ASIANTUNTIJALAUSUNTO
Rikosoikeuden apulaisprofessori Tatu Hyttinen

EDUSKUNNAN LAKIVALIOKUNNALLE

Asia: HE 241/2020 vp Hallituksen esitys eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

Aluksi

Hallituksen esityksessä HE 232/2020 vp on kysymys sosiaali- ja terveydenhuollon uudistuksesta (sote-uudistus). Kysymyksessä on laaja asiakokonaisuus, johon sisältyy myös rikosoikeudellisia ulottuvuuksia. Ehdotetut rikosoikeudelliset muutokset koskevat poliittisia oikeuksia vastaan tehtyjä rikoksia (RL 14 luku), lapsen omavaltaista huostaanottoa koskevaa syyteoikeutta (RL 25:9.2), avustuspetossäännöksiä (RL 29 luku), sekä virkarikoslainsäädäntöä (RL 40 luku).

Lakivaliokunta on pyytänyt minulta lausuntoa virkavastuuseen sekä rikoslain muutoksiin liittyvistä asioista. Virkavastuuta tarkastellessani näkökulmani on rikosoikeudellinen, mutta asian käsittelyssä on huomioitava siihen liittyvä valtiosääntöoikeudellinen ulottuvuus.

Lausuntonani esitän kunnioittavasti seuraavan.

Ehdotettujen rikosoikeudellisen muutosten perusteltavuus

Kokonaiskuvan saaminen hallituksen esityksestä ei ole aivan yksinkertaista (esitys sisältää 1669 sivua), mikä osaltansa vaikeuttaa asian rikosoikeudellista arviointia. Toisaalta ehdotetut rikosoikeudelliset muutokset ja uudistukset voidaan tulkintani mukaan jakaa kahteen osaan. Niin sanottuihin teknisiin uudistuksiin, jotka vaikuttavat ongelmattomilta, sekä virkavastuuseen liittyviin sisällöllisiin kysymyksiin, jotka ovat ongelmallisempia.

Teknisillä uudistuksilla tarkoitan ensisijaisesti ehdotettu muutosta ”vaalirikoslainsäädäntöön” (RL 14:7), lapsen omavaltaista huostaanottoa koskevaa syyteoikeuden muutosta (RL 25:9.2) sekä avustuspetokseen sisältyvän avustuskäsitteen täydentämistä (RL 29:9). Kyseiset muutosehdotukset ja täydennykset olisivat perusteltuja ja välttämättömiäkin, jos ehdotettu sääntelykokonaisuus tulee voimaan. On esimerkiksi selvää, että rikoslailla suojelluiksi yleisiksi vaaleiksi ja yleisiksi äänestyksiksi olisi perusteltua määritellä aluevaalit ja hyvinvointialueen kansanäänestys (ehdotettu RL 14:7), jos tulevaisuudessa järjestetään aluevaaleja ja hyvinvointialueen kansanäänestyksiä. Vastaavasti olisi välttämätöntä, että syyttäjän on kuultava kunnan sosiaalilautakunnan sijasta

(voimassa oleva RL 25:9) hyvinvointialueen toimivaltaista sosiaalihuollon viranomaista (ehdotettu RL 25:9). Myös mahdollisen avustuspetoksen kohteena oleva avustus olisi määriteltävä tavalla, jossa huomioidaan muun ohella hyvinvointialueen oikeus myöntää avustuspetoksessa tarkoitettua taloudellista tukea (RL 29:9). Ehdotetut muutosehdotukset ovat selkeitä ja täsmällisiä, enkä näe niissä sisällöllisiä tai teknisiä ongelmia.

Samassa yhteydessä on tarkoitus tehdä myös joitakin muita täsmennyksiä rikoslakiin. Esimerkiksi rikoslain 14 luvun 7 §:n 1 momenttia muutettaisiin siten, että valtiollisten vaalien asemesta käytettäisiin ilmaisua eduskuntavaalit ja presidentinvaali ja Euroopan parlamentin edustajien vaaleista ehdotetaan käytettäväksi lyhyttä nimitystä europarlamenttivaalit. Esitetyt muutosehdotukset ovat lähinnä teknisiä, joskin niiden voidaan katsoa lisäävän rikoslain selkeyttä. Niinpä ehdotuksia on pidettävä perusteltuina.

Virkarikokset ovat niin sanottuna erikoisrikoksia eli ne kohdistuvat vain laissa määriteltyihin tahoihin eli käytännössä niihin, jotka hoitavat julkisia hallintotehtäviä. Virkavastuun ulottuvuutta koskevat keskeiset määritelmät sisältyvät rikoslain 40 luvun 11 §:ään. Sen sijaan virkavastuun perustana voidaan pitää perustuslain 2.3 §:ää sekä perustuslain 118.1 §:ää. Ensiksi mainittu korostaa julkisten tehtävien lakisidonnaisuutta ja jälkimmäinen sitä, että virkamies vastaa virkatointensa lainmukaisuudesta ollen myös vastuussa sellaisen monijäsenisen toimielimen päätöksestä, jota hän on toimielimen jäsenenä kannattanut.

Ehdotuksen mukaiset hyvinvointialueet tulisivat olemaan julkista valtaa käyttäviä julkisoikeudellisia yhteisöjä (ehdotettu laki hyvinvointialueesta, 2 §). Näin ollen olisi jo perustuslaillisestikin välttämätöntä tehdä ehdotetut muutokset rikoslain 40 luvun 11 §:ään, jos ehdotettu sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistus tulee voimaan. Virkarikoksia koskevaan rikoslain 40 luvun 11:ään ehdotetut muutokset ovat luonteeltaan teknisiä, joissa muun ohella huomioitaisiin, että esityksen seurauksena virkamiehinä olisi pidettävä myös hyvinvointialueeseen virka- tai siihen rinnasteisessa palvelusuhteessa olevaa henkilöä. Näin ollen rikoslain 40 lukua koskevat muutosehdotukset ovat perusteltuja ja ongelmattomia.

Virkavastuuta ollaan ulottamassa rikoslain 40 luvun 12 §:n 5 momentin nojalla myös muihin tahoihin kuin rikoslain 40 luvun 11 §:ssä määriteltyihin henkilöryhmiin. Käytännössä virkavastuu koskisi esimerkiksi hyvinvointialueelle sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja tuottavaa yksityistä palveluntuottajaa, jos tehtävänkuvat sisältävät julkisia hallintotehtäviä. Tämänkaltainen virkavastuun soveltamisalaa laajentava kehityskulku on ollut sinänsä tyypillistä viimeisen noin 10–20 vuoden aikana, mutta se on tehnyt virkavastuusta ja sen ulottuvuudesta vaikeaselkoisen. Sama vaikeaselkoisuus koskee ehdotettua sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistusta: ehdotuksen perusteella ei ole aivan helppoa tulkita, mitkä henkilöstöryhmät voisivat missäkin tilanteessa toimia virkavastuulla. Vastuun kohdistamisen lisäksi asian arviointia vaikeuttaa se, että sosiaali- ja terveystyön kohdalla on vallinnut epäselvyyttä julkisen vallan käytön merkityssisällöstä. Esimerkiksi lääkemääräyksen

uusiminen ei liene julkista vallan käyttöä (KKO 2008:78), kun taas hoidon tarpeen arviointi voinee monissa tilanteissa olla julkisen vallan käyttöä (Keskeiset rikokset / Pekka Viljanen 2018, s. 874). Toisaalta hoidon tarpeen arviointikaan ei liene kaikissa tilanteissa julkista vallan käyttöä.

Korostan, että virkavastuun ulottamista muihin kuin rikoslain 40 luvun 11 §:ssä määriteltyihin henkilöryhmiin voidaan pitää yleisesti ottaen ongelmallisena, koska se ohentaa virkarikoslainsäännön merkitystä erikoisrikoslainsäädäntönä. Sen sijaan sääntelyn normatiivisen hyväksyttävyyden näkökulmasta asiassa ei ole ongelmaa. Perustuslain 124 §:n nojalla julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Lisäehtona on se, että julkisen hallintotehtävän delegoinnin on perustuttava lakiin. Delegointioikeuden ulkopuolelle on suljettu ainoastaan merkittävä julkisen vallan käyttö. Perustuslain nojalla merkittävää julkista valtaa saavat käyttää vain viranomaiset (PL 124).

Kun julkista valtaa on siirretty yksityisille tahoille, oikeusturvan toteutumisen ja hyvän hallinnon takeiden on katsottu edellyttävän nimenomaan sitä, että julkisen vallan käyttäjät sidotaan rikosoikeudelliseen virkavastuuseen. Niinpä on selvää, että virkavastuu on ulotettava myös sellaisiin tahoihin, jotka tuottavat julkisia hallintotehtäviä sisältäviä sosiaali- ja terveyspalveluita. Kyseinen pääperiaate on vahvistettu perustuslakivaliokunnan käytännössä (PeVL 65/2018 vp, s. 8–9; PeVL 26/2017 vp, s. 49 sekä PeVM 10/1998 vp, s. 35/II).

Nyt tarkastelussa olevassa esityksessä onkin lähdetty selkeästi siitä, että virkavastuu on ulotettava koskemaan yksityisiä palveluntuottaja ja niiden alihankkijoita sekä hyvinvointialueiden hankkimaa tai vuokratyövoimaa, jos ne käyttävät tehtäviä hoitaessaan julkista valtaa. Pidän tätä lähtökohtaa perustuslaillisesti välttämättömänä. Rikosoikeudellisesti arvioituna tilanteeseen sisältyy kuitenkin joitakin ongelmakohtia, jotka voisi olla perusteltua ottaa huomioon jatkovalmistelussa.

<u>Sopimusten mitätöinti ja irtisanominen virkavastuun näkökulmasta</u>

Ehdotukseen sisältyy laki sosiaali- ja terveydenhuoltoa ja pelastustoimea koskevan uudistuksen toimeenpanosta ja sitä koskevan lainsäädännön voimaanpanosta eli niin sanottu voimaanpanolaki. Ehdotetun voimaanpanolain 29 §:n mukaan hyvinvointialueelle siirtyvä yksityisen palvelutuottajan kanssa tehty sosiaali- tai terveydenhuollon palvelujen hankkimista koskeva sopimus (niin sanottu ostopalvelusopimus) tai sen sisältämä sopimusehto voisi olla tietyissä tilanteissa mitätön.

Mitättömyys tulisi ehdotuksen mukaan kysymykseen muun ohella silloin, kun ostopalvelusopimuksessa olisi sovittu tehtävistä, jotka sisältävät ehdotetun sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä annetussa laissa tarkoitettua julkisen vallan käyttöä. Olen tulkinnut esitystä siten, että yksi keskeisimmistä syistä ostopalvelusopimusten mitätöimiselle olisi nimenomaan se, että ostopalvelusopimukset voivat sisältää tehtäviä, joihin liittyy julkisen vallan käyttöä. Virkavastuun kohdentamisen näkökulmasta ostopalvelusopimukset voinevat olla ongelmallisia. Ostosopimukset

saattaisivat olla myös ehdotetun sosiaali- ja terveydenhuoltoa koskevan uudistuksen perusperiaatteiden vastaisia, jos tehtyjen ostosopimusten perusteella voidaan hoitaa julkisia hallintotehtäviä ilman virkavastuuta.

Sopimusten mitättömyyttä ja irtisanomista koskevassa problematiikassa on ensisijaisesti kysymys perustuslaillisesta ja sopimusoikeudellisesta ongelmasta. Rikosoikeudellisesti arvioituna huomiota kiinnittää toisaalta se, että ehdotetun sosiaali- ja terveydenhuoltoa ja pelastustoimea koskevan uudistuksen toimeenpanosta ja sitä koskevan lainsäädännön voimaanpanosta annetun lain 29 §:n 5 momentin mukaan ostopalvelusopimukset vaikuttaisivat voivan olla voimassa tammikuuhun 2026 saakka ja tietyissä tilanteissa jopa vuoteen 2028 saakka. Siirtymäaika voi siis olla useita vuosia.

Tämä johtaa kysymään, voiko syntyä tilanne, jossa samankaltaisia julkisia hallintotehtäviä hoidetaan hyvinvointialueen sisällä (tai eri hyvinvointialueilla) virkavastuulla riippuen siitä, perustuuko tehtävien hoito aikaisemmin laadittuun ostopalvelusopimukseen vai voimaan tulleeseen lakiin sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä. Tämänkaltainen tilanne olisi rikosoikeudellisesti ongelmallinen. Lienee esimerkiksi poissuljettua, että aikaisemmin laaditun ostopalvelusopimuksen perusteella voisi välttää rikosoikeudellisen vastuun sellaisten julkisten hallintotehtävien hoidosta, jotka ehdotetun sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen voimaan tulemisen jälkeen voitaisiin hoitaa ainoastaan virkavastuulla. Suomalaisessa oikeusvaltiotraditiossa ei myöskään liene mahdollista lähteä siitä, että palvelun tarjoajan ja hyvinvointialueen väliset sopimusneuvottelut ratkaisisivat, mistä ajankohdasta alkaen julkista valtaa käyttävään palveluntarjoajaan alettaisiin soveltamaan virkavastuusäädöksiä. Tältä osin esityksessä on tyydytty lähinnä toteamaan, että hyvinvointialueiden pitäisi päivittää ostosopimukset vastaamaan sitä virkarikoslainsäädännön kokonaisuutta, johon ehdotuksessa on päädytty (esityksen sivut 309–310).

Selkeyden vuoksi lainsäätäjän voisikin olla suotavaa ottaa kantaa seuraavaan kysymykseen: pitäisikö ehdotetun sosiaali- ja terveydenhuoltouudistuksen voimaantulon seurauksena virkavastuu ulottaa koskemaan myös aikaisemmin laadittujen ostopalvelusopimusten perusteella suoritettavia tehtäviä, jos ostopalvelusopimukset sisältävät sellaisia tehtäviä, jotka ehdotetun uudistuksen voimaantulon jälkeen voidaan suorittaa vain virkavastuulla. Tältä osin on tosin todettava, että rikoslain 40 luvun 12 §:n 1 momentin mukaan virkarikossäännöksiä voidaan soveltaa julkista valtaa käyttäviin henkilöihin. Niinpä voidaan pitää lähtökohtana, että rikoslain virkarikossäännöksiä voidaan jo nyt soveltaa niihin henkilöihin, jotka käyttävät ostopalvelusopimusten perusteella julkista valtaa. Olen kuitenkin siinä käsityksessä, että joissakin tilanteissa (erityisesti niin sanotuissa kokonaisulkoistustilanteissa) on vallinnut epäselvyyttä, kuinka ostopalvelusopimusten perusteella suoritettaviin tehtäviin voidaan reagoida virkarikoslainsäädännöllä (ks. myös esityksen sivut 166–167 ja 340).

Korostan, että esiin nostamani ongelma koskisi ainoastaan siirtymäkautta eli sitä ajanjaksoa, kun jo laaditut ostopalvelusopimukset olisivat voimassa rinta rinnan ehdotettun sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä annetun lain kanssa.

Sääntelyn selkeys virkavastuun näkökulmasta

Ehdotuksessa virkavastuuta ollaan rikoslain 40 luvun 12 §:n 5 momentin nojalla ulottamassa esimerkiksi hyvinvointialueen tilintarkastajiin (ehdotettu laki hyvinvointialueesta 126 §). Merkittävintä ehdotuksessa on tosin se, että rikosoikeudellinen virkavastuu ollaan ulottamassa yksityisiin palveluntuottajiin, niiden alihankkijoihin sekä hyvinvointialueen hankkimaan tai vuokraamaan työntekijään. Tältä osin järjestämislain 20 §:ssä on todettu, että järjestämistalain 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 rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä silloin, kun he hoitavat 12 §:ssä tarkoitettuihin palveluihin sisältyviä julkisia hallintotehtäviä.

Sääntely on varsin teknistä, mutta sen on katsottu täyttävän ne edellytykset, jotka perustuslaissa on asetettu julkisen vallan delegoinnille. Käytännössä kysymys on lailla säätämisen vaatimuksesta sekä tarkoituksenmukaisuusvaatimuksesta. Lisäksi ehdotuksessa on lähdetty siitä, että hyvän hallinnon takeet sekä asiakkaiden oikeusturva toteutuvat, kunhan yksityisen sektorin työntekijät sidotaan virkavastuuseen niissä tilanteissa, kun he käyttävät julkista valtaa. Sääntely täyttänee perustuslain ehdot julkisen vallan delegoimiseksi, mutta luettaessa järjestämislakia (erityisesti sen 12 §:ää ja 13 §:ää) yhdessä lain esitöiden kanssa havaitaan, että sosiaali- ja terveydenhoitoa koskeva virkavastuu on muodostumassa sisällöllisesti vaikeaselkoiseksi.

Rikosoikeudellisesti ei voida pitää tyydyttävänä, että järjestämislain perusteella on etukäteen hankala hahmottaa, missä tilanteissa ja minkälaisia tehtäviä hoitaessa kukin taho toimii virkavastuulla. Voisikin olla eduksi, jos jatkovalmistelussa pyrittäisiin konkreettisesti jäsentämään julkisen vallan käytön merkityssisältöä. Asiaa voisi olla perusteltua tarkastella nimenomaan sosiaali- ja terveydenhoidon näkökulmasta. Tällöin voisi olla perusteltua myös huomioida, että julkisen vallan käytöllä voi olla oma rikosoikeudellinen merkityssisältönsä (Keskeiset rikokset / Pekka Viljanen 2018, s. 874), joka voi vähäisissä määrin erota siitä, kuinka julkinen valta on muissa laissa määritelty.

Julkisen vallan käytön rikosoikeudellisen merkityssisällön jäsentämisen tarvetta voidaan pitää korostuneena niissä tilanteissa, joissa virkavastuuta ollaan ulottamassa yksityisiin toimijoihin. Onkin syytä korostaa, että julkisen vallan merkityssisällöllä voinee olla ratkaiseva merkitys sen suhteen, missä tilanteissa esimerkiksi yksityisen palveluntuottajan voidaan katsoa tosiasiassa toimivan virkavastuulla. Myös palveluiden järjestämiseksi voisi olla eduksi, jos palveluiden hankkijat ja palveluiden tarjoavat kykenevät hahmottamaan, mitkä tehtävät ovat julkisen vallan käyttöä ja mitkä

eivät. Niinpä voidaan pitää ongelmallisena, että esityksessä on tyydytty korostamaan lähinnä julkisten hallintotehtävien määrittelemisen vaikeutta pyrkimättä vastaamaan itse ongelmaan.

Virkamiehet rikoksen kohteena

Virkavastuun vastinpari on virkamiehille tarjottu korotettu rikosoikeudellinen suoja. Esimerkiksi rikoslain 16 luvun 1 §:n nojalla tekijä voidaan tuomita virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta. Samaisen luvun 20 §:ssä säädetään, että virkamiehen väkivaltaista vastustamista koskevaa tunnusmerkistöä sovelletaan myös silloin, jos teko on kohdistunut julkista valtaa käyttävään henkilöön. Kysymys on ankarasti sanktioidusta teosta, koska virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta on tuomittava vankeutta vähintään neljä kuukautta ja enintään neljä vuotta (RL 16:1).

Hallituksen esityksessä ei ole huomioitu sitä, että korotetun rikosoikeudellinen virkamiessuojan piiriin tulee yksityisen palvelunhankkijan lisäksi palvelunhankkijan alihankkija, kuten myös hankittu tai vuokrattu työntekijä. Esityksen mukaan olisi esimerkiksi mahdollista, että niin sanottu vuokralääkäri tekee päivystyksessä ratkaisuja hoidon tarpeellisuudesta (esityksen sivu 1117). Tämä lienee sinänsä jo nyt käytössä oleva keino vastata henkilöstön saatavuusongelmaan terveydenhuollossa. On kuitenkin hyvä tiedostaa, että mikäli tehtyä päätöstä pidetään julkisen vallan käyttönä, ja päätöksentekijään kohdistetaan sen seurauksena väkivaltaa, tilanne voi tulla arvioitavaksi virkamiehen väkivaltaisena vastustamisena. Tämä vaikuttaisi merkittävästi asian rikosoikeudelliseen arviointiin, kuten myös mahdolliseen rangaistusseuraamukseen.

Esittämässäni huomiossa ei sinänsä ole mitään uutta tai erityistä (ks. esim. KKO 2008:78). Esiin nostamani näkökulma kuitenkin alleviivaa sen tärkeyttä, että konstruoitaessa uudentyyppisiä virkavastuun muotoja lainsäätäjän olisi hyvä pyrkiä määrittelemään mahdollisimman selkeästi se, mitkä henkilöstöryhmät toimivat kussakin tilanteessa virkavastuulla. Tämä lisäisi rikoslain virkarikosoikeudellisen sääntelyn ennakoitavuutta etenkin niissä tilanteissa, joissa virkavastuuseen liittyviä velvollisuuksia ja oikeuksia ollaan laajentamassa epätyypillisempiin tilanteisiin.

Yhteenveto

Rikoslakiin ehdotetut lainsäädännölliset muutokset ovat ensisijaisesti teknisiä. Ehdotetut muutokset ovat myös perusteltuja, jos ehdotettu sosiaali- ja terveyspalvelu-uusitus tulee voimaan. Myös yksityisten palvelutuottajien, vuokratyövoiman, sekä yksityisiltä palvelutuottajalta hankitun työvoiman sitominen virkavastuuseen on perusteltua ja perustuslain sekä perustuslakivaliokunnan käytännön perusteella myös välttämätöntä. Voidaankin pitää selvänä, että julkisen vallan ja virkatointen asianmukaisuus edellyttää virkavastuuta, mutta myös sitä, että tehtävien suorittajille tarjotaan korotettua rikosoikeudellista suojaa.

Yleisesti ottaen pidän ongelmallisena sellaista kehityskulkua, jossa rikoslain virkarikossäännökset sekä virkamiehille tarkoitettu erityssuoja laajenee kattamaan yhä uusia henkilöstöryhmittymiä, kuten yksityisiä palveluntuottajia. Tämä on omiaan ohentamaan virkarikoslainsäädännön luonnetta

eritysrikoksina sekä lisäämään virkarikoslainsääntökokonaisuuden vaikeaselkoisuutta. Myös ehdotettu sääntelykokonaisuus siihen liittyvine esitöineen on yksityiskohdiltaan hankalasti hahmottuva. Toisaalta esityksen pääperiaate on selkeä. Niissä tilanteissa, joissa käytetään julkista valtaa, toimitaan virkavastuulla riippumatta siitä, kuka on julkisen vallan käyttäjä. Sääntelyn käytännön toimivuudelle voisi olla eduksi, jos lainsäätäjä pyrkisi jatkovalmistelussa konkretisoimaan julkisen vallan käytön merkityssisältöä eli sitä, minkälaiset tehtävät ovat sosiaali- ja terveydenhuolloissa sellaisia tehtäviä, joita tehdään virkavastuulla.

Helsingissä 24.3.2021

Tatu Hyttinen
OTT, VTM, VT, rikosoikeuden apulaisprofessori