

Perustuslakivaliokunnalle

Lausunto asiassa HE 47/2017 vp Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä valtiontalouden tarkastusvirastosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta

Yleistä

Hallituksen esityksessä säädettäisiin sote-palvelujen valinnanvapaudesta. Laissa säädettäisiin asiakkaan valinnanvapauden sisällöstä, valinnanvapauden käyttämiseen liittyvästä neuvonnasta ja ohjauksesta sekä palvelujen yhteensovittamisesta, palvelujen tuottajien hyväksymis- ja sopimusmenettelyistä, palvelujen tuottamisesta ja tuottajia koskevista veloitteista, palvelun tuottajille suoritettavista korvauksista, tiedonhallinnasta ja valvonnasta sekä valinnanvapausmallin käyttöönotosta. Ajatuksena on, että yksilö ("asiakas") saisi lain voimaan tultua valita ns. suoran palvelun sote-keskuksen ja suunhoidon yksikön, joka voisi olla joko maakunnan omistama, yksityinen tai kolmannen sektorin ylläpitämä (ns. monituottajamalli). Muiden palveluiden osalta hän saisi valita maakunnan liikelaitoksen ja sen toimipisteen. Laissa säädettäisiin myös asiakassetelillä ja henkilökohtaisella budjetilla rahoitettavista palveluista sekä valtiontalouden tarkastusviraston tarkastusvallan laajentamisesta. Taustalla on sote-palveluiden järjestämis- ja tuottamisvastuun erottaminen (järjestämislakiehdotus) ja maakuntalakiehdotus (HE 15/2017 vp).

HE:n mukaan *"Lain tavoitteena on edistää sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaiden mahdollisuuksia valita palvelun tuottaja ja parantaa palvelujen saatavuutta ja laatua."* Lisäksi pyritään kaventamaan terveyseroja ja vahvistamaan yksilön itsemääräämisoikeutta. Tavoitteet ovat sinänsä kannatettavat ja perustuslain hengen mukaiset. Arvioitavana oleva esitys on kuitenkin toteutuessaan vaikutuksiltaan perustavanlaatuinen, ja se pohjautuu ennennäkemättömään julkishallinnon palveluiden uudelleenorganisointiin. Aikataulu on kunnianhimoinen. Tämä näkyy myös HE:n perusteluissa ja vaikutusarvioinneissa, joissa tulee useaan otteeseen esiin hankaluus arvioida esityksen todellisia seurauksia, niiden ajankohtaa ja sitä, onko suunnitellulla uudistuksella todella mahdollista saavuttaa ne laadulliset muutokset ja julkistalouden säästötavoitteet, joihin sillä pyritään. Myös lausuntopalaute on ollut skeptistä, osin varsin kriittistäkin.

HE:ssä todetaankin, että: *"Uudistuksen vaikutukset riippuvat olennaisesti siitä, miten itsehallinnolliset maakunnat omissa päätöksenteossa ja toiminnassaan toteuttavat valinnanvapauslainsäädäntöä sekä maakuntien erilaisista mahdollisuuksista toteuttaa sitä. Valinnanvapauslakiehdotuksen vaikutusten arviointi on pulmallista ja sisältää paljon oletuksia, koska monet lakiehdotuksen linjaukset toteutuvat vasta maakuntien päätösten mukaan valinnanvapausjärjestelmän toteuttamisvaiheessa. Arvioinnin tueksi on niukasti vertailutietoa, koska täysin vastaavanlaista uudistusta ei ole vielä toteutettu muualla ja hallituksen käynnistämistä valinnanvapauden kokeiluhankkeista on tietoa saatavilla vain niiden käynnistämistä vaiheesta."* On oletettavaa, että uudistuksen vaikutukset hajoavat maanlaajuisesti, etenkin, kun maakunnilla on paljon harkintavaltaa uudistuksen käytännön toteuttamisesta. Tuntuu jopa siltä, että käynnisteillä on riskialtis ihmiskoe.

Yleisenä huomiona todettakoon, että HE ja ehdotetut pykälät ovat paikoin sangen vaikeaselkoisia. Koko kokonaisuus on vaikeahahmotteinen, ja kieliasussa näkyy kiire. Aivan erityisesti tämä pätee säätämisyjärjestysperustelujen yhteenvetoon (s. 281), jonka mukaan *"Kokonaisuutena arvioiden esityksessä ehdotettu tuotantomalli on yksilön toimintamahdollisuuksien ja käyttäjän aseman vahvistumisen sekä perustason palveluiden vahvistumisen mahdollisuuden ja vaikutusarvioinnin perusteella todennäköisen vahvistumisen näkökulmasta perusteltu."* Lause on järjetön. On hyvin vaikea vakuuttua tällaisesta perustelusta, semminkin, kun lakiesityksen vaikutukset olisivat oletettavasti toteutuessaan dramaattiset.

Eri toimijoiden vastuista on vaikea saada kokonaiskuvaa. Näin on mm. siksi, että eri palveluvalikoima on eri toimijoiden vastuulla. Kuitenkaan tätä valikoimaa ei ole kattavasti määritelty. Järjestämisen ja tuottamisen erottaminen ei helpota tilannetta. Tämän voi otaksua vaikeuttavan valinnanvapauden aitoa ja täysimääräistä käyttämistä ja vaarantavan sen legitimitettiin; on vaikea arvostaa jotakin, josta ei saa selvää. HE:tä koskevassa lausuntoyhteenvedossa todetaankin, että valinnanvapauden toteutumiseksi asiakkaat tarvitsevat myös riittävästi tietoa ja tukea valintojen tekemiseksi (STM raportteja 2017:22). Tätä tietoa on vaikea antaa ainakaan uuden järjestelmän käynnistysvaiheessa. Tiedon pitäisi olla myös laadullisesti kohtuudella ymmärrettävissä – puhumattakaan

käytännön vertailun mahdollistavien tietojärjestelmien puutteesta. Lisäksi HE:n muodossa edistetään kehitystä, jossa on yhä vaikeampi määrittää yksityisen ja julkisen vallan välistä rajaa. Sosiaali- ja terveyspalvelujen asiakas rinnastuu lakiesityksessä monella tavalla kuluttajaan, vaikka valtiosääntöarvioinnin näkökulmasta kyse on siitä, miten julkisia verorahoja kohdistetaan, miten perusoikeudet toteutuvat yhdenvertaisesti ja miten ja kenen toimesta julkista valtaa käytetään.

Esitykseen liittyy monia valtiosääntöoikeudellisia kysymyksenasetteluja. Keskeisimpinä voidaan mainita oikeusvaltioperiaatetta (2 §), yhdenvertaisuutta (PL 6 §), kielellisiä oikeuksia (PL 17 §) oikeutta sosiaaliturvaan (PL 19 §), oikeusturvaa (PL 21 §) ja julkisen vallan perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvoitetta (PL 22 §) ja itsehallintoa (121 §) koskevat kysymykset. HE:n laajuuden ja monimutkaisuuden sekä varsin lyhyen lausumisajan vuoksi (olen voinut käyttää esitykseen tutustumiseen ja lausunnon kirjoittamisen muutaman päivän) keskityn lausunnossani lähinnä kuitenkin kysymyksiin, jotka liittyvät julkisen vallan käyttöön ja julkisen hallintotehtävän antamiseen muulle kuin viranomaiselle (PL 124 §). Lisäksi mitä tulee maakunnan kansanvaltaisuutta ja itsehallintoa koskeviin seikkoihin, viittaan lausuntooni, jonka olen antanut hallituksen esityksestä HE 15/2017 vp. Huomautan kuitenkin, että tuottamisen uskomisen pitkälti yksityisten toimijoiden vastuulle edelleen etäännyttää sote-palveluita demokraattisesta päätöksenteosta, joka on jo maakunnan puutteellisen itsehallinnon vuoksi lähtökohtaisesti heikkoa.

Julkisen hallintotehtävän antaminen muun kuin viranomaisen hoidettavaksi

Perustuslain 124 §:ää on oikeuskirjallisuudessa kutsuttu mm. oikeusvaltion puolustautumiseksi tai palomuuriksi. Säännöksen tavoitteena on luoda puitteet sille, missä määrin hallintotehtäviä voidaan siirtää viranomaiskoneiston ulkopuolelle tarkoituksenmukaisuus- tai tehokkuussyistä. Rakenteellisena huolena on oikeusvaltioperiaatteen rapautuminen, jos hallintotehtäviä annetaan (pääasiassa) liiketalouden ehdoilla toimivien yksityisten oikeussubjektien vastuulle. Säännös lähtee virkamieshallintoperiaatteesta eli siitä, että julkisen vallan käytön tulisi olla virkamiesten vastuulla. Samalla kyseinen säännös myös mahdollistaa julkisten hallintotehtävien antamisen yksityistenkin toimijoiden vastuulle tiettyjen edellytysten täytyessä. Olen käsitellyt julkisen vallan käsitettä syvällisemmin artikkelissani ”Julkisen vallan rajoilla” (Lakimies 5/2014 s. 675–694).

PL 124 §: n mukaan ”*Julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaarana perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.*”

Toisin sanoen säännöksellä määritellään kolmenlaista toimintaa: merkittävää julkisen vallan käyttöä, kvalifioimatonta julkisen vallan käyttöä sekä julkisen hallintotehtävän hoitamista. Merkittävää julkisen vallan käyttöä ei voida uskoa muulle kuin viranomaiselle. PL 124 §:n esitöiden perusteella merkittävä julkisen vallan käyttö ilmenee yhtäältä itsenäiseen harkintaan perustuvana voimakeinojen käyttämisenä sekä toisaalta muuna merkittävänä puuttumisena yksilön perusoikeuksiin (ks. tarkemmin Marietta Keravuori-Rusasen: ”Yksityinen julkisen vallan käyttäjä”. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle”, 2008 s. 418. Ks. myös HE 1/1998 vp s. 179, PeVL 48/2001 vp ja PeVL 30/2010 vp). Keravuori-Rusasen (2008 s. 490) johtopäätös perustuslakivaliokunnan siihenastisen käytännön perusteella on, että merkittävälle julkisen vallan käytölle on annettu PL 124 §:n tulkintakäytännössä suppea, ensisijaisesti säännöksen esitöissä mainittua itsenäiseen harkintaan perustuvaa voimankäyttöä ja vastaavanlaisia pakonluonteisia toimivaltuuksia määrittävä sisältö.

Julkinen hallintotehtävä puolestaan on määritelty seuraavasti. Sillä tarkoitetaan ”*verraten laajaa hallinnollisten tehtävien kokonaisuutta, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koskevaan päätöksentekoon liittyviä tehtäviä*” (HE 1/1998 vp, s. 179). Keravuori-Rusasen mukaan kotimaisessa oikeudessa julkisen hallintotehtävän käsitteellä on useimmiten viitattu lainsäädännössä määriteltyyn ja tietyille taholle nimenomaisesti osoitettuun tehtävään, joka on tarkoitettu suoritettavaksi julkisen tai yleisen edun nimissä (Keravuori-Rusanen 2008 s. 139). Julkisen hallintotehtävän käsite on kuitenkin väljä ja mahdollista monenlaisia tulkintoja.

Arvioitavana olevassa HE:ssä sosiaali- ja terveysasiat rinnastetaan pitkälti toisiinsa. Terveystuolto on lähtökohtaisesti katsottu tosiasialliseksi hallintotoiminnaksi eikä julkisen vallan käytöksi, kun taas sosiaalialueissa hallintopäätöksillä on keskeisempi rooli. Tämä ei poista sitä seikkaa, että terveydenhuollossakin tehdään hallintopäätöksiä. Julkisen vallan käytön ongelmallisuus terveydenhuollossa on tullut esiin etenkin ns.

keikkalääkäriasioissa. Keikkalääkärit – ei-virkasuhteiset lääkärit – eivät ole voineet määrätä potilasta tahdosta riippumattomaan hoitoon mielenterveysasioissa (ks. KHO 2012:63). Eduskunnan apulaisoikeusasiamies on kiinnittänyt kysymykseen huomiota. Hän on peräänkuuluttanut tarkempaa määrittelyä siitä, mitkä terveydenhuollon toimenpiteet sisältävät julkisen vallan käyttöä (EOAK 711/2009). Hänen mukaansa lainsäädäntöä tulisi muuttaa, jos keikkalääkärien toimivaltaa halutaan laajentaa. Ongelman tultua esiin mielenterveyslakia onkin muutettu. Uudistuksella M1-lausunto on määritelty uudestaan siten, että se tarkoittaa vain lausuntoa potilaan hoidontarpeesta ilman oikeutta pyytää esim. virka-apua. Keikkalääkäri on kuitenkin virkavastuussa toimistaan. Asia on tullut esiin myös uutta tartuntatautilakia arvioitaessa (PeVL 11/2016 vp).

Arvioitavan olevan HE:n mukaan lakisääteistä julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisvelvollisuutta olisi pidettävä PL 124 §:ssä tarkoitettuna julkisen hallintotehtävän hoitamisenä. Siinä on tarkoitus siirtää sote-palveluiden toteuttamista ja osittain niistä päättämistäkin suuressa määrin muun kuin viranomaisen vastuulle. HE:n sääätämisyjärjestysperusteluiden mukaan *”Valinnanvapauslakiehdotuksessa PL 124 §:n tarkoittama tehtävien siirto tarkoittaa, että yksityiselle siirtyy hoidon tarpeen arvioinnin myötä se toiminto, joka lopulta ratkaisee sen, kuinka ihmiset saavat PL 19 §:n tarkoittamat riittävät palvelut ja tapahtuuko tämä yhdenvertaisin perustein. Tehtävien siirron edellytysten kannalta on tärkeää, että lainsäätäjällä voi riittävällä tavalla varmistua, että ihmiset saavat lainsäädännön mukaisesti sekä väestön että yksilön näkökulmasta tarvitsemansa palvelut yhdenvertaisesti ja lainsäädännön mukaisesti.”* Kyse on vähintäänkin julkisen hallintotehtävän siirtämisestä yksityiselle toimijalle, osittain tämä kattaa myös julkista valtaa sisältäviä tehtäviä.

KHO toteaa HE:n aikaisempaa versiota koskevassa lausunnossaan (Dnro H66/17), että PL 124 §:n edellytysten täyttymisen tulkinta on väistämättä yhteydessä siihen, jääkö asiakas ilman riittäviä palveluita ja vastaako valvontajärjestelmä asiakkaiden oikeussuojatarpeisiin tehokkaasti. Samalla tämä kytkeytyy kysymyksiin asian asianmukaisesta käsittelystä ja oikeusturvan saatavuudesta. Samoin kyse on PL 22 §:ssä määritellystä julkisen vallan velvollisuudesta turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. On siis arvioitava sitä, mitä olisi *law in action*, ei vain siitä, mikä on *law in books*. HE:ssa painotetaan, että sääätämisyjärjestysperusteluja tulisi lukea yhdessä vaikutusarvioinnin kanssa. Kuitenkin vaikutusarviointi perustuu suurelta osin, kuten edellä on mainittu, oletuksiin.

HE:ssa valituissa ratkaisuissa kuvastuu ajattelutapa, jossa asiakkaat (myös kielen tasolla) rinnastuvat kuluttajiin, ja että heidän itsemääräämisoikeutensa nähdään vahvistuvan etenkin lisääntyvän valinnanvapauden tuloksena. Joissain asioissa kuluttajansuojalaki tulisivatkin sovellettavaksi. Kuluttajalähtökohta ei kuitenkaan sovellu kaikkiin sote-asioihin. Ne tehtävät, joissa käytettäisiin merkittävää julkista valtaa, kuten päätettäisiin tahdosta riippumattomasta hoidosta, olisivat maakunnan liikelaitoksen, joka olisi julkinen toimija, vastuulla. Tämän ohella maakunnalla voisi olla myös yhtiöttämisvelvollisuuden alaista toimintaa, joka olisi liikelaitoksesta organisatorisesti erillistä. Lisäksi sosiaalipalvelujen käyttäjä rinnastuu huonosti kuluttajaan tai rationaaliseen markkinatoimijaan – jos näin olisi, hän tuskin olisi alun alkaenkaan sosiaalihuollon asiakas.

Kuten HE:ssa todetaan, käsillä oleva HE on poikkeuksellinen siinä mielessä, että se saattaa edellyttää erityisen laajaa ja kokonaisvaltaista PL 124 §:n tulkintaa. Kyse ei nimittäin ole ainoastaan yksittäisten hoito- ja huoltotoimenpiteiden mahdollisesti sisältämästä julkisen vallan käytöstä, vaan myös koko palveluarkkitehtuurin muuttamisesta sellaiseksi, että yksityiset huolehtisivat (ilmoitusmenettelyyn perustuen) julkisista hallintotehtävistä järjestelmällisesti entistä laajemmin. Tällaiseen tilanteeseen ei aikaisemmasta tulkintakäytännöstä tai esitöistä ei ole saatavissa juurikaan tulkinta-apua. Nähdäkseni kyse on lopulta poliittis-ideologisesta tarkoituksenmukaisuuskysymyksestä. Niinpä yksittäisellä pykälällä argumentoimisen edut ovat rajalliset, vaikka toisaalta *”tarkoituksenmukainen järjestäminen”* onkin mainittu itse perusoikeussäännöksessä ulkoistamisen kriteerinä. Itse kuitenkin pidän tärkeänä virkamieshallintoperiaatteen integriteettiä, enkä ole tässä lausunnossa eritellyistä syistä vakuuttunut, että tarkoituksenmukaisuuskriteeri kaikilta osin täytyisi. HE:n sääätämisyjärjestysperusteluissa todetaan, että: *”Perustuslain perustelujen mukaan valtuutusta ei ole lähtökohtaisesti tarkoitettu käytettäväksi laajojen hallinnollisten tehtäväkokonaisuuksien antamiseen viranomaiskoneiston ulkopuolisille tai niin sanottujen ”kvasiviranomaisten” perustamiseen.”*

On huomattava, että sekä järjestäminen että tuottaminen on katsottu julkisen hallintotehtävän hoitamiseksi (ks. esim. HE 15/2017 vp, s. 666). Ainakin itsenäistä potilaan tai asiakkaan palvelutarpeen arviointia sisältävät tehtävät ja siihen liittyvä toiminta on käsitettävissä julkisena hallintotehtävänä ja mahdollisesti myös julkisen vallan käyttönä. Toisin sanoen sillä, että sote-palveluiden *järjestämisestä* vastaa julkinen taho ei päästä arvioimasta sitä, missä määrin sote-palveluiden *tuottamisessa* käytetään julkista valtaa. Kuten HE:n sääätämisyjärjestysperusteluissa mainitaan, monituottajamallia, joka on jo osittain käytössä, ei ole säädetty perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella. Lisäksi

käsillä oleva uudistus on laajuudessaan eräänlainen ennakkotapaus. Sääntämisperusteluissa todetaan, että *"Näissä palveluissa (suoran valinnan ja asiakassetelipalveluissa) maakunnalla ei olisi nykyjärjestelmän kaltaista "portinvartijuutta" siitä kenelle ja millä edellytyksillä palveluja annetaan, vaan tämän ohjaus ja valvontamekanismit järjestettäisiin nykytilanteeseen verrattuna toisin."* Ilman tällaista portinvartijuutta on vaikea perustella, että maakunnan valvonta ja ohjaus voisi olla kaikilta osin kattavaa ja riittävää. Tämä edelleen olisi yhteydessä PL 22 §:n toimeksiantoon. Miten julkinen valta voi näissä olosuhteissa – ilman portinvartijaroolia – varmistaa perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen?

Julkisen vallan ulottuvuutta on pyritty määrittämään HE:ssa etenkin siten, että ns. suoran valinnan palvelut, joihin ei tarvita maakunnan liikelaitoksen palvelukoordinaatiota tai -osoitusta, määriteltäisiin lain tasolla täsmällisesti ja tarkkarajaisesti. Perustuslakivaliokunnan mukaan (PeVL 24/2001 vp) perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten turvaamisesta voidaan tosiasiallisessa toiminnassa huolehtia sääntelyn yleisen tarkkuuden ja muun asianmukaisuuden sekä asianomaisten henkilöiden sopivuuden ja pätevyyden avulla. Asian luonne kuitenkin mutkistaa tilannetta. HE:ssa tunnustetaan kysymyksenasettelu, joka liittyy oikeudellisen ja lääketieteellisen tiedon eroavaisuuksiin: lainsäädännössä pitää jonkin verran jättää liikkumavaraa lääketieteen kehitykselle siten, ettei lainsäädännöllä liikaa jäykistetä uuden tutkimustiedon ja sen sovellusten huomioonottamista terveydenhuollossa. Toisaalta tästä aiheutuu myös epätoivottavaa epämääräisyyttä sen suhteen, mitä kaikkia palveluja säännös voi kattaa nyt ja tulevaisuudessa. Muita kuin suoran valinnan palveluita taas ei ole määritelty. Ei myöskään ole yksiselitteistä, mitkä palvelut kuuluvat asiakassetelin alaan, etenkin, kun maakunnalla on harkintavaltaa asiassa. HE:ta koskevassa lausuntoyhteenvedossa todetaankin, että säännökset yhtiötettävien palveluiden jakautumisesta eri tahojen vastuulle koetaan pääosin epäselviksi.

Mainitun yleisemmän PL 124 §:ää koskevan problematiikan ohella HE:sta voidaan paikantaa myös kysymyksenasetteluja, joissa julkisen vallan käytön ulottuvuutta ja intensiteettiä joudutaan miettimään yksittäisessäkin asiassa. Tässä onkin arvioitava sitä, missä määrin ns. suoran valinnan palvelut tai asiakassetelillä tai henkilökohtaisella budjetilla toteuttavat palvelut julkisen vallan käyttöä ja onko tämä vallankäytön intensiteetti hyväksyttävää PL 124 §:n ja sen tulkintakäytännön kannalta. Osin kysymykset kytkeytyvät myös oikeusturvaan ja muiden perusoikeuksien toteutumiseen. Alla olen tuonut esiin joitakin tällaisia kysymyksiä.

Asiakasseteli, jonka antaa mahdollisesti yksityinen sote-keskus? Hallituksen esitys on jossain määrin epämääräinen sen suhteen, missä määrin muu kuin julkinen toimija (esim. yksityinen sote-keskus) voi määrittää asiakkaan hoidon tai huollon tarvetta ilman maakunnan liikelaitoksen myötävaikutusta. Ehdotetun 18 §:n yksityiskohtaisten perustelujen mukaan *"pykälän 1 momentin mukaan suoran valinnan palvelun tuottajan olisi annettava tekemänsä palvelutarpeen arvioinnin perusteella asiakkaalle asiakasseteli suoran valinnan palveluihin kuuluvissa yksittäisissä toimenpiteissä ja palveluissa, jotka ovat erotettavissa itsenäisiksi tai erillisiksi osakokonaisuuksiksi. Suoran valinnan palvelun tuottaja voi antaa asiakkaalle asiakassetelin myös muissa suoran valinnan palveluissa."* Toisaalta ehdotetun 23 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa todetaan, että *"Pykälän 1 momentin perusteella maakunnan liikelaitos vastaa asiakassetelillä järjestettävissä palveluissa asiakkaan palvelutarpeen arvioinnista, johon liittyy terveydenhuollossa myös hoitopäätöksen tekeminen sekä sosiaalihuoltoa koskevan hallintopäätöksen teosta."* Ehdotetun 55 §:n yksityiskohtaiset perustelutkaan eivät selvennä kysymystä. Minkä verran itsenäistä harkintavaltaa sote-keskuksella loppujen lopuksi on? Tämän kysymyksen ratkaiseminen on esiedellytys sen arvioimiselle, missä määrin tilannetta voidaan pitää PL 124 §:n mukaan hyväksyttävänä.

Nähdäkseni on ainakin jossain määrin ongelmallista PL 124 §:n valossa se, että mahdollisesti yksityinen sote-keskus päättäisi suoran valinnan palveluiden tuottajana siitä, missä määrin asiakas on oikeutettu asiakassetelillä rahoitettavaan jatkohoitoon. Palvelutarpeen arviointi on keskeisessä yhteydessä siihen, missä määrin ihmiset saavat PL 6 §:n mukaisesti yhdenvertaisesti palveluita. On siis arvioitava sitä, onko asiakassetelistä päättäminen (merkittävää) julkisen vallan käyttöä, jota ei voida antaa muun kuin viranomaisen hoidettavaksi. Kyse on ainakin hallintopäätökseen rinnastettavasta päättämisestä yksilön oikeudesta julkisen terveydenhoidon palveluihin, mahdollisesti jopa siinä määrin, että siinä puututaan yksilön perusoikeuksiin. Lisäksi tällä päättämisellä on kiistatta myös horisontaalivaikutuksia, kun samalla joudutaan päättämään potilaiden hoidon kiireellisyyksistä ja etusijoista. Kysymys tietenkin riippuu yleisemmin siitä, miten laaja perusoikeustulkinta omaksutaan.

Vaikka julkisen vallan käyttöä ei katsottaisi merkittäväksi, on hallintopäätöksen tekemistoimivallasta kuitenkin säädettävä lailla ja oikeusturvasta on huolehdittava. Taas nousee esiin kysymys siitä, missä määrin maakunnalla olisi mahdollisuus tosiasiallisesti valvoa tätä maakuntalain 7 §:ssä säädetyn järjestämisvelvollisuuden perusteella. Avoimeksi jää myös asiakkaan oikeusturvan taso, jos hänelle ei myönnetä asiakasseteliä. Ehdotetussa 80 §:ssä

säädettäisiin mahdollisuudesta saattaa asia maakunnan käsiteltäväksi. On arvioitava sitä, voidaanko tätä pitää tehokkaana oikeusturvakeinona. Oikeusasiamiehen HE:n aikaisempaa versiota koskevan lausunnon mukaan asiakasseteli, joka rinnastuu maksusitoumukseen, ei perustaisi itsenäistä hallintopäätöstä, josta voisi valittaa. Oikeusasiamiehen mukaan hallintoriita voisi tulla kyseeseen. Olisi nähdäkseni paikallaan ottaa tästä kysymyksestä täsmentäviä säännöksiä lakiin.

Tuottamisen sopimuksellisuus? Uusi sote-järjestelmä perustuisi pitkälti maakunnan ja tuottajien sekä tuottajien keskinäisiin sopimuksiin. On vaikea arvioida, missä määrin nämä sopimukset sisältävät disponoimista julkisen vallan käyttöön liittyvistä kysymyksistä. Selvää on, että oikeuksia ei voi ”myydä” yksityiselle (vrt. KHO 2016:89). Ehdotetun 47 §:n mukaan ”Sopimusmenettelyssä ei voida sopia asioista, joista maakunnan on tehtävä 41 §:n mukainen hallintopäätös. Sopia ei voi myöskään asioista, jotka rajoittaisivat asiakkaiden oikeuksia tai jotka muutoinkaan eivät ole sopimusvapauden piirissä.” Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö ei tuo tähän merkittävästi lisävalaistusta. Perustuslakivaliokunta on todennut yksityistä pysäköinninvalvontaa arvioidessaan (PeVL 23/2013 vp, HE 70/2012 vp, ks. myös HaVL 18/2012 vp) että ”Julkinen hallintotehtävä voidaan perustuslain 124 §:n mukaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla. Julkisen hallintotehtävän hoitaminen ei siten kuulu sopimusvapauden piiriin. Muu kuin viranomainen ei voi ryhtyä omasta aloitteestaan hoitamaan tällaista tehtävää sopimuksen perusteella. Hallituksen esityksellä ei siten puututa sopimusvapauteen.” Vaikka edellä esitetty sopimustilanne on jossain määrin erilainen kuin käsillä olevassa HE:ssä, merkittävää on, että jää epäselväksi, missä määrin PL 124 § asettaa rajoituksia sopimusvapauden käyttämiselle palveluiden järjestämisessä ja tuottamisessa. Tätä olisi nähdäkseni syytä täsmentää laissa.

Alihankintaketjut ja julkinen valta? Ei ole selvää, missä määrin yksityiset julkisen hallintotehtävän hoitajat voivat siirtää tuottamisvastuuta edelleen esim. alihankinnan muodossa. Ehdotetun 45 §:n mukaan ”Maakunta hyväksyy samalla, että suoran valinnan palvelun tuottaja tai asiakassetelipalvelun tuottaja hankkii palveluja ilmoittamiltaan palvelun tuottajilta.” Perustuslakivaliokunnan käytännön mukaan PL 124 § alaan kuuluvista laeista tulee yksilöidysti käydä ilmi, mitä tehtäviä virnaomaiskoneiston ulkopuolelle voidaan antaa ja millä edellytyksillä (PeVL 20/2002 vp, PeVL 24/2001 vp). HE:n sääätämisyjärjestysperustelujen mukaan ”Ehdotus sisältää myös mahdollisuuden, jossa suoran valinnan palvelujen tuottaja voi lisäksi toteuttaa vastuunsa valinnanvapauskiehdotuksen 53 §:n mukaisesti alihankinta- tms. menettelyjen kautta ilman, että maakunta on välittömästi varmistunut siitä, että näillä tuottajilla on edellytykset kantaa tehtävän edellyttämä vastuu. Lokiehdotuksen 53 §:n 2 momentin mukaan kuitenkin tuottajan on huolehdittava, että alihankkija täyttää valinnanvapauskiehdotuksen 37—41 §:ssä säädetyt vaatimukset.” Ensinnäkin on epäselvää, miten tämä ”huolehtiminen” käytännössä tapahtuu, ja mitä tuottaja voi tehdä, jos kriteerit eivät täyty. Toiseksi perustuslakivaliokunta on suhtautunut kielteisesti ns. subdelegointiin (esim. PeVL 6/2013 vp). Palveluntuottajalle ei ole perustettu itsenäistä alihankinta-oikeutta. Suopeasti alihankintaan on suhtauduttu lähinnä teknisluonteisissa asioissa, ja sittenkin hallintotehtävien siirto edelleen on edellyttänyt viranomaishyväksyntää (PeVL 8/2014 vp, PeVL 6/2013vp). Tässä on siis arvioitava sitä, ovatko yksityisten tuottajien alihankintajärjestelyt laajuudeltaan perustuslakivaliokunnan käytännön mukaisia, vai tullaanko subdelegoinnilla mahdollisesti siirtäneeksi julkista valtaan eteenpäin perustuslain kannalta ongelmallisella tavalla.

Henkilökohtaisen budjetoinnin palvelut – muistisairaiden ja kehitysvammaisten mahdollisesti tahdosta riippumaton hoito/huolto? Henkilökohtaisen budjetin rahoitusinstrumentti on tarkoitettu tilanteeseen, jossa henkilö tarvitsee laajoja palvelukokonaisuuksia esimerkiksi iäkkyytensä tai vammaisuutensa vuoksi. Tällaiset henkilöt tarvitsevat erityistä apua ja neuvontaa palveluidensa tueksi. Ei nähdäkseni ole yksiselitteistä, missä määrin esimerkiksi yksityiset tuottajat voivat (osasta) tällaista palvelukokonaisuutta huolehtiessaan käyttää julkista valtaa, jos esimerkiksi kehitysvammainen tai muistisairas vastustaa hoitoa tai ei muuten ole – mahdollisesti hetkellisesti – kykenevä mieltämään oman intressinsä sisältöä. Esimerkiksi kehitysvammaisten erityishuoltolaissa on laissa säädetty mahdollisuus myös tahdosta riippumattomiin toimenpiteisiin. Onko yksityisen sote-keskuksen ammattihenkilöllä tällöin mahdollista pyytää virka-apua (vrt. edellä keikkalääkärit)? Perustuslakivaliokunnan mukaan (PeVL 20/2002 vp) muulle kuin viranomaiselle voidaan tavallisella lailla antaa oikeusvoimakeinojen käyttöön vain silloin, kun kysymys oli ollut konkreettisen virkatehtävän yhteydessä esille tulevasta ja siten viranomaisen tilapäisluonteisesta tarpeesta saada ulkopuolista apua (HE 1/1998 vp, s. 178—179). Tällä hetkellä lainsäädäntö esim. muistisairaiden ja väkivaltaisten potilaiden itsemääräämisoikeuden ulottuvuudesta on puutteellista, kun ns. itsemääräämislakiehdotus on rauennut. Olisi otettava huomioon myös parhaillaan lausuntokierroksella oleva laki vammaisuuden perusteella järjestettävistä sosiaalihuollon erityispalveluista. Lailla on tarkoitus korvata valinnanvapauskiehdotuksessa viitattu nykyinen vammaispalvelulaki ja kehitysvammalaki.

Asiakassuunnitelma: onko se valituskelpoinen hallintopäätös? Asiakkaan hoidontarpeen arvioinnissa keskeinen instrumentti on asiakassuunnitelma. Sen muodossa pyritään sovittamaan yhteen suoran valinnan palvelun tuottajan ja maakunnan liikelaitoksen välistä vastuunjakoa asiakkaan asiassa. HE:sta ei kuitenkaan käy yksiselitteisesti ilmi, mikä on suunnitelman oikeudellinen sitovuus. Missä määrin sillä on oikeusvoimaa? Onko sillä sitovasti päätetty asiakkaan oikeuksista ja velvollisuuksista siten, että se muodostaa hallintolainkäyttölaissa tarkoitetun valituskelpoisen hallintopäätöksen? Tässä mielessä asiakassuunnitelma voi ainakin sisältää hallintopäätökseen vertautuvia elementtejä, joissa voi olla erityinen oikeusturvatarve. Ylipäänsä HE on epämääräinen sen suhteen, mitkä päätökset ovat valituskelpoisia hallintopäätöksiä, vaikka tätä onkin täsmennetty ehdotetun 82 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa. Vrt. korkein hallinto-oikeus on pitänyt viranhaltijan tekemää päätöstä tuottajan poistamista palvelusetelin tuottajaluettelosta kunnallisvalituksen alaisena hallintopäätöksenä, toisin kuin hallinto-oikeus, joka piti sitä tosiasiallisena hallintotoimintana (KHO 2016:23).

Sote-keskuksen toimivalta tehdä hallintopäätös sosiaaliasiasta? Kuten KHO:n HE:ta koskevassa lausunnossa todetaan, ei ole ajateltavissa tilannetta, jossa sosiaalihuollossa ei tehtäisi enää valituskelpoisia hallintopäätöksiä. Ehdotetun 32 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa todetaan, että *"Sosiaalihuollossa palvelun antaminen perustuu yksilöpäätökseen, joten suoran valinnan palveluihin kuuluvista sosiaalipalveluista olisi tehtävä päätös sosiaali- ja terveyskeskuksessa."* Samoin siinä todetaan, että *"Sosiaalisten oikeuksien turvaamisen näkökulmasta sosiaalipalveluista päättämistä ei voida rinnastaa terveyspalvelujen tavoin tosiasialliseen hallintotoimintaan, joten pykälän mukaisesti suoran valinnan palveluissa annettavista sosiaalipalveluista on tehtävä valituskelpoinen hallintopäätös. Kirjallinen päätös on tehtävä myönnettäessä palvelu asiakkaalle sekä silloin, kun asiakkaalle ei myönnetä hänen hakemaansa palvelua, jolloin asiakas saa kielteisen päätöksen."* Tämän päätöksen voisi ymmärtääkseni tehdä myös muu kuin virkasuhteinen henkilö. Toisin sanoen sosiaaliasioiden joudutaan tekemään hallintopäätöksiä yksityisessä sote-keskuksessa ehkä silloinkin, kun palveluita integroidaan maakunnan liikelaitoksessa (huolto paikan siirtämisen valituskelpoisuudesta ks. KHO 2005:84). Vaikka tarkoituksena onkin, että tästä hallintopäätöksestä saisi valittaa, ei ole selvää, etteikö alkuperäistä päätöstä tehtäessä käytettäisi julkista valtaa mahdollisesti siinä merkittävyudessa, että sitä ei voitaisi antaa muun kuin viranomaisen hoidettavaksi. Hallintopäätökseen tekemiseen kun liittyy itsenäistä harkinta- ja päätösvaltaa, joka on katsottu merkittäväksi julkisen vallan käytöksi (vrt. PeVL 62/2014 vp).

Missä määrin maakunnan pitää pystyä tuottamaan myös itse kaikki lakisääteiset sote-palvelut, jos markkinoita ei jostain syystä synny? HE:ssa todetaan, että *"Perustuslain valossa on tulkinnanvaraista, missä määrin perustuslaki edellyttää, että kaikissa tapauksissa julkisella vallalla tulee olla omaan tuotantoon täysin rinnastuvat mahdollisuudet toteuttaa perusoikeuksia."* Nähdäkseni on lähde PL 22 §:n ja PL 19.3 §:n mukaan siitä, että julkisen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen sote-asioissa – perusoikeuksien toteutuminen ei voi jäädä riippumaan tuottamisen liiketaloudellisesta houkuttelevuudesta.

Ongelmallisinta lienee tilanteessa, jossa maakunta joutuisi nopeasti reagoimaan yllätykselliseen markkinapuutteeseen tai -häiriöön. Missä laajuudessa tällöin jouduttaisiin tilanteeseen, jossa maakunnan liikelaitos joutuisi vastaamaan kaikesta tuottamisesta alueella (43 §)? Toisaalta ehdotettu lainsäädäntö mahdollistaa myös hankintalain mukaisen kilpailutus- ja ostomenettelyn. Vaikka HE:ssa tätä ei ole käsitelty yhtä mainintaa lukuun ottamatta, EU-oikeuden raamittama ns. SGEI-menettely voi tuottaa odottamattomia oikeudellisia ja käytännöllisiä ongelmia. Ehdotettu 81 §:n (varatuminen markkinapuutetilanteeseen) on sanamuodoltaan varsin yleinen ja sen perustelut ovat niukat. Samoin ehdotettu 43 § vaikuttaa riittämättömältä tilanteessa, joka lienee osassa maata väistämätön. Yleisemminkin on huomattava, että yhtiöittämissä sisältää riskejä tuottamisen keskittymisestä muutamalle isolle toimijalle, jotka saattavat alkaa käytännössä hallita markkinoita. Ei liioin ole selvää, että palveluiden laatu välttämättä kohenis (ks. tästä mm. Hanna Kuusela & Matti Ylönen: Konsulttidemokratia, Gaudeamus 2013).

Lopuksi

Olen edellä tarkastellut joitakin julkisen hallintotehtävän siirtämiseen liittyviä yleisiä ja erityisiä kysymyksiä. Pidän erikoisena, että koko maakunta- ja sote-reformilla on tarkoitus siirtää sote-palveluiden järjestäminen ja tuottaminen kunnilta maakunnille, mutta samalla niiltä oikeastaan kielletään näiden palveluiden tuottaminen. Maakuntien kädet ovat sidotut monissa asioissa, ja samalla sen tulisi julkisen vallan edustajan turvata perusoikeuksien toteutuminen. Liikelaitoksen vastuulle jää toissijainen rooli, joka lähinnä täydentää yksityisesti tuotettavia suoran valinnan palveluita.

Nähdäkseni lakiehdotuksen laajuus ja perustavanlaatuisuus edellyttävät huolellista kokonaisharkintaa, jossa PL 124 §:n asettamat lähtökohdat tulee ottaa tarkasteluun systeemitasolla. Ehdotus tarkoittaisi toteutuessaan huomattavaa vallan ja verorahojen siirtämistä yksityiselle sektorille. En ole vakuuttunut yhtiöittämissä välttämättömyydestä tai

edes tarkoituksenmukaisuudesta. Perustuslakivaliokunnan tähänastinen lausuntokäytäntö ei sinänsä anna selvää vastausta reformin kokonaisarkkitehtuurin hyväksyttävyyteen. Kuten todettua, tässä tarvitaan yksittäisestä pykälästä irtautuvaa arviointia, vaikka PL 124 § luokin hyvän perustan kysymyksenasettelun valtiosääntöoikeudelliselle hahmottamiselle.

Etenkin maakunta- ja järjestämislakien kokonaisuudessa on otettava huomioon kauaskantoiset kansanvaltaisuus-, itsehallinto- ja perusoikeuskysymykset. Vaikka julkisen vallan käyttäminen on toimintaa, jota voidaan tietyin edellytyksin siirtää, julkinen valta on myös subjektikäsitem. Se määrittää tahoja, jota perusoikeussäännökset lähtökohtaisesti velvoittavat. Oma näkemyseni on, että julkisen hallintotehtävän keskeisen alueen siirtäminen muun kuin viranomaisen hoidettavaksi näin laajamittaisesti kuin esitetään, on perustuslain näkökulmasta ongelmallista. Toistan aiemman HE:n säätämisyjärjestysperusteluissa todetun kohdan: *Perustuslain perustelujen mukaan valtuutusta ei ole lähtökohtaisesti tarkoitettu käytettäväksi laajojen hallinnollisten tehtäväkokonaisuuksien antamiseen viranomaiskoneiston ulkopuolisille tai niin sanottujen "kvasiviranomaisten" perustamiseen.* HE:ssä ehdotetaan juuri tätä. Katkelmasta kuvastuu pyrkimys puolustaa virkamieshallintoperiaatetta. Paljon riippuu siitä, miten ilmaisua "lähtökohtaisesti" tulkitaan. Perustuslakivaliokunnalla onkin laaja liikkumavara, ja monenlaiset kannat ovat puolustettavissa.

Helsingissä 23.5.2017

Kunnioitavasti



Ida Koivisto

