinen tuomioistuin myönsi.⁷³³ Yleinen tuomioistuin kuitenkin totesi, että sairausvakuutuslaitokset voivat yhtäältä tehdä, käyttää ja jakaa voittoja ja toisaalta kilpailla tietyssä määrin palvelujen laadulla ja tarjonnalla.⁷³⁴ Nämä kaksi elementtiä nousivat yleisen tuomioistuimen arvioinnissa varsin hallitsevaan asemaan. Erityisesti sairausvakuutusyhtiöiden mahdollisuus tehdä voittoa sekä käyttää ja jakaa osa voitoistaan oli yleisen tuomioistuimen mukaan omiaan kyseenalaistamaan myös julkisten sairausvakuutuslaitosten toiminnan ei-taloudellisen luonteen.⁷³⁵ Unionin yleinen tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että mahdollisuutta käyttää ja jakaa voittoja oli rajoitettu tiukemmin kuin perinteisillä taloudellisen toiminnan aloilla, sillä voitonjaon mahdollisuus edellytti sellaisten ”vaatimusten noudattamista, joilla pyritään takaamaan järjestelmän pysyvyys ja sen taustalla olevien sosiaalisten ja yhteisvastuullisten päämäärien toteuttaminen”.⁷³⁶ Unionin yleisen tuomioistuimen mukaan ”tällä toteamuksella ei kuitenkaan ole merkitystä toiminnan taloudellisen luonteen poissulkemiseksi siitä hetkestä lähtien, jolloin kyseiset markkinatoimijat noudattavat voitontavoittelun logiikkaa”.⁷³⁷ Yleisen tuomioistuimen mukaan tapauksesta *Albany* ilmenevän unionin tuomioistuimen aiemman oikeuskäytännön perusteella pelkkä sairausvakuutusjärjestelmän sosiaalinen luonne ei yksin johda siihen, että järjestelmä arvioitaisiin ei-taloudelliseksi toiminnaksi.⁷³⁸ Kilpailu eri vakuutuslaitosten välillä oli unionin yleisen tuomioistuimen mukaan voimakasta ja monitahoista, sillä vakuutetuilla oli mahdollisuus valita vapaasti sairausvakuutuksensa tarjoaja ja vaihtaa sitä kerran vuodessa.⁷³⁹ Kilpailu tarjonnan laadulla ja laajuudella vaikutti tuomioistuimen mukaan myös toiminnan ja koko järjestelmän luonteeseen.

Slovakialaisten sairausvakuutusyhtiöiden mahdollisuus vapaasti tavoitella ja tehdä voittoa nimittäin joka tapauksessa osoittaa, riippumatta niiden julkisen sairausvakuutuksen

732 Asia T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohdat 56–57; Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohdat 9–10.

733 Asia T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 58.

734 Ibid., kohta 59; Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 12. Osinkojen maksaminen vakuutuslaitoksista kiellettiin vuonna 2007, mutta kielto todettiin perustuslain vastaiseksi, ja voitonjako osinkoina sallittiin jälleen vuodesta 2011 alkaen. Ks. HE 16/2018 vp, s. 83.

735

Asia T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 63.

736 Ibid., kohta 64.

737 Ibid.

738 Asia C-67/96 *Albany*, kohdat 84–87.

739 Asia T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 67.

tehtävän täyttämisestä ja valtion valvonnasta, että ne tavoittelevat taloudellista tuottoa ja että niiden markkinoilla harjoittama toiminta kuuluu näin ollen taloudellisen toiminnan piiriin. Tämän toiminnan mahdollisesti tuottamien voittojen käyttöä ja jakamista jälkikäteen koskevien tiukkojen edellytysten olemassaolo ei siis voi kyseenalaistaa toiminnan taloudellista luonnetta.⁷⁴⁰

Tuomioistuin kiinnitti huomiota myös siihen, että tariffien yhtenäistämisestä huolimatta sairausvakuutuslaitosten sallittiin vapaasti täydentää lakisääteisiä pakollisia etuuksia ilmaisilla liitännäisetuuksilla, kuten täydentävän ja ennalta ehkäisevän hoidon paremmalla korvaamisella tai vakuutettujen tehostetulla avustuspalvelulla.⁷⁴¹ Laatu- ja laajuuskilpailussa ei unionin yleisen tuomioistuimen arvioinnin perusteella siis ollut kyse vain asiakaskokemuksella tai yhtiön muulla – esimerkiksi lisämaksullisella tai muutoin erillisellä – palveluvalikoimalla kilpailusta, vaan kilpailu kytkeytyi suoraan vakuutuslaitosten hoidettavaksi annettuun julkiseen tehtävään, ja valitsemalla tietyn palveluntarjoajan samalla lakisääteisellä maksulla sai enemmän etuja. Unionin yleinen tuomioistuin arvioi vakuutuslaitosten kilpailevan ”tarjoamansa vakuutusturvan hinta-laatusuhteella (*value for money*)”.⁷⁴²

Tästä seuraa, että pakollisen sairausvakuutuksen tarjoaminen Slovakiassa on luonteeltaan taloudellista, kun otetaan huomioon sairausvakuutusyhtiöiden voiton tavoittelu ja voimakas kilpailu palvelujen laadulla ja tarjonnalla.⁷⁴³

Unionin tuomioistuimen sittemmin kumoama unionin yleisen tuomioistuimen argumentaatio *Dôvera*-tapauksessa ei moneltakaan osin vastaa siitä, mitä komission ratkaisun ja myös aiemman soveltamiskäytännön perusteella olisi voitu olettaa. Esimerkiksi tulkintaa siitä, että muutoin solidaarisuuden periaatteeseen perustuvassa järjestelmässä esiintyvä laatukilpailu – vaikkakin hyvin konkreettisesti, korvausten laajuutta koskevassa muodossa – oli viite taloudellisesta toiminnasta, on hankala löytää unionin tuomioistuimen tai komission aiemmasta soveltamiskäytännöstä. Samoin varsin yllättävänä voidaan pitää ajatusta, että yhden tai useamman voittoa tavoittelevan toimijan osallistuminen sairausvakuutusjärjestelmän täytäntöönpanoon itsessään tekisi koko järjestelmästä taloudellisen.⁷⁴⁴

Unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisu, mikäli se olisi jäänyt voimaan, olisi merkittävästi lisännyt jännitettä useiden jäsenmaiden sosiaaliturva- ja terveydenhuoltojärjestelmien sekä EU:n kilpailusääntöjen välillä. Gallo on arvioinut unionin yleisen tuomioistuimen korvanneen sosiaaliturvan ja sote-palveluiden kohdalla ylei-

⁷⁴⁰ Ibid., kohta 64.

⁷⁴¹ Ibid., kohta 66.

⁷⁴² Ibid. Ks. myös Commission Decision (EU) 2015/24 (DZP-UZP), kohta 93.

⁷⁴³ Asia T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 66.

⁷⁴⁴ Ibid., kohdat 59 ja 69.

sesti käytetyn maltillisen funktionaalisen lähestymistavan yrityksen ja taloudellisen toiminnan arvioinnilla, jotka perustuvat SGEI-palveluiden kanssa samankaltaisiin kriteereihin. Tästä kriteeristöstä kuitenkin puuttuu sellainen sosiaalinen ulottuvuus, joka sosiaaliturvan ja sote-palveluiden kohdalla on läsnä.⁷⁴⁵ Oikeuskirjallisuudessa unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisua on toisaalta pidetty myös perusteltuna ja komission tätä edeltänyttä päätöstä yllättävänä. Esimerkiksi van de Gronden vertasi Slovakian mallia Zorgverzekeringswet-tapauksessa käsiteltyyn Alankomaiden järjestelmään, jossa yksityiset sairausvakuutusyhtiöt toimivat Slovakian kanssa samankaltaisella tavalla lakisääteisen terveydenhuoltojärjestelmän hallintoeliminä, mutta Slovakiasta poiketen komissio oli arvioinut näiden harjoittavan taloudellista toimintaa ja olevan näin yrityksiä.⁷⁴⁶ van de Grondenin mukaan olisi outoa olla soveltamatta kilpailusääntöjä sellaisiin toimijoihin, joilla on huomattava intressi kasvattaa tulojaan.⁷⁴⁷ Mortonin mukaan Alankomaiden ja Slovakian järjestelmien vertailussa voidaan havaita huomattavia yhtäläisyyksiä, mutta myös ratkaisevia eroja: Slovakiassa markkinauudistuksia ei toteutettu kattavasti, eikä Slovakian tapauksen määräävässä asemassa olevia valtion omistamia vakuutusyhtiöitä esiintynyt Alankomaiden esimerkissä.⁷⁴⁸ Myös Mortonin mukaan Slovakian terveydenhuoltojärjestelmässä oli kuitenkin runsaasti markkinakilpailuun suuntautuneita elementtejä, joiden vuoksi komissio ja unionin tuomioistuin olisivat voineet ratkaista arvioinnin myös toisin ja soveltaa EU:n valtioneuvoston päätöksiä EU:n yleisen tuomioistuimen tavoin.⁷⁴⁹

Toisaalta myös van de Gronden arvioi EU:n yleisen tuomioistuimen ratkaisun poikenneen unionin tuomioistuimen aiemmasta oikeuskäytännöstä, erityisesti *AOK Bundesverband* -tapauksessa tehdystä arvioinnista, vaikka perustelujen päälinjat heijastivatkin hänen mukaansa pitkälti sitä, mitä unionin tuomioistuin on päättänyt samankaltaisissa asioissa.⁷⁵⁰ *AOK Bundesverband* -tapauksessa unionin tuomioistuin katsoi, ettei tietynasteinen kilpailu tee ei-taloudellisesta toiminnasta automaattisesti taloudellista, mutta yleinen tuomioistuin antoi *Dôvera*-tapauksessa paljon painoarvoa juuri järjestelmässä esiintyvällä kilpailulla. EU:n yleisen tuomioistuimen mukaan *Dôvera*-tapauksessa sairausvakuutusyhtiöt tavoittelivat voittoa ja kävivät kovaa ja monimutkaista kilpailua (*intense and complex competition*).⁷⁵¹ Vaikka Slovakian lainsäädäntö ei sallinut vapaata kilpailua tariffien kautta, muut kilpai-

⁷⁴⁵ Gallo 2020, s. 578.

⁷⁴⁶ van de Gronden 2018, s. 217–218; Commission Decision C (2005) 1329 final. Ks. myös van de Gronden 2009.

⁷⁴⁷ van de Gronden 2018, s. 217–218; Commission Decision C (2005) 1329 final. Ks. myös van de Gronden 2009.

⁷⁴⁸ Morton 2021b, s. 480.

⁷⁴⁹ Ibid.

⁷⁵⁰ van de Gronden 2018, s. 217–218.

⁷⁵¹ Asia T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohdat 67–68.

lutekijät olivat EU:n yleisen tuomioistuimen mukaan johtaneet tilanteeseen, jossa vakuutuksenantajien välistä kilpailua ei voitu luonnehtia vain ”tietynasteiseksi” vaan nimenomaan voimakkaaksi kilpailuksi. Näitä kilpailutekijöitä olivat edellä todetusti erityisesti mahdollisuus täydentää pakollisia palveluja niihin liittyvillä ilmaisipalveluilla, kuten paremmalla kattavuudella tietyille täydentäville ja ennaltaehkäiseville hoidoille sekä tehostetuilla avustuspalveluilla vakuutetuille. Keskeinen merkitys oli myös vakuutettujen oikeudella vaihtaa sairausvakuutusyhtiötä vuosittain.⁷⁵²

Keskeinen osa EU:n yleisen tuomioistuimen argumentaatioita olisi myös ajatus, jonka mukaan toimijan oma pyrkimys voittoon ei ole välttämätöntä, jotta toiminta voitaisiin arvioida taloudelliseksi: kun toimija kilpailee muiden toimijoiden kanssa, jotka pyrkivät tekemään voittoa, kyseistä toimijaa on ”leviämisvaikutuksen” kautta (*by contagion*) pidettävä yrityksenä.⁷⁵³ Tällaista tulkintaa ei löydy yleisen tuomioistuimen tulkintansa yhteydessä referoimasta *AOK Bundesverband* -tapauksesta eikä myöskään muista aiemmista sosiaali- ja terveyspalveluja koskevista EU:n tuomioistuinten ratkaisuksista. Komissio oli kuitenkin päätenyt samankaltaiseen tulkintaan Alankomaiden sote-järjestelmää koskevassa asiassa, minkä lisäksi unionin tuomioistuin oli viitannut samankaltaiseen ajatukseen sosiaali- ja terveyspalvelualan ulkopuolisissa tapauksissa, joita myös yleinen tuomioistuin referoi.⁷⁵⁴

Oikeuskäytännöstä [*MOTOE*, 27 kohta] ja [*Cassa di Risparmio di Firenze*, 122 ja 123 kohta] ilmenee, ettei tavaroiden ja palvelujen tarjoaminen voittoa tavoittelematta estä sitä, että näitä toimenpiteitä markkinoilla toteuttavaa yksikköä pidetään yrityksenä, koska tämä tarjonta kilpailee voittoa tavoittelevien muiden toimijoiden taholta tulevan tarjonnan kanssa. Tästä seuraa, että toiminnan taloudellinen luonne ei määräydy pelkästään sen perusteella, että toimija on kilpailutilanteessa tietyillä markkinoilla, vaan pikemminkin voittoa tavoittelevien toimijoiden läsnäolosta kyseisillä markkinoilla. Näin on nyt käsiteltävässä asiassa, koska asianosaisten kesken on riidatonta, että muut kyseessä olevien markkinoiden toimijat tavoittelevat todellisuudessa voittoa, joten SZP:tä ja VŠZP:tä on vaikutuksen leviämisen vuoksi pidettävä yrityksinä.⁷⁵⁵

van de Grondenin mukaan EU:n yleisen tuomioistuimen tulkinta *AOK Bundesverband* -tapauksessa arvioidun Saksan järjestelmän ja *Dôvera* -tapauksessa arvioidun Slovakian järjestelmän eroista on oikea ja olennainen: Slovakian oikeudellinen kehys salli voiton tavoittelun ja edisti siten kilpailua, kun taas Saksassa mahdollisuus voiton tavoitteluun oli suljettu pois.⁷⁵⁶ Kilpailun asema saksalaisessa järjestelmässä oli

⁷⁵² Ibid., kohta 67.

⁷⁵³ Ibid., kohta 69.

⁷⁵⁴ Esim. asia C-49/07 *MOTOE*, kohta 27; Commission Decision C (2005) 1329 final, kohta 3.1.

⁷⁵⁵ Asia T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 69.

⁷⁵⁶ van de Gronden 2018, s. 219.

näin van de Grondenin mukaan olennaisesti erilainen kuin Slovakian järjestelmässä, sillä mahdollisuus ”valtavien voittojen” tekemiseen tekee kilpailusta intensiivisempää kuin tämän mahdollisuuden puuttuminen.⁷⁵⁷

Sekä komissio että Slovakia valittivat unionin yleisen tuomioistuimen tuomiosta unionin tuomioistuimeen, joka päätyi varsin yksiselitteisesti kumoamaan unionin yleisen tuomioistuimen argumentaation.⁷⁵⁸ Unionin tuomioistuin käsitteli yrityksen käsitteen arviointia EU:n yleisen tuomioistuimen kanssa silmiinpistävän poikkeavasti ja korosti neljän kriteerin merkitystä: sosiaalista päämäärää, yhteisvastuu- eli solidaarisuusperiaatetta, valtion valvontaa sekä voitontavoittelua tai sen puuttumista.⁷⁵⁹ Unionin tuomioistuin viittasi arvioinnin osalta laajaan ja jo 1990-luvulle ja 2000-luvun alkupuolelle paikantuvaan vakuutuspuhjoista sosiaaliturvaa koskevaan oikeuskäytäntöön, kuten *Poucet & Pistre*, *Cisal* ja *Kattner Stahlbau* -tapauksiin. Näistä viimeiseen viitaten unionin tuomioistuin muistutti, ettei jäsenvaltion ratkaisu antaa sosiaaliturvajärjestelmän hallinnointi usean eri laitoksen tehtäväksi voi kyseenalaistaa tämän järjestelmän taustalla olevaa yhteisvastuu- eli solidaarisuusperiaatetta – varsinkaan, jos mainitussa järjestelmässä kyseessä olevat laitokset tasaavat keskenään kustannukset ja riskit.⁷⁶⁰

Sosiaaliturvajärjestelmille, joilla toteutetaan yhteisvastuuperiaatetta, on luonteenomaista muun muassa liittymisen pakollisuus sekä vakuutettujen että vakuutuslaitosten osalta, lailla säädetyt maksut, jotka on suhteutettu vakuutettujen tuloihin eivätkä ikään tai terveydentilaan perustuvaan yksilökohtaiseen riskiin, sääntö, jonka mukaan pakolliset lailla säädetyt etuudet ovat samat kaikille vakuutetuille riippumatta kunkin vakuutetun maksamista maksuista, sekä kustannusten ja riskien tasausmekanismi, jonka mukaan ylijäämäiset järjestelmät osallistuvat sellaisten järjestelmien rahoitukseen, joilla on rakenteellisia rahoitusongelmia.⁷⁶¹

Kilpailun roolin osalta unionin tuomioistuin muistutti muun muassa *AOK Bundesverband* -tapauksen toteamuksesta, jonka mukaan kilpailutekijän ottaminen käyttöön solidaarisuus- eli yhteisvastuuperiaatteen mukaisia piirteitä omaavassa järjestelmässä ei muuta tämän järjestelmän luonnetta, koska kilpailutekijän käyttöönottamisen tarkoituksena on kannustaa toimijoita harjoittamaan toimintaansa hyvän hallinnon periaatteiden mukaisesti eli mahdollisimman tehokkaalla ja vähiten kustannuksia aiheuttavalla tavalla sosiaaliturvajärjestelmän asianmukaisen toiminnan varmistamiseksi.⁷⁶²

⁷⁵⁷ Ibid., s. 219–220.

⁷⁵⁸ Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 51.

⁷⁵⁹ Ibid., kohta 30.

⁷⁶⁰ Ibid., kohta 33; Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau*, kohdat 49, 50 ja 53.

⁷⁶¹ Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 32.

⁷⁶² Ibid., kohta 34.

Slovakian järjestelmän arvioinnin osalta unionin tuomioistuin katsoi, että Slovakian pakollisella sairausvakuutusjärjestelmällä oli sosiaalinen päämäärä sekä unionin tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä tarkoitetut yhteisvastuu- eli solidaarisuusperiaatteen ominaispiirteet.⁷⁶³ Unionin tuomioistuin viittasi tältä osin samoin tosiseikkoihin kuin unionin yleinen tuomioistuin edellä: vakuutuslaitosten velvollisuuteen ottaa vastaan kaikki asiakkaat, tasausmekanismiin, järjestelmän pakollisuuteen, maksuperusteiden lakisääteisyys ja riippumattomuuteen henkilön riskitekijöistä sekä siihen, että maksujen ja etuuksien määriä ei oltu kytketty toisiinsa, jolloin vähän maksava voi saada huomattavasti enemmän etuuksia ja myös päinvastoin.⁷⁶⁴ Unionin tuomioistuimen mukaan kilpailutekijöiden olemassaolo Slovakian pakollisessa sairausvakuutusjärjestelmässä on järjestelmän sosiaalisiin, yhteisvastuullisiin ja lainsäädännöllisiin tekijöihin nähden toissijainen näkökohta, joka ei voi muuttaa kyseisen järjestelmän luonnetta.⁷⁶⁵ Unionin yleinen tuomioistuin antoi siis unionin tuomioistuimen mukaan voitontavoittelun sekä laatu- ja laajuuskilpailun mahdollisuudelle liian suuren painoarvon suhteessa vakuutus pohjaista sosiaaliturvaa koskevaan aiempaan oikeuskäytäntöön. Samoin yleinen tuomioistuin otti riittämättömästi huomioon kilpailun ja voitontavoittelun yhteyden järjestelmän sosiaalisiin, yhteisvastuullisiin ja lainsäädännöllisiin tekijöihin. Koska kilpailun mahdollisuus ei voinut koskea maksujen määrää eikä pakollisia lakisääteisiä etuuksia, vakuutuslaitokset voivat erottua toisistaan vain ”toissijaisesti ja liitännäisesti” tarjonnan laajuudella ja laadulla.⁷⁶⁶ Esimerkiksi *AOK Bundesverband* -tapauksessa kilpailu koski osittain myös itse maksuja. Unionin tuomioistuimen mukaan vakuutuslaitosten voitontavoitteluun ja voitonjakoon kohdistuvat lainsäädännölliset rajoitukset olivat merkittäviä, ja tätä koskevien vaatimusten taustalla oli pyrkimys taata järjestelmän pysyvyys sekä sen taustalla olevien sosiaalisten ja yhteisvastuullisten tavoitteiden toteutuminen.⁷⁶⁷ Järjestelmän sisältämä kustannusten ja riskien tasausmekanismi entisestään vahvisti järjestelmässä esiintyviä yhteisvastuu- eli solidaarisuusperiaatteen ominaispiirteitä.⁷⁶⁸

Unionin tuomioistuimen mukaan yleinen tuomioistuin oli näin arvioinut väärin Slovakian järjestelmään sisältyvää kilpailua eikä kilpailu tarjonnan laadulla ja laajuudella, sellaisena kuin se Slovakian järjestelmässä ilmeni, voinut kyseenalaistaa järjestelmän sosiaalista ja yhteisvastuullista luonnetta.⁷⁶⁹ Unionin tuomioistuin myös huomautti, että kilpailutekijänä toimivat täydentävät etuudet tarjotaan ilmaiseksi, joten mahdollisuus tarjota niitä Slovakian pakollisen sairausvakuutusjärjestelmän

⁷⁶³ Ibid., kohta 59.

⁷⁶⁴ Ibid., kohdat 59–60.

⁷⁶⁵ Ibid., kohta 61.

⁷⁶⁶ Ibid., kohta 61.

⁷⁶⁷ Ibid., kohdat 40 ja 62.

⁷⁶⁸ Ibid., kohta 46.

⁷⁶⁹ Ibid., kohdat 42–47.

yhteydessä ei voi mitenkään kyseenalaistaa kyseisen järjestelmän sosiaalista ja yhteisvastuullista luonnetta.⁷⁷⁰ Myöskään mahdollisuus vaihtaa kassaa ei kyseenalaistanut järjestelmän luonnetta, sillä jokaisen oli joka tapauksessa liityttävä johonkin järjestelmän vakuutuslaitoksista ja näiden oli hyväksyttävä kaikki hakijat riippumatta hakijoiden iästä tai terveydentilasta.⁷⁷¹ Samoin merkitykseöntä oli kassojen kilpailu hankinnoillaan, koska yksikön ostotoimintaa ei voitu erottaa ostettavien tavaroiden ja palveluiden myöhemmästä käytöstä.⁷⁷²

Unionin tuomioistuin kiinnittyi argumentaatioissaan myös Slovakian järjestelmään sisältyneeseen yhtiöittämisvelvollisuuteen, jonka mukaan sairausvakuutusjärjestelmässä toimivien vakuutuslaitosten tuli olla oikeudelliselta muodoltaan voittoa tavoittelevia yksityisoikeudellisia osakeyhtiöitä.⁷⁷³ Unionin tuomioistuimen hyvin vakiintuneen oikeuskäytännön ja funktionaalisen yrityksen käsitteen mukaan oikeudellisella muodolla ei kuitenkaan ole merkitystä arvioitaessa sitä, onko kyse yrityksestä.

Lopuksi unionin tuomioistuin päätyi vielä kumoamaan yleisen tuomioistuimen argumentaation ”leviämisvaikutuksesta”, jonka yleinen tuomioistuin oli perustanut sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstin ulkopuolisiin *MOTOE* ja *Cassa di Risparmio di Firenze* -tapauksiin.⁷⁷⁴ Tapauksessa *Cassa di Risparmio di Firenze* unionin tuomioistuin katsoi, että arvioinnin kohteena olleiden italialaisten pankkisäätiöiden toiminta oli katsottava luonteeltaan taloudelliseksi huolimatta siitä, että niiden tavaroiden ja palvelujen tarjonnalla ei tavoiteltu voittoa, mikäli mainittu tarjonta kilpaili voittoa tavoittelevien toimijoiden tarjonnan kanssa.⁷⁷⁵ *MOTOE*-tapauksessa unionin tuomioistuin viittasi tähän aiempaan tapaukseen arvioidessaan toiminnan voittoa tavoittelemattoman luonteen merkitystä moottoripyöräkilpailujen järjestämistoiminnan kontekstissa.⁷⁷⁶

Näistä kahdesta tuomiosta nimittäin ilmenee, että silloin, kun toimijan toiminta koostuu luonteeltaan taloudellisesta palvelujen tarjoamisesta -- markkinaolosuhteissa, joissa kilpaillaan muiden, voittoa tavoittelevien toimijoiden kanssa, se seikka, että tarjouksen palveluista tekee voittoa tavoittelematon toimija, ei kyseenalaista kyseisen toiminnan luonnehtimista taloudelliseksi toiminnaksi. Tästä oikeuskäytännöstä ei siis voida päätellä, että sellaisen järjestelmän hallinnointiin osallistuvaa laitosta, jolla on sosiaa-

770 Ibid., kohta 44.

771 Ibid., kohta 45.

772 Ibid., kohta 48. Ks. myös FENIN-tapaus (asia C-205/03 FENIN) edellä.

773 Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 62.

774 Ibid., kohta 49. Ks. myös asia C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*, kohdat 122–123; asia C-49/07 *MOTOE*, kohta 27.

775 Asia C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*, kohdat 122–123; Julkiasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 98.

776 Julkiasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 99.

linen päämäärä ja joka toteuttaa yhteisvastuuperiaatetta valtion valvonnassa, voitaisiin luonnehtia yritykseksi sillä unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 69 kohdassa korostamalla perusteella, että muut saman järjestelmän puitteissa toimivat laitokset todella tavoittelevat voittoa.⁷⁷⁷

Unionin yleisen tuomioistuimen sekä komission ja unionin tuomioistuimen argumentaatioiden eroa voidaan edelleen havainnollistaa julkiasiamies Pikamäen ratkaisuehdotuksessaan esittämällä kritiikillä. Pikamäen mukaan Slovakiassa pakollista sairausvakuutusta tarjoavien toimijoiden voitontavoittelu oli unionin yleisen tuomioistuimen silmissä viite toiminnan taloudellisesta luonteesta. Komissio oli katsonut päätöksessään, että mahdollisuus käyttää ja jakaa saatuja voittoja ei ollut omiaan kyseenalaistamaan Slovakian julkisomisteista sairausvakuutuslaitosten toiminnan muuta kuin taloudellista luonnetta, kun otettiin huomioon, että kyseinen mahdollisuus oli rajattu tarkemmin kuin tavanomaisilla kaupallisilla aloilla ja että se oli sidoksissa niiden vaatimusten noudattamiseen, joilla oli tarkoitus varmistaa kyseessä olevan järjestelmän jatkuvuus ja sen sosiaalisten ja solidaaristen tavoitteiden saavuttaminen.

Vaikka unionin yleinen tuomioistuin myönsikin tämän toteamuksen paikkansapitävyyden, se totesi tältä osin, että mainittu toteamus oli merkityksetön kyseessä olevan toiminnan taloudellisen luonteen poissulkemisen kannalta ”siitä hetkestä lähtien, jolloin kyseessä olevien markkinoiden toimijat alkavat noudattaa voitontavoittelun logiikkaa”. En voi hyväksyä unionin yleisen tuomioistuimen tulkintaa. Tältä osin huomautan, että sosiaaliturvajärjestelmiä koskevassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tätä seikkaa ei ole koskaan otettu huomioon asianomaisten yhteisöjen toiminnan luonnetta arvioitaessa.⁷⁷⁸

Pikamäe katsoo ratkaisuehdotuksessaan unionin yleisen tuomioistuimen tulkinneen aiempaa oikeuskäytäntöä virheellisesti, kun se perusteli edellä kuvattua tulkintaansa viittauksella unionin tuomioistuimen ratkaisuihin asioissa *Cassa di Risparmio di Firenze* ja *MOTOE*.⁷⁷⁹ Pikamäen mukaan unionin yleinen tuomioistuin ei ymmärtänyt tuomioiden keskinäistä suhdetta oikein, sillä unionin tuomioistuin ei pyrkinyt *MOTOE*-tuomion muotoilullaan tekemään tuomion *Cassa di Risparmio di Firenze* muotoilua yleispäteväksi, vaan pikemminkin täsmentämään sen ulottuvuutta.⁷⁸⁰

⁷⁷⁷ Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohdat 49–50.

⁷⁷⁸ Julkiasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohdat 93–95.

⁷⁷⁹ Ks. myös asia C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*; Asia C-49/07 *MOTOE*.

⁷⁸⁰ Julkiasiamiehen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 101.

Nähdäkseni unionin tuomioistuin katsoi [*MOTOE*-tuomiossa], että toiminta voidaan luokitella taloudelliseksi, vaikka voittoa tavoittelevien kilpailijoiden läsnäolo olisi täysin teoreettistakin (”ei ole mahdotonta, että”) tai vaikka kilpailijat eivät lainkaan tavoittelisi voittoa (”voittoa tavoittelemattomat yhdistykset – – voivat kilpailla keskenään”). Mielestäni unionin tuomioistuin ei [*MOTOE*-tuomiossa] suinkaan tarkoittanut, että tuomiossa *Cassa di Risparmio di Firenze* käytettyä muotoilua sovellettaisiin sen tosiasiallisen yhteyden ulkopuolella, joka oli antanut siihen aiheen, vaan selvensi oikeuskäytäntöään toteamalla, että yhteisön, jonka toiminta on tutkittavana, kilpailijoiden voitontavoittelu ei ole lainkaan merkityksellinen tekijä toiminnan luonnetta arvioitaessa. Merkityksellistä on ainoastaan se, että asianomaiset yhteisöt ovat kilpailutilanteessa.⁷⁸¹

Unionin tuomioistuin päätyi tuomiossaan lopputuloksen osalta pitkälti Pikamäen kanssa samoihin johtopäätöksiin.

4.2.7. Casa Regina Apostolorum

Casa Regina Apostolorum -tapauksessa kyse oli Italian Lazion alueen julkisista sairaaloista. Italiassa terveydenhuoltojärjestelmä on organisoitu kansallinen terveydenhuoltojärjestelmän (Servizio sanitario nazionale, SSN) kautta. Terveydenhuolto rahoitetaan suoraan jäsenten sosiaaliturvamaksuilla ja valtion varoista, joten julkiset tai yksityiset toimijat tarjoavat julkisia palveluja ilmaiseksi tai lähes ilmaiseksi kaikille SSN:n piiriin kuuluville. SSN:ää hallinnoivat pääasiassa alueet.⁷⁸² Kantelija väitti, että julkisia varoja olisi maksettu Italian terveydenhuoltojärjestelmään kuuluville julkisille terveydenhuoltolaitoksille niiden rahoitusvajeen kattamiseksi ilman, että niiden kustannuksia olisi tarkistettu, ja potilaan valinnanvapautta ja kilpailua koskevien periaatteiden vastaisesti. Kyse oli kantelijan mukaan kielletystä valtiontuesta niiden yksityisten sairaaloiden vahingoksi, jotka myös tarjoavat terveydenhuoltopalveluja Italian kansallisen terveydenhuoltojärjestelmän puitteissa.⁷⁸³ Komissio antoi asiassa ratkaisunsa vuonna 2017, unionin yleinen tuomioistuin vuonna 2021 ja unionin tuomioistuin vuonna 2023. Toisin kuin *Dóvera*-tapauksen kohdalla, kaikki kolme instituutiota päätyivät *Casa Regina Apostolorum* -tapauksessa samoihin johtopäätöksiin.

Lazion alueella oli vuosina 1992, 1999 ja 2003 toteutetuilla uudistuksilla osittain avattu terveydenhuoltopalvelujen tarjontaa kilpailulle kansallinen terveydenhuoltojärjestelmän puitteissa, erityisesti sallimalla tietyin edellytyksin yksityisten toimijoiden harjoittama palvelujen tarjoaminen ja antamalla potilaiden hankkia palveluita tällaisilta toimijoilta, vaikkakin omalla kustannuksellaan. Kantelijan mukaan näillä

⁷⁸¹ Ibid., kohta 104.

⁷⁸² Asia C-492/21 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo*, kohta 3. Ks. myös asia T-223/18 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo*, kohdat 1–33; Decision C(2017)7973 final (*Casa Regina Apostolorum*).

⁷⁸³ Commission Decision C(2017)7973 final (*Casa Regina Apostolorum*), kohdat 11–22.

uudistuksilla muutettiin julkiset terveydenhuoltolaitokset (esim. julkiset sairaalat) yrityksiksi, joihin sovelletaan liikkeenjohdollisia periaatteita, sekä luotiin kilpailutilanne SSN:n puitteissa toimivien julkisten ja yksityisten terveydenhuoltopalvelujen tarjoajien välille, koska kansalaiset pystyivät valitsemaan palveluntarjoajansa potilaan valinnanvapauden periaatteen mukaisesti, vaikkakin palveluntuottajien akkreditoinnin, terveydenhuollon suunnittelun ja kustannusvalvonnan asettamien rajojen puitteissa.⁷⁸⁴

Italian mallissa akkreditoitujen yksityisten sairaaloiden korvaukset perustuivat sopimuksiin alueiden kanssa ja sopimusten pohjalta SSN:lle suoritettavien hoito-toimenpiteiden ja muiden palveluiden määriin.⁷⁸⁵ Sairaaloiden kokonaisrahoitus muodostui yhtäältä hoito-ohjelmista, kuten päivystyksen ja erilaisten ennaltaehkäistytoimenpiteiden ylläpidosta maksettavista vakiokustannuskorvauksista, sekä yksittäisistä hoitotoimista maksettavista korvauksista, joiden perusteena olivat ennalta määritellyt toimenpidekohtaiset taksat.⁷⁸⁶ Italian viranomaisten mukaan yksityiset sairaalat tarjosivat palveluja SSN:n puitteissa, mutta tämä palveluntarjonta ei muuttanut näiden yksiköiden oikeudellista asemaa. Ne eivät olleet julkisyhteisöjä, niillä oli kansallisessa terveydenhuoltojärjestelmässä vain operatiivinen tehtävä, ja ne tarjosivat palveluja akkreditoinnin ja alueen kanssa tehdyn sopimuksen rajoissa.⁷⁸⁷

Italian järjestelmästä komissiolle kannellut yksityissairaalan omistaja Casa Regina Apostolorum della Pia Società Figlie di San Paolo väitti, että SSN ei kata kaikkia terveydenhuoltopalveluja kaikille kansalaisille, eikä se näin ollen olisi solidaarisuusperiaatteen ja yhteisvastuullisuuden mukainen julkinen palvelu, koska Italiassa kansalaiset maksavat suoraan (omista rahoistaan) tai välillisesti (vakuutusturvan kautta) noin kolmanneksen vuotuisista terveydenhuoltopalveluiden kustannuksista Kantelijan mukaan tämä osoitti, että osa kansalaisista käyttää myös yksityisiä sairaanhoitopalveluja SSN:n puitteissa järjestettävien maksuttomien palvelujen sijaan tai lisäksi ja että Italiassa on olemassa yhdet yhtenäiset markkinat, joilla tarjotaan terveyspalveluja.⁷⁸⁸

Tapauksessa komissio, unionin yleinen tuomioistuin ja unionin tuomioistuin päätyivät kaikki johtopäätökseen, jonka mukaan SSN:n toimintaa ei olisi pidettävä luonteeltaan taloudellisena eikä julkisille sairaaloille myönnettävää tukea tarvinnut arvioida valtiontukisääntöjen valossa. Asiassa pääosin riidatonta oli, että SSN järjestelmänä täytti solidaarisuusperiaatteen tunnusmerkit: vakuutettujen jäsenyys oli pakollista, maksut oli vahvistettu laissa suhteessa vakuutettujen tuloihin ja laki-

784 Ibid., kohta 13.

785 Ibid., kohdat 37–38.

786 Ibid., kohta 39.

787 Ibid., kohta 41.

788 Ibid., kohta 14.

sääteiset pakolliset etuudet olivat samat kaikille vakuutetuille riippumatta kunkin maksamien maksujen määrästä.⁷⁸⁹ Järjestelmän katsottiin olevan myös luonteeltaan yleinen. Komissio viittasi tulkintansa pohjaksi muun muassa vakuutusten kontekstissa *BUPA*-tapauksessa lausuttuun, jonka mukaan yleiseksi tulkittavia palveluja tarjotaan yhdenmukaisin ja syrjimättömin hinnoin sekä samoin laatuvedellytyksin kaikille asiakkaille.⁷⁹⁰ Yleisyyttä koskeva peruste ei toisaalta edellyttä, että koko väestö käyttää niitä.⁷⁹¹ Komission mukaan Italiassa tehdyt lainsäädäntöuudistukset eivät olleet muuttaneet järjestelmän luonnetta.

Kuten Italian viranomaiset ovat esittäneet, uudistuksilla (yhtiöittäminen, akkreditointi, valinnanvapaus, menojen suunnittelu ja valvonta) pyrittiin takaamaan järjestelmän yleisyys ja solidaarisuus varmistamalla julkisten resurssien järkevämpi käyttö sekä toteuttaa SSN:n uudelleenorganisointi antamalla alueille ja maakunnille vastuu terveydenhuollon suunnittelusta ja järjestämisestä.⁷⁹²

Unionin yleinen tuomioistuin viittasi tätä koskevan arvioinnin osalta unionin tuomioistuimen aiempaan oikeuskäytäntöön, erityisesti *Dôvera*-tapaukseen.⁷⁹³ Yleisen tuomioistuimen mukaan kilpailuelementin sisällyttäminen järjestelmään ei muuta sen luonnetta, kun julkiset sairaalat tarjoavat maksutonta tai lähes maksutonta terveydenhuoltoa kaikille järjestelmän piiriin kuuluville ja kun kilpailuelementin tarkoituksena on kannustaa toimijoita harjoittamaan toimintaansa mahdollisimman tehokkaalla ja vähiten kustannuksia aiheuttavalla tavalla.⁷⁹⁴ Unionin yleinen tuomioistuin katsoi lisäksi, että vaikka merkityksellisillä markkinoilla on potilaan valinnanvapauden luovien säädösratkaisujen myötä jonkin verran kilpailua, solidaarisuuden ja yhteisvastuullisuuden periaatteet edellyttivät ainoastaan, että palvelu olisi tarjottava ainakin potentiaalisesti kaikille sitä pyytävälle potilaille ja hoitoa voitaisiin antaa myös muuten kuin vain SSN-järjestelmä puitteissa. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että Italian kansallinen terveydenhuoltojärjestelmä perustui edelleen yhteisvastuullisuuden ja solidaarisuuden periaatteille huolimatta kilpailun ja potilaan valinnanvapauden periaatteiden soveltamisesta.⁷⁹⁵ Unionin yleisen

789 Ks. mm. asia C-492/21 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo*, kohta 104.

790 Commission Decision C(2017)7973 (*Casa Regina Apostolorum*), kohta 58; Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 203.

791 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 201. Ks. myös asia C-320/91 *Corbeau*, kohta 15; Asia C-393/92 *Almelo*, kohta 48; Asia C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, kohta 55.

792 Asia T-289/03 *BUPA*, kohta 203; Commission Decision C(2017)7973 (*Casa Regina Apostolorum*), kohdat 58 ja 63.

793 Asia T-223/18 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo*, kohta 154.

794 Ibid., kohta 164. Ks. myös yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa*, kohta 34 oikeuskäytäntöviittauksineen.

795 Asia T-223/18 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo*, kohdat 157–173.

tuomioistuimen mukaan Italiassa toteutetut uudistukset olivat toisaalta avanneet kilpailua, mutta kilpailuelementin käyttöönotto, kun sen tarkoituksena oli kannustaa toimijoita parantamaan hallintoaan ja tarjoamaan palvelujaan mahdollisimman tehokkaasti ja edullisesti, ei kuitenkaan muuttanut Italian järjestelmän luonnetta.⁷⁹⁶ Unionin tuomioistuin hyväksyi omassa tuomiossaan yleisen tuomioistuimen ja komission suorittaman arvioinnin ja keskittyi suurelta osin valituperusteiden toteamiseen perusteettomiksi.⁷⁹⁷

Nyanssina ja eräänlaisen poikkeuksena järjestelmässä oli vielä Italian kansallinen sääntely, joka salli julkisissa sairaaloissa työskentelevien lääkäreiden tarjota sairaalan tiloissa ja sairaalan laitteita hyödyntäen yksityisiä palveluja normaalin virka-ajan ulkopuolella (*Attività libero professionale in regime di intramoenia*, eli ns. ALPI-palvelut). Näiden palveluiden kulut veloitettiin suoraan potilailta, maksujen tuli kattaa kaikki tosiasialliset kulut ja jättää tämän lisäksi 5 prosentin osuus tuloista eräänlaisena vuokratuoton kaltaisena maksuna sairaalalle ja toiminnasta pidettiin erillistä kirjanpitoa.⁷⁹⁸ Kyse oli ilmeisen taloudellisesta toiminnasta, mutta komission mukaan tämä toiminta ei asettanut kyseenalaiseksi Italian julkisen terveystalouden järjestelmän ei-taloudellista luonnetta, koska kyse oli tästä erillisestä, sairaaloiden tiloissa yksityisten toimesta harjoitetusta toiminnasta, josta sairaaloille maksettiin erillistä korvausta.⁷⁹⁹ Samoin EU:n yleinen tuomioistuin totesi, että luokittelua taloudelliseksi toiminnaksi on tarkasteltava kunkin tietyn yksikön harjoittaman eri toiminnan osalta.⁸⁰⁰

Gallon terminologiaa lainaten komission ja tuomioistuinten *Casa Regina Apostolorum* -tapauksessa harjoittamaa argumentaatiota voidaan pitää esimerkkinä niin sanotusta maltillisen funktionaalisesta lähestymistavasta.⁸⁰¹ Erityisesti unionin yleinen tuomioistuin viittasi argumentaatiossaan vahvasti edellä kuvattuun unionin tuomioistuimen *Dôvera*-ratkaisuun. Pidemmän oikeuskäytännön kaaren näkökulmasta tapausta voidaan pitää *Dôvera*-ratkaisussa tehdyn rajanvedon vahvistamisena. Tapauksen tosiseikat poikkeavat Slovakian järjestelmästä eikä kilpailu Italiassa ja Slovakiassa ollut identtistä, mutta molempien tapausten keskiössä oli juuri sosiaali- ja terveystalouden järjestelmään tuodun kilpailuelementin arviointi ja tämän elementin vaikutus koko järjestelmää koskevaan arviointiin. *Dôvera*-ratkaisussa rajanveto taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan välillä oli monella tavoin vaikeampaa, koska järjestelmän eri elementit edustivat päinvastaisia suuntauksia, kun taas Italian järjestelmää voidaan pitää selkeämpänä ja johdonmukaisempana. Tästä näkökul-

⁷⁹⁶ Ibid., kohdat 158–164.

⁷⁹⁷ Asia C-492/21 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo*.

⁷⁹⁸ Commission Decision C(2017)7973 (*Casa Regina Apostolorum*), kohdat 44–46.

⁷⁹⁹ Ibid., kohdat 77–81.

⁸⁰⁰ Asia T-223/18 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo*, kohta 182; Asia C-74/16 *Congregación*, kohta 44 oikeuskäytäntöviittauksineen.

⁸⁰¹ Gallo 2020, s. 582.

masta järjestelmän eri osien arviointi taloudellisen toiminnan rajanvedon osalta oli myös *Dôvera*-tapausta selkeämpää.

4.4. Kokoavia huomioita sote-palveluista taloudellisena toimintana

4.4.1. Havaintoja unionin tuomioistuimen ja komission käytännöstä

Komission ja unionin tuomioistuimen soveltamiskäytännössä tulkinnan lähtökohdaksi on vakiintunut, että sosiaali- ja terveystaloudellisuissa on kyse taloudellisesta toiminnasta vain silloin, kun *yhteisvastuu* eli *solidarisuus* ei ole alalla määräävässä asemassa. Käytännössä jäsenmaiden järjestelmiin sisältyy usein elementtejä molemman kaltaisista järjestelmistä, mutta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä rajanvedon tekemiseen on rakentunut ohjenuoria. Yksittäisen järjestelmän luonteen määrittelyssä on kuitenkin kyse kokonaisharkinnasta, jossa huomioon voidaan ottaa varsin moninaisia järjestelmän luonnetta määrittäviä seikkoja. Komission ja tuomioistuinten tulkinnat ovat vaihdelleet sen mukaan, ovatko solidaarisuusperiaatteeseen ja siten ei-taloudelliseen luonteeseen vai markkinaympäristöön ja siten taloudelliseen luonteeseen viittaavat elementit järjestelmissä määrääviä.

Unionin tuomioistuin on sosiaali- ja terveystaloudellisten palveluiden kohdalla poikennut *Höfner*-tapaukseen pohjautuvasta taloudellisen toiminnan ja yrityksen määritelmästä. Sote-palveluiden erityisen oikeuskäytännön voidaan katsoa alkaneen esimerkiksi vuoden 2004 *AOK Bundesverband* ja vuoden 2006 *BUPA*- ja *FENIN*-tapauksista, mutta oikeuskäytännön taustalle voidaan paikantaa myös varhaisemmat sote-palveluita, sosiaaliturvajärjestelmiä, sosiaalivakuutusjärjestelmiä sekä vapaan liikkuvuuden ja terveydenhuollon välistä suhdetta koskevat tapaukset, joihin myös vielä tuoreimmissa tapauksissa on viitattu. Relevanttia oikeuskäytäntöä sote-palveluiden ja kilpailusääntöjen rajanvedosta on annettu edelleen 2020-luvulla ja oikeuskäytännön vakiintuneisuudesta on myös oikeuskirjallisuudessa esitetty toisistaan poikkeavia tulkintoja.⁸⁰²

Oikeuskirjallisuudesta voidaan havaita, kuinka *AOK Bundesverband* sekä *BUPA*- ja *FENIN*-tapaukset sekä muut nimenomaan sote-palveluja koskeneet EU:n tuomioistuinten ja komission tulkinnat muuttivat oikeustilaa tai ainakin siitä tutkimuksen piirissä tehtyjä tulkintoja. Ennen tapauksia yrityksen käsitteen arviointi pohjautui myös sote-palveluiden kohdalla vahvemmin *Höfner*-oikeuskäytäntöön, jota voidaan luonnehtia standardimuotoiseksi yrityksen käsitteeksi. Myöskään tapauksen jälkeen muutos ei ollut välitön ja oikeustilan hahmottumisen voidaan ajatella olevan monella tapaa edelleen käynnissä. Esimerkiksi Odudu on vuonna 2011 referoinut Suomen sote-järjestelmän kanssa samoja piirteitä jakaneen Ison-Britannian NHS-mallin ympärillä käytyä keskustelua kilpailusääntöjen soveltamisesta todeten,

802 Morton 2021b, s. 474–475. Ks. myös Sauter 2015, s. 119.

että myös julkisia sairaaloita olisi pidettävä yrityksinä.⁸⁰³ Pieters ja van den Bogaert totesivat 1990-luvun lopulla, että julkisia ja yksityisiä sairaaloita sekä yksittäisiä terveydenhuollon tarjoajia, kuten itsenäisiä lääkäreitä, voidaan pitää kilpailuoikeuden näkökulmasta yrityksinä.⁸⁰⁴ Myös sittemmin tulkintaansa muuttanut Hatzopoulos katsoi vielä 2000-luvun puoliväliin tultaessa, että julkisia sairaaloita, jotka rahoitetaan suoraan valtion talousarviosta, olisi pidettävä yrityksinä.⁸⁰⁵ Toisaalta esimerkiksi Temple Lang arvioi 2000-luvun puolivälin kontekstissa, että sairaalat, ambulanssipalvelut ja itsenäiset lääkärit ovat kaikki yrityksiä kilpailusäännöissä tarkoitettussa merkityksessä, mutta julkiset sairaalat, jotka tarjoavat kaikki palvelunsa ilmaiseksi ja jotka ovat valtion rahoittamia, eivät tätä kuitenkaan ole.⁸⁰⁶ Tulkinnat ovat yhtä kaikki olleet ristiriitaisia ja eri vaiheissa on voitu aivan perustellusti päätyä radikaalistikin erilaisiin tulkintoihin sote-palveluiden luonteesta EU:n kilpailusääntöjen näkökulmasta.

Sote-palveluja ja kilpailuoikeutta koskevan oikeuskäytännön häilyvyyttä ja siihen liittyvää oikeudellista epävarmuutta on kritisoitu tutkimuksen piirissä laajasti. Esimerkiksi Morton on todennut, että unionin tuomioistuimen *AOK Bundesverband* ja *FENIN* -tapausten myötä oikeudellisen epävarmuuden olisi tullut päättyä, sillä myöskään komissio ei ole osoittanut halukkuutta viedä *Höfner*-tapauksen standardimuotoista yrityksen määritelmää terveydenhuoltoon.⁸⁰⁷ Komissio on pikemminkin vuoden 2012 SGEI-päätöksellä ja sote-palveluja koskevilla valtioneuvoston päätöksillä pyrkinyt takaamaan jäsenvaltioille mahdollisuuden päättää sote-palveluiden järjestämisen ja tuottamisen ratkaisusta ilman kilpailuoikeudellista harkintaa. Näin ei kuitenkaan ole käynyt, vaan erityisesti EU:n yleinen tuomioistuin on eräissä ratkaisuisaan – *Dóvera*-ratkaisu näistä ilmeisimpänä – pyrkinyt samaistamaan sosiaali- ja terveydenhuollon piirissä muotoutuvaa yrityksen määritelmää *Höfner*-oikeuskäytännön standardimuotoisen ja luonteeltaan laajemman, eli kilpailusääntöjen soveltamisalaa laajentavan, yrityksen määritelmän kanssa. Tämä oikeuskäytännön häilyvyys ja monipolvisuus edellyttää sen tarkkaa analyysia, jotta voidaan vastata kysymykseen yrityksen ja taloudellisen toiminnan rajanvedosta sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa, eikä vastausten antaminen kategorisella tasolla esimerkiksi kaikkia tietynkaltaisessa järjestelmässä toimivia sote-järjestäjiä tai -tuottajia koskien ole monesti mahdollista.

Mortonin mukaan jännite, joka liittyy kilpaileviin tulkintoihin yrityksen käsitteestä sosiaalisesta ja taloudellisesta näkökulmasta, näkyy erityisesti *IRIS*-tapauksessa.⁸⁰⁸ Sama pätee myös myöhempään *Dóvera*-tapaukseen. Yrityksen käsite on

803 Odudu 2011, s. 231–232.

804 Pieters – van den Bogaert 1997, s. 16.

805 Hatzopoulos 2005, s. 150; Hatzopoulos 2002.

806 Temple Lang 2005, s. 65.

807 Morton 2021b, s. 475.

808 Morton 2021a, s. 474; Ks. myös van de Gronden 2011b, s. 123; van de Gronden 2011a, s. 272.

toisaalta vähemmän kiistanlainen esimerkiksi tässä tutkimuksessa yksityiskohtaisen analyysin ulkopuolelle rajatuissa *BUPA*- ja *Zorgverzekeringswet*-tapauksissa, joissa toiminta oli selvemmin taloudellista ja *SGEI*-palveluiden kontekstissa valtiontuen läsnäoloa määrittävät *Altmark*-kriteerit siten keskeisemmässä asemassa arvioinnissa. *IRIS*-tapauksessa terveydenhuoltojärjestelmä, joka on järjestetty selvästi sosiaalisen solidaarisuuden periaatteiden mukaisesti, joutui ensimmäistä kertaa valtiontutkimuksen kohteeksi, vaikkakin komissio käytti toimivaltaansa vastahakoisesti ja vastata EU:n yleisen tuomioistuimen velvoittamana.⁸⁰⁹ *IRIS*-tapauksen päätöksestä ei valitettu unionin tuomioistuimeen, mutta vuoden 2020 *Dóvera*-tapauksesta saatiin unionin tuomioistuimen lopullinen tuomio. Tuomioistuin asettui komission kanssa samalle tulkintalinjalle ja rajoitti EU:n kilpailupolitiikan roolia kansallisessa terveydenhuollon järjestämisessä.⁸¹⁰ *IRIS*- ja *Dóvera*-tapaukset ovat merkittäviä, koska niissä rajataan selvästi voittoa tavoittelemattomat, sosiaaliseen solidaarisuuteen perustuvat ja vain rajallista kilpailua ilmentävät terveydenhuoltojärjestelmät EU:n kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle, samoin kuin sellaiset järjestelmät, joissa on näiden piirteiden lisäksi joitakin markkina- tai liberalisoituja elementtejä.⁸¹¹

Oikeuskirjallisuudessa teoreettista viitekehystä sosiaali- ja terveyspalveluiden ja taloudellisen toiminnan rajanvedon arviointiin ovat kehittäneet muun muassa van de Gronden, Morton ja Gallo. Haasteena teoreettisten viitekehysten kehityksessä on ollut, että ne pohjautuvat parhaimmillaankin varsin rajalliseen määrään unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä tai ylipäätään oikeuslähteitä. Tällainen teoretisointi täyttää mainiosti oikeustieteellisen tutkimuksen tehtävää, mutta antaa auttamatta puutteellista oikeusvarmuutta sote-ratkaisujaan suunnittelevan kansallisen lainsäätäjän tarpeisiin. Unionin tuomioistuinten sekä komission oikeuskäytäntö taloudellisen toiminnan käsitteestä sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa on joutunut oikeuskirjallisuudessa usein kritiikin kohteeksi, sillä sen vastaukset keskeisiin rajanvetokysymyksiin ovat eri vaiheissa olleet paitsi varsin suppeita, myös keskenään ristiriitaisia tai ainakin jännitteisiä. Tämä ei ole yllättävää, sillä oikeuskäytäntöön sisältyy monivaiheisuutta ja kyse on kansallista sote-palveluja koskevan toimivaltaa ja EU:n talouskonstituutiota koskevien oikeussääntöjen varsin haastavasta yhteensovituksesta. Esimerkiksi van de Gronden on peräänkuuluttanut nykyistä laajemman oikeuskäytännön tarvetta, jotta yrityksen käsitteen rajoja voidaan piirtää tarkemmin: jäsenvaltioille on oltava selvää, minkä yleishyödyllisten palvelujen tarjoaminen on saatettava kilpailusääntöjen ja siten markkinavoimien alaisuuteen, ja samalla arvioitavaksi tulisi varhaisemman oikeuskäytännön kuten *Ambulanz Glöckner* -tuomion pätevyys.⁸¹² Gallo on kritisoinut sosiaali- ja terveyspalveluiden

809 Morton 2021a, s. 473.

810 Ibid.

811 Ibid.

812 van de Gronden 2018, s. 223.

kontekstissa muodostunutta taloudellisen toiminnan käsitteen soveltamiskäytäntöä luonteeltaan ristiriitaiseksi. Gallon mukaan osassa tapauksissa komissio ja unionin tuomioistuimet noudattavat niin sanottua maltillista funktionaalista lähestymistapaa, osassa taas ”puhtaampaa” funktionaalista lähestymistapaa, minkä seurauksena taloudellisen toiminnan arviointiin sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa ei ole syntynyt selkeää kriteeristöä tai vahvoja arvioinnin peruspilareita.⁸¹³ Gallo katsoo erityisesti edellä referoidun IRIS-tapauksen, eläkemaksujen postisiirtoja koskeneen *EasyPay*-tapauksen sekä sittemmin kumotuksi tulleen EU:n yleisen tuomioistuimen *Dóvera*-ratkaisun ilmentävän puhtaampaa funktionaalisen lähestymistavan soveltamista sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa.⁸¹⁴ Maltillisempaa lähestymistapaa ilmentävät edellä kuvatulla tavalla muun muassa *FENIN*, *ICI-IMU* ja *Casa Regina Apostolorum* -ratkaisut sekä unionin tuomioistuimen *Dóvera*-ratkaisu.⁸¹⁵

Erityisesti van de Gronden ja osin myös Guy ovat hahmotelleet niin sanotun abstraktin ja konkreettisen testin teoriaa, jonka lähtökohta on ajatus siitä, että osa taloudellisen toiminnan rajanvedosta tehdään abstraktisti vain arvioitavan toiminnan ominaispiirteitä tarkastellen ja osassa arvioinnista otetaan huomioon myös kansallinen lainsäädäntökehikko.⁸¹⁶ Sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa niin sanottua yrityksen käsitteen abstraktia testiä on van de Grondenin ja Guyn mukaan sovellettu terveydenhuollon tarjoajiin, kuten sairaaloihin, lääkäreihin sekä muihin terveyspalveluja tarjoaviin toimijoihin.⁸¹⁷ Konkreettista testiä sovelletaan puolestaan tapauksissa, jotka koskevat sosiaaliturva- ja terveydenhuoltojärjestelmiä.⁸¹⁸ van de Grondenin ja Guyn mukaan abstrakti ja konkreettinen testi ovat terveydenhuollon alalla johtaneet lopputulokseen, jossa unionin tuomioistuin on katsonut, että sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajat ovat yrityksiä ja niihin sovelletaan EU:n kilpailulainsäädäntöä riippumatta siitä, toimivatko ne vakuutus pohjaisessa tai verorahoitteisessa terveydenhuoltojärjestelmässä, mutta kummankin järjestelmätyypin hallintoelimet voivat välttyä kilpailusäännöiltä, jos kyseessä olevat järjestelmät ovat solidaarisuuteen perustuvia.⁸¹⁹ Näin ollen joissakin kansallisissa järjestelmissä sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajien on noudatettava EU:n kilpailulainsäädäntöä solmiessaan sopimussuhteita sote-palveluja järjestävien hallintoelinten kanssa, mutta hallintoelimiä EU:n kilpailusäännöt eivät sido eikä valtion rahoitus tällaisille

813 Gallo 2020, s. 583.

814 Commission Decision (EU) 2016/2327 (IRIS); Asia C-185/14 *EasyPay*; Asia T-216/15 *Dóvera zdravotná poisťovňa*.

815 Asia C-205/03 *FENIN*; Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU); Asia C-492/21 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo*; Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Dóvera zdravotná poisťovňa*.

816 van de Gronden – Guy 2021, s. 85.

817 Ibid. van de Gronden ja Guy viittaavat erityisesti seuraaviin tapauksiin: yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavlov* ja asia C-475-99 *Ambulanz Glöckner*.

818 van de Gronden 2018, s. 203–204.

819 van de Gronden – Guy 2021, s. 79–80.

hallintoelimille aiheuta ongelmia EU:n valtioneuvoston päätösten valossa, kun taas sote-palveluiden tuottajille annettu taloudellinen tuki voi olla valtioneuvoston päätösten näkökulmasta ongelmallista.⁸²⁰

Ajatus abstraktista ja konkreettisesta testistä on erityisen käyttökelpoinen, kun vaikeaselkoisesta sosiaaliturvaa, sosiaali- ja terveyspalveluja ja näihin liitännäisiä toimintoja koskevasta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ja komission soveltamiskäytännöstä pyritään tämän tutkimuksen tavoitteiden mukaisesti löytämään oikeusohjeita kansallisen lainsäätäjän harkintavallan hahmottamiseksi. Testiä ei kuitenkaan ole mielletävä yleispäteväksi eikä unionin tuomioistuin ole noudattanut sitä ainakaan yksiselitteisesti, sillä se on edellä käsiteltyä todennut myös sote-palveluiden tuottamistehtäviä ei-taloudelliseksi toiminnaksi, ja lisäksi viitannut useiden sote-palveluiden tuottamista koskevien tapausten kohdalla sosiaaliturvajärjestelmiä koskevaan oikeuskäytäntöön ja päinvastoin. Sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotannon ja sote-järjestelmien arviointi yrityksen käsitteen valossa edellyttää konkreettinen testi -ajattelumallin kuvaamalla tavalla kansallisen lainsäädäntökehikon ja hallintomallin tuntemusta sekä EU-oikeudellisten johtopäätösten pohjaamista tähän ymmärrykseen. Sen sijaan abstraktin testin mukaisella kansallisen kehikon ohittavalla ajattelulla, eli vain tehtävän abstrakteihin ominaispiirteisiin keskittyen, ei ole mahdollista päätyä EU-oikeudellisesti pätevään lopputulokseen ainakaan sote-palveluiden järjestämistä koskevissa arvioinneissa.

van de Grondenin ja Guyn teoretisointi on ylipäätään älyllisesti houkutteleva, mutta se vaikuttaa pohjautuvan vain varsin kevyesti komission soveltamiskäytäntöön tai unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. On lisäksi epäselvää, voisiko EU:n instituutioilla olla halua kuvatus argumentaation omaksumiseen ja voisiko kansallinen lainsäätävä uskottavasti puolustaa säädösratkaisujaan siihen nojautuen. Olennainen ongelma van de Grondenin ja Guyn teoretisoinnissa on myös se, että se vaikuttaa ottavan sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajiin varsin kategorisen suhtautumisen ja ohittavan sen, että sote-palveluja voidaan tuottaa niin julkisen, yksityisen kuin esimerkiksi kolmannen sektorin toimijan toimesta luonteiltaan hyvin vaihtelevissa sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmissä, eivätkä tuottamistoimet suinkaan kategorisesti rajaudu taloudellisen toiminnan piiriin. Esimerkiksi julkiset sairaalat verorahoitteisessa järjestelmässä ovat eittämättä ei-taloudellista toimintaa, mutta ne voivat olla ei-taloudellista toimintaa myös tietynasteisia kilpailun, markkinatoiminnan ja voitontavoittelun elementtejä sisältävässä järjestelmässä, kunhan järjestelmä kokonaisuutena ja sairaalat itsessään toteuttaa sosiaalista tavoitetta ja solidarisuusperiaate on niiden toiminnassa määräävä. En pidä mahdollisena, että myös yleishyödyllisten sairaaloiden toimintaa voitaisiin monessakin tapauksessa pitää ei-taloudellisena, minkä lisäksi tuore unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö avaa oven myös ajatukselle, jossa julkisen sosiaali- ja terveysjärjestelmän osana toimi-

820 Ibid.

va yksityinen sairaala voi joissakin tapauksissa harjoittaa ei-taloudellista toimintaa. Tällainen tilanne voi olla käsillä esimerkiksi silloin, kun järjestelmässä sosiaalinen tavoite ja solidaarisuusperiaate ovat hallitsevina, toimintaa ei harjoiteta markkinoilla, sairaalan sääntely on huomattavan tiukkaa, sen voitontavoittelua on rajattu ja asetelma kokonaisuutena perustee tällaisen varsin poikkeuksellisen tulokannan. Tarkkoja kriteerejä ei kyseisiin arviointeihin ole kuitenkaan oikeudellisesti pitävällä tavalla mahdollista antaa, vaan sekä sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestäjien että niiden tuottajien asemaa on arvioitava palvelun luonnetta ja kansallista järjestelmää varsin yksityiskohtaisesti tarkastellen sekä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön peilaten. Oikeusvarmuus on tästä näkökulmasta siis edelleen jossain määrin puutteellista, mutta rajanvedot ovat vähintäänkin siirtyneet tavalla, joka tarjoaa kansalliselle lainsäätäjälle laajempaa harkintavaltaa.

Nikolić on puolestaan hahmottanut terveyspalveluja ja taloudellisen toiminnan käsitettä kolmen kategorian kautta, joita ovat yksityiset terveyspalveluiden tarjoajat, julkiset terveyspalveluiden tarjoajat sekä yksityiset terveyspalveluiden tarjoajat, jotka tuottavat palveluja osana julkista terveyspalvelujärjestelmää.⁸²¹ Nikolić on katsonut, että kategorioista ensimmäiseen ja kolmanteen liittyy vain vähän tulkinnallista epävarmuutta. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön ja myös laajemman unionin oikeuden kehikon valossa voidaan Nikolićin mukaan pitää varsin yksiselitteisenä, että julkisesta sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmästä erillään toimivat yksityiset sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajat ovat EU-oikeudellisessa mielessä taloudellista toimintaa harjoittavia yrityksiä.⁸²² Nikolić myös katsoo, että sellaiset yksityisten terveyspalveluiden tarjoajat, jotka tuottavat palveluja osana julkista terveyspalvelujärjestelmää, tulisi arvioida kategorisesti taloudellista toimintaa harjoittaviksi. Nikolićin toteamus yksityisistä tuottajista yrityksinä on perusteltu, mutta se on samalla riittämätön, sillä hankaluus liittyy nimenomaan sen määrittelyyn, miltä osin kyse on julkisesta toiminnasta ja miltä osin yksityisestä – lähtökohtaisesti taloudellisesta – toiminnasta osana julkista sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmää. Selvää kuitenkin on, että hankalin rajanveto liittyy tilanteeseen, jossa kyse on julkisesta sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamisesta, mutta järjestelmään sisältyy markkinamekanismeja tai eri tuottajien välistä kilpailuasetelmaa hyödyntäviä mekanismeja.

Terveystuotantajärjestelmien kategorisointien osalta voidaan ajatella, että vakuutusperusteisissa järjestelmissä kilpailusääntöjen piiriin rajautuvan toiminnan ala on verorahoitteisia järjestelmiä laajempi. Toisaalta unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö osoittaa, että myöskään tämä kategorisointi ei vastaa tyydyttävällä tavalla taloudellisen toiminnan rajanvedon määrittelyyn.⁸²³ Oikeuskäytännön valossa huomiota voidaan kiinnittää ainakin voiton tuottamisen mahdollisuuteen, joka on

⁸²¹ Nikolić 2021, s. 55.

⁸²² Ibid., s. 56.

⁸²³ van de Gronden – Guy 2021, s. 80.

esimerkiksi *FENIN*, *Dóvera* ja *Casa Regina Apostolorum* -ratkaisussa katsottu määrittävän keskeisesti kilpailusääntöjen soveltamisalaa: jos hinta- tai laatukilpailulle ja voitontavoittelulle on tilaa, järjestelmässä on taloudelliseen luonteeseen viittaavia elementtejä.⁸²⁴ Kuitenkaan pelkkä laatukilpailu, kilpailu tarjonnan laadulla tai mahdollisuus tuottaa toiminnalla voittoa ei johda kilpailusääntöjen soveltamiseen, jos järjestelmä muuten ilmentää sosiaalista tavoitetta, solidaarisuusperiaatetta ja muita ei-taloudellisen järjestelmän ominaispiirteitä. Näin ollen unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön voidaan katsoa johtavan varsin monimutkaiseen ja moniulotteiseen lähestymistapaan sen määrittämiseksi, missä tilanteissa kyse on taloudellisesta toiminnasta. Sekä vero- että vakuutusperusteisissa järjestelmissä voi esiintyä voitontavoittelua ja kilpailua sekä hinnalla että laadulla, joten sinänsä perusteita kilpailusääntöjen soveltamiselle voi olla molemmissa järjestelmissä ja arviointi voi tältä osin olla samankaltaista.⁸²⁵ Toisaalta verorahoitteisissa järjestelmissä toiminnan sosiaalinen tavoite ja solidaarisuusperiaatteen täyttyminen ovat muutoin helpommin perusteltavissa.

Ero järjestelmien välillä on myös se, että vakuutusperusteisissa järjestelmissä arvioinnin kohteeksi ovat useissa tapauksissa joutuneet järjestelmän hallintoelimet, eli kotimaista terminologiaa käyttäen sosiaali- ja terveystalouden järjestäjät. Näiden toimintaa on arvioitu paitsi 1990-luvun ja 2000-luvun alun monipuolisessa vakuutusperusteisesta sosiaaliturvaa koskevassa oikeuskäytännössä, myös tuoreemmissa 2010-luvun ja 2020-luvun oikeustapauksissa. Tapauksissa on käsitelty useita eri relaatioita, esimerkiksi vakuutuslaitosten suhdetta asiakkaisiinsa, vakuutuslaitosten julkiselta vallalta saamia tukia sekä vakuutuslaitosten suhdetta palveluntuottajiinsa, eli sosiaali- ja terveystalouden tarjoajiin. Kaiken kaikkiaan hallintoelimiä koskevat tapaukset osoittavat, että kilpailun ja solidaarisuuden taso ovat keskeisiä piirteitä, joita on tarkasteltava sen selvittämiseksi, sovelletaanko kilpailulainsäädäntöä. van de Grondenin ja Guyn edellä kritisoitu arviointi on hyvin perusteltua siltä osin, kun kyse on hallintoelimiä eli sote-järjestäjiä koskevasta hahmottelusta. Sote-järjestäjiin sovellettavassa konkreettisesti testissä terveydenhuoltojärjestelmien erityispiirteitä tarkastellaan yksityiskohtaisesti, testi mahdollistaa terveydenhuoltoon liittyvien erityispiirteiden huomioon ottamisen tarkastelussa sekä painottaa voimakkaasti solidaarisuutta, joka on useiden kansallisten terveydenhuoltojärjestelmien keskeinen arvolähestymistapa.⁸²⁶

Verorahoitteisesta mallista poiketen vakuutusperusteisissa mallissa keskeinen taloudellisen toiminnan rajanveto liittyy vielä sairaskuluvakuutuksiin kohdistuviin julkisen vallan interventioihin, sillä vakuutuksia tarjotaan tällaisissa malleissa paitsi osana julkista sosiaali- ja terveystaloudellista järjestelmää, myös tämän ulkopuolella ja

824 Ibid.

825 Ibid.

826 Ibid.

tähän liitännäisesti. Nikolićin mukaan oikeuskäytännön pohjalta voidaan paikantaa kolme kategoriaa sen arvioimiseksi, ovatko valtion toimet sairauskuluvakuutusjärjestelmissä EU:n kilpailusääntöjen mukaisia. Ensimmäisessä kategoriassa sairausvakuutusjärjestelmä on suljettu kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle, mikä tarkoittaa, että kilpailusäännöt eivät rajoita valtion toimia. Toisessa kategoriassa sairausvakuutusjärjestelmä kuuluu kilpailusääntöjen soveltamisalaan, mutta näitä sääntöjä rajoittavat valtion toimet voivat olla perusteltuja poikkeustapauksissa. Jos tällaiset edellytykset eivät täyty, valtion puuttuminen sairausvakuutusmarkkinoihin ei ole perusteltua. Tällaiset tapaukset kuuluvat kolmanteen kategoriaan.⁸²⁷ Nikolićin mukaan erottelua on tehtävä tapauskohtaisesti tarkastelemalla kunkin sairauskuluvakuutusjärjestelmän taloudellisia ja solidaarisuuteen perustuvia ominaisuuksia. Haastavinta on sellaisten toimintojen arviointi, joissa on sekä taloudellisia että solidaarisuuteen perustuvia ominaisuuksia, kuten pakollisten sairauskuluvakuutusten kohdalla.

4.4.2. Suomen järjestelmän arviointia

Komissio on SEUT 107(1) artiklasta antamastaan tiedonannossa todennut, että unionin terveydenhuoltojärjestelmissä on suuria eroja jäsenvaltioiden välillä. Se, missä määrin terveydenhuoltopalvelujen tarjoajat kilpailevat keskenään markkinaympäristössä, riippuu pitkälti kansallisista ominaispiirteistä.⁸²⁸ Tiedonannossa komissio jakaa jäsenmaiden sosiaali- ja terveysjärjestelmiä kahteen eri kategoriaan, joista Suomen järjestelmää on varsin vakiintuneesti luettu joukkoon, jossa julkiset sosiaali- ja terveydenhuollon yksiköt ovat olennainen osa kansallista terveydenhuoltoa ja järjestelmä perustuu solidaarisuuden periaatteeseen.⁸²⁹ Suomessa julkisia terveydenhuollon palveluja tarjotaan solidaarisuusperiaatteen mukaisesti pääosin verovaroin rahoitettuna ja sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaille itselleen maksettavaksi jäävät asiakasmaksut muodostavat vain erittäin pienen osan heille tarjottavien palveluiden todellisista kustannuksista.⁸³⁰ Myös erilaisissa Suomen järjestelmän luonteesta esitetyissä kannanotoissa on varsin vakiintuneesti katsottu, että julkiset terveydenhuoltopalvelut, jotka rahoitetaan pääosin julkisin varoin ja joiden rahoituksessa potilaalta mahdollisesti perittävällä maksulla on erittäin rajallinen rooli, eivät ole taloudellisia palveluja ja taloudellista toimintaa. Järjestämisvastuussa olevien viranomaisten lisäksi myöskään palveluja tuottavat julkisten yksiköiden ei ole Suomessa ajateltu harjoittavan taloudellista toimintaa. Esimerkiksi perustuslakivaliokunta on valinnanvapauslakiesitystä arvioidessaan todennut, että samansisältöisten terveydenhuoltopalvelujen tarjoaminen markkinoille muiden

⁸²⁷ Nikolić 2020, s. 170–171.

⁸²⁸ Komission tiedonanto valtioneuvoston käsitteestä (C/2016/2946), kohta 21.

⁸²⁹ Ibid.

⁸³⁰ PeVL 15/2018 vp, s. 46.

toimijoiden toimesta ei muuta julkisen terveydenhuollon palveluiden luonnetta taloudelliseksi toiminnaksi.⁸³¹ Suomen sosiaali- ja terveystaloustalouden järjestelmää ei ole kattavasti arvioitu komissiossa, eikä unionin tuomioistuimen ole antanut Suomen järjestelmää laajasti koskevia ratkaisuja. Eräissä komission valvontaratkaisuihin ja unionin tuomioistuimen tapauksissa on kuitenkin käsitelty suomalaisen sosiaali- ja terveystaloustalouden järjestelmän yksittäisiä elementtejä.

Unionin tuomioistuin on tapauksessa *Susisalo* arvioinut Yliopiston apteekin asemaa ja sen muista apteekkeista poikkeavien sivuapteekkioikeuksien suhdetta SEUT 49 artiklassa ilmaistuun sijoittautumisvapauteen.⁸³² Ratkaisu ei siis ottanut kantaa valtiontukisääntöjen soveltamiseen tai taloudellisen toiminnan käsitteeseen, vaan sijoittautumisvapauden soveltamisalaan ja tämän rajoittamiseen yleisen edun mukaisilla pakottavilla syillä. Jo *Pavlov*-tapauksen perusteella on kuitenkin selvää, että apteekkien toiminnassa on myös Suomessa kyse taloudellisesta toiminnasta.⁸³³ Unionin tuomioistuimen mukaan SEUT 49 artikla ei estänyt Helsingin yliopiston apteekkiin sovellettavaa yksityisiä apteekkeja suotuisampaa sivuapteekkilupajärjestelmää, kunhan sivuapteekit todella osallistuvat Helsingin yliopiston apteekille kansallisissa laissa säädettyjen erityistehtävien toteuttamiseen farmasian opiskelijoiden koulutuksessa, lääkehuoltoa koskevassa tutkimuksessa ja harvinaisten lääkevalmisteiden valmistuksessa.⁸³⁴

HYKSin Oy:tä koskeneessa asiassa oli kyse Lääkäripalveluyritysten ja Terveystaloustalouden Liiton tekemästä valtiontukikantelusta, jossa kantelijat katsoivat HYKSin Oy:n saaneen kiellettyä valtiontukea yksityisten terveystaloustalouden tarjoamiseen, mikä vääristi kilpailutilannetta terveydenhuoltomarkkinoilla. Komissio kuitenkin katsoi vuonna 2015, ettei sille toimitetun materiaalin perusteella ollut riittävästi näyttöä kielletystä valtiontuesta, eikä asiassa ollut tarvetta jatkotoimenpiteille.⁸³⁵

Sipilän hallituksen eduskunnassa kaatuneen valinnanvapauslain hallituksen esityksessä todettiin, että ainakin vapaaehtoinen työterveyshuolto on luonteeltaan taloudellista toimintaa, jonka vuoksi sitä ei voida tuottaa viranomaisrakenteella.⁸³⁶ Samassa yhteydessä kuitenkin todettiin, että työterveyshuolto jaetaan käsitteellisesti vapaaehtoiseen ja lakisääteiseen työterveyshuoltoon, mikä vaikuttaa henkivän ajatusta siitä, että lakisääteisessä työterveyshuollossa ei kaikissa tilanteissa olisi kyse taloudellisesta toiminnasta. Hallituksen esityksessä eriteltiin useita seikkoja, jotka tukevat tulkintaa työterveyshuollosta taloudellisena: solidaarisuusperiaate on työterveyshuollossa varsin heikko, jos ollenkaan voimassa, työterveyshuolto ei julkises-

831 Ibid., s. 47.

832 Asia C-84/11 *Susisalo*.

833 Yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavlov*.

834 Asia C-84/11 *Susisalo*, kohta 44.

835 Komission kirje 28.4.2015 asiassa SA.33700; STM 2022, s. 39; KKV:n päätös Dnro 1495/14.00.40/2015, kohta 59.

836 HE 16/2018 vp, s. 88.

ta terveydenhuollosta ja sosiaaliturvasta poiketen ole valtion velvoite, työterveyshuolto ei tarjoa kattavasti palveluja koko väestölle, vaan ainoastaan työssä käyville, työntekijöiden edut ovat työnantajakohtaisia, eivät samoja kaikille työntekijöille, työterveyshuolto rahoitetaan valtaosin työnantajien ja lisäksi työntekijöiden maksamin maksuin, minkä lisäksi työterveyshuolto on hyvin laajasti avattu kilpailulle ja sitä tuottavat lukuisat yksityiset yritykset.⁸³⁷ Yksityisillä yrityksillä todetaan myös olevan täysin itsenäinen liikkumavara muun muassa hinnoittelun sekä palvelun laadun ja sisällön suhteen.⁸³⁸ Näin ollen työterveyshuollon sektori poikkeaa merkittävässä määrin julkista terveydenhuolto- ja sosiaalihuoltojärjestelmää koskevista periaatteista.

Vaikka hallituksen esityksessä vaikutetaan jättävän ovi raolleen myös vastakkaiselle tulkinnaalle, on nähdäkseni selvää, että vapaaehtoinen ja lakisääteinen työterveyshuolto ovat molemmat luonteeltaan taloudellista toimintaa. Myös Kilpailu- ja kuluttajavirasto (KKV) on katsonut, että työterveyshuollon palvelut poikkeavat järjestämistavaltaan julkisesta terveydenhuollosta, sillä vastuu työterveyshuollon palveluiden järjestämisestä on ensisijaisesti työnantajilla.⁸³⁹ Työnantajat voivat hankkia työterveyshuollon palveluja markkinoilta, ja palvelut rahoitetaan pääosin työnantajien ja työntekijöiden maksuilla. Palvelutuotantoa harjoitetaan siten markkinoilla korvausta vastaan. Muun muassa näistä syistä työterveyshuollon palveluiden tuottamista olisi KKV:n mukaan lähtökohtaisesti pidettävä luonteeltaan taloudellisenä toimintana.⁸⁴⁰ KKV:n mukaan lakisääteisten ehkäisevien palveluiden osalta taloudellisen toiminnan arviointiin voi kuitenkin vaikuttaa palveluiden saatavuuden turvaamiseen liittyvä kunnan lakisääteinen velvollisuus tuottaa palveluja myös kannattamattomille asiakkaille.⁸⁴¹ KKV:n mukaan kuitenkin myös ehkäisevän työterveyshuollon tarjoaminen sellaisille asiakkaille, joille kunnan ei ole lain perusteella tuotettava palveluja, tulisi katsoa kilpailulliseksi toiminnaksi, eli ilmeisesti myös luonteeltaan taloudelliseksi.⁸⁴² Kunnan omille työntekijöilleen tuottamaa työterveyshuoltoa ei KKV:n mukaan tulisi pitää taloudellisenä toimintana.⁸⁴³ KKV:n arvioinnissa oli kyse yksityisten lääkäripalveluyritysten etujärjestön tekemästä toimenpidepyynnöstä, joka koski valtakunnallisen työterveyspalveluverkoston Työ ja Terveys ry:n jäseniä, eli koostui kunnallisia liikelaitoksia, kunnallisia osakeyhtiötä ja terveyskeskusten työterveyshuollon toimijoita.⁸⁴⁴

837 Ibid.

838 Ibid.

839 KKV:n päätös Dnro 1/KKV14.00.40/2015, kohta 40.

840 Ibid.

841 Ibid., kohta 41.

842 Ibid., kohta 44.

843 Ibid., kohta 45.

844 Ibid., kohta 4: Toimenpidepyynnön tekemisen jälkeen kuntalakiin säädettiin keväällä 2015 työterveyshuollon palveluiden yhtiöittämisvelvollisuudelle siirtymäaika, jonka aikana KKV ei voi velvoittaa kuntia yhtiöittämään toimintaa. Kuntalain 150 §:n mukaan kuntien tulee yhtiöittää markkinoilla kilpai-

Komissio on tehnyt alustavaa tutkintaa myös ensihoitoa ja potilassiirtoja koskien. Näistä potilassiirtojen voidaan katsoa olevan taloudellista toimintaa ja Suomi on antanut komissiolle sitoumuksen, jonka mukaisesti se ei salli potilassiirtojen tuottamista viranomaisrakenteella.⁸⁴⁵ Ensihoidon osalta lähtökohtana puolestaan on ollut, että toiminta on ei-taloudellista. Komissio ei nähnyt tulkinnassa ainakaan Suomen kontekstissa ongelmaa, sillä se ei edennyt asiassa alustavaa tutkintaa pidemmälle.⁸⁴⁶ KKV on komission tutkinnan jälkeen antanut päätöksen, jossa se on katsonut, että pelastuslaitosten ja sairaanhoitopiirien tuottamissa ensihoitopalveluissa ei ole kyse kuntalain 126 §:n mukaisesta toiminnasta kilpailutilanteesta markkinoilla. KKV:n mukaan toiminnasta kilpailutilanteesta markkinoilla ei ole kyse myöskään silloin, kun sairaanhoitopiirit hoitavat niiden omiin tai jäsenkuntien hoitolaitoksiin kirjattujen potilaiden terveydenhuoltolain silloisen 73 §:n mukaisia potilassiirtoja.⁸⁴⁷ Ensihoitopalveluun kuulumattomien potilassiirtojen osalta KKV totesi lisäksi, että sairaanhoitopiirien ja pelastuslaitosten kilpailutilanteessa markkinoilla tapahtuvaa toimintaa oli pidettävä kokonaisuutena arvioiden kansantaloudellisesti vähäisenä. KKV ei siksi pitänyt todennäköisenä, että sairaanhoitopiirien ja pelastuslaitosten menettelyjen tai toiminnan rakenteen vaikutukset terveen ja toimivan kilpailun edellytyksille olisivat merkittävät, ja päätti lopettaa asian selvittämisen.⁸⁴⁸ Tältä osin on kuitenkin huomioitava, että KKV:n päätös asian poistamisesta käsittelystä ei sisällä arviota tarkastelun kohteena olevan toiminnan lainmukaisuudesta.⁸⁴⁹

Korkein hallinto-oikeus on vuonna 2018 antamassaan ennakkopäätöksessä tarkastellut Pohjois-Pohjanmaan ensihoidon järjestelyjä.⁸⁵⁰ Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiiri oli tehnyt ensihoitopalvelun järjestämistä koskevat olennaisilta osiltaan samansisältöiset yhteistoimintasopimukset ensihoitopalvelun tuottamisesta Oulu-Koillismaan pelastusliikelaitoksen sekä Jokilaaksojen pelastuslaitoksen kanssa. KHO ja hallinto-oikeus päätyivät asiassa samaan lopputulokseen, eli oikeuttamaan järjestelyn, mutta eri tulkintoihin juuri taloudellisen toiminnan rajanvedon seurauksena.⁸⁵¹ Hallinto-oikeus päätyi arvioimaan asiaa SGEI-palveluja koskevien oikeussääntöjen ja erityisesti Altmark-kriteerien valossa, eli pitämään toimintaa taloudellisenä. KHO puolestaan arvioi, että Oulu-Koillismaan pelastusliikelaitos ja Jokilaaksojen pelastuslaitos eivät olleet unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettulla tavalla ensihoitopalveluja markkinoilla tarjoaviin palveluntarjoajiin

lutilanteessa tuotetut työterveyshuollon palvelut vuoden 2019 alusta. Kuntalain 150 §:ään lisättiin myös työterveyshuollon palveluja koskeva kirjanpidon eriyttämisvelvollisuus, joka tuli voimaan vuoden 2017 alusta.

845 HE 16/2018 vp, s. 87; KHO 2018:28, kohta Muut selvitykset. Ks. teemasta myös Uusitalo 2018.

846 HE 16/2018 vp, s. 87. Ks. komission kirje 4.7.2017 asiassa SA.38980.

847 KKV:n päätös Dnro 118/KKV14.00.00/2014, kohta 41.

848 Ibid., kohta 42.

849 Ibid., kohta 43.

850 KHO 2018:28.

851 Ibid.

rinnastettavassa tosiasiallisessa ja oikeudellisessa tilanteessa. Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymän valituksenalaisella päätöksellä ei siten voitu katsoa annetun mainituille pelastuslaitoksille unionin valtiontukisäännöissä tarkoitettua valikoivaa etua suhteessa valittajayhtiöihin.⁸⁵² KHO perusteli tulkintaa muun muassa sillä, että kyseiset pelastuslaitokset – toisin kuin muut ensihoitopalvelujen markkinoilla toimivat palveluntarjoajat – eivät saa tarjota ensihoitopalveluja muille kuin kysymyksessä olevalle sairaanhoitopiirin kuntayhtymälle, osallistua ensihoidon tarjoamista koskeviin kilpailutuksiin eivätkä markkinoida ensihoitopalveluja yhteistoimintasopimusta haittaavalla tavalla. KHO huomautti, että ensihoitoa koskevista terveydenhuoltolain ja pelastuslain säännöksistä ja yhteistoimintasopimuksista johdettiin pelastuslaitoksille suuronnettomuuksiin, normaaliolojen häiriötilanteisiin sekä poikkeusoloihin varautumiseen liittyviä vastuita. KHO kiinnitti huomiota myös siihen, että pelastuslaitoksilla oli yhteistoimintasopimusten nojalla velvollisuus toteuttaa ensihoitopalvelu sopimuksissa määritellyn nettokustannusperiaatteen mukaisesti, jonka myötä kaikki ensihoidosta syntyvät tulot kohdennetaan samaan palveluun ja siten ne vaikuttavat ensihoidon nettokustannuksiin menoja vähentäen.

KKV on käsitellyt ensihoitoon ja potilaskuljetuksiin liittyviä rajanvetoja myös ensihoidollisen helikopterilentotoiminnan kontekstissa. Asiassa Lapin alueella toiminut yksityinen lento-operaattori Heliflite pyysi KKV:tä selvittämään, kohdentaa-ko Lapin sairaanhoitopiiri Rajavartiolaitokselle ensihoidollisia lentotehtäviä kilpailuneutraliteetin vastaisesti.⁸⁵³ KKV totesi, että helikopteriavusteinen ensihoito oli osa sairaanhoitopiirin järjestämistä vastuulle kuuluvaa ensihoitokokonaisuutta ja siten kiinteä osa luonteeltaan ei-taloudellista julkista terveydenhuoltojärjestelmää.⁸⁵⁴ Vaikka helikopteriavusteista ensihoitoa oli kilpailutettu FinnHEMS:n kautta, kilpailulaissa tarkoitettuna taloudellisena toimintana oli KKV:n mukaan pidettävä vain tätä kilpailutettua toimintaa, kun taas Rajavartiolaitoksen antaman virka-avun osalta oli kyse lainsäädäntöön perustuvasta viranomaisien välisestä yhteistyöstä julkisen terveydenhuollon ensihoidotehtävien hoitamiseksi, eikä tätä toimintaa ollut järjestetty markkinaehtoisesti. Tällainen virka-aputoiminta oli KKV:n mukaan ei-taloudellista toimintaa.⁸⁵⁵

Sote-kontekstiin kytkeytyy myös KKV:n päätös liittyen Keski-Uudenmaan sote-kuntayhtymän (Keusote) sekä Keski-Uudenmaan hyvinvointialueen toimintaan lastensuojelun ympärivuorokautista palvelua tarjoavien yksiköiden palveluhaun markkinoilla. Asiassa yksityistä Socfinder-hakusovellusta ylläpitänyt yritys oli tehnyt toimenpidepyynnön, jossa se oli katsonut Keusoten harjoittavan taloudellista toimintaa ylläpitäessään yksityisen hakupalvelun kanssa samankaltaista Lasteri-pal-

852 Ibid.

853 KKV:n päätös Dnro 164/14.00.40/2015.

854 Ibid., kohta 39.

855 Ibid.

velua, jota se tarjosi myös muille kunnille ja hyvinvointialueille.⁸⁵⁶ Kyse ei siis ollut varsinaisista sosiaali- ja terveyspalveluista, vaan sosiaalipalveluiden hakupalvelusta. KKV:n piti arvioinnin lähtökohtana sitä, voidaanko Lasteri-tietopohjaan liittyvän toiminnan katsoa liittyvän unionioikeuden oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla luonteeltaan, tavoitteeltaan ja siihen sovellettavilta säännöiltään viranomaisen toimivaltuuksiin ja näin ollen katsoa luonteeltaan ei-taloudelliseksi toiminnaksi.⁸⁵⁷ KKV:n mukaan Suomessa kansallinen ratkaisu sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämiseksi on ollut järjestelmän rakentaminen solidaarisuusperiaatteeseen nojaavaksi ja siten lähtökohtaisesti luonteeltaan ei-taloudelliseksi toiminnaksi, jota julkinen valta ohjaa. Tähän solidaarisuuden periaatteelle rakentuvaan sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmään lukeutuvat KKV:n mukaan myös sosiaalipalveluina lastensuojelupalvelut, joiden järjestämisestä, toimeenpanosta ja siihen liittyvästä päätöksenteosta sekä valvonnasta viranomaiset vastaavat. Lastensuojelupalvelujen järjestämisen osalta Suomessa ei KKV:n mukaan myöskään ole otettu käyttöön markkinamekanismeja. Sijaishuollon järjestämisessä, sen valvonnassa sekä siihen liittyvässä päätöksenteossa on kyse julkisen vallan käytöstä, joka ei ole luonteeltaan taloudellista toimintaa.⁸⁵⁸

Luonteeltaan haastavampaan arviointiin KKV joutui Lasteri-hakupalvelun osalta. Myös tämän toiminnan osalta KKV totesi, että Lasteri-tietopohja yhdistää lastensuojelun ympärivuorokautista palvelua luvanvaraisesti tarjoavien yksiköiden palveluhaun ja niiden valvontatiedot, ja palvelun tarkoituksena on auttaa lapsen sijoittamisesta vastaavia viranomaisia etsimään lapselle tämän tarpeita vastaavan sijaishuoltopaikan.⁸⁵⁹ Lasteri-tietopohjan sisältämillä tiedoilla oli KKV:n mukaan merkitystä lapsen sijoittamista koskevassa päätöksenteossa ja ne vaikuttavat lapsen sijaishuoltopaikan valintaan.⁸⁶⁰ KKV kiinnitti huomiota siihen, että Lasteri-tietopohja edisti lastensuojelulaista seuraavaa viranomaisen velvollisuutta järjestää sijaishuolto viivytyksettä lapsen etu huomioiden, minkä lisäksi sen voitiin ajatella tukevan lainsäädännössä kunnille ja hyvinvointialueille asetettua yhteistyövelvoitetta.⁸⁶¹ Toiminta oli muun muassa näillä perusteilla ei-taloudellista.⁸⁶² KKV totesi unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön viitaten lisäksi, ettei toiminnallisuuksien tarvinnut olla välttämättömiä kunnan tai hyvinvointialueen vastuulla olevan lastensuojelulain mukaisen sijaishuollon järjestämiseksi, jotta Lasteri-tietopohjaan liittyvä toiminta tuli katsoa luonteeltaan ei-taloudelliseksi toiminnaksi.⁸⁶³

856 KKV:n päätös Dnro KKV/79/14.00.40/2022.

857 Ibid., kohta 42.

858 Ibid., kohta 43.

859 Ibid., kohta 44.

860 Ibid., kohta 45.

861 Ibid., kohta 46.

862 Ibid., kohta 47.

863 Ibid.

Suomalaista sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmää koskevassa keskustelussa viitataan usein myös suomalaisia toimijoita koskeneisiin *Palmia*- ja *Destia*-tapauksiin, mutta vahvemmin valtiontuen käsitteen kuin taloudellisen toiminnan määrittelyn osalta.⁸⁶⁴ Erityisen olennaisesti tapauksia koskeva kotimainen keskustelu on kiinnittynyt niin sanottuun yhtiöittämisvelvoitteeseen, eli tarpeeseen siirtää joitakin suoraan viranomaistoimintoina tai liikelaitosmuodossa hoidettuja toimintoja erilliseen osakeyhtiöön. Taustalla on ollut näihin toimintamuotoihin kuuluva valtion takaus, vapautus yhteisöverosta ja konkurssisuoja. Komissio arvioi *Destia*- ja *Palmia*-asioissa ja unionin tuomioistuin muun muassa Ranskan postia (*La Poste*) koskeneessa tapauksessa, että myös tällaisia etuja voidaan pitää kiellettynä valtiontukena.⁸⁶⁵

Varsin tuoretta keskustelua EU:n kilpailu- ja valtiontukisääntöjen soveltumisesta on käyty muun muassa Työterveyslaitosta koskevan lainsäädännön uudistamishankkeen yhteydessä. Keskustelun yhteydessä on arvioitu, että Työterveyslaitos harjoittaa sekä taloudellista toimintaa että ei-taloudellista viranomaistoimintaa.⁸⁶⁶ Taloudellisena toimintana on pidetty ainakin Työterveyslaitoksen harjoittamaa konsultointia, laboratoriopalveluiden tarjontaa, työlääketiteen potilastoimintaa, sisäilmapalveluja sekä työhygieenisii mittauksia ja tutkimusta.⁸⁶⁷ Lisäksi keskustelun yhteydessä on pohdittu, voisiko osa laitoksen harjoittamasta taloudellisesta toiminnasta olla komission valtiontukea koskevassa tiedonannossa tarkoitettua liitännäistoimintaa, joka voi jäädä EU:n valtiontukisäännösten ulkopuolelle.⁸⁶⁸ Esimerkiksi tutkimuslaitoksen laitteistojen ja laboratorion vuokraamista voidaan eräissä tilanteissa pitää tällaisena taloudellisista liitännäistoimintona.⁸⁶⁹

Käytännössä mahdollisuudet jättää toimintoja kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle sillä perusteella, että kyse on ei-taloudellisen toiminnan liitännäistoiminnoista, ovat kuitenkin varsin rajalliset. Komission valtiontukitiedonannossa on katsottu tällaisen ratkaisun edellytykseksi, että infrastruktuuria käytetään lähes yksinomaan muuhun kuin taloudelliseen toimintaan ja että taloudellinen käyttö on pelkästään liitännäistoimintaa, joka liittyy suoraan infrastruktuurin toimintaan ja on sen kannalta välttämätöntä tai joka liittyy kiinteästi sen pääasialliseen ei-taloudelliseen käyttöön.⁸⁷⁰ Tällainen tilanne voi olla käsillä esimerkiksi silloin, kun mainitut taloudelliset toiminnot käyttävät samoja tuotantopanoksia, kuten materiaaleja, laitteita, työvoimaa tai kiinteää pääomaa, kuin pääasiallinen ei-talou-

864 Komission päätös 2008/765/EY (Tieliikelaitos/*Destia*); Komission kirje 14.4.2010 asiassa Valtiontuki E 2/2010.

865 Komission päätös 2008/765/EY (Tieliikelaitos/*Destia*); Asia C-559/12 *Ranska v. komissio*.

866 HPP Asianajotoimiston kilpailuoikeudellinen selvitys sosiaali- ja terveysministeriölle 2021, s. 14.

867 Ibid., s. 4–5.

868 Ibid., s. 15–16; STM 2022, s. 41.

869 Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 207.

870 Ibid.

netta olisi muutettava.⁸⁷⁷ Hallituksen esityksessä kuvattiin, kuinka tuottajana voisivat olla julkisesti tai yksityisesti omistetut yhteisöt, eikä mitään tuottajia asetettaisi erityisasemaan toisiinsa nähden, vaan kaikkia palveluntuottajia kohdeltaisiin yhdenvertaisesti ja syrjimättömästi niiden omistajatahoista riippumatta.⁸⁷⁸ Hallituksen esityksen mukaan tämä käytännössä tarkoitti, että useat toimijat voivat tarjota palvelujaan samoille asiakkaille, jolloin palveluntuottajien kesken syntyy kilpailua asiakkaista.⁸⁷⁹ Hallituksen esityksessä todettiin vielä, että tätä näkökulmaa arvioitaessa on otettava huomioon kilpailuneutraliteetti ja erityisesti EU:n valtiontukisääntöjen soveltuminen taloudelliseen toimintaan.⁸⁸⁰ Tämän jälkeen hallituksen esityksessä referoitiin muutaman sivun verran edellä jo kuvattua unionin tuomioistuimen ja komission soveltamiskäytäntöä sekä tehtiin siitä johtopäätöksiä, joissa valinnanvapausjärjestelmää pyrittiin määrittelemään suhteessa eri EU-oikeudellisiin reunaehtoihin.⁸⁸¹

Hallituksen esityksen mukaan Suomen sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmä oli siihen asti perustunut viranomaisten tarjoamiin palveluihin, joita oli täydennetty ostopalveluilla tai joissakin tapauksissa ulkoistamalla kunnan koko sote-tuotanto. Kyse oli lähtökohtaisesti ollut solidaarisuuden periaatteeseen perustuvasta mallista ja viranomaisten itse tuottamien palvelujen osalta sitä oli pidetty pääosin muuna kuin taloudellisena toimintana.⁸⁸² Valinnanvapauden käyttöönoton myötä järjestelmä kuitenkin muuttuisi olennaisesti ja tarkoituksena oli, että laajasti erilaisia palveluja kattavan valinnanvapausjärjestelmän piiriin kuuluvien palveluiden tuottajien kesken syntyisi laadulla käytävää kilpailua asiakkaista, minkä arvioitiin pidemmällä aikavälillä myös alentavan järjestelmän kustannuksia.⁸⁸³

Uuteen valinnanvapausjärjestelmään siirtymisen myötä palveluiden tarjoaminen tulee tapahtumaan asiakasvalinnasta johtuen kilpailuilla markkinoilla. Mikäli järjestelmästä pyydetäisiin komission arvio, olisi mahdollista, että se katsoisi toiminnan olevan luonteeltaan taloudellista, jolloin siihen olisi sovellettava EU:n valtiontukisääntöjä. Ehdotetussa uudessa mallissa kaikille palvelun tuottajille on taattava syrjimättömät ja tasavertaiset mahdollisuudet tuottaa palveluja ja kilpailla asiakkaista.⁸⁸⁴

Koska uudessa järjestelmässä olisi mahdollista, että valinnanvapauden piiriin kuuluvia palveluja tuottavia julkisia toimijoita arvioitaisiin kilpailuregiimin valossa yrittäjinä, hallituksen esityksessä korostettiin lähtökohtaa, jonka mukaan julkisilla

877 HE 47/2017, s. 62.

878 Ibid.

879 Ibid.

880 Ibid., s. 63.

881 Ibid., s. 62–65.

882 Ibid., s. 64.

883 Ibid., s. 64.

884 Ibid.

palvelun tuottajilla ei saisi olla erityisasemaa eikä niille saisi myöntää kilpailuneutraliteettia vääristävää etua.⁸⁸⁵ Hallituksen esitys referoi tältä osin lyhyesti komission Palmia- ja Destia-asioissa tekemää arviointia ja päättyi johtopäätökseen, jonka mukaan maakuntien olisi yhtiötettävä suoran valinnan palveluiden tuottaminen.⁸⁸⁶ Tällainen malli olisi vastannut kuntalain ja kilpailulain sääntelyä, jonka mukaisesti kunnat ovat velvollisia yhtiöittämään toiminnan silloin, kun tehtävää hoidetaan kilpailutilanteessa markkinoilla, eli tilanteissa, joissa on kyse taloudellisesta toiminnasta EU:n kilpailusääntöjen valossa. Hallituksen esityksen mukaan omistajaohjauksessa olisi kuitenkin voitu huolehtia siitä, että maakunnan yritys noudattaa toiminnassa yhteiskuntavastuun ja eettisyyden osalta korkeita laatuvaatimuksia ja että liiketoiminnan tulos käytetään pääosin toiminnan kehittämiseen.⁸⁸⁷

Taloudellisen toiminnan rajanvetoon palataan vielä erikseen vuoden 2017 hallituksen esityksen säätämisyjärjestysperusteluissa. Tässä yhteydessä todetaan, että velvoite yhtiöittää suoran valinnan palvelujen piiriin kuuluva maakunnan oma palvelutuotanto ei johdu perustuslaista tai EU-oikeuden velvoitteista, vaan se perustuu kansalliseen poliittiseen tarkoituksenmukaisuusharkintaan.⁸⁸⁸ Tämän perään hallituksen esityksessä kuitenkin todetaan jossain määrin ristiriitaisesti, että yhtiöittämisvelvollisuus seuraa tilanteesta, jossa suoran valinnan palvelut on saatettu markkinoilla tapahtuvan kilpailun piiriin siten, että edellytykset täyttävät yritykset hyväksytään ilmoittautumisen perusteella tuottajiksi ja ihmiset voivat valita suoraan julkisen tai yksityisen tuottajan.⁸⁸⁹

Hallituksen tulkinta Euroopan komission valtioneuvoston päätöksen (C/2016/2946) ja siinä käsitellystä Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä on, että asiakkaiden suoraan laissa säädettyyn valintaan ja tuottajien oikeuteen ilmoittautua ja tulla hyväksytyksi valinnanvapauden piiriin kuuluvien palveluiden tuottajaksi perustuvassa järjestelmässä sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotanto tapahtuu unionin oikeuden näkökulmasta markkinoilla taloudellisena toimintana. Maakunnan kannalta olisi yksinkertaisempaa turvata palvelut toissijaisesti, jos niitä ei ole saatavilla markkinoilta, jos sillä ei olisi velvoitetta yhtiöittää omaa tuotantoa. Tämä edellyttäisi toisenlaista valinnanvapauden toteuttamismallia.⁸⁹⁰

Kun aiemmin samassa hallituksen esityksessä tähän tulkintaan ei vielä päädytty, vaan ovi jätettiin auki molempiin suuntiin, säätämisyjärjestysperusteluissa toimin-

⁸⁸⁵ Ibid.

⁸⁸⁶ Komission päätös 2008/765/EY (Tieliikelaitos/Destia); Komission kirje 14.4.2010 asiassa Valtiontuki E 2/2010.

⁸⁸⁷ HE 47/2017 vp, s. 65.

⁸⁸⁸ Ibid., s. 254–255.

⁸⁸⁹ Ibid., s. 255.

⁸⁹⁰ Ibid.

taa arvioidaan siis yksiselitteisesti taloudellisenä. Yhtiöittämisvelvollisuus myös perustellaan sääätämisyjärjestysperusteluissa tällä tulkinnalla, joka ei ainakaan myöhempien *Dóvera*- ja *Casa Regina Apostolorum* -tapausten valossa vaikuta lainkaan yksiselitteiseltä.

Yhtiöittämisvelvollisuus ajautui muualla tässä tutkimuksessa käsittelyllä tavalla ongelmiin perustuslakivaliokunnasta.⁸⁹¹ Perustuslakivaliokunnan lausuntoa, siltä osin kuin se koskee valinnanvapausmallin EU-oikeudellista arviointia, voidaan sekä kiittää että kritisoida. Perusteltuna perustuslakivaliokunnan huomioita voidaan pitää ainakin siltä osin, kun niissä viitataan mahdollisuuteen oikeuttaa valinnanvapauden piirissä olevien palveluiden tuotanto myös muussa kuin yhtiömuodossa, sillä tällainen säädösratkaisu olisi mahdollista ainakin aiemmin tässä tutkimuksessa kuvatun SGEI-regiimin puitteissa.⁸⁹² Kritisoida voidaan puolestaan ensinnäkin sitä, että EU-oikeudellista arviointia ylipäätään tehdään perustuslakivaliokunnan lausunnossa valinnanvapauslain kohdalla nähdyssä määrin, eikä tällaiseen arviointiin ryhtymistä perustella lausunnossa kovinkaan kattavasti juuri valiokunnan toimikenttään kuuluvasta valtiosääntöisestä näkökulmasta käsin. Samoin kritiikille altista on valiokunnan lausunnossa varsin pitkästi harjoitettu argumentaatio, jossa listataan erinäisiä primäärioikeuden elementtejä, kuten SEUT 168(7) artikla sekä perusoikeuskirjan 34–35 artikkelit, ja ikään kuin epäsuorasti arvioidaan näillä olevan vaikutusta taloudellisen toiminnan rajanvetoon.⁸⁹³ Oikeuden pintatasoa syvemmillä näin voi ollakin, mutta huomattavasti olennaisemmassa asemassa arvioinnissa ovat edellä referoitu unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö ja suoraan taloudellisen toiminnan rajanvetoon kytkeytyvät oikeussäännöt, joita lausunnossa ei arvioida. Huonosti kohteeseensa osuu myös perustuslakivaliokunnan lausunnossa esitetty kritiikki Destia- ja Palmia-asioiden referoinnista hallituksen esityksessä. Perustuslakivaliokunta kritisoi tätä sillä perusteella, että kyseisissä tapauksissa ei ollut kyse solidaarisuusperiaatteen määrittämisestä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluista.⁸⁹⁴ Tapauksilla voi kuitenkin olla merkitystä kansallisten säädösratkaisujen arvioinnissa, sillä ne kohdistuivat nimenomaan suomalaisen lainsäädännön organisointimuotoihin sekä sen arviointiin, miltä osin näiden organisointimuotojen ominaispiirteistä muodostuu valtiontukea. Sen sijaan tapauksilla ei luonnollisestikaan ole juurikaan merkitystä taloudellisen toiminnan rajanvedon arvioinnista sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa.

Lausuntoa voidaan pitää ongelmallisena myös siltä osin, kun perustuslakivaliokunta vaikuttaa tekevän perusteettoman itsevarman tulkinnan, jonka mukaan ehdotetun valinnanvapausmallin toteuttaminen yhtiöittämisvelvollisuuden keinoin

⁸⁹¹ Ibid.

⁸⁹² PeVL 26/2017 vp, s. 41–43.

⁸⁹³ Ibid., s. 42.

⁸⁹⁴ Ibid.

johtaisi tilanteeseen, jossa suomalaista sosiaali- ja terveydenhuoltoa arvioitaisiin jatkossa EU-oikeudessa tarkoitettuna taloudellisenä toimintana. Lausunnosta puuttuu kuitenkin lähes kokonaan tähän liittyvä oikeudellinen analyysi, eikä siinä tehdä minkäänlaista arviointia valinnanvapausmallin eri elementtien välisistä eroista. Tulkintaan pohjataan toteamus, jonka mukaan yhtiöittämisvelvollisuus johtaisi kansallisen liikkumatilan kaventumiseen. Myöhemmin lausunnon niin sanotussa ponsiosassa yhtiöittämisvelvollisuuden poistaminen todetaan yhdeksi edellytykseksi tavallisen lainsäätämisyjärjestyksen käytölle.⁸⁹⁵

Perustuslakivaliokunnan lausunnon myötä Sipilän hallituksen sote-uudistus palautettiin valmisteluun ja uusi valinnanvapauslakiesitys annettiin vuonna 2018. Uuteen hallituksen esitykseen sisältyivät yhteenlaskettuna jopa 20 sivun mittaiset EU-valtiontukisääntöjä koskeneet osiot, joissa referoitiin unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä ja komission soveltamiskäytäntöä varsin laajasti sekä perusteltiin ehdotettava malli erityisesti taloudellisen toiminnan rajanvedon osalta. Hallituksen esitykseen sisältyy kuitenkin useita eri EU-oikeutetta koskevia alalukuja, joiden välillä on varsin yllättävä määrä laadullista vaihtelua ja jopa keskenään ristiriitaisia tulkintoja. Hallituksen esityksen EU-oikeudellinen osio esimerkiksi alkaa varsin laajalla kuvailulla ”taloudellisesta toiminnasta”, mutta referoitu oikeuskäytäntö on erityisesti vapaaseen liikkuvuuteen kytkeytyvää. EU:n vapaasta liikkuvuudesta syntyviä oikeudellisia rajoja, valtiontukisääntöjä, valtiontuen muodostumista, palveluiden tarjoamisen rajoittamista ja kohti sosiaalisempaa talouskonstituutioita kulkevaa primäärioikeuden kehitystä käsitellään useissa kohdin limittäin ja tekemättä näiden eriluonteisten oikeudellisten ilmiöiden välille selkeää eroa. Aiemmin tässä tutkimuksessa todetusti sisämarkkinavapauksien ja kilpailusääntöjen soveltamisala ei sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa ole yhtenäinen ja sama, vaan palvelu voi olla vapaan liikkuvuuden ja esimerkiksi palveluiden tarjoamisen vapauden piirissä olematta kuitenkaan EU:n kilpailuregimiin soveltamisalassa.⁸⁹⁶ Hallituksen esityksessä tästä tehdään kuitenkin päinvastainen ja nähdäkseni siis selvästi virheellinen johtopäätös, jossa sosiaali- ja terveyspalveluiden tulkitseminen perussopimuksen mukaiseksi palveluksi johtaisi niiden arviointiin myös valtiontukisääntöjen valossa.⁸⁹⁷

Käsittely jatkuu tämän jälkeen seuraavan alaotsikon alla tavalla, joka on paitsi edellä kuvattua huomattavasti laadukkaampaa ja selkeämpää, myös johtopäätöksiltään siitä poikkeavaa. Hallituksen esityksessä todetaan tässä yhteydessä muun muassa, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on käsitelty erityisesti va-

⁸⁹⁵ Ibid., s. 78.

⁸⁹⁶ HE 16/2018 vp, s. 74–79.

⁸⁹⁷ Ibid., s. 79. Hallituksen esityksen mukaan ”Sosiaali- ja terveydenhuoltopalvelut kuuluvat kuitenkin, autonomiasta riippumatta tai siitä huolimatta, EU:n valtiontukisääntelyn piiriin. EU:n oikeuskäytännössä on vahvistettu se periaate, että terveydenhuoltopalveluja, myös ilmaiseksi sen saajille annettavia, on pidettävä EU:n perustamissopimuksen mukaisina palveluina.”

kuutus pohjaisia sosiaaliturvajärjestelmiä, joissa on kyse kansalaisten oikeuksista erilaisiin terveyden- ja sosiaalihuollon palveluihin. Suomessa ei ole muualla Euroopassa yleistä vakuutus pohjaista sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmää, joten vertailun tekeminen Suomeen ehdotettuun järjestelmään on hallituksen esityksen mukaan haastavaa.⁸⁹⁸ Hallituksen esityksen mukaan jäsenvaltioiden järjestelmien on tulkittu olevan joko ei-taloudellisia tai taloudellisia riippuen varsin yksityiskohtaisesta kokonaisharkinnasta, ja tulkinta on vaihdellut sen mukaan, minkälaiset piirteet järjestelmissä ovat nousseet määrääviksi. Hyvin harvoin jäsenvaltioiden järjestelmät ovat puhdasoppisesti täysin ei-taloudellisia tai täysin taloudellisia. Lähes kaikissa oikeustapauksissa järjestelmillä on ollut sekä ei-taloudellisia että taloudellisia piirteitä ja määrittely on tehty kattavan kokonaisharkinnan perusteella.⁸⁹⁹

Nämä hallituksen esityksen toteamukset vastaavat hyvin vuoden 2018 kontekstissa vallinnutta ja myös nykyistä oikeustilaa. Niiden jälkeen hallituksen esityksessä referoidaan kattavasti oikeuskäytäntöä, jota on tarkasteltu aiemmin tässä tutkimuksessa vakuutus pohjaista sosiaaliturvaa ja sosiaali- ja terveyspalveluja koskeissa kappaleissa, muun muassa tapauksia *Kattner, Poucet & Pistre, Cisal, Pavlov, AOK Bundesverband, Fédération française des sociétés d'assurance, Albany, Brentjens, IRIS, FENIN* ja *Dôvera*. Tapauksia myös referoidaan sisällöllisesti pitkälti tätä tutkimusta vastaavalla tavalla, mutta toki suppeammin. Erityisen tarkasti hallituksen esityksessä pureudutaan tuoreisiin *IRIS, FENIN* ja *Dôvera* -tapauksiin. Tässä tarkastelussa ei kuitenkaan päädytä Suomeen ehdotettavaa järjestelmää koskeviin johtopäätöksiin, vaan varsinainen ehdotettavan mallin arviointi ja perustelu tapahtuu myöhemmin hallituksen esityksessä.⁹⁰⁰

Täysin varmaa vastausta siitä, millainen on esitettävän valinnanvapausjärjestelmän EU-valtiontukioikeudellinen luonne, on mahdotonta antaa. Lisäksi on otettava huomioon, että suoran valinnan palvelut, asiakassetelipalvelut sekä henkilökohtainen budjetti eroavat eräiltä osin varsin paljon toisistaan toimintaperiaatteiltaan. Voimassa olevan EU-komission valtiontukitiedonannon perusteella voidaan arvioida, että Suomen valinnanvapausmalli vaikuttaisi ensisijaisesti ei-taloudelliselta.⁹⁰¹

Dôvera-tapaus nostetaan hallituksen esityksessä esiin seikkana, joka kasvattaa riskiä siihen, että Suomen valinnanvapausjärjestelmän voitaisiin tulkita olevan ainakin osittain taloudellinen.⁹⁰² Hallituksen esityksessä päädytään kuitenkin johtopäätökseen, jonka mukaan järjestelmään ei sisälly valtiontukea eikä järjestelmää

898 HE 16/2018 vp, s. 79.

899 Ibid.

900 Ibid., s. 104–110.

901 Ibid., s. 104.

902 Ibid., s. 104 ja 110.

notifioida. Tätä perustellaan hallituksen esityksessä myös sillä, että ennen toiminnan käynnistymistä ei voitaisi antaa tietoa tarkoista rahoituksen määristä, koska riippuvat maakuntien päätöksistä.⁹⁰³ Hallituksen esityksen mukaan tarkoituksena on säilyttää Suomen julkinen terveyden- ja sosiaalihuollon järjestelmä luonteeltaan ei-taloudellisena.⁹⁰⁴ Raitio on kritisoinut valittua toimintamallia ja katsonut, että perustellut valtiontukiepäilyt olisi tullut saattaa komission tietoon ja käsiteltäväksi varsinaisena notifiointina.⁹⁰⁵ Raition mukaan oikeusvarmuusilmoitus olisi tehtävä vain silloin, kun valtiontuen läsnäolosta ei vallitse merkittävää epävarmuutta, ja SEUT 4(3) artiklan vilpittömän yhteistyön velvoitteen on katsottu korostavan tarvetta notifiointiin toteuttamiseen jo silloin, kun epäily valtiontuen olemassaolosta on syntynyt.⁹⁰⁶ Raition mukaan näin oli Suomen tilanteessa viimeistään silloin, kun korkein hallinto-oikeus antoi valtiontukikysymyksiä käsitelleen lausuntonsa vuoden 2017 lopussa.⁹⁰⁷

Valinnanvapausjärjestelmän unioninoikeudellinen perustelu hallituksen esityksessä on luonteeltaan varsin kattavaa ja se vastaa varsin hyvin silloista ja myös tämänhetkistä unionin tuomioistuimen oikeustilaa. Järjestelmän ei-taloudellista luonnetta perustellaan hallituksen esityksessä mm. sote-palveluiden perustuslakiin kytkeytyvällä luonteella, järjestelmän tavoitteilla ja kattavuudella, järjestelmään kuulumisen pakollisuudella ja verovaroin tapahtuvalla rahoituksella, saatavien etuuksien suhteella maksettuihin maksuihin eli veroihin, asiakasmaksujen matalalla tasolla, velvoitteella hoitaa kaikki listautuvat asiakkaat, palvelutarpeiden yksilökohtaiset erot huomioivalla riskintasauksella, tarjottavien palveluiden määrittelyllä lainsäädännössä sekä toimialan tiukalla sääntelyllä ja valvonnalla.⁹⁰⁸ Toisaalta järjestelmässä katsotaan olevan myös useita viitteitä taloudellisesta toiminnasta, kuten palveluntuottajille maksettavat korvaukset, voiton tavoittelun mahdollisuus, palveluntuottajien hinnoittelu ja hintakilpailun mahdollisuus sekä lisäpalveluiden tarjoamisen mahdollisuus.⁹⁰⁹

Kaikkien Suomen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmien unioninoikeudellinen arvioinnin kannalta merkityksellistä on, että kyse on vahvasti julkisen vallan tehtävistä, jotka kytkeytyvät muun muassa perustuslain 19 §:n 3 momenttiin sekä 124 §:ään. Siltä osin kuin kyse on julkisista hallintotehtävistä, myös hallinnon yleislait lähtökohtaisesti koskevat palveluntuottajia. Myös valinnanvapausmallissa palvelun-

903 Ibid., s. 110.

904 Ibid., s. 104.

905 Raitio 2019b, s. 344 ja 349. Raitio kuitenkin toteaa, että ”on kokonaan toinen kysymys, oliko Suomessa reaalipoliittisesti toimintavaihtoehtoina vain notifiointimattomuus tai oikeusvarmuusilmoitus, joissa kummassakin lähtökohtana on, ettei ole mitään notifiointavaa.”

906 Ibid., s. 344.

907 Ibid. Ks. myös KHO:n asiantuntijalausunto 2017.

908 HE 16/2018 vp, s. 105.

909 Ibid., s. 104–105.

tuottajat olisivat tuottaneet palveluja, jotka on turvattu Suomen perustuslaissa ja joista viime kädessä vastaa julkinen valta, ja tuottajat ovat sidottuja lakisääteisiin velvoitteisiin sekä maakunnan valvontaan ja toimivaltaan.⁹¹⁰ Näkökohdan viittaavat vahvasti toiminnan ei-taloudelliseen luonteeseen. Samaan kokonaisuuteen kytkeytyvät järjestelmän kattavuus ja pakollisuus, joka on unionin tuomioistuimen edellä referoidun oikeuskäytännön valossa niin ikään viite ei-taloudellisesta luonteesta. Suomessa pääsy sote-palveluiden piiriin on perustuslaillinen oikeus, järjestelmä kattaa käytännössä koko Suomen väestön ja siihen on myös pakollista kuulua.⁹¹¹ Koska sote-palvelut ovat Suomessa verorahoitteisia ja asiakasmaksujen osuus niiden rahoituksesta on erittäin pieni, on myös palveluiden rahoitus solidaarisuusperiaatteen mukaista. Toisaalta hallituksen esityksessä huomioita kiinnitettiin Slovakian ja Suomen mallien vertailussa muun muassa siihen, että Slovakian mallissa julkisten toimijoiden asema markkinalla oli vahva, toimijoiden lukumäärä ylipäättään vähäinen ja malli kokonaisuutena nojasi vahvasti juuri sen julkisiin toimijoihin. Suomen kehityksen osalta ennakoitiin, että toimijoiden lukumäärän osalta tilanne tulee olemaan todennäköisesti hyvin erilainen, koska yksityisillä sosiaali- ja terveystaloudelliset markkinoilla oli jo vuonna 2018 lukuisia kaupallisia yrityksiä sekä järjestöjen omistamia toimijoita. Näin myös kilpailu olisi luonteeltaan Slovakian esimerkkiä aktiivisempaa, mikä viittaisi toiminnan olevan taloudellista.⁹¹²

Valinnanvapausmallin osalta jonkinlaisena jälkikäteisohtopäätöksenä voidaan todeta, että tämänhetkisen oikeuskäytännön valossa on epätodennäköistä, että järjestelmää olisi arvioitu luonteeltaan laajasti taloudelliseksi, sillä ei-taloudelliset, solidaarisuusperiaatteeseen viittaavat elementit ovat järjestelmässä määräävinä. Järjestelmään olisi nähdäkseni kuitenkin voinut sisältyä elementtejä, joiden voitaisiin katsoa täyttävän taloudellisen toiminnan kriteerit, jolloin näitä elementtejä olisi arvioitu kilpailuregiimin valossa. Vaikka palveluntuottajien oli kaikissa palvelumalleissa, eli suoran valinnan palveluissa, asiakassetelipalveluissa ja henkilökohtaisen budjetin palveluissa, tarkoitus kilpailla sillä, miten tehokkaasti ja toisaalta asiakasystävällisesti ne palveluja tuottavat, vaihteli kilpailun intensiteetti ja tavat eri palvelumallien välillä. Tällä voidaan ajatella olevan vaikutusta myös siihen, miten palvelumalleja olisi arvioitu suhteessa taloudellisen toiminnan rajanvetoon. Esimerkiksi suoran valinnan palveluissa maakunnat olisivat tehneet alueitaan koskevat palvelutasopäätökset sekä määritelleet hallintopäätöksin, minkä taseisia ja sisältöisiä palveluja palveluntuottajien tulee suoran valinnan palveluissa tarjota. Palveluntuottajilla ei siten olisi ollut näissä palveluissa itsenäistä harkintavaltaa määrittellä annettavia palveluja tai niiden tasoa tai sisältöä.⁹¹³ Asiakassetelipalveluiden sisältö perustuu niin

910 Ibid.

911 Ibid., s. 104–110.

912 Ibid., s. 109–110.

913 Ibid., s. 107.

ikään asiakkaalle tehtävään palvelutarpeen arvioon. Näin siis suoran valinnan palvelujen palveluntuottajat tai asiakassetelijärjestelmän palveluntuottajat eivät pysty vaikuttamaan niille maksettavan korvauksen tasoon. Voidaan ajatella, että tällaisessa toimintamallissa kilpailun mahdollisuus ja intensiteetti ovat matalampia ja viitteet ei-taloudellisesta toiminnasta siksi vahvempia.

Henkilökohtaisella budjetilla tarjottavat palvelut poikkeavat jossain määrin tästä, sillä tarjottavien palvelujen sisältö määräytyy osin lainsäädännössä, osin asiakassuunnitelmassa, osin asiakkaan toimesta ja myös palveluntuottajan tarjoaman mukaan. Hallituksen esityksen mukaan henkilökohtaisella budjetilla tuotettavia palveluja tarjoavat toimijat ovat vapaita itse määrittelemään tarjoamiensa palveluiden hintatason, ja maakunta määritteli ainoastaan kattomäärän, mihin saakka kyseisiä palveluja korvataan. Henkilökohtaisen budjetin palveluntuottajien välillä käytäisiin näin laatu- ja tarjoamakilpailun lisäksi hintakilpailua, joka unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa siirtää arviointia kohti taloudellista toimintaa.

Edellä kuvatusti voidaan melko turvallisesti olettaa, että Sipilän hallituksen esittämän monituottajamallin kohdalla oltiin lähimpänä sellaista tilannetta, jossa suomalaisten sosiaali- ja terveyspalveluiden olisi katsottu olevan taloudellista toimintaa unionioikeudellisessa mielessä. Vaikka tämän uudistuksen yhteydessä ehdotetun sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän luonteesta syntyi hyvin laajasti erilaista tulkintaa-aineistoa, kokonaisuutena erityisesti hallituksen esityksen yhteydessä käydystä keskustelusta sekä uudistuksen yhteydessä muodostuneesta lainvalmisteluaineistosta on kuitenkin hankala muodostaa kokonaiskuvaa siitä, miten mallia olisi lopulta taloudellisen toiminnan käsitteen näkökulmasta arvioitu. Vuoden 2024 kontekstista ja tämänhetkisen oikeuskäytännön valossa on kuitenkin epätodennäköistä, että valinnanvapausmallin puitteissa harjoitettavaa olisi arvioitu taloudelliseksi. Joidenkin sen osioiden, esimerkiksi henkilökohtaisella budjetilla tarjottavien palveluiden osalta, tällaista johtopäätöstä on vaikeampi tehdä, ja mahdollisuus toiminnan tulkitsemista taloudelliseksi olisi ollut vahvasti läsnä. Sinänsä Suomeen ehdotettu säädösratkaisu olisi mitä todennäköisimmin ollut oikeutettavissa myös näiden palveluiden osalta määrittelemällä ne SGEI-palveluiksi ja huomioimalla valtioneuvoston päätökset asianmukaisesti, ja komission vuoden 2012 SGEI-päätös on sote-palveluiden osalta varsin salliva.

Myös Sipilän hallituksen uudemman valinnanvapauslakiesityksen käsittely mutkistui eduskunnassa tässä tutkimuksessa jo aiemmin todetusti. Kysymys taloudellisen toiminnan läsnäolosta todettiin valiokuntakäsittelyiden yhteydessä muun muassa hankalaksi ja mahdottomaksi vastata yksiselitteisesti.⁹¹⁴ Myös eri eduskunnan valiokunnille ja valmistelusta vastanneelle sosiaali- ja terveysministeriölle toimitetuissa asiantuntijalausunnoissa on nähtävissä osin ristiriitaisia kannanottoja valmistellun järjestelmän EU-oikeudellisesta luonteesta. Unionin yleinen tuomiois-

914 StV:n mietintöluonnos asiassa HE 16/2018 vp, s. 111.

tuin antoi ratkaisunsa *Dóvera*-tapauksessa vuoden 2018 helmikuussa, jolloin valinnanvapausmallia valmisteltiin. Koska uudistus perustui Slovakian mallin kanssa osin samankaltaisiin -- vaikkakaan ei millään tavoin identtisiin -- perusratkaisuihin, tätä unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisua analysoitiin Suomessa tarkkaan. Unionin yleisen tuomioistuimen *Dóvera*-ratkaisu jossain määrin poikkesi edellä kuvatusti aiemmasta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ja tuli myöhemmin kumotuksi unionin tuomioistuimen ratkaisulla. Eduskunnan valiokuntakäsittelyissä tämän *Dóvera*-ratkaisun katsottiin lisänneen ehdotetun valinnanvapausjärjestelmän kilpailuoikeudellisen arvioinnin epävarmuustekijöitä.⁹¹⁵

Oman arvionsa erityisesti *Dóvera*-ratkaisun luomasta mutta laajempaan taloudellisen toiminnan käsitteeseen kytkeytyvästä oikeudellisesta epävarmuudesta tekivät sosiaali- ja terveysvaliokunta ja perustuslakivaliokunta, jotka kuulivat teemasta laajaa asiantuntijajoukkoa.⁹¹⁶ Esimerkiksi Snell totesi Sipilän hallituksen sote-uudistusesityksestä antamissaan asiantuntijalausunnoissa, että unionin yleisen tuomioistuimen *Dóvera*-tuomio lisää merkittävästi riskiä siihen, että järjestelmä katsotaan taloudelliseksi.⁹¹⁷ Hän katsoi unionin yleisen tuomioistuimen kiinnittäneen huomiota siihen, että voittoa tavoittelevat yhtiöt kilpailevat palvelujen laadulla ja valikoimalla. Samat tekijät olivat Snellin mukaan myös olennainen osa Suomen mallia, minkä vuoksi hän piti todennäköisenä, että ehdotettu valinnanvapausjärjestelmä katsottaisiin ainakin joiltakin osin taloudelliseksi toiminnaksi.⁹¹⁸ Kesäkuussa 2020 annetun unionin tuomioistuimen *Dóvera*-tuomion jälkeisessä asiantuntijalausunnossaan Snell puolestaan arvioi, että oikeustila oli tuomion myötä muuttunut ja jäsenvaltioiden liikkumavara kasvanut.⁹¹⁹ Snell katsoi EU:n yleisen tuomioistuimen tulleen lopputulokseen, jonka mukaan kyseessä oli taloudellinen toiminta, koska voittoa tavoittelevien yritykset pystyivät osallistumaan järjestelmään ja ne tosiasiaissa kilpailivat erityisesti laadun ja palveluvalikoiman osalta. Snellin mukaan unionin tuomioistuin taas katsoi kokonaisarvion perusteella, että tämä ei vielä muodostanut toiminnasta taloudellista.⁹²⁰ Snellin asiantuntijalausunto annettiin Marinin sote-uudistuksen kontekstissa, mutta unionin tuomioistuimen *Dóvera*-tuomion valossa myös Juha Sipilän hallituksen valinnanvapausehdotuksen arviointi olisi eittämättä näyttänyt eduskunnan valiokunnissa ja niiden saamissa asiantuntijalausunnoissa erilaiselta kuin aiemman yleisen tuomioistuimen ratkaisun valossa, mitä oheiset Snellin asiantuntijalausunnot hyvin ilmentävät. Juha Sipilän hallituksen valinnanvapausmalli kaatui viimeisessä vaiheessa keskeisesti juuri mallin

915 Ibid., s. 110–111; PeVL 15/2018 vp, s. 48.

916 Ibid.

917 Snellin asiantuntijalausunto 2018a; Snellin asiantuntijalausunto 2018b; Snellin asiantuntijalausunto 2018c.

918 Snellin asiantuntijalausunto 2018a, s. 3.

919 Snellin asiantuntijalausunto 2021, s. 3.

920 Snellin asiantuntijalausunto 2021.

kilpailuoikeudelliseen luonteeseen kytkeytyneeseen huoleen oikeudellisesta epävarmuudesta, joten *Dôvera*-saaga jättää suomalaisesta näkökulmasta mielenkiintoista jossiteltavaa. Olisiko Sipilän hallituksen sote-uudistus hyväksytty eduskunnassa, jos *Dôvera*-tapauksen käsittely olisi edennyt nähtyä hitaammin, eli vain komission ratkaisuun asti, tai nähtyä nopeammin, eli unionin tuomioistuimen ratkaisuun asti? Kaatuiko Suomen valinnanvapausmalli lopulta viimeisessä vaiheessa siihen, että sitä käsiteltiin juuri sinä ajankohtana, jolloin oikeudellinen epävarmuus laatukilpailun luonteesta taloudellisena tai ei-taloudellisena toimintana oli hetkellisesti kaikkein suurinta? Minkälaisia havaintoja lainsäätäjän harkintavallan muodostumismekanismeista tästä voidaan tehdä?

Dôvera-tapauksen lisäksi toinen Suomen järjestelmän kannalta keskeinen tapaus on edellä käsitelty Italian järjestelmää koskenut *Casa Regina Apostolorum* -asia. Sipilän hallituksen valinnanvapausesityksen käsittelyn yhteydessä *Casa Regina Apostolorum* -tapaus oli edennyt vasta komission päätökseksi, jonka katsottiin lainvalmisteluaineistossa tukevan hallituksen argumentaatiota Suomen esitetyn mallin ei-taloudellisesta luonteesta.

Hallituksen esityksessäänkin todettuun epävarmuuteen viitaten sosiaali- ja terveysvaliokunta toteaa, että komission käytännön perusteella ei voida tehdä varmoja johtopäätöksiä sen suhteen, miten se arvioisi suoran valinnan palveluja tuottavien maakuntien liikelaitosten asemaa, vaikka kaikista uusien päätös Lazion sairaaloista viittaa sen kallistuvan ei-taloudellisuuden suuntaan. Brysselin julkisia sairaaloja koskeva päätös sen sijaan perustelee näkemystä, jonka mukaan terveydenhoitopalvelujen tuottaminen olisi katsottava luonteeltaan taloudelliseksi toiminnaksi valinnanvapauslainsäädännön kehityksessä harjoitettuna, jolloin maakuntien liikelaitokset ja yksityiset palveluntuottajat olivat tässä kontekstissa valtiotukisääntelyn kannalta yrityksiä. Komission kumpikaan linjaus ei kuitenkaan ole ollut unionin tuomioistuimen arvioitavana eikä välttämättä vastaa sen näkemystä.⁹²¹

Sittemmin unionin tuomioistuin on käytännöllisesti katsoen vahvistanut komission päätöksessä tehdyt tulkinnat. Nähdäkseni jo komission ratkaisusta voidaan kuitenkin tehdä varsin selviä johtopäätöksiä myös tuolloin käsitellyssä olleen valinnanvapausmallin osalta. Komissio esimerkiksi arvioi ratkaisussaan Italiassa tehtyä yhtiöittämistä, jossa voidaan nähdä analogioita Sipilän valinnanvapausmallin yhteydessä esitettyyn.

Komissio katsoo, että kantelija ei ole esittänyt mitään todisteita, jotka osoittaisivat, että terveydenhuoltoyksiköiden muuttaminen yhtiöiksi ja akkreditointimenettely ovat muuttaneet Italian SSN:ää tavalla, joka ei enää takaisi kaikkien kansalaisten terveyden

921 StV:n mietintöluonnos asiassa HE 16/2018 vp, s. 111.

suojelua, tai että auktorisoidut ja akkreditoidut sairaalat eivät tarjoaisi maksuttomia palveluja ja/tai perisi potilailta symbolista maksua, joka kattaa vain murto-osan palvelun kustannuksista.⁹²²

Samoin komissio arvioi tapauksessa valinnanvapautta itsessään ja sen käyttöönoton vaikutuksia järjestelmän luonteen arviointiin. Komission mukaan potilaan valinnanvapaus tai menojen suunnittelu ja valvonta eivät muuta järjestelmän yleistä kattavuutta tai solidaarisuutta.

Komissio katsoo, että järjestelmän tällaiset ominaisuudet eivät ole ristiriidassa Euroopan unionin tuomioistuinten oikeuskäytännössä esitetyn ei-taloudellisten terveydenhuoltojärjestelmien määritelmän kanssa.⁹²³

Komission mukaan potilaan valinnanvapaus on saattanut aiheuttaa jonkinasteista kilpailua järjestelmän sisällä, toisin sanoen SSN-järjestelmän piiriin kuuluvien palveluntarjoajien välillä, mutta kyseisessä järjestelmässä palveluntarjoajat rahoitetaan sosiaaliturvamaksuilla ja muilla valtion varoilla ja ne tarjoavat palvelujaan maksutta vakuutetuille henkilöille yleisen kattavuuden perusteella. Komission mukaan tapauksen aineistossa ei ollut todettu, että julkinen terveydenhuolto kilpailisi yksityisten terveystalustuottajien kanssa yksityisten terveydenhuoltopalvelujen osalta.⁹²⁴ Vaikka arvioinnista voidaan rakentaa analogioita Suomessa suunniteltuun malliin, ongelmaksi muodostui muun muassa se, että unionin tuomioistuimen kannanottojen puuttuessa komission mahdollisuudet jatkaa *Dôvera*- ja *Casa Regina Apostolorum* -asioissa noudattamallaan tulkintalinjalla olivat kyseenalaiset – jos unionin tuomioistuin olisi päättänyt arvioinnissaan lähemmäs yleisen tuomioistuimen *Dôvera*-ratkaisua, olisi myös komissio eittämättä joutunut päivittämään myöhemmissä tapauksissa noudattamaansa arviointikehikkoa.

Sipilän hallituksen valinnanvapausmallin lisäksi taloudellisen toiminnan käsitteen rajanvetoja on arvioitu lyhyesti myös Marinin hallituksen sote-uudistuksen kohdalla. Kataisen-Stubbin hallituksen sote-palvelurakenneuudistusesityksessä unioninoikeudellinen tarkastelu on vähäistä ja kattavin tarkastelu keskittyy vuonna 2014 implementointivaiheessa olleiden EU:n uusien hankintadirektiivien arviointiin.⁹²⁵ Myös Marinin hallituksen sote-uudistusesityksessä EU-oikeudellisia näkökohtia käsiteltiin huomattavasti Sipilän hallituksen esitystä suppeammin, sillä malliin ei yhtäältä sisältynyt samankaltaisia tuotantotapojen uudistuksia kuin Sipilän hallituksen suunnitelmiin, vaan kyse oli ennen kaikkea järjestämisvastuun

922 Commission Decision C(2017)7973 (Casa Regina Apostolorum), kohta 65.

923 Ibid., kohta 71.

924 Ibid.

925 HE 324/2014 vp, s. 26–27.

siirrosta uudelle hallinnon tasolle. Esimerkiksi talousvaliokunnan lausunnossa todetaan lyhyesti, ettei kuntatason ja valtion väliin muodostettava uusi hallinnon taso vaikuta Suomen sote-järjestelmään sisältyviin solidaarisuutta toteuttaviin tekijöihin.⁹²⁶ Uuteen hyvinvointialuelakiin sisältyy kuitenkin 15 luku, joka käsittelee hyvinvointialueen toimintaa markkinoilla. Luvussa hyvinvointialueisiin kohdistetaan tällaisissa tilanteissa samankaltaisia velvoitteita, joita jo aiemmin säädetty muun muassa kuntalaissa ja kilpailulaissa. Hyvinvointialuelain 131 §:ssä säädetty yhtiöittämisvelvollisuuden mukaan hyvinvointialueen hoitaessa sille laissa säädettyä tai tätä tukevaa tehtävää kilpailutilanteessa markkinoilla sen on annettava tehtävä osakeyhtiön, osuuskunnan, yhdistyksen tai säätiön hoidettavaksi. Saman pykälän 2 momentissa todetaan lisäksi selventävästi, että hyvinvointialue ei hoida tehtävää kilpailutilanteessa markkinoilla ainakaan, jos se tuottaa lain perusteella omana toimintanaan palveluja hyvinvointialueen asukkaille ja muille, joille hyvinvointialueen on lain perusteella järjestettävä palveluja. Sama pätee myös hyvinvointialuelain mukaisesti yhteistoiminnassa hoidettaviin tehtäviin. Hyvinvointialuelain 132 §:ssä säädetään yhtiöittämisvelvollisuutta koskevista poikkeuksista ja 136 §:ssä julkisen palveluvelvoitteen antamisesta, eli SGEI-palveluista. Hallituksen esityksen mukaan palveluvelvoitteen antamisen edellytyksenä olisi, että markkinoiden toiminta on puutteellista, eli tavanomaista markkinatoimintaa ei olisi tai palvelutarjonta ei vastaisi hyvinvointialueen perustellusti asettamia välttämättömiä kriteerejä.⁹²⁷ Näitä elementtejä ei hallituksen esityksessä arvioitu unioninoikeudellisesta näkökulmasta kovinkaan kattavasti eikä vastaavaa tarkastelua tehty myöskään eduskuntakäsittelyiden yhteydessä, vaan arvioinnin kohteena olivat muut uudistukseen liittyvät järjestelyt, kuten omaisuuden siirrot ja lainatakaukset.

926 TaVL 12/2021 vp, s. 12.

927 HE 241/2020 vp, s. 640.

5. Yhteenveto

Tässä tutkimuksen osiossa on tarkasteltu sosiaali- ja terveystalouden yksityistä tuotantoa unionin oikeudellisesta näkökulmasta. Näistä selvästi olennaisin näkökulma on kysymys kilpailuregimin soveltumisesta, eli taloudellisen toiminnan rajanvedosta, mutta merkitystä on ei-taloudellisen toiminnan osalta myös vapaan liikkuvuuden ja muiden sisämarkkinasääntöjen vaatimuksilla, ja taloudellisen toiminnan osalta SGEI-regiimillä. Lisäksi huomiota on kiinnitettävä myös EU-tason hankintasääntöjen vaatimuksiin. Taloudellisen toiminnan rajanvetoa sekä hankintaregimin ja SGEI-regiimin soveltamisaloja on monissa tapauksissa arvioitava samassa toiminnassa erikseen eri relaatioissa. Tätä monimuotoisuutta voidaan havainnollistaa oheisella kuviolla.



Kuvio 3. Erittely unionin oikeudellisen arvioinnin kohteista.

Useissa unionin tuomioistuimen ratkaisussa on ollut kyse sote-palveluja käyttävien asiakkaiden ja sosiaali- ja terveystalouden järjestelmän hallintoelinten – vakuutus-pohjaisissa järjestelmissä siis vakuutusyhtiöiden ja Suomessa julkishallinnon elinten – välisestä suhteesta. Sikäli kun tapauksissa on arvioitu olevan kyse taloudellisesta toiminnasta, on kyse siis ollut hallintoelinten eli vakuutus-pohjaisessa järjestelmässä

vakuutusyhtiöiden välisestä kilpailusta asiakkaista, eli oheisessa kuviossa sote-palveluja käyttävistä asiakkaista. Suomessa tällaista tarkastelua ei nykymallisen tai oikeastaan juuri muidenkaan kuviteltavissa olevien sote-järjestelmien konteksteissa ole tarpeen tehdä, sillä järjestelmän vaatimat tulot kerätään verotuksella ja hyvinvointialueiden sekä aiemmin kuntien vastuu tiettyjen ihmisryhmien sote-palveluiden järjestämisestä määritellään lainsäädännöllä.

Sen sijaan Suomen näkökulmasta relevantteja taloudellisen toiminnan, hankintaregiimin ja SGEI-regiimin rajanvetoja joudutaan tekemään kaikissa muissa kuvion relaatioissa, eli verorahoitteisten ja julkishallinnon orgaanien järjestämien sote-palveluiden tuotannossa sekä tuotannon alihankinnassa. Näitä rajanvetoja on käsitelty kattavasti edellä tulosluvuissa, eikä niiden kohdalla voida esittää vastaavalla tavalla kategorista tulkintaa toimintojen ei-taloudellisesta luonteesta. Nykyisen Suomen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän oloissa julkiseen palveluvalikoimaan kuuluvia julkisrahoitteisia sote-palveluita tuottavat julkiset palveluntuottajat eivät harjoita taloudellista toimintaa, mutta näiden alihankkijat sekä hankintasopimuksilla palveluja tuottavat yksityiset sote-palveluiden tuottajat harjoittavat lähtökohtaisesti taloudellista toimintaa ja ovat lähtökohtaisesti yrityksiä kilpailuregiimin valossa. Samalla tavoin taloudellista toimintaa voivat harjoittavat myös sellaiset julkishallinnon toimijat, esimerkiksi julkisomisteiset osakeyhtiöt, jotka tuottavat muunlaisia, julkisen sote-järjestelmän ulkopuolisia palveluita. Erilaisen sote-mallin oloissa taloudellisen toiminnan piiri voisi olla laajempi myös julkisen tuotannon piirissä, ja toisaalta joissain sote-malleissa myös yksityinen palveluntuotanto voisi olla luonteeltaan ei-taloudellista, vaikkakin molempien kuvattujen skenaarioiden alaa ei tule liioitella. Kategorista vastausta ei eri kategorioiden kohdalla kuitenkaan ole mahdollista antaa.

Vaikka sosiaali- ja terveysjärjestelmien toteuttamistavoista ja myös tarjottavan suojan tasosta päättäminen kuuluu kansallisen lainsäätäjän toimivaltaan, aiheutuu kansallisen lainsäätäjän valinnoista monenlaisia unionin oikeudellisia tarkastelusetelmiä. Nämä tarkastelut rajaavat kansallisen lainsäätäjän harkintavaltaa ainakin kahdella tavalla. Ensinnäkin olennainen harkintavallan raja on se, arvioidaanko kansallinen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmä taloudelliseksi toiminnaksi, ja jos arvioidaan, koskeeko tämä arvio järjestelmää kokonaisuutena, sen olennaisia osia vai joitain vähempimerkityksisiä osia. Mikäli kyse olisi taloudellisesta toiminnasta, varsin ilmeinen seuraus on, että toimintaan sovelletaan EU:n valtiontuki- ja kilpailusääntöjä. Toisaalta unionioikeuden vaikutuksia ei ole kyseisen rajanvedon osalta syytä liioitella. Esimerkiksi Ojanen arvioi Juha Sipilän hallituksen ensimmäisestä valinnanvapauslaista antamissaan asiantuntijanlausunnoissa, että sosiaali- ja terveyspalvelujen uudistus toisi valtiontukisääntelyn sovellettavuuden lisäksi esiin monia muitakin unionioikeudellisia kysymyksiä aina EU:n perusoikeuskirjaa myöden. Ojasen mukaan Sipilän hallituksen ensimmäisen valinnanvapauslakiesityksen myötä Suomi olisi luopunut unionin ja sen oikeusjärjestyksen hyväksi ”sellaisesta sosiaali-

ja terveydenhuollon palvelurakenteita koskevasta kansallisesta päätösvallasta, jonka Euroopan unionioikeus sinänsä lähtökohtaisesti jättää jäsenvaltioiden toimivaltaan jo yksin sen takia, että Euroopan unionin toimivalta sosiaali- ja terveyspalvelujen suhteen on varsin rajallinen”.⁹²⁸ Ojanen näki käsitellyssä ehdotuksessa myös riskin siihen, että valinnanvapaus ja julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajien yhtiöittäminen johtaisivat sosiaali- ja terveyspalvelurakenteiden alistamiseen aiempaa suuremmassa määrin unionin sisämarkkina- ja kilpailu- sekä ehkä myös kauppapolitiikalle.⁹²⁹ Tämän tutkimuksen perusteella on vaikea paikantaa, mitä tällaiset taloudellisen toiminnan rajan ylittymisestä ja markkinamekanismien laajemmasta hyödyntämisestä seuraavat vaikutukset konkreettiset olisivat, ja missä määrin kyse olisi lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta lisärajoituksista tilanteissa, joissa luotua järjestelmää haluttaisiin myöhemmin muuttaa. Raition on todennut, että unionioikeus ei aseta kategorista velvollisuutta saattaa sosiaali- ja terveyspalveluja kilpailun piiriin, mutta jos niin poliittisista syistä päätettäisiin menetellä, tulevat esimerkiksi kilpailuneutraliteetin ja yhtiöittämisen kaltaiset kysymykset harkittaviksi, kun EU:n kilpailusäännöt soveltuvat.⁹³⁰

Ennen unionin tuomioistuimen ratkaisua *Dôvera*-tapauksessa oikeuskirjallisuudessa esiintyi huomattavaa epäselvyyttä siitä, minkälaista yrityksen määritelmää sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa olisi sovellettava. Arvioidaanko soite-palveluja komission soveltaman suppeamman yrityksen määritelmän kautta, vai olisiko sittenkin sovellettava laajempaa tulkintaa, jota EU:n yleisen tuomioistuimen lähestymistapa *Dôvera*-tapauksessa edusti?⁹³¹ Mortonin mukaan unionin tuomioistuimen *Dôvera*-tapauksella tekemä tulkinta yrityksen käsitteestä oli merkittävä, sillä siinä on kyse *AOK Bundesverband* ja *FENIN*-tapauksissa tehtyjen aiempien linjausten uudentamisesta ja siten luonteeltaan suppeampaa yrityksen käsitettä koskevan oikeuskäytännön vahvistamisesta.⁹³² Guyters on luonnehtinut unionin tuomioistuimen *Dôvera*-ratkaisua voitoksi jäsenvaltioiden toimivallalle sosiaali- ja terveyspalveluasioissa, mutta toisaalta hukkaan heitetyksi tilaisuudeksi sekä soite-palveluiden että EU:n kilpailulainsäädännön näkökulmasta. Guytersin mukaan valtioneuvoston säännöt olisivat voineet osoittautua riittävän joustaviksi ja mukautuviksi sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmien tarpeisiin, ja hallitusten, jotka käyttävät markkinamekanismeja sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämiseen, olisi myös kannettava sääntelyratkaisujensa seuraukset.⁹³³

Kaikkiin kysymyksiin myöskään unionin tuomioistuimen ratkaisusta tai myöhemmästä *Casa Regina Apostolorum* -ratkaisusta ei saada vastausta. Ennen unionin

928 Ojasen asiantuntijalausunto 2017.

929 Ibid.

930 Raitio 2017a, s. 29.

931 Morton 2021b, s. 478.

932 Ibid., s. 480.

933 Guyters 2021.

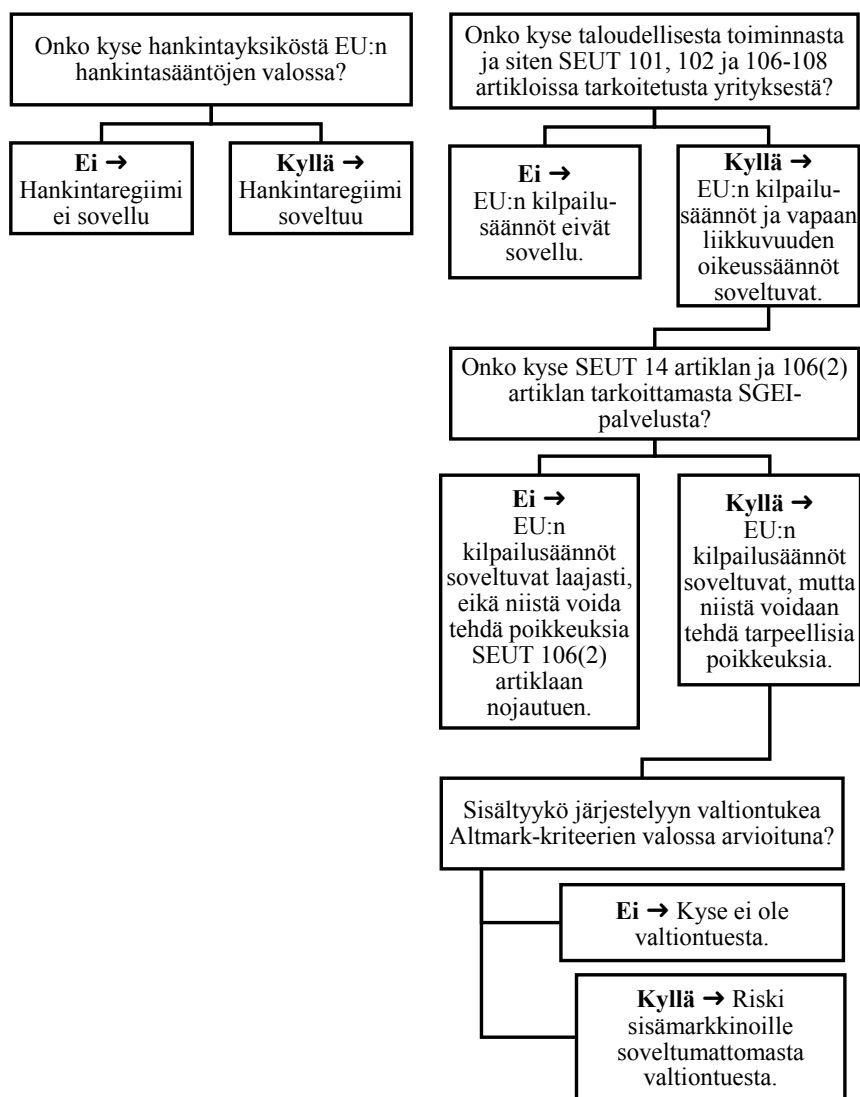
tuomioistuimen ratkaisua kysyttiin muun muassa, miten vastaava tilannetta, eli tässä vaiheessa vielä taloudelliseksi tulkittua järjestelmää, olisi arvioitava, jos voitoja ei voida jakaa osakkeenomistajille. Olisiko toimintaa pidettävä myös tällaisessa tilanteessa taloudellisena? Esimerkiksi van de Grondenin mukaan kilpailu on kovempaa, jos voitot voidaan maksaa osakkeenomistajille kuin jos saadut voitot on investoitava uudelleen kyseiseen yritykseen.⁹³⁴ Unionin tuomioistuimen ratkaisun valossa tämän kriteerin merkitys on joka tapauksessa luonteeltaan huomattavasti vähäisempi, mutta ei välttämättä täysin olematon. Toisaalta voidaan kysyä, onko oletus, jonka mukaan voitonjaon mahdollisuus automaattisesti nostaa kilpailun intensiteettiä, ylipäättään kaikissa tilanteissa lainkaan perusteltu. Vaikka voitonjaon mahdollisuus on eittämättä keskeinen omistajatahoille ja vaikuttaa järjestelmässä toimivien yhtiöiden omistajapohjaan, voi esimerkiksi operatiivisen johdon intressi kytkeytyä ensisijaisesti yrityksen koon ja asiakaskunnan kasvattamiseen, eikä ole itsestään selvää, että omistajien intressit siirtyvät tehokkaasti operatiivisen toiminnan arkeen ja siten kilpailun intensiteettiin. Tällainen tilanne voi olla käsillä myös voittoa tavoittelemattomien, solidaarisuuteen perustuvassa vakuutus pohjaisessa sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmässä toimivien vakuutusyhtiöiden kohdalla.

Vuoden 2024 kontekstista käsin ja viime vuosien oikeuskäytännön valossa arvioituna Sipilän sote-uudistuksesta käydyn eduskuntakeskustelun tarpeisiin laaditut asiantuntijalausunnat vaikuttavat liiaksi korostavan Suomen järjestelmän unioni-oikeudellisen arvioinnin mahdollista muutosta. Ne havainnollistavat kuitenkin sitä potentiaalista uudelleenmuotoilua, joka kansallisen lainsäätäjän ja EU:n toimivaltapiireissä voi kansallisen lainsäätäjän toimien seurauksena tapahtua. Selvää on, että sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän mieltäminen taloudelliseksi kaventaa olennaisesti kansallisen lainsäätäjän liikkumavaraa palveluista säädettäessä. Mikäli taloudellisen toiminnan tunnusmerkit täyttyvät, nämä rajat voivat olla hyvinkin moninaisia, mutta aivan ilmeistä merkitystä on EU:n valtioneuvoston käytännöllä. Kun hahmotellaan EU-oikeudesta kansalliselle lainsäätäjälle muodostuvia harkintavallan rajoja tilanteissa, joissa tavoitteena on julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityistäminen, olennaiseksi rajaksi asettuu näin taloudellisen toiminnan raja. Mikäli lainsäätaja kykenee toimimaan tämän rajan alapuolella, eli säilyttämään toiminnan ei-taloudellisen luonteen, unionioikeussääntöjen soveltuvuus on vähäistä – olennaisin lainsäätäjän harkintavallan raja paikantuu siis EU-oikeudellisen taloudellisen toiminnan ja yrityksen käsitteiden rajan kohdalle. Käsitteiden tulkinta kussakin tosielämän tilanteessa on viime kädessä unionin tuomioistuimen tehtävä, eikä jäsenvaltioilla ole mahdollisuutta rajoittaa käsitteiden soveltamisalaa harkinnanvaraisesti tai keinotekoisesti niin, että luonteeltaan tosiasiallisesti taloudelliset toiminnot rajautuisivat niiden ulkopuolelle, sillä tämä vaarantaisi unionin oikeuden

⁹³⁴ van de Gronden 2018, s. 220.

tehokkuuden ja yhdenmukaisen soveltamisen.⁹³⁵ Guy on todennut, että kilpailun ja markkinoiden tuominen sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstiin on poliittinen päätös, mutta EU:n kilpailusäännöt asettavat rajoja tälle päätökselle.⁹³⁶

Asetelmaa voidaan konkretisoida oheisen kaavion kautta. Mitä useammin vastaus kaavion kysymykseen on kyllä, sitä kapeammaksi kansallisen lainsäätäjän liikkumavara on muodostumassa.



Kuvio 4. Sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityisen tuotannon EU-oikeudellinen arviointi.

935 Gallo 2020, s. 571.

936 Guy 2019, s. 218. Ks. myös Nikolić 2021; Gallo – Mariotti 2017, s. 178.

Kiinnostavaa asetelmassa kuitenkin on, että liikkumatila ei synny unioninoin-
keudesta käsin annettuna ja abstraktina, vaan kansallisen lainsäätäjän tekemät
valinnat voivat vaikuttaa käytännössä jokaiseen kaavion kysymykseen. Olennaisin
kansallisen lainsäätäjän käsissä oleva asia on kysymys järjestelmän taloudellisesta tai
ei-taloudellisesta luonteesta, mutta lainsäätäjällä ja muutoinkin kansallisilla viran-
omaisilla on laajaa harkintavaltaa myös SGEI-palveluiden määrittelyssä, ja erityisen
laajana harkintavaltaa voidaan pitää juuri sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa.
Vaikka EU:n kilpailusääntöjä sovellettaisiin, viranomaisilla on siis edelleen verraten
laajat mahdollisuudet pyrkiä yleisen edun mukaisiin tavoitteisiin. Kilpailusääntöjen
tuomaa harkintavallan rajoitusta lieventävät erityisesti yleishyödyllisen taloudellisen
palvelun käsite.⁹³⁷ SEUT-sopimuksen 106 artiklan 2 kohdan mukaan ja esimerkiksi
Altmark-kriteerien valossa kilpailun vääristymät voivat olla perusteltuja, jos ne ovat
välttämättömiä yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen asianmukai-
sen toiminnan kannalta.⁹³⁸ Näin ollen kilpailu- ja valtiontukisääntöjen soveltaminen
ei estä jäsenvaltioita toteuttamasta yleisen edun mukaista politiikkaa sosiaali- ja ter-
veyspalveluiden kontekstissa.

Vaikka kansallisella lainsäätäjällä on harkintavaltaa, tässä tutkimuksessa laajasti
käsiteltyjen kotimaisten lainsäädäntöhankkeiden lisäksi Slovakian järjestelmään
kytkeytyvät litigaatiot, *Dóvera*-tapaus näiden joukossa, voidaan nostaa esiin
käytännön esimerkkinä kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajallisuudesta,
tai ainakin tarpeesta huomioida eri oikeudelliset reunaehdot tarkkaan, kun
lainsäätäjä navigoi sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän markkinauudistusten,
EU:n kilpailusääntöjen, kansallisen perustuslain sekä erisuuntaisten poliittisten
tavoitteiden ristiaallokossa.⁹³⁹ Kun Slovakian lainsäätäjä kansallisten poliittisten
paineiden seurauksena poisti sairausvakuutusyhtiöiden oikeuden jakaa voittoja,
komissio käynnisti rikkomismenettelyn väittäen, että SEUT 63 artiklassa taattua
pääoman vapaata liikkuvuutta koskevia määräyksiä oli rikottu.⁹⁴⁰ Lainsäätäjän pää-
tös voitonjaon kieltämisestä päättyi myös Slovakian perustuslakituomioistuimeen,
joka katsoi säädösratkaisun kansallisen perustuslain vastaiseksi. Päätöksen myötä
voitonjakokiello poistettiin kansallisesta lainsäädännöstä, yksityiset sairausvakuut-
tajat nostivat korvauskanteita slovakialaisissa tuomioistuimissa ja komissio luopui
rikkomusmenettelystään.⁹⁴¹

Litigaatio ei kuitenkaan päättynyt tähän, vaan voitonjakokiello päättyi moni-
mutkaisen kansainvälis- ja EU-oikeudellisen rajankäynnin kohteeksi, kun slova-
kialaisista yksityisistä sairausvakuuttajista osuuksia omistaneet ulkomaiset yhtiöt

937 van de Gronden 2018, s. 221.

938 Ibid.

939 Ks. mm. Popic 2021.

940 Commission Letter of formal notice No 2008/4268. Ks. myös Commission Decision (EU) 2015/24
(DZP-UZP), kohta 15; van de Gronden 2018, s. 220.

941 Commission Decision (EU) 2015/24 (DZP-UZP), OJ 2015 L41/25, kohta 15.

vievät Slovakian välimiesoikeuteen kahdenvälisen investointisuojasopimusten rikkomisesta. Sairausvakuutusyhtiö Unionin alankomaalaisen omistajan Achmean tapauksessa kansainvälinen välimiesoikeus katsoi vuonna 2012, että Slovakia oli rikkonut Alankomaiden ja Slovakian välistä kahdenvälistä investointisuojasopimusta, ja määräsi sen maksamaan Achmealle vahingonkorvauksia noin 22,1 miljoonaa euroa.⁹⁴² Slovakia nosti saksalaisissa tuomioistuimissa kanteen välimiesoikeuden tuomion kumoamiseksi.⁹⁴³ Slovakia katsoi, että sen ja Alankomaiden välisen investointisuojasopimuksen välityslauseke oli useiden SEUT:n määräysten vastainen. Asia päättyi Saksan liittovaltion tuomioistuimeen, joka kysyi EU-tuomioistuimelta, oliko Slovakian kiistämä välityslauseke SEUT-sopimuksen mukainen. Unionin tuomioistuin antoi ratkaisunsa maaliskuussa 2018, eli yli kymmenen vuotta voitonjakokiellon säätämisen jälkeen.⁹⁴⁴ Unionin tuomioistuin totesi *Achmea*-tuomiossaan, että investointisuojasopimuksen välimiesmenettelylauseke vaikutti kielteisesti EU:n oikeuden riippumattomuuteen ja että SEUT 267 ja SEUT 344 artiklat estivät investointisuojasopimukseen sisältyneen välimiesmenettelylausekkeen käytön.⁹⁴⁵ Kansainvälisoikeudellisten välitystuomioistuinten sekä unionin tuomioistuimen lisäksi asiaa käsiteltiin slovakialaisissa tuomioistuimissa.⁹⁴⁶ Käytännössä Slovakiassa oli käsillä tilanne, jossa voitonjaon salliminen saattoi -- vaikka näin ei unionin tuomioistuimen ratkaisun valossa lopulta käynytäkään -- kyseenalaistaa toiminnan ei-taloudellisen luonteen, mutta toisaalta voitonjaon kieltäminen oli joka tapauksessa jännitteessä tai suoranaudessa ristiriidassa EU:n vapaan liikkuvuuden oikeussääntöjen kanssa. Lisäksi kieltö oli kansallisen perustuslain vastainen ja johti pitkään investointisuojasopimukseen kytkeytyvään litigaatioon. Toisaalta voidaan ajatella, että Slovakiassa käyttöön otettu voitonjakokieltö ja erityisesti suunnitellut kansallistamistoimet olivat oikeudelliselta luonteeltaan tarpeettoman suoraviivaisia toimenpiteitä, joissa taustalla eivät ilmeisesti vaikuttaneet vain pyrkimys sosiaali- ja

942 PCA Case No. 2008–13 *Achmea B.V. v. Slovak Republic*. Aiemmin toinen välimiesoikeus oli katsonut, että sillä ei ollut toimivaltaa Dôverassa sekä toisessa slovakialaisessa sairausvakuutusyhtiössä Apollossa osakkaana olleen alankomaalaisen HICEE-yhtiön nostamassa kanteessa. HICEE väitti, että Slovakia oli voitonjakokiellon säätämällä rikkonut Slovakian ja Alankomaiden välistä kahdenvälistä investointisuojasopimusta (Balogova 2011).

943 Koska välimiesmenettelyn paikka oli Frankfurt, saksalaiset tuomioistuimet ovat toimivaltaisia tarkastelemaan välitystuomion laillisuutta.

944 Asia C-284/16 *Slovakia v. Achmea*.

945 Ibid., kohta 60. Kyse oli myös laajemmin unionin oikeuden ja EU:n sisäisten kahdenvälisen investointisuojasopimusten välisen rajankäynnin kannalta hyvin merkittävästä tuomioista.

946 Slovakian sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän päätyminen välimiesmenettelyihin liittyi lisäksi maassa vireillä olleisiin mutta toteutumatta jääneisiin suunnitelmiin yksityisten sairausvakuutusyhtiöiden pakkolunastamisesta pois markkinoilta ja/tai kansallistamisesta. Vaikka suunnitelmat eivät toteutuneet, kyse oli ilmeisen todellisesta tavoitteesta, sillä Slovakian parlamentti hyväksyi marraskuussa 2012 etene-
missuunnitelman ja aikataulun, jonka mukaan yhtenäisen valtion omistaman sairausvakuutusyhtiön oli määrä aloittaa toimintansa 1. tammikuuta 2014 tai pakkolunastustilanteissa 1. heinäkuuta 2014. Ks. tarkemmin esim. PCA Case No. 2013–12 *Achmea B.V. v. Slovak Republic*, kohdat 70–85.

terveyspalvelujärjestelmän mahdollisimman tehokkaaseen ja laadukkaaseen toimintaan, vaan myös erinäiset poliittisviestinnälliset tavoitteet.

Nikolić on todennut, että taloudellisen toiminnan määritelmän puuttuminen unionin säädännäisestä oikeudesta on johtanut tilanteeseen, jossa kilpailusääntöjen soveltamisala määritellään tapauskohtaisesti, oikeudellinen epävarmuus lisääntyy ja komission sekä unionin tuomioistuimen lähestymistapa on epäjohtonmukainen.⁹⁴⁷ Gallon ja Mariottin mukaan tällaisen oikeudellisen epävarmuuden merkitys ei ole vain teoreettinen, vaan se johtaa konkreettisiin soveltamisongelmiin erityisesti kansallisella tasolla.⁹⁴⁸ Suomalaisessa kontekstissa tämän oikeudellisen epävarmuuden vaikutukset näkyivät hyvin konkreettisesti Sipilän hallituksen sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistuksen kohdalla, sillä lainsäädäntökäsittelyn yhteydessä syntynyttä epävarmuutta järjestelmän EU-oikeudellisesta luonteesta voidaan pitää yhtenä keskeisistä uudistuksen kaatumisen taustalla vaikuttaneista seikoista.⁹⁴⁹ Guyn toteamusta mukaillen voitaisiinkin katsoa, että kilpailun ja markkinoiden tuominen sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstiin on poliittinen päätös, jota rajoittavat EU:n kilpailusääntöjen lisäksi niiden soveltamisalaan liittyvä, taloudellisen toiminnan käsitteeseen kytkeytyvä oikeudellinen epävarmuus. Toisaalta edellä tehdystä oikeuskäytännön analyysistä voidaan todeta, että oikeudellinen epävarmuus on jossain määrin vähenemässä ja niin sanottu maltillisen funktionaalinen lähestymistapa vakiintumassa niin komission, EU:n yleisen tuomioistuimen kuin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Viimeisimpinä ratkaistuissa tapauksissa *Dôvera* ja *Casa Regina Apostolorum* unionin tuomioistuin tuki lopulta vahvasti tätä lähestymistapaa.

Tämän tutkimuksen aineena olevan lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö on näin vakiintumassa tavalla, jonka voidaan katsoa kunnioittavan kansallisen lainsäätäjän toimivaltaa säätää tarkoituksenmukaiseksi katsomastaan sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmästä. Oikeuskirjallisuudessa ajoittain ennakoitua tendenssiä ottaa sosiaali- ja terveyspalvelut vahvemmin unionin kilpailusääntöjen piiriin ei oikeuskäytännöstä paikannu, vaan pikemminkin viimeaikaista kehitystä voidaan kuvata arvioinnin kontekstuaalisuuden vahvistumisena ja tulkintalinjan vakiintumisena.

947 Nikolić 2021.

948 Gallo – Mariotti 2017, s. 178.

949 PeVL 65/2018 vp, s. 62–63.

IV. JOHTOPÄÄTÖKSET

1. Vastaus tutkimuskysymykseen

1.1. Lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavat oikeusnormit tarkastelun lähtökohtana

Tämän tutkimuksen päättävässä osiossa IV tarjotaan tutkimuksen johtopäätökset. Osiossa vedetään ensin lyhyesti yhteen se tarkastelu, jota erityisesti osioissa II ja III on tehty, ja esitetään näin eräänlainen oikeusdogmaattinen yhteenveto lainsäätäjän harkintavallan rajoista. Huomattavasti laajempi osa osiosta käytetään näihin harkintavallan rajoihin kytkeytyvien käsitteellistysten, huomioiden ja johtopäätösten esittämiseen. Nämä on jaettu kahteen osaan. Osin kyse on tässä sekä kahdessa seuraavassa alaluvussa esitetyistä huomioista, jotka ovat osa tutkimuskysymykseen tarjoamaani vastausta, ja jotka saavat tukea aiemmin tutkimuksessa tehdystä tarkastelusta tai tutkimuksen kokonaisuudesta. Lisäksi seuraavassa Keskustelua-luvussa esitetään astetta laajempaa vapautta ottaen näkökulmia, jotka kytkeytyvät tutkimuksen aiheeseen, mutta joita ei nähdäkseni voida perustella tutkimuksen puitteissa nimenomaisesti tehdyn tarkastelun tai tutkimuksen kokonaisuuden kautta.

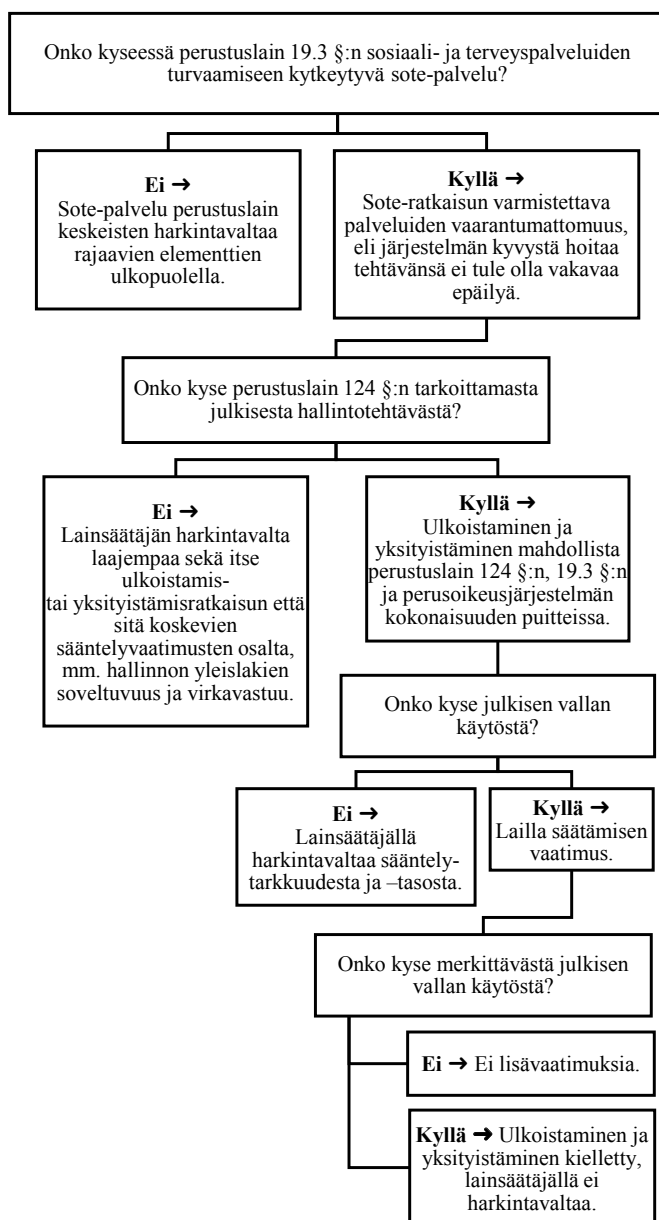
Tässä tutkimuksessa on tarkasteltu, minkälaisia oikeudellisia rajoja lainsäätäjän harkintavallalle on löydettävissä, jos lainsäätäjän tavoitteena on julkisten sote-palveluiden tuotannon avaaminen yksityiselle tuotannolle sekä markkinamekanismeille. Tarkastelussa on havainnoitu yleisellä ja poikkileikkaavalla tasolla niitä rajoja, joita lainsäätäjän harkintavallalle voidaan sote-sektorin yksityisen tuotannon osalta löytää, mutta tarkastelu on kytkeytynyt myös Juha Sipilän ja Sanna Marinin hallitusten sosiaali- ja terveystalouden uudistuksiin sekä sosiaali- ja terveystalouden kehittämistä koskevassa keskustelussa esitettyihin muihin tuotannon ja järjestämisen rakenteisiin.

Tutkimuksen Johdanto-osiossa on hahmoteltu viitekehys, jonka kautta lainsäätäjän harkintavaltaa voidaan tarkastella oikeudellisena ja yhteiskuntapoliittisena ilmiötä. Viitekehyksessä keskeistä on aiempia malleja selkeämpi erottelu sen suhteen, miltä osin kyse on lainsäätäjän harkintavaltaa oikeudellisesti rajoittavista seikoista, ja miltä osin taas perustuslain, unionioikeuden ja kansallisen tavallisen lainsäädännön välisestä yhteensopivuudesta tai lainsäädännön sisäisestä koherenssista johtuvasta tavoitteesta, joka oikeudellisesta luonteestaan huolimatta kuuluu yhteiskuntapoliittisten tavoitteenasetteluiden – ei oikeudellisten ehdottomien rajojen – alaan. Malli ilmaistiin tutkimuksen alussa seuraavasti:

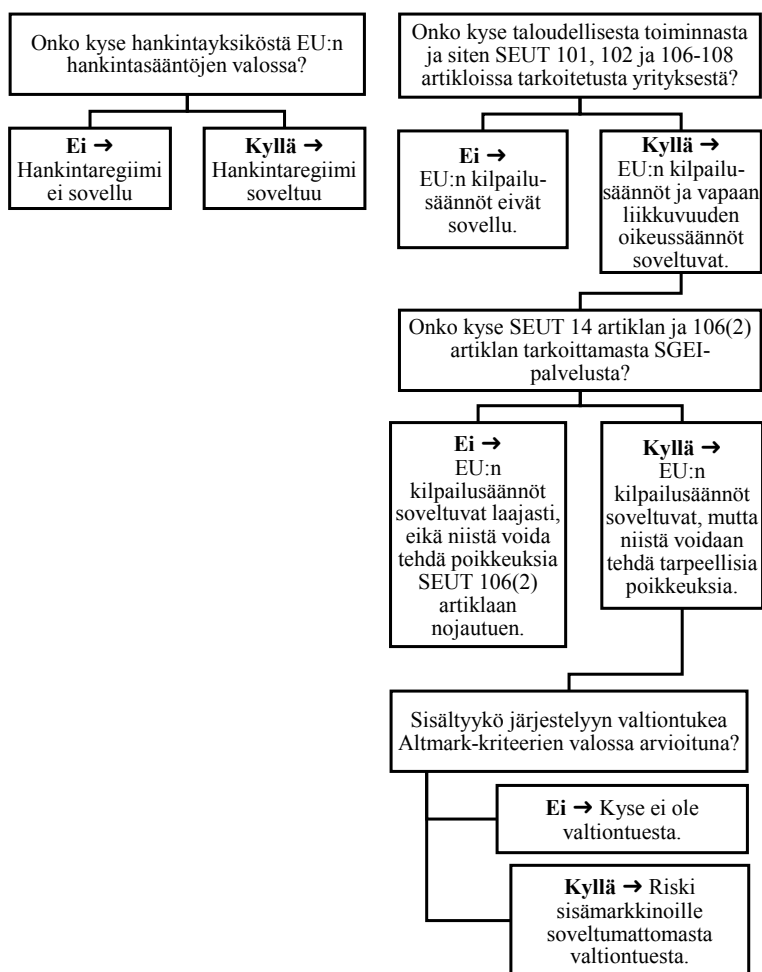
1. Lainsäädäntö on laadittava niin, että se täyttää perustuslaista johtuvien oikeudellisten rajojen asettamat vaatimukset, joiden päälle voidaan asettaa poliittisesti tavoitteeksi myös tällaisen minimitasen ylittäminen. Perustuslaista syntyviä rajoja voi syntyä muun muassa perustuslain perusoikeusluvusta sekä perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta, perustuslakiin sisältyvistä poliittista järjestelmää, säädöstasoa tai hallinnon järjestämistä koskevista säännöksistä, sekä muihin perustuslain lukuihin sisältyvistä säännöksistä.
2. Lainsäädäntötoimiin on ryhdyttävä, kun oikeusjärjestys alittaa perustuslaista johtuvat minimivaatimukset. Tässä valmistelussa on täytettävä perustuslaista johtuva minimitaso. Tarve valmisteluun voi syntyä muun muassa perustuslaillisesta toimeksiannosta tai perustuslakivaliokunnan toteamasta tarpeesta, olosuhteissa tai toimintaympäristössä tapahtuneista muutoksista tai tuomioistuinten tai laillisuusvalvojien soveltamiskäytännössä ilmenneestä tarpeesta.
3. Lainsäädäntö on sovitettava yhteen unionioikeuden kanssa niin, että se täyttää unionioikeudesta johtuvien oikeudellisten rajojen asettamat vaatimukset. Tässä on huomioitava EU:n perussopimusten ja säädännäisen oikeuden lisäksi muut unionioikeuden lähteet, kuten unionioikeuden periaatteet, EU:n tekemät kansainväliset sopimukset ja unionin tuomioistuimen ratkaisut. Unionioikeuteen kytkeytyviä kansallisen lainsäätäjän oikeudellisia velvoitteita ovat mm. normikollisoiden välttäminen sekä pidättäytyminen toimista, jotka vaarantaisivat unionioikeuden tavoitteiden toteutumisen. Näiden päälle voidaan asettaa poliittisesti tavoitteeksi myös kansallisen ja EU-sääntelyn välisen koherenssin ja yhteentoimivuuden varmistaminen laajemmin.
4. Lainsäädäntö on laadittava niin, että se on yhteensopiva Suomen kansainvälisoikeudellisten sitoumusten kanssa, eli muun muassa kauppaja- ja investointisopimusten, ihmisoikeussopimusten ja muiden Suomen ratifioimien kansainvälisten sopimusten kanssa.
5. Lainsäädäntöä laadittaessa on huomioitava olemassa oleva sääntely ja unionioikeus myös laajemmin, jotta lainsäädännön koherenssin ja rationaalisuuden puutteesta ei muodostu ongelmia suhteessa edellä kohdissa 1–4 kuvattuihin harkintavallan rajoihin. Muu lainsäädännön koherenssista ja rationaalisuudesta huolehtiminen on puolestaan lainsäätäjän poliittisen harkinnan piirissä.

Tutkimuksen myöhemmissä vaiheissa tätä mallia on sovellettu sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityistämisen ja ulkoistamisen kontekstissa. Samalla on arvioitu, onko malli perusteltu, vai onko sitä täsmennettävä tai muutettava joltain osin, ja tehty tarvittavat täydennykset. Nämä lainsäätäjän harkintavaltaa sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityisen tuotannon kontekstissa määrittävät useat erisuuntaiset oikeudelliset reunaehdot on systematisoitu kattavasti tämän tutkimuksen osioissa II ja III, eikä

tulkintoja ole tarpeen laajasti toistaa tässä yhteydessä. Kyseisiä tarkasteluita voidaan kuitenkin pelkistää oheisen kuvioiden kautta. Kuvioihin on pelkistetty relevantit, oikeusdogmaattisen metodin avulla paikannetut ja systematisoidut kysymykset, jotka ohjaavat jonkin tarkasteltavan toiminnon sijoittumista eri regiimien piiriin. Mitä useammin vastaus kaavion kysymykseen on kyllä, sitä kapeammaksi kansallisen lainsäätäjän liikkumatila on muodostumassa.



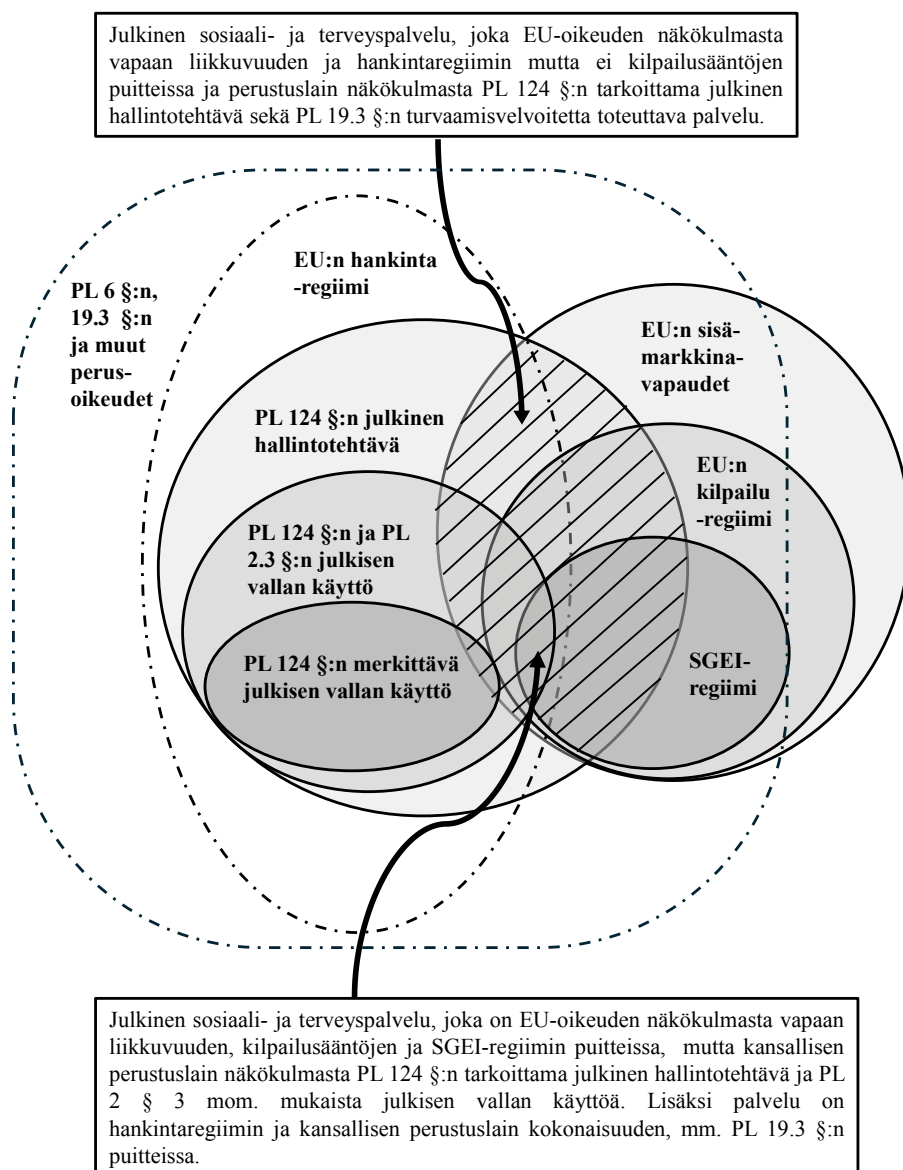
Kuvio 5. Sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityinen tuotanto perustuslain valossa



Kuvio 6. Sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityisen tuotannon EU-oikeudellinen arviointi.

Tarkastelut tehdään kuvattujen kysymysten osalta toisistaan riippumattomina, eli erikseen erinäisten unioninoikeudellisten tarkasteluiden näkökulmasta sekä perustuslakiin kytkeytyvien tarkasteluiden näkökulmasta. Tulkinta-asetelmien lopputulosta voidaan pelkistää esimerkiksi alla olevan kuvion 8 avulla. Kuvion päällekkäiset ja lomittaiset kehät kuvaavat eri käsitteiden kautta muodostuvia soveltamisaloja – kun kehät ovat päällekkäin, asettuu tarkasteltava kohde tai toiminta useiden eri sääntelykokonaisuuksien puitteisiin. Kuviossa on näin kuvattu vahvasti yksinkertaistaen eri soveltamisalojen päällekkäisyyksiä. Jokin toiminto voi olla niin vapaan liikkuvuuden, kilpailuregiimin, hankintaregiimin kuin perustuslain 124 §:n piirissä, mutta toisaalta jokin toinen toiminto voi rajautua näiden ulkopuolelle. Esimerkiksi kilpailusääntöjen ja hankintasääntöjen samanaikainen soveltaminen lienee harvinaisempaa, mutta ei kuitenkaan mahdotonta. Sen sijaan julkisen hallintotehtävän kä-

sitten kautta kohdentuvan kansallisen hallinto-oikeudellisen regiimin sekä unionin vapaan liikkuvuuden ja kilpailusääntöjen soveltuminen on tavallisempaa ja tällaisen sääntelyn piirissä ovat myös nykyisessä mallissa monet sosiaali- ja terveyspalveluja esimerkiksi hankintasopimuksella tuottavat yksityiset sote-palveluiden tuottajat. Lienee kuitenkin niin, että merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältävät toiminnot rajautuvat lähtökohtaisesti EU:n kilpailuregiimin ulkopuolelle, vaikka myös tältä osin kyse on itsenäisesti ja toisistaan riippumatta määrittyvistä soveltamisaloista.



Kuvio 7. Soveltamisalojen päällekkäisyys ja lomittaisuus.

Edellä tässä tutkimuksessa tehdyn tarkastelun pohjalta voidaan todeta, että sääntelyn kokonaisuus voi sekä lainsäätäjän että yksittäisten sosiaali- ja terveyspalveluja tuottavien toimijoiden näkökulmasta muodostua varsin satunnaisella ja vaikeasti ennakoitavalla tavalla. Ajoittain esimerkiksi lainvalmisteluaineistoissa esitetyt ajatukset, joiden mukaan perustuslain 124 §:n piiriin asemoituvat toiminnot eivät olisi unioninoikeudellisen tarkastelun valossa taloudellista toimintaa, ovat erittäin hankalasti perusteltavissa tai jopa ilmeisen virheellisiä.¹ Oikeustilana on erillisten mutta samoihin toimintoihin ja toimijoihin kohdistuvien sääntelykokonaisuuksien päällekkäinen ja lomittainen soveltuminen vailla samanaikaista muiden regiimien valossa tehtyä harkintaa tai regiimien välistä keskinäistä johdonmukaisuutta.

Käsilä oleva asetelma on kiinnostava siksikin, että siinä kohtaavat kaksi oikeudellisten sääntöjen kokonaisuutta, joiden voidaan ajatella ilmentävän kahta erilaista oikeusparadigmaa.² EU:n talouskonstituutio laajassa mielessä ja erityisesti unionin kilpailusääntöjen kokonaisuus voidaan ajatella ilmentymänä liberaalista oikeusparadigmasta, jossa yhteiskuntaa ja sen jäseniä hahmotetaan markkinatalouden kautta ja vapausoikeuksia taataan markkinoiden toiminnan avulla. Toisaalta kansallisen perustuslain sosiaalisten perusoikeuksien, samoin kuin yksityistämisen rajoittamista tarkoittavan perustuslain 124 §:n, voidaan ajatella ilmentymäksi hyvinvointivaltion oikeusparadigmasta, jossa valtion rooliksi hahmottuu tosiallisten toimintavapauksien takaaminen ja yhteiskunnan jäseniä lähestyttään hyvinvointivaltion asiakkaina.³ Kyse on oikeuskulttuurisesti ja myös tosiasiallisesti kahdesta toisistaan olennaisesti poikkeavasta säädöskokonaisuudesta, joiden välille voidaan paikantaa jonkinasteista jännitettä: kun kilpailuregiimi lähtee ajatuksesta, jonka mukaan markkinaympäristössä hoidettavia julkisia (hallinto)tehtäviä olisi lähtökohtaisesti hoidettava markkinatoimijoiden kanssa samankaltaisin ehdoin, lähestyy perustuslain 124 § ja 19 §:n 3 momentti asetelmaa yksityistämisen ja ulkoistamisen erityisten rajojen kautta ja ajatuksella, jonka mukaisesti julkisten (hallinto)tehtävien hoitamisen perusmuoto on niiden toteuttaminen viranomaisrakenteessa. Myös muut ratkaisut ovat mahdollisia, mutta ne vaativat nimenomaisia oikeudellisia toimenpiteitä, joko lainsäätäjältä, hallinnolta tai molemmilta. Näiden ratkaisujen sallittavuus on sidottu perustuslain 124 §:n nimenomaisiin kriteereihin sekä perustuslain 124 §:n, perusoikeuksien ja muiden perustuslain säännösten kuten 2 §:n 3 momentin väliseen vuorovaikutukseen. Yksinkertaistaen voitaisiinkin todeta, että liberaaliin oikeusparadigmaan perustuva kilpailuregiimi ja talouskonstituutio laajemmin työntävät julkisia sosiaali- ja terveyspalveluita markkinoille, kun taas perustuslain sosiaaliset perusoikeudet ja hallinnon järjestämistapoja koskevat säännökset pysyttävät sitä viranomaistoimintana.

1 Ks. HE 83/2022 vp, s. 81 ja HE 32/2013 vp, s. 32.

2 Terminologian osalta Tuori 2000, s. 232. Ks. myös mm. Habermas 1996.

3 Ks. Tuori 2000, s. 232.

Ajatus on houkutteleva, mutta tässä tutkimuksessa tehdyn tarkastelun pohjalta se on nimenomaan talouskonstituution osalta korkeintaan puolittotuus, sillä käytännön tasolla ja Suomen kontekstissa talouskonstituutio vaikuttaa näyttäneen toimintoja ”markkinoille työntävän” regiimin sijaan pikemminkin markkinauudistuksia rajoittavana tai hidastavana tekijänä. Näin siksi, että kansallisesti on ainakin tähän asti haluttu välttää sosiaali- ja terveystalouden saattamista EU:n kilpailuregiimin puitteisiin ja sen myötä tapahtuva harkintavallan valuminen kansalliselta lainsäätäjältä unionin ja unionioikeuden tasolle. Jopa Juha Sipilän hallituksen suunnitteleman laajasti markkinamekanismeja hyödyntäneen valinnanvapausmallin yhteydessä todettiin, että tavoitteena on sote-palveluiden säilyttäminen ei-taloudellisena toimintana, eli kilpailuregiimin soveltamisalan ulkopuolella.⁴ Mikäli jollain kansallisella lainsäädäntöratkaisuilla olisi ollut mahdollista säilyttää sote-palvelut myös vapaan liikkuvuuden ja muiden sisämarkkinasääntöjen soveltamisalan ulkopuolella, olisi kansallisella lainsäätäjällä ollut Suomen sote-rakenteessa myös tähän selvä houkutus. Tarkasteltavassa kontekstissa talouskonstituutio ei näin näyttäytykään markkinalogiikkaa edistävänä imperatiivina, vaan kansallisen lainsäätäjän näkökulmasta pikemminkin uhkana, jonka piiriin ajautuminen kaventaisi kansallisen lainsäätäjän käytettävissä olevaa keinovalikoimaa tai ainakin monimutkaistaisi olennaisesti niitä tapoja, joilla järjestelmään voidaan tehdä sääntelyinterventioita. Tämä uhka talouskonstituution vahvemman soveltumisen, konkreettisesti siis kilpailusääntöjen soveltumisen, piiriin ajautumisesta on niin olennainen ja niin vahva, että sillä on eittämättä vaikutusta ratkaisuihin, joihin kansalliset poliittiset päättäjät sote-malleja rakentaessaan päätyvät.

Tämän tutkimuksen puitteissa ei ole mahdollista arvioida, missä määrin kyse on Suomi-spesifistä ilmiöstä, mutta pitäisin yllättävänä, jos vastaava harkinta ei olisi läsnä myös niissä unionin jäsenvaltioissa, joiden sote-järjestelmän keskeisiä elementtejä arvioidaan nykyisin ei-taloudelliseksi. Tällainen havainto on jossain määrin ristiriidassa talouskonstituutiota koskevan oikeuskirjallisuuden kanssa, sillä kirjallisuudessa talouskonstituutiota on usein lähestytty sen markkinasuuntautuneisuuden kautta. Näkökulmana on ollut, varmasti pääosin hyvin perustellusti, ajatus siitä, että unionin historia ja nykyinenkin luonne sisämarkkinaprojektina on sisäänrakennettu sen perussopimuksiin, jotka puolestaan ohjaavat sääntelyn kehitystä erityisesti markkinoiden yhdentymisen logiikasta ammentaen ja korkeintaan toissijaisesti sosiaalisista näkökohdista käsin.⁵ Edellä kuvattu mekanismi ”talouskonstituution kaksista kasvoista” yhtäältä markkinalogiikkaa edistävänä ja toisaalta sitä rajoittavana imperatiivina ansaitsisi tutkimuksellista jatkohuomiota, ja oheinen huomio jo sellaisenaan haastaa edellä tutkimuksessa referoitua talouskonstituutioon liittyvää narratiivia. Kuten kaikki oikeudellinen sääntely, myös unionin sisämarkkina- ja kilpailusäännöt voivat näyttäytyä politiikkatavoitteiden näkökulmasta erilaisissa konteksteissa hyvin

4 HE 16/2018 vp, s. 104.

5 Ks. tarkemmin osio IV luku 2.3.

monenlaisessa valossa, eivätkä liiallisen kategoriset hahmotelmat unionioikeuden kaltaisen laajan kokonaisuuden luonteesta ole erityisen hedelmällisiä.

1.2. Oikeudellinen epävarmuus lainsäätäjän harkintavallan rajana

Edellä on kuvattu niitä oikeusnormeja, siis päällekkäisiä, lomittaisia, limittäisiä ja erisuuntaisia säädännäisen oikeuden ja oikeuskäytännön kautta muodostuneita rajoja, joiden puitteissa lainsäätäjä on vapaa toimimaan. Lainopin metodia hyödyntäen harkintavallan paikantaminen voitaneen tehdä lähinnä vain näiden oikeusnormien ja niiden systematisoinnin kautta, mutta kyse on kuitenkin vasta osittaisesta vastauksesta tarkasteltavaan kysymykseen. Näin siksi, että tämän tutkimuksen puitteissa tehdyn tarkastelun kautta näyttäytyy ilmeiseltä, että konkreettisella tasolla ja myös systeemisesti harkintavallan rajat syntyvät oikeusnormien lisäksi myös niihin liittyvästä oikeudellisesta epävarmuudesta. Hahmotus monien sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityisen tuotannon kontekstissa keskeisten lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavien oikeudellisten reunaehtojen täsmällisistä rajoista on eri vaiheissa ollut hyvin hankalaa.⁶ Siksi eri lainsäädäntöhankkeiden valmisteluvaiheessa on ollut vaikea paikantaa täsmällisesti, miten eri ratkaisuja olisi keskeisten oikeusnormien valossa arvioitu. Tämä olennaisesti vaikeuttaa uudistusten suunnittelua ja säätämistä ja vaikuttaa näin lainsäätäjän harkintavaltaa kaventavasti.

Kansallisen valtiosäännön oloissa sosiaali- ja terveyspalveluiden ulkoistaminen ja yksityistäminen ovat liikkuneet oikeudellisessa toimintaympäristössä, johon liittyy useita vaikeasti määrittyviä, ajan mittaan eläviä ja silti lainsäätäjän harkintavaltaa olennaisesti rajaavia käsitteitä. Käsitteistä keskeisimpiä ovat julkisen hallintotehtävän, julkisen vallan käytön ja myös merkittävän julkisen vallan käytön käsitteet. Näistä kaikkien kohdalla ulkorajojen paikantaminen on notoorisen vaikeaa, sillä varsinaista säädännäisen oikeuden kriteeristöä termien arviointiin ei ole, ja arviointia joudutaan tekemään perustuslakivaliokunnan varsin vaikeaselkoiseen lausuntokäytäntöön nojautuen. Koivisto on kuvannut asetelmaa toteamalla, että etukäteen ei välttämättä voida tietää, mikä toiminta on julkisen vallan käyttöä – ja jos on, onko julkisen vallan käyttö merkittävää – mutta julkisen vallan käyttö pitäisi silti tunnistaa, jotta sitä käytettäessä voitaisiin noudattaa tarkoin lakia.⁷

6 Ajattelen, että tällaista havaintoa ei voi ohittaa vain esimerkiksi viittauksilla sinänsä perusteltuun tarpeeseen ymmärtää paremmin perus- ja ihmisoikeuksien aineellisoikeudellista sisältöä tai perus- ja ihmisoikeusjuridiikan yleisiä oppeja (ks. Ojanen 2014, s. 947–948) tai vähintään yhtä perusteltuun tarpeeseen tuntea unionioikeuden toimintakenttä (ks. Guimaraes-Purokoski 2009, s. 91). Kyse on ollut lainsäätäjän ”sallitun toimintakentän” määrittelyn kannalta keskeisten käsitteiden epämääräisyydestä tavalla, jota ei oikeuden tulkitsijan yliveritaisen osaamisenkaan kautta voida ratkaista lainsäädäntötoiminnan kannalta tyydyttävällä varmuudella.

7 Koivisto 2014, s. 693.

Julkisen hallintotehtävän tavoin haasteellisena määriteltävänä voidaan pitää perustuslain 19 §:n 3 momentin sosiaali- ja terveystalveluiden turvaamisvelvoitetta, joka on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä saanut varsin konkreettisen muodon. Turvaamisvelvoitteen on katsottu edellyttävän varsin korkeaa varmuutta sote-palveluiden vaarantumattomuudesta tai toisaalta varsin matalia tätä koskevia riskejä. Vaikka on yhtäältä selvää, että perustuslaki ei myöskään sosiaali- ja terveystalveluiden kohdalla edellytä mitään nimenomaista palveluiden tuottamistapaa, päätyi perustuslakivaliokunta Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kontekstissa edellyttämään tietyn tuotanto-osuuden säilyttämistä julkisen vallan toimintoina sekä tämän takaavien mekanismien viemistä lainsäädäntöön. Tulkintaa on edellä kuvastusti pidettävä kontekstuaalisena ja vain Sipilän hallituksen valinnanvapausmallia koskevana, mutta se on yhtä kaikki osoitus varsin ennakoimattomasta perustuslain 19 §:n 3 momentin tulkinnasta. Vaikka perustuslain 19 §:n 3 momentin ja 124 §:n luoma asetelma olisi jälkiviisauden turvin eittämättä voitu huomioida paremmin Sipilän sote-mallin valmistelussa, oli tulkinta velvoitteesta säätää julkisen keskeisestä roolista laintasoisesti osana valinnanvapausmallia yllättävä ja vaikeasti ennakoitavissa. Samaa voitane jossain määrin sanoa myös siitä roolista, jonka perustuslain 6 § kuntapohjaisesta mallista alueelliseen malliin siirryttäessä sai.

Perustuslain lisäksi oikeudellista epävarmuutta liittyy myös unionioikeudellisen kilpailuregiimin rajanvetoihin, aivan erityisesti sen soveltamisalaa määrittävään yrityksen ja taloudellisen toiminnan käsitteeseen. Käsite ei ylipäättään ole kovin yksinkertainen, mutta aivan erityistä haastetta sen tulkinnassa liittyy verorahoitukseen sosiaali- ja terveystalvelujärjestelmään, jonka tulkinta poikkeaa paitsi standardimuotoisesta yrityksen käsitteestä, myös monesta muusta tästä standardimuotoisesta lähestymistavasta poikkeavasta sektorista. Kyseiseen rajanvetoon liittyvä unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö on myös elänyt 2000-luvulla. Useammat unionin tuomioistuimeen tai komission arviointiin päätyneistä tapauksista ovat luonteeltaan sen kaltaisia, että ne olisi nähdäkseni voitu ratkaisuaajankohtana ratkaista usealla eri tavalla. Näin on ainakin *AOK Bundesverband* -tapauksen, *FENIN*-tapauksen, *IRIS*-tapauksen ja *Dôvera*-tapauksen kohdalla, mitä ilmentää osaltaan myös se, että komissio, yleinen tuomioistuin, julkisasiamies ja unionin tuomioistuin arvioivat useissa tapauksissa asetelmaa olennaisesti toisistaan poiketen. Tällaisen oikeuskäytännön ja siitä seuraavan oikeustilan oloissa on selvää, että oikeusvarmuus kansallisen lainsäätäjän harkintavallan rajoista tilanteessa, joissa sosiaali- ja terveystalvelu-uudistusta sekä sen myötä yksityisen tuotannon roolia muuttavan mallin yksityiskohtia vasta suunnitellaan säädettäväksi, on hyvin heikkoa. Kun kyse on lisäksi sosiaali- ja terveystalveluiden kaltaisista perusoikeusintensiivisistä eli useiden eri perusoikeuksien toteuttamiseen kytkeytyvistä julkisista talveluista, on kansallisen valtiosääntömme kyky sietää tätä unionioikeuden tulkintaepävarmuuksista syntyvää oikeudellista epävarmuutta varsin matala. Tämä tuli näkyväksi erityisesti Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen loppumetreillä, jossa uudistus pysähtyi paitsi

aikataulupaineisiin ja poliittisiin haasteisiin, myös juuri unionin oikeuden tulkintaan liittyvään epävarmuuteen ja tämän valtiosääntöiseen merkitykseen.⁸

Perustuslain tulkinnan sisältämän oikeudellisen epävarmuuden sekä unionioikeudellisen epävarmuuden lisäksi oikeudellista epävarmuutta voi liittyä eri regiimien väliseen vuorovaikutukseen liittyviin kysymyksiin. Esimerkkinä voidaan nostaa kotimaisessa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa ja erityisesti lainvalmisteluaineistossa julkisen hallintotehtävän ja taloudellisen toiminnan välisestä rajanvedosta esiintyvä huojunta. Esimerkiksi eläinlääkintähuoltolain säätämisyjärjestysperusteluissa todetaan eläinlääkäripalveluiden olevan taloudellisesta toimintaa, kun taas lakisääteiset terveydenhuollon ja sosiaalihuollon palvelut luokitellaan ei-taloudellisiksi yleishyödyllisiksi palveluiksi. Lisäksi säätämisyjärjestysperusteluissa todetaan, että eläinlääkäripalvelut ovat tästä huolimatta viranomaisen järjestämisvastuulle säädettyjä julkisia palveluja, joten siinä mielessä kyse on julkisen hallintotehtävän luonteisesta tehtäväkokonaisuudesta, jota on perusteltua tarkastella perustuslain 124 §:n näkökulmasta.⁹ Säätämisyjärjestysperustelut vaikuttavat lähtevän ajatuksesta, jonka mukaan palvelussa voi olla kyse joko taloudellisesta toiminnasta, joka siten asettuu kilpailuregiimin sekä kilpailuneutraliteettivaatimusten piiriin, tai vaihtoehtoisesti julkisesta hallintotehtävästä, joka asettuisi hallinnon yleislakien sekä pääsääntöisesti myös rikosoikeudellisen virkavastuun piiriin. Tällainen myös kuntalain esitöissä esiintyvä ajatus on jo edellä todetusti nähdäkseni virheellinen.¹⁰ Jo peruslähdekohta siitä, että kansallinen, vaikkakin perustuslakiin kytkeytyvä, tulkinta julkisen hallintotehtävän alasta voisi rajata unionioikeuden piirissä muodostavaa taloudellisen toiminnan käsitettä Suomen lainkäyttöpiirissä, on mahdoton. Ainoa keino tällaisen vaihtoehtoisen sovellettavuuden aikaansaamiseen olisi julkisen hallintotehtävien rajojen määrittäminen kansallisesti siten, että määritelmä nojautuisi unionioikeudelliseen taloudellisen toiminnan käsitteeseen. Käsitteeseen on kansallisesti sidottu erityisesti kilpailuneutraliteettivaatimuksia ja yhtiöittämisvelvollisuutta, mutta viitteitä siitä, että tällaiseen ratkaisuun olisi pyritty julkisen hallintotehtävän rajauksissa, ei ole.

Sinänsä ajatus kansallisen julkisen hallintotehtävän ja EU-oikeudellisen taloudellisen toiminnan käsitteen paremmasta yhteentoimivuudesta on kiinnostava. Lienee varsin hankala perustella, miksi jonkin toiminnon tulisi samanaikaisesti asettua niin kilpailuregiimin, hallinnon yleislakien, rikosoikeudellisen virkavastuun, hankintasääntöjen kuin kunkin alan sektorilainsäädännön piiriin. Toisaalta voidaan ajatella, että esimerkiksi kilpailuregiimi ja hallinnon yleislait suojaavat eri oikeushyviä, joten näiden samanaikainen sovellettavuus voi olla tarpeen. Tätä voidaan haastaa kuitenkin ajatuksella, jonka mukaan kilpailuregiimin sovellettavuus käytännössä kertoo toimin-

8 Osin myös siihen, miten tätä oikeudellista epävarmuutta oli lainsäädäntövaiheessa kohdeltu, eli muun muassa notifiointin tai edes oikeusvarmuusilmoituksen tekemättä jättämiseen.

9 HE 83/2022 vp, s. 81.

10 HE 32/2013 vp, s. 32.

taa harjoitettavan markkinoilla ja kilpailutilanteessa, eikä hallinnon yleislakien, virkavastuun tai hankintasääntöjen soveltaminen vain joihinkin markkinan toimijoiden ole tehokkaan kilpailun turvaamisen näkökulmasta tarkoituksenmukaista. Toisaalta voidaan todeta, että hallinnon asiakkaat ansaitsevat yleislakien suojaa riippumatta siitä, onko hallinto järjestetty markkinoita hyödyntämällä. Tätä argumenttia taas voidaan haastaa kysymällä, mitkä konkreettisesti ovat ne hallinnolliset oikeudet, joihin markkinaympäristössä toimiva ja mahdollisesti jopa palveluntuottajien välistä valintaa tekevä hallinnon asiakas oikein voi tai edes haluaa nojautua.

Oikeuden eurooppalaistumisen valossa lainsäätäjä voisi kuitenkin harkita, olisiko tiettyjä perustuslain ja unionioikeuden rajankäyntejä mahdollista tai mielekäästä selkeyttää kansallisin toimin, esimerkiksi tuomalla perustuslain 124 §:n keskeisiä käsittemäärittelyitä lähemmäs unionin oikeuden määrittelyitä. Voitaisiinko esimerkiksi lähteä siitä, että julkisen hallintotehtävän rajanvetoa sidottaisiin unionioikeuden taloudellisen toiminnan käsitteeseen, jolloin vältettäisiin asetelmat, joissa sama toimija on sekä kansallisen hallinnon yleislakien ja virkavastuusääntelyn että kilpailuregiimin piirissä? Mikäli tällainen taloudellisen toiminnan ja julkisen hallintotehtävän käsitteen yhteensovittaminen nähtäisiin tarpeelliseksi, olisi se mahdollista kansallisin toimin julkisen hallintotehtävän käsitteen muutosten kautta.¹¹ Tällaiset muutokset vaatisivat todennäköisesti perustuslainsäätämisyjärjestyksessä tehdyn perustuslain 124 §:n sanamuotojen muutoksen tai vaihtoehtoisesti perustuslakivaliokunnan läpinäkyvän ja johdonmukaisen lausuntokäytännön muutoksen. Sinänsä perustuslain 124 §:n sanamuoto ja esityöt mahdollistavat nähdäkseni myös tällaisen lähestymistavan, mutta perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö ja myös oikeuskäytäntö ovat asemoineet julkisen hallintotehtävän rajat tästä poikkeavasti, eikä tällaisesta lausunto- ja oikeuskäytännöstä irtautuminen ole ainakaan nopea tai suoraviivainen prosessi.¹² Perustuslakivaliokunnan mahdollisuudet irtautua aiemmasta lausuntokäytännöstään ja siihen perustusvasta oikeus- ja valvontakäytännöstä ovat oma mielenkiintoinen tutkimuskysymyksensä, jota olisi mielekäästä harkita myös perustuslain 124 §:n näkökulmasta. Edellä kuvattua vastaavasti voitaisiin harkita, voidaanko hankintaregiimin ja kilpailuregiimin välistä yhteentoimivuutta parantaa tuomalla vahvempaa institutionaalista tukea oikeuskirjallisuudessa esiintyvälle ajatukselle regiimien soveltamisalojen vaihtoehtoisuudesta.¹³ Tällaista tavoitetta kilpailuregiimin ja hankintaregiimin vaihtoehtoisesta sovellettavuudesta ei kuitenkaan ole mahdollista saavuttaa pelkästään kansallisin toimin, vaikka uni-

11 Mikäli julkisen hallintotehtävän käsite muuttuisi, olisi samalla mahdollisesti tarpeen harkita myös julkisen vallan käytön käsitteen muutoksia, mikäli kotimaiseen valtiosääntöajatteluun vakiintumassa olevasta kerroksittaisesta julkisten tehtävien määrittelystä haluttaisiin pitää kiinni. Ks. tarkemmin osio III luku 2.2.

12 Mielestä on perusteltua kyseenalaistaa, onko tällaista mahdollisuutta nykyisen lausuntokäytännön oloissa lainkaan.

13 Esim. Hatzopolous 2010, s. 383–384.

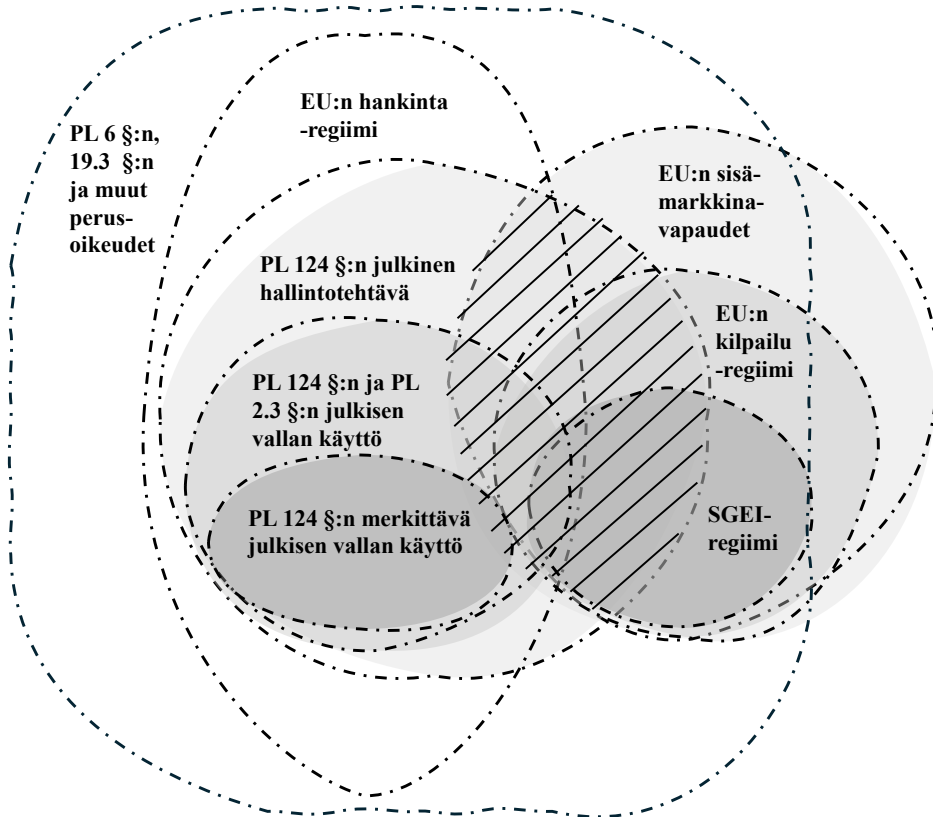
onin hankintadirektiivit jättävätkin kansallisesti tiettyä liikkumavaraa. Yhteentoinivuuden harkitseminen olisi perusteltua, mutta kyse on erityisesti EU-lainsäätäjän harkittavaksi tulevasta kysymyksestä.

Edellä kuvattujen havaintojen kautta päästään kiinni ilmiöön, jota voitaneen kutsua lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavaksi oikeudelliseksi epävarmuudeksi – kun harkintavallan ulkorajat ovat epätasomaisia ja ehdotetun sääntelyn keskeisistä elementeistä on perustuslaillista tai unionioikeudellista oikeudellista epävarmuutta, voi lainsäätaja olla tosiasiallisesti pakotettu suunnittelemaan sääntelyratkaisunsa eräänlaisen ”oikeudellisen epävarmuusmarginaalin”, jonka kautta sääntelyn ongelmattomuus varmistetaan. Tämä mekanismi kaventaa lainsäätäjän harkintavaltaa siitä, miltä se suoraan oikeudellisia ulkorajoja tarkastelemalla näyttäytyisi. Tällainen tilanne on ainakin jossain määrin ollut kyseessä Marinin hallituksen sote-uudistusta valmisteltaessa, sillä hallituksen esityksessä perustellaan varsin tiukat yksityistä ja ulkoistamista tavallisen lainsäädännön tasolla rajaavat säännökset juuri perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöllä, vaikka säännökset ainakin nykyisen lausuntokäytännön valossa selvästi ylittävät perustuslain minimitason. Sen tunnistaminen, missä määrin kyse oli poliittisesti asetetun tavoitteen – yksityisen tuotannon rajallisen roolin – oikeuttamisesta perustuslain reunaehtojen kautta argumentoimalla ja miltä osin lainsäädäntöratkaisujen suunnittelemisesta nähdyn kaltaisiksi aidosti näistä reunaehdoista tehdyistä tulkinnoista johtuen, ei kuitenkaan ole tämän tutkimuksen puitteissa mahdollista. Samoin Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kohdalla oli epävarmaa, mihin julkisten hallintotehtävien rajat piirrettäisiin sote-palveluiden tuottamistehtävien sisällä, joten Sipilän hallituksen esityksessä päädyttiin arvioimaan kaikkia sote-palveluja julkisina hallintotehtävinä ja perustuslain 124 §:n julkisen hallintotehtävän yksityiselle antamista sääntelevien edellytysten valossa, eli sisällyttämään esitettyyn säädösratkaisuun varsin huomattava epävarmuusmarginaali. Toisaalta hallituksen esityksessä tehtiin taloudellisen toiminnan rajanvedon osalta tästä poikkeava ratkaisu ja katsottiin toiminnan olevan ei-taloudellista, tai ainakin päätettiin olla antamatta järjestelmämuutoksesta oikeusvarmuusilmoitusta tai notifikaatiota ennen sen luovien keskeisten lainsäädäntöjen antamista eduskunnan käsiteltäviksi. Tällä tulkinnalla käytännössä katsoen otettiin tietty oikeudellinen riski siitä, vastaisiko arvio komission ja unionin tuomioistuimen käsitystä.¹⁴ Perustuslakivaliokunnan käsittelyssä tämä ratkaisu ajautui ongelmiin, kun tulkintaan liittyvä oikeudellinen epävarmuus katsottiin perustuslain näkökulmasta ongelmalliseksi.¹⁵

14 Ks. valitun toimintamallin arvioinnista ja kritiikistä Raitio 2019b.

15 PeVL 65/2018 vp, s. 59–67. Perustuslakivaliokunta katsoi, että oikeudellista epävarmuutta olisi vähennettävä ilmoittamalla komissiolle ehdotetusta valinnanvapausjärjestelmästä ja sen sisällöstä SEUT 108(3) artiklan mukaisessa menettelyssä joko ennen lakien säätämistä tai viimeistään ennen niiden voimaantuloa.

Oikeudellisen epävarmuuden vaikutuksia lainsäätäjän harkintavaltaan on pyritty havainnollistamaan oheisella kuviolla: rajat päällekkäisten ja lomittaisten lisäksi myös epäsuoria, häilyviä ja muuttuvia.



Kuvio 8. Soveltamisalojen päällekkäisyys ja lomittaisuus oikeudellisen epävarmuuden valossa.

Unionioikeuden ja perustuslain tulkintoihin liittyvät oikeudelliset epävarmuudet ovat kuitenkin luonteeltaan ja merkitykseltään erilaisia, kun niitä tarkastellaan lainsäätäjän harkintavallan valossa. Perustuslain kohdalla nykyinen perustuslakikontrollimme johtaa yksinkertaistaen tilanteeseen, jossa lainvalmistelu ja lakiehdotus voidaan rakentaa tietyn perustuslaista tehdyn tulkinnan varaan. Kun lakiehdotus etenee perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi, siitä tehdään tulkinta, joka joko vastaa lainvalmisteluvaiheessa tehtyä tulkintaa tai edellyttää lakiehdotuksen muokkaamista. Tämä voidaan tehdä pienemmissä muutoksissa suoraan mietintövaliokunnassa. Kun laki on tällaisen prosessin myötä säädetty, ja olettaen että valiokunnan arviointi ei ole kokonaan ohittanut jotain keskeistä perustuslakikysymystä, lain pitävyyteen tuomioistuimissa voidaan perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön verraten

vahvan oikeuslähdeaseman sekä perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen myötä varsin pitkälti luottaa. Tällaisessa prosessissa oikeudellinen epävarmuus perustuslain tulkinnasta voinee vain harvoin johtaa tilanteeseen, jossa suunniteltua lakiehdotusta ei voitaisi missään muodossa säätää, sillä oikeudellinen epävarmuus ”ratkeaa” konkreettisesti perustuslakivaliokunnan lausunnon antamisen myötä. Unionioikeudellista epävarmuutta taas ei useissa tapauksissa voida kokonaan ratkaista kansallisen lainsäädäntöprosessin puitteissa, vaikka valtioneuvoston päätösten osalta käytössä ovat oikeusvarmuusilmoitus- ja notifointimenettelyt, joista ainakin notifiointi ratkaisee riittävällä tavalla sen, miten komissio jotakin suunniteltua säädösratkaisua valtioneuvoston päätöksen näkökulmasta tarkastelee.¹⁶ Notifointimenettely tarjoaa kansalliselle lainsäätäjälle varsin hyvän selkänajan, jolloin haasteeksi voi muodostua lähinnä se, ehditäänkö menettelyitä käyttämään kansallisen lainsäädäntöprosessin aikapaineissa, vai havaitaanko – tai myönnetäänkö – tarve niihin turvautumiseksi vasta lainsäädäntöprosessin loppuvaiheissa. Samalla tavoin perustuslakivaliokunnan lausunto, joka estää jonkin lainsäädäntöratkaisun, voi esimerkiksi aikataulusyistä tosiasiallisesti estää koko lakiesityksen läpiviennin.

Dynamiikkaa, jossa unionioikeuden tulkintojen epävarmuus yhdessä kansallisen perustuslain rajallisen epävarmuuden sietokyvyn kanssa johtaa lainsäätäjän harkintavallan kaventumiseen, ei tietääkseni ole laajasti käsitelty aiemman tutkimuksen piirissä, mutta tämän tutkimuksen valossa dynamiikka vaikuttaa ilmeiseltä ja se lienee läsnä myös muissa sellaisissa laajemmissa kansallisen lainsäädännön uudistustilanteissa, joissa muutettavan lainsäädännön tehtävänä on perusoikeuksien toteutumisen varmistaminen ja jossa lainsäädäntö kytkeytyy johonkin tai joihinkin unionioikeuden oikeussääntöihin, joiden tulkinnasta on vähäistä suurempaa epävarmuutta. Tätä epävarmuutta voidaan pyrkiä mitigoimaan lainsäädäntöprosessin aikana erilaisten unionioikeudellisten menettelyiden tai komission kanssa käytävän vuoropuhelun avulla, mutta epävarmuutta ei voida kansallisen lainsäädäntöprosessin aikana kokonaan poistaa.

Toisaalta voidaan viitata myös vastakkaiseen suuntaan vaikuttavaan ilmiöön, eli siihen, että osa lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavista oikeudellisista rajoista jää lainsäädäntöprosessin yhteydessä harjoitettavassa perustuslakikontrollissa tunnistamatta. Esimerkiksi aiemman kuntapohjaisen mallin aikana ulkoistamisen ja yksityistämisen mahdollisuudet olivat hyvin laajoja, minkä voidaan ajatella olleen jännitteessä ainakin suhteessa perustuslain 124 §:än. Tämä näkökohta ei kuitenkaan noussut esiin lainsäädäntöprosessin yhteydessä, eli lainsäätäjän tosiasiallinen harkintavalta

16 Tarkemmin todettuna käytössä ovat komission asetuksen (EU) 2015/22821 liitteen 1 kohdasta 1 ilmenevät neljä ilmoituslajia, joita ovat ennakkoilmoitus, varsinainen notifiointi, eli SEUT 108(3) artiklan mukainen ilmoitus, asetuksen (EY) N:0 794/2004 4(2) mukainen yksinkertaistettu ilmoitus sekä oikeusvarmuusilmoitus. Näistä selvästi olennaisin menettely on kuitenkin varsinainen notifiointimenettely. Ks. tarkemmin Raitio 2019b, s. 340.

muodostui oikeudellista harkintavaltaa – eräänlaista relevanttien oikeusnormien parasta mahdollista tulkintaa – laajemmaksi. Samoin valiokunta on lausuntokäytännössään hyväksynyt sinänsä julkisten hallintotehtävien piiriin rajautuvien sosiaali- ja terveyspalveluiden jättämisen rikosoikeudellisen virkavastuun ulkopuolelle, kun ne tuotetaan palvelusetelillä.¹⁷ Lopputulos on syntynyt sote-järjestämislain 20 §:ssä omaksutun poikkeuksellisen tarkasti muotoillun erityisen virkavastuusäännöksen sekä voimaan jääneen palvelusetelilain yhdistelmänä. Asetelma ei vastaa valiokunnan muuta lausuntokäytäntöä ja jos valiokunta olisi sen havainnut, olisi se mahdollisesti tai jopa todennäköisesti edellyttänyt virkavastuun soveltamisalan laajentamista myös palvelusetelipalveluihin.

Jos lainsäätäjän harkintavallan muodostumisen ja erityisesti ennakkollisen perustuslakikontrollin osalta tarkastelun ytimeen otetaan jonkinlainen ”piirtopöytämalli”, eli oikeusnormien paras mahdollinen tulkinta, ja oletus siitä, että kaikki lainsäädäntöprosessin toimijat tuntevat tämän tulkinnan, näyttäytyy lainsäätäjän harkintavalta edellä kuvatusti verraten laajana ja monien tulkinta-asetelmien osalta varmasti jopa erittäin laajana. Käytännön lainsäädäntöhankkeissa on kuitenkin ilmeisen hankala käyttää tätä harkintamarginaalia kokonaisuudessaan: lainvalmistelijoiden osaaminen perustuslain ja unionioikeuden reunaehdoista voi olla puutteellista tai reunaehdot voivat olla niin hankalasti paikannettavissa, että harkintavaltaa ei kyetä riittävällä tavalla hahmottamaan lainsäädäntöprosessin riittävän varhaisessa vaiheessa.

Jos hyväksymme oheisen epävarmuusmarginaali-ajatuksen, erityisen kapeaksi lainsäätäjän harkintamarginaali voi siis muotoutua tilanteissa, joissa on kyse uusista oikeudellisista asetelmista, joiden keskeisten elementtien tulkintaan liittyy epävarmuutta ja jossa tehdään suurta lainsäädännön muutosta kerralla. Suurissa lainsäädäntöuudistuksissa oikeudellinen epävarmuus uudistuksen eri elementtien tulkinnasta on perustuslain ja mahdollisesti myös unionioikeuden valossa suurta, jolloin lainsäätäjä joutuu uudistuksen useiden eri elementtien kohdalla operoimaan suuremmalla epävarmuusmarginaalilla. Tällaisissa tilanteissa epävarmuusmarginaalit voivat ”kasautua”, mikä voi muodostua uudistuksen toteuttamisen kannalta kestäättömäksi. Samaa ajatuskehikkoa voidaan soveltaa myös päinvastoin: lainsäätäjän harkintamarginaali on suurimmillaan, kun asiaan liittyvät oikeudelliset tulkintakysymykset yksinkertaisia tai muuten mahdollisimman yksiselitteisiä, jolloin epävarmuusmarginaalin laajuus on puolestaan kapea. Kun asiaa tarkastellaan demokratiaperiaatteen näkökulmasta, myös tällä tarkastelulla, ei pelkällä law in books -tyyppisellä tarkastelulla, on merkitystä.

Itseäni on tutkimuksen kontekstissa pohdittanut, miksi perustuslakikontrolli tuntui Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kohdalla suojaavan julkista palveluntuotantoa niin vahvasti, tai ainakin asettavan julkisen palvelujärjestelmän

17 Ks. osio III luku 3.3.

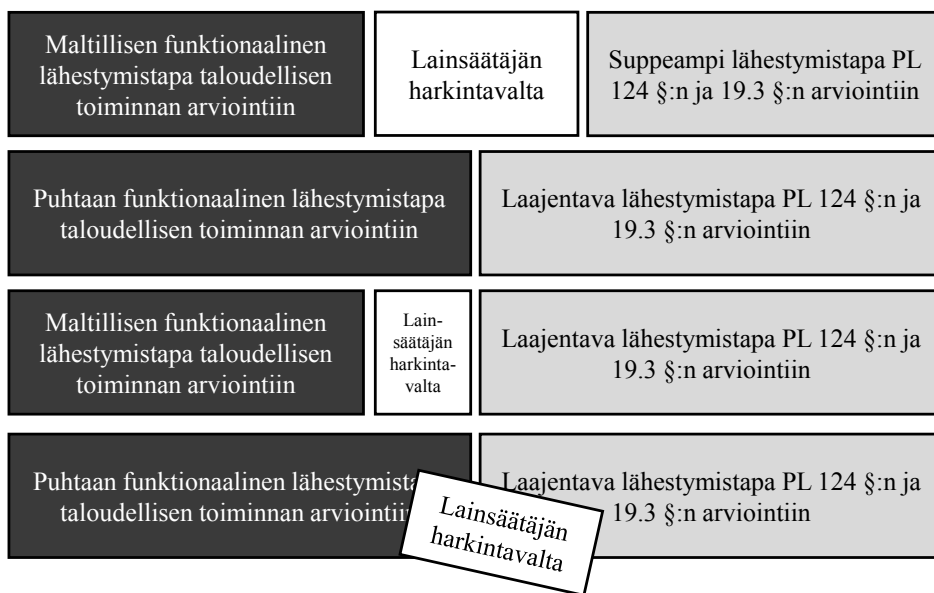
rakentamiselle yllättävän täsmällisiä reunaehtoja, ja kokonaisuus muodostui varsin sekavaksi ja solmuiseksi, kun toisaalta sosiaalisten perusoikeuksien ja niitä toteuttavien sosiaaliturvajärjestelmien minimitasot, jotka kai ovat jonkinlaisia sosiaalisten perusoikeuksien ydinkysymyksiä, tuntuvat perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä olevan hyvin joustavia ja lopulta hyvin yksielitteisesti ratkaistavissa sekä pääosin lainsäätäjän ehdottamat leikkaukset sallivia. Ajatus epävarmuusmarginaalista ja oikeudellisen epävarmuuden kasaantumisesta on nähdäkseni yksi keino pyrkiä selittämään myös tätä ilmiötä: kysymys siitä, ylittääkö toimeentulotuen taso perustuslain 19 §:n 1 momentin mukaisen eksistenssiminimin, on selvästi yksinkertaisempi kuin kysymys aivan uudenlaisen hallinnon tason, hallintomallin sekä yksityisen palvelutuotannon ja useiden perustuslain säännösten välisestä suhteista sekä luotavan kokonaisuuden unionioikeudellista luonteesta. Näin myös sosiaaliturvan osalta tehtyjen ratkaisujen hahmottaminen ja siten oikeuttaminen, sekä toisaalta suunnittelu jo lainvalmisteluvaiheessa perustuslain asettamien rajojen puitteisiin, on vaikkapa juuri perustuslain 19 §:n 1 momenttiin kytkeytyviin suojajärjestelmiin liittyvissä, teknisesti yksinkertaisissa säädöshankkeissa monimutkaisia ja monitahoisia hallinnon muutoksia yksinkertaisempaa. Sen sijaan esimerkiksi sosiaaliturvan kokonaisuudistuksen kaltaisten hankkeiden voinee ajatella sijoittuvan tästä näkökulmasta pikemminkin sote-uudistusten kanssa samaan monimutkaisten uudistusten kategoriaan.

Toisaalta asiaan kytkeytyy myös toinen, poliittiseen päätöksentekoon liittyvä näkökulma: lainsäädäntöhankkeita voi monissa tilanteissa mutkistaa epävarmuusmarginaalien kasautumisen lisäksi myös se, että tehdyt poliittiset valinnat ovat jo ennakkollisesti voineet sulkea jotkin ratkaisuvaihtoehdot pois. Eräissä tapauksissa esimerkiksi monipuoluehallituksen sisäisestä dynamiikasta johtuvat poliittiset reunaehdot tai valinnat ovat jopa voineet rajata poliittisesti hyväksyttävät lainsäädäntötekniset ratkaisut niin kapealle alueelle, että hankkeen toteuttaminen on mahdotonta tai hankalaa. Tällöin hanke voi sinänsä viimeisessä vaiheessa kaatua tai näyttää kaatuvan perustuslaista syntyviin reunaehtoihin, mutta kyse on lähemmässä tarkastelussa oikeuden perusoikeudellistumisesta ja eurooppalaistumisesta sekä poliittisista valinnoista muodostuvien reunaehtojen yhteisvaikutuksesta. Esimerkki löydetään tämän tutkimuksen puitteista, sillä Sipilän hallituksessa poliittiset prosessit johtivat tilanteeseen, jossa sote-uudistuksen maakuntamalli ei voinut toteutua ilman valinnanvapautta eikä valinnanvapaus ilman maakuntamallia. Jälkikäteen arvioituna vaikuttaa todennäköiseltä, että vaikka tämä parivaljakko yhdessä ajautui perustuslakivaliokunnassa ongelmiin, jotka lopulta välillisesti kaatoivat koko uudistuksen, niin sekä maakuntamalli että valinnanvapaus olisivat perustuslain näkökulmasta voineet toteutua yksin tai esimerkiksi eritahtisesti. Mikäli tämä lähtökohta tai tulkinta pitää paikkansa, lainsäätäjän harkintavalta olisi sinänsä kattanut ehdotetun mallin säätämisen, mutta vain vaihteittain ja sellaisella aikajänteellä, joka ei politiikan nelivuotisen syklin ja vaihtelevien enemmistökoalitioiden ajassa ilmeisesti ollut

mahdollista. Tässä hahmotuksessa selitystä lainsäätäjän vaikeuksiin viedä läpi laajoja lainsäädäntöhankkeita ei olekaan perusteltua hakea vain oikeuden perusoikeudellistumisen ja eurooppalaistumisen sekä perustuslakikontrollin piiristä, vaan myös politiikassa tapahtuneista muutoksista, kuten poliittisen kentän fragmentoitumisesta, hallituskoalitoiden monimutkaistumisesta ja suurimpien puolueiden paikkamäärän laskusta, politiikan suunnan aiempaa vahvemmista heittelyistä ja muista vastaavista tämän tutkimuksen ulkopuolelle jäävistä, mutta sinänsä omasta muusta kokemuspiiristäni tutuista ilmiöistä. Tällainen osasyyn asemointi liian tiukkojen poliittisten reunaehtojen sekä politiikassa tapahtuneiden muutosten suuntaan ei kuitenkaan poista tarvetta tarkastella kriittisesti myös oikeuden perusoikeudellistumista ja eurooppalaistumista sekä perustuslakikontrollia lainsäätäjän harkintavallan rajana, mutta se on otettava huomioon asiasta käytävässä keskustelussa.

1.3. Tulkintojen polkuriippuvuus ja harkintavallan laajuuden muotoutuminen

Harkintavallan muodostumisen näkökulmasta olennaista on tunnistaa, kuten edellä tutkimuksen osissa III ja IV on kuvattu, että monelta osin kyse on tulkinnoista, tai pikemmin jonkinlaisesta vakiintuneiden tulkintalinjojen tai useiden vaikeiden tulkintaratkaisujen saamien lopputulosten luomasta polkuriippuvuudesta. Asetelma on tässä tutkimuksessa tarkastellussa kontekstissa läsnä sekä unionin oikeuden että kansallisen perustuslain kohdalla. Olen pyrkinyt kuvaamaan asetelmaa oheisen nelitasoisen havainnollistavan kaavion kautta. Kyse on luonnollisesti yksinkertaistuksesta, mutta edellä tehdyn tarkastelun pohjalta hahmotan niin, että nykyinen oikeustila vastaa lähimmin kaavion tasoa kolme. Kaavion tasot yksi ja kaksi ovat skenaarioita, joihin olisi vaihtoehtoisten tulkintalinjojen ja näiden luomien polkuriippuvuuksien kautta voitu päätyä. Neljäs taso on hahmotukseni siitä, miten lainsäätäjä mahdollisesti menettelisi, jos harkintavalta kaventuisi erittäin kapeaksi tai olemattomiin.



Kuvio 9. Lainsäätäjän harkintavallan visualisointi.

Unionioikeuden kontekstissa asiaa voidaan hahmottaa Gallon teoretisoinnin, eli maltillisen funktionaalisen ja puhtaan funktionaalisen yrityksen käsitteen ja taloudellisen toiminnan arvioinnin kautta.¹⁸ Sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa komission IRIS-ratkaisu ja yleisen tuomioistuimen *Dovera*-ratkaisu edustavat puhtaan funktionaalista lähestymistapaa, joka kaventaa kansallisen lainsäätäjän harkintavaltaa. Esimerkiksi *AOK Bundesverband*, *FENIN*, unionin tuomioistuimen *Dovera*- sekä *Casa Regina Apostolorum* -ratkaisut taas ilmentävät maltillisen funktionaalista lähestymistapaa, jossa yrityksen käsitettä ja taloudellisen toiminnan ominaispiirteitä arvioidaan nimenomaan sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa, minkä osalta huomioon voidaan ottaa muun muassa unionin ja jäsenmaiden toimivallanjako kyseisellä sektorilla sekä unionin primäärioikeuteen nykyisin sisältyvät sosiaaliset elementit. Oikeuskäytännössä nämä primäärioikeuden elementit näyttäytyvät korkeintaan implisiittisinä, jos edes niin, mutta tulkinnaksi on sosiaali- ja terveyspalveluiden kohdalla yhtä kaikki muodostunut vakiomuotoisesta, *Höfner*-oikeuskäytäntöön tukeutuvasta funktionaalisesta yrityksen käsitteestä poikkeava maltillisen funktionaalinen yrityksen käsite, joka toimii kansallisen lainsäätäjän harkintavaltaa laajentavasti.

Kansallisen perustuslain osalta taas voidaan ajatella, että perustuslakivaliokunta on eri vaiheissa päätenyt tulkintoihin, jotka toimivat kansallisen lainsäätäjän

¹⁸ Gallo 2020.

harkintavaltaa rajaavasti. Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksesta antamissaan lausunnoissa perustuslakivaliokunta toteutti hyvin kattavan arvioinnin perustuslain 19 §:n 3 momentista ja tulkitsi roolikseen sen varmistamisen, että järjestelmään liittyvät epävarmuudet, joiden hahmottamisessa se tukeutui poikkeuksellisessa laajuudessa substanssiasiantuntijoihin, alittavat tietyn suurimman sallitun tason. Tällainen tulkinta perustuslain 19 §:n 3 momentin merkityksestä ei ole väärä, mutta se ei ole myöskään ainoa mahdollinen, vaan turvaamisvelvoitteen muotoon kirjat-
tuja perusoikeuksia on monesti tulkittu myös huomattavan paljon abstraktimmin. Aivan erityisen vahvasti lainsäätäjän harkintavaltaa rajaavana tulkintana voidaan pitää samassa kontekstissa muodostettua, mutta nähdäkseni vain tähän kontekstiin liitettyä, velvollisuutta säilyttää merkittävä osa sote-palveluiden tuotannosta viran-
omaistoimintana. Samoin perustuslain 124 §:n tulkintakäytäntö olisi pidemmässä kaaressa voinut päätyä asetelmaan, jossa sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamistehtävää ei olisi katsottu – mahdollisesti joitakin poikkeuksia lukuun ottamatta – julkisen hallintotehtävän hoitamiseksi, vaan julkinen hallintotehtävä olisi rajautunut esimerkiksi sote-palveluiden järjestämiseen. Tämä olisi olennaisesti selkeyttänyt Juha Sipilän hallituksen suunnitteleman uudistuksen valtiosääntöistä arviointia ja näin laajentanut lainsäätäjän harkintavaltaa. Myös vaatimuksessa ulottaa hallinnon yleislakien ja virkavastuun soveltaminen koko julkisen hallintotehtävän alaan on kyse lausuntokäytännössä muodostuneesta tulkinnasta. Tulkinta ei estä lainsäätäjän toimia, mutta se kuitenkin monimutkaistaa tulkinta-asetelmaa ja tarvittavia lainsäädäntöratkaisuja, mikä voitaneen niin ikään katsoa lainsäätäjän harkintavallan kaventamiseksi. Sama pätee subdelegointia koskevaan valiokunnan tulkintakäytäntöön.

Vaikka määrittelenkin tässä yhteydessä perustuslakivaliokunnan pitkän aikavälin lausuntokäytännön lainsäätäjän harkintavaltaa kaventavaksi, voidaan tätä määritelmää myös perustellusti haastaa. Myös tässä tutkimuksessa laajasti tarkasteluissa Juha Sipilän ja Sanna Marinin hallituksen sote-uudistuksia koskevissa lausunnoissa valiokunta on eri kysymyksissä päätenyt yhtäältä lainsäätäjän harkintavaltaa kaventavien ja toisaalta sitä pysyttävien tulkintojen kannalle. Marinin hallituksen uudistuksen kontekstissa omaisuuden suoja ja sopimusvapaus eivät estäneet säädösratkaisuja, joilla kuntien ja kuntayhtymien solmimat kokonaisulkoistussopimukset voitiin säätää päättymään, mutta Sipilän hallituksen sote-uudistuksessa perustuslain 19 §:n 3 momentin, perustuslain 124 §:n ja 6 §:n tulkinta muodostui varsin tiukaksi, kun perustuslain 19 §:n 3 momentin turvaamisvelvoitteelle annettiin hyvin konkreettinen merkitys, yhdenvertaisuuden vaatimusta tulkittiin kuntapohjaista mallia tiukemmin ja julkisten hallintotehtävien ulkorajat asemoitiin pitkälle sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamistehtävien piiriin. Näistä Sipilän hallituksen uudistuksen kontekstissa tehtyä tulkintaa voidaan ainakin asian havainnollistamisen vuoksi pitää harkintavaltaa kaventavana ja Marinin hallituksen uudistuksen kontekstissa tehtyä harkintavaltaa pysyttävänä, eli suoremmin aiempaan lausuntokäytäntöön nojautuvana.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön harkintavaltaa kaventava luonne ei siis ole kategorinen. Lisäksi osa perustuslakivaliokunnalle annetuista asiantuntijalausunnoista olisi perustuslakivaliokunnan kannaksi päätyessä kaventanut lainsäätäjän harkintavaltaa edelleen, jolloin ainakin näihin tulkintoihin päätyneet tutkijat voivat perustellusti haastaa toteamustani lausuntokäytännön harkintavaltaa kaventavasta luonteesta. Asia ilmenee osuvasti myös sosiaali- ja terveysministeriön tilaamista ”jälkiarvioista”, joiden kohteena olivat Sipilän hallituksen sote-uudistuksesta annetut perustuslakivaliokunnan lausunnot. Ministeriö pyysi arvioita erityisesti Marinin hallituksen sote-uudistuksen valmistelun tarpeisiin. Neljä lausunnon antanutta professoria, kaikki oikeustieteellisen tutkimuksen piirissä huomattavan arvostettuja ja myös lausuntojen kontekstia hyvin tuntevia, päätyivät toisistaan olennaisesti poikkeaviin arviointeihin. Näillä olisi jonkinlaiseksi vakiintuneeksi oikeustilaksi tai tulkinnaksi muodostuessaan ollut hyvin erilaisia vaikutuksia lainsäätäjän harkintavallan laajuuteen. Asiantuntijoista Lavapuro, Mäenpää ja Ojanen katsoivat, että Sipilän hallituksen valinnanvapausjärjestelmän perusratkaisut erosivat niin olennaisesti Marinin hallituksen suunnitteleman uudistuksen peruslähtökohdista, etteivät lausunnot sellaisenaan soveltuneet tuotantoon ja ostopalveluihin liittyvien kysymysten valtiosääntöoikeudelliseen arviointiin. Sen sijaan Tuori tulkitsi perustuslakivaliokunnan rajanneen enemmän tai vähemmän pysyvästi lainsäätäjän harkintavaltaa sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotannon tavoista.¹⁹ Tuorin mukaan oman tuotannon turvaamisesta piti säätää nimenomaisesti, kokonaisulkoistuksia ei voitu sallia eikä hoidontarpeen arviointia voitu tehdä ostopalveluissa.²⁰

Kaavion neljännen tason tavoitteena on visualisoida oikeudellisten ja poliittisten käytäntöjen todellisuutta tilanteissa, joissa lainsäätäjän harkintavaltaa on kaventunut. Kuviossa on pyritty antamaan visuaalinen esitys samanaikaisesti kahdelle ilmiölle, josta toinen on oikeudellinen epävarmuus, joka tulkinta-asetelman kannalta keskeisiin käsitteisiin ja rajanvetoihin liittyy, ja toinen se, että kansallinen lainsäätäjä ei välttämättä luovu harkintamarginaalistaan, vaikka se oikeudellisesti kaventuisikin olemattomiin tai erittäin kapeaksi. Tällainen harkintamarginaalin kaventuminen erittäin kapeaksi ei nähdäkseni ole myöskään demokratiaperiaatteen näkökulmasta terve tilanne – näin varsinkin, kun käsiteltävässä tulkinta-asetelmassa ei edes ole kyse perusoikeusjärjestelmän tai valtiosäännön ytimeen kajoavista kysymyksistä, vaan lopulta hallinnon järjestämisen ja julkisten palveluiden tuotantotavoista, joissa lainsäätäjällä ja myös operatiivisella hallinnolla tulisi lähtökohtaisesti olla harkintavaltaa yhteiskuntapoliittisesti perusteltujen vaihtoehtojen välillä. Kuviossa ”lainsäätäjän harkintavaltaa” on siksi sijoitettu unionin oikeuden ja kansallisen valtiosäännön päälle, hieman lomittain ja limittäin, sillä tällaisessa lainsäätäjän harkintavallan käytössä

19 Ks. osa II luku 4.1.3. Ks. myös Ojasen asiantuntijalausunto 2019; Mäenpään asiantuntijalausunto 2019; Lavapuron asiantuntijalausunto 2019; Tuorin asiantuntijalausunto 2019.

20 Tuorin asiantuntijalausunto 2019.

ei välttämättä ole kyse oikeudellisia rajoja tallovesta tai siihen välinpitämättömästi suhtautuvasta toiminnasta, vaan lainsäädännön läpiviennistä erisuuntaisten jännitteiden, epätäydellisten oikeudellisten tulkintojen ja oikeudellisten epävarmuuksien oloissa. Tällaisen lainsäädännön elementeistä osa voi muodostua mahdollisissa lainsäädännön pitävyyttä koettelevissa tuomioistuinprosesseissa tai valtioneuvoston päätöksissä ongelmalliseksi, mutta tämä ei ole varmaa tai yksiselitteistä. Kyse on jonkinlaisesta Lavapuron valtiosääntömanagerialismi-käsitettä löyhästi vastaavasta ilmiöstä.²¹ Hidén on oikeusministeriölle kirjoittamassaan perustuslain toimivuutta ja mahdollisia muutostarpeita koskevassa selvityksessä kuvannut, että luovuttaessa jostain lainsäädäntöhankkeesta perusteluksi voidaan esittää, että kyse oli perustuslain liian tiukoista reunaehdoista, vaikka perustuslakivaliokunnan lausunnon lopputulos tai ylipäätään asian arviointi perustuslain valossa olisi ollut selvästi epävarmaa. Eroa on esimerkiksi siinä, olisiko perustuslaki edellyttänyt hankkeen jonkin yksityiskohdan muokkaamista vai olisiko koko lainsäädäntöhankkeen keskeisten elementtien toteuttaminen ollut perustuslain reunaehtojen valossa ongelmallista.²²

Suomen ennakkollinen perustuslakikontrolli tai ylipäätään perustuslakiin kytkeytyvien lainsäätäjän harkintavallan rajojen havainnointi perustuu ainakin impliittisesti ajatukselle, jossa lainsäädäntöprosessin aikana ja viimeistään eduskunnan perustuslakivaliokunnassa tarkastellaan ja havaitaan enemmän tai vähemmän kaikki sellaiset perustuslakiin kytkeytyvät olennaiset rajat, jotka lainsäätäjää rajoittavat, vaikka ennakkollisessa kontrollissa ei tietenkään voida tunnistaa ehdotetun lainsäädännön kaikkia vaikutuksia yksittäisissä lainsoveltamistilanteissa. Samalla ennakkokontrollissa tulisivat arvioitavaksi myös sellaiset perustuslakinäkökohdat, jotka rajoittavat lainsäädäntöavaruuksien laajuutta, mutta joiden puitteisiin lainsäädäntöhankkeen toteutuminen kuitenkin asettuu. Todellisuutta kuitenkin lienee, että suomalainen perustuslakikontrolli ohittaa ajoittain ja mahdollisesti jopa toistuvasti relevantteja tarkasteluita ja näkökohtia sekä tekee lausuntokäytännössään virheitä.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä vaikuttaa piirtyvän tältä osin ainakin kolmenlaisia tilanteita. Ensinnäkin voi olla niin, että asiaa ei lähetetä lainkaan perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi, vaikka tähän olisi perustuslakikontrollin asianmukaisen toiminnan näkökulmasta tarve. Tällaisissa tilanteissa myös lainvalmistelun aikainen perustuslakinäkökohtien tunnistaminen voi olla puutteellista, jolloin perustuslakiin peilaava arviointi ohitetaan kokoaan. Toiseksi perustuslakikontrolli voi olla puutteellista siten, että valiokunta päätyy tulkintaan tai johtopäätökseen, jota voidaan pitää virheellisenä. Tällöin valiokunnan tulkinta esimerkiksi jonkun perusoikeuden sisällöstä tai ehdotetun lainsäädännön suhteesta siihen eroaa jonkinlaisesta hypoteettisesta ”oikeasta tulkinnasta” tai muusta oikeudellisesta arvi-

21 Ks. Lavapuro 2010a.

22 Ibid.

osta, johon valiokunnan lausuntoa tässä tarkastelussa peilataan.²³ Kolmantena ja edeltävistä poikkeavana kategoriana voidaan tunnistaa tilanteet, joissa perustuslakivaliokunta kyllä antaa lakiehdotuksesta lausunnon, mutta ohittaa tässä yhden tai useamman relevantin tarkastelunäkökulman kokonaan. Jonkinlaisina tämän kategorian alakategorioina voitaneet vielä tunnistaa erikseen tilanteet, joissa näkökulma on lainvalmisteluvaiheessa noussut esiin esimerkiksi säätämisyjärjestysperusteluissa tai valiokunnalle toimitetuissa asiantuntijalausunnoissa, mutta valiokunta on ohittanut nämä näkökohdat ainakin osin tietoisesti, sekä tilanteet, jossa näkökulmaa ei ole lainkaan tunnistettu lainvalmisteluvaiheissa, jolloin ohittamista voitaneet pitää tiedostamattomana.²⁴

Lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta perustuslakikontrolli ja sen mekanismit ovat edellä kuvatusti eräänlaisia oikeuden perusoikeudellistumisen välittäjäaineita, jotka tuovat valtiosäännön ja perusoikeuksien lainsäätäjän harkintavaltaa rajoittavat elementit yksittäisten lainsäädäntöhankkeiden tasolle. Toisaalta voidaan ajatella, että suomalaisen perusoikeuskontrollin mekanismeihin itsessään liittyä lainsäätäjän harkintavallan näkökulmasta merkityksellisiä tarkastelukulmia: perustuslain ennakkokontrolli on abstraktia, arvolatautunutta ja poliittisen prosessin kyljessä harjoitettavaa toimintaa, johon liittyy useita oikeudellisia mutta myös poliittisia näkökohtia. Perustuslakivaliokunnan kokoonpano, asiantuntijavalinnat, hallituksen esityksen valmistellut ministeriö, valiokunnan valiokuntaneuvoksen toiminta ja toisaalta valiokunnan kuormittunut työtilanne sekä aikapaine voivat kaikki vaikuttaa siihen, kuinka täsmälliseksi lainsäätäjän harkintavalta kulloisessakin yksittäisessä tulkintatilanteessa käytännössä muodostuu. Samoin ne oikeusteoreettiset

23 Tällaiseen kategoriaan lausuntoja sijoitettaessa on kuitenkin huomattava, että valiokunnan mahdollisuudet lausuntokäytännön muovaamiseen tai päivittämiseen ovat käytännössä muodostuneet verraten laajoiksi, eikä perusoikeuksien tulkinnasta abstraktissa ennakkokontrollissa ole kyse esimerkiksi tuomioistuinten lainsoveltamisen kaltaisesta toiminnasta, jossa virheitä voidaan paikantaa uskottavammin ja selkeämmin.

24 Esimerkiksi Rautiainen on kritisoinut perustuslakivaliokunnan toimintaa erityisesti koronapandemian aikaisten lausuntojen osalta, mutta myös laajemmin, ks. Rautiainen 2021a ja Rautiainen 2021b. Edellä kuvattuun liittyen on lisäksi huomattava, että myös perustuslakia koskevassa arvioinnissa on tietty raja, jonka alle asemoituvia tarkasteluja ei liene tarpeen tehdä lainkaan, ainakaan kattavien kirjallisten tarkasteluiden muodossa, eli luonnollisestikaan kaikkien perustuslakivaliokunnan tarkastelun välttävien lakiehdotusten kohdalla ei ole käsillä perustuslakikontrollin puute. Joissain tilanteissa perustuslakivaliokunta on myös nimenomaisesti todennut, että esitettävän lainsäädännön tarkastelu jonkin perusoikeuden näkökulmasta on ollut ylimitoitettua. Esimerkiksi tuoretta alkoholilain muutosta arvioidessaan valiokunta totesi, että hallituksen esityksessä esitetyt perustelut ovat suhteessa ehdotettuihin lainmuutoksiin varsin laajat ja niissä esitetyt arviot paikoin hyvin heikosti valtiosääntöisesti perusteltuja. Valiokunnan mukaan säätämisyjärjestystä koskevien perustelujen tulisi olla selkeitä ja keskittyä perustuslainmukaisuuden arvioinnin kannalta olennaiseen. Perustuslakivaliokunta arvioi esitystä vain perustuslain 18 §:n elinkeinovapauden ja 6 §:n yhdenvertaisuuden näkökulmasta, kun säätämisyjärjestysperusteluissa ehdotusta arvioitiin hyvin laveasti myös perustuslain 19 §:n 3 momentissa säädetyn julkisen vallan terveyden edistämismahdollisuuden, 20 §:n ympäristövastuusäännöksen ja 22 §:ssä säädetyn perusoikeuksien turvaamismahdollisuuden kannalta. Ks. PeVL 10/2024 vp, luku 2, ja vastaavasti PeVL 92/2022 vp, luku 4.

tai oikeuslähdeopilliset lähestymistavat, joista käsin arviointi tehdään, osaltaan määrittävät lainsäätäjän harkintavaltaa. On luultavaa, jos ei jopa varmaa, että nykyinen ennakkokontrollimme toimii joissain tilanteissa kattavammin, syvällisemmin ja kokonaisuutena paremmin kuin toisissa. Näin ajateltuna ei ole mahdotonta, että lainsäätäjälle jää joissain tilanteissa mahdollisuus viedä läpi myös perustuslain kanssa jännitteisiä lainsäädäntöratkaisuja. Toisaalta joissain muissa tilanteissa valiokunta voi päätyä lainsäätäjän tai pikemminkin lainvalmistelun näkökulmasta vaikeasti ennakoitavaan tulkintaan, joka rajaa harkintavaltaa ennakkoon ymmärrettyä täsmällisemmäksi. Vaikka perustuslain ja sen tulkintojen voisi ajatella olevan vakio, näin ei useinkaan ole, eikä sitä ole myöskään kyseisten tulkintojen välittyminen konkreettiseen lainsäädäntöprosessiin.

Siihen, että lainsäätäjän harkintavallan rajat ovat ainakin tämän tutkimuksen kontekstissa muodostuneet vahvasti perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ja unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä liittyy niin ikään olennainen demokratiaperiaatteeseen kytkeytyvä näkökohta. Sinänsä se, että jokin säädännäisen oikeuden normi saa konkreettisen sisältönsä vasta lainkäytössä, ei toki ole mitään uutta tai yllättävää. Osa säädännäisen oikeuden normeista jättää vain vähän mahdollisuuksia toisistaan poikkeaviin tulkintoihin, mutta toisten, avoimemmin kirjoitettujen normien kohdalla tällainen kilpailevien tulkintojen mahdollisuus ja tietty oikeudellinen epävarmuus on väistämätöntä, ja normin tulkinta vakiintuu lopulta erityisesti oikeuskäytännön ja sen johdonmukaisuuden myötä. Koska perustuslain ja unionin primäärioikeuden normit ovat luonteeltaan avoimia, on niiden tulkinnessa erityisesti sellaisessa kehitysvaiheessa, jossa normi ei vielä ole saanut konkreettista sisältöään perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä tai lainkäytössä, ollut huomattava määrä erilaisia potentiaalisia ja keskenään vaihtoehtoisia tulkintavaihtoehtoja. Kun oikeus- tai lausuntokäytäntöä on tullut lisää, tulkinnat ovat vakiintuneet. Kyse on kuitenkin monelta osin juuri tulkinnoista ja niiden johdonmukaisuuspyrkimyksen luomasta polkuriippuvuudesta, joka muodostaa lainsäätäjän harkintavallan rajan – ei perustuslain tai unionin primäärioikeuden sanamuodosta tai muusta säädännäisen oikeuden normista. Siihen nähden, että perustuslain tulkinnan ja demokratiaperiaatteen välillä vallitseva jännite on tunnistettu valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuksessa hyvin vakiintuneesti, on kiinnostavaa, että tällaista jännitettä ei useinkaan kirjoiteta auki perustuslakivaliokunnan lausunnoissa eikä myöskään perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituution puitteissa. Kaventavalla tulkinnalla esimerkiksi Marinin hallituksen uudistuksen kohdalla olisi ollut yhtäältä konkreettinen vaikutus uudistuksen etenemiseen ja siinä omaksuttuun säädösratkaisuun, mutta toisaalta laajemman omaisuuden suoja ja sopimusvapautta koskevan tulkintakäytännön osana tällaisella tulkinnalla olisi ollut omaisuuden suoja koskevan perusoikeuden suoja-alaa laajentava ja siten lainsäätäjän harkintavaltaa kaventava vaikutus.

Oman nyanssiansa oheisen dynamiikan arviointiin luo se, että oikeudellisessa tulkintatoiminnassa, varsinkaan perustuslain ja unionioikeuden vaikeiden rajan-

vetokysymysten kontekstissa, ei ole kyse yhteiskunnallisista arvostuksista vapaasta toiminnasta. Lienee varsin laajasti hyväksytty ajatus, että tulkitsijan – oli kyse sitten tuomarista, tutkijasta tai esimerkiksi lainvalmisteluvirkamiehestä – tulkin- tansa pohjaksi valitsemat dogmaattiset lähtökohdat väistämättä ohjaavat tulkintaa, vaikka tulkitsija onnistuneesti pyrkisikin irti esimerkiksi omista käsillä olevan lainsäädäntöratkaisun sisältöä koskevista arvostuksista. Niemi on todennut, että oikeussääntöjen perusteltu soveltaminen edellyttää niiden aineellisen perustan ymmärtämistä, jolloin sääntöjen, arvojen ja tavoitteiden – siis myös muiden kuin lainsäätäjän nimenomaisesti valitsemien arvoja ja tavoitteiden – välille muodos- tuu välttämätön yhteys.²⁵ Toisaalta oikeussääntöjen voimassaolon selittäminen arvoihin perustuvan ymmärtämisen kohteena heikentää lainopillisen tiedon ja siten välillisesti myös lainsoveltamisen objektiivisuutta. Niemen mukaan kysymys ei ole väitteen ja sen havaittavan kohteen eli objektin välisestä suhteesta tai tiedon objektin kuvaamisesta, vaan valtiossa voimassa olevien sääntöjen ymmärtämisestä.²⁶ Raitio on EU:n elpymisvälineen kontekstissa osuvasti kuvannut, kuinka erilaisilla tulkinnallisilla lähtökohdilla – esimerkiksi kielellisen, systemaattisen ja teleologisen tulkinnan erilaisilla painotuksilla – voidaan päätyä hyvin erilaisiin lopputuloksiin.²⁷ Koskenniemi on kuvannut, kuinka kansainvälisten sopimusten tulkinta poikkeaa eri soveltamiselimissä toisistaan ja todennut käytännön juristien tietävän, että oikeuskysymykseen saatu ratkaisu riippuu usein siitä, miltä elimeltä ratkaisua on pyydetty ja minkälaista asiantuntijuutta ratkaisun muodostamisessa arvostetaan.²⁸ Aarnio on pitänyt vallanjaon näkökulmasta huolestuttavana, jos perusoikeuksien ilmentävien arvojen määrittely tapahtuu oikeustieteen kentällä.²⁹ Aarnio on todennut, että jos jo tulkintavaihtoehtojen analyysiin tuodaan väljiä arvoargumentteja, ajaututaan tilanteeseen, jossa tulkitsijan perusoikeudelle antama arvosisältö sulkee pois muut hyvin perustellut vaihtoehdot.³⁰

Kun kysymys on lainsäätäjään kohdistuvien oikeudellisten rajojen vetämisestä, kohdistuu myös eri tulkinnallisten viitekehysten valintaan siis olennaisia demokra- tiaperiaatteeseen kohdistuvia kysymyksiä. Esimerkiksi juuri EU:n elpymisvälineen kohdalla Raitio totesi perustuslakivaliokunnan asiasta antamalle lausunnolle kriitti- sesti, että valiokunnan olisi ollut syytä noudattaa EU-oikeudellisissa tulkinnoissaan pidättyväisyyttä.³¹ Tuori on pohtinut, miten voidaan demokratian näkökulmasta

25 Niemi 2022, s. 1230.

26 Ibid.

27 Ks. Raitio 2021.

28 Koskenniemi 2022, s. 1028: Koskenniemi viittaa kansainvälisten sopimusten osalta erityisesti hänen johdolla YK:n piirissä tehtyyn työhön, jossa kansainvälisten sopimusten keskenään ristiriitaisiin tulkin- toihin pyrittiin löytämään ratkaisuja (Koskenniemi 2006).

29 Aarnio 2014, s. 260–264.

30 Ibid., s. 263.

31 Ibid., s. 696.

oikeuttaa se, että tuomarit ja oikeustieteilijät lakien tulkinnalla ja oikeusnormien systematisoinnilla ikään kuin jatkavat, osin ehkä ”korjaavatkin”, demokraattisesti valitun lainsäätäjän työtä.³² Koskenniemi on puolestaan kuvannut, kuinka oikeuden tarkoituksena ei ole korvata poliittista yhteisöä, vaan pitää sitä yllä. Koskenniemen mukaan käytännöllinen lainoppi tulee osaksi sitä maailmaa, jota se tulkitsee kehystämällä vallankäytön yhteisön pyrkimysten, tahdon, historian tai siinä tehtyjen sopimusten mukaiseksi.³³ Koskenniemen mukaan oikeustiede ei ole tekniikka, jolla kunkin ongelman ytimeistä haettaisiin siellä jo valmiina odottava oikea ratkaisu:

[Oikeustiede] on perustelemisen tiedettä, joka pyrkii tuottamaan uskottavia kertomuksia tulkittavasta normimateriaalista poliittisen yhteisön päättäjiä varten. Näillä kertomuksilla päätös sidotaan osaksi sellaista arvoja tai tavoitteita sisältävää maailmankuvaa, joka puhuttelee yhteisön jäseniä ja jonka nämä tuntevat omakseen. Se ei ole välttämätön tai ehdottoman tosi. Perustelua ei voi todentaa vaikkapa kastamalla se johonkin happoon. Päätös on mitä se on, vallankäyttöä. Mutta käytännön oikeustieteen kertomukset kuvaavat (tulkitsevat, kehystävät) vallankäytön laillisen auktoriteetin heijastukseksi.³⁴

Rajanveto lainsäätäjän ja lainkäytön työnjaon välillä ei siis ole oikeusvaltiossa aivan yksinkertaista.³⁵ Hirvonen on todennut, että konstituoitu valta paikkaa konstituoivan vallan puutetta muuttamalla itsensä konstituoivaksi vallaksi, kuten EU:n tuomioistuin on tehnyt.³⁶ Toisaalta asetelma on kuvattavissa myös niin, että yksittäisessä laintulkintatilanteessa tuomioistuin hakee ratkaisun elementit oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta, joka voi antaa tulkintatilanteeseen joko ilmeisiä tai vaikeammin havaittavia elementtejä, joista jälkimmäisessä tilanteessa tuomioistuimen tulkintarooli korostuu. Kiista voidaan kehystää esimerkiksi Hartin ja Dworkinin teorioiden kautta, joissa lainkäytön rooli hahmottuu vaikeissa tulkintakysymyksissä keskenään hyvin erilaiseksi. Oletetaanko ratkaisupakon kahlitsemalle lainkäytölle Hartin tapaan vapaan harkinnan alue, jos oikeuslähteistä ei vastausta ole löydettävissä, vai ajatellaanko Dworkinin Herkules-metaforan mukaan oikeusjärjestys kyvykkääksi tarjoamaan yhden oikean ratkaisun jokaiseen tulkintakysymykseen?³⁷ Erottelu on jossain määrin keinotekoinen, sillä sekä perustuslain että unionioikeuden löytyy myös huomattavasti nyanssoidumpia tulkinnallisia kehikoita.³⁸ Klami on puolestaan ainakin Pezzenikin tuotannossa esiintyviin hahmotelmiin nojautuen

32 Tuori 2013, s. 139.

33 Koskenniemi 2022, s. 1028.

34 Ibid., s. 1028–1029.

35 Ks. oikeusvaltion määrittelystä mm. Raitio 2017b.

36 Hirvonen 2021, s. 328.

37 Hart 1997; Dworkin 1977; Dworkin 1986. Ks. myös Tuori 2000; Lavapuro 2010a.

38 Ks. unionioikeuden osalta mm. Raitio 2003 ja Raitio 2017a, mm. Bielefelder Kreis -tutkijaryhmän tuotantoon kiinnittyvät osat s. 108–120.

sekä erityisesti EU-integraation ja eri jäsenvaltioiden oikeuskulttuurien kontekstissa kuvannut, kuinka oikeuskulttuureita ja oikeusjärjestyksiä voidaan asemoida vastinpareiksi sen pohjalta, miten ne suhteutuvat oikeudellisen argumentaation keskeiskysymyksiin. Klamin hahmottelemia vastinpareja ovat säädännäisoikeus ja tuomarioikeus, kirjaintulkinta ja vapaa tulkinta, auktoriteettiargumentit ja asia-argumentit, ”all things considered” ja ei nimenomaisia perusteluja sekä kysymykset ennakkotapausten sitovuudesta, esitöiden sitovuudesta ja tuomioistuinten oikeuspolitiikan läsnäolosta.³⁹ Klami kuvaa asetelmaa erityisesti oikeusvertailun tekniikkana, mutta oikeuskulttuurin eri piirteissä on kyse keskeisellä tavalla myös vallasta lainsäätäjän ja tuomioistuinten välisessä suhteessa: säädännäisoikeutta, kirjaintulkintaa, ennakkotapausten heikkoa sitovuutta, esitöiden vahvaa sitovuutta ja tuomioistuinten heikkoa oikeuspolitiikkaa painottavassa oikeuskulttuurissa oikeudellista argumentaatiota voidaan ajatella rakennettavan tavalla, joka pysyttää oikeudellista valtaa lainsäätäjän käsissä. Päinvastaiset oikeuskulttuuriset elementit taas siirtäisivät valtaa lainsäätäjällä lainsoveltajalle, erityisesti tuomioistuihin. Tästä näkökulmasta suomalainen oikeuskulttuuri on perinteisesti pysyttänyt valtaa vahvasti lainsäätäjän käsissä ja muun muassa esityöt saavat oikeuslähdeopillisesti hyvin vahvan aseman, mutta ei nähdäkseni ole kokonaan selvää, onko tämä dynamiikka yhtä läsnä perustuslain tulkinnan sekä unionioikeuden kohdalla.

Tämän tutkimuksen puitteissa tehtyjä tulkinnallisia sitoumuksia on määritelty ja perusteltu Johdanto-osiossa. Toisenlaisella lähestymistavalla myös tämän tutkimuksen tulokset ja eri substanssiluvuissa tehdyt tulkinnat voisivat näyttää erilaisilta. Myös konkreettisissa tulkintakysymyksissä voitaisiin erilaisten tulkinnallisten ja oikeuslähdeopillisten lähtökohtien sekä oikeuden, lainsäätäjän, poliittisen ja oikeudellisen vallan hahmotusten kautta päätyä erilaisiin lopputuloksiin, joita ei niiden keskinäisistä poikkeavuuksistaan huolimatta voitaisi pitää yksiselitteisen väärinä tai oikeina, vaan lähinnä paremmin tai heikommin perusteltuina. Sama dynamiikka pätee tämän tutkimuksen lisäksi luonnollisesti myös muuhun valtiosääntö- ja unionioikeudelliseen tutkimukseen.

Oikeustieteen tulkinnallisten lähtökohtien lisäksi kyse voi olla myös demokraatiakäsityksestä: esimerkiksi Lavapuro käsittelee väitöskirjassaan laajasti deliberaatiivista demokratiaa, kun taas tämä tutkimus voitane hahmottaa muun muassa Kelsenin ja Rossin ajatuksia lähenevän Jääskisen toteamuksen kautta, jonka mukaisesti demokratian taustalla olevia arvoja ovat yksilön vapaus ja siihen liittyvä tasa-arvoisuus yhteiskunnallisena subjektina ja ”jossa demokraattinen enemmistöperiaate maksimoi yksilön autonomiaa tilanteessa, jossa kollektiivinen päätöksenteko on välttämätöntä”.⁴⁰ Lähestymistapa, joka rikkoo tutkimusongelman määrittelyssä tämän tutkimuksen intressien ulkopuolelle rajatun demokratian ”mustan laatikon”

39 Klami 1992, s. 843–844.

40 Jääskinen 2004, s. 106.

seinämät ja kulkeutuu sen sisälle tarkastelemaan demokraattisten prosessien tuloksena syntyneen lainsäädännön lisäksi myös demokraattisia prosesseja itsessään, voi osaltaan tuoda nyansseja myös tässä tutkimuksessa käsiteltyihin tulkintakysymyksiin. Kysymys eri oikeusteoreettisten sitoumusten, tulkinnallisten lähtökohtien ja jopa demokratiakäsityksen vaikutuksista perustuslain ja unionioikeuden tulkintaan – sekä näiden vaihtoehtoisten lähestymistapojen vaikutuksista lainsäätäjän harkintavaltaan – jää pitkälti jatkotutkimuksena asiaksi, mutta on tutkimustehtävänä hyvin relevantti.

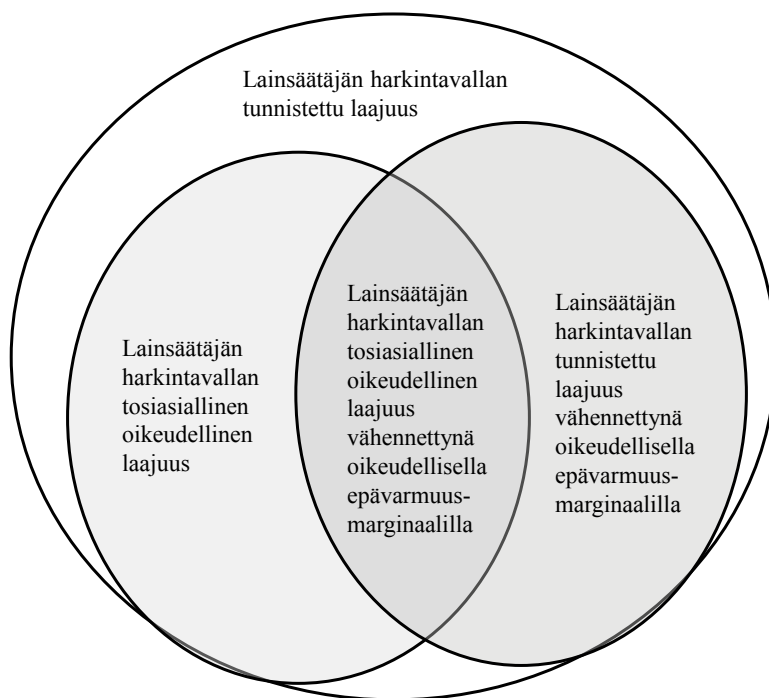
Vaikka kysymykset lainsäätäjän ja perustuslain välisestä suhteesta ovat muun muassa Lavapuron osoittamalla tavalla läsnä useissa eri perustuslakikontrollin institutionaalisissa ratkaisuisa, kuuluu suomalaisen ennakkokontrollin erityispiirteisiin säännönmukaisesti ja ennen lakiehdotuksen hyväksymistä annettava in abstracto -ratkaisu lakiehdotuksen hyväksyttävyydestä.⁴¹ Mallilla on monia sitä puoltavia perusteita, mutta mallissa lainsäätäjän harkintavallan ja perustuslain välinen jännite konkretisoituu tavalla, joka on hyvin näkyvä ja myös altis konflikteille. Voidaan myös ajatella, että perustuslakivaliokunnan käyttämän asiantuntijakuulemisista, lausuntoluonnoksesta, maallikkojäsenistä ja ylipäätään kovan aikapaineen alla tapahtuvasta valiokunnan käsittelystä muodostuvan prosessin kyky muodostaa valiokunnan kannanottoja perustelevaa oikeudellista argumentaatiota on tuomioistuinprosessia jossain määrin heikompi. Tällöin myös perustuslakivaliokunnan ennakkollisen perustuslakikontrollin lopputuloksia voi olla tuomioistuinprosessia vaikeampi ennakoida. Mielestäni uskottava ja looginen tutkimuksen pohjalta annettava selitys sille, miksi lainsäätäjällä on näennäisesti jopa laajalta näyttäytyvästä harkintavallasta huolimatta vaikeuksia lakihankkeiden läpiviennissä, liittyy yhtäältä juuri oikeudellisen epävarmuuden lainsäätäjän harkintavaltaa kaventavaan vaikutukseen ja toisaalta ennakkollisen perustuslakikontrollin eräänlaiseen tuomioistuinprosessia suurempaan avoimuuteen myös uusille ja yllättäville argumenteille ja tulkinnoille. Osaltaan arviointiin kytkeytyy myös se, että perustuslakivaliokunnan lausuntojen oikeuslähdeopillinen luonne on vaikeasti täsmennettävä, ja vaikka niiden välitön vaikutus kohdistuu vain käsittelyssä olevaan lainsäädäntöhankkeeseen, lausunnoilla on vahva tosiasiallinen rooli myös muuta lainvalmistelua ohjaavina ja laajemmin lainsäätäjän harkintavaltaa tosiasiallisesti rajaavina oikeusohjeina. Voitaneeko jopa todeta, että lausuntoluonnosten tosiasiallisessa oikeuslähdeasemassa on yhtymäpintoja angloamerikkalaiseen *case law* -ajatteluun. Kyse on siis melko monen suuntaisesta epämääräisyydestä.

Edellä kuvatun lainsäätäjän epävarmuusmarginaalia koskevan argumentaation pohjalta lainsäätäjän harkintavallan muodostumista voidaan vielä erikseen käsitteellistää niin, että jonkin lainsäädännön valmistelussa tunnistettua, perustuslakivaliokunnan aiemman lausuntokäytännön ja muiden oikeuslähteiden kautta tehdyn

41 Ks. Lavapuro 2010a.

tulkinnan pohjalta muodostuvaa kehää kutsutaan *lainsäätäjän harkintavallan tunnistetuksi laajuudeksi*. Tästä erillisenä olisi lisäksi *lainsäätäjän harkintavallan tosiasiallinen oikeudellinen laajuus*, joka muodostuu perustuslakivaliokunnan antaessa lausuntonsa valmistellusta lakiehdotuksesta. Tämä tulkinta voi ulkopuolisen tarkkailijan arvion mukaan olla enemmän tai vähemmän perusteltu, mutta se joka tapauksessa määrittää lainsäätäjän liikkumatilan kyseisessä asiassa. Lisäksi laajuus voi olla yhteensopiva tai jopa identtinen ennakkollisesti tunnistetun harkintavallan laajuuden kanssa, tai se voi olla tätä kapeampi, kuten oheiseen kuvioon on piirretty.

Edellä kuvatusti monissa lainsäädäntöhankkeissa harkintavallan de facto rajaksi voi kuitenkin muodostua *lainsäätäjän harkintavallan tunnistettu laajuus vähennettynä oikeudellisella epävarmuusmarginaalilla*. Näin voi tapahtua, kun harkintavaltaa rajaavien normien täsmällisistä ulkorajoista on oikeudellista epävarmuutta tai ainakin kilpailevia tulkintoja. Varmistaakseen lainsäädännön läpäisevän ennakkollisen perustuslakikontrollin, tulkintavaihtoehtoista valitaan lainvalmisteluvaiheen tarpeisiin se, joka toteuttaa perustuslain vaatimuksia parhaiten, mutta toisaalta kaventaa lainsäätäjän harkintavaltaa.



Kuvio 10. Lainsäätäjän harkintavallan kehät.

Kun harkintavaltaa ja sen tunnistamiskykyyn kytkeytyviä ilmiöitä tarkastellaan rinnakkain, voidaan lisäksi tunnistaa neljäs kategoria, eli *lainsäätäjän harkintavallan tosiasiallinen oikeudellinen laajuus vähennettynä oikeudellisella epävarmuusmarginaalilla*. Kategorian voidaan ajatella syntyvän, kun ensin lainsäädäntöratkaisut valmisteluvaiheessa suunnitellaan niin, että ne epävarmuusmarginaali-ajattelun mukaisesti ylittävät tunnistetut perustuslain vaatimukset, minkä lisäksi perustuslakivaliokunnan harjoittaman ennakkokontrollin kautta lainsäätäjän harkintavalta palautetaan sen ennakkoon tunnistetusta laajuudesta sen tosiasialliseen oikeudelliseen laajuuteen. Käytännössä kyse on tällöin siitä, että perustuslakivaliokunta edellyttää joidenkin lakiehdotuksen elementtien muuttamista.⁴² Perustuslakivaliokunnan ponsilausumissa konkretisoituva tosiasiallisen ja tunnistetun harkintavallan välinen kuilu, varsinkin jos se on erityisen suuri, taas voi ajaa lainsäätäjän tai usein pikemminkin valtioneuvoston käytännöllisiin vaikeuksiin, kun jo valituista ja hallituksen esityksen muodossa eduskuntaan viedyistä lainsäädäntöratkaisuksista joudutaan peruuttamaan.

Edellä kuvattu argumentaatio ja sen pohjalta tehty käsitteellistys on eittämättä hyvin epätäydellistä ja karrikoitua, eikä mikään kuvatuista ilmiöistä ole luonteeltaan vakio. Joissakin lainsäädäntöhankkeissa harkintavallan tunnistettu laajuus voi vastata hyvinkin tarkasti sen tosiasiallista oikeudellista laajuutta. Samoin epävarmuusmarginaalia ei liene mahdollista paikantaa kaikista lainsäädäntöhankkeista, vaan jossain tapauksissa lainsäädäntöratkaisut voidaan suunnitella hyvinkin täsmällisesti perustuslain minimitasolle tai ottaa tietoinen riski siitä, että sääntelyä joudutaan perustuslakivaliokunnan lausunnon myötä muuttamaan. Käsitteellistyksellä on kuitenkin tiettyä arvoa, sillä sen kautta voidaan hahmottaa eri lainsäätäjän harkintavallan elementtejä ja osallistua oikeuden perusoikeudellistumista sekä eurooppalaistumista ja politiikan oikeudellistumista koskevaan keskusteluun. Hahmotuksen kautta voidaan jopa päästä eteenpäin keskustelusta, jossa yhtäältä todetaan lainsäätäjän harkintavallan olevan melko laajaa – kuten tämän tutkimuksen lainopillisen tarkastelun myötä voitaisiin sote-palveluiden yksityistämisen ja ulkoistamisen osalta ainakin joltain osin todeta – mutta toisaalta tunnistetaan, että todellisen elämän lainsäädäntöhankkeissa lainsäätäjällä on ajoittain ollut merkittäviä hankaluuksia saada säädettyä tällaista poliittista tavoitetta toteuttavia lainsäädäntöratkaisuja.

Mielestäni juuri oikeudellisen epävarmuuden, lainvalmisteluvaiheessa otettavan epävarmuusmarginaalin ja harkintavallan eri ”kehien” kautta pystytään käsitteellistämään paremmin, mistä on kussakin tilanteessa sellaisessa tilanteessa, joissa perustuslain on todettu ”estäneen” jonkin lainsäädäntöratkaisun toteuttamisen. Onko

42 Toki voidaan argumentoida, että epävarmuusmarginaalin kautta lainsäädäntöratkaisut on mahdollisesti jo suunniteltu tosiasiallisen harkintavallan laajuuden tasolle, vaikka sitä ei vielä olisikaan tunnistettu, mutta toisaalta epävarmuusmarginaalia on voitu ottaa myös aivan toisissa kysymyksissä kuin niissä, joihin perustuslakivaliokunta arvioinnissaan kiinnittyy.

harkintavalta tunnistettu lainvalmisteluvaiheessa väärin, esimerkiksi liian kapeaksi tai liiallinen epävarmuusmarginaali tulkintoihin laskien? Tällöin lainvalmisteluvaiheessa ei ole edes pyritty hahmottelemaan lainsäädäntöä jonkin poliittisen tavoitteen mukaisesti, vaikka perustuslakivaliokunta olisi sen mukaisesti valmistellun lakiehdotuksen voinut hyväksyä ja tuomioistuimet sitä mutkattomasti soveltaa. Tällöin poliittisen tavoitteen voidaan sinänsä esimerkiksi poliittisen johdon näkökulmasta katsoa ”törmänneen perustuslakiin”, koska lainvalmisteluvaiheessa se todettiin – tässä esimerkissä siis virheellisesti – mahdottomaksi, eikä poliittisen tavoitteen mukaista lainsäädäntöä edes valmistelu. Konkreettisesti ”törmäys” kuitenkin kohdistui lainvalmisteluvaiheessa perustuslaista tehtyyn virheelliseen tulkintaan, joka ei vastannut lainsäätäjän harkintavallan tosiasiallista oikeudellista laajuutta.

Kuvatus mekanismin lisäksi mahdollista on myös se, että harkintavalta on päinvastoin tunnistettu liian laajaksi. Myös tämä voi lopulta kaventaa lainsäätäjän harkintavaltaa, mikäli harkintavallan tunnistetun laajuuden ja perustuslakivaliokunnan lausunnon myötä täsmentyneen tosiasiallisen laajuuden välinen kuilu on niin suuri, että lainsäädäntö on suunniteltu alkujaankin väärille urille, eikä sen korjaaminen enää myöhemmässä vaiheessa onnistu, vaan valmistelu on aloitettava enemmän tai vähemmän alusta. Relevantti kysymys näissä tilanteissa kuitenkin on, olisiko samat poliittiset tavoitteet toteuttavan lainsäädännön säätäminen ollut mahdollista, jos harkintavallan rajat olisi tunnistettu oikein ja lainsäädäntö olisi valmistelu niiden mukaisesti. Olisiko samaan lopputulokseen voitu päästä jollain muulla, poliittisen tavoitteen ja perustuslain reunaehdot samanaikaisesti täyttävällä säädösratkaisulla? Myös tällöin poliittisen tavoitteen voidaan väittää ”törmänneen” perustuslakiin, mutta tarkemmin määriteltynä törmäys kohdistuu perustuslaista lainvalmisteluvaiheessa tehtyyn tulkintaan, joka ei vastannut perustuslakivaliokunnan lausunnoissa myöhemmin täsmentynyttä lainsäätäjän harkintavallan tosiasiallista oikeudellista laajuutta.

Nähdäkseni Juha Sipilän hallituksen sote-uudistusesitys voidaan asettaa juuri ensimmäiseen kategoriaan, eli käsillä oli tilanne, jossa lainsäätäjälle lainvalmisteluvaiheessa tunnistettu harkintavalta oli tosiasiallista, perustuslakivaliokunnan lausunnoissa konkretisoitunutta harkintavaltaa laajempaa, ja koko uudistus ajautui tämän ”kuilun” myötä ongelmiin. Kuitenkin valinnanvapausmalli ja maakuntauudistus olisi molemmat voitu säätää, vaikkei välttämättä samassa muodossa ja aikataulussa kuin alkujaan suunniteltiin, jos valmisteluvaiheessa eri reunaehdot olisi kyetty havaitsemaan tarkemmin ja uudistus suunnittelemaan paremmin niiden puitteisiin. Tällöin siis lainsäätäjän tunnistettu ja tosiasiallinen harkintavalta olisivat vastanneet lähemmin toisiaan. Uudistus ”törmäsi” perustuslakiin, mutta myös tähän dynamiikkaan. Toisaalta Marinin sote-uudistus lienee ainakin yksityisen tuotannon roolia koskevien säännöstensä osalta päinvastainen esimerkki, kun perustuslaista tehtiin varsin rajaava ja Sipilän hallituksen esityksestä annetut lausunnot kategorisina oikeusohjeina ottava tulkinta. Perustuslakivaliokunnan sote-uudistuksesta antamasta

lausunnosta voidaan jopa aivan poikkeuksellisella tavalla havaita, että valiokunta olisi hyväksynyt myös löyhemmän sääntelyn. Myös tällaisessa asetelmassa tavoite yksityisen tuotannon vahvemmasta roolista – sikäli kun sellainen Marinin hallituksella oli tai olisi ollut – ”törmäisi perustuslakiin” jo lainvalmisteluvaiheessa, kun tulkinnat ja epävarmuusmarginaali rajaisivat sen mahdollisten lainsäädäntöratkaisujen ulkopuolelle.

Esimerkkien ja käsitteellistykseen kautta voidaan näin havaita, että perustuslakiin kohdistuvassa kritiikissä, esimerkiksi väitteissä ylituokasta tulkinnasta, uudistusten rajoittamisesta tai ”fundamentalismista”, ei aina ole kyse juuri perustuslain auktoriteetiviseen tulkintaan – siis perustuslakivaliokuntaan ja tuomioistuinten tulkintakäytäntöön – kytkeytyvästä kritiikistä, vaan yhteiskunnallisen päätöksenteon piirissä toimivien kokemista tosiasiallisista vaikeuksista viedä läpi lainsäädäntöhankkeita. Näitä vaikeuksia voidaan selittää perustuslaista syntyvien, lainsäätäjää rajaavien reunaehtoien lisäksi muun muassa yllä kuvatuilla mekanismeilla.

2. Keskustelua

2.1. Perusoikeudellistuminen ja vieteriukot

Tämän tutkimuksen eräänlainen tausta-ajatus on ollut, että oikeuden perusoikeudellistumista ja perustuslakikontrollia, osin myös oikeuden eurooppalaistumista, koskevassa keskustelua tarkastelua pitäisi sinänsä hyvin arvokkaan oikeusteoreettisemmän lähestymistavan lisäksi viedä konkreettisten tarkasteluasetelmien tasolle. Lähestymistapaan ohjasi osaltaan se, että oli mielestäni sekä yllättävää että kiehtovaa, miten monimutkaiseksi oikeudellispoliittiseksi sotkuksi Juha Sipilän hallituksen yritys säätää maahan uusi sosiaali- ja terveystalv palvelujärjestelmä muodostui. Toisaalta tämä sekä eräät muut kokemukset tilanteista, joissa parlamentaarisen enemmistön, tai konkreettisemmin sellaisen tukea nauttivan hallituksen, tavoite jostakin lainsäädäntömuutoksesta ajautui ennakkolisessa perustuslakikontrollissa ongelmiin, loivat ristiriidan yhtäältä arjessa koetun ja toisaalta oikeuskirjallisuudessa luetun välille. Kun toisaalta esitettiin sinänsä perustelluilta tuntuvia väitteitä, joiden mukaan haasteeksi voidaan paikantaa pikemminkin perus- ja ihmisoikeuskulttuurin puutteellinen läpäisy oikeusjärjestyksessä, ja kun taas toisaalta omien arjen havaintojeni perusteella ennakkokontrolli todella tuntui edellyttävän lainsäätäjältä hyvin monenlaisia ja luonteeltaan erimittaisia asioita, asemoitui tutkimuksen tavoitteeksi eräällä tavalla tämän ristiriidan elementtien paikantaminen ja selittäminen. Tässä ”tausta-ajatuksessaan”, joka siis ei luonnollisestikaan ole tutkimuksen varsinainen tutkimuskysymys tai -asetelma, tutkimus onnistuu osittain. Selittämättä jää kuitenkin useita tutkimusasetelman ulkopuolelle rajautuneita seikkoja, joita pohdin vielä lyhyesti näin tutkimuksen lopuksi. En esitä näitä pohdintoja tutkimuksen tuloksina.

Oikeuden perusoikeudellistumista ja demokratiaperiaatetta koskevaa keskustelua on oikeustieteen piirissä käyty myös yksityisoikeuden, esimerkiksi varallisuus oikeuden ja sopimusoikeuden, piirissä.⁴³ Karhu on esittänyt, että varallisuus oikeutta voidaan systematisoida perusoikeuspohjaisesti ja että tarvittava oikeudellinen aines muun muassa varallisuussuhteiden oikeudenmukaisuuden arviointiin löydetään perusoikeusjärjestelmästä.⁴⁴ Karhun mukaan elämme oikeudellisen pluralismin aikakautta, joka aiheuttaa haasteen polysentriseksi muodostuvan oikeuslähteopin yhtenäisyyden varmistamiselle ja siten ei-oikeudellisen sijaan oikeudelliseksi katsottavien argumenttien piiriin määrittelylle – eräänlaiselle oikeuslähteopin sisäiselle

43 Ks. teemasta myös mm. Norr 2018 ja Norr 2019.

44 Pöyhönen 2003a, s. 87.

koherenssille.⁴⁵ Ratkaisuksi poliittisen järjestelmän ja muiden oikeudellisen sääntelyn taustatekijöiden tuottaman formaalin koherenssin heikentymiseen Karhu tarjoaa perus- ja ihmisoikeuksien oikeuslähdeaseman vahvistumista, eli formaalin koherenssin korvaamista substantiaalisella koherenssilla.⁴⁶

Perus- ja ihmisoikeudet ilmentävät sekä yksittäisinä normeina että järjestelmänä kaiken oikeudellisen sääntelyn viimekätisiä arvoja ja tavoitteita. Nämä arvot ja tavoitteet muodostavat yleisen lähtökohdan tunnistaa ja arvioida sisällöllisten näkökohtien merkitystä kaikessa oikeudessa.⁴⁷

Toisaalta osa tutkijoista on kyseenalaistanut perusoikeusjärjestelmän kykyä tarjota varallisoikeudelliseen argumentointiin riittävää täsmällisyyttä.⁴⁸ Perustuslain tulkintaa on monesti pidetty epätasällisena, vaikeana ja ennakoimattomana. On puhuttu Wilhelmssonia mukaillen mutta poikkeavassa kontekstissa jopa perustuslain tulkinnan ”vieteriukkoteoriasta”, jonka kautta on pyritty havainnollistamaan perusoikeuksilla argumentoinnin yllättäviä lopputuloksia.⁴⁹ Raitio on arvioinut perinteisen analyttisen oikeustieteen laintulkintatradition ainakin jossain määrin ajautuneen törmäyskurssille äärimmilleen viedyn perusoikeusmyönteisen lain-tulkinnan kanssa.⁵⁰ Raitio on todennut jakavansa huolen siitä, että perusoikeusmyönteisen laintulkinnan ylikorostus voi pahimmillaan johtaa arveluttavaan ja osin oikeudellisen ratkaisutoiminnan oikeusvarmuutta vaarantavaan tulkintaan, jonka mukaisesti perus- tai ihmisoikeuteen vetoamalla voidaan syrjäyttää tietyn oikeudenalan vakiintunut oikeuslähdeoppi.⁵¹

Perusoikeudellistumiseen on liitetty myös lukuisia muita piirteitä, eikä perspektiivi suinkaan ole aina ollut kriittinen – ainakaan siihen suuntaan, että perustuslain säännösten ja perusoikeuksien rooli olisi oikeudessa ja yhteiskunnassa ylikorostunut.⁵² Tuori ja Kotkas ovat todenneet, että perusoikeudet saivat alkujaan merkitystä erityisesti yksityisen vertikaalisessa suhteessa julkiseen valtaan, mutta tästä

45 Karhu 2020, s. 1021.

46 Karhu 2020, s. 1021.

47 Karhu 2020, s. 1021.

48 Aarnio 2002; Paasto 2004, s. 123–144; Helin 2012, s. 11–30; Viljanen 2012, s. 288.

49 Helin 2012; Ks. alkuperäisestä termin merkityssisällöstä Wilhelmsson 1997, s. 359.

50 Raitio 2014, s. 525.

51 Raitio 2014, s. 525. Raitio viittaa tältä osin Helinin aiemmin esittämään kritiikkiin.

52 Ks. perusoikeuksien ”riittämätöntä” roolia koskevasta kritiikistä esimerkiksi Lavapuro 2010a. Lavapuron *Lectio praecursoria*sta: ”Väitän, että aiemman tutkimuksen toistama puhe perus- ja ihmisoikeuksien murroksesta ja valtiosääntöistymisestä on ainakin osin ollut katteetonta. Tutkimukseni näkökulmasta konkreettisia oikeudellisia käytäntöjä hallitsee edelleen merkittävältä osin perinteinen, perus- ja ihmisoikeusmurrosta edeltänyt valtiosääntödoktriini. Vaikka yksilön oikeuksiin viitataan oikeudellisissa käytännöissä varsin usein, erityisesti kiperissä tulkintatilanteissa vaakakuppi näyttää edelleenkin kääntyvän ikään kuin oletusarvoisesti demokraattisen lainsäätäjän suvereenisuutta korostavien näkökohtien hyväksi. – Jokaiselle taatut oikeudet ovat Suomessa sisällöltään vieläkin viimekädessä alisteisia niille päämäärille, joita lainsäätäjä katsoo valitsemillaan keinoilla kulloinkin tarpeelliseksi edistää tai joiden toteuttamista poliittisen todellisuuden katsotaan muutoin edellyttävän.” (Lavapuro 2011, s. 786–787).

huolimatta voidaan heidän mukaansa perustella kantaa, jonka mukaan perusoikeuksien yksityisten välinen horisontaalinen vaikutus loogisesti edeltää vertikaalista vaikutusta. Tuorin ja Kotkaksen mukaan näin on siksi, että kansalaisten on ensin tunnustettava perusoikeudet toinen toisilleen, jotta ne voidaan mieltää ja muuntaa kansalaisten ja julkisen vallan suhteissa vaikuttaviksi normeiksi.⁵³ Tietyistä perusteistaan huolimatta tämä katsantokanta ohittaa sen tosiasian, että kansalaiset voivat aivan hyvin tunnustaa perusoikeudet toinen toiselleen vain vertikaalisessa suhteessa. Horisontaalisuhteen tunnustaminen ei ole edellytys vertikaalisuhteen tunnustamiselle eikä se ole sitä myöskään tosiasiallisesti edeltänyt.

Helin rakentaa perusoikeuksien horisontaalivaikutuksille kriittistä argumentaatiotaan muun muassa sen varaan, että perusoikeusuudistusesityksessä ajatus tällaisesta perusoikeuksien vaikutuksesta mainitaan hyvin lyhyesti ja yleispiirteisesti.⁵⁴ Helinin mukaan esitöiden harvalukuisten horisontaalivaikutukseen viittaavien muotoilujen lisäksi myös muun muassa lähes yksinomaan valtiosääntöasiantuntijoista koostuneiden valmisteluryhmien kokoonpano viittaa siihen, että perusoikeuksien horisontaalivaikutuksessa on kyse vain perusoikeusdiskurssissa luodusta rakennelmasta.⁵⁵ Paasto on karrikoinut, että Karhun *Uusi varallisuus-oikeus* -teoksessaan esittämässä ajattelumallissa jokainen olisi perusoikeuksien haltijana kaikessa käyttäytymisessään velvollinen huolehtimaan siitä, että muiden toimintamahdollisuudet toteutuvat, ja oikeuden kenttä kattaisi kaiken elämisen.⁵⁶

Onko tässä vaaraa tai uhkakuvia? Minusta on – vaikka [Karhu] epäilemättä sanoisi, että se sinällään, että kussakin toimintaympäristössä tulee aina vasta konkreettisesti arvioitavaksi se, minkälaisia positioita eri intressitahoilla on ja mitä toiminnasta seuraa, ei olisi mikään epäkohta, koska vastuita asettuu vain sellaisesta toiminnasta taikka toiminnassa mukana olemisesta, josta on joitakin seurauksia muiden asemaan nähden. Minä kuitenkin haluan puolustaa sellaista nykyisin vanhanaikaiselta kuulostavaa kantaa, että oikeudellisen sääntelyn alue pitää olla selkeästi määritelty, mieluummin kapea kuin leveä.⁵⁷

Yksityisoikeuden tutkijoiden esittämä kritiikki osuu vain osin tämän tutkimuksen tiedonintressien piiriin, sillä tutkimus on kiinnostunut erityisesti lainsäätäjän suhteesta lainsäätäjää rajoittaviin oikeudellisiin rajoihin, ei perusoikeuksien vaikutuksista yksityisten välisissä suhteissa. Myös itse kritiikki suuntautuu keskeisesti juuri perusoikeuksien horisontaalivaikutukseen, perusoikeuksilla argumentoinnin heikkona pidettyyn kontrolloitavuuteen sekä rooliin suhteessa yleisiin oppeihin, ei niin-

53 Tuori – Kotkas 2023, s. 218–219.

54 Helin 2012, s. 12. Ks. myös HE 309/1993 vp, s. 29.

55 Helin 2012, s. 13. Ks. Pöyhönen 2003a.

56 Paasto 2001, s. 346. Ks. myös Paasto 2004, s. 123–144.

57 Ibid.

kään lainsäätäjän ja perustuslain väliseen keskinäissuhteeseen. Jopa jonkinlaiseksi ”perusoikeuskritiikin klassikoksi” nousseen Helinin, osin poleemisenkin, artikkelin *Perusoikeuksilla argumentoinnista* keskeinen kritiikki kohdistuu juuri horisontaalisuhteeseen.⁵⁸ Helin jopa toteaa, että perusoikeuspäätelyn huono kontrolloitavuus ei ole ongelma niin kauan kuin perusoikeuksia käytetään perinteisessä tehtävässään, eli perustuslakivaliokunnan suorittamassa säädettävän lain perustuslainmukaisuuden valvonnassa.⁵⁹ Toisaalta Helin kuitenkin katsoo, että perusoikeuksia koskevassa keskustelussa on vallalla ajatus, jonka mukaan perusoikeudet ovat optimointikäskyjä ja tulkintavaihtoehtoista on valittava se, joka parhaiten edistää perusoikeuksien taroituksen toteutumista. Helinin mukaan tällaisessa ajattelussa lainsäätäjällä ei ole vapauden aluetta, jolla se voisi käyttää oikeuspoliittista harkintaa huolehdittuaan siitä, että perusoikeusminimit täyttyvät.⁶⁰

Perusoikeudet ovat väljiä normeja, joilla lainsäätäjä on rajoittanut omaa toimintavapauttaan. Se ei ole vapaa tutkitsemaan niitä miten sattuu, mutta sillä on normien väljyyden vuoksi vapausasteita, joiden puitteissa yhteiskunnalliset arvostukset vaikuttavat ja niiden tuleekin vaikuttaa. Muu olisi outoa, ja sisältäisi näkemyksen, että vaikka perusoikeuksien säätäminen on demokratian piiriin kuuluva kysymys, perusoikeuksien täsmentäminen lakiesitysten perustuslainmukaisuutta koskevilla tulkinnoina ei sitä ole. Kun lakien ennakkovalvonnasta siirrytään lain tulkintaan ja soveltamiseen, päätelyn heikon kontrolloitavuuden ongelmat korostuvat.⁶¹

Kotkas on arvioinut, että perusoikeuksien ylikorostuminen – ylikonstitutionalisoituminen – olisi oikeusjärjestelmän konstitutionalisoitumisen kohdalla ilmeisintä silloin, kun tuomioistuimet aktiivisesti soveltaisivat perustuslain 106 §:ä ja syrjäyttäisivät tavallisen lain säännöksiä perusoikeussäännöksiin vedoten.⁶² Vuoden 2013 ja sosiaalisten perusoikeuksien kontekstissa Kotkas totesi, että korkein hallinto-oikeus ei ollut kertaakaan syrjäyttänyt tavallisen lain säännöstä perustuslain 19 §:n nojalla, vaan harjoittanut korkeintaan perusoikeusmyönteistä laintulkintaa, jonka kohdalla ylikonstitutionalisoitumisen vaara on vähäisempi.⁶³

Tässä tutkimuksessa tehdyn tarkastelun pohjalta voidaan –yksityisoikeudellisesta ”perusoikeuskritiikistä” poikkeavista tutkimusintresseistä huolimatta – jossain määrin reagoida sekä perustuslain että unionioikeuden tulkinnan kohdalla esitettyyn ajatukseen näiden ”vieteriukkomaudesta” eli lopputuloksiltaan yllättävästä luon-

58 Helin 2012, s. 18.

59 Helin 2012.

60 Ibid., s. 20.

61 Ibid., s. 18–19.

62 Kotkas 2013, s. 236–237.

63 Ibid.

teesta, jota on edellä luonnehdittu myös tulkintojen epävarmuusmarginaaliksi.⁶⁴ Unionioikeuden osalta voidaan todeta, että Wilhelmssonin keskustelunavauksen ajankohtana 1990-luvun jälkipuoliskolla vaikuttaa tuohon aikaan julkaistun keskenään ristiriitaisen oikeuskirjallisuuden ilmentämällä tavalla sekä unionin tuomioistuimen rajallisen oikeuskäytännön myötä todellakin olleen hyvin epäselvää, miten julkisia sosiaali- ja terveystaloudellisia tulisi kilpailuregiimin ja erityisesti taloudellisen toiminnan rajanvedon näkökulmasta arvioida. Sama toteamus voitiin liittää myös vapaan liikkuvuuden oikeussääntöihin, ja sikäli kun asiaa ylipäätään oli oikeustieteen tai lainkäytön kentällä arvioitu, vastaukset taloudellisen toiminnan rajoista vaihtelivat olennaisesti. Ei liene lainkaan liioiteltu ajatus, että jokin kansallisesti ei-taloudelliseksi ajateltu toiminto olisi tällöin voitu katsoa taloudelliseksi tavalla, jonka ennakoitiin olisi ollut hyvin hankalaa, eikä luotuja järjestelyjä olisi lainsäädäntövaiheessa ymmärretty notifioida. Tästä näkökulmasta vieteriukko-metafora vaikutti perustellulta.

Sittemmin oikeustila on täsmentynyt, kun oikeudellisen tulkinnan aineisosiksi on saatu auktoritatiivisia oikeuslähteitä, käytännössä unionin tuomioistuimen ja yleisen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, joiden varaan oikeudellista argumentaatiota voidaan rakentaa. Tämän oikeuskäytännön läsnäolo ja unionin tuomioistuimen pyrkimys oikeuskäytännön johdonmukaisuuteen kaventavat oikeudellisesti mahdollisten tulkintojen avaruutta, eli tekevät taloudellisen toiminnan rajanvedosta yksiselitteisempää ja lisäävät oikeusvarmuutta. Samoin voitane ajatella, että unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välinen vuorovaikutus on kehittynyt, kansallinen valtiosääntö on avautunut eurooppalaistumiselle ja unionioikeuden eräänlainen maturiteetti on lisääntynyt, mitkä osaltaan vahvistavat ilmiötä. Raitio on lisäksi jo 2000-luvun alussa vakuuttavasti argumentoinut, että ainakaan yleisellä ja systeemillä tasolla unionioikeuden tulkintaan ei liity niin olennaisia oikeusvarmuusongelmia tai ennakoimattomuutta kuin Wilhelmssonin vieteriukkoteoria antaisi ymmärtää.⁶⁵ Yhtä kaikki: unionioikeuden vieteriukolta – oli ilmiö 1990-luvun lopulla kuinka todellinen tahansa – on sosiaali- ja terveystaloudellisten palveluiden kohdalla viimeistään 2020-luvulla jousi ruostunut.

Unionioikeuden rajanvetojen tavoin sosiaali- ja terveystaloudellisten palveluiden tuottamistapojen perustuslailliset reunaehdot ovat useiden sote-uudistushankkeiden myötä piirtyneet varsin täsmällisiksi. Jos esimerkiksi yksityisen tuotannon roolia nykyoloissa haluttaisiin kasvattaa, voitaisiin tässä nojautua perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöön, ja suunnitella ratkaisut tämän lausuntokäytännön mukaisesti, eli käyttää perustuslakivaliokunnan lausuntojen pohjalta piirtyvää lainsäätäjän harkintavalta varsin täysimääräisesti. Myös tässä joudutaan lainvalmisteluvaiheessa tekemään tiettyjä tulkintoja, joiden oikeusvarmuus ei ole täydellistä. Yksi esimerkki

64 Ks. mm. Wilhelmsson 1997, s. 359; Helin 2012.

65 Raitio 2003. Ks. myös Guimaraes-Purokoski 2009, s. 91 ja Raitio 2017a, s. 105–106.

tällaisesta tulkinnasta on kysymys siitä, katsotaanko Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kontekstissa todetun oman tuotannon vaatimuksen rajautuvan vain Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kontekstiin, kuten tässä tutkimuksessa on katsottu, vai jollain tapaa yleispätevämmäksi oikeusohjeeksi. Harkintavallan rajat pystytään yhtä kaikki paikantaan suoraan perustuslakivaliokunnan aiempaan lausuntokäytäntöön nojautuen varsin tarkasti. Tällaisessa tilanteessa voitane välttää ainakin sellaiset tilanteet, joissa perustuslakivaliokunta edellyttäisi lakiehdotuksen keskeisten perusratkaisujen muuttamista, tai ainakin asetelmassa olisi todennäköisesti kyse joko tietoisesta perustuslakikontrollin ”rajojen koettelemisesta” tai poikkeuksellisen suurista puutteista lainvalmistelun laadussa.

2.2. Laajempaa vai kapeampaa harkintavaltaa?

Kun politiikan oikeudellistumisesta ja oikeuden perusoikeudellistumisesta on 2000-luvulla keskusteltu melko runsaasti, on keskusteluun ajoittain liitetty myös ajatus lainsäätäjän harkintavallan kaventumisesta esimerkiksi viime vuosikymmeninä. Joltain osin tällainen dynamiikka vaikuttaakin hyvin ilmeiseltä, kuten tässä tutkimuksessa on edellä kuvattu: perusoikeusuudistus on tuonut perustuslakiin uudenlaisia harkintavallan rajoja, kansainvälisten ihmisoikeussopimusten rooli on vahvistunut ja Suomen jäsenyys Euroopan unionissa on keskeisellä tavalla kaventanut kansallisen lainsäätäjän liikkumatilaa. Toisaalta dynamiikan täsmentäminen on hyvin hankalaa. ”Supernormistoissa” tapahtuneiden muutosten, eli esimerkiksi kansallisen perustuslain tekstimuutosten, paikantaminen on verraten yksinkertaista, mutta näiden normistojen tulkinnoissa ja kyseisten tulkintojen yleisesti lainsäätäjää rajoittavissa vaikutuksissa tapahtuneiden muutosten havainnointi on huomattavasti haastavampaa. Tällaisen muutoksen havainnoiminen lienee realistista esimerkiksi yksittäisessä tutkimuksessa korkeintaan jonkin tulkinta-asetelman, sektorin tai astetta näitä laajemman kokonaisuuden tasolla. Mahdollista lienee myös näiden yksittäisten tarkastelujen varaan rakentuva kokonaisvaltaisempi lainsäätäjän harkintavallan kuvaaminen. Mikäli lainsäätäjän harkintavallan laajuudessa tapahtuneita muutoksia haluttaisiin paikantaa vielä täsmällisemmin, huomioon tulisi ottaa perusoikeudellistumisen ja oikeuden eurooppalaistumisen lisäksi myös oikeuskulttuurissa tapahtuneet muutokset. Suomen EU-jäsenyydelle asemoitiin 1990-luvun kontekstissa julkaistussa oikeuskirjallisuudessa monesti myös laajoja oikeuskulttuuriin ja oikeusjärjestyksen pintatasoa syvemmälle ulottuvia vaikutuksia, mutta tällaisten vaikutusten todentaminen tai kumoaminen on jäänyt esimerkiksi 2010- ja 2020-luvun tutkimuksissa jossain määrin piiloon, mikä ei tutkimusasetelman haasteellisuuden näkökulmasta ole yllättävää.⁶⁶

66 Ks. teemasta mm. Ojanen 2016, s. 221. Ks. myös Jääskinen 2000.

Tässä tutkimuksessa tehdyn tarkastelun valossa vaikuttaa kuitenkin siltä, että perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön ja toisaalta myös oikeuskäytännön täsmentymisen voidaan jossain määrin myös yleisellä tasolla ajatella kaventavan lainsäätäjän harkintavaltaa. Esimerkiksi sellaisessa hypoteettisessa tilanteessa, jossa nykyiseen sosiaali- ja terveystaloustalouden järjestelmään olisi päädytty kokonaan ilman Kataisen, Sipilän ja Marinin hallitusten sote-uudistushankkeita sekä näistä annettuja perustuslakivaliokunnan lausuntoja, ja yksityisen tuotannon roolia haluttaisiin nyt kasvattaa, asetelma olisi lainsäätäjälle edullisempi kuin tilanteessa, jossa uudistuksen arviointia pohjataan aiemmista sote-uudistuksista annettuihin perustuslakivaliokunnan lausuntoihin. Tällaisessa hypoteettisessa tilanteessa lainsäätäjän harkintavallan rajoja koskevaa tulkintaa jouduttaisiin rakentamaan elementeistä, joista kyllä pystyttäisiin hahmottamaan relevantti tarkastelukehikko, esimerkiksi perustuslain 19 §:n 3 momentin, 124 §:n, 6 §:n ja joidenkin muidenkin perusoikeuksien merkitys tarkasteluasetelmassa ja palvelujärjestelmän ”perusoikeusintensiivinen” rooli. Kuitenkin Kataisen, Sipilän ja Marinin hallitusten sote-uudistuksista annetun, vaiheittain laajentuneen ja aina edellisten lausuntojen varaan rakentuneen perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön sekä tässä lausuntokäytännössä piirrettyjen lainsäätäjän harkintavallan rajojen ”löytäminen” vain tällaisessa hypoteettisessa ajatusleikissä käsillä olevista oikeuslähteistä lienee erittäin epätodennäköistä. Tällaisessa ajatusleikissä lakiesityksestä annettaisiin perustuslakivaliokunnan lausunto siis tilanteessa, jossa asetelman perustuslaillinen arviointi olisi hyvin avointa. Lienee täysin mahdollista, että lainsäätäjä päätyisi lakiehdotuksessa tekemään harkintavallastaan jonkinlaisen oletuksen tai tulkinnan, ja perustuslakivaliokunta päätyisi oikeuttamaan joko kokonaan tai ainakin keskeisiltä osin tämän lainsäädäntöratkaisun, koska perustuslakivaliokunta ei ilman aiempaa lausuntokäytäntöä paikantaisi sellaisia tulkintoja, joihin se on nykyisen vaiheittaisen lausuntokäytännön kehittymisen myötä päätenyt. Tässä hypoteettisessa skenaariossa lainsäätäjän harkintavaltalta muodostuisi siis erilaiseksi kuin nyt todellisuudessa käsillä olevassa tilanteessa, jossa lainsäätäjä on ensin epäonnistuneesti yrittänyt säätää yksityisen tuotannon vahvemmassa roolista ja tullut tässä epäsuorasti luoneeksi perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä, joka täsmentää ja siten rajaa harkintavaltaa.

Tällaista ajatusleikkiä on tietysti mahdoton todistaa, enkä esitä sitä tämän tutkimuksen tuloksena tai muutenkaan täysin pitävänä argumentaationa, vaan eräänlaisena keskusteluotteena. Mielestäni se on kuitenkin tässä tutkimuksessa tarkastellun lausuntokäytännön valossa jossain määrin uskottava. Ajatusleikki korostaa lainsäätäjän harkintavallan muodostumisen jossain määrin satunnaista luonnetta, joka johtuu paitsi perustuslakiin kytkeytyvän argumentaation väistämättömäksi ominaisuudeksi hahmottuvasta tietyntyyppisestä avoimuudesta ja joitakin muita oikeusnormeja vahvemmassa epätäsmällisyydestä, myös saatavilla olevien relevanttien oikeuslähteiden runsaudesta ja/tai kapeudesta. Asetelma entisestään monimutkais-

taa ”lainsäätäjän harkintavaltaa” tarkoittavan oikeudellisen ja yhteiskunnallisen ilmiön paikantamista ja erityisesti tämän harkintavallan laajuudessa tapahtuvien muutosten havainnointia.

Toisaalta koko lainsäätäjän harkintavallan kaventumista tarkoittavan ilmiön volyymi ja merkitys voidaan kyseenalaistaa pidemmällä perspektiivillä. Viljanen on kuvannut, kuinka 1900-luvun alun eduskuntavallan ensimmäisinä vuosikymmeninä lainsäätäjän vallalle pyrittiin valtiosäännössä luomaan monipuolisia pidäkkeitä: presidentille säädettiin veto-oikeus ja eduskunnalta edellytettiin tietyissä asioissa määränemmistöä, joista esimerkkeinä voidaan mainita tavallisten lakien lepäämäänjättämisinstituutio ja verolainsäädännön erityinen säätämisyjärjestys.⁶⁷ Erityisesti näin pitkällä perspektiivillä voidaan kysyä, onko lainsäätäjän harkintavalta valtiosäännön ja perustuslain valossa ainakaan kaventunut. Onko itsenäisen Suomen historiasta paikannettavissa vaihe, jossa eduskunnan lainsäädäntövalta oli laajaa ja sen alkutaipaleen pidäkkeet poistuneet, mutta unionioikeus, perusoikeudellistumiskehitys sekä lausunto- ja oikeuskäytännön täsmentyminen eivät vielä olleet ehtineet asettamaan lainsäätäjän harkintavallalle nykyisen kaltaisia rajoja?⁶⁸ Tämän tutkimuksen rajausten puitteisiin ei kuulu mainittuun kysymykseen vastaaminen, mutta pohdinta on eittämättä mielenkiintoinen. Pohdinnassa olennaista kuitenkin on ymmärtää, että viimeisten vuosikymmenten oikeudellistumis- ja perusoikeudellistumiskehityksessä ei pidemmällä perspektiivillä ole ollut kyse mistään ennennäkemättömästä lainsäätäjän harkintavallan rajautumisesta, vaan korkeintaan uudenlaisesta mekanismista, joka aiemmin valtiosääntöön nimenomaisesti kirjotetuista päätöksentekosäännöksistä ja presidentin valta-asemasta poiketen asettaa ”implisiittisiä” ja vaikeammin havaittavia rajoja lainsäätäjän toiminnalle. Vaikka harkintavallan laajuuden absoluuttisesta kaventumisesta ja laajentumisesta eri aikakausina ei voitane tässä yhteydessä tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä, voidaan kuitenkin melko turvallisesti todeta, että tätä harkintavaltaa rajaavat mekanismit ovat muuttuneet. Esimerkiksi Lavapuro on osuvasti huomauttanut, että kun vielä 1980-luvun lopulla perustuslaki oli puhtaasti valtiollisen elämän ylätason oikeutta ja perusoikeuksiin liittyvät oikeussuojatakeet olivat lähinnä lainsäädäntö-

67 Viljanen 2005, s. 1064. Mekanismeja on purettu asteittain, ks. mm. HE 285/1994 vp; Saraviita 2007, s. 405–478.

68 Pidäkkeistä mainittakoon mm. Suomen Hallitusmuodon (94/1919) 2 §:n 2 momentti, jonka mukaan lainsäädäntövaltaa käyttää eduskunta yhdessä tasavallan presidentin kanssa. 19 §:n 2 momentin mukaan laki on vahvistettava sellaisena, kuin eduskunta sen on hyväksynyt. Jollei presidentti lakia vahvista, tulee se ilman vahvistustakin voimaan, jos eduskunta uusien vaalien jälkeen uudestaan hyväksyy sen muuttamattomana enemmistöllä annetuista äänistä. Muussa tapauksessa on laki katsottava rauenneeksi. 28 §:n 1 momentin mukaan presidentillä on oikeus, mikäli ei tässä hallitusmuodossa toisin säädetä taikka sitä oikeutta ole valtioneuvostolle uskottu, antaa asetuksia asioista, jotka ennestään ovat hallinnollisilla säännöksillä järjestetyt, niin myös asetuksella tarkempia määräyksiä lakien täytäntöönpanosta, valtion omaisuuden hoidosta sekä hallintovirastojen ja yleisten laitosten järjestysmuodosta ja toiminnasta. Asetukseen älköön otettako säännöstä, joka sisältäisi lain muutoksen.

menettelyä koskevia vaatimuksia, 2010-luvulle tultaessa perus- ja ihmisoikeuksien väitettiin säteilevän kaikkeen julkisen vallan toimintaan.⁶⁹

Okkonen on omaisuuden suojan osalta todennut, että itsenäisyyden ajan ensimmäisinä vuosikymmeninä konservatiivinen oikeisto hyödynsi saavutettujen oikeuksien oppia politiikkansa oikeudellistamisessa, kun taas vasemmisto kannatti omaisuuden suojan heikentämistä, koska sen politiikka tavoitteli yksityiseen omaisuuteen kajoamista. Okkosen mukaan kiista saavutetuista oikeuksista alleviivaa sitä, että sotien välisessä yhteiskuntatodellisuudessa oikeus ja politiikka olivat tiukasti kiinni toisissaan.⁷⁰ Voitanee siis todeta, että perustuslain ja perusoikeuksien tulkinta on ollut sotien jälkeisenä aikana enemmän tai vähemmän pysyvästi poliittisesti kiistanalaista. Kuitenkin perustuslaissa tapahtuneet muutokset sekä erityisesti sosiaalisten perusoikeuksien ja TSS-oikeuksia turvaavien kansainvälisten ihmisoikeussopimusten aseman vahvistuminen ovat mahdollisesti muuttaneet myös sitä, mitkä tahot poliittisen ja yhteiskunnallisen keskustelun piiristä perustuslakia ja sen tulkintakäytäntöä kritisoivat. Kansallisen lainsäätäjän näkökulmasta ja lainsäätäjän harkintavaltaa määriteltäessä oikeuden perusoikeudellistuminen voidaan joka tapauksessa paikantaa lainsäätäjän harkintavaltaa olennaisestikin rajaavaksi ilmiöksi. Näin tehtäessä ei kuitenkaan ole tarpeen erikseen ottaa kantaa siihen, onko ilmiö toivottu vai epätoivottu, ovatko perustuslaista syntyvät rajat nyt tiukempia kuin aiemmin tai ovatko perusoikeudet ja demokratia normatiivisella tasolla ristiriidassa vaiko eivät.

Tästä näkökulmasta voidaan kysyä, olisiko lainsäätäjän harkintavaltaa syytä käsitellä aiempaa laajemmin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ja myös systematisoida valtiosääntöoikeuden tutkimuksen kentällä. Voisiko valiokunta esimerkiksi kirjoittaa aiempaa yksiselitteisemmin esiin sen jännitteen, joka yhtäältä demokratiaperiaatteen ja perustuslain rajoitusfunktion välillä joissakin tulkintatilanteissa vallitsee, sekä hahmottaa jollain tavalla nykyistä systemaattisemmin yksittäisissä tulkintatilanteissa tehtävien ratkaisujen vaikutuksia lainsäätäjän harkintavallan muotoutumiseen? Voisiko valiokunta pyytää tällaista kuvausta annettavaksi myös perustuslakivaliokunnan asiantuntijalausunnoissa? Nykyisellään lainsäätäjän harkintavallan käsite ja ajatteluun viittaavat ilmaukset kyllä esiintyvät ajoittain perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa, mutta tähän ei ole vakiintunut systemaattista lähestymistapaa.

Lainsäätäjän harkintavallan laajuuden systemaattisessa huomioimisessa ei kuitenkaan tulisi olla kyse – tai en ainakaan esitä asiaa tällaisesta näkökulmasta – perusoikeuksien nauttiman suojan heikentämisestä, eikä kyse luonnollisestikaan voisi olla minkä tahansa lainsäädäntöratkaisun oikeuttamisesta demokratiaperiaatteen nojalla. Silti voidaan kysyä, tulisiko perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä pyrkiä

69 Lavapuro 2011, s. 784.

70 Okkonen 2021, s. 30.

systemaattisemmin varmistumaan, että yhteiskunnan oikeudellistumisen, oikeuden perusoikeudellistumisen ja Suomen täysvaltaisuuden eurooppalaistumisen oloissa kansalliselle lainsäätäjälle turvataan myös riittävä harkintamarginaali eri yhteiskunnallisen päätöksenteon ja lainsäädäntötoiminnan sektoreilla. Tällaisen systemaattisen mallin, sikäli kun sellainen katsottaisiin tarpeelliseksi, kehittäminen on oman tutkimuksensa aihe, eikä se mahdu tämän tutkimuksen tutkimusintressin piiriin. Nähdäkseni tässä tutkimuksessa tehdyistä havainnoista on kuitenkin mahdollista löytää vahvoja perusteita tällaisen systemaattisen lähestymistavan kehittelyyn perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ja oikeustieteellisen tutkimuksen piirissä sekä mahdollisesti joitain ajatuksia työn tueksi.

2.3. Perustuslakikontrollin muodoista, perustuslain tulkinnasta ja asiantuntijainstituution roolista

Kysymys perustuslain tulkinnasta ja lainsäätäjän harkintavallan muotoutumisesta nostaa pintaan myös kysymyksiä niistä tavoista, joilla perustuslakivaliokunta tulkintansa muotoilee, ennen kaikkea harkinnan oikeudellisesta ja/tai poliittisesta luonteesta sekä valiokunnan asiantuntijainstituutiosta. Tällainen keskustelu perustuslain tulkinnan ja perustuslakikontrollin sekä politiikan suhteesta ei ole uusi eikä myöskään valtiosääntöoikeuden tutkimukselle vieras. Hidén totesi jo 1970-luvulla suomalaisen perustuslakikontrollin olevan altis poliittiselle painostukselle, mutta toisaalta mallin etuna voi Hidénin mukaan pitää sitä, että kontrollijärjestelyillä on vahvat yhteydet poliittiseen päätöksentekoon.⁷¹ Hidénin mukaan alttius poliittiselle painotukselle ei johdu ainoastaan siitä, että perustuslakivaliokunnan jäsenet ovat kansanedustajia ja siten keskeinen osa politiikan toimijakenttää, vaan myös siitä, että käytännössä on vaikea erottaa perustuslainmukaisuutta koskevaa tulkintaa sellaisista tulkinnoista, jotka koskevat pikemminkin lain hyväksymisen toivottavuutta.⁷²

Perustuslain tulkinnoille välttämätön kiinteys vaatii tulkitsijalta perustuslain sisältöä koskevien muodollis-juridisten tekijöiden tarkkaa huomioon ottamista. Samanaikaisesti vaatii tulkintojen joustavuus ja ajan tasalla pysyminen tulkitsijalta hyvää tuntumaa poliittiseen tahdonmuodostukseen ja siihen eri ryhmien piirissä vaikuttaviin tekijöihin. Se, että valvontaa suorittava elin muodostuu parlamentaaristen voimasuhteiden mukaan valituista kansanedustajista, epäilemättä antaa hyvät mahdollisuudet poliittis-yhteiskunnallisten tekijöiden huomioonottamiseen.⁷³

71 Hidén 1974, s. 337.

72 Ibid., s. 335.

73 Ibid., s. 337. Hidén lainasi 45 vuoden takaista tekstiään vuonna 2019 ja totesi, että ”asetelman mer-

Perustuslakivaliokunnan toiminnan lähtökohtana on vakiintuneesti ollut, että valiokunta perustaa lausuntoaan sen kuulemien asiantuntijoiden lausuntoihin.⁷⁴ Perustuslakivaliokunta on viimeksi vuonna 1961 antanut lausunnon ilman asiantuntijakuulemisia.⁷⁵ Jyrängin mukaan perustuslakivaliokunnan asiantuntijakuulemiset ovat vakiintuneet niin olennaiseksi osaksi valiokunnan työskentelyä, että niiden voidaan ajatella institutionalisoituneen perustuslakivaliokunnan orgaaniksi.⁷⁶ Perustuslainmukaisuuden ennakkokontrollitehtäväänsä suorittaessaan valiokunta kuulee erityisesti valtiosääntöoikeuden, pääsääntöisesti tutkijakoulutettuja, asiantuntijoita, mutta poikkeustapauksissa myös muita oikeustieteen tai käsiteltävän substanssin asiantuntijoita.⁷⁷ Koivisto on arvioinut valiokunnan kuulevan ”tavallisten” juristien sijaan oikeustieteen tutkijoita siksi, että tutkijakoulutus antaa hyvät edellytykset tuottaa uutta tietoa oikeudesta, ja hänen mukaansa valiokunnalle toimitettavat asiantuntijalausunnot täyttävät usein oikeudellisen tutkimuksen tunnusmerkit.⁷⁸ Keinänen ja Wiberg ovat epäilleet, että asiantuntijainstituutio voi luoda polkuriippuvuusongelman, eli sosiaalistaa valiokunnassa usein vierailevia asiantuntijoita omaksumaan valiokunnan aiempia kantoja ja sitoutumaan ”vallitsevaan hegemoniaan”, varsinkin jos he ovat jo aiemmin olleet lausumassa käsitellyssä olevaista aiheista.⁷⁹ Saraviita on kritisoinut tätä Keinäsen ja Wibergin näkemystä asiantuntijalausuntojen epäkriittisyydestä tai aiempien lausuntojen myötäilystä.⁸⁰

Myös keskustelu perustuslakivaliokunnan kuulemien asiantuntijoiden roolista ja kuulemisten keskittymisestä tietylle asiantuntijajoukolle on ehtinyt jo ainakin 50 vuoden ikään, mahdollisesti kypsempäänkin. Riepula huomautti jo vuonna 1973 perustuslakivaliokunnan tekevän 90 prosenttia lausunnoistaan asiantuntijakuulemisten perusteella. Riepuln mukaan perustuslakivaliokunta oli asiantuntijoidensa vanki, jossa tiheästi vaihtuvilta valiokunnan kansanedustajajäseniltä oli valunut suuri määrä valtaa valiokunnan kuulemille pysyville ja harvalukuisille valtiosääntöasiantuntijoille, joilla oli mahdollisuus käyttää tätä valtaa vaikuttaakseen myös muihin yhteiskunnallisiin kysymyksiin kuin puhtaasti valtiosääntökysymyksiin.⁸¹

kittävät piirteet näyttävät tässä suhteessa pysyneen varsin samoina”. Ks. Hidén 2019a, s. 16.

74 Ibid.

75 Wiberg 2003, s. 975. Vielä sotia edeltäneenä aikana valiokunta kuitenkin tulkintasuosituksistaan noin kaksi kolmasosaa ilman asiantuntijoiden kuulemista, eli ”itsenäisesti”, ks. Riepula 1973, s. 319. Sotia edeltäneenä itsenäisyyden aikana ja toisaalta myös autonomian aikana valiokunnan kokoonpano itsessään takasi perustuslakikontrollissa tarvittavan asiantuntemuksen, sillä monet maan johtavat valtiosääntöasiantuntijat olivat kansanedustajia ja siis itse valiokunnan jäseniä, ks. Tuori 2018, s. 106.

76 Jyräki 2003, s. 397.

77 Ks. esim. Wiberg 2003, s. 982; Dahlberg 2021, s. 771–773; Koivisto 2017; Keinänen – Wiberg 2012, s. 86–106.

78 Koivisto 2017, s. 36–37.

79 Keinänen – Wiberg 2012, s. 104.

80 Saraviita 2012, s. 301.

81 Riepula 1973, s. 319.

Kun siitä edelleen ilmeni tämän asiantuntijavallan keskittyneen suurelta osin 3–4 valtiosääntöjuristin käsiin, joiden tulkintasuosituksia valiokunta on seurannut ratkaisutoiminnassaan yli 90 prosenttisesti, kenellekään ei jääne epäselväksi, keille perustuslakivaliokunnan tosiasiallinen tulkinta- ja ratkaisuvalta on toisen tasavallan kaudella liukunut.⁸²

Keinänen ja Wiberg totesivat myös 2010-luvun kontekstissa asiantuntijuuksien keskittymisen olevan vakiintunut ilmiö ja että perustuslakivaliokunnan seitsemän eniten kuulemaa asiantuntijaa muodostavat yli 70 prosenttia kaikista asiantuntijakuulemisista. Toisaalta esimerkiksi Keinänen on arvioinut monilla substanssiasiantuntijoilla – ei niinkään valtiosääntöasiantuntijoilla – olevan lainsäädäntöprosesseissa varsin olennaista valtaa.⁸³ Dahlberg on laajahkon haastatteluaineiston perusteella todennut, että osalla valiokunnassa kuultavana käyvistä valtiosääntöasiantuntijoista voi olla hyvinkin paljon valtaa, mutta valta ei jakaudu tasaisesti asiantuntijoiden kesken ja se voi olla luonteeltaan myös hyvin sattumanvaraista.⁸⁴ Dahlbergin mukaan valtaa on usein eniten niillä asiantuntijoilla, joilla on läheiset välit perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvoksiin ja pitkä historia valiokunta-asiantuntijana. Näillä Dahlbergin ”luottoasiantuntijoiksi” luonnehtimilla valtiosääntöasiantuntijoilla on hänen mukaansa mahdollisuus vaikuttaa myös virallisten kuulemistilaisuuksien ulkopuolella siihen, mikä tulkinta otetaan perustuslakivaliokunnan lausunnon pohjaksi.⁸⁵ Toisaalta esimerkiksi Saraviita on huomauttanut, että lausuntoluonnoksen valmistelussa perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvos on usein yhteydessä esitystä valmistelleeseen ministeriön virkamieheen ja voi myös hankkia tämän kannan ulkopuolisten asiantuntijoiden lausunnoista, eivätkä muut, pääosin tutkijataustaiset asiantuntijakuultavat voi vastata tällaisiin kantoihin tai esimerkiksi lausuntoyhteenvedossa esitettyihin havaintoihin.⁸⁶ Kyse voinee olla myös siitä, että kokeneiden asiantuntijoiden lausunnot nousevat esimerkiksi esitystapansa ja tulkintojen sisällön tai laadun näkökulmasta ensisijaisiksi, kun perustuslakivaliokunnan lausuntoja lähdetään rakentamaan. Dahlberg on kuvannut valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen hahmottavan asiantuntijalausuntojen ja perustuslakivaliokunnan lausuntojen suhdetta siten, että asiantuntijalausuntoja asemoidaan perustuslakivaliokunnan lausuntojen oikeudellisuuden ja siten tulkintojen legitimitetin mittapuuksi.⁸⁷ Dahlberg pitää asetelmaa ongelmallisena ainakin siltä osin, jos perustuslakivaliokunnan katsottaisiin olevan sidottu asiantuntijoiden kantoihin - asiantuntijalausuntojen rooli tulisi olla neuvoa-antava.⁸⁸

82 Riepula 1973, s. 319.

83 Keinänen 2011.

84 Dahlberg 2022, s. 1078–1079.

85 Ibid.

86 Saraviita 2012, s. 301.

87 Dahlberg 2022, s. 1078–1079. Ks. mm. Lavapuro 2009, s. 229; Hidén 2008, s. 5. Ks. vastaavasta valtiosääntöoikeudellista doktriinia koskevasta arviosta myös Helin 2012, s. 19.

88 Ibid., s. 1082.

Suomalaisen ennakollisen perustuslakikontrollin jonkinlaiseksi heikoksi pisteeksi on edellä todetusti usein asemoitu sitä, että perustusvaliokunnalla ei ole ainakaan ilmiselvää velvollisuutta pysyä oikeudellinen harkinnan piirissä ja eduskuntalaitoksen yhteydessä toimiva, poliittisista päättäjistä koostuva instituutio on altis poliittisille argumenteille tai jopa painostukselle. Näin varmasti osaltaan on, mutta ainakin tois-taiseksi valiokunnan on tutkimuksen piirissä katsottu väistäneen tällaisia paineita pääsääntöisesti varsin hyvin myös poliittisesti herkissä asioissa.⁸⁹ Toisaalta juuri asiantuntijainstituutiolle asemoidaan oikeuskirjallisuudessa ja usein myös julkisessa keskustelussa melko vahvaa valtiosääntöistä roolia. Pääsääntöisesti on ajateltu, että valiokunnan tulisi pohjata tulkintansa asiantuntijalausuntoihin, minkä tulisi taata myös valiokunnan harkinnan oikeudellinen luonne.⁹⁰ Oikeustieteellisen keskuste-lun puitteissa tai ainakin sen liepeillä asiantuntijalausuntojen ja valiokunnan lausun-tojen suhteeseen on kiinnitetty valiokunnan harkinnan ”oikeudellista luonnetta” ainakin epäsuorasti kyseenalaistavaa huomiota esimerkiksi silloin, kun valiokunnan lausunto vaikuttaa noudattelevan vain jonkun tai joidenkin asiantuntijoiden kanto-ja ja ohittavan toisten lausuntojen argumentaation kokonaan.⁹¹ Samoin huomiota on kiinnitetty tilanteisiin, joissa valiokunnan asiantuntijavalinnat ovat jossain määrin yllättäviä tai kuultavaksi kutsuttujen tutkimus ja siten myös asiantuntemus suuntautuu käsiteltävästä asiasta poikkeaviin kysymyksiin.⁹² Ajoittain epäilyä on esi-tetty siitä, että valiokunta pyrkii asiantuntijavalinnoilla vaikuttamaan sen harkinnan ainesosiin, eli asiantuntijalausunnoissa esitettyihin kantoihin.⁹³

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on kuitenkin kiinnitetty vähemmissä määrin kriittistä huomiota siihen, missä määrin asiantuntijalausunnot antavat käsillä olevas-ta tulkintatilanteesta oikean ja riittävän täsmällisen kuvan. Tämä on jossain määrin yllättävää, sillä jos ajattelemme asiantuntijainstituution eräänlaiseksi perustusla-kivaliokunnan oikeudellisuuden mittariksi, keskeistä merkitystä on sillä, kuinka laadukkaita lausunnot ovat ja minkälaista argumentaatiota ja johtopäätöksiä niissä tarjotaan. Tämän tutkimuksen tutkimuskysymyksen – siis lainsäätäjän harkinta-vallan muodostumisen ja tähän johtavien mekanismien – näkökulmasta relevantti kysymys on yhtäältä se, antavatko asiantuntijalausunnot kattavan kuvan kaikista lainsäätäjää rajoittavista perustuslakinäkökohdista, eli tulevatko kaikki lainsäätäjän

89 Todettakoon kuitenkin, että erityisesti julkisen keskustelun piirissä kritiikki valiokunnan työtä koh-taan on lisääntynyt erityisesti niin sanotusta rajalaista annettujen lausuntojen PeVL 26/2024 vp ja PeVL 29/2024 vp kontekstissa.

90 Ks. teemasta mm. Lavapuro 2009, s. 229; Hidén 2008, s. 5. Vrt. mm. Dahlberg 2022, s. 1078–1079; Helin 2012, s. 19.

91 Ks. esim. Perustuslakiblogin toimitus 2024; Scheinin 2024; Scheinin 2022; Rautiainen 2021b; Jo-kela – Niemi 2021. Ks. julkisesta keskustelusta esim. YLE 2024; Suomen Kuvalehti 2013. Muita oteita julkisesta keskustelusta on verraten helppo löytää perustuslakivaliokuntaa ja sen asiantuntijoita koskevilla verkkohauilla.

92 Rautiainen 2021a.

93 Rautiainen 2021a; Jokela – Niemi 2021.

harkintavallan rajat tunnistetuiksi. Toisaalta aivan yhtä relevanttina voidaan pitää kysymystä siitä, ovatko kaikissa asiantuntijalausunnoissa esitetyt johtopäätökset ja rajaukset perusteltuja, eli antavatko ne lainsäätäjän harkintavallasta liian suppean kuvan. Näistä ensimmäiset puutteellisuudet voidaan ajatella ongelmana perusoikeuskontrollin toimivuuden ja perusoikeuksien ”vakavasti ottamisen” näkökulmasta, varsinkin kun asetelmaan lisätään tuomioistuinten jälkikontrollin selvä toissijaisuus. Toisen kategorian puutteellisuudet taas voidaan nähdä ongelmallisiksi demokraatiaperiaatteen ja lainsäätäjän suvereenisuuden näkökulmasta. Ajatus, että ilmiöistä vain ensimmäinen olisi suomalaisen perustuslakikontrollin ja oikeusvaltion näkökulmasta ongelmallinen, ei ole perusteltu. Ensimmäisen ilmiön kohdalla vaarantuvat yksilön perusoikeudet, kun toisen ilmiön kohdalla vaakalaudalla ovat lainsäätäjän harkintavalta ja demokraatiaperiaate.

Edellä kuvatun valossa, ja jos siis ainakin pääosin allekirjoitamme tämän nähdäkseni varsin vakiintuneen ajatuksen asiantuntijainstituutiosta eräänlaisena valiokunnan oikeudellisen harkinnan mittarina, relevantiksi kysymykseksi nousee, mitä asetelma tarkoittaa asiantuntijalausuntojen sisällöllisten vaatimusten osalta. Jos perustuslakikontrollin toimivuuden ja oikeudellisuuden mittari on perustuslakivaliokunnan lausunnon suhde asiantuntijalausuntoihin, niin minkälaiseen mittatikkiin oikeudellisuutta ja perustuslakikontrollin toimintaa oikeastaan mittaroidaan? Minkälaisia reunaehdot ja sisällöllisiä kriteerejä asiantuntijalausunnoille on annettu? Mikä on se mittapuu, johon perustuslakikontrollimme toimivuutta peilaamme? Ja millä kriteereillä tämä mittapuu voidaan rakentaa? Jos asiantuntijalausunnot ovat perustuslakivaliokunnan lausuntojen oikeudellisuuden mittari, niin mikä takaa sen, että tuo mittari itsessään on oikeudellinen? Voiko asiantuntija lausua perustuslakivaliokunnalle mitä tahansa? Vai pitäisikö asiantuntijan esimerkiksi pyrkiä hahmottamaan valiokunnalle, onko asiantuntijalausunnossa muodostetussa tulkinnassa kyse myös perustuslakivaliokunnan omassa aiemmassa lausuntokäytännössään omaksumasta näkökulmasta tai muuten suoraan perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä vahvan roolin saaviin oikeuslähteisiin perustuvasta tulkinnasta, vai esimerkiksi oikeuskirjallisuudessa hahmotellusta tulkinnasta tai tällaiseen nojautuvasta, ja siitä ex ante ja in abstracto -tulkintakysymykseen vastauksen johtavasta arviosta? Mitä pitäisi ajatella esimerkiksi siitä, jos lausunnossa oikeuskirjallisuuden oppirakennelmille – tai perustuslakivaliokunnan omassa lausuntokäytännössään varsin toissijaiseen rooliin jättämille kansainvälisoikeudellisille oikeuslähteille, kuten joidenkin ihmis-oikeussopimusten valvontaelinten käytännölle – annetaan olennaista painoarvoa? Mitä tulisi ajatella siitä, jos perustuslakivaliokunnan aiempaa lausuntokäytäntöä joltain osin ohitetaan tai ainakin tulkitaan erittäin vahvasti edellä mainittuihin peilaten, vaikka valiokunta itse ei lausuntokäytännössään noudata tällaista kansainvälisoikeudellisia lähteitä painottavaa ”oikeuslähdeoppia”?

Perustuslakivaliokunnalle annettujen asiantuntijalausuntojen sisällöllinen tarkastelu ansaitsisi tutkimuksellista huomiota monestakin syystä. Vaikka perustus-

lakivaliokuntaa ja sen asiantuntijainstituutiota on aivan viime vuosina tarkasteltu esimerkiksi Dahlbergin ansiokkaissa artikkeleissa, on vähäisempää huomiota kiinnitetty siihen, miten, mistä ja millä polkuriippuvuudella nimenomaan asiantuntijoiden tarjoilemat lausunnot ja tulkinnat muodostuvat, ja enemmän huomiota on kiinnitetty siihen, miten nämä tulkinnat välittyvät tai jäävät välittymättä valiokunnan lausuntokäytäntöön. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön ja asiantuntijainstituution suhdetta on puolestaan tarkasteltu siitä näkökulmasta, *ketä* valiokunnassa kuullaan, mutta tätä olisi tarpeen täydentää laajemmalla tutkimuksellisella kontribuutiolla siitä, *mitä* valiokunnassa kuullaan ja *mistä* nämä tulkinnat oikeastaan syntyvät. Esimerkiksi siviilioikeudessa tällainen lainopin teorian, lainkäytön laadun ja tulkintamallien käytön johdonmukaisuuden tutkimus on varsinkin menneinä vuosikymmeninä sekä Aarnion ja Peczenik tuotannon myötä ollut vireämpää.⁹⁴ Koskentausta on hyvin kiinnostavalla tavalla tarkastellut oikeuskirjallisuuden roolia tulkintojen taustalla, mutta vastaamatta jää kysymys siitä, kuinka vahvasti asiantuntijat nojautuvat suoraan oikeuslähteisiin ja erityisesti perustuslain sanamuotoon, esitöihin, ja perustuslakivaliokunnan lausuntoihin, ja kuinka vahvasti tulkintoja hahmotellaan oikeuskirjallisuudessa hahmoteltujen oppirakennelmien tai kansainvälisoikeudellisen aineiston varaan.⁹⁵ Samoin hahmottamatta jää se, noudattaako ”asiantuntijainstituutio” samanlaista oikeuslähdeopillista lähestymistapaa sen instituution kanssa, jolle asiantuntijalausuntoja kirjoitetaan, eli perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön kanssa. Koskentaustan mukaan itse valiokunta viittaa oikeuskirjallisuuteen vain harvoin, mutta valiokunnan voidaan katsoa tosiasiaassa ottaneen myös eräitä tieteellisessä keskustelussa esitettyjä kantoja osaksi lausuntokäytäntöään, vaikka se ei nimenomaisesti viittaisi niihin. Koskentaustan mukaa oikeuskirjallisuudella voidaankin katsoa olevan tunnistettavissa oleva rooli valiokunnan työskentelyssä.⁹⁶ Tutkimusasetelmia esimerkiksi vertailevan sisällönanalyysin suuntaan laajentamalla päästäisiin mahdollisesti vielä tarkemmin käsiksi siihen, mihin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöön välittyvät tulkintadoktriinit ovat jäljitettävissä, ja minkälaiseen argumentaatioon näiden tulkintadoktriinien taustalla vaikuttavat valiokunnan asiantuntijalausunnot ovat eri vaiheissa kiinnittyneet.

Analogia hieman ontuu, mutta mielestäni ajatusleikissä on tiettyä arvoa: olisiko toisenlaisen institutionaalisen ratkaisun varaan rakentuvan perustuslakikontrollin mallissa asianmukaista, että ennakkollista in abstracto perustuslakikontrollia harjoittavan, esittelymenettelyä soveltavan tuomioistuimen esittelijä pohjaisi ratkaisukokoonpanolle vietävän päätösesityksensä yhtä vahvasti akateemisen tutkimuksen puitteissa luotuihin oppirakennelmiin kuin perustuslakivaliokunnan asiantuntija-

94 Raitio 2017a, s. 104–105. Ks. mm. Aarnio 1997, Aarnio 2014.

95 Koskentausta 2022.

96 Ibid, s. 1156.

lausunnoissa lienee sallittua? Intuitiivinen vastaus varmaankin on, että ei olisi, vaan esittelijän tulisi perustaa argumentaationsa jonkinlaiseen kyseisen instituution ja oikeusjärjestyksen vakiintuneeseen oikeuslähdeoppiin ja tulkita oikeuslähteitä tämän oikeuslähdeopin puitteissa vakiintuneella ja oikeusyhteisössä laajasti hyväksytyllä tavalla. Perustuslakivaliokunnan asiantuntijakuultavat eivät ole vastaavalla tavalla esittelijöitä, eli rooli on tältä osin täysin toinen ja näennäisesti pienempi. Toisaalta Suomen mallissa perustuslakivaliokunnan kuulemien asiantuntijoiden rooli voidaan ajatella vielä jopa perustuslakituomioistuimen esittelijää keskeisemmäksi, sillä juristeista koostuvan perustuslakituomioistuimen ratkaisukokoonpanon kyky tunnistaa ja eritellä toisistaan eri oikeuslähteisiin ja toisaalta tutkimukseen perustuvaa oikeudellista argumentaatiota, sekä tämän jälkeen tehdä oikeustieteellisten oppirakennelmien hyväksymistä tai hylkäämistä koskevia nimenomaisia valintoja, on huomattavasti perustuslakivaliokunnan kansanedustajista koostuvan ”ratkaisukokoonpanon” kykyä laajempaa, vaikka tässä voidaankin nojautua valiokuntaneuvosten asiantuntemukseen. Kuten todettua, jos ajattelumme lähtee siitä, että perustuslakivaliokunnan lausuntojen oikeudellinen harkinta on perustuslakikontrollin asianmukaisen toiminnan mittari, ja toisaalta oikeudellisen harkinnan mittari on – keskustelijan näkökulmasta ja painotuksista riippuen – asiantuntijalausuntojen näkökulmien noudattaminen tai argumentaation rakentaminen asiantuntijalausunnoissa esitettyihin näkökulmiin nojautuen, on asiantuntijainstituution oikeudellinen argumentaatio välillisesti se mittapuu, johon koko perusoikeuskontrollin toimivuutta ja pitävyyttä peilataan. Sen sijaan itse asiantuntijalausuntojen ”oikeudellisuudelle” ei suomalaisessa valtiosääntödoktriinissa ole juurikaan asetettu mittapuita. Tämä on yllättävää ja riittämätöntä.

Asian tarkastelua monimutkaistaa jo edellä sivutusti se, että perustuslakivaliokunnan lausunnoille ei ole vakiintunut ”oikeuslähdeoppia” tai tähän verrattavaa teoreettista viitekehystä – tai ainakaan tällaista ei ole tutkimuksen piirissä kokonaisvaltaisesti esitetty tavalla, joka mahdollistaisi perustuslakivaliokunnan lausuntojen tai asiantuntijalausuntojen kriittisen peilaamisen kyseiseen viitekehykseen. Tällaiselle teoretisoinnille olisi selvä tarve, sillä sen kautta valiokunnan lausuntoja ja valiokunnalle annettuja asiantuntijalausuntoja voitaisiin mahdollisesti laajasti hyväksytyllä tavalla analysoida ja sen kautta lausunnoille voitaisiin asettaa sisällöllisiä mittapuita. Oikeusteoreettisesti selkeytettävää olisi siis sekä valiokunnan lausuntojen oikeuslähdeopillisessa asemassa – asemointi heikosti velvoittavaksi oikeuslähteeksi ei vastaa lainkäytön todellisuutta – että valiokunnan hyödyntämien oikeuslähteiden teoretisoinnissa. Ajatuksen kanssa samansukuisesti myös Raitio on peräänkuuluttanut ”valtiosääntöteoriaa”.⁹⁷ Raition mukaan perusoikeusmyönteisen laintulkinnan edustajien kannalta tiedon välittäminen perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnasta lisäisi tulkintojen ennakoitavuutta, kun taas analyttisen oikeustieteen edustajien

97 Raitio 2017a, s. 128.

näkökulmasta perus- ja ihmisoikeusjuridiikan tulkintamenetelmien tutkimus olisi tarpeen myös oikeusvarmuuden aineellisen ulottuvuuden eli ratkaisujen hyväksytävyyden kannalta.⁹⁸

Keskustelu perusoikeuksien tulkinnasta tulisi palauttaa siihen olennaiseen kysymykseen, ovatko kaikki perus- ja ihmisoikeudet keskenään yhdenvertaisia niin, että niillä on oikeudellisessa punninnassa sama painoarvo. -- Analyyttisen oikeustieteen edustajien kritiikkiä perusoikeuksien keskinäistä painoarvoa koskevan oikeusteoreettisen ongelman osalta ei voida sivuuttaa tai vähätellä viittaamalla vieteriukko-vertauksen avulla vastapuolen tietämättömyyteen.⁹⁹

Relevanttia tutkimusta olisi myös sen hahmottaminen, minkälaisen suhteen perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituutio luo oikeustieteellisen tutkimuksen ja perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön välille. Minkälaista dynamiikkaa ja ilmiöitä kotimaiseen valtiosääntöoikeuden tutkimukseen rakentaa se, että käytännössä kaikki oikeudenalaa tutkineet, aivan akateemiselta uraltaan nuorimpia tieteenharjoittajia lukuun ottamatta, tarjoavat varsin säännöllisesti tulkintakannanottoja valiokunnan käyttöön? Samoin yhä edelleen relevanttia tarkastelua voitaisiin tehdä sinänsä oikeustieteellisessä tutkimuksessa ainakin 50-vuoden ajan tunnistetusta perustuslakivaliokunnan kuulemien asiantuntijoiden vallasta ja sen muodoista. Ainakin tämän tutkimuksen kontekstissa näyttäytyy selvältä, että mahdollisuutta perustuslain tulkinnan määrittelyyn ei ole tarkastelluissa kysymyksissä ollut yhdelläkään asiantuntijalla yksin, eikä tarkastelukulma muutenkaan ole kaikilta osin hedelmällinen, vaan mielekästä olisi erityisesti keskittyminen tulkintojen ja niiden luomien polkuriippuvuuksien tarkasteluun. Sinänsä lienee hyvin todennäköistä, että mahdollisuus tarjota valiokunnan käyttöön tulkinnan ainesosia esimerkiksi hyvin pitkään ja hyvin säännöllisesti johtaa jonkin tai joidenkin tutkijoiden omalla tutkijaurallaan omaksumien tulkinnallisten lähtökohtien välittymiseen osaksi perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä. Tällöin juuri kyseisten tutkijoiden tieteellisen toimintansa puitteissa omaksumille lähestymistavoille asemoituu huomattava rooli kotimaisen perustuslain tulkinnan määrittäjinä – varsinkin, kun kyseisiä tutkijoita on Suomen kokoisessa maassa ymmärrettävästi varsin rajattu määrä.

Edellä sanottua ei tule mieltää kritiikiksi sitä kohtaan, että oikeuskirjallisuudessa perusoikeuksien tulkintaa ja oikeusvaikutuksia hahmotetaan myös uudenlaisten oikeudellisten konstruktioiden tai tulkintojen kautta. Tällaisella lähestymistavalla on systemaattisia perusteita ja oikeustieteen tutkijoilla on ilmeisellä tavalla huomattavasti lainkäyttöä laajemmat mahdollisuudet omaksua monipuolisia näkökulmia

98 Ibid, s. 127 ja 129–130.

99 Ibid.

systematisoinnin kohteeseen.¹⁰⁰ Lienee laajasti hyväksytty ajatus, että oikeusdogmaattisen, doktrinaalisen oikeusjärjestyksen sisällön selostamisen tai systematisoinnin lisäksi tämä on täysin keskeinen oikeustieteellisen tutkimuksen tehtävä. Esimerkiksi Tuori on osuvasti kuvannut, kuinka normatiivinen oikeustutkimus on samanaikaisesti paitsi tieteellinen ja myös oikeudellinen käytäntö, joka omilla tuloksillaan osallistuu oikeuden, oikeusjärjestyksen, tuottamiseen ja uusintamiseen. Tuorin mukaan näistä rooleista tulisi olla tietoinen.¹⁰¹

Mahdollista on kuitenkin, että edellä kuvatun epävarmuusmarginaalin ja perustuslakikontrollin epätäydellisuuden sekä asiantuntijainstituution kautta perustuslakivaliokunnan ja erityisesti valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen välille muodostuu lisäksi eräänlainen symbioosi, jolla voi olla myös laajempaa yhteiskunnallista merkitystä.¹⁰² Tässä symbioosissa valtiosääntöoikeuden tutkijat kukin omalta osaltaan ensin ratkaisevat, minkälaista tutkimusta he tekevät ja minkälaista tutkimusta Suomessa tämän oikeudenalan osalta siten tehdään. Luonnollisesti tutkimuksellista mielenkiintoa voi ohjautua vahvemmin sektoreille ja teemoihin, joissa käydään mielenkiintoista akateemista keskustelua tai joka tutkijaa itseään muusta syystä kiinnostaa. Kun tutkija tarjoilee asiantuntijalausunnossaan tulkintakannanottoa tai argumentaatiota perustuslakivaliokunnalle, on hänellä huomattavasti paremmat edellytykset tunnistaa lakiehdotuksen liityntöjä sellaisiin relevantteihin perustuslakitarkasteluihin, joita hän on tutkinut, tai joissa hän on esittänyt esimerkiksi uusia oppirakennelmia tai normatiivisia kannanottoja. Jos tutkija on keskittynyt sosiaalisiin perus- ja ihmisoikeuksiin, korostuvat tutkijan asiantuntijalausunnossa nämä näkökohdat, kun taas kunnallisoikeuden tutkija korostanee erityisesti kunnallista itsehallintoa, ja niin edelleen. Karrikoidusti voi kysyä, esiintyisikö esimerkiksi tämän tutkimuksen näkökulmasta keskeinen demokratiaperiaate ja ajatus perustuslain tulkinnasta nimenomaan lainsäätäjän harkintavallan ja perusoikeuksien rajankäyntinä yhtä harvakseltaan ja yhtä suppeina mainintoina valiokunnan lausuntokäytännössä, jos valiokunnan usein kuulemien asiantuntijoiden joukossa olisi ollut oikeustieteilijä, jonka tutkimuksellinen mielenkiinto olisi kohdistunut johdonmukaisesti juuri tähän näkökulmaan. Uumoilen, että tästäkin näkökulmasta perusteltua olisi havainnoida jatkotutkimuksen osalta valiokunnan kuulemia henkilöitä vahvemmin sitä argumentaatiota, jota he valiokunnalle tarjoavat, sekä tämän argumentaation muodostumista koskevia dynamiikkoja.

100 Ks. mm. Nuotio 2020, s. 510.

101 Tuori 2019, s. 787–790.

102 Käytän valtiosääntöoikeutta nyt selkeyden ja luettavuuden vuoksi kattoterminä, mutta perustuslakivaliokunnan kuulemien asiantuntijoiden tutkimusintressit voivat toki kohdistua esimerkiksi julkisoikeuteen, oikeusteoriaan, kansainväliseen oikeuteen, yleiseen oikeustieteeseen, oikeusfilosofiaan, unionioikeuteen, vertailevaan valtiosääntöoikeuteen, sosiaalioikeuteen, talousoikeuteen ja moniin muihin oikeudenaloihin, eli kyse ei ole vain valtiosääntöoikeuden tutkimuksesta. Sinänsä valiokunnan säännönmukaisemmin kuulemilla asiantuntijoilla on kaikilla mittava määrä tutkimusta, joka voidaan asemoida valtiosääntö- ja julkisoikeuden piiriin.

Lopuksi on todettava, että perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituution toimintaan liittyy vielä julkiseen ja poliittiseen keskusteluun kytkeytyvä näkökulma. Esimerkiksi Hidén on oikeusministeriölle kirjoittamassaan perustuslain toimivuutta ja mahdollisia muutostarpeita koskevassa selvityksessään arvioinut, että perustuslain muuttamisen tarpeellisuutta koskeviin käsityksiin voi vaikuttaa myös se, mitä perustuslain katsotaan enemmän tai vähemmän perustellusti edellyttävän.¹⁰³ Hidén viittanee erityisesti mediassa tai muuten varsinaisen akateemisen keskustelun ulkopuolella esitettyihin lausuntoihin, joissa jostain vasta hahmotteluvaiheessa olevasta hankkeesta on saatettu todeta hankkeen olevan ristiriidassa perustuslain kanssa. Hidénin mukaan tällaiset lausumat voivat olla osuvia, mutta ne saattavat myös olla leveällä pensselillä vedettyjä tai kaiken varalta kriittisiä.¹⁰⁴ Myös tässä tutkimuksessa käsiteltyjä perustuslakivaliokunnan lausuntoja on sekä edeltänyt että seurannut vilkas lakihankkeen säätämiskelpoisuutta ja perustuslakivaliokunnan tulkintojen oikeellisuutta koskenut julkinen keskustelu, jossa osa ainakin osa julkisuuteen annetuista lausunnoista on asemoinut lainsäätäjän harkintavallan rajoja olennaisesti perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä konkretisoituneesta poiketen.

Ensinnäkin on todettava, että tieteen ja tutkimuksen vapaus on liberaalin demokratian peruspilareja. Lähtökohtaisesti tutkija voi tutkia sitä, mitä hän valitsee tutkia, ja lausua julkisuuteen sitä, mitä hän valitsee lausua. Kuitenkin suomalaisen perustuslakikontrollin ja sen asiantuntijainstituution myötä perustuslakivaliokunnan usein kuulemien asiantuntijoiden julkiselle keskustelulle asemoituu muusta tieteestä ja tutkimuksesta olennaisesti poikkeava dynamiikka. Perustuslakivaliokunnan säännöllisesti kuuleman asiantuntijan kannanotto saanee aivan erityisen auktoriteettiaseman julkisessa keskustelussa, sillä sen voidaan ajatella heijastavan perustuslakivaliokunnan myöhempää arviointia, jossa sama henkilö on mahdollisesti tarjoamassa tulkintakannanottoa perustuslakivaliokunnalle osana asiantuntijainstituutiota. Jos asiantuntija puheenvuorossaan tulkitsee perustuslain reunaehdoja perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä tiukemmin, tämä voi antaa laajalle yleisöllä väärän ja todellisuutta tiukemman kuvan perustuslain lainsäätäjälle asettamista reunaehdoista, ja siten vahvistaa ”perustuslakifundamentalismia” tai ”ylitiukkaa” perustuslaintulkinta kohtaan yhteiskunnallisessa keskustelussa kohdistettavaa kritiikkiä.¹⁰⁵ Asiantuntijainstituutio lyö erityisesti perustuslakivaliokunnan usein käyttämiin asiantuntijoihin vielä näiden – pääsääntöisesti jo itsessään varsin mittavista – akateemisista meriiteistä erillisen ”laatuleiman”, jonka voidaan ajatella vahvistavan keskustelijoiden äänen kuuluvuutta julkisessa keskustelussa. Samoin oikeusvaltion ympärillä käytävän keskustelun näkökulmasta voidaan tunnistaa, että valiokunnan kuulemien tutkijoiden arvostellessa valiokuntaa näyttäytyy tämä aivan

103 Ks. Hidén 2019a, s. 20.

104 Ibid.

105 Ks. vastaavasti Hidén 2019a, s. 20.

erilaisessa valossa kuin esimerkiksi sellainen arvostelu, jota unionioikeuden tutkijat kohdistavat unionin tuomioistuimeen. Unionioikeuden tutkijat eivät ole unionin tuomioistuimen harkinnan ”oikeudellisuuden” mittareita, eikä tuomioistuimen ratkaisujen hyväksyttävyyys ja unionioikeuden tuomioistuinvalvonnan uskottavuus riipu heidän hyväksynnästään.

Perustuslakivaliokuntaa koskevassa julkisessa keskustelussa tällainen pohjavire on nähdäkseni olemassa. Asiantuntijainstituution kautta erityisesti kokeneet ja akateemisesti meritoituneet valtiosääntöoikeuden tutkijat asemoituvat myös julkisessa keskustelussa eräänlaiseksi perustuslakivaliokunnan harkinnan uskottavuuden ja oikeudellisuuden arviointiryhmäksi. Kun asiantuntijoiden kannan noudattelu tai siitä argumentaation ammentaminen, näkökulmasta riippuen, on paikannettu perustuslakikontrollin yhdeksi keskeiseksi elementiksi, on valiokunnan – mahdollisesti jopa juuri kyseisessä asiassa – kuulemien asiantuntijoiden kritiikillä aivan erityinen oikeusvaltion ja perustuslakikontrollin pitävyyteen kytkeytyvä dynamiikka. Tämä dynamiikka sopii mielestäni kuitenkin haastavasti yhteen sen varsin vapaan akateemisen keskustelun, kansalaiskeskustelun sekä julkisuuden kautta tehtävän normatiivisten kannanottojen esittämisen kanssa, jota osa valiokunnan kuulemista asiantuntijoista tutkijaroolissaan harjoittaa. Erityisesti valtiosääntöoikeuteen vihikeytymättömien on tällaisessa asetelmassa käytännössä mahdoton hahmottaa, miltä osin kyse on jonkin perustuslakivaliokunnan kuuleman asiantuntijan kannanotosta siitä, miten jotakin tulkintakysymystä pitäisi ideaalisti lähestyä, ja miltä osin taas vakavasta kritiikistä perustuslakivaliokuntaa ja sen toimintaa kohtaan, eli aidosta perustuslakikontrollin kriisitilanteesta.

Haasteellisuus ei kuitenkaan palaudu vain tähän julkiseen keskusteluun itseensä, vaan ennen kaikkea perustuslakikontrollin oikeudellisuuden ”mittapuuhun” liittyvään haasteeseen. Jos oikeudellisuuden mittariksi nimittäin asetetaan vain asiantuntijalausunnat ja niiden antajien tulkinnat, eikä näitä täydennetä sisällöllisillä laatuva koskevilla mittareilla, vaikuttaa kaikki näistä asiantuntijalausunnoista poikkeava perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö perusoikeuskontrollin epäonnistumiselta. Kuitenkin esimerkiksi se, että valiokunta nojautuu vaikkapa oikeuskirjallisuuden oppirakennelmia ja/tai kansainvälisoikeudellisia heikosti velvoittavia tai sallittuja oikeuslähteitä vahvemmin omaan aiempaan lausuntokäytäntöönsä, ei ole perustuslakikontrollin kriisitilanne. Sen, että perustuslakivaliokunta kokonaan irtautuu oikeudellisesta harkinnasta ja perustelee kantansa puhtaasti reaalisilla argumenteilla, taas voitane katsoa olevan kyseinen kriisitilanne. Jos julkisessa keskustelussa ja siinä auktoriteettiasemaa nauttivien asiantuntijoiden toimesta perustuslakivaliokunnan katsotaan kuitenkin molemmissa tilanneissa tulkinneen perustuslakia väärin ja epäonnistuneen tehtävässään, jäänee ainakin laajalta yleisöltä havaitsematta, milloin perustuslakikontrolli on kriisissä tavalla, joka vaatii laajasti reagointia, ja milloin kyse taas on ”oikeuden sisäisestä” erimielisyydestä esimerkiksi jonkin perusoikeusulottuvuuden oikeasta tulkinnasta. Voidaan siis kysyä, onko sellainen perustuslakikontrolli,

jossa sen keskeiset osallistajat, tarjolla olevan tulkinta-aineiston määrittäjät ja oikeudellisuuden mittarit, käyvät aktiivista julkista keskustelua perustuslain tulkinnasta ja esittävät (ennakollisesti) vahvoja näkemyksiä jonkun suunnitellun lakihankkeen perustuslainmukaisuudesta, kovinkaan optimaalinen. Toisaalta voidaan kysyä, onko sellainen valtiosääntöoikeuden tutkijayhteisö, joka ei käy julkista keskustelua tai etsi uusia näkökulmia perustuslain tulkintaan, sekään erityisen optimaalinen.

Edellä kuvatun valossa kysymyksen suomalaisen perustuslakikontrollin heikosta pisteestä voi kääntää uuteen näkökulmaan. Onko heikko piste lopulta poliittiselle painostukselle alttiin valiokunnan sijaan tai sen lisäksi asiantuntijainstituutiolle asemoitu rooli oikeudellisuuden mittapuuna sekä perustuslakivaliokunnan ”oikeuslähdeopin” vakiintumattomuus? Tulisiko asiantuntijainstituutiot viedä vahvemmin esimerkiksi virkavalmistelun suuntaan, eli siirtyä yksittäisinä ja eri asiantuntijoilta tilattujen lausuntojen sijaan vahvemmin virkavalmisteluun, jonka pohjalta valiokunta voisi tehdä harkintansa? Käytännössä tällainen perustuslakikontrollin malli voisi toimia esimerkiksi niin, että oikeuskanslerinviraston ja eduskunnan oikeusasiamiehen kanslian resurssointia perustuslakivaliokunnan lausuntopyyntöihin vastaamisessa vahvistettaisiin ja näiden virkатыönä annettujen oikeudellisten asiantuntijalausuntojen rooli sekä niissä tehdyn harkinnan syvällisyys siten kasvaisi.¹⁰⁶ Lisäksi valiokunnalla voisi olla käytössään esimerkiksi pieni, virkatehtävässä kokoaikaisesti valiokunnan käytössä olevien asiantuntijoiden ryhmä, joka laatisi asiantuntijalausuntoja valiokunnan tarpeisiin. Perustuslakivaliokunnan mahdollisuus poiketa asiantuntijalausunnoista säilyisi, samoin kuin asiantuntijalausuntojen luonne julkisina ja itsenäisinä tulkintakannanottoina, minkä lisäksi valiokunnalle jäisi mahdollisuus kuulla tarpeen mukaan myös muita asiantuntijoita. Mallissa se ”oikeudellisuuden” mittapuu, johon valiokunnan työtä peilataan, olisi virkатыönä ja tuomioistuinten kaltaisten itsenäisyys- ja integriteettivaatimusten puitteissa laadittu, ja toisaalta tutkijayhteisön tehtäväksi asemoituisi selkeämmin mallin ulkopuolisen, kriittisen tarkkailijan kuin aktiivisen osallistujan rooli. Myös perustuslain tulkinnan oikeuslähdeopin ja muiden oikeusteoreettisen lähtökohtien kehittäminen edelleen jäisi vahvasti tutkimuksen tehtäväksi. Nähdäkseni tällainen muutos, sikäli kun se nähtäisiin perustelluksi, olisi kokoluokaltaan toteuttamiskelpoinen eikä muuttaisi keskeisellä tavalla Suomessa noudatettavan perustuslakikontrollin mallia, mutta toisi jotakin edellä kuvattuja hyötyjä.

106 Muutoksen yhteydessä huomiota olisi luonnollisesti kiinnitettävä myös mm. oikeuskanslerin ja oikeuskanslerinviraston eri tehtävien riittävään eriyttämiseen.

LÄHDELUETTELO

KIRJALLISUUS

- Aarnio, Aulis, Laintulkinnan teoria: yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY 1989.
- Aarnio, Aulis, Reason and Authority, A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics, Ashgate/Dartmouth 1997.
- Aarnio, Aulis, Uusi varallisuus oikeus – vai vanha? Lakimies 4/2002, s. 515–534.
- Aarnio, Aulis, Oikeutta etsimässä, Erään matkan kuvaus. Talentum 2014.
- Aer, Janne, Lääninoikeuksien itsenäistyminen osana liberaalin oikeusvaltion kehitystä. Lakimies 5/2021, s. 719–744.
- Aine, Antti – Nurmi, Veli-Pekka – Valtonen, Vesa, Oikeuden resilienssi, perusoikeudet ja kokonaisturvallisuus. Lakimies 6/2022, s. 841–873.
- Alasuutari, Pertti, Tasavalta. Sodan jälkeisen Suomen kaudet ja trendit. Vastapaino 2017.
- Alexy, Robert, A Theory of Legal Argumentation. Oxford: Clarendon Press 1989.
- Alkio, Mikko, Kilpailuneutraaliteetti, yhtiöittämisaatimus ja taloudellinen toiminta EU:n valtiontukioikeudessa. Defensor Legis 4/2017, s. 692–701.
- Alkio, Mikko – Hyvärinen, Olli, Valtiontuet. Alma Talent 2016.
- Andreangeli, Arianna, Healthcare Services, the EU Single Market and Beyond: Meeting Local Needs in an Open Economy – How Much Market or How Little Market? Legal Issues of Economic Integration 43 (2) 2016, s. 145–172.
- Andrews, Rhys – Van de Walle, Steven, New Public Management and Citizens' Perceptions of Local Service Efficiency, Responsiveness, Equity and Effectiveness. Public Management Review 15 (5) 2013, 762–783.
- Arajärvi, Pentti, Toimeentuloturvan oikeellisuus – Toimeentuloturvaa koskevan lainsäädännön suhde perustuslakiin, erityisesti perusoikeuksiin, ihmisoikeuksiin ja yhteisöoikeuteen. Kansaneläkelaitos 2002.
- Arajärvi, Pentti, Paremmintuloturvaa. Kunnalliselämän kehittämissäätiö 2003.
- Arajärvi, Pentti, Johdatus sosiaalioikeuteen. Talentum 2011.
- Avbelj, Matej – Komárek, Jan, Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond. Hart Publishing 2012.
- Backman, Jouni, Miten lainsäädännön valmistelua ohjataan poliittisesti? Kuvaus lainvalmistelun poliittisesta ohjauksesta ja sen yhteydestä muodollisjuridiseen lainvalmisteluprosessiin. Sitran työpaperi 2023.
- Baquero Cruz, Julio, Social Services of General Interest and the State Aid Rules, s. 287–313 teoksessa Neergaard, Ulla – Szyszczak, Erika – van de Gronden, Johan W. – Krajewski, Markus (eds.), Social Services of General Interest in the EU. T. M. C. Asser Press 2013.
- Barbier, Jean-Claude, Legal Uncertainty in Social Services: A Threat to National Social Protection Systems? s. 255–275 teoksessa Barbier, Jean-Claude – Rogowski, Ralf – Colomb, Fabrice (eds.), The Sustainability of the European Social Model: EU Governance, Social Protection and Employment Policies in Europe. Edward Elgar Publishing 2015.
- Barents, Rene, The Autonomy of Community Law. Kluwer 2004.
- Bartsch, Andreas, The Relationship of Public Procurement and State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies? Common Market Law Review 39 (3) 2002, s. 551–576.

- Belhaj, Somaya – van de Gronden, Johan W., Some Room for Competition Does not Make a Sick-ness Fund an Undertaking. Is EC Competition Law Applicable to the Health Care Sector? (Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK). *European Competition Law Review* (ECLR) 2004, s. 682–687.
- Besselink, Leonard, A Composite European Constitution. *Europa Law Publishing* 2007.
- Besselink, Leonard, The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni. *European Law Review* 4/2014, s. 531–552.
- Besselink, Leonard, The Persistence of a Contested Concept: Reflections on Ten Years Constitutional Identity in EU Law. *European Public Law* 27 (3) 2021, s. 597–612.
- Bovis, Christopher, A Social Policy Agenda in European Public Procurement Law and Policy. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 14 (2) 1998, s. 137–152.
- Bovis, Christopher, Recent Case Law Relating to Public Procurement: A Beacon for the Integration of Public Markets. *Common Market Law Review* 39 (5) 2002, s. 1025–1056.
- Bovis, Christopher, Financing Services of General Interest in the EU: How Do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate Between Market Forces and Protection? *European Law Journal* 11 (1) 2005, s. 79–109.
- Bovis, Christopher, The Social Dimension of EU Public Procurement and the ‘Social Market Economy’, s. 196–211 teoksessa Ferri, Delia – Cortese, Fulvio (eds.), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*. Routledge 2018.
- Brunila, Tuukka – Salminen, Janne – Värttö, Mikko, Oikeuden resilienssi poikkeuksellisissa oloissa – Perustuslakivaliokunnan rooli oikeuden ylläpitämisessä covid-19-pandemian aikana. *Lakimies* 7–8/2023, s. 1011–1036.
- Buendía Sierra, José Luis – Muñoz de Juan, María, Some Legal Reflections on the Almunia Package. *European State Aid Quarterly* 11 (2) 2012, s. 63–81.
- Buendía Sierra, José Luis – Read, Andrew, *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty*. Oxford University Press 2000.
- Bungenberg, Marc – Hobe, Stephan, *The Relationship of International Investment Law and European Union Law*, s. 1602–1629 teoksessa Bungenberg, Marc – Griebel, Jörn – Hobe, Stephan – Reinisch, August (eds.), *International Investment Law*. 1st ed. Nomos 2015.
- Busatta, Lucia – Hervey, Tamara K., Cross-Border Healthcare and the Social Market Economy, s. 196–212 teoksessa Ferri, Delia – Cortese, Fulvio (eds.), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*. 1st ed. Routledge 2018.
- Carmosino, Luca, Direct Concern in State Aid Direct Actions: A Review of the Scuola Montessori Case – Annotation on the Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 November 2018 in Joined Cases C-622/16 P to C-624/16 P *Scuola Elementare Maria Montessori Srl v European Commission, European Commission v Scuola Elementare Maria Montessori Srl and European Commission v Pietro Ferracci*. *European State Aid Law Quarterly* (EStAL) 18 (1) 2019, s. 71–75.
- Christensen, Tom – Lægreid, Per, *Transcending New Public Management: The Transformation of Public Sector Reforms*. Taylor & Francis Group, ProQuest book Central 2007.
- Christensen, Tom – Lægreid, Per, *NPM and Beyond – Structure, Culture, and Demography*. *International Review of Administrative Sciences* 74 (1) 2008, s. 7–23.
- Costamagna, Francesco, Minimum Wage between Public Procurement and Posted Workers: Anything New After the RegioPost Case? *European Law Review* 42 (1) 2017, s. 101–111.
- Cremona, Marise, Coherence through Law: What Difference Will the Treaty of Lisbon Make? *Hamburg Review of Social Sciences* 3 (1) 2008, s. 11–36.

- Dahlberg, Maija, Perustuslain reunaehdot lainvalmistelulle – ajankohtaisena esimerkkinä sosiaali- ja terveystuudistusta koskenut lakihanke. *Oikeus* 3/2015, s. 321–337.
- Dahlberg, Maija, Perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvosten rooli perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmässä – valiokunnan työrukkanen vai merkittävä vallankäyttäjät? *Lakimies* 5/2021, s. 745–784.
- Dahlberg, Maija, Asiantuntijainstituutio perustuslakivaliokunnassa – valtiosääntöoikeudellisen asiantuntijavallan taustaa, muotoja ja kipukohtia. *Lakimies* 7–8/2022, s. 1052–1084.
- Dahlberg, Maija, Perustuslain tulkinta Suomen ylimmissä tuomioistuimissa: empiirinen ja oikeusvertaileva tutkimus. *Lakimies* 7–8/2024, s. 957–986
- Dahlberg – Maija, Paso – Mirjami, Kansallisen lainsäädännön, ihmisoikeussopimuksen ja unionin oikeuden tavoitteellinen tulkinta – mikä muuttuu? *Lakimies* 7–8/2020, s. 925–953.
- Dale, Gareth – El-Eany, Nadine, The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda. *German Law Journal* 14 (5) 2013, s. 613–649.
- Davies, Gareth, The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States. Jean Monnet Program Working Paper 2/2006. New York University School of Law 2006.
- Davies, Gareth, Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence. *European Law Journal* 21 (1) 2015, s. 2–22.
- Davies, Gareth – Avbelj, Matej, Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law. Edward Elgar Publishing 2018.
- Denhardt, Janet V. – Denhardt, Robert B., The New Public Service: Serving, Not Steering. 3rd ed. Routledge 2011.
- Douglas-Scott, Sionaidh, Constitutional Law of the European Union. Longman Pearson Publishers 2002.
- Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously. Harvard University Press 1977.
- Dworkin, Ronald, Law's Empire. Harvard University Press 1986.
- Kaijus Ervasti, Oikeustieteen opiskelijoiden tutkimusetiikka ja vilppitapaukset. *Oikeus* 1/2011, s. 66–70.
- Ervasti, Kaijus, Yhteiskunnallinen oikeustutkimus. Gaudeamus 2022.
- Ezrachi, Ariel, Sponge. *Journal of Antitrust Enforcement* 5 (1) 2017, s. 49–75.
- Ferri, Delia, Cultural Diversity and State Aids to the Cultural Sector, s. 119–131 teoksessa Psychogiopoulou, Evangelia (ed.), Cultural Governance and the European Union: Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe. Palgrave Macmillan London 2015.
- Ferri, Delia – Cortese, Fulvio, The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU. 1st ed. Routledge 2018. (Ferri – Cortese 2018a)
- Ferri, Delia – Cortese, Fulvio, Taking Stock and Looking Ahead: The Future of the 'Social Market Economy' in the European Union, s. 310–313 teoksessa Ferri, Delia – Cortese, Fulvio (eds.), The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU. 1st ed. Routledge 2018. (Ferri – Cortese 2018b)
- Ferri, Delia – Piernas López, Juan Jorge, State Aid Law in a Social Market Economy, s. 147–165 teoksessa Ferri, Delia – Cortese, Fulvio (eds.), The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU. 1st ed. Routledge 2018.
- Fuller, Lon L., The Morality of Law. Yale University Press 1964.
- Fyhr, Kim, Making Fundamental Rights a Reality in EU Legislative Process: Ex ante Review of Proposals for EU Legislative Measures for their Compatibility with the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Helsingin yliopisto 2016.
- Gallo, Daniele, Functional Approach and Economic Activity in EU Competition Law, Today: The Case of Social Security and Healthcare. *European Public Law* 26 (3) 2020, s. 569–586.

- Gallo, Daniele – Mariotti, Caterina, *The Public Financing of Belgian Hospitals and EU Law: A Core Development in the Field of State Aid*, s. 173–198 teoksessa Mastroianni, Roberto – Arena, Amedeo (eds.), *Sixty Years of EU Competition Law: Stocktaking and Future Prospects*. Università di Napoli 2017.
- Garben, Sacha, *Competence Creep Revisited*. *Journal of Common Market Studies (JCMS)* 57 (2) 2017, s. 205–222. (Garben 2017a)
- Garben, Sacha, *The Constitutional (Im)balance between ‘the Market’ and ‘the Social’ in the European Union*. *European Constitutional Law Review* 13 2017, s. 23–61. (Garben 2017b)
- Gekiere, Wouter – Baeten, Rita – Palm, Willy, *Free Movement of Services in the EU and Health Care*, s. 461–508 teoksessa Mossialos, Elias – Permanand, Govin – Baeten, Rita – Hervey, Tamara K. (eds.), *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*. Cambridge University Press 2010.
- Gérard, Philippe – Verrijdt, Willem, *Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse*. Cambridge University Press 2017.
- Gerber, David J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford University Press 2001.
- Gerbrandy, Anna, *Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution*. *Journal of Common Market Studies (JCMS)* 57 (1) 2019, s. 127–142.
- Gideon, Andrea, *Higher Education Institutions in the EU: Between Competition and Public Service*. Springer 2017.
- Giordani, Tatu – Kava, Ronja, *Julkisen hallintotohtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle ja viranomaistoiminnon yhtiöittäminen*. Edilex 2019/26.
- Goldmann, Matthias, *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion: The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 23 (1) 2016, s. 119–135.
- van de Gronden, Johan W., *Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?* *European Competition Law Review (ECLR)* 25 2004, s. 87–94.
- van de Gronden, Johan W., *Financing Health Care in EU Law: Do the European State Aid Rules Write out an Effective Prescription for Integrating Competition Law with Health Care?* *Competition Law Review* 6 (1) 2009, s. 5–29.
- van de Gronden, Johan W., *The Treaty Provisions on Competition and Health Care*, s. 265–290 teoksessa van de Gronden, Johan W. – Szyszczak, Erika – Neergaard, Ulla – Krajewski, Marкус (eds.), *Health Care and EU Law*, T. M. C. Asser Press 2011. (van de Gronden 2011a)
- van de Gronden, Johan W., *Social Services of General Interest in EU Law*, s. 123–153 teoksessa Szyszczak, Erika – Davies, Jim – Andenæs, Mads – Bekkedal, Tarjei (eds.), *Developments in Services of General Interest*. T. M. C. Asser Press 2011. (van de Gronden 2011b)
- van de Gronden, Johan W., *Services of General Interest and the Concept of Undertaking: Does EU Competition Law Apply?* *World Competition* 41 (2) 2018, s. 197–224.
- van de Gronden, Johan W. – Guy, Mary, *The Role of EU Competition Law in Health Care and the ‘Undertaking’ Concept*. *Health Economics, Policy and Law* 16 (1) 2021, s. 76–89.
- van de Gronden Johan W. – Rusu, Catalin C. S., *EU Competition Law and Policy and Health Systems*, s. 267–290 teoksessa Hervey, Tamara K. – Young, Calum Alasdair – Bishop, Louise E. (eds.), *Research Handbook on EU Health Law and Policy*. Edward Elgar Publishing 2017.
- van de Gronden, Johan W. – Sauter, Wolf, *Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care*. *Legal Issues of Economic Integration* 38 (3) 2011, s. 213–241.
- van de Gronden, Johan W. – Szyszczak Erika, *Introducing Competition Principles into Health Care Through EU Law and Policy: A Case Study of the Netherlands*. *Medical Law Review* 22 (2) 2014, s. 238–254.

- Grote Rainer, *The German Rechtsstaat in Comparative Perspective*, s. 193–206 teoksessa Silkenat, James R. – Hickey Jr., James E. – Barenboim, Peter D. (eds.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Springer 2014.
- Guimaraes-Purokoski, Alice: Vertikaalinen toimivallanjako EU-oikeudessa, *Tutkimus yhteisön toimivallan kehittämisestä energia-alalla sekä julkisen palvelun velvoitteiden ja yleispalvelun sääntelystä sähkön sisämarkkinoilla*, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 290. Suomalainen lakimiesyhdistys 2009.
- Guy, Mary, *Competition Policy in Healthcare: Frontiers in Insurance-Based and Taxation-Funded Systems*. Intersentia 2019.
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* [1992]. Tr. William Rehg. Cambridge: MIT Press 1996.
- Hakala, Kim, Eurooppaoikeus ja koherenssin monet kasvot. *Defensor Legis* 1/2022, s. 278–295.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna, Valta ja vahinko: Julkisen vallan käyttäjän vahingonkorvausvastuu vahingonkorvauslaissa. Alma Talent 2008.
- Halila, Heikki – Halila, Leena, Työeläkelaitokset ja perustuslain 124 §. *Defensor Legis* 3/2014, s. 392–410.
- Halonen, Kirsi-Maria, Näkökulmia julkisten hankintojen tehokkuudesta. *Lakimies* 7–8/2021, s. 1113–1135.
- Harjula, Heikki – Prättälä, Kari, Kuntalaki – tausta ja tulkinnat. 11. uud. painos. Alma Talent 2023.
- Harris, J. W., *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*. Oxford: Clarendon Press 1979.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press 1994.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford University Press 1997.
- Hautamäki, Veli-Pekka, Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta: oikeusvertaileva tutkimus perustuslain tulkinnan auktoritatiivisista instituutioista ja niiden käyttämästä argumentaatiosta Suomessa ja Norjassa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 232. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2002.
- Hautamäki, Veli-Pekka, Perustuslainmukaisuuden valvonta ilmeisyysskriteerin poistamisen myötä. *Lakimies* 1/2009, s. 137–146.
- Hautamäki, Veli-Pekka, Perusoikeuden ydinalue argumenttina. *Lakimies* 1/2011, s. 82–98.
- Hautamäki, Veli-Pekka, Ydinalueen koskemattomuusvaatimus perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä. Edilex 2016.
- Hatzopoulos, Vassilis, Killing National Health and Insurance Systems but Healing Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms. *Common Market Law Review* 39 (4) 2002, s. 683–729.
- Hatzopoulos, Vassilis, Health Law and Policy: The Impact of the EU, s. 111–168 teoksessa de Búrca, Gráinne (ed.), *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*. Oxford University Press 2005.
- Hatzopoulos, Vassilis, Public Procurement and State Aid in National Health Care Systems, s. 379–418 teoksessa Mossialos, Elias – Permanand, Govin – Baeten, Rita – Hervey, Tamara K. (eds.), *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*. Cambridge University Press 2010.
- Hatzopoulos, Vassilis, The Concept of ‘Economic Activity’ in the EU Treaty: From Ideological Dead-Ends to Workable Judicial Concepts. *Research Paper in Law* 6/2011. College of Europe 2011.

- Havu, Katri, Oikeus kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen EU:n ja Suomen oikeudessa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 317. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2013.
- Heinemann, Andreas, Social Considerations in EU Competition Law – The Protection of Competition as a Cornerstone of the Social Market Economy, s. 123–146 teoksessa Ferri, Delia – Cortese, Fulvio (eds.), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*. 1st ed. Routledge 2018.
- Helin, Markku, Perusoikeuksilla argumentoinnista, s. 11–30 teoksessa Iire, Tero (toim.), *Varallisuus, vakuudet ja velkojat: Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952–9/6–2012*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, juhlaulkaisu N:o 24. Turun yliopisto 2012.
- Helin, Markku, Oikeustiede ja tutkimusetiikka, *Lakimies* 6/2015, s. 787–810.
- den Hertog, Leonhard – Stroß, Simon, Coherence in EU External Relations: Concepts and Legal Rooting of an Ambiguous Term. *European Foreign Affairs Review* 18 (3) 2013, s. 373–388.
- Hervey, Tamara K. – McHale, Jean V., *European Union Health Law: Themes and Implications*. Cambridge University Press 2015.
- Hervey, Tamara K. – Young, Calum Alasdair – Bishop, Louise E. (eds.), *Research Handbook on EU Health Law and Policy*. Edward Elgar Publishing 2017.
- Heuru, Kauko, Kunnallinen itsehallinto: kunnallisoikeuden perusteet. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2001.
- Heuru, Kauko – Mennola, Erkki – Rynnänen, Aimo, *Kunta: kunnallisen itsehallinnon perusteet*. Edita 2008.
- Hidén, Mikael, Säädosvalvonta Suomessa I. Eduskuntalait. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 108. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1974.
- Hidén, Mikael, Perusoikeuksien yleiset opit – muuttuvaa ja muuttumatonta. *Lakimies* 5–6/1996, s. 753–769.
- Hidén, Mikael, Perustuslakivaliokunnan rooli Suomen valtiollisessa järjestelmässä, s. 1–10 teoksessa Aarto, Markus – Vartiainen, Markku (toim.), *Oikeus kansainvälisessä maailmassa: Ilkka Saraviidan juhlakirja*. Edita 2008.
- Hirvonen, Ari, Oikeus käy aikaa tilassa: retki Euroopan oikeuden legitimitettiin. *Lakimies* 3–4/2021, s. 314–332.
- Hirvonen, Hanne, Virkavastuu ja päätösaunomaatio – vastuun henkilökohtaisuus kriisissä? *Lakimies* 3–4/2022, s. 386–418.
- Hirvonen, Kalervo – Mäkinen, Eija, *Kunnallinen viranhaltija: oikeudellisen aseman sääntely*. Edita 2006.
- Hofmann, Herwig C. H. – Micheau, Claire, *State Aid Law of the European Union*. Oxford University Press 2016.
- Honko, Kristiina, Kansallinen turvallisuus, ihmisoikeusvelvoitteista poikkeaminen sekä velvoitteiden rajoittaminen Euroopan muuttuvassa turvallisuusympäristössä. Oikeustiede – Jurisprudentia L:2017. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja 2017, s. 5–84.
- Huhtanen, Raija, Sosiaali- ja terveydenhuollon yksityiset ostopalvelut ja perustuslain 124 §, s. 125–144 teoksessa Myrsky, Matti – Vartiainen, Perttu – Miettinen, Tarmo (toim.), *Juhlakirja Teuvo Pohjolainen*. Joensuun yliopisto 1945–14/10–2005. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, N:o 15. Joensuu 2005.
- Huhtanen, Raija, Hallinnon harmaa vyöhyke sosiaalivakuutuksessa ja sosiaalivastuutuksessa. *Lakimies* 7–8/2006, s. 1265–1281.

- Huhtanen, Raija, Sosiaaliset perusoikeudet perustuslakivaliokunnan käytännössä, s. 161–192 teoksessa Pajukoski, Marja – Hänninen, Sakari – Kotkas, Toomas – Nykänen, Eeva – Sakslin, Maija (toim.), Muuttuva sosiaalioikeus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja N:o 24. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2013.
- Huikko, Katariina – Ukkola, Markus: EU:n valtioneuvoston päätöksen ja hankintalainsäädännön suhteesta. *Lakimies* 2/2014, s. 213–235.
- Hurka, Steffen – Steinebach, Yves, Legal Instrument Choice in the European Union. *Journal of Common Market Studies (JCMS)* 59 (2) 2021, s. 278–296.
- Husa, Jaakko, Constitutional Mentality, s. s. 42–59 teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Tamm, Ditlev – Gram Mortensen, Bent Ole (eds.), *Nordic Law in European Context*. Springer 2019.
- Husa, Jaakko – Pohjolainen, Teuvo, Julkisen vallan oikeudelliset perusteet – johdatus julkisoikeuteen. 2. uud. painos. Talentum 2008.
- Husa, Jaakko – Pohjolainen, Teuvo, Julkisen vallan oikeudelliset perusteet – johdatus julkisoikeuteen. Talentum 2014.
- Huovinen, Sakari, Yhteissääntely ja itsesääntely – julkisen vallan tehtäviä muuttavat sääntelykeinot: yksityisen ja julkisen muuttuva suhde. *Lakimies* 7–8/2006, s. 1206–1224.
- Hyvärinen, Anna, Suomen mahdollisuudet vaikuttaa Euroopan unionin lainsäädäntömenettelyyn. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, julkisoikeuden sarja A 40. Turun yliopisto 2015.
- Hyvärinen, Anna – Raunio, Tapio, Suomi 20 vuotta EU:ssa: Kriittinen tarkastelu unioniasioiden kansallisesta valmistelusta. *Oikeus* 4/2016, s. 553–567.
- Hämäläinen, Hanna – Salminen, Janne, Lainvalmistelun oikeudelliset puitteet. *Lakimies* 2/2024, s. 194–222.
- Hötte, Stephanie, Ode to Liberty? – The Determination of Services of General (Economic) Interest and the “Make-or-Buy” Decision. *European Law Review* 45 (4) 2020, s. 487–506.
- Ibrahim, Amir, A Re-Evaluation of the Concept of Economic Activity for the Purpose of EU Competition Rules: The Need for Modernisation. *European Competition Journal* 11 (1) 2015, s. 265–286.
- Ilveskivi, Paula, Perusoikeudet sosiaaliturvalainsäädännön toimeenpanossa: tutkimus ensiasteen päätöksenteon rakenteesta ja sosiaalisten perusoikeuksien oikeusvaikutuksista. Kansaneläkelaitos, tutkimus- ja kehitysyksikkö 2000.
- Ioannidis, Michael, Europe’s New Transformations: How the EU Economic Constitution Changed During the Eurozone Crisis. *Common Market Law Review* 53 (5) 2016, s. 1237–1282.
- Jaklic, Klemen, Constitutional Pluralism in the EU. Oxford University Press 2014.
- Jaeger, Thomas, Services of General Economic Interest, s. 245–294 teoksessa Hancher, Leigh – Ottervanger, Tom – Slot, Piet Jan (eds.), *EU State Aids*. 5th ed. Sweet & Maxwell 2016.
- Janssen, Charlotte – Kloosterhuis, Erik, The Wouters Case Law: Special for a Different Reason? *European Competition Law Review (ECLR)* 37 (8) 2016, s. 335–339.
- Janssen, William, Public Procurement Law and In-House Delivery of Public Services: Improving a Paradox, s. 7–26 teoksessa McCann, Adam – van Rooij, A. E. – Hallo, A. de Wolf – Neerhof, Richard (eds.), *When Private Actors Contribute to Public Interests: A Law and Governance Perspective*. Eleven International Publishers 2014.
- Jansson, Jan-Magnus, Grundlagsutskottets funktioner vid riksdagarna 1939–1953. Finska vetenskaps-societeten 1954.
- Jokinen, Esa, Sosiaali- ja terveydenhuollon kokonaisulkoistukset – Kustannuskehitys vuoteen 2019 saakka. Hyvinvointiala ry 2020.
- Jones, Alison – Sufrin, Brenda, 2014. *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. 5th ed. Oxford University Press 2014.

- Juurikkala, Virka, Rakenteellisen sosiaalityön oikeudellinen perusta, s. 20–24 teoksessa Liukko, Eeva – Muurinen, Heidi – Kokkonen, Tuomo – Santalahti, Ville (toim.), Vaikuttava rakenteellinen sosiaalityö. THL Raportti 1/2022. Terveys- ja hyvinvoinnin laitos (THL) 2022.
- Jylhäsaari, Jussi, Johtamisen muutos kuntien perusterveydenhuollon organisaatioissa – tietoista uudistamista vai realiteetteihin sopeutumista? Vaasan yliopisto 2009.
- Jyränki, Antero, Lakien laki: perustuslaki ja sen sitovuus eurooppalaisessa ja pohjoisamerikkalaisessa oikeusajattelussa suurten vallankumousten kaudelta toiseen maailmansotaan. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1989.
- Jyränki, Antero, Valta ja Vapaus. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1994.
- Jyränki, Antero, Euroopan unioni ja Suomen valtiosääntö. Oikeustiede: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 29 1996, s. 9–83.
- Jyränki, Antero, Oikeusvaltio ja demokratia, s. 13–26 teoksessa Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim.), Oikeusvaltio. Talentum 2002.
- Jyränki, Antero, Valta ja Vapaus: valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2003.
- Jyränki, Antero – Husa, Jaakko, Valtiosääntöoikeus. 2. uud. painos. Kauppakamari 2021.
- Jääskinen, Niilo, Eduskunta. Aktiivinen sopeutuja, s. 114–134 teoksessa Raunio, Tapio – Wiberg, Matti (toim.), EU ja Suomi: unionijäsenyyden vaikutukset suomalaiseen yhteiskuntaan. Edita 2000.
- Jääskinen, Niilo, Demokratia vai perusoikeudet? s. 101–118 teoksessa Nuolima, Risto – Viher-
vuori, Pekka – Klemettinen, Hannele (toim.), Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944–12/6–
2004. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja N:o 35. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004.
- Jääskinen, Niilo, Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Helsingin yliopisto 2008.
- Karayigit, Mustafa T., The Notion of Services of General Economic Interest Revisited. European Public Law 15 (4) 2009, s. 575–595.
- Karapuu, Heikki, Perusoikeuksien käsite ja luokittelu, teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.), Perusoikeudet. Alma Talent 2011 (päivittyvä e-kirja).
- Karvonen-Kälkälä, Anja, Unohtuuko vanhus? Oikeustieteellinen tutkimus hallintosopimuksen asianosaissuhteista vanhuksen vaikuttamismahdollisuuden näkökulmasta. Vanhustyön keskusliiton tutkimuksia 1/2012. Vanhustyön keskusliitto 2012, s. 1–415.
- Karhu (ent. Pöyhönen), Juha, Uusi varallisuusoikeus. 2. painos. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2003. (Pöyhönen 2003a)
- Karhu (ent. Pöyhönen), Juha, Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 5/2003, s. 789–807. (Pöyhönen 2003b)
- Karhu, Juha, Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppia. Lakimies 7–8/2020, s. 1017–1034.
- Karhu, Juha, Varallisuusoikeuden huomen, Lakimies 7–8/2022, s. 1085–1104.
- Keinänen, Anssi, Keitä kuullaan eduskunnan valiokunnissa – tosiasialisesti? s. 137–150 teoksessa Pakarinen, Auri – Hyvärinen, Anna – Ervasti, Kaijus (toim.), Lainvalmistelu, tutkimus, yhteiskunta; Jyrki Talan juhla-kirja. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja N:o 23 2011.
- Keinänen, Anssi – Pajuoja, Jussi, Miten tehdään hyvä laki? Tietosanoma 2022, s. 23–24.
- Keinänen, Anssi – Pitkänen, Maija – Saarinen, Outi, Kokonaisvaltaista perustuslainmukaisuuden valvontaa. Oikeus 1/2013, s. 28–48.
- Keinänen, Anssi – Wiberg, Matti, Perustuslakivaliokunta lausuntovaliokuntana ja asiantuntijoiden kuulijana. Oikeus 1/2012, s. 86–106.

- Kelsen, Hans, Puhdas oikeusoppi [1934]. Suom. Olli Nikkola. WSOY 1968.
- Keravuori-Rusanen, Marietta, Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä: valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle. Edita 2008.
- Kersting, Christian, Social Security and Competition Law: ECJ Focuses on Art. 106(2) TFEU. *Journal of European Competition Law and Practice* 2 (5) 2011, s. 473–476.
- Kerttula, Timo, Vartijat ja järjestyksenvalvojat julkisen vallan käyttäjänä. Helsingin yliopisto 2010.
- Kess, Keija, Itsemäääämis oikeus sosiaali- ja terveydenhuollossa. Alma Talent 2023.
- Kessedjian, Catherine, Where Public Meets Private: a Few Thoughts on Investment Law and Arbitration, s. 1602–1629 teoksessa Bungenberg, Marc – Griebel, Jörn – Hobe, Stephan – Reinisch, August (eds.), *International Investment Law*. 1st ed. Nomos 2015.
- Kivipelto, Minna, Rakenteellisen sosiaalityön katsaus. THL Työpaperi 16/2021. Terveyden- ja hyvinvoinnin laitos (THL) 2021, s. 1–30.
- Kivipelto, Minna, Rakenteellisen sosiaalityön ulottuvuudet, s. 13–19 teoksessa Liukko, Eeva – Muurinen, Heidi – Kokkonen, Tuomo – Santalahti, Ville (toim.), *Vaikuttava rakenteellinen sosiaalityö*. THL Raportti 1/2022. Terveyden- ja hyvinvoinnin laitos (THL) 2022.
- Klami, Hannu Tapani, The Rule of Law – Are There Any Real Alternatives? Turun yliopisto 1984.
- Klami, Hannu Tapani, Integraatio ja oikeuskulttuuri, *Lakimies* 6/1992, s. 841–852.
- Klamert, Marcus, The Principle of Loyalty in EU Law. Oxford University Press 2014.
- Kleiner, Thibaut, Modernization of State Aid Policy, s. 1–27 teoksessa Szyszczak, Erika (ed.), *Research Handbook on European State Aid Law*. Edward Elgar Publishing 2011.
- Kloosterhuis, Erik, Defining Non-Economic Activities in Competition Law. *European Competition Journal* 13 (1) 2017, s. 117–149.
- Koillinen, Mikael, Henkilötietojen suoja itsenäisenä perusoikeutena. *Oikeus* 2/2013, s. 171–193.
- Koivisto, Ida, Julkisen vallan rajoilla. *Lakimies* 5/2014, s. 675–694.
- Koivisto, Ida, Experts and Constitutionality Control in Finland: A Crisis of Cognitive Authority? *Retfærd: nordisk juridisk tidsskrift* 2/2017, s. 24–46.
- Koivisto, Ida – Koulu, Riikka, Miten hyvä hallinto digitalisoidaan? Haaste oikeustieteelliselle tutkimukselle. *Lakimies* 6/2020, s. 798–821.
- Koivusalo, Meri, Health Systems and Policy Space for Health in the Context of European Union Trade Policies, s. 371–395 teoksessa Krajewski, Markus (ed.), *Services of General Interest Beyond the Single Market: External and International Law Dimensions (Legal Issues of Services of General Interest)*. T.M.C. Asser Press 2015.
- Kommers, Donald P., German Constitutionalism: A Prolegomenon. *Emory Law Journal* 40 1991, s. 837–873.
- Komulainen, Mikko, Ulkoistaminen kunnissa: oikeudellinen tutkimus ulkoistamisen ilmenemis- muodoista ja vaikutuksista sekä ulkoistamisen rajoituksista ja sille asetettavista vaatimuksista yhtenä kunnallisten palvelujen tuottamismuotona. Tampere University Press ja Kuntaliitto 2010.
- Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. 9th ed. Hart Publishing 2007.
- Koskenniemi, Martti, Voiko YK uudistua? *Tieteessä tapahtuu* 24 (8) 2006, s. 13–17.
- Koskenniemi, Martti, Mistä oikeustieteessä on kysymys? *Lakimies* 7–8/2022, s. 1016–1030.
- Koskentausta, Lauri, Oikeuskirjallisuuden roolista perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnassa. *Lakimies* 7–8/2022, s. 1133–1157.
- Koskinen, Seppo – Kulla, Heikki, *Virkamiesoikeuden perusteet*. Alma Talent 2019.

- Kotkas, Toomas, Perustuslain 19 §:n sosiaaliset perusoikeudet korkeimman hallinto-oikeuden lainkäytössä, s. 217–239 teoksessa Pajukoski, Marja – Hänninen, Sakari – Kotkas, Toomas – Nykänen, Eeva – Sakslin, Maija (toim.), Muuttuva sosiaalioikeus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja N:o 24. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2013.
- Kotkas, Toomas – Tuovinen, Anna-Kaisa – Nykänen, Eeva – Kalliomaa-Puha, Laura, Sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet sosiaaliturvauudistuksessa. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2023:12. Valtioneuvoston kanslia 2023, s. 1–186.
- Koulu, Riikka, Jokakodin laajakaista – pääsy internetiin perusoikeutena. Lakimies 2/2012 s. 280–302.
- Koulu, Riikka, Digitalisaatio ja algoritmit – oikeustiede hukassa? Lakimies 7–8/2018, s. 840–867.
- Koulu, Riikka – Mäihäniemi, Beata – Kyyrönen, Vesa – Hakkarainen, Jenni – Markkanen, Kalle, Algoritmi päätöksentekijänä? Tekoälyn hyödyntämisen mahdollisuudet ja haasteet kansallisessa sääntely-ympäristössä. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2019:44. Valtioneuvoston kanslia 2019, s. 1–147.
- Krajewski, Markus – Farley, Martin, Limited Competition in National Health Systems and The Application of Competition Law: the AOK Bundesverband Case. European Law Review 29 (6) 2004, s. 842–851.
- Krajewski, Markus – Farley, Martin, Non-Economic Activities in Upstream and Downstream Markets and The Scope of Competition Law After FENIN. European Law Review 31 (1) 2007, s. 111–124.
- Kulla, Heikki, Julkishenkilöstön asema: systematiikkaa ja sekamuotoisuutta. Lakimies 7–8/2006, s. 1158–1176.
- Kulovaara, Kari, Uusi hallinta managerialismina, s. 22–64 teoksessa Kulovaara, Kari – Nousiainen, Marko – Kuokkanen, Kanerva – Meriluoto, Taina (toim.), Hallinnan ja osallistamisen politiikat. Jyväskylän yliopisto 2016.
- Kuoppamäki, Petri – Raitio, Juha, Rahaliiton rakenteelliset ongelmat ja Euroopan velkakriisi. Defensor Legis 6/2015, s. 1086–1100.
- Kuusiniemi, Kari, Oikeuskäytännön hyödyntäjästä sen tuottajaksi ja oikeustieteen käyttäjäksi. Lakimies 7–8/2020, s. 1212–1220.
- Laakso, Seppo, Lainopin teoreettiset lähtökohdat. Tampereen yliopisto 2012.
- Lambertz, Karl-Heinz – Hornung, Matthieu, State Aid Rules on Services of General Economic Interest: For the Committee of the Regions the Glass is Half-full. European State Aid Law Quarterly (EStAL) 11 (2) 2012, s. 329–334.
- Lane, Jan-Erik, Strategic Management for Public Services Delivery. The International Journal of Leadership in Public Services 4 (3) 2008, s. 15–23.
- Lane, Jan-Erik – Wallis, Joe, Strategic Management and Public Leadership. Public Management Review 11(1) 2009, s. 101–120.
- Lasok, K. P. E., When is an Undertaking Not an Undertaking? European Competition Law Review (ECLR) 2004, s. 383–385.
- Laurikkala, Jenna, Virkasalaisuusrikokset: tutkimus 40 luvun 5 §:n virkasalaisuusrikostunnusmerkistöjen sisällöstä ja muutostarpeista. Alma Talent 2020.
- Lavapuro, Juha, Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen vaikutuksista oikeuskäytännössä. Lakimies 4/2008, s. 582–611.
- Lavapuro, Juha, Perustuslakivaliokunnan arvovalta ja valtiosääntökulttuurin murros, s. 223–237 teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas (toim.), Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja N:o 40. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009.

- Lavapuro, Juha, Uusi perustuslakikontrolli. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 301. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010. (Lavapuro 2010a)
- Lavapuro, Juha, Valtiosääntöinen managerialismi ja perusoikeudet. Oikeus 1/2010, s. 6–27. (Lavapuro 2010b)
- Lavapuro, Juha, Mitä uutta on uudessa perustuslakikontrollissa? Lakimies 4/2011, s. 783–787.
- Lavapuro, Juha, Oikeuden resilienssi. Lakimies 7–8/2020, s. 1262–1267.
- Lear, Julia – Mossialos, Elias – Karl, Beatrix, EU Competition Law and Health Policy, s. 337–378 teoksessa Mossialos, Elias – Permanand, Govin – Baeten, Rita – Herve, Tamara K. (eds.), Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy. Cambridge University Press 2010.
- Lehtonen, Lasse, Potilaan yksityisyyden suoja. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 230. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001.
- Lehtonen, Lasse, SOTE-uudistuksen ongelma – miten yhdistää sosiaaliset perusoikeudet ja kilpailu. Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2017, s. 47–57.
- Leino-Sandberg, Päivi – Salminen, Janne, Eurokriisin demokratiaulottuvuuksia. Lakimies 3/2013, s. 390–413.
- Lenaerts, Koen, Defining the Concept of “Services of General Interest” in Light of the “Checks and Balances” Set Out in the EU Treaties. Jurisprudencija 19 (4) 2012, s. 1247–1267.
- Leppänen, Pasi – Sorvettula, Johanna – Valli-Lintu, Auli, Hyvinvointialue – järjestäminen, hallinto ja talous. Alma Talent 2024.
- Lindroos-Hovinheimo, Susanna, Toistuvia pettymyksiä: pohdintaa perustuslain tulkinnan vaikeudesta. Lakimies 7–8/2022, s. 1186–1208.
- Liljeström, Marita, Hallintotuomioistuimet ja sairaanhoitopäätökset. Suomen lääkärilehti 16/1999, s. 2171–2177.
- Liljeström, Marita, Terveyspalvelujen järjestämistä koskevat kiistat hallintotuomioistuimissa. Defensor Legis 1/2003, s. 86–98.
- Lith, Pekka, Yksityiset sosiaali- ja terveyspalvelut: Raportti yksityisestä palvelutarjonnasta ja yritysten kasvusta sekä julkisista hankinnoista ja toiminnan kehittämisestä sosiaali- ja terveyspalveluissa. TEM raportteja 34/2013. Työ- ja elinkeinoministeriö 2013, s. 1–98.
- Liukko, Eeva – Nykänen, Eeva, Sosiaalityön tulevaisuus: sosiaalityö julkisena hallintotehtävänä. Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2019:47. Sosiaali- ja terveysministeriö 2019, s. 1–54.
- Louri, Victoria, The FENIN Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity – Case T-319/99, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y. Dental v. Commission [2003] ECR II-00357. Legal Issues of Economic Integration 32 (1) 2005, s. 87–97.
- Lundberg, Sofia – Marklund, Per-Olov, Green Public Procurement and Multiple Environmental Objectives. *Economia e Politica Industriale* (45) 2018, s. 37–53.
- Lähdesmäki, Kirsi, New Public Management ja julkisen sektorin uudistaminen: tutkimus tehokkuusperiaatteista, julkisesta yrittäjyydestä ja tulosvastuusta sekä niiden määrittelemistä valtion keskushallinnon reformeista Suomessa 1980-luvun lopulta 2000-luvun alkuun. Vaasan yliopisto 2003.
- Lähdesmäki, Kirsi, New Public Management julkisjohtamisen uudistajana – yhä kesto-suosikki reformeissa? s. 75–87 teoksessa Hyryläinen, Esa – Viinamäki, Olli-Pekka (toim.), Julkinen hallinto ja julkinen johtaminen: Juhlakirja professori Ari Salmisen 60-vuotispäivän kunniaksi. Vaasan yliopisto 2011.
- Lämsineva, Pekka, Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 235. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2002.

- Mansikka, Tanja, Kuka kantaa virkavastuuta? – virkavastuusta kunnassa ja sen ulottumisesta ulkoistettuun toimintaan sekä epäasiallisesta vaikuttamisesta päätöksentekoon. Edilex 2014/11.
- Mansikka, Tanja – Niemi, Johanna, Uusi julkisjohtaja virkarikosepäilyinä – New Public Management -johtajuuden ja virkamiesjohtajuuden identiteetit tuomioiden ja syyttämättä jättämispäätösten perusteluissa. Lakimies 3–4/2017, s. 311–333.
- Matikkala, Jussi, Näkökohtia erityisistä virkavastuusäännöksistä, s. 312–341 teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Korkka, Heli – Lahti, Raimo – Lappi-Seppälä, Tapio – Melander, Sakari (toim.), Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959–18/4–2019. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2019.
- Melander, Sakari, Kriminalisointiteoria: Rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 288. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008.
- Miettinen, Samuli – Tervo, Joonas, Subsidiarity, Judicial Review and National Parliaments after Lisbon: Theory and Practice. Europarättslig tidskrift 1/2017, s. 15–41.
- Modeen, Tore, Hälso- och sjukvårdsförhållandet, särskilt beträffande myndighetsutövning. JFT1991:127, s. 181–195.
- Morton, Andrew J. B., European Health Care Systems, and the Emerging Influence of European Union Competition Policy. Journal of Health Politics, Policy, and Law 46 (3) 2021, s. 467–486. (Morton 2021a)
- Morton, Andrew J. B., Re-Establishing Needed Limits: European Competition Policy's Role in European Healthcare Systems and the Lessons of the Dövera Case. Social Policy and Administration 56 (3) 2021, s. 472–484. (Morton 2021b)
- Mossialos, Elias – Permanand, Govin – Baeten, Rita – Hervey, Tamara K., Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy. Cambridge University Press 2010.
- Mutanen, Anu – Salminen, Janne, Suomalaisen valtiosäännön eurooppalaistuminen – tarkastelussa valtion täysivaltaisuus, integraationormisto ja valtiosääntöinen identiteetti. Oikeustiede – Jurisprudentia LIII:2020. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja 2020, s. 103–201.
- Muukkonen, Matti, Ylioppilaskunnan automaatio- ja pakkojäsenyyden perustuslainmukaisuus. Edilex 2008/4.
- Muukkonen, Matti, Ulkoistaminen ja perustuslainsäätäjän tahto. Edilex 2012/14.
- Myllymäki, Arvo, Kolmas sektori kilpailuyhteiskunnan hyvinvointipalvelujen täydentäjänä. Tampereen yliopisto 2003.
- Mäenpää, Olli, Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. 2. uud. painos. Edita 2016.
- Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus. 2. uud. painos. Alma Talent 2018 (painettu kirja). (Mäenpää 2018a).
- Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus. Alma Talent 2018 (päivittyvä e-kirja, luettu 14.2.2022). (Mäenpää 2018b).
- Mäenpää, Olli, Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. 6. uud. painos. Edita Publishing Oy 2021.
- Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus. 3. uud. painos. Alma Talent 2023.
- Mäkelä, Marianne, Yhdenvertaisuus sivistyksen portailla. Lakimies 5/2013, s. 917–923.
- Mäki-Lohiluoma, Juho, Julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityinen tuotanto ja lainsäätäjän harkintavallan rajat. Oikeustiede – Jurisprudentia LV:2022. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja 2022, s. 195–290.

- Määttä, Tapio, Lainsäätäjän kunnioittamisasenne, tavoitteellinen laintulkinta ja lakien tavoitesäännökset vallitsevassa tuomarinideologiassa, s. 207–234 teoksessa Pakarinen, Auri –Hyvärinen, Anna –Ervasti, Kaijus (toim.), Lainvalmistelu, tutkimus, yhteiskunta; Jyrki Talan juhla-kirja. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, N:o 23. Turun yliopisto 2011.
- Määttä, Tapio – Paso, Mirjami, Johdatus oikeudellisen ratkaisun teoriaan. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, N:o 29. Helsingin yliopisto 2019.
- Neergaard, Ulla, Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast, s. 17–50 teoksessa Krajewski, Markus – Neergaard, Ulla – van de Gronden, Johan W. (eds.), The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe – Between Competition and Solidarity. T. M. C. Asser Press 2009.
- Neergaard, Ulla – Szyszczak, Erika – van de Gronden, Johan W. – Krajewski, Markus, Social Services of General Interest in the EU. T. M. C. Asser Press 2013.
- Neuvonen, Riku – Rautiainen, Pauli, Perusoikeuksien tunnistaminen ja niiden sisällön määrittäminen Suomen perusoikeusjärjestelmässä. Lakimies 1/2015, s. 28–53. (Neuvonen – Rautiainen 2015a)
- Neuvonen, Riku – Rautiainen, Pauli, Lakivaraukset Suomen perusoikeusjärjestelmässä. Lakimies 2/2015, s. 229–248. (Neuvonen – Rautiainen 2015b)
- Newdick, Christopher, Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity. Common Market Law Review 43 (6) 2006, s. 1645–1668.
- Niemelä, Pekka, The Relationship of EU Law and Bilateral Investment Treaties of EU Member States: Treaty Conflict, Harmonious Coexistence and the Critique of Investment Arbitration. Helsingin yliopisto 2017.
- Niemi, Matti Ilmari, Lainoillisen tiedon erityisluonteesta. Lakimies 7–8/2022, s. 1209–1231.
- Niemivuo, Matti, Kansallinen lainvalmistelu. 2. uud. painos. Lakimiesliiton kustannus 2002.
- Niemivuo, Matti, Lainvalmistelu: oikeudelliset perusteet ja käytäntö. Kauppakamari 2020.
- Nieminen, Liisa, Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus – valtiosääntöistyyvä Eurooppa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 259. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004.
- Nieminen, Liisa, Tarvittaisiinko Suomessakin valtiosääntötuomioistuin? Lakimies 1/2007, s. 3–24.
- Nieminen, Liisa, Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimuseettinen ymmärrys ja sen mahdolliset ongelmakohdat Lakimies 7–8/2022 s. 1383–1409.
- Nikolić, Bruno, The Compatibility of Private Health Insurance Schemes with EU Law: Applying the Health Insurance Exception beyond Substitutive Private Health Insurance. Cambridge Yearbook of European Legal Studies 22 2020, s. 156–181.
- Nikolić, Bruno, Applicability of European Union Competition Law to Health Care Providers: The Dividing Line between Economic and Noneconomic Activities. Journal of Health Politics Policy and Law 46 (1) 2021, s. 49–70.
- Nordström, Laura – Backman, Jouni – Konttinen, Lea, Miten EU-lainsäädännöstä päätetään Suomessa? Sitran selvityksiä 209/2022. Sitra 2022.
- Norr, Joonas, Perusoikeudet, kohtuus, hyvä tapa ja sopimusoikeudellisen kokonaisharkinnan kontrolloitavuus. Lakimies 2/2018, s. 177–199.
- Norr, Joonas, Perusoikeuksien horisontaalivaikutus sopimusoikeudellisen kohtuuden ja hyvän tavan tulkinnassa. Lakimies 3–4/2019, s. 363–386.
- Kimmo Nuotio, Oikeustiede ja viittaamisen etiikka. Niin & Näin 2/2005, s. 115–123.
- Nuotio, Kimmo, Eettistä vai moraalista oikeutta? Oikeusvaltio monikulttuurisuuden paineessa, s. 127–144 teoksessa Nuotio, Kimmo – Gylling, Heta Aleksandra (toim.), Oikeus ja politiikka: filosofisia esseitä. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja N:o 18. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007.

- Nykänen, Eeva, Yksityiset palveluntuottajat julkisten sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottajina. *Lakimies* 3–4/2020, s. 431–457.
- Nykänen, Pekka, Perustuslain yhdenvertaisuuden vaatimus ja välitön verotus. *Oikeus* 2/2017, s. 224–249.
- Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*. Oxford University Press 2006.
- Odudu, Okeoghene, Are State-Owned Health-Care Providers Undertakings Subject to Competition Law? *European Competition Law Review (ECLR)* 32 (5) 2011, s. 231–241.
- Ojanen, Tuomas, Euroopan unioni ja kotimainen perusoikeusjärjestelmä. *Lakimies* 7–8/2003, s. 1149–1168.
- Ojanen, Tuomas, The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law. *European Public Law* 10 (3) 2004, s. 531–564.
- Ojanen, Tuomas, From Constitutional Periphery toward the Center: Transformations of Judicial Review in Finland. *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 27 (2) 2009, s. 194–207.
- Ojanen, Tuomas, Valtiosääntöoikeus kansainvälistymisen kohteena ja välittäjänä. *Lakimies* 7–8/2014, s. 937–952.
- Ojanen, Tuomas, EU-oikeuden perusteita. 3. uud. painos. Edita 2016.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin, Suomen valtiosäännön peruseriaatteen (PL 1 §), s. 217–226 teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, *Perusoikeudet*. 2. uud. painos. Alma Talent 2011 (painettu kirja) (Ojanen – Scheinin 2011a)
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin, Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltä (PL 6 §) teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, *Perusoikeudet*. 2. uud. painos. Alma Talent 2011. (päivittyvä e-kirja) (Ojanen – Scheinin 2011b)
- Okkonen, Ville, Saavutettujen oikeuksien suoja ja omistusoikeusdoktriini vuoden 1919 hallitusmuodon jälkeen. *Oikeus* 1/2021 s. 9–30.
- O’Sullivan, Charles Edwards, The EU Between Market State Ideals and Social Market Economy Objectives: Placing the Social Market Economy Within the Union’s Constitutional History, s. 17–30 teoksessa Ferri, Delia – Cortese, Fulvio (eds.), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*. 1st ed. Routledge 2018.
- Paasto, Päivi, Onko vapaus menettänyt merkityksensä varallisuusoikeuden perustana? *Oikeus* 3/2001, s. 340–346.
- Paasto, Päivi, Analyttinen vai perusoikeusrakenteinen varallisuusoikeus? s. 123–144 teoksessa Björne, Lars – Saarnilehto, Ari – Tammi-Salminen, Eva – Tuomisto, Jarmo (toim.), *Oikeus, sopimus ja vaihdanta: Juhlakirja Leena Kartiolle, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja*, N:o 13. Jyväskylä 2004.
- Parviainen, Mervi, Kenen on vastuu? Vastuut ja seuraamukset palvelussuhteessa. Edita 2010.
- Paunio, Riitta-Leena, Tavoitteita ja haasteita – oikeusasiamiehen laillisuusvalvontaa 90 vuotta, s. 7–16 teoksessa *Oikeusasiamies 90 vuotta -juhlakirja*. Eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia 2010.
- Peczenik, Aleksander, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Nordstedts Juridik AB 1995.
- Pellonpää, Matti, Perustuslakikontrollista neljässä Euroopan maassa ja Suomessa. *Lakimies* 6/2021, s. 911–945.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti, *Euroopan ihmisoikeussopimus*. Talentum 2012.

- Pesu, Jarkko, Innovaatiokumppanuus ja valtiontuki. *Lakimies* 3–4/2022, s. 487–512.
- Peters, B. Guy, Comparative Public Administration: After New Management, What? s. 20–26 teoksessa Hyryläinen, Esa – Viinamäki, Olli-Pekka (toim.), Julkinen hallinto ja julkinen johtaminen: Juhlakirja professori Ari Salmisen 60-vuotispäivän kunniaksi. Vaasan yliopisto 2011.
- Piernas López, Juan Jorge, Services of General Economic Interest and Social Considerations, s. 166–180 teoksessa Ferri, Delia – Cortese, Fulvio (eds.), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*. 1st ed. Routledge 2018.
- Piernas López, Juan Jorge, When Is a Company Not an Undertaking Under EU Competition Law? The Contribution of the Dôvera Judgment. *Common Market Law Review* 58 (2) 2021, s. 529–548.
- Pieters, Danny – van den Stegaan, Bogaert, *The Consequences of European Competition for National Health Policies*. Antwerpen: Maklu cop. 1997.
- Pohjola, Anneli, Rakenteellisen sosiaalityön aika, s. 207–224 teoksessa Pohjola, Anneli – Särkelä, Riitta (toim.), *Sosiaalisesti kestävä kehitys. Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto* 2011.
- Poiarses Maduro, Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, s. 67–84 teoksessa Avbelj, Matej – Komárek, Jan, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Hart Publishing 2012.
- Pollitt, Christopher – Bouckaert, Geert, *Public Management Reform: A Comparative Analysis – New Public Management, Governance, and The Neo-Weberian State*. 3rd ed. Oxford University Press 2011.
- Popic, Tamara, Slovakia, s. 767–787 teoksessa Immergut, Ellen M. – Anderson, Karen M. – Devitt, Camilla – Popic, Tamara (eds.), *Health Politics in Europe: A Handbook*. Oxford University Press 2021.
- Porko, Petta – Heino, Tarja – Eriksson, Pia, Selvitys yksityisistä lastensuojelun yksiköistä. Terveysten ja hyvinvoinnin laitos (THL). Työpaperi 21/2018. Helsinki 2018.
- Prosser, Tony, EU Competition Law and Public Services, s. 315–336 teoksessa Mossialos, Elias – Permanand, Govin – Baeten, Rita – Hervey, Tamara K. (eds.), *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*. Cambridge University Press 2010.
- Puimalainen, Mikko, EU:n etusijaperiaatteesta Suomen valtiosäännössä. *Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 340*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2018.
- Pölonen, Pasi, Sopimuksellisuus julkishallinnon järjestämisessä. *Lakimies* 7–8/2012, s. 1149–1167.
- Pöysti, Tuomas, Luottamuksesta hallinnon automaattiseen päätöksentekoon, s. 345–360 teoksessa Kuusiniemi, Kari – Suviranta, Outi – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), *Juhlajulkaisu Pekka Vihervuori 1950–25/8–2020*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja N:o 44. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2020.
- Raczkiwicz, Zbigniew, It is Possible for the State to Develop and Impose Technical Solutions for e-Procurement: Annotation on the Judgment of the General Court (Seventh Chamber) of 28 September 2017 in Case T-138/15, *Aanbestedingskalender BV and Others v European Commission*. *European Procurement and Public Private Partnership Law Review (EPPPL)* 13 (3) 2018, s. 229–233.
- Raitio, Juha, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*. Kluwer Academic Publishers 2003.
- Raitio, Juha, Teleologia eurooppaoikeudessa. *Oikeus* (34) 3 2005, s. 276–297.
- Raitio, Juha, Palveluiden vapaan liikkuvuuden rajoitusperusteet ja yleiseen etuun liittyvä ”pakottava syy”. *Defensor Legis* 1/2010, s. 91–97.
- Raitio, Juha, Euroopan velkakriisi: valtioiden asema ja arvio euroalueen tulevaisuudesta. *Defensor Legis* 5/2012, s. 721–727.

- Raitio, Juha, Kontekstuaalisuus, Klammin finalismi ja EU-oikeus. *Lakimies* 4/2014, s. 519–541.
- Raitio, Juha, Oikeusvaltion ääriviivat. Alma Talent 2017. (Raitio 2017a)
- Raitio, Juha, Huomioita oikeusvaltio-käsitteen kehityksestä ja sisällöstä Suomessa. *Lakimies* 5/2017, s. 559–579. (Raitio 2017b)
- Raitio, Juha: Valtiontukien notifiointivelvoite SOTE-uudistuksessa. *Defensor Legis* 5/2018, s. 745–756.
- Raitio, Juha, Oikeusvaltioperiaate, oikeusvarmuus ja koherenssi Euroopan unionin kilpailuoikeudessa. *Defensor Legis* 1/2019, s. 58–68. (Raitio 2019a)
- Raitio, Juha, Huomioita valtiontukien notifiointimenettelystä, oikeusvarmuusilmoituksesta ja täytäntöönpanokiellosta SOTE-asiassa. *Defensor Legis* 3/2019, s. 339–349. (Raitio 2019b)
- Raitio, Juha, Huomioita EU:n elpymisvälineen oikeudellisesta tulkinnasta. *Defensor Legis* 3/2021, s. 688–696.
- Raitio, Juha – Tuominen, Tomi, Euroopan unionin oikeus. 2. uud. painos. Alma Talent 2020.
- Raitio, Juha – Miettinen, Samuli, Valtiontuet ja SGEI-palvelut. Alma Talent 2021.
- Rasinmäki, Jorma, Yksityistäminen kunnallishallinnossa: hallinto-oikeudellinen tutkimus yksityistämisen oikeudellisista taustoista, edellytyksistä, rajoituksista, muodoista ja vaikutuksista. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997.
- Rasmussen, Morten, Revolutionizing European law: A History of the Van Gend en Loos Judgment. *International Journal of Constitutional Law* 12 (1) 2014, s. 136–163.
- Raunio, Tapio – Wiberg, Matti, The Impact of the European Union on National Legislation. *Zentrum für Europäische Integrationsforschung. ZEI Discussion Paper C240* 2017, s. 1–22.
- Rautiainen, Pauli, Perusoikeuden heikennyskielto. *Oikeus* 3/2013, s. 261–283.
- Rautiainen, Pauli, Kontekstualismi vahvistuu Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa. *Defensor Legis* 1/2014, s. 128–134.
- Rautiainen, Pauli, Yksityisoikeudellinen elokuvasäätö elokuvataiteen valtionavustusten jakajana – Perustuslaillinen ongelma? s. 255–276 teoksessa Korpisaari, Päivi (toim.), Viestinnän muuttuva sääntely. Viestintäoikeuden vuosikirja 2016. Helsingin yliopisto 2016.
- Rautiainen, Pauli, Kokeilulainsäädäntö ja sen perustuslailliset reunaehdot. *Lakimies* 2/2019, s. 192–220.
- Rautiainen, Pauli – Mattila, Jukka, Onko maillamme malttia uudistaa sosiaaliset perusoikeudet ennen sosiaaliturvan kokonaisuudistusta? *Yhteiskuntapolitiikka* 88 (2) 2023, s. 213–221.
- Rautio, Ilkka, RL 40: Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset, s. 1373–1429 teoksessa Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Helenius, Dan – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Ojala Timo – Rautio, Ilkka (toim.), *Rikosoikeus*. Alma Talent 2022.
- Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press 1994.
- Rehling Larsen, Signe, Varieties of Constitutionalism in the European Union. *Modern Law Review* 84 (3) 2021, s. 477–502.
- Reinisch, August, National Treatment, s. 303–325 teoksessa Bungenberg, Marc – Griebel, Jörn – Hobe, Stephan – Reinisch, August (eds.), *International Investment Law: A Handbook*. 1st ed. Nomos 2015.
- Riepula, Esko, Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana: valtiosääntötutkimus eduskunnan perustuslakivaliokunnasta perustuslakikontrollia ja perustuslakien tulkintaa harjoittavana toimielimenä vv:n 1907–1972 valtiopäiviltä. *Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 101*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1973.
- Righini, Elisabetta, The Reform of the State Aid Rules on Financing of Public Services: Paving the Way towards a Clearer, Simpler and More Diversified Framework. *European State Aid Quarterly* 11 (2) 2012, s. 3–16.

- Rissanen, Kirsti, Onko ajatus säädöspolitiikasta utopiaa? s. 31–44 teoksessa Pakarinen, Auri – Hyvärinen, Anna – Ervasti, Kaijus (toim.), Lainvalmistelu, tutkimus, yhteiskunta; Jyrki Talan juhlaKirja. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, N:o 23. Jyväskylä 2011.
- Robinson, Zoë, A Comparative Analysis of the Doctrinal Consequences of Interpretative Disagreement for Implied Constitutional Rights. *Washington University Global Studies Law Review* 11 (1) 2012, s. 93–150.
- Rundle, Kristen, The Morality of the Rule of Law: Lon L. Fuller, s. 186–201 teoksessa Meierhenrich, Jens – Loughlin, Martin (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge University Press 2021.
- de la Rosa, Stéphane, The Directive on Cross-Border Healthcare or the Art of Codifying Complex Case Law, *Common Market Law Review* 49 (1) 2012, s. 15–46.
- Rosas, Allan, Kansallinen oikeusjärjestys osana EU:n oikeusjärjestelmää, s. 361–370 teoksessa Kuusiniemi, Kari – Suviranta, Outi – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), *JuhlaJulkaisu Pekka Vihervuori 1950–25/8–2020*. Suomalainen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja N:o 44. Helsinki 2020.
- Rosas, Allan – Armati, Lorna, *EU Constitutional Law: An Introduction*. 3rd ed., Hart Publishing 2018.
- Sallinen, Sini, Kunnan itselleen ottamat tehtävät ja niiden oikeudelliset reunaehdot. Tampere University Press 2007.
- Salminen, Ari, Hallintotiede: Organisaatioiden hallinnolliset perusteet. Valtionhallinnon kehittämiskeskus & Edita 1993.
- Salminen, Janne, Täysivaltaisuuden rajoituksesta täysivaltaisuuden käyttöön – Havaintoja valtiosääntöisen täysivaltaisuuskäsityksen muutoksesta. *Lakimies* 7–8/2004, s. 1318–1339.
- Salminen, Janne, Lojalin yhteistyön periaate Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden välillä. *Oikeus* 1/2006, s. 5–21.
- Salminen, Janne, ”Euroopan unioni” Suomen perustuslaissa. *Lakimies* 2/2009, s. 254–269.
- Salminen, Janne, Yhä läheisempään liittoon? Tutkielmia valtiosäännön integraationormin sisällystä ja vaikutuksista. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, julkisoikeuden sarja A 39. Turun yliopisto 2015.
- Salminen, Janne, Eurooppalainen valtiosääntö. *Lakimies* 2/2019, s. 228–233.
- Salminen, Janne, Finsk krishantering i fredstid – beredskapslagen tillämpas för första gången. *Svensk Juristtidning (SvJT)* 10/2020, s. 1116–1129.
- Sampford, Charles J. G., *The Disorder of Law: A Critique of Legal Theory*. Blackwell Publishing Ltd 1989.
- Sankari, Suvi, *Legal Reasoning in Context: The Court of Justice on Articles 17 and 18 EC (20 and 21 TFEU) 2000–2008*. Helsingin yliopisto 2011.
- Sankari, Suvi – Tuori, Kaaro, *The Many Constitutions of Europe*. Farnham: Ashgate 2010.
- Saraviita, Ilkka, *Suomalainen perusoikeusjärjestelmä*. Talentum 2005.
- Saraviita, Ilkka, Näkökohtia parlamentarisoitujen presidentinvalinnan suomalaisesta toteutuksesta. *Oikeustiede – Jurisprudentia* 40/2007. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja 2007, s. 405–478.
- Saraviita, Ilkka, *Perustuslaki*. Alma Talent 2011.
- Saraviita, Ilkka, Lisänäkökohtia perustuslakivaliokunnasta lausunnonantajana ja asiantuntijoiden kuulijana. *Oikeus* 2/2012, s. 299–304.
- Sarja, Mikko, Kuuluuko vai eikö kuulu? – Havaintoja oikeusasiamiehen toimivallasta, s. 18–45 teoksessa *Oikeusasiamies 90 vuotta -juhlakirja*. Eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia 2010.
- Sauter, Wolf, *Harmonisation in Healthcare: The EU Patients’ Rights Directive*. TILEC Discussion Paper N:o 2011-030. Tilburg University 2011.

- Sauter, Wolf, Proportionality in EU Law: A Balancing Act? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 15 2013, s. 439–466.
- Sauter, Wolf, *Public Services in EU Law*. Cambridge University Press 2015.
- Sauter, Wolf – Schepel, Harm, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market Before the EU Courts*. 1st ed. Cambridge University Press 2009.
- Scheinin, Martin, Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa: valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 189. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1991.
- Scheinin, Martin, Perustuslaki 2000 -ehdotus ja lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrolli: puoli askelta epämääräiseen suuntaan. *Lakimies* 6–7/1998 s. 1123–1131.
- Scheinin, Martin, Perusoikeuskollisiot, 127–132 teoksessa Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (toim.), *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja 23. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2012.
- Semmelmann, Constanze, The European Union's Economic Constitution Under the Lisbon Treaty: Soul-Searching Among Lawyers Shifts the Focus to Procedure. *European Law Review* 35 (4) 2010, s. 516–542.
- Siltala, Juha, New Public Management: The Evidence-Based Worst Practice? *Administration and Society* 45 (4) 2013, s. 468–493.
- Siltala, Raimo, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 234. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.
- Sindbjerg Martinsen, Dorte, Conflict and Conflict Management in the Cross-Border Provision of Healthcare Services. *West European Politics* 32 (4) 2009, s. 792–809.
- Sindbjerg Martinsen, Dorte, Governing EU Health Law and Policy: On Governance and Legislative Politics', s. 45–55 teoksessa Hervey, Tamara K. – Young, Calum Alasdair – Bishop, Louise E. (eds.), *Research Handbook on EU Health Law and Policy*. Edward Elgar Publishing 2017.
- Sindbjerg Martinsen, Dorte – Mayoral Díaz-Asensio, Juan, A., A Judicialisation of Healthcare Policies in Denmark and Spain? The Universalist Healthcare Model Meets the European Union. *Comparative European Politics* 15 2017, s. 414–434.
- Sinnaeve, Adinda, What's New in SGEI in 2012? An Overview of the Commission's SGEI Package. *European State Aid Quarterly* 11 (2) 2012, s. 347–367.
- Sinnott-Armstrong, Walter, Two Ways to Derive Implied Constitutional Rights, s. 231–244 teoksessa Goldsworthy, Jeffrey – Campbell, Tom (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*. Aldershot 2002.
- Slot, Piet Jan, Applying the Competition Rules in the Healthcare Sector. *European Competition Law Review (ECLR)* 24 (11) 2003, s. 580–594.
- Smatana, Martin – Pažitný, Peter – Kandilaki, Daniela – Laktišová, Michaela – Sedláková, Danina – Palušková, Monika – Spranger, Anne, Slovakia—Health system review. *Health Systems in Transition*. European Observatory on Health Systems and Policies Vol. 18 No. 6 2016.
- Šmejkal, Václav – Šaroch, Stanislav, EU as a Highly Competitive Social Market Economy – Goal, Options, and Reality. *Review of Economic Perspectives* 14 (4) 2014, s. 394–410.
- Smith, Michael E., The Quest for Coherence: Institutional Dilemmas of External Action from Maastricht to Amsterdam, s. 171–193 teoksessa Stone Sweet, Alec – Sandholtz, Wayne – Fligstein, Neil (eds.), *The Institutionalization of Europe*. Oxford University Press 2001.
- Suksi, Markku, Förvaltningsbeslut genom automatiserat beslutsfattande – statsförfattnings- och förvaltningsrättsliga frågor i en digitaliserad myndighetsmiljö. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT)* 5/2018, s. 329–371.

- Suksi, Markku, Rättsstatlighet, god förvaltning och ämbetsansvar vid automatiserat beslutsfattande. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT)* 5–6/2019, s. 267–302.
- Sutela, Marja, Sosiaali- ja terveystalveluiden ulkoistaminen. *Oikeudelliset reunaehdot*. Edita Prima 2003.
- Suviranta, Outi, Yliopistojen itsehallinto, julkisen hallinnon organisointi ja valtion talouden järjestelmä. *Lakimies* 4/2006, s. 536–559.
- Syrjänen, Jussi, Tuomarin harkinnan rajat – irti legalismin taakasta. *Oikeustiede – Jurisprudentia XLV:2012*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja 2012, s. 335–391.
- Szyldo, Marek, Leeway of Member States in Shaping the Notion of an ‘Undertaking’ in Competition Law. *World Competition* 33 (4) 2010, s. 549–568.
- Szysczczak, Erika, Article 263(4) TFEU and the Impossibility of Challenging Recovery Decisions in State Aid. *European State Aid Law Quarterly (EStAL)* 15 (4) 2016, s. 637–641.
- Tallroth, Paulina, Kuka valvoo oikeuksiamme? Perusoikeuksien valvontaelimet Suomessa ja keskustelu valtiosääntöuomioistuimesta. *Svenska kulturfonden* 2012.
- Tarasti, Lauri, Yhteiskunnan oikeudellistuminen. *Defensor Legis* 4/2002, s. 575–585.
- Temmes, Markku, Suomen hallintopoliittikan pitkät aallot ja käännekohdat. *Hallinnon Tutkimus* 27 (3) 2008, s. 69–79.
- Temple Lang, John, Privatisation of Social Welfare: European Union Competition Rules, s. 45–77 teoksessa Dougan, Michael – Spaventa, Eleanor (eds.), *Social Welfare and EU Law: Essays in European Law*. Hart Publishing 2005.
- Thomson, Sarah – Mossialos, Elias, Private Health Insurance and the Internal Market, s. 419–460 teoksessa Mossialos, Elias – Permanand, Govin – Baeten, Rita – Herve, Tamara K. (eds.), *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*. Cambridge University Press 2010.
- Tiili, Minna, Ministers as Strategic Political Leaders? Strategic Political Steering After NPM Reforms in Finland, *Helsingin yliopisto* 2008.
- Tinbergen, Jan, *On the Theory of Economic Policy*. North-Holland Publishing Company 1952.
- Tolonen, Hannu, *Oikeuslähdeoppi*. WSOY Lakitieto 2003.
- Torres Pérez, Aida, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*. Oxford University Press 2009.
- Tuominen, Risto, Perusoikeudet lainvalmistelun näkökulmasta – esimerkkinä perustuslakivaliokunnan vuosien 2000–2018 lausuntokäytäntö koskien perustuslain 15.1 §:n omaisuudensuojaa. *Edilex* 2018. (Tuominen 2018a)
- Tuominen, Tomi, *The European Constitution and the Eurozone Crisis: A Critique of European Constitutional Pluralism*. University of Lapland 2017.
- Tuominen, Tomi, Aspects of Constitutional Pluralism in Light of the Gauweiler Saga. *European Law Review* 43 (2) 2018, s. 186–204. (Tuominen 2018b)
- Tuominen, Tomi, KKO 2017:84 ja KKO 2019:70 – Oppitunteja eurooppaoikeudesta. *Defensor Legis* 6/2020, s. 1013–1028.
- Tuominen, Tomi, Eduskunnan perustuslakivaliokunta Euroopan komission lainsäädäntöehdotuksen oikeusperustan arvioitsijana. *Oikeus* 3/2021, s. 277–296. (Tuominen 2021a)
- Tuominen, Tomi, *The Euro Crisis and Constitutional Pluralism: Financial Stability but Constitutional Inequality*. Edward Elgar Publishing 2021. (Tuominen 2021b)
- Tuori, Kaarlo, *Oikeus, valta ja demokratia*. Lakimiesliiton kustannus 1990.
- Tuori, Kaarlo, *Julkisesta yksityiseen: rajoituksia ja edellytyksiä*. *Oikeustiede – Jurisprudentia XXXI:1998*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja 1998, s. 295–353.
- Tuori, Kaarlo, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Sanoma Pro 2000.

- Tuori, Kaarlo, Tuomarivaltio – uhka vai myytti? *Lakimies* 6/2003, s. 915–943. (Tuori 2003a)
- Tuori, Kaarlo, Onko hallinto-oikeudella tulevaisuutta? *Oikeus* 3/2003, s. 234–249. (Tuori 2003b)
- Tuori, Kaarlo, Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. *Lakimies* 7–8/2004, s. 1196–1224.
- Tuori, Kaarlo, Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro 2007.
- Tuori, Kaarlo, Kombination aus theoretischer ex ante- und konkreter ex post-Prüfung: Das finnische Modell. In Haller Gret, Günther Klaus, Neumann Ulfrid (Hg.): *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormunde der Demokratie?* Campus Verlag 2011. (Tuori 2011a)
- Tuori, Kaarlo, Sosiaaliset oikeudet, s. 711–752, teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.), *Perusoikeudet*, Alma Talent 2011 (painettu kirja) (Tuori 2011b)
- Tuori, Kaarlo, The European Financial Crisis: Constitutional Aspects and Implications. EUI Working Papers N:o 2012/28. European University Institute 2012.
- Tuori, Kaarlo, Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Helsinki 2013.
- Tuori, Kaarlo, Perustuslakivalvonta ja oikeuden kehittäminen: ylin lainkäyttö valtiovallan kolmijaon rajoille. *Lakimies* 1/2018, s. 103–111.
- Tuori, Kaarlo, *Properties of Law: Modern Law and After*. Cambridge University Press 2021.
- Tuori, Kaarlo – Kotkas, Toomas, *Sosiaalioikeus*. Talentum 2016.
- Tuori, Kaarlo – Kotkas, Toomas, *Sosiaalioikeus*. Alma Talent 2023.
- Uusitalo, Jenna, From Legislative Shortcomings Towards Better Human Rights Protection – Analysis of Legislation on the Emergency Medical Services in Finland and Estonia. *European Journal of Health Law* 25 (4) 2018, s. 389–406.
- Valli-Lintu, Auli, Sote- ja kuntarakenteen pitkä kujanjuoksu. Kunnallisanalan kehittämissäätiö 2017.
- Valli-Lintu, Auli, Sote- ja kuntarakenteen pitkä kujanjuoksu – osa II, Kunnallisanalan kehittämissäätiö 2019.
- Valli-Lintu, Auli, Sote- ja kuntarakenteen pitkä kujanjuoksu – soten uusi alkua, osa III, Kunnallisanalan kehittämissäätiö 2021.
- Varju, Marton, Conflict and Complementarity: EU Obligations, Member States Interests and Services of General Interest. *European Public Law* 23 (2) 2017, s. 347–364.
- Vélyvytė, Vilija, The Power to Shape the Internal Market: Implications of the Case Law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) for the EU's Institutional Balance. *Croatian Yearbook of European Law and Policy (CYELP)* 12 2016, s. 25–47.
- Viljanen, Mika, Uusi varallisuus-oikeus ja normi, s. 269–302 teoksessa Mikkilä, Jaakko – Lohi, Tapani (toim.), *Oikeus ja kritiikki: 3, kohteena Juha Karhun Uusi varallisuus-oikeus*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2012.
- Viljanen, Mika, Algoritmien haaste – uuteen aineelliseen oikeuteen? *Lakimies* 7–8/2017, s. 1070–1087.
- Viljanen, Pekka, Virkarikokset, s. 890–1004 teoksessa Frände, Dan – Hyttinen, Tatu – Kallio, Heikki – Korkka-Knuts, Heli – Matikkala, Jussi – Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Viljanen, Pekka – Wahlberg, Markus (toim.), *Keskeiset rikokset*. Edita 2023.
- Viljanen, Veli-Pekka, *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*. Talentum 2001.
- Viljanen, Veli-Pekka, Eurooppalaistuminen valtioelinten välisissä suhteissa. *Lakimies* 7–8/2003, s. 1169–1183.
- Viljanen, Veli-Pekka, Onko eduskunnan asema lainsäädäntövallan käyttäjänä muuttunut? *Lakimies* 7–8/2005, s. 1050–1064.

- Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeuksien rajoittaminen, teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.), Perusoikeudet. Alma Talent 2011 (päivittyvä e-kirja) (Viljanen 2011a)
- Viljanen, Veli-Pekka, Yksityiselämän suoja (PL 10 §), teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeudet. 2. uud. painos. Alma Talent 2011. (päivittyvä e-kirja) (Viljanen 2011b)
- Vironen, Katri, Johtamisen megatrendit New Public Managementin jälkeen: Hallintotieteellinen kirjallisuuskatsaus post-NPM:n sisällöistä ja kehityksestä sekä esiintymisestä terveydenhuollon johtamisessa. Vaasan yliopisto 2015.
- Virtanen, Martti – Järvelä, Katja – Kaakkola, Jukka – Luukkinen, Ari – Pöyry, Lasse – Rajas, Anu – Saastamoinen, Mika – Tuorila, Helena – Vuorio, Liisa, Kilpailun mahdollisuudet ja edellytykset SOTE-palveluissa. Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityksiä 5/2016. Kilpailu- ja kuluttajavirasto 2016.
- Virtanen, Petri – Wennberg, Mikko, Prosessijohtaminen julkishallinnossa. Edita 2005.
- Voutilainen, Tomi, ICT-oikeus sähköisessä hallinnossa: ICT-oikeudelliset periaatteet ja sähköinen hallintomenettely. Edita 2009.
- Voutilainen, Tomi – Kurvinen, Evgeniya, Kuntien tietohallinnon järjestäminen – Vastuut ja rajoitteet ulkoistamisessa. Edilex 19/2015.
- Vuorela, Miikka – Keinänen, Anssi, Oikeuslähteiden rajamailla – eduskunnan valiokunnat laintulkitsijoina. Lakimies 6/2014, s. 775–798.
- Vähätalo, Tuukka, Eurooppaoikeus ja kansallisen tuomion lopullisuus: Tutkimus Euroopan ihmis-oikeussopimuksen ja EU-oikeuden vaikutuksista niiden kanssa ristiriitaisten kansallisten tuomioiden lopullisuuteen. Lapin yliopisto 2022.
- Waldron, Jeremy, The Core of the Case against Judicial Review. The Yale Law Journal 115 (6) 2006, s. 1346–1406.
- Weatherill, Stephen, Cases and Materials on EU Law. Oxford University Press 2014.
- Wehlander, Caroline, Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law. Asser Press 2016.
- Weiler, Joseph, The Constitution of Europe: ‘Do the New Clothes Have an Emperor?’ and Other Essays on European Integration. Cambridge University Press 1999.
- Weiler, Joseph, Prologue: Global and Pluralist Constitutionalism – Some Doubts, s. 8–18 teoksessa de Búrca, Gráinne – Weiler, Joseph (eds.), The Worlds of European Constitutionalism. Cambridge University Press 2012.
- Wiberg, Matti, Perustuslakivaliokunta asiantuntija-areenana. Lakimies 6/2003, s. 967–991.
- Wiberg, Matti, Lainsäädäntömme EU-vaikutteisuus luultua oleellisesti pienempää. Oikeus 2/2004, s. 200–206.
- Wilhemsson, Thomas, Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta. Oikeustiede – Jurisprudentia XXX:1997. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja 1997, s. 357–374.

VIRALLISLÄHTEET

Hallituksen esitykset

- HE 72/1990 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden valtioneuvoston oikeuskansleria ja eduskunnan oikeusasiamiestä koskevien säännösten muuttamista koskevaksi lainsäädännöksi
- HE 185/1991 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista
- HE 291/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta

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

HE 285/1994 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle ylimpien valtiolaitten eräitä valtaoikeuksia koskeväksi lainsäädännöksi

HE 6/1997 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäyttöä viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi

HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi

HE 77/2001 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta

HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta

HE 225/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi lastensuojelulain muuttamisesta

HE 166/2008 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista annetun lain sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 4 §:n muuttamisesta

HE 20/2009 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 12 §:n muuttamisesta

HE 60/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Suomen perustuslain muuttamisesta

HE 90/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle terveydenhuoltolaiksi sekä laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidon muuttamiseksi sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain muuttamiseksi

HE 32/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuntalain muuttamisesta

HE 40/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kilpailulain ja oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa annetun lain 4 ja 16 §:n muuttamisesta

HE 22/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 164/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle sosiaalihuoltolaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 268/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 324/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 96/2015 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain muuttamisesta

HE 15/2017 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskeväksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

HE 47/2017 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä valtiontalouden tarkastusvirastosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta

HE 16/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 231/2020 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi väliaikaisista poikkeuksista työttömyysturvalakiin covid-19-epidemian vuoksi annetun lain 4 §:n muuttamisesta

HE 241/2020 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskeväksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

HE 30/2021 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kalastuksesta Tenojoen vesistössä Norjan kanssa tehdyn sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja soveltamisesta annetun lain muuttamisesta

HE 231/2021 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaalihuoltolain ja ikääntyneen väestön toimintakyvyn tukemisesta sekä iäkkäiden sosiaali- ja terveyspalveluista annetun lain muuttamisesta sekä niihin liittyviksi laeiksi

HE 236/2021 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi rahanpesun ja terrorismin rahoittamisen estämisestä annetun lain ja finanssivalvonnasta annetun lain 3 ja 20 b §:n muuttamisesta

HE 83/2022 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle eläinlääkintähuoltolaiksi sekä siihen liittyviksi laeiksi

HE 191/2022 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle vammaispalvelulaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi

Perustuslakivaliokunnan lausunnot ja mietinnöt

PeVL 19/1985 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 81/1985 vp) eduskunnalle laeiksi työturvallisuuslain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta

PeVL 4/1989 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 6/1989 vp) eduskunnalle ulkomaalaisen kelpoisuutta virkaan koskevaksi lainsäädännöksi

PeVL 2/1990 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 22/1990 vp) eduskunnalle ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä

PeVM 9/1990 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 72/1990 vp) eduskunnalle eräiden valtioneuvoston oikeuskansleria ja eduskunnan oikeusasiamiestä koskevien säännösten muuttamista koskevaksi lainsäädännöksi

PeVL 37/1992 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 364/1992 vp) eduskunnalle laiksi valtion vakuusrahastosta annetun lain muuttamisesta

PeVL 1/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 281/1993 vp) eduskunnalle laiksi turvatarkastuksista lentoliikenteessä

PeVL 7/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 295/1993 vp) eduskunnalle tilintarkastuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 14/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 135/1994 vp) eduskunnalle Suomen liittymisestä Euroopan unioniin tehdyn sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä (nide I) Sopimus Norjan, Itävallan, Suomen ja Ruotsin liittymisestä Euroopan unioniin (nide II) Sopimus Euroopan unionista ja Euroopan talousyhteisön perustamissopimus (nide III) Euroopan atomienergiayhteisön perustamissopimus ja Euroopan hiili- ja teräsyhteisön perustamissopimus (nide IV) Euroopan yhteisöjen perustamissopimukset muuttavat sopimukset ja asiakirjat (nide V)

PeVL 15/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 57/1994 vp) eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 309/1993 vp) eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta

PeVL 34/1996 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 88/1996 vp) eduskunnalle laeiksi työttömyysturvalain 25 §:n poikkeuksellisesta soveltamisesta ja työttömyysturvalain 22 ja 24 §:n muuttamisesta annetun lain voimaantulosäännöksen muuttamisesta

PeVL 31/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 217/1997 vp) eduskunnalle laiksi toimeentulotuesta sekä laiksi sosiaalihuoltolain ja -asetuksen eräiden säännösten kumoamisesta

PeVM 10/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 1/1998 vp) eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi

PeVL 37/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 189/1998 vp) eduskunnalle takausta ja vierasvelkapanttausta koskevaksi lainsäädännöksi

PeVL 44/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 148/1998 vp) eduskunnalle laiksi järjestyksenvalvojista sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 8/1999 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 77/1999 vp) eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain muuttamisesta

PeVL 14/1999 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 140/1999 vp) eduskunnalle laiksi rakennerahasto-ohjelmien kansallisesta hallinnoinnista

PeVL 24/2001 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 71/2001 vp) eduskunnalle etsintä- ja pelastuspalvelua merellä koskevan vuoden 1979 kansainvälisen yleis-sopimuksen muutosten hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta sekä meripelastuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 28/2001 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 69/2001 vp) eduskunnalle laiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 53/2001 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 180/2001 vp) eduskunnalle laiksi liikepankeista ja muista osakeyhtiömuotoisista luottolaitoksista, laiksi osuuspankeista ja muista osuuskuntamuotoisista luottolaitoksista, säästöpankkilaiksi, laiksi talletuspankin toiminnan väliaikaisesta keskeyttämisestä, laiksi säästöpankin muuttamisesta osakeyhtiömuotoisiksi pankeiksi annetun lain kumoamisesta sekä laeiksi eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta

PeVL 59/2001 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 210/2001 vp) eduskunnalle laeiksi nuorisorangaistuksen kokeilemisesta annetun lain 14 §:n ja oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 8 luvun 11 §:n muuttamisesta

PeVL 2/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 197/2001 vp) eduskunnalle laeiksi sähköisistä allekirjoituksista ja viestintähallinnosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta

PeVM 10/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 170/2002 vp) eduskunnalle uskonnonvapauslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 11/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 248/2001 vp) eduskunnalle laiksi seutuyhteistyökokeilusta

PeVL 16/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 15/2002 vp) eduskunnalle laiksi Euroopan laajuisen rautatiejärjestelmän yhteentoimivuudesta

PeVL 33/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 98/2002 vp) eduskunnalle laeiksi yksityishenkilön velkajärjestelystä annetun lain ja verotusmenettelystä annetun lain 88 §:n muuttamisesta

PeVL 41/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 123/2002 vp) eduskunnalle laeiksi verontilityslain 12 §:n ja tuloverolain 124 §:n muuttamisesta

PeVL 45/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 100/2002 vp) eduskunnalle vapaarahoitteiseksi asumisoikeusjärjestelmäksi ja asumisoikeusjärjestelmän muuksi kehittämiseksi

PeVL 46/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 115/2002 vp) eduskunnalle työttömyysturvalaiksi ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta

PeVL 57/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 200/2002 vp) eduskunnalle laiksi valmiuslain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

- PeVL 59/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 76/2002 vp) eduskunnalle laeiksi sukusolujen ja alkioiden käytöstä hedelmöityshoidossa ja isyyslain muuttamisesta
- PeVL 61/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 112/2002 vp) eduskunnalle viestintämarkkinoita koskevan lainsäädännön muuttamisesta
- PeVL 63/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 218/2002 vp) eduskunnalle laeiksi sähkömarkkinalain sekä maakaasumarkkinalain 4 luvun 6 §:n muuttamisesta
- PeVL 66/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 162/2002 vp) eduskunnalle rautatielaiksi sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 67/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 175/2002 vp) eduskunnalle laiksi Rahoitustarkastuksesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 11/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 38/2004 vp) eduskunnalle laeiksi ajopiirturikorttien myöntämisen järjestämisestä ja Ajoneuvohallintokeskuksesta annetun lain 2 §:n muuttamisesta
- PeVL 20/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 77/2004 vp) eduskunnalle laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidolain sekä eräiden muiden lakien muuttamisesta
- PeVL 21/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 80/2004 vp) eduskunnalle vapaaehtoisten eläkevakuutusten tuloverotusta koskevien säännöksiä uudistamiseksi
- PeVL 26/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 81/2004 vp) eduskunnalle laiksi rikoslain 17 luvun kokoontumislain ja järjestyksenvalvojista annetun lain 8 §:n muuttamisesta
- PeVL 33/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 164/2004 vp) eduskunnalle sairausvakuutuslaiksi annetun hallituksen esityksen (HE 50/2004 vp) täydentämisestä
- PeVL 34/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 102/2004 vp) eduskunnalle laiksi nuorisorangaistuksesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 39/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 24/2004 vp) eduskunnalle laiksi ammattikorkeakoululain muuttamisesta
- PeVL 46/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 240/2004 vp) eduskunnalle laiksi väylämaksulain muuttamisesta
- PeVM 5/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 102/2003 vp) eduskunnalle laiksi Suomen perustuslain muuttamisesta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 25/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 17/2005 vp) eduskunnalle laiksi tilatukijärjestelmän täytäntöönpanosta
- PeVL 27/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 25/2002 vp) eduskunnalle passilaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 42/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 94/2005 vp) laiksi työsuojelun valvonnasta ja työpaikan työsuojeluyhteistoiminnasta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 47/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 138/2005 vp) eduskunnalle laeiksi Ilmailulaitoksesta, Ilmailuhallinnosta ja lentoliikenteen valvontamaksusta sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta
- PeVL 50/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 164/2005 vp) eduskunnalle laiksi julkisesta työvoimapalvelusta annetun lain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 54/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 110/2005 vp) eduskunnalle laiksi sotilaallisesta kriisinhallinnasta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 56/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 107/2005 vp) eduskunnalle laiksi lääkelain muuttamisesta

PeVL 5/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 225/2004 vp) eduskunnalle laiksi lastensuojelulain muuttamisesta

PeVL 6/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 5/2006 vp) eduskunnalle laiksi sotilaallisesta kriisinhallinnasta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 11/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi (HE 7/2006 vp) eduskunnalle ajoneuvoverolain 56 §:n muuttamisesta

PeVL 18/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 34/2006 vp) eduskunnalle laeiksi maatalouden harjoittamisesta luopumisen tukemisesta ja luopumisjärjestelmiä koskevien lakien muuttamisesta

PeVL 20/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 37/2006 vp) eduskunnalle laiksi tilatukijärjestelmän täytäntöönpanosta annetun lain muuttamisesta

PeVL 31/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 38/2006 vp) eduskunnalle taksiliikennelaiksi sekä laiksi luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä annetun lain muuttamisesta

PeVL 36/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 67/2006 vp) eduskunnalle Euroopan perustuslaista tehdyn sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta

PeVL 37/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 155/2006 vp) eduskunnalle laiksi kunta- ja palvelurakennemuutoksesta sekä laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja varainsiirtoverolain muuttamisesta

PeVL 41/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 192/2006 vp) eduskunnalle laeiksi maaseudun kehittämiseen myönnettävistä tuista ja maaseudun kehittämiseen liittyvien ohjelmien hallinnoinnista annetun lain muuttamisesta

PeVL 42/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 83/2006 vp) eduskunnalle ulosottokaareksi ja laiksi verojen ja maksujen täytäntöönpanosta sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi

PeVL 43/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 217/2006 vp) eduskunnalle laiksi luonnonhaittakorvauksesta, maatalouden ympäristötuesta sekä eräistä muista ympäristön ja maaseudun tilan parantamiseen liittyvistä tuista

PeVL 47/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 218/2006 vp) eduskunnalle Maaseutuviraston toimivaltuuksia koskevaksi lainsäädännöksi

PeVL 48/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 90/2006 vp) eduskunnalle kansaneläkelainsäädännön, laiksi vammaisuuksista ja laiksi eläkkeensaajan asumistuesta sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi

PeVL 18/2007 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 140/2007 vp) eduskunnalle siviilipalveluslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 13/2008 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 23/2008 vp) eduskunnalle Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta tehdyn Lissabonin sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta

PeVL 30/2008 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 166/2008 vp) eduskunnalle laeiksi vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista annetun lain sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 4 §:n muuttamisesta

PeVL 3/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 89/2008 vp) eduskunnalle laiksi väestötietojärjestelmästä ja Väestörekisterikeskuksen varmennepalveluista

PeVL 6/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 3/2008 vp) eduskunnalle valmiuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi Puolustusvaliokunnalle

PeVL 10/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 20/2009 vp) eduskunnalle laeiksi sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 12 §:n muuttamisesta

PeVM 11/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 258/2009 vp) eduskunnalle laiksi työttömyysetuuksien rahoituksesta annetun lain väliaikaisesta muuttamisesta

PeVL 16/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 36/2009 vp) eduskunnalle laiksi vahvasta sähköisestä tunnistamisesta ja sähköisistä allekirjoituksista sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 37/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 244/2009 vp) eduskunnalle yliopistojen verotusta koskevaksi lainsäädännöksi

PeVM 9/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 60/2010 vp) eduskunnalle laiksi Suomen perustuslain muuttamisesta

PeVL 24/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 276/2009 vp) eduskunnalle laeiksi ihmisen elimien, kudoksien ja solujen lääketieteellisestä käytöstä annetun lain, sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 5 §:n ja sairausvakuutuslain 7 luvun 4 §:n muuttamisesta

PeVL 36/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 73/2010 vp) eduskunnalle laiksi maaseutuelinkeinojen rahoituslain muuttamisesta annetun lain voimaansaantonasta annetun lain muuttamisesta

PeVL 37/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 152/2010 vp) eduskunnalle laiksi uusiutuvilla energialähteillä tuotetun sähkön tuotantotuesta

PeVL 41/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 90/2010 vp) eduskunnalle terveydenhuoltolaiksi sekä laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidon lain muuttamiseksi sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain muuttamiseksi

PeVL 48/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 237/2010 vp) eduskunnalle riistahallintolaiksi sekä laeiksi metsästyslain muuttamisesta, riistanhoitomaksusta ja pyyntilupamaksusta annetun lain muuttamisesta ja maaseutuelinkeinojen valituslautakunnasta annetun lain 1 §:n muuttamisesta

PeVL 55/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 275/2010 vp) laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta

PeVL 57/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 223/2010 vp) eduskunnalle pysäköinninvalvontaa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi

PeVL 58/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 199/2010 vp) eduskunnalle jätelaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 61/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 277/2009 vp) eduskunnalle vesilainsäädännön uudistamiseksi Ympäristövaliokunnalle

PeVL 65/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 271/2010 vp) eduskunnalle laeiksi kalastuslain muuttamisesta ja kalastuslain muuttamisesta annetun lain 108 §:n muuttamisesta

PeVL 12/2011 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 60/2011 vp) eduskunnalle laeiksi kunnan peruspalvelujen valtionosuudesta annetun lain muuttamisesta sekä opetus- ja kulttuuritoimen rahoituksesta annetun lain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta

- PeVL 10/2012 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 86/2011 vp)
eduskunnalle biopankkilaiksi sekä laeiksi ihmisen elimien, kudoksien ja solujen lääketieteellisestä käytöstä annetun lain ja potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain muuttamiseksi
- PeVL 11/2012 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 18/2012 vp)
eduskunnalle laeiksi tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käyttäessä sekä julkisista hankinnoista annetun lain 49 §:n muuttamisesta
- PeVL 17/2012 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 32/2012 vp)
eduskunnalle arvopaperimarkkinoita koskevaksi lainsäädännöksi
- PeVL 25/2012 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 116/2012 vp)
eduskunnalle laiksi lapsilisälain 7 §:n muuttamisesta ja 21 §:n väliaikaisesta muuttamisesta
- PeVL 28/2012 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 78/2012 vp)
eduskunnalle laeiksi kuluttajansuojalain 7 luvun, eräiden luotonantajien rekisteröinnistä annetun lain sekä korkolain 2 §:n muuttamisesta
- PeVL 6/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 188/2012 vp)
eduskunnalle laeiksi passilain muuttamisesta ja passilain muuttamisesta annetun lain eräiden säännösten kumoamisesta
- PeVL 20/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto
- hallituksen esityksestä (HE 31/2013 vp) laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta, kuntajakolain eräiden säännösten kumoamisesta sekä kielilain muuttamisesta
 - hallituksen esityksestä (HE 53/2013 vp) laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta, kuntajakolain eräiden säännösten kumoamisesta sekä kielilain muuttamisesta annetun hallituksen esityksen (HE 31/2013 vp) täydentämisestä
- PeVL 23/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 79/2012 vp)
eduskunnalle pysäköinninvalvonnassa avustamista koskevaksi lainsäädännöksi
- PeVL 25/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 90/2013 vp)
eduskunnalle laiksi työttömyysturvalain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 29/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 146/2013 vp)
eduskunnalle laiksi valtion varoista korvattavista merimiesten matkakustannuksista sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 30/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 103/2013 vp)
eduskunnalle laiksi rajat ylittävästä terveydenhuollosta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 34/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 113/2013 vp)
eduskunnalle laiksi kunnan peruspalvelujen valtionosuudesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 5/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 199/2013 vp)
eduskunnalle laiksi mielenterveyslain muuttamisesta
- PeVL 8/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 54/2013 vp) eduskunnalle laeiksi julkisen hallinnon turvallisuusverkko toiminnasta ja viestintämarkkinalain 2 §:n muuttamisesta
- PeVL 12/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 28/2014 vp)
eduskunnalle laeiksi hyljetuotteiden kaupasta ja metsästyslain 43 §:n muuttamisesta
- PeVL 13/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 20/2014 vp)
eduskunnalle ampumaratalaiksi sekä laeiksi ampuma-aselain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta
- PeVL 16/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 38/2014 vp)
eduskunnalle laiksi kunnan peruspalvelujen valtionosuudesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 22/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 22/2014 vp)
eduskunnalle laiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

- PeVL 27/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 79/2014 vp) eduskunnalle ilmailulaiksi ja laiksi meripelastuslain 14 §:n muuttamisesta
- PeVL 31/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 19/2014 vp) eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 32/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 165/2014 vp) eduskunnalle laiksi lapsilisälain 7 §:n muuttamisesta Sosiaali- ja terveysvaliokunnalle
- PeVL 40/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 133/2014 vp) eduskunnalle laiksi kunnan peruspalvelujen valtionosuudesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 41/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 183/2014 vp) eduskunnalle laiksi työllistymistä edistävästä monialaisesta yhteispalvelusta sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 44/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 258/2014 vp) eduskunnalle laiksi opetus- ja kulttuuritoimen rahoituksesta annetun lain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 54/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 256/2014 vp) eduskunnalle perhehoitolaiksi
- PeVL 56/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 229/2014 vp) eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun 8 §:n muuttamisesta
- PeVL 60/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 310/2014 vp) eduskunnalle laiksi lukiolaissa, ammatillisesta peruskoulutuksesta annetussa laissa ja ammatillisesta aikuiskoulutuksesta annetussa laissa tarkoitetun koulutuksen rahoituksesta ja laeiksi lukiolain, ammatillisesta peruskoulutuksesta annetun lain, ammatillisesta aikuiskoulutuksesta annetun lain 18 §:n ja opiskelijavalintarekisteristä, korkeakoulujen valtakunnallisesta tietovarannosta ja ylioppilastutkintorekisteristä annetun lain 7 ja 9 §:n muuttamisesta
- PeVL 62/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 295/2014 vp) eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta
- PeVL 63/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 268/2014 vp) eduskunnalle kuntalaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 67/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 324/2014 vp) eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 75/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 324/2014 vp) eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 6/2015 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 40/2015 vp) eduskunnalle laiksi opintotukilain muuttamisesta
- PeVL 10/2015 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 38/2015 vp) eduskunnalle laeiksi yliopistolain 49 §:n ja ammattikorkeakoululain 43 §:n väliaikaisesta muuttamisesta
- PeVL 11/2015 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 70/2015 vp) eduskunnalle laeiksi lapsilisälain ja elatustukilain 4 §:n muuttamisesta
- PeVL 12/2015 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 80/2015 vp) eduskunnalle laeiksi varhaiskasvatuslain sekä lasten kotihoidon ja yksityisen hoidon tuesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 14/2015 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 76/2015 vp) eduskunnalle laiksi yliopistolain 75 §:n 3 momentin ja 92 a §:n kumoamisesta
- PeVL 15/2015 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 96/2015 vp) eduskunnalle laiksi kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain muuttamisesta

- PeVL 10/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 153/2015 vp) eduskunnalle tullilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 11/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 13/2016 vp) eduskunnalle tartuntatautilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 12/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 96/2015 vp) eduskunnalle laiksi kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 16/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 26/2016 vp) eduskunnalle laiksi valtion oikeusapu- ja edunvalvontapiireistä
- PeVL 26/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto valtioneuvoston selvityksestä (E 33/2016 vp) komission tiedonanto henkilötietojen siirrosta EU:n ja Yhdysvaltojen välillä
- PeVL 30/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 97/2016 vp) eduskunnalle laiksi kuntien ja kuntayhtymien eräiden oikeustoimien väliaikaisesta rajoittamisesta sosiaali- ja terveydenhuollossa
- PeVL 44/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 103/2016 vp) eduskunnalle laeiksi Euroopan unionin yhteisen kalastuspolitiikan kansallisesta täytäntöönpanosta sekä yhteisen kalastuspolitiikan seuraamusjärjestelmästä ja valvonnasta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 45/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 128/2016 vp) eduskunnalle laiksi ympäristönsuojelulain muuttamisesta Ympäristövaliokunnalle
- PeVL 46/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 161/2016 vp) eduskunnalle liikennekaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 59/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 231/2016 vp) eduskunnalle laiksi yleisestä asumistuesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 63/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 224/2016 vp) eduskunnalle laeiksi terveydenhuoltolain ja sosiaalihuoltolain muuttamisesta
- PeVL 26/2017 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto
- hallituksen esityksestä (HE 15/2017 vp) perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi
 - hallituksen esityksestä (HE 47/2017 vp) laeiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä valtiontalouden tarkastusvirastosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta
 - hallituksen esityksestä (HE 52/2017 vp) laiksi sosiaali- ja terveystalvelujen tuottamisesta
 - hallituksen esityksestä (HE 57/2017 vp) maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien rahoitusta koskevien ja eräiden muiden säännösten osalta
 - hallituksen esityksestä (HE 71/2017 vp) maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun lain hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämisestä Ahvenanmaan rahoitusasemaa koskevien säännösten osalta
- PeVL 27/2017 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 16/2017 vp) eduskunnalle laiksi pelastustoimen järjestämisestä
- PeVL 45/2017 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 124/2017 vp) eduskunnalle laeiksi työttömyysturvalain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta
- PeVL 48/2017 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 100/2017 vp) eduskunnalle alkoholilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi

- PeVL 51/2017 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 161/2017 vp) eduskunnalle laiksi yleisestä asumistuesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 57/2017 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 182/2017 vp) eduskunnalle laiksi kuntien ja kuntayhtymien eräiden oikeustoimien väliaikaisesta rajoittamisesta sosiaali- ja terveydenhuollossa annetun lain sekä eräiden kunta- ja palvelurakennemuutostuksesta annetussa laissa säädettyjen velvoitteiden soveltamisesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 15/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto
- hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräksi siihen liittyviksi laiksi
 - hallituksen esityksestä (HE 15/2018 vp) maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien arvonlisäverokustannusten korvaamista sekä eräitä rahoitusratkaisuja koskien
- PeVL 31/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 99/2018 vp) laiksi lääkelain sekä Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskuksesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 33/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 145/2018 vp) eduskunnalle laiksi korkeakouluopiskelijoiden opiskeluterveydenhuollosta sekä eräksi siihen liittyviksi laiksi
- PeVL 40/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 160/2018 vp) eduskunnalle laiksi kansaneläkkeen ja eräiden muiden etuuksien indeksitarkistuksista vuonna 2019 sekä kansaneläkeindeksistä annetun lain 2 §:n ja toimeentulotuesta annetun lain 9 §:n muuttamisesta
- PeVL 62/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 224/2018 vp) eduskunnalle laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa ja eräksi siihen liittyviksi laiksi
- PeVL 65/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto
- hallituksen esityksestä (HE 15/2017 vp) maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi
 - hallituksen esityksestä (HE 52/2017 vp) laiksi sosiaali- ja terveystalvelujen tuottamisesta
 - hallituksen esityksestä (HE 57/2017) maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien rahoitusta koskevien ja eräiden muiden säännösten osalta
 - hallituksen esityksestä (HE 71/2017 vp) maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun lain hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämisestä Ahvenanmaan rahoitusasemaa koskevien säännösten osalta
 - hallituksen esityksestä (HE 15/2018 vp) maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien arvonlisäverokustannusten korvaamista sekä eräitä rahoitusratkaisuja koskien

- hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 67/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 179/2018 vp) laeiksi ampuma-aselain, vapaaehtoisesta maanpuolustuksesta annetun lain sekä asevelvollisuuslain 97 a §:n muuttamisesta
- PeVL 70/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 298/2018 vp) potilasvakuutuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 78/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 52/2018 vp) eduskunnalle sosiaaliturva- ja vakuutuslainsäädännön muuttamiseksi EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen johdosta
- PeVL 79/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 314/2018 vp) eduskunnalle laiksi raskaiden kuorma-autojen tienkäyttöverosta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 5/2019 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 22/2019 vp) eduskunnalle laeiksi eräiden kunta- ja palvelurakenneuudistuksesta annetussa laissa säädettyjen velvoitteiden soveltamisesta annetun lain 1 ja 2 §:n sekä kuntien ja kuntayhtymien eräiden oikeustoimien väliaikaisesta rajoittamisesta sosiaali- ja terveydenhuollossa annetun lain 3 ja 7 §:n muuttamisesta
- PeVL 7/2019 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 18/2019 vp) eduskunnalle laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 15/2019 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 47/2019 vp) laeiksi Hansel Oy -nimisestä osakeyhtiöstä annetun lain, julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 60 §:n sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 64 §:n muuttamisesta
- PeVL 23/2020 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 18/2020 vp) eduskunnalle laiksi kliinisestä lääketutkimuksesta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 34/2020 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 31/2020 vp) laiksi Senaatti-kiinteistöistä ja Puolustuskiinteistöistä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 45/2020 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 176/2020 vp) laeiksi liikenteen palveluista annetun lain, tieliikennelain 155 ja 171 §:n sekä ajoneuvolain muuttamisesta
- PeVL 4/2021 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 212/2020 vp) eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 5/2021 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 189/2020 vp) laeiksi asumisoikeusasunnoista sekä vuokra-asuntolainojen ja asumisoikeustalolainojen korkotuesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 17/2021 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 241/2020 vp) hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi
- PeVL 32/2021 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 250/2020 vp) eduskunnalle Yleisradio Oy:stä annetun lain 7 §:n muuttamisesta
- PeVL 33/2021 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 87/2021 vp) laiksi energian alkuperätakuista

PeVL 44/2021 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 167/2021 vp) eduskunnalle työnhakijan palveluprosessin ja eräiden työttömyysetuuden saamisen edellytysten uudistamista koskevaksi lainsäädännöksi

PeVL 47/2021 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 30/2021 vp) laiksi kalastuksesta Tenojoen vesistössä Norjan kanssa tehdyn sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja soveltamisesta annetun lain muuttamisesta

PeVL 48/2021 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 127/2021 vp) laiksi perusopetuslain, ammatillisesta koulutuksesta annetun lain, lukiolain ja tutkintokoulutukseen valmentavasta koulutuksesta annetun lain muuttamisesta

PeVL 6/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 198/2021 vp) laiksi Työkanava Oy -nimisestä osakeyhtiöstä ja siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 8/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 109/2021 vp) laiksi luottotietelain, maksupalvelulain 86 §:n ja rikosrekisterilain 4 a §:n muuttamisesta

PeVL 17/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 18/2022 vp) eduskunnalle laeiksi sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisestä Uudella maalla annetun lain sekä sosiaali- ja terveydenhuoltoa ja pelastustoimea koskevan uudistuksen toimeenpanosta ja sitä koskevan lainsäädännön voimaannpanosta annetun lain muuttamiseksi

PeVL 21/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 236/2021 vp) eduskunnalle laeiksi rahanpesun ja terrorismin rahoittamisen estämisestä annetun lain ja finanssivalvonnasta annetun lain 3 ja 20 b §:n muuttamisesta

PeVL 24/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 231/2021 vp) eduskunnalle laeiksi sosiaalihuoltolain ja ikääntyneen väestön toimintakyvyn tukemisesta sekä iäkkäiden sosiaali- ja terveyspalveluista annetun lain muuttamisesta sekä niihin liittyviksi laeiksi

PeVL 49/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 83/2022 vp) eduskunnalle eläinlääkintähuoltolaiksi sekä siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 58/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 43/2022 vp) eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain ja sähköisen viestinnän palveluista annetun lain muuttamisesta

PeVL 65/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 183/2022 vp) eduskunnalle laiksi ympäristövahinkorahastosta ja siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 70/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 176/2022 vp) eduskunnalle työttömien opiskelua ja työttömyysturva-oikeutta koskevaksi lainsäädännöksi

PeVL 74/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 114/2022 vp) eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta ja siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 79/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 191/2022 vp) eduskunnalle vammaispalvelulaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 81/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 145/2022 vp) eduskunnalle julkisen hallinnon automaattista päätöksentekoa koskevaksi lainsäädännöksi

PeVL 89/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 246/2022 vp) eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen käsittelystä sekä siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 92/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 208/2022 vp) eduskunnalle laiksi kotoutumisen edistämisestä ja siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 93/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 267/2022 vp) eduskunnalle laeiksi Innovaattiorahoituskeskus Business Finlandista ja Business Finland -nimisestä osakeyhtiöstä annetun lain ja julkisesta työvoima- ja yrityspalvelusta annetun lain 13 a luvun 2 ja 3 §:n muuttamisesta

PeVL 100/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 191/2022 vp) eduskunnalle vammaispalvelulaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 104/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 108/2022 vp) eduskunnalle kirkkolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 106/2022 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 186/2022 vp) eduskunnalle laiksi eläinten hyvinvoinnista ja siihen liittyviksi laeiksi

PeVL 11/2023 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 58/2023 vp) eduskunnalle laiksi toimeentulotuesta annetun lain 7 a §:n muuttamisesta

PeVL 14/2023 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 74/2023 vp) eduskunnalle laiksi yleisestä asumistuesta annetun lain muuttamisesta

PeVL 8/2024 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 13/2024 vp) eduskunnalle laeiksi työttömyysturvalain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta

PeVL 10/2024 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 7/2024 vp) eduskunnalle laiksi alkoholilain 17 ja 26 §:n muuttamisesta

PeVL 26/2024 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 53/2024 vp) eduskunnalle laiksi väliaikaisista toimenpiteistä välineellistetyin maahantulon torjumiseksi

PeVL 29/2024 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 53/2024 vp) eduskunnalle laiksi väliaikaisista toimenpiteistä välineellistetyin maahantulon torjumiseksi

PeVL 63/2024 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 171/2024 vp) eduskunnalle laiksi terveydenhuoltolain 22 §:n muuttamisesta

Eduskunnan muiden valiokuntien lausunnot ja mietinnöt

HaVM 29/2002 vp. Hallintovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 72/2002 vp) hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta

HaVL 20/2020 vp. Hallintovaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 31/2020 vp) eduskunnalle laiksi Senaatti-kiinteistöistä ja Puolustuskiinteistöistä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

LaVL 10/2021 vp. Lakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 241/2020 vp) eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

MmVM 1/2022 vp. Maa- ja metsätalousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 30/2021 vp) eduskunnalle laiksi kalastuksesta Tenojoen vesistössä Norjan kanssa tehdyn sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja soveltamisesta annetun lain muuttamisesta

StVL 5/1994 vp. Sosiaali- ja terveysvaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 309/1993 vp) eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta

StVM 16/2021 vp. Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 241/2020 vp) eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

SuVM 179/1990 vp. Suuren valiokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 72/1990 vp) eduskunnalle eräiden valtioneuvoston oikeuskansleria ja eduskunnan oikeusasiamiestä koskevien säännösten muuttamista koskevaksi lainsäädännöksi

TaVL 12/2021 vp. Talousvaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 241/2020 vp) eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

TaVM 11/2012 vp. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 32/2012 vp) eduskunnalle arvopaperimarkkinoita koskevaksi lainsäädännöksi

TaVM 45/2022 vp. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 236/2021 vp) eduskunnalle laeiksi rahanpesun ja terrorismin rahoittamisen estämisestä annetun lain ja finanssivalvonnasta annetun lain 3 ja 20 b §:n muuttamisesta ja hallituksen esityksestä (HE 323/2022 vp) eduskunnalle laeiksi rahanpesun ja terrorismin rahoittamisen estämisestä annetun lain ja Finanssivalvonnasta annetun lain 3 ja 20 b §:n muuttamisesta annetun hallituksen esityksen (HE 236/2021 vp) täydentämisestä

VaVL 5/2018 vp. Valtiovarainvaliokunnan lausunto

- hallituksen esityksestä (HE 15/2017 vp) eduskunnalle maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi
- hallituksen esityksestä (HE 57/2017 vp) eduskunnalle maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien rahoitusta koskevien ja eräiden muiden säännösten osalta
- hallituksen esityksestä (HE 71/2017 vp) eduskunnalle maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun lain hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämisestä Ahvenanmaan rahoitusasemaa koskevien säännösten osalta
- hallituksen esitys (HE 15/2018 vp) eduskunnalle maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien arvonlisäverokustannusten korvaamista sekä eräitä rahoitusratkaisuja koskien
- hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

Muut kotimaiset virallisiaineistot

Brander, Sampo, Rikosoikeudellisen virkavastuun nykytila ja yleisiä kehittämistarpeita – Arviomuistio. Oikeusministeriön julkaisuja, Mietintöjä ja lausuntoja 2024:2. Oikeusministeriö 2024.

Eduskunnan valiokuntaopas 2023: valiokuntien yleisohjeet. Eduskunnan kanslian julkaisu 2/2023. Eduskunta 2023.

EV 111/2021 vp. Eduskunnan vastaus hallituksen esityksestä (HE 241/2020 vp) eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

Hidén, Mikael, Selvitys perustuslain toimivuudesta ja mahdollisista tarkistamistarpeista. Oikeusministeriön julkaisuja, Selvityksiä ja ohjeita 2019:22. Oikeusministeriö 2019. (Hidén 2019a).

Hidén, Mikael, Juridiikkaa ja muotoja eduskuntatyössä. Eduskunnan kanslian julkaisu. 4. uud. painos. Eduskunnan julkaisu 6/2019. Eduskunta 2019. (Hidén 2019b).

HPP Asianajotoimiston kilpailuoikeudellinen selvitys sosiaali- ja terveysministeriölle 2021. Saatavilla osoitteessa: https://valtioneuvosto.fi/documents/1271139/48496181/STM_kilpailuoikeudellinen+selvitys.pdf/92f19058-cdcd-5e5b-6ef9-f75853178e95/STM_kilpailuoikeudellinen+selvitys.pdf?t=1622195338131

Komiteanmietintö (KM) 1974:27, Valtiosääntökomitean välimietintö.

Komiteanmietintö (KM) 1975:88, Toisen valtiosääntökomitean mietintö.

Komiteanmietintö (KM) 1997:13, Perustuslaki 2000.

Könkkölä, Mikko – Liljavirta, Ida-Sofia, Julkisyhteisön vahingonkorvausvastuu – Työryhmän mietintö. Oikeusministeriön julkaisuja, Mietintöjä ja lausuntoja 2023:4. Oikeusministeriö 2023.

Leppävirta, Liisa – Mäntylä, Heidi – Jartti, Petteri, Julkisuuslain ajantasaistaminen – Työryhmän mietintö. Oikeusministeriön julkaisuja, Mietintöjä ja lausuntoja 2023:32. Oikeusministeriö 2023.

Muukkonen, Matti, Virkarikossääntelyn kehittämistarpeista – erityistarkastelussa henkilöpiiri ja blankosääntelytekniikka oikeuskäytännön valossa. Oikeusministeriön julkaisuja, Selvityksiä ja ohjeita 2024:1. Oikeusministeriö 2024.

Mykkänen, Juri – Virtanen, Joonatan, Hallituksen muodostaminen: Katosiko strateginen hallitus-ohjelma? s. 196–220 teoksessa Borg, Sami – Kestilä-Kekkonen, Elina – Wass, Hanna (toim.), Poliittikan ilmastomuutos: Eduskuntavaalitutkimus 2019, Oikeusministeriön julkaisuja 2020:5. Oikeusministeriö 2020.

Mäntylä, Niina – Karjalainen, Ville – Korhonen, Nora – Siikavirta, Kristian – Wenander, Henrik – Annola, Vesa, Virkavastuu julkishallinnon muuttuvassa toimintaympäristössä. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2022:14. Valtioneuvoston kanslia 2022.

Oikeusministeriö, Lainkirjoittajan opas. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 37/2013. Jatkuvasti päivittyvä e-aineisto. Päivitetty viimeksi 29.9.2022. Saatavilla osoitteessa: <http://lainkirjoittaja.finlex.fi/> (viitattu 14.2.2022)

Oikeusministeriön Perustuslaki 2008 -työryhmä, Perustuslaki 2008 -työryhmän muistio. Oikeusministeriön työryhmämietintöjä 2008:8. Julkaistu 9.10.2008. Oikeusministeriö 2008.

Pääministeri Petteri Orpon hallituksen ohjelma: Vahva ja välittävä Suomi. Julkaistu 20.6.2023. Valtioneuvoston julkaisuja 2023:58.

Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimuskeskus (StV) mietintöluonnos 6.11.2018 asiassa HE 16/2018 vp (hallituksen esitys eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi).

Sosiaali- ja terveysministeriö, Maakunnan oma sote-palvelujen tuotanto ja palvelujen hankkiminen yksityisiltä palveluntuottajilta – Muistio 28.11.2019. Sosiaali- ja terveysministeriö 2019 (STM 2019).

Sosiaali- ja terveysministeriö, Työterveyslaitoksen toiminnasta ja rahoituksesta annetun lainsäädännön uudistaminen – Taustamuistio 15.6.2022. Sosiaali- ja terveysministeriö 2022 (STM 2022).

Sosiaali- ja terveysministeriö, Alihankintaa koskeva sääntely suhteessa sosiaali- ja terveydenhuollon yritystoiminnan erilaisiin organisoitumisen muotoihin – Työryhmän selvitys. Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2023:25. Sosiaali- ja terveysministeriö 2023 (STM 2023).

EU:n instituutioiden virallisiaineistot

Commission Decision of 27 November 1996 concerning the additional implementation periods requested by Ireland for the implementation of Commission Directives 90/388/EEC and 96/2/EC as regards full competition in the telecommunications markets (97/114/EC)

Commission Decision of 20 December 2011 on the application of the Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest (notified under document C(2011) 9380) (2012/21/EU). (Komission SGEI-päätös (2012/21/EU))

- Commission Notice on the Notion of State Aid as Referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (2016/C 262/01). 19 July 2016. (Komission tiedonanto valtiontuen käsitteestä (C/2016/2946))
- Commission of the European Communities, Communication from the Commission: Services of General Interest in Europe COM(96) 443 final. Brussels, 11 September 1996.
- Commission of the European Communities, Green Paper on Services of General Interest COM(2003) 270 final. Brussels, 21 May 2003.
- Commission of the European Communities, Communication from the Commission: Accompanying the Communication “A single market for 21st century Europe” – Services of General Interest, including Social Services of General Interest: a New European Commitment COM(2007) 725 final. Brussels, 20 November 2007.
- Commission of the European Communities, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Application of Patients’ Rights in Cross-Border Healthcare COM(2008) 414 final. Brussels, 2 July 2008.
- Commission of the European Communities, Communication from the Commission: A Quality Framework for Services of General Interest in Europe COM(2011) 900 final. Brussels, 20 December 2011.
- Commission of the European Communities, Communication from the Commission on the Application of the European Union State Aid Rules to Compensation Granted for the Provision of Services of General Economic Interest (SGEI) (2012/C 8/02). 11 January 2012.
- Council of the European Union, Council Conclusions on Common values and principles in European Union Health Systems (2006/C 146/01). 22 June 2006.
- Euroopan unionin tuomioistuimen lausunto 2/13 Euroopan unionin liittymistä ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn yleissopimukseen (*Adhésion de l’Union à la CEDH*). Annettu 18 päivänä joulukuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.
- European Commission, Commission Staff Working Document: Guide to the Application of the European Union Rules on State Aid, Public Procurement and the Internal Market to Services of General Economic Interest, and in Particular to Social Services of General Interest SWD(2013) 53 final. Brussels, 29 April 2012.
- European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Health for Growth Programme, the Third Multi-Annual Programme of EU Action in the Field of Health for the Period 2014–2020, COM(2011) 709 final, 9 November 2011.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, 25-26 March 2011) on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk, Ms Gret Haller, Mr Jeffrey Jowell, Mr Kaarlo Tuori. CDL-AD(2011)003rev. Study No. 512/2009. Strasbourg 4 April 2011.
- European Committee of Social Rights (ECSR), Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights (ECSR Digest). Council of Europe 2022.
- European Committee of Social Right (ECSR), Follow-up to Decision on the Merits of Collective Complaints: Findings 2023. Council of Europe 2024.
- Kanadan sekä Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden välinen laaja-alainen talous- ja kauppasopimus (CETA-sopimus). Euroopan unionin virallinen lehti (EUVL) L 11/23, 14.1.2017.

OIKEUSKÄYTÄNTÖ

Euroopan unionin tuomioistuin

- Yhdistetyt asiat C-28–30/62 *Da Costa en Schaake NV ym. v. Nederlandse Administratie der Belastingen (Da Costa en Schaake)* [1963] ECLI:EU:C:1963:6
- Asia C-26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen (Van Gend en Loos)* [1963] ECLI:EU:C:1963:1
- Asia C-6/64 *Flaminio Costa v. ENEL (Costa v. ENEL)* [1964] ECLI:EU:C:1964:66
- Asia C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (Internationale Handelsgesellschaft)* [1970] ECLI:EU:C:1970:114
- Asia C-127/73 *Belgische Radio en Televisie ja société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM ja NV Fonior (BRT)* [1974] ECLI:EU:C:1974:25
- Asia C-2/74 *Jean Reyners v. Belgian valtio (Reyners)* [1974] ECLI:EU:C:1974:68
- Asia C-173/73 *Italian tasavalta v. Euroopan yhteisöjen komissio* [1974] ECLI:EU:C:1974:71
- Asia C-106/77 *Amministrazione delle finanze dello Stato v. Simmenthal SpA (Simmenthal)* [1978] ECLI:EU:C:1978:49
- Asia C-283/81 *Srl CILFIT ja Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health (CILFIT)* [1982] ECLI:EU:C:1982:335
- Asia C-238/82 *Duphar BV ym. v. Alankomaiden valtio (Duphar)* [1984] ECLI:EU:C:1984:45
- Asia C-293/83 *Françoise Gravier v. Liègen kaupunki (Gravier)* [1985] ECLI:EU:C:1985:69
- Asia C-152/84 *M. H. Marshall v. Southampton ja South-West Hampshire Area Health Authority Marshall (Marshall)* [1986] ECLI:EU:C:1986:84
- Asia C-118/85 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Italian tasavalta (komissio v. Italia)* [1987] ECLI:EU:C:1987:283
- Asia C-126/86 *Fernando Roberto Giménez Zaera v. Institut Nacional de la Seguridad Social ja Tesorería General de la Seguridad Social (Zaera)* [1987] ECLI:EU:C:1987:395
- Asia C-314/85 *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost (Foto-Frost)* [1987] ECLI:EU:C:1987:452
- Asia C-157/86 *Mary Murphy ym. v. An Bord Telecom Eireann (Murphy)* [1988] ECLI:EU:C:1988:62
- Asia C-240/86 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Kreikan tasavalta (komissio v. Kreikka)* [1988] ECLI:EU:C:1988:173
- Asia C-352/85 *Bond van Adverteerders ym. v. Alankomaiden valtio (Bond van Adverteerders)* [1988] ECLI:EU:C:1988:196
- Asia C-263/86 *Belgian valtio v. René Humbel ja Marie-Thérèse (Humbel)* [1988] ECLI:EU:C:1988:451
- Asia C-196/87 *Udo Steymann v. Staatssecretaris van Justitie (Steymann)* [1988] ECLI:EU:C:1988:475
- Asia C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v. Alankomaiden valtio (Beentjes)* [1988] ECLI:EU:C:1988:422
- Asia C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA v. Comuni di Milano (Fratelli Costanzo)* [1989] ECLI:EU:C:1989:256
- Asia C-188/89 *A. Foster ym. v. British Gas plc (Foster)* [1990] ECLI:EU:C:1990:313
- Asia C-41/90 *Klaus Höfner ja Fritz Elser v. Macrotron GmbH (Höfner)* [1991] ECLI:EU:C:1991:161
- Asia C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan ym. (Society for the Protection of Unborn Children Ireland)* [1991] ECLI:EU:C:1991:378

Yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90 *Andrea Francovich ja Danila Bonifaci ym. v. Italian tasavalta (Francovich)* [1991] ECLI:EU:C:1991:428

Asia C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA (Merci convenzionali porto di Genova)* [1991] ECLI:EU:C:1991:464

Asia C-18/88 *Régie des Télégraphes et des Téléphones (RTT) v. GB-Inno-BM SA (RTT)* [1991] ECLI:EU:C:1991:474

Yhdistetyt asiat C-159/91 ja C-160/91 *Christian Poucet v. Assurances Générales de France ja Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon (Poucet & Pistre)* [1993] ECLI:EU:C:1993:63

Asia C-320/91 *Paul Corbeau (Corbeau)* [1993] ECLI:EU:C:1993:198

Asia C-109/92 *Stephan Max Wirth v. Landeshauptstadt Hannover (Wirth)* [1993] ECLI:EU:C:1993:916

Asia C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol (SAT Fluggesellschaft)* [1994] ECLI:EU:C:1994:7

Asia C-393/92 *Gemeente Almelo ym. v. NV Energiebedrijf IJsselmij (Almelo)* [1994] ECLI:EU:C:1994:171

Asia C-91/92 *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl (Faccini Dori)* [1994] ECLI:EU:C:1994:292

Asia C-200/91 *Coloroll Pension Trustees Ltd v. James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton ja Coloroll Group plc (Coloroll Pension Trustees)* [1994] ECLI:EU:C:1994:348

Asia C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie ja Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche (FFSA)* [1995] ECLI:EU:C:1995:392

Asia C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl v. Servizi Ecologici Porto di Genova SpA (SEPG) (Diego Cali & Figli)* [1997] ECLI:EU:C:1997:160

Asia C-242/95 *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner (DSB) (GT-Link)* [1997] ECLI:EU:C:1997:376

Asia C-120/95 *Nicolas Decker v. Caisse de maladie des employés privés (Decker)* [1998] ECLI:EU:C:1998:167

Asia C-158/96 *Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie (Kohll)* [1998] ECLI:EU:C:1998:171

Asia C-35/96 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Italian tasavalta (komissio v. Italia)* [1998] ECLI:EU:C:1998:303

Asia C-266/96 *Corsica Ferries France SA v. Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl ja Ministero dei Trasporti e della Navigazione (Corsica Ferries France)* [1998] ECLI:EU:C:1998:306

Asia C-67/96 *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (Albany)* [1999] ECLI:EU:C:1999:430

Asia C-67/98 *Questore di Verona v. Diego Zenatti (Zenatti)* [1999] ECLI:EU:C:1999:514

Asia C-83/98 *Ranskan tasavalta v. Ladbroke Racing Ltd ja Euroopan yhteisöjen komissio (Ladbroke Racing)* [2000] ECLI:EU:C:2000:248

Asia C-206/98 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Belgian kuningaskunta (komissio v. Belgia)* [2000] ECLI:EU:C:2000:256

Yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavel Pavlov ym. v. Stichting Pensioenfonds Medische Specia-listen (Pavlov)* [2000] ECLI:EU:C:2000:428

Asia C-225/98 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Ranskan tasavalta (komissio v. Ranska)* [2000] ECLI:EU:C:2000:494

Asia C-205/99 *Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (Analir) ym. v. Administración General del Estado (Analir)* [2001] ECLI:EU:C:2001:107

- Asia C-368/98 *Abdon Vanbraekel ym. v. Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC) (Vanbraekel)* [2001] ECLI:EU:C:2001:400
- Asia C-157/99 *B.S.M. Geraets-Smits v. Stichting Ziekenfonds VGZ ja H.T.M. Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen (Geraets-Smits & Peerbooms)* [2001] ECLI:EU:C:2001:404
- Asia C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz (Ambulanz Glöckner)* [2001] ECLI:EU:C:2001:577
- Asia C-218/00 *Cisal di Battistello Venzio & C. Sas v. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) (Cisal)* [2002] ECLI:EU:C:2002:36
- Asia C-309/99 *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh ja Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (Wouters)* [2002] ECLI:EU:C:2002:98
- Asia C-294/00 *Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH v. Kurt Gräbner (Gräbner)* [2002] ECLI:EU:C:2002:442
- Asia C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne (Concordia Bus)* [2002] ECLI:EU:C:2002:495
- Asia C-101/00 *Tulliasiamies ja Antti Siilin (Siilin)* [2002] ECLI:EU:C:2002:505
- Asia C-82/01 *Aéroports de Paris v. Euroopan yhteisöjen komissio (Aéroports de Paris)* [2002] ECLI:EU:C:2002:617
- Asia C-409/00 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan yhteisöjen komissio (Espanja v. komissio)* [2003] ECLI:EU:C:2003:92
- Asia C-385/99 *V.G. Müller-Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA and E.E.M. van Riet v. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen (Müller-Fauré)* [2003] ECLI:EU:C:2003:270
- Asia C-355/00 *Freskot AE v. Elliniko Dimosio* [2003] ECLI:EU:C:2003:298
- Asia C-280/00 *Altmark Trans GmbH ja Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH ja Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht (Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg)* [2003] ECLI:EU:C:2003:415
- Asia C-56/01 *Patricia Inizan v. Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine (Inizan)* [2003] ECLI:EU:C:2003:578
- Asia C-153/02 *Valentina Neri v. European School of Economics (ESE Insight World Education System Ltd) (Neri)* [2003] ECLI:EU:C:2003:614
- Asia C-322/01 *Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV ja Jacques Waterval (Deutscher Apothekerverband)* [2003] ECLI:EU:C:2003:664
- Asia C-453/00 *Kühne & Heitz NV v. Produktschap voor Pluimvee en Eieren (Kühne & Heitz)* [2004] ECLI:EU:C:2004:17
- Yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband ym. v. Icht-hyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. (C-264/01), Mundipharma GmbH (C-306/01), Gödecke GmbH (C-354/01) ja Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH (C-355/01) (AOK-Bundesverband)* [2004] ECLI:EU:C:2004:150
- Asia C-8/02 *Ludwig Leichtle v. Bundesanstalt für Arbeit (Leichtle)* [2004] ECLI:EU:C:2004:161
- Yhdistetyt asiat C-397/01–C-403/01 *Bernhard Pfeiffer ym. v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV (Pfeiffer)* [2004] ECLI:EU:C:2004:584
- Asia C-193/03 *Betriebskrankenkasse der Robert Bosch GmbH v. Bundesrepublik Deutschland (Bosch)* [2004] ECLI:EU:C:2004:630
- Asia C-145/03 *Annette Kellerin perilliset v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ja Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa) (Keller)* [2005] ECLI:EU:C:2005:211
- Asia C-222/04 *Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA ym. (Cassa di Risparmio di Firenze)* [2006] ECLI:EU:C:2006:8

Asia C-237/04 *Enirisorse SpA v. Sotacarbo SpA (Enirisorse)* [2006] ECLI:EU:C:2006:197

Asia C-372/04 *Yvonne Watts v. Bedford Primary Care Trust ja Secretary of State for Health (Watts)* [2006] ECLI:EU:C:2006:325

Asia C-466/04 *Manuel Acereda Herrera v. Servicio Cántabro de Salud (Herrera)* [2006] ECLI:EU:C:2006:405

Asia C-205/03 *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Euroopan yhteisöjen komissio (FENIN)* [2006] ECLI:EU:C:2006:453

Asia C-444/05 *Aikaterini Stamatelaki v. NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton (OAE) (Stamatelaki)* [2007] ECLI:EU:C:2007:231

Asia C-76/05 *Herbert Schwarz ja Marga Gootjes-Schwarz v. Finanzamt Bergisch Gladbach (Schwarz & Gootjes-Schwarz)* [2007] ECLI:EU:C:2007:492

Asia C-318/05 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Saksan liittotasavalta (komissio v. Saksa)* [2007] ECLI:EU:C:2007:495

Asia C-162/06 *International Mail Spain SL v. Administración del Estado ja Correos (Correos)* [2007] ECLI:EU:C:2007:681

Asia C-49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio (MOTOE)* [2008] ECLI:EU:C:2008:376

Asia C-141/07 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Saksan liittotasavalta (komissio v. Saksa)* [2008] ECLI:EU:C:2008:492

Asia C-350/07 *Kattner Stahlbau GmbH v. Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft (Kattner Stahlbau)* [2009] ECLI:EU:C:2009:127

Asia C-169/07 *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH v. Wiener Landesregierung ja Oberösterreichische Landesregierung (Hartlauer)* [2009] ECLI:EU:C:2009:141

Asia C-113/07 *SELEX Sistemi Integrati SpA v. Euroopan yhteisöjen komissio ja Euroopan lennonvarmistusjärjestö (Eurocontrol) (SELEX)* [2009] ECLI:EU:C:2009:191

Yhdistetyt asiat C-171/07 ja C-172/07 *Apothekerkammer des Saarlandes ym. (C-171/07) ja Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v. Saarland ja Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (Apothekerkammer des Saarlandes ym.)* [2009] ECLI:EU:C:2009:316

Asia C-208/07 *Petra von Chamier-Glisczinski v. Deutsche Angestellten-Krankenkasse (von Chamier-Glisczinski)* [2009] ECLI:EU:C:2009:455

Asia C-438/08 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Portugalin tasavalta (komissio v. Portugali)* [2009] ECLI:EU:C:2009:651

Asia C-73/08 *Nicolas Bressol ym. ja Céline Chaverot ym. v. Gouvernement de la Communauté française (Bressol)* [2010] ECLI:EU:C:2010:181

Asia C-265/08 *Federutility ym. v. Autorità per l'energia elettrica e il gas (Federutility)* [2010] ECLI:EU:C:2010:205

Asia C-160/08 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Saksan liittotasavalta (komissio v. Saksa)* [2010] ECLI:EU:C:2010:230

Asia C-56/09 *Emiliano Zanotti Srl v. Agenzia delle Entrate - Ufficio Roma 2 (Zanotti)* [2010] ECLI:EU:C:2010:288

Asia C-211/08 *Euroopan komissio v. Espanjan kuningaskunta (komissio v. Espanja)* [2010] ECLI:EU:C:2010:340

Yhdistetyt asiat C-188/10 ja C-189/10 *Aziz Melki ja Sélim Abdeli (Melki ja Abdeli)* [2010] ECLI:EU:C:2010:363

Asia C-409/06 *Winner Wetten GmbH v. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim (Winner Wetten)* [2010] ECLI:EU:C:2010:503

Asia C-173/09 *Georgi Ivanov Elchinov v. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa (Elchinov)* [2010] ECLI:EU:C:2010:581

- Asia C-41/10 *Euroopan komissio v. Belgian kuningaskunta (komissio v. Belgia)* [2010]
ECLI:EU:C:2010:653
- Asia C-480/09 *AceaElectrabel Produzione SpA v. Euroopan yhteisöjen komissio (AceaElectrabel Produzione)* [2010] ECLI:EU:C:2010:787
- Asia C-490/09 *Euroopan komissio v. Luxemburgin suurherttuakunta (komissio v. Luxemburg)* [2011] ECLI:EU:C:2011:34
- Asia C-437/09 *AG2R Prévoyance v. Beaudout Père et Fils SARL (AG2R)* [2011]
ECLI:EU:C:2011:112
- Asia C-47/08 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Belgian kuningaskunta (komissio v. Belgia)* [2011]
ECLI:EU:C:2011:334
- Asia C-50/08 *Euroopan komissio v. Ranskan tasavalta (komissio v. Ranska)* [2011]
ECLI:EU:C:2011:335
- Asia C-399/09 *Marie Landtová v. Česká správa socialního zabezpečení (Landtová)* [2011]
ECLI:EU:C:2011:415
- Asia C-255/09 *Euroopan komissio v. Portugalin tasavalta (komissio v. Portugali)* [2011]
ECLI:EU:C:2011:695
- Asia C-157/09 *Euroopan komissio v. Alankomaiden kuningaskunta (komissio v. Alankomaat)* [2011] ECLI:EU:C:2011:794
- Asia C-185/11 *Euroopan komissio v. Slovenian tasavalta (komissio v. Slovenia)* [2012]
ECLI:EU:C:2012:43
- Asia C-84/11 *Marja-Liisa Susisalo, Olli Tuomaala ja Merja Ritala (Susisalo)* [2012]
ECLI:EU:C:2012:374
- Asia C-562/10 *Euroopan komissio v. Saksan liittotasavalta (komissio v. Saksa)* [2012]
ECLI:EU:C:2012:442
- Asia C-138/11 *Compass-Datenbank GmbH v. Itävallan valtio (Compass-Datenbank)* [2012]
ECLI:EU:C:2012:449
- Asia C-399/11 *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal (Melloni)* [2013]
ECLI:EU:C:2013:107
- Asia C-1/12 *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência (Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas)* [2013] ECLI:EU:C:2013:127
- Yhdistetyt asiat C-197/11 ja C-203/11 *Eric Libert ym. v. Gouvernement flamand (C-197/11) ja All Projects & Developments NV ym. v. Vlaamse Regering (Libert)* [2013]
ECLI:EU:C:2013:288
- Asia C-110/13 *HaTeFo GmbH v. Finanzamt Haldensleben (HaTeFo)* [2014]
ECLI:EU:C:2014:114
- Asia C-559/12 *Ranskan tasavalta v. Euroopan komissio* [2014] ECLI:EU:C:2014:217
- Asia C-268/13 *Elena Petru v. Casa Județeană de Asigurări de Sănătate Sibiu ja Casa Națională de Asigurări de Sănătate (Elena Petru)* [2014] ECLI:EU:C:2014:2271
- Asia C-62/14 *Peter Gauweiler ym. v. Deutscher Bundestag (Gauweiler)* [2015]
ECLI:EU:C:2015:400
- Asia C-98/14 *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft ym. v. Magyar Állam (Berlington Hungary)* [2015] ECLI:EU:C:2015:386
- Asia C-151/14 *Euroopan komissio v. Latvian tasavalta (komissio v. Latvia)* [2015]
ECLI:EU:C:2015:577
- Asia C-441/14 *Dansk Industri (DI) Ajos A/S:n puolesta v. Karsten Eigil Rasmussenin kuolinpesä (Dansk Industri)* [2016] ECLI:EU:C:2016:278
- Asia C-392/15 *Euroopan komissio v. Unkari (komissio v. Unkari)* [2017] ECLI:EU:C:2017:73

Asia C-660/15 *Viasat Broadcasting UK Ltd v. Euroopan komissio (Viasat Broadcasting UK)* [2017] ECLI:EU:C:2017:178

Asia C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v. Ayuntamiento de Getafe (Congregación)* [2017] ECLI:EU:C:2017:496

Asia C-413/15 *Elaine Farrell v. Alan Whitty ym. (Farrell)* [2017] ECLI:EU:C:2017:745

Asia C-284/16 *Slovakian tasavalta v. Achmea BV (Slovakia v. Achmea)* [2018] ECLI:EU:C:2018:158

Yhdistetyt asiat C-622/16–C-624/16 *Scuola Elementare Maria Montessori Srl v. Euroopan komissio (Scuola Elementare Maria Montessori)* [2018] ECLI:EU:C:2018:873

Asia C-493/17 *Heinrich Weiss ym., Bernd Lucke ym., Peter Gauweiler, Johann Heinrich von Stein ym., Bundesregierung, Bundestag ja Deutsche Bundesbank (Weiss)* [2018] ECLI:EU:C:2018:1000

Asia C-620/16 *Euroopan komissio v. Saksan liittotasavalta (komissio v. Saksa)* [2019] ECLI:EU:C:2019:256

Asia C-285/18 *Kauno miesto savivaldybė ja Kauno miesto savivaldybės administracija (Irgita)* [2019] ECLI:EU:C:2019:829

Asia C-687/17 *Aanbestedingskalender BV ym. v. Euroopan komissio (Aanbestedingskalender)* [2019] ECLI:EU:C:2019:932

Yhdistetyt asiat C-262/18–C-271/18 *Euroopan komissio v. Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. ym. (Dôvera zdravotná poisťovňa)* [2020] ECLI:EU:C:2020:450

Asia C-492/21 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo v. Euroopan komissio (Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo)* [2023] ECLI:EU:C:2023:354

Euroopan unionin tuomioistuimen julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset

Julkisasiamies F. G. Jacobsin ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK-Bundesverband* [2003] ECLI:EU:C:2003:304

Julkisasiamies M. Poiarès Maduron ratkaisuehdotus asiassa C-205/03 *FENIN* [2005] ECLI:EU:C:2005:666

Julkisasiamies M. Poiarès Maduron ratkaisuehdotus asiassa C-127/07 *Arcelor Atlantique ja Lorraine ym.* [2008] ECLI:EU:C:2008:292

Julkisasiamies Eleanor Sharpstonin ratkaisuehdotus asiassa C-413/15 *Elaine Farrell v. Alan Whitty ym.* [2017] ECLI:EU:C:2017:492

Julkisasiamies Melchior Watheletin ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-622/16–C-624/16 *Scuola Elementare Maria Montessori* [2018] ECLI:EU:C:2018:229

Julkisasiamies Priit Pikamäen ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-262/18–C-271/18 *Dôvera zdravotná poisťovňa* [2019] ECLI:EU:C:2019:1144

Euroopan unionin yleinen tuomioistuin

Asia T-380/94 *Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et synthétiques et de soie naturelle (AIUFFASS) ja Apparel, Knitting & Textiles Alliance (AKT) v. Euroopan yhteisöjen komissio (AIUFFASS & AKT)* [1996] ECLI:EU:T:1996:195

Asia T-106/95 *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) and Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) v. Euroopan yhteisöjen komissio (FFSA)* [1997] ECLI:EU:T:1997:23

Yhdistetyt asiat T-125/96 ja T-152/96 *Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH ja C.H. Boehringer Sohn v. Euroopan unionin neuvosto (T-125/96) ja Euroopan yhteisöjen komissio (T-152/96) (Boehringer)* [1999] ECLI:EU:T:1999:302

Asia T-513/93 *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Euroopan yhteisöjen komissio (Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali)* [2000] ECLI:EU:T:2000:91

Asia T-319/99 *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental v. Euroopan yhteisöjen komissio (FENIN)* [2003] ECLI:EU:T:2003:50

Yhdistetyt asiat T-111/01 ja T-133/01 *Saxonia Edelmetalle GmbH (T-111/01) and Zeitzer Maschinen, Anlagen Geräte (ZEMAG) GmbH (T-133/01) v. Euroopan yhteisöjen komissio (Saxonia Edelmetalle)* [2005] ECLI:EU:T:2005:166

Asia T-17/02 *Fred Olsen SA v. Euroopan yhteisöjen komissio (Olsen)* [2005] ECLI:EU:T:2005:218

Asia T-349/03 *Corsica Ferries France SAS v. Euroopan yhteisöjen komissio (Corsica Ferries France)* [2005] ECLI:EU:T:2005:221

Asia T-155/04 *SELEX Sistemi Integrati SpA v. Euroopan yhteisöjen komissio (SELEX)* [2006] ECLI:EU:T:2006:387

Asia T-167/04 *Asklepios Kliniken GmbH v. Euroopan yhteisöjen komissio (Asklepios Kliniken)* [2007] ECLI:EU:T:2007:215

Asia T-289/03 *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd ja BUPA Ireland Ltd v. Euroopan yhteisöjen komissio (BUPA)* [2008] ECLI:EU:T:2008:29

Asia T-442/03 *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA v. Euroopan yhteisöjen komissio (SIC)* [2008] ECLI:EU:T:2008:228

Asia T-354/05 *Télévision française 1 SA (TF1) v. Euroopan yhteisöjen komissio (TF1)* [2009] ECLI:EU:T:2009:66

Yhdistetyt asiat T-128/08 ja T-241/08 *Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé (CBI) ja Association bruxelloise des institutions de soins privées (ABISP) v. Euroopan yhteisöjen komissio (CBI)* [2010] ECLI:EU:T:2010:175

Asia T-137/10 *Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé (CBI) v. komissio (CBI)* [2012] ECLI:EU:T:2012:584

Asia T-347/09 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan komissio (Saksa v. komissio)* [2013] ECLI:EU:T:2013:418

Asia T-79/10 *Colt Télécommunications France v. Euroopan komissio (Colt Télécommunications France)* [2013] ECLI:EU:T:2013:463

Asia T-258/10 *Orange, aiemmin France Télécom v. Euroopan komissio (Orange)* [2013] ECLI:EU:T:2013:471

Asia T-325/10 *Iliad, Free infrastructure ja Free v. Euroopan komissio (Iliad)* [2013] ECLI:EU:T:2013:472

Asia T-309/12 *Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg v. Euroopan komissio (Zweckverband Tierkörperbeseitigung)* [2014] ECLI:EU:T:2014:676

Asia T-90/11 *Ordre national des pharmaciens (ONP), Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) ja Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG) v. Euroopan komissio (ONP)* [2014] ECLI:EU:T:2014:1049

Asia C-185/14 *EasyPay AD ja Finance Engineering AD v. Ministerski savet na Republika Bulgaria ja Natsionalen osiguritelni institut (EasyPay)* [2015] ECLI:EU:C:2015:716

Asia T-44/14 *Bruno Costantini ym. v. Euroopan komissio (Costantini)* [2016] ECLI:EU:T:2016:223

Asia T-162/13 *Magic Mountain Kletterhallen GmbH ym. v. Euroopan komissio (Magic Mountain Kletterhallen)* [2016] ECLI:EU:T:2016:341

Asia T-220/13 *Scuola Elementare Maria Montessori Srl v. Euroopan komissio (Scuola Elementare Maria Montessori)* [2016] ECLI:EU:T:2016:484
Asia T-219/13 *Pietro Ferracci v. Euroopan komissio (Ferracci)* [2016] ECLI:EU:T:2016:485
Asia T-92/11 *Jørgen Andersen v. Euroopan komissio (Andersen)* [2017] ECLI:EU:T:2017:14
Asia T-219/14 *Regione autonoma della Sardegna v. Euroopan komissio (Regione autonoma della Sardegna)* [2017] ECLI:EU:T:2017:266
Asia T-138/15 *Aanbestedingskalender BV ym. v. Euroopan komissio (Aanbestedingskalender)* [2017] ECLI:EU:T:2017:675
Asia T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. v. Euroopan komissio (Dôvera zdravotná poisťovňa)* [2018] ECLI:EU:T:2018:64
Asia T-223/18 *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo v. Euroopan komissio (Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo)* [2021] ECLI:EU:T:2021:315

Korkein hallinto-oikeus (KHO)

KHO 2000-T-1894
KHO 2000:63
KHO 2002:43
KHO 2002:61
KHO 2002:85
KHO 2005:50
KHO 2007:77
KHO 2008:25
KHO 2009:15
KHO 2010:42
KHO 2011:39
KHO 2011:107
KKO 2013:19
KHO 2013:136
KHO 2014:1
KHO 2014:98
KHO 2016:180
KHO 2018:28
KHO 2018:85
KHO 2021:1
KHO 2021:140

Korkein oikeus (KKO)

KKO 2004:26
KKO 2008:78
KKO 2008:83
KKO 2012:11
KKO 2013:19
KKO 2013:58
KKO 2015:14
KKO 2015:60
KKO 2016:28
KKO 2016:38

KKO 2017:84
KKO 2019:44
KKO 2019:58
KKO 2019:70
KKO 2022:21
KKO 2022:25
KKO 2022:26

Puolan perustuslakituomioistuinn (Trybunał Konstytucyjny)

Ref. No. K 18/04 *Traktat o przystąpieniu do Unii Europejskiej* [2005]

Ref. No. K 3/21 *Ocena zgodności z Konstytucją RP wybranych przepisów Traktatu o Unii Europejskiej* [2021]

Pysyvä välitystuomioistuinn (Permanent Court of Arbitration)

PCA Case No. 2008-13 *Achmea B.V. v. Slovak Republic* [2012]

PCA Case No. 2013-12 *Achmea B.V. v. Slovak Republic* [2014]

Saksan perustuslakituomioistuinn (Bundesverfassungsgericht)

BVerfG Urteil vom 22. Oktober 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*)

BVerfG 2 Beschluss vom 15. December 2015, 2 BvR 2735/14, NVmZ 2016, 181 (*Solange III*)

BVerfG Urteil vom 12. Oktober 1993, 2 BvR 2134/92 und 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155
(*Maastricht*)

BVerfG Urteil vom 30. Juni 2009, BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 (*Lissabon*)

BVerfG Urteil vom 14. Januar 2014, 2 BvR 2728/13, BVerfGE 134, 366 (*Gauweiler*)

BVerfG 2 Urteil vom 15. August 2017, 2 BvR 859/15, BVerfGE 146, 216 (*Weiss*)

Sijoituksia koskevien riittaisuuksien kansainvälinen ratkaisukeskus (ICSID)

ICSID Case No. ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*

Tanskan korkein oikeus (Højesteret)

Case No. 15/2014 *DI acting for Ajos A/S vs. The estate left by A* [2016]

Tšekin perustuslakituomioistuinn (Ústavní soud České republiky)

Pl. ÚS 5/12 *Slovenské důchody XVII - aplikace Smlouvy mezi ČR a SR o sociálním zabezpečení, závazky z mezinárodního a unijního práva* [2012]

VALVONTAKÄYTÄNTÖ

Eduskunnan oikeusasiamies

EOAK/1147/2004

EOAK/711/2009

EOAK/1640/2008

EOAK/883/2018

EOAK/2216/2018

EOAK/2898/2018

EOAK/3379/2018

EOAK/7302/2019

EOAK/7308/2021

Euroopan neuvoston ministerikomitea

Committee of Ministers Resolution CM/ResChS(2015)8 Complaint No. 88/2012, Finnish Society of Social Rights v. Finland, 17 June 2015
Committee of Ministers Resolution CM/ResChS(2017)8 Complaint No. 108/2014, Finnish Society of Social Rights v. Finland, 14 June 2017

Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitea

European Committee of Social Rights (ECSR) Complaint No. 88/2012, Finnish Society of Social Rights v. Finland, 9 September 2014
European Committee of Social Rights (ECSR) Complaint No. 108/2014, Finnish Society for Social Rights v. Finland, 8 December 2016

Euroopan unionin komissio

Commission Decision of 21 October 2016 concerning State aid SA.36798 (2016/NN) – Germany – Alleged unlawful State aid for Klinikum Osnabrück GmbH. C(2016)6689 final. Brussels, 21 October 2016.
Commission Decision of 4 December 2017 concerning State Aid SA.39913 (2017/NN) – Italy - Alleged compensation of public hospitals in Lazio. C(2017)7973 final. Brussels, 4 December 2017.
Komission päätös 2008/765/EY, tehty 11 päivänä joulukuuta 2007, valtiontuesta C 7/06 (ex NN 83/05), jonka Suomi on myöntänyt Tielikelaitokselle/Destialle (tiedoksiannettu numerolla K(2007) 6073)
Commission Decision of 22 December 2005 on the Introduction of a Risk Equalisation System in the Dutch Health Insurance, N541/2004 and N542/2004, (Commission Decision C (2005) 1329 final, *Zorgverzekeringswet*)
Commission Decision of 26 August 1999 (SG(99) D/7.040) – FENIN
Commission Decision of 5 July 2016 on State aid SA.19864 – 2014/C (ex 2009/NN54) implemented by Belgium — Public financing of Brussels public IRIS hospitals (notified under document C(2016) 4051) (Commission Decision (EU) 2016/2327 – IRIS)
Commission Decision 2013/284/EU of 19 December 2012 on State aid SA.20829 (C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)) Scheme concerning the municipal real estate tax exemption granted to real estate used by non-commercial entities for specific purposes implemented by Italy (notified under document C(2012) 9461) (Commission Decision 2013/284/EU (ICI-IMU))
Commission Decision of 3 March 2023 on State aid SA.20829 (C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)) Scheme concerning the municipal real estate tax exemption granted to real estate used by non-commercial entities for specific purposes implemented by Italy (notified under document C(2023) 1287 final (Commission Decision (EU) 2023/2103 (ICI-IMU))
Commission Decision of 15 October 2014 on the measures SA.23008 (2013/C) (ex 2013/NN) implemented by Slovak Republic for Spoločná zdravotná poisťovňa, a. s. (SZP) and Všeobecná zdravotná poisťovňa, a. s. (VZP) (notified under document C(2014) 7277) // Commission Decision (EU) 2015/248 – Dôvera
Commission Letter of formal notice Infringement No 2008/4268, C(2009) https://www.askt-heeu.org/en/request/12729/response/45490/attach/6/LFN%202008%204268%20D%209322%20second%20review%20final%20Redacted.pdf?cookie_passthrough=1 // Commission Letter of formal notice No 2008/4268

Komission kirje 14.4.2010, Valtiontuki E 2/2010 – Suomi, Tuki kunnallisille liikelaitoksille (D/6678) (Palmia)
Komission kirje 4.7.2014, Valtiontukikantelu SA.31977 – THL:n laboratoriotointinta + Komission kirje COMP/F3/VD/sj/D(2014)69965
Komission kirje 28.4.2015, Valtiontukikantelu SA.33700 – Hyksin Oy
Komission kirje 4.7.2017, Valtiontukikantelu SA.38980 – väitetty valtiontuki sairaankuljetuspalveluja Suomessa tarjoaville pelastuslaitoksille

Kilpailu- ja kuluttajavirasto

KKV:n päätös asiassa Epäily kilpailuneutraaliteetin vaarantumisesta terveydenhuollon ensihoidon Rajavartiolaitokselle osoittamien lentotehtävien osalta 1.11.2017 (Dnro 164/14.00.40/2015)
KKV:n päätös asiassa Sairaanhoidopiirien ja pelastuslaitosten epäilty kilpailua vääristävä tai estävä toiminta ensihoitopalvelujen ja kiireettömien potilassiirtojen markkinoilla 15.3.2018 (Dnro 118/KKV14.00.00/2014)
KKV:n päätös asiassa Kuntien epäilty kilpailua vääristävä tai estävä toiminta työterveyshuollon markkinoilla 25.9.2018 (Dnro 1/KKV14.00.40/2015)
KKV:n päätös asiassa Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoidopiirin toiminta markkinoilla 3.11.2020 (Dnro 1495/14.00.40/2015)
KKV:n päätös asiassa Keski-Uudenmaan sote-kuntayhtymän epäilty kilpailua vääristävä tai estävä toiminta lastensuojelun ympärivuorokautista palvelua tarjoavien yksiköiden palveluhaun markkinoilla 10.11.2023 (Dnro KKV/79/14.00.40/2022)

Oikeuskansleri

OKV/882/1/2015
OKV/883/1/2015
OKV/884/1/2015
OKV/292/10/2020
OKV/1211/21/2021

MUUT LÄHTEET

Asiantuntijalausunnot eduskunnan valiokunnille

Brommels, Mats, asiantuntijalausunto 12.8.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Brommelsin asiantuntijalausunto 2018)
Eduskunnan oikeusasiamiehen lausunto 10.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Eduskunnan oikeusasiamiehen asiantuntijalausunto 2018)
Hidén, Mikael, asiantuntijalausunto 3.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Hidénin asiantuntijalausunto 2018a)
Hidén, Mikael, asiantuntijalausunto 3.5.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Hidénin asiantuntijalausunto 2018b)
Ijäs, Hannu, asiantuntijalausunto 15.11.2022 eduskunnan hallintovaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 145/2022 vp) eduskunnalle julkisen hallinnon automaattista päätöksentekoa koskevaksi lainsäädännöksi (Ijäsken asiantuntijalausunto 2022)

Koivisto, Ida, asiantuntijalausunto 4.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Koiviston asiantuntijalausunto 2018)

Lavapuro, Juha, asiantuntijalausunto 8.5.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Lavapuron asiantuntijalausunto 2018).

Työ- ja elinkeinoministeriö, asiantuntijalausunto 5.11.2020 eduskunnan hallintovaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 31/2020 vp) eduskunnalle laiksi Senaatti-kiinteistöistä ja Puolustuskiinteistöistä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Työ- ja elinkeinoministeriön asiantuntijalausunto 2020)

Mäenpää, Olli, asiantuntijalausunto 5.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Mäenpään asiantuntijalausunto 2018)

Mäkinen, Eija, asiantuntijalausunto 4.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Mäkisen asiantuntijalausunto 2018)

Ojanen, Tuomas, asiantuntijalausunto 2.6.2017 eduskunnan hallintovaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 47/2017 vp) eduskunnalle laeiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä valtiontalouden tarkastusvirastosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta (Ojasen asiantuntijalausunto 2017)

Ojanen, Tuomas, asiantuntijalausunto 3.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Ojasen asiantuntijalausunto 2018)

Pohjola, Anneli, asiantuntijalausunto 10.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Pohjolan asiantuntijalausunto 2018)

Rautiainen, Pauli, asiantuntijalausunto 5.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Rautiaisen asiantuntijalausunto 2018)

Siitari, Eija, asiantuntijalausunto 11.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Siitarin asiantuntijalausunto 2018)

Snell, Jukka, asiantuntijalausunto 6.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Snellin asiantuntijalausunto 2018a)

Snell, Jukka, asiantuntijalausunto 12.4.2018 eduskunnan talousvaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Snellin asiantuntijalausunto 2018b)

Snell, Jukka, asiantuntijalausunto 13.4.2018 eduskunnan sosiaali- ja terveystaloudelle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Snellin asiantuntijalausunto 2018c)

Snell, Jukka, asiantuntijalausunto 18.2.2021 eduskunnan talousvaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 241/2020 vp) eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi (Snellin asiantuntijalausunto 2021)

Suksi, Markku, asiantuntijalausunto 27.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Suksin asiantuntijalausunto 2018)

Tuori, Kaarlo, asiantuntijalausunto 3.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Tuorin asiantuntijalausunto 2018)

Tuori, Kaarlo, asiantuntijalausunto 25.10.2023 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 58/2023 vp) eduskunnalle laiksi toimeentulotuesta annetun lain 7 a §:n muuttamisesta (Tuorin asiantuntijalausunto 2023)

Valtioneuvoston kanslian EU-asioiden osaston lausunto 2.7.2018 eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Valtioneuvoston kanslian EU-asioiden osaston lausunto 2018)

Viljanen, Veli-Pekka, asiantuntijalausunto 6.4.2018 eduskunnan perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 16/2018 vp) eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Viljasen asiantuntijalausunto 2018)

Asiantuntijalausunnot ministeriöille

Korkein hallinto-oikeus asiantuntijalausunto 13.12.2017 sosiaali- ja terveysministeriölle hallituksen esitysluonnoksesta asiakkaan vapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa (Dnro H 567/17) (KHO:n asiantuntijalausunto 2017)

Lavapuro, Juha, asiantuntijalausunto 30.12.2019 sosiaali- ja terveysministeriölle (Lavapuron asiantuntijalausunto 2019)

Mäenpää, Olli, asiantuntijalausunto 17.12.2019 sosiaali- ja terveysministeriölle (Mäenpään asiantuntijalausunto 2019)

Oikeuskansleri, asiantuntijalausunto 4.4.2018 oikeusministeriölle hallituksen esitysluonnoksesta rikoslain muuttamisesta (Dnro OKV/18/20/2018) (Oikeuskanslerin asiantuntijalausunto 2018)

Ojanen, Tuomas, asiantuntijalausunto 27.12.2019 sosiaali- ja terveysministeriölle (Ojasen asiantuntijalausunto 2019)

Tuori, Kaarlo, asiantuntijalausunto 31.12.2019 sosiaali- ja terveysministeriölle (Tuorin asiantuntijalausunto 2019)

Internet-lähteet

Balogová, Beata, Arbitration court closes dividend case. The Slovak Spectator. Julkaistu 31.10.2011. Saatavilla osoitteessa: <https://spectator.sme.sk/c/20041512/arbitration-court-closes-dividend-case.html> (viitattu 10.9.2024)

Department of Health 2010, Equity and excellence: Liberating the NHS. Cm. 7881, Her Majesty's Stationery Office (HMSO) 2010. Julkaistu 7/2010. Saatavilla osoitteessa: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7c5299e5274a2041cf33af/dh_117794.pdf (viitattu 10.9.2024)

European Health Policy Forum 2005, Recommendations on Health Services and the Internal Market. Julkaistu 26.5.2005. Saatavilla osoitteessa: http://ec.europa.eu/health/archive/ph_overview/health_forum/docs/recom_health_services.pdf (viitattu 10.9.2024)

Finlex, Valtiosopimukset. Saatavilla osoitteessa: [Valtiosopimukset - FINLEX*](#) (viitattu 10.9.2024)

- Guyters, Joris, The Dovera-saga: Peace of Mind for Solidarity or Cold Feet for EU Competition Law? European Law Blog. Julkaistu 25.3.2021. Saatavilla osoitteessa: <https://www.european-lawblog.eu/pub/the-dovera-saga-peace-of-mind-for-solidarity-or-cold-feet-for-eu-competition-law/release/1> (viitattu 10.9.2024)
- Helsingin Sanomat 2020, Presidentti Niinistö HS:lle: Toivon ja kannustan, että perustuslakivaliokuntaan palautetaan ”asiallinen ja kunnioittava” henki. Julkaistu 10.12.2020. Saatavilla osoitteessa: <https://www.hs.fi/paivanlehti/10122020/art-2000007672255.html> (viitattu 3.2.2023)
- Ilta-Sanomat 2017, Sipilä kertoi, miksi lakimuutokset tökkivät – ”Kritiikkiin suhtauduttava vakavasti”. Julkaistu 21.2.2017. Saatavilla osoitteessa: <https://www.is.fi/kotimaa/art-2000005097111.html> (viitattu 14.2.2022)
- Jokela, Antti – Niemi, Johanna, Pekka Haavisto, perustuslakivaliokunta ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Julkaistu 30.1.2021. Saatavilla osoitteesta: <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2021/01/30/antti-jokela-johanna-niemi-pekka-haavisto-perustuslakivaliokunta-ja-oikeudenmukainen-oikeudenkaynti/> (viitattu 25.1.2025)
- Kaleva 2019, Ministeri Niinistö puolustaa käyttämäänsä haukkumasanaa perustuslakitalon: ”Twiittaajien näkökulma halvensi valiokuntien työtä”. Julkaistu 4.4.2019. Saatavilla osoitteessa: <https://www.kaleva.fi/ministeri-niinisto-puolustaa-kayttamaansa-haukkuma/1722455> (viitattu 14.2.2022)
- Koskentausta, Lauri, Soten ”paluu” perustuslakivaliokuntaan – huomioita arvioinnin lähtöasetelmista 2020. Perustuslakiblogi. Julkaistu 10.10.2020. Saatavilla osoitteesta: <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2020/10/14/lauri-koskentausta-soten-paluu-perustuslakivaliokuntaan-huomioita-arvioinnin-lahtoasetelmista/> (viitattu 10.9.2024)
- Kuntaliitto 2018, Perusterveydenhuollon ja sosiaalipalvelujen järjestäminen 2018. Saatavilla osoitteessa: https://www.kuntaliitto.fi/sites/default/files/media/file/Sosiaali-ja-terveydenhuollon-jarjestaminen-kartta-2018_0.pdf (viitattu 14.2.2022)
- MTV Uutiset 2021, Eduskunnassa kiivas väantö pakkotesteistä – Ben Zyskowiczin mielestä liian kireän perustuslain tulkinnan kanssa on sählätty kuukausia: ”Tämä on sairasta”. Julkaistu 24.2.2021. Saatavilla osoitteessa: <https://www.mtvuutiset.fi/artikkeli/eduskunnassa-kiivas-vaanto-pakkotesteista-ben-zyskowiczin-mielesta-liian-kirean-perustuslain-tulkinnan-kanssa-on-sahlatty-kuukausia-tama-on-sairasta/8073474#gs.p27nyy> (viitattu 14.2.2022)
- MTV Uutiset 2022, Puhemies Vanhanen ehdottaa perustuslain arviointia: ”Koronatilanteessa aikaa on palanut”. Julkaistu 2.2.2022. Saatavilla osoitteessa: <https://www.mtvuutiset.fi/artikkeli/puhemies-vanhanen-ehdottaa-perustuslain-arviointia-koronatilanteessa-aikaa-on-palanut/8346052#gs.p2bauq> (viitattu 14.2.2022)
- Office of Fair Trading 2010, Competition in Mixed Markets. Ensuring Competitive Neutrality: A Working Paper. OFT1242, Office of Fair Trading (OFT) 2010. Julkaistu 7/2010. Saatavilla osoitteessa: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/economic_research/of1242.pdf (viitattu 10.9.2024)
- Perustuslakiblogin toimitus 2024, Rajalain asiantuntijalausunnat perustuslakivaliokunnalle – otteita. Perustuslakiblogi. Julkaistu 7.7.2024. Saatavilla osoitteessa: <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2024/07/07/rajalain-asiantuntijalausunnat-perustuslakivaliokunnalle-otteita/> (viitattu 10.9.2024)
- Rautiainen, Pauli, Eräitä kriittisiä huomioita perustuslakivaliokunnan sote-lausunnosta. Perustuslakiblogi. Julkaistu 4.6.2021. Saatavilla osoitteesta: <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2021/06/04/pauli-rautiainen-eraita-kriittisia-huomioita-perustuslakivaliokunnan-sote-lausunnosta/> (viitattu 10.9.2024) (Rautiainen 2021a)

- Rautiainen, Pauli, Quo vadis, perustuslakivaliokunta? Perustuslakiblogi. Julkaistu 16.12.2021. Saatavilla osoitteesta: <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2021/12/16/pauli-rautiainen-quo-vadis-perustuslakivaliokunta/> (viitattu 10.9.2024) (Rautiainen 2021b)
- Scheinin, Martin, Valmiuslain ja rajavartiolaitoksen muutokset eli kuinka oikeusvaltio meni pesuveden mukana – osa 3: suomalaisen perustuslakivalvonnan alennustila. Julkaistu 3.8.2022. Saatavilla osoitteesta: <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2022/08/03/martin-scheinin-valmiuslain-ja-rajavartiolaitoksen-muutokset-eli-kuinka-oikeusvaltio-meni-pesuveden-mukana-osa-3-suomalaisen-perustuslakivalvonnan-alennustila/> (Viitattu 25.1.2025)
- Scheinin, Martin, Perustuslakivaliokunnan rajalakilausunto PeVL 26/2024 vp ja suomalainen oikeusvaltio. Julkaistu 26.6.2024. Saatavilla osoitteesta: <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2024/06/26/martin-scheinin-perustuslakivaliokunnan-rajalakilausunto-pe-vl-26-2024-vp-ja-suomalainen-oikeusvaltio/> (viitattu 25.1.2025)
- Suomen Kuvalehti 2013, Professorit: Kuntaudistus ohitti perustuslain. Saatavilla osoitteessa: <https://suomenkuvalehti.fi/politiikka-ja-talous/valvojat/> (viitattu 14.2.2022)
- Verkkouutiset 2017, ”Ville Niinistön tulisi perehtyä tarkemmin” – näin asiantuntijat kaventavat poliitikkojen valtaa. Julkaistu 7.8.2017. Saatavilla osoitteessa: <https://www.verkkouutiset.fi/ville-niiniston-tulisi-perehtya-tarkemmin-nain-asiantuntijat-kaventavat-poliitikkojen-valtaa-68597/#1e9bd267> (viitattu 14.2.2022)
- YLE 2024, Ristiriitojen takia käännötyksellisiä ei voida säätää, toteavat asiantuntijat. Julkaistu 18.6.2024. Saatavilla osoitteessa: <https://yle.fi/a/74-20094931> (viitattu 25.1.2025)
- YLE 2020, Korkeimman oikeuden presidentti ei innostu Niinistön ehdotuksesta perustuslakivaliokunnan työn kehittämisestä – ex-puheenjohtajat varoittavat instituutioiden välisestä jännitteestä. Julkaistu 10.12.2020. Saatavilla osoitteessa: <https://yle.fi/a/3-11691785> (viitattu 3.2.2023)