

Mikko Hoikka

SANANVAPAAUS
EUROOPAN UNIONIN
OIKEUDESSA

SANANVAPPAUS EUROOPAN UNIONIN OIKEUDESSA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 289

Mikko Hoikka

Sananvapaus Euroopan unionin oikeudessa

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Calonian luentosalissa 1 lauantaina 7.2.2009 kello 12.

WITH AN ENGLISH ABSTRACT

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-498-4

© 2009 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Mikko Hoikka

ISSN 0356-7206

ISBN 978-951-855-285-0

Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2009

Alkusanat

Kiinnostukseni sananvapausteorioihin ja niiden ristiriitaisuuksiin heräsi alun perin kirjoittaessani tekijänoikeudesta. Se, mikä sai myöhemmin ajatukseni suuntautumaan klassisen valtiosääntöoikeuden ja ajankohtaisen viestintäoikeuden jälkeen Euroopan unionin oikeuteen ja erityisesti sen perusoikeusulottuvuuteen, oli sananvapauden soveltamista edelleen monimutkaistava sidonnaisuus sisämarkkinoihin ja niitä määrittäviin perusvapauksiin yksilön subjektiivisina oikeuksina. Näiden eri vastakkainasettelujen systematisoinnista ja avaamisesta keskusteltaviksi tuli se punainen lanka, jota seuraten kaltevat pinot muistiinpanoja ja kaaviopiiirroksia vähitellen muuttuivat nyt käsillä olevaksi kirjaksi.

Kirjoitustyön aloittamisen mahdollisti Suomen Akatemian rahoittama, Tampereen yliopiston tiedotusopin professori Kaarle Nordenstrengin johtama monitieteellinen tutkimusprojekti ”Viestintäoikeuden yhteiskunnalliset ja juridiset perusteet” ja työn loppuun saattamisen Helsingin yliopiston professori Kimmo Nuotion johdolla toimiva oikeustieteen valtakunnallinen tutkijakoulu ”Oikeus muuttuvassa maailmassa”. Asiantuntevista ohjeista ja monipuolisesta avusta saan kiittää työnohjaajani, Turun yliopiston valtiosääntöoikeuden professori Veli-Pekka Viljasen ja professori Nordenstrengin ohella erityisesti Helsingin yliopiston kansainvälisen talousoikeuden instituutin Pia Letto-Vanamoja tiimeineen. Työn integraatio-oikeudellista ja oikeusvertailevaa näkökulmaa koskevasta monipuolisesta kritiikistä kiitän LL. M. -opintojeni aikaan Dresdenin teknillisen yliopiston Jean Monnet -oppituliota johtanutta, nyttemmin Grazin Karl Franzens -yliopistossa työskentelevää professori Franz Merliä. Kiitoksen mielenkiintoni suuntaamisesta Euroopan kansallisten sananvapauskäsitysten eroihin ja niiden yhteensovittamisen problematiikkaan ansaitsee Bordeaux’n Montesquieu-yliopiston emeritusprofessori Jean-Claude Gautron. Professori Olli Mäenpäättä sekä professori Tuomas Ojasta Helsingin yliopistosta kiitän heidän suostumisestaan väitöskirjani esitarkastajiksi ja Ojasta lisäksi hänen lupautumisestaan vastaväittäjäkseni. Kiitokset avusta ja neuvoista kuuluvat myös kirjastohenkilökunnalle Turun yliopiston oikeustieteellisessä kirjastossa, eduskunnan kirjastossa Helsingissä, Saksin valtio- ja yliopistokirjastossa Dresdenissä sekä Ranskan kansalliskirjaston tutkimuskirjastossa Pariisissa. Suuren kiitoksen olen lisäksi velkaa kahvikupin äärellä eri puolilla Eurooppaa arvokkaita ajatuksia vaihtaneille tutkijakollegoilleni.

Dresdenissä lokakuussa 2008

Mikko Hoikka

Sisällys

ALKUSANAT	V
SISÄLLYS	VII
LÄHTEET	XI
JOHDANTO	1
KYSYMYKSENASETTELU, TUTKIMUSMETODI JA TERMINOLOGIA	5
1 SANANVAPAUDEN MÄÄRITELMÄ EUROOPAN UNIONIN OIKEUSJÄRJESTELMÄSSÄ	13
1.1 Määritelmän lähtökohtakonteksti	13
1.1.1 Perusoikeuden käsite Euroopan unionin oikeudessa	13
1.1.2 Sananvapauden tunnustaminen yhteisöjen tuomio- istuimen ratkaisukäytännössä	20
1.1.3 Unionin oikeuden valtiosääntöistymiskehitys	27
1.2 Eurooppalainen sananvapausperinne ja sananvapausideologian antinomia	34
1.2.1 Yleistä	34
1.2.2 Liberalistinen sananvapausideologia	36
1.2.3 Viestinnän moniarvoisuus ja materiaallinen sanan- vapauskäsitelmä	45
1.2.4 Dualistinen sääntelymalli ja dualismiperiaate	55
1.2.5 Viestintäoikeuden kansalliset erot ja niiden perus- oikeusrelevanssi	59
1.3 Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artikla Euroopan unionin oikeuslähteenä	65
1.3.1 Yleistä	65
1.3.2 Ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkinnan ongelmakenttiä	68
1.3.3 Euroopan unionin ja ihmisoikeussopimuksen järjestelmien yhteistoiminta	81
1.3.4 Näkökulmaero unionin oikeuden ja ihmisoikeus- sopimuksen välillä	89
1.4 Unionin perusoikeuskirjan 11 artikla	93
1.4.1 Yleistä	93

1.4.2	Sananvapaus ja tiedonvälityksen vapaus	96
1.4.3	Sananvapauden rajaaminen suhteessa muihin perusoikeuksiin	100
1.4.4	Perusoikeuskirja uudistetun sananvapausmääritelmän pohjana	106
2	SANANVAPAUDEN SUHDE SISÄMARKKINOIDEN PERUSVAPAUKSIIN	115
2.1	Perusvapaudet ja perusoikeudet	115
2.1.1	Sisämarkkinoiden perusvapaudet unionin oikeuden ytimenä	115
2.1.2	Sisämarkkinatavoitteiden määräämä sananvapauskäsitys	119
2.1.3	Punninta perusvapauksien ja perusoikeuksien välillä	122
2.2	Sananvapaus ja perusvapaudet toisiaan täydentävinä oikeuksina	125
2.2.1	Yleistä	125
2.2.2	Sananvapauden kunnioittaminen perusvapausrajoitusten lisäedellytyksenä	127
2.2.3	Viestintätuotteiden ja -palvelujen kaupan edistäminen sekundaarilainsäädännössä	138
2.2.4	Kaupallisen viestinnän ja mainosviestinnän vapauttaminen	148
2.3	Sananvapauden ja perusvapauksien välinen kollisio	160
2.3.1	Yleistä	160
2.3.2	Sananvapaus perusvapauksien rajoitusperusteena	162
2.3.3	Perusvapaudet sananvapausrajoituksina	169
2.3.4	Kansalliset säännöt viestinnän moniarvoisuuden turvaamiseksi	174
2.3.5	Audiovisuaalisen viestinnän sisältösäätely	185
2.3.6	Mainontaa ja sponsorointia rajoittavien säännösten harmonisointi	200
2.3.7	Immateriaalioikeuksien ja tietosuojan harmonisointi	224
2.3.8	Vahingonkorvaus- ja rikosvastuu sananvapauden väärinkäytöstä	236
2.3.9	Suosituksot kansallisen säätelyn ja itsesäätelyn tehostamiseksi	243
3	EUROOPAN UNIONIN AKTIIVINEN TURVAAMISVELVOLLISUUS VIESTINNÄN PERUSOIKEUSASETELMASSA	251
3.1	Perusoikeuksien turvaamisvelvollisuus ja toimivallan siirto jäsenvaltioilta Euroopan unionille	251
3.1.1	Perusoikeuksien aktiivinen turvaamisvelvollisuus	251

3.1.2	Toimivallan siirron vaikutukset jäsenvaltion velvollisuuksien kannalta	254
3.1.3	Toimivallan siirron vaikutukset Euroopan unionin perusoikeusvelvollisuuksiin	256
3.2	Viestinnän moniarvoisuuden turvaamisvelvollisuus	259
3.2.1	Yleistä	259
3.2.2	Unionin kilpailuoikeus viestintäsektorilla	261
3.2.3	Säännöstö Euroopan viestintä- ja kulttuurituotannon tukemiseksi	268
3.2.4	Kulttuuripoikkeuksen periaate kansainvälisen kaupan vapauttamisessa	272
3.3	Viestinnän perusoikeuskollisio ja sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien turvaamisvelvollisuus	275
3.3.1	Yleistä	275
3.3.2	Perusoikeuskollisiot Euroopan unionin oikeus- järjestelmässä	278
3.3.3	Sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien turvaamis- velvollisuus	280
3.3.4	Tapauskohtaisuuden ja toimivaltajaon ongelma	286
	JOHTOPÄÄTÖKSET	291
	ABSTRACT	297
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	301
	ASIAHAKEMISTO	305

Lähteet

- Albath, Lars – Giesler, Martina*: Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie – eine Kodifizierung der Rechtsprechung? Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 38.
- Alexy, Robert*: Theorie der Grundrechte. Suhrkamp, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994.
- von Arnim, Dorothee*: Der Standort der EU-Grundrechtecharta in der Grundrechtsarchitektur Europas. Peter Lang, Frankfurt am Main 2006.
- Arnul, Anthony – Chalmers, Damian*: The Nebulous Authority of Fundamental Rights in EU Law. European Law Review 2007, p. 155.
- Baker, C. Edwin*: Human Liberty and Freedom of Speech. Oxford University Press, New York 1992.
- Bardong, Andreas*: Zeitungen und Zeitschriften im Binnenmarkt. Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zur Angleichung der zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche bei Ehrverletzungen durch Zeitungen und Zeitschriften. Nomos, Baden-Baden 2001.
- Barendt, Eric*: Freedom of Speech. Clarendon Press, Oxford – New York 1985.
- Barendt, Eric*: The First Amendment and the Media. Ian Loveland (ed.): Importing the First Amendment. Freedom of Expression in American, English and European Law. Hart Publishing, Oxford 1998, p. 29.
- Barendt, Eric*: Freedom of Speech, Oxford University Press, 2nd ed., Oxford – New York 2005 (*Barendt 2005a*).
- Barendt, Eric*: Copyright and Free Speech Theory. Jonathan Griffiths – Uma Suthersanen (eds.): Copyright and Free Speech. Comparative and International Analyses. Oxford University Press, Oxford – New York 2005, p. 11 (*Barendt 2005b*).
- Bernsdorff, Norbert – Borowsky, Martin*: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle. Nomos, Baden-Baden 2002.
- Best, Janice*: La subversion silencieuse: censure, autocensure et lutte pour la liberté d'expression. Éditions Balzac, Montréal 2001.
- Bielefeldt, Heiner*: Politische Öffentlichkeit unter dem Anspruch des Republikanismus. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 125.
- Bielefeldt, Heiner*: Zum Ethos der menschenrechtlichen Demokratie. Eine Einführung am Beispiel des Grundgesetzes. Königshausen & Neumann, Würzburg 1991.
- Bigot, Christophe*: Regards sur l'interdiction préventive de publier. Légicom – Revue trimestrielle du droit de la communication 1999, p. 35.
- Bigot, Christophe*: Image et dignité: état des lieux. Légicom – Revue trimestrielle du droit de la communication 2005, p. 5.
- Bille, Jacques*: Le droit communautaire. Pierre Greffe – François Greffe (dir.): La publicité et la loi. Litec, 10^e éd., Paris 2004, p. 547.
- Biondi, Andrea*: Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights. European Human Rights Law Review 2004, p. 51.
- Birnhack, Michael D.*: Copyrighting Speech: A Trans-Atlantic View. Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Kluwer Law International, The Hague – London – New York 2004, p. 37.
- Bissardon, Sébastien*: Droit et justice en 1400 citations et adages. Litec, Paris 2003.

- Blumenwitz, Dieter*: Freedom of Expression and Information. Georg Brunner (ed.): Before Reforms. Human Rights in the Warsaw Pact States 1971–1988. St. Martin's Press, New York 1990, p. 67.
- Bock, Yves*: Rechtsangleichung und Regulierung im Binnenmarkt – Zum Umfang der allgemeinen Binnenmarktkompetenz. Nomos, Baden-Baden 2005.
- Bossis, Gaëlle*: Les conditions juridiques de la création d'une politique européenne du cinéma. Revue du marché commun et de l'Union Européenne 2004, p. 312.
- Breuer, Martin*: Offene Fragen im Verhältnis von EGMR und EuGH: Der Fall Amesa Sugar. Europäische Grundrechte Zeitschrift 2005, S. 229.
- Britz, Gabrielle*: Die Freiheit der Kunst in der europäischen Kulturpolitik. Europarecht 2004, S. 1.
- Brosius-Gersdorf, Frauke*: Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte. Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und ihre Fortentwicklung. Duncker & Humblot, Berlin 2005.
- Brugger, Winfried*: Meinungsfreiheit im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 219.
- Brugger, Winfried*: Der Kampf der Meinungen. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 143.
- Bullinger, Martin*: Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit. Über den Einfluss von Digitalisierung und Internet. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2007, S. 337.
- Busch, Andrej Victor Mykola Wasyl*: Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für den Grundrechtsschutz in der Europäischen Union. Grundrechtskontrolle des EGMR über das Recht der EU. Nomos, Baden-Baden 2003.
- Bär, Oliver*: Freiheit und Pluralität der Medien nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Herbert Utz, München 2005.
- Bühler, Margit*: Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta. Duncker & Humblot, Berlin 2005.
- Canavan, Francis*: Freedom of Expression. Purpose as Limit. Carolina Academic Press, Durham 1984.
- Carter, D. M.*: Citizen Attribute, Negative Right: A Conceptual Difference Between Ancient and Modern Ideas of Freedom of Speech. Ineke Sluiter – Ralph M. Rosen (eds.): Free Speech in Classical Antiquity. Brill, Leiden – Boston 2004, p. 197.
- Carty, Hazel*: Advertising, Publicity Rights and English Law. Intellectual Property Quarterly 2004, p. 209.
- Cassese, Antonio – Clapham, Andrew – Weiler, Joseph*: What Are Our Rights? Agenda for a Human Rights Action Plan. Antonio Cassese – Andrew Clapham – Joseph Weiler (eds.): Human Rights and the European Community: Methods of Protection. Nomos, Baden-Baden 1991, p. 1.
- Chalaby, Jean K.*: New Media, New Freedoms, New Threats. Gazette 2000, p. 19.
- Clapham, Andrew*: Human Rights Obligations of Non-State Actors. Oxford University Press, Oxford – New York 2006.
- Cohen Jehoram, Herman*: Urheberrecht und Freiheit der Meinungsäußerung, Rechtsmissbrauch und Standardschikane. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil 2004, S. 97.
- Cohen-Jonathan, Gérard*: Article 10. Louis-Edmond Pettiti – Emmanuel Decaux – Pierre-Henri Imbert (dir.): La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article. Economica, Paris 1995, p. 365.

- Cohen-Jonathan, Gérard*: Aspects européens des droits fondamentaux. Montchrestien, 3^e éd., Paris 2002.
- Colclough, David*: Freedom of Speech in Early Stuart England. Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- Cottier, Thomas – Khorana, Sangeeta*: Linkages between Freedom of Expression and Unfair Competition Rules in International Trade: The Hertel Case and Beyond. Thomas Cottier – Joost Pauwelyn – Elisabeth Bürgi (eds.): Human Rights and International Trade. Oxford University Press, Oxford – New York 2005, p. 245.
- Coussirat-Coustère, Vincent*: Article 10 § 2. Louis-Edmond Pettiti – Emmanuel Decaux – Pierre-Henri Imbert (dir.): La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article. Economica, Paris 1995, p. 409.
- Craufurd Smith, Rachael*: Rethinking European Union Competence in the Field of Media Ownership: The Internal Market, Fundamental Rights and European Citizenship. European Law Review 2004, p. 652.
- van Cuilenberg, Jan*: On Monitoring Media Diversity, Media Profusion and Media Performance: Some Regulator's Notes. The European Journal of Communication Research 2005, p. 293.
- von Danwitz, Thomas*: Zur Regulierung von "Product placement" bei der Novellierung der EU-Fernsehrichtlinie. AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2005, S. 417.
- Degenhart, Christoph*: Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus nationaler und internationaler Sicht: Der Rundfunkauftrag als Grundlage und Grenze. AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2005, S. 496.
- Delmas-Marty, Mireille*: Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme. Quadrige & Presses Universitaires de France, Paris 2004.
- Derieux, Emmanuel*: Droit européen et international des médias. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 2003.
- Derieux, Emmanuel*: Droit de la communication sans frontières. Légicom – Revue trimestrielle du droit de la communication 2004, p. 9.
- Dicke, Klaus*: "The Marketplace of Ideas" und der menschenrechtliche Gehalt der Meinungsfreiheit. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 65.
- Dietrich, Erick – Griguer, Stéphanie*: Il est interdit d'interdire. Censure et répression. Jacques-Marie Laffont, Paris 2005.
- Diez, Thomas – Wiener, Antje*: Introducing the Mosaic of Integration Theory. Antje Wiener – Thomas Diez (eds.): European Integration Theory. Oxford University Press, Oxford 2004, p. 1.
- Dole, Georges*: La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail. I: Droit européen et droit français. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1997.
- Dröge, Cordula*: Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Springer, Berlin – Heidelberg – New York 2003.
- Duverger, Emmanuelle – Ménard, Robert*: La censure des bien-pensants. Albin Michel, Paris 2003.
- Edelman, Bernard*: Le droit saisie par la photographie. Flammarion, 2^e éd., Paris 2001.
- Edelman, Bernard*: Du mauvais usage des droits de l'homme. Bernard Edelman – Nathalie Heinrich: L'art en conflicts. L'œuvre de l'esprit entre droit et sociologie. Éditions La Découverte, Paris 2002, p. 162.
- Eggen, Kyrre*: Norges internasjonale forpliktelser på yttringsfrihetens område. Særskilt vedlegg nr 1 til NOU 1999:27, Oslo 1999, s. 167.
- Eisner, Carolin*: Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Gefahr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa? Nomos, Baden-Baden 2005.
- Engel, Christoph*: Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention. Nomos, Baden-Baden 1993.

- Enkvist-Gauffin, Joachim*: Totalt reklamstopp i postluckan – lagstadgad rättighet eller skär utopi? (MD 120/06). Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2007, s. 69.
- Faßbender, Kurt*: Der grundrechtliche Schutz der Werbefreiheit in Deutschland und Europa. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil 2006, S. 965.
- Fenichel, Jörg*: Negative Informationsfreiheit. Zugleich ein Beitrag zur negativen Grundrechtsfreiheit. Duncker & Humblot, Berlin 1997.
- Fiedler, Christoph*: Schleichende Aushöhlung der Presse- und Meinungsfreiheit durch die Europäische Union? AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2006, S. 320.
- Fischer, Heinz-Dietrich – Molenveld, Rosvita – Petzke, Ingo – Wolter, Hans-Wolfgang*: Innere Pressefreiheit in Europa. Nomos, Baden-Baden 1975.
- Freixes Sanjuan, Teresa*: L'influence du droit communautaire sur la liberté d'information en Espagne. Louis Dubouis (dir.): Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les états membres. Economica, Paris 1995, p. 99.
- Freshwater, Helen*: Towards a Definition of Censorship. Beate Müller (ed.): Censorship – Cultural Regulation in the Modern Age. Rodopi, Amsterdam – New York 2004, p. 225.
- Frey, Dieter*: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG. Nomos, Baden-Baden 1999.
- Frey, Dieter – Rudolph, Matthias*: Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag im Lichte des Gemeinschaftsrechts. Europarechtliche Vorgaben für die Novellierung des JMStV im Bereich der Telemedien. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2008, S. 564.
- Frindte, Wolfgang*: Einführung in die Kommunikationspsychologie. Beltz, Weinheim – Basel 2001.
- Fromond, Eero*: Median moniarvoisuuden sääntelystä Euroopan unionissa. Lakimies 2007, s. 706.
- Frowein, Jochen Abr.*: Artikel 10 (Meinungsfreiheit). Jochen Abr. Frowein – Wolfgang Peukert: Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar. N. P. Engel, 2. Aufl., Kehl am Rhein 1996, S. 383.
- Garabiol-Furet, Marie-Dominique*: Plaidoyer pour le principe du pays d'origine. Revue du marché commun et de l'Union Européenne 2006, p. 82.
- Garnham, Nicholas*: L'impact des nouvelles technologies de la communication sur la diversité de l'information en Amérique du nord et en Europe occidentale. Colin Sparks (dir.): Les nouvelles technologies de la communication: Un défi pour la liberté de la presse. Unesco: Études et documents d'information n:o 106, Paris 1994, p. 35.
- Geier, Heike*: Filmförderung und Europarecht. Der neue Filmförderfonds und die geplante Verschärfung der europäischen Beihilfenkontrolle. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2007, S. 178.
- Geiger, Christophe*: Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé. Litec, Paris 2004 (Geiger 2004a).
- Geiger, Christophe*: Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil 2004, S. 816 (Geiger 2004b).
- Gerhards, Jürgen – Schäfer, Mike S.*: Demokratische Internet-Öffentlichkeit? Ein Vergleich der öffentlichen Kommunikation im Internet und in den Printmedien am Beispiel der Humangenomforschung. Publizistik 2007, S. 210.
- Godwin, Mike*: Cyber Rights. Defending Free Speech in the Digital Age. MIT Press, 2nd ed., Cambridge – London 2003.
- Gomien, Donna*: Pluralism and Minority Access to Media. Allan Rosas – Jan Helgesen (eds.): The Strength of Diversity. Human Rights and Pluralist Democracy. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London 1992, p. 49.

- Gounalakis, Georgios – Zagouras, Georgios*: Plädoyer für ein europäisches Medienkonzentrationsrecht. *Zeitschrift für Urheber und Medienrecht* 2006, S. 716.
- de Gouttes, Régis*: À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme. *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*. Bruylant, Bruxelles 1998, p. 251.
- Graber, Christoph B.*: The Hertel Case and the Distinction between Commercial and Non-Commercial Speech. Thomas Cottier – Joost Pauwelyn – Elisabeth Bürgi (eds.): *Human Rights and International Trade*. Oxford University Press, Oxford – New York 2005, p. 273.
- Graig, Paul – de Búrca, Gráinne*: *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 4th ed., Oxford – New York 2008.
- Greer, Steven*: "Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas–Alexy Debate. *Cambridge Law Journal* 2004, p. 412.
- Grimm, Dieter*: Soziale Voraussetzungen und verfassungsrechtliche Gewährleistungen der Meinungsfreiheit. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): *Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA*. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 145.
- Große Wentrup, Anna*: Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten. Duncker & Humblot, Berlin 2003.
- Grote, Rainer – Wenzel, Nicola*: Kapitel 18: Die Meinungsfreiheit. Rainer Grote – Thilo Marauhn (Hrsg.): *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*. Mohr Siebek, Tübingen 2006, S. 895.
- Haarscher, Guy*: Paradoxes de la liberté d'expression. Guy Haarscher – Boris Libois (dir.): *Les médias entre droit et pouvoir. Redéfinir la liberté de la presse*. Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1995, p. 103.
- Habermas, Jürgen*: Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Nachdruck der Ausgabe von 1990. Suhrkamp, Frankfurt am Main 2006.
- Hagen, Manfred*: Unsichere Repression gegen breite Entfaltung: Zur Entwicklung der Meinungsfreiheit in Rußland und im russisch beherrschten Ostmitteleuropa 1855 bis 1917. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): *Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA*. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 189.
- Hain, Karl-E.*: Sicherung des publizistischen Pluralismus auf europäischer Ebene? *AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 2007, S. 527.
- Haller, Benedikt*: Die auf Meinung gegründete Republik – zur Rehabilitierung der Meinung in der politischen Philosophie der amerikanischen Revolution. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): *Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA*. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 85.
- Haratsch, Andreas*: Die Entmündigung des Verbrauchers durch gemeinschaftsrechtliche Werbeverbote? Anmerkungen zum Vorschlag für eine "Health Claims"-Verordnung der EG. *Zeitschrift für europarechtliche Studien* 2004, S. 559.
- Harris, David J. – O'Boyle, Michael – Warbrick, Colin*: *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths, London – Dublin – Edinburgh 1995.
- Hatje, Armin*: *Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit*. Nomos, Baden-Baden 1993.
- Hatje, Armin*: Werbung und Grundrechtsschutz in rechtsvergleichender Betrachtung. Jürgen Schwarze (Hrsg.): *Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*. Nomos, Baden-Baden 1999, S. 37.
- Hatzenberger, Antoine*: *La liberté*. Flammarion, Paris 1999.
- Hawkins, Gordon – Zimring, Franklin E.*: *Pornography in a Free Society*. Cambridge University Press, Cambridge 1988.

- Hecht, Mark Erik – Neufeld, Rodney*: The Internet and International Children's Rights. Steven Hick – Edward F. Halpin – Eric Hoskins (eds.): Human Rights and the Internet. Macmillan Press, Houndmills – London 2000, p. 153.
- Helander, Petri*: Perusoikeuskirjan yleiset määräykset ja perusoikeuksien konstitutionaalinen konteksti. Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet EU:ssa. Kauppakaari, Helsinki 2001, s. 89.
- Held, Klaus*: Die Zweideutigkeit der Doxa und die Verwirklichung des modernen Rechtsstaats. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 9.
- Hendriks Vettehen, Paul*: "Open Diversity" Statistics: An Illusion of "Scientific Thoroughness"? The European Journal of Communication Research 2005, p. 308.
- Hersch, Jeanne*: Le droit d'être un homme. Unesco, Tournai 1969.
- Herzog, Chaim*: Introductory Remarks: Public Interest and Free Speech. Shimon Shetreet (ed.): Free Speech and National Security. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London 1991, p. 3.
- Hesse, Albrecht*: Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus europäischer und nationaler Sicht. AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2005, S. 499.
- Hinske, Norbert*: Pluralismus und Publikationsfreiheit im Denken Kants. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 31.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 27.
- Hoffmeister, Frank*: Art. 10 EMRK in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 1994–1999. Vom Jersild-Interview zum Lindberg-Bericht. Europäische Grundrechte Zeitschrift 2000, S. 358.
- Hoikka, Mikko*: Oikeus omaan kuvaan. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisusarja B:78, Turku 2004.
- Hoikka, Mikko*: Harkitseva eurooppalainen informaatiokuluttaja? Euroopan integraatio ja mainosviestinnän ilmaisuvapaus. Lakimies 2006, s. 390.
- Hoikka, Mikko*: Viestinnän moniarvoisuus eurooppalaisena oikeusperiaatteena. Miten vapaa sana? Viestintäoikeuden vuosikirja 2006, KATTI, Helsinki 2007, s. 135.
- Husa, Jaakko*: Perusoikeusvalvonta EU:n alueella – riitasointuinen triangeli? Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet EU:ssa. Talentum, Helsinki 2001, s. 43.
- Hölscher, Lucian*: Die Wahrheit der öffentlichen Meinung. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 51.
- Hörrmann, Claudia*: Zulässiges Product Placement oder verbotene Schleichwerbung im Fernsehen? Zur Liberalisierung des Schleichwerbverbots der Fernsehrichtlinie. Zeitschrift für europarechtliche Studien 2005, S. 585.
- Ibing, Stefan*: Die Einschränkung der europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht. Anwendbarkeit der Einschränkungsvoraussetzungen der EMRK und der Europäischen Grundrechte-Charta auf Gemeinschaftsrechtsakte. Nomos, Baden-Baden 2006.
- Ilganski, Paul*: Legislating against Hate: Outlawing Racism and Antisemitism in Britain. Critical Social Policy 1999, p. 129.
- Illman, Mika*: Förnekande av förintelsen och andra folkmord. Nordisk tidsskrift för kriminalvetenskap 2006, s. 1.
- Ingelhart, Louis Edward*: Press and Speech Freedoms in the World, from Antiquity until 1998. A Chronology. Greenwood Press, Westport – London 1998.

- Isak, Hubert*: Information, Medien und Demokratie. Die Rechtslage nach europäischem Gemeinschaftsrecht. Rainer Hofmann – Joseph Marko – Franz Merli – Ewald Wiederin (Hrsg.): Information, Medien und Demokratie. Ein europäischer Rechtsvergleich. Verlag Österreich, Wien 1997, S. 81.
- Jacque, Jean-Paul*: Liberté d'information. Antonio Cassese – Andrew Clapham – Joseph Weiler (eds.): Human Rights and the European Community: The Substantive Law. Nomos, Baden-Baden 1991, S. 309.
- Janis, Mark W. – Kay, Richard S. – Bradley, Anthony W.*: European Human Rights Law. Oxford University Press, 2nd ed., Oxford – New York 2000.
- Jarass, Hans D.*: EU-Grundrechte. C. H. Beck, München 2005.
- Jyräki, Juulia*: Pahennus, julkinen tila ja siveellinen tapa – epäsiiveellisten julkaisujen sääntely- ja käsitehistoriaa Suomessa. Oikeus 2007, s. 75.
- Jääskinen, Niilo*: Euroopan unioni. Oikeudelliset perusteet. Talentum, Helsinki 2007.
- Kempinen, Jukka*: Digitaaliongelman Kirjoitus oikeudesta ja ympäristöstä. Acta universitatis Lappeenrantaensis, Lappeenranta 2006.
- Kleist, Thomas – Lamprecht-Weißborn, Nicola – Scheuer, Alexander*: Markt ohne Marketing? Werbeverbote reloaded. Friedrich Ebert Stiftung, Berlin 2008.
- Kleist, Thomas*: Fernsehrichtlinie: Konvergenz und Wettbewerb bei audiovisuellen Angeboten. Multimedia und Recht 2006, S. 61.
- Kleist, Thomas – Scheuer, Alexander*: Kultur und Quoten. Förderung der Kultur im Rundfunk in der EG, Deutschland und anderen EU-Mitgliedstaaten. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2006, s. 108 (*Kleist – Scheuer* 2006a).
- Kleist, Thomas – Scheuer, Alexander*: Audiovisuelle Mediendienste ohne Grenzen. Multimedia und Recht 2006, S. 127. (*Kleist – Scheuer* 2006b).
- Koillinen, Mikael – Lavapuro, Juha*: Tekijänoikeudet tietoyhteiskunnassa perusoikeusnäkökulmasta. Heikki Kulla ym.: Viestintäoikeus. WSOY, Helsinki 2002, s. 335.
- Konrad, Walter – Weber, Frauke*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.02.2008, Rs. C-244/06 – Vorrang nationaler Kennzeichnungspflicht von Bildträgern zum Schutz von Minderjährigen, Multimedia und Recht 2008, S. 301.
- Kortteinen, Juhani*: Sananvapaus ihmisoikeutena. Kaarle Nordenstreng (toim.): Sananvapaus. WSOY, Helsinki 1996, s. 32.
- Kraus, Dieter*: Grundrechtsschutz in der Europäischen Union. Rainer Grote – Thilo Marauhn (Hrsg.): EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. Mohr Siebek, Tübingen 2006, S. 97.
- Krausnick, Daniel*: Verfassungsrechtliche Ewigkeitsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk? Eine Erwiderung auf Josef Franz Lindner AfP 2005 S. 429 ff. AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2006, S. 125.
- Kroeber-Riel, Werner – Esch, Franz-Rudolf*: Strategie und Technik der Werbung. Verhaltenswissenschaftliche Ansätze. W. Kohlhammer, 6. Aufl., Stuttgart 2004.
- Kulla, Heikki*: Virkamiesten sananvapaus. Heidi Kaila – Elina Pirjatanniemi – Markku Suksi (toim.): Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa. Individens rättsställning inom Europeiska unionen. Juhlakirja Allan Rosas – Festschrift Allan Rosas. Åbo Akademi, Turku 2008, s. 125.
- Kunczik, Michael – Zipfel, Astrid*: Publizistik. Ein Studienhandbuch. Böhlau, 2. Aufl., Köln – Weimar – Wien 2005.
- Kuronen, Timo*: Tietoverkot ja sananvapaus. Kaarle Nordenstreng (toim.): Sananvapaus. WSOY, Helsinki 1996, s. 243.
- Kübler, Johanna*: Die Säulen der Europäischen Union: Einheitliche Grundrechte? Zur Grundrechtsdivergenz zwischen der ersten und dritten Säule am Beispiel des Datenschutzes. Nomos, Baden-Baden 2002.

- Kühling, Jürgen*: Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht. Duncker & Humblot, Berlin 1999.
- Kühling, Jürgen*: Medienfreiheit. F. Sebastian M. Heselhaus – Carsten Nowak (Hrsg.): Handbuch der europäischen Grundrechte. C. H. Beck, München 2006, S. 691.
- Lambert, Pierre*: Les opinions séparées de M. le Juge Pettiti. Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti. Bruylant, Bruxelles 1998, p. 25.
- Larralde, Jean-Manuel*: La liberté d'expression du fonctionnaire européen. En marge des deux arrêts Connolly c. la commission des Communautés Européennes du 6 Mars 2001. Revue trimestrielle des droits de l'homme 2002, p. 385.
- Laupies, Frédéric*: La liberté. Que sais-je? Presses Universitaires de France, Paris 2004.
- Lebeck, Carl*: Ytrandefrihetsskyddets horisontella effekt under EKMR – några synpunkter på principiella implikationer hos senare praxis. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2006, s. 209.
- Leitgeb, Stephan*: Die Revision der Fernsehrichtlinie – Überblick über die wesentlichen geplanten Änderungen unter besonderer Berücksichtigung der Liberalisierung des Verbotes von Produktplatzierungen. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2006, S. 837.
- Le Mire, Pierre*: Article 11. Gérard Conac – Marc Debene – Gérard Teboul (dir.): La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Economica, Paris 1993, p. 225.
- Lemmens, Koen*: The Protection of Privacy between a Rights-based and a Freedom-based Approach: What the Swiss Example Can Teach Us. Maastricht Journal of European and Comparative Law 2003, p. 381.
- Lepage, Agathe*: Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet. Litec, Paris 2002.
- Leprette, Jacques – Pigeat, Henri – Ostrovsky, Martine – Huteau, Jean*: Liberté de la presse. Le paradoxe français. Presses Universitaires de France, Paris 2003.
- Lester, Anthony*: Freedom of Expression. R. St. J. Macdonald – F. Matscher – H. Petzold (eds.): The European System for the Protection of Human Rights. Martinus Nijhoff, Dordrecht – Boston – London 1993, p. 465.
- Libertus, Michael*: Die Revision des EU-Regulierungsrahmens für elektronische Kommunikation. Media Perspektiven 2008, S. 226.
- Libois, Boris*: Vers une approche "communautaire" de la liberté de la presse. Guy Haarscher – Boris Libois (dir.): Les médias entre droit et pouvoir. Redéfinir la liberté de la presse. Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1995, p. 35.
- Lindfelt, Mats*: Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting. Åbo Akademis Förlag, Turku 2007.
- Lindner, Josef Franz*: Verfassungsrechtliche Ewigkeitsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk? AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2005, S. 429.
- Lorz, Ralph Alexander*: Kommunikationsfreiheit und nationale Rundfunkordnungen – Rechtsvergleichende Aspekte der Medienfreiheit. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 185.
- Lämsineva, Pekka*: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2002.
- Lämsineva, Pekka*: Konstitutionalismi, perusoikeudet ja yksityinen valta. Lakimies 2006, s. 1177.
- Machill, Marcel – Beiler, Markus*: Wer beeinflusst die Auswahl der TV-Programme? Strukturanalyse von Kabelbelegung und Programm navigatoren. Medien Digital: 03. Friedrich Ebert Stiftung, Berlin 2008.

- Macmillan, Fiona*: Commodification and Cultural Ownership. Jonathan Griffiths – Uma Sutherland (eds.): Copyright and Free Speech. Comparative and International Analyses. Oxford University Press, Oxford – New York 2005, p. 35.
- Mallol, Francis – Bouderbali, Kaira*: Liberté d’expression et obligation de réserve. Sorman, Paris 1999.
- Manninen, Sami*: Hallitusmuodon 10 §:n ja painovapauslain erityisluonteesta. Lakimies 1990, s. 406.
- Manninen, Sami*: Sananvapaudesta ja mainonnasta. Lakimies 1995, s. 571.
- Manninen, Sami*: Sananvapaus ja julkisuus (PL 12§). Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.): Perusoikeudet. WSOY, Helsinki 1999, s. 387.
- Marauhn, Thilo*: Kommunikationsgrundrechte. Dirk Ehlers (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten. De Gruyter, Berlin 2003, S. 73.
- Marcangelo-Leos, Philie*: Pluralisme et audiovisuel. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 2004.
- Markesinis, Basil – O’Cinneide, Colm – Fedtke, Jörg – Hunter-Henin, Myriam*: Concerns and Ideas about Developing English Law of Privacy (and How Knowledge of Foreign Law Might Be of Help). The American Journal of Comparative Law 2004, p. 133.
- Mäntylä, Jorma*: Totuus markkinoilla. Liberalistinen lehdistöteoria ja John Stuart Mill. Tampereen yliopiston tiedotusopin laitos, Tampere 2007.
- McLeod, Kembrew*: Freedom of Expression. Overzealous Copyright Bozos and Other Enemies of Creativity. Doubleday, New York – London 2005.
- McPherson, Campbell*: Poor Policy and Dubious Law: Pornography, Satellite Television and the British State. Media, Culture & Society 1999, p. 687.
- Meiklejohn, Alexander*: The First Amendment is an Absolute. Supreme Court Review 1961, p. 245. reprinted in Kent Middleton (ed.): Freedom of Expression. Collection of Best Writings. William S. Hein & Co., Buffalo – New York 1981, p. 65.
- Merrill, John C. – Gade, Peter J. – Blevens, Frederick R.*: Twilight of Press Freedom. The Rise of People’s Journalism. Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah – London 2001.
- Meyer-Heine, Anne*: L’influence du droit communautaire sur la liberté d’information en France. Louis Dubouis (dir.): Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les états membres. Economica, Paris 1995, p. 113.
- Meyer-Heine, Anne*: Le droit européen des émissions de télévision. Economica, Paris 1996.
- Michalis, Maria*: European Union Broadcasting and Telecoms. Towards a Convergent Regulatory Regime? European Journal of Communication 1999, p. 147.
- Mill, John Stuart*: Of Liberty. Longman, London 2006.
- Milton, John*: Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing. Lawbook Exchange, New Jersey 2006.
- Montesquieu*: De l’esprit des lois. Librairie Garnier Frères, Chartres 1941.
- Morris, Gillian S.*: Political Activities of Public Servants and Freedom of Expression. Ian Loveland (ed.): Importing the First Amendment. Freedom of Expression in American, English and European Law. Hart Publishing, Oxford 1998, p. 99.
- Mowbray, Alastair*: The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights. Hart Publishing, Oxford – Portland 2004.
- Mowbray, Alastair*: Cases and Materials on the European Convention on Human Rights. Oxford University Press, 2nd ed., Oxford – New York 2007.
- Mulhern, J. J.*: Parrhesia in Aristotle. Ineke Sluiter – Ralph M. Rosen (eds.): Free Speech in Classical Antiquity. Brill, Leiden – Boston 2004, p. 313.

- Mylly, Tuomas*: Intellectual Property and Fundamental Rights: Do They Interoperate? Niklas Bruun (ed.): Intellectual Property beyond Rights. WSOY, Helsinki 2005, p. 185.
- Mäsch, Gerald*: Europäisches Lauterkeitsrecht – von Gesetzen und Würsten. *Europarecht* 2005, S. 625.
- Neukamm, Katrin*: Bildnisschutz in Europa. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Verfassungsüberlieferungen der EU-Mitgliedstaaten und der EMRK für die Auslegung der Unionsgrundrechte. Duncker & Humblot, Berlin 2007.
- Neuvonen, Riku*: Sananvapaus, joukkoviestintä ja sääntely. Talentum, Helsinki 2005.
- Niedobitek, Matthias*: Kultur und Europäische Gemeinschaft. Duncker & Humblot, Berlin 1992.
- Nieminen, Liisa*: Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus – valtiosääntöistytvä Eurooppa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Niiranen, Valteri – Sotamaa, Petteri*: Sananvapauslain käsikirja. WSOY, Helsinki 2003.
- Nordenstreng, Kaarle*: Katsomosta areenalle. Kansalaisen paluu sananvapauden haltijaksi. Kaarle Nordenstreng (toim.): Sananvapaus. WSOY, Helsinki 1996, s. 272.
- Nordenstreng, Kaarle*: Myths about Press Freedom. *Brazilian Journalism Research* 2007, p. 15.
- Nyysönen, Timo*: Visuaalinen viestintä sananvapauskäsitysten haasteena. Miten vapaa sana? Viestintäoikeuden vuosikirja 2006, KATTI, Helsinki 2007, s. 69.
- Oesch, Rainer*: Tekijänoikeudet ja perusoikeusnäkökulma. *Lakimies* 2005, s. 351.
- Oeter, Stefan*: Rundfunk als Wirtschaftsgut? Die audiovisuelle Industrie im Visier des Welthandelsrechts. *AFP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 2005, S. 6.
- Oetheimer, Mario*: L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni. A. Pedone, Paris 2001.
- Ohly, Ansgar*: Harmonisierung des Persönlichkeitsrechts durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte? – Rechtsvergleichende Anmerkungen zum Urteil in der Sache von Hannover/ Deutschland. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil* 2004, S. 902.
- Ojanen, Tuomas*: Ihmisoikeuslottuvuuden kehittyminen Euroopan yhteisön oikeuteen. Martin Scheinin – Taina Dahlgren (toim.): Euroopan unioni ja ihmisoikeudet. Åbo akademien ihmisoikeusinstituutti, Turku 1994, s. 9.
- Ojanen, Tuomas*: The European Way. The Structure of National Court Obligation under EC Law. Omakustanne, Saarijärvi 1998.
- Ojanen, Tuomas*: Onko EU:n perusoikeuskirjan oikeudellistaminen askel taaksepäin? *Lakimies* 2003, s. 672 (*Ojanen* 2003a).
- Ojanen, Tuomas*: Euroopan unioni ja kotimainen perusoikeusjärjestelmä. *Lakimies* 2003, s. 1149 (*Ojanen* 2003b).
- Ojanen, Tuomas*: Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio asiassa C-112/00 Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge vastaan Itävallan tasavalta – Luxemburgin tuomarit tavaroiden vapaan liikkuvuuden ja perusoikeuksien välistä suhdetta pohtimassa. *Lakimies* 2004, s. 126.
- Ojanen, Tuomas*: EU-oikeuden perusteita. Edita, Helsinki 2006.
- Ojanen, Tuomas*: Perus- ja ihmisoikeudet terrorismin vastatoimissa Euroopan unionissa. *Lakimies* 2007, s. 1053.
- Ojanen, Tuomas*: Ratio ja voluntas EU-oikeudessa. Samuli Hurri (toim.): Demokraattisen oikeuden ehdot. Kritiikki, politiikka, kulttuuri. Kaarlo Tuorin 60-vuotisjuhlakirja. Tutkijaliitto, Helsinki 2008, s. 220 (*Ojanen* 2008a).
- Ojanen, Tuomas*: Kohti perusoikeusherkeempää tavaroiden vapaata liikkuvuutta. Heidi Kaila – Elina Pirjatanniemi – Markku Suksi (toim.): Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa. Individens rättsställning inom Europeiska unionen. Juhlakirja Allan Rosas – Festskrift Allan Rosas. Åbo Akademi, Turku 2008, s. 163 (*Ojanen* 2008b).

- Ollila, Riitta*: Sananvapaus ja tiedonvälityksen vapaus (11 artikla). Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet EU:ssa. Talentum, Helsinki 2001, s. 327.
- Ollila, Riitta*: Sananvapaus. Tietosanoma, Pieksämäki 2004.
- Ollila, Riitta*: Digitelevisiolähetykset ja sananvapaus. Edilex asiantuntijakirjoitukset, sähköinen julkaisu. Edita, Helsinki 2007.
- O'Malley, Tom – Soley, Clive*: Regulating the Press. Pluto Press, London – Sterling 2000.
- Ovey, Claire – White, Robin*: Jacobs and White, The European Convention on Human Rights. Oxford University Press, 4th ed., Oxford – New York 2006.
- Palm, Jukka*: Tupakkatuotteiden tuotepohjainnonnan sääntelyn kehitys Suomessa sekä sen suhde tavaramerkkioikeuteen ja sanan- ja ilmaisunvapauteen. Lakimies 1996, s. 49.
- Palm, Wolfgang*: Öffentliche Kunstförderung zwischen Kunstfreiheitsgarantie und Kulturstaat. Duncker & Humblot, Berlin 1998.
- Paraschos, Emmanuel E.*: Media Law and Regulation in the European Union. National, Transnational and U. S. Perspectives. Iowa State University Press, Ames 1998.
- Paukku, Eero*: Sananvapaus ja yleisradion julkisen palvelun velvoite. Kenestä saa kertoa? Viestintäoikeuden vuosikirja 2004, KATTI, Helsinki 2005, s. 29 (*Paukku* 2005a).
- Paukku, Eero*: Televisiotoiminnan sääntelyn haasteet – EY:n tuomioistuimen tapaus Mediakabel, C-89/04. Defensor Legis 2005, s. 961 (*Paukku* 2005b).
- Paukku, Eero*: Sananvapaus ja joukkoviestinnän sääntely EU:n oikeudessa. Kuka valvoo vapautta? Viestintäoikeuden vuosikirja 2005, KATTI, Helsinki 2006, s. 47.
- Pech, Laurent*: La liberté d'expression et sa limitation. Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes. Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Clermont-Ferrand 2003.
- Peignot, Gabriel*: Essai historique sur la liberté d'écrire chez les anciens et au moyen age sur la liberté de la presse depuis le quinzième siècle. Facsimile de l'édition de 1832. Slatkine, Genève 1970.
- Pekkanen, Raimo*: Sananvapaudesta uskontoa ja rasismia koskevissa asioissa. Lakimies 1997, s. 646.
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. Kauppakaari, 2. painos, Helsinki 1996.
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum, 4. painos, Helsinki 2005 (*Pellonpää* 2005a).
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja Euroopan unioni. Lakimies 2005, s. 1229 (*Pellonpää* 2005b).
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö EU-oikeuden lähteenä. Heidi Kaila – Elina Pirjatanniemi – Markku Suksi (toim.): Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa. Individens rättsställning inom Europeiska unionen. Juhlakirja Allan Rosas – Festschrift Allan Rosas. Åbo Akademi, Turku 2008, s. 21.
- Perau, Guido*: Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht. Gemeinschaftsrechtliche Grenzen nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Werbebeschränkungen. Eine Untersuchung der Werberegulungen in der Fernsehrichtlinie sowie in den Vorschlägen der Kommission über die vergleichende Werbung und die Tabakwerbung. Nomos, Baden-Baden 1997.
- Perrot, David – Willis, Sarah*: L'influence du droit communautaire sur la liberté d'information au Royaume-Uni. Louis Dubouis (dir.): Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les états membres. Economica, Paris 1995, p. 139.
- Persson, Gunnar*: Ekonomiskt förtal. Om svensk tryckfrihet i det nya Europa. Stiftelsen Institutet för Mediestudier, Borgå 2005.
- Pesonen, Tapani*: ”Toisekseen on tutkittava...” Kuluttajansuojadirektiivin ja ihmisoikeusjuridiikan niveltymisestä sekä EYTI:n perusoikeuskompetenssin rakentumisesta sisämarkkinaoikeuteen asiassa C-71/02 Karner. Defensor Legis 2007, s. 786.

- Petäjä, Ulf*: Varför yttrandefrihet? Om rättfärdigandet av yttrandefrihet med utgångspunkt från fem centrala argument i den demokratiska idétraditionen. Växjö University Press, Göteborg 2006.
- Pinto, Robert*: La liberté d'information et d'opinion en droit international. *Economica*, Paris 1984.
- Pirjatanniemi, Elina*: Mietteitä lapsipornografian hallussapidosta. *Oikeus* 1998, s. 39.
- Platon*: Teokset: Neljäs osa: Valtio. Suomennos Marja Itkonen-Kaila. Otava, Helsinki 1999.
- Pleitgen, Fritz*: Von Uruguay über Paris nach Hongkong? Die audiovisuelle Industrie im Spannungsfeld zwischen Welthandel und kultureller Vielfalt. *AFP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 2005, S. 1.
- Pohjolainen, Teuvo*: Sananvapaus joukkotiedotuksessa. Tammi, Helsinki 1975.
- Pohjolainen, Teuvo*: Sananvapaus ja joukkoviestinnän oikeudellinen sääntely. Kaarle Nordenstreng – Osmo A. Wiio (toim.): *Joukkoviestintä Suomessa*. Weilin+Göös, Helsinki 1994, s. 214.
- Poiars Maduro, Miguel*: Europe and the Constitution: What if This is as Good as it Gets? J. H. H. Weiler – Marlene Wind (eds.): *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge University Press, Cambridge 2003, p. 74.
- Poiars Maduro, Miguel*: Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungspluralismus. *Europarecht* 2007, S. 3.
- Poppe, Eberhard*: Menschenrechte – eine Klassenfrage. Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1971.
- Posner, Richard A.*: The Right of Privacy. *Georgia Law Review* 1978, p. 393.
- Prosser, Tony*: Regulation in the New Media Landscape. Mikä osa yleisöllä? *Viestintäoikeuden vuosikirja* 2007, KATTI, Helsinki 2008, s. 103.
- Püttner, Günter*: L'influence du droit communautaire sur la liberté d'information en Allemagne. Louis Dubouis (dir.): *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les états membres*. *Economica*, Paris 1995, p. 93.
- Quasdorf, Peter*: Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union. Peter Lang, Frankfurt am Main 2001.
- Raaflaub, Kurt A.*: Aristocracy and Freedom of Speech in the Greco-Roman World. Ineke Sluiter – Ralph M. Rosen (eds.): *Free Speech in Classical Antiquity*. Brill, Leiden – Boston 2004, p. 41.
- van Raalte, Marlein*: Socratic Parrhesia and its Afterlife in Platos Laws. Ineke Sluiter – Ralph M. Rosen (eds.): *Free Speech in Classical Antiquity*. Brill, Leiden – Boston 2004, p. 279.
- Rabiller, Stéphanie*: Les restrictions administratives à la liberté de la presse face aux exigences constitutionnelles et européennes. *Economica*, Paris 2002.
- Raitio, Juha*: Teleologia eurooppaoikeudessa. *Oikeus* 2005, s. 276.
- Raitio, Juha*: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Talentum, Helsinki 2006.
- Rauber, Markus*: Das Tabakwerbverbotsurteil des EuGH. *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2007, S. 151.
- Rautiainen, Pauli*: Taiteen vapaus perusoikeutena. Taiteen keskustoimikunta: tutkimusyksikön julkaisuja n:o 33, Helsinki 2007.
- Reading, Viviane*: Audiovisual Media Services without Frontiers. The Right Instrument to Provide Legal Certainty for Europe's Media Businesses in the Next Decade. Institut für Europäisches Medienrecht (EMR): Der Rechtsrahmen für die neue Medienlandschaft. Eine Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste. *Regulating the New Media Landscape. A Directive for Audiovisual Media Services without Frontiers*. Nomos, Baden-Baden 2008, p. 75.
- Rehbinder, Maria Elisabeth*: Tekijänoikeus ja perusoikeusnäkökulma. *Lakimies* 2003, s. 683.
- Rengeling, Hans-Werner – Szczekalla, Peter*: Grundrechte in der Europäischen Union. Carl Heymann, Berlin 2004.
- Renucci, Jean-François*: Droit européen des droits de l'homme. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3^e éd., Paris 2002.

- Richards, Jef I.*: Deceptive Advertising. Behavioral Study of a Legal Concept. Lawrence Erlbaum Associates, Hillsdale – Hove – London 1990.
- Riedel, Eibe H.*: Die Meinungsfreiheit als Menschenrecht und ihre Verbürgung durch die Europäische Menschenrechtskonvention. Ansätze zu einer internationalen Menschenrechtsordnung. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 275.
- Riedel, Eibe*: Recht auf kulturelle Identität – ein normativer Rahmen für eine ”neue Weltinformationsordnung”? Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 239.
- van Rijn, Arjen* (revised by): Chapter 14. Freedom of Expression (Article 10). Pieter van Dijk – Fried van Hoof – Arjen van Rijn – Leo Zwaak: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Intersentia, 4th ed., Antwerpen – Oxford 2006, p. 773.
- Roider, Claudia*: Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung. Eine Untersuchung der gemeinschaftsrechtlichen Direktiven unter besonderer Berücksichtigung des Pluralismusegebots. Duncker & Humblot, Berlin 2001.
- Rosas, Allan*: EU:n jäsenvaltioiden perus- ja ihmisoikeusvelvoitteet. Lakimies 1999, s. 908.
- Rosendahl, Riikka*: Perusoikeudet yksityisten välisissä oikeussuhteissa. Kenestä saa kertoa? Vies-tintäoikeuden vuosikirja 2004. KATTI, Helsinki 2005, s. 3.
- Rosenthal, Michael*: Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft für den rechtlichen Rahmen der Informationsgesellschaft. Duncker & Humblot, Berlin 1998.
- Rossen, Helge*: Medienfreiheit und Kommunikationstheorie. Zur Funktion massenmedialer Vermittlung. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 113.
- Rossi, Leena-Maija*: Mainonta sukupuolituotantona. Anna Mäkelä – Liina Puustinen – Iris Ruoho (toim.): Sukupuolishow. Johdatus feministiseen mediatutkimukseen. Gaudeamus, Helsinki 2006, s. 61.
- Roßnagel, Alexander – Scheuer, Alexander*: Das europäische Medienrecht. Multimedia und Recht 2005, S. 271.
- Ruotsalainen, Jani*: Mitä saa sanoa? Sananvapauden oikeudelliset rajat yksityistä ihmistä käsittelevissä joukkoviestimissä. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta, Rovaniemi 2006.
- Rupp, Hans Heinrich*: Bedeutungsgehalte und Auswirkungen der Kommunikationsfreiheit im Grundgesetz. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 83.
- Rühl, Ulli F. H.*: Tatsachen – Interpretationen – Wertungen. Grundfragen einer anwendungsorientierten Grundrechtsdogmatik der Meinungsfreiheit. Nomos, Baden-Baden 1998.
- Saada-Gendron, Julie*: La tolérance. Flammarion, Paris 1999.
- Salminen, Janne*: Perusoikeuskirja – nyt. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 27.6.2006 (suuri jaosto) asiassa C-540/03, Euroopan parlamentti vastaan Euroopan unionin neuvosto. Lakimies 2007, s. 285 (*Salminen* 2007a).
- Salminen, Janne*: Euroopan unionin kolmannen pilarin oikeussuoja koetuksella. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomiot 27.2.2007 (suuri jaosto) asiassa C-354/04 P, Gestoras Pro Amnistía ym. vastaan Euroopan unionin neuvosto ja asiassa C-355/04 P, Segi, Araitz Zubimendi Izaga ja Aritza Galarraga vastaan Euroopan unionin neuvosto. Lakimies 2007 s. 1133 (*Salminen* 2007b).
- Saraviita, Ilkka*: Suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Talentum, Helsinki 2005.
- Sari, Aurel*: The Danish Cartoons Row: Re-Drawing the Limits of the Right to Freedom of Expression? Jan Klabbers (ed.): Finnish Yearbook of International Law. Volume XVI, 2005. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, p. 365.

- Saßmann, Kirsten*: Das Binnenmarktrecht der vergleichenden Werbung. Nomos, Baden-Baden 2002.
- Savia, Elena*: Kuka päättää tupakan ja alkoholin mainonnan rajoituksista? – Toimivallan jakautuminen EU:n ja jäsenvaltioiden välillä kansanterveyden suojelemisessa. Defensor Legis 2001, s. 566.
- Saxonhouse, Arlene W.*: Free Speech and Democracy in Ancient Athens. Cambridge University Press, Cambridge – New York 2006.
- Schaller, Werner*: Die EU-Mitgliedstaaten als Verpflichtungsadressaten der Gemeinschaftsgrundrechte. Nomos, Baden-Baden 2003.
- Scheinin, Martin*: Euroopan unionin perusoikeusvirasto. Heidi Kaila – Elina Pirjatanniemi – Markku Suksi (toim.): Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa. Individens rättsställning inom Europeiska unionen. Juhlakirja Allan Rosas – Festskrift Allan Rosas. Åbo Akademi, Turku 2008, s. 177.
- Scheyli, Martin*: Die Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Informationsgehalten als Bemessungsgrundlage der "Margin of appreciation" im Rahmen von Art. 10 EMRK. Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 5.11.2002 im Fall Demuth vs. Schweiz. Europäische Grundrechte Zeitschrift 2003, S. 455.
- Schild, Wolfgang*: Das "doppelsinnige" Freiheitsrecht auf Meinung. Vorbemerkungen zur Begründung von Menschenrechten. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 169.
- Schildknecht, Urs*: Grundrechtsschranken in der Europäischen Gemeinschaft. Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Peter Lang, Frankfurt am Main 2000.
- Schindler, Dierk*: Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre. Duncker & Humblot, Berlin 2001.
- Schmidt, Markus G. – Vojtovic, Raphaële L.*: Holocaust Denial and Freedom of Expression. Theodore S. Orin – Allan Rosas – Martin Scheinin (eds.): The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach. Åbo Akademi University, Turku 2000, p. 133.
- Schmitt, Carl*: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934.
- Schmittmann, Georg J.*: Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta. Carl Heymann, Köln 2007.
- Schmittmann, Michael – Künzel, Melanie*: Die Dienstleistungsrichtlinie und Rom II: Aktuelle Entwicklung und ihre Auswirkungen auf den Kommunikationssektor. AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2006, S. 128.
- Schmitz, Volker*: Das Recht der Gegendarstellung und das Right of Reply. Eine rechtsvergleichende Studie über die Entgegnungskonzeptionen in Deutschland und England. Pro Universitate, Sinzheim 1997.
- Schmitz, Volker*: Die kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt im Lichte der neueren Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit. Nomos, Baden-Baden 2000.
- Scholz, Peter*: Der Prozeß gegen Sokrates. Ein "Sündenfall" der athenischen Demokratie? Leonhard Burckhardt – Jürgen von Ungern-Sternberg (Hrsg.): Große Prozesse im antiken Athen. C. H. Beck, München 2000, S. 144.
- Schricker, Gerhard*: Einführung in das Recht der Werbung. Internationales und EWG-Recht. Edition ZAW, Bonn 1990.
- Schultz, Alexander*: Das Verhältnis von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten des EGV. Duncker & Humblot, Berlin 2005.

- Schuppert, Gunnar Folke*: Bilderverbot? Einige verfassungsrechtliche Überlegungen zu den Grenzen visueller Kommunikation. Günther Frankenberg – Peter Nielsen (Hrsg.): Bilderverbot. Recht, Ethik und Ästhetik der öffentlichen Darstellung. LIT, Münster 2004, S. 70.
- Schwartz, Bernard*: Constitutional Issues: Freedom of the Press. Facts on File, New York 1992.
- Schwemmer, Oswald*: Die symbolische Existenz des Menschen und die rechtliche Bedeutung der Kommunikationsmedien. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 99.
- Senn, Mischa Charles*: Satire und Persönlichkeitsschutz. Zur rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen auf der Grundlage der Literatur- und Rezeptionsforschung. Stämpfli, Bern 1998.
- Siemann, Wolfram*: Kampf um Meinungsfreiheit im deutschen Konstitutionalismus. Eine Skizze. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 173.
- Siemann, Wolfram*: Grund- und menschenrechtliche Gehalte der Kommunikationsfreiheit in historischer Perspektive. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 11.
- Simma, Bruno – Weiler, J. H. H. – Zöckler, Markus C.*: Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkungen der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts. Duncker & Humblot, Berlin 1999.
- Snell, Jukka*: De Agostini and the Regulation of Television Broadcasting. *European Business Law Review* 1997, p. 222.
- Soley, Lawrence*: Censorship Inc. The Corporate Threat to Free Speech in the United States. Monthly Review Press, New York 2002.
- Sporn, Stefan*: Das Grundrecht der Meinungs- und Informationsfreiheit in einer Europäischen Grundrechtscharta. *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2000, S. 537.
- Stadelmaier, Martin*: Europas Richtlinien in guter Verfassung? *Publizistik* 2007, S. 6.
- Stalder, Christoph*: "Preferred Freedoms". Das Verhältnis der Meinungsäußerungsfreiheit zu den anderen Grundrechten. Stämpfli & Cie, Bern 1977.
- Stender-Vorwachs, Jutta – Theißen, Nathalia*: Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste. "Fernsehrichtlinie reloaded?" *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2007, S. 613.
- Stock, Martin*: Allgemeine Kommunikationsfreiheit durch Medienfreiheit. Grund- und menschenrechtliche Gehalte des Medienrechts und ihre funktionale "Ergänzung und Verstärkung". Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 59.
- Stock, Martin*: Medienfreiheit in der EU-Grundrechtscharta: Art. 10 EMRK ergänzen und modernisieren! Peter Lang, Frankfurt am Main 2000.
- Stock, Martin*: EU-Medienfreiheit – ein Grundrecht im Werden. Zum Gang der Dinge im Grundrechtskonvent (2000) und im Verfassungskonvent (2002/03). Lutz M. Hagen (Hrsg.): Europäische Union und mediale Öffentlichkeit. Theoretische Perspektiven und empirische Befunde zur Rolle der Medien im europäischen Einigungsprozess. Herbert von Halem, Köln 2004, S. 77.
- Stourzh, Gerald*: Die Entwicklung der Rede- und Meinungsfreiheit im englischen und amerikanischen Rechtsraum. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 121.
- Streinz, Rudolf*: Medialer Grundrechtsschutz und internationaler Menschenrechtsschutz zur Gewährleistung der Kommunikationsfreiheit. Johannes Schwartländer – Eibe Riedel (Hrsg.): Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1990, S. 211.

- Stulz-Herrnstadt, Michael*: Nationale Rundfunkfinanzierung und europäische Beihilfenaufsicht im Lichte des Amsterdamer Rundfunkprotokolls. Duncker & Humblot, Berlin 2004.
- Sudre, Frédéric*: Droit européen et international des droits de l'homme. Presses Universitaires de France, 6^e éd., Paris 2003.
- Suhr, Oliver*: Europäische Presse-Selbstkontrolle. Nomos, Baden-Baden 1998.
- Suksi, Markku*: Säädyllisiä ajatuksia epäsiiveellisyydestä (pornografisen materiaalin oikeudellisesta sääntelystä). Oikeus 1991, s. 221.
- Szczekalla, Peter*: Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer "gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion". Duncker & Humblot 2002.
- Söderhjelm, Alma*: Le régime de la presse pendant la révolution française. Imprimerie Hufvudstadsbladet, Helsingfors 1900.
- Teysnier, Jean-Pierre*: Frapper sans heurter. Quelle éthique pour la publicité? Armand Colin, Paris 2004.
- Tiilikainen, Teija*: Klassiset integraatioteoriat. Teija Tiilikainen – Teemu Palosaari (toim.): Integraation teoria. Gaudeamus, Helsinki 2007, s. 35.
- Tiilikka, Päivi*: Sananvapaus ja yksilön suoja. Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. WSOY, Helsinki 2007.
- Torremans, Paul L. C.*: Copyright as a Human Right. Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Kluwer Law International, The Hague – London – New York 2004, p. 1.
- Twomey, Patrick M.*: Freedom of Expression for Commercial Actors. Nanette A. Neuwahl – Allan Rosas (eds.): The European Union and Human Rights. Kluwer Law International, The Hague 1995, p. 265.
- Ullmann, Eike*: Einige Bemerkungen zur Meinungsfreiheit in der Wirtschaftswerbung. Werner Hill – Friedhelm Hufen – Gerda Müller – Eike Ullmann (Hrsg.): Meinungsfreiheit. C. F. Müller, Heidelberg 1998, S. 59.
- Uoti, Kari*: Profeetan karikatyyrit sananvapauden rajalla. Oikeus 2006, s. 110.
- Uwer, Dirk*: Medienkonzentration und Pluralismussicherung im Lichte des europäischen Menschenrechts der Pressefreiheit. Nomos & Berlin Verlag, Berlin 1998.
- Verdussen, Marc*: Les droits de l'homme et la création artistique. Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert. Bruylant, Bruxelles 2000, p. 1001.
- Vlachopoulos, Spyridon*: Kunstfreiheit und Jugendschutz. Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Viljanen, Jukka*: The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitations Clauses of the European Convention on Human Rights. Acta Universitatis Tamperensis, Tampere 2003.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeudet ja rikoslainsäädäntö. Pekka Lämsineva – Veli-Pekka Viljanen (toim.): Perusoikeuspuheenvuoroja. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 1998, s. 277.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien soveltamisala. Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.): Perusoikeudet. WSOY, Helsinki 1999, s. 111.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Onko sananvapaus poliittinen perusoikeus? Heikki Kulla ym: Viestintäoikeus. WSOY, Helsinki 2002, s. 85.
- Vuortama, Timo – Kerosuo, Lauri*: Viestinnän lait ja säännöt. Mäkelä, Karkkila 2004.
- Wachsmann, Patrick*: Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression. Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert. Bruylant, Bruxelles 2000, p. 1017.

- Wallace, Robert W.:* The Power to Speak – and Not to Listen – in Ancient Athens. Ineke Sluiter – Ralph M. Rosen (eds.): *Free Speech in Classical Antiquity*. Brill, Leiden – Boston 2004, p. 221.
- Weiler, J. H. H.:* In Defence of the Status Quo: Europe’s Constitutional Sonderweg. J. H. H. Weiler – Marlene Wind (eds.): *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge University Press, Cambridge 2003, p. 7.
- Weiß, Holger Tobias:* Gemeinschaftsrecht als Determinante staatlicher Informationstätigkeit. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2008, S. 74.
- Wéry, Étienne:* Sexe en ligne: Aspects juridiques et protection des mineurs. De Boeck & Larcier, Bruxelles 2004.
- Westen, Klaus:* Die real existierende Meinungsfreiheit im real existierenden Sozialismus. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): *Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA*. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 247.
- Westphalen Fürstenberg, Eduard:* Das Problem der Grundrechte im Verfassungsleben Europas. Julius Springer, Wien 1935.
- Wheeler, Mark:* Supranational Regulation. Television and the European Union. *European Journal of Communication* 2004, p. 349.
- Wilhelmsson, Thomas:* Harmonisering av skadeståndsrätten och behovet av en europeisk moralisk diskurs. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2007, s. 359.
- Wilke, Jürgen:* Einleitung. Jürgen Wilke (Hrsg.): *Pressefreiheit*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1984, S. 1.
- Willoweit, Dietmar:* Meinungsfreiheit im Prozess der alteuropäischen Staatswerdung. Johannes Schwartländer – Dietmar Willoweit (Hrsg.): *Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA*. N. P. Engel, Kehl am Rhein – Straßburg 1986, S. 105.
- Willoweit, Dietmar:* Deutsche Verfassungsgeschichte vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands. C. H. Beck, 4. Aufl., München 2001.
- Winkler, Roland:* Die Grundrechte der Europäischen Union. Springer, Wien – New York 2006.
- Winner, Teresa:* Die europäische Grundrechtscharta und ihre soziale Dimension. Peter Lang, Frankfurt am Main 2005.
- Winseck, Dwayne:* Illusions of Perfect Information and Fantasies of Control in the Information Society. *New Media – Society* 2002, p. 93.
- Woods, Lorna – Scheuer, Alexander:* Advertising Frequency and the Television Without Borders Directive. *European Law Review* 2004, p. 366.
- van der Wurff, Richard:* Media Markets and Media Diversity. *The European Journal of Communication Research* 2005, p. 293.
- Wyatt, Derrick:* Freedom of Expression in the EU Legal Order and in the EU Relations with Third Countries. Jack Beatson – Yvonne Cripps (eds.): *Freedom of Expression and Freedom of Information*. Essays in Honour of Sir David Williams. Oxford University Press, Oxford – New York 2000, p. 205.
- Zagouras, Georgios:* Der ”Reading-Wallström-Plan” zum Schutz der Meinungsvielfalt in Europa. *AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 2007, S. 1.
- Zollinger, Alexandre:* Epuisement communautaire du droit de distribution – le droit d’auteur, un droit de propriété pour la CJCE. *Semaine Juridique* 2008, p. 23.

Johdanto

*En koskaan lue ranskalaisia sanomalehtiä.
Ne painavat vain mitä minä haluan.*
Charles Louis Napoléon Bonaparte,
Ranskan keisari Napoleon III 1852–1870¹

Tätä kirjoitettaessa unionin oikeutta koskevan uudistussovituksen eli niin kut-
suttun Lissabonin sopimuksen voimaantulo näyttää epävarmalta. Kuten jo tätä
edeltäneellä ratifiointikiirroksella kaatuneessa perustuslakisopimuksessakin,
yksi Lissabonissa sovitusta uudistuksista on nostaa perusoikeuksien asemaa
unionin oikeudessa tekemällä unionin perusoikeuskirjasta osa sitovaa primääri-
oikeutta ja liittämällä unioni jäseneksi Euroopan ihmisoikeussopimukseen.
Doktriini itsenäisestä, unionin oikeuden sisäisestä perusoikeussuojasta on toi-
saalta vahvistunut yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä jo ilman muo-
dollisesti sitovaa perusoikeuskatalogiakin. Tuomioistuimen nykyistä tapaa käsi-
tellä perusoikeuksia on toisaalta usein kritisoitu ankarasti sen yleisestä epäjoh-
donmukaisuudesta ja ratkaisujen ilmentämästä tulkinnallisesta epätasapainosta
perusoikeuksien ja sisämarkkinoiden perusvapauksien välillä. Näitä epäkohtia
perusoikeuskirjan mahdollisen oikeudellistamisen on ainakin varovaisesti enna-
koitu parantavan.

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan perusoikeuskirjan 11 artiklassa ilmaistua
unioniperusoikeutta, jonka suomenkielinen otsikko on sananvapaus ja tiedonvä-
lityksen vapaus. Kysymyksessä on kiistatta yksi demokraattisen oikeusvaltion
yttimeen kuuluvista, perustavanlaatuisista oikeuksista, mutta samalla myös huo-
mattavan vaikeasti täsmennettävissä oleva oikeus, jonka suojasisältö on vahvasti
sidottu aikaan ja paikkaan, viestintämuotojen kehitykseen ja jäsenvaltioiden kan-
sallisiin oikeuskulttuureihin. Unionin oikeuden kehittyessä ja laajentuessa yhä
useammin myös viestinnän sääntelyyn ja kansallisten viestintää koskevien sään-
nösten harmonisointiin on myös siinä tunnustetusta sananvapauskäsityksestä
vähitellen tullut yhä tärkeämpi osa yksilön oikeussuojaa unionin jäsenvaltioissa.
Ilmeinen ristiriitapotentiali unionin perusoikeussuojan, ihmisoikeussopimuk-
sen tulkinnan ja kansallisten perusoikeusjärjestelmien välillä asettaa kuitenkin
monia ongelmallisia yhteensopivuusvaatimuksia unionin oikeudessa tulkittaval-
le ja sovellettavalle sananvapaussuojalle, eikä unionin oikeuden sananvapaus-

¹ Lainaus teoksessa Bissardon 2003, s. 111, suomennos kirjoittajan.

doktriinin hyväksymistä jäsenvaltioitasolla voida ainakaan kaikissa tilanteissa pitää etukäteen selvänä.

Euroopan oikeuskulttuurinen perimä on täynnä tunnettuja maksimeja ja vertauksia sananvapauden välttämättömästä merkityksestä yksilön ja yhteiskunnan tiedolliselle ja moraalille kehitykselle. Johdannon alussa oleva lainaus on varmasti varsin epätavallinen valinta näistä, mutta juuri se kuvastaa ironisella tavalla poikkeuksellisen osuvasti sitä kiistämätöntä arvoa, jota vapaalle ajatustenvaihdolle on yleisesti annettu: vapaan diskurssin periaatteellinen välttämättömyys ei ole jäänyt tunnustamatta edes niiltä, joiden on politiikassaan ollut turvauduttava viestinnän ankaraan rajoittamiseen. Samanaikaisesti lainaus muistuttaa myös siitä, että Euroopan historia on – vuoden 1789 ihmisoikeuksien julistuksen jälkeenkin – ollut enemmän sensuurin ja julkaisusääntelyn historiaa kuin sananvapauden historiaa. Vaikka sananvapausideologian klassikoihin lukeutuva englantilainen John Stuart Mill piti sananvapautta eräänlaisena oikeusvaltiollisena selviönä jo vuonna 1859², ei katkeamaton tai edes jossakin määrin voimassa olevia valtiosääntöjä yhdistävä sananvapausperinne ole maanosassamme juuri vanhempi kuin Euroopan unioniin johtanut taloudellinen integraatiokaan.

Viestinnän sääntelyn ja sananvapausuojan epäilemättä keskeisin ongelma on vaikeus sovittaa yhteen kulttuurisia ja kaupallisia arvoja. Sananvapauden käyttö on yhtäältä osa yksilön ja yhteiskunnan ei-taloudellista moraalista, esteettistä ja intellektuaalista kehitysprosessia, mutta toisaalta myös innovaatioiden kauppaa sekä tiedonvälitystä ja erilaista luovaa työtä elinkeinona. Taloudelliseen integraatioon ja sisämarkkinoiden rakentamiseen perustuvana järjestelmänä unionin oikeus on tässä suhteessa varsin mielenkiintoisessa erityisasemassa. Kysymykset, jotka on unionin ylikansallisessa ja ainakin alkuaan funktionaalisessa oikeusjärjestelmässä totuttu näkemään ennen muuta tuotteiden ja palvelujen vapaan liikkuvuuden kautta, on sananvapaustarkastelussa kyettävä yhdistämään ei-taloudellisiin arvoihin ja niiden välttämättömään oikeusuojaan sisämarkkinaoikeudessakin. Erityisen tärkeä merkitys unionin oikeuden sananvapauskäsitteellä on viestinnän moniarvoisuusturvaa koskevissa kysymyksissä, joissa pluralistisen sananvapauden edut joutuvat tyypillisesti kollisioon taloudellisen integraation ytimen muodostavien sisämarkkinoiden perusvapauksien kanssa.

Sananvapauden käyttöön liittyy eurooppalaisissa valtiosäännöissä tyypillisesti käytettyjen sanamuotojen³ mukaan toisten oikeuksiin sekä tiettyihin yhteiskunnan yleisiin etuihin perustuvia ”vastuita ja velvollisuuksia”. Kärkevämmiin sanottuna ehdotonta vapautta ilmaista ajatuksensa tai ottaa vastaan haluamaansa viestintää ei ole turvattu missään oikeusjärjestelmässä eikä sellaisen turvaamista

² Mill 2006, II luvun 1. kappale; vrt. Bielefeldt 1990, s. 125.

³ Samoin myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artikla.

voida edes demokraattisessa oikeusvaltiossa pitää tulevaisuudessakaan mahdollisena. Kysymys sananvapaussuojan sisällöstä on toisin sanoen ennen muuta kysymys niistä perusteista ja arviointimittapuista, joilla sananvapautta koskevat rajoitukset eri perus- ja ihmisoikeusjärjestelmissä legitimoidaan. Kansalliset sananvapautta koskevat tulkintaerot ja tulkintojen mahdollinen yhdenmukaistuminen unionin ylikansallisen oikeusjärjestelmän vaikutuksesta voivat vaikuttaa merkittävästi yksilön mahdollisuuksiin osallistua viestintään kotimaassaan ja yli unionin sisärajojen. Yksilön mahdollisuuksilla osallistua viestintään on puolestaan kiistaton merkitys riippumatta siitä, tarkastellaanko asiaa poliittisesta, kulttuurisesta, taloudellisesta tai esimerkiksi yksilön kehitystä painottavasta näkökulmasta.

Tutkimuksessa pyritään esittämään kriittisiä analyysimalleja siitä, miten sananvapaussuoja on unionin oikeudessa toteutunut, samoin kuin siitä, miten sen tulisi jatkossa toteutua. Koska monet tarkastelluista ongelmakysymyksistä odotavat vielä vastaustaan yhtäältä yhteisöjen tuomioistuimelta ja toisaalta unionin oikeutta soveltavilta jäsenvaltioilta sekä niitä osaltaan valvovalta ihmisoikeustuomioistuimelta, tutkimus sisältää teesejä, joita ei vielä nykyisin voimassa olevan säännösten tai nykyisen oikeuskäytännön pohjalta voida aukottomasti perustella. Tässä mielessä tutkimuksen tavoitteena on ennemminkin avata keskustelua kuin pyrkiä lopettamaan se⁴ mahdollisimman riidattomin vastauksin unionin sananvapaussuojan sisällöstä. Osa esitetyistä näkemyksistä ja analyysimalleista koskee unioniperusoikeuksia ja unionin perusoikeuslottuvuutta yleisemminkin. Tutkimusta voidaan siten osin lukea myös unionin oikeuden perusoikeussuojaa käsittelevänä esityksenä, jossa esimerkkinä käytetään perusoikeuskirjan 11 artiklaa.

⁴ Sanonta on lainattu tutkimuksen työnohjaajalta, Turun yliopiston valtiosääntöoikeuden professori Veli-Pekka Viljaselta, jolla on tapana kritisoida varsin yleistä tapaa nähdä väitöskirjat keskustelun avaajien sijaan keskustelun lopettajina, tutkimusaiheensa seuraaviksi vuosiksi kiteyttävänä hakuteoksina.

Kysymyksenasettelu, tutkimusmetodi ja terminologia

Tutkimuksessa tarkastellaan sananvapautta⁵ Euroopan unionin oikeuteen kuuluvana perusoikeutena. Näkökulma on unionin oikeusjärjestelmän sisäinen ja valtiosääntöoikeudellinen. Tutkimustehtävänä on yhtäältä analysoida, miten sananvapaus on nykyisellään unionin oikeusjärjestelmän osana tunnustettu, ja toisaalta arvioida, miten eurooppalaisen sananvapauspuolustuksen sisältö voi unionin käynnissä olevan valtiosääntöistymiskehityksen myötä muuttua. Erityshuomio kohdistuu yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaan, toimintakykyyn ja tehokkuuteen perusoikeusvalvonnan suorittajana.

Unionin oikeuden sisäinen näkökulma ei luonnollisestikaan tarkoita kansallisten ja kansainvälisten sananvapausnormien rajaamista kokonaisuudessaan tutkimuskohteen ulkopuolelle. Tämä seuraa jo unionin vakiintuneesta perusoikeuskonseptista, joka viittaa lähteinään jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Kuten usein on todettu, yhteisöjen tuomioistuimen on perusoikeuspunninnassaan tavallisesti tukeuduttava ns. arvottavaan oikeusvertailuun. Jäsenvaltioiden sananvapausnormien vertailu ja niiden keskinäisten yhteensopivuusongelmien arviointi kuuluvat siten keskeisenä osana mainittuun sisäiseen näkökulmaan. Sama koskee vastaavasti ristiriitapotentiaalia ihmisoikeussopimuksen, kansallisten perustuslakien ja unionin lainsäädännön välillä. Suppeasti määritellen tutkimuksen kohteena on se valtiosääntöoikeudellisten reunaehtojen kokonaisuus, joka määrittää viestinnän sääntelyä Euroopan unionin oikeudessa.

Tutkimuskohde on jaettu kolmeen pääkysymykseen. Kirjan ensimmäisessä osassa keskitytään *sananvapausmääritelmän ongelmaan*: sananvapauden määritelmään Euroopan unionin nykyisessä oikeuslähteopissa sekä perusoikeuskirjan 11 artiklan tarjoamiin tulkintamahdollisuuksiin. Ongelmakentän keskiössä on ennen kaikkea modernin sananvapauskäsitteen antinomia, perusoikeuden sisäinen ristiriita subjektiivisen vapauden oikeussuojan ja viestinnän moniarvoisuusturvan välillä. Kysymys unionin oikeuden sananvapausmääritelmästä pyritään sijoittamaan vertailukontekstiinsa – eurooppalaiseen valtiosääntöperinteeseen – yhtäältä yhteiskuntateorian ja oikeushistorian tarjoamien sananva-

⁵ Sananvapauden laajassa merkityksessä sisältyy myös unionin perusoikeuskirjan 11 artiklan otsikossa mainittu *tiedonvälityksen vapaus*: ks. tutkimuksessa käytettyä terminologiaa koskeva selitys tämän osion lopussa.

pauskäsitteiden sekä toisaalta ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkinnassa esiin tulevan problematiikan avulla. Tarvetta ja mahdollisuutta uudistaa sananvapausmääritelmää arvioidaan varsinkin joukkoviestinnän konvergenssin, sähköisen vertaisviestinnän kasvun ja globalisaation asettamien haasteiden kannalta.

Kirjan toisessa osassa käsitellään *sananvapauden suhdetta sisämarkkinoiden perusvapauksiin*. Suhde perusvapauksiin on olennainen osa sananvapaussuojan reunaehtoja unionin oikeudessa: osana taloudelliseen integraatioon perustuvaa oikeusjärjestelmää myös sananvapaus on tavalla tai toisella suhteutettava integraation keskeisiin tavoitteisiin eli tavaroiden, palveluiden, työvoiman ja pääomien vapaan liikkuvuuden edistämiseen. Tutkimuksessa pyritään arvioimaan, missä määrin sidonnaisuus perusvapauksien turvaamiseen ohjaa unionin sananvapauskäsitystä ja johtaako tämä punninnan epätasapainoon oikeuksien ristiriitatilanteissa. Punnintaa monimutkaistaa paitsi jännite subjektiivisen vapauden ja moniarvoisuussuojan välillä myös perusvapauksien luonne sananvapautta osittain tukevinä ja täydentävinä oikeuksina.

Kolmannen osan teemana on sananvapauden ja sitä rajoittavien perusoikeuksien *aktiivinen turvaamisvelvollisuus*. Keskeinen kysymys on, valtuuttaako tai velvoittaako sääntelytoimivallan siirto jäsenvaltioilta Euroopan yhteisölle tämän myös turvaamaan perusoikeudet yksityisten välisissä suhteissa sille siirretyn toimivallan rajoissa. Turvaamisvelvollisuuden siirtoa arvioidaan yhtäältä sananvapauden ja toisaalta sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien kuten ihmisarvon, yksityiselämän suojan, lapsen oikeuksien ja turvallisuuden näkökulmista. Unionin oikeuden valtiosääntöistymisen sekä toimivaltajaon selkeämpi erottaminen sisämarkkinaoikeuden ns. ylivuotoilmiöstä ovat tässä yhteydessä huomio otettavia muutostekijöitä.

Kirjassa on kyse oikeustieteellisestä, tarkemmin sanottuna lainopillisesta tutkimuksesta. Yksi tutkimuksen metodologisista valinnoista on sitoutuminen nimenomaan oikeudelliseen argumentaatioon. Tämä ei tosin tarkoita, etteikö yhteiskunnallisella ja historiallisella kontekstilla olisi merkitystä myös oikeudellisten argumenttien tulkinnassa ja arvioinnissa. Nimenomaan argumenttien analysoiva luokittelu on monesta syystä perusteltua. Vastakkaisten sananvapauskäsitysten välinen jännite on ensinnäkin läheisessä yhteydessä ristiriitaisiin käsityksiin oikeudenmukaisesta yhteiskunnasta. Sananvapaus on siten suoraan liitettävissä myös perinteiseen poliittiseen dialogiin oikeiston ja vasemmiston välillä, unionin oikeutta tarkasteltaessa erityisesti käsitykseen Euroopan integraatiosta uusliberalistisena mallina. Muita läheisiä oikeustieteen ylittäviä konteksteja ovat esimerkiksi eettinen keskustelu siitä, millainen viestintä olisi toivottavaa, järkevää, vastuullista tai hyvien tapojen mukaista tai tutkimus informaatiosta kansallisen ja kansainvälisen vallankäytön välineenä. Onkin perusteltua väittää, ettei sananvapauden yleiskielinen merkityssisältö rajoitu oikeustieteeseen tai edes

oikeuteen.⁶ Oikeustieteen ylittäviä argumentaatiokonteksteja ei silti lainopillisessaakaan tutkimuksessa ole syytä jättää huomiotta. On ennemminkin tiedostettava ja tuotava esille, missä määrin eri sananvapausargumentteja on pidettävä oikeudellisesti relevantteina ja millä tavoin ne kytkeytyvät muihin yhteiskunnallisiin konteksteihin. Tällainen lähestymistapa on nimetty *kontekstuaaliseksi lainopiksi*.⁷

Tutkimus perustuu pääasiassa yhteisöjen tuomioistuimen, ensimmäisen asteen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön sekä unionin lainsäädäntöön valmisteluaineistoihin. Jäsenvaltioiden kansallista oikeutta on käytetty esimerkinomaisesti havainnollistamaan lainsäädännön lähentämiseen liittyviä ristiriitatilanteita kansallisten perusoikeusnormien ja unionin lainsäädännön välillä. Oikeuskirjallisuuden valinnassa on tehty kaksi tietoista painotusta tasapuolisuuden ja laaja-alaisuuden kustannuksella: koska vaitöskirjatutkimuksen yhtenä päämääränä on luonnollisestikin osallistua kotimaiseen keskusteluun, lähteinä on pyritty painottamaan suomalaisen valtiosääntö- ja eurooppaoikeudellisen kirjallisuuden osuutta. Toinen selkeä painotus koskee saksankielistä oikeuskirjallisuutta, jonka tarjoamaa poikkeuksellisen monipuolista, yksityiskohtaista ja pitkälle edennyttä keskustelua eurooppalaisesta valtiosäännöstä ja unioniperusoikeuksista on hyödynnetty laajasti.⁸ Yli jäsenvaltiotajojen laajasti luettu ”kansainvälinen”, saksan kielen ohella lähinnä englannin- ja ranskan-kielinen oikeuskirjallisuus on tästä huolimatta otettu kattavasti huomioon.

Tutkimuksella pyritään nostamaan kotimaiseen viestintäoikeudelliseen keskusteluun kysymys unionin oikeuden vaikutuksesta viestinnän sääntelyyn ja ennen kaikkea siitä valtiosääntöoikeudellisesta pohjasta, jolta viestintää ja sananvapauden käyttöä on unionin oikeudessa tarkasteltava. Siinä analysoidaan kriittisesti niitä hypoteeseja ja teorioita, joita ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa on – monesti kansallisten sananvapauskäsitteiden värityksenä – unionin oikeuteen sisältyvän sananvapausuojan ulottuvuuksista esitetty. Tässä suhteessa tutkimuksessa avataan kotimaisesta keskustelusta toistaiseksi puuttumaan jäänyt ja kansainvälisessä keskustelussakin vielä liian vähälle huomiolle jäänyt näkökulma

⁶ Alexy (1994, s. 17) puhuu perusoikeuksien poliittisesta merkityksestä *semanttisina aseina*. Tällä tarkoitetaan viittauksia perusoikeuksiin yhteiskunnan itseisarvoina, usein nimenomaan joko niiden tarkkaa sisältöä täsmentämättä tai puhujan omaan ideologiaan sopivassa merkityksessä. Sananvapaus on tyypiesimerkki perusoikeudesta, jolla on keskustelussa vahva semanttinen arvo.

⁷ Esim. Estella 2002.

⁸ Monet saksankieliset käsitteet ovat jo vakiintuneet valtiosääntöoikeuden kansainvälisesti käytettyyn terminologiaan (mm. *Schranken-Schranke*, *Innen-/Außentheorie*, *Drittwirkung*, *Kompetenz-Kompetenz*). Tässä tutkimuksessa pyritään käyttämään ensisijaisesti käsitteiden suomenkielisiä vastineita. Lähdevertailun helpottamiseksi saksankieliseen terminologiaan viitataan kuitenkin tekstin alaviitteissä.

Euroopan perus- ja ihmisoikeusjärjestelmien välisten jännitteiden heijastumisesta jäsenvaltioissa tunnustettuihin sananvapauskäsityksiin ja sananvapaussuojaan sisältyvien yksilön eri viestinnällisten oikeuksien konkreettisiin sisältöihin.

Kirjassa käytetään termiä *sananvapaus* sen laajassa merkityksessä.⁹ Sananvapaudella tarkoitetaan tällöin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklassa määriteltyä ihmisoikeutta samoin kuin Euroopan unionin perusoikeuskirjan 11 artiklassa määriteltyä unioniperusoikeutta kokonaisuudessaan; toisin sanoen vapautta viestiä, välittää ja vastaanottaa tietoja ja ideoita. Ihmisoikeussopimuksen molemmilla todistusvoimaisilla kielillä tämä oikeus nimetään ennemminkin *ilmaisuvapaudeksi*¹⁰ (freedom of expression, liberté d'expression). Koska turvattu oikeus ei luonnollisestikaan rajoitu sanalliseen viestintään ja koska se kattaa ilmaisemisen ohella myös oikeuden vastaanottaa ja välittää informaatiota, ovat itse asiassa molemmat mainituista termeistä sananmukaisesti käsitettyinä liian suppeita. Oikeuskirjallisuudessa onkin usein pyritty luomaan uusia laajempia käsitteitä kuten *viestinnän vapaus*¹¹ (freedom of communication, liberté de la communication, Kommunikationsfreiheit) tai *informaatiovapaus*¹² (freedom of information, liberté de l'information, Informationsfreiheit). Informaatiovapaus on laajan merkityksensä ohella monesti liitetty nimenomaan viestinnän vastaanottajaosapuolen perusoikeussuojaan, eräänlaiseksi ilmaisuvapauden vastinepariksi. Sen on lisäksi esitetty sisältävän subjektiivisen oikeuden hankkia ja saada tietoa, jonka ihmisoikeustuomioistuimien on rajannut 10 artiklan sananvapaussuojan ulkopuolelle.¹³ Monesti on myös puhuttu *painovapaudesta* tai *lehdistönvapaudesta*¹⁴ (freedom of the press, liberté de la presse, Pressefreiheit) laajentavassa, myös muita viestinnän muotoja kuin painotuotteita koskevassa merkityksessä.

⁹ Samoin myös esim. Manninen 1999 sekä Viljanen 2002. Englanninkielisessä oikeuskirjallisuudessa käytetään termin *freedom of expression* ohella tavallisesti (Yhdysvaltain perustuslain 1. lisäpöytäkirjan mukaista) käsitettä *freedom of speech* vastaavassa laajassa merkityksessä: esim. Barendt 1985 ja 2005a; Carter 2004; Baker 1992 sekä Schwartz 1992. Ranskan- ja saksankieliset termit *liberté de parole* ja *Redefreiheit* eivät yleensä saa vastaavaa laajaa merkitystä, vaan viittaavat esimerkiksi parlamenttiedustajan puhevapauteen (yleensä historiallisessa kontekstissa).

¹⁰ Tätä vastaava saksankielinen termi on *Freiheit der Meinungsäußerung (Meinungsäußerungsfreiheit)*. Ranskan- ja saksankielistä käsitettä *liberté d'expression* käytettiin tietyvästi ensimmäistä kertaa vuoden 1789 ihmis- ja kansalaisoikeuksien julistuksessa. Valistussajan kirjallisuudessa puhuttiin sen sijaan nimenomaan painovapaudesta (*liberté de la presse*). Ks. Leprette et al. 2003, s. 99.

¹¹ Esim. Kühling 1999 sekä Siemann 1990. Ks. myös Pinto 1984, s. 20. Nordenstreng (1996, s. 273) puhuu *viestinnän oikeudesta* jotakuinkin samassa merkityksessä kuin *oikeus viestinnän vapauteen* tai *oikeus sananvapauteen*. Sana *oikeus* viittaa tässä yhteydessä tavallisimmin sananvapauden materiaaliseen ulottuvuuteen: tästä tarkemmin luvussa 1.2.3.

¹² Esim. Püttner 1995; Jacque 1991; Cassese et al. 1991 sekä Isak 1997. Ks. myös Pinto 1984.

¹³ Ks. ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut *Leander* (25.2.1987, hakemus 9248/81) sekä *Gaskin* (23.6.1989, hakemus 10454/83). On huomattava, ettei soveltamisan raja Euroopan unionin oikeudessa kuitenkaan ole yhtä yksiselitteinen. Ks. luku 1.4.3.

¹⁴ Esim. Libois 1995 sekä Merrill et al. 2001. Ks. myös edellä käsitettä *ilmaisuvapaus* koskeva alaviite numero 10 samoin kuin Siemann 1990, s. 11.

Varsin yleisen terminologian mukaan yksi sananvapauteen sisältyvistä oikeuksista on *mielipiteenvapaus* (freedom of opinion, liberté d'opinion, Meinungsfreiheit), eli yksilön luontainen ja *rajoittamaton* oikeus muodostaa ja pitää mielipiteitä. Täysin selvä ja yksimielinen ei käsitteellinen rajausta mielipiteenvapauden ja sananvapauden välillä kirjallisuudessa kuitenkaan ole, vaan myös mielipiteiden ilmaisemista koskevaan – ja siten rajoitettuun – vapauteen viitataan toisinaan myös osana mielipiteenvapautta.¹⁵ Kaikki edellä mainituista käsitteistä viittaavat siis joko osin tai kokonaisuudessaan valitun terminologian mukaiseen *sananvapauteen*.

Perusoikeuskirjan kahteen kohtaan jaetun 11 artiklan otsikko on *sananvapaus ja tiedonvälityksen vapaus*. Yksi tutkimustehtävistä on arvioida, mitä sisältöä erityisesti jälkimmäinen oikeus eli *tiedonvälityksen vapaus* voi unioniperusoikeutena saada.¹⁶ Terminologian tasolla tiedonvälityksen vapautta on joka tapauksessa vaikea erottaa sananvapaudesta, jonka alaan sisältyy nimenomaisesti myös *vapaus välittää tietoa*. Artiklan 2 kohdan sisällön perusteella voisi tiedonvälityksen vapauden sijaan puhua myös esimerkiksi *tiedotusvälineiden vapaudesta*¹⁷ (freedom of the media, liberté des médias, Medienfreiheit) uutena unioniperusoikeutena. Yhden mahdollisen tulkinnan mukaan artiklan kaksiosaisen otsikon tarkoitus ei kuitenkaan ole viitata artiklan kahteen kohtaan tai kahteen toisistaan erotettavissa olevaan perusoikeuteen, vaan kuvata artiklassa määritellyn perusoikeuden kaksisuuntaisuutta yhtäältä viestijän ja toisaalta vastaanottajan oikeutena. Useimmilla unionin virallisilla kielillä artikla on nimetty ehkä sanatarkimmin käännettynä ilmais- ja informaatiovapaudeksi.¹⁸ Myös *sananvapauden ja tie-*

¹⁵ Esim. Frowein 1996; Schildknecht 2000; Rühl 1998; Hatje 1993; Ullmann 1998; Dicke 1986 sekä Pinto 1984. Harvinaisin rajoittamattoman mielipiteenvapauden ja rajoitetun sananvapauden erottelu on nimenomaan saksankielisessä oikeuskirjallisuudessa, jossa termit *Meinungsfreiheit* ja *Meinungsfreiheit* käytetään usein rinnakkain viitaten sananvapauteen laajassa merkityksessä.

¹⁶ Luku 1.4.2.

¹⁷ Esim. Jarass 2005, s. 188 sekä Stock 1990, 2000 ja 2004.

¹⁸ Perusoikeuskirjan 11 artiklan otsikko Euroopan unionin virallisilla kielillä: Свобода на изразяване на мнение и свобода на информация (bulgaria); Libertad de expresión y de información (espanja); Svoboda projevu a informaci (tsekki); Ytrings- og informationsfrihed (tanska); Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit (saksa); Söna- ja teabevabadus (viro); Ελευθερία εκφρασης και πληροφορησης (kreikka); Freedom of expression and information (englanti); Liberté d'expression et d'information (ranska); Saoirse chun tuairimí a nochtadh agus faisnéis a fháil (iiri); Liberté di espressione e d'informazione (italia); Varda un informacijas briviba (latvia); Saviraikos ir informacijos laisve (liettua); A véleménynyilvánítás és a tájékozódás szabadsága (unkari); Libertà ta' l-espressjoni u ta' informazzjoni (malta); De vrijheid van meningsuiting en van informatie (hollanti/flaami); Wolnose wypowiedzi i informacji (puola); Liberdade de expressão e de informação (portugali); Libertatea de exprimare si de informare (romania); Svoboda prejavu a právo na informácie (slovakia); Svoboda izrazanja in obvescanja (slovenia); Sananvapaus ja tiedonvälityksen vapaus (suomi); Yttrandefrihet och informationsfrihet (ruotsi).

donvälityksen vapauden voidaan siis tulkita vastaavan edellä mainittua sananvapausta sen laajassa merkityksessä, johon sisältyy oikeus vapaisiin ja moniarvoisiin tiedotusvälineisiin. Tämän kirjan terminologia noudattaa viimeksi mainittua tulkintaa: puhuttaessa lyhyesti *sananvapaudesta* ei siis ole tarkoitus rajata pois perusoikeuskirjan 11 artiklan kohdassa 2 tarkoitettua normisisältöä.

Käsitteellä *perusvapaus* viitataan kirjassa poikkeuksetta Euroopan yhteisön perustamissopimukseen pohjautuviin, vapaan liikkuvuuden sisämarkkina-alueella takaaviin oikeuksiin.¹⁹ Esimerkiksi sananvapaus on Euroopan ihmisoikeussopimuksen takaamana oikeutena *ihmisoikeus* ja Euroopan unionin oikeudessa tunnustettuna *perusoikeus*. Korostettaessa eroa kansallisissa perustuslaeissa suojattujen perusoikeuksien ja Euroopan unionin oikeusjärjestelmään kuuluvien perusoikeuksien välillä käytetään jälkimmäisistä termiä *unioniperusoikeus*. *Euroopan yhteisöön* ja *yhteisöoikeuteen* viitataan tekstissä lähinnä painotettaessa tarkasteltavan kysymyksen liityntää ainoastaan Euroopan yhteisön alaan. Yleisemmin puhutaan *Euroopan unionin oikeudesta* ja *unionin toimivallasta* yhteisöoikeuden ja yhteisön toimivallan sisältävinä kokonaisuuksina. Tämä on perusteltua yhtäältä siksi, että perusoikeussuojan ongelma koskee paitsi yhteisöoikeutta, myös kahta unionin muuta toiminta-aluetta, yhteistä ulko- ja turvallisuuspolitiikkaa sekä oikeudellista yhteistyötä rikosasioissa.²⁰ Toisaalta käynnissä olevan valtiosääntöistämisen prosessin ja ratifointiaan odottavan uudistusopimuksen yhtenä tavoitteena on luopua kokonaan unionin nykyisestä pilarijaoista ja siirtää Euroopan yhteisöjen oikeushenkilöllisyys sekä lainsäädäntötoimivalta Euroopan unionille.²¹

Terminologisia valintoja ei ole syytä sekoittaa perusoikeuksien soveltamisalaa ja keskinäistä rajausta koskevaan ongelmaan. On huomattava, että sananvapau-

¹⁹ Terminologiaa sekoittaa mm. Euroopan unionin perustamissopimuksen 6 artiklan 1 kohta, jonka mukaan unioni perustuu jäsenvaltioille yhteisille vapauden, kansanvallan, ihmisoikeuksien ja *perusvapauksien* kunnioittamisen sekä oikeusvaltion periaatteille. Euroopan ihmisoikeussopimuksen virallinen nimi on yleissopimus ihmisoikeuksien ja *perusvapauksien* suojaamiseksi (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales). Perusvapaus viittaa tässä yhteydessä ihmisoikeussopimuksessa turvattuihin yksilön perustavanlaatuisiin vapausoikeuksiin, joista sananvapaus on hyvä esimerkki. Esimerkiksi sopimuksessa Euroopan perustuslaista puhuttiin sen sisältämien ihmisoikeussopimusviittausten vuoksi perusvapauksista kahdessa eri merkityksessä (ks. artikkelit I-4 ja II-113).

²⁰ Esimerkki sananvapaussuojan soveltamisongelmista yhteisöoikeuden eli unionin I-pilarin ulkopuolella on luvussa 3.3.3 käsitelty jäsenvaltioiden yhteinen listaus terroristijärjestöistä.

²¹ *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimesta*, jonka nimi muuttuu uudistusopimuksen voimaan tultua *Euroopan unionin tuomioistuimeksi*, käytetään tutkimuksessa kuitenkin edellistä, nykyiselläään voimassa olevaa nimeä. Sama koskee *yhteisön perustamissopimusta*, jonka nimi uudistusopimuksen voimaantulon jälkeen on *sopimus Euroopan unionin toiminnasta*. *Unionisopimuksella* viitataan Euroopan unionista tehtyyn sopimukseen, jonka on tarkoitus säilyttää nykyinen nimensä uudistuksessa. Vastaava terminologiaavalinta mm. Ojanen 2003b, s. 1153.

den soveltamisala ja sen suhde esimerkiksi taiteen vapauteen tai uskonnonvapauteen voidaan Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmässä, Euroopan ihmisoikeussopimuksen järjestelmässä ja kansallisissa perusoikeusjärjestelmissä määrittellä toisistaan poikkeavin tavoin. Esimerkiksi mainosviestintä voi kansallisessa oikeudessa olla rajattu sananvapaussuojan ulkopuolelle, vaikka se ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan mukaan yleissopimuksen 10 artiklan soveltamisalaan kuuluu.²² Mikäli aineellisoikeudellinen suojataso tällöinkin – esimerkiksi osana elinkeinovapauden suojaa – riittää täyttämään 10 artiklan vaatimuksen, ei kysymys ole varsinaisesta ristiriidasta oikeusjärjestelmien välillä. On yhtä lailla mahdollista, että sananvapauden soveltamisala unioniperusoikeutena ylittää ihmisoikeussopimuksen turvaaman sananvapauden suoja-alan, ja suojaa esimerkiksi osin myös oikeutta hankkia tietoa tai oikeutta saada tietoa viranomaisilta. Ihmis- ja perusoikeuksien keskinäistä rajausta ja etusijajärjestystä on mainituista syistä perusteltua käsitellä erikseen yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännön, ihmisoikeussopimuksen tulkinnan ja unionin perusoikeuskirjan näkökulmista. Kansalliset perusoikeusjärjestelmät toimivat tässä yhteydessä valtiosääntöperinnettä konkretisoivina viitelähteinä.²³ Tutkimuksen sananvapaudesta Euroopan unionin oikeudessa on kuitenkin perustuttava ensi sijassa sananvapaussuojaan kuuluville yksilön eri oikeuksille nimenomaan unionin omissa oikeusjärjestelmässä tunnustettuun sisältöön. Tarkasteltavan unioniperusoikeuden soveltamisala siis yhtäältä rajaa tutkimuksen kohteen. Soveltamisalan määrittely on toisaalta samanaikaisesti yksi siinä tavoiteltavista tutkimustuloksista.

²² Ilmeisin esimerkki tästä on Alankomaiden perustuslain 7 artiklan 4 momentti, jossa mainosviestintä suljetaan nimenomaisesti artiklassa turvatun sananvapauden ulkopuolelle.

²³ Vrt. *Rechtserkenntnisquelle*. Jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen asemasta unionin oikeuslähteenä luvussa 1.1.

1 Sananvapauden määritelmä Euroopan unionin oikeusjärjestelmässä

1.1 MÄÄRITELMÄN LÄHTÖKOHTAKONTEKSTI

1.1.1 Perusoikeuden käsite Euroopan unionin oikeudessa

Sananvapausmääritelmän vertaileva analyysi on varmasti luontevinta aloittaa tarkasteltavan oikeusjärjestelmän systemaattisesta kontekstista: unionin oikeuden nykyisestä perusoikeusdoktriinista, sananvapaudesta siihen kuuluvana osana sekä muutoksista, joita käynnissä olevan valtiosääntöistymiskehityksen on ennakoitu tuovan unionin perusoikeusulottuvuuteen. Euroopan unionin oikeus poikkeaa lähtökohdiltaan huomattavasti kansallisvaltioiden oikeusjärjestyksistä perusoikeuksineen, mutta toisaalta yhtä selkeästi myös tavanomaisista kansainvälisistä sopimuksista. Nämä lähtökohdat ovat keskeisiä ehtoja myös sille, miten sananvapaus on oikeusjärjestelmän sisällä määriteltävä.

Dogmaattista esitystä Euroopan unionin oikeusjärjestelmään kuuluvista perusoikeuksista, *unioniperusoikeuksista*, on nykyisellään varsin helppo kritisoida. Ilman oikeudellisesti sitovaa kirjoitettua perusoikeuskatalogia ja siihen perustuvaa tuomioistuinvalvontaa perusoikeudet ovat jääneet ylikansallisessa oikeusjärjestelmässä eräänlaiseksi systeeminulkoiseksi epävarmuustekijäksi. Kysymystä perusoikeussuojasta Euroopan unionin oikeudessa onkin perinteisesti useimmiten lähestytty joko Euroopan ihmisoikeussopimuksen turvaamien ihmisoikeuksien tai kansallisten perusoikeuksien näkökulmasta tutkimalla, miten nämä oikeudet voidaan myös unionin oikeuden soveltamisalalla turvata. Yhteisöjen tuomioistuimen vähitellen kehittyvää doktriinia perusoikeuksista unionin oikeuden yleisinä oikeusperiaatteina on monesti pidetty liian hatarana pohjana itsenäisten unioniperusoikeuksien analyysille.

Unionin oikeuden sisäisen perusoikeussuojan jäsentely ja täsmentäminen on kuitenkin oikeusjärjestelmän kehittyessä ja sen soveltamisalan laajentumassa osoittautumassa yhä tarpeellisemmaksi. Yksinkertaisin syy tähän on jäsenvaltioiden yhteisölle siirtämä toimivalta, jonka käyttäminen edellyttää usein myös perusoikeuksia koskevia lainsäädännöllisiä ratkaisuja ja perustamissopimuksen tulkintoja. Unionin oikeuden autonomia edellyttää myös yhteisöjen tuomioistuimen perusoikeustulkintojen autonomiaa suhteessa jäsenvaltioiden perustuslakeihin. Euroopan yhteisö käyttää siirretyn toimivallan alalla Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaista kansallista harkintamarginaa-

lia.²⁴ Tilanteessa, jossa perusoikeuden kansalliset suojatasot ylittävät ihmis- oikeussopimuksen minimitason, mutta poikkeavat toisistaan, määräytyy pe- rusoikeussuojan toteuttaminen harmonisoidun lainsäädännön alalla nimen- omaan unionin oikeuden perusoikeustulkintojen kautta. Unioniperusoikeudet eivät tämän vuoksi menetä merkitystään, vaikka unioni tulevaisuudessa liit- tyisi ihmisoikeussopimuksen jäseneksikin.

Kansallisen oikeuden kannalta unionin autonominen perusoikeussuoja voi parhaimmillaan toimia normiristiriitoja ehkäisevänä instrumenttina. Useat unio- nin jäsenvaltioista pitävät voimassa ns. *kansallista perusoikeusvaraamaa*, eli noudattavat jäsenvelvoitteitaan sillä varauksella, ettei niillä loukata kansallisessa perustuslaissa turvattuja perusoikeuksia. Tällainen varauma on luonnollisestikin unionin oikeuden etusijaperiaatteen vastainen. Sen soveltaminen merkitsee jä- senvaltion sopimusrikkomusta paitsi suhteessa unioniin ja muihin jäsenvaltioihin myös niihin yksityisiin oikeussubjekteihin nähden, joiden oikeuksia unionin oi- keuden soveltaminen olisi turvannut. Varaumaa ei kansallisessa oikeudessa kui- tenkaan tarvitse soveltaa, mikäli perusoikeuksien katsotaan tulevan riittävällä tavalla turvatuiksi myös unionin oikeudessa. Edellytyksenä tälle on usein pidetty nykyistä tehokkaampaa ja selkeämmin määriteltyä unionin oikeuden sisäistä perusoikeussuojaa.²⁵

Unioniperusoikeudet ovat alkuaan osa yhteisöjen tuomioistuimen luomaa doktriinia. Perusoikeussuojan ja toisaalta myös selkeän etusijasäännöksen puut- tuminen Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksista pakotti tuomioistuimen ottamaan kantaa yhteisöoikeuden ja perusoikeuksien avoimeksi jääneeseen suh- teeseen ensimmäisen kerran jo 1950-luvun lopulla. Ratkaisussa *Stork & Cie* (1/58, 4.2.1959) yhteisöjen tuomioistuin vahvisti tosin vasta yhteisöoikeuden autonomian suhteessa kansallisiin perusoikeuksiin. Jäsenvaltion toimenpiteitä oli arvosteltava hiili- ja teräsyhteisön perustamissopimuksen kannalta riippumat- ta näiden toimien pätevydestä suhteessa kansalliseen perustuslakiin. Kansallisten perusoikeuksien tulkinta ei kuulunut yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaan eikä niiden noudattamisen valvonta yhteisön viranomaisten tehtäviin.²⁶ Etusija ristiriitatilanteessa jäi vielä kansallisten tuomioistuinten ongelmaksi.

²⁴ Margin of appreciation / marge d'appréciation.

²⁵ Tunnetuin esimerkki kansallisesta perusoikeusvaraumasta on epäilemättä Saksan valtiosääntö- tuomioistuimen ns. *Solange*-doktriini, jonka mukaan unionin oikeutta voidaan kansallisessa järjes- telmässä toimeenpanna vain niissä rajoissa, kun sillä ei loukata kansallisia perusoikeuksia. Suo- men osalta eduskunnan perustuslakivaliokunta on esittänyt, että ”Suomen perustuslain mukaisen perusoikeusjärjestelmän tulee olla perusoikeuskirjan oikeudellistamisen jälkeenkin *lähtökohtai- sesti* (kursivointi kirjoittajan) yhtä kattava kuin nykyisin” (PeVL 25/2001 vp.). Ks. Ojanen 2003b, s. 1166 sekä Saraviita 2005, s. 59–60.

²⁶ Ks. tuomion kohdat 5 ja 8.

1960-luvun merkittävien yhteisöoikeuden yleistä etusijaa koskevien ratkaisujen *van Gend & Loos* (26/62, 5.2.1963) ja *Costa v. E.N.E.L.* (6/64, 15.7.1964) jälkeen kysymystä yhteisöoikeuden perusoikeussuojasta ei enää voitu vastaavalla tavalla sivuuttaa. Yhteisöoikeus oli tunnustettu uudeksi itsenäiseksi oikeusjärjestykseksi, jonka hyväksi jäsenvaltiot olivat rajoittaneet pysyvästi suvereenia oikeuksiaan ja jonka edelle ne eivät enää voineet asettaa kansallisia säännöksiään.²⁷ Koska yhteisöoikeus sai lähtökohtaisesti etusijan myös jäsenvaltioiden perusoikeussäännöksiin nähden, se oli soveltamisalallaan muodostamassa aukkoa yksilön perusoikeussuojaan ja valtiosääntöoikeudellisesta kontrollista vapaata osaa jäsenvaltioidensa oikeusjärjestelmiin. Tällainen tilanne olisi ollut kestämätön niin useiden jäsenvaltioiden omien valtiosääntöjen kuin niiden kansainvälisten ihmisoikeussopimusvelvoitteiden kannalta. Etusijaperiaatteen vastapainoksi yhteisön tuomioistuimen oli kehitettävä doktriini yhteisöoikeuteen sisältyvistä perusoikeuksista. Ensimmäisen kerran perusoikeudet määriteltiin yhteisön oikeuden yleiseksi oikeusperiaatteiksi ratkaisussa *Stauder* vuodelta 1969:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Stauder* (29/69, 12.11.1969): [...] Kun rii-danalaista määräystä tulkitaan edellä esitetyllä tavalla, siinä ei aseteta kyseenalaiseksi ihmisille kuuluvia perusoikeuksia, jotka kuuluvat yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin ja joiden noudattamisen yhteisöjen tuomioistuin varmistaa.²⁸

Yhteisön perusoikeusperiaatteiden sisällöllisenä lähteenä tuomioistuin tukeutui kansallisissa perustuslaeissa määriteltyihin perusoikeuksiin, *jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen*. Samanaikaisesti niiden kuitenkin vahvistettiin kuuluvan yhteisön autonomiseen oikeusjärjestykseen ja siten myös yhteisöjen tuomioistuimen tulkintatoimivaltaan. Avoimeksi kysymykseksi jäi etenkin yhteisöperusoikeuksien tulkinnallisen liikkumavaran laajuus suhteessa kansallisiin perusoikeuksiin. Kaksi perusoikeusdoktriinia tarkentavaa seuraavaa ratkaisua poikkesivat tässä suhteessa varsin merkittävästi toisistaan:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, 17.12.1970): [...] Perusoikeuksien kunnioittaminen on olennainen osa niitä yleisiä oikeusperiaatteita, joiden noudattamista yhteisöjen tuomioistuin valvoo. *Vaikka näiden oikeuksien suojaamisessa tukeudutaan jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen, se on toteutettava yhteisöjen rakenteen ja tavoitteiden mukaisesti.*²⁹

²⁷ Ks. etenkin ratkaisun *Costa v. E.N.E.L.* 177 artiklan soveltamista koskeva luku.

²⁸ Ratkaisun kohta 7, kursivointi kirjoittajan.

²⁹ Ratkaisun kohta 4, kursivointi kirjoittajan.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Nold* (4/73, 14.5.1974): [...] Varmistaessaan [perusoikeuksien] suojaamisen yhteisöjen tuomioistuimen on otettava huomioon jäsenvaltioiden yhteiset valtiosääntöoikeudelliset perinteet, eikä se näin ollen voi hyväksyä jäsenvaltioiden valtiosäännöissä tunnustettujen ja taattujen perusoikeuksien kanssa ristiriidassa olevia toimenpiteitä. Ihmisoikeuksien suojelemisesta tehdyissä kansainvälisissä sopimuksissa, joiden tekemiseen jäsenvaltiot ovat osallistuneet tai joihin ne ovat liittyneet, voi myös olla ohjeita, jotka olisi otettava huomioon yhteisön oikeudessa.³⁰

Ratkaisu *Internationale Handelsgesellschaft* noudatti varsin ehdotonta autonomiavaatimusta yhteisöperusoikeuksille: perusoikeusloukkauksia oli arvioitava ainoastaan yhteisön oikeuden perusteella ja sen tavoitteiden mukaisesti. Sitoutuminen kansallisiin perusoikeuksiin olisi tulkinnan mukaan omiaan vaarantamaan yhteisön oikeuden tehokkaan ja yhdenmukaisen soveltamisen jäsenvaltioissa, ja olisi siten suoraan perustamissopimusten vastaista.³¹ Ratkaisussa *Nold* yhteisöjen tuomioistuin sen sijaan muotoili sidonnaisuuden valtiosääntöperinteeseen huomattavasti tiukemmin, kieltäen kansallisten perusoikeuksien kanssa ristiriidassa olevat yhteisöoikeuden tulkinnat ja tunnustaen jäsenvaltioita sitoville ihmisoikeussopimuksille aseman yhteisöoikeuden oikeuslähteenä.

Kahta edellä mainittua ratkaisua voidaan pitää eräänlaisina yhteisöjen tuomioistuimen perusoikeusdoktriinin ääripäinä, joiden perusteella unioniperusoikeuden käsite voidaan edelleenkin määritellä.³² Unioniperusoikeuksien tulee riittävässä määrin vastata jäsenvaltioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä tunnustettuja perusoikeuksia, koska keskinäinen ristiriita pakottaisi jäsenvaltion joko rikkomaan unionin jäsenvelvollisuuksiaan tai kaventamaan unionin oikeuden osalta oman valtiosääntönsä perustaa. Euroopan ihmisoikeussopimuksen takaaman suojatason alittava perusoikeussuoja unionin oikeudessa johtaisi tämän lisäksi jäsenvaltion ristiriitaisiin sopimusvelvoitteisiin. Samanaikaisesti unioniperusoikeuksien täytyy kuitenkin toimia myös funktionaalisenä osana unionin autonomista oikeusjärjestystä, tukea unionin oikeuden yhdenmukaista soveltamista ja sisämarkkinoiden lainsäädännöllisten esteiden purkua. Kysymys on siis eräänlaisen välityssuhteen luomisesta ihmis- ja perusoikeussuojan ja keskeisten integraatiotavoitteiden välille. Yhteisöjen tuomioistuimen on luotava unionin oikeuteen autonomisia ja yhdenmukaisesti sovellettavissa olevia perusoikeustulkintoja, joiden toisaalta täytyy olla hyväksyttävissä niin jäsenvaltioiden valtiosääntöjen kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksenkin näkökulmasta. Tässä merkityk-

³⁰ Ratkaisun kohta 13, kursivointi kirjoittajan.

³¹ Ks. myös yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Hauer* (44/79, 13.12.1979), kohta 14.

³² Ks. esim. yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut *Hauer* (44/79, 13.12.1979), kohdat 14 ja 15; *Johnston* (222/84, 15.5.1986), kohta 18 sekä *Wachauf* (5/88, 13.7.1989) kohta 19. Ks. myös Ojanen 1994, s. 9.

sessä on tulkittava myös Maastrichtin sopimuksen [6.2]³³ artiklaa, johon yhteisöjen tuomioistuimen jo vakiintunut perusoikeusdoktriini vuonna 1992 kirjattiin:

Sopimus Euroopan unionista, 6.2 artikla: *Unioni pitää arvossa yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina perusoikeuksia, sellaisina kuin ne taataan ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä, Roomassa 4 päivänä marraskuuta 1950 allekirjoitetussa Euroopan yleissopimuksessa ja sellaisina kuin ne ilmenevät jäsenvaltioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä.*³⁴

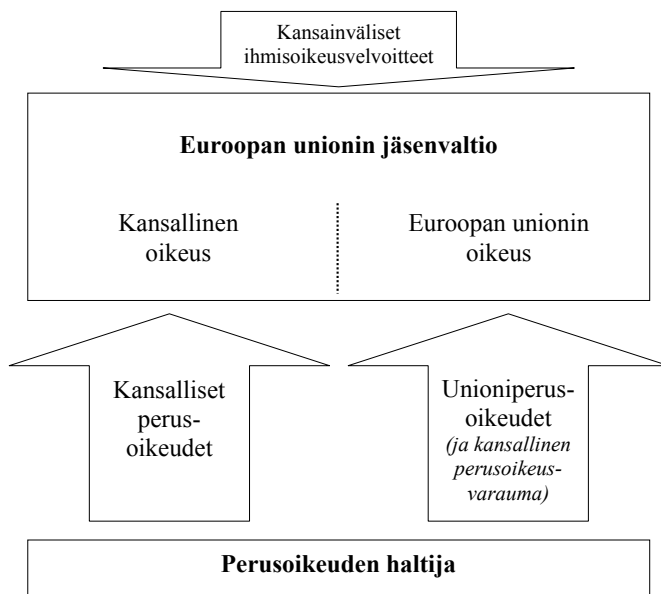
Tulkinnallinen liikkumavara, jota yhteisöjen tuomioistuin suhteessa jäsenvaltioiden perusoikeuksiin ja ihmisoikeussopimukseen käyttää, riippuu merkittävästi kulloinkin tarkasteltavasta perusoikeudesta. Myös yhteisöjen tuomioistuimen eri perusoikeuksia koskeva ratkaisukäytäntö on jo varsin pitkälle eriytynyt ja tarkentunut. Juuri tästä syystä eri unioniperusoikeuksia ja niiden suhdetta kansallisissa valtiosäännöissä ja ihmisoikeussopimuksessa turvattuihin oikeuksiin on tarpeellista analysoida kriittisesti erikseen.

Unioniperusoikeudet sitovat unionin toimielimiä niin lainkäyttö- kuin lainsäädäntötoiminnassakin, mutta ennen kaikkea myös unionin jäsenvaltioita niiden implementoimissa ja toimeenpannessa unionin oikeutta. Joitakin poikkeustilanteita lukuun ottamatta – lähinnä Euroopan komission kilpailuoikeudellista toimivaltaa ja suoria kanteita unionin tuomioistuimille – ovat nimenomaan jäsenvaltiot vastuussa unionin perusoikeussuojan turvaamisesta siihen oikeutetuille. Hierarkkisen mallin sijaan kansalliset perusoikeudet ja unioniperusoikeudet onkin luontevinta ymmärtää kansallisen oikeuden ja unionin oikeuden välistä jakoa vastaavina, yksilön rinnakkaisina valtiosääntötakeina (kaavio 1).³⁵

³³ Alkuperäisen vuoden 1992 numeroinnin mukainen F artiklan 2 kohta.

³⁴ Vrt. perusoikeuskirjan artikkelit 52 ja 53; näistä tarkemmin luvussa 1.1.3.

³⁵ Uudistusopimukseen on liitetty pöytäkirja perusoikeuskirjan soveltamisesta Puolaan ja Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, jonka mukaan perusoikeuskirjan määräykset eivät laajenna [yhteisöjen tuomioistuimen] eivätkä kansallisten tuomioistuinten toimivaltaa siten, että ne voisivat todeta kansallista oikeutta unioniperusoikeuksien vastaiseksi. Tämän kahta jäsenvaltiota koskevan erityisen soveltamisalarajoituksen merkitys on toistaiseksi huomattavan epävarma, sillä yhteisöjen tuomioistuin on joka tapauksessa velvollinen tulkitsemaan unionin oikeutta unioniperusoikeuksien ja kansalliset tuomioistuimet kansallista oikeutta unionin oikeuden mukaisesti. Yksittäistapauksissa pöytäkirja voi kuitenkin tarjota näille jäsenvaltioille eurooppaoikeudellisen legitimaatioperustan kansallisen perusoikeusvarauman soveltamiseksi ja siten jopa toimia osaltaan perusoikeusjärjestelmien yhteensopivuutta parantavana instrumenttina. Vrt. Ibing 2000, s. 355–361; Póiares Maduro 2007, s. 23–24 sekä Rosas 1999, s. 911–918.



Kaavio 1. Unioniperusoikeudet perusoikeuden haltijan ja unionin jäsenvaltion välisessä suhteessa.

Kaavion keskeisin lähtökohta on kuvata unionin oikeus osana jäsenvaltion oikeusjärjestystä ilman täsmällistä erottelua unionin toimivaltaan kuuluvien säännösten ja ”puhtaasti” kansallisen oikeuden välillä.³⁶ Yksinkertaistettuna jäsenvaltio on kansallisen oikeuden soveltamisalalla sidottu omiin kansallisiin perusoikeussäännöksiinsä ja unionin oikeuden alalla yhteisöjen tuomioistuimen määrittelemiin unioniperusoikeuksiin. Rajaus määrittyy samoin ehdoin kuin toimivaltajakoa ja unionin oikeuden soveltamisalaa koskeva rajauskin, eli huomioon otettavia tekijöitä ovat varsinaisten toimivalta- ja soveltamisalasäännösten ohella mm. etusija- ja toissijaisuusperiaatteet sekä unionin oikeuden tulkintavaikeus kansallisen oikeuden soveltamiseen.³⁷ Jäsenvaltion tuomioistuinten kannalta edellä mainittuun rajaukseen liittyvän epätäsmällisyyden lisäksi tilannetta voi monimutkaistaa kansallinen perusoikeusvarauma, joka edellyttää kansallisen perusoikeussuojan turvaamista myös unionin oikeuden soveltamisalalla. Valtion kansainvälisiin ihmisoikeussopimusvelvoitteisiin, varsinkaan Euroopan ihmisoikeus-

³⁶ Samoin mm. Ojanen 2006, s. 68.

³⁷ Ks. esim. Ojanen 2003b, s. 1150.

keussopimuksen perustuviin velvoitteisiin, jäsenyys Euroopan unionissa ja sille siirretyn toimivallan laajuus ei pääsääntöisesti vaikuta.³⁸ Kuten edellä on esitetty, unioniperusoikeuksien soveltamisala riippuu toimivaltajaosta unionin ja sen jäsenvaltioiden välillä. Unionin perusoikeussäännökset eivät sen sijaan itsessään suoraan vaikuta toimivaltajakoon. Tämä lähtökohta on toistaiseksi myös nyt käynnissä olevassa uudistusprosessissa haluttu säilyttää (uudistussopimuksen mukaisen unionisopimuksen 6 artiklan 1 kohta).

Kelpoisuus perusoikeuden haltijaksi riippuu sekä perusoikeusjärjestelmästä että tarkasteltavasta perusoikeudesta. Osa unioniperusoikeuksista kuuluu jokaiselle luonnolliselle ja oikeushenkilölle, osa vain luonnollisille henkilöille ja osa ainoastaan Euroopan unionin kansalaisille. Kaikkien unioniperusoikeuksien osalta kelpoisuus oikeudenhaltijaksi ei vielä ole oikeuskäytännössä täsmentynyt.³⁹ Kansallisista perusoikeuksista osa, tyypillisenä esimerkkinä äänioikeus, on sidottu kyseisen jäsenvaltion kansalaisuuteen. Joissakin tilanteissa unionin oikeuden syrjintäkiellot saattavat edellyttää, että unionin kansalaiset rinnastetaan jäsenvaltion omiin kansalaisiin perusoikeuden haltijoina.

Yksittäisiä unioniperusoikeuksia koskeva yhteisöjen tuomioistuimen doktriini on monissa osakysymyksissä huomattavasti kansallisia perusoikeustulkintoja ja ihmisoikeustuomioistuimen tulkintoja epätasemmampi ja vakiintumattomampi. Unioniperusoikeuksien sisällöllisessä kehityksessä valtiosääntöperinteen olemassa olevilla tulkinnoilla on siten jatkossakin keskeinen ohjaava rooli. Jäsenvaltioiden perustuslakeja koskevia perusoikeusteorioita ei kuitenkaan ole sellaisenaan perusteltua yleistää myös unionin oikeutta koskeviksi. Etenkään ratkaisussa *Internationale Handelsgesellschaft* tehtyä rajausta ei nykyiselläänkään ole syytä sivuuttaa. Unionin oikeutta tulkitseva yhteisöjen tuomioistuin on sidottu nimenomaan autonomisiin, integraatiotavoitteiden kanssa yhteensopiviin unioniperusoikeuksiin, vaikka nämä sisällöllisessä yhteydessä kansallisiin perusoikeuksiin ovatkin.⁴⁰ Tämän lisäksi on otettava huomioon, ettei *yhteisen* valtiosääntöperinteen sisältöä ole lähes kolmenkymmenen eri valtiosäännön tulkintakäytännön perusteella useinkaan mahdollista riittävällä tarkkuudella selvittää.⁴¹

Juuri jäsenvaltiokohtaiset erot perusoikeussuojassa on unionin oikeudessa lähikohtaisesti pyrittävä sovittamaan yhteen. Olennaisia tämän kannalta ovat kan-

³⁸ Ks. tästä tarkemmin luku 1.3.3; vrt. kaavio 4 luvussa 3.1.2.

³⁹ Analyttinen esitys eri unioniperusoikeuksien haltijoista esim. teoksessa Jarass 2005; ks. myös luku 1.1.3.

⁴⁰ Vrt. autonomiakäsitteen tulkinnasta Ojanen 1998, s. 113–116 ja 302–308.

⁴¹ Ks. Arnall – Chalmers 2007, s. 155. Kirjoittajat suhtautuvat varsin pessimistisesti Euroopan unionin perusoikeusviraston mahdollisuuksiin selviytyä tehtäväkentästään, johon kuuluu kansallisia perusoikeusdoktriineja koskevan tiedon kerääminen ja nimenomaan tämän tiedon saattaminen vertailukelpoiseen muotoon. Selvästi optimistisemmin toimintamahdollisuuksia arvioi kuitenkin esim. Scheinin 2008.

sallisten järjestelmien – ja joissakin tilanteissa myös ihmisoikeustuomioistuimen – mahdollisuudet joustaa tulkintalinjoissaan unioniperusoikeuksien yhdenmukaisen tulkinnan hyväksi.⁴² Unionin perusoikeussuojan on toisaalta taattava vähintään suojataso, joka kansallisten perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien tulkintakin olisi mahdollista hyväksyä. On huomattava, että myös jäsenvaltioiden perusoikeussäännökset ja ihmisoikeussopimuksen säännökset ovat useissa yksittäistilanteissa tulkinnaltaan avoimia. Kyse on siten jatkuvasta vuorovaikutussuhteesta eri perusoikeusjärjestelmien välillä. Unionin perusoikeussuoja voi tässä yhteydessä toimia paitsi integraativotivoitteita ja perusoikeuksia tasapainotavana myös valtiosäännöllistä yhteensopivuutta edistävänä instrumenttina.

1.1.2 Sananvapauden tunnustaminen yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä

Sananvapauden sisällymistä perusoikeuksiin, jotka yhteisöjen tuomioistuin oli tunnustanut yhteisöoikeuden yleisinä oikeusperiaatteina, voitiin pitää jokseenkin kiistattomana jo edellä mainitun *Stauder*-ratkaisun jälkeen. Perusoikeusdoktriinin kytkeminen jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja Euroopan ihmisoikeussopimukseen vahvisti tätä käsitystä luonnollisestikin edelleen. Sananvapaussuojan kannalta relevantit tulkintatilanteet alkoivat yleistyä yhteisöjen tuomioistuimessa kuitenkin vasta 1980-luvun lopulta alkaen. Sisämarkkinasääntelyn kehittyminen ja laaja-alaisuus on sittemmin jatkuvasti lisännyt tällaisia tulkintatilanteita, ja siten myös sananvapauden merkitystä unioniperusoikeutena. Sananvapaussuojan tarkempi määrittely unionin oikeudessa on vähitellen saanut yhä enemmän aineellisoikeudellista merkitystä.

Ensimmäinen yhteisöjen tuomioistuimen nimenomainen tulkinta sananvapaudesta unionin oikeuden periaatteena sisältyi ratkaisuun *VBVB & VBBB* vuodelta 1984.⁴³ Ratkaisussa käsiteltiin flaamilaisia ja alankomaalaisia kirjankustantajia edustavien järjestöjen kannetta komission ratkaisua vastaan, jossa kirjojen vähittäishinnoittelua koskeva sopimus oli todettu yhteisön kilpailusäännösten vastaiseksi. Järjestöt esittivät, että kirjojen myyntihintasitoumukset oli ainut käytettävissä oleva keino taata vaikeammin markkinoitavien kirjojen, kuten tieteellisten julkaisujen ja runoteosten, pääsy markkinoille. Sopimuksen kieltäminen olisi siten omiaan rajoittamaan tekijöiden perustuslaeissa ja ihmisoikeussopimukses-

⁴² Ks. myös Ojanen 2003b, s. 1155 ja 1163.

⁴³ Tätä aikaisemmin yhteisöjen tuomioistuin oli tosin jo ratkaisussa *Cowood* (60/82, 15.12.1982, kohta 5) siteerannut kantajan vaatimusta sananvapauden huomioon ottamisesta yleisenä oikeusperiaatteena. Varsinaisissa ratkaisun perusteluissa tuomioistuin ei kuitenkaan vielä ottanut kysymystä esille.

sa turvattua sananvapautta. Yhteisöjen tuomioistuin tulkitse sananvapautta kuitenkin kantajien vaatimuksesta poiketen:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *VBVB & VBBB* (43/82 & 62/82, 17.1.1984): [...] Vaikka on totta, että *tietyt talouteen liittyvät sääntelyt eivät ole merkityksellisiä sananvapauden kannalta*, kantajat eivät kuitenkaan ole osoittaneet esillä olevassa asiassa komission päätöksen ja sananvapauden, sellaisena kuin se taataan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa, välistä tosiasiallista yhteyttä, vaikka oletettaisiin, että yleissopimusta voidaan tulkita siten, että sillä taataan mahdollisuus julkaista kirjoja taloudellisesti kannattavin edellytyksin. *Sellais-ten sääntöjen soveltaminen kirjojen tuotantoon ja kauppaan, joiden ainoa tavoite on varmistaa jäsenvaltioiden välisen kaupan vapaus normaaleissa kilpailuolosuhteissa, ei ole omiaan rajoittamaan julkaisuvapautta*. On kiistatonta, että sekä kustantajien että jakeluyritysten julkaisuvapaus säilyy täydellisenä. Näin ollen väite on yllyttävä.⁴⁴

Vastakkaisine sananvapaustulkintoineen ja epävarmoine viittauksineen ihmisoikeussopimukseen ratkaisu havainnollistaa jo varsin moniulotteisesti sananvapauden myöhempääkin ongelmakenttää unionin oikeudessa. Ratkaisussa kytkeytyvät mielenkiintoisella tavalla yhteen pluralistisen sananvapaussisällön, valtion negatiivisen velvollisuuden ja sisämarkkinatavoitteiden ongelmat, joita käsitellään tarkemmin jäljempänä.⁴⁵ Tässä yhteydessä on huomattava ennen kaikkea sananvapauden liittäminen unionin autonomiseen perusoikeusdoktriiniin: yhteisöjen tuomioistuin luo ratkaisussa itsenäisen tulkinnan sananvapaussuojan sisällystä, ottaen perusteluissa nimenomaisesti huomioon unionin oikeusjärjestelmän tavoitteet esteettömän kilpailun takaamiseksi. Kyse on siis eräänlaisesta malliesimerkistä perusoikeuksien ja sisämarkkinaoikeuden harmonisoivasta tulkinnasta, joskin vielä varsin yksioikoisesta sellaisesta.

Sananvapaussuojan suhde perusvapauksiin nousi esiin myös runsaasti huomiota saaneissa sisämarkkinaratkaisuissa *Cinéthèque* (60/84 & 61/84, 11.7.1985) ja *Bond van Adverteerders* (352/85, 26.4.1988). Ensin mainitussa asiassa oli kyse ranskalaisesta sääntelystä, joka kielsi elokuvien videolevityksen määrätyn suoja-ajan kuluessa niiden ensiesityksistä elokuvateattereissa. Jälkimmäisessä ratkaisussa puolestaan tarkasteltiin Alankomaissa ulkomaisille kaapelitelevisiölähetysille asetettuja mainoskieltoja ja tekstitysvelvollisuuksia, joilla pyrittiin varmistamaan kotimaisten säännösten yhdenmukainen noudattaminen ja samalla kotimaisten kanavien kilpailukyky suhteessa ulkomaisiin lähetysiin. Molemmissa asioissa vaadittiin yhteisöjen tuomioistuinta ottamaan kantaa ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan mukaiseen sananvapauteen yhteisön oikeudessa. Tällaisen tulkinnan tuomioistuin kuitenkin jätti ensimmäisessä ratkaisussa tekemättä,

⁴⁴ Ratkaisun kohta 34, kursivoinnit kirjoittajan.

⁴⁵ Ks. mm. luvut 1.2.3; 2.2 ja 2.3.

koska se katsoi kansallisen videolevityssääntelyn, julkisasiamiehen kannasta poiketen,⁴⁶ jäävän yhteisön oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle. Jälkimmäisessä asiassa sananvapaustulkinta jäi puolestaan tarpeettomaksi, koska tarkasteltavien televisiosäännösten katsottiin olevan syrjiviä ja ilman perusoikeustarkasteluakin suhteellisuusperiaatteen vastaisia.⁴⁷ Sananvapauteen yhteisöoikeuden perusoikeutena tuomioistuin otti sen sijaan kantaa kreikkalaista televisiomonopolia koskevassa ratkaisussa *ERT* vuonna 1991:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *ERT* (C-260/89, 18.5.1991): [...] Kyseiseen kansalliseen säännöstyön voidaan siten soveltaa 56 ja 66 artiklan määräyksissä tarkoitettuja poikkeuksia ainoastaan silloin, kun se on niiden perusoikeuksien mukainen, joiden noudattamista yhteisöjen tuomioistuin valvoo. [...] Rajoituksia, joita asetetaan jäsenvaltioiden toimivallalle soveltaa perustamissopimuksen 66 ja 56 artiklassa tarkoitettuja määräyksiä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden sekä kansanterveyden perusteella, on arvioitava Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklassa taatun sananvapauden yleisen periaatteen valossa.⁴⁸

Olenaisena erona esimerkiksi *Cinéthèque*-ratkaisuun oli ongelman kiistaton liittynyt yhteisöoikeuden soveltamisalaan. Kreikan julkisen televisiomonopolin toimintaa oli arvioitava nimenomaan perustamissopimuksessa taatun palvelujen vapaan tarjoamisen rajoituksena, jollaisena se oli periaatteessa 56 ja 66 artiklan poikkeusperusteilla oikeutettavissa. Koska yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin piti mahdollisena, että sananvapauden turvaaminen voisi edellyttää tilanteessa perusvapautta ankarampaa rajoitusten punnintaa, se kytki nämä kaksi vaatimusta tulkinnassaan yhteen: perusvapausrajoitusten oikeuttamisperusteita voitiin soveltaa vain silloin, kun rajoitus oli myös perusoikeuksien – tässä tapauksessa sananvapauden – kannalta hyväksyttävissä. Sananvapausrajoituksen arvioinnin yhteisöjen tuomioistuin jätti kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi, ottamatta itse vielä minkäänlaista kantaa kysymykseen sananvapauteen mahdollisesti sisältävästä moniarvoisuusturvasta, joka ilmiselvästi jäi yhdeksi punninnan keskeisimmistä ehdoista. Viestinnän moniarvoisuuden turvaamista koskeva kysymys tuli kuitenkin vielä samana vuonna yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi, olennaisesti edellä mainittua asiaa *Bond van Adverteerders* muistuttavassa, jälleen Alankomaiden televisiosääntelyä koskevassa asiassa *Gouda*:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Gouda* (C-288/89, 25.7.1991): [...] Tällä tavalla ymmärretty kulttuuripolitiikka voi tosin olla yleiseen etuun liittyvä pakottava syy, jolla voidaan perustella palvelujen tarjoamisen vapauden koh-

⁴⁶ Julkisasiamies Slyninin ratkaisuehdotus 20.3.1985 asiassa *Cinéthèque*.

⁴⁷ Molempiin ratkaisuihin palataan luvussa 2.3.4.

⁴⁸ Ratkaisun kohdat 43 ja 45, kursivoinnit kirjoittajan.

distuva rajoitus. *Moniarvoisuuden ylläpitäminen*, joka tällä Alankomaiden politiikalla pyritään takaamaan, *on yhteydessä sananvapauteen*, sellaisena kuin sitä suojellaan ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 10 artiklassa; se kuuluu perusoikeuksiin, jotka on turvattu yhteisön oikeusjärjestyksessä.⁴⁹

Ratkaisussaan tuomioistuin piti tarkasteltuja mainontakieltoja suhteellisuusperiaatteen ja siten yhteisöoikeuden vastaisina. Merkittävää oli kuitenkin Alankomaiden säännösten perusteina esiin tuomien viestinnän moniarvoisuutta turvaavien tavoitteiden liittäminen sananvapauteen. Vielä selkeämmin moniarvoisuusturvan osaksi sananvapauden sisältöä yhteisöjen tuomioistuin tunnusti myöhemmissä ratkaisuisaan *Veronica* ja *TV 10*:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Veronica* (C-148/91, 3.2.1993): [...] Mediawetin tarkoituksena on luoda luonteeltaan moniarvoinen ja epäkaupallinen yleisradio- ja televisiolähetysjärjestelmä; Mediawet on siten osa kulttuuripolitiikkaa, jonka tavoitteena on turvata audiovisuaalisella alalla Alankomaissa vallitsevien erityisesti yhteiskunnallisten, kulttuuristen, uskonnollisten ja filosofisten virtausten osalta *sananvapaus*.⁵⁰

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *TV 10* (C-23/93, 5.10.1994): [...] [S]ellaisen *moniarvoisuuden ylläpitämisen*, joka Alankomaiden audiovisuaalisessa politiikassa pyritään takaamaan, *tarkoituksena on turvata mielipiteiden erilaisuus ja siten sananvapaus, jota [Euroopan ihmisoikeussopimuksessa] nimenomaan halutaan suojella*.⁵¹

Molemmissa ratkaisuisa audiovisuaalisen viestinnän moniarvoisuutta turvaavan kansallisen järjestelmän katsottiin olevan oikeutettavissa niin perusvapauksien kuin sananvapaudenkin kannalta.⁵² Vastaava asetelma toistui myöhemmin aika-

⁴⁹ Ratkaisun kohta 23, kursivoinnit kirjoittajan. Ks. myös samaa säännöstöä koskeva, samana päivänä annettu ratkaisu *Komissio v. Alankomaat* (C-353/89, 25.7.1991), kohta 30.

⁵⁰ Ratkaisun kohta 9, kursivoinnit kirjoittajan.

⁵¹ Ratkaisun kohta 25, kursivoinnit kirjoittajan. Lause on ratkaisussa esitetty sitaattina aikaisemmasta ratkaisusta *Komissio v. Alankomaat* (C-353/89, 25.7.1991, kohta 30), jossa moniarvoisuusturvan sisältyminen sananvapauteen on kuitenkin muotoiltu varovaisemmin, kuten edellä lainatussa ratkaisussa *Gouda*. On huomattava, että myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin oli ennen *Gouda*-ratkaisua hyväksynyt moniarvoisuusturvan vasta oikeutettuna sananvapausrajoituksena (ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Groppera*, 22.2.1990). *Veronica*-ratkaisussaan yhteisöjen tuomioistuin meni itse asiassa ihmisoikeustuomioistuimen edelle määritellössään moniarvoisuusturvan osaksi sananvapauden suojaa; ihmisoikeustuomioistuin päätyi jokseenkin vastaavan 10 artiklan tulkintaan vasta myöhemmässä ratkaisussaan *Informationsverein Lentia* (28.10.1993).

⁵² Tuomioistuimen ratkaisuisa *Veronica* ja *TV 10* käyttämä muotoilu toistui ratkaisussa *United Pan-Europe* (C-250/06, 13.12.2007, kohdat 41 ja 42), jossa käsiteltiin Belgiassa toimivien kaapelitelevisioyhtiöiden velvollisuutta lähettää tiettyjä kulttuuri- ja kieliperustein valittuja ohjelmia. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tällainen (ns. *must carry* -) velvollisuus oli määrätyn edelly-

kauslehtiä koskevassa ratkaisussa *Familiapress* (C-368/95, 26.6.1997), jossa tuomioistuin katsoi lehdistön moniarvoisuuden saattavan edellyttää sääntelyä, joka kieltää levittämästä jäsenvaltion alueella palkintotehtäviä sisältäviä aikakauslehtiä.⁵³ Yhteisöjen tuomioistuin ei siis rajoittanut perinteisesti radio- ja televisio toimintaan liitettyjä pluralismivaateita nimenomaan näihin tiedotusvälineisiin, vaan omaksui ainakin tässä suhteessa modernimman, neutraalin käsityksen suhteessa sananvapauteen ja siihen sisältyvään moniarvoisuussuojaan.⁵⁴

Yhtenä merkittävänä askeleena unionin sananvapaussuojan kehityksessä on pidettävä myös vuoden 2001 muutoksenhakuratkaisua *Connolly*, jossa oli kysymys unionin palveluksessa olleen virkamiehen erottamisesta tämän julkistaman, työnantajansa toimintaa kritisoivan kirjan vuoksi. Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisua asiassa voidaan pitää varsin huolellisesti perusteltuna punnintana virkamiehelle kuuluvan sananvapauden ja hänen luottamussuhteeseensa kuuluvien velvollisuuksien välillä. Argumentaation voidaan myös todeta pääpiirteissään vastaavan ihmisoikeustuomioistuimen ja useiden kansallisten perusoikeusratkaisujen tulkintoja virkamiehen sananvapaudesta, vaikka virkaan kuuluvia velvollisuuksia koskevat painotukset jäsenvaltioittain vaihtelevatkin.⁵⁵ Erityiseksi ratkaisun kuitenkin tekee nimenomaan unionin oman toimielinjärjestelmän sisäinen soveltamistilanne – puuttuva liityntä kansallisten tuomioistuinten soveltamaan oikeuteen. Yhteisöjen tuomioistuin harjoitti siten sananvapauskysymyksessä ensimmäistä kertaa itsenäistä ja suoraa *perusoikeusvalvontaa*⁵⁶ ja siihen kuuluvaa rajoitusperusteiden punnintaa.⁵⁷

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Connolly* (C-274/99 P, 6.3.2001): [...] Euroopan yhteisöjen virkamiehillä ja muuhun henkilöstöön kuuluvilla on sanan-

tyksin oikeutettavissa perustamissopimuksen 49 artiklan palvelujen tarjoamisen vapauden kannalta. Ks. luku 2.3.4.

⁵³ Ratkaisuun palataan luvussa 2.2.3.

⁵⁴ Ks. luku 1.2.3.

⁵⁵ Esim. Larrarde 2002, s. 386 ja 399–400 sekä Renucci 2002, s. 414; ks. myös Mallol – Bouderali 1999, s. 254–257; Dole 1997, s. 42–45 sekä Morris 1998.

⁵⁶ *Perusoikeusvalvonta*-käsitteen käyttö yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännön yhteydessä on jossakin määrin ongelmallista ottaen huomioon tuomioistuimen asema unionin oikeuden soveltamista koskevia ennakkoratkaisuja antavana eikä perusoikeuksien toteutumista jäsenvaltioissa valvovana elimenä. Unionin sekundaarioikeuden tarkastelu unioniperusoikeuksien perusteella ja tarvittaessa perusoikeussuojaa loukkaavien unionin säännösten kumoaminen on toisaalta nimenomaan yhteisöjen tuomioistuimen tehtävä, joka voidaan nimetä perusoikeusvalvonaksi. Samassa asiayhteydessä *valvoa*-verbiä käyttää Salminen (2007a, s. 285) ja termiä *valvontamekanismit* Ojanen (2006, s. 198).

⁵⁷ Unionin virkamiesten sananvapautta koskevaa oikeuskäytäntöä täydensi myös *Connolly*-ratkaisun tulkintalinjan kanssa yhdenmukainen, mutta vastakkaiseen lopputulokseen johtanut ratkaisu *Cwik* (C-340/00 P, 13.12.2001).

vapaus [...],⁵⁸ ja tämä *koskee myös yhteisön toimielinten toiminnan kattamia aloja*. Tämä vapaus käsittää vapauden ilmaista kirjallisesti tai suullisesti mielipiteitä, jotka *poikkeavat* sen toimielimen puoltamista mielipiteistä, joiden palveluksessa he ovat, tai *ovat vähemmistössä* niihin nähden [...] Demokraattisessa yhteiskunnassa on kuitenkin myös lainmukaista asettaa virkamiehille heidän asemansa perusteella *sellaisia velvollisuuksia* kuin henkilöstösääntöjen 11 ja 12 artiklassa on asetettu. [...] [H]än oli peruuttamattomasti *pettänyt sen luottamuksen, jota komissiolla on oikeus edellyttää virkamiehiltään*, minkä vuoksi hänen osaltaan oli mahdotonta säilyttää minkäänlaista palvelussuhdetta tähän toimielimeen.⁵⁹

Ratkaisussa viitataan paitsi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaan myös yksityiskohtaisesti useisiin ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaratkaisuihin. Yhteisöjen tuomioistuimen onkin sanottu toimineen *Connolly*-ratkaisussa nimenomaan ihmisoikeussopimuksen soveltajana.⁶⁰ Edellä esitettyyn unioniperusoikeuskonsepttiin⁶¹ tiukka orientoituminen ihmisoikeussopimuksen tulkintaan sopiikin varsin hyvin. Koska unionin sisämarkkinatavoitteet eivät virkamiehen luottamussuhdetta koskevien sääntöjen arvioinnissa ole olennaisia, ei erityisiä syitä erottaa unioniperusoikeuden tulkintaa ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalinjasta tilanteessa ole. Eri kysymys on tietenkin unionin mahdollisuus taata virkamiehilleen ihmisoikeussopimuksen turvaaman minimitason ylittävä sananvapaussuoja.⁶²

Vuonna 2003 yhteisöjen tuomioistuimelle tarjoutui sen sijaan tilaisuus konkretisoida sananvapauskäsitettä suorassa yhteydessä unionin keskeisimpiin tavoitteisiin, sisämarkkinoiden perusvapauksien turvaamiseen. Kysymys oli Itävallassa järjestetystä laillisesta mielenosoituksesta, jolla estettiin tilapäisesti jäsenvaltioiden välinen tavaraliikenne tärkeällä moottoritieväylällä:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Schmidberger* (C-112/00, 12.6.2003): [...] Asiassa tulee siten esiin kysymys siitä, miten *sovittaa yhteen* yhtäältä vaatimukset perusoikeuksien suojaamisesta yhteisössä ja toisaalta perustamissopimuksessa taatusta perusvapaudesta johtuvat vaatimukset, ja erityisesti siitä, mitkä ovat Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 ja 11 artiklassa taattujen sananvapauden ja kokoontumisvapauden ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden ulottuvuudet silloin, kun sananvapauteen ja kokoontumisvapauteen vedotaan

⁵⁸ Tässä yhteydessä yhteisöjen tuomioistuin viittaa aikaisempaan ratkaisuunsa *Oyowe – Traore* (100/88, 13.12.1989, kohta 16), jossa sananvapauden kuuluminen myös yhteisön virkamiehille oli jo vahvistettu.

⁵⁹ Ratkaisun kohdat 43, 44 ja 62; kursivoinnit kirjoittajan.

⁶⁰ Larrarde 2002, s. 386.

⁶¹ Luku 1.1.1.

⁶² Kysymystä siitä, ylittääkö unionin suojataso kysymyksessä ihmisoikeussopimuksen minimisuojuksen, on mielenkiintoista arvioida ennen kaikkea edellä alaviitteessä 57 mainitun myöhemmän ratkaisun *Cwik* (C-340/00 P, 13.12.2001) perusteella. Ks. myös esim. Ollila 2001, s. 344.

tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan rajoituksen perustelemiseksi. [...] *Myös sananvapauden ja kokoontumisvapauden osalta voidaan asettaa tiettyjä rajoituksia, jotka ovat perusteluja yleistä etua koskevien tavoitteiden takia, jos näistä rajoituksista on säädetty laissa, jos rajoituksista on säädetty kyseisissä määräyksissä tarkoitettun yhden tai useamman laillisen päämäärän saavuttamiseksi ja jos ne ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa eli ne ovat perusteltavissa ehdottoman tärkeällä yhteiskunnallisella tarpeella ja ne ovat muun muassa oikeassa suhteessa tavoiteltuun lailliseen päämäärään nähden. [...] Tällaisessa tilanteessa on verrattava keskenään kysymyksessä olevia intressejä ja määritettävä kunkin asian olosuhteiden perusteella, onko näiden intressien välillä oikea tasapaino.*⁶³

Yhteisöjen tuomioistuin rinnastaa ratkaisussa perusvapaudet ja perusoikeudet tärkeällä tavalla toisiinsa. Molemmat kuuluvat unionin oikeuden keskeisiin periaatteisiin ja toisaalta molempia – poikkeuksena ne perusoikeudet, jotka on muotoiltu ehdottomiksi säännöiksi⁶⁴ – voidaan yleisen edun vaatiessa suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoittaa. Perusvapaudet ja perusoikeudet voivat tuomioistuimen mukaan tällöin myös rajoittaa toinen toisiaan. Sananvapauden ja perusvapauksien välistä ristiriitatilannetta arvioidaan kuten kahden perusoikeuden välistä kollisiota: kummallakaan vastakkaisista oikeuksista ei anneta yleistä etusijaa, vaan ne ovat lähtökohtaisesti samanarvoisia. Se, kumpi oikeuksista yksittäistilanteessa saa etusijan, riippuu niiden tilannekohtaisesti määritettävistä painoarvoista. Tämän tilannekohtaisen punninnan, *oikean intressitasapainon* arvioinnin, yhteisöjen tuomioistuin jättää ratkaisussa kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi.

Schmidberger-ratkaisu muodostaa sellaisenaan hyvän kontekstuaalisen lähtökohdan sananvapauden jäsentelylle unioniperusoikeutena. Tutkimustehtävä alkaa eräässä mielessä siitä, mihin yhteisöjen tuomioistuin ratkaisun perusteluissa jää. Unionin perusvapauksien rinnastaminen perusoikeuksiin, mikä jo sellaisenaan antaa aihetta kritiikkiin,⁶⁵ asettaa useita avoimia kysymyksiä sananvapausuojan kannalta. Voiko esimerkiksi perusvapauksien turvaaminen nousta yksittäistapauksessa niin tärkeäksi, ettei yhteisöjen tuomioistuin enää voi jättää punnintaa niiden ja sananvapauden välillä kansalliselle tuomioistuimelle? Mitkä aineellisoikeudelliset, sananvapausuojan sisältöä koskevat ehdot on unionin oikeutta sovellettaessa otettava punninnassa huomioon? On selvää, että esimerkiksi sananvapauden suoja-ala, moniarvoisuusturvan määrittely, suhde ennakkosuuriin sekä kysymykset mahdollisesta negatiivista sananvapautta koskevasta

⁶³ Ratkaisun kohdat 77–81, kursivoinnit kirjoittajan.

⁶⁴ Tällaisia ovat esimerkiksi orjuutta, pakkotyötä ja kidutusta koskevat kiellot. Sananvapaus sen sijaan on vakiintuneesti käsitetty rajoitetuksi perusoikeudeksi: ks. tästä erityisesti luku 1.2.5.

⁶⁵ Ks. luku 2.1.

perusoikeussuojasta⁶⁶ tai perusoikeuden ydinalueesta vaikuttavat olennaisesti siihen, miten punninta sananvapauden ja perusvapauksien välillä suoritetaan. Doktriinia täsmentämällä yhteisöjen tuomioistuin voi tällöin pyrkiä myös sisämarkkinatavoitteita paremmin huomioon ottavaan sananvapautulkintaan. Riskinä perusvapauksia painottavassa tulkinnassa ovat toisaalta ristiriidat ihmisoikeussopimuksen tai kansallisten perusoikeussäännösten kanssa.

Sananvapauden kehittyminen ja täsmentyminen yhteisöjen tuomioistuimen tunnustamana oikeusperiaatteena ei luonnollisestikaan voi jatkua ottamatta huomioon unionin primäärioikeuden muutoksia. Lähtitulevaisuuden tavoitteena oleva unionin perusoikeuskirjan nostaminen oikeudellisesti sitovaksi – joko osana uutta perustuslaillista sopimusta tai erillisenä – tekisi sen 11 artiklan sanamuodosta unionin sananvapautulkinnan uuden sitovan lähtökohdan. Euroopan unionin mahdollinen liittyminen ihmisoikeussopimuksen osapuoleksi puolestaan vahvistaisi ainakin yhteisöjen tuomioistuimen sidonnaisuutta ihmisoikeustuomioistuimen määräämään sananvapauden minimisuojujatasoon.⁶⁷ Osa edellä esitetyistä kysymyksistä jäisi varmasti näistä muutoksista huolimattakin yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi. Unionin lainsäädännön laaja-alaistuminen ja varsinkin ylikansallisen viestintäoikeudellisen säännösten kehittyminen vaativat joka tapauksessa sananvapausdoktriinin yksityiskohtaistamista, joko unionin perusoikeussäännöksen tai nykyisen, oikeuskäytännössä määritellyn yleisen oikeusperiaatteen pohjalta.

1.1.3 Unionin oikeuden valtiosääntöistymiskehitys

Keskustelun unioniperusoikeuksista ja niiden suhteesta Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja jäsenvaltioiden perusoikeussäännöksiin voidaan oikeuskirjallisuudessa sanoa alkaneen varsinaisesti vasta Euroopan unionin perusoikeuskirjasta ja sen suunnittelusta saattamisesta oikeudellisesti sitovaksi. Perusoikeuskeskustelu on tämän vuoksi usein seurannut samoja argumentaatiolinjoja kuin keskustelu Euroopan perustuslaista tai kokonaisvaltaisesti uudistetuista perussopimuksista yleisemminkin. Painotettaessa tahtoa luoda unionille kokonaan uusi

⁶⁶ Tästä laajemmin mm. Fenchel 1997, s. 212–216. *Negatiivisella sananvapaudella* tarkoitetaan oikeutta olla halutessaan osallistumatta viestintään (erityisesti viestinnän vastaanottajana). Tyypillisiä käytännön esimerkkejä negatiivisen sananvapauden mahdollisesta soveltamisalasta ovat kuttajalle lainsäädännössä taatut mahdollisuudet kieltää itseensä kohdistuvaa suoramainontaa. Tällaista oikeussuojan ulottuvuutta ei ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkintakäytännössä ole toistaiseksi tunnustettu sananvapausuojaan kuuluvaksi eikä sitä esimerkiksi mainitse myöskään Enkvist-Gauffin (2007, s. 85–86) suoramainonnan rajoittamista puoltavia argumentteja listatessaan. 10 artiklan suoja-alaan kuuluva *lähdesuoja* voidaan toisaalta käsittää osaksi negatiivista sananvapautta: esim. Eggen 1999, s. 321–328.

⁶⁷ Ks. luku 1.3.

valtiosääntöjärjestelmä ja uusi laaja perusoikeuskatalogi on kuitenkin ehkä liian nopeasti sivuutettu ne rakenteet ja periaatteet, joita jo olemassa oleva unionin oikeus olisi voinut tarjota. Perusoikeuskirjan säännöksiä ja niiden tulkintamahdollisuuksia on suhteellisen kattavasti vertailtu ihmisoikeussopimuksen ja kansallisten perustuslakien vastaaviin säännöksiin, monesti juuri hakien jälkimmäisistä sisältöä uusia unioniperusoikeuksia koskevalle teorialle.⁶⁸ Varsin harvoin on sen sijaan pyritty selvittämään, miten perusoikeuksien kodifiointi unionin päämäärioikeuteen voisi parhaiten täydentää yhteisöjen tuomioistuimen nykyistä perusoikeusdoktriinia tai esimerkiksi säännellä tarkemmin tuomioistuimen tulevaa toimivaltaa perusoikeuskysymyksissä.

Yhtenä unionin nykyisen perusoikeuskäsitteen ongelmana on perinteisesti nähty perusoikeuksien luokitteluinen *yleisiksi oikeusperiaatteiksi*. Varsin yleisen käsityksen mukaan perusoikeuksiin sisältyy useita ehdottomia valtiosääntötakeita, joiden pelkistäminen periaatteiksi kaventaisi sellaisenaan yksilölle perustuslaissa taattua oikeusasemaa valtiollisen valtapiirin eduksi. Toisaalta kuitenkin myös kansallisen perusoikeusvalvonnan tyyppitapauksia ovat nimenomaan perusoikeusrajoitusten yksittäistapauksittainen punninta ja perusoikeuksien abstraktin soveltamisalan konkretisointi, joka monesti sekini muistuttaa läheisesti oikeusperiaateargumentaatiota. Hyvänä esimerkkinä on usein esitetty ihmisarvon suoja, jota ei varsinaisesti voi kaventaa, mutta jonka konkreettinen aineellisoikeudellinen sisältö määrittäytyy usein suhteessa toisiin suojattaviin oikeuksiin ja niiden painoarvoihin.⁶⁹ Ongelma unionin perusoikeuskäsitteessä liittyy siten ennemminkin perus- ja ihmisoikeuksille jo tunnustetun suojatason kunnioittamiseen kuin klassiseen erotteluun sääntöjen ja periaatteiden välillä. Unioniperusoikeuksien usein toivottuun rooliin integraatitavoitteita ja perusoikeus-suojaa tasapainottavana oikeudellisena instrumenttina niiden käsittäminen oikeusperiaatteina voi soveltua jopa perinteistä perusoikeusmallia paremmin. Mikäli perusoikeuskirjan oikeudellistaminen toteutuu, ei yhteisöjen tuomioistuin ole enää ainoastaan kehittämässä periaatedoktriiniaan, vaan myös tulkitsemassa sitovaa perusoikeussäännökseksi määriteltyä kirjoitettua normia – sananvapauden osalta perusoikeuskirjan 11 artiklaa. Perusoikeussäännöksen tulkinta tuo

⁶⁸ Esim. Jarass 2005. On huomattava, että monet esitykset unionin perusoikeussuojasta pyrkivät tarkastelemaan kohdettaan juuri kirjoittajan oman kansallisen perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta. Tällaistaakaan näkökulmaa ei ole syytä kokonaan hylätä, sillä unionin oikeuden on omalakisuudestaan huolimatta oltava kansallisen tuomioistuimen sovellettavissa ja joissakin oikeusjärjestyksissä myös kansallisen perusoikeusvalvonnan alainen.

⁶⁹ Tässä yhteydessä on tietysti huomattava, että joillakin perusoikeuksilla, kuten kidutusta koskevalla kiellolla, on varsin tarkasti määriteltävissä oleva ehdoton sääntösisältö. On kuitenkin helposi ajateltavissa, että tällaiset ehdottomat rajat sisältyvät jo nykyiseen unionin perusoikeuskäsitteeseen, joka kieltää tulkitsemasta unionin oikeutta ristiriidassa valtiosääntöperinteeseen sisältyvien perusoikeuksien kanssa. Hyvä klassinen esitys perusoikeuksista osittain sääntöinä ja periaatteina on Alexy 1994, s. 104–102.

mioistuimen on kuitenkin jotakuinkin vallitsevan kannan mukaan pystyttävä suorittamaan täysin samoin ehdoin ja yhtä kompromissikykyisesti kuin aikaisempi periaateargumentaatiokin. Uudet perusoikeussäännökset ovat tästä näkökulmasta katsottuna varmasti mahdollisuus täsmentää ja kehittää unionin perusoikeuskäsitystä, mutta samalla myös uusi ristiriitamahdollisuuksia lisäävä tekijä suhteessa kansallisiin perusoikeuksiin ja ihmisoikeussopimukseen.

Oma merkityksensä perusoikeusvalvonnan tehokkuudelle ja etenkin uskottavuudelle on toisaalta jo perusoikeussäännösten kirjaamisella sellaisenaankin. Ei ole syytä unohtaa, että toimivassa oikeusjärjestelmässä perusoikeussuojan ja sen soveltamisehtojen on oltava paitsi olemassa, myös riittävän helposti jokaisen todettavissa. Unionin oikeutta koskee tässä suhteessa erityisesti vaatimus perusoikeussuojan hyväksyttävyydestä useiden kansallisten valtiosääntöjen näkökulmista.

Tärkeän osan doktriinin muuntamista primäärioikeuden säännöstöksi muodostavat varsinaisten perusoikeussäännösten ohella perusoikeuskirjan lopussa olevat yleiset säännökset tulkinnasta ja soveltamisesta (VII osasto; 51–54 artiklat), joissa määritellään etenkin unioniperusoikeuksien soveltamisala ja ulottuvuus suhteessa muuhun primäärioikeuteen sekä ihmisoikeussopimuksen määrittämään suojatasoon. Osaa näistä säännöksistä, esimerkiksi oikeuksien väärinkäytön kieltoa⁷⁰ ja perusoikeuden ydinalueen koskemattomuusvaatimusta,⁷¹ voidaan pitää varsinaisina uudistuksina yhteisöjen tuomioistuimen nykyiseen doktriiniin nähden, vaikkakin on myös helppo argumentoida niiden sisältyneen jo sellaisenaan oikeuslähteenä tunnustettuun yhteiseen valtiosääntöperinteeseen.⁷² Erityisesti on joka tapauksessa huomattava 52 artiklan 5 kohta, jossa perusoikeussuojan täytäntöönpanoa rajoitetaan kokonaan uudella periaatekäsitteellä:

Euroopan unionin perusoikeuskirja, 52 artikla, 5 kohta: Tämän perusoikeuskirjan *periaatteita sisältävät määräykset* voidaan panna täytäntöön unionin toimielinten, elinten ja laitosten oman toimivaltansa puitteissa hyväksymillä lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävillä säädöksillä, täytäntöönpanosäädöksillä sekä säädöksillä, joita jäsenvaltiot antavat unionin lainsäädännön täytäntöönpanemiseksi. Ne *voidaan saattaa tuomioistuimen ratkaistavaksi vain sikäli kuin on kyse tällaisten säädösten tulkinnasta tai niiden laillisuuden valvonnasta*.

⁷⁰ 54 artikla.

⁷¹ 52 artikla, kohta 1: [...] voidaan rajoittaa ainoastaan lailla ja kyseisten oikeuksien ja vapauksien keskeistä sisältöä kunnioittaen [...].

⁷² Nykyinen perusoikeuskonsepti vahvistetaan tältä osin 52 artiklan kohdissa 3 ja 4 sekä 53 artiklassa.

Tavallisimman tulkinnan mukaan kohdassa mainituilla periaatteilla viitataan perusoikeuskirjan lukuisiin sosiaalisiin perusoikeuksiin, *suoriteoikeuksiin*,⁷³ joiden turvaaminen kuuluu pääsääntöisesti nimenomaan jäsenvaltioiden eikä unionin toimivaltaan. Säännös rajoittaa unioniperusoikeuksien soveltamisalaa kuitenkin toimivaltajakoa ankarammin, koska se estää perusoikeuden haltijaa vaatimasta unionilta uusia, periaatteiksi luokiteltuja perusoikeuksia turvaavia säännöksiä myös silloin, kun niiden säätäminen toimivaltajaon perusteella kuuluisi unionille. Ne perusoikeudet, joita ei pidetä kohdassa tarkoitettuina periaatteina, voidaan sen sijaan saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi myös vaadittaessa uutta unionin sääntelyä perusoikeussuojan turvaamiseksi.

Vaikka edellä mainittu periaatekäsite onkin erotettava perinteisestä oikeusperiaatteen käsitteestä, ja siten myös yhteisöjen tuomioistuimen nykyisestä perusoikeuskonseptista, on huomattava, että juuri sananvapautta on perusoikeutena vaikea luokitella yksiselitteisesti kummallakaan periaatekäsitteellä. Sananvapaus on yhtäältä yksi yksilön keskeisimmistä vapauksista suhteessa julkiseen valtaan, jonka takaamiseksi voidaan unionilta perustellusti vaatia toimivaltansa puitteissa myös aktiivisia lainsäätämistoimenpiteitä. Osa sananvapauden suoja-alasta kytetään kuitenkin nykyisissä eurooppalaisissa valtiosäännöissä vakiintuneesti moniarvoista viestintää palvelevan infrastruktuurin rakentamiseen ja ylläpitämiseen – ja siten nimenomaan puhtaasti suoriteoikeudelliseen sisältöön. Perusoikeuskirjan periaatteita koskeva rajausta voisi siten toteutuessaan estää ainakin osan sananvapausvaatimuksista yhteisöjen tuomioistuimessa. Aineellisoikeudellisesti tärkeimpänä unionin sananvapaussuojan muotona lienee joka tapauksessa pidettävä lainsäädännön perusoikeusvalvontaa, eli unionin primääri- ja sekundaarioikeuden tulkintaa ja sekundaarioikeuden pätevyyden arviointia sananvapauden perusteella. Tämä kuuluu luonnollisesti yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaan 52 artiklan 5 kohdan tulkinnasta riippumattakin.⁷⁴

Perusoikeuskirjan varsinaisen sananvapaussäännöksen, 11 artiklan, tulkintamahdollisuuksia yhteydessä tässä mainittuihin yleisiin säännöksiin käsitellään tarkemmin jäljempänä.⁷⁵ Keskeinen ongelma, joka sen sijaan koskee unionin valtiosääntöistymiskehitystä ja unioniperusoikeuksia yleisemminkin, on yhteisöjen tuomioistuimen mahdollisesti muuttuva rooli perusoikeusvalvonnan toteuttajana. Tuomioistuimen nykyistä perusoikeusdoktriinia on kritisoitu ennen kaikkea sen läpinäkymättömästä ja yksioikoisesta perusoikeuspunninnasta. Sen

⁷³ Saksankielisessä terminologiassa käytetään käsitettä *Leistungsrechte im engeren Sinne*. Kyse on yksilön oikeuksista vaatia valtiolta suoritteita, joiden turvaamiseksi ei julkisen vallan käyttö ole olennaista vaan jotka yksilö voisi resurssien riittäessä hankkia myös toisilta yksityisiltä oikeussubjekteilta. Tyypillisenä esimerkkinä voidaan mainita oikeudet terveydenhuoltoon ja perustoimeentuloon (ks. perusoikeuskirjan 34 ja 35 artiklat).

⁷⁴ Ks. myös Ojanen 2003a.

⁷⁵ Luku 1.4.

sijaan, että tuomioistuin arvioisi eritellen ja avoimesti perusoikeuksien rajoitus-edellytyksiä, kuten Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja jäsenvaltioiden valtiosääntötuomioistuinten on sanottu tekevän, sen on monesti sanottu viittaavan perusoikeuksiin vain yhtenä kulloistakin ratkaisua tukevana lisäperusteena. Perusoikeusloukkauksien toteamisessa yhteisöjen tuomioistuin on toistaiseksi ollut erittäin pidättyväinen. Onkin perusteltua aihetta epäillä, ovatko perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdan rajoitusperusteet – joissa ei sinänsä ole ihmisoikeussopimukseen ja valtiosääntöperinteeseen verraten mitään uutta – riittäviä muuttamaan yhteisöjen tuomioistuimen käytäntöä tehokkaamman perusoikeusvalvonnan suuntaan.⁷⁶ Ennemminkin tällainen vaikutus tuomioistuimen orientaatioon voi olla unionin perusoikeuslottuvuuden kodifioinnilla sellaisenaan.

On muistettava, että myös uuden perussopimuskokonaisuuden muiden osien säännökset vaikuttavat merkittävästi perusoikeuskirjan oikeuksien soveltamisalaan ja tulkintaan.⁷⁷ Mikäli myös nyt käynnissä oleva ratifointiprosessi keskeytyy eikä uudistus sopimus tule voimaan nykyisessä muodossaan, voi mahdollinen tämän jälkeinen primäärioikeutta koskeva uudistus tuoda muutoksia myös nyt ennakoituun perusoikeussuojaan. Kysymykseen perusoikeuksien ja sisämarkkinoiden perusvapauksien välisestä suhteesta ei sen enempää nyt kaavailtu primäärioikeusjärjestelmä kuin unionin liittyminen ihmisoikeussopimuksen osapuoleksikaan anna täsmällistä vastausta. Lähtökohtana sananvapausanalyysille voidaan siis todennäköisesti jatkossakin pitää yhteisöjen tuomioistuimen *Schmidberger*-ratkaisussa luonnostelemaa punninta-asetelmaa. Pysyvänä osana unioniperusoikeuksien merkitystä eurooppalaisen oikeuden systematiikassa voidaan pitää niin ikään välityssuhdetta yhtäältä toisistaan eroavien kansallisten perusoikeuksien ja toisaalta niiden ja unionin oikeuden omien tavoitteiden välillä.

Nykyisen uudistus sopimuksen tullessa voimaan tulisi samalla siihen liitetystä ns. Amsterdamin pöytäkirjasta⁷⁸ osa myös uutta sopimuskokonaisuutta ja siten yksi 11 artiklan sananvapaus säännöksen keskeisimmistä tulkintaohjeista. Sitova osa primäärioikeutta on pöytäkirjassa määritelty suhde julkisen palvelun joukko- viestintäjärjestelmiin kuitenkin jo nykyiselläänkin, osana voimassa olevaa Euroopan yhteisön perustamissopimusta. Oma tärkeä merkityksensä sananvapauden arvioinnilla on unionin uusien jäsen ehdokasmaiden kelpoisuus kriteerinä sekä nykyisessä että suunnitellussa säännöstössä.⁷⁹ Uutena unionin perusoikeus- suojaa vahvistavana säännöksenä voitaneen pitää uudistus sopimuksessa unioni-

⁷⁶ Esim. Eisner 2005, s. 59–63 sekä Bühler 2005, s. 473–476. Vrt. myös Ojanen 2008b sekä 2008a, s. 231.

⁷⁷ Ks. etenkin perusoikeuskirjan 52 artiklan kohta 2 sekä artiklan 51 kohta 2.

⁷⁸ Nykyiseen primäärioikeuteen pöytäkirja lisättiin Amsterdamin sopimuksessa vuonna 1999.

⁷⁹ Euroopan unionin perustamissopimuksen 6 artikla ja sen tulkintaan perustuvat ns. Kööpenhaminan kriteerit; ks. myös sopimus Euroopan perustuslaista: I-1 ja I-2 artiklat.

sopimuksen uuden 3 artiklan 5 kohtaa (ratifiointiprosessissa kaatuneen perustuslakisopimuksen I-3 artiklan 4 kohtaa), jonka mukaan unioni vaalii ja puolustaa arvojaan sekä ihmisoikeuksien suojelua nimenomaan myös kansainvälisissä suhteissaan. Sananvapauden kannalta tällä voi olla erityinen merkitys varsinkin maailman kauppajärjestön puitteissa käytävissä neuvotteluissa viestintätuotteiden ja -palveluiden kaupan vapauttamiseksi.⁸⁰

Unionin valtiosääntöistymiskehitys ja sen toteuttamiseen liittyvät ajankohtaiset ongelmat on monesti nähty vanhantyyppisen integraatiokehityksen loppupisteenä. Vaihtoehtoisina ja keskenään täysin vastakkaisina skenaarioina on puhuttu unionin politisoitumisesta liittovaltioksi ja toisaalta paluusta pelkkään sisämarkkinasääntelyyn.⁸¹ Perusoikeussuojan tarkempi määrittely ja tehostaminen on kuitenkin molemmassa kehityssuunnissa yhtä tarpeellista, sillä myös sisämarkkinoiden toimivuuteen rajoittuva ylikansallinen sääntely vaatii edelleen kehittyessään toimivaa perusoikeusvalvontaa. Unionin oikeuden nykyisen status quon selkeyttäminen, joka sekä perustuslakisopimuksen että nykyisen uudistusopimuksen keskeiseksi tavoitteeksi on asetettu, tarkoittaa sananvapaussuojan määrittelyn jäämistä pääasiassa yhteisöjen tuomioistuimen kehittämän doktriinin varaan kuten tähänkin asti. Jäsenyys Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ei tätä toimivaltaa nykyisestä oikeudellisesti juuri kaventaisi, mutta saattaisi ainakin tosiasiallisesti johtaa uudenlaiseen tilanteeseen yhteisöjen tuomioistuimen ja ihmisoikeustuomioistuimen välisessä vuorovaikutussuhteessa.⁸² Sananvapauden täsmällisen sisällön määrittäminen unionin oikeudessa jäisi ihmisoikeussopimuksen antaman harkintamarginaalin rajoissa tällöinkin lopulta yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi.

Unionin oikeuden valtiosääntöistymisestä voidaan hyvällä syyllä puhua myös Lissabonin sopimuksen pohjalta, vaikka juhlallinen eurokonstitutionalistinen retoriikka Euroopan perustuslaista liittovaltionomaisine unionin symboleineen – jonka on sellaisenaan arvioitu olleen yhtenä tärkeänä syynä perustuslakisopimuksen kaatumiseen – onkin jo tullut vähin äänin sivuutetuksi. Myös Lissabonin uudistusopimus merkitsee unionin primäärioikeuden kokonaisvaltaista ja johdonmukaista uudistusta, ylikansallisen oikeusjärjestelmän sisäisen perusoikeusulottuvuuden täsmentämistä sekä integraation lopullista irrottautumista niistä käsitteistä, jotka viittaavat pelkkään talousliittoon ilman poliittista tai kulttuurista ulottuvuutta ja valtiosääntömuotoista pohjarakennetta. Unionin oikeuden sisäisen järjestelmäarkkitehtuurin selkeyttäminen, johon uudistusopimuksella aiemman perustuslakisopimuksen tavoin pyritään, merkitsee jo itsessään siirtymistä historiallisesti eri yhteistyömuotoja koskeneiden sopimusten vähitellen

⁸⁰ Ks. tästä luku 3.2.4.

⁸¹ Vrt. Nieminen 2004, s. 609–622.

⁸² Ks. luku 1.3.

laajentuneesta kokonaisuudesta ylikansallisen unionin olemassaolon perustavanlaatuisuuteen määrittelyyn. Uudistussopimuksen mahdollinen kaatuminen ja siitä seuraavat muutostarpeet voivat toisaalta ehkä merkitä myös paluuta takaisin kohti nykyistä puhtaampaa talousliittoa.⁸³

Uuden unionisopimuksen 6 artiklan mukaan sen enempää tulevaisuudessa oikeudellisesti sitovalla perusoikeuskirjalla kuin jäsenyydellä ihmisoikeussopimuksessa ei ole vaikutusta toimivaltajakoon unionin ja sen jäsenvaltioiden välillä. Artiklan 3 kohdassa toistetaan Maastrichtin sopimuksen 6 artiklan 2 kohtaan sisältyvä toteamus siitä, että ihmisoikeussopimuksessa taatut ja yhteisestä valtiosääntöperinteestä johtuvat perusoikeudet ovat *yleisinä periaatteina* osa unionin oikeutta. Yhteisöjen tuomioistuimen itsenäisen, unionin oman perusoikeuskirjan pohjalta kehittämä perusoikeusdoktriini on siten tulevaisuudessakin sidottu kunnioittamaan näitä perus- ja ihmisoikeusjärjestelmiä. Kansallisten järjestelmien keskinäiset erot ja ihmisoikeussopimuksen jättämä harkintavara antavat kuitenkin unionin oikeudessa tehdyille sananvapaustulkinnoille toisaalta tällöinkin huomattavan merkityksen viestinnän sääntelyssä Euroopassa.⁸⁴ Oman ongelmansa doktriinin kehittämiseksi aiheuttaa nyt ennakoitu perussopimusuudistusten toistuva pysähtyminen jäsenvaltioiden ratifointiprosessiin ja perusoikeuskirjan aseman jääminen nykyiselleen. Yhteisöjen tuomioistuimen mahdollisuus käyttää perusoikeuskirjaa eräänlaisena *de facto* -oikeuslähteenä, unionin oikeuden perusoikeusvelvoitteita kuvaavana asiakirjana,⁸⁵ voi epäilemättä vahvistaa myös sananvapaussuojan asemaa, mikäli tuomioistuin ottaa perusoikeustarkastelun johdonmukaisesti mukaan ratkaisutoimintaansa. Sellaista ohittamatonta painoarvoa, joka primäärioikeuden sitovilla perusoikeusmääräyksillä unionille olisi, ei yhdelle uudelle yhteistä valtiosääntöperinnettä kuvaavalle viitelähteelle muiden joukossa tuomioistuimen ratkaisukäytännössä kuitenkaan anneta.⁸⁶

⁸³ Eduskunnan perustuslakivaliokunta on luonnehtinut unionin perustuslakisopimusta unionin jo voimassa olevan perustuslaki- ja valtiosääntöluonteisen normiston kodifikaatioksi (PeVL 9/2006 vp. sekä PeVL 36/2006 vp.). Tämä luonnehdinta kuvaa varsin hyvin myös Lissabonin sopimuksella tavoiteltavaa uutta kahden perussopimuksen kokonaisuutta (Euroopan unionista tehty sopimus ja Sopimus Euroopan unionin toiminnasta). Vrt. kuitenkin Weiler 2003, s. 9–11.

⁸⁴ Ratifointiprosessiin kaatuneessa perustuslakisopimuksessa unionin oikeuden yleinen etusija oli kirjattu sääntönä sopimuksen I-6 artiklaan. Ojanen (2003b, s. 1157–1158) on esittänyt, että yhteisöjen tuomioistuimen hienojakoisen etusijaperiaatedoktriinin muuttuminen jyrkäksi säännök-si voisi yhdessä perusoikeuskirjan 52 artiklan kategorisoinnin kanssa olla uhka kansallisen valtiosääntöjärjestelmien taloudellisten, sosiaalisten ja kulttuuristen perusoikeuksien toteutumiselle niissä jäsenvaltioissa, joissa näille oikeuksille annetaan lähtökohtaisesti sama painoarvo kuin poliittisille vapausoikeuksillekin. Tämä ongelma on Lissabonin sopimuksen kautta sikäli väistynyt, että unionin oikeuden etusija on määritelty ainoastaan sopimukseen liitettyssä julistuksessa 17, jossa viitataan nykyiseen yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön.

⁸⁵ Ks. yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Parlamentti v. neuvosto* (C-540/03, 27.6.2006) kohdat 38 ja 105 sekä Jääskinen 2007, s. 387.

⁸⁶ Ks. myös Ojanen 2006, s. 192–198 sekä 2008a, s. 228–231.

1.2 EUROOPPALAINEN SANANVAPAUSPERINNE JA SANANVAPAUSIDEOLOGIAN ANTINOMIA

1.2.1 Yleistä

Yhteisöjen tuomioistuimen sitoutuminen yhteiseen oikeudelliseen traditioon oikeuslähteenään voidaan perustellusti käsittää eräänlaisena heikosti velvoittavana julistuksena. Mikäli lähes kolmenkymmenen eurooppalaisen jäsenvaltion valtiosäännöillä yleensäkin on tarpeeksi yhteistä tulkintasääntöjen lähteeksi, on varmasti selvää, että yhteisen perinteen soveltaminen jättää tulkitsijalleen laajan harkintavallan kansallisten säännösten ja tuomioistuinratkaisujen välillä. Riittävän kattavan oikeusvertailun on katsottu myös jäävän käytännössä tuomioistuimen resurssien ulottumattomiin. Tästäkin huolimatta olisi unionin sananvapausmääritelmän ongelmaa ja varsinkin sananvapautta koskevaa argumentaatiota vaikea ymmärtää ilman katsausta sananvapauskäsitteeseen Euroopan oikeudellisessa ja yhteiskuntafilosofisessa historiassa. Nimenomaan sananvapautta koskevissa tulkinnoissa on varsin tavallista viitata legitimoivaan perinteeseen tai toisaalta tuoda esiin kriittisiä katkoksia tässä perinteessä. Ei ole pelkkää sattumaa, että juuri sananvapautta koskevassa lausunnossaan ihmisoikeustuomioistuimen tuomari hakee vertailukohtia vuosisadan takaisesta Baudelaire-oikeusprosessista⁸⁷ tai yhteisöjen tuomioistuimen julkisasiamies siteeraa Immanuel Kantia.⁸⁸ Vapaata viestintää koskevissa arvoargumenteissa on jäsenvaltioiden oikeuskulttuureissa sekä historiallisesti että nykyisellään paljon yhteistä. Oikeustieteellisessä teoriassa on jopa mahdollista tehdä lähtökohtainen ero eurooppalaisen ja amerikkalaisen sananvapausperinteen välillä, vaikka tuomioistuinratkaisut useissa aineellisoikeudellisissa yksityiskohdissaan toisiaan lähenevätkin.⁸⁹

Selkeimpänä ja soveltamiskelpoisimpana ilmauksena jäsenvaltioiden yhteisestä sananvapausperinteestä on usein pidetty Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaa ja sen tulkintakäytäntöä. Paitsi että kaikki unionin jäsenvaltiot ovat sitoutuneet ihmisoikeussopimukseen, sen erityinen merkitys unionin oikeuden lähteenä on tunnustettu niin yhteisön tuomioistuimen ratkaisukäytännössä kuin unionin kirjoitetussa primäärioikeudessaakin.⁹⁰ Unionin oikeuden sidonnaisuutta ihmisoikeussopimuksen ulkopuoliseen valtiosääntöperinteeseen onkin monesti

⁸⁷ Tuomari Spielmannin eriävä mielipide ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Müller* (28.4.1988).

⁸⁸ Julkisasiamies Mancinin ratkaisuehdotus 5.4.1984 asiassa *Albertini – Montagini* (338/82, 17.5.1984), kohta 5, sekä edellistä siteeraava julkisasiamies Colomerin ratkaisuehdotus 13.9.2001 asiassa *Cwik* (C-340/00 P, 13.12.2001), kohta 37.

⁸⁹ Ks. luku 1.2.5.

⁹⁰ Euroopan unionin perustamissopimuksen 6.2 artikla. Suunnitellussa uudessa primäärioikeudessa perusoikeuskirjan johdanto, 52 artiklan 3 kohta ja 53 artikla.

pidetty ennen kaikkea yhteisöjen tuomioistuimen autonomista tulkintakompetenssia turvaavana konstruktiona. Määrittämällä itse omalakisien suhteensa valtiosääntöperinteeseen, jota ihmisoikeussopimus konkretisoi vain osaltaan, tuomioistuin pidättää itsellään aseman unionin oikeuden tulkitsijana myös perus- ja ihmisoikeuksien osalta. Paitsi että tämä voi johtaa tulkinnalliseen ristiriitaan tuomioistuinten välillä, se oikeuttaa – joissakin tapauksissa ehkä myös velvoittaa – takaamaan valtiosääntöperinteessä tunnustetuille perusoikeuksille unionin oikeudessa ihmisoikeustuomioistuimen turvaamaa minimitasoa korkeamman oikeussuojan. Kompetenssi tulkita yhteistä valtiosääntöperinnettä on tässä yhteydessä syytä ymmärtää samalla unionin oikeuden ja kansallisten perusoikeusjärjestelmien välisiä konflikteja ehkäisevänä instrumenttina.⁹¹

Ei ole syytä unohtaa, että perusoikeudet ovat yleisesti kansallisissakin valtiosääntöjärjestelmissä kiinteämmin sidoksissa aatehistorialliseen ja kansainväliseen kontekstiin kuin tavallisen lain säännökset. Poikkeukselliseksi yhteisöjen tuomioistuimen näkökulmaa ei siten tee sitoutuminen oikeudelliseen perinteeseen itsessään, vaan ennemminkin pyrkimys sitoa kansallisten järjestelmien perusoikeudet yhdeksi yhteiseksi eurooppalaiseksi valtiosääntöperinteeksi. Jollakin tasolla yhteinen eurooppalainen sananvapausperinne on varmasti olemassa, mutta sen sitovaan yhdenmukaiseen tulkintaan liittyvät väistämättä sekä arvottavan oikeusvertailun kompleksisuuden että tuomioistuimen riittämättömän toimivallan ongelmat. Säännökset ja tulkintaratkaisut, jotka sananvapauden sisältöä eri jäsenvaltioissa konkretisoivat, sisältävät huomattavan laajan spektrin yksityiskohtaisia sääntöjä viestinnän vapauksista ja vastuista, joita keskinäisine eroineen ei luonnollisestikaan voi unionin oikeudessa toteuttaa. Joissakin kysymyksissä kansallisia sääntöjä yhdistävät periaatteet voivat toisaalta olla niin selviä, että niistä poikkeaminen voidaan perustellusti tulkita yhteisen valtiosääntöperinteen ja siten myös unionin oikeuden vastaiseksi.

Yhtenä tärkeimmistä yhteisistä nimittäjistä eurooppalaisessa sananvapausperinteessä voidaan epäilemättä pitää sananvapauden sisäistä antinomiaa liberalistisen vapausoikeussisällön ja viestinnän moniarvoisuusturvan välillä. Sananvapautulkintojen ja viestintää koskevien argumenttien aatehistoria on tässäkin mielessä tärkeä selittävä konteksti niille arvopunninnoille, jotka nykyisellään tai tulevaisuudessa kuuluvat unionin oikeuden alaan ja yhteisöjen tuomioistuimen tehtäviin. Viestinnän kansainvälistymisen aiheuttamat haasteet ja varsinkin unionin jo sellaisenaan tavoittelema viestintätuotteiden ja -palveluiden kehittyvä rajat ylittävä kauppa sisämarkkinoilla ovat joka tapauksessa omiaan lisäämään unionin roolia sananvapauspuolustajana ja uudistajana, niin tiedotusvälineiden kuin yleisönkin oikeuksien kannalta. Luomalla uskottavan ja avoimesti

⁹¹ Ihmisoikeussopimuksesta unionin oikeuden lähteenä tarkemmin luvussa 1.3.

perustellun oikeuslähdesuhteen valtiosääntöperinteen tarjoamiin sananvapausmääritelmiin yhteisöjen tuomioistuin voi parhaimmillaan edistää viestintää koskevan lainsäädännön harmonisointia ilman tulkintakonflikteja kansallisen perusoikeussuojan ja unionin oikeuden välillä. Yhteinen valtiosääntöperinne toimii tällöin lähteenä niille argumenteille, joita sananvapausvalvonnassa ei unionin oikeudessakaan voida sivuuttaa.

1.2.2 Liberalistinen sananvapausideologia

Määriteltäessä sananvapautta sen klassisessa merkityksessä tai puhuttaessa sananvapauden alkuperäisestä sisällöstä oikeushistoriassa on epäilemättä aloitettava yksilön *vapausoikeuden* käsitteestä. Sananvapaus kuuluu vapausoikeutena liberalistisen perusoikeusideologian keskeisimpiin komponentteihin yksilön ja valtion oikeuspiirin välisessä rajauksessa, liberalismiin viestintää koskevana osana yleisempää luonnonoikeudellista, myöhemmin valtiosääntöistettyä vapausoikeuskäsitettä. Klassisessa merkityksessä yksilön oikeutta sananvapauteen vastaa valtion ehdoton velvollisuus pidättäytyä toimenpiteistä, jotka estäisivät tai vaikeuttaisivat tämän oikeuden käyttöä; valtiolta puuttuu toisin sanoen valtiosääntöoikeudellinen kompetenssi puuttua vapaaseen viestintään. Vapausoikeudet on tämän näkökulman mukaisesti nimetty yksilön *torjuntaoikeuksiksi* ja *negatiivisiksi vapauksiksi* (Abwehrrechte; negative liberties, libertés négatives).

Negatiivista vapautta suhteessa valtioon pidetään nykyäänkin varsin tavallisesti sananvapauden ydinsisältönä, jota eräät moniarvoisuusturvaan liittyvät velvollisuudet ainoastaan poikkeuksina täydentävät ja rajoittavat. On edelleenkin mahdollista argumentoida myös sananvapauden puhtaan vapausoikeustulkinnan puolesta.⁹² Viestinnän moniarvoisuus sijoitetaan tällöin varsinaisen perusoikeussisällön ulkopuolelle, osaksi perusoikeusrajoituksiksi hyväksytyjä, yhteiskunnan yleiseen etuun kuuluvia arvoja. Tällaisen tulkinnan ongelmana on kuitenkin perusoikeussisällön äärimmäinen formalisoituminen – erkaantuminen yksilön todellisista viestinnällisistä tarpeista ja tavoitteista, joita sananvapaussäännösten voidaan jo sanamuotonsa perusteella katsoa turvaavan. Eurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä onkin yleisesti tasapainotettu muodollista vapausoikeusnormia moniarvoisen viestinnän sisällöllisillä velvollisuuksilla, mikä on johtanut jäljempänä luonnosteltavaan antinomiseen sananvapauskäsitteeseen.⁹³ Klassinen formaali vapausoikeussisältö ei silti ole nykyiselläänkään menettänyt merkitystään, vaan muodostaa monissa soveltamistilanteissa edelleenkin ensisijaisen mittapuun viestintäoikeudellisen sääntelyn perusoikeusvalvonnalle.

⁹² Esim. Baker 1992; Engel 1993 sekä Uwer 1998; ks. myös Brugger 1990, s. 148–150.

⁹³ Ks. luvut 1.2.3 ja 1.2.4.

Liberalistisen sananvapauskäsitteen syntyhistoria ajoitetaan yleensä uuden ajan alkuun ja uskonpuhdistusten aikakauteen, vaikka tavallista on toisaalta viitata paljon vanhempaankin sananvapausperinteeseen, etenkin antiikin Ateenan *parresia*-instituutioon. Ateenalaisessa yhteiskunnassa vapaan kansalaisen oikeuksiin kuului paitsi vapaus osallistua kaupungin agoralla käytävään julkiseen keskusteluun (ns. *isegoria*), lähtökohtaisesti myös sisällöllinen vapaus esittää itse oikeaksi katsomiaan mielipiteitä (varsinainen *parresia*). Usein siteeratun Aisykloksen tekstin mukaan ”kilpailunhimoinen riita siitä, mikä on hyvää, osoittautuu ajan myötä menestyksekkääksi”.⁹⁴ Paitsi että mielipiteenilmausten ennakkollinen sensuuri oli kiellettyä, kaupunkivaltion oikeuskulttuuri oli ainakin jossakin määrin suopea päätöksentekoa tukevalle argumenttien paljoudelle. Erityisesti taiteellista ilmaisua kuten teatteria kohtaan ateenalainen oikeus oli kehittynyt myös jossakin määrin suvaitsevaiseksi. Yksilön perustavanlaatuisesta vapausoikeudesta liberalistisen ideologian tarkoittamassa mielessä ja nykyisestä suvaitsevaisuusperiaatteesta *parresia* oli kuitenkin kaukana. Sananvapauden väärinkäytöstä annetut tuomiot olivat äärimmäisen ankaria, ja yhteisön homogeenisen moraalikäsitteen vuoksi poikkeavat mielipiteet voitiin varsin herkästi tulkitua rangaistaviksi.⁹⁵

Arvioita siitä, mikä merkitys ateenalaisella oikeudella on ollut myöhemmän sananvapausideologian syntyhistorialle, esitetään kirjallisuudessa varsin harvoin. Katkeamattomasta eurooppalaisesta sananvapausperinteestä on oikeushistoriasa antiikin Ateenan ja uuden ajan alun välillä joka tapauksessa perusteetonta puhua. Yksi tuona aikana vallinnutta traditiota hyvin kuvaava malli on Platonin valtioteoria, jonka mukaan on monesti viitattu *platonilaiseen viestintäoikeustraditioon*.⁹⁶ Toisin kuin varhaisemmassa ateenalaisessa yhteiskunnassa, Platonin teorian mukaisessa yhteisössä yksilön ja valtion viestinnälliset roolit erotettiin selkeästi toisistaan. Kansalaisten mielipiteet alettiin nähdä ennen kaikkea ilmauksina subjektiivisista havainnoista ja tarpeista, jotka rationaalisen päätöksentekoperustan sijaan johtivat kriittisiin konflikteihin yksittäisten kansalaisten ja kansalaisryhmien välillä. Valtion tehtäväksi muodostui näiden konfliktien ratkaiseminen, yhteisön sisäisen rauhan turvaaminen toteuttamalla päätöksissään yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta. Sensuurin Platon näki ehdottoman legitiiminä keinona pyrkiä aineelliseen oikeudenmukaisuuteen. Hallitsevan filosofi-

⁹⁴ Esim. Dicke 1986, s. 69. Toinen usein siteerattu antiikin Ateenan aikainen teksti on peräisin Isokrateelta: ”Toisinaan viisaimmatkin puhujat hukkaavat ajatuksen, kun taas yleensä omaan arvoonsa jätetty tavallinen tuntematon löytää hyvän idean, joka myöhemmin huomataan parhaaksi”, esim. Wallace 2004, s. 221. Suomennokset kirjoittajan.

⁹⁵ Colclough 2005, s. 16–23; Saxonhouse 2006, s. 85–99; Carter 2004; Raaflaub 2004; Wallace 2004; van Raalte 2004; Mulhern 2004; Bielefeldt 1991, s. 65–71; Held 1986; Dicke 1986, s. 69–72 sekä Scholz 2000.

⁹⁶ Kortteinen (1996, s. 35–39) puhuu samassa merkityksessä *aristotelisestä traditiosta*.

kuninkaan, *epistemokraatin*, tehtävänä oli säännellä välitettävän informaation oikeellisuutta, erottaa totuudet väärin tietojen aiheuttamista erehdyksistä ja sivittää yhteisön jäseniä totuudenmukaisella informaatiolla. Viestinnän aktiivinen sääntely ja valvonta muodostui kiinteäksi osaksi yleistä valtiollista vallankäyttöä, jota se on tietysti mielessä edelleenkin.⁹⁷

Kuten edellä on jo mainittu, ei sananvapaus uuden ajan alkuun mennessä toteutunut eurooppalaisessa oikeudessa edes antiikin Ateenaa vastaavalla tasolla. Varsin kuvaavaa on, ettei roomalainen oikeus, joka sinällään muodostaa ehkä tärkeimmän yhteisen perustan Euroopan oikeusjärjestelmän kehitykselle, tarjoa edes latinankielistä vastinetta *parresia*-käsitteelle. Joitakin tarkemmin määriteltyjä puheoikeuksia vapaan kansalaisen (*civis liber*) oikeusasemaan on todettu sisältyneen, mutta yleisempää oikeutta esittää valitsemiaan mielipiteitä ei sellaisenaan taattu edes Rooman senaatin puhujille. Keskiajalla ruhtinaan valtaoikeuksiin kuului niin ikään platonilaisen perinteen mukaisesti määrätä valtiossa julkisesti esitettävistä mielipiteistä. Varsinaista ennakkosensuurimekanismia ei kuitenkaan tunnettu – eikä toisaalta joukkoviestinnän alhaisen volyymin vuoksi tarvittukaan – ennen kirjapainotaidon kehittymistä 1400-luvun lopulla. Kirjapainotekniikan mukanaan tuoma julkisen tiedonvälityksen räjähdysmäinen nopeutuminen sen sijaan teki pian ennakkosensuurista viestintäoikeuden ehdottoman pääsäännön kaikkialla Euroopassa.⁹⁸ Esimerkkinä jälkikäteisten sanktioiden ankaruudesta voidaan puolestaan mainita herttua Ernst Augustin laki 1737, joka määräsi ”kaikenlaisesta alamaisten järkeilystä” puolen vuoden kuritushuonetuomion.⁹⁹

Ilmeisimpänä syynä uuden sananvapauden syntyyn ja sensuurin lakkauttamiseen Euroopassa on erityisesti mainittava valistusfilosofiasta ja luonnonoikeudellisista teorioista aatekehityksensä saaneet suuret porvarilliset vallankumoukset 1700-luvun lopulla ja 1800-luvulla. Vapaata viestintää koskevien ihanteiden nouseminen osaksi kansalaisten arkipäivää ja tietoisuutta on toisaalta yhdistetty myös näitä edeltäneisiin yhteiskunnallisiin muutoksiin, varsinkin oikeudenkäytön jokapäiväistymiseen sekä uskonpuhdistuksiin liittyneisiin konflikteihin. Osallistuminen oikeusprosesseihin todistajana tai asianosaisena niin suullisesti kuin kirjallisestikin toi yhä useamman kansalaisen foorumille, jossa päätöksenteko perustui valtiollisen vallankäytön ohella ennen kaikkea osapuolten vapaaseen rationaaliseen argumentaatioon. Uskonsotien aikakaudella suurelle osalle eurooppalaisia tuli negatiivisessa mielessä tutuksi niin katolinen uskonpuhdistusta ehkäisevä sensuuri kuin protestanttinen vastauskonpuhdistusta vastaan

⁹⁷ Platon 1999, kohdat 433 a–b, 443 c–d, 473 c–e ja 540 d–e. Ks. Held 1986, s. 12–15; Bielefeldt 1991, s. 65–66; Dicke 1986, s. 71–71 sekä Kortteinen 1996, s. 35–36; ks. myös luku 1.2.3.

⁹⁸ Willoweit 1990, s. 105–107 sekä Peignot 1970, s. 4–44.

⁹⁹ Siteerattu teoksessa Rühl 1998, s. 35; suomennos kirjoittajan.

suunnattu sensuurikin. Yhtenä tunnettuna esikuvana yleisemmälle sananvapaudelle toimi epäilemättä myös Englannin kansanedustajille jo vuonna 1689 annettu vapaus esittää vastakkaisia mielipiteitään parlamentin istunnoissa.¹⁰⁰

Varhaisimmassa ja ehkä puhtaimmassa muodossaan liberalistinen sananvapausideologia kiteytyy englantilaisen John Miltonin tunnetussa kirjelmässä *Areopagitica* vuodelta 1644. Monessa mielessä aikaansa edellä oleva teksti puolustaa vapaata, ennalta sensuroimatonta viestintää välttämättömänä keinona saavuttaa totuudenmukaista tietoa, jota yhteiskunta tarvitsee kehittyäkseen:

”[Sensuuri] toimii ennen kaikkea vastuksena kaikelle oppimiselle, ja totuuden pysäyttäjänä, ei vain lamauttamalla ja tylsyttämällä kykymme niissä asioissa, jotka jo tunnemme, vaan myös estämällä ja poistamalla keksintöjä, joita vielä voitaisiin tehdä niin uskonnollisen kuin maallisenkin tiedon alalla. [...] On melkein kuin ihmisen tappamista tuhota hyvä kirja. Se joka tappaa ihmisen, tappaa järjellisen olennon, Jumalan kuvan; mutta se joka tuhoaa hyvän kirjan, tappaa järjen itsensä, Jumalan kuvan sellaisena kuin se on ajatuksissamme. [...] [Huonot kirjat] palvelevat harkitsevaa ja arvostelukykyistä lukijaa monessa suhteessa paljastaen, väääräksi osoittaen, varoittaen ja havainnollistaen. [...] [K]aikki mielipiteet, jopa virheelliset, ovat tunnettuna, luettuna ja vertailtuina tärkeä apu ja palvelus kaikkein totuudenmukaisimman tiedon saavuttamiseksi [...] Totuus ja ymmärrys eivät ole tavaroita, jotka voitaisiin monopolisoida ja myydä lipukkein, säännöin ja normein [...] Ja vaikka kaikki doktriinit päästettäisiin virtaamaan vapaasti maan päällä, eli Totuus olisi uhattuna, teemme väärin, kun lupia jakamalla ja kieltoja asettamalla epäilemme sen voimaa. Antakaamme Totuuden ja Vääryyden kamppailla. Kuka on koskaan kuullut Totuuden jäävän alakynteen vapaassa ja avoimessa yhteenotossa? [Vääryyden] osoittaminen väääräksi on paras ja varmin tapa sen tukahduttamiseksi.”¹⁰¹

Käsitystä totuuden saavuttamisesta vapaan mielipiteenvaihdon kautta, sulkematta lähtökohtaisesti väärinä tai sopimattomina pidettyjä argumentteja vertailun ulkopuolelle, voidaan pitää koko liberalistisen sananvapauskäsitteen ydinajatuksena. Miltonin teksti sisältää itse asiassa jo ajatuksen *suvaitsevaisuusperiaatteesta*, huonojenkin kirjojen tärkeästä arvosta rationaaliselle totuushakuiselle ajattelulle.¹⁰² Optimistinen hypoteesi totuuden voitosta avoimessa diskurssissa johtaa

¹⁰⁰ Willoweit 1990, s. 113; Stourzh 1990, s. 122; Siemann 1990 s. 11–14 sekä Ingelhart 1998, s. 30–31.

¹⁰¹ Milton 2006.

¹⁰² Tässä yhteydessä on tosin huomattava, että Milton sulki *Areopagitan* muuten johdonmukaisesti toistetusta *suvaitsevaisuusideasta* poiketen *papism* eli katolisen vastauskonpuhdistuksen vapaasti levitettävän viestinnän ulkopuolelle. Tämä lienee tulkittava aikaansa kuuluvaksi poliittiseksi välttämättömyydeksi, joka on sinänsä koko tekstin johtoajatuksen vastainen, mutta tarjoaa samalla hyvän esimerkin uskonnollisen viestinnän edelleenkin jatkuvasta erityisasemasta sananvapauden kannalta. Ks. erityisesti luvut 1.3.2 ja 3.3.3. Kortteisen (1996, s. 34) tulkinnan mukaan sananvapaus oli Miltonille nimenomaan vapautta ennakkosensuurista: ankaratkin jälkikäteiset tuomiot sopimattomista viesteistä hän hyväksyi. Mahdollista on kuitenkin tulkita jälkikäteisten

viestinnän sääntelyn, varsinkin ennakkosensuurimekanismin tarpeettomuuteen. Käytännön tason ongelmana Milton mainitsee sensorin roolin mahdottomuuden, utopistisen vaatimuksen inhimillisestä erehtymättömyydestä kirjojen sisällön arvostelussa.

Miltonin tekee eurooppalaisen sananvapausideologian kehityksessä merkittäväksi etenkin Areopagitian vaikutus Ranskan ihmisoikeusjulistuksen sananvapausäännöksen valmisteluun.¹⁰³ Sananvapausvaatimus sinänsä oli noussut Ranskan vallankumouksen aikana hämmästyttävän nopeasti poliittiseksi selviöksi, vaikka yhteiskunta olikin vielä pääosin lukutaidoton ja rakenteissaan äärimmäisen epädemokraattinen. Oma tärkeä merkityksensä oikeuspolitiikassa oli luonnollisesti myös kriittisellä valistusfilosofialla sekä teorioilla ihmisen luonnollisista oikeuksista, jotka varsin yksimielisesti puolustivat sensuurin lakkauttamista ja sananvapautta.¹⁰⁴ Perusoikeussuojan alan tarkempi määrittely kuitenkin herätti kansalliskokouksessa huomattavasti erimielisyyttä. Etenkin jakobiiniedustajat kuten Robespierre ja Condorcet vaativat julistukseen joko rajoituksetonta sananvapautta tai kaikkien hyväksyttävien rajoitusten tyhjentävää kirjaamista itse artiklaan. Lopullinen teksti noudatti kuitenkin maltillisempaa, de la Rochefoucauld'n ja Mirabeauun säännöshetkistä, joka olennaisesti Miltonin ajatuksiin nojautuen korosti nimenomaan ennakkollisen sensuurin poistamista.¹⁰⁵ Vuoden 1789 ihmisoikeusjulistuksen teksti sisälsi yleisen toisten oikeuksia koskevan rajoitusedellytyksen ja myöhempi, vuoden 1791 perustuslakiin liitetty versio puolestaan nimenomaisen lakivarauksen:

Ihmisoikeuksien julistus 1789, 7 artikla: *Kukaan ei ole vastuussa ajatuksistaan ja tunteistaan; jokaisella ihmisellä on oikeus puhua tai vaieta; mitään tapaa julkaista ajatuksiaan tai tunteitaan ei voida kieltää keneltäkään, ja erityisesti jokainen on vapaa kirjoittamaan, painamaan tai painattamaan mitä haluaa, sillä ainoalla ehdolla, ettei tämä loukkaa toisten oikeuksia.* Lisäksi jokainen kirjoittaja voi myydä ja antaa myytäväksi tuotoksiaan ja levittää niitä vapaasti postin välityksellä ja kaikilla muillakin tavoilla [...]

sanktioidenkin rajoittuneen Areopagiticassa nimenomaan uskonnolliseen viestintään ja edellä mainittuun katoliseen propagandaan.

¹⁰³ Areopagita tuli Ranskan valtiopäivillä tutuksi varsinkin de la Rochefoucauld'n sekä Mirabeauun toimesta. Mirabeau julkaisi vuonna 1792 teoksesta Ranskan oloihin sovelletun tunnetun käännöksen "Sur la liberté de la presse, imité de l'anglais Milton". Ks. Le Mire 1993; Peignot 1970; Söderhjelm 1900, s. 43 sekä Wilke 1984, s. 10.

¹⁰⁴ Merkittäviä ovat Miltonin ohella varsinkin Rousseauun, Spinozan, Montesquieun ja Locken teoriat. Tunnettu iskulause "Olen valmis tappelemaan kuolemaan asti teidän ideoitanne vastaan, mutta myös antamaan henkeni sen puolesta, että voitte ne ilmaista" on peräisin Voltairelta. Ks. Hersch 1969, s. 224–230; Bissardon 2003, s. 112; Canavan 1984, s. 41–72; Saada-Gendron 1999, s. 216–218 sekä Ingelhart 1998, s. 36–150.

¹⁰⁵ Le Mire 1993; Peignot 1970 sekä Söderhjelm 1900.

Ihmis- ja kansalaisyhteisöjen julistus, Ranskan perustuslaki 1791, 11 artikla: Ajatusten ja mielipiteiden vapaa viestintä on yksi ihmisen arvokkaimmista oikeuksista; jokainen kansalainen voi siten *puhua, kirjoittaa ja painaa* vapaasti, lukuun ottamatta vastuuta tämän oikeuden väärinkäytöstä *laissa määrättyissä tilanteissa*.¹⁰⁶

Vaikka ankarat sanktiot sananvapauden väärinkäytöstä jatkuivat Ranskassa vallankumouksen jälkeenkin – ja vaikka myös ennakkosensuuri otettiin maassa vielä useaan otteeseen uudelleen käyttöön – oli ihmisoikeusjulistuksella kiistatta merkittävä esikuvavaikutus eurooppalaiselle viestintäoikeuskulttuurille. Huomionarvoista vuoden 1789 säännöstekstissä on etenkin sen *tekniikkaneutraali*, kaikki ajateltavissa olevat viestintämuodot kattava sananvapausmääritelmä. Sen lisäksi, että säännöksellä poistettiin nimenomaan kirjapainotoimintaa sääntelevä ennakkosensuurijärjestelmä, määriteltiin ajatusten ja mielipiteiden viestintä myös yleisemmin ihmisen perustavanlaatuiseksi oikeudeksi. Säännöksen ensimmäisessä lauseessa määritellään *mielipiteenvapaus*, yksilön oikeus pitää mielipiteitä, rajoittamattomaksi ihmisoikeudeksi.¹⁰⁷

Tärkein täydennys, jonka vallankumouksen valistusfilosofia ja myöhemmin 1800-luvun oikeudellinen argumentaatio Miltonin suvaitsevaisuuskonseptiin tarjosi, oli epäilemättä juuri ajatus sananvapaudesta jokaisen luonnollisena oikeutena, yksilön välttämättömänä tapana toteuttaa itseään, kehittyä ihmisenä ja osallistua sosiaaliseen elämään. Tämä on myöhemmin nimetty *sananvapauden subjektiiviseksi perusteluksi*. Tunnetuimpia ovat varsinkin Immanuel Kantin ja John Stuart Millin kirjoitukset sananvapaudesta yksilön synnynnäisenä oikeutena. Molemmissa korostuu ennen kaikkea esteettömään viestintään perustuva vastavuoroinen suhde yksilön ja yhteisön välillä. Avoin mielipiteenvaihto on yhtäältä yksilön keino kontrolloida ajatuksiaan ja edistyä oppimisessaan sekä toisaalta yhteisön keino hyödyntää yksilöidensä innovaatioita. Viestinnän valtiollisen ohjauksen sekä Kant että Mill näkevät ainoastaan esteenä niin yksilön kuin yhteisönkin kehitykselle. Toisaalta kuitenkin molemmat suhtautuvat jossakin määrin Miltonia kriittisemmin itseohjautuvaa totuutta koskevaan optimismiin.

¹⁰⁶ Esim. Peignot 1970, s. 150–152. Suomenmokset ja kursivoinnit kirjoittajan. Vuonna 1793 alkaneen jakobiinidiktatuurin aikana rajoitusedellytykset poistettiin ja sananvapaus määriteltiin rajoittamattomaksi oikeudeksi (acte constitutionnel, 24.6.1793, ihmis- ja kansalaisyhteisöjen julistus, 6 artikla): ”Oikeutta tuoda esiin ajatuksensa ja mielipiteensä joko painettuna tai muulla tavalla ei voida kieltää”. Käytännössä lehdistö oli kuitenkin hallinnon valvonnassa.

¹⁰⁷ Mielipiteenvapautta ja sananvapautta (ilmaisuvapautta) koskien on tullut tunnetuksi ns. *Condorcet’n vasaravertaus*, jossa kirjapainotekniikan käyttöä verrataan vasaran käyttöön: molempien omistamisen ja käyttämisen on oltava vapaata ilman ennakkolista lupaa, mutta molempia voidaan väärinkäyttää tavoilla, jotka ovat rangaistavia. Vrt. Montesquieu 1941, s. 12–13 ja Haarscher 1995. John Stuart Millin mukaan näitä kahta oikeutta ei kuitenkaan voida erottaa toisistaan (Mill 2006, I luvun 9. kappale). Ks. myös luku 1.2.4.

Kantin teorian lähtökohta on idea *yleisestä ihmisjärjestä*, yhteisesti saavutetusta tiedosta, jonka kartuttamiseen yhteisön jäsenet mielipiteitään jakamalla osallistuvat. Ajatusten ilmaiseminen ja saattaminen toisten arvioitaviksi on paitsi yksilön luonnollinen oikeus, myös hänen moraalinen velvollisuutensa toisia kohtaan. Eri mielipiteiden intersubjektiviivinen arviointi, *criterium veritatis externum*, toimii innovaatioiden kontrollimekanismina, joka paljastaa yksilöiden ajattelussaan tekemiä virheitä. Koska osallistujien ja ratkaisuvaihtoehtojen mahdollisimman suuri määrä ja monipuolisuus edistävät viestintäprosessin rationaalisuutta, voi sensuuri toimia ainoastaan prosessin vastavoimana. Sananvapaus on Kantin mukaan sellaisenaan välttämätön ehto oikeusvaltiolle, sillä ilman vapautta kritisoida ja ilmaista mielipiteitään ei myöskään muuta oikeudenmukaisuutta voisi yhteiskunnassa tehokkaasti vaatia. Yksilön oikeudet jäisivät tällöin ainoastaan hallitsijan subjektiivisesti määräämiksi armoakteiksi.¹⁰⁸

Totuuden saavuttaminen vapaan viestinnän kautta jää Kantin teoriassa riippumaan diskurssin tosiasiallisesta tehokkuudesta, johon hän ei empiiristen väitteiden tasolla varsinaisesti ota kantaa. John Stuart Mill, joka niin ikään vaatii valtion ehdotonta puuttumattomuutta sananvapauteen, näkee uhkana totuutta tavoittelevalle viestintäprosessille ennen kaikkea *enemmistön tyrannian* vähemmistöä kohtaan, yhteisölle ominaisen pyrkimyksen konformismiin ja poikkeavien mielipiteiden vaijentamiseen:

”Jos koko ihmiskunta yhtä lukuun ottamatta olisi yhtä mieltä ja vain yksi henkilö olisi vastakkaista mieltä, ihmiskunta ei olisi yhtään enempää oikeutettu vaijentamaan tätä yhtä henkilöä kuin hän, jos hänellä olisi riittävä valta, olisi oikeutettu vaijentamaan ihmiskunnan. [...] [E]rityinen paha mielipiteenilmauksen vaijentamisessa on se, että se ryöstää koko ihmiskunnalta; tulevilta samoin kuin olemassa olevaltakin sukupolvelta; vielä enemmän niiltä, jotka ovat asiasta eri mieltä, kuin niiltä, jotka kyseistä mielipidettä kannattavat. Jos mielipide on oikea, heiltä riistetään tilaisuus vaihtaa erehdys totuuteen: jos se on väärä, he menettävät, mikä on melkein yhtä suuri etu, selvemmän käsityksen ja elävämmän vaikutelman totuudesta, mikä syntyisi sen törmäessä yhteen erehdyksen kanssa. [...] Emme koskaan voi olla varmoja, että mielipide jonka yritämme tukahduttaa on virheellinen mielipide; ja vaikka olisimmekin, sen tukahduttaminen olisi silti väärin. [...] Jokainen keskustelun hiljentäminen on oletus erehtymättömyydestä.”¹⁰⁹

Millin viittauksia mielipiteiden tukahduttamiseen on tulkittu monella tavalla. Varsin kiistatonta on, että Mill suhtautui sananvapauteen nimenomaan vapausoikeutena, johon valtiolla ei ainakaan ollut yleistä oikeutta puuttua. Yhteiskunnan

¹⁰⁸ Hinske 1986; Hatzenberger 1999, s. 230–232 sekä Brugger 1990, s. 160–167.

¹⁰⁹ Mill 2006, II luvun (“Of the liberty of thought and discussion”) 3 ensimmäistä kappaletta. Suomennos kirjoittajan.

tehtäväksi hän kuitenkin toisaalta määritteli aktiivisen taistelun enemmistön tyranniaa ja vähemmistömielipiteiden vaihtamista vastaan. Tässä mielessä Millin teoria voidaan helposti yhdistää myös valtion positiivista turvaamisvelvollisuutta puolustaviin argumentteihin. Tunnetuimmiksi viittaukset Milliin ovat tästäkin huolimatta tulleet varsinkin amerikkalaisen *free trade in ideas* -doktriinin yhteydessä, jonka voidaan ehkä katsoa olevan lähempänä Miltonin alkuperäistä liberalistista optimismia. Klassinen muotoilu doktriinista on peräisin Yhdysvaltain korkeimman oikeuden tuomari Oliver Wendell Holmesilta vuodelta 1919:

”[...] Mutta kun ihmiset ovat oivaltaneet, että aika on tuonut yhteen useita vastakkaisia uskomuksia, he voivat uskoa jopa lujemmin kuin uskovat itse oman käyttäytymisensä perustaan, että lopullinen hyvä on paremmin saavutettavissa ideoiden vapaan vaihdon kautta – että paras totuudesta on ajatuksen kyky saada itsensä hyväksytyksi markkinoiden kilpailussa, ja että totuus on ainut pohja, jolta heidän toiveensa voidaan turvallisesti toteuttaa.”¹¹⁰

Vapaan viestinnän vertaus markkinamekanismiin, joka toistuu usein eurooppalaisessakin oikeuskirjallisuudessa, on saanut osakseen poikkeuksellisen paljon kritiikkiä. Mikäli vertausta tulkitaan ahtaasti, se rinnastaa rankasti yksinkertaisten rationaalisen päätöksenteon, tieteellisen kritiikin ja oppimisen toimintaperiaatteet tavanomaiseen kaupankäyntiin. Tällaista rinnastusta on useimmiten pidetty kestävämmänä niin empiirisen tutkimuksen kuin jo arkikokemuksenkin perusteella. Ajatusta markkinoiden totuustestistä ja ideoiden vapaasta vaihdosta voidaan kuitenkin tulkita myös avoimempina metaforana, joka suuntautuu ensisijaisesti tai ainoastaan informaation totuudenmukaisuuden valtiollista ja oikeudellista valvontaa vastaan. Tässä mielessä se muotoilee ainoastaan uudella tavalla liberalistista sananvapausideologiaa yhdistävän käsityksen viestinnän optimaalisesta toiminnasta ilman valtion puuttumista sananvapauteen.¹¹¹

Liberalistisen sananvapauskäsityksen aikakauden on Euroopassa tavallisesti katsottu päättyneen viimeistään toiseen maailmansotaan. On kuitenkin huomattava, ettei sananvapaus sellaisena liberalistisena oikeutena, kuin se tunnetuimmissa aatehistoriallisissa lähteissä on määritelty, itse asiassa koskaan toteutunut voimassa olevassa oikeudessa. Liberalistiseen sananvapausideologiaan liittyvät ongelmat, kuten tiedotusvälineiden monopolisoituminen ja toimituksellisten sisältöjen ostaminen, yleistyivät itse asiassa jo aikana, jolloin joukkoviestintä oli

¹¹⁰ Tuomari O. W. Holmesin eriyvä mielipide Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ratkaisuun *Abrams vastaan Yhdysvallat*, 250 U.S. 616 (1919), viimeinen kappale, suomennos kirjoittajan. Vuonna 1919 vielä eriyväksi mielipiteeksi jäänyt doktriini vakiintui myöhemmin useisiin korkeimman oikeuden sananvapautta koskeviin perusteluihin. Ks. tarkemmin esim. Brugger 1986 tai Haller 1986.

¹¹¹ Dicke 1986, s. 78–84 sekä Stourzh 1990; vrt. Nordenstreng 2007 sekä Mäntylä 2008, s. 319–320.

vielä monessa suhteessa tiukasti valtiollisen valvonnan piirissä. Toteutuneen sananvapauden on sanottu 1800-luvulla ja 1900-luvun alussa olleen *sananvapautta heikossa merkityksessä*, eli ennen kaikkea vapautta ennakkosensuurista (vrt. antiikin Ateenan *isegoria*). Ennakkosensuurista luopuminen korvattiin useissa valtioissa – paras esimerkki lienee vuoden 1848 vallankumouksen jälkeinen Saksa¹¹² – yhä ankarammin jälkikäteisin sanktioin sananvapauden väärinkäytöstä. Oikeudellinen riski viestinnän sisällöistä, joka aiemmin oli ollut monesti vain sensorien virkavelvollisuuksia koskeva kysymys, jäi nyt kokonaisuudessaan lehdistön itsensä kannettavaksi. Laajemman sananvapauden puolesta oli taisteltava yhä uudelleen myös Englannissa, jossa ennakkosensuuri oli käytännöllisistä syistä korvattu jälkikäteisillä sanktioilla niinkin aikaisin kuin vuonna 1695.¹¹³ Liberalistisen ideologian varsinainen tavoite, *sananvapaus vahvassa merkityksessä* eli yksilön oikeus ilmaista vapaasti ajatuksiaan ilman pelkoa sanktioista, jäi usein vielä 1900-luvun alussakin kauaksi toteutumisesta. Esimerkiksi jo Kantin ja Millin teksteissä esiintyneet vaatimukset uskontoa koskevasta debatista ja jumalan olemassaolon avoimesta problematisoinnista ovat itse asiassa saaneet jalansijan eurooppalaisessa oikeuskulttuurissa vasta viime vuosisadan loppupuoliskolla.¹¹⁴

Tärkeä osa klassista liberalistista doktriinia on käsitys *totuuden* olemassaolosta ja mahdollisuudesta saavuttaa se vapaan diskurssin kautta. Modernissa yhteiskunnassa tällaista olettamusta on yhä vaikeampi perustella, ja siten myös monet viittauksista klassisiin teksteihin jäävät helposti epätäydellisiksi ja irrallisiksi. Tämä ei tietenkään tarkoita, etteikö sananvapauden vapausoikeusperinteeseen voisi edelleenkin vahvana argumenttipohjana vedota. Uudempi versio liberalistisesta sananvapauskäsityksestä tukeutuu totuushypoteesin sijaan ennen kaikkea demokraattiseen avoimuuteen. Mikäli yhtä ainoaa totuutta ei ole mahdollista löytää tai määritellä, on oikeastaan sitä suuremmalla syyllä pidättyädyttävä val-

¹¹² Hölscher 1986, s. 62 sekä Siemann 1990, s. 16–18. Yksi sensuurin lakkauttamisen jälkeisistä sääntelykeinoista oli kirjapainojen lisenssipakko ja lisenssien harkinnanvarainen lakkauttamismahdollisuus, joka käytännössä toimi teholtaan ennakkosensuuria vastaavana pelotteena.

¹¹³ Sananvapautta koskevan luonnonoikeusideologian on esitetty ilmestyneen Englannissa 1700- ja 1800-luvuilla ikään kuin päälle liimattuna jo vakiintuneeseen sensuurivapauteen. Sensuurin lakkauttamista perusteltiin kuitenkin aikanaan pelkästään jälkikäteisten sanktioiden riittävyydellä ja taloudellisuudella. 1600-luvun lopun Englannin käytännöllisiä syitä – jälkikäteisten sanktioiden kokemista riittäviksi ja sensuurimekanismin kalliit kustannukset sekä suoraan valtiolle että yhteiskunnalle kirjapainotuotannon tehokkuustappioiden kautta – voidaan analogisesti verrata antiikin Ateenan käytännöllisiin syihin antaa vapaiden kansalaisten puhua agoralla ilman puheiden sisällön hankalaa etukäiteistä valvontaa (edellä mainittu *isegoria*) ja luottaa jälkikäteisiin sanktioihin. Viestinnän sisältöjä koskevaa suvaitsevaisuutta ennakkosensuurista luopuminen ei suoraan kuvaa, vaan kyse on kahdesta toisistaan selvästi erotettavissa olevasta sananvapauden sisällöstä. Historiallinen korrelaatio näiden kahden sisällön välillä on epäilemättä kuitenkin olemassa.

¹¹⁴ Stourzh 1990, s. 125; vrt. Pohjolainen 1994, s. 212.

tiollisesta ohjauksesta ja annettava kaikkien viestinnän osapuolten mahdollisimman vapaasti osallistua keskusteluun. Tässä merkityksessä liberalistinen sananvapaudesta muodostaa nykyiselläänkin kestävä pohjan sananvapauden perusoikeussisällölle.¹¹⁵

Valtion ohjauksen minimoiminen on luonnollisestikin yhteydessä vapausoikeuksien yleisempään liberalistiseen tulkintaan. Ainakin jossakin määrin sananvapaudesta on varmasti syytä ymmärtää myös taloudellista vapautta viestinnän alalla turvaavana perusoikeutena, vapautena harjoittaa lehdistötoimintaa tai esimerkiksi myydä kuva- ja äänitallenteita. Liberalistisen sananvapauskäsityksen suoraviivainen yhdistäminen taloudelliseen liberalismiin saattaisi kuitenkin yksinkertaistaa kysymystä liikaa. On huomattava, että niin Kant, Mill kuin jo Miltonkin määrittävät sananvapaudesta keskeiseksi tavoitteeksi estää *a priori* sopimattomina tai arvottomina pidettyjen argumenttien rajautuminen keskustelun ulkopuolelle – ja siten säilyttää viestinnän mahdollisimman suuri moniarvoisuus. Tilannetta, jossa moniarvoisuutta uhkasi jokin muu kuin valtion toimeenpanemat sananvapausrajoitukset, ei klassisessa sananvapaustaargumentaatiossa ole varsinaisesti osattu ennakoida. Antinomien sananvapauskäsite on tässä mielessä olennaisesti vasta maailmansotien jälkeisen Euroopan ongelma.

1.2.3 Viestinnän moniarvoisuus ja materiaallinen sananvapauskäsitys

Puhtaan liberalistinen käsitys valtiosta sananvapaudesta ensisijaisena tai yksinomaaisena uhkana oli Euroopassa jo 1900-luvun alussa tullut monessa mielessä tiensä päähän. Vaikka maailmansotien aika merkitsikin välittömimmin paluuta yhä kiristyviin valtiollisiin sananvapausrajoituksiin, oli joukkoviestinnän keskittyminen laajaa poliittista valtaa käyttäviksi kaupallisiksi kartelleiksi jo ehtinyt pitkälti romuttaa alkuperäisen liberalismiin optimistista uskoa avoimeen ja moniarvoiseen keskusteluun. Perustuslakien takaama muodollinen sananvapaudesta ei ollut pystynyt estämään kehitystä, joka jatkuvasti kavensi yksilön viestinnällisiä mahdollisuuksia yhtäältä saada argumenttinsa esille julkisuudessa ja toisaalta ottaa selvää vastaanottamansa informaation totuudenmukaisuudesta tai puolueettomuudesta. Tavallisiksi käytännöiksi monissa Euroopan maissa olivat vaikiintuneet sanomalehtiartikkeleista suoritettavat maksut samoin kuin julkaistava sisältöä sääntelevät pitkäaikaisemmatkin sopimussuhteet tiedotusvälineiden ja eri intressiryhmien välillä. Myös monet hallitukset olivat siirtyneet viestintä-

¹¹⁵ Ks. erityisesti Brugger 1990, s. 148–150. Esimerkkeinä uusista liberalistisista sananvapausta-vaatimuksista Best 2001; Léprete & al. 2003; Duverger – Ménard 2003 sekä Dietrich – Griguer 2005.

politiikassaan oikeudellisen sääntelyn ohella tiedotusvälineiden taloudelliseen manipulaatioon.¹¹⁶

Sananvapaus oli 1900-luvun alkuun mennessä useimmissa Euroopan maissa kodifioitu pysyväksi valtiosääntönormiksi. Vallitsevan oikeuspositivistisen tulokinnan vuoksi perusoikeuden sisältö oli kuitenkin irtaantunut varsin selkeästi alkuperäisistä aatehistoriallisista perusteluistaan. Viestinnän vapaa markkinamekanismi rajasi vähemmistömielipiteet julkisen joukkoviestinnän ulkopuolelle usein yhtä tehokkaasti kuin aikaisempi sensuurikin. Viestinnän sääntelemättömyys ja varsinkin ennakkosensuurin kieltö, josta oli tullut sananvapauden keskeisin aineellisoikeudellinen sisältö, eivät sellaisenaan tehokkaasti palvelleet sen enempää yksilön luontaista tarvetta toteuttaa itseään kuin vapaan argumentaation kautta saavutettavaa yhteiskunnallista kehitystään. Kuten perusoikeusjärjestelmän kriitikot poleemisesti totesivat, liberalistisesta sananvapaudesta oli tullut ennen kaikkea ”vapaus ostaa tiedotusvälineitä ja suotuisia mielipiteitä”.¹¹⁷ Luonnonoikeuden ihmisoikeussisällön ja toteutuneen oikeuspositivistisen perusoikeuden välille oli syntynyt aukko, joka on myöhemmin kirjallisuudessa nimetty *sananvapauden traditiokatkokseksi*: pyrkimys argumenttien monimuotoisuuteen ja niiden esteettömään vaihtoon oli voimassa olevan oikeuden tasolla kutistunut pelkäsi viestinnän yhteiskunnallista sääntelyä koskevaksi kielloksi.¹¹⁸

Toisen maailmansodan jälkeinen länsieurooppalainen sananvapauskäsitys perustui ennen kaikkea valtion uuteen legitiimiin rooliin vapaan ja moniarvoisen viestintäjärjestelmän aktiivisena turvaajana. Sallittujen perusoikeusrajoitusten kategoria oli itse asiassa luotu jo maailmansotien välisenä aikana kansallisvaltioiden turvallisuuden legitimoimana, niin diktatorisesti hallituissa Keski- ja Itä-Euroopan maissa kuin demokratiana säilyneessä Isossa-Britanniassakin.¹¹⁹ Sodan jälkeen tätä kategoriaa ei enää yritetty lakkauttaa, vaan sen sijaan uudistaa sitä ihmisoikeuksien aineellista toteutumista turvaavin rajoitusperustein. Alku-

¹¹⁶ Ks. esim. Siemann 1986, s. 183–186.

¹¹⁷ Sitaatti on mukailtu V. I. Leninin kirjeestä vuodelta 1921, lainattu teoksessa Hersch 1969, s. 238. Sosialistisesta sananvapauskäsitteestä jäljempänä tässä luvussa.

¹¹⁸ Grimm 1986, s. 171; ks. myös. Bielefeldt 1991, s. 65–71 sekä Hoffmann-Riem 1990, s. 52–58. Mielenkiintoinen liberalistiseen sananvapauteen liittyvä historiallinen yksityiskohta on, että yksi Saksan kansallissosialistisen puolueen vaalivoiton ratkaisevista tekijöistä oli nimenomaan sen tehokas manipulatiivinen viestintäpolitiikka, erityisesti nopea tiedotusvälineiden ostaminen ja rakkakat kartellisopimukset uutisoitavista sisällöistä. Oikeuspositivistinen sananvapaus ja vapaa mediademokratia muodostivat tässä mielessä yhden olennaisen edellytyksen myöhemmin koko oikeusvaltiollisen järjestelmän romuttaneelle kehitykselle.

¹¹⁹ Herzog (1991, s. 3–5) on varsin osuvasti kysynyt, olisivatko läntiset demokratiat kyenneet voittamaan kansallissosialistista diktatuuria, mikäli ne eivät olisi voineet itse turvautua sananvapauden rajoittamiseen. Esimerkiksi liittoutuneiden omia tappioita tai vihollisen siviileille pommituksista aiheutunutta kärsimystä ei läntisissä demokratioissa yleisen moraalin säilyttämiseksi nykyisin yleiseen tapaan ollut sallittua uutisoida.

aan kansakunnan turvallisuustarpeella perusteltu doktriini vapausoikeusrajoituk-
sia oikeuttavista ns. *yleisklausuuleista*¹²⁰ toisin sanoen siirtyi – vaikkakin enem-
män muodollisessa kuin sisällöllisessä merkityksessä – myös moderniin valtio-
sääntöoikeudelliseen teoriaan. Sananvapauden ja sananvapausrajoitusten kannal-
ta uusiksi sisällöllisiksi lähtökohdiksi nousivat yhtäältä *pluralismi*, viestinnän
moniarvoisuuden turvaaminen ja toisaalta *materiaalinen sananvapaus*, yksilön
tosiasiallinen mahdollisuus saada äänensä kuuluviin yhteiskunnallisessa keskus-
telussa. Valtion ehdottoman puuttumattomuuden sijaan sananvapausuojan oli
ensisijaisesti turvattava *kommunikatiivista yhdenvertaisuutta*, yksilöiden osallis-
tutumismahdollisuuksien tosiasiallista tasa-arvoa. Tämä oli markkinatalousjärjes-
telmässä luonnollisestikin toteutettava rajoittamatta kohtuuttomasti viestinnän
alalla toimivien yksityisten taloudellista toimintavapautta.

Materiaalinen sananvapauskäsitelmä muodosti sellaisenaan pohjan myös *sosia-
listiselle viestintäoikeusmallille*, joka toisaalta tukeutui tietoisesti myös platonil-
laiseen epistemokratiaperinteeseen.¹²¹ Sosialistisen sananvapauskäsitteen mää-
rittelyn tekee ongelmalliseksi etenkin ilmeinen kuilu ideologisen perusoikeusta-
voitteen ja voimassa olevassa oikeudessa toteutuneen tradition välillä. Keski- ja
Itä-Euroopan sosialistiset valtiojärjestelmät yhtäältä määrittivät aineellisen sa-
nanvapauden jokaisen kansalaisen perusoikeudeksi, mutta tunnustivat toisaalta
viestinnän valtiollisen kontrollin yhdeksi jatkuvan globaalin luokkataistelun
välttämättömistä aseista. Pluralistinen suvaitsevaisuus ja vähemmistömielipitei-
den tukeminen, joita painottaen myös varhainen sosialistinen teoria muodollisia
vapausoikeuksia kritisoi, jäivät sosialistimaiden tosiasiallisesti voimaan saate-
tussa viestintäoikeudessa yleisesti ankarien sisällöllisten rajoitusten varjoon. Sa-
nanvapauden kannalta merkittävien perustuslakeihin sisällytetty varaus oli epäile-
mättä yleinen, yhtä lailla kaikkia perusoikeuksia koskeva vaatimus niiden käy-
töstä yhteisymmärryksessä muiden perusoikeussubjektien kanssa marxilais-leni-
nististä yhteiskuntajärjestyksen rakentamista ja kehittämistä tukevalla tavalla.¹²²

¹²⁰ Kiinnostavan esityksen yleisklausuuleista ja niihin perustuvasta uudesta valtiosääntöoikeudesta tarjoaa Carl Schmittin klassikko ”Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens” (Schmitt 1934). Eräänlaisena legitimaationa kansallissosialistiselle perusoikeuskäsitykselle teos on usein perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä koskevana muodollisena teoriana jäänyt ehkä perusteettomankin vähälle huomiolle. Erinomainen analyttinen aikalaisesitys eurooppalaisista perusoikeusteorioista ja -käsityksistä maailmansotien välisenä aikana on Westphalen Fürstenberg 1935, sananvapauden osalta erityisesti s. 153–161. Ks. myös Wilke 1984, s. 35–36.

¹²¹ Luku 1.2.1.

¹²² Sosialistinen perusoikeuskonsepti ja sananvapauden sisältö sosialistisessa oikeusjärjestelmässä kuvataan itse asiassa hämmästyttävän yhdenmukaisesti kriittisissä länsieurooppalaisissa (esim. Westen 1990; Hagen 1990; Blumenwitz 1990 sekä Willoweit 2001, s. 436–437) ja järjestelmää puolustavissa (erityisesti Poppe 1971, s. 64) esityksissä. Erot ovat siten ennemminkin itse perusoikeuskonseptin hyväksyttävyydessä kuin siinä, arvioidaanko sananvapauden todellisuudessa toteutuneen sosialistisissa perustuslaeissa määrättyllä tavalla.

Tunnustettujen yhteiskunnallisten tavoitteiden vastainen viestintä – jollaiseksi mm. länsieurooppalaisista maista peräisin olevat painotuotteet sekä radio- ja televisiolähettykset jo sellaisinaan tulkittiin – jäi siten kokonaisuudessaan voimassa olevan sananvapaussuojan ulkopuolelle. Perustuslain vallitseva tulkinta salli käytännössä laajamittaisen poliittisen sensuurin samoin kuin uutisvälityksen, kirjallisuuden, tieteen ja taiteen poliittis-sisällöllisen ohjauksenkin. Sosialistisen järjestelmän kaaduttua oli sananvapaus ja sen rajoitusedellytykset siten määriteltävä Itä-Euroopan uusissa valtiosäännöissä kokonaan uudelleen.¹²³

Pyrkimys viestinnän moniarvoisuuden aktiiviseen turvaamiseen sinänsä on yksi tärkeimmistä ja selvimmistä nykyisiä eurooppalaisia sananvapaustulkintoja yhdistävistä tekijöistä.¹²⁴ Huomattavasti kiistellympi on kuitenkin moniarvoisuusturvan valtiosääntöoikeudellinen asema suhteessa sananvapauden suojaalaan ja sananvapausrajoituksiin. Kuten edellä on jo todettu, on sananvapaus useimpien nykyistenkin oikeusjärjestelmien puitteissa mahdollista ymmärtää puhtaana liberalistisena vapausoikeutena ja pluralismi tätä oikeutta rajoittavana yleisenä oikeushyvä. Kysymys on tällöin juuri viestinnälle ominaisesta ja siten nimenomaan sananvapauteen kohdistuvasta spesifistä perusoikeusrajoituksesta.¹²⁵ Yhä useammin moniarvoisuusturva käsitetään kuitenkin ennemminkin osana sananvapauden suoja-alaa, oikeutena viestintäjärjestelmän moniarvoisuuteen ja varsinkin oikeutena vastaanottaa sisällöltään moniarvoista viestintää. Tämä johtaa ilmiöön, jota voidaan kutsua perusoikeussisällön *antinomiaksi*: tilanteeseen, jossa sananvapaus on tulkittavissa paradoksaalisesti itse itsensä legitimiiksi rajoitukseksi.¹²⁶ Yksi tapa ymmärtää tällaista asetelmaa on viestinnän lähettäjä- ja vastaanottajaosapuolen välinen perusoikeuskollisio, punnintaongelma kahden vastakkaisen, mutta samaan perusoikeuteen perustuvan oikeusturvavaateen välillä. Suhde sananvapautta koskevan negatiivisen vapauden ja pluralistisen sananvapauden välillä voidaan toisaalta rinnastaa myös esimerkiksi muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen ja aineellisen tasa-arvon väliseen suhteeseen, joista jälkimmäisen asema perusoikeussisällön ja perusoikeusrajoituksen välillä on viestinnän moniarvoisuusturvaa vastaavalla tavalla kiistanalainen. Ongelmatonta

¹²³ Esim. Westen 1990, s. 247–273 sekä Hagen 1990, s. 214–215. Varsinaiset sananvapaussäännökset eivät Euroopan sosialistimaiden perustuslaeissa poikenneet sanamuodoiltaan merkittävästi länsieurooppalaisista vastineistaan tai esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklasta. Sosialistisen perusoikeustulkinnan periaatteellinen hyväksyminen kansainvälisessä oikeudessa teki mahdolliseksi sosialistimaiden liittymisen osapuoliksi Yhdistyneiden kansakuntien sopimukseen kansalais- ja ihmisoikeuksista, mikä oli omiaan vähentämään sopimuksen käytännöllistä merkitystä varsinkin sananvapautta koskevista kysymyksissä: ks. Blumenwitz 1990, s. 69.

¹²⁴ Jäsenvaltioiden välisistä määritelmäeroista luvussa 1.2.5.

¹²⁵ Esim. Uwer 1998, s. 13 ja 609–619.

¹²⁶ Antinomian ohella asetelma on kirjallisuudessa nimetty mm. sananvapauden sisäiseksi paradokseksi tai suoja-alan dikotomiaksi. Ks. Bielefeldt 1991, s. 65–71; Rabiller 2002, s. 225–240 sekä Haarscher 1995, s. 105.

ei sen sijaan ole verrata moniarvoisuusturvaa tai edes materiaalista sananvapautta varsinaisiin *materiaalisiin* eli *sosiaalisiin perusoikeuksiin*, kuten oikeuteen työhön tai oikeuteen perustoimeentuloon. Jokaisen tosiasiallinen mahdollisuus osallistua viestintään palvelee varmasti osaltaan aineellista yhdenvertaisuutta, mutta saavutetun moniarvoisuuden kautta ennen kaikkea myös liberalistisen sananvapausideologiankin tavoittelemaa keskustelun argumentatiivista kehityspotentiaalia. Tarkasteltaessa tasapuolisuutta viestintäsisältöjen valikoitumisessa ei esimerkiksi käsitteitä kuten vähemmistö tai syrjäytyminen voida järkevästi määrittellä samassa merkityksessä kuin puhuttaessa yhteiskunnan jäsenten välisistä suhteista. Yksilön ja yhteisön välinen oikeudellinen jännite ilmenee sananvapausuojassa ainakin osittain eri tavalla kuin taloudellisissa oikeuksissa. Tässä mielessä voidaan perustellusti puhua sananvapauden omalakisesta antinomiasta perusoikeutena – siitäkkin huolimatta, että optimaaliseen pluralistiseen sananvapausuojaan voi kieltämättä sisältyä myös useita itsessään sosiaalisiksi oikeuksiksi katsottavia osia.¹²⁷

Toinen vaikea ja edelleenkin ajankohtainen ongelma on perusoikeusjärjestelmässä turvattavan moniarvoisuuden täsmällisempi määritelmä. Keskustelussa on varsin tavallista viitata täsmentämättä niin *moniarvoisuuteen* (pluralism, pluralisme, Pluralismus) kuin *monimuotoisuuteenkin* (plurality, pluralité, Pluralität) vapaan viestinnän välttämättöminä ominaisuuksina. Argumentaation keskiössä on useimmiten olemassa olevien ja siten perustelluiksi oletettujen pluralismijärjestelmien rajaaminen siten, etteivät ne rajoita kohtuuttomasti sananvapautta yksilön negatiivisena vapautena. Usein jää kuitenkin määrittelemättä tarkemmin, miten tavoiteltu tai saavutettu moninaisuus olisi mahdollista todentaa tai mitata. Eri oikeudellisten instrumenttien legitimeettiä arvioitaessa olisi kuitenkin järkevää pyrkiä tarkentamaan, missä suhteessa ja missä määrin niillä kyetään viestintää moniarvoistamaan. Viitattaessa viestinnän moniarvoisuuteen voidaan tarkoittaa mm. seuraavaa:¹²⁸

1. Joukkoviestintätoimijoiden riittävä määrä ja keskinäinen riippumattomuus
2. Joukkoviestinnän puoluepoliittinen moniarvoisuus
3. Julkisen palvelun joukkoviestintäjärjestelmän turvaaminen

¹²⁷ Stock 1990, s. 76–78; Marcangelo-Leos 2004, s. 13–118 sekä Hoikka 2007; vrt. myös Libois 1995, s. 38–49; Gomien 1992, s. 52–53 sekä Dröge 2003 (viimeinen esitelty tarkemmin aktiivista turvaamisvelvollisuutta koskevassa luvussa 3.1.1). Sen enempää jako kansalaisyhteiskunnan ja poliittisten oikeuksien sekä taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien välillä kuin unionin perusoikeuskirjan jako oikeuksien ja periaatteidenkaan välillä eivät yksiselitteisesti kuvaa sananvapauden antinomista suojasisältöä: vrt. Winner 2005, s. 132; ks. myös Ojanen 2003a. Sananvapautta ei myöskään voida kummassakaan jaossa lokeroita toiseen oikeuskategoriosta, vaan se sisältää ennemminkin osia molemmista kategoriosta.

¹²⁸ Stock 2004, s. 84–85. Tässä esitetty luettelo on mukailtu ja täydennetty Stockin perusoikeuskirjan 11 artiklan yhteydessä esittämän luettelon pohjalta. Ks. myös luku 1.4.

4. Joukko- ja vertaisviestintämuotojen monipuolisuus
5. Kulttuurinen, kansallinen ja alueellinen monimuotoisuus
6. Viestintäsisältöjen laadun säilyttäminen (ns. *banalisoitumisen* estäminen)
7. Informaatioisältöjen eettinen ja esteettinen moniarvoisuus.

Luettelon ensimmäisessä kohdassa tarkoitetaan pluralismia sen ns. ulkoisessa merkityksessä, tiedotusvälineiden *ulkoista monimuotoisuutta tai moniarvoisuutta* (external / institutional pluralism, pluralisme externe, Außenpluralismus).¹²⁹ Ulkoista moniarvoisuutta takaa unionin jäsenvaltioissa tyypillisesti joko erityinen tiedotusvälineitä koskeva tai yleinen kaikkeen yritystoimintaan soveltuva kilpailuoikeudellinen säännöstö, jolla estetään joukkotiedotusvälineiden kontrollin keskittyminen liian harvoille toimijoille. Osassa jäsenvaltioita on lisäksi voimassa toimittajien riippumattomuutta tiedotusvälineiden omistajatahosta eli ns. sisäistä lehdistönvapautta (innere Pressefreiheit) turvaavia säännöksiä. Ulkoisen moniarvoisuuden yhdeksi ulottuvuudeksi voidaan käsittää myös luettelossa toisena mainittu puoluepoliittinen pluralismi: keskittymisen estämiseksi tiedotusvälineiden on joko jakaannuttava tasapuolisesti eri puoluesuuntien välillä tai oltava kokonaan puolueista riippumattomia. Yksinkertaistettuna ulkoisen pluralismin idea perustuu oletamaan, että toisistaan riippumattomien viestijöiden riittävä lukumäärä johtaa viestittävän informaation moniarvoisuuteen. Näkökulmaa voidaan kuitenkin täydentää esimerkiksi vaatimuksella riittävän matalasta markkinakynnyksestä, eli potentiaalisten uusien toimijoiden riittävästä mahdollisuuksista osallistua viestintään ja siten tarvittaessa lisätä viestintäkentän moniarvoisuutta.¹³⁰

Julkisen palvelun joukkoviestintäjärjestelmän olemassaolo ja sen toimintaedellytysten oikeudellinen turvaaminen on Euroopassa yleisesti nähty viestinnän moniarvoisuusturvan varsinaisena ytimenä, monesti jopa eräänlaisena viestintäpluralismin synonyyminä. Tällainen lähtökohta edustaa ns. *sisäisen moniarvoisuuden* mallia (internal pluralism / pluralism of supply, pluralisme interne, Binnenpluralismus), jossa yksittäinen tiedotusväline on sitoutunut tai veloitettu välittämään sisällöllisesti mahdollisimman moniarvoista viestintää. Useimmissa unionin jäsenvaltioista sisäistä moniarvoisuutta toteuttaa nimenomaan julkisin varoin rahoitettu yleisradiolaitos, mutta täysin tuntemattomia eivät ole myöskään yksityisille tiedotusvälineille asetetut moniarvoista sisältöä turvaavat vel-

¹²⁹ Käsite toistuu yleisimmin nimenomaan saksankielisessä kirjallisuudessa. Tässä mainitut englannin- ja ranskankieliset vastineet, joita Euroopan unionin asiakirjoissa on käytetty, eivät ole oikeuskirjallisuudessa vastaavassa määrin vakiintuneet. Sama koskee jäljempänä mainittavaa vastinparikäsitettä *sisäinen moniarvoisuus* (Binnenpluralismus).

¹³⁰ Ks. esim. Engel 1993 sekä Uwer 1998. Sisäisestä lehdistönvapaudesta esim. varhainen, mutta edelleenkin osin ajankohtainen oikeusvertaileva tutkimus Fischer et al. 1975. Vrt. myös O'Malley – Soley 2000.

voitteet.¹³¹ Ongelmana sisäisen pluralismin mallissa on ennen kaikkea sisällön moniarvoisuuden määrittely suhteellisen harvan viestintätoimijan toimesta. Tiedotusvälineen julkinen rahoitus ja puolueeton palvelutehtävä ei myöskään ole paras mahdollinen lähtökohta valtioon kohdistuvalle tehokkaalle kritiikille. Mikäli moniarvoisuusveloitetta kuitenkin tulkitaan ja sovelletaan nimenomaan tarjolla olevien viestintäsistämöjen valintaa koskevana tasapuolisuutena, voi sisäisen pluralismin järjestelmä parhaimmillaan mahdollistaa ulkoista pluralismia tehokkaammin aikaisemmista poikkeavien sisältöjen pääsyn esiin joukkoviestinnässä. Julkinen rahoitus sinällään mahdollistaa lisäksi ainakin osittaisen riippumattomuuden viestittävien sisältöjen taloudellisesta kannattavuudesta, mikä jo sellaisenaan tehostaa mahdollisuuksia moniarvoisuuteen.

Yhtenä monimuotoisuuden ulottuvuutena on viitattu myös yksilön käytössä olevien eri viestintämuotojen monipuolisuuteen. Tällä tarkoitetaan etenkin vapautta valita parhaiten kulloiseenkin tarkoitukseen sopiva viestin, niin viestien lähettäjänä, välittäjänä kuin niiden vastaanottajanakin. Käytettävissä olevien viestintämuotojen monimuotoisuus helpottaa pääsyä viestintäprosessiin ja on siten omiaan tukemaan sisällöllistä moniarvoisuutta. Erityisesti on tässä yhteydessä huomattava sähköisten vertaisviestintämuotojen kehittäminen ja niiden tehokas yhteistoiminta suuremman vastaanottajakunnan omaavien joukkoviestimien kanssa.¹³²

Euroopan kulttuurisen, kansallisen ja alueellisen monimuotoisuuden turvaaminen kuuluu unionin primäärioikeudessa tunnustettuihin tavoitteisiin sananvapaudesta ja viestintää laajemmasta kontekstista.¹³³ Viestinnän pluralismiturvan kannalta näissäkin on kyse nimenomaan edellä mainittuja täydentävistä moniarvoisuuden arviointiulottuvuuksista. Kulttuuristen erityispiirteiden säilyttäminen niin Euroopan, yksittäisten jäsenvaltioiden kuin maakuntienkin tasolla on siten yksi viestintäoikeuden ja pluralistisen sananvapaussuojan ongelmakysymyksistä. Unionin tasolla kulttuuripolitiikan ja sananvapauden välistä suhdetta havainnollistavat etenkin laajaa kritiikkiä osakseen saaneet audiovisuaalista viestintää koskevat eurooppalaisten ohjelmien kiintiöt.¹³⁴

¹³¹ Tunnetuin esimerkki on Alankomaiden televisioitoimintaa koskeva sääntely; ks. esim. Lorz 1990, s. 200–202. On huomattava, että journalistista etiikkaa koskevassa keskustelussa vaatimukset kaikkien tiedotusvälineiden tietäntäsoisesta sisäisestä moniarvoisuudesta ovat huomattavasti oikeudellista sananvapauskeskustelua yleisempiä.

¹³² Nordenstreng (1996, s. 278) esittää, ettei sananvapauden toteuttamiseen riitä pluralismin periaate, vaan kansalaisille on järjestettävä sananvapausta käytännössä toteuttava ”julkisuuden areena”. Saraviidan (2005, s. 394) mukaan sananvapaus on edelleenkin pääsääntöisesti mediaomistajien valtaa ja jokaisen oikeutta saada mielipiteensä julkisuuteen ainoastaan *omakustanteisesti*.

¹³³ Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 15 artiklan 1 kohta ja unionin perusoikeuskirjan 22 artikla; ks. Riedel 1990, s. 247–252.

¹³⁴ Ks. luku 3.2.3. Eurooppalaisuuskiintiöt ovat luonnollisestikin yhteydessä myös jäljempänä mainittuun viestinnän laadun turvaamiseen ja ns. banalisaation ehkäisemiseen.

Luettelon kaksi viimeistä kohtaa voidaan erottaa edellä luetelluista sinänsä *sisältövapaista* arviointiperusteista varsinaisina *sisällöllisinä moniarvoisuuskriteereinä*. Moniarvoisuudella viitataan ensinnäkin huomattavan usein – enemmän tai vähemmän avoimesti – viestinnän yleisen laadun tai keskivertoa laadukkaampien viestintäsisältöjen suojatarpeeseen. Uhkakuvaksi määritellään tällöin viestinnän *banalisaatio*: sisällön tasapäistyminen, yksipuolistumien ja laadullisen monimuotoisuuden kutistuminen. Koska laadukkaiden, massasta poikkeavien sisältöjen tuottaminen arvioidaan tasapäistettyjä massatuotantoja kannattamattomammaksi, katsotaan yksilön vapauden vastaanottaa myös laadukkaampaa viestintää vaativan suojakseen viime kädessä sitovaa oikeudellista sääntelyä. Eurooppalaisessa kontekstissa tasalaatuistumisuhka liitetään varsin yleisesti volyymitaan ylivoimaiseen yhdysvaltalaiseen viestintätuotantoon, minkä mukaan puhutaan banalisaation synonyyminä jopa suoraan viestinnän *amerikanisaatiota*.¹³⁵

Laadun käsitteestä voidaan tarkastelua laajentaa helposti viestintäsisältöjen esteettisiin ja eettisiin ominaisuuksiin kokonaisuutena, toisin sanoen sisällölliseen moniarvoisuuteen sen laajimmassa merkityksessä. Riippumatta siitä, toteutetaanko moniarvoisuusturva esimerkiksi sisäisen vai ulkoisen pluralismimallin mukaisesti, on yleensä lopullisena tavoitteena yksinkertaisesti määriteltynä viestintäsisältöjen aineellinen monipuolisuus niin eettisten kuin esteettistenkin arvojen skaaloilla. Eri kysymys kuitenkin on, onko tällainen moniarvoisuus periaatteessakaan todennettavissa tai mitattavissa. Muodolliset kriteerit ovat käytännön soveltamistilanteissa epäilemättä sisällöllisiä kriteerejä objektiivisempia. Oikeudellisessa argumentaatiossa näyttää siten viestinnän *monimuotoisuus* olevan helpommin käsiteltävissä kuin varsinaisen viestinnän *moniarvoisuus*.¹³⁶

Yhteistä eri tavoin painotetuille pluralismiargumenteille on sananvapauden rajoittaminen sen liberalistisessa vapausoikeudellisessa merkityksessä. On kuitenkin huomattava, että pyrkimys viestintäsisältöjen moniarvoisuuteen itsessään sisältyy keskeisenä osana jo varhaiseen liberalistiseen sananvapausideologiaan, esimerkiksi Miltonin tai Kantin suvaitsevaisuusideoihin. Materiaalisen sananvapauskäsitteen voidaankin katsoa kyseenalaistavan liberalistisen sananvapauden ennen kaikkea sen formalisoidussa merkityksessä: sääntelemättömänä muodollisena vapautena, joka ei pysty turvaamaan vähemmistöarvoja edustavan tai talou-

¹³⁵ Bielefeldtin (1991, s. 65–71) mukaan mielipideympäristön kaupallistuminen ja siihen liittyvä viestinnän yksipuolistuminen on selitettävissä kolmen tekijän – tehokkaan viestinnän korkean pääomakynnyksen, yleisön laajan viihdeintressin ja sisällöntuottajien markkinahakuisuuden – kautta. Ajatus on huomattavan lähellä John Stuart Millin ajatusta enemmistön konformistisesta tyranniasta (vt. luku 1.2.2). Derieux (2003, s. 81–144) käyttää uhkakuvasta termejä *americanisation*, *commercialisation*, *marchandisation*, *uniformisation* ja *standardisation*. Vrt. myös Nordenstreng 1996, s. 274–275.

¹³⁶ Vrt. Hendriks Vettehen 2005, s. 310–311.

dellisesti kannattamattoman, mutta samalla usein yhteiskunnan kehityksen kannalta tärkeän viestinnän toimintaedellytyksiä. Juuri sananvapauden oikeuspositiivinen formalisoituminen voidaan ymmärtää katkoksenä sananvapausperinteessä, alkuperäisen liberalistisen ideologian supistumisena yksinomaan valtion taholta tulevia sananvapausuhkia koskevaksi suojasäännöksi. Tässä mielessä materiaallinen sananvapauskäsitelmä merkitsee ainakin tavoiteltavan ideaalin osalta eräänlaista paluuta alkuperäiseen valistuksen sananvapaustraditioon. Moniarvoisuuden todentamisen ilmeinen vaikeus merkitsee kuitenkin merkittävää legitimaatio-ongelmaa kaikille negatiivista vapautta rajoittaville pluralismiturvajärjestelmille. Mitä epävarmemmaksi järjestelmän todellinen moniarvoistava vaikutus jää, sitä suurempi painoarvo tulisi ristiriita- ja kilpailutilanteissa antaa yksilön muodolliselle sananvapaudelle.

Valtion aktiivista puuttumista viestintään moniarvoisuuden takaamiseksi ei alkuperäisessä liberalistisessä ideologiassa luonnollisestikaan pidetty tarpeellisenä tai edes oikeutettuna. Tästä näkökulmasta modernia pluralistista sananvapauskäsitelmää voi siten luonnehtia myös eräänlaisena yhdistelmänä liberalistista sananvapaus- ja platonilaista sääntelyperinnettä. Moniarvoisuuden turvaamiseksi voidaan itse asiassa varsin helposti verrata Platonin epistemokraatin rooliin yleisen sivistyksen ja varsinkin tiedonvälityksen totuudenmukaisuuden valvojana. Samoin kuin Miltonin liberalismia, voidaan myös Platonin epistemokratiaa modernisoida korvaamalla hypoteesi objektiivisesta totuudesta demokraatialla ja arvoneutraalilla tasapuolisuudella, vastuu tiedon oikeellisuudesta vastuulla yhteiskunnan jäsenten mahdollisuuksista osallistua viestintäprosessiin. Materiaallinen sananvapausuojavaatimus voidaan tässä yhteydessä liittää suoraan myös habermasilaiseen malliin vapaata viestintää vääristävistä – varsinkin luonteeltaan taloudellisista – voimasuhteista diskurssin osallistujien välillä.¹³⁷ Toimivan moniarvoisuusturvan yhdeksi ehdoksi voidaan tämän mukaan määrittellä viestijän ja vastaanottajan taloudellisista resursseista riippumattomien osallistumiskanavien luominen ja ylläpitäminen.¹³⁸

Viestinnän vastaanottajan näkökulma ja oikeus moniarvoiseen viestintään tekevät sananvapausmääritelmästä ongelmallisen paitsi suoja-alan antinomian myös perinteisen oikeussubjektiajattelun kannalta. Sananvapaudessa on pääasiassa kyse – kuten vapauksia tarkoittavissa oikeuksissa yleensäkin – filosofisessa mielessä ulkoisesta vapaudesta. Osana sananvapautta pidetään kuitenkin

¹³⁷ Habermasin (2006, s. 256–270) klassinen malli ideaalisesta diskurssista perustuu olennaisesti osapuolten väliseen tasavertaisuuteen ja rehellisyyteen (ns. *ymmärryshakuinen viestintä*). Viestintää haittaaviksi häiriötekijöiksi Habermas määrittelee osallistujien pyrkimykset ja mahdollisuudet käyttää valtaa (ns. *strateginen viestintä*) toisiin osallistujiin nähden. Ks. myös Frindte 2001, s. 35–38.

¹³⁸ Ks. Bielefeldt 1991, s. 65–71 ja Winseck 2002, s. 115–116.

myös vakiintuneesti *mielipiteenvapaudeksi* nimettyä yksilön vapautta päättää omista ajatuksistaan, joka kuuluu filosofian määritelmän ilmiselvästi sisäisen vapauden kategoriaan. Mielipiteenvapauden määrittelemisen rajoittamattomaksi absoluuttiseksi vapaudeksi on välttämättömyys jo oikeuden paradigman asettamien rajojen vuoksi: yksinkertaisesti jo siksi, että intersubjektiiivisesti havainnoitavissa olevat tosiseikat puuttuvat. Tarkasteltaessa oikeutta moniarvoiseen viestintään oikeudellisessa argumentaatioissa otetaan kuitenkin väistämättä kantaa ilmiöihin, jotka tavalla tai toisella ylittävät ongelmallisen rajan havainnoitavissa olevien viestintäprosessien ja yksilön tietoisuuden välillä. Kysymykset kuten viestintäprosessin objektiivinen vapaus, vapaus tiedostamista vääristäväästä manipulaatiosta ja viestintäsisältöjen yksipuolistumisuhka nostavat jo sinällään esiin arvioita tai näkemyksiä viestinnän vaikutuksista vastaanottajan tietoisuuteen. Moniarvoisuusturvan sisältävä sananvapauskäsitelmä on siten puhdasta liberalistista sananvapausideologiaa kiinteämmin yhteydessä mielipiteenvapauden oikeussuojatarpeeseen, oikeudessa varsin poikkeukselliseen ja vaikeasti käsiteltävissä olevaan ilmiöön.¹³⁹

Valtion aktiivisella moniarvoisuusturvalla tasapainotettua muodollista sananvapautta voidaan epäilemättä pitää yhtenä juuri eurooppalaiselle viestintäoikeusperinteelle ominaisena lähtökohtana. Ilmeisimpänä vertailukohtana ja vastaesimerkinä on usein tarkasteltu Yhdysvaltain perustuslakitulkintojen sananvapauskäsitelmää, joka pohjautuu edelleenkin vankasti optimistiseen liberalismiin ja näkemykseen valtiosta ainoana mahdollisena sananvapauden rajoittajana.¹⁴⁰ Kansainvälisen viestintätuotteiden ja -palvelujen kaupan vapauttamisen kannalta Euroopan pluralismiturvajärjestelmät merkitsevät siten välitöntä, unionin yleistä neuvotteluasemaa vaikeuttavaa lainsäädännöllistä estettä.¹⁴¹ Varsinkin viestintämuotojen tekninen kehitys antaa perusteita arvioida olemassa olevia järjestelmiä ja niiden legitimaatiota jatkuvasti uudelleen. Aktiivisen moniarvoisuusturvan asema voidaan kuitenkin edelleenkin luokitella erittäin vahvaksi niin ajankohtaisessa eurooppalaisessa viestintäpolitiikassa kuin viimeisimmissä perusoikeustulkinnossakin. Paluuta puhtaan liberalistiseen sananvapausmalliin on useimmissa Euroopan unionin jäsenvaltioissa nykyisellään vaikea kuvitella. Pluralis-

¹³⁹ Vrt. esim. Stock 1990, s. 80–81; Schwemmer 1990, s. 99–112 sekä Kunczik – Zipfel 2005, s. 398–408. Filosofian vapausmääritelmistä esim. Laupies 2004. Pohjolainen (1975, s. 7) toteaa jotakuinkin tässä tarkoitettussa merkityksessä, että sananvapauden olennaisin sisältö on vapaan mielipiteenmuodostuksen turvaaminen. Myös Schild (1990) tekee suurin piirtein samassa merkityksessä jaon oikeudellisen ja eettisen sananvapauden välillä.

¹⁴⁰ Amerikkalaisessa oikeuskirjallisuudessa vakiintuneen sananvapautulkinnan kritiikki ja moniarvoisuusturvajärjestelmän tarve ovat toisaalta muodostuneet pysyviksi, jopa vallitseviksikin argumentaatioteemoiksi. Esim. Baker 1992, s. 271; Barendt 1998, s. 29 ja 49–50 ja 2005a, s. 449–450 sekä Soley 2002, s. 135 ja 191; ks. myös Schwartz 1992, 131–140.

¹⁴¹ Ks. luku 3.2.4.

mia turvaavien järjestelmien uudistumiselle ja tekniikan kehitystä vastaaville uusille lainsäädännöllisille ratkaisuille ei materiaallinen sananvapauskäsitys sen sijaan sellaisenaan ole esteenä.¹⁴²

1.2.4 Dualistinen sääntelymalli ja dualismiperiaate

Aktiivisen moniarvoisuusturvan tunnustaminen osaksi valtiosäännön takaaman sananvapaussuojan sisältöä ei luonnollisestikaan vielä sellaisenaan määritä valintoja niiden oikeudellisten keinojen välillä, joilla viestinnän moniarvoisuutta pyritään turvaamaan. Eurooppalaisen sananvapauserinteen voidaan kuitenkin tulkita sisältävän enemmän yhteistä kuin pelkän tarkemmin määrittelemättömän, aktiivista moniarvoisuusturvaa koskevan kompetenssin. Pluralistista sananvapausta konkretisoivana eurooppalaisena normina on viitattu etenkin ns. *dualismiperiaatteeseen*: pyrkimykseen joukkoviestinnän sääntelyyn siten, että yksityinen toimintavapaus ja julkisen palvelun viestimet voivat sananvapauden kannalta parhaalla mahdollisella tavalla täydentää toisiaan. Tavoitteena on turvata jokaiselle tehokas mahdollisuus osallistua viestintään valintansa mukaan joko markkinoimijana tai käytettävissä olevista markkinaresursseista riippumatta.¹⁴³

Puhuttaessa dualismista viestintäoikeudessa on itse asiassa erotettava toisistaan kaksi merkitystä. Suppeammassa merkityksessä *dualistisella* tai *duaalilla sääntelymallilla* viitataan nykyiseen *radio- ja televisiotoiminnan* sääntelyyn, joka on useimmissa unionin jäsenvaltioissa toteutettu nimenomaan julkisen palvelun yleisradiolaitoksen ja yksityisille toimijoille myönnettävien toimilupien kaksipoolisena yhdistelmänä. Dualismin laajempi merkityssisältö sananvapaussuojaa määrittävänä periaatteena on sen sijaan yleensä liitetty markkinaehtoisen ja julkisen palvelun joukkoviestinnän kesken vallitsevaan tasapainoon kokonaisuutena. Nimenomaan dualismilla sen suppeassa eli ns. institutionaalisessa merkityksessä on nykyisellään vakiintunut aineellisoikeudellinen asema monissa Euroopan kansallisissa perusoikeustulkintoissa.¹⁴⁴ Varsinkin eri joukkoviestintämuotojen tekninen konvergenssi on kuitenkin vähitellen lisännyt painetta kokonaisvaltaisemman viestintäoikeusmallin määrittelemiseksi – esimerkiksi juuri laajemman, tekniikkaneutraalin dualismiperiaatteen tunnustamiseksi.¹⁴⁵

¹⁴² Vrt. esim. Stulz-Herrnstadt 2004, s. 431–438.

¹⁴³ Vrt. esim. Neuvonen 2005, s. 55–56.

¹⁴⁴ Hyvä esimerkki on Saksan perustuslain 5 artiklan 1 kohdan tulkinnassa tehty erottelu subjektiivis- ja objektiivisoikeudellisen perusoikeussisällön välillä. Jälkimmäisellä tarkoitetaan moniarvoisen keskustelun olemassaoloa, jota julkisen palvelun yleisradio osaltaan turvaa. Erimielisyyttä on kuitenkin siitä, oikeuttaako vai velvoittaako Saksan perustuslaki julkisen palvelun viestinnän, ja siitä, koskeeko tämä ainoastaan julkisen palvelun toimintaa nykymuodossaan. Ks. esim. Kühling 1999, s. 209–213; Lindner 2005 sekä Krausnick 2006.

¹⁴⁵ Esim. Roßnagel – Scheuer 2005; van Cuilenberg 2005, s. 306–307 sekä Krausnick 2006.

Syyt dualismiperiaatteen kiinteään yhteyteen radio- ja televisiotoimintaan ovat epäilemättä enemmän historiallisia kuin valtiosääntöoikeudellisia. Toisin kuin painoviestinnän yleistymisen uuden ajan alussa, sähköisen viestinnän vallankumous tapahtui aikana, jolloin luottamus paitsi liberalistiseen sananvapausideologiaan myös ulkoiseen pluralismimalliin oli vähäisimmillään. Käytettävissä olevien lähetystaajuuksien määrä oli rajallinen ja toiminnan aloittamiseen vaadittavat investoinnit erittäin mittavia, joten riittävää määrää toisistaan riippumattomia yksityisiä toimijoita ei yleisesti katsottu voitavan saavuttaa. Radio- ja televisiotoiminnassa nähtiin sen sijaan ennen kaikkea keino uudelle sisäistä moniarvoisuusmallia toteuttavalle julkiselle joukkoviestintäjärjestelmälle. Tätä täydennettiin vähitellen yksityisille annetuilla toimiluvilla, kuitenkin vaarantamatta julkisen palvelun yleisradiolaitosten rahoitusta ja siten alistamatta niitä avoimeen kilpailuun. Vakiintunut dualismijärjestelmä turvattiin monissa Euroopan maissa myöhemmin myös valtiosääntötasolla, joko eksplisiittisesti perustuslain sanamuodossa tai yleisemmän sananvapaussäännöksen tulkinnoissa.¹⁴⁶

Dualismiperiaatteen kytkenästä erityisesti radio- ja televisiotoimintaan on seurauksena sananvapaussuojan epäsymmetria suhteessa eri viestimiin. Kynnys yksityisen radio- tai televisiotoiminnan aloittamiseen ei ole ainoastaan taloudellinen, vaan myös sidoksissa viranomaisen suorittamaan lupaharkintaan ja yleisesti painoviestintää tiukempaan sisällölliseen sääntelyyn. Ohjelmasisältöjen hankinnassa televisiotoiminnan harjoittajan on lisäksi usein pystyttävä kilpailemaan julkisin varoin rahoitettujen kanavien kanssa. Eri viestintämuotoja koskevien sääntelykokonaisuuksien kategorinen erottaminen toisistaan tukee myös sitkeää käsitystä nimenomaan *painovapauden* tai *lehdistönvapauden* puhtaasta – ja varsinkin taloudellisesta – vapausoikeussisällöstä. Dualistinen järjestelmä ja yleisemmin koko aktiivinen moniarvoisuusturva tulkitaan tällaisen lähtökohdan mukaisesti legitimiiksi ainoastaan sitä jo vakiintuneesti toteuttavassa radio- ja televisiotoiminnassa. Voimassa olevien sananvapaussäännösten katsotaan poikkeuksetta kieltävän esimerkiksi kaiken perinteiseen painoviestintään kohdistuvan moniarvoisuusturvasääntelyn tai mahdollisen julkisen palvelun malliin perustuvan lehdistötoiminnan. Kyse on tällöin eräänlaisesta painoviestinnässä toimivien viestintäyrittäjien kvalifioidusta elinkeinovapaudesta.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Esimerkkejä yleisradiolaitoksen eksplisiittisestä sääntelystä perustuslaissa ovat Kreikan perustuslain 15 artikla ja Portugalin perustuslain artikkelit 38–40. Kokonaan tulkintakäytännössä tehtyjen määritelmien varassa dualismin ja yleisemmin myös aktiivisen moniarvoisuusturvan legitimitettiin on esimerkiksi Ranskassa ja Saksassa.

¹⁴⁷ Barendt (2005a, s. 449) viittaa juuri tällaisiin käsityksiin todetessaan, että ”a lot of nonsense has been written about freedom of the press. Newspapers themselves are responsible for much of it”. On huomattava, että yksiselitteisesti väärä ei tällainenkaan tulkinta oikeuskäytännön empiriisen tarkastelun näkökulmasta ole. Voidaan kiistatta esimerkiksi todeta, että sananvapaudella on liberalistisessa merkityksessään nykyisellään korostuneempi suoja painoviestinnässä kuin audiovisuaa-

Valtiosääntöoikeuden näkökulmasta edellistä luontevampi lähtökohta olisi varmasti *tekniikka- ja muotoneutraali* sananvapausuoja.¹⁴⁸ Uusien viestintämuotojen kehittyessä ja viestintätoimijoiden laajentaessa toimintaansa useampiin välitystekniikoihin on dualismin tekniikkasidonnaisuus jäämässä vähitellen oikeudelliseksi anakronismiksi. Yksi dualistista järjestelmää radio- ja televisio-toiminnassa puolustavista alkuperäisistä argumenteista, käytettävissä olevien lähetystaajuuksien niukkuus, on digitaalisen lähetystekniikan kehittyessä lisäksi jatkuvasti menettänyt painoarvoaan. Lienee selvää, ettei radio- ja televisiotekniikan poikkeuksellista luonnetta viestintämuotona enää tulevaisuudessa voi pitää nykyiseen tapaan dualismiperiaatteen kiintopisteenä. Kokonaan eri kysymys kuitenkin on, pitäisikö dualistisesta mallista näillä sääntelyaloilla vähitellen luopua, vai ehkä ennemminkin laajentaa markkinaehtoista ja markkinoista riippumatonta viestintää tasapainottavaa mallia koko joukkoviestintään teknisestä lähetystavasta riippumatta. Molemmat kehityssuunnat edellyttäisivät paitsi irrottautumista jo perusoikeussisällöksi vakiintuneesta status quosta suuntaan tai toiseen, myös kannanottoa eri moniarvoisuusturvamallien tosiasialliseen tehokkuuteen sananvapauden suojana. Tavoitellun moniarvoisuuden määrittelyyn ja saavutetun moniarvoisuuden todentamiseen liittyvien vaikeuksien vuoksi tämä on luonnollisestikin vaikeampaa kuin argumentointi nykytilan säilyttämisen puolesta.¹⁴⁹

Laajemmin määriteltynä dualismiperiaate voi ehkä tulevaisuudessakin toimia käyttökelpoisena lähtökohtana moniarvoisuutta turvaavalle viestintäoikeudelle. Ottaen huomioon ulkoiselle ja sisäiselle moniarvoisuusmallille ominaiset rajoitukset olisi välitystekniikoiden muuttuessaakin järkevää pyrkiä yhdistämään molempien mallien vahvuuksia niin joukkoviestinnän sääntelyssä kuin sitä koskevissa perusoikeustulkinnoissakin.¹⁵⁰ Markkinaehtoista viestintää ei liene enää

lisessä viestinnässä. Eri asia kuitenkin on, onko tekniikkaan perustuva erottelu valtiosääntöoikeuden sananvapauskäsitteiden näkökulmasta oikeutettu.

¹⁴⁸ Ks. erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan muotoneutraliteetista luku 1.3.2; vrt. myös Ranskan kansalais- ja ihmisoikeuksien julistus 1789 luvussa 1.2.2.

¹⁴⁹ Ks. luku 1.2.3. Suomessa eduskunnan perustuslakivaliokunta on katsonut, että jos käsitys radio- ja televisio- ja muotoneutraali sananvapausuojasta muuttuu teknisen kehityksen myötä, lupajärjestelmän sallittavuuden valtiosääntöoikeudellisia perusteita joudutaan arvioimaan uudelleen (PeVL 19/1998 vp.) ja erityisesti että viestintämarkkinalainsäädäntöä edelleen kehitettäessä on tärkeää arvioida mahdollisuuksia ottaa käyttöön lupajärjestelmää *kevyempiä* sääntelytapoja (PeVL 8/2002 vp; kursivointi kirjoittajan). Tällä viitataan nimenomaan sananvapauden vapausoikeussisällön korostumiseen sikäli, kun rajoittavien teknisten tekijöiden merkitys vähenee. Bullinger (2007) esittää yksinkertaisesti ja selkeästi, että audiovisuaalinen lähetyspotentiaali on nykyisellään jo riittävä painoviestintää vastaavan vapaiden markkinoiden tuottaman moniarvoisuuden saavuttamiseksi ja ettei ainakaan sisällöllisin kriteerein toimivaa yksityisen radio- ja televisio-toiminnan sääntelyä voida nykyisin enää pitää sananvapauden kannalta hyväksyttävänä. Julkisen palvelun yleisradiotoiminnan legitimitettiin Bullinger jättää – ilmeisesti tarkoituksella – ottamatta kantaa.

¹⁵⁰ Ks. mm. Lorz 1990, s. 204–210.

kauan perusteltua säännellä tekniikkaspesifein, nimenomaan radio- ja televisio-toimintaan kohdistuvien sananvapausrajoituksien. Yhtä vaikea on toisaalta perustella näkemystä, jonka mukaan valtion aktiivinen moniarvoisuusturva tai edes julkisen palvelun tiedotusvälineet olisivat ehdottomasti kiellettyjä kaikessa nykyisen radio- ja televisiotekniikan ulkopuolisessa viestinnässä. Joukkoviestintäkentän kokonaistasapaino kahden sananvapautavoitteen välillä – vapauden hyödyntää informaatiota luomalla viestintätuotteita ja -palveluita sekä vapauden viestiä ja vastaanottaa taloudellisesti kannattamatonta informaatiota – voi sen sijaan olla tavoite, josta ei sen enempää uuden välitystekniikan kehittyminen kuin joukkoviestintämuotojen konvergenssikaan anna sellaisenaan syytä luopua.¹⁵¹

On huomattava, ettei dualismiperiaate laajemminkaan määriteltynä voi merkitä sananvapausperinteen lopullista kehityspistettä tai sananvapauden koko sisällön kattavaa normia. Mitä enemmän annetaan painoarvoa materiaaliselle sananvapauskäsitteelle ja jokaisen tosiasialliselle vapaudelle osallistua viestintään, sitä riittämättömämmäksi jää sananvapauden turvaaminen pelkällä julkisen palvelun ja yksityisten joukkoviestimien tasapainotetulla kombinaatiolla. Nykyiset ajatukset vapaasta yhdenvertaisesta viestinnästä sisältävät usein paitsi aineellisia vaatimuksia yksilön tosiasiallisesti käytettävissä olevista viestintäkanavista myös esimerkiksi vaatimuksia riittävästä maksuttomasta koulutuksesta ja ohjauksesta medialukutaidon ja tehokkaan vertaisviestimien käyttötaidon takaamiseksi. Sananvapauden yhteys kysymyksiin kuten hallinnon julkisuus ja oikeus informaatioon jää niin ikään kokonaisuudessaan dualismiperiaatteen ulottumattomiin. Irroutautuminen nykyisestä sanomalehtiliberalismin ja televisiopluralismin värittämästä anakronistisesta perusoikeuskäsitteestä olisi tässä suhteessa ainoastaan yksi, vaikkakin jo odotettu askel sananvapauskäsitteksen modernisoinnissa.

Dualismimääritelmän nykyisen ongelman liittäminen ainoastaan tekniikkasidonnaisuuteen ja tekniikkaneutraalin dualismiperiaatteen esittäminen sananvapauden antinomian riittävänä ratkaisuna olisi epäilemättä virheellinen yksinkertaistus. Nykyisessä tilanteessa julkisen palvelun viestimet kilpailevat yhä aktiivisemmin urheilun massatapahtumista samalla kun yksityiset toimijat etsivät uusia kilpailuetuja monipuolistumisesta ja laatutuotannoista. Teknisen konvergenssin ohella voidaan siis helposti puhua jo perinteisten dualismin vastapoolien välises-

¹⁵¹ Ks. Rossen 1990, s. 123–124 sekä Krausnick 2006, s. 128; vrt. Bullinger 2007, s. 342. Prosser (2008, s. 104) painottaa tästä jossakin määrin poiketen kansalaisten kulttuurisen osallistumisen ja pelkkien kuluttajan valintojen välistä eroa ja liittyy julkisen palvelun (ja sisäisen pluralismin) tarpeen nimenomaan edelliseen. Ongelmana tässä voi olla se, että tavoite muotoilee ennemminkin empiirisen hypoteesin yhteiskunnallisesta toimintamekanismista kuin yksilön oikeuden viestinnän moniarvoisuuteen, joka voidaan perustellusti liittää sananvapauden suojaisältöön.

tä, välitystekniikasta riippumattomasta sisällöllisestä konvergenssitrendistä. Toiminnan laajentuessa vähitellen vastaanottajan itse valittavissa ja ladattavissa oleviin ohjelmasisältöihin voidaan tarjonnan yhtäläisyyksien poolien välillä olettaa jatkossakin lisääntyvän. Tällaisen kehityksen jatkuessa on dualismiperiaatetakin arvioitava sisällöllisesti uudelleen.¹⁵² Olennainen kysymys on, voidaanko markkinaehtoisien ja markkinoista riippumattoman viestinnän toimintaedellytyksiä enää arvioida toisistaan erillään, mikäli näitä toteuttavat viestimet eivät ole yhtä selkeästi erotettavissa toisistaan. Sen enempää valtion oikeutta tai velvollisuutta aktiiviseen moniarvoisuusturvaan kuin yksilön oikeutta kaupalliseen viestintätoimintaan ei kehitys varmasti sellaisenaan aseta kyseenalaiseksi. Mitä yleisemmällä tasolla kysymystä tarkastellaan, sitä helpompi on asettaa dualismiperiaate edelleenkin yhdeksi sananvapautta määrittäväksi lähtökohdaksi.¹⁵³ Oikeuksien konkreettisessa punninnassa periaate kuitenkin vaatii tulevaisuudessa yhä enemmän uusia tarkentavia tulkintoja.

1.2.5 Viestintäoikeuden kansalliset erot ja niiden perusoikeusrelevanssi

Edellä kuvattuja eurooppalaista sananvapausperinnettä yhdistäviä piirteitä – ennakkosensuurin kieltoa, suvaitsevaisuusperiaatetta, valtiolle tunnustettua moniarvoisuusturvakompetenssia ja tietyssä mielessä myös dualistista sääntelytavoitetta – voidaan yleisellä tasolla epäilemättä pitää myös unionin oikeuden perusoikeusmääritelmää sitovina lähtökohtina. Yksityiskohtien tasolla kansallisten viestintäsäännösten ja niitä koskevien sananvapaustulkintojen voidaan sen sijaan arvioida sisältävän jokseenkin yhtä paljon eroja kuin yhtäläisyyksiäkin. Unionin oikeuden näkökulmasta olennaista on tällöin arvioida mahdollisuuksia näiden erojen sivuuttamiseen ja siten sisärajoja ylittävän viestinnän esteiden poistamiseen etenkin säännösten harmonisoinnin kautta. Sikäli kun toisistaan poikkeavat säännöt ovat saaneet vahvistuksensa kansallisissa perustuslaeissa tai niiden tulkinnoissa, kysymys koskee nimenomaan valtiosääntöoikeudellista joustovaraa kansallisen perusoikeusjärjestelmän ja unionin oikeuden perusoikeussuojan välillä.

¹⁵² Yksi mielenkiintoinen julkiseen palveluun ja internetin vertaisviestintään liittyvä ongelma on yleisradioiden tuottamien ohjelmien asettaminen ilman lupaa ladattavaksi verkkosivuille (esim. *You Tube*): kysymys on yhtäältä tekijänoikeus- ja lähioikeusloukkauksista yleisradioita vastaan, mutta toisaalta voidaan myös argumentoida, että julkisin varoin tuotettujen, viestinnän moniarvoisuustehtävää täyttävien ohjelmien tulisi olla vapaasti välitettävissä edelleen (vrt. ns. siirtovelvollisuussääntely luvussa 2.3.4). Toistaiseksi ei ole tiedossa yhtään yleisradioyhtiön nostamaa kannetta niiden ohjelmia edelleen välittäviä katsojia vastaan.

¹⁵³ Esim. Rossen 1990, s. 124.

Viestintää koskevan lainsäädännön integraatio-ongelmalle on tunnusomaista yhtäältä normien *yksityiskohtaisuus* ja toisaalta niiden vahva *perusoikeusrelevanssi*. Säännökset ja tuomioistuinratkaisut esimerkiksi henkilön oikeudesta määrätä itseään koskevan informaation julkistamisesta ja käytöstä, mainonnassa sallituista ilmaisutavoista tai lapsille tarkoitetun viestinnän sisällöllisistä erityisehdoista sisältävät monesti sananvapauden käytön kannalta olennaisen tärkeitä sääntöjä, erottelukriteereitä ja määräaikoja, jotka poikkeavat unionin jäsenvaltioissa merkittävästi toisistaan. Valtiosääntöoikeuden kannalta näistä normeista tekee kiinnostavia niiden kiinteä liityntä kansalliseen perusoikeusjärjestelmään. Kyse on ensinnäkin monesti säännöistä ja tulkinnoista, joiden katsotaan konkreettisoivan perustuslain yleisempää sananvapaussäännöstä ja siten määräävän sananvapauden käytöstä perusoikeutena.¹⁵⁴ Toiseksi myös rajoitusten taustalla on usein nimenomaan jokin perusoikeusjärjestelmään kuuluva toinen oikeus, kuten yksityiselämän suoja, itsemääräämisoikeus tai yhdenvertaisuus, usein myös tapauskohtainen tulkinta ihmisarvon oikeudellisesta sisällöstä. Yksityiskohtainen sääntö on siten usein tulos perusoikeuspunninnasta, jolloin myös sen mahdollinen muuttaminen merkitsee sellaisenaan uutta tulkintaa perusoikeuksien sisällöstä.¹⁵⁵

Käsitykset sananvapauden suoja-alan rajaamisesta vaihtelevat eurooppalaisissa oikeuskulttuureissa ja oikeustieteellisessä teoriassa toisaalta jo itse valtiosäännönkin tasolla. Sananvapautta rajattaessa voidaan periaatteessa joko määritellä niitä viestinnän tapoja ja sisältöjä, joita perustuslain sananvapaussäännöksen tulkitaan suojaavan, tai vaihtoehtoisesti kääntäen arvioida perusteita, joilla lähtökohtaisesti kaikkea viestintää koskevaa sananvapautta voidaan legitimiesti rajoit-

¹⁵⁴ Tässä yhteydessä on kuitenkin huomattava, että käsitys *sananvapauden käytöstä määräävistä säännöistä* voi helposti saada kognitiivisesti liian laajan ja perusoikeutta liiaksi laintasoiseen sääntelyyn kytkevän sisällön. Kaikki viestinnän säännöt eivät luonnollisestikaan ole sellaisenaan perustuslain sananvapaussäännöksen tai sananvapautta rajoittavia perusoikeuksia koskevien säännösten mukaisia: ei edes silloin kun sananvapaussäännöksessä on todettu sananvapauden käytöstä säädetävän tarkemmin lailla. Esimerkiksi Vuortaman ja Kerosuon (2004, s. 16–31) käyttämään termiin ”perusoikeuksien käyttämisen lait” sekä Suomessa yleistyneeseen nimitykseen ”sananvapauslaki” (ks. esim. Niiranen – Sotamaa 2003, s. 7) on syytä suhtautua edellä mainituin varauksin. Sananvapauden sisältö perusoikeutena on eri asia kuin viestintää koskevan lainsäädännön sisältö silloinkin, kun jälkimmäisen todetaan sääntelevän *sananvapauden käyttöä*. Vrt. Manninen 1990, s. 417–421 sekä Pohjolainen 1994, s. 214 ja 220.

On olemassa voimassa olevia kansallisia viestintää koskevia oikeussääntöjä, joiden perustuslainmukaisuutta ei ole toistaiseksi kyseenalaistettu, sekä epäilemättä myös sellaisia sääntöjä, joita voidaan kansallisten perusoikeuksien estämättä muuttaa merkittävästi. Nimenomaan tämä kansallisen valtiosäännön mahdollinen joustovara suhteessa viestintää koskevaan voimassa olevaan lainsäädäntöön on myös integraatio-oikeudellisesta näkökulmasta olennaisen tärkeä.

¹⁵⁵ Lorz 1990. Ks. myös McPherson 1999 sekä Iganski 1999. Hyvän yleisesityksen viestintäsääntöjen eurooppalaisista eroista ja niiden perusoikeusrelevanssista antaa myös Euroopan komission vihreä kirja alaikäisten suojelusta ja ihmisarvon suojasta audiovisuaalisissa palveluissa ja informaatiopalveluissa, KOM(96) 483 lopullinen. Ks. myös luku 3.3.3.

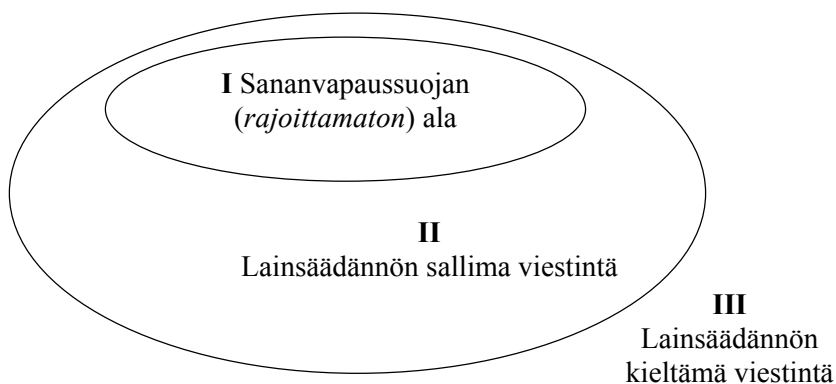
taa. Edellistä on kirjallisuudessa kutsuttu perusoikeuden *sisäisten rajojen teoriaksi* (ns. Innentheorie) ja jälkimmäistä vastaavasti *ulkoisten rajoitusten teoriaksi* (ns. Außentheorie).¹⁵⁶

Sisäisten rajojen teoria (kaavio 2 s. 62) on liitetty varsinkin ranskalaiseen perusoikeuskäsitykseen ja toisaalta myös yhteisöjen tuomioistuimen tähänastiseen perusoikeuskäytäntöön. Eräänlaisena malliesimerkkinä teoriasta Euroopan ulkopuolelta on pidetty myös Yhdysvaltain korkeimman oikeuden tulkintakäytäntöä. Sisäisten rajojen teorialle ominainen kysymyksenasettelu alkaa yleensä sananvapaussuojan perusteluista. Millainen viestintä kuuluu kansalaisen perustavanlaatuisiin oikeuksiin? Millaisia ilmaisutapoja on suojattava valtiosääntöoikeudellisesti ja miksi?¹⁵⁷ Sananvapaudella on teorian mukaan omat sisäiset rajansa, jotka määrittävät perusoikeussuojan piirissä olevaa ja sen ulkopuolelle jäävää viestintää. Niitä viestintätapoja, joiden tulkitaan kuuluvan sananvapaussuojan alaan, ei voida lainsäädännössä kieltää eikä rajoittaa (I). Nimenomaan tässä, eräessä mielessä epäilemättä harhaanjohtavassa merkityksessä puhutaan usein *rajoittamattomasta sananvapaudesta*. Viestintä, jonka ei tulkita nauttivan perusoikeussuojaa, voidaan sen sijaan lainsäädännössä valtiosäännön näkökulmasta vapaasti joko säätää kielletyksi tai jättää sallituksi (II ja III). Siitä, että jotakin viestintäsältöä ei oikeusjärjestelmässä ole kielletty, ei toisin sanoen välttämättä seuraa, että sen viestiminen tai vastaanottaminen olisi valtiosäännön suojaamaa sananvapauden käyttöä.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Teorioiden vakiintuneisiin saksankielisiin nimityksiin viitataan yleisesti myös ranskan- ja englanninkielisessä valtiosääntöoikeudellisessä kirjallisuudessa. Ks. teorioiden klassisista määritelmistä esim. Alexy 1994, s. 250.

¹⁵⁷ Esim. Barendt 2005a, s. 1–38. Petäjä (2006, s. 173) toteaa, ettei sananvapauden rajoituksia ole mielekästä punnita tiedostamatta ensin, miksi sananvapaus [kyseisessä soveltamistilanteessa] on arvokasta. Tämä ajatusmalli liittyy läheisesti sisäisten rajojen teoriaan, mutta Petäjä tarkoittanee ennemminkin sitä, että sananvapaussuojan tarkoitus tulisi ottaa punnintakriteerinä paremmin huomioon myös ulkoisten rajoitusten teoriaan perustuvassa rajoitusedellytysten punninnassa.

¹⁵⁸ Esimerkkinä monissa maissa tässä kohtaan II luokiteltavasta viestinnästä voidaan mainita ns. tavanomainen pornografia ja eräissä maissa myös kaikki kaupallinen mainonta. Yhdysvalloissa korkein oikeus siirsi uudella tulkintalinjalla aikaisemmin vakiintuneesti sallitun, mutta sananvapaussuojan ulkopuolelle jääneen mainosviestinnän sananvapaussuojan piiriin kuuluisassa ratkaisussaan *Virginia State Board of Pharmacy* vuonna 1976. On huomattava, etteivät eri osien pinta-alat ole kaavion esityksessä merkitseviä: sisäisten rajojen teorian mukainen sananvapaus (I) voi siis aineellisoikeudelliselta laajuudeltaan täysin vastata myös ulkoisten rajoitusten teorian sananvapauden suoja-alaa (koko ala vähennettynä kohdalla III). Klassinen sisäisten rajojen teoriaan perustuva amerikkalainen esitys sananvapaudesta on Meiklejohn 1981.



Kaavio 2. Sananvapauden suoja-ala sisäisten rajojen teorian mukaan.

Ulkoisten rajoitusten teoriassa (kaavio 3 s. 63) sananvapauden lähtökohtaiseksi soveltamisalaksi määritellään kaikki viestintä sen sisällöstä ja muodosta riippumatta (I). Perusoikeudelle ominaisten rajojen sijaan tarkastelu keskittyy vapaata viestintää rajoittaviin säännöksiin ja niiden legitimeettiin, kiellettyihin ja sallittuihin sananvapausrajoituksiin (II ja III). Koska sananvapauden soveltuvuus ja usein myös rajoituksen olemassaolo on tällöin tulkintakäytännössä varsin ongelmatonta todeta, kohdistuu sananvapausargumentaatio yleensä ennen kaikkea perusteisiin, joiden mukaan rajoitukset voidaan tulkita perustuslain mukaisiksi tai sen vastaisiksi, ns. perusoikeuksien *rajoitusedellytyksiin*¹⁵⁹ tai *rajoittamisrajoituksiin* (Schranken-Schranken).¹⁶⁰ Sananvapautta aineellisoikeudellisen lopputuloksen mielessä rajaa toisin sanoen vasta määritelmän kolmas askel, vapautta koskevia poikkeuksia rajoittavat poikkeukset. Selvimpinä esimerkkeinä ulkoisten rajoitusten teoriaa noudattavasta käytännöstä esitetään tavallisesti Saksan valtiosääntötuomioistuimen sekä toisaalta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut.¹⁶¹

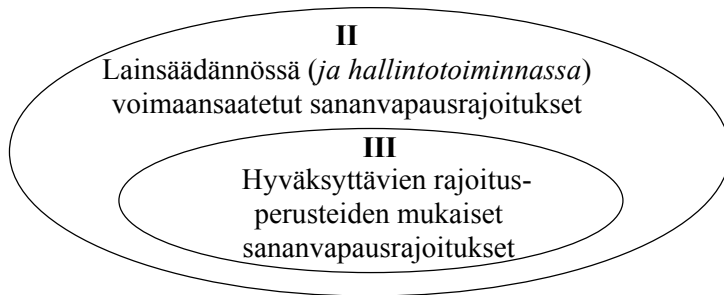
Empiirisesti tarkasteltuna ei kansallisia perusoikeusjärjestelmiä voi yleisesti suoraan kytkeä kumpakaan mainituista teorioista. Tuomioistuinratkaisuisista ilmenevä perusoikeuskäsitys on sen sijaan usein ennemminkin hahmotettavissa

¹⁵⁹ Ks. Viljanen 2002.

¹⁶⁰ Rajoittamisrajoitukset voidaan kuvata rajoitusedellytysten kääntöpuoleksi: niissä tapauksissa, joissa perusoikeuksien rajoitusedellytykset eivät täyty, soveltuvat rajoitusrajoitukset eli perusoikeuksien rajoittamista koskeva kieltö.

¹⁶¹ Ks. luku 1.3. Ulkoisten rajoitusten teorian mukainen rajoitusedellytysmääräys sisältyy itse asiassa jo ihmisoikeussopimuksen tekstiin, sananvapauden osalta itse 10 artiklaan. Rajoitusedellytykset sisältyvät vastaavasti eksplisiittisesti myös osaan kansallisista perustuslaeista. Hyvä esimerkki sananvapauden kuvaamisesta ulkoisten rajoitusten teorian lähtökohdasta on myös Ollila 2004, s. 18.

I
Lähtökohtaisesti kaikkea
viestintää koskeva sananvapaus



Kaavio 3. Sananvapauden suoja-ala ulkoisten rajoitusten teorian mukaan.

teorioita yhdistelemällä.¹⁶² Dogmaattisesti on toisaalta mahdollista kuvata mitä tahansa perusoikeusjärjestelmää kirjoittajan valinnan mukaan kumman tahansa teorian näkökulmasta. On kuitenkin käytännössä varsin tavallista, että tietyn valtiosääntötuomioistuimen perusteluissaan esiin tuoma logiikka painottuu vahvasti joko sisäisten rajojen tai ulkoisten rajoitusten teorian suuntaan.¹⁶³ Vaikka molemmista lähtökohdista voidaan periaatteessa päätyä myös aineellisoikeudellisesti täsmälleen samoihin tulkintaratkaisuihin, ei valittu lähtökohta tässä suhteessa ole välttämättä aineellisen perusoikeussuojan kannalta merkityksetön. On kiistatta ainakin eri asia perustella, miksi tietyn ilmaisun esittämisen täytyisi kuulua ihmisen perustavanlaatuisiin oikeuksiin, kuin arvioida, onko sellaisen kieltämiseksi niin tärkeitä syitä, että ne oikeuttavat valtiosäännössä taatun perusoikeussuojan rajoittamisen.¹⁶⁴ Ulkoisten rajoitusten teorian mukaista perustelu-

¹⁶² Eräänlaiseksi yhdistelmäksi voidaan tulkita myös vaatimus perusoikeuden ydinalan koskemattomuudesta perusoikeuden rajoitusedellytyksenä. Oikeuskirjallisuudessa ollaan erimielisiä siitä, lisääkö tämä vaatimus jotakin rajoitusedellytyksenä tavanomaiseen suhteellisuusperiaatteen noudattamisen vaatimukseen. Ks. esim. Alexy 1994 s. 267–272 sekä Viljanen 2002.

¹⁶³ Suomalaisen perusoikeuskäsityksen on esimerkiksi katsottu edustavan selkeästi ulkoisten rajoitusten teoriaa. Sisäisten rajojen teoriaan perustuva esitys suomalaisesta perusoikeusjärjestelmästä ei siten varmastikaan olisi erityisen mielekäs. Mahdollista kuitenkin olisi tutkia systemaattisesti sananvapausratkaisujen lopputuloksia ja määritellä ”toteutuneen sananvapauden” alaksi se, jonka rajoituksia ei tulkintakäytännössä ole hyväksytty. Tämä näkökulma kuitenkin sivuuttaisi sekä ratkaisujen perustelujen sanamuodoista ilmenevän logiikan että ulkoisten rajoitusten teoriasta mahdollisesti seuraavat aineellisoikeudelliset vaikutukset perusoikeustulkintoihin.

¹⁶⁴ Esimerkkinä voidaan tässä yhteydessä ajatella vaikkapa keskieurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä tavallisia kansanmurhan kiistämisen kriminalisoivia säännöksiä. Sisäisten rajojen teorian näkökulmasta on varsin helppo ajatella, ettei oikeus kiistämiseen ole tärkeä osa yksilön perusoikeuksia eikä kriminalisointi siten ainakaan olennaisesti sananvapaussäännöksen vastaista. Ulkoisten rajoitusten teorian perusteella on sen sijaan esimerkiksi arvioitava, johtaako kriminalisointi

käytäntöä on lisäksi pidetty sisäisten rajojen teoriaa analyttisempänä, helpommin ymmärrettävänä ja siten perusoikeusvalvonnan kannalta myös jossakin määrin sisäistä rajaamista uskottavampana ja luotettavampana.¹⁶⁵

Sisäisten rajojen teorian mukainen käsitys sananvapauden rajoittamattomuudesta edellyttää sananvapauden soveltamisalan äärimmäisen yksityiskohtaista määrittelyä. Jos esimerkiksi mainontaa sääntelevien säädöksen ei tulkita tarkoittavan mainonnan sananvapautta koskevia rajoituksia, on myös mainosviestintä jaettava yksittäistapauksittain sananvapaussuojan piiriin kuuluviin ja sananvapaussuojan ulkopuolelle jääviin sisältöihin ja ilmaisutapoihin. Tarkoin rajatuista määritelmäpirstaleista koostuva rajoittamaton vapaus lienee kuitenkin yksinkertaisemmin tulkittavissa nimenomaan rajoitetuksi vapaudeksi. Ulkoisten rajoitusten teoriassa tätä rajoittamattomuuden illuusiota vastaa toisaalta jokseenkin yhtä illusorinen käsitys sananvapauden *sisältö-* ja *muotoneutraliteetista*. Vaikka sananvapaus soveltuukin lähtökohtaisesti kaikkeen viestintään, ovat luonnollisestikin juuri ilmausten sisältö ja muoto keskeisimpiä kriteerejä sananvapausrajoitusten legitimitettiin arvioitaessa. Riippumatta siis siitä, kumpi teorioista valitaan lähtökohdaksi, on sananvapaus lopulta tunnustettava viestinnän sisällöistä ja ilmaisumuodoista riippuvaksi rajoitetuksi perusoikeudeksi. Tulkinnan lopputuloksen kannalta voi silti olla merkityksellistä, suoritetaanko rajaus argumentatiivisesti itse sananvapauden vai sitä rajoittavien oikeushyvien näkökulmasta. Asetelma luonnollisestikin monimutkaistuu, mikäli myös rajoitukset perustuvat valtiosäännössä turvattuihin perusoikeuksiin, jolloin käsitys näiden rajaamisesta kuuluu yhtä lailla punninnan reunaehtoihin. Sikäli kun viestinnän moniarvoisuutta turvaavia järjestelmiä arvioidaan sananvapausrajoituksina eikä osana sananvapauden sisältöä, ero sisäisiin rajoihin ja ulkoisiin rajoituksiin perustuvien tulkintojen välillä voi niin ikään tulla merkitseväksi.

Viestintää koskevassa lainsäädännössä unionin jäsenvaltioiden välisten sananvapausperinteen erojen on arvioitu ilmenevän varsinkin seuraavilla ongelmakentillä:¹⁶⁶

1. Lasten ja nuorten suojelemiseksi asetetut rajoitukset
2. Yleistä moraaliala, järjestystä ja uskonrauhaa suojelevat säännökset
3. Syrjintää edistävää viestintää kieltävät säännökset
4. Yksilön suoja ja ns. *henkilöoikeuksia*¹⁶⁷ turvaavat säännökset
5. Kulttuurista moniarvoisuutta turvaavat säännökset.

yleensäkin tarkoitettuun lopputulokseen ja onko se vaikutuksiltaan suhteellisuusperiaatteen mukainen. Ks. luku 3.3.3.

¹⁶⁵ Esim. Bühler 2005, s. 462–463 sekä Eisner 2005, s. 159–166; vrt. Oetheimer 2001, s. 80.

¹⁶⁶ Ks. mm. Euroopan komission vihreä kirja alaikäisten suojelusta ja ihmisarvon suojasta audiovisuaalisissa palveluissa ja informaatiopalveluissa, KOM(96) 483 lopullinen.

¹⁶⁷ Ks. luku 2.3.7.

Mainittuja sääntelyaloja yhdistää ennen kaikkea niiden liityntä kansallisten oikeus- ja viestintäkulttuureiden suhteellisen pysyviin ominaispiirteisiin. Esimerkiksi väkivaltakuvauksia ja julkista seksuaalisuutta koskevan suvaitsevaisuuden on arvioitu vaihtelevan voimakkaasti eurooppalaisten kulttuurien välillä. Niin ihmisoikeussopimuksen kuin Euroopan taloudellisen integraationkin näkökulmasta tällaisten erojen on perinteisesti katsottu jäävän ylikansallisten tavoitteiden ja toimivallan ulkopuolelle – siitäkkin huolimatta, että säännökset muodostavat monesti esteen sekä viestintätuotteiden ja -palveluiden sisämarkkinoille että valtioiden rajat ylittävälle sananvapaudelle. Henkilötietojen suojaa koskevan lainsäädännön lähentämistä on kuitenkin pidetty eräänlaisena alkuna perinteisen integraatiosta päittyvän käsityksen vähittäiselle murtumiselle.¹⁶⁸

Lainsäädännössä ilmenevien eroavuuksien ohella kansallisten sananvapauskäsitysten heterogenia voi aiheuttaa yhteensopivuusongelmia myös sinänsä jo pitkälle harmonisoiduilla sääntelyaloilla. Esimerkiksi uusimpien tekijänoikeus-, tietosuoja- ja kuluttajansuojasäännösten suhde kansallisten perustuslakien sananvapaustulkintoihin on monelta osin vielä avoin kysymys. Unionin lainsäädännön yhdenmukainen soveltaminen edellyttää näissä tilanteissa luonnollisesti myös yhdenmukaista sananvapaustulkintaa. Olennainen merkitys Euroopan oikeudellisen järjestelmän yhtenäisyydelle on tällöin mahdollisuudella sovittaa harmonisoitua lainsäädäntöä koskevan unioniperusoikeuden ja kansallisen perusoikeuden tulkinta toisiinsa. Sitovan sananvapauserinteen sijaan on yhä useammin aiheellista puhua sananvapaustulkintojen välisestä joustovarasta ja sananvapausmääritelmien uudistuspotentiaalista. Jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen noudattaminen muuntuu tällöin luonnollisestikin pyrkimykseksi jäsenvaltioiden valtiosääntöperinteen tulkinnalliseen yhtenäistämiseen.¹⁶⁹

1.3 EUROOPAN IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN 10 ARTIKLA EUROOPAN UNIONIN OIKEUSLÄHTEENÄ

1.3.1 Yleistä

Kysymys Euroopan ihmisoikeussopimuksen asemasta Euroopan unionin oikeudessa on pysynyt ajankohtaisena jo huomattavan pitkään. Vaikka ihmisoikeussopimusta voidaan nykyisellään kiistatta pitää myös unionia sitovana oikeuslähtee-

¹⁶⁸ Tästä tarkemmin luvussa 2.3.

¹⁶⁹ Ks. edellä luku 1.1.

nä,¹⁷⁰ on ratkaisematon ristiriitapotentiaali ihmisoikeustuomioistuimen ja yhteisöjen tuomioistuimen perus- ja ihmisoikeustulkintojen välillä edelleenkin yksi merkittävimmistä ongelmaulottuvuuksista eurooppalaisessa valtiosääntökokoaisuudessa. Sananvapauden osalta on kyse paitsi ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkintasisällöstä unionin oikeuden sisällä, myös unionin sananvapautta rajoittavaan lainsäädäntöön kohdistuvan ihmisoikeusvalvonnan toteutumisesta.

Ihmisoikeussopimuksen sananvapausmääritelmä on itse asiassa varsin yhdenmukainen vuoden 1789 liberalistisen ihmisoikeuksien julistuksen kanssa.¹⁷¹ Uutta klassiseen määritelmään nähden on kuitenkin yhtäältä sananvapauden kansainvälisyys, eli riippumattomuus alueellisista rajoista, ja toisaalta sananvapausrajoitusten kytkeminen välttämättömyyden käsitteeseen, toisin sanoen sananvapauden ja viestinnässä suojattavien oikeushyvien keskinäiseen suhteellisuuspunnintaan. Vaikka dualistinen järjestelmä on otettu huomioon luvanvaraisuutta koskevana poikkeuksena, ei aktiivista moniarvoisuusturvaa määritelmässä eksplisiittisesti mainita. Sopimuksen 10 artiklan teksti on seuraava:

Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi [Euroopan ihmisoikeussopimus], 10 artikla: Sananvapaus

1. *Jokaisella on sananvapaus. Tämä oikeus sisältää vapauden pitää mielipiteitä sekä vastaanottaa ja levittää tietoja ja ajatuksia alueellisista rajoista riippumatta ja viranomaisten siihen puuttumatta. Tämä artikla ei estä valtioita tekemästä radio-, televisio- ja elokuvayhtiöitä luvanvaraisiksi.*
2. *Koska näiden vapauksien käyttöön liittyy velvollisuuksia ja vastuuta, se voidaan asettaa sellaisten muodollisuuksien, ehtojen, rajoitusten ja rangaistusten alaiseksi, joista on säädetty laissa ja jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen turvallisuuden, alueellisen koskemattomuuden tai yleisen turvallisuuden vuoksi, epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalien suojaamiseksi, muiden henkilöiden maineen tai oikeuksien turvaamiseksi, luottamuksellisten tietojen paljastumisen estämiseksi, tai tuomioistuinten arvovallan ja puolueettomuuden varmistamiseksi.*¹⁷²

¹⁷⁰ Tätä on pidettävä selvänä jo unionisopimuksen 6 artiklan 2 kohdan perusteella. Yhteisöjen tuomioistuimen käytännöstä ks. edellä luvut 1.1.1 ja 1.1.2 Unionin (ja Euroopan Yhteisön) asemasta ihmisoikeussopimuksen näkökulmasta luvussa 1.3.3.

¹⁷¹ Teksti luvussa 1.2.2.

¹⁷² Sopimuksen todistusvoimaisilla kielillä artiklan teksti kuuluu seuraavasti: (englanti:) Article 10: Freedom of expression 1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for main-

Artikla voidaan analyttisesti jakaa oikeastaan kahden sijasta kolmeen osaan. Ensimmäinen kohta sisältää paitsi määräyksen sananvapauden *soveltamisalasta*, myös radio-, televisio- ja elokuvatoiminnan luvanvaraisuutta koskevan *soveltamisalapoikkeuksen*, jonka ihmisoikeustuomioistuin on kuitenkin tulkintakäytännössään muuntanut enemmänkin artiklan toista kohtaa täydentäväksi rajoitusperusteeksi.¹⁷³ Varsinainen *rajoitusedellytyslauseke* on artiklan toinen kohta. Kohdassa ensinnäkin luetteloidaan tyhjentävästi perusteet, joihin vedoten sananvapautta voidaan legitiimisti rajoittaa, ja toiseksi määrätään rajoittamisen yleisistä edellytyksistä: rajoituksesta on oltava *säädetty laissa* ja rajoittamisen on oltava *demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä*. Artiklan teksti samoin kuin sitä koskeva ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntökin on loogiselta rakenteeltaan yhdistettävissä suoraan edellä ulkoisten rajoitusten teoriaksi nimettyä perusoikeusmalliin. Yhteisöjen tuomioistuin sen sijaan on 10 artiklaan viittaavissa ratkaisuisaan toistaiseksi pidätyntynyt varsinaisesta rajoitusedellytyslausekkeen analyttisestä soveltamisesta.¹⁷⁴

Ihmisoikeustuomioistuimen 10 artiklaa koskevaa tulkintakäytäntöä on yleisesti pidetty monipuolisena mutta jossakin määrin epäsystemaattisena, pääsääntöisesti enemmän poliittista kuin kulttuurista ilmaisuvapautta painottavana. Tärkeimpinä artiklan sanamuotoa täydentävinä tulkintoina mainitaan tavallisesti suvaitsevaisuusperiaate, tehokkaan oikeussuojan periaate, moniarvoisuusturvan tunnustaminen sekä ilmaisun muotoa koskevan suojan samoin kuin taiteen ja mainosviestinnän ilmaisuvapauden sisällyttäminen suoja-alaan.¹⁷⁵ Osaan tärkeimmistä ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaratkaisuisista yhteisöjen tuomiois-

taining the authority and impartiality of the judiciary. (ranska:) Article 10: Liberté d'expression 1) Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. 2) L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

¹⁷³ Ks. luku 1.3.2.

¹⁷⁴ Ks. edellä luku 1.2.5.

¹⁷⁵ Ks. tarkemmin luku 1.3.2. Hyviä yleisesityksiä 10 artiklan tulkintakäytännöstä tarjoavat mm. Pellonpää 2005a, s. 482–507; Janis – Kay – Bradley 2000, s. 138–224; Frowein 1996; Harris & al. 1995, s. 372–416; Cohen-Jonathan 1995 ja 2002; Coussirat-Coustère 1995; Wachsmann 2000; Sudre 2003, s. 416–431; Lester 1993; Pech 2003; Oetheimer 2001 sekä Maruhn 2003. Tuoreimmat kattavat yleisesitykset lienevät van Rijn 2006; Ovey – White 2006, s. 317–334 sekä Mowbray 2007, s. 623–721. 10 artiklan ajankohtaisen analyysin suhteessa Saksan perustuslain sananvapausäännökseen sekä perusoikeuskirjan 11 artiklaan tarjoavat myös Grote – Wenzel 2006.

tuin on lähes oikeuslähteen tapaan jo viitannut sananvapautta koskevien ratkaisujensa perusteluissa. Yleistä sitovuutta ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnolle – varsinkaan tuleville sellaisille – ei sen sijaan toistaiseksi ole annettu eikä ihmisoikeustuomioistuimen valvontatoimivaltaa unionin oikeuden alalla muutoinkaan tunnustettu. Konkreettisilla sananvapauden suoja-alaa koskevilla soveltamissäännöillä, jotka sisältyvät useissa tapauksissa nimenomaan ihmisoikeustuomioistuimen 10 artiklan tulkintakäytäntöön, ei siten nykyisellään automaattisesti ole velvoittavan oikeuslähteen asemaa unionin oikeudessa. Tilanne saattaa kuitenkin jo lähitulevaisuudessa muuttua, mikäli Euroopan unioni liittyy Lissabonin sopimuksessa suunnitellulla tavalla ihmisoikeussopimuksen osapuoleksi.¹⁷⁶

1.3.2 Ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkinnan ongelmakenttiä

Ihmisoikeustuomioistuimen sananvapautta koskeva toimivalta, sen tehtävä tulkitta varsin avoimesti muotoiltua, 1950-luvun viestintäkäsitykseen pohjautuvaa ihmisoikeussäännöstä nykyisten nopeasti uudistuvien ilmaisutapojen ja viestintäteknikoiden aikana, on ensi näkemältä helppo arvioida erittäin laajaksi. Nimenomaan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännöllä on monesti arvioitu olevan unionin oikeutta tärkeämpi merkitys yhdenmukaisen sananvapauskäsitteen kehitykselle ja siten myös kansallisen viestintäsääntelyn mahdolliselle harmonisoinnille. Ihmisoikeustuomioistuin on toisaalta tässä suhteessa rajoittanut toimivaltaansa olennaisesti tunnustamalla jäsenvaltioille ns. *kansallisen harkintavaran* (margin of appreciation, marge d’appréciation) ihmisoikeussuojan toteuttamisessa. Tämän lisäksi myös tuomioistuimen tietoinen pyrkimys turvata ihmisoikeussopimuksessa suojattujen oikeuksien kansainvälinen *minimitaso* laajalla maantieteellisellä sopimusalueella¹⁷⁷ vähentää osaltaan mahdollisuuksia viestintäoikeuden syvempään yhdenmukaistamiseen.¹⁷⁸

Artiklan toisen kohdan sisältämää rajoitusperusteluettelo on yleisesti kritisoitu liian laajana ja siten ratkaisun lopputuloksen kannalta merkityksettömänä; tyhjentävänä mutta kaikenkattavana avoimena. Koska varsinkin yleisen turvallisuuden, järjestyksen ja moraalien samoin kuin muiden henkilöiden maineen ja oikeuksien perusteella voidaan periaatteessa oikeuttaa lähes minkälaisia sananvapausrajoituksia tahansa ja koska ihmisoikeustuomioistuin on myös käytännös-

¹⁷⁶ Ks. luku 1.3.3.

¹⁷⁷ Euroopan ihmisoikeussopimukseen on liittynyt tähän mennessä 46 jäsenvaltiota. Sopimuksen maantieteellinen soveltamisala on siten merkittävästi Euroopan unionia laajempi. Vrt. Delmas-Marty 2004, s. 28–31.

¹⁷⁸ Esim. Pech 2003, s. 79–330 sekä Oetheimer 2001, s. 337–339; ks. myös Greer 2004; Cohen-Jonathan 2002 sekä Lambert 1998.

sä pidättynyt näiden kategorioiden supistavasta tulkinnasta, jää luettelon varsinainen rajaava funktio epäilemättä varsin vähäiseksi.¹⁷⁹ Lakikäsitteen laajan tulkinnan vuoksi on vastaavasti myös laissa säätämisen vaatimus jäänyt soveltamiskäytännössä toissijaiseen rooliin. Sananvapauden selvästi keskeisimmäksi rajoitusedellytykseksi on siten – edellä esitetyn ulkoisten rajoitusten teorian kuvaamaan tapaan – muodostunut artiklan 2 kohdan lauseketta *välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa* koskeva suhteellisuuspunninta. Tätä välttämättömyyskriteeriä tapauskohtaisesti soveltamalla ihmisoikeustuomioistuimien on onnistunut kehittämään osin varsin helposti säännöiksi ja periaatteiksi yleistettävissä olevaa sananvapausdoktriinia. Tuomioistuimen vähitellen yleistynyt tapa viitata perusteluissaan kursorisesti yhä suurempaan joukkoon aikaisempia ratkaisujaan on kuitenkin tehnyt doktriinista jossakin määrin vaikeaselkoisemman.¹⁸⁰

Ihmisoikeustuomioistuimen sananvapautulkinnan yhtenä kiistatta tärkeimmistä ja vakiintuneimmista elementeistä voidaan pitää muotoilua *suvaitsevaisuusperiaatteesta*, joka on vuoden 1976 tunnetun ratkaisun mukaan nimetty myös Handyside-periaatteeksi. Ratkaisun perusteluissa esitetty, lukuisissa myöhemmissä ratkaisuissa viitattu lauseke on eräässä mielessä voimassa oleva kansainvälisoikeudellinen määritelmä periaatteesta, joka ajatuksena esiintyy jo keskeisenä osana Miltonin, Millin ja Kantin klassisissa sananvapasteorioissa:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Handyside* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (4.11.1976): [...] 10 artiklan 2 kohdassa määrätyn varauksin [*sananvapaus*] ei koske ainoastaan niitä tietoja ja ajatuksia, jotka otetaan vastaan mielellään tai joita pidetään loukkaamattomina tai samantekevinä, vaan myös niitä, jotka loukkaavat, järkyttävät tai huolestuttavat (heurtent, choquent ou inquietent) valtiota tai jotakin osaa väestöstä. Tätä vaativat moniarvoisuus, suvaitsevaisuus ja avoimuus, joita ilman demokraattista yhteiskuntaa ei ole olemassa.¹⁸¹

¹⁷⁹ On kuitenkin huomattava, että valitulla rajoitusperusteella on oma merkityksensä rajoituksen välttämättömyyden arvioinnissa eli suhteellisuusperiaatteen soveltamisessa.

¹⁸⁰ Viljanen (2003, s. 148–152) puhuu tässä yhteydessä tapausten ja niiden ratkaisujen kirjaamisesta eräänlaiseksi tulkintajatkumojen ryppääksi ("cluster of continua"), jonka ei oikein luettuna välttämättä ole sen vaikeaselkoisempi tai moniselitteisempi kuin vähitellen tarkentuvat ja aina uusia laajennuksia ja poikkeuksia saavat tulkintasäännötkään.

¹⁸¹ Ratkaisun kohta 49, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Verbi *loukata* esiintyy usein sekaannusta aiheuttaen sekä suvaitsevaisuusperiaatteen muotoilussa että sananvapausrajoitusten perusteluissa, toisin sanoen kuvaamassa samanaikaisesti viestinnän sallittuja sekä kiellettyjä ominaisuuksia. Sikäli kun viitataan ihmisoikeustuomioistuimen *Handyside*-ratkaisuun, sekaannus johtuu itse asiassa ratkaisun käännöksistä. Alkuperäisessä, tuomioistuimen ranskan kielellä laatimassa ratkaisussa suvaitsevaisuusperiaatteen yhdessä käytetään verbiä *heurter* ja rajoitusten legitimoimien yhteydessä verbiä *blesser* sekä ilmausta *causer offense*. Tämä sanavalinnalla ilmaistu aste-ero on käännöksissä monesti kadonnut (esim. ratkaisun englanninkielisessä versiossa verbi *offend* ja suomen kielen verbi *loukata*). Ratkaisun kohdat 48 ja 49 sisältävät lisäksi varsin yksityiskohtaisen analyysin kansallisesta harkintavarasta ja välttämättömyyttä koskevasta suhteellisuuspunninnasta.

Suvaitsevaisuusperiaate on ensisijaisesti ymmärrettävä suhteellisuuspunninnassa huomioon otettavana, yhtä lailla kaikkia 10 artiklan 2 kohdassa mainittuja perusteita koskevana, niiden soveltamista rajoittavana ehtona. Kirjallisuudessa sen on toisinaan katsottu merkitsevän sananvapauden yleisempääkin pääsääntöasemaa sitä rajoittaviin – ja siten suppeasti tulkittaviin – poikkeuksiin nähden, lähtökohtaisesti jopa riippumatta siitä, perustuvatko nämä yleisiin oikeushyviin kuten turvallisuuteen, järjestykseen tai moraaliin vai toisten yksilöiden konkreettisiin oikeuksiin. Yhteistä näille molemmille tulkinnoille on, etteivät viestin loukkaavuus, järkyttävyys tai huolestuttavuus sellaisenaan voi oikeuttaa sananvapauden rajoittamista. Arvioinnin on lähdettävä oikeushyvien suojatarpeen välttämättömyydestä silloinkin, kun viestintäsisältöä on selvästi ja yksiselitteisesti pidettävä loukkaavana. Myöhemmässä ratkaisukäytännössään ihmisoikeustuomioistuin on täydentänyt suvaitsevaisuusperiaatteen muotoiluun mm. seuraavasti:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Prager ja Oberschlick* vastaan Itävalta (22.3.1995, hakemus 15974/90): [...] Lisäksi tuomioistuin on tietoinen siitä tosiasiaista, että journalistinen vapaus kattaa myös *mahdollisuuden turvautua* jossakin määrin *liioitteluun* ja jopa *provokaatioon*.¹⁸²

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Salov* vastaan Ukraina (6.9.2005, hakemus 65518/01): [...] Sopimuksen 10 artikla ei estä keskustelua tai vastaanotetun informaation jakamista *silloinkaan, kun epäillään vahvasti, ettei kohteena oleva informaatio ole totuudenmukaista*. Vastakohtainen näkemys riistäisi henkilöiltä oikeuden ilmaista näkemyksiään ja mielipiteitään joukkoviestinnässä esitetyistä tiedonannoista ja asettaisi siten kohtuuttoman rajoituksen sopimuksen 10 artiklassa turvatulle sananvapaudelle.¹⁸³

Tehokkaan oikeussuojan periaatteeksi tai ns. *kimmoketeoriaksi*¹⁸⁴ on kirjallisuudessa kutsuttu vaatimusta ihmisoikeussuojasta kaikkia sananvapauden käytöstä suoraan tai välittömästi seuraavia jälkikäteisiä sanktioita vastaan. Sananvapausrajoitukseksi on periaatteen mukaan tulkittava kaikki lainsäädännön ja hallinnon asettamat seuraamukset silloinkin, kun ne eivät varsinaisesti riitä estämään yksi-

Uudemman ratkaisukäytännön annettua useita esimerkkejä punninnasta ja kansallisesta harkintavarasta yksittäistapauksittain on kyseinen analyysi kuitenkin osittain vanhentunut ja riittämätön.

¹⁸² Ratkaisun kohta 38, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Ks. myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *De Haes ja Gijssels* vastaan Belgia (n:o 1, 27.1.1997, hakemus 19983/92), kohta 46.

¹⁸³ Ratkaisun kohta 113, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Ks. myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Hertel* vastaan Sveitsi (25.8.1998, hakemus 25181/94), kohta 50. Ratkaisussa *Thoma* vastaan Luxemburg (29.3.2001, hakemus 38432/97), kohdat 61–66, ihmisoikeustuomioistuin katsoi lisäksi, että kansallisten tuomioistuinten vaatimus journalistin *tyyllillisestä erottautumisesta käyttämästään lähteestä* rikkoii 10 artiklaa vastaan.

¹⁸⁴ Alun perin Cohen-Jonathan 1995, s. 406 liittyen ratkaisuun *Markt Intern ja Beermann* vastaan Saksa (25.10.1989, hakemus 10572/83).

lön osallistumista viestintään, mutta tekevät siitä tosiasiallisesti vähemmän houkuttelevaa tai heikommin kannattavaa.¹⁸⁵ Periaate voidaan toisaalta monissa tapauksissa samaistaa yksinkertaisesti sananvapauden soveltamisalan kattavuuteen: jokainen yksittäinen ilmaus saa lähtökohtaisesti 10 artiklan suojaa ja siten jokainen, vaikka ainoastaan yksittäiseen sisältöön tai välitystapaan kohdistuvaakin sanktio on tulkittava sananvapausrajoitukseksi.¹⁸⁶

Osa tärkeimmistä 10 artiklaa koskevista tulkintaratkaisuksista voidaan luokitella artiklan 1 kohdan soveltamisalamääritelmää tarkentaviksi rajauksiksi. Ratkaisussa *Oberschlick* (n:o 1, 25.4.1991, hakemus 11662/85) ihmisoikeustuomioistuin totesi, että 10 artikla suojaa paitsi ilmaistujen tietojen ja ajatusten sisältöä, myös *muotoa*, jossa ne välitetään: sananvapausrajoitusta ei toisin sanoen voi legitimoida pelkkä mahdollisuus viestiä tai vastaanottaa samaa informaatiota josakin toisessa tyylillisessä tai teknisessä muodossa.¹⁸⁷ Lehdistönvapauden perusedellytyksiin ja siten myös 10 artiklan suoja-alaan kuuluu ratkaisussa *Goodwin* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (22.2.1996, hakemus 17488/90) tehdyn tulkinnan mukaan myös *lähdesuoja*, eli toimittajan oikeus kieltäytyä paljastamasta tietolähteitään.¹⁸⁸ Soveltamisalan ulkopuolelle tuomioistuin on sen sijaan tulkinnut jäävän sekä asiakirjajulkisuuden että valtioon kohdistuvan tiedonantovaatimuksen, ns. *oikeuden tietoon*, ensimmäisen kerran ratkaisussa *Leander* vastaan Ruotsi (25.2.1987, hakemus 9248/81).¹⁸⁹

Klassisen *vapauden ennakkosensuurista*, jota ei 10 artiklan 1 kohdassa eksplisiittisesti mainita, on yleensä arvioitu ainakin pääsääntönä sisältyvän myös ih-

¹⁸⁵ Periaatteen on esitetty ilmenevän esimerkiksi ratkaisun *Markt Intern ja Beermann* vastaan Saksa (25.10.1989, hakemus 10572/83) lopputuloksesta, ks. etenkin kohdat 25–27: mm. Cohen-Jonathan 1995, s. 406. Vastaava esimerkki on myös ratkaisu *Krone Verlag* vastaan Itävalta (n:o 3, 11.12.2003, hakemus 39069/97).

¹⁸⁶ Tätä on mielenkiintoista verrata luvussa 1.2.5 esitettyihin kaavioihin 2 ja 3. Voidaan ajatella, että kimmoketeoria liittyy erityisesti sisäisten rajojen teorian mukaiseen käsitykseen sananvapaudesta. Ulkoisten rajoitusten teorian näkökulmasta, joka ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön tarkasteluun ehkä paremmin soveltuu, tällainen konstruktio on ennemminkin eräänlainen selviö ja itsenäisenä periaatteena tarpeeton, koska kaikki viestintäisällöt ja välitystavat ovat lähtökohtaisesti sananvapausuojan piirissä.

¹⁸⁷ Ratkaisun kohta 57. Tekniikan kehityksen vaikutus 10 artiklan soveltamisalaan ja tekniikkaan liittyvä ilmaisumuodon suoja todettiin myöhemmin nimenomaisesti satelliittiantennin käyttöä koskeneessa ratkaisussa *Autronic* vastaan Sveitsi (24.4.1990, hakemus 12726/87), kohta 62.

¹⁸⁸ Ratkaisun kohta 39. Ks. Derieux 2003, s. 154–161 sekä Eggen 1999, s. 321–328.

¹⁸⁹ Ratkaisun kohdat 29 ja 74. Ks. myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut *Gaskin* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (23.6.1989, hakemus 10454/83), kohta 52, sekä *Guerra* ym. vastaan Italia (19.2.1998, hakemus 14967/89), kohta 53. On huomattava, että kaikissa mainituista ratkaisuksista tuomioistuin on todennut, ettei valtiolla *kyseisen asian kaltaisissa olosuhteissa* ole 10 artiklaan perustuvaa velvollisuutta antaa tietoa, ja siten jättänyt periaatteessa avoimeksi, voiko sananvapaus jossakin mahdollisessa tulevassa tilanteessa edellyttää valtion positiivista tiedonantovelvollisuutta. Lisäksi tiedonantovelvollisuutta voi joissakin tilanteissa, kuten tässä mainitun *Gaskin*-ratkaisun tapauksessa, edellyttää yksityiselämän suoja koskeva ihmisoikeussopimuksen 8 artikla.

misoikeussopimuksen sananvapausmääritelmään.¹⁹⁰ Kuten useissa kansallisissa oikeusjärjestelmissä, on absoluuttisesta, kaikkia ennakkolisesti sovellettavia toimenpiteitä koskevasta kiellosta myös 10 artiklan tulkintakäytännössä kuitenkin luovuttu. Esimerkiksi viestintään kohdistuvat turvaamistoimet tai elokuvien ennakkotarkastusvelvollisuudet ikärajojen määrittämiseksi voivat siten olla myös ihmisoikeussopimuksen kannalta hyväksyttäviä. Koska ennakkollinen valvonta on jälkikäteen sovellettavia sanktioita suuremmin ristiriidassa itse sananvapauden ydinajatuksen kanssa, on sitä kuitenkin ehdottomana poikkeuksena arvioitava tavallisia sananvapausrajoituksia ankarammin. Ratkaisussa *Chauvy* ihmisoikeustuomioistuin muotoili ennakkosensuuria koskevan kantansa seuraavasti:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Chauvy* ym. vastaan Ranska (29.6.2004, hakemus 64915/01): [...] 10 artikla *ei sananmukaisesti kiellä* toiminnalle ennakolta sovellettavien rajoitusten tai kaikkien levityskieltojen asettamista, mutta *ennakkolisille esteille ominaiset vaarat* ovat sellaisia, että ne vaativat ihmisoikeustuomioistuimelta *perusteellisinta mahdollista valvontaa*.¹⁹¹

Varsinaisia viestinnän sisältökategorioita koskevia rajoituksia ovat *taiteen* ja *mainonnan* liittäminen artiklan sananvapausuojan piiriin, ensin mainittu vuonna 1988 ratkaisussa *Müller* ym. vastaan Sveitsi (28.4.1988, hakemus 10737/84).¹⁹² Erittäin mielenkiintoinen nyt tämän tutkimuksen kannalta on varsinkin jälkimmäinen näistä rajouksista: ihmisoikeustuomioistuimen vaiheittain laajentunut tulkinta kaupallisen viestinnän ja mainosviestinnän sananvapausuojasta. Tätä kehitystä kuvaavat hyvin seuraavat, aikajärjestyksessä esitetyt poiminnat kuu-desta kaupallista ilmaisuvapautta käsittelevästä ratkaisusta:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Barthold* vastaan Saksa (25.2.1985, hakemus 8734/79): [...] Kaikki nämä eri osatekijät limittyvät *kokonaisuudeksi, jossa olennaista on* mielipiteiden ilmaiseminen ja tietojen välittäminen *yleistä mielenkiintoa herättävästä aiheesta*. Tästä kokonaisuudesta ei ole mahdollista erottaa niitä osia, jotka ovat tavaltaan enemmän [palvelun] esittelyä kuin [toimituksellista] sisältöä ja joilla, kuten saksalaiset tuomioistuimet ovat katso- neet, on mainonnan tyyppinen vaikutus. [...] Tuomioistuin katsoo siten, että 10

¹⁹⁰ Ks. esim. Bigot 1999, s. 35–41.

¹⁹¹ Ratkaisun kohta 66, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Jokseenkin vastaavaa vaatimusta käsiteltiin myös ihmisoikeustuomioistuimen aiemmassa ratkaisussa *Ekin* vastaan Ranska (17.7.2001, hakemus 39288/98, kohdat 60–64), jossa 10 artiklan turvaamaa maantieteellisistä rajoista riippumatonta sanavapautta oli Ranskassa rajoitettu asettamalla ulkomaisille julkaisuille yleinen ennakkotarkastusvelvollisuus.

¹⁹² Ihmisoikeustuomioistuimen lausumia taiteen ilmaisuvapaudesta voidaan pitää varsin *instrumentaalisina*: taide kuuluu sananvapausuojan piiriin, koska sen välittämällä viestintäsisällöillä voi olla ja usein onkin poliittista arvoa, eikä ainakaan eksplisiittisesti siksi, että myös ilmausten *esteettistä arvoa* olisi suojattava ihmisoikeutena. Ks. esim. Verdussen 2000 tai Senn 1998, s. 113–122.

artiklaa on sovellettava ilman että kyseisessä asiassa olisi tarpeellista tutkia, kuuluuko mainonta sellaisenaan säännöksen suoja-alaan.¹⁹³

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Markt Intern ja Beermann* vastaan Saksa (25.10.1989, hakemus 10572/83): [...] On selvää, että kiistanalainen artikkeli oli suunnattu rajatulle piirille liikkeenharjoittajia eikä koskenut suoraan yleisöä kokonaisuutena; tästä huolimatta se kuitenkin välitti luonteeltaan kaupallista tietoa. Tällaista tietoa ei voida sulkea pois 10 artiklan 1 kohdan soveltamisalasta, joka ei rajoitu ainoastaan tietyn tyyppisiin tietoihin, ajatuksiin tai ilmaisumuotoihin.¹⁹⁴

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Casado Coca* vastaan Espanja (26.1.1994, hakemus 15450/89): [...] 10 artikla takaa sananvapauden jokaiselle. Siinä ei tehdä eroa sen mukaan, onko tavoiteltava päämäärä tyypiltään voittoa tuottava vai ei. [...] Käsillä olevassa asiassa kiistellyt ilmoitukset toivat esiin ainoastaan hakijan nimen, ammatin, osoitteen ja puhelinnumeron. Ne oli selvästi julkaistu mainostarkoituksessa, mutta ne antoivat oikeudellista apua hakeville ihmisille tietoa, jolla oli selvää käyttöä ja joka oli omiaan helpottamaan heidän pääsyään oikeuteen. 10 artiklaa on siten sovellettava.¹⁹⁵

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Jacobowski* vastaan Saksa (26.5.1994, hakemus 15088/89): [...] Tällainen [kansallinen] harkintavara vaikuttaa olenaiselta kaupallisissa kysymyksissä, erityisesti niin monimutkaisella ja vaihtelevalla alueella kuin sopimaton kilpailu.¹⁹⁶

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Stambuk* vastaan Saksa (17.10.2002, hakemus 37928/97): [...] Kansalaiselle mainonta on keino saada selvää hänelle tarjottujen palveluiden ja tuotteiden ominaisuuksista. [...] Kysymyksessä olevassa asiassa ei ole erityisiä olosuhteita – kuten selvä yhteisen pohjan puute [moraalia koskevissa kysymyksissä]– jotka oikeuttaisivat antamaan kansallisille viranomaisille vastaavan laajan harkintavaran.¹⁹⁷

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Krone Verlag* vastaan Itävalta (n:o 3, 11.12.2003, hakemus 39069/97): [...] Punnitessaan kyseessä olevia vastakkaisia intressejä ja ottaessaan huomioon kiellon vaikutuksen hakijan yhtiön mahdollisuuksiin käyttää tulevaisuudessa hintavertailua sisältävää mainontaa tuomioistuin katsoo, että Itävallan tuomioistuimet ovat asiassa ylittäneet niille kuuluvan harkintavaran ja että kyseinen toimenpide on suhteeton eikä siten välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa sopimuksen 10 artiklan 2 kohdan tarkoittamassa merkityksessä.¹⁹⁸

¹⁹³ Ratkaisun kohta 42, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

¹⁹⁴ Ratkaisun kohta 26, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

¹⁹⁵ Ratkaisun kohdat 35–37, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

¹⁹⁶ Ratkaisun kohta 26, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Ks. myös edellä esitetyn *Markt Intern ja Beermann* -ratkaisun kohta 33.

¹⁹⁷ Ratkaisun kohta 39 ja 40, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

¹⁹⁸ Ratkaisun kohta 34, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

Soveltamisalarajauksen tietoisesta välttelystä ja sananvapaussuojan kytkennästä välitetyn tiedon yleiseen informaatioarvoon ratkaisussa *Barthold* ihmisoikeustuomioistuin eteni vähitellen sananvapaussuojan tunnustamiseen: ensin ratkaisussa *Markt Intern ja Beermann* luonteeltaan kaupallisen viestinnän ja myöhemmin ratkaisussa *Casado Coca* myös varsinaisen mainonnan sisällyttämiseen 10 artiklan suoja-alaan. Vielä ratkaisussa *Jacobowski* vuodelta 1994 selkeä osa tätä doktriinia oli kuitenkin kaupallista informaatiota ja mainosviestintää koskeva, esimerkiksi lehdistönvapauden sääntelyä suhteessa merkittävästi laajempi kansallinen harkintavara. Koska kaupallista viestintää koskevissa säännöksissä oli olennaista ottaa huomioon kilpailijoiden ja kuluttajien oikeuksien tasapainottaminen, ei sitä koskevaa sananvapaussuojaa voitu määrittää samoista lähtökohdista eikä samoin painotuksin kuin poliittista ilmaisuvapautta, jonka osalta kansallisen harkintavaran oli jätävä suppeammaksi.¹⁹⁹ Tällainen doktriini kaupallisen viestinnän eräänlaisesta *matalammasta suojatasosta* oli varsin yhdenmukainen useiden Euroopan kansallisten perusoikeustulkintojen kanssa.²⁰⁰

Ihmisoikeustuomioistuimen uudempi mainontaa koskeva tulkintakäytäntö antaa kuitenkin viitteitä mainontaa koskevan alemman suojakategorian ainakin osittaisesta poistamisesta. Ratkaisussa *Stambuk* vuodelta 2002 tuomioistuin toteasi, ettei perusteita tavallista laajemmalle kansalliselle harkintavaralle ollut, vaikka tarkasteltavana oli nimenomaan puhdas mainosviestintä. Vuotta myöhemmän *Krone Verlag* -ratkaisun lopputulos antaa aihetta arvioida tuomioistuimen tiukentaneen mainonnan sananvapaussuojaa edelleen sen todetessa yksittäiseen, itävaltalaisien tuomioistuinten kilpailijoiden kannalta sopimattomaksi katsomaan mainoslauseeseen kohdistuneen kiellon 10 artiklan loukkaukseksi.²⁰¹ Ratkaisuista voidaan päätellä, ettei ihmisoikeustuomioistuin nykyisellään pidä ainkaan pelkkää viestinnän mainosluonnetta sellaisenaan syynä pidättäytyä normaalista ihmisoikeusvalvonnasta. Tämä ei kuitenkaan välttämättä tarkoita, etteikö ihmisoikeusvalvonta voisi tulevaisuudessakin pysyä poliittisen ilmaisuvapauden alalla kaupallista ilmaisuvapautta ankarampana, mikäli kuluttajien ja kilpailijoiden oikeudet saavat tapauskohtaisesti riittävän vahvan painoarvon.

Laajennetun kansallisen harkintavaran doktriinia ihmisoikeustuomioistuin on mainontaa johdonmukaisemmin toistaiseksi soveltanut *moraalia* ja *uskonnollisten tunteiden suoja* koskevissa ratkaisuissaan. Ensimmäisenä tärkeänä muotoi-

¹⁹⁹ Ks. myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Hertel* vastaan Sveitsi (25.8.1998, hakemus 25181/94), kohta 47 sekä *Demuth* vastaan Sveitsi (5.11.2000, hakemus 38743/98), kohdat 45–48; tästä Scheyli 2003.

²⁰⁰ Ks. Hatje 1999; Ullmann 1998; Manninen 1995 sekä Cottier–Khorana 2005.

²⁰¹ *Krone Verlag* -ratkaisun mahdollisesta ristiriidasta unionin oikeuden kanssa luvuissa 1.3.3 ja 2.3.6.

luna tästä on palattava edellä suvaitsevaisuusperiaatteen yhteydessä esitettyyn ratkaisuun *Handyside*:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Handyside* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (4.11.1976): [...] Eri valtioiden kansallisesta oikeudesta *ei voi tuoda esiin yhtenäistä eurooppalaista moraalikäsitettä*. Ajatus, joka eri valtioiden lakeihin moraalin vaatimuksista sisältyy, vaihtelee ajan ja paikan mukaan, erityisesti meidän aikanamme, jolle on luonteenoimaista aihetta koskevien mielipiteiden nopea ja syvälle menevä kehitys.²⁰²

Samaan perustelumalliin ihmisoikeustuomioistuin on myöhemmin liittännyt myös ajan ja paikan mukaan vaihtelevat käsitykset uskonnosta ja uskonnollisten tunteiden oikeussuojatarpeesta. Tulkintakäytännöstä voidaan poimia esimerkiksi seuraavat kaksi ratkaisua:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Otto-Preminger-Institut* vastaan Itävalta (23.8.1994, hakemus 13470/87): [...] *Kuten moraalinkin tapauksessa, ei ole mahdollista erottaa koko Eurooppaa koskevaa yhtenäistä käsitystä uskonnon merkityksestä yhteiskunnassa*; tällaiset käsitykset voivat vaihdella jopa yksittäisen valtion sisällä. Tästä syystä ei ole mahdollista saavuttaa kattavaa määritelmää siitä, mikä on hyväksyttävää puuttumista sananvapauden käyttöön silloin, kun kyseessä oleva ilmaisu on suunnattu toisten *uskonnollisia tunteita* vastaan.²⁰³

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Wingrove* vastaan Yhdistynyt Kuningaskunta (22.10.1996, hakemus 17419/90): [...] *Laajempi harkintavara* on yleisesti sopimusvaltioiden käytössä, kun ne sääntelevät sananvapautta suhteessa asioihin, jotka voivat loukata *intiimejä henkilökohtaisia vakaumuksia moraalin* tai erityisesti *uskonnon* alalla.²⁰⁴

Doktriinia moraalikäsitysten eroihin perustuvasta laajemmasta harkintavarasta ei *Wingrove*-ratkaisussa horjuttanut edes se, että tarkasteltavana oli rikosseuraa-

²⁰² Ratkaisun kohta 48, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

²⁰³ Ratkaisun kohta 50, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Ratkaisun kohdassa 49 todetaan, että ”sananvapauden käyttöön voidaan legitiimisti sisällyttää velvollisuus välttää niin pitkälle kuin mahdollista ilmauksia, jotka ovat pelkästään toisia loukkaavia ja siten heidän oikeuksiensa loukkaus ja jotka eivät siksi palvele mitään julkisen keskustelun muotoa, joka voisi tuottaa edistystä inhimillisissä asioissa”. Tällaista kausaalisuhdetta ilmaisen loukkaavuuden ja argumentatiivisen arvottomuuden välillä on helppo kritisoida suoraan suvaitsevaisuusperiaatteen ydinajatuksen vastaisena. Ajatuskonsepti ei ole toistaiseksi saanut jatkoa ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä. Ratkaisuun liitettyissä eräivissä mielipiteissä korostettiin erityisesti sitä, ettei uskonnonvapauden suoja-alaan voinut varsinaisesti sisältyä enemmistön mainitsemää uskonnollisten tunteiden suojaa, vaan sananvapausrajoituksen välttämättömyyttä olisi tullut arvioida nimenomaan yleisen moraalin ja järjestyksen näkökulmasta. Ks. myös Viljanen 2003, s. 273–275.

²⁰⁴ Ratkaisun kohta 58, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Ks. myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Murphy* vastaan Irlanti (10.7.2003, hakemus 44179/98), kohta 67.

mus jumalanpilkasta, joka yhtäältä oli jo useimmissa ihmisoikeussopimuksen ratifioineissa valtiossa dekriminisoitu ja joka toisaalta soveltui ainoastaan kristillistä uskoa loukkaavaan viestintään.²⁰⁵ Vaikka käsitys yhdenmukaisten eurooppalaisten moraalij- ja uskontostandardien puuttumisesta on sinänsä laajasti hyväksytty, on tuomioistuimen pidättyvyys tehokkaasta ihmisoikeusvalvonnasta näitä koskeissa asioissa saanut osakseen huomattavan paljon aiheellistakin kritiikkiä. On esimerkiksi esitetty, että arvostelustandardien jäsenvaltiokohtaiset erot koskevat täysin vastaavalla tavalla myös poliittisesti arkaluontoiseksi katsottua viestintää tai tuomioistuimen riippumattomuutta ja arvovaltaa. Näiden kohdalla ihmisoikeustuomioistuin on kuitenkin soveltanut suppeampaa harkintavaraa ja pyrkinyt ennemminkin yhteiseurooppalaisiin standardeihin.²⁰⁶

Tulkintoja, joiden merkitystä tuskin voi 10 artiklan sananvapausmääritelmän kannalta liikaa painottaa, ovat ihmisoikeustuomioistuimen aktiivista moniarvoisuusturvaa koskevat ratkaisut 1990-luvulta. Ensimmäisen kerran sananvapautta negatiivisen vapauden merkityksessä rajoittavia, mutta viestinnän moniarvoisuutta turvaamaan tarkoitettuja säännöksiä käsiteltiin ihmisoikeussopimuksen näkökulmasta ratkaisussa *Groppera Radio*:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Groppera Radio* ym. vastaan Sveitsi (22.2.1990, hakemus 10890/84): [...] 10 artiklan 1 kohdan kolmannen lauseen kohde ja tarkoitus sekä sen soveltamisala on kuitenkin määritettävä artiklan muodostaman kokonaisuuden kontekstissa ja erityisesti suhteessa kohdan 2 vaatimukseen [...] Valituksen kohteena oleva puuttuminen [sananvapauteen] suoritettiin *muiden henkilöiden oikeuksien turvaamiseksi*, koska se oli tarkoitettu *varmistamaan moniarvoisuutta, erityisesti informaation moniarvoisuutta*, mahdollistamalla taajuuksien kohtuullisen jakamisen kansallisesti ja kansainvälisesti.²⁰⁷

Ratkaisussa tuomioistuin yhtäältä alistaa 10 artiklan 1 kohdan luvanvaraisuuspoikkeuksen saman artiklan 2 kohdassa luetelluille rajoitusedellytyksille, mutta oikeuttaa toisaalta asiassa tarkastellun kielteisen lupapäätöksen moniarvoisuutta

²⁰⁵ Ks. ratkaisun kohta 57. Ks. myös ratkaisu *Autronic* vastaan Sveitsi (24.4.1990, hakemus 12726/87), kohdat 58–59.

²⁰⁶ Cohen-Jonathan 1995, s. 406–408 ja 2002, s. 146 sekä Wachsmann 2000. Tuomioistuimen riippumattomuuden ja arvovallan käsitteestä ks. ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Sunday Times* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (n:o 1, 29.3.1979), kohta 59. Vertailukohtia poliittisesti arkaluontoisesta viestinnästä mm. ratkaisut *Jersild* vastaan Tanska (22.8.1994, hakemus 15890/89) sekä *Lehideux ja Isorni* vastaan Ranska (23.9.1998, hakemus 24662/94); ks. myös Pekkanen 1997.

²⁰⁷ Ratkaisun kohdat 61 ja 69, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Jälkimmäinen kohta kuuluu perusteluissa siteerattuun Sveitsin hallituksen kannanottoon, jonka tuomioistuin sellaisenaan hyväksyi sekä arvioidessaan rajoituksen tavoitteen legitimitteettiä (kohta 70) että rajoituksen välttämättömyyttä demokraattisessa yhteiskunnassa (kohta 73).

turvaavan viestintäjärjestelmän tarpeilla. Tämä puolestaan perustuu ”toisten henkilöiden” – mitä ilmeisimmin juuri viestinnän vastaanottajien – oikeuksiin, joita ei kuitenkaan liitetä vielä suoranaisesti sananvapauteen. Tällainen kytkentä tehdään sen sijaan myöhemmin ratkaisun *Informationsverein Lentia* perusteluissa:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Informationsverein Lentia* ym. vastaan Itävalta (28.10.1993, hakemus 13914/88 ym.): [...] Tuomioistuin on usein painottanut *sananvapauden* perustavanlaatuisia roolia demokraattisessa yhteiskunnassa, erityisesti silloin kun se lehdistön kautta palvelee sellaisten yleistä merkitystä omaavien tietojen ja ajatusten levittämistä, joiden vastaanottamiseen myös yleisöllä on oikeus. [...] ²⁰⁸ *Tällaista hanketta* (undertaking, entreprise) ei voida menestyksekkäästi toteuttaa ilman että se *perustetaan moniarvoisuuden periaatteeseen, jonka lopullinen takaaaja on valtio*. Tämä huomio pätee erityisesti suhteessa audiovisuaalisiin viestimiin, joiden ohjelmia lähetetään usein hyvin laajalti. Keinoista varmistaa *näiden arvojen* kunnioittaminen on julkinen monopoli se, joka asettaa kaikista suurimmat *rajoitukset sananvapaudelle*.²⁰⁹

Myös tässä ratkaisussa moniarvoisuutta turvaavia toimenpiteitä arvioidaan 10 artiklassa turvatuksi sananvapauden rajoituksena. Huomionarvoista on kuitenkin se, että perustelujen logiikassa nimenomaan sananvapaus itse on ”hanke”, joka edellyttää moniarvoisuuden turvaamista ja siten myös sananvapauden rajoittamista. Tulkinta vastaa toisin sanoen edellä kuvattua *antinomista sananvapauskäsitystä*, jossa aktiivinen moniarvoisuusturva muodostaa samanaikaisesti sekä sananvapausrajoituksen että osan sananvapausuojan sisältöä.²¹⁰ Ihmisoikeussopimuksen punnintaskeman kannalta tilanne ei tällöinkään eroa olennaisesti tavallisesta sananvapausrajoitusten arvioinnista tai esimerkiksi sananvapauden ja jonkin ihmisoikeussopimuksen turvaaman toisen oikeuden välisestä kollisiosta: myös viestinnän moniarvoisuutta ja siten viime kädessä juuri sananvapautta turvaavien toimenpiteiden on toisten henkilöiden *vapausoikeudellisen sananvapauden rajoituksina* oltava legitimoitavissa silloin ja vain silloin, kun ne voidaan katsoa välttämättömiksi demokraattisessa yhteiskunnassa. Kyse on siten tietystä mielessä sananvapauden sisäisestä, sananvapauden eri haltijoiden ja sananvapauden perustuvien eri oikeuksien välisestä suhteellisuuspunninnasta.²¹¹

Valtion *aktiivista turvaamisvelvollisuutta* ei luonnollisestikaan voida liittää ainoastaan julkisen palvelun viestimiin tai radio- ja televisio toiminnan toimilupajärjestelmiin. Erittäin konkreettisen esimerkin ihmisoikeussopimukseen pe-

²⁰⁸ Tässä toistamatta on jätetty ainoastaan perustelussa sulkumerkein esitetty viittaus aikaisempaan ratkaisuun: lainatut kohdat ovat peräkkäisiä virkeitä.

²⁰⁹ Ratkaisun kohdat 38 ja 39, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

²¹⁰ Ks. luku 1.2 (erityisesti luku 1.2.3)

²¹¹ Vrt. esim. Marauhn 2003, s. 94–99 sekä Rabiller 2002, s. 225–230.

rustuvasta sananvapauden turvaamisvelvollisuudesta antaa ratkaisu *Özgür Gündem* vuodelta 2000, jossa tarkasteltiin yksityisten ihmisten sanomalehden toimintaa vastaan kohdistamaa väkivaltaa. Sananvapauden positiivisen eli aktiivisen turvaamisvelvollisuuden ihmisoikeustuomioistuin määritteli ratkaisussa seuraavasti:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Özgür Gündem* vastaan Turkki (16.3.2000, hakemus 23144/93): [...] [*Sananvapauden*] todellinen, tehokas käyttö ei riipu ainoastaan valtion velvollisuudesta olla puuttumatta, vaan voi edellyttää positiivisia turvaamistoimenpiteitä myös yksilöiden välisten suhteiden piirissä. Määritettäessä, onko positiivinen velvollisuus olemassa, huomioon on otettava kohtuullinen tasapaino yhteisön yleisen intressin ja yksilön intressien välillä, jonka etsiminen on ominaista koko ihmisoikeussopimukselle.²¹²

Mielenkiintoinen lisä aktiivista moniarvoisuusturvaa koskevaan ratkaisukäytännön yleisradiotoiminnan ulkopuolella voidaan löytää myös ratkaisun *VDSÖ ja Gubi* perusteluista. Kysymys oli valtion ilman vastiketta järjestämästä lehtien jakelusta armeijan parakeissa ja kieltäytymisestä hyväksyä yhtä tiettyä lehteä tämän jakelutoiminnan piiriin:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *VDSÖ ja Gubi* vastaan Itävalta (19.12.1994, hakemus 15153/89): [...] Armeija jakoi ilman korvausta kaikissa maan parakeissa omia julkaisujaan sekä sotilaiden yksityisten yhdistysten julkaisuja. Ainoastaan ”*der Igel*” näyttää olevan jätetty tämän toiminnan ulkopuolelle, mikä on kiistatta vähentänyt sen mahdollisuuksia kasvattaa lukijakuntaansa palvelushenkilöstön piirissä. [...] Huolimatta [lehtien] poleemisesta sävystä, ne eivät vaikuta ylittävän niitä rajoja, mikä on hyväksyttävää pelkässä ajatuksia koskevassa keskustelussa, jota on suvaittava demokraattisen valtion armeijassa samoin kuin siinä yhteiskunnassakin, jota sellainen armeija palve-

²¹² Ratkaisun kohta 43, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Ks. kommenttina Mowbray 2004, s. 191–195. Vaikka lehteen kohdistuneessa toiminnassa oli epäilemättä niin ikään kyse tietyssä mielessä juuri *mielenilmauksesta* lehteä vastaan, ei tilannetta voi ongelmitta mieltää sananvapauden sisäisenä kollisiona. Myös ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön perusteella voidaan todeta, että ilmaukseen sisältyvä väkivalta tai sillä uhkaaminen tekee puuttumisesta välittömästi oikeutettua: ks. esim. ratkaisu *Steel* ym. vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (23.9.1998, hakemus 24838/94). Ulkoisten rajoitusten teorian lähtökohdasta voidaan esittää, että ilmauksen väkivaltaisuus oikeuttaa helposti ankaratkin sananvapausrajoitukset. Sisäisten rajojen teorian mukaan voidaan puolestaan katsoa, etteivät väkivaltaiset ilmaukset kuulu sananvapausuojan alaan. Muita esimerkkejä sananvapauden aktiivisesta turvaamisvelvollisuudesta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä ovat ratkaisut *Fuentes Bobo* vastaan Espanja (20.2.2000, hakemus 39293/98), jossa käsiteltiin työnantajaansa kritisoineen työntekijän irtisanomissuojaa, *Verein gegen Tierfabriken* vastaan Sveitsi (28.6.2001, hakemus 24699/94), jossa oli kysymys yksityisen televisiotoiminnan sääntelystä potentiaalisten mainostajien – tapauksessa eläinsuojeluyhdistyksen – sananvapautta turvaavalla tavalla, sekä *Steel ja Morris* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (15.2.2005 hakemus 68416/01) jossa oli kyse sananvapauden turvaamisvelvollisuudesta kohtuutonta vahingonkorvausvelvollisuutta vastaan. Viimeksi mainittuun ratkaisuun palataan luvussa 2.3.8.

lee [...] Puolustusministerin *kieltäytyminen* ”der Igelin” *sisällyttämisestä armeijan jakamiin lehtiin* ei siten ollut oikeassa suhteessa tavoiteltuun lailliseen tarkoitukseen.²¹³

Ratkaisu voidaan tulkita eräänlaiseksi suvaitsevaisuusperiaatteen sovellukseksi valtion aktiivisen turvaamisvelvollisuuden piirissä. Vaikka kyse oli vastikkeettomasta palvelusta sotilaiden eduksi, johon valtio ei sinänsä ollut velvoitettu sen enempää sananvapaussuojan kuin kansallisen lainsäädännönkään perusteella, se oli palvelua toteuttaessaan jo ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan perusteella sidottu suvaitsevaisuusperiaatteen ja siten myös moniarvoisuutta osaltaan takaavaan syrjimättömyyteen lehtien sisällön perusteella.²¹⁴ Mikäli valtio toisin sanoen harkitsee aiheelliseksi tukea jotakin viestinnän muotoa, sen käyttämien viestintäsisältöjä koskevien tukikriteerien on täytettävä tietyt ihmisoikeussopimuksen tulkinnan kautta määräytyvät vähimmäisvaatimukset.²¹⁵

Ihmisoikeustuomioistuimen 10 artiklan tulkintakäytännöstä voidaan löytää lisäksi muutamia vakiintuneita elementtejä, jotka ovat luokiteltavissa eräänlaisiksi suojaintensiteettiä koskeviksi *porrastuskriteereiksi*.²¹⁶ Tällaisiksi voidaan ensinnäkin luokitella jo edellä mainitut viestinnän kaupallisuus sekä viestintäsisällön yhteys moraaliin ja uskontoon. Näiden lisäksi tuomioistuin on tulkintakäytännössään erottellut toisistaan *tosiasiaväitteet* ja *arvoarvostelmat*, viestinnän kohteena *julkisessa tehtävässä toimivat* ja *julkisuuden ulkopuolella olevat* henkilöt sekä tarkastellut *viestimien tehokkuutta* eli saavutettavan yleisön kokoa samoin kuin kohteena olevan *oikeushenkilön taloudellista asemaa* suojatarpeen parametreina. Arviointisuuntina voidaan esittää, että 10 artiklaan perustuva sananvapauskontrolli on sitä ankarampi, mitä vahvemmin tarkasteltavan viestinnän sisältö on luokiteltavissa arvoarvostelmaksi, mitä julkisemmassa tehtävässä kohteena oleva henkilö toimii, mitä vähemmän yleisöä mahdollisesti loukkaava

²¹³ Ratkaisun kohdat 37, 38 ja 40; kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

²¹⁴ Vrt. van Rijn 2006, s. 788.

²¹⁵ Ks. jäljempänä luku 3.2.3. Aikaisemmin ihmisoikeustuomioistuimen ensimmäisenä prosessiasiteena toiminut Euroopan ihmisoikeustoimikunta on lisäksi ratkaisussaan *de Geïllustreerde Pers* vastaan Alankomaat (6.7.1976, julkaistu sarjassa European Commission of Human Rights Decisions & Reports 1976, s. 5) todennut, että esimerkiksi voimakas lehdistön keskittyminen saattaisi ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan perusteella edellyttää sopimusvaltiolta positiivisia toimenpiteitä sananvapauden turvaamiseksi. Ks. Pellonpää 1996, s. 401–417. Ihmisoikeustuomioistuin ei tätä tulkintaa ole kuitenkaan toistaiseksi vahvistanut (uusimmassa painoksessa ihmisoikeussopimuskommentaaristaan myös Pellonpää (2005a, s. 507) viittaa turvaamisvelvollisuuden yhteydessä toimikunnan ratkaisun sijaan edellä lainattuun ratkaisuun *Özgür Gündem*). Aktiivisen moniarvoisuusturvan osalta toimikunnan ratkaisu *de Geïllustreerde Pers* menee joka tapauksessa astetta pidemmälle kuin ihmisoikeustuomioistuimen tähänastiset ratkaisut.

²¹⁶ Vrt. Eggen 1999, s. 193. Eggen toteaa, että 10 artikla on ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä muodostunut erityisen *pragmaattiseksi* sananvapaussäännökseksi: soveltamisala on laaja ja suojataso vaihtelee huomattavasti sekä viestintäsisältöjen että välitystapojen mukaan.

viestintä tavoittaa tai mitä vahvemmassa taloudellisessa asemassa arvostelun kohteena oleva yritys on. Varsinaisiksi säännöiksi nämä porrastuskriteerit eivät kuitenkaan sen enempää ratkaisujen perusteluiden kuin lopputulostenkaan perusteella ole yksinkertaisesti muotoiltavissa.²¹⁷

On huomattava, että ihmisoikeussopimuksen sananvapaustulkintaan vaikuttavat osaltaan myös niitä ihmisoikeussopimuksessa turvattuja oikeuksia koskevat tulkintaratkaisut, jotka rajoittavat sananvapautta, samoin kuin tulkinnat sopimuksen 17 artiklassa säädetystä oikeuksien väärinkäytön kiellosta.²¹⁸ Esimerkiksi yksityiselämän suojaa koskevan 8 artiklan tulkinnassa käytetyt kriteerit ovat viestintää koskevissa asioissa samalla myös sananvapautta rajaavia kriteerejä. Viime aikoina erityisen paljon huomiota ja nimenomaan sananvapauden suojalaa koskevaa kritiikkiä on kohdistunut etenkin 8 artiklaan perustuvaa kannetta koskevaan ratkaisuun *von Hannover*:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien *von Hannover* vastaan Saksa (24.6.2004, hakemus 59320/00): [...] Perustavanlaatuisesti on erotettava tosiasioiden – myös kiistanalaisten sellaisten – raportointi, joka voi edistää demokraattisessa yhteiskunnassa esimerkiksi poliitikkoja heidän hoitamisensa tehtävissä koskevaa keskustelua, ja raportointi sellaisen yksilön yksityiselämän yksityiskohdistista, *joka ei*, kuten tässä tapauksessa, *ole julkisissa tehtävissä*. [...] Kyseessä olevien valokuvien ja artikkeleiden julkaisemisen, jonka ainut tarkoitus oli tyydyttää tietyn lukijakunnan valittajan yksityiselämään kohdistuvaa uteliaisuutta, *ei voida katsoa edistävän mitään yhteiskunnan yleistä etua edistävää keskustelua, vaikka valittaja onkin tunnettu yleisön keskuudessa* [...] Näissä olosuhteissa sananvapaus vaatii suppeampaa tulkintaa.²¹⁹

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan yksityiselämän suojasta on ratkaisussa katsottu ylittäneen selvästi useimmissa sopimusvaltioissa tähän mennessä vallinneen suojatason ja siten merkinneen yhtä merkittävää kavennusta kansalliseen

²¹⁷ Ks. ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut *Lingens* vastaan Itävalta (24.6.1986, hakemus 9815/82), kohta 42; *Thorgeir Thorgeirson* vastaan Islanti (28.5.1992, hakemus 13778/88), kohta 65; *De Haes ja Gijssels* vastaan Belgia (n:o 1, 27.1.1997, hakemus 19983/92), kohdat 46–48; *Grigoriades* vastaan Kreikka (25.11.1997, hakemus 24348/94), kohta 47; *Karatas* vastaan Turkki (8.7.1999, hakemus 23168/94), kohta 49; *Sürek ja Özdemir* vastaan Turkki (8.7.1999, hakemus 23927/94 ym.), kohta 60 sekä *Steel ja Morris* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (15.2.2005, hakemus 68416/01), kohta 94. Ks. Oetheimer 2001, s. 80–110; Sudre 2003, s. 425–440; Greer 2004; Wachsmann 2000, s. 1027–1035 sekä Hoffmeister 2000, s. 369. Hyvän analyysirakennelman yksityisyyden suojaa koskevista kriteereistä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä tarjoaa Tiilikka 2007, s. 233–235.

²¹⁸ Ks. 17 artiklan ja sananvapauden suhteesta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Lehideux ja Isorni* vastaan Ranska (23.9.1998, hakemus 24662/94), kohdat 35–38; ks. myös luku 3.3.3.

²¹⁹ Ratkaisun kohdat 63–66, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan. Ratkaisu on tunnettu kirjallisuudessa myös ”Caroline-ratkaisuna”.

sananvapaussuojaan.²²⁰ Ongelmana kahden ihmisoikeussopimuksen turvaaman oikeuden kollisiotilanteissa on ennen kaikkea kansallisen harkintavaran supistuminen kahdesta suunnasta, toisin sanoen kahden eri vähimmäissuojatason kohtaaminen. Mikäli esimerkiksi yksityiselämän ihmisoikeussuojatase konkretisoidaan tulkintakäytännössä yhä useammin sääntöinä, jotka kaventavat aiemmin vallinnutta sananvapautta, ja samanaikaisesti sananvapautta koskevissa tulkinnoissa osaltaan kavennetaan aikaisemman käytännön perusteella arvioitua yksityiselämän suojaa, ottaa ihmisoikeustuomioistuin itselleen vähitellen toimivallan näiden oikeuksien täsmällisestä suhteuttamisesta toisiinsa, eikä kansallista harkintavaraa näiltä osin ole enää olemassa. Tuomioistuin on tällöin tulkinnallaan luomassa itselleen vahvaa viestintäoikeuden harmonisointifunktiota, mikä ei välttämättä ole ainakaan ihmisoikeussopimuksen alkuperäisen tarkoituksen mukaista. *Von Hannover* -ratkaisun merkitystä arvioitaessa on toisaalta huomattava, että tarkastellussa yksittäistapauksessa oli kyse varsin poikkeuksellisesta henkilön julkisuusasemasta: reportaasin kohde, prinsessa Caroline ei toiminut missään julkisessa tehtävässä ja oli myös nimenomaisesti ilmoittanut tahdostaan pysyä julkisuuden ulkopuolella; yleisön kiinnostuksen voidaan siten sanoa perustuneen vain ja ainoastaan hänen syntyperäänsä eli siihen, että hän kuului Monacon ruhtinasperheeseen. Ratkaisun perusteluja ei tämä konteksti huomioon ottaen välttämättä ole syytä lukea niin yleisinä sääntöinä kuin ne sanamuotojensa perusteella vaikuttavat.

Ihmisoikeustuomioistuimen käsittelemän asianmäärän kasvu ja asioiden painottuminen yhä vahvemmin itäiseen Eurooppaan ja erityisesti Turkkiin on epäilemättä antanut uusia piirteitä 10 artiklan tulkintakäytännölle. Edellä ennakoitua suuntausta ihmisoikeusvalvonnan tiukentumiseen samanaikaisesti sekä sananvapautta että sitä rajoittavia ihmisoikeuksia koskien on monesti entistä vaikeampaa erottaa, koska tuomioistuin yhtäältä käsittelee monesti aikaisempaa selkeämpiä ihmisoikeusloukkauksia ja toisaalta viittaa perusteluissaan yhä useampaan aikaisempaan ratkaisuunsa. Ratkaisutiheyden jatkuva kasvu ei siten ainakaan suoraan johda sananvapaussuojan ennakoitavuuden, tässä tapauksessa nimenomaan kansallisen harkintavaran laajuutta koskevan ennakoitavuuden vastaavaan kasvuun.

1.3.3 Euroopan unionin ja ihmisoikeussopimuksen järjestelmien yhteistoiminta

Unionin perusoikeuskäsityksen historiaa – ihmisoikeussopimuksen tunnustamista unionin oikeuslähteeksi, vaatimusta uusien jäsenvaltioiden liittymisestä

²²⁰ Esim. Ohly 2004. Ks. kotimaisesta kirjallisuudesta Lebeck 2006, s. 223–225 sekä Ruotsalainen 2006, erityisesti s. 158–159. Yksityiselämän suojan ja sananvapauden suhdetta koskevaan problematiikkaan palataan luvussa 2.3.7.

ihmisoikeussopimukseen, yhteisöjen tuomioistuimen viittauksia ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön ja poliittista pyrkimystä unionin liittämiseen sopimuksen osapuoleksi – voidaan pitää eräänlaisena jatkumona kohti perusoikeusvalvonnan keskittämistä: kohti yhtenäistä eurooppalaista perus- ja ihmisoikeusjärjestelmää, jonka painopiste on nimenomaan ihmisoikeussopimuksen tulkinnaissa. Juuri tälle kehityssuunnalle unionin oma perusoikeuskatalogi ja käsitys unioniperusoikeuksien autonomisesta tulkinnasta on monesti nähty ainoastaan hidasteina ja ristiriitapotentialia lisäävinä ongelmatekijöinä. Silloinkin kun unionin oman perusoikeusvalvonnan tehostaminen ja tarkentaminen on katsottu tarpeelliseksi, sen keskeisimmäksi tavoitteeksi on yleisesti asetettu unionin oikeuden ja ihmisoikeussopimuksen järjestelmien välisten tulkintaerojen tasoittaminen ja normiristiriitojen ehkäiseminen. Riippumatta unionin oikeuden autonomiaa ja kompetenssijakoa koskevista painotuksista on lähes yksimielisesti pyritty korostamaan järjestelmien välistä yhteistoimintaa ja perusoikeustulkintojen yhteensovittamisen tärkeyttä.²²¹ Tässä suhteessa ei nyt käsillä oleva sananvaustutkimuskaan tee poikkeusta.²²²

Euroopan perus- ja ihmisoikeusjärjestelmää on usein kuvattu kolmiona, ”riitasointuisena triangulina”,²²³ jossa kansallisten valtiosääntötuomioistuinten, ihmisoikeustuomioistuimen ja yhteisöjen tuomioistuimen näkökulmat eroavat perustavanlaatuisesti toisistaan. Kansallisten tuomioistuinten erityisongelma tässä asetelmassa on unionin oikeuden ja ihmisoikeussopimuksen hierarkkinen asema suhteessa kansalliseen perustuslakiin, eli kysymys mahdollisesta kansallisen perusoikeusvarauman soveltamisesta.²²⁴ Ihmisoikeustuomioistuimen näkökulma sekä kansallisiin oikeusjärjestelmiin että unionin oikeuteen on puolestaan sinänsä varsin selvä ja yksiselitteinen: valtion jäsenyys Euroopan yhteisössä, Euroopan unionissa tai yleisemmin missä tahansa muussakaan kansainvälisessä sopimuksessa tai yhteenliittymässä ei vaikuta millään tavalla sen ihmisoikeussopi-

²²¹ Pellonpää (2005, s. 1233) puhuu tässä yhteydessä ”tulkinnalliseen harmonisointiin pyrkivästä lähestymistavasta”. Graig – de Búrca (2008, s. 427) sanovat tuomioistuimen välisen suhteen olevan ”complex but co-operative”: molemmat välttelevät konfliktia, mutta pitävät periaatteessa viimeisen sanan toimivallan määrittelyssä itsellään. Ks. myös Breuer 2005, s. 234 sekä Schaller 2003, s. 221. Vastaavan näkemyksen unionin oikeuden ja kansallisen perusoikeusjärjestelmän välisestä suhteesta esittää mm. Ojanen 2003b, s. 1166.

²²² Ks. kuitenkin jäljempänä tässä luvussa sekä luvussa 1.3.4 esitetty kritiikki.

²²³ Husa 2001.

²²⁴ Ks. luku 1.1.3. On mahdollista, että kansallinen perusoikeusvarauma tulee jossakin tilanteessa sovellettavaksi myös suhteessa Euroopan ihmisoikeussopimukseen vastaavalla tavalla kuin suhteessa unionin oikeuteenkin. Koska ihmisoikeustuomioistuimen määrittämä suojataso voidaan aina kansallisessa oikeudessa ylittää, tämä tietenkin edellyttää, että ihmisoikeustuomioistuimen yhtä oikeutta turvaava ratkaisu loukkaa jonkin toisen kansallisessa perustuslaissa turvatun oikeuden suojaa. Kyse on toisin sanoen tällöin aina perus- ja ihmisoikeusjärjestelmiin kuuluvien oikeuksien välisestä kollisiotilanteista.

muksesta johtuviin sopimusvelvollisuuksiin. Tämä pääsääntö on todettu nimenomaisesti ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa *Matthews* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (18.2.1999, hakemus 24833/94).²²⁵ Koska unionin oikeudenkin toimeenpanosta viimekätisessä vastuussa on nimenomaan jäsenvaltio, on ihmisoikeustuomioistuimen tulkintojen velvoittavuus myös unionin oikeuden alalla itsestään selvää – ainakin ihmisoikeustuomioistuimen omasta näkökulmasta.²²⁶ Tähänastinen tulkintakäytäntö antaa kuitenkin viitteitä ihmisoikeustuomioistuimen pyrkimyksestä välttää järjestelmien välisiä ristiriitatilanteita ja siten kunnioittaa unionin oikeudessa tehtyjä perusoikeusratkaisuja. Mitään sitoumusta unionin oikeuden koskemattomuuteen ihmisoikeusvalvonnan kannalta ei kuitenkaan ole olemassa. Mikäli siis unionin tavoitteesta liittyä ihmisoikeussopimuksen osapuoleksi tulevaisuudessa luovutaan tai mikäli liittymisen ehtoissa ei saavuteta riittävän selkeätä toimivaltajakoa, jää tietty ristiriitapotentiaali pysyväksi osaksi eurooppalaista valtiosääntökokonaisuutta.

Kiinnostavin ja vaikein kuvatus kolmion kärjistä on varmastikin yhteisöjen tuomioistuimen näkökulma. Kuten kansallisissakin oikeusjärjestelmissä, myös unionin oikeudessa on mahdollista taata ihmisoikeussopimuksen edellyttämää vähimmäistasoa pidemmälle menevä perusoikeussuoja,²²⁷ mikä jo sellaisenaan tarkoittaa unioniperusoikeuksien osittaista autonomiaa suhteessa ihmisoikeussopimukseen. Perus- ja ihmisoikeuksien kollisiotilanteissa autonominen tulkinta saattaa kuitenkin helposti johtaa ristiriitatilanteisiin järjestelmien välillä. Unionin oikeuden ihmisoikeustasoa korkeampi sananvapaussuoja saattaa esimerkiksi johtaa ristiriitaan ihmisoikeussopimuksessa turvatus yksityiselämän suojan kanssa tai päinvastoin. Ihmisoikeussopimuksen sananvapaussuojatasoa voidaan toisaalta loukata esimerkiksi unionin perusoikeuskirjassa perusoikeuksiksi määriteltujen immateriaalioikeuksien liian pitkälle menevillä suojaäännöksillä. Yhteistoimintasuhde unionin ja ihmisoikeustuomioistuimen välillä sisältää toisin sanoen tarkalleen samat ongelmat kuin kolmion kaksi muutakin sivua tapauksissa, joissa tarkasteltava jäsenvaltio soveltaa kansallista perusoikeusvaraukseen. Niissä jäsenvaltioissa, joissa kiistaton etusija sekä unionin oikeudelle että ihmisoikeussopimuksen tulkinnoille tunnustetaan, johtavat näiden kahden väliset tul-

²²⁵ Ks. ratkaisun kohdat 33–35. Ks. myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Cantoni* vastaan Ranska (n:o 1, 22.10.1996, hakemus 17862/91), kohta 30, sekä jäljempänä tässä luvussa lainattu ratkaisu *Bosphorus* vastaan Irlanti (30.6.2005, hakemus 45036/98).

²²⁶ Ks. tästä erityisesti ihmisoikeustuomioistuimen tutkimattajättämispäätös *Senator Lines* vastaan Itävalta ym. (10.3.2004, hakemus 56672/00). Unionin toimielimet ovat itsessään ihmisoikeustuomioistuimen suorittaman valvonnan ulkopuolella. Ne käyttävät kuitenkin toimivaltaansa jäsenvaltioiden viranomaisten kautta, jotka ovat sidottuja ihmisoikeussopimukseen ja ihmisoikeustuomioistuimen tulkintoihin. Esimerkiksi komission kilpailuoikeudellinen toimivalta määrätä uhkasakkoja jää käytännössä merkityksettömäksi, mikäli jäsenvaltiolla on velvollisuus jättää ne ihmisoikeussopimuksen vastaisina täytäntöön panematta. Ks. myös luku 3.2.2.

²²⁷ Unionin perusoikeuskirjassa tämä todetaan nimenomaisesti 52 artiklan 3 kohdassa.

kintaristiriidat toisaalta yhtä lailla valtion sopimusvelvoitteiden keskinäiseen ristiriitaan.

Varsinaiset avoimet ristiriidat yhteisöjen tuomioistuimen ja ihmisoikeustuomioistuimen välillä on toistaiseksi voitu välttää, vaikka toisaalta jo huomattavan monen vertailun ratkaisuparin on oikeuskirjallisuudessa esitetty merkitsevän toisistaan eroavia perusoikeustulkintoja.²²⁸ Nämä ovat koskeneet esimerkiksi kotirauhan suojan ulottuvuuksia,²²⁹ oikeutta tehokkaaseen puolustautumiseen oikeudessa²³⁰ ja potilastietojen salassapitovelvollisuutta.²³¹ Ristiriitamahdollisuuksia on toisaalta ennakoitu syntyvän myös monien suunnitteilla olevien unionin johdetun oikeuden säännösten ja ihmisoikeustuomioistuimen nykyisten tulkintojen välillä.²³²

Sananvapausmääritelmää koskevat tähänastiset tulkintaerot on liitetty varsinkin kahteen ratkaisupariin. Ensimmäisen näistä muodostavat yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *ERT* (C-160/89, 18.5.1991) ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Informationsverein Lentia* ym. vastaan Itävalta (28.10.1993, hakemus 13914/88), jotka molemmat ovat olleet esillä jo edellä.²³³ Molemmissa ratkaisuissa arvioitiin kansallisen radio- ja televisiomonopolin legitimitettä, yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisussa ennen kaikkea palvelujen tarjoamista koskevan perusvapauden rajoituksena ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa nimenomaan sananvapausrajoituksena. Koska kuitenkin myös yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli perusvapausrajoituksen lisäehtona ihmisoikeussopimuksen 10 artiklassa taatun sananvapauden kunnioittamista, se päätyi monopolin hyväksyessään yksiselitteisesti vastakohtaiseen lopputulokseen kuin ihmisoikeustuomioistuin ratkaisussa *Informationsverein Lentia*. On kuitenkin huomattava, että *ERT*-ratkaisu tehtiin aikajärjestyksessä ensin, jolloin yhteisöjen tuomioistuimella ei vielä ollut käytettävissään ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa täysmonopoliin legitimitetistä 10 artiklan kannalta. Yhteisöoikeuden sananvapausvalvonnan nostaminen tällöin tiedossa ollutta ihmisoikeussopimuksen suojatasoa korkeammalle olisi tosin epäilemättä ollut mahdollista, mutta varsinkin ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä vielä vaillinaisen moniarvoisuusturvamääritel-

²²⁸ Esim. Breuer 2005; Pellonpää 2005b; Schaller 2003, s. 132–140; Busch 2003, s. 135–137 sekä Cohen-Jonathan 2002, s. 184–189.

²²⁹ Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Hoechst* (46/87 & 227/88, 21.9.1989) ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Niemietz* vastaan Saksa (16.12.1992, hakemus 13710/88).

²³⁰ Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Orkem* (374/87, 18.10.1989) ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Funke* vastaan Ranska (25.2.1993, hakemus 10828/84) sekä yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Emesa Sugar* (C-17/98, 4.2.2000 ja 8.2.2000) ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Vermeulen* vastaan Belgia (22.1.1996, hakemus 19075/91).

²³¹ Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *X*. (C-404/92 P, 5.10.1994) ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Z*. vastaan Suomi (n:o 1, 25.1.1997, hakemus 22009/93)

²³² Sananvapauden osalta näitä käsitellään jäljempänä luvussa 2.3 sekä luvussa 3.

²³³ Luvut 1.1.2 ja 1.3.2.

män vuoksi varsin riskialtista järjestelmien välisten ristiriitojen kannalta. Yhteisöjen tuomioistuimen voidaankin arvioida juuri yhteistoimintamahdollisuuden taataksaan pidättyneen unionin oikeuden itsenäisestä sananvapausvalvonnasta ja odottaneen asiassa ensin ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa.²³⁴ Esimerkiksi myöhemmässä ratkaisussaan *Familiapress* (C-368/95, 26.6.1997) yhteisöjen tuomioistuin huomioi sitä paitsi varsin selkeästi juuri ihmisoikeustuomioistuimen *Informationsverein Lentia* -tulkintalinjan.²³⁵ Aikaisemmin paljon huomiota saanut ristiriitapotentiaali monopolikysymyksessä ei siten välttämättä ole enää ajankohtainen.

Toinen tunnettu sananvapautulkintojen välinen ero liittyy ulkomailla tarjolla olevista aborttimahdollisuuksista koskevaan tiedottamistoimintaan Irlannissa, jonka voimassa olevassa lainsäädännössä raskauden keskeytys on kielletty. Problematiikka tuli esiin ensimmäisenä yhteisöjen tuomioistuimen asiassa *Grogan*²³⁶ ja ihmisoikeustuomioistuin antoi 10 artiklaa koskevan tulkintansa myöhemmin ratkaisussa *Open Door & Dublin Well Woman*. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi ratkaisussaan, että kyseessä oleva tiedottaminen oli vastikkeetonta toimintaa eikä siten muodostanut palvelua, johon yhteisön perustamissopimusta olisi ollut sovellettava. Tuomioistuimelta puuttui siten toimivalta tutkia asiaa ja siten myös ottaa kantaa esiin tulleseeseen sananvapauskysymykseen. Tätä kysymystä oli tuomioistuimen julkisasiamies kuitenkin ratkaisuehdotuksessaan jo käsitellyt ja päätyntä 10 artiklaa koskevassa tulkinnassaan vastakkaiseen lopputulokseen kuin ihmisoikeustuomioistuin myöhemmin tosiseikastoltaan lähes identtisessä tapauksessa:

Yhteisöjen tuomioistuin: *Grogan* (C-159/90, 4.10.1991): julkisasiamies Van Gervenin ratkaisuehdotus, 11.6.1991: [...] Ottaen huomioon kiellon rajoitetun luonteen [...] ja sen perusteen eli perustuslain säännöksen, joka hyväksyttiin kansanäänestyksen mukaisesti, minusta vaikuttaa, että kansallisilla viranomaisilla on oikeus katsoa, että *kielto on hyväksyttävä demokraattisessa yhteiskunnassa*.²³⁷

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Open Door & Dublin Well Woman* vastaan Irlanti (23.9.1992, hakemus 14234 & 14235/88): [...] Kielto rajoitti vapautta vastaanottaa ja levittää tietoa, joka koski *muissa ihmisoikeussopimuksen jäsenvaltioissa laillisia* palveluja, jotka voivat olla ratkaisevan tärkeitä naisen terveydelle ja hyvinvoinnille. [...] Asettamatta ihmisoikeussopimuksen

²³⁴ Busch 2003, s. 135–137.

²³⁵ Ks. ratkaisun kohdat 26–28.

²³⁶ Ratkaisuun viitataan kirjallisuudessa yleisimmin nimellä *Grogan*, joka viittaa yhteen asian vastaajista. Kantajana asiassa C-159/90 oli *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*.

²³⁷ Ratkaisuehdotuksen kohta 38, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

kannalta kyseenalaiseksi syntymättömien oikeutta elämään, joka Irlannin oikeudessa on suojattu, tuomioistuin toteaa, että *kielto ei estänyt* irlantilaisia naisia hankkimasta abortteja ulkomailla ja että tieto, jota sillä haluttiin rajoittaa, oli saatavissa muista lähteistä. [...] Valittajille asetettu kielto vastaanottaa ja välittää tietoa *ei ollut oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden*.²³⁸

Varsinaisesta aineellisoikeudellisesta ristiriidasta ei kuvatussa tulkintaerossa luonnollisestikaan ole kyse, sillä ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnalle vastakkainen näkemys jäi *Grogan*-asiassa ainoastaan julkisasiamiehen ehdotukseen. On kuitenkin esitetty, että yhteisöjen tuomioistuin pidättyi palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevasta valvonnasta liiankin herkästi, ja nimenomaan siksi, ettei olisi joutunut ottamaan kantaa sananvapauskysymykseen.²³⁹ Mikäli tiedonvälitystoiminta olisi joko katsottu vastikkeelliseksi tai määritelty vastikkeettomuudestaankin huolimatta palveluksi, olisi yhteisöjen tuomioistuimen epäilemättä pitänyt *ERT*-ratkaisun tavoin soveltaa sananvapautta perusvapausrajoituksen oikeuttamista koskevana lisäedellytyksenä. Huomionarvoista onkin tässä mielessä kahden esitellyn ratkaisuparin analogisuus. Molemmissa kysymyksissä yhteisöjen tuomioistuin pidättyi laajentamasta sananvapaussuojaa tiedossa olevan ihmisoikeussuojatason ulkopuolelle ja myöhemmin ihmisoikeustuomioistuin teki vastaavan laajennuksen itse. Tämän lisäksi molemmissa tilanteissa mahdollisuuksia ylittää ihmisoikeussopimuksen sananvapautta koskeva vähimmäissuojataso vaikeutti epävarmuus toisen ihmisoikeussopimuksessa suojatun oikeuden suojatasosta, *ERT*-ratkaisussa epävarmuus viestinnän vastaanottajien oikeuksista ja viestinnän moniarvoisuussuojasta, *Grogan*-ratkaisussa epätietoisuus ihmisarvoa ja syntymättömän oikeutta elämään koskevista tulkinnoista. Paitsi että esitettyjä ratkaisupareja voidaan siis pitää esimerkkeinä järjestelmien välisestä sananvapaustulkintojen ristiriitapotentialista, niistä ilmenevän yhteisöjen tuomioistuimen varovaisuuden voidaan myös katsoa kuvaavan hyvin jo pitkään olemassa ollutta pyrkimystä tulkintojen yhteensovittamiseen²⁴⁰. Unionin sananvapaussuojan kannalta tämä tulkintoja harmonisoiva tavoite on luonnollisestikin usein tarkoittanut juuri pysyttelyä ihmisoikeustuomioistuimen määrittämällä vähimmäissuojatasolla.

Uusimmassa ratkaisukäytännössään on myös ihmisoikeustuomioistuin pyrkinyt kunnioittamaan yhä enemmän jäsenvaltioiden unionin oikeuteen perustuvia velvollisuuksia. Unionin oikeuden kannalta varsin joustavan tulkintalinjan ihmisoikeustuomioistuin muotoili vuonna 2005 suuren jaoston ratkaisussa *Bosphorus* seuraavasti:

²³⁸ Ratkaisun kohdat 72 ja 79–80, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

²³⁹ Esim. Busch 2003, s. 137.

²⁴⁰ Vrt. Pellonpää 2008, s. 38.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Bosphorus* vastaan Irlanti (30.6.2005, hakemus 45036/98) [...] Tuomioistuin katsoo, että kiistanalainen puuttuminen ei johtunut irlantilaisten viranomaisten harkinnanvallan käytöstä sen enempää Euroopan yhteisön oikeuden kuin Irlannin kansallisen oikeudenkaan alalla, vaan merkitsi ennemminkin sitä, että Irlannin valtio *noudatti Euroopan yhteisön oikeudesta johtuvia velvollisuuksiaan* [...] Valtion toiminta tällaisten oikeudellisten velvollisuuksien noudattamiseksi on oikeutettua sikäli kun kyseessä olevan järjestön *katsotaan suojaavan perusoikeuksia*, koskien sekä tarjottua oikeussuojaa että oikeuksien noudattamista valvovia mekanismeja, tavalla jota voidaan pitää *vähintään vastaavana kuin mitä ihmisoikeussopimus edellyttää*. [...] ”Vastaavalla” (equivalent) *tuomioistuin tarkoittaa ”verrattavissa olevaa”* (comparable): *vaatimus, että järjestön antama suoja olisi ”identtinen”, voisi olla vastoin tavoiteltavan kansainvälisen yhteistyön intressiä*. [...] Mikään toteamus vastaavuudesta ei kuitenkaan voi olla lopullinen ja vastaavuutta voidaan myöhemmin tarkastella uudelleen minkä tahansa perusoikeussuojassa tapahtuneen relevantin muutoksen valossa.²⁴¹

Vaikka ihmisoikeustuomioistuin ei ratkaisussaan tarkoita luopumista *Matthews*-ratkaisussa todetusta lähtökohdasta, se antaa tulkinnallaan *vastaavan suojan* käsitteestä jäsenvaltioille merkittävän joustovaran nimenomaan *kansainvälisen yhteistyön tavoitteiden*, tässä tapauksessa erityisesti unionin oikeudesta seuraavien jäsenvelvoitteiden perusteella. Se, että jäsenvaltioiden siirtämää toimivaltaa käyttävän kansainvälisen järjestön perusoikeusvalvonta ei toimi ”identtisesti” tuomioistuimen oman ihmisoikeusvalvonnan kanssa, ei estä sen vastaavan riittävässä määrin ihmisoikeussopimuksen edellyttämää oikeussuojaa. Vastaavuus on tästäkin huolimatta arvioitava viime kädessä tapauskohtaisesti nimenomaan ihmisoikeussopimuksen näkökulmasta.²⁴²

Unionin oikeuden perusoikeussuojan ja ihmisoikeusvalvonnan välistä vastaavuutta arvioitaessa on otettava erityisesti huomioon, että ihmisoikeussopimuksen säännöksillä on oikeuslähteen asema myös unionin oikeuden sisällä. Kuten edellä yhteisöjen tuomioistuimen sananvapauskäytäntöä tarkasteltaessa on havaittu, yhteisön tuomioistuimen voidaan perustellusti katsoa ratkaisuisaan tulkinneen ja soveltaneen suoraan juuri ihmisoikeussopimusta. Vastaavuuskriteerin laajempi joustavuus voikin tässä suhteessa antaa tulevaisuudessa suuremman painoarvon unionin itsenäisille perusoikeusmääritelmiille ja siten mahdollistaa myös ihmisoikeussopimuksen edellyttämän vähimmäissuojatason ylittämisen unioniperusoikeuksien suojassa. Kriittisesti voidaan tietenkin kysyä, olisiko unionin ylikansallisen sääntelyverkon tihentyessä ja unionin muuttuessa vähitel-

²⁴¹ Ratkaisun kohdat 148 ja 155, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

²⁴² Vastaavuusdoktriini muistuttaa läheisesti eräiden kansallista perusoikeusvarauksia soveltavien kansallisten valtiosääntötuomioistuinten tulkintoja perusoikeussuojan riittävästä takeista unionin oikeudessa, varsinkin Saksan valtiosääntötuomioistuimen niin kutsuttua *Solange* (”niin kauan kun”) -doktriinia. Ks. tästä esim. Kühling 1999, s. 35–40 sekä Husa 2001.

len yhä valtiomaisemmaksi ihmisoikeusvalvontaa ennemminkin syytä tiukentaa kuin tehdä ”kansainvälisen yhteistyön intressien perusteella” joustavammaksi.²⁴³ Unioniperusoikeuksille annettu vapaa tila voi myös käytännössä merkitä ihmisoikeussopimuskeskeisyyden väistymistä ja eurooppalaisen perus- ja ihmisoikeusvalvonnan selkeämpää kaksinapaistumista. Mikäli edellä ennakoitu suunta ihmisoikeusvalvonnan tiukentumiseen jäsenvaltioihin nähden kuitenkin jatkuu, edellyttää unionia koskeva joustavuus ehkä jopa kahden eri ihmisoikeussuojatason omaksumista samoissa asiakysymyksissä. Ihmisoikeustuomioistuimien pidättäessä kaikissa tapauksissa itsellään takaportin ihmisoikeussuojan lopullisena määrittäjänä, mutta saattaa tosiasiallisesti pyrkiä yhä laajemmin kunnioittamaan unionin järjestelmässä luotua, monessa suhteessa vielä keskeneräistä ja täsmentämistä vaativaa perusoikeusvalvontaa.

Euroopan unionin suunniteltu liittyminen ihmisoikeussopimuksen osapuoleksi voi varmasti jossakin määrin muuttaa nykyistä asetelmaa. Tämä riippuu kuitenkin olennaisesti niistä ehdoista, joilla mahdollinen liittyminen säännellään. Ihmisoikeussopimuksen ja Euroopan neuvoston puolelta asia edellyttää lähinnä muodollisia sopimusmuutoksia, jotka mahdollistavat valtioiden lisäksi unionin kaltaisten yhteenliittymien aseman sopijapuolena. Unionin oikeudessa ihmisoikeussopimusjäsenyys on sen sijaan kaavailtu säänneltäväksi oikeusjärjestelmän ja etenkin yhteisöjen tuomioistuimen autonomiaa koskevin aineellisoikeudellisin varauksin. Lissabonin uudistussopimuksen mukainen tätä koskeva säännös on seuraava:

Unionisopimus, uusi 6 artikla, 2 kohta: Unioni liittyy ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn eurooppalaiseen yleissopimukseen. *Liittyminen ei vaikuta* perustussopimuksissa määriteltyyn *unionin toimivaltaan*.²⁴⁴

Lienee syytä olettaa, että jäsenyyskysymykseen otetaan unionin taholta vastaava lähtökohta silloinkin, jos nykyinenkin uudistussopimus mahdollisesti kariutuu tai lykkääntyy ratifointiprosessissaan. Mikäli lähtökohta hyväksytään, jää yhteisöjen tuomioistuimelle nykyiseen tapaan perusoikeuksia koskeva tulkintatoimivalta unionin oikeudessa. Ihmisoikeussopimuksen jäsenenä unioni velvoittautuisi luonnollisestikin toimeenpanemaan ihmisoikeustuomioistuimen tuomiot samalla tavalla kuin jäseninä olevat valtiot, eli suorittamaan korvauksia unionin oikeuden soveltamisalalla tapahtuvista ihmisoikeusloukkauksista. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnat eivät kuitenkaan suoraan vaikuttaisi unionin voimassa olevan oikeuden sisältöön tai tulkintaan, vaan yhteisöjen tuomioistuin olisi edel-

²⁴³ Esim. Busch 2003, s. 179–182 (julkaistu ennen tässä puheena olevaa *Bosphorus*-ratkaisua).

²⁴⁴ Kursivoinnit kirjoittajan. Vastaava säännös sopimuksessa Euroopan perustuslaista oli I-9 artiklan 2 kohta.

leenkin toimivaltainen tulkitsemaan jäsenvaltioissa yhdenmukaisesti sovelletta-
vaa unionin oikeutta. Vaikeimpia mahdolliset väliaikaisetkin ristiriitatilanteet
olisivat tällöin jäsenvaltioille, jotka olisivat velvollisia samanaikaisesti sekä toi-
meenpanemaan unionin oikeutta että noudattamaan sen kanssa ristiriidassa ole-
via ihmisoikeussopimusvelvoitteitaan. Nykyinen ristiriitapotentiaali olisi siten
edelleenkin olemassa. Toimivaltakysymyksessä selvennetyksi tulisi se, mikä ny-
kyäänkin on suhteellisen selvää; se mikä nykyään on ongelmallista, pysyisi vas-
taavasti lähes yhtä ongelmallisena.²⁴⁵

Riippumatta siitä, toteutuuko unionin jäsenyys ihmisoikeussopimuksessa, on
mielenkiintoista arvioida, kuinka pitkälle ihmisoikeustuomioistuimien on valmis
joustamaan unionin integraatiotavoitteiden ja kehittyvän unioniperusoikeusjär-
jestelmän ehdoilla, ja miten tämä mahdollisesti vaikuttaa jäsenvaltioiden tuo-
mioistuinten vastaavaan halukkuuteen hyväksyä unionin määrittämät käsitykset
perusoikeuksien sisällöstä. Viestintäoikeuden näkökulmasta unionin sananva-
pausmäärittämisellä voi olla tulevaisuudessa olennainen sananvapautta koskevaa
perus- ja ihmisoikeuskäsitystä laajemminkin uudistava merkitys. Kysymys siitä,
missä määrin unionin oikeuden sananvapauskäsite ohjautuu yleisempien integ-
raatiotavoitteiden ehdoilla, on sitä tärkeämpi, mitä enemmän joustovaraa yhtääl-
tä ihmisoikeusjärjestelmä ja toisaalta kansalliset perusoikeusjärjestelmät unio-
nille antavat.

1.3.4 Näkökulmaero unionin oikeuden ja ihmisoikeussopimuksen välillä

Samanaikaisuusperiaatteen tulkittamisesta useamman tuomioistuimen toimesta –
nyt puheena olevassa tapauksessa ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan sisällön
arvioimisesta ihmisoikeustuomioistuimessa, yhteisöjen tuomioistuimessa ja pe-
rusoikeustulkintaa ohjaavana lähteenä kansallisissa tuomioistuimissa – voi epäil-
lemättä aina seurata aineellisoikeudellisesti toisistaan eroavia tulkintoja. Se, mi-
kä kuitenkin tekee juuri yhteisöjen tuomioistuimen näkökulmasta ihmisoikeus-
tulkintoihin erityisen mielenkiintoisen, on unionin oikeuden varsin poikkeuksel-
linen luonne oikeusjärjestyksenä. Tämä liittyy ennen kaikkea unionin järjestel-
män yleiseen *tavoite- ja tehtäväsidonnaisuuteen* sekä unionin oikeuden sovelta-
misalaa juuri tehtäväjaon kannalta rajoittaviin *annetun toimivallan periaattee-*
seen ja toissijaisuusperiaatteeeseen.²⁴⁶

²⁴⁵ Vrt. Pellonpää 2005b, s. 1248–1250 sekä von Arnim 2006, s. 350.

²⁴⁶ Euroopan yhteisön perustamissopimuksessa molemmat periaatteet sisältävä 5 artikla on otsi-
koitu *toissijaisuusperiaate*. Erottelu kahden periaatteen välillä, joka on vakiintunut jo aikaisemmin
oikeuskirjallisuudessa, on sen sijaan tehty täsmällisemmin uudistusopimuksen mukaisessa unio-
nisopimuksen uudessa 3 b artiklassa (perustuslakisopimuksen I-11 artikla).

Toisin kuin kansalliset oikeusjärjestykset, jotka ovat suvereenien valtioiden yleisiä oikeusjärjestyksiä, tai ihmisoikeussopimuksen järjestelmä, joka on kansainvälisesti sovittuja sääntelyn ehtoja tulkitseva oikeusjärjestys, unionin oikeusjärjestys määrittynyt olennaisesti paitsi sille siirretyn toimivallan myös toiminnalle asetettujen tavoitteiden, varsinkin unionin *yleisen integraatiotavoitteen* kautta. On selvää, ettei unionilla ole yleistä toimivaltaa antaa säännöksiä perus- tai ihmisoikeussuojan takaamiseksi, vaan toimivalta ja velvollisuus suojata niitä jäsenvaltioiden perustamissopimuksissa määritellyllä unionin oikeuden alalla. Unionin oikeuden ala puolestaan määrittynyt huomattavan monessa perusoikeuksiakin koskevassa ongelmakysymyksessä nimenomaan sen perusteella, onko sääntelyn harmonisointi tarpeellista unionin tavoitteena olevan integraation saavuttamiseksi, usein varsinkin sisämarkkinoiden rakentamiseksi ja kehittämiseksi. Osa unionin tavoitteista ja tehtävistä on toki määritelty sisämarkkinakompetenssia väljemmin, mutta ollakseen pätevää unionin toiminnan on aina oltava perustellusti kytkettävissä johonkin näistä tavoitteista.²⁴⁷ Unionin oikeus on tässä mielessä kokonaisuudessaan *funktionaalinen oikeusjärjestys*: unionin tavoitteiden vastaisesti tulkittuna unionin oikeudesta tulee pääsääntöisesti pätemätöntä. Sama seuraa toissijaisuusperiaatteen nojalla myös silloin, kun jaettuun toimivaltaan kuuluvalla alalla unionin tavoitteisiin kuuluva lopputulos olisi paremmin saavutettavissa yksittäisen jäsenvaltion tai useampien jäsenvaltioiden toimesta.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintatehtävää voidaan lyhyesti luonnehtia eri ihmisoikeuksia ja kaikkia demokraattisessa yhteiskunnassa turvattavia arvoja koskevaksi yleiseksi, jäsenvaltioille kuuluvan harkintavaran huomioon ottavaksi punninnaksi. Ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa noudattavan kansallisen tuomioistuimen näkökulmasta ihmisoikeussäännökset ja niitä koskeva tulkintakäytäntö toimivat puolestaan ohjeina kansallisten säännösten soveltamistilanteissa, jossa näiden ohella kaikki muutkin ratkaisun kannalta relevantit oikeudet ja oikeusjärjestyksessä turvatut yhteiskunnalliset arvot on tasapuolisesti otettava huomioon. Yhteisöjen tuomioistuimen näkökulma ihmisoikeussopimukseen oikeuslähteenä sen sijaan eroaa tiettyssä määrin molemmista edellisistä juuri unionin oikeuden tavoitesidonnaisuuden vuoksi. Koska myös unionin oikeudessa tehtävien perus- ja ihmisoikeustulkintojen on oltava unionin tavoitteiden mukaisia,²⁴⁸ muodostavat ihmisoikeussäännökset ja niiden tulkinnat yhteisöjen tuomioistuimelle enemmänkin pelkän ratkaisuvaihtoehtoja rajaavan kehyksen kuin perusoikeusratkaisun määrittämistä ohjaavan lähteen. Myös yhteisöjen tuomioistuimen on luonnollisestikin otettava punninnassaan huomioon kaikki ratkaisun kannalta olennaiset oikeudet ja arvot, mutta toimivaltaansa jäävän harkin-

²⁴⁷ Ks. Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 2 ja 3 artiklat sekä unionisopimuksen 2 artikla.

²⁴⁸ Yhteisöjen tuomioistuin totesi tämän nimenomaisesti jo ratkaisussa *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, 17.12.1970), kohta 4; ks. luku 1.1.1.

nan puitteissa se on sidottu tulkitsemaan niitä unionin tavoitteita edistävällä tavalla. Sen tapa lähestyä ihmisoikeussäännöksiä ei siten ole vastaavalla tavalla ”neutraali” tai pelkästään tapauskohtaisesti painottunut kuin ihmisoikeustuomioistuimen tai kansallisten tuomioistuinten näkökulma. Hyväksyttävänä tällaista tavoitepainottunutta tulkintaa voidaan epäilemättä pitää, kunhan myös integraatiotavoitteille annetaan hyväksyttävä painoarvo suhteessa niiden mahdollisiin vaikutuksiin perus- ja ihmisoikeussuojan sisältöön.²⁴⁹

Sananvapauskäsitteen yhteys unionin tavoitteisiin koskee huomattavan monissa ongelmakysymyksissä nimenomaan Euroopan yhteisön perinteistä sisämarkkinaoikeutta ja siihen liittyvää lainsäädännön lähentämistä. Unioniperusoikeuksien itsenäisen sisällön määrittämisessä juuri sisämarkkinoihin liittyviä integraatiotavoitteita voidaan yleisemminkin pitää analyysin ylivoimaisesti keskeisimpinä arviointiperusteina. Vaikkei unionin kasvavaa merkitystä yleisenä poliittisena foorumina tai sen kykyä saavuttaa myös muita kuin taloudellisia yhteistyötavoitteitaan varmastikaan enää nykyään ole syytä aliarvioida,²⁵⁰ lienee edelleenkin perusteltua pitää sisämarkkinoita ja varsinkin sisämarkkinoiden toimintaa turvaavia perusvapauksia unionin oikeuden varsinaisena ytimenä. On lisäksi muistettava, että sisämarkkinoiden rakentaminen ja kehittäminen on jatkuva – eräässä mielessä jopa päättymätön – oikeudellinen projekti, jonka rajaaminen tarkoittaa samanaikaisesti unionin käyttämän, yhteisön perustamissopimuksen 95 artiklaan²⁵¹ perustuvan toimivallan rajaamista. Sisämarkkinaoikeuden suhde ihmisoikeussopimukseen on siten nykyiselläänkin varsin määräävä ongelmakenttä unionin sananvapauskäsitettä tarkasteltaessa.

Mielenkiintoiseksi hypoteesin funktionaalisesti ohjautuvasta sananvapaustulkinnasta tekee ennen kaikkea se, ettei unionin integraatiotavoitteita voida yleistää sen enempää sananvapautta edistäviksi kuin sananvapauden vastaisiksikaan. Tavoite edistää unionin sisäraajat ylittävää viestintätuotteiden ja -palvelujen kauppaa on lähtökohtaisesti jo sellaisenaan yhdensuuntainen rajoista riippumattoman viestinnän vapauden kanssa. Kaupan esteitä muodostavat erot kansallisissa säännöksissä voidaan kuitenkin harmonisoivassa lainsäädännössä poistaa yhtä hyvin sisällöllisiä sananvapausrajoituksia lisäämällä kuin niitä vähentämälläkin. Olenaista sisämarkkinavapauksien kannalta viestinnässäkin on rajoitusten yhdenmukaisuus eikä niiden laajuus. Mikäli harmonisoinnissa pyritään valitsemaan esikuviksi kulloinkin parhaan suojan antavat kansalliset säännökset esimerkiksi

²⁴⁹ Ks. esim. Poiares Maduro 2003, s. 77; vrt. Kraus 2006, s. 154.

²⁵⁰ Monesti on toisaalta myös esitetty, että unionin jäsenmäärän kasvaessa ja sen kompromissikyvyn heikentyessä unionin olisi ehkä tulevaisuudessa pelkistettävä toimintansa juuri sisämarkkinoihin.

²⁵¹ Uudistusopimukseen voimaan tultua sopimus Euroopan unionin toiminnasta, 94 artikla. Sopimuksessa Euroopan perustuslaista tätä vastasi III-130 artikla.

kuluttajan oikeuksille, immateriaalioikeuksille, lapsen oikeuksille, yksityiselämälle, ihmisarvolle, moraalille tai yleiselle järjestykselle, ylikansallinen sääntely johtaa vähitellen eurooppalaisen sananvapaussuojan minimoitumiseen. Jos suunnaksi taas valitaan viestinnän liberalisointi ja kansallisten rajoitusten poistaminen, seurauksena voi vastaavasti olla sananvapautta rajoittavien oikeuksien suojan pelkistyminen jäsenvaltioiden säännösten pienimpään yhteiseen nimittäjään.²⁵² Asetelmaa mutkistavat luonnollisestikin osaltaan jäsenvaltioiden sekä unionin omat aktiivista moniarvoisuusturvaa koskevat säännökset antinomisina sananvapausrajoituksina. On selvää, että joissakin tilanteissa viestintäoikeuden harmonisointi voi johtaa suoraan ristiriitaan ihmisoikeustuomioistuimen käytännön kanssa. Erityisesti on kuitenkin huomattava, että kuvattu sananvapaussuojan vaihteluväli saattaa olla aineellisoikeudellisesti merkittävä jo ihmisoikeustuomioistuimen tunnustaman kansallisen harkintavaran puitteissakin.

Union oikeus sisältää toki sisämarkkinaoikeuden ulkopuolellakin sääntelyalueita, jotka suoraan tai välillisesti vaikuttavat sananvapaussuojan laajuuteen. Hyvä esimerkki tällaisesta on unionin kolmannen pilarin yhteistyön puitteissa tehdyt päätökset laittomien viestintäsisältöjen valvonnasta ja välittämisen ehkäisemisestä.²⁵³ Tällaisissa tilanteissa varsinaiset integraatiotavoitteet eivät anna suuntaa unionin politiikalle, jolloin vastakkaisten oikeuksien punninnan tulisi epäilemättä alkaa ihmisoikeussopimukselle ja kansallisille perusoikeustulkinnolle ominaista neutraalista lähtökohta-asetelmasta. Unioniperusoikeuksien ihmisoikeussopimuksen tulkinnasta eroava itsenäinen suojasisältö on tällöinkin yhtä lailla mahdollinen.²⁵⁴

Lopuksi on vielä huomattava ero ihmisoikeussopimuksen ja unionin oikeuden toimintamekanismin välillä. Ihmisoikeussäännösten rikkomuksista seuraava valtion korvausvastuu johtaa pääsääntöisesti vasta välillisesti säännösmuutoksiin, jotka kansalliset tuomioistuimet ovat velvollisia ottamaan huomioon.²⁵⁵ Unionin

²⁵² Tämä vastaisi lopulta tilannetta, jossa primäärioikeudellisia perusvapauksia sovellettaisiin ilman jäsenvaltioiden mahdollisuutta vedota rajoituksia oikeuttaviin poikkeuksiin, toisin sanoen ilmiötä, joka on eurooppaoikeudellisessa kirjallisuudessa tunnettu nimellä *race to the bottom*. Koska sananvapautta rajoittavat oikeudet riittävät varsin yleisesti primäärioikeudellisiksi oikeuttamisperusteiksi, koskee kysymys tässä yhteydessä ennen kaikkea unionin johdettua oikeutta ja lainsäädännön lähentämistä. Ks. luku 2.2.

²⁵³ Ks. luku 3.3.3.

²⁵⁴ Kuten Pellonpää (2005a, s. 74) huomauttaa, unionin ihmisoikeussopimuksesta johtuvat velvoitteet koskevat luonnollisestikin yhtä lailla kaikkia pilarirakenteen osia.

²⁵⁵ Mikäli tuomioistuimella on mahdollisuus tulkita kansallisia säännöksiä ihmisoikeusmyönteisesti, voi ihmisoikeustuomioistuimen tulkinta kuitenkin tapauksesta riippuen muokata jäsenvaltiossa sovellettavaa oikeutta varsin nopeastikin. Varsinaista velvollisuutta ihmisoikeustuomioistuinten tuomioiden täytäntöönpanoon käsitellyn yksittäistapauksen ulkopuolella kansallisilla tuomioistuimilla ei Euroopassa yleisesti ole. Yksittäistapauksessa itsessään ihmisoikeustuomioistuimen tuomio voi toki johtaa korvausvelvollisuuden lisäksi esimerkiksi ylimääräiseen kansalliseen muutoksenhakuun kuten tuomion purkuun. Ks. kuitenkin paljon keskustelua herättänyt Suomen

oikeus yhteisöjen tuomioistuimen tulkintoineen on sen sijaan myös perusoikeuskysymyksissä – ja siten myös esimerkiksi ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkintaa koskevissa ongelmassa – jäsenvaltioissa aina suoraan sovellettavaa oikeutta. Unioniperusoikeuksien tulkintoihin sisältyvät kannanotot ihmisoikeussopimukseen saattavat siten monissa tapauksissa vaikuttaa kansalliseen oikeuteen ihmisoikeustuomioistuimen toimivaltaisia tulkintoja aikaisemmin.

1.4 UNIONIN PERUSOIKEUSKIRJAN 11 ARTIKLA

1.4.1 Yleistä

Euroopan unionin perusoikeuskirja ja sen 11 artiklan sisältämä sananvapausmääritelmä eivät toistaiseksi kuulu unionin oikeuden sitoviin oikeuslähteisiin. Viittaukset perusoikeuskirjan säännöksiin ihmisoikeussopimusviittausten rinnalla ovat kuitenkin vähitellen yleistyneet ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisuissa, julkisasiamiehen lausunnoissa ja sittemmin myös yhteisöjen tuomioistuimen perusteluissa. Samoin kuin unionin liittymistä ihmisoikeussopimuksen osapuoleksi, on perusoikeuskirjan saattamista sitovaksi usein pidetty tärkeänä siinäkin tapauksessa, että perussopimuksien kokonaisuudistus joudutaan hylkäämään eli primäärioikeuden kehittäminen joudutaan aloittamaan uudestaan nyt voimassa olevan Nizzan sopimuksen pohjalta. Perusoikeuskirjan on toisaalta monesti esitetty sitovan unionin toimielimiä, mukaan lukien yhteisöjen tuomioistuinta, valtiosääntöperinnettä konkretisoivana lähteenä *de facto* jo nykyisellään, vaikka se ei oikeudellisena asiakirjana toistaiseksi olekaan voimassa.²⁵⁶ Yhteisöjen tuomioistuimen kannalta kirjan tarjoamia säädösmääritelmiä lienee lisäksi pidettävä yleisesti enemmänkin käyttökelpoisina tulkintainstrumentteina kuin tuomioistuimen nykyistä perusoikeusdoktriinia aineellisesti rajoittavina ehtoina. Perusoikeuskirjan 11 artiklan sisältämän sananvapausmääritelmän – yhdessä kirjan VII osaston²⁵⁷ yleisten soveltamissäännösten kanssa – voidaan siis ennakoita muodostavan jo lähitulevaisuudessa sananvapauden keskeisimmän

korkeimman oikeuden äänestysratkaisu KKO 2008:24, jossa ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan loukkaukseksi tunnustettu toimittajan rikostuomio jätettiin purkamatta.

²⁵⁶ Esim. Große Wentrup 2003, s. 176–178; ks. myös Salminen 2007a sekä Kraus 2006, s. 152–153. Jäsenvaltiot eivät ole ennen perusoikeuskirjan voimaantuloa sidottuja siinä määriteltyihin unioniperusoikeuksiin, eikä niihin siten sellaisenaan voi vedota yhteisöjen tuomioistuimessa jäsenvaltioita vastaan. Yhteistä valtiosääntöperinnettä osaltaan konkretisoivana asiakirjana myös perusoikeuskirjan säännösten sisältö voi kuitenkin toimia yhtenä tosiasiallisena pohjana yhteisöjen tuomioistuimen toistaiseksi ilman sitovaa perusoikeuskatalogia suorittamille, jäsenvaltioitakin unionin oikeuden alalla sitoville perusoikeustulkinnolle.

²⁵⁷ Artiklat 51–54. Ks. edellä luku 1.1.3.

kirjallisen normiperustan itsenäisenä unioniperusoikeutena. Säännöksen teksti on seuraava:

Euroopan unionin perusoikeuskirja, 11 artikla: Sananvapaus ja tiedonvälityksen vapaus

1. *Jokaisella on oikeus sananvapauteen. Tämä oikeus sisältää mielipiteenvapauden sekä vapauden vastaanottaa ja levittää tietoja tai ajatuksia viranomaisten siihen puuttumatta ja alueellisista rajoista riippumatta.*
2. *Tiedotusvälineiden vapautta ja moniarvoisuutta kunnioitetaan.*

Perusoikeuskirjan 52 artiklan 7 kohdan mukaan *unionin ja jäsenvaltioiden tuomioistuimet ottavat asianmukaisesti huomioon perusoikeuskirjan tulkittamisen ohjaamiseksi laaditut selitykset*. Perusoikeuskirjan liitteenä olevalle erityiselle selityssasiakirjalle on siten annettu sitovuudeltaan enemmän tai vähemmän varsinaisia perusoikeussäännöksiä vastaava asema niitä täydentävinä tulkintaohjeina. Useimmat tämän asiakirjan säännöskohtaisista selityksistä puolestaan sisältävät viittauksia Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön, yhteisöjen tuomioistuimen tähänastiseen ratkaisukäytäntöön sekä osiin unionin voimassa olevaa lainsäädäntöä. Perusoikeuskirjan sananvapausartiklaa koskeva selitys, joka ei tässä suhteessa myöskään tee poikkeusta, kuuluu seuraavasti:

Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, 11 artikla:

1. *Tämä 11 artikla vastaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaa [...] ²⁵⁸*
Perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdan mukaisesti tällä oikeudella on *sama merkitys ja kattavuus* kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvatulla oikeudella. Tähän oikeuteen tehtävät rajoitukset *eivät näin ollen voi ylittää 10 artiklan 2 kohdassa määriteltyjä rajoituksia, sanotun kuitenkaan rajoittamatta* unionin kilpailulainsäädännössä määriteltyjä rajoituksia jäsenvaltioiden oikeudelle *ottaa käyttöön* Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 1 kohdan kolmannessa virkkeessä tarkoitettuja lupamenettelyjä.
2. Artiklan 2 kohdassa *selvennetään 1 kohdan seuraukset tiedotusvälineiden vapauden osalta*. Tämä kohta pohjautuu yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön televisiotoiminnan alalla muun muassa asiassa C-288/89 [*Gouda*] ja Euroopan yhteisön perustamissopimukseen ja nyt perustuslakiin liitettyyn jäsenvaltioiden *julkisen palvelun yleisradiotoimintaa koskevaan pöytäkirjaan* sekä televisiotoimintaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annettuun direktiiviin 89/552/EY [*televisiodirektiiviin*] (ks. erityisesti sen johdanto-osan 17 kappale). ²⁵⁹

²⁵⁸ Tässä on jätetty toistamatta selitykseen sisältyvä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan teksti; ks. luku 1.3.1.

²⁵⁹ Kursivoinnit kirjoittajan; kirjoitusvirhe ”annetun” korjattu ”annettuun”.

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Gouda* on jo esitelty lyhyesti edellä.²⁶⁰ Kyseessä on ratkaisu, jossa tuomioistuin ensimmäisen kerran käsitteli jäsenvaltion toimenpiteitä viestinnän moniarvoisuuden turvaamiseksi. Moniarvoisuusturva tunnustettiin ratkaisussa sekä sisämarkkinoiden perusvapauksia että unionin oikeudessa turvattua sananvapautta koskeväksi hyväksyttäväksi rajoitusperusteeksi. Tuomioistuin totesi lisäksi moniarvoisuusturvan liittyvän nimenomaan sananvapauden itsensä suojaamiseen, mitä se myöhemmin täsmensi ratkaisujen *Veronica* (C-148/91, 3.2.1993) ja *TV 10* (C-23/93, 5.10.1994) perusteluissa.²⁶¹ Tätä oikeuskäytäntöä voidaan siis pitää varsin selvänä lähtökohtana 11 artiklan 2 kohdassa mainitun moniarvoisuuskäsitteen tulkinnalle. Muut artiklan selityksen 2 kohdassa viitatu tekstit, jotka koskevat niin ikään viestinnän moniarvoisuusturvaa ja varsinkin jäsenvaltioiden julkisen palvelun yleisradiotoimintaa, kuuluvat seuraavasti:

Euroopan yhteisön perustamissopimus, pöytäkirja (N:o 32) jäsenvaltioiden yleisradiotoiminnasta [Amsterdamin pöytäkirja], ainoa artikla:

Unionin perustuslain määräykset eivät rajoita jäsenvaltioiden toimivaltaa rahoittaa yleisradiotoimintaa, sikäli kuin rahoitus myönnetään yleisradioyrittäjille kunkin jäsenvaltion antaman, määrittelemän ja järjestämän julkisen palvelun tehtävän täyttämiseksi ja sikäli kuin rahoitus ei vaikuta unionin kauppa- ja kilpailuolosuhteisiin sellaisessa laajuudessa, että se olisi yhteisen edun vastaista, kun samalla otetaan huomioon tällaisen julkisen palvelun tehtävän toteuttaminen.²⁶²

Neuvoston direktiivi 89/552/ETY televisiotoimintaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta:

[...] [T]ässä direktiivissä säädetään vähimmäissäännöt televisio-ohjelmien lähettämisen vapauden takaamiseksi; direktiivi ei sen vuoksi vaikuta jäsenvaltioiden eikä jäsenvaltioiden viranomaisten vastuuseen lähetys- ja ohjelmatoiminnan organisoimnin – mukaan luettuna toimiluvat, hallinnolliset luvat ja verotus – rahoituksen ja sisällön osalta; sen vuoksi jäsenvaltioiden kulttuurin kehityksen itsenäisyys ja kulttuurin monipuolisuus säilytetään yhteisössä, [...]²⁶³

²⁶⁰ Luku 1.1.2. Ratkaisuun palataan myös jäljempänä luvussa 2.3.4.

²⁶¹ Ratkaisu *Gouda* samoin kuin ratkaisu *Veronica* tehtiin aikajärjestyksessä ihmisoikeustuomioistuimen *Groppera*-ratkaisun (22.2.1990, hakemus 10890/84) jälkeen, mutta ennen sen moniarvoisuuskäsitettä tarkentavaa ratkaisua *Informationsverein Lentia* (28.10.1993, hakemus 13914/88 ym.). Ratkaisussa *TV 10* yhteisöjen tuomioistuimen voidaan katsoa menevän jossakin määrin jopa ratkaisua *Informationsverein Lentia* -ratkaisua pidemmälle sananvapauden antinomisen luonteen tunnustamisessa (esim. Schildknecht 2000, s. 190). Ks. luku 1.1.2 sekä seuraava luku 1.4.2.

²⁶² Kursivoinnit kirjoittajan.

²⁶³ Direktiivin johdanto-osan 17. kappale, kursivoinnit kirjoittajan.

Oikeuskirjallisuudessa Amsterdamin pöytäkirjana tunnettu säännös, joka alkuun liitettiin Nizzan sopimusta edeltäneeseen vuoden 1999 Amsterdamin sopimukseen, on varsin usein nähty eräänlaisena julkisen palvelun järjestelmien pysyvänä suojana unionin liberalisointipyrkimyksiä vastaan. Tärkeää on kuitenkin huomata, että pöytäkirja sisältää myös vaatimuksen julkisen palvelun tehtävän suhteellisuusperiaatteen mukaisesta punninnasta unionin sisämarkkinoita koskevan yhteisen edun kanssa. Pöytäkirja on sellaisenaan avoin uusille, joukkoviestintämuotojen kehityksen ja muuttuvan kilpailutilanteen huomioon ottaville sananvapaustulkintoille. Selityksen lopussa viitattu televisiodirektiivin johdantoon kuuluva kappale on tässä mielessä ehdottomampi, joskin ainakin alkuperäiseltä rajaukseltaan myös selvästi suppeampi: televisio toimintaa koskevien minimisääntöjen *harmonisointi* unionin toimesta *ei vaikuta jäsenvaltioiden velvollisuu-teen* turvata viestintäsisältöjen kulttuurinen kehitys ja moniarvoisuus. Yleisempää taetta julkisen palvelun järjestelmien status quon säilyttämisestä 11 artiklan selitys ei siten sanamuodon mukaisesti tulkittuna sisällä.

Uutta perusoikeuskirjan sananvapaussäännöksen tekstissä on ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaan nähden ainoastaan eksplisiittinen maininta tiedotusvälineiden moniarvoisuudesta, joka sitä paitsi ihmisoikeussopimuksen järjestelmäsäkin kuuluu jo 10 artiklan vakiintuneeseen tulkintakäytäntöön. Varsin niukka ja yleisellä tasolla pysyvä säännösteksti jättää epäilemättä selityksineenkin merkittävästi tilaa sananvapaussäännöksen tulkinnalliselle täsmentämiselle ja kehittämiselle yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Varsinkin artiklan 2 kohdassa turvatus pluralismin tarkempi sisältö ja sananvapaussäännöksen suhde muihin perusoikeuskirjassa suojattuihin oikeuksiin ovat kysymyksiä, jotka vaativat tulevaisuudessa yhteisöjen tuomioistuimelta paitsi sananvapaussuojan kannalta uskottavia, myös unionin perusoikeusjärjestelmän yhtenäisyyttä tukevia vastauksia.

1.4.2 Sananvapaus ja tiedonvälityksen vapaus

Perusoikeuskirjan 11 artiklan otsikko on sananvapaus ja tiedonvälityksen vapaus. Yksi tapa tulkita säännöstä onkin ymmärtää tämän mukaisesti artiklan kaksi kohtaa kahtena unionin oikeuden perusoikeutena, ensimmäinen *yksilön subjektiivisena sananvapautena* ja toinen tiedonvälityksen – tai ehkä oikeammin *tiedotusvälineiden* vapautena. Varmasti mielenkiintoisin ongelma tällaisessa tulkinnassa on, voiko näiden kahden oikeuden erottaminen toisistaan vastata perinteistä jakoa sananvapauden vapausoikeudellisen sisällön ja materiaalsen moniarvoisuusturvan välillä. Tämä vastaavuus tarkoittaisi, että artiklan 1 kohdassa turvatussa oikeudessa olisi kysymys puhtaasta vapausoikeudesta ja artiklan 2 kohdassa yleisön ns. objektiivisissä sisältöisistä oikeudesta moniarvoisiin tiedotusvälineisiin. Edellä esitelty sananvapauskäsitteen antinomiaproblematiikka tulisi

siten eräässä mielessä ratkaistuksi kahden toisistaan erotettavissa olevan perusoikeuden avulla. Ongelmitta tällainen yksinkertaistus ei kuitenkaan ole tähänastisen tulkintakäytännön ja eurooppalaisen valtiosääntöperinteen näkökulmasta hyväksyttävissä.

Sananvapausartiklaa koskevassa selityksessä sen vahvistetaan vastaavan merkitykseltään ja kattavuudeltaan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaa. Artiklan 2 kohdan todetaan puolestaan selventävän 1 kohdan seurauksia tiedotusvälineiden vapauden osalta. Tiedotusvälineiden vapaus on siten selityksen mukaan seuraus yleisemmästä sananvapaudesta. Jo tämän logiikan mukaan 2 kohdan määrittelemässä tiedotusvälineiden vapaudessakin on siis ainakin välillisesti kysymys yksilön oikeudesta vastaanottaa ja välittää tietoja ja ajatuksia: toisin sanoen yksilön subjektiivisen sananvapauden toteuttamisesta joukkoviestinnässä. Lisäksi on luonnollisestikin selvää, ettei 11 artiklan 1 kohdassa määritelty vapaus – joko puhtaana negatiivisena vapautena tai antinomisena oikeutena sananvapauten – voi koskea ainoastaan yksityistä viestintää ja sähköistä vertaisviestintää, vaan se toteutuu olennaisessa määrin juuri joukkoviestinten kautta. Ilman nimenomaisesti julkisen palvelun järjestelmiin tehtyjä viittauksia selitysasiakirjassa olisi sitä paitsi mahdollista tulkita myös koko tiedotusvälineiden vapaus periaatteessa puhtaaksi vapausoikeudeksi: moniarvoisuuden kunnioittaminen tarkoittaisi tässä tulkinnassa suvaitsevaisuusperiaatteen kaltaista viestintäsisältöjä koskevaa avoimuutta tai esimerkiksi yleisen kilpailuoikeuden takaamaa tiedotusvälineiden ulkoista pluralismia. Vallitsevassa dualistisessa järjestelmässä tiedotusvälineiden vapaus on aina osittain myös valtion puuttumiselta suojattua taloudellista toimintavapautta. Ainakaan vapausoikeudellisen suojasisällön perusteella sananvapaus ja tiedotusvälineiden vapaus perusoikeuksina eivät siten ole yksinkertaisesti toisistaan erotettavissa.²⁶⁴

Selityksen 1 kohdan maininta siitä, että unionin kilpailulainsäädännössä voidaan rajoittaa jäsenvaltioiden oikeutta ottaa käyttöön ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 1 kohdan viimeisessä virkkeessä tarkoitettuja lupamenettelyjä, on erityisen kiinnostava juuri antinomisen sananvapauskäsitteen näkökulmasta. Vapausoikeuden kannalta tällaisessa mahdollisuudessa ei nimittäin ole missään määrin kysymys sananvapauden rajoittamisesta, vaan sananvapausrajoitusten rajoittamisesta. Maininta ei siten muodosta millään tavalla poikkeusta siitä lausutusta pääsäännöstä, että sananvapauden rajoitukset eivät voi ylittää ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 2 kohdassa määriteltyjä rajoituksia. Kysymys on päinvastoin ihmisoikeussopimuksen sananvapautta koskevan vähimmäissuojatason ylittämisestä, mikä on yleisesti jo perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdan mukaankin mahdollista. Itsenäistä merkitystä maininnalla on kuitenkin silloin ja ainoastaan

²⁶⁴ Samoin esim. Winkler 2006, s. 417.

silloin, kun unionin kilpailuoikeuden ajatellaan voivan rajoittaa ihmisoikeussopimuksessa turvattua sananvapautta toimilupajärjestelmällä toteutetun *aktiivisen moniarvoisuusturvan* merkityksessä. Määritelmässä on toisin sanoen nimenomaisesti varauduttu tilanteeseen, jossa alun perin ihmisoikeussopimuksen jäsenvaltioille myönnettyä sananvapaussäännöksen soveltamisalapoikkeusta arvioidaan käänteisesti osana pluralistista sananvapaussuojaa.

Vaikka aktiivisen moniarvoisuusturvan sisällyttämistä ainakin 11 artiklan 2 kohdan suoja-alaan voidaan pitää selitysassiakirjan ja sen sisältämien viittausten perusteena jokseenkin kiistattomana,²⁶⁵ on unionin roolia moniarvoisuuden aktiivisena turvaajana tai kansallisten järjestelmien hyväksyjänä mahdollista tulkita yksityiskohdissaan varsin monella tavalla. Tavoiteltavan moniarvoisuuden tai monimuotoisuuden määrittelemiseen ja todentamiseen liittyvien ongelmien²⁶⁶ lisäksi perusoikeuskirjan sananvapaussääntöjä jättää avoimeksi sen ydinkysymyksen, onko unionin ainoastaan kunnioitettava kansallisia moniarvoisuusturvajärjestelmiä sisämarkkinoiden perusvapauksien ja vapaan kilpailun rajoituksina vai pyrittävä toimivaltansa puitteissa myös aktiivisiin toimenpiteisiin, esimerkiksi edistämällä eri kansallisten järjestelmien yhteensopivuutta. Perusoikeuskonventissa artiklan 2 kohdaksi alun perin ehdotetussa tekstissä todettiin, että ”tiedotusvälineiden vapaus ja moniarvoisuus turvataan”;²⁶⁷ säännöksen lopullisessa muokatussa versiossa ”tiedotusvälineiden vapautta ja moniarvoisuutta” kuitenkin ainoastaan ”kunnioitetaan”. Mitä ilmeisimmin muutoksella pyrittiin ainakin korostamaan sitä yleistä periaatetta, ettei perusoikeuskirjalla anneta unionille uutta toimivaltaa,²⁶⁸ mutta mahdollista on myös tulkita uudistettu sanamuoto ilmaukseksi moniarvoisuusturvan kuulumisesta jäsenvaltioiden yksinomaiseen toimivaltaan. Tällainen tulkinta ei kuitenkaan liene täysin perusteltu. Mikäli moniarvoisuuden aktiivinen turvaaminen on osa perusoikeuden suoja-alaa, kuten tähänastinen tulkinta selkeästi antaa ymmärtää, on turvan toteuduttava myös unionin oikeudessa. Perusoikeuksien suojaamisalaa ja toimivaltajaa keskinäisestä riippumattomuudesta seuraa nimittäin myös se, että velvollisuus perusoikeuksien suojaamisesta kuuluu unionille silloin, kun ne voidaan parhaiten turvata unionille siirretyn lainsäädäntötoimivallan alalla. Unionin mahdollista aktiivista moniarvoisuusturvaa koskevaa velvollisuutta 11 artiklan määritelmä ei siis nykyiselläänkään sulje eikä ehkä voisikaan sulkea pois. Kokonaan toinen kysymys kuitenkin on, olisiko unionin tosiasialliset mahdollisuudet edistää ko-

²⁶⁵ Vrt. kuitenkin Stock 2004, s. 84 ja 113.

²⁶⁶ Ks. luku 1.2.3.

²⁶⁷ Ks. erityisesti pöytäkirja konventin 13. istunnosta (Bryssel 21.6.2000, SN 3294/00), toisinnos teoksessa Bernsdorff – Borowsky 2002, s. 280. Sanamuotojen suomennokset kirjoittajan.

²⁶⁸ Tämän periaatteen korostamisella ei toisaalta myöskään olisi itsenäistä merkitystä, sillä se on todettu nimenomaisesti myös perusoikeuskirjan 51 artiklan 2 kohdassa; vrt. Bär 2005, s. 161–162.

herentin eurooppalaisen pluralismijärjestelmän rakentamista pitänyt ottaa paremmin huomioon perusoikeuskirjan, perustuslakisopimuksen tai uudistusoppimuksen tekstissä – tai ennemminkin: pitäisikö ne ottaa paremmin huomioon unionin primäärioikeuden tulevissa muutoksissa.²⁶⁹

Nimenomaan viestinnän moniarvoisuusturvan kannalta merkitystä voi olla myös perusoikeuskirjan 52 artiklan 5 kohdan ”periaatteita” koskevalla, yhteisöjen tuomioistuimen perusoikeustoimivaltaan kohdistuvalla rajoituksella.²⁷⁰ Kuten usein on esitetty, lienee viestinnän moniarvoisuus osana sananvapauden sisältöäkin pääsääntöisesti tulkittava yleiseksi oikeushyväksi, johon viestinnän potentiaalinen vastaanottaja tai välittäjä ei tuomioistuimessa voi subjektiivisena oikeutenaan vedota.²⁷¹ Suoraa aineellisoikeudellista merkitystä tällä rajoituksella ei välttämättä sananvapausuojan kannalta ole, sillä unionilta puuttuu nykyisellään joka tapauksessa riittävän yleinen toimivalta uusien moniarvoisuutta turvaavien säännösten antamiseen. Mikäli moniarvoisuusturvavaatimus puolestaan laiminlyödään esimerkiksi unionin sisämarkkinatoimivaltaan perustuvassa sekundaarioikeudessa, riittää myös yhteisöjen tuomioistuimen ”periaatteita” koskeva toimivalta tältä osin tehokkaaseen perusoikeusvalvontaan. Tämä koskee yhtäältä unionin velvollisuutta kunnioittaa kansallisia pluralismijärjestelmiä, mutta voi toisaalta kohdistua myös unionin velvollisuuteen turvata viestinnän moniarvoisuuden säilyminen harmonisoimallaan sääntelyalalla.

Riippumatta siitä, miten joukkoviestimien monimuotoisuus tai sisältöjen moniarvoisuus pyritään määrittelemään tai todentamaan, olisi varsin vaikea irrottaa se kokonaan yksilön oikeudesta viestinnän vastaanottajana. Yhtä kiinteästi se liittyy myös yksilön perusoikeuksiin hänen tuottaessaan tai välittäessään sellaista informaatiota, joka esimerkiksi potentiaalisen vastaanottajakunnan pienen koon vuoksi on taloudellisesti heikosti kannattavaa. 11 artiklassa turvatulla kahdella oikeudella on tästäkin näkökulmasta välttämätön looginen yhteys toisiinsa – tai kyse on yksinkertaisemmin yhdestä ja samasta oikeudesta, sananvapaudesta. Aktiivisen moniarvoisuusturvan sisältyminen sananvapauteen ja tästä johtuva sananvapausmääritelmän antinomisuus eivät sellaisenaan edustaisi mitään uutta eurooppalaisessa valtiosääntöperinteessä tai yhteisöjen tuomioistuimen tähänastisessa sananvapautta koskevassa doktriinissa. Se, mikä sananvapausartiklan perusteluissa ja varsinkin niihin liitetystä Amsterdamin pöytäkirjassa kuitenkin on huomionarvoista, on unionille pidätetty mahdollisuus moniarvoisuuden uudel-

²⁶⁹ Bernsdorff – Borowsky 2002, s. 159, 188 ja 287; Stock 2000 ja 2004; Sporn 2000, Szczekalla 2002, s. 612–613 ja 1127–1134; vrt. kuitenkin Jarass 2005, s. 203–205.

²⁷⁰ Ks. edellä luku 1.1.3.

²⁷¹ Esim. Paukku 2005b, s. 55. Schmittmann (2007, s. 88–90) puolestaan tulkitsee yksioikoisesti 11 artiklan olevan oikeus eikä periaate jo sillä perusteella, että sen on selitysasiakirjassa todettu vastaavan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklassa turvattua *oikeutta*.

leenarviointiin sisämarkkinoiden vapaan kilpailun näkökulmasta. Viestinnän moniarvoisuusturvaan ja kulttuurisiin arvoihin vetoaminen tai nykyisen järjestelmän säilyttäminen entisellään eivät siis ole ainakaan jäsenvaltioiden ehdottomia vapauksia unioniin nähden. Perinteistä vastakohta-asetelmaa yksityisen joukkoviestintätoiminnan ja julkisen palvelun viestintän välillä 11 artiklan määritelmä ei myöskään missään mielessä lopullisesti ratkaise – eikä se suoranaisesti anna edes takeita yleisemmän dualismiperiaatteen asemasta osana sananvapautta. Nämä kysymykset koskettavat yhteisöjen tuomioistuimen tulkintaongelmana kuitenkin yhtä lailla molempia 11 artiklan kohtia osina sananvapauden määritelmää unioniperusoikeutena.

1.4.3 Sananvapauden rajaaminen suhteessa muihin perusoikeuksiin

Yksi olennainen osa perusoikeuskirjan oikeuksien määrittelyä ja soveltamista on eri oikeuksien keskinäinen suhde. Paitsi että perusoikeudet voivat rajoittaa toisiaan, niiden suoja-alat voivat monissa soveltamistilanteissa olla osin päällekkäisiä. Tällöin on perusoikeuden sisältöä koskevan tulkinnan ohella ratkaistava, voidaanko useampaa perusoikeutta soveltaa rinnakkain vai onko jollekin kysymykseen tulevista perusoikeuksista annettava etusija esimerkiksi lex specialis-säännön perusteella. 11 artiklassa määriteltyyn sananvapauteen nähden päällekkäisiä perusoikeuskirjan oikeuksista voivat olla mm. yksityis- ja perhe-elämän kunnioittaminen (7 artikla), ajatuksen, omantunnon ja uskonnon vapaus (10 artikla), taiteen ja tutkimuksen vapaus (13 artikla), elinkeinovapaus (16 artikla), kulttuurinen, uskonnollinen ja kielellinen monimuotoisuus (22 artikla), lapsen oikeudet (24 artikla) sekä ikääntyneiden henkilöiden oikeudet (25 artikla).²⁷²

Kysymys perusoikeuskirjan oikeuksien soveltamisetusijasta ja rinnakkaisesta soveltamisesta kuuluu luonnollisestikin viime kädessä yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi. Tuomioistuimen voidaan kuitenkin olettaa antavan tässä suhteessa täsmällisiä tulkintoja perusoikeuskirjan oikeuksista vasta tulevaisuudessa, kun ne tulevat osaksi unionin sitovaa ja kirjoitettua primäärioikeutta. Oikeuskirjallisuudessa unioniperusoikeuksien rajaamista ja keskinäistä suhdetta on sen sijaan jo ennakoitu yhtäältä ihmisoikeussopimuksen ja toisaalta kansallisten perusoikeusjärjestelmien näkökulmista. Ongelmalliseksi unionin perusoikeuskatalogin suoran kytkennän kumpaankin näistä valtiosääntötaisoista tekee sen nykyaikaisuus ja poikkeuksellinen laajuus, jonka vuoksi osalle perusoikeuskirjan oikeuksista ei löydy suoria vastineita ihmisoikeussopimuksesta sen enempää kuin

²⁷² Päällekkäisyys voi yksityiselämän suojan tapauksessa koskea nimenomaan yksityistä viestintää ja sen vapautta, ks. tästä jäljempänä tässä luvussa. Yksityiselämän suoja voi tämän lisäksi luonnollisestikin joutua kollisioon sananvapauden kanssa, samoin kuin esimerkiksi lapsen oikeudet tai kulttuurinen, uskonnollinen ja kielellinen monimuotoisuuskin. Ks. luku 3.3.3.

yhteisestä valtiosääntöperinteestäkään. Perusoikeuskirjassa mainittuja oikeuksia koskevat rajaukset kansallisissa perusoikeustulkinnossa ja ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä eivät lisäksi aina myöskään vastaa toisiaan.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan näkökulmasta olennaista on se, toteutuuko sen edellyttämä sananvapaussuoja sopimuksen jäsenvaltioiden ja yhtä lailla näiden unionille siirtämään toimivaltaan perustuvassa ylikansallisessa oikeudessa. Merkitystä sen sijaan ei ole sillä, toteutuuko 10 artiklan edellyttämä sananvapaussuojan taso kansallisessa oikeudessa perustuslain sananvapaussäännöksen, jonkin muun perusoikeussäännöksen, tavallisten lakien vai esimerkiksi siviilioikeudellisten tuomioistuinratkaisujen perusteella. Varmasti selkein ja myös tunnetuin esimerkki tästä on mainonnan vapauden suoja osana ihmisoikeussopimuksen sananvapaussuojaa ja kansallisen valtiosäännön turvaaman elinkeinovapauden suoja.²⁷³ Ihmisoikeus- ja perusoikeusrajausten välistä vastaavuutta ihmisoikeussopimus ei edellytä myöskään unionin oikeudelta – ei edes silloin, jos unioni tulevaisuudessa liittyy yhdeksi sopimuksen osapuoleksi. Unionin laajempaa perusoikeuskatalogia voidaan siten ihmisoikeussopimuksen puitteissa soveltaa myös tämän omasta, suppeammasta katalogista poiketen, eli esimerkiksi sijoittaa osa 10 artiklan suojaan kuuluvista viestintätavoista ja -sisällöistä muiden unioniperusoikeuksien kuin 11 artiklan sananvapauden suojaalaan.

Tukeutuminen kansallisten perusoikeussäännösten rajauksiin on jo niiden keskinäisten erojen vuoksi vielä ihmisoikeussopimusta vaikeampaa. Vaikka perusoikeuskirjan systematiikka epäilemättä joiltakin osin noudattaa useissa kansallisissa perusoikeusjärjestelmissä omaksuttuja rajauksia, ovat eroavaisuudet yksittäisissä soveltamistilanteissa jo monesti perusoikeuskirjaankin postuloitua valtiosääntöperinteen yhtenäisyyttä merkittävämpiä. Kansallisiin järjestelmiin kuuluvia dogmaattisia osia ei siten normaalisti voida laajentaa unionin oikeuteen ilman yhteisöjen tuomioistuimen nimenomaista tulkintaa.²⁷⁴ Vaikka niillä kansallisilla perusoikeuksilla, jotka on nimetty sananvapaudeksi, ilmaisuvapaudeksi, painovapaudeksi, mielipiteenvapaudeksi tai informaatiovapaudeksi, on varmasti sisällöllisesti paljon yhteistä, erottaa nimenomaan kysymys perusoikeuksien rajaamisesta ja keskinäisistä etusijoista järjestelmät jo monissa soveltamistilanteissa toisistaan. Yhteistä historiallista esikuvaa, vuoden 1789 ihmisoikeuksien julistuksen 7 artiklaa, jossakin määrin vastaava perusoikeussäännös löytyy

²⁷³ Monissa kansallisissa perusoikeusjärjestelmissä on riidanalaista, koskeeko sananvapaussäännös mainontaa. Varmasti selkein kieltävä vastaus sisältyy Alankomaiden perustuslain 7 artiklan 4 kohtaan.

²⁷⁴ Oikeuskirjallisuudessa kirjoittajan oma oikeusjärjestelmästä heijastuu toisinaan pyrkimyksenä siirtää omassa kansallisessa järjestelmässä vakiintuneita sisältöjä dogmaattisina rakenteina myös unionin oikeuteen. Tästä voidaan pitää esimerkkinä Jarassin (2005, s. 190) esittämiä, Saksan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisuihin perustuvia *lex specialis* -sääntöjä.

epäilemättä kaikista Euroopan kirjoitetuista valtiosäännöistä,²⁷⁵ mutta sen suhde esimerkiksi taiteen vapauteen, uskonnonvapauteen, yksityiselämän suojaan tai elinkeinovapauteen on eri perusoikeusjärjestelmissä määritelty eri tavoin. Tämän lisäksi erot koskevat luonnollisestikin eri tiedotusvälineiden riippumattomuutta ja moniarvoisuutta koskevia määritelmiä ja tulkintoja. Erot painotuksissa eivät toisaalta merkitse sitä, etteikö eurooppalainen sananvapausperinne voisi kokonaisuutena sisältää myös joitakin yhteisiä ja siten myös yhteisöjen tuomioistuinta sitovia elementtejä.

Vastaus osaan rajauskysymyksistä saattaa kuitenkin löytyä unionin oikeudesta ja erityisesti perusoikeuskirjasta itsestään. 11 artiklan soveltamisalan kannalta merkittävä on etenkin sitä koskevan selityksen 1 kohta, jonka mukaan artikla vastaa merkitykseltään ja *kattavuudeltaan* ihmisoikeussopimuksen 10 artiklassa turvattua oikeutta. Tämän soveltamisohjeen lienee tulkittava jo sellaisenaan puoltavan 11 artiklan soveltamista laajasti esimerkiksi taiteeseen, tieteelliseen ja uskonnolliseen viestintään sekä mainontaan samoin kuin viestinnän moniarvoisuusturvaan. 11 artiklan syrjäytyminen *lex specialis* -säännön perusteella olisi siten ehkä selityksessä annetun ohjeen vastaista. Lähtökohdaksi olisi toisin sanoen otettava 11 artiklan vähintäänkin rinnakkainen soveltaminen aina silloin, kuin kysymys on viestinnästä tai viestintää koskevasta yksilön vapaudesta.²⁷⁶

Yksityiseen viestintään soveltuu 11 artiklan ohella perusoikeuskirjan 7 artiklan säännös *yksityis- ja perhe-elämän kunnioittamisesta*, jossa tunnustetaan jokaisen oikeus siihen, että hänen yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiaan sekä *viestejään* kunnioitetaan. Selitysassiakirjan mukaan artikla vastaa ihmisoikeussopimuksen 8 artiklaa. Sanamuodossa on kuitenkin tekniikan kehitys huomioiden korvattu ihmisoikeussäännöksen termi *kirjeenvaihto* yleisemmällä *viestin* tai *viestinnän*²⁷⁷ käsitteellä. Vaikka 7 artikla suojaa yksityisen viestinnän osalta ennen kaikkea sen luottamuksellisuutta eikä siten suoranaisesti vapautta ilmaista ajatuksia ja levittää informaatiota kuten 11 artiklassa turvattu sananvapaus, voi juuri mahdollisuus luottamukselliseen viestintään olla monesti olennainen ehto informaation myöhemmälle tehokkaalle jakamiselle ja vastaanottamiselle. Hyvä esimerkki tästä – yksityisen ja julkisen viestinnän vapauden keskinäisestä kytkenästä – on ihmisoikeustuomioistuimen tunnettu tulkinta toimittajan lähdesuojan sisällyttämisestä 10 artiklassa turvattuun sananvapauteen.²⁷⁸ On huomattava, ettei sen enempää ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaa kuin perusoikeuskirjan 11

²⁷⁵ Nykyisistä Euroopan unionin jäsenvaltioista ainoastaan Yhdistyneellä kuningaskunnalla ei ole kirjoitettua valtiosääntöä.

²⁷⁶ Vrt. kuitenkin Jarass 2005, s. 190.

²⁷⁷ Monissa perusoikeuskirjan kieliversioissa puhutaan sananmukaisesti suomennettuna henkilön ”viestinnän” (”kommunikaation”) kunnioittamisesta.

²⁷⁸ Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Goodwin* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (22.2.1996, hakemus 17488/90), kohta 39. Ks. luku 1.3.2.

artiklaakaan ole rajattu pelkästään julkista viestintää koskevaksi, vaikka niiden tulkinnassa tavallisimmin juuri lehdistönvapautta ja televisiotoiminnan moniarvoisuusturvaa painotetaan. Jokaiselle yksilölle taatun vapauden vastaanottaa ja välittää tietoja ja ajatuksia lienee päinvastoin tulkittava edellyttävän jo sellaisenaan myös yksityisen viestinnän riittävää luottamuksellisuutta. Sen sijaan, että perusoikeussuoja pyrittäisiin jakamaan 7 ja 11 artiklan välillä – tai ihmisoikeussopimuksen 8 ja 10 artiklan välillä – erottamalla yksityisen ja julkisen viestinnän suoja kategorisesti toisistaan, kuten toisinaan kirjallisuudessa on esitetty,²⁷⁹ olisi siksi varmasti perusteltua ottaa ainakin yleiseksi lähtökohdaksi niiden soveltamisen rinnakkain.

Ajatuksen, omantunnon ja uskonnon vapaus, joka määritellään perusoikeuskirjan 10 artiklassa, on otsikoinniltaan ja sanamuodoltaan huomattavasti laajempi kuin sitä koskevassa selityksessä tulkintaohjeeksi annettu ihmisoikeussopimuksen 9 artiklan uskonnonvapaus. *Ajatuksen vapaudella* saatetaankin tässä yhteydessä tarkoittaa jossakin määrin eri oikeutta kuin 11 artiklan ja ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan sananvapaussuojaan sisältyvällä *mielipiteenvapaudella*, eli yksilön rajoittamattomalla vapaudella muodostaa ja pitää mielipiteitä. Sananvapauden tavoin kuitenkin myös 10 artiklan oikeudella on mielipiteenvapauden kaltainen selkeästi rajoittamaton, yksilön sisäistä vapautta vastaava osansa: yksilön vapaus päättää uskonnostaan, maailmankatsomuksestaan ja suhteestaan eettisiin kysymyksiin. Silloin kuin kyse joka tapauksessa on perusoikeusjärjestelmässä rajoittamattomiksi tunnustetuista vapauksista, ei rajauksella 11 artiklan mielipiteenvapauden ja 10 artiklan ajatuksen ja omantunnon vapauden välillä luonnollisesti ole minkäänlaista aineellisoikeudellista merkitystä. Tältä osin rajausongelma voidaan siis itse asiassa sivuuttaa. Sekä sananvapauteen että uskonnonvapauteen sisältyy kuitenkin molempiin myös rajoitettavissa olevia vapauksia, päällekkäiseltä osaltaan etenkin *uskonnollista ja maailmankatsomuksellista viestintää* koskeva vapaus. Eräiden kansallisten valtiosääntöjen perusteella on argumentoitu tällaisissa tapauksissa uskonnonvapauden etusijan puolesta viestintää yleisemmin koskevaan sananvapauteen nähden.²⁸⁰ Toisaalta myös täysin vastakkainen *lex specialis* -argumentti on mahdollinen: uskonnonvapauden voidaan nimittäin epäilemättä tulkita soveltuvan yleisempänä säännöksenä silloinkin, kun uskonnon harjoittamista ei katsota viestinnäksi. Perusoikeuksien rinnakkainen soveltaminen lienee tällöinkin yksi hyväksyttävissä oleva vaihtoehto.

Sananvapaussäännökseen nähden erityissäännöksen asema on usein annettu myös *taiteen ja tutkimuksen* vapaudelle, joka turvataan perusoikeuskirjan 13 ar-

²⁷⁹ Esim. Maruhn 2003, s. 80.

²⁸⁰ Esim. Jarass 2005, s. 190.

tiklassa. Varsinkin taide on helppo ymmärtää ennen kaikkea juuri viestintäilmiönä, tarkemmin sanottuna yhtenä erityisenä viestintämuotona, joka nauttii spesifiä perusoikeussuojaa. Aukoton tällainen määritelmä ei kuitenkaan ole, sillä myös taiteen tekeminen – tieteellisestä tutkimuksesta puhumattakaan – edellyttää kokonaisuutena paljon toimintaa, jota ei sellaisenaan voi ainakaan tyhjentävästi tulkita tietojen tai ajatusten vastaanottamiseksi tai välittämiseksi. Koska taiteen ilmaisuvapaus samoin kuin tutkimuksia koskeva tiedonvälitys on ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä jo nimenomaisesti sisällytetty ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan suoja-alaan, olisi 11 artiklan syrjäytyminen taiteen ja tutkimuksen vapautta koskevissa kysymyksissä jossakin määrin artiklaa koskevan selityksen vastaista.²⁸¹ On huomattava, että myös perusoikeuskirjan 13 artiklan selityksessä tieteen ja tutkimuksen vapauden rajoittaminen kytketään ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaan ja sen rajoitusedellytyksiin. Samoin kuin perusoikeuskirjan 24 artiklan 1 kohdassa määritelty *lapsen oikeus* ilmaista vapaasti mielipiteensä tai 25 artiklan *ikäntyneiden henkilöiden oikeudet* osallistua yhteiskunnalliseen elämään ja kulttuurielämään, on taiteen ja tutkimuksen vapauskin ennen kaikkea 11 artiklan sanamuotoa täydentävä ja siten olennaisesti tämän tulkinnasta riippuva perusoikeus. Viestintää koskevissa kysymyksissä myös perusoikeuskirjan 22 artiklan *kulttuurinen, uskonnollinen ja kielellinen monimuotoisuus* toteutunee vastaavalla tavalla ratkaisukäytännössä nimenomaan monimuotoisuutta tai moniarvoisuutta tukevien 11 artiklan tulkintojen kautta. Kaikki edellä mainitut perusoikeuskirjan oikeudet on siten ehkä luontevimmin tulkittava eräänlaisiksi sananvapautta koskeviksi ”liitännäisoikeuksiksi”, joita on käytännössä sovellettava rinnakkain sananvapausartiklan ja siinä määriteltyjen rajoitusedellytysten kanssa. Taiteen vapauden kannalta on erityisesti otettava huomioon vielä kansallisissa oikeusjärjestelmissä monesti tunnustettu *taiteen määrittelykielto*: tietyn viestintäsisällön tulkitsemiselle taiteeksi ei sinänsä voida antaa perusoikeussuojaa rajaavaa, eikä välttämättä edes sananvapauspunnintaa ohjaavaa merkitystä. Myös tämä tukee yleisen sananvapaussäännöksen soveltamista taiteen ilmaisuvapauteen.²⁸²

²⁸¹ Huom. kuitenkin että unionin oikeus ei toistaiseksi ole sidottu ihmisoikeustuomioistuimen tulkintoihin 10 artiklan sisällöstä. Ks. luku 1.3.

²⁸² Ks. esim. Sporn 2000, s. 543; Vlachopoulos 1996, s. 285 sekä Rupp 1990, s. 87–88; Suomen perustuslain sananvapausulkinnasta vastaavasti mm. Viljanen 2002; vrt. myös erityisesti Barendt 1985, s. 299 ja 2005a, s. v–vii. Varsinkin *sisäisten rajojen teorian* (ks. luku 1.2.5) mukaiseen sananvapauskäsitteeseen sopii hyvin sananvapauden ja taiteen vapauden erottaminen erillisiksi perusoikeuksiksi, jolloin sananvapausuoja voidaan määritellä oikeudeksi, joka turvaa yksilön vapautta osallistumista demokraattisessa yhteiskunnassa käytävään poliittiseen keskusteluun; taiteen vapaus suoja sen sijaan taiteellista ilmaisua silloinkin, kun sillä on ainoastaan esteettistä eikä poliittista sisältöä. *Ulkoisten rajoitusten teorian* näkökulmasta taiteen ilmaisuvapaus sisältyy puolestaan välttämättä sellaisenaan sananvapauteen, eli lähtökohtaisesti kaikenkattavaan oikeuteen viestiä, välittää ja vastaanottaa informaatiota; taiteen vapaus voi sen sijaan sananvapaudesta erillisenä pe-

Ehkä mielenkiintoisin perusoikeuskirjan rajausongelmista on sananvapauden suhde 16 artiklan *elinkeinovapauteen*, joka ihmisoikeussopimuksen katalogista toistaiseksi puuttuu.²⁸³ Artiklan tekstin mukaan elinkeinovapaus tunnustetaan *unionin oikeuden sekä kansallisten lainsäädäntöjen ja käytäntöjen mukaisesti*. Selitysasiakirjassa oikeuden rajoitusedellytyksinä viitataan tämän huomattavan suurpiirteisen soveltamisalarajauksen ohella yhteisöjen tuomioistuimen tähänastiseen ratkaisukäytäntöön sekä 52 artiklan 1 kohdan yleisiin, kaikkia unioniperusoikeuksia koskeviin rajoitusedellytyksiin. Kuten edellä on jo mainittu, kaupallista viestintää ja erityisesti *mainosviestintää* suojaa eräissä Euroopan kansallisissa valtiosäännöissä sananvapauden sijaan ainoastaan elinkeinovapaus, jonka rajoitusedellytykset on määritelty huomattavasti sananvapautta koskevia rajoitusedellytyksiä laiveammin. Varsinaisen mainonnan lisäksi tämä rajaus voi kuitenkin koskea myös kaupallista viestintää ja viestintätuotteiden ja -palvelujen kauppaa laajemminkin. Mikäli 11 artiklan sananvapaus halutaan tulkita ennen kaikkea poliittiseksi, yhteiskunnallista mielipiteenilmaisua koskevaksi perusoikeudeksi, on ehkä mahdollista sijoittaa kaupallinen viestintä unionin oikeudessa osittain 16 artiklan suoja-alaan.²⁸⁴ Tällainen tulkinta olisi kuitenkin suorassa ristiriidassa 11 artiklan selityksen kanssa, ainakin mikäli selitys luetaan yhdessä ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaa koskevan ihmisoikeustuomioistuimen vaikiintuneen ja epäilemättä jo perusoikeuskirjaa valmisteltaessa tiedossa olleen tulkinnan kanssa.²⁸⁵ Koko kaupallisen viestinnän erottaminen sananvapautta koskevista rajoitusedellytyksistä edellyttäisi lisäksi äärimmäisen ongelmallista – ellei yksinkertaisesti mahdotontakin – rajausta kaupallisten ja ei-kaupallisten informaatioisältöjen välillä. Ongelmaton ei ole toisaalta myöskään monien kansallisten tuomioistuinten ja ihmisoikeustuomioistuimen²⁸⁶ noudattama konsepti mainonnan tai yleisemmin kaupallisen viestinnän matalammasta sananvapaus-suojatasosta.²⁸⁷

Johdonmukaisinta olisi ehkä soveltaa 11 artiklaa yleisesti kaikkeen viestintään sen muodosta ja sisällöstä riippumatta. Sananvapauden kanssa rinnakkain sovellettuna muut perusoikeuskirjan oikeudet voivat tästäkin huolimatta osaltaan tarkentaa sananvapausartiklan sisältöä ja ohjata sen tulkintaa. Esimerkiksi lasten ja ikääntyneiden henkilöiden osallistumisoikeuksia voidaan pitää yhtenä viestinnän moniarvoisuusturvan huomioon otettavana arviointitulottuvuutena siinä mis-

rusoikeutena tästäkin näkökulmasta suojata taiteen tekemistä ja taidetta instituutiona silloin, kun kyse ei varsinaisesti ole viestinnästä.

²⁸³ Tätä vastaavalla tavalla rajaus voi luonnollisestikin koskea elinkeinovapauden ohella 15 artiklan 1 kohdan *ammattillista vapautta*. Ks. myös tätä koskeva selitysasiakirjan kohta.

²⁸⁴ Tätä tulkintaa kannattaa ainakin Faßbender (2006, s. 974).

²⁸⁵ Vrt. edellä tässä luvussa mainittuun taiteen ja tutkimuksen vapautta koskevaan rajaukseen.

²⁸⁶ Ks. kuitenkin ihmisoikeustuomioistuimen muuttuvasta tulkintakäytännöstä luku 1.3.2.

²⁸⁷ Mainonnan sananvapausuojasta yksityiskohtaisemmin luvuissa 2.2.4 ja 2.3.6.

sä kulttuurista, kielellistä ja uskonnollista monimuotoisuuttakin. Perusoikeuskirjan oikeuksien rinnakkainen soveltaminen voi lisäksi yleisemminkin edistää unioniperusoikeuksien roolia harmonisoivan tulkinnan instrumentteina. Välttämällä joustamattomat etusijasäännöt yhteisöjen tuomioistuimella olisi epäilemättä mahdollisuus ottaa perusteluissaan huomioon useampia niistä perusoikeuksista, jotka ihmisoikeussopimuksen järjestelmässä ja kansallisissa perusoikeusjärjestelmissä kulloiseenkin tilanteeseen voivat soveltua. Sananvapauden kannalta olisi tällöin myös perusoikeuskirjan 11 artiklan ”sama merkitys ja kattavuus” ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan kanssa jatkossakin mahdollista säilyttää. On kuitenkin huomattava, että perusoikeuksien kollisiotilanteissa²⁸⁸ myös rinnakkainen soveltaminen ja siitä seuraava rajoitusedellytysten kumulointi voi johtaa ristiriitoihin eri perusoikeusjärjestelmien välillä. Esimerkiksi uskonnollisen viestinnän suojan ”maksimointi” unionin oikeudessa sananvapauden, ajatuksen, omatunnon ja uskonnon vapauden ja uskonnollisen monimuotoisuuden rinnakkain sovellettävien tulkintojen kautta saattaa johtaa ristiriitaan niiden kansallisten perusoikeuksien tai ihmisoikeuksien kanssa, joita tarkasteltu uskonnollinen viestintä saattaa loukata. Vastaavasti voi myös sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien rinnakkainen soveltaminen johtaa konfliktiin ihmisoikeustuomioistuimen tai kansallisten tuomioistuinten turvaaman sananvapausuojan kanssa. Riittävää ei siis ole pelkkä kaikkien tilanteeseen eri järjestelmissä soveltuvien perusoikeuksien tutkiminen, vaan niiden hyväksyttävissä oleva suhteuttaminen toisiinsa. Toimiakseen toivotulla tavalla eurooppalaisen perusoikeusvalvonnan yhteensovittamisinstrumenttina perusoikeuskirja vaatii tässäkin suhteessa yhteisöjen tuomioistuimelta vielä täsmällistä ja johdonmukaista, mutta samalla myös riittävän joustavaa tulkintadoktriinia.

1.4.4 Perusoikeuskirja uudistetun sananvapausmääritelmän pohjana

Perusoikeuskirjan yleistä tavoitetta koota yhteen ja kirjata jo olemassa olevaa eurooppalaista valtiosääntöperinnettä voidaan pitää yhtä lailla saavutetun normisällön tärkeimpänä vahvuutena kuin sen keskeisimpänä heikkoutenakin. Vahva liityntä jo olemassa oleviin perus- ja ihmisoikeusmääritelmiin painottaa yhtäältä unionin oikeuden sitoutumista yksilön perustavanlaatuisiin, ainakin keskeisimmältä sisällöltään yleisesti muuttumattomiksi ymmärrettyihin oikeuksiin, ja siten helpottaa osaltaan yhteisöjen tuomioistuimen suorittaman perusoikeusvalvonnan hyväksyttävyyttä ihmisoikeussopimuksen ja kansallisten perusoikeussäännösten näkökulmista. Toisaalta perusoikeuskirjan tekstiä voidaan juuri sa-

²⁸⁸ Ks. sananvapauden perusoikeuskollisioista erityisesti luku 3.3.

masta syystä kritisoidakin. Vaikka sen perusoikeuskatalogi laajana ja kattavana kokonaisuutena on tietystä mielessä varsin uudenaikainen, viittaavat juuri useiden tärkeimpien perusoikeuksien sanamuodot ja tulkintaohjeet ainoastaan ihmisoikeussopimukseen sekä unionin ja sen jäsenvaltioiden jo muutenkin voimassa olevaan oikeuteen. Perusoikeuskirjaa valmistellutta konventtia onkin usein syytetty laiminlyödyistä mahdollisuuksista uudistaa keskeisimpien perusoikeuksien määritelmiä ottaen paremmin huomioon yhteiskunnan teknilliset ja taloudelliset muutokset, samoin kuin itse oikeuskulttuurinkin kehittyminen. Monet niistä perusoikeuksista, joiden määritelmiä perusoikeuskirjan on selvemmin arvioitu uudistavan, jäävät puolestaan nykyisellään ja todennäköisimmin lähitulevaisuudessaakin lähes kokonaisuudessaan unionin toimivallan ulkopuolelle.²⁸⁹

Perusoikeuskirjan merkitystä eurooppalaisen perusoikeusdoktriinin kehitykselle ei kuitenkaan liene syytä arvioida pelkästään säännösteksteihin ja selitysoasiakirjaan kirjatun sisällön perusteella. Uudistuspotentialin kannalta tärkeämpää kuin valittu sanamuoto saattaa itse asiassa olla unionin autonomisen perusoikeussäännöksen olemassaolo itessään. Edellä tässä tutkimuksessa²⁹⁰ esitetty, unionin jo nyt voimassa olevaan primäärioikeuteen ja yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön perustuva näkemys *itsenäisistä unioniperusoikeuksista* ja niiden *autonomisesta tulkinnasta* saa epäilemättä ainakin huomattavan vahvistuksen, mikäli perusoikeuskirja ratifioidaan sitovaksi primäärioikeusasiakirjaksi. Tällä voi olla ratkaisevakin merkitys yhteisön tuomioistuimen tulevaisuudessa suorittamalle perusoikeusvalvonnalle. Konkreettisen oikeussäännöksen tulkinta ja sitä koskevan tulkintadoktriinin kehittäminen on kiistatta ainakin jossakin määrin erilainen tehtävä kuin tasapainoilu pelkkien ulkoisten viitelähteiden, kuten ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen ja vaikeasti konkretisoitavissa olevan valtiosääntöperinteen välillä – siitäkin huolimatta, että myös perusoikeuskirjan säännösten tulkintojen on oltava sovittavissa näistä johtuviin vaatimuksiin. Merkitystä itsenäisellä tulkinnalla on etenkin silloin, kun unioniperusoikeuden suoja-alaa voidaan laajentaa sisällöillä, joita ihmisoikeussopimuksen vähimmäissuojatase ei edellytä, sananvapauden osalta esimerkiksi oikeudella tietoon, negatiivisella sananvapaudella²⁹¹ tai uusilla, täsmällisemmällä moniarvoisuusvaatimuksilla. Yhtä tärkeä merkitys sananvapauden aineellisoikeudelliselle sisällölle unionin oikeudessa on luonnollisestikin myös sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien mahdollisilla uusilla, ihmisoikeussopimuksen vähimmäissuojataseen ylittävillä tulkinnoilla.²⁹²

²⁸⁹ Ks. kritiikistä sananvapauden osalta Stock 2004 sekä Jarass 2005, s. 195–200.

²⁹⁰ Luku 1.1.1.

²⁹¹ Ks. Fenchel 1997, s. 212–216.

²⁹² Ks. myös Ojanen 2006, s. 174.

Viestintätekniiikan ja ilmaisutapojen nopean kehityksen näkökulmasta on silmiinpistävää, kuinka läheisesti perusoikeuskirjan 11 artiklan muotoilu muistuttaa yli kahdensadan vuoden takaista esikuvaansa, vuoden 1789 ihmisoikeuksien julistuksen sananvapausmääritelmää. Viime vuosisadan, tarkemmin sanottuna toisen maailmansodan jälkeisen viestintäoikeuden vaikutusta edustaa ainoastaan artiklan 2 kohdan nimenomainen maininta tiedotusvälineiden moniarvoisuudesta, joka sekään ei vielä sanamuodon tasolla tuo varsinaisesti mitään uutta klassiseen sananvapauskäsitteeseen. Artiklan 1 kohdan pelkistetty sanamuodon valinta lieneekin tulkittava määrittävän eräänlaista sananvapauden abstraktia ja ajatonta ydintä, jonka konkretisointi on tietoisesti jätetty avoimeksi uusille, viestinnän kehitystä vastaaville tulkinnoille. Tätä näkemystä puoltaa osaltaan myös konventin systemaattinen valinta kirjata suurin osa unionin oikeuden nykyistä aineellisoikeudellista sananvapauskäsitystä itse artiklan tekstin sijaan nimenomaan tulkintaohjeeksi asetettuun selityssasiakirjaan ja sen viittauksiin. Näiden tulkintaohjeiden sitovuus itsessään riippuu puolestaan perusoikeuskirjan 52 artiklan 7 kohdan²⁹³ tulevasta tulkinnasta.

Vaikka sananvapausmääritelmän jatkuvuutta voidaan jo sinänsä pitää ihmisoikeuksia kunnioittavassa oikeusvaltiossa poliittisena arvona, on muistettava, ettei edes sananvapausmääritelmän abstraktisuus tee siitä kokonaan immuunia uudistusvaatimuksia esittävää kritiikkiä vastaan. Varmasti tunnetuimman esimerkin klassiselle sananvapaudelle vaihtoehtoisesta, sen kanssa samalla yleisyystasolla tehdystä määritelmästä tarjoaa 1970-luvulla aloitettu kansainvälinen oikeuspoliittinen keskustelu *oikeudesta viestintään* (right to communication, ”r2c”, droit à la communication). Uuden käsitteen tavoitteena oli ennen kaikkea viestintää koskevan perusoikeussuojan määrittelemineen kiinteämmin viestivän yksilön itsensä näkökulmasta: sen sijaan, että yksilöille tunnustetaan oikeus siihen, että yhteiskunnassa vallitsee sananvapaus – mikä perinteisesti merkitsee joko valtion puuttumattomuutta viestintätoimijoiden vapautteen tai sen kombinaatiota viestinnän moniarvoisuutta turvaavien rajoitusten kanssa – hänelle olisi ensisijaisesti pyrittävä määrittelemään suora ja välitön oikeus viestiä, eli osallistua viestintään. Luopumalla sananvapausperinteeseen kiinnittyneestä, eräänlaisesta yksilön oikeuden metatasosta tiedotusvälineiden erityisoikeuksineen ja antinomisine moniarvoisuusperusteluineen uudella määritelmällä oli tarkoitus luoda abstrakti lähtökohta maailmanlaajuisesti hyväksyttävissä olevalle perusoikeudelle. Paitsi että sekä liberalistinen että sosialistinen tulkinta viestimistä koskevan oikeuden turvaamisesta jäivät mahdollisiksi,²⁹⁴ nähtiin uudessa määritelmässä etenkin alku

²⁹³ Kohdan sanamuodon mukaan unionin ja jäsenvaltioiden tuomioistuimet *ottavat asianmukaisesti huomioon* perusoikeuskirjan tulkittamisen ohjaamiseksi laaditut selitykset.

²⁹⁴ Tämä oli tosin mahdollista myös perinteisen sananvapausmääritelmän, erityisesti yhdistyneiden kansakuntien poliittisia ja kansalaisoikeuksia koskevan sopimuksen puitteissa; ks. luku 1.2.3.

kehitysmaiden informaatiointressien oikeudenmukaisempaan huomioon ottamiseen, informaation hallintaan perustuvan teollisuusmaiden ylivallan purkamiseen. Juuri poliittista erimielisyyttä viimeksi mainitun ongelman ratkaisemisesta voidaan pitää tärkeimpänä syynä projektin hiipumiseen ja mielenkiinnon keskittymiseen uudelleen perinteisen sananvapauskäsitteen tulkintaan. Itse kansainvälinen eriarvoisuusongelma on luonnollisestikin edelleen olemassa, eivätkä oikeutta viestintään puolustavat kannanotot ole nykyäänkään loppuneet sen enempää kansalaisjärjestötoiminnasta kuin oikeuskirjallisuudestaan. On kuitenkin huomattava, että juuri unionin perusoikeuskirja on ensimmäinen esitettyjen uudistusvaatimusten jälkeen laadittu merkittävä kansainvälinen perus- ja ihmisoikeusasiakirja. Valittua sananvapausmääritelmää voidaan siten pitää osoituksena ajatuksen hylkäämisestä unionin oikeudessa ainakin toistaiseksi. Aikaisempaa suurempaa yksilön näkökulman painottamista 11 artiklan tulkinnoissa tämä ei silti tietenkään estä.²⁹⁵

Edellä on jo otettu esiin yhteisöjen tuomioistuimelle Amsterdamin pöytäkirjassa jäävä mahdollisuus arvioida jäsenvaltioiden toimenpiteillä saavutettavaa viestinnän moniarvoisuutta perustamissopimuksissa turvatus vapaan kilpailun, ja perusvapausrajoitusten lisäehtona myös sananvapauden näkökulmasta. Tällaisessa arvioinnissa voi ajankohtaistuuksaan olla kyse poikkeuksellisen merkittävistä unionin sananvapautulkintaa uudistavista ratkaisuista. Toinen ehkä yhtä merkittävä uudistuspotentiaali liittyy 11 artiklan suoja-alan mahdolliseen laajentamiseen koskemaan yksilön *oikeutta tietoon*, joka jää ainakin toistaiseksi ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle. Varsinkin Euroopan komissio on jo viitannut perusoikeuskirjan 11 artiklaan tässä merkityksessä mm. tehokkaampaa viranomaistiedottamista koskevissa lainsäädäntöesityksissään.²⁹⁶ On mahdollista, että perusoikeuskirjan systematiikassa nykyisellään 11 artiklan sananvapausmääritelmän ja *oikeutta tutustua asiakirjoihin* koskevan 42 artiklan väliin jäävää, aktiivista tiedottamisvelvollisuutta koskevaa aukkoa pyritään myös yhteisöjen tuomioistuimen tulevissa perusoikeustulkinnoissa supistamaan ni-

Oikeus viestiä on määritelmänä jossakin määrin lähempänä materiaalista sananvapauskäsitystä ja osoittautui siten poliittisesti ongelmallisemmiksi ehkä nimenomaan liberalistisen vapausoikeustulkinnan ja viestintäalan taloudellisen toimintavapauden suojan kannalta.

²⁹⁵ Riedel 1990, s. 239–246 sekä Pinto 1984, s. 19–22. Euroopan unionin rooli kansainvälisessä viestintäpolitiikassa, lukuun ottamatta jäsenyyttä maailman kauppajärjestössä koskevaa problematiikkaa, jää tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Tässä tyydytään toteamaan, että myös perinteistä sananvapausmääritelmää toistavaa 11 artiklaa voitaneen tulkita poliittisena veloitteena pyrkiä viestintämahdollisuuksien yhdenvertaisuuteen paitsi unionin sisällä myös unionin kansainvälisissä suhteissa. Ajatusta *oikeudesta viestintään* ei pidä sekoittaa oikeuskirjallisuudessa toisinaan tehtyyn terminologiseen valintaan nimetä nykyisen sananvapausäännöksen turvaama perusoikeus *viestinnän vapaudeksi*. Ks. kirjan johdantoa seuraava terminologiaa koskeva selitys.

²⁹⁶ Ks. komission valkoinen kirja eurooppalaisesta viestintäpolitiikasta, KOM(2006) 34 lopullinen, osa II kohta 1.

menomaan laajentamalla sananvapauden määritelmää: oikeudesta vastaanottaa tietoa määrätyn ehdoin myös subjektiiviseen oikeuteen saada tietoa. On selvää, että myös tällaisen oikeuden rajaamiseen liittyisi monia uusia ongelmakysymyksiä. Yksi vaikeimmista lienee tiedonsaantioikeuden suhde nykyisiin pluralismijärjestelmiin: voidaanko esimerkiksi yksilön oikeus saada tietoa tulkita argumentiksi tehokkaan julkisen palvelun puolesta? Eroaako objektiivisuuteen pyrkivä tiedottaminen ehkä kuitenkin jo liikaa viestinnän moniarvoisuuden turvaamisesta, julkisen palvelun nykyään vakiintuneesta legitimoitiperustelusta, sopiaksen ristiriidattomasti osaksi pluralistisen sananvapausuojan sisältöä? Valtion tai esimerkiksi Euroopan unionin aktiivinen tiedottamisvelvollisuus on eräässä mielessä lähempänä platonilaisen epistemokraatin sivistystehtävää kuin perinteistä sananvapauskäsitystä. Valtion sivistystehtävällä toisaalta on varmasti muodossa tai toisessa tulevaisuudessakin paikkansa osana eurooppalaista viestintäoikeutta. Yksilön oikeutta tietoon koskeva problematiikka on joka tapauksessa, varsinaista asiakirjajulkisuutta lukuun ottamatta, jäänyt sekä perusoikeuskirjan tekstissä että sitä koskevassa selitysassiakirjassa huomioimatta.²⁹⁷

Perusoikeuskirjan sananvapausmääritelmää voidaan myös perustellusti kritioida mm. siitä puuttuvasta täsmällisemmästä kannanotosta sananvapauden antinomiaoongelmaan, joka olisi voinut olla esimerkiksi viittaus edellä esitetyn kaltaiseen, tekniikkaneutraalisti ymmärrettyyn *dualismiperiaatteeseen*.²⁹⁸ Kuten edellä on jo todettu, jättää 11 artiklan määritelmä sekä liberalistisen vapausoikeustulkinnan että voimakkaasti julkisen palvelun moniarvoisuustehtävää painottavan ja siten yksityistä toimintavapautta merkittävästi rajoittavan tulkinnan mahdolliseksi. Minkäänlaista selkeää tasapainotavoitetta markkinaehtoisen viestinnän ja markkinoista riippumattoman viestinnän välillä ei artiklan sananvapausmääritelmään sisälly, vaan tämä jää hahmotettavaksi lähinnä niiden minimi-takeiden kautta, jotka yhtäältä elinkeinovapauden suoja sekä unionin sisämarkkinatavoitteet antavat kaupalliselle viestintätoiminnalle ja toisaalta Amsterdamin pöytäkirja julkisen palvelun säilyttämiselle. Se, kuinka pitkälle materiaalisen sananvapauden ja sosiaalisten suoriteoikeuksien suuntaan unionin sananvapausmääritelmä voi ulottua varsinaisen julkisen palvelun viestimiä koskevan ongelmakentän ulkopuolella, on tätäkin avoimempi kysymys.²⁹⁹ Voiko esimerkiksi tulevaisuuden sananvapauskäsitteeseen sisältyä takeita jokaisen kohtuullisesti käytettävissä olevista verkkoyhteyksistä ja tiedotuspalveluista, ja voivatko näitä turvaavat jäsenvaltioiden toimenpiteet tulla legitimoituiksi sananvapauden perusteella niiden luodessa uusia sisämarkkinaesteitä? Moni tätä vastaava kysy-

²⁹⁷ Ks. Stock 2004, s. 99.

²⁹⁸ Ks. luku 1.2.4.

²⁹⁹ Tässä yhteydessä on huomattava erityisesti perusoikeuskirjan 52 artiklan 5 kohdassa asetettu rajoitus periaatteita sisältävien määräysten soveltamisesta. Ks. luvut 1.1.3 ja 1.4.2.

myksenasettelu kuuluu tulevaisuudessa juuri perusoikeuskirjan 11 artiklan tulkintaan ja toisaalta jo ilman perusoikeuskirjan sitovuuttakin nimenomaan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi.

On varmasti aiheellista myös kysyä, miksei sananvapauden *tekniikkaneutraaliutta* ole kirjoitettu suoraan jo perusoikeusmääritelmään, mikäli sitä yleensäkin voidaan pitää unionin sananvapautta koskevana lähtökohtana.³⁰⁰ Unionin lainsäädännössä usein toistettua pyrkimystä vastata joukkoviestinnän konvergenssin haasteisiin tekniikkaneutraalein määritelmän ei siten varsinaisesti ole sidottu 11 artiklaa koskevaan perusoikeusvalvontaan. Samoin kuin pidättyvyyttä aineellisoikeudellisista täsmennyksistä – esimerkiksi suvaitsevaisuusperiaatteesta, selkeästä kannanotosta kaupallisen viestinnän sananvapauteen tai ennakkosensuurin erityisluonteesta – saattaa kuitenkin juuri perusoikeussäännöksen abstraktisuus tässäkin suhteessa merkitä unionille tarpeellista tulkinnallista joustavuutta. Jäsenvaltioiden kansallinen viestintälainsäädäntö on joka tapauksessa nykyisellään täynnä yksiselitteisesti tekniikkaspesifejä säännöksiä, joiden soveltaminen liian ankaraan tekniikkaneutraaliusvaatimukseen voisi tuottaa tarpeettomia tulkintaristiriitoja unionin ja kansallisen oikeuden välille. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö yhteisöjen tuomioistuin voisi ja etteikö sen jopa tulisi ottaa sananvapaustulkinnissaan tekniikkaneutraalius vähintäänkin pääsäännöksi, josta voidaan harmonisoivan tulkinnan kannalta välttämättömistä syistä poiketa.³⁰¹

Joukkoviestinnän konvergenssikehityksen ohella sananvapaustulkinnolla on tulevaisuudessa vastattava etenkin sähköisen vertaisviestinnän tehostumisen asettamiin haasteisiin. Kahden viime vuosisadan aikana voimakkaasti ammatti- ja tiedonvälitystoiminta on vähitellen muuttumassa yhä useampien itse sisältöä tuottavien ja välittävien kansalaisten toimintakentäksi. Tehokkaiden hakukoneiden ja vapaasti käytössä olevien verkkoportaalien kasvavan tunnettuuden kautta kenen tahansa käyttäjän – monesti jopa anonyymien käyttäjien – verkkoon toimittama sisältö saattaa koota huomattavan suuriakin vastaanottajamääriä. Kyse on yhtäältä kiistatta julkisesta, mutta toisaalta yleisömääriltään erittäin vaihtelevasta viestinnästä – perinteiseen joukkoviestintään verrattuna eräänlaisesta *julkisuuden suhteellistumisesta*.³⁰² Paitsi että tällainen kehitys on nähtävä positiivisena niin Miltonin ja Kantin klassisten sananvapaushanteiden kuin useimpien moniarvoisuusargumenttienkin näkökulmista,³⁰³ sen voidaan arvioida

³⁰⁰ Tässä suhteessa 11 artiklan määritelmä on jopa suppeampi kuin vuoden 1789 julistuksen 7 artikla, jonka sanamuodon mukaan *mitään tapaa* ilmaista tai julkistaa ajatuksiaan ei voida kieltää.

³⁰¹ Vrt. van Cuilenberg 2005, s. 306–307.

³⁰² Vrt. Kuronen 1996, s. 253 ja 261.

³⁰³ Vrt. kuitenkin esim. Garnham 1994, s. 42 sekä Frindte 2001, s. 204–206. Kriittikissä uusi sähköinen viestintä on nähty ennemminkin viestintää banalisoivana ja kaupallisen kertakäyttökulttuurin yltärintonaa tukevana, samoin kuin jopa uutta, entistä sulkeutuneempaa ja turvallisuusuhkuisempaa ajattelutapaa edistävänä tekijänä. Gerhards – Schäfer (2007, s. 224) esittävät empiirisen

koettelevan yhä konkreettisemmin sananvapauden aineellisoikeudellisia rajoja sekä kansallisessa, eurooppalaisessa että kansainvälisessä oikeudessa. Sananvapauden ja sitä rajoittavien oikeuksien väliset kollisiokysymykset, jotka varsinkin joukkoviestinten toteuttaman itsesääntelyn vuoksi ovat monesti jääneet vain oikeuskirjallisuudessa esitetyiksi hypoteeseiksi, voidaankin arvioida tulevaisuudessa löytävän yhä useammin tiensä ennakkotapauksina tuomioistuinten käsiteltäviksi.³⁰⁴ Mikäli tämä ennuste pitää paikkansa, voi myös riski kansallisten tuomioistuinten keskenään ristiriitaisista sananvapaustulkinnosta kasvaa ja yhteisöjen tuomioistuimen tavoittelema harmonisoiva perusoikeustulkinta vaikeutua entisestään.

Euroopan unionin perusoikeusulottuvuutta koskevaan poliittiseen kielenkäyttöön kuuluu jo varsin vakiintuneesti maininnat ihmisoikeussopimuksen edellyttävän suojatason ylittämisestä, perusoikeussuojan kehittämisestä, laajentamisesta ja parantamisesta. Varsinkin niissä tilanteissa, joissa eri perusoikeudet rajoittavat toisiaan, olisi ajatuksiin suoja-alojen jatkuvasta laajentamisesta kuitenkin syytä suhtautua äärimmäisen kriittisesti. Unionin viestintäoikeuden tulevaa kehityssuuntaa onkin varsin vaikea arvioida, mikäli sen eri poliittikalohkoissa pyri-

tutkimuksensa tuloksena, ettei internet ole sisällöllisesti arvioituna ainakaan nykyisellään yhtään tasa-arvoisempi, demokraattisempi tai moniarvoisempi media kuin perinteiset joukkotiedotusvälineetkään. Optimistisemmat näkemykset painottavat puolestaan tietoverkkojen merkitystä luovuuden sekä yhä tehokkaamman ja moniarvoisemman informaationvaihdon välineenä. Näkökulmasta riippuu luonnollisestikin myös se, kuinka tärkeänä julkisen palvelun tiedotusvälineiden tehtävä internetin ja tulevaisuuden muiden verkkopalveluiden rinnalla nähdään. Kehitys ja sitä koskeva keskustelu on tältä osin varmasti vasta alussa. Viestinnän ja sananvapauden tulevaisuuden ennakkoinnivaikudesta mielenkiintoisena vertailukohtana voidaan esittää 1980-luvulla usein esiin tuotu (esim. Pinto 1984, s. 21–22) pelko sähköisen viestinnän keskittymisestä suurille, taloudellisesti voimakkailla ja monikansallisilla toimijoille ja vaihtoehtoviestinnän kuihtumisesta yhä hankalammiksi leviäviin perinteisiin painotuotteisiin. Nykytilanteen perusteella kehitys voidaan arvioida ennemminkin päinvastaiseksi: internetistä on tullut selkeästi edullisina ja tehokkaina vaihtoehtoisen viestinnän välityskanava, kun taas levikiltään merkityksellisen painoviestinnän kustannukset ovat jatkuvasti nousseet. Rinnakkaisen paperiversion olemassaolosta on tietyllä tavalla jopa tullut yksi keskeisistä uskottavuuden mittareista julkaisuille silloinkin, kun itse asiassa käytetään niiden verkkoversioita.

³⁰⁴ On huomattava, että tässä oletetaan internetin palveluntarjoajien velvollisuuksiin kuuluvan valvonnan toimivan ainakin jossakin määrin perinteisten joukkoviestinten (jo ennen julkaisua toimivaa) itsesääntelyä tehottomammin. Digitaalisessa toimintaympäristössä informaation helppojen ja nopeiden tallentamis- ja välitysmahdollisuuksien vuoksi voidaan lisäksi olettaa, että sisältöjen jälkikäteisen poistamisen merkitys oikeussuojakeinona vähenee, ja luo siten uuden arviointitilanteen ennakkosensuuria koskeville rajoituksille. Kokonaan eri ongelmakysymys tietenkin on, miten vastuu yksittäisten viestijöiden suorittamista oikeudenloukkauksista on eri maissa käytännössä toteutettavissa. Oikeudenloukkausten estämiseen ja vastineoikeuden toteuttamiseen blogeissa on viimeksi kiinnittänyt huomiota myös Euroopan parlamentin kulttuuri- ja koulutuskomitea (ks. tämän lehdistöiedote 2.6.2008), käynnistäen samalla eri puolilla Eurooppaa keskustelun blogin pitäjien vastuun täsmenmäärittämisestä ja esimerkiksi lehtien keskustelupalstojen nykyisen anonyymiteitin karsimisesta. Vrt. luku 3.3.4.

tään samanaikaisesti sekä sananvapauden että sananvapautta rajoittavien oikeuksien suojan tehostamiseen.³⁰⁵ Paljon voi lopulta riippua nimenomaan yhteisöjen tuomioistuimen sananvapaustulkinnosta, sen suorittamasta itsenäisestä sananvapausvalvonnasta samoin kuin sen punnintoista eri unioniperusoikeuksien välillä. Yksi keskeinen arviointitulottuvuus on *suvaitsevaisuusperiaatteelle* annettava painoarvo 11 artiklan tulkinnassa: tapa punnita viestinnän uhkaamia oikeuksia avoimuuden arvoa vastaan ja samalla usein myös tapa arvioida yleisön kykyä viestien tulkitsijana ja ymmärtäjänä. Sananvapaustulkinnat voivat tässä mielessä kuvastaa osaltaan myös optimismia tai pessimismia kansalaisten kriittistä medialukutaitoa ja osallistumistaitoja kohtaan. Tämä ei tietenkään sinänsä ole mitään uutta, vaan kuuluu osana myös sananvapausedeologian klassiseen problematiikkaan. Ajankohtaisia sen sijaan ovat arvioiden lopputulokset ja niiden vaikutukset kehittyvään perusoikeustulkintaan.³⁰⁶

Tärkeimpänä sananvapauden määritelmäongelmaa koskevana johtopäätöksenä on palattava edellä useampaankin kertaan toistettuun näkemykseen unionin abstraktista ja tulkinnallisesti joustavasta, autonomisesta sananvapausmääritelmästä. Tämä merkitsee varsinkin yhteisöjen tuomioistuimen laajaa tulkintatoimivaltaa sananvapautta koskevassa perusoikeusvalvonnassa. Tulkintatoimivalta voi ainakin jossakin laajuudessa – riippuen etenkin ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan ja kansallisten perusoikeustulkintojen antamasta joustovarasta – mahdollistaa myös sisämarkkina- ja yleisemmin integraatiotavoitteiden painottamisen unionin oikeuden sananvapausedoktriinissa. Tärkeää on perusoikeuskirjan oikeudellisesta sitovuudesta riippumatta myös se, miten yhteisöjen tuomioistuin käyttää jäsenvaltioiden yhteistä valtiosääntöperinnettä lähteenään: valinnaisena argumenttitukena vai perusoikeustulkintaa koskevaa harkintavaraansa tosiasiallisesti rajoittavana tekijänä.

³⁰⁵ Ks. esim. Mäscher 2005, s. 632; vrt. Fromond 2007, s. 722.

³⁰⁶ Ks. esim. Freshwater 2004, s. 238–242; Merrill et al. 2001, s. xv–xviii ja 125–126 sekä Siemann 1990, s. 26.

2 Sananvapauden suhde sisämarkkinoiden perusvapauksiin

2.1 PERUSVAPAUDET JA PERUSOIKEUDET

2.1.1 Sisämarkkinoiden perusvapaudet unionin oikeuden ytimenä

Unioniperusoikeuksia ja yhteisöjen tuomioistuimen niitä koskevan perusoikeusvalvonnan merkitystä olisi varmasti mahdotonta ymmärtää kiinnittämättä erityisesti huomiota perusoikeuksien suhteeseen unionin oikeusjärjestyksessä turvattuun neljään *perusvapauteen*.³⁰⁷ Niin alkuperäisessä talousyhteisön perustaneessa Rooman sopimuksessa vuodelta 1957 kuin nyt mahdollista voimaantuloaan odottavassa Lissabonin uudistussopimuksessakin tavoitellaan jäsenvaltioiden taloudellista ja poliittista integraatiota ennen kaikkea *henkilöiden, palveluiden, tavaroiden ja pääomien* vapaan liikkuvuuden kautta. Näiden vapauksien soveltamisala ja niitä turvaava ylikansallinen lainsäädäntökokonaisuus on sopimuksissa nimetty Euroopan yhteismarkkinoiksi ja sittemmin Euroopan *sisämarkkinoiksi*. Yhteisöjen tuomioistuin on määritellyt perusvapaudet jäsenvaltioissa suoraan sovellettavaksi oikeudeksi, johon yksittäiset kansalaiset ja yritykset voivat tiettyin ehdoin vedota kansallisissa tuomioistuimissa unionin jäsenvaltioita vastaan. Myös ylivoimaisesti suurin osa unionin voimassa olevista asetuksista ja direktiiveistä on annettu juuri primäärioikeudessa jäsenvaltioille jätettyjen, perusvapauksia koskevien poikkeusmahdollisuuksien kaventamiseksi, ja siten perusvapauksien aineellisoikeudellisen vaikutuksen tehostamiseksi.³⁰⁸

Jo perusvapauksien luonne yksilön vapauksina unionin oikeuteen sidottuja valtioita vastaan tekee niistä jossakin määrin perus- ja ihmisoikeuksien kaltaisia. Unionin jäsenvaltioiden perusvapauksien takaamista koskevat velvollisuudet voidaan tämän lisäksi perus- ja ihmisoikeussuojaa vastaavalla tavalla jakaa negatiiviseen *puuttumattomuusvelvollisuuteen* ja positiiviseen *turvaamisvelvollisuuteen*. Jäsenvaltiolle kuuluva perusvapauksien turvaamisvelvollisuus saa monissa tilanteissa aikaan niin ikään juuri perusoikeuksille ominaisen *sivullis-* eli *ho-*

³⁰⁷ Perusvapauden ja perusoikeuden käsitteet viittaavat tässä tutkimuksessa poikkeuksetta kahteen eri oikeuskategoriaan: ks. terminologiaa koskeva selitys tutkimuksen alussa.

³⁰⁸ Viidentenä perusvapautena puhutaan toisinaan sijoittautumisvapaudesta (ks. yhteisön perustamissopimuksen 14 sekä 43 artikla). Sijoittumisvapautta voidaan kuitenkin pitää myös kaikkiin neljään perusvapauteen kuuluvana osaoikeutena.

risontaalivaikutuksen yksityisten välisessä oikeussuhteessa.³⁰⁹ Euroopan ylikansallisenä, yksilön käytössä olevana oikeusturvakeinona yhteisöjen tuomioistuimen perusvapauksia koskevaa valvontaa voidaan tässä mielessä luontevasti verrata ihmisoikeustuomioistuimen suorittamaan ihmisoikeusvalvontaan. On kuitenkin tärkeä huomata, että perusvapauksien oikeusperusta eroaa olennaisella tavalla perus- ja ihmisoikeuksien konstitutionaalisesta lähtökohdasta. Yksilön oikeudet eivät sisämarkkinoiden perusvapauksien tapauksessa ole johdettavissa suoraan hänen ihmisarvoonsa tai perustavanlaatuisiin vapauksiinsa valtiollista vallankäyttöä vastaan, vaan oikeussuoja seuraa ennemminkin välillisesti: niiden sopimuksissa kiellettyjen vaikutusten kautta, joita hänen perusvapauksiensa loukkaaminen voisi unionin sisäraajat ylittävälle taloudelliselle toiminnalle aiheuttaa. Perusvapaudet eivät tästä syystä myöskään kuulu ihmisoikeuksien taivoin jokaiselle, vaan ainoastaan unionin jäsenvaltioiden kansalaisille sekä unionin jäsenvaltioihin laillisesti sijoittautuneille elinkeinonharjoittajille ja yrityksille. Perusvapausuoja on siten luonteeltaan instrumentaalinen, sidottu yksilön tosiasialliseen tai ainakin potentiaaliseen merkitykseen sisämarkkinatoimijana.³¹⁰ Tämä ei luonnollisestikaan tarkoita, etteikö perusvapauksiin vetoaminen olisi yksilön kannalta käytännössä yhtä tehokasta tai tehokkaampaakin kuin vetoaminen kansallisiin perusoikeuksiin tai esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Perusvapausuojaa vaativan yksilön toiminnan on kuitenkin täytettävä unionin oikeuden soveltamisalaa koskevat edellytykset.

Euroopan integraation poliittista sisältöä ja Euroopan unionin roolia yhä merkittävämpänä oikeuspoliittisen päätöksenteon areenana on nykyisellään yhä vaikeampi sivuuttaa. Tästäkin huolimatta olisi ehkä virhe luopua perinteisestä käsityksestä sisämarkkinoista ja perusvapauksista nykyisenkin unionin oikeuden kaikkein keskeisimpänä ytimenä.³¹¹ Paitsi että sisämarkkinoita voitaneen pitää tähän asti onnistuneimpana osana integraatiota – johon monien kriittisten näkemysten mukaan pitäisi jäsenvaltiomäärän kasvaessa ja kompromissikyvyyn heiketessä koko unioni lopulta redusoida – on sisämarkkinoiden rakentamisessa kyse jatkuvasta, eräässä mielessä jopa päättymättömästä oikeudellisesta projektista.

³⁰⁹ Ns. ”Drittwirkung”: tästä yksityiskohtaisesti mm. Alexy 1994, s. 475–492. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä mm. ratkaisut *Bosman* (C-415/93, 15.12.1995) kohta 86; *komissio vastaan Ranska* (C-265/95, 9.12.1997) kohta 56; *Schmidberger* (C-112/00, 12.6.2003) kohdat 57–58.

³¹⁰ Hyvä esimerkki tästä ovat unionin oikeudessa sovitut ehdot yleiselle, työstä ja elinkeinotoiminnasta riippumattomalle oleskeluoikeudelle, joihin kuuluu näyttö riittävästä toimeentuloedellytyksistä sekä sairausvakuutuksesta. Perusvapauksien soveltamista rajoittaa mm. yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössään omaksuma ns. *de minimis -säätö*, jonka mukaan sisämarkkinavaikutuksen on ylitettävä tietty vähimmäiskynnys, jotta perusvapaudet ovat sovellettavissa. Ks. esim. Schindler 2001, s. 176–180 sekä Schultz 2005, s. 182.

³¹¹ Samoin mm. Jääskinen 2007, s. 88 sekä Lindfelt 2007, s. 304–306; vrt. myös Tiilikainen 2007, s. 51.

Perusvapauksien tehokas toteutuminen vaatii jatkuvasti uusia toimenpiteitä jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämiseksi sekä uusien lainsäädäntötoimien koordinoimiseksi, toisin sanoen sisäraajat ylittävän kaupan nykyisten sekä tulevien oikeudellisten esteiden vähentämiseksi. Toimivaltajako unionin ja sen jäsenvaltioiden välillä määräytyy useissa edelleenkin ratkaisemattomissa – myös viestintäoikeudellisissa, sananvapaussuojan kannalta relevanteissa – kysymyksissä sen perusteella, olisiko unionin antama sääntely tarkoituksenmukaista sisämarkkinoiden rakentamiseksi ja niiden toiminnan turvaamiseksi (ns. *yleinen sisämarkkinakompetenssi*). Analysoitaessa unioniperusoikeuksia ja varsinkin yhteisöjen tuomioistuimen asemaa niitä koskevan perusoikeusvalvonnan suorittajana on siten ensisijaisen tärkeää tarkastella unioniperusoikeussuojan suhdetta sisämarkkinoiden perusvapauksiin.

Sisämarkkinaoikeuden toimintaperiaatetta voidaan kuvata eräänlaisena heilurina primäärioikeuden perusvapaussäännösten, niitä primäärioikeudessa koskevien poikkeusten, jäsenvaltioiden lainsäädäntöä harmonisoivan sekundaarilainsäädännön ja lopulta sekundaarilainsäädännössä jäsenvaltioille jätetyn oikeuspoliittisen harkintavaran välillä. Mikäli perusvapauksia sovellettaisiin poikkeuksetta, valikoituisi sisämarkkinoille automaattisesti se kuluttajansuojan, työntekijäin oikeuksien ja muiden taloudellista vapautta rajoittavien oikeuksien suojataso, joka kulloinkin on jäsenvaltioiden kansallisista säännöstöistä matalin (ns. *race to the bottom*). Koska tällainen kehitys ei varmastikaan olisi hyväksyttävää, on jäsenvaltioille primäärioikeudessa jätetty laajoja poikkeamismahdollisuuksia, jotka luonnollisesti heikentävät perusvapauksien tehokasta toteutumista. Tärkein keino rajoittaa näiden poikkeusmahdollisuuksien aikaansaamia sisämarkkinaesteitä on puolestaan sekundaarioikeudellinen harmonisointi eli kansallisten oikeussuojatasojen lähentäminen. Sekundaarioikeudella estetään jäsenvaltioita vetoamasta sen soveltamisalalla primäärioikeudessa säänneltyihin poikkeuksiin ja siten luomasta uusia esteitä perusvapauksille. Monissa tilanteissa jäsenvaltioille jäävä tietty harkintavara on kuitenkin myös sekundaarioikeuden säännöksissä välttämätön, jolloin perusvapauksien oikeusvaikutus jää myös harmonisoidussa unionin oikeudessa lopulta jossakin määrin rajoitetuksi.³¹²

On selvää, että perusvapaudet voivat jo primäärioikeudellisissa sisällössään joutua kollisionon perus- ja ihmisoikeuksien kanssa. Hyvä esimerkki tästä on *Schmidberger*-ratkaisussa (C-112/00, 12.6.2003)³¹³ käsitelty tilanne, jossa mielenosoittajat pysäyttivät jäsenvaltioiden välisiä tavarakuljetuksia sulkemalla tärkeän moottoritieväylän Itävallassa. Vielä useammin perusvapauksien ja perusoikeuksien välisen kollision voidaan kuitenkin arvioida konkretisoituvan sisä-

³¹² Sisämarkkinoiden toimintamekanismista yleisesti esim. Bock 2005.

³¹³ Ratkaisua käsitellään yksityiskohtaisemmin luvussa 2.3.2; ks. myös ratkaisu *komissio vastaan Ranska* (C-265/95, 9.12.1997).

markkinaharmonisointiin pyrkivässä sekundaarioikeudessa, jossa perusvapauksien turvaaminen toteutuu yksityiskohtaisten ja aineellisoikeudellisten, varsinkin myös perusoikeusrelevanttien säännösten kautta. Vaikka harmonisoinnin ilmeinen päätarkoitus olisi lähtökohtaisesti ”neutraali” sisämarkkinaesteitä luovien erojen poistaminen kansallisesta lainsäädännöstä, sitä ei varmasti koskaan voida toteuttaa ottamatta kantaa kulloisenkin sääntelyalan materiaalisesta sisällöstään. Viestintäoikeuden ja sananvapauden kannalta erityisen merkittävä sääntelykokonaisuus on tässä suhteessa lukuisia aineellisia vähimmäissuojasäännöksiä sisältävä, jäljempänä tässä tutkimuksessa useaan otteeseen käsiteltävä unionin televisiodirektiivi (89/552/ETY).³¹⁴

Perusvapauksia turvaavan sekundaarioikeuden yhteydessä puhutaan monesti vastavuoroisen tunnustamisen periaatteesta ja *alkuperämaaperiaatteesta*, radio- ja televisiosääntelyn yhteydessä tätä vastaavasti *lähetysmaaperiaatteesta*. Näillä kaikilla tarkoitetaan viestintätuotteiden ja -palvelujen kannalta tarkasteltuna sitä, että viestinnän vastaanottajamaan on lähtökohtaisesti hyväksyttävä laillisiksi sellaiset viestintäsisällöt ja välitystavat, jotka ovat laillisia siinä jäsenvaltiossa, josta tuotteet tai palvelut vastaanottajamaahan toimitetaan. Materiaalisten oikeussäännösten harmonisointi ja alkuperämaaperiaate ovat erällä tavalla kaksi puolta perusvapauksien käytännöllisestä toteuttamisesta unionin oikeudessa. Vaikka alkuperämaaperiaatteen mahdollisimman poikkeukseton soveltaminen takaisi jo sinällään perusvapauksien tehokkaan turvan, se johtaisi ilman materiaalista harmonisointia eriarvoiseen asemaan eri jäsenvaltioihin sijoittuneiden toimijoiden kesken ja siten pitkällä aikavälillä mahdolliseen kansallisten oikeus-suojatasojen minimoitumiseen. Sikäli kun aineellisoikeudellisia säännöksiä kuitenkin harmonisoidaan, voidaan myös alkuperämaaperiaatteen soveltamisalaa vastaavasti laajentaa. Alkuperämaaperiaate on tässä mielessä eräänlainen sekundaarioikeuden konkreettinen vastine primäärioikeuden yleisille perusvapauksille. Periaatetta koskevat poikkeukset, jotka sekundaarioikeudessa jäsenvaltioille turvataan, ovat siten välittömästi myös poikkeuksia sisämarkkinoiden perusvapauksista.³¹⁵

Keskustelu alkuperämaaperiaatteen laajenuksista ja sitä koskevista poikkeuksista on erittäin ajankohtainen, erityisesti unionin uuden, yleistä palvelujen tarjoamisen vapautta tehostamaan suunnitellun lainsäädännön yhteydessä.³¹⁶ Tämä ongelmakenttä on huomattavan tärkeä myös kansallisten perusoikeuksien sekä unioniperusoikeuksien – niiden joukossa sananvapauden ja sitä rajoittavien

³¹⁴ Muutettu direktiivillä 97/36/EY, valmisteilla olevista muutoksista ks. KOM/2005/0646 lopullinen. Vrt. esim. Paraschos 1998, s. 24–25.

³¹⁵ Garabiol-Furet 2006; vrt. Albath – Giesler 2006 sekä Mäsch 2006, s. 635–636.

³¹⁶ Etenkin parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/123/EY palveluista sisämarkkinoilla (ns. Bolkenstein-direktiivi).

perusoikeuksien kannalta – jopa riippumatta unionin oikeuden mahdollisesta valtiosääntöistymiskehityksestä. Sisämarkkinoiden perusvapauksia konkretisoivana lähtökohdana on juuri alkuperämaaperiaate unionin oikeudessa suhteutettava tehokkaan perusoikeusvalvonnan vaatimuksiin. Kirjallisuudessa on esimerkiksi esitetty, että komission edustama lainsäädännöllinen näkemys alkuperämaaperiaatteen soveltamisalasta ylittää nykyisellään selvästi sen, mitä yhteisöjen tuomioistuin on toistaiseksi ratkaisuisaan tunnustanut.³¹⁷ Punninta alkuperämaaperiaatteen ja unioniperusoikeuksien välillä on siis toistaiseksi vielä monissa kysymyksissä tekemättä. Ongelma koskee tällöinkin lopulta nimenomaan sisämarkkinoiden perusvapauksien suhdetta perusoikeuksiin ja yhteisöjen tuomioistuimen kykyä valvoa samanaikaisesti molempien oikeuskategorioiden toteutumista unionin oikeudessa.

2.1.2 Sisämarkkinatavoitteiden määräämä sananvapauskäsitys

Yhtenä tutkimukselle määriteltynä tehtävänä on tarkastella, miten ja missä määrin sitoutuminen sisämarkkinoihin ja varsinkin sisämarkkinoiden neljän perusvapauden turvaamiseen ohjaa unionin oikeuden sananvapauskäsitystä. Ennen yksityiskohtaisempaa erittelyä eri soveltamistilanteista, joissa sisämarkkinatavoitteilla voi olla merkitystä sananvapautulkinnassa, on syytä vielä yleisemmällä tasolla tarkentaa, mitä tällainen sidonnaisuus voi Euroopan päällekkäisten perus- ja ihmisoikeusjärjestelmien kontekstissa tarkoittaa. Johtaako perusvapauksien tehokas turvaaminen sananvapausuojan laajentumiseen vai ennemminkin uusiin sananvapausrajoituksiin? Onko perusvapauksien huomioon ottaminen yleensäkin hyväksyttävää sananvapautta ja sitä rajoittavia oikeuksia punnittaessa? Näihin kysymyksiin on lopulta ainakin yhteisöjen tuomioistuimen kyettävä vastaamaan, mikäli sen tavoitteena on rakentaa uskottavaa unionin oikeuden sisäistä perusoikeusvalvontaa. Kansallisten perusoikeuksien ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen kannalta samat kysymykset kohdistuvat ennen kaikkea siihen joustovaraan, joka unionin oikeuden perusoikeustulkinnolle järjestelmien välisten normiristiriitojen välttämiseksi olisi annettava tai yleensäkin voidaan antaa.

Eräänlaiseksi doktrinaaliseksi lähtökohdaksi perusvapauksien ja sananvapauden väliselle suhteelle unionin oikeudessa voidaan tulkita yhteisöjen tuomioistuimen lausuma sen varhaisessa ratkaisussa *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, 17.12.1970): ”vaikka [perusoikeuksien] suojaamisessa tukeudutaan jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen, se on toteutettava yhteisöjen raken-

³¹⁷ Albath – Giesler 2006, s. 38–39.

teen ja tavoitteiden mukaisesti”.³¹⁸ Vaikka tällaisen periaatteen on usein esitetty vähitellen lieventyneen yhteisöjen tuomioistuimen pyrkiessä ottamaan yhä paremmin huomioon ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut hyväksyttävistä perusoikeusrajoituksista ja siten korostaessa unioniperusoikeuksien merkitystä sisämarkkinatavoitteiden kustannuksella, sitä voidaan edelleenkin pitää ajankohtaisena kuvauksena oikeuskategorioiden välisestä suhteesta ainakin niissä tilanteissa, joissa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö jättää unionin oikeudelle riittävästi liikkumavaraa perusoikeuspunninnassa. Yksinkertaistettuna periaate merkitsee sitä, että mahdollisista sananvapaustulkinnoista on unionin oikeudessa valittava se, joka parhaiten tukee unionin tavoitteita – useissa tapauksissa siis tarkemmin määritellen se, joka parhaiten edistää sisämarkkinoiden perusvapauksien tehokasta toteutumista. Tällainen riippuvuus voi koskea sekä primäärioikeuden että unionin sekundaarilainsäädännön tulkintaa, jälkimmäisessä tapauksessa etenkin sekundaarioikeuden säännösten pätevyyttä koskevaa arviointia unioniperusoikeuksien kannalta. Sisämarkkinatavoitteiden kautta ohjautuva sananvapauskäsitys on siten ainakin unionin oikeuden omasta näkökulmasta tarkasteltuna täysin mahdollinen. Eri kysymys luonnollisestikin on, missä laajuudessa nämä tavoitteet voivat vaikuttaa yhteensopivuutta ihmisoikeussopimuksen ja kansallisten perusoikeuksien kanssa tavoittelevaan sananvapausdoktriiniin. Järjestelmien välistä konfliktipotentialia ja mahdollista joustovaraa arvioitaessa on kuitenkin merkityksellistä tiedostaa, mihin suuntaan perusvapaudet voivat punnintatilanteessa vaikuttaa eli millaisiin ratkaisuihin unionin oikeuden voi sananvapautta koskevis- sa kysymyksissä sisämarkkinanäkökulmasta ennakoida taipuvan.

Tärkeä sisämarkkinapainotteista sananvapauskäsitystä yleisesti koskeva havainto on sananvapauden ja perusvapauksien suhteen *kaksisuuntaisuus*. Monissa soveltamistilanteissa perusvapauksien tehokas turvaaminen tukee samanaikaisesti sisäraajat ylittävää viestinnän vapautta, jolloin tarkasteltavat oikeudet ovat yhdensuuntaisia ja viestintää rajoittavia toimenpiteitä on arvioitava sekä sananvapauden että perusvapauksien rajoituksina. Sekundaarioikeudessa on kuitenkin myös täysin päinvastainen asetelma mahdollinen. Harmonisoidessaan jäsenvaltioiden viestintälainsäädäntöä ja siten tehostaessaan perusvapauksien toteutumista unionilla on yksinkertaistetusti esitettyä kaksi mahdollisuutta: joko vähentää sananvapausrajoituksia tai lisätä niitä, kunnes yhdistävä suojataso saavutetaan. Sananvapautta rajoittavien oikeuksien suojatason valinta on monessa tapauksessa epärelevantti saavutettavan sisämarkkinavaikutuksen kannalta, sillä perusvapauksien suoja saavutetaan jo pelkän kansallisten säännösten yhdenmukaisuuden eikä niiden varsinaisen aineellisen sisällön kautta. Tilanteissa, joissa harmonisoivalla sääntelyllä rajoitetaan sananvapautta, on monesti vielä tehtävä

³¹⁸ Ratkaisun kohta 4; vrt. edellä luku 1.1.1.

ero sananvapauden eri suojalottuvuuksien välillä. Turvatessaan perusvapauksien kautta esimerkiksi mainonnan esteettömän välittämisen jäsenvaltiosta toiseen se tietystä merkityksessä edistää mainosviestinnän vapautta silloinkin, kun se lisää viestinnän sisällöllisiä rajoituksia. Kun arvioidaan viestinnän moniarvoisuusturvaan vaikuttavia unionin säännöksiä, on sananvapauden suhdetta perusvapauksiin tarkasteltava luonnollisestikin niin ikään kahdesta eri näkökulmasta. Vaikka taipumus sisämarkkinatavoitteita painottavaan sananvapaustulkintaan siis tunnustettaisiin olevan olemassa, ei siitä yksiselitteisesti voitaisi päätellä, onko unionin oikeus omiaan lisäämään vai vähentämään kansallisissa oikeusjärjestelmissä nykyisellään hyväksytyjä sananvapausrajoituksia. Kääntäen voidaan vastaavasti todeta, ettei unionin oikeuden vuoroin sananvapausrajoituksia vähentävistä ja vuoroin lisäävistä säännöksistä ja ratkaisuista myöskään voida sellaisinaan todeta, ohjautuuko unionin sananvapauskäsitys sisämarkkinatavoitteiden kautta tai missä määrin se niiden kautta ohjautuu.

Sisämarkkinatavoitteet – tai varsinkin unionin tavoitteet Euroopan taloudellisen ja poliittisen integraation edistämiseksi laajemmin ymmärrettyinä – voivat joissakin tilanteissa toisaalta olla myös aineellisesti merkityksellisiä sananvapauden kannalta. Tutkittaessa unionin oikeuden suhdetta viestinnän sääntelyyn on tavallisesti ehkä turhan helposti sivuutettu itse viestinnän merkitys yhtenä mahdollisena integraatiotekijänä. Mikäli unioni todella pyrkii ratkaisuihin, jotka parhaalla mahdollisella tavalla tukevat eurooppalaisten sosiaalista yhteenkuuluvuutta tai Euroopan kulttuuriperinnön vaalimista ja kehittämistä (uudistus sopimuksen mukainen unionisopimuksen uusi 2 artiklan 3 kohta; perustuslakisopimuksen I-3 artikla 3 kohta; vrt. yhteisön perustamissopimuksen 2 artikla), ei varmasti ole yhdentekevää, millainen sananvapaussuojan taso unionin oikeudessa valitaan. Yhteisöjen tuomioistuimen ja unionin kehittyvän perusoikeusvalvonnan näkökulmasta olisikin ehkä helppo argumentoida ennen kaikkea sananvapaussuojan ja suvaitsevaisuusperiaatetta painottavien tulkintojen puolesta. Yleisemmin muotoiltuna voidaan todeta, että jotkut viestinnän perusoikeusasetelmaan kuuluvista keskenään ristiriitaisista arvoista ja oikeuksista voivat tilannekohtaisesti olla aineellisoikeudellisesti lähempänä unionin toteutettavaksi määriteltyä integraatioidea kuin toiset. Mikäli tällainen riippuvuussuhde tulkintakäytännössä toteutuu, voi unionin oikeuden sananvapauskäsitys muodostua vieläkin integraatiosidonnaisemmaksi kuin edellä kuvatussa kaksisuuntaisessa asetelmassa, jossa perusvapauksien painottaminen tarkoittaa lähinnä sääntelyn aineelliseen sisältöön nähden neutraalia sekundaarioikeuden tehokkaan soveltamisen varmistamista. Yhteisön tuomioistuimen doktriini ei kuitenkaan tässä suhteessa ole toistaiseksi konkretisoitunut.³¹⁹

³¹⁹ Vrt. Stock 2004, s. 114–116.

On vielä huomattava, ettei sisämarkkinatavoitteiden mahdollista vaikutusta sananvapauskäsitykseen ole syytä pitää yksiselitteisesti negatiivisena, sananvapausuojaa uhkaavana, perusoikeusvalvontaa vääristävänä tai perus- ja ihmisoikeusjärjestelmää rappeuttavana tekijänä. Myös sisämarkkinoiden perusvapaudet tarkoittavat soveltuessaan yksityisten oikeussubjektien subjektiivisia vapauksia, jotka yhteisöjen tuomioistuimien on paitsi toimivaltainen myös velvollinen tehokkaasti turvaamaan kaikkea unionin oikeutta – myös unioniperusoikeuksia – koskevissa tulkinnissaan. Unionin oikeuden näkökulmasta perusvapaudet voivat joissakin tilanteissa perustellusti rajoittaa sananvapautta tai määrittää sen sisältöä aktiivisen moniarvoisuusturvan kannalta. Olennainen kysymys tällöin on, kuinka pitkälle unionin perusvapauksia painottavat sananvapautulkinnat ovat hyväksyttävissä ihmisoikeussopimuksen ja kansallisten perusoikeuksien järjestelmissä. Koska sananvapaus ja sitä rajoittavat perusoikeudet voivat puolestaan kiistatta rajoittaa perusvapauksien toteutumista,³²⁰ voidaan epäilemättä puhua perusoikeuspunnintaan rinnastettavasta *punninnasta* unioniperusoikeuksien ja sisämarkkinoiden perusvapauksien välillä. Ongelmallisempaa sen sijaan on, miten oikea tasapaino näiden kahden, lähtökohdiltaan toisistaan poikkeavan oikeuskategorian välillä olisi määritettävä.

2.1.3 Punninta perusvapauksien ja perusoikeuksien välillä

Ajatus sisämarkkinoiden perusvapauksien ja unioniperusoikeuksien rinnastamisesta toisiinsa unionin oikeusjärjestelmän perustavanlaatuisina oikeuksina ja tavoitteesta tasapainottaa ne tapauskohtaisesti keskenään voidaan helposti nähdä eräänlaisena taustaoletuksena useissa yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuisissa. Yleistä tai yksiselitteistä määritelmää tähänastinen ratkaisukäytäntö ei kuitenkaan sen enempää oikeuskategorioiden mahdollisesta etusijasuhteesta kuin niiden keskinäisestä tasavertaisuudestakaan tarjoa. Avoimeksi punninnan yleiset edellytykset jäävät myös valmistellun uudistusopimuksen säännöksissä. Voidaan ehkä olettaa, että yleinen etusija- tai rinnastamissääntö voisi ratkaisevasti vähentää yhteisöjen tuomioistuimen käytössä olevaa tulkinnallista joustovaraa tilanteissa, joissa sen on pyrittävä samanaikaisesti turvaamaan integraatio-oikeuden tehokas toimeenpano sekä ehkäisemään ristiriitoja kansallisten perusoikeusjärjestelmien ja ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön kanssa, ja ettei halua tällaisen säännön postuloimiseen siksi välttämättä löydy sen enempää tuomioistuimelta kuin unionin lainsäätäjiltäkään. Olettama oikeuskategorioiden lähtökohtaisesta tasavertaisuudesta punninnassa on eurooppaoikeudellisessa kir-

³²⁰ Esim. yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Schmidberger* (C-112/00, 12.6.2003) kohta 74.

jallisuudessa joka tapauksessa vähitellen yleistynyt.³²¹ Kiinnostavampia kuin yleiset systematiikkahypoteesit oikeuskategorioiden keskinäisestä suhteesta saattavat kuitenkin olla arviot ratkaisukäytännössä tosiasiallisesti toteutuneesta tasapainosta tai epätasapainosta perusvapauksien ja perusoikeuksien oikeussuojatasojen välillä. Sananvapauden osalta kyse on ennen kaikkea viestinnän sisämarkkinoita koskevan perusoikeusvalvonnan tehokkuudesta: viestintätuotteiden ja -palveluiden tuottamiseen, välittämiseen ja vastaanottamiseen liittyvien perusvapaus- ja perusoikeusintressien välisestä oikeudellisesta punninnasta.

Unioniperusoikeuksia koskevassa kirjallisuudessa esitetty kritiikki kohdistuu tavallisimmin yhteisön tuomioistuimen suorittaman punninnan epätasapainoon sisämarkkinoiden perusvapauksien eduksi, toisin sanoen tehokkaan perusoikeusvalvonnan laiminlyöntiin sisämarkkinaoikeutta koskevassa ratkaisukäytännössä. Usein on todettu, että yhteisöjen tuomioistuin soveltaa perusvapausrajoituksiin ankaraa suhteellisuusperiaatevalvontaa, mutta tarkastelee unioniperusoikeuksien rajoituksia pelkästään muodollisesti, kansallista perusoikeusratkaisuista ja etenkin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä johdettujen vähimmäissääntöjen perusteella. Tuomioistuimen ratkaisuissaan esittämien perustelujen on vastaavasti sanottu noudattavan perusvapauksien osalta *ulkoisten rajoitusten teorian* mutta perusoikeuksien osalta *sisäisten rajojen teorian* mukaista logiikkaa.³²² Syynä tällaiseen perustelukonseptiin voidaan ainakin varhaisemmassa oikeuskäytännössä pitää tuomioistuimelta puuttuvaa kompetenssia varsinaiseen perustai ihmisoikeusvalvontaan ja siitä johtuvaa haluttomuutta tehdä itsenäisiä, mahdollisesti uusia järjestelmien välisiä ristiriitatilanteita aiheuttavia tulkintoja perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä ja rajoitusten suhteellisuudesta. Itsenäisiä unioniperusoikeuksia koskevan doktriinin vähitellen kehittyessä voidaan vakiintunutta perusteluretoriikkaa kuitenkin hyvällä syyllä jo pitää vajana. Tulevaisuuden kannalta onkin aiheellista kysyä, kykeneekö nykyisellään tällaisia ratkaisuja antava yhteisöjen tuomioistuin myöhemmin vakuuttavasti suorittamaan sitä perusoikeusvalvontaa, joka sanamuodoiltaan laajasti ja avoimesti muotoillussa unionin perusoikeuskirjassa on tarkoitus sen toimivaltaan antaa. Riittääkö unionin oikeudessa ihmisoikeustuomioistuimen määrittämän aineellisoikeudellisen vähimmäissuojatason kunnioittaminen, vai tulisiko yhteisöjen tuomioistuimen sitoutua unioniperusoikeuksia koskevissa tulkinnoissaan myös ihmisoikeustuomioistuimen noudattamaan tapaan punnita ihmisoikeusrajoituksia? Uskottavaan perusoikeusvalvontaan ei välttämättä riitä ainoastaan perusoikeuksien riittävä painoarvo konkreettisissa punnintatilanteissa sisämarkkinoiden perusvapauksiin nähden, vaan perusoikeusrajoitusten erittely ja punninta on oltava

³²¹ Ks. mm. Jarass 2005, s. 190–191 sekä Quasdorf 2001, s. 162–164.

³²² Außen- / Innentheorie: ks. määritelmistä luku 1.2.5.

myös luettavissa ja ymmärrettävissä ratkaisujen perusteluista. Vaikka väitteitä aineellisesta epätasapainosta ei varauksetta hyväksyttäisikään, on ainakin perusteluissa noudatettua punnintaskeemaa pidettävä tässä suhteessa vielä puutteellisena.³²³

Kahdessa esitetystä kysymyksenasettelussa, edellä mainitussa perusvapauksia painottavan sananvapaustulkinnan mahdollisuudessa ja tässä puheena olevassa punninnan tasapainossa tai epätasapainossa perusvapauksien ja viestintää koskevien perusoikeuksien välillä, on luonnollisestikin suurelta osin kysymys yhdestä ja samasta ongelmasta. On kuitenkin huomattava, ettei sisämarkkinatavoitteiden kautta ohjautuva sananvapauskäsitys vielä sellaisenaan edellytä tulkinnan epätasapainoa perusvapauksien eduksi. Tasapainossa ja epätasapainossa on ennemminkin kyse niistä rajoista, joissa sisämarkkinatavoitteiden painottaminen perusoikeustulkinnassa, esimerkiksi sananvapautta tai sitä rajoittavia perusoikeuksia tulkittaessa, on hyväksyttävää. Tällaiset rajat eivät välttämättä ole yhteneviä edellä mainitun, kansallisten perusoikeusjärjestelmien ja ihmisoikeussopimuksen unionin oikeudelle jättämän joustovaran kanssa, vaan epätasapaino on toki mahdollinen silloinkin, kun unionin oikeudessa tehty ratkaisu ei vielä johda suoraan ristiriitaan muiden perus- ja ihmisoikeusjärjestelmien kanssa. Erityisen tärkeä on huomata, ettei kysymystä punninnan aineellisesta tasapainosta voida kokonaan erottaa tuomioistuimen noudattamaa perustelutapaa koskevasta muodollisesta kysymyksestä: unionin perusoikeusvalvonnan tehokkuutta tai hyväksyttävyyttä ei välttämättä voida arvioida pelkkien tulkinnan lopputulosten perusteella, vaan perusoikeussuojalta voidaan ehkä edellyttää myös rajoitusten ja rajoitusedellytysten eksplisiittistä punnintaa ratkaisujen perusteluissa. Asetelmaa, jossa sisämarkkinoiden perusvapauksien rajoittamista punnitaan suhteellisuusperiaatteen pohjalta mutta perusoikeudet huomioidaan lähinnä harkintamarginaalin ulkoisina – lähinnä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön perustuvina – reunaehtoina, voidaan jo sellaisenaan kritisoida epätasapainoisena punnintaprosessina tai vähintäänkin vajanaisena esitystapana suoritettulle punnintaratkaisulle. Juuri yhteisöjen tuomioistuimen tavalla suorittaa perusoikeusvalvontaa ja etenkin sen tavalla perustella unioniperusoikeuksia koskevia ratkaisujaan saattaa olla olennainen merkitys sille, kuinka hyväksyttävänä unionin oikeuden perusoikeussuojaa voidaan kansallisten perusoikeuksien ja ihmisoikeussopimuksen näkökulmista pitää. Punnintamalli on siten yhtäältä ratkaisun perusteluretoriikkaan kuuluva muodollinen elementti mutta toisaalta samalla myös aineellinen tae uskottavalle unionin oikeuden perusoikeusvalvonnalle.

³²³ Esim. Eisner 2005, s. 58–61 ja 237; Bühler 2005, s. 462–477 sekä Schultz 2005, s. 182–183; kotimaisesta kirjallisuudesta Ojanen 2006, s. 167–168. Vrt. myös Quasdorf 2001, s. 162–169.

Kokoavasti voidaan todeta, että unioniperusoikeuksien asianmukainen suhteuttaminen sisämarkkinoiden perusvapauksiin on edelleen yksi unionin kehittyvän itsenäisen perusoikeusdoktriinin keskeisimmistä haasteista. Yksityiskohtainen ja samanaikaisesti sekä perusvapaus- että perusoikeusrajoituksia koskeva suhteellisuuspunninta ei välttämättä muodosta estettä sille, että unionin oikeuden perusoikeustulkinnossa painotetaan vahvasti tehokkaan perusvapaussuojan vaatimuksia. Vaatimukset punninnan tasapainosta tai oikeuskategorioiden rinnastamisesta toisiinsa eivät siten itsessään sisällä ehdotonta kieltoa unionin sisämarkkinatavoitteiden kautta ohjautuvalle sananvapauskäsitteelle. Eri kysymys tietenkin on, voiko yhteisöjen tuomioistuin edistää sisämarkkinatavoitteita perusoikeussuojan kustannuksella laiminlyömällä perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä koskevan ankaran suhteellisuuspunninnan. Epätarkasti perustellut perusoikeusratkaisut ovat toisaalta omiaan juuri lisäämään olemassa olevaa ristiriitapotentiaalia kansallisten järjestelmien ja ihmisoikeussopimuksen kanssa, mikä voi johtaa esimerkiksi mahdollisia kansallisten perusoikeusvaraumien käyttöönottoon ja soveltamiseen unionin jäsenvaltioissa.

2.2 SANANVAPAAUS JA PERUSVAPAUDET TOISIAAN TÄYDENTÄVINÄ OIKEUKSINA

2.2.1 Yleistä

Perusoikeuksien ja perusvapauksien suhteuttaminen toisiinsa ei luonnollisestikaan aina tarkoita toisiinsa nähden vastakkaisten, keskenään *kollisiossa olevien* oikeuksien punnintaa. Kuten edellä on jo todettu, yhteisöjen tuomioistuimen perusoikeusdoktriinin kehitys on itse asiassa alkanut nimenomaan soveltamistilanteista, joissa jäsenvaltioiden perusvapauksia rajoittavia toimenpiteitä on arvioitu samalla perusoikeuksien rajoituksina.³²⁴ Sananvapaussuojan kannalta tällaisella rinnakkaisten, toisiaan täydentävien oikeusturvatakeiden näkökulmaa voidaan sananvapauden klassisen vapausoikeusjärjestelmän perusteella jopa pitää eräänlaisena pääsääntönä suhteessa sisämarkkinoiden perusvapauksiin. Sekä perusvapauksien että sananvapauden voidaan määritellä turvaavan osaltaan samaa oikeushyvä: jäsenvaltioiden rajoista riippumatonta *vapaata informaatiovirtaa* Euroopassa.³²⁵ Vapaus vastaanottaa ja levittää tietoja ja ajatuksia alueellisista rajoista riippumatta on monissa tilanteissa yhtenevä sen vapauden kanssa, joka

³²⁴ Ks. luvut 1.1.1 ja 1.1.2.

³²⁵ Klassisen esityksen oikeuksien rinnakkaisuudesta tarjoavat esim. Cassese et al. 1991, s. 40–43.

koskee tuotteina ja palveluina ilmenevän viestinnän ostamista, myymistä ja välittämistä yli unionin sisärajojen. Jäsenvaltioiden lainsäädännöstä ja varsinkin kansallisten säännösten keskinäisistä eroista aiheutuvat informaatiovirran esteet ovat unionin oikeudessa vastaavasti samanaikaisesti sekä perusvapauksien että unioniperusoikeuksien rajoituksia. Ongelmallisia unionin sananvapaustulkinnan kannalta nämä esteet ovat etenkin silloin, kun ne perustuvat kansallisiin tulkintoihin muiden perusoikeuksien suojaamisesta tai seuraavat kansallisen oikeuden sananvapauskäsitteeseen sisältyvän viestinnän moniarvoisuusturvan vaatimuksesta.

Unionin valtiosääntöistymiskehityksen myötä käsitystä sananvapauden ja unionin tavoitteiden rinnakkaisuudesta on ehkä mahdollista laajentaa yli varsinaisen sisämarkkinakontekstin myös Euroopan ei-taloudellisiin integraatiopyrkimykseen. Vaikka perusoikeuskirjan 11 artiklan esityöt asiasta vaikenevatkin,³²⁶ on sisärajat ylittävä sananvapaus mahdollista tulkita avaintekijäksi tavoitteille kuten sosiaalinen integraatio, kansallisten kulttuurien keskinäinen tuntemus tai rajat ylittävä osallistuminen poliittiseen, tieteelliseen ja taiteelliseen diskurssiin: laajimmin määriteltynä jäsenvaltioiden kansojen yhä läheisempi liitto yhteisen tulevaisuuden rakentamiseksi (vrt. unionisopimuksen 4. johdantokappale). Myös tästä näkökulmasta integraatiotavoitteiden ja sananvapauden voidaan ajatella kumuloituvan yleiseksi pyrkimykseksi esteettömään viestintään koko unionin alueella.³²⁷ Tilanteissa, joissa sananvapaus ja perusvapaudet tukevat toisiaan, voi yhteisöjen tuomioistuimella siten olla myös laajempaan integraatiokontekstiin kuuluva peruste arvioida ankarasti sellaisia jäsenvaltioiden toimenpiteitä, jotka rajoittavat molempia. Tämä tarkoittaa kuitenkin samalla tarvetta yhteiseurooppalaisille määritelmille sananvapautta rajoittavien oikeuksien ja viestinnän moniarvoisuuden suojaamisesta, toisin sanoen samoista oikeuksista, joiden kansalliset erot jo sisämarkkinakontekstissakin rajoittavat perusvapauksien ja sananvapauden kumulatiivista tulkintaa.

Sen lisäksi, että yhteisöjen tuomioistuin on ratkaisukäytännössään tarkastellut sananvapauden kunnioittamista suoraan primäärioikeudessa turvattujen perusvapauksien täydentävänä rajoitusedellytyksenä, sisältyy unionin sekundaarioikeuteen säännöksiä, jotka ovat perusvapauksia turvaavan funktionensa ohella omiaan tehostamaan viestinnän vapautta ja siten edistämään sananvapautta niitä implementoivissa jäsenvaltioissa. Keskeisin tällainen unionin sääntelyala on perinteisesti ollut televisiotoimintaa koskevien säännösten harmonisointi, jota on tulevaisuudessa tarkoitus tulevaisuudessa laajentaa tekniikkaneutraaliksi, kaikkea audiovisuaalista viestintää koskevaksi säännöstöksi. Oma erityinen ongelma-

³²⁶ Kritiikistä erityisesti Stock 2004, s. 94; ks. luku 1.4.2.

³²⁷ Vrt. Pesonen 2007, s. 793–794.

kenttensä on unionin mainosviestintää koskeva sekundaarilainsäädäntö sekä sen tulkintaa koskeva ratkaisukäytäntö. Kaikissa näissä soveltamistilanteissa sananvapaussargumentaation voidaan katsoa – ainakin vapausoikeudellisessa merkityksessään – suoraan tukevan perusvapauksien mahdollisimman tehokasta ja poikkeuksetonta toimeenpanoa.

2.2.2 Sananvapauden kunnioittaminen perusvapausrajoitusten lisäedellytyksenä

Yhteisöjen tuomioistuimen doktriini, jonka mukaan perusvapauksia rajoittavat jäsenvaltioiden toimenpiteet ovat unionin oikeuden mukaisia vain silloin, kun ne ovat hyväksyttävissä myös unioniperusoikeuksien kannalta, muodostaa nykyisellään jo vakiintuneen osan sisämarkkinaoikeutta. Vaikkei sen enempää nyt voimassa oleva kirjattu primäärioikeus kuin valmisteltu uudistusopimuskaan, etenkin sen perusoikeuksien soveltamisalaa koskeva perusoikeuskirjan 51 artikla,³²⁸ nimenomaista mainintaa tällaisesta lisäedellytystulkinnasta sisällikään, voidaan doktriinin perustellusti katsoa seuraavan jo unioniperusoikeuksien voimassaolosta sellaisenaan. Tämä puolestaan on voimassa olevaa unionin oikeutta tulevaisuudessa joko osana kirjattua primäärioikeutta tai nykyiseen tapaan osana tuomioistuimen tulkintadoktriinia. Vakiintunut lisäedellytystulkinta itsessään muodostaa luonnollisestikin vain yhden ja yksipuolisen osan unionin oikeuden perusoikeusvalvontaa, sillä se ei esimerkiksi ota huomioon kollisiotilanteita, joissa perusvapauksia ja samalla unioniperusoikeuksia rajoittavat jäsenvaltioiden toimenpiteet voivat osaltaan turvata unionin oikeudessakin tunnustettuja muita perusoikeuksia.³²⁹ Täysin ongelmaton eri perusoikeusjärjestelmien välisen ristiriitapotentialin kannalta ei silti pelkkä lisäedellytystulkintakaan ole. Mikäli ratkaisussa jäsenvaltioiden toimenpiteiden yhteensopivuudesta unionin oikeuden kanssa keskitytään tarkemmin ainoastaan sisämarkkinakysymyksiin ja sovelletaan unioniperusoikeuksien osalta liian suurpiirteistä rajoitusperustepunintaa – viestintää koskevissa kysymyksissä joko sananvapauden tai sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien kannalta – on vaarana luonnollisestikin unioniperusoikeuksien suojatason madaltuminen. Yksioikoisen kumulatiivinen perusvapaus- ja sananvapaussuojan soveltaminen voi mahdollisesti johtaa nimenomaan sananvapautta rajoittavien oikeuksien, mukaan lukien viestinnän moniarvoisuuden suojan laiminlyöntiin. Kyse on tällöinkin lopulta unionin perusoikeusvalvonnan tehokkuudesta sekä tulkinnallisen tasapainon löytämisestä perusvapauksien ja perusoikeuksien välillä.

³²⁸ Tästä tarkemmin erityisesti Brosius-Gersdorf 2005, s. 80–81.

³²⁹ Ks. tässä yhteydessä jäljempänä tässä luvussa käsitelty yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Omega* (C-36/02, 14.10.2004).

Viestinnän moniarvoisuutta turvaavia jäsenvaltioiden toimenpiteitä yhteisöjen tuomioistuin on arvioinut lisäedellytystulkinnan puitteissa lähtökohtaisesti sananvapausrajoituksina, vaikkakin myös nimenomaisesti tunnustanut juuri sananvapausrajoituksen itsensä edellyttävän moniarvoisuuden turvaamista.³³⁰ Pääsääntöisesti sananvapauden kunnioittamisen perusvapausrajoitusten lisäedellytyksenä voidaan siten ajatella tarkoittavan nimenomaan sananvapauden vapausoikeussisällön kunnioittamista. Koska unionilta puuttuu toistaiseksi myös kattava toimivalta antaa moniarvoisuutta turvaavaa sääntelyä, tarkoittaa moniarvoisuusturva unionin oikeuden kontekstissa yleisesti juuri jäsenvaltioiden toimeenpanemia säännöksiä, jotka tyypillisesti toimivat yksityisten viestintätoimijoiden vapauksia rajoittavina sisämarkkinaesteinä. Unionin oikeuden suhde viestinnän moniarvoisuuteen on siten perinteisesti pelkistynyt kansallisten moniarvoisuustoimenpiteiden, varsinkin julkisoikeudellisten yleisradiojärjestelmien legitimitetin punnintaan perusvapauksien ja niitä tukevan sananvapauden vapausoikeussisällön näkökulmasta. Myös tällaiset lisäedellytystulkinnat edellyttävät kuitenkin viime kädessä punnintaratkaisuja viestinnän moniarvoisuusturvan ja vapausoikeussisällön välillä, jotka väistämättä ainakin jossakin suhteessa täsmentävät unionin oikeuden sananvapauskäsitettä ja määrittävät jäsenvaltioille – tulevaisuudessa ehkä yhä enemmän myös unionille itselleen – kuuluvan moniarvoisuuden aktiivisen turvaamisvelvollisuuden laajuutta.

Yhteisöjen tuomioistuimen ensimmäinen, joskin vielä hyvin yksioikoinen ja puutteellinen tulkinta sananvapauden kunnioittamisesta perusvapauksia koskevien rajoitusten mahdollisena lisäedellytyksenä voidaan löytää vuoden 1985 ratkaisusta *Cinéthèque*. Tarkasteltavana oli Ranskan toimeenpanema sääntely, jossa elokuvien levitys videokasetteina ja -levyinä oli kielletty tietynä, elokuvien teatteriesitysten tueksi määriteltynä suoja-aikana. Kielto soveltui myös muista jäsenvaltioista tuotaviin ja niissä jo laillisesti levitettyihin videotallenteisiin ja oli siten lähtökohtaisesti tulkittava vaikutukseltaan tuonnin määrällisiä rajoituksia vastaavaksi toimenpiteeksi ns. *Dassonville-kaavan*³³¹ mukaisesti. Perusvapauksien rajoituksena yhteisöjen tuomioistuin piti elokuvien teatterihyödyntämistä tukevaa ja siten elokuvatuotantoa kannustavaa sääntelyä kuitenkin suhteellisuusperiaatteen mukaisena ja katsoi sen jäävän (ns. [24] artiklan *sisäise-*

³³⁰ Erityisesti yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *TV 10* (C-23/93, 5.10.1994), kohta 25; ks. luku 1.2.3.

³³¹ *Dassonville-kaavalla* tarkoitetaan yhteisöjen tuomioistuimen varhaisessa ratkaisussa *Dassonville* (8/74, 11.7.1974, kohta 5) tekemää tulkintaa, jonka mukaan ”määrällisiä rajoituksia vaikutukseltaan vastaavina toimenpiteinä pidetään kaikkia kauppaa koskevia jäsenvaltioiden säännöksiä, jotka voivat rajoittaa yhteisön sisäistä kauppaa suoraan tai välillisesti, tosiasiallisesti tai mahdollisesti”.

nä soveltamisalarajoituksena)³³² tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan perusvapauden ulkopuolelle. Saman sääntelyn esitettyyn sananvapautta rajoittavaan vaikutukseen yhteisöjen tuomioistuin otti kantaa seuraavasti:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Cinéthèque* (60/84 & 61/84, 11.7.1985): [...] Vaikka on totta, että yhteisöjen tuomioistuimen *asiana on varmistaa perusoikeuksien noudattaminen yhteisön oikeuden soveltamisalalla*, sen asiana ei kuitenkaan ole tutkia sellaisen kansallisen lain yhteensopivuutta Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa, joka, kuten tässä tapauksessa, kuuluu kansallisen lainsäätäjän harkintavallan alaan.³³³

Yhteisöjen tuomioistuimelta puuttuvaa toimivaltaa tutkia sääntelyn yhteensopivuutta ihmisoikeussopimuksen kanssa voidaan pitää myös lisäedellytystulkintojen selvänä lähtökohtana, vaikka tuomioistuin on myöhemmässä ratkaisukäytännössään ihmisoikeustulkintoja yhä yksityiskohtaisemmin lähestynytkin. *Cinéthèque*-ratkaisun niukka kannanotto jätti kuitenkin varsin epäselväksi sen, oliko perusoikeuksien varmistaminen unionin oikeuden soveltamisalalla kyseisessä tapauksessa itse asiassa toteutunut. Perustelujen perusvapauksia koskeva argumentaatio sisältää kuitenkin jo ajatuksen tarkastellun suoja-ajan tarpeellisuudesta elokuvateosten luomisprosessin kannustamiseksi, joka voidaan ehkä liittää myös ratkaisun edellä lainattuun perusoikeusmainintaan samoin kuin tuomioistuimen julkilausumattomaan arvioon sananvapausuojan vaatimuksista. Yhteisöjen tuomioistuimen voidaan myös katsoa ennen kaikkea jättäneen tilaa ihmisoikeustuomioistuimen tulevalle, mahdollisesti ratkaisun hetkellä voimassa olevaa unionin oikeutta ankarammalle sananvapausvalvonnalle. Kytkentä sananvapauden kunnioittamisen ja perusvapausrajoitusten hyväksyttävyyden välillä on *Cinéthèque*-ratkaisusta kuitenkin korkeintaan välillisesti luettavissa. Täsmällisemmin siitä ennakoitavissa oleva lisäedellytystulkinta tuotiin sen sijaan esiin ratkaisussa *ERT* vuonna 1991:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *ERT* (C-160/89, 18.5.1991): [...] Kyseiseen kansalliseen säännöstyön *voidaan siten soveltaa* 56 ja 66 artiklan mää-

³³² Aikaisemmassa numeroinnissa yhteisön perustamissopimuksen 30 artikla. Sisäisillä soveltamisrajoituksilla viitataan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuihin, joissa se on perusvapauksien rajoituksia koskevien primäärioikeuden säännösten soveltamisen sijaan todennut kansallisten säännösten jäävän perusoikeuksien soveltamisalan ulkopuolelle. Sisäiset soveltamisrajoitukset tunnetaan yleisesti myös *Cassis de Dijon -oikeuskäytäntönä* merkittävästä ennakkoratkaisusta *Rewe* (120/78, 20.2.1979) sekä doktriinia myöhemmin ”myyntijärjestelyiden” osalta täydentäneestä ratkaisusta *Keck & Mithouard* (C-267/91 & 268/91, 24.11.1993). Jälkimmäiseen ratkaisuun palataan jäljempänä tässä pääluvussa.

³³³ Ratkaisun kohta 26, kursivoinnit kirjoittajan.

räyksissä tarkoitettuja *poikkeuksia ainoastaan silloin*, kun se on niiden *perusoikeuksien mukainen*, joiden noudattamista yhteisöjen tuomioistuin valvoo.³³⁴

ERT-ratkaisussa arvioitavana oli Kreikan kansallinen televisiomonopoli, jonka yhteisöjen tuomioistuin katsoi rajoittavan samanaikaisesti sekä palvelujen tarjoamisen vapautta että sananvapautta. Yhtenä syynä siihen, että tuomioistuin päätyi ratkaisussaan tietyin poikkeuksin hyväksymään monopolisääntelyn viestinnän moniarvoisuusturvan perusteella sekä perusvapaus- että perusoikeusrajoituksena, voidaan *Cinéthèque*-ratkaisun tavoin pitää vielä vakiintumatonta ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöä, jonka ristiriitapotentiaalia lisäävästä ennakoimisesta yhteisöjen tuomioistuin halusi pidättäytyä.³³⁵ Tässä tarkasteltavan kysymyksen kannalta mielenkiintoista *ERT*-ratkaisussa on kuitenkin paitsi sen sisältämä eksplisiittinen määritelmä lisäedellytystulkinnasta, myös sen perusteluissa noudatettu logiikka perusvapauksien ja sananvapauden rajoitusperusteiden keskinäisestä kumulaatiosta. Se mikä *Cinéthèque*-ratkaisussa vielä näyttäytyi selvästi kahtena toisistaan riippumattomana arviointikriteerinä, kytkeytyi *ERT*-ratkaisussa aukottomasti yhteen: sisämarkkinoiden toiminnalle kansallisesta sääntelystä aiheutuvaa haittaa ei arvioitu puhtaasti kaupallisiin ja sananvapauden rajoittumista tästä erillään puhtaasti ei-kaupallisiin kriteereihin, vaan perustamissopimuksen turvaamassa palveluiden tarjoamisessa katsottiin samalla olevan suoraan kyse unioniperusoikeuksiin kuuluvan sananvapauden käytöstä. Tuomioistuimen mukaan sananvapaus oli otettava huomioon *tulkintaa ohjaavana yleisenä oikeusperiaatteena* perusvapauksien sekä unionin oikeuden kilpailusääntöjen soveltamista arvioitaessa.³³⁶ Kumulaatiosta voi sellaisenaan seurata perusvapauspoikkeuksia koskevan punninnan ankaroituminen yli puhtaasti markkinaestearvioihin perustuvien *de minimis* -kynnysten: viestinnän esteet voivat toisin sanoen olla unionin oikeudessa kiellettyjä silloinkin, kun niiltä puuttuisi tavallisesti edellytettävä taloudellinen merkitys sisämarkkinaesteinä. Juuri tällainen hypoteesi muodostaa yhden kiinnostuksen arvioida sitä, miten pitkälle yhteisöjen tuomioistuimen on mahdollista käyttää lisäedellytystulkintaa perusvapauksien ja sananvapauden eduksi.³³⁷ Mikäli yhteisöjen tuomioistuimen sananvapausvalvonta toisaalta pysyy niin suurpiirteisenä ja tehottomana kuin kriittisessä oikeuskirjallisuudessa on usein väitetty,³³⁸ voi kumulatiivisen oikeussuojan merkitys tuki käytännössä jäädä varsin vähäiseksi.

³³⁴ Ratkaisun kohta 43, kursivoinnit kirjoittajan.

³³⁵ Ks. erityisesti luku 1.3.3.

³³⁶ Erityisesti ratkaisun kohta 44.

³³⁷ Ks. kuitenkin *Keck-oikeuskäytännön* vaikutuksesta lisäedellytystulkintaan jäljempänä tässä luvussa.

³³⁸ Esim. Bühler 2005, s. 473–476 sekä Eisner 2005, s. 58–61 ja 237–238.

Sikäli kun kyseessä ovat jäsenvaltioiden toimenpiteet nimenomaan viestinnän moniarvoisuuden turvaamiseksi, kuten oli kyse itse *ERT*-ratkaisun tilanteessa, on yhteisöjen tuomioistuin toistaiseksi varsin johdonmukaisesti pidättynyt sananvapauden vapausoikeussisältöä painottavasta, oikeussuojaa kumulatiivisesti laajentavasta tulkinnasta ja sen sijaan tunnustanut moniarvoisuusturvan tietyssä määrin osaksi unionin sananvapaussuojan sisältöä (ks. edellä lainatut ratkaisut *Gouda* (C-288/89, 25.7.1991), *Veronica* (C-148/91, 3.2.1993) sekä *TV 10* (C-23/93, 5.10.1994)).³³⁹ Tulkintalinjan muutos on tässä suhteessa toki edelleenkin mahdollinen niin perusoikeuskirjan 11 artiklan kuin Amsterdamin pöytäkirjan antaman harkintavaran puitteissakin.³⁴⁰ Ratkaisevaa tulevaisuudessa on tältä osin ennen kaikkea se, miten kansallisten toimenpiteiden viestinnän moniarvoisuutta turvaava vaikutus pyritään määrittelemään ja todentamaan, sekä toisaalta se, miten arvioitu positiivinen vaikutus on suhteutettavissa perusvapauksien ja vapausoikeudellisen sananvapauden toisiaan tukevaan oikeussuojaan.³⁴¹ Kiinnostavaa on toisaalta yhtä lailla myös se, missä määrin *ERT*-ratkaisun perusteluissa kuvattua *markkinaesteiden sananvapaussmyönteistä tulkintaa* sovelletaan niissä tilanteissa, joissa moniarvoisuusproblematiikka ja sananvapauden antinomia eivät ole relevantteja, vaan sananvapauden ja perusvapauksien kumulaation vastapainona on punnittava muita sananvapautta rajoittavia oikeuksia. Suoraviivainen kumulaatiotulkinta voi tällöin luonnollisestikin johtaa näiden oikeuksien ankariin rajoituksiin unionin oikeuden soveltamisalalla. Mikäli sananvapautta koskevan lisäedellytyksen sen sijaan tulkitaan pääsääntöisesti aina täyttyvän ilman yksityiskohtaista rajoitusedellytyspunnintaa, voivat sisämarkkinaratkaisuisa tehdyt lisäedellytystulkinnat toisaalta johtaa myös täysin päinvastaiseen lopputulokseen eli riittävän sananvapausvalvonnan laiminlyöntiin.

Merkittävä rajapyykki yhteisöjen tuomioistuimen kehittämälle sisämarkkinadoktriinille ja samalla myös tässä tarkasteltavalle sananvapauden lisäedellytystulkinnalle on vuoden 1993 ratkaisu asiassa *Keck & Mithouard* (C-267/91 & 268/91, 24.11.1993). Yhteisöjen tuomioistuin täydensi ratkaisussa aikaisemmin luomaansa doktriinia perusvapaussäännösten sisäisistä soveltamisrajoituksista uudella *sallitun myyntijärjestelyn* käsitteellä, joka vakiintui myöhemmässä ratkaisukäytännössä ehkä tärkeimmäksi vähäisempiä sisämarkkinaesteitä karsivaksi kriteeriksi (ns. *Keck-oikeuskäytäntö*). Uudemmat sananvapauden lisäedellytystulkintaa koskevat ratkaisut voidaan nimenomaan myyntijärjestelykäsitteen pohjalta jakaa karkeasti kahteen toisistaan poikkeavaan tyyppitilanteeseen: perusvapauksien ja sananvapauden rajoitusten arviointiin *Keck*-oikeuskäytännön

³³⁹ Ks. lainaukset ratkaisuista luvussa 1.1.2. Ks. myös samana päivänä *Gouda*-ratkaisun kanssa annettu ratkaisu *Komissio v. Alankomaat* (C-353/89, 25.7.1991).

³⁴⁰ Ks. luku 1.4.

³⁴¹ Moniarvoisuusturvan ongelmaan sisämarkkinaoikeudessa palataan tarkemmin luvussa 2.3.4.

mukaisina myyntijärjestelyinä ja päällekkäisten oikeuksien punnitsemiseen viestintää rajoittavien, poikkeuksellisten painavien (perus-)oikeusintressien kanssa. Ensimmäisessä on kyse siitä, aiheuttavatko arvioitavat toimenpiteet perusvapauksille ja sananvapaudelle merkitykseltään riittävän vähäisiä myyntijärjestelyiksi tulkittavissa olevia rajoituksia, että ne voidaan unionin oikeudessa hyväksyä. Jälkimmäisessä sisämarkkinaesteet ovat joko sellaisenaan tai niihin sisältyvät sananvapausrajoitukset huomioon ottaen merkittäviä, mutta toimenpiteet on siitä huolimattakin voitava hyväksyä niiden turvaamien muiden oikeuksien perusteella. Perusvapaus säännösten sisäisten soveltamisrajoitusten kannalta kysymys on *Cassis de Dijon* -doktriinin täsmentymisestä kahdeksi eri arvionäkökulmaksi. Jälkimmäisissä tilanteissa kysymys voi sisäisten soveltamisrajoitusten ohella luonnollisestikin olla myös primäärioikeudessa nimenomaisesti säänneltyjen perusvapauspoikkeuksien tulkinnasta.

Toistaiseksi ehkä tärkeimpinä sananvapausrelevanteina *Keck*-oikeuskäytännön sovelluksina voidaan pitää yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuja *Karner* vuodelta 2004 sekä *Burmanjer* vuodelta 2005. Edellisessä oli kyse itävaltalaisesta sääntelystä, joka kielsi mainonnan konkurssipesästä peräisin olevien tavaroiden myynnin yhteydessä, jälkimmäisessä puolestaan Belgian lainsäädännössä vaaditusta ennakkoluvasta aikakauslehtitilausten myyntiin julkisilla paikoilla. Ratkaisuja yhdistää paitsi perusvapauksia rajoittavien kansallisten säännösten tarkasteleminen *Keck*-oikeuskäytännön mukaisina sallittuina myyntijärjestelyinä, myös perusvapauksien käytön suora kytkentä sananvapauden käyttöön. *Karner*-ratkaisun perusteluissa yhteisöjen tuomioistuin suoritti koko tarkastelun sananvapauspunnintoineen itse, kun taas *Burmanjer*-ratkaisussa se jätti syrjimättömyyskriteerin arvioinnin ja samalla siihen mahdollisesti kuuluvan sananvapausarvioinnin kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Karner* (C-71/02, 25.3.2004): [...] Silloin kun sananvapauden käyttö *ei liity yleisen edun mukaiseen mielipiteiden vaihtoon* ja kun se lisäksi tapahtuu yhteydessä, jossa valtiolla on tiettyä harkintavaltaa, valvonta rajoittuu sen tutkimiseen, onko vapauden rajoittaminen kohtuullista ja oikeasuhteista. [...] Kun otetaan huomioon kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä olevan asian taustalla olevat oikeudelliset seikat ja tosiseikat sekä jäsenvaltioilla oleva harkintavalta, UWG:n 30 §:ssä säädetyn kaltainen mainonnan rajoitus *on kohtuullinen ja oikeassa suhteessa* sillä tavoiteltuihin laillisiin päämääriin eli *kuluttajansuojaan ja hyvien kauppatapojen turvaamiseen* nähden.³⁴²

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Burmanjer* (C-20/03, 26.5.2005): [...] On varmaa, että liikkuvan kaupan järjestelmän kaltainen kansallinen järjestelmä

³⁴² Ratkaisun kohdat 51 ja 52, kursivoinnit kirjoittajan; ks. myös ratkaisun kohta 50 sekä kommentina Pesonen 2007.

on lähtökohtaisesti omiaan rajoittamaan kyseessä olevien tuotteiden myynnin kokonaisuutena kyseessä olevassa jäsenvaltiossa ja näin ollen omiaan vähentämään myös toisista jäsenvaltioista peräisin olevien tavaroiden myyntiä. Tilausten liikkuva kauppa voi myös kiistatta osoittautua hyväksi tavaksi tutustuttaa kuluttajat alkuperältään monenlaisiin aikakauslehtiin. Komission mukaan tämä viimeinen toteamus pätee erityisesti ulkomaisiin aikakauslehtiin. Yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan voi käytettävissään olevien tietojen perusteella selvittää varmasti, vaikuttaako kansallinen liikkuvan kaupan järjestelmä enemmän muista jäsenvaltioista kuin Belgian kuningaskunnasta peräisin olevien tuotteiden myyntiin. Yhteisöjen tuomioistuimelle toimitetusta asiakirja-aineistosta näyttää kuitenkin ilmenevän, että vaikka kyseisellä järjestelmällä olisikin tällainen vaikutus, se olisi niin vähäinen ja satunnainen, ettei sen voitaisi katsoa olevan omiaan rajoittamaan tai haittaamaan muulla tavalla jäsenvaltioiden välistä kauppaa.³⁴³

Mainosviestinnän erityisasemaan sananvapaussuojan kohteena, jolla luonnollisestikin oli olennainen merkitys *Karner*-ratkaisun perusteluista ilmenevässä punninnassa, palataan yksityiskohtaisemmin jäljempänä.³⁴⁴ Lisäedellytystulkinnan kannalta on ratkaisussa kuitenkin huomionarvoista myös se, ettei sääntelyn tulkitseminen sallituksi myyntijärjestelyksi ainakaan sellaisenaan vapauttanut tuomioistuinta ottamasta kantaa nimenomaisesti myös sääntelyn sananvapausvaikutukseen. *Keck*-oikeuskäytännön myyntijärjestelykäsitteen luonteeseen tietyllä tavalla kuuluvaa järjestelyn sisämarkkinoille aiheuttaman vaikutuksen vähäisyyttä ei siten suoraan yhdistetty sananvapausrajoituksen vastaavaan vähäisyyteen tai hyväksyttävyyteen, vaan sananvapautta koskeva punninta oli suoritettava itsenäisesti, *Keck*-kriteerien soveltumisesta riippumatta. Mikäli tämä päätelmä kuitenkin halutaan yleistää, on ainakin yhteisöjen tuomioistuimen perusteluita myöhemmässä *Burmanjer*-ratkaisussa pidettävä varsin puutteellisina. Vaikka nimenomaan tarkasteltavan sääntelyn vaikutukset eri aikakauslehtien saavuttamaan levikkiin ja vaikutukset kuluttajan mahdollisuuksiin tutustua muista jäsenvaltioista peräisin oleviin viestintäsisältöihin olivat keskeisesti esillä niin julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa³⁴⁵ kuin yhteisöjen tuomioistuimen perusteluissakin, jäi mahdollisen sananvapaussuojan tarpeellisuus *Burmanjer*-rat-

³⁴³ Ratkaisun kohdat 30 ja 31, kursivoinnit kirjoittajan. *Keck*-oikeuskäytännön mukaisten kriteerien arvioinnin lisäksi yhteisöjen tuomioistuin jätti ratkaisussa kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi myös mahdollisten muiden *Cassis de Dijon* -oikeuskäytäntöön perustuvien sisäisten soveltamisrajoitusten arvioinnin: näitä olisi sovellettava silloin, kun sääntelyn katsottaisiin tekevän oikeudellisesti tai tosiasiallisesti eron kansallisten ja muista jäsenvaltioista tulevien toimijoiden välillä. Tässä lainatun perustelujen kohdan voidaan kuitenkin katsoa antavan erittäin selvän viitteen siitä, miten kansallisen tuomioistuimen tulisi yhteisöjen tuomioistuimen sille toimitetun aineiston pohjalta muodostaman näkemyksen mukaan asiaa tarkastella.

³⁴⁴ Luku 2.2.4.

³⁴⁵ Julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus 16.12.2004 asiassa C-20/03. Ratkaisuehdotuksen kohdassa 24 mainitaan sananvapaus lyhyesti Belgian perustuslain ja Euroopan ihmisoikeussopimuk-

kaisussa kokonaan myyntijärjestelykäsitteen tulkinnan ja sitä koskevien *de minimis* -arvioiden peittoon. Päinvastoin kuin ratkaisussa *Karner*, yhteisöjen tuomioistuimen perustelut *Burmanjer*-ratkaisussa antoivat ennemminkin kuvan, että myyntijärjestelyn sallittavuus *Keck*-kriteerein kattaisi hyväksyttävyyden koko unionin oikeuden, mukaan lukien sananvapauden ja muiden unioniperusoikeuksien kannalta. Silloin kun sallitun myyntijärjestelyn edellytyksien katsottaisiin täyttyneen, jäisi erillinen lisäedellytystarkastelu toisin sanoen tarpeettomaksi.

Systä kahden edellä mainitun ratkaisun eroihin voidaan esittää ainakin kaksi mielenkiintoista arviota. *Burmanjer*-ratkaisussa ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin oli ensinnäkin tuonut esiin tutkivansa asiaa Belgian perustuslain sananvapaussäännöksen ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan pohjalta, mutta samalla jättänyt sananvapausproblematiikan yhteisöjen tuomioistuimelle esittämiensä kysymysten ulkopuolelle. Yhteisöjen tuomioistuimen oli siten varsin helppoa keskittyä tarkastelemaan sille esitettyjä sisämarkkinakysymyksiä ja pidättyä ottamasta omasta aloitteestaan erikseen esiin unionin oikeuteen kuuluvaa itsenäistä sananvapausvalvontaa ja siihen perustuvaa lisäedellytystulkintaa. Toiseksi tällainen kannanotto olisi epäilemättä ollut myös sisällöllisesti vaikeampi muotoilla kuin *Karner*-ratkaisussa, jossa yhteisöjen tuomioistuin saattoi luontevasti tukeutua aikaisemmassa oikeuskäytännössä postuloituun kaupallista viestintää ja varsinkin mainontaa koskevaan laajemman harkintavallan doktriiniin. Kumpikaan mainituista syistä ei toki välttämättä riitä perustelemään yhteisöjen tuomioistuimen luopumista itsenäisestä sananvapausvalvonnasta osana sille kuuluvaa perusvapaustarkastelua. Johdonmukaisuuden vuoksi yhteisöjen tuomioistuimen olisi tullut myös *Burmanjer*-ratkaisussa vähintäänkin mainita, että perusvapauksien rajoittaminen on unionin oikeudessa yleisesti mahdollista vain siinä tapauksessa, että rajoitus on hyväksyttävissä myös jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen kuuluvan perusoikeussuojan, tässä tapauksessa mitä ilmeisimmin juuri sananvapaussuojan näkökulmasta. Myös valtiosääntöperinteen sisällön tarkemman tulkitsemisen asiassa olisi toisaalta voitu katsoa kuuluneen juuri yhteisöjen tuomioistuimelle eikä ensisijaisesti kansallista perustuslakia ja ihmisoikeussopimusta tulkitsevalle kansalliselle tuomioistuimelle.

Burmanjer-ratkaisua voidaan epäilemättä pitää yhtenä malliesimerkkinä yhteisöjen tuomioistuimen sananvapausvalvonnan – ja yleisemminkin unionin perusoikeusvalvonnan – heikkoudesta ja tehottomuudesta. Tilanteissa, joissa sananvapausargumentteja ei varsinaisesti tarvita tavoitellun sisämarkkinaratkaisun tueksi, niillä on ainakin jonkinasteinen taipumus tulla unohdetuksi punninta-asetelmasta. Merkitystä on tällöin varmasti myös sillä, miten olemassa olevaa

sen turvaamana oikeutena kansallisen tuomioistuimen tarkasteltavana olevien kysymysten yhteydessä.

ihmisoikeustuomioistuimen doktriinia voidaan kulloinkin käsillä olevan ratkaisun tukena käyttää. Yhteisöjen tuomioistuimen voidaan varmasti arvioida olevan varsin haluton luomaan uutta, mahdollisesti ihmisoikeustuomioistuimen tulevas-ta tulkintalinjasta poikkeavaa sananvapausdoktriinia ainakin sellaisissa ratkai-sussaan, joissa sisämarkkinaratkaisu on helposti tehtävissä ilman sananvapaus-problematiikkaakin – erityisesti siis silloin, kuin kansallista sääntelyä voidaan pitää *Keck*-oikeuskäytännön mukaisena myyntijärjestelynä. *Karner*-ratkaisun kaltaisissa tilanteissa, joissa tiedossa oleva ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan ratkaisukäytäntö sen sijaan luontevasti tukee valittua sisämarkkinatulkintaa, on lisäedellytystulkintaa varmasti helpompi noudattaa silloinkin, kun sääntelyä pi-detään sisämarkkinoiden kannalta sallittuna myyntijärjestelynä.

Keck-oikeuskäytännön ulkopuolelle jäävissä lisäedellytystulkinnoissa on kyse punninnoista, joissa sisämarkkinaestettä ei voida pitää vastaavalla tavalla vähäi-senä, tai erityisesti tilanteista, joissa kansallinen sääntely ei sovellu erotuksetta kotimaisiin ja muista jäsenvaltioista peräisin oleviin tuotteisiin ja palveluihin. Tässä yhteydessä voidaan puhua esimerkiksi ”yleisemmästä *Cassis de Dijon*-doktriinista”. Näille ratkaisuille on yhä tavallisemmin ominaista väistämätön kytkentä perusoikeusproblematiikkaan, varsinkin kansallisten perusoikeuksien suhteeseen sisämarkkinoiden perusvapauksiin. Monimutkaisimmiksi asiat tule-vat silloin, kun ratkaisuun mahdollisesti vaikuttavia perusoikeuksia on useita, ja etenkin silloin, kun eri perusoikeudet ovat kollisiossa keskenään. Yhteisöjen tuomioistuinta voidaan tässä yhteydessä kritisoida siitä, että se on toistaiseksi näyttänyt olevan valmis punnitsemaan sisämarkkinoiden perusvapauksien kansa vasta yhtä perusoikeutta kerrallaan. Sananvapaus on siten saatettu sivuuttaa sovellettavan lisäedellytyksen asemasta jo siksi, että tarkasteltavana on jokin muu perusoikeusjärjestelmään kuuluva oikeus. Hyvän esimerkin tällaisesta so-veltamistilanteesta, jossa mahdollinen sananvapausulottuvuus olisi varmasti ai-nakin tullut mainita ratkaisun perusteluissa, antaa vuoden 2004 tunnettu ihmisar-von suojaava ratkaisu *Omega*:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Omega* (C-36/02, 14.10.2004): [...] Pelkäs-tään se seikka, että jäsenvaltio on ottanut käyttöön *erilaisen* suojajärjestelmän kuin jokin toinen jäsenvaltio, ei sulje pois sitä, että kyseiset toimenpiteet ovat *tarpeellisia ja oikeasuhteisia* [...] Yhteisön oikeus ei estä sitä, että taloudelli-nen toiminta, jossa hyödynnetään kaupallisesti *peliiä, jossa simuloidaan ih-misten tappamista*, kielletään kansallisella toimenpiteellä, joka on annettu yleisen järjestyksen turvaamiseksi *sillä perusteella, että tämä toiminta louk-kaa ihmisarvoa*.³⁴⁶

³⁴⁶ Ratkaisun kohdat 38 ja 41, kursivoinnit kirjoittajan. Termiä ”sananvapaus” ei ratkaisun tekstis-sä mainita. Ks. kommenttina Raitio 2006, s. 424–425; Ojanen 2006, 192–198; Nyssönen 2007, s. 101–102 sekä Lindfelt 2007, s. 212–216.

Yhtenä ratkaisun keskeisenä ongelmakysymyksenä oli eurooppalaisen valtiosääntöperinteen ilmeinen heterogeenisyys ihmisarvoa koskevissa määritelmissä. Väitteen siitä, ettei Saksan perustuslaissa perusoikeutena turvattu ihmisarvo olisi sisältynyt yhteisön oikeuteen eli yhteisestä valtiosääntöperinteestä ilmeneviin unioniperusoikeuksiin, yhteisöjen tuomioistuin yksiselitteisesti ja varsin perustellusti hylkäsi. Kansallisen laseraseleihin kohdistuneen kiellon oikeutusta ihmisarvon suojan perusteella tarkasteltiin kuitenkin ainoastaan sisämarkkinoiden perusvapauksien näkökulmasta, vaikka pelit olisi voitu hyvinkin rinnastaa nimenomaan sananvapauden suojaamiin viestintätuotteisiin kuten sisällöltään vastaaviin videopeleihin. Kyse oli lisäksi jopa sellaisista (viestintä-)sisällöistä, jotka useimmissa unionin jäsenmaissa olivat laillisia. Sananvapauden lähtökohtaisen sisältö- ja muotoneutraaliteetin näkökulmasta *Omega*-ratkaisussa tarkasteltu sääntely olisi siis helposti voitu tulkita sananvapausrajoitukseksi ainakin ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan merkityksessä. Vaikka ratkaisun lopputulos olisi saattanut lopulta olla hyväksyttävissä sananvapaustarkastelussakin, on joka tapauksessa aihetta kritisoida sitä, että tuomioistuin jätti tällaisen tarkastelun kokonaan tekemättä. Koska tarkasteltu kiello oli lisäksi soveltamisalaltaan varsin laaja – se ei esimerkiksi koskenut ainoastaan pelien markkinointia tai luovuttamista lapsille ja nuorille – olisi suvaitsevaisuusperiaatteen vahva painotus voinut varmasti johtaa päinvastaiseenkin lopputulokseen.³⁴⁷ Vielä jossakin määrin selvemmin sananvapaustarkastelu kierrettiin myöhemmin soveltamistilanteeltaan *Omega*-ratkaisua läheisesti muistuttavassa asiassa *Dynamic Medien* vuonna 2008:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Dynamic Medien* (C-244/06, 14.2.2008): [...] Koska [käsitys lasten oikeuksien suojelun tasosta ja toteutustavoista] voi *vaihdella jäsenvaltioittain* erityisesti niissä vallitsevien moraalii- tai kulttuurikäsitteiden mukaisesti, jäsenvaltioille *on syytä myöntää kiistaton harkintavalta* asiassa. [...] Kiellon aineellisen ulottuvuuden osalta on todettava, että alaikäisten suojelusta annetussa laissa *ei kielletä tarkastamattomien kuvatallenteiden kaikkia myyntitapoja*. [...] Tällaisten kuvatallenteiden tuonti ja myynti aikuisille on sallittua sellaisten myyntikanavien välityksellä, joissa tavaran toimittaja ja ostaja ovat henkilökohtaisessa yhteydessä [...] Näiden seikkojen valossa on *selvää, ettei [...] lainsäädännössä ylitetä sitä, mikä on tarpeen [...] päämäärän saavuttamiseksi* [...] Tarkastusmenettelyn on kuitenkin oltava *helpos-*

³⁴⁷ Nyysönen (2007, s. 101–102) katsoo videopelien kuva- ja äänitallenteina kuuluvan yleisestikin sananvapaus- ja *ilmaisuvapaus*suojaan piiriin (ks. tässä tutkimuksessa käytettyä terminologiaa koskeva selitys kirjan alussa) ja pitää soveltamisalaltaan laajoja kieltoja pääsääntöisesti perusoikeussuojan vastaisina. Nyysösen esittämä sisällöllinen vertailu tappamispelien ja aiheeltaan vastaavien kirjallisten ja audiovisuaalisten teosten kanssa on tässä suhteessa erityisen osuva.

ti käytettävissä, se on oltava saatettavissa loppuun kohtuullisessa ajassa ja [...] hylkäävä päätös on voitava saattaa tuomioistuimen käsiteltäväksi.³⁴⁸

Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyissä ennakkoratkaisukysymyksissä ei käsitelty sananvapautta eikä tuomioistuin ottanut sitä myöskään omasta aloitteestaan esille perusvapauksia, tässä tapauksessa erityisesti direktiivillä 2000/31/EY säännellyn tietoyhteiskunnan palvelujen vapaata liikkuvuutta, koskevien rajoitusten lisäedellytyksenä. Huomionarvoista on, että ratkaisussa oli kyse sananvapauden käytöstä ja nimenomaan sitä rajoittavasta ennakkolisestä valvonnasta, johon jo ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkintakäytännön perusteella on sovellettava ankarampaa suhteellisuuspunnintaa.³⁴⁹ *Keck*-doktriinin mukaiseen myyntijärjestelykäsitteeseen, jonka pohjalta yhteisöjen tuomioistuin kansallista sääntelyä asiassa arvioi, tarkastusjärjestelmä sopi tuomioistuimen mainitsemien tehokkuusedellytyksin epäilemättä varsin hyvin. Se sijaan sitä, riittävätkö mahdollisuus välittää ennakkotarkastamattomia tallenteita perinteisen henkilökohdaisen kaupankäynnin kautta ja helposti käytettävissä oleva tarkastusmenettely myös sananvapauden turvaamiseksi, ei varmastikaan ole yhtä helppo ratkaista – ainakaan ilman minkäänlaista ratkaisun perusteluihin kirjattua punnintaa suojattavien lasten oikeuksien ja sananvapauden välillä. Samoin kuin ihmisarvon käsite *Omega*-ratkaisussa näyttäytyvät *Dynamic Medien* -ratkaisussa moraali ja lasten suojeleminen eräänlaisina koko unioniperusoikeusjärjestelmää ylempinä periaatteina, jotka antavat jäsenvaltioille ”*kiistattoman harkintavallan*” ja vapauttavat yhteisöjen tuomioistuimen *ERT*-ratkaisussa toteamasta sidonnaisuudestaan sananvapauteen.

Kokoavasti voidaan todeta, ettei *ERT*-ratkaisussa selkeästi formuloitua lisäedellytyssääntöä ole yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä toistaiseksi sovellettu johdonmukaisesti. Vaikka sananvapauden ja sisämarkkinoiden perusvapauksien voidaan useissa soveltamistilanteissa arvioida ainakin lähtökohtaisesti tukevan toisiaan, näyttää unionin oman sananvapausvalvonnan laiminlyönti mahdolliselta niin *Keck*-oikeuskäytännössä kuin muita perusoikeuksia koskevissa sisämarkkinaratkaisuisakin. Tuomioistuimen perusoikeuskannanotot ovat pääsääntöisesti irrallisia ja sille esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin sidottuja. Ratkaisut eivät siten ainakaan vielä kuvasta yhtenäistä unionin perusoikeusjärjestelmää, jonka osia tuomioistuimen tulisi omasta aloitteestaan ottaa tarkasteltavakseen aina niiden soveltuessa. Kritiikki yhteisöjen tuomioistuimen kyvyttömyydestä tehdä ratkaisuja, joilla perusoikeuskirjan artiklassa ennakoitulla tavalla voitaisiin sananvapauden turvaamisessa ylittää ihmisoikeussopimuksessa

³⁴⁸ Ratkaisun kohdat 44, 48 ja 50, kursivoinnit kirjoittajan; ks. kommenttina Konrad – Weber 2008 sekä Frey – Rudolph 2008, s. 571.

³⁴⁹ Ks. luku 1.3.2.

määritetty vähimmäissuojataso, näyttää siten ainakin tähänastisen lisäedellytystulkintoja koskevan ratkaisukäytännön perusteella jossakin määrin oikeutetulta.

2.2.3 Viestintätuotteiden ja -palvelujen kaupan edistäminen sekundaarilainsäädännössä

Sisämarkkinoiden perusvapauksien ja sananvapauden suhde määrittyy unionin oikeudessa primäärioikeuden tulkinnan sijaan yhä useammin viestintää suoraan tai epäsuorasti koskevan sekundaarioikeuden kautta. Samalla kun jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentäminen poistaa sisäraajat ylittävän kaupan oikeudellisia esteitä, se vaikuttaa monesti olennaisella tavalla myös yksilön mahdollisuuksiin viestiä sisämarkkina-alueella sen kansallisista rajoista riippumatta.³⁵⁰ Monesti viestinnän vapaus tehostuu niiden taloudellisten edellytysten kautta, jotka syntyvät oikeudellisesta mahdollisuudesta markkinoida sisällöltään ja muodoltaan samoja viestintätuotteita tai -palveluita useampien jäsenvaltioiden alueilla. Lähtökohta on tällöin sama kuin edellä käsitellyssä primäärioikeuden lisäedellytystulkinnassa: edistämällä perusvapauksien toteutumista viestinnän alalla sisämarkkinaharmonisointi poistaa ainakin pääsääntöisesti myös sananvapauden esteitä Euroopassa. Tämä voi tapahtua yhtäältä viestintää ja sananvapausrajoituksia koskevia materiaalisia oikeussäännöksiä harmonisoinnin sekä toisaalta alkuperämaaperiaatteen ja sen muunnosten soveltamisalaa koskevien laajennusten kautta. Integraatiopolitiikalla rakennetaan tiettyssä mielessä pala palalta uutta ylikansallista viestintäoikeutta, jonka valtiosääntöoikeudellinen kontrolli merkitsee ensi sijassa yhteisön tuomioistuimen suorittamaa sananvapausvalvontaa. Sekundaarilainsäädännön kannalta tämä valvonta koskee sekä säännösten pätevyyden arviointia että niiden unioniperusoikeussuojan kanssa yhteensopivaa tulkintaa.

Eräänlaisena unionin viestintäoikeuden ydinosana ja lippulaivana on yleisesti pidetty alkuaan vuonna 1989 annettua neuvoston direktiiviä *televisiotoimintaa* koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (89/552/ETY) [*televisiiodirektiivi*], jota on lähitulevaisuudessa tarkoitus laajentaa yleisemmin *audiovisuaalista viestintää* säänteleväksi direktiiviksi.³⁵¹ Televisiiodirektiivi sisältää lukuisia säännöksiä maasta toiseen lähetettä-

³⁵⁰ Tämä on myös komission itsensä usein toistama argumentti viestintää ja erityisesti audiovisuaalisia viestintäpalveluja koskevan unionin sääntelyn laajentamiseksi; ks. Reading 2008, s. 75. Hyvän tätä tukevan esimerkin sisämarkkinaoikeuden (osin ennakoituista) vaikutuksista sananvapauden Espanjan oikeudessa tarjoaa Freixes Sanjuan 1995, ks. erityisesti s. 106–107; vrt. Myös Streinz 1990, s. 233–234.

³⁵¹ Säädos on tunnettu myös nimellä ”televisio ilman rajoja -direktiivi”; muutettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/36/EY; ks. myös komission esitys uudistuksista KOM/2005/0646 lopullinen sekä sitä koskeva Euroopan parlamentin raportti A6-0399/2006.

vien televisiolähetysten sallituista ja kielletyistä sisällöstä, ja sen lähtöajatuksena on kieltää jäsenvaltioita estämästä näissä asetetut vähimmäisehdot täyttävien muista jäsenvaltioista peräisin olevien ohjelmien lähettäminen alueellaan. Kyse on toisin sanoen sisällöllisen minimiharmonisoinnin ja alkuperämaaperiaatteen kombinaatiosta viestintäoikeuden, valtiosääntöoikeuden näkökulmasta tarkasteltuna sananvapausrajoitusten alalla. Vastaava asetelma toistuu unionin lainsäädännössä varsinkin direktiivissä *harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta* (84/450/ETY, muutettu direktiivillä 97/55/EY) samoin kuin *immateriaalioikeuksien* harmonisoinnissa (mm. tekijänoikeusdirektiivi 2001/29/EY ja asetus alkuperänimitysten suojasta 92/2081/ETY).³⁵² Lisäksi on huomattava, että unionin yleisen kilpailuoikeuden voidaan katsoa tehokkaasti täydentävän sekundaarioikeuden lainsäädäntökehystä sisämarkkinoiden perusvapauksien ja samalla myös itse harmonisointiin verrattavalla tavalla sisäraajat ylittävän sananvapauden tukena.³⁵³

Puhuttaessa sananvapaudesta – tai väljemmin esimerkiksi viestintätoiminnan vapauksista – ja sisämarkkinaharmonisoinnin vaikutuksista on tärkeää huomata, ettei viestintää koskevien vapauksien tehostumista tai rajoittumista voida arvioida yksiselitteisesti tai yksiulotteisesti edes silloin, kun kysymys ei ole sananvapausasetelmaa yleisesti mutkistavasta viestinnän moniarvoisuusturvasta. Koska harmonisoinnin kannalta olennaista on viestinnän sisältösääntelyn mahdollisimman laaja yhdenmukaisuus eikä varsinaisesti siinä toimeenpantujen viestintää koskevien rajoitusten laajuus, voidaan sisämarkkinaesteitä periaatteessa poistaa yhtä lailla sananvapausrajoituksia lisäämällä kuin niitä vähentämälläkin. Uudet sekundaarioikeuden säännökset voivat siten esimerkiksi edistää mahdollisuuksia viestintätuotteiden ja -palveluiden välittämiseen unionin sisärajojen yli – mitä jo sellaisenaan voidaan pitää sananvapauden yhtenä ulottuvuutena – samanaikaisesti kun ne kuitenkin luovat myös uusia sisällöllisiä sananvapausrajoituksia tai laajentavat rajoitusten soveltamisalaa jäsenvaltioihin, joissa nämä eivät ennen harmonisointia ole olleet voimassa. Esimerkkeiksi tästä kelpaavat yhtä lailla erityiset tupakka-, alkoholi-, lääke- tai elintarvikemainonnan rajoitukset kuin televisiodirektiiviin sisältyvät lapsen oikeuksiin tai ihmisarvon suojaan perustuvat sisältösäännöksetkin. Erottelua ei toisin sanoen voi tässä suhteessa voi tehdä viestinnän kaupallisuuden sen enempää kuin säännösten yleisyyden tai erityisyydenkään perusteella. Voidaan ennemminkin sanoa, että arviointi sekundaari-

³⁵² Säädestä on muutettu useaan otteeseen mm. uusien jäsenvaltioiden liittymisen vuoksi.

³⁵³ Sekä televisiodirektiiviin että muihin tässä mainittuihin unionin lainsäädännön osiin palataan tutkimuksessa jäljempänä säännösten sisällön mukaan jaoteltuna. Mainosviestinnän sananvapautta käsitellään erityisongelmana seuraavassa luvussa 2.2.4. Nyt käsillä olevassa luvussa päähuomio on perusvapauksien ja sananvapauden edistämisessä sisämarkkinaperusteella toteutetun lainsäädännön lähentämisen kautta.

lainsäädännön yhteensopivuudesta sananvapauden kanssa ja sananvapausmyönteisestä tulkinnasta edellyttää jo pääsääntöisesti useampien, monesti keskenään kollisiossa olevien mutta kuitenkin sananvapaussuojan alaan kuuluvien oikeus-
asemien huomioon ottamista.

Euroopan unionin viestintäoikeudesta voidaan nykyisellään puhua nimikkeenä sille unionin sääntelyn eri osista hahmotetulle kokonaisuudelle, jolla on merkitystä viestinnän oikeudellisille edellytyksille. Näin määriteltyä oikeusnormikokonaisuutta voidaan pitää myös unionin sananvapausvalvonnan kohteena. Olisi ehkä kuitenkin harhaanjohtavaa puhua eurooppalaisesta viestintäoikeuden sääntelykokonaisuudesta, sillä säännökset eivät yleisesti sen enempää niihin kirjatuilta sääntelytavoitteiltaan kuin niiden antamiseksi käytetyiltä toimivalta-perustoiltaankaan viittaa viestinnän tai sananvapauden käytön sääntelyyn. Usein on kriittisesti todettu, ettei edes unionin televisiodirektiivi, jolla säännellään nimenomaisesti vain ja ainoastaan viestintää, sisällä tai ota suoraan huomioon minkäänlaista informaatiotehtävää, vaan keskittyy puhtaasti televisio-ohjelmien esteettömään kauppaan rahanarvoisina sisäraajat ylittävinä palveluina.³⁵⁴ Toimivaltakysymyksen kannalta tällaista lähtökohtaa voidaan pitää toki pitää välttämättömänäkin, koska erityistä toimivaltaa sananvapauden käytön sääntelemiseksi unionilla ei toistaiseksi ole. Eri kysymys on kuitenkin se, minkälaisia viestintää koskevia aineellisoikeudellisia ratkaisuja sisältyy sisämarkkinoiden rakentamiseksi ja kehittämiseksi tarvittavaan harmonisointiin, joka unionin toimivaltaan jo kuuluu. Sisämarkkinoita ei välttämättä ole mahdollista rakentaa tekemättä tavalla tai toisella myös mediapolitiikkaa.³⁵⁵ Mikäli viestintää ylipäätään säännellään, on informaatiotehtävä tai viestinnän kulttuurinen erityisluonne tuotteena tai palveluna ainakin johdonmukaisesti otettava huomioon. Viestintäoikeudellisesti epäonnistunut sisämarkkinaharmonisointi voi toisaalta olla joiltakin osin korjattavissa nimenomaan yhteisöjen tuomioistuimen toteuttamassa sananvapausvalvonnassa. Unioniperusoikeutta olisi tällöin mahdollista käyttää eräänlaisena unionin viestintäoikeuden koherenssitekijänä silloinkin, kun sekundaarioikeussääntely perustuu ensi sijassa sisämarkkinatavoitteisiin. Sisämarkkinoihin perustuvan toimivallan rajoista viestintää koskevissa kysymyksissä ja niiden suhteesta sananvapausongelmaan antaa hyvän esimerkin ratkaisu *Saksa v. parlamentti ja neuvosto n:o 1* vuodelta 2000:

³⁵⁴ Esim. Isak 1998, s. 129.

³⁵⁵ Asia on toki mahdollista esittää juuri päinvastoin: ”unioni rakentaa sisämarkkinoita eikä tee mediapolitiikkaa”, kuten esim. Euroopan komission informaatioyhteiskuntayksikön edustaja Renate Doerr on asian poleemisesti muotoillut (puheenvuoro Medientage München -konferenssissa 19.10.2006). Kysymys on itse asiassa siitä, voiko materiaaliin viestintää koskeviin säännöksiin ja sananvapauteen nähden ”neutraalia” sisämarkkinoiden toimintaan keskittyvää lähestymistapaa lopulta olla olemassa.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Saksa v. parlamentti ja neuvosto n:o 1* (C-376/98, 5.10.2000): [...] Tupakkatuotteiden *mainonnan muotojen suurimman osan osalta* niiden kieltämistä direktiivin 3 artiklan 1 kohdalla *ei voida kuitenkaan perustella tarpeella poistaa mainosvälineiden vapaan liikkuvuuden tai mainosalan palvelujen tarjoamisen vapauden esteitä*. Tämä koskee erityisesti mainontakieltoa julisteiden, päivänvarjojen, tuhkakuppien ja muiden hotelleissa, ravintoloissa ja kahviloissa käytettävien tavaroiden osalta, sekä elokuvissa esitettäviä mainoksia koskevaa kieltoa, koska *kyseisillä kielloilla ei millään tavoin helpoteta asianomaisten tuotteiden kauppaa*. [...] Perustamissopimuksen [95] artikla³⁵⁶ *olisi sallinut* sellaisen direktiivin antamisen, jolla *kielletään tiettyjä tupakkatuotteiden mainonnan ja niiden hyväksi tapahtuvan sponsoroinnin muotoja*. Koska direktiivissä säädetty tupakkatuotteiden mainontaa ja niiden hyväksi tapahtuvaa sponsorointia koskeva kiello on *yleisluonteinen*, direktiivin osittainen kumoaminen merkitsisi sitä, että yhteisöjen tuomioistuin muuttaisi direktiivin säännöksiä, mikä on yhteisön lainsäätäjän tehtävä. [...] Direktiivi *kumotaan kokonaisuudessaan*.³⁵⁷

Mainosviestinnän mahdollinen sananvapaussuoja unionin oikeudessa jäi ratkaisussa muuten huomattavankin yksityiskohtaisen tarkastelun ulkopuolelle.³⁵⁸ Direktiivin mahdollistamia ja toisaalta sen estämiä tapoja levittää mainontaa sisämarkkina-alueella kansallisista rajoista riippumatta tuomioistuin käsittelee kuitenkin perusteluissaan varsin havainnollisesti. Niiltä osin, kun direktiivi oli omiaan parantamaan joko mainontaa sisältävien tuotteiden ja palvelujen tai mainospalvelujen itsensä tarjoamista ja hankkimista yli jäsenvaltioiden rajojen, olisi unionin sisämarkkinaharmonisointia koskeva toimivalta riittänyt direktiivin antamiseen. Koska direktiivin tupakkamainontaa koskeva kiello oli kuitenkin soveltamisalaltaan niin laaja, että se kohdistui myös tuotteisiin ja palveluihin, joita ei ollut tavallisesti tarkoitukseen levittää unionin sisärajojen yli, sillä säänneltiin osin myös sisämarkkinoiden kannalta irrelevanttia mainosviestintää, mikä johti ratkaisussa lopulta direktiivin kumoamiseen. Toimivaltaproblematiikan kannalta olennaisia olivat ennen kaikkea erot perustamissopimuksen eri artiklojen sekundaarioikeuden säätämistä koskevissa edellytyksissä: mikäli direktiivi olisi annettu kansanterveyden suojaa koskevan [152] artiklan³⁵⁹ perusteella, olisi jäsenvaltioiden vaikutusvalta – ja etenkin niiden mahdollisuus estää ylikansallisen sään-

³⁵⁶ Ratkaisun aikana voimassa olleen numeroinnin mukaan yhteisön perustamissopimuksen 100 a artikla.

³⁵⁷ Ratkaisun kohdat 99, 117 ja 118; kursivoinnit kirjoittajan.

³⁵⁸ Toivottava olisi varmasti ollut vähintäänkin yhteisöjen tuomioistuimen myöhempää *Karner*-ratkaisua (C-71/02, 25.3.2004, kohdat 51 ja 52, ks. luku 2.2.2) sekä myöhempää ratkaisua *Saksa v. parlamentti ja neuvosto n:o 2* (C-380/03, 12.12.2006) vastaava maininta mainosviestintään soveltuvasta, mutta jossakin määrin alennetusta sananvapaussuojasta. Ratkaisussa tarkasteltiin asiaa tässä esiin otetun perusvapauskysymyksen ohella myös mahdollisen kilpailun rajoittumisen näkökulmasta. Tältä osalta päädyttiin myös samaan lopputulokseen. Ks. Savia 2001.

³⁵⁹ Ratkaisun aikainen yhteisön perustamissopimuksen 129 artikla.

telyn hyväksyminen – ollut lainsäädäntöprosessissa merkittävästi laajempi. Direktiivin perustaminen sisämarkkinaharmonisointia koskevaan toimivaltaan olisi siten myös helpommin jättänyt huomioimatta eri kansallisten perustuslakien mainosviestintään soveltuvan perusoikeussuojan vaatimukset.

Ratkaisu *Saksa v. parlamentti ja neuvosto n:o 1* havainnollistaa hyvin paitsi sisämarkkinakompetenssin rajoja itsessään myös näiden rajojen riippumattomuutta suhteessa sisällölliseen sananvapaussuojaan. Unionin toimivallan kannalta ratkaisussa oli varsin merkityksetöntä se, minkä laajuisia rajoituksia direktiivissä tupakkatuotteita koskevan mainonnan vapaudelle asetettiin; kysymys oli ainoastaan siitä, saavutetaanko näillä rajoituksilla tavoiteltuja sisämarkkinavaiikutuksia. Huomionarvoista on toisaalta myös se, että lainsäädännön lähentämisen kautta saavutettavalla vapaudella tuottaa mainospalveluja ja välittää mainosviestintää sisärajoista riippumatta oli ratkaisun perusteluissa tärkeä argumentaatioarvo siitäkin huolimatta, että direktiivi merkitsi itse asiassa yhden merkittävän mainospalvelusektorin kieltämistä lähes kokonaisuudessaan. Viestinnän vapautta tupakkamainontakiellon harmonisointi voikin tuki edistää esimerkiksi aikakauslehtien vapaamman levittämisen kautta maasta toiseen, mutta merkittävien mainostulojen poistuminen voi toisaalta myös kaventaa yleisesti lehtien toimintaedellytyksiä.³⁶⁰ Samoin kuin edellä käsitellyissä primäärioikeuden lisäedellytystulkintaratkaisuisakin³⁶¹ ongelmaksi jäi ratkaisussa lisäksi se, että yhteisöjen tuomioistuimien tarkasteli viestintäoikeudellisesti merkityksellistä kysymystä ainoastaan sisämarkkinakysymyksenä. Koska lopputuloksena kuitenkin oli direktiivin kumoaminen kokonaisuudessaan, ei sananvapaustarkastelun sivuuttamisella ratkaisussa ollut suoranaista vaikutusta viestintäoikeudelliseen doktriiniin, vaan esimerkiksi kysymys mainonnan sananvapaussuojasta unionin oikeudessa jäi ratkaistavaksi myöhemmässä oikeuskäytännössä.³⁶² Tupakkatuotteiden mainonnan osalta soveltamisalaltaan kavennettu ja siten toimivaltaongelmiltaan korjattu direktiivi tuli yhteisöjen tuomioistuimen tarkasteltavaksi myös sananvapauskysymyksenä ratkaisussa *Saksa v. parlamentti ja neuvosto n:o 2* vuonna 2006:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Saksa v. parlamentti ja neuvosto n:o 2* (C-380/03, 12.12.2006): [...] *Sanoma-, aikakaus- ja kuvalehtien liikkuminen jäsenvaltioiden välillä* on kiistaton tosiseikka kaikille jäsenvaltioille eikä se koske ainoastaan niitä jäsenvaltioita, joilla on yhteinen kieli. [...] Paperille

³⁶⁰ Ks. tästä tarkemmin luvut 2.2.4 ja 2.3.6.

³⁶¹ Luku 2.2.2.

³⁶² Ensimmäistä direktiiviä vaadittiin myös nimenomaan sananvapausperusteella kumottavaksi asiassa *Imperial Tobacco* (C-74/99, 5.10.2000). Kanne jätettiin tutkimatta, koska direktiivi oli jo tullut toimivaltaperusteella kumotuksi edellä esitellyssä, samana päivänä annetussa ratkaisussa *Saksa v. parlamentti ja neuvosto n:o 1*.

painettujen lehtien yhteisön sisäiseen kauppaan on sisällytettävä kauppa, jonka tietoyhteiskunnan palvelut ja erityisesti Internet, jonka välityksellä voidaan suoraan ja reaaliajassa tutustua muissa jäsenvaltioissa julkaistuihin julkaisuihin, mahdollistaa. [...] *Tupakkatuotteiden mainonnan kieltämistä tai rajoittamista koskevat toimet ovat nimittäin omiaan haittaamaan muista jäsenvaltioista peräisin olevien tuotteiden pääsyä markkinoille enemmän kuin kotimaisten tuotteiden markkinoille pääsyä. Toiseksi tällaiset toimet rajoittavat yritysten, jotka ovat sijoittautuneet jäsenvaltioihin, joissa kyseiset toimet ovat voimassa, mahdollisuuksia tarjota toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneille mainostajille mainostilaa julkaisuissaan ja vaikuttavat näin palvelujen valtioiden rajat ylittävään tarjontaa [...] Lisäksi on todettava, että vaikka todellisuudessa tiettyjä julkaisuja ei pidetä kaupan muissa jäsenvaltioissa, on kuitenkin niin, että tupakkatuotteiden mainontaa koskevien toisistaan eroavien lainsäädäntöjen antaminen luo tai on kiistatta omiaan luomaan oikeudellisia esteitä lehtien ja muiden painettujen tiedotusvälineiden kaupalle. [...] Tällaisia esteitä on siis olemassa myös sellaisten julkaisujen osalta, joita pidetään kaupan lähinnä paikallisilla, alueellisilla tai kansallisilla markkinoilla ja joita myydään, vaikkakin poikkeuksellisesti ja pieniä määriä, muissa jäsenvaltioissa. [...] Vaikka katsottaisiin, että direktiivin 3 ja 4 artiklassa säädettyjen mainos- tai sponsoroitukieltojen vaikutuksena on sananvapauden välillinen heikentyminen, journalistinen sananvapaus sellaisenaan pysyy koskemattomana, joten kiellot eivät vaikuta toimittajien toimitukselliseen työhön.*³⁶³

Ratkaisun sananvapautta koskevan maininnan voidaan katsoa vastaavan melko tarkasti vuotta aikaisemmassa ja edellä jo käsitellyssä ratkaisussa *Karner* (C-71/02, 25.3.2004)³⁶⁴ tehtyä toteamusta mainosviestintää koskevasta laajemmasta harkintavarasta. Mielenkiintoinen mainonnan sananvapauden kannalta on etenkin tuomioistuimen käyttämä sanamuoto ”vaikka katsottaisiin”, jolla tuomioistuimen tarkoituksena on mitä ilmeisimmin välttää turhan kategorista kannanottoa siihen, tulisiko mainonnan yleisesti sisältyä sananvapausuojan alaan unionin oikeudessa. Tähän ongelmaan palataan tarkemmin jäljempänä.³⁶⁵ Ratkaisun perustelut sisältävät kuitenkin muutakin unionin oikeuden sananvapauskäsitteen kannalta merkille pantavaa kuin kysymyksen varsinaista mainosviestintää koskevasta sananvapaudesta. Vaikka sananvapautta ei argumentaatiossa perustamissopimuksen 95 artiklan³⁶⁶ soveltuvuudesta ja sisämarkkinaharmonisoinnin tarpeellisuudesta mainitakaan, on tuomioistuimen esiin ottamassa, direktiivillä turvatussa perusvapauksien käytössä samalla ilmeisesti kyse myös sananvapauden käytöstä. Poistamalla oikeudellisia esteitä sanoma-, aikakaus- ja

³⁶³ Ratkaisun kohdat 54, 56, 57, 58 ja 156; kursivoinnit kirjoittajan; ks. kommenttina Rauber 2007.

³⁶⁴ Luku 2.2.2.

³⁶⁵ Luvut 2.2.4 ja 2.3.6.

³⁶⁶ Uudistussopimuksen voimaantulon jälkeen 94 artikla sopimuksessa Euroopan unionin toiminnasta.

kuvalehtien välittämiseltä yli jäsenvaltiorajojen ei tueta ainoastaan tavaran vapaata liikkuvuutta, vaan myös poistetaan Euroopan lainsäädäntöeroista johtuvia tosiasiallisia, jäsenvaltioiden rajoihin kytkeytyviä sananvapausrajoituksia. Mainosviestinnän vapauden kannalta merkityksellistä on toki se, suoritetaanko harmonisointi tupakkamainontakieltoja lisäämällä vai vähentämällä, mutta ainakin lehtien hankkimisessa ja tarjoamisessa käytettyä sananvapautta voi edistää jo lainsäädäntöerojen poistaminen sellaisenaankin. Vaikeammaksi kysymys kuitenkin tulee silloin, kun tarkastellaan puhtaasti kansallisia, alueellisia tai paikallisia julkaisuja, joiden toimintaedellytykset voivat riippua vahvastikin niihin sijoitusta tupakkamainonnasta.

Tuomioistuimen maininta siitä, että tupakkamainontasääntelyn erot ”luovat tai ovat kiistatta omiaan luomaan” sisämarkkinaesteitä myös silloin kun lehtiä myydään muissa jäsenvaltioissa vain ”pieniä määriä”, on epäilemättä varsin ongelmallinen. Koska direktiivin yleinen tupakkamainontakielto soveltuu silloinkin, kun lehden sisärajat ylittävä levikki on mielivaltaisen pieni tai jopa ainoastaan hypoteettinen, sillä voimaan saatettu sääntely poistaa soveltamisalallaan primäärioikeuden perusvapaustulkinnolle ominaiset *de minimis* -kriteerit. Puhutaan markkinaestearvioinnin kannalta tämä ei ehkä olisi ollut aivan välttämätöntä. Jos asiaa kuitenkin tarkastellaan viestinnän erityisluonteen ja sananvapauden näkökulmasta, voidaan laajaa soveltamisalaa tukevia argumentteja toisaalta löytää lisää: samojen mainontasääntöjen soveltaminen paikallisella, alueellisella, kansallisella ja ylikansallisella tasolla tekee lehdille ainakin periaatteessa helpommaksi laajentua alueellisista rajoista riippumatta ja tavoittaa potentiaalisen kohdeyleisönsä – esimerkiksi osin internetin välityksellä – kaikkialta sisämarkkina-alueelta.

Sananvapauden kannalta pyrkimys viestinnän absoluuttiseen esteettömyyteen kaikille erikokoisille ja kohdeyleisöään joustavasti muuttamaan kykeneville toimijoille lienee jopa helpompi perustella kuin puhtaasta sisämarkkinanäkökulmasta. Mikäli sääntelyn tuloksena toisaalta on tupakkamainontatuloista riippuvaisten lehtien lakkauttaminen, olisi sananvapauden käyttöä edistäviä ja sitä vaikeuttavia vaikutuksia ehkä ollut punnittava tarkemmin keskenään. Tätä punnintaa yhteisöjen tuomioistuin ei ratkaisussa ainakaan eksplisiittisesti tehnyt, minkä vuoksi ratkaisu myös näyttäytyy puhtaasti sisämarkkinoiden perusvapauksien ja sananvapauden välisenä punnintana, jossa jälkimmäinen on jäänyt jokseenkin selvästi toissijaiseksi. Perusvapauksien ja sananvapauden ilmeinen, joskin vain osittainen yhdensuuntaisuus tilanteessa ei toisin sanoen ole suoraan luettavissa ratkaisun perusteluista.³⁶⁷

³⁶⁷ Hyvän esimerkin direktiivin vaikutuksista tupakkamainontatuloista riippuvaisen paikallislehden kannalta antaa ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu *Kreuzer* (T-310/03, 25.4.2006). Tähän ratkaisuun palataan seuraavassa luvussa 2.2.4.

Sekundaarioikeuden sisällön tulkinnassa sisämarkkinatavoitteiden ja sananvapauden yhdensuuntaisuus voi tulla esiin vastaavalla tavalla kuin säännösten pätevyuden arviointia edellyttävissä kumoamiskanteissakin. Lainsäädännön lähentämisellä päästään tai edes pyritään harvoin kansallisten säännösten identtisyys- tai täydelliseen vastaavuuteen. Myös sekundaarioikeuden säännösten poikkeukset ja niissä tietoisesti jäsenvaltioille jätetty harkintavara saattavat siten monissa tilanteissa tulla merkittäviksi sananvapaussuojan kannalta. Sananvapauden huomioon ottaminen voi siten vaikuttaa olennaisestikin siihen, miten ensisijaisesti viestintätuotteiden ja -palvelujen vapaata liikkuvuutta suojaavaa sääntelyä poikkeussäännöksineen tulkitaan. Esimerkkinä edellä esiteltyä ratkaisua *Saksa v. parlamentti ja neuvosto n:o 2* vastaavasta problematiikasta televisiodirektiivin tulkintaa koskevana kysymyksenä voidaan ottaa esille ratkaisu *de Agostini ym.* vuodelta 1997:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *de Agostini ym.* (C-34, C-35 ja C-36/95, 9.7.1997): [...] Koska kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa kyseessä olevan kaltaisilla oikeussäännöillä rajoitetaan sellaisten televisiolähetystoiminnan harjoittajien, jotka ovat sijoittautuneet valtioon, josta ohjelmat lähetetään, *mahdollisuutta lähettää televisiomainoksia sellaisten mainostajien lukuun, jotka ovat sijoittautuneet valtioon, jonne lähetykset suunnataan ja jonka yleisölle ne on erityisesti kohdistettu*, näillä säännöillä rajoitetaan palvelujen tarjoamisen vapautta. [...] Jos ohjelmiin, jotka lähetetään toisista jäsenvaltioista, sovellettaisiin vastaanottavan valtion säännöksiä, joissa säännellään televisiomainonnan sisältöä alaikäisten suojeluun liittyvien syiden takia, otettaisiin käyttöön *toinen* televisiolähetysten *valvontamekanismi* sen valvonnan lisäksi, joka lähettäjävaltion on toteutettava. [...] Tästä seuraa, että direktiiviä on tulkittava siten, että *direktiivin vastaisena* on pidettävä kansallisen radiolain sellaisen säännöksen soveltamista toisista jäsenvaltioista lähetettyihin televisio-ohjelmiin, jonka mukaan mainoskatkon aikana lähetetyllä televisiomainoksella ei saa pyrkiä herättämään alle 12-vuotiaiden lasten kiinnostusta.³⁶⁸

Kysymys oli tässäkin ratkaisussa luonnollisesti muustakin kuin mainosviestinnän sananvapaussuojasta itsestään. Tulkinnan ydinongelma oli siinä, merkitsivätkö direktiivin ja kansallisen lainsäädännön säännökset päällekkäistä valvontaa lapsiin kohdistuvan mainonnan osalta. Sellaisia kansallisia säännöksiä, joita televisiodirektiivillä ei vielä ollut harmonisoitu, jäsenvaltio olisi unionin oikeuden mukaan voinut soveltaa televisioläheteksiinkin. Koska lapsiin kohdistuvan mainonnan vähimmäisvaatimuksien kuitenkin tulkittiin jo sisältyvän televisiodirektiiviin, kansallisissa rajoituksissa kyse oli unionin oikeuden vastaisesta lisävaatimuksesta. Se, mikä tekee ratkaisun perusteluista sananvapaussuojan kan-

³⁶⁸ Ratkaisun kohdat 50, 61 ja 62; kursivoinnit kirjoittajan; ks. kommenttina Snell 1997.

nalta mielenkiintoisen, on niissä esiin otettu televisiotoiminnan harjoittajan tehokas mahdollisuus hankkia mainontaa kaikista niistä jäsenvaltioista, joihin ohjelmia välitetään. Mainosten ja samalla niiden tuomasta rahoituksesta riippuvaisten ohjelmasisältöjen pääsy uusille kansallisille markkinoille unionin sisärajojen yli ilman lainsäädännöllisiä esteitä muistuttaa ainakin tosiasiallisten päämäärien tasolla varsin läheisesti sitä, mitä myös kansallisista rajoista riippumattoman sananvapauden voitaisiin esittää edellyttävän. Vaikka tavoitteet sisämarkkinoiden toiminnan takaamiseksi ja toisaalta yksilön perusoikeussuojan turvaamiseksi eroavat lähtökohdiltaan olennaisesti toisistaan, voivat arvioitava markkinakynnys ja sananvapauskynnys siten tosiasiallisesti olla varsin lähellä toisiaan.

Yksi viitekehys arvioida televisiodirektiivin – ja laajemminkin sisämarkkinaoikeuden – sananvapaussuojaa tehostavaa vaikutusta on verrata direktiivin sääntelyn ja Euroopan neuvoston rajat ylittävää televisiota koskevan yleissopimuksen³⁶⁹ toimintaa toisiinsa. Koska unionin jäsenvaltioiden välillä sovelletaan pääsääntöisesti yleissopimusta tiukempia televisiodirektiivin säännöksiä, yleissopimuksella on unionin alueella merkitystä lähinnä vain unionin ulkopuolisista siihen liittyneistä maista peräisin olevien televisiolähetysten kannalta. Se, että direktiivin lähtökohtana on palvelujen vapauden turvaaminen, ja yleissopimuksen tavoitteet puolestaan puhtaasti kulttuuri- ja informaatiopoliittisia, on käytännössä johtanut suppeampiin kansallisiin poikkeusmahdollisuuksiin sekä säännösten sanamuodoissa että niiden tulkintakäytännössä – ja siten tosiasiallisesti sisärajat ylittävän viestinnän vapauden huomattavaan tehostumiseen verrattuna televisiokonvention edellyttämään tasoon. Esimerkkinä tästä on monesti mainittu sijoitautumiskriteerin tulkintaa koskeva yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Komissio vastaan Yhdistynyt kuningaskunta* (C-222/94, 10.9.1996), jonka poikkeusmahdollisuuksia supistavaa tulkintaa on jopa pidetty osin ristiriitaisena televisiokonventiossa sen jäsenille turvattujen oikeuksien kanssa.³⁷⁰ Sisämarkkinoiden perusvapauksia turvaavan järjestelmän voidaan toisin sanoen katsoa toimivan käytännössä vielä sananvapausmyönteisemmin kuin kansainvälisen säännösten, jonka tavoitteena on edistää viestinnän kulttuurisia arvoja ja sananvapautta sellaisenaan.

Televisiodirektiivin käynnissä olevaa uudistusta voidaan niin ikään pitää ennen kaikkea uutena mahdollisuutena edistää rajat ylittävää viestintää unionin alueella. Soveltamisalan tavoiteltu laajennus televisiotoiminnasta audiovisuaaliseen viestintään voi parhaimmillaan merkitä lainsäädännön aiheuttamien esteiden poistumista ja varsinkin niiden ehkäisemistä juuri niillä kehittyvillä viestintäsektoreilla, joilla ohjelmasisältöjen tarjoaminen maasta toiseen on ehkä vähi-

³⁶⁹ European Convention on Transfrontier Television / Convention Européenne sur la Télévision Transfrontière, Euroopan neuvoston yleissopimukset, CETS-numero 132.

³⁷⁰ Mm. Rosenthal 1998, s. 163.

tellen tulossa taloudellisesti houkuttelevammaksi. On kuitenkin muistettava, että televisiodirektiivi on samalla huomattavan laaja harmonisointi-instrumentti, jossa lainsäädäntöerojen poistamiseksi on välttämättä tehtävä useita viestintää aineellisoikeudellisesti normittavia ratkaisuja. Nämä voivat merkitä yhtä lailla sananvapausrajoitusten vähentämistä muista jäsenmaista poikkeavia kansallisia rajoituksia poistamalla kuin myös niiden lisäämistä laajentamalla kansallisia rajoituksia koko sisämarkkina-alueetta koskeviksi. Riippuen siitä, minkä kansallisen oikeusjärjestyksen kannalta unionin oikeuden vaikutusta tarkastellaan, voi sama sääntely luonnollisestikin myös samanaikaisesti lisätä että vähentää sananvapausrajoituksia. Hyvä esimerkki tällaisesta harmonisointiongelmasta on käynnissä olevassa uudistuksessa kaavailtu sääntely *tuotesijoittelun* sallimisesta televisiolähetyksissä direktiivissä määritellyin edellytyksin. Niissä maissa, joissa tuotesijoittelu on ollut yleisesti sallittua, merkitsee sääntely toteutuessaan uutta sananvapausrajoitusta, kun taas niissä maissa, joissa tuotesijoittelu on aikaisemmin ollut kiellettyä, palvelee sisämarkkinaesteen poistaminen samalla vähintäänkin kaupallisen viestinnän sananvapautta.

Yksi televisiodirektiivi uudistuksen tavoitteista on korostaa tekniikkaneutraliteetin asemaa viestinnän sääntelyssä luopumalla tekniikkasidonnaisesta soveltamisalajaosta audiovisuaalisessa ohjelmatoiminnassa. Tätä päämäärää voidaan jo sellaisenaan pitää eurooppalaisen viestintäoikeuden ja sananvapausuojan välistä koherenssia edistävänä tekijänä etenkin, kun otetaan huomioon televisiodirektiiville vähitellen kehittynyt asema eräänlaisena unionin harmonisoinnin lippulaivana viestintätuotteiden ja -palvelujen alalla. Eri kysymys tietenkin on, jääkö tekniikkaneutraliteetin laajennus kuitenkin turhan pieneksi, mikäli säännösten lopullinen soveltamisala supistetaan määreillä esimerkiksi ”television kaltaiseksi” audiovisuaaliseksi viestinnäksi, kuten myös on ehdotettu. Yhtä lailla voidaan myös kysyä, miksi lineaaristen ja ei-lineaaristen audiovisuaalisten viestintäpalvelujen välille on direktiivi uudistuksessa katsottu välttämättömäksi tehdä uusi välitystapaan perustuva aineellisoikeudellinen jako, jos yleisenä päämäärä olisi ollut mahdollisimman laaja teknisistä jakoperusteista luopuminen.³⁷¹ Kyse on lopulta myös niistä poliittisista ehdoista, joilla harmonisointia voidaan tai halutaan laajentaa aloille, jotka toistaiseksi ovat juuri perinteisten tekniikkaan perus-

³⁷¹ On huomattava, että osaa säännöksistä – tyypillisenä esimerkkinä kvantitatiiviset mainosaika-kiintiöt – voidaan jo niiden luonteen vuoksi soveltaa ainoastaan lineaarisesti välitettävään ohjelmistoon. Osa suunnitellussa direktiivimuutoksessa välitystapaan liitetyistä säännöksistä olisi kuitenkin voitu muotoilla myös yleisemmiksi ja molempia välitystapoja koskeviksi säännöiksi. Ks. yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Mediakabel* (C-89/04, 2.6.2005) ja kommenttina tähän Paukku 2005b.

tuvien jakojen perusteella pysyneet yksinomaan jäsenvaltioiden toimivallassa.³⁷²

Yleisesti voidaan todeta, että unionin sisämarkkinaoikeuden puitteissa tapahtuvalla lainsäädännön lähentämisellä on ollut ja on edelleenkin merkittävä vaikutus jäsenvaltioiden kansallisen viestintäoikeuden kehitykseen. Paitsi että harmonisointi merkitsee usein aineellisoikeudellisia muutoksia viestinnän sisältöä ja välitystapoja koskeviin kansallisiin normeihin, sen voidaan monissa tapauksissa tulkita edistävän sananvapautta sen jäsenvaltorajat ylittävän viestinnän vapauden merkityksessä. Arvioitaessa sekundaarilainsäädäntöä sananvapausvalvonnan – joko kansallisen perusoikeusvalvonnan tai yhteisöjen tuomioistuimen suorittaman unioniperusoikeuksia koskevan valvonnan – näkökulmasta olisi siten otettava huomioon samanaikaisesti sekä viestintämarkkinoiden esteiden purkamisen että siihen tarvittavien aineellisten säännösten vaikutukset sananvapauden käyttöön eri jäsenvaltioissa ja eri toimijoiden kesken. Oma erityiskysymyksensä sananvapausvalvonnassa on luonnollisestikin viestinnän moniarvoisuuden tehokas takaaminen unionin sekundaarioikeuden vähitellen laajenevalla soveltamisalalla, mihin markkinoiden vapauttamisella ja jäsenvaltioiden rajoista johtuvien markkinakynnysten poistamisella sellaisenaan ei välttämättä aina ole positiivista vaikutusta. Sekä moniarvoisuus että siihen helposti liitettävä pyrkimys edistää Euroopan kulttuurista vuorovaikutusta ja integraatiota voivat toisaalta kuitenkin hyötyä paljonkin myös sisämarkkinaharmonisoinnin kautta tapahtuvasta viestinnän esteiden poistamisesta.³⁷³ Koska unionin sisämarkkinatoimivaltta määräytyy suurelta osin sen kautta tosiasiallisesti tai potentiaalisesti saavutettavan sisämarkkinavaikutuksen kautta, voidaan viestinnän vapauden esittää liittyvän välillisesti myös toimivaltakysymykseen – siitäkin huolimatta, ettei sananvapaus unioniperusoikeutena itsessään toimi sen enempää ylikansallisen toimivallan perustana kuin sen rajoituksenakaan suhteessa unionin jäsenvaltioihin.

2.2.4 Kaupallisen viestinnän ja mainosviestinnän vapauttaminen

Mainosviestinnän ja kaupallisen viestinnän asema sananvapausuojan kohteena muodostaa unionin oikeudessa mielenkiintoisen erityiskysymyksen. Ylikansallisen oikeusjärjestelmän suhde mainontaan on poikkeuksellisen ongelmallinen ensinnäkin jäsenvaltioiden kansallisen mainossäännösten lukuisten erojen, mutta toiseksi myös mainosviestinnän erityisen sisämarkkinamerkityksen vuoksi. Erot mainonnan oikeusasemassa koskevat unionin alueella paitsi jäsenvaltioiden tavallista lainsäädäntöä, yleisesti myös kansallisia valtiosääntöjä ja niiden tulkin-

³⁷² Esim. Kleist – Scheuer 2006b; Kleist 2006; Roßnagel – Scheuer 2005, s. 272–273 ja 278; Isak 1997, s. 146–147; Rosenthal 1998, s. 141–142 sekä Wheeler 2004.

³⁷³ Ks. etenkin Meyer-Heine 1996, s. 11, 31–34, 87–98 ja 299–307; vrt. Fiedler 2006, s. 327.

taa. Osassa unionin jäsenvaltioita kaupallisen viestinnän ja mainosviestinnän on vakiintuneesti katsottu kuuluvan sananvapaussuojan alaan ja osassa nimenomaisesti suljettu sananvapaussuojan ulkopuolelle; huomattavan monessa kansallisessa oikeusjärjestyksessä kysymys on lisäksi valtiosäännön tasolla vielä yksiselitteisesti ratkaisematta.³⁷⁴ Sisämarkkinoilla tarjolla olevia tuotteita ja palveluja koskevan informaation esteetön kulku jäsenvaltioiden välillä olisi kuitenkin tärkeää paitsi itse mainospalvelujen rajat ylittävän kaupan toteuttamiseksi, myös koko vapaan, kansallisista rajoista riippumattoman kilpailun takaamiseksi kaikilla eri tuote- ja palvelusektoreilla.³⁷⁵ Unionin sananvapaussuojan ulottuvuuksia määriteltäessä on siten huomattavaa merkitystä sillä, sovelletaanko sitä ja millä edellytyksillä juuri luonteeltaan kaupalliseen viestintään ja erityisesti tavanomaiseen mainontaan ja sponsorointiin.³⁷⁶

Sananvapaussäännöksiin – niin ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaan, perusoikeuskirjan 11 artiklaan kuin useimpiin kansallisiin perusoikeussäännöksiin – vakiintuneesti liitetystä sisältöneutraliteetin lähtökohdasta arvioituna mainonnan on viestinnän yhtenä muotona jokseenkin yksinkertaista katsoa kuuluvan suoja-alan piiriin. Argumentteja tätä suoraviivaista päätelmää vastaan on kuitenkin tuotu oikeuskirjallisuudessa esiin varsin runsaasti. Mainonnan eroina sananvapauden suojaamasta viestinnästä on pidetty etenkin sen yksipuolisia tavoitteita tuotteiden tai palvelujen myynnin edistämiseksi ja sen taustalta puuttuvaa yksilön aitoa ilmaisuyrkimystä. Myynninedistämistavoitteen vuoksi mainonta on katsottu informatiivisen viestinnän sijaan jopa kontrainformatiiviseksi, totuudenmukaisen tiedon kulkua haittaavaksi manipulaatioksi. Sen sijaan, että kaupallinen viestintä toteuttaisi klassisten sananvapausteorioiden käsitystä yksilön perustavanlaatuisesta tarpeesta osallistua yhteiskunnalliseen keskusteluun ilmaisemalla ajatuksiaan, sitä on monesti pidetty ennemminkin pelkkänä tuotanto- ja markkinointiprosessin osana, viime kädessä enemmänkin omaisuuden kuin sananvapauden käyttönä.³⁷⁷ Sananvapaussuojaa puoltavina argumentteina on toi-

³⁷⁴ Selkein esimerkki tästä on Alankomaiden perustuslain sananvapautta koskevan 7 artiklan 4 kohta, jonka mukaan artikla ei sovellu kaupalliseen mainontaan. Maita, joissa mainosviestinnän on tunnustettu kuuluvan sananvapaussuojan alaan, ovat mm. Itävalta, Italia ja Ruotsi. Ratkaisematon tai kiistanalainen tilanne on mm. Saksassa, Ranskassa, Kreikassa, Tanskassa, Belgiassa, Irlannissa ja Espanjassa. Suomessa eduskunnan perustuslakivaliokunta on lausunnoissaan vakiintuneesti katsonut mainonnan kuuluvan sananvapaussuojan alaan (esim. PeVL 59/2006 vp.). Ks. tarkemmin esim. Kühling 1999, s. 477–496 sekä Hatje 1999, s. 37–51.

³⁷⁵ Ks. esim. Schmitz 2000, s. 53–55.

³⁷⁶ Aiheesta kirjoittajalta aikaisemmin Hoikka 2006. Mainitun artikkelin kysymyksenasettelu on tässä kirjassa jaettu kahteen osaan, nyt tähän lukuun sekä lukuun 2.3.6. Ks. kotimaisesta keskustelusta myös Viljanen 2002 sekä Manninen 1995.

³⁷⁷ Johdonmukaisesti tätä näkemystä puolustavat mm. Baker (1992, s. 194–224) sekä Faßbender (2006, s. 974); ks. myös Barendt 2005a, s. 404–406. Mainonnan rajoittamisen yhteydessä on toisinaan argumentoitu myös yleisön *negatiiviseen sananvapauteen* (ks. esim. Fenchel 1997, s. 216)

saalta vedottu ennen kaikkea yksilön yleiseen, sananvapauteen sisältyvään oikeuteen vastaanottaa tietoa – kaupallisen viestinnän osalta yksilön oikeuteen ottaa vastaan informaatiota, jota hän tarvitsee kuluttajana tekemiinsä valintoihin.

Kaupallinen viestintä, jota toisinaan käytetään *mainontaa* tai *mainosviestintää* laajempänä, yleisenä myynninedistämiseen pyrkivään viestintään viittaavana terminä,³⁷⁸ on ainakin sananvapaussuojan liitettävänä sisältökategoriana poikkeuksellisen vaikeasti rajattavissa. Tämä johtuu jo siitä, että suuri osa poliittisesti, yhteiskunnallisesti ja taiteellisesti merkittävästä, kiistatta sananvapauden ydinalueelle kuuluvastakin informaatiosta leviää tosiasiallisesti vastaanottajilleen ja kuluttajilleen kaupallisin ehdoin. Rajaus myytävän ja ostettavan informaatiotietokategorian ja sisällön myyntiä edistävän mainonnan välillä jää lisäksi välttämättä ainakin jossakin määrin keinotekoiseksi, koska myös sisällön itsensä voidaan helposti ajatella toimivan mainoksena itselleen: tyyppiesimerkkinä tästä voidaan mainita mikä tahansa sanoma- tai aikakauslehti, muu julkaisusarja, televisio- tai radiokanava tai vaikkapa samalla nimellä useampia äänitteitä tuottava musiikkikokoonpano. Ei toisaalta ole useinkaan ongelmatonta todeta viestintää sananvapauden kannalta merkityksettömäksi edes silloin, kun sitä kiistatta voidaan pitää puhtaana mainontana. Mainostulot ovat ensinnäkin tiedotusvälineille merkittävä tulonlähde, joka voi parhaimmillaan edistää mediakentän moniarvoisuutta ja mahdollistaa uusien laadukkaiden sisältötuotantojen kannattavan välityksen kuluttajille. Mainonta viestinnällisenä kokonaisuutena tarjoaa toisaalta jo itsessäänkin merkittävän esteettisen ja kulttuurisen ilmaisukentän, jota olisi esimerkiksi yhteiskunnan rahoittaman toiminnan puitteissa jokseenkin mahdotonta kokonaan korvata. Myynninedistämisen sivutuotteena luodaan jatkuvasti innovaatioita niin estetiikan kuin erilaisten elämäntapavalintojenkin alalla, eikä mikään estä myöskään tietoista ja harkittua osallistumista yhteiskunnalliseen keskusteluun mainonnan kautta.³⁷⁹ Tuotanto- ja markkinointiprosessiin kuuluvalla

kuuluvalla oikeudella kieltäytyä vastaanottamasta tiettyä viestintää. Esimerkiksi suoramainonnan rajoituksia voidaan pitää esimerkkinä tällaisesta oikeudesta, mutta ainakaan osaksi ihmisoikeussopimuksen turvaamaa sananvapaussuojaa negatiivista sananvapautta ei toistaiseksi ole tunnustettu.

³⁷⁸ Unionin oikeuden määritelmänä mainonnalle voidaan tosin pitää harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta annetun direktiivin (84/450/ETY, muutettu direktiivillä 97/55/EY) 2 artiklan 1 kohtaa, jonka mukaan *mainonnalla* tarkoitetaan missä tahansa muodossa olevaa tietoa tai esitystä, joka annetaan kaupan, liiketoiminnan, käsityön tai ammatin harjoittamisen yhteydessä tavaroiden tai palvelujen, mukaan lukien kiinteä omaisuus, oikeudet ja velvollisuudet, menekin edistämiseksi. Tämän määritelmän voidaan jo katsoa laajuudeltaan vastaavan sitä, mitä usein tarkoitetaan *kaupallisella viestinnällä*. Koska rajaus muuhun kaupallisiin ehdoin välitettävään viestintään on kuitenkin vaikea tehdä, voitaneen kaupallista viestintää unionin oikeuden yhteydessäkin joissakin tilanteissa pitää mainontaa laajempänä käsitteenä. Monissa tilanteissa termit voidaan varmasti myös katsoa toistensa synonyymeiksi.

³⁷⁹ Varmasti tunnetuin esimerkki tästä on Oliviero Toscanin 1980- ja 1990-luvulla tunnetulle italialaiselle vaatemerkillle suunnittelema kampanja, jossa myytävien tuotteiden sijaan pyrittiin kuvallisesti tuomaan esiin mm. yhteiskunnan eriarvoisuutta ja ihmisten samanlaisuutta. Osa kampanjan

ja myynninedistämiseen pyrkivällä viestinnällä on siten tosiasiasa usein ilmaisullista arvoa myös klassisten sananvapausteorioiden määrittelemässä merkityksessä.

Edellä kuvattu rajausongelma koskee yhtä lailla jäsenvaltioiden kansallisia perusoikeusjärjestelmiä ja ihmisoikeussopimuksen tulkintaa kuin unionin oikeuttakin. Sisämarkkinakontekstissa kysymystä mutkistaa kuitenkin lisäksi kaupallisen informaation keskeinen merkitys vapaalle kilpailulle: mainonnan merkitys tuotteiden ja palvelujen tosiasialliselle pääsyyllä eri jäsenvaltioiden markkinoille ja siten niiden skaalaetujen toteutumiselle, joita taloudellisella integraatiolla viime kädessä tavoitellaan. Viestintä on siten sisämarkkinaoikeuden kohde itse asiassa kahdella eri tavalla: unionin sisärajojen yli välitettävänä viestintätuotteina ja -palveluina sekä sisärajojen yli välitettäviä tuotteita ja palveluja koskevana tiedonvälityksenä. Siitä, että juuri jälkimmäisellä on erityinen yhteys sisämarkkinoiden toimintaan, ei tule päätellä, että sisämarkkinaoikeus koskettaisi vain tai pääasiassa kaupallista viestintää,³⁸⁰ ellei sitten tällaiseksi määritellä – edellä kuvattu rajausongelma kokonaan ohittaen – kaikkea kaupallisiin ehdoin välitettävää viestintää, johon lopulta voidaan lukea lähes kaikki joukkoviestinnän muodot. Sisämarkkinoilla tuotteina ja palveluina säännellään joka tapauksessa erittäin suurta osaa siitäkin viestinnästä, jota kiistatta pidetään aatteellisena, poliittisena tai kulttuurisena ja joka siten ehdottomasti kuuluu sananvapauden keskeisimpään suoja-alaan. Viestinnän kaupallisuus ja sen kulttuurinen merkitys kytkeytyvät toisin sanoen sisämarkkinaoikeudessa toisiinsa vähintäänkin yhtä moniulotteisesti kuin kansallisten oikeusjärjestelmien sananvapausongelmanakin.

Unionin oikeuden suhteen mainosviestinnän vapauteen on todettu sekundaari-oikeuden kehittyessä muuttuneen uusliberalistisista tulkinnoista vähitellen kohti yhä rajoittavampaa ylikansallista sääntelyä. Mikäli unionin oikeuden oletetaan painottavan ennen kaikkea nimenomaan sisämarkkinoiden häiriötöntä toimintaa, tällainen siirtymä on myös varsin looginen. Silloin kuin mainontaa koskevia säännöksiä ei vielä ole harmonisoitu, perusvapaudet voidaan luonnollisestikin parhaiten turvata soveltamalla mahdollisimman laajasti alkuperämaaperiaatetta

kuvista jouduttiin eri Euroopan maissa poistamaan levityksestä, kun niiden katsottiin loukkaavan hyvää tapaa tai ihmisarvoa. Keskustelu kulminoitui monesti mainonnan ja taiteen eroihin viestintämuotoina: samojen kuvien esittämistä myynninedistämistarkoituksen ulkopuolella ei todennäköisesti olisi monissakaan tapauksissa pidetty loukkaavana. Ks. mm. Schuppert 2004, s. 79–88. Rossi (2006, s. 66–68) toteaa, että useissa sosiologisissa tutkimuksissa mainontaa tarkastellaan ennemminkin katsojan ja viestijän yhteistoimintana merkitystuotannossa kuin passiivisen kuluttajan informaatiokulutuksena mainostajien tai mainosten tekijöiden armoilla.

³⁸⁰ Tällaisen yksinkertaistavan arvion on esittänyt esim. Ollila (2001, s. 347); vrt. myös Ollilan yhteisöjen tuomioistuimen *Grogan*-ratkaisusta (C-159/90, 4.10.1991) tekemät päätelmät, s. 331. Jossakin määrin samansuuntaisen arvion esittää myös Wyatt (2000, s. 215–216).

ja vastavuoroisen tunnustamisen velvoitteita. Harmonisoidussa lainsäädännössä on sen sijaan mahdollista myös poistaa oikeudellisia sisämarkkinaesteitä laajentamalla mainonnan sisällöllisiä rajoituksia. Primäärioikeuden tulkinnoillaan yhteisöjen tuomioistuin on toisaalta jo ehtinyt luomaan periaatteita, joita voidaan unionin oikeuden yleisinä ohjeina pitää jossakin määrin unionin lainsäätäjää velvoittavina ja siten myös sekundaarioikeuden mahdollisen pätevyysarvioinnin kriteereinä. Mainosviestinnän ilmaisuvapauden kannalta merkittävin tällainen periaate lienee *harkitsevan kuluttajan* käsite, jota voidaan tietyissä mielessä pitää eräänlaisena suvaitsevaisuusperiaatteen toisintona kaupallisen ilmaisun alalla.³⁸¹ Yksityiskohtainen muotoilu harkitsevan kuluttajan käsitteestä ja sen vaikutuksesta mainosviestinnän vapauden arviointiin sisältyy mm. yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuun *Estée Lauder* vuodelta 2000:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Estée Lauder* (C-220/98, 13.1.2000): [...] Perustamissopimuksen 30 ja 36 artiklan [...] kanssa ei ole ristiriidassa sellainen kansallinen lainsäädäntö, jossa kielletään nimessään ilmaisun ”lifting” sisältävän kosmeettisen tuotteen tuonti ja markkinointi, jos nyt esillä olevan asian kaltaisissa olosuhteissa kyseinen nimi on johtanut harhaan valistuneen, kohtuullisen tarkkaavaisen ja harkitsevan keskivertokuluttajan, joka arvioi tuotteella olevan ominaisuuksia, joita sillä ei ole. On kansallisen tuomioistuimen tehtävänä tällaisen kuluttajan todennäköisten odotusten perusteella todeta, onko tuotteen nimi mahdollisesti harhaanjohtava.³⁸²

Vaikka kyseessä on ensisijaisesti unionin kuluttajaoikeutta ohjaava tulkintaperiaate eikä suoranaisesti mainonnan ilmaisuvapautta koskeva punnintaohje, sen aineellinen yhteys sananvapaussuojan laajuuteen on varsin helppo todeta. Mainostajan mahdollisuudet käyttää kuluttajaan eli viestinnän vastaanottajaan vetoavaa informaatiota ja mielikuvia ovat suoraan riippuvaisia siitä, millaiseksi kuluttajan kyky arvioida viestinnän totuudenmukaisuutta ja luotettavuutta oletetaan. Kuluttajan valistuneisuudessa, tarkkaavaisuudessa ja harkitsevuudessa on kyse nimenomaan yksilön viestinnällisestä kompetenssista, hänen kyvystään tulkita vastaanottamiaan viestejä eli osallistua sananvapauden käyttöön. Hypoteesi kuluttajan valistuneisuudesta on samalla tietyissä mielessä väite keskivertoeurooppalaisen medialukutaidon tasosta. Kun otetaan huomioon se sisämarkkinaoikeuden konteksti, jossa yhteisöjen tuomioistuin tulkintaohjeensa on esittänyt, on kuitenkin aihetta arvioida varovaisesti sitä, kuinka pitkälle tällaista yleistystä voidaan pitää unionin oikeudessa sitovana. Sikäli kun kysymyksessä ei ole ylei-

³⁸¹ Vrt. Schmitz 2000, s. 299–303.

³⁸² Ratkaisun kohta 32, kursivoinnit kirjoittajan. Yhteisöjen tuomioistuin soveltanut tulkintaohjetta myös ratkaisuissa *Gut Springenheide* (C-210/96, 16.7.1998); *Unilever* (C-77/97, 28.1.1999); *Darbo* (C-465/98, 4.4.2000); *Linhart & Biffel* (C-99/01, 24.10.2002); *Sterbenz & Haug* (C-421/00, C-426/00 ja C-16/01, 23.1.2003) sekä *Douwe Egberts* (C-239/02, 15.7.2004).

nen viestintää koskeva oikeusperiaate tai tulkinta unionin sananvapaussuojan sisällöstä, valistuneisuushypoteesi saattaa helposti myös pudota pois käytöstä silloin, kun sitä ei sisämarkkinoiden perusvapauksien turvaamiseksi enää tarvita. Sekundaarioikeudessa valinta kuluttajan valistuneisuuden ja ohjaustarpeen välillä saatetaan siten tehdä myös toisin kuin se primäärioikeudellisten vapauksien turvaamiseksi olisi tehty. Yhdistämällä harkitsevan kuluttajan käsite doktriinissa kaupallisen viestinnän sananvapauteen unioniperusoikeutena tuomioistuimien voisi toisaalta luoda ainakin yhden käyttökelpoisen mittapuun myös harmonisoidulle mainossäännöstölle. Avoin kysymys on tällöin se, meneekö valistuneisuushypoteesi liian pitkälle alkuperäisen kontekstinsa ulkopuolelle, mikäli sitä sovelletaan silloinkin, kun se ei sisämarkkinoiden toiminnan kannalta olisi välttämätöntä, tai erityisesti silloin, kun sen perusteella tulisi kollisiotilanteessa kumota harmonisoivaa lainsäädäntöä.³⁸³ Kyse on toisin sanoen siitä, luokitellaanko tulkintaohje tulevaisuudessa vain harmonisoimattomia sisämarkkinoita koskeviksi oikeusperiaatteeksi vai yleisemmin koko unionin oikeutta koskeviksi (perus-)oikeusperiaatteeksi. Jälkimmäinen edellyttäisi luonnollisestikin samalla selkeää kannanottoa siihen, kuuluko kaupallinen viestintä tai mainosviestintä unionin oikeudessa ylipäätään sananvapauden soveltamisalaan.

Mainonnan sananvapaussuojaa koskeva kysymys on epäilemättä yksi selkeimmistä esimerkeistä ongelmista, joita unionin perusoikeuskonsepti ei ilman yhteisöjen tuomioistuimen itsenäisiä tulkintoja pysty ratkaisemaan. Unioniperusoikeuksien suojasisällön johtaminen yhtäältä ihmisoikeussopimuksesta tulkintoihin ja toisaalta jäsenvaltioiden yhteisestä valtiosääntöperinteestä tuottaa juuri mainosviestinnän vapauden osalta enemmän ristiriitoja kuin yhteisiä nimittäjiä. Ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneen tulkintalinjan mukaan sekä kaupallinen viestintä että nimenomaisesti mainonta kuuluvat ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan suoja-alaan.³⁸⁴ Sen lisäksi, että yhteisöjen tuomioistuin on toistuvasti viitannut ihmisoikeustuomioistuimen 10 artiklaa koskevaan tulkintakäytäntöön ratkaisuisaan, todetaan unionin perusoikeuskirjan selityksessä sen 11 artiklan vastaavan suoja-alaltaan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaa. Tämän perusteella olisi tietenkin varsin johdonmukaista päätellä, että myös unioniperusoikeuden suoja kattaisi kaupallisen viestinnän ja mainosviestinnän. Aivan aukoton tällainen päättely ei kuitenkaan ole. On nimittäin huomattava, ettei mainonta kaikissa unionin – ja samalla myös ihmisoikeussopimuksen – jäsenvaltioiden perustuslaeissa edelleenkään saa sananvapaussuojaa. Kysymys ei tällöin ole edes varsinaisesta normiristiriidasta oikeusjärjestelmien välillä. Kansallisten perusoikeuskatalogien ja ihmisoikeussopimuksen ei tarvitse nimikkeittäin vastata toisiaan,

³⁸³ Mainonnan sananvapauden ja perusvapauksien mahdollisista kollisiotilanteista luvussa 2.3.6.

³⁸⁴ Ensimmäinen merkittävä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu tässä suhteessa oli ratkaisu *Casado Coca* vastaan Espanja (26.1.1994, hakemus 15450/89); ks. tarkemmin luku 1.3.2.

vaan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan vaatimukset täyttää sellainenkin järjestelmä, jossa mainonta saa aineellisoikeudellisesti riittävää suojaa joko jonkin toisen perusoikeuden, esimerkiksi elinkeinovapauden tai yleisen toimintavapauden, tai tavallisen lainsäädännön tarjoaman vapauden kautta. Koska unioni on nimenomaisesti sitoutunut vain ihmisoikeussopimuksen tekstiin eikä suoranaisesti ihmisoikeustuomioistuimen tekemiin tulkintoihin, unionin oikeudessa voidaan periaatteessa soveltaa niihin nähden vastaavaa liikkumavaraa kuin jäsenvaltioiden kansallisissakin järjestelmissä. Yhteisöjen tuomioistuimen tähänastiset lausumat mainonnasta ja sananvapaudesta voidaankin katsoa eräänlaiseksi tasapainotteluksi ihmisoikeustuomioistuimen ja kansallisten perusoikeusjärjestelmien välillä:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Karner (C-71/02, 25.3.2004)*: [...] Silloin kun sananvapauden käyttö ei liity yleisen edun mukaiseen mielipiteiden vaihtoon ja kun se lisäksi tapahtuu yhteydessä, jossa valtioilla on tiettyä harkintavaltaa, valvonta rajoittuu sen tutkimiseen, onko vapauden rajoittaminen kohtuullista ja oikeasuhteista. Näin on sananvapauden käyttämisen osalta kaupallisissa yhteyksissä, erityisesti niin monitahoisella ja vaihtelevalla alalla kuin mainonta.³⁸⁵

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Saksa vastaan parlamentti ja neuvosto n:o 2 (C-380/03, 12.12.2006)*: [...] *Vaikka katsottaisiin, että direktiivin 3 ja 4 artiklassa säädettyjen mainos- tai sponsorointikieltojen vaikutuksena on sananvapauden välillinen heikentyminen, journalistinen sananvapaus sellaisenaan pysyy koskemattomana, joten kiellot eivät vaikuta toimittajien toimitukselliseen työhön.*³⁸⁶

Lainaus *Karner*-ratkaisun perusteluista voidaan ainakin kontekstistaan irrotettuna lukea vahvistuksena sekä mainosviestinnän sananvapaussuojalle että sitä koskevalle laajennetulle harkintavaralle rajoitusperusteiden osalta. Tarkasteltaessa ratkaisun perusteluja kokonaisuutena näyttää kuitenkin ilmeiseltä, että yhteisöjen tuomioistuimen tarkoituksena on ennemminkin vain viitata ihmisoikeustuomioistuimen 10 artiklaa koskevaan ratkaisukäytäntöön ja etenkin sen tunnustamaan liikkumavaraan kaupallisen viestinnän osalta eikä varsinaisesti ottaa kantaa siihen, mitä itsenäinen sananvapaussuoja unionin oikeudessa mainosviestinnän

³⁸⁵ Ratkaisun kohta 51, kursivoinnit kirjoittajan.

³⁸⁶ Ratkaisun kohta 156, kursivoinnit kirjoittajan. On huomattava, että ratkaisun kohta voidaan lukea kahdella tavalla sen mukaan, katsotaanko se vastaukseksi ainoastaan väitteeseen, joka koskee lehdistön sananvapauden välillistä heikkenemistä mainostulojen vai myös kantajan esiin tuomaan mainoskieltojen sananvapautta rajoittavaan vaikutukseen yleisemmin. Koska kantajan väitteisiin myös mainostajaa itseänsä koskevasta sananvapaudesta ei ratkaisussa muualla vastata, voidaan tuomioistuimen olettaa joko tarkoittaneen jälkimmäistä laajempaa merkitystä tai jättäneen tarkoituksellisesti vastaamatta kysymykseen.

nän osalta edellyttäisi. Tätä päätelmää tukee myös ratkaisun *Saksa vastaan parlamentti ja neuvosto n:o 2* sanamuoto, jossa tuomioistuin tarkoituksellisesti kiertää kannanoton mainosviestintää koskevaan sananvapaussuojaan samalla kun se erottaa journalistisen sananvapauden ja lehtien mainostuloihin liittyvät tosiasialliset toimintamahdollisuudet toisistaan. Kysymys on siten edelleenkin lähtökohtaisesti avoin unionin oikeudessa. Soveltaessaan unionin oikeutta siten esimerkiksi kansallinen tuomioistuin ei ole välttämättä suoraan velvollinen arvioimaan mainonnan rajoituksia kansallisesta oikeudesta poiketen sananvapausrajoituksina. Toisaalta on huomattava, että unionin oikeutta sovellettaessa kansallisia viranomaisia sitoo nimenomaisesti ihmisoikeussopimuksen kunnioittamisen velvoite, jonka voidaan kansallisen oikeuden näkökulmasta ehkä tulkita sisältävän myös ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöä. Vaikka mainonnan vapautta ei arvioitaisikaan sananvapaussäännösten puitteissa, on ainakin ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan mainosviestinnälle turvaamaa aineellisoikeudellista vähimmäistasoa noudatettava viime kädessä kansallisen oikeuden ja unionin oikeuden tulkinnoissakin. Ongelmalliseksi tilanne tulee ennen kaikkea silloin, jos mainossääntelyä liberalisoivan harmonisoinnin katsotaan loukkaavan jonkin toisen kansallisen perusoikeuden suojaa eikä ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tarjoaman vähimmäissuojan katsota edellyttävän tällaista liberalisointia. Ainakin tällöin on yhteisöjen tuomioistuimen lopulta ratkaistava se, onko sisämarkkinoiden perusvapauksien rinnalla sovellettava unionin oikeuden sananvapaussuojaa.

Haettaessa keskinäisiä vastaavuuksia Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja unionin perusoikeuskirjassa tunnustetuille oikeuksille on syytä huomata, että niistä jälkimmäinen sisältää edellistä huomattavasti nykyaikaisemman ja laajemman oikeuskatalogin.³⁸⁷ Nimenomaan mainosviestintä, jota ihmisoikeussopimuksen puitteissa olisi vaikea sijoittaa minkään muun oikeuden kuin 10 artiklan sananvapauden suoja-alaan, voi perusoikeuskirjan systematiikassa sopia luontevasti 11 artiklan ohella tai sijaan etenkin 16 artiklassa määritellyn elinkeinovapauden piiriin. Tälle vaihtoehdolle antaa eurooppalainen valtiosääntöperinne tukea jotakuinkin siinä missä sananvapaustulkinnallekin. Ennen kuin perusoikeuskirja saa sitovan aseman osana unionin primäärioikeutta, saattaa myös yhteisöjen tuomioistuin olla vielä haluton ratkaisemaan tätä kysymystä. Jos tulkinnaat sen sijaan on tulevaisuudessa mahdollista kiinnittää unionin omaan, oikeudellisesti sitovaan perusoikeuskatalogiin, tilanne voi tältäkin osin muuttua. Aivan merkityksetön ei sovellettavan perusoikeuden valinta varmastikaan ole mainosviestinnän aineellisen oikeussuojatason sen enempää kuin sisämarkkinoiden perusvapauksien suojatason kannalta.

³⁸⁷ Vrt. luku 1.4.3.

Sekundaarioikeuden säännösten yhä useammin sisältämät mainonnan rajoitukset ovat vähitellen tehneet tärkeäksi tarkastella ennemminkin perusvapauksien ja sananvapauden välistä kollisiota kuin niiden rinnakkaista vaikutusta. Tähän kysymyksenasetteluun palataan tutkimuksessa jäljempänä.³⁸⁸ Kokonaan kadonnut ei silti ole sisältösääntelyn liberalisointikaan sisämarkkinaharmonisoinnin yhtenä suuntana. Paljon viestintäoikeudellista – ja paradoksaalisesti juuri sananvapautta painottavaa – kritiikkiä on saanut osakseen etenkin televisiodirektiiviudistuksessa suunniteltu *tuotesijoittelun* osittainen vapauttaminen. Avatesaana mainonnalle mahdollisuuden kytkeytyä ohjelmasisältöihin niihin sijoiteltujen tuotteiden ja palvelujen kautta uusi sääntely voi epäilemättä edistää mainosviestinnän ilmaisuvapautta merkittävästikin. Lisäämällä rahoituskeinoja eri kohderyhmille profiloituille sisältötuotannoille tuotesijoittelu voi välillisesti jopa lisätä ohjelmiston moniarvoisuuttakin. Se, mihin tähän asti tuotesijoittelua koskevilla kansallisilla kielloilla ja tuotesijoittelun luokittelemisella kielletyksi piilomainnaksi korkean kuluttajansuojastandardin ohella on pyritty, eli *ohjelma-tuotannon riippumattomuuteen* kaupallisen viestinnän ehdoista, voidaan toisaalta katsoa yhdeksi sananvapaussuojan ulottuvuudeksi. Ilmeinen ylikaupallistumisen uhkakuva on ohjelmien tuottaminen mainostajien asettamien sisällöllisin ehdoin, siirtyminen tuotteiden ohjelmasisältöihin sijoittelusta kohti ohjelmasisältöjen räätälöintiä ennalta annetun mainontakehikon päälle. On kuitenkin aihetta epäillä, edellyttääkö riittävän riippumattomuuden turvaaminen kuitenkin tässä suhteessa tuotesijoittelun absoluuttista kieltoa. Joka tapauksessa on syytä huomata, että ohjelmasisältöjen tuottaminen edellyttää varsin usein myös ns. taatonta tuotesijoittelua, alkuperältään tunnistettavissa olevien tuotteiden käyttöä tai ylipäätään niiden esiintymistä osana viestintäkokonaisuutta. Lienee ainakin selvää, että aatteelliseen ja taiteelliseen sananvapauteen sisältyy oikeus käyttää myös ilmaisutapoja, joihin tunnistettavissa olevia tuotteita sisältyy. Tästä luonnollisestikin seuraa, että mahdollisia tuotesijoittelukieltoja sovellettaessa joudutaan arvioimaan itse viestintäsisällön ulkopuolisia tosiasioita, kuten tuoteviitauksen tarkoituksellisuutta tai näyttöä riippuvuussuhteesta ohjelmistotuottajan ja mainostajan välillä.

Selkeä säännöstö niistä ehdoista, joilla tuotesijoittelu on sallittu, ja siitä, miten tuotteiden esiintymisestä ohjelmissa on mainittava, voi epäilemättä olla mahdollisuus tasapainottaa tuotesijoittelun etuja ja haittoja sananvapaudelle. Säännösten ristiriidat kansallisten perusoikeusjärjestelmien ja ehkä myös ihmisoikeussopimuksen kanssa ovat kuitenkin mahdollisia, sekä laajempaa mainosviestinnän sananvapautta puoltavien että varsinkin ankarampaa riippumattomuusvaatimusta kannattavien tulkintojen kautta. Ongelmatilanteita saattaa aiheutua etenkin niistä

³⁸⁸ Luku 2.3.6.

ohjelmatyypeistä, joihin sovelletaan sallitun tuotesijoittelun poikkeuksena absoluuttisia kieltoja, esimerkiksi lapsille suunnatuista ohjelmista. Tuotesijoittelun ollessa muussa ohjelmistossa pääsääntöisesti sallittua on vaarana, että tuotteiden esiintyminen ohjelmissa katsotaan entistä herkemmin tuotesijoitteluksi tällais-sakin ohjelmissa, mikä voi rajoittaa perusteettomasti niissä käytettävissä olevaa sananvapautta.³⁸⁹

Tuotesijoittelua koskevien säännösten harmonisointi palvelee luonnollisesti-kin jo itsessään sekä mainostajan että mainosrahoitusta käyttävän sisällöntuotta-ajan vapautta viestiä sisämarkkina-alueella ilman jäsenvaltioiden rajoista johtuvia oikeudellisia esteitä. Sama pätee myös moneen muuhun mainossääntelyn osaan silloinkin, kun harmonisointi lisää mainonnan sisällöllisiä rajoituksia. Aivan kuten edellä on todettu yleisemmin viestintätuotteiden ja -palvelujen välittämistä koskevasta vapaudesta, myös mainonnan ja itse mainospalvelujen vapautta voi- daan paradoksaalisesti edistää mainonnan sallittuja ilmaisukeinoja rajoittamalla-kin. Säännösten yhtenäisyys mahdollistaa mainonnan ja mainontaa sisältävien tuotteiden ja palvelujen levittämisen jäsenvaltiosta toiseen ilman lainsäädäntö-eroihin sopeutumisesta johtuvia lisäkustannuksia, ja siten myös esimerkiksi mai- nospalvelujen hankinnan muista jäsenvaltioista.³⁹⁰ Mainonnan sananvapaussuo- jan yksiselitteinen tunnustaminen unionin oikeudessa voisi kuitenkin johtaa vä- hemmän rajoitaviin sisällöllisiin valintoihin sisämarkkinaharmonisoinnissa ja siten vielä huomattavasti laajempaan tosiasialliseen mainosviestinnän vapau- teen. Laajemmalla sisällöllisellä ilmaisuvapaudella voisi ehkä olla positiivisia vaikutuksia myös vapaalle kilpailulle sisämarkkinoilla. Perusvapauksia ja sanan- vapautta ei mainosviestinnän osalta kuitenkaan ainakaan toistaiseksi ole tulkittu niin kumulatiivisesti kuin olisi mahdollista.

Kaupallista informaatiota ja sananvapautta koskevaan ongelmakenttään kuu- luu laajemmin tarkasteltuna paitsi tuotteita ja palveluita markkinoivien ja heille mainospalveluja tuottavien viestijöiden oikeudet, myös jokaiselle kuuluva oi- keus kaupallista viestintää koskevaan lainaamiseen ja ennen kaikkea sitä koske- vaan kritiikkiin. Sikäli kun viestijän tarkoituksena ei ole itse markkinoida tuot- teita tai palveluja vaan ainoastaan osallistua niitä koskevaan keskusteluun, ei kysymys tavallisen kielenkäytön mukaisesti edes ole kaupallisesta viestinnästä vaan ennemminkin sitä vahvemman sananvapaussuojan alaan kuuluvasta yhteis-

³⁸⁹ Ks. von Danwitz 2005, s. 420 sekä Hörmann 2005, s. 631. Televisiodirektiiviuudistuksen val- mistelussa esillä olivat vaihtoehtoina sekä tuotesijoittelun pääsääntöinen salliminen määritellyin poikkeuksin että kääntäen tuotesijoittelun pääsääntöinen kieltäminen säännöstössä luetelluin poi- keuksin. On huomattava, että molemmilla sääntelytavoilla voidaan päästä aineellisoikeudellisesti lähes samaan kompromissiin vapauden ja rajoitusten välillä, jolloin myös ristiriitaongelma kansal- lisen järjestelmien kanssa pysyy jotakuinkin samana riippumatta valitusta sääntelytavasta.

³⁹⁰ Ks. edellisessä luvussa 2.2.3 lainattu yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *de Agostini* (C-34, C-35 ja C-36/95, 9.7.1997).

kunnallisesta mielipiteenilmaisusta. Vapaa viestintäprosessi kaupallisen informaation alalla voidaan toisaalta luontevasti hahmottaa myös kokonaisuutena, johon kuuluvat tuotteista ja palveluista koskevan keskustelun kaikki eri osapuolet. Mainonta on osa viestintäprosessia, jossa on kyse paitsi kuluttajien esteettisistä elämäntapavalinnoista, yhä useammin ja yhä tietoisemmin myös heidän eettisistä valinnoistaan. Perinteinen malli tämän keskustelun rationaalisuuden turvaamiseksi on mainonnan ilmaisukeinoja rajoittava sääntely, mutta vähitellen enemmän merkitystä on saanut myös kuluttajan valintoihin vaikuttamaan pyrkivä kriittinen viestintä eri kansalaisjärjestöjen, lehdistön ja yksittäisten kansalaisten toimesta. Myös tällä viestinnällä on omat ajankohtaiset sananvapausongelmasa, erityisesti mittava vahingonkorvausvelvollisuuden uhka kritiikin kohteen liiketoiminnalle aiheutuneista vahingoista.³⁹¹ Mainostajien oman sananvapauden osalta kriittisyyttä kilpailijan tarjoamaa mainosinformaatiota kohtaan ehkäisevät tämän lisäksi sopimatonta kilpailua koskevat säännökset.³⁹² Aikakaudella, jolle on ominaista entistä eettisempien ja ympäristötietoisempien yritysimgojen rakentaminen, on kuitenkin tehokas mahdollisuus tällaisen kaupallisen informaation kyseenalaistamiseen tullut yhä tärkeämmäksi.³⁹³

Mainosviestinnän sananvapautta koskeva punninta kytkeytyy tavallisesti muuta joukkoviestintää kiinteämmin viestin vastaanottajan reseptioon, tavoiteltuun erotteluun tiedonvälityksen ja manipulaation välillä. Tärkein syy siihen, ettei vapaan kriittisen viestintäprosessin uskota toimivan kaupallisen informaation alalla poliittisen viestinnän tavoin – ja siihen, ettei vapaan viestintäprosessin kaupallisessa viestinnässä katsota tarvitsevan yhtä vahvaa sananvapausuojaa – on epäilemättä nimenomaan vaara informaation harhaanjohtavuudesta ja sitä oikaisevan kriittisen keskustelun puutteesta. Yhtäältä on varmasti kyse kuluttajan medialukutaidosta, kuten yhteisöjen tuomioistuimen käsite harkitsevasta kuluttajasta osoittaa, mutta toisaalta myös yksilön tosiasiallisista viestintäresursseista ja niiden kohdentamisesta: harkitsevankaan kuluttajan ei välttämättä voida olettaa tai vaatia käyttävän aina riittävästi aikaansa ja tarkkaavaisuuttansa tuotteita ja palveluita koskevaan informaatioon. Eri kysymys kuitenkin on, toimivatko lainsäädäntöön vakiintuneet mainonnan rajoitukset tosiasiaissa kaupallisen viestintä-

³⁹¹ Tästä tarkemmin luvussa 2.3.8.

³⁹² Tässä yhteydessä on huomattava, että *vertaileva mainonta* on tietyin ehdoin sallittu unionin direktiivissä harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta (84/450/ETY, muutettu direktiivillä 97/55/EY). Vaikka vertailevan mainonnan salliminen voidaan sellaisenaan jo lukea osaksi unionin sisämarkkinasääntelystä aiheutunutta mainonnan sananvapauden laajentumista niissä jäsenvaltioissa, joissa vertaileva mainonta tätä ennen oli ollut kiellettyä, on ristiriita direktiivissä sallitulle vertailevalle mainonnalle asetettujen ehtojen ja kansallisten sananvapautulkintojen sekä ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkintojen kanssa mahdollinen. Tästä tarkemmin luvussa 2.3.6.

³⁹³ Merkittävä ennakkotapaus tässä yhteydessä on ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Steel ja Morris* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (15.2.2005, hakemus 68416/01); ks. luku 2.3.8.

täprosessin rationaalisuuden tai kuluttajan käytössä olevan informaation totuudenmukaisuuden eduksi. Asetelmaa vaikeuttaa myös se, ettei mainosviestinnän sisältöä useinkaan voida arvioida ainoastaan asteikolla totuudenmukaisesta epätotuudenmukaiseen informaatioon, vaan kyse on ennemminkin monitulkintaisen, vastaanottajan henkilökohtaisiin assosiaatioihin kytkeytyvien visuaalisten ja audiovisuaalisten mielikuvien liittämisestä markkinoitaviin tuotteisiin ja palveluihin. Voidaan epäilemättä väittää, ettei tällainen viestintä varsinaisesti osallistu sen enempää tiedonvälitykseen kuin mielipiteenvaihtoonkaan, jotka klassisissa sananvapausteorioissa on totuttu määrittelemään oikeussuojan keskeisimmiksi kohteiksi. Yhtä oikeutettua lienee toisaalta kääntäen väittää, ettei mielikuvamainonta voi ainakaan sanan varsinaisessa merkityksessä olla harhaanjohtavaakaan, ja että se tulisi rinnastaa lähinnä esteettiseen viestintään ja taiteeseen. Tosiasiallisena välityskanavana visuaalisen ja kielellisen kulttuurin innovaatioille mielikuvamainonta sitä paitsi palvelee juuri vapaata viestintäprosessia jotakuinkin siinä missä aatteelliseksi viestinnäksi tai taiteeksi määritellyt osat nykyistä populaarikulttuuria.³⁹⁴

Mainonta on eurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä pitkään ymmärretty kilpailu- ja kuluttajaoikeudelliseksi sääntelykohteeksi eikä sääntelyssä toteutettujen rajoitusten kestävyyttä mahdollisen sananvapausvalvonnan kohteena ole toistaiseksi kovin pitkälle arvioitu. Sisämarkkinaharmonisoinnin kautta jo tapahtunut sekä sen kautta tulevaisuudessa tapahtuva kaupallisen viestinnän vapauttaminen ovat niin ikään vielä vailla johdonmukaista perusoikeustarkastelua. Oman ongelmansa tässä tarkastelussa muodostaa perusoikeuskirjan 38 artiklassa suunniteltu *kuluttajansuojan* kohottaminen itsenäiseksi unioniperusoikeudeksi, jonka unioni sitoutuisi politiikoissaan turvaamaan.³⁹⁵ Optimistinen käsitys eurooppalaisen kuluttajan viestinnällisestä kompetenssista, jota yhteisöjen tuomioistuimen sisämarkkinadoktriini on perinteisesti edustanut, saattaisi osaksi unionin perusoikeustulkintaa ankkuroituna joka tapauksessa edistää mainosviestinnän ilmaisu- vapautta merkittävästikin.

Mikäli mainonta käsitetään erottamattomaksi osaksi sananvapauden suojamaa viestintää ja mikäli kaupallista informaatiota koskevaa viestintää tämän mukaisesti pyritään arvioimaan klassisen sananvapausideologian pohjalta, lienee aiheellista painottaa ennen kaikkea siihen sisältyviä vastavuoroisuuden ja ulkopuolisen kritiikin ideoita. Tosiasiallisen sananvapauden voidaan kaupallisessa viestinnässä tällöin katsoa edellyttävän tiettyä tasapainotilaa mainosilmaisun mahdollisuuksien ja mainosilmaisun sisältöön mahdollisesti kohdistettavan kritiikin ja parodian välillä. Vaikeus erottaa kaupallisia aiheita koskeva keskustelu

³⁹⁴ Vrt. Hoikka 2006, s. 391–393.

³⁹⁵ Ks. luku 3.3.

muusta yhteiskunnallisesta keskustelusta on niin ikään hyvä syy vaatia medialukutaitoa koskevien tavoitteiden ulottamista täysimääräisesti viestijöiden kompetenssiin mainonnan vastaanottajina ja ymmärtäjinä. Myös perinteisten sananvausteorioiden voidaan joka tapauksessa ajatella ainakin jossakin määrin tukevan suuntausta purkaa mainonnan sisältöä ankarasti rajoittavaa sääntelyä. Se, miten tähän sisältyvä sisämarkkinapotentiaali voidaan unionin oikeudessa ottaa käyttöön, riippuu paitsi unionin tulevasta strategiasta mainossääntelyä koskevan lainsäädännön lähentämisessä, osaltaan myös yhteisöjen tuomioistuimen aktiivisuudesta sen sananvapautta koskevassa unioniperusoikeusvalvonnassa.

2.3 SANANVAPAUDEN JA PERUSVAPAUKSIEN VÄLINEN KOLLISIO

2.3.1 Yleistä

Vaikka sananvapauden ja sisämarkkinoiden perusvapauksien voidaan katsoa ainakin pääsääntöisesti tukevan toisiaan vapaan, kansalliset rajat ylittävän viestinnän rinnakkaisina oikeussuojatakeina, voidaan perusvapauksien turvaaminen usein toteuttaa myös säännöksin, jotka osin rajoittavat sananvapauden käyttöä. Kollisiotilanne sananvapauden ja perusvapauksien välillä voi syntyä ennen kaikkea sellaisista jäsenvaltioiden kansallista lainsäädäntöä harmonisoivan sekundaarioikeuden säännöksistä, joilla yhtenäistetään tai jopa tietoisesti korotetaan sananvapautta rajoittavien eri oikeuksien suojatasoja. Tämän lisäksi on mahdollista, että sisämarkkinaoikeudessa – joko yhteisöjen tuomioistuimen tekemissä primäärioikeuden perusvapaussäännösten tulkinnoissa tai perusvapauksia tehostavassa sekundaarisääntelyssä – vaarannetaan sananvapaussuojaan sisältyvää viestinnän moniarvoisuutta. Unionin sekundaarioikeuden kasvaessa jatkuvasti sekä normitiheydeltään että soveltamisalaltaan voidaan kollisiotilanteiden olettaa tulevan yhä yleisemmiksi. Yksi unionin oikeuden sananvapauskäsitteen keskeisimmistä ongelmista liittyy siten nimenomaan ehtoihin, joilla punninta sananvapauden ja sisämarkkinoiden perusvapauksien välillä voidaan ja joilla se tulisi suorittaa.

Kollisiota sananvapauden ja perusvapauksien välillä tarkastellaan seuraavassa ensin kahden yleisen, keskenään käänteisen näkökulman avulla: ensin arvioidaan sananvapauden merkitystä *perusvapauksien rajoittamista legitimoivana periaatteena*³⁹⁶ ja toiseksi perusvapauksien toteuttamistarvetta unioniperusoi-

³⁹⁶ Luku 2.3.2.

keutena turvaton *sananvapauden rajoitusperusteena*.³⁹⁷ Tämän jälkeen oikeuskäytännössä jo esiin tulleita ja oikeuskirjallisuudessa ennakoituja kollisiotilanteita käsitellään sääntelyaloittain, ottaen erityisesti huomioon ne ominaispiirteet, jotka yhtäältä sisämarkkinoiden tehokas toteuttaminen ja toisaalta sananvapauden riittävän suojatason takaaminen kullakin näistä aloista edellyttää.³⁹⁸

On syytä huomata, että jo termien *kollisio* ja *punninta* käyttö sisämarkkinoiden perusvapauksien ja perusoikeuksien arvioimisesta toisiaan rajoittavina oikeuksina on tietyssä mielessä ongelmallista. Aiheellista on kysyä, ovatko kaksi eri oikeuskategoriaa jossakin suhteessa yhteismitallisia siten, että punninta niiden välillä yleensäkin on legitiimiä. Sananvapauden suhteuttamisessa perusvapauksiin ei luonnollisestikaan ole kyse suoraan *perusoikeuspunnintaan* rinnastettavissa olevasta tilanteesta, jossa punnittavien oikeuksien voidaan katsoa kuuluvan yhteen yhtenäiseen perusoikeusjärjestelmään ja siten toimivan legitimeinä tulkintaohjeina toisilleen.³⁹⁹ Oikeuskategorioiden keskinäinen suhde on yhtäältä puhtaasti unionin oikeuteen ja yhteisöjen tuomioistuimen tulkintatoimivaltaan kuuluva kysymys, mutta siihen liittyy toisaalta merkittävä ristiriitapotentiaali jäsenvaltioiden kansallisiin oikeusjärjestelmiin nähden, etenkin tilanteissa, joissa perusvapauksia käytetään kansallisen järjestelmän hierarkiassa sisämarkkinaoikeutta ylemmänarvoisten perusoikeuksien rajoitusperusteina. Sillä, että kysymys nimetään seuraavassa kollisioksi ja kollision ratkaiseminen punninnaksi, ei ole tarkoitus sen enempää sivuuttaa näitä ongelmia kuin myöskään argumentoida varauksetta sen käsityksen puolesta, että sisämarkkinoiden perusvapaudet tulisi tulkinnallisesti rinnastaa perusoikeuksiin osana unionin omaa perusoikeusjärjestelmää. Tarkastelun kohteena on siten punninta oikeusperustaltaan ja rajoitusedellytyksiltään osin toisistaan eroavien, keskenään kollisiossa olevien oikeuksien välillä.⁴⁰⁰

Juuri perusvapauksien ja perusoikeuksien välinen kollisio on luonnollisestikin kysymys, jossa kritiikki yhteisöjen tuomioistuimen vahvasti perusvapauksia painottavaa doktriinia kohtaan konkretisoituu riskiksi perusoikeussuojan tosiasiallisesta laiminlyömisestä unionin oikeudessa.⁴⁰¹ Sananvapauden osalta tulkinnan mahdollinen epätasapaino sisämarkkinoiden perusvapauksien eduksi voi merkitä sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien syrjäytymistä ja siten kumulatii-

³⁹⁷ Luku 2.3.3.

³⁹⁸ Luvut 2.3.4–2.3.9.

³⁹⁹ Perusoikeuspunninnan käsitteestä tarkemmin mm. Alexy 1994, s. 300–307 sekä Rühl 1998, s. 415–422.

⁴⁰⁰ Vrt. luku 2.1.3.

⁴⁰¹ Esim. Schindler 2001, s. 159–187; Eisner 2005, s. 58–61; Bühler 2005, s. 462–477 sekä Schultz 2005, s. 182–183.

vista sananvapaussuojaa;⁴⁰² kollisiotilanteissa se voi johtaa vastaavalla tavalla myös itse sananvapaussuojan kaventumiseen. Sananvapauden antinomisen luonteen vuoksi perusvapaudet voivat joissakin tilanteissa olla myös samanaikaisesti yhdensuuntaisia sananvapauden vapausoikeudellisen komponentin kanssa mutta kollisiossa sananvapauteen sisältyvän viestinnän moniarvoisuusturvan kanssa. Myös päinvastainen tilanne on mahdollinen, mikäli unionin sekundaarioikeuteen tulevaisuudessa sisällytetään moniarvoisuutta turvaavia tai moniarvoisuusturvaa harmonisoivia säännöksiä. Johdonmukainen punninta sananvapauteen sisältyvien yksilön eri oikeuksien ja sisämarkkinoiden perusvapauksiin sisältyvien yksilön eri oikeuksien välillä voi tulla kaikissa mainituissa tilanteissa välttämättömäksi.

2.3.2 Sananvapaus perusvapauksien rajoitusperusteena

Jokainen uusi hyväksytyksi tuleva rajoitus sisämarkkinoiden perusvapauksien soveltamisalaan merkitsee suoraa leikkausta unionin edelleenkin keskeisimpään tavoitteeseen, Euroopan taloudelliseen integraatioon. Sekundaarisääntelyssä ja erityisesti myös yhteisöjen tuomioistuimen tulkintakäytännössä ilmenevää vahvaa sisämarkkinapainotteisuutta on pidettävä yhtenä unionin ylikansalliseen oikeusjärjestelmään jo sen funktionaalisen luonteen vuoksi kuuluvana ominaispiirteenä. Perusvapauksien rajoittaminen on toisaalta ollut välttämätöntä koko integraatiokehityksen ajan, paitsi useiden sosiaalisten oikeuksien suojatasojen säilyttämiseksi ja tiettyjen kansallisesti tärkeiden intressien turvaamiseksi (primäärioikeuden poikkeussäännökset sekä ns. *Cassis de Dijon* -doktriini), myös viime kädessä oikeudenkäytön rationaalisuuden edellyttämin, perusvapausrajoitusten intensiteettiä koskevin *de minimis* -kriteerein (ns. *Keck*-oikeuskäytäntö). Perusoikeuksien aseman vahvistuminen yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä unionin oikeusperiaatteina on vähitellen luonut tähän listaan yhden perusvapausrajoitusdoktriinin lisää. Tarkemmat edellytykset, joilla sananvapauteen tai muihin perusoikeuksiin voidaan sisämarkkinaoikeuden syrjäytymiseksi vedota, eivät kuitenkaan ole oikeuskäytännössä vielä kovin pitkälle täsmentyneet.

Perusvapauksien rajoituksia koskevat primäärioikeuden poikkeussäännökset samoin kuin yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössään luomat perusvapausäännösten sisäiset soveltamisalarajoitukset koskevat pääsääntöisesti ainoastaan sitä osaa jäsenvaltioiden oikeudesta, jota ei ole vielä sekundaarioikeuden säännöksiin harmonisoitu. Sikäli kun perusvapauksia koskevista poikkeus-

⁴⁰² Ks. luku 2.2.2. Kumulatiivisella sananvapaussuojalla tarkoitetaan tässä yhteydessä argumentaatiota, jossa perusvapauksien rajoitusedellytyksiä tulkitaan supistavasti sananvapaussuojan ja sananvapauden rajoitusedellytyksiä samanaikaisesti supistavasti perusvapauksien perusteella.

mahdollisuuksista on sääntelykohteittain päätetty sekundaarioikeudessa, jäsenvaltioiden mahdollisuus vedota tältä osin primäärioikeudessa säädettyihin yleisempiin poikkeuksiin samoin kuin yhteisöjen tuomioistuimen tunnustamiin *Cassis de Dijon*- ja *Keck*-doktriineihin päättyy.⁴⁰³ Velvollisuus kunnioittaa perusoikeuksia poikkeaa kuitenkin juuri tässä suhteessa muista oikeuskäytännössä tunnustetuista perusvapauksien soveltamisalarajoituksista. Se, että jäsenvaltiot ovat sopineet sekundaarioikeudessa erityisesti ja tyhjentävästi niistä perusvapauksia koskevista poikkeuksista, joita tietyllä sääntelyalalla on noudatettava, poistaa niiltä mahdollisuuden vedota myöhemmin yleisen edun vaatimuksiin sekä *de minimis* -kriteereihin, jotka niiden olisi tullut ottaa huomioon jo sekundaarioikeutta hyväksyttäessä. Perus- ja ihmisoikeussuojaan tämä yksinkertainen integraatio-oikeuden logiikka ei sen sijaan voi ainakaan yhtä suoraan päteä, koska perus- ja ihmisoikeudet velvoittavat yhtä lailla kaikessa lainsäädäntötoiminnassa sekä jäsenvaltioita että unionia. Sikäli kun käsitykset perusoikeuksien suojasisällöstä vaihtelevat jäsenvaltioittain, jäsenvaltion antama hyväksyntä sen omaa kansallista perusoikeussuojaa kaventavalle sekundaarisääntelylle voi tietysti unionin oikeudessa suoritetusta perusoikeusvalvonnasta huolimattakin johtaa ristiriitoihin kansallisen perusoikeusjärjestelmän ja unionin oikeuden välillä.

Unionin sekundaarioikeudessa – etenkin säädösten perustelukappaleissa – ovat viime aikoina yleistyneet nimenomaiset maininnat siitä, että säännöksissä on otettu huomioon perus- ja ihmisoikeuksista johtuvat vaatimukset. Tällaisia mainintoja lienee pidettävä lähinnä pelkkänä toteamuksena lainsäätäjän – sekä jäsenvaltioiden että unionin itsensä – tietoisuudesta siitä, että kyseisellä sääntelyllä voi olla vaikutusta tiettyjen unioniperusoikeuksien, ihmisoikeuksien tai kansallisten perusoikeuksien käyttöön. Mahdollisuutta vedota näihin oikeuksiin sekundaarioikeuden säännöksiä vastaan maininta ei sellaisenaan voi muiden sisäisten soveltamisalarajoitusten tavoin poistaa. Lainsäätäjän suorittama ennakkolinen punninta perusvapauksien ja perusoikeuksien välillä ei toisin sanoen voi sitoa unionin oikeutta tulkitsevaa yhteisöjen tuomioistuinta, vaan perusoikeusvalvonta on sekundaarioikeuden osalta toteutettava viime kädessä myös kumoamiskanteiden kautta.

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä sananvapautta tarkasteltiin nimenomaisesti sisämarkkinoiden perusvapauksien rajoituksena ensimmäisen kerran ratkaisussa *Schmidberger* vuodelta 2003.⁴⁰⁴ Itävalta vetosi ratkaisussa sa-

⁴⁰³ Mikäli perusoikeussuojasta johtuvat perusvapausrajoitukset tulkitaan osaksi *Cassis de Dijon*-doktriinia (ks. jäljempänä), tämä ei luonnollisestikaan pidä kokonaisuudessaan paikkaansa. Perusoikeuksia perusvapauksien rajoituksena lienee kuitenkin perusteltua tarkastella ennemminkin erillisenä rajoituskategoriana. Aiheesta jäljempänä tässä luvussa.

⁴⁰⁴ Ratkaisua on käsitelty lyhyesti jo edellä luvussa 1.1.2.

nanvapaudesta ja yhdistymisvapaudesta aiheutuviin perus- ja ihmisoikeusvelvoitteisiinsa, jotka estivät sitä turvaamaan unionin oikeuden mukaisen tavaravapaan liikkuvuuden:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Schmidberger* (C-112/00, 12.6.2003): [...] *Koska sekä yhteisön että jäsenvaltioiden on kunnioitettava perusoikeuksia, näiden oikeuksien suojelu on perusteltu intressi, jonka vuoksi yhteisön oikeudessa asetettujen velvoitteiden eli jopa tavaravapaan liikkuvuuden kaltaisista perustamissopimuksessa taatuista perusvapauksista johtuvien velvoitteiden rajoittaminen voi olla perusteltua.*⁴⁰⁵

Schmidberger-ratkaisu on merkittävä ennakkoratkaisu sananvapauden ja sisämarkkinoiden perusvapauksien välisestä suhteesta paitsi siksi, että tuomioistuin päätyi sen lopputuloksena hyväksymään perusvapauksien rajoituksen sananvapaussuojan vuoksi, myös siksi, että ratkaisun perustelut sisältävät useita elementtejä analyttisestä *punninnasta* näiden oikeuksien välillä. Todettuaan ensin sekä perusvapauksien että sananvapauden olevan riittävän tärkeistä syistä rajoitettavissa tuomioistuin päätteli, että ”tällaisessa tilanteessa on verrattava keskenään kysymyksessä olevia intressejä ja määritettävä kunkin asian olosuhteiden perusteella, onko näiden intressien välillä oikea tasapaino”.⁴⁰⁶ Tasapainoa arvioidessaan tuomioistuin otti huomioon mielenosoituksesta johtuneen liikennekeskeytyksen lyhyen keston, jäsenvaltion heikot mahdollisuudet turvata mielenilmaisun riittävä esille tuominen vapaata liikkuvuutta vähemmän rajoittaen sekä sen, ettei mielenosoitusta ollut suunnattu suoraan sisämarkkinoiden perusvapauksien käyttöä vastaan, vaan se oli järjestetty kansalaisten tärkeäksi katsomien ympäristöpoliittisten tavoitteiden edistämiseksi. Näine argumentteineen ratkaisu edustaa jopa eräänlaista malliesimerkkiä tilannekohtaisesta *punninnasta* lähtökohtaisesti samanarvoisten oikeusperiaatteiden välillä, joka perinteisesti on yhdistetty perusoikeuspunnintaan. Voidaan toisaalta väittää, että itse kyseessä olleiden asian olosuhteet puolsivat kuitenkin poikkeuksellisenkin selkeästi sananvapaussuojasta ratkaisua, eikä tuomioistuin siten vielä joutunut ottamaan kantaa sananvapauden vaikeaan kollisiotilanteeseen tärkeiden sisämarkkinaetujen kanssa.⁴⁰⁷

Sisämarkkinoiden kannalta *Schmidberger*-ratkaisussa tarkasteltavana olivat primäärioikeuden perusvapauks säännökset sellaisenaan, joten kysymykseen perusoikeusvalvonnan ulottumisesta harmonisoituun sekundaarioikeuteen ratkai-

⁴⁰⁵ Ratkaisun kohta 74, kursivoinnit kirjoittajan.

⁴⁰⁶ Ratkaisun kohta 81, kursivoinnit kirjoittajan.

⁴⁰⁷ Kraus (2006, s. 145) puhuu perusoikeuksien ja perusvapauksien yleisestä rinnastamistendenssistä (Tendenz zu einer Parallelisierung) oikeuskäytännössä ja sitä käsittelevässä oikeuskirjallisuudessa.

nessa ei vielä vastattu. Perusvapauksien rajoittamista perusoikeussuojan vuoksi ei toisaalta myöskään perusteluissa liitetty jo vakiintuneeseen harmonisoimaton- ta oikeutta koskevaan *Cassis de Dijon* -doktriiniin, vaan se kytkettiin suoraan yhteisön perustamissopimuksen 5 artiklan perusoikeusmainintaan.⁴⁰⁸ Sananvapauden kunnioittaminen voidaan siten ratkaisun perusteella tulkita paitsi uudeksi perusvapaussäännöksi sisäiseksi soveltamisalarajoitukseksi, myös ja ehkä ennemminkin juuri 5 artiklaan perustuvaksi, yhtä lailla koko unionin oikeutta koskevaksi velvollisuudeksi. Tämä tulkinta sopii ehkä jossakin määrin paremmin myös kaksiportaiseen malliin sisämarkkinaoikeudesta, jossa primäärioikeuden perusvapaussäännökset niitä koskevine rajoituksineen – niin kirjoitetuine kuin oikeuskäytännössä luotuineenkin – väistyvät sekundaarioikeudessa täsmällisemmin säänneltyjen vapauksien ja poikkeusten soveltuessa. Perusoikeuksista johtuvat rajoitukset sen sijaan koskevat kaikkea unionin oikeutta suoraan perustamissopimuksessa määriteltyjen reunaehtojen perusteella: kyse on perusvapausrajoituksista mutta ei ainoastaan primäärioikeuden perusvapaussäännöksiä koskevista rajoituksista.⁴⁰⁹

Jatkoa yhteisöjen tuomioistuimen doktriiniin sananvapaudesta perusvapauksien rajoitusperusteena ja samalla mielenkiintoisen vertailukohtan *Schmidberger*-ratkaisulle tarjoaa varsinkin vuonna 2007 annettu, virkamiesten sananvapaudesta käsitellyt ratkaisu *A.G.M.* Tarkasteltavana oli direktiivillä 98/37/EY harmonisoitu sääntely koneiden ja turvakomponenttien turvallisuus- ja terveysvaatimuksista, erityisesti jäsenvaltion ja sen virkamiesten menettelystä laitteiden tarkastamisessa ja siitä tiedottamisessa. Kantajana ollut yritys esitti kärsineensä vahinkoa siitä, että sen tuotteiden tarkastukseen Suomessa osallistunut virkamies oli esittänyt julkisuudessa mielipiteitä mahdollisista puutteista näiden tuotteiden turvallisuudessa:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *A.G.M.* (C-470/03, 17.4.2007): [...] Ihmis- oikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen 10 artiklan 1 kappaleen mukaan sananvapaus taataan jokaiselle jäsenvaltioiden lainkäyttövaltaan kuuluvalla. Tämä vapaus on jokaisen demokraattisen yhteiskunnan olennainen perusta. *Jäsenvaltiot eivät kuitenkaan voi vedota virkamiestensä sananvapauteen* perustellakseen rajoitusta ja vältyä näin yhteisön oikeuteen perustuvalta *omalta vastuultaan*.⁴¹⁰

Silmiinpistävää ratkaisun sananvapauslausumassa on sen suora vastakohtaisuus *Schmidberger*-ratkaisun lopputuloksen kanssa. Juuri jäsenvaltiolle kuuluvasta

⁴⁰⁸ Ratkaisun kohta 94.

⁴⁰⁹ Ks. *Schmidberger*-ratkaisua koskevasta keskustelusta mm. Ojanen 2004; Raitio 2005, s. 287–289 ja 2006, s. 416–424; Lindfelt 2007, s. 217–221 sekä Biondi 2004.

⁴¹⁰ Ratkaisun kohta 72, kursivoinnit kirjoittajan. Ks. kommenttina Kulla 2008, s. 131–134.

korvausvastuusta unionin oikeuden loukkaamisesta ja tämän korvausvastuun mahdollisesta välttämisestä niiden velvollisuuksien perusteella, jotka yksittäisten henkilöiden sananvapaudesta seuraa, oli nimittäin yhtä lailla kysymys aikaisemmassa ratkaisussakin. *A.G.M.*-ratkaisun lyhyt ja yksioikoinen viittaus siihen, että tilanteessa sananvapauden haltija ja unionin oikeuden sitoma jäsenvaltio ovat kaksi erillistä oikeussubjektia, jää siten irralliseksi ja itsessään melko mitäänsanomattomaksikin. Se, mitä tuomioistuimien sijaan lausuu perusteluissaan valtion korvausvastuun edellytyksistä yleisemmin, on kuitenkin syytä lukea olennaisena osana kysymyksen sananvapausarviointiakin:

[...] Lausumat, joiden *muodon ja olosuhteiden johdosta* niiden *vastaanottajille* syntyy vaikutelma siitä, että *kyse on valtion virallisista kannanotoista* eikä virkamiehen yksityisistä näkemyksistä, luetaan valtion syyksi. Ratkaiseva tekijä sille, että virkamiehen lausumat luetaan valtion syyksi, on se, voivatko näiden *lausumien vastaanottajat* kohtuudella katsoen *olettaa* asianomaisessa asiayhteydessä, että *kyse on kannoista, jotka virkamies esittää virka-asemansa nojalla*.⁴¹¹

Mikäli virkamiehen lausuma siis tulee tulkituksi hänen yksityiseksi mielipiteen-ilmaukseksi, ei jäsenvaltio sen perusteella riko unionin oikeutta vastaan. On selvää, että juuri yksityisten lausumien estäminen tai sanktioiminen olisi myös valtion sananvapausvelvoitteiden vuoksi kaikista ongelmallisinta. Silloin kun kyse on virkamiehen virka-asemansa nojalla esittämistä kannanotoista, astuu kuvaan mukaan paitsi yhteisöjen tuomioistuimen tarkoittama syy-seuraussuhde valtion toiminnan ja kärsityn vahingon välillä, myös virkamiehen vastaava, hänen sananvapauttaan rajoittava velvollisuus ottaa huomioon ne edellytykset, joilla valtio saa asiasta tiedottaessaan toimia. Erottava tekijä *Schmidberger*- ja *A.G.M.*-ratkaisussa käsiteltyjen tilanteiden välillä oli itse asiassa se, että sananvapauttaan myöhemmässä käytti virkamies, jolla oli virkatoimiaan suorittaessaan *lojaliteettivelvollisuus* valtiota kohtaan. Juuri lojaliteettivelvollisuuden olemassaolo oli asiassa ratkaisevaa valtion velvollisuuksien, sekä perusvapauksien että sananvapauden kannalta tarkasteltuna.

Sitä, että tällaista – ydinajatukseltaan sinänsä kestävääkin – perustelua ei tuotu esiin ratkaisun sananvapautta koskevassa osassa, voidaan varmasti pitää yhtenä esimerkkinä yhteisöjen tuomioistuimen puutteellisesta perusoikeusartikulaatiosta. Koko kontekstissaan tulkittuna viittausta sananvapausperusteen riittämättömyyteen perusvapauksien rajoituksena voidaan toisaalta pitää oikeasuuntaisena. On myös huomattava, että yhteisöjen tuomioistuimien jättää ratkaisussaan kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi arvioinnin tarkastellun viestin reseptiosta, mikä juuri lopputuloksen kannalta on olennaista. Koska yhteisöjen tuomioistui-

⁴¹¹ Jatkoa ratkaisusta *A.G.M.*, kohta 100 (alakohta 1); ks. myös kohta 66, kursivoinnit kirjoittajan.

men antama tulkintaohje tämän arvioinnin pohjaksi on lisäksi sisällöltään sovittavissa helposti yhteen sananvapaustarkastelun kanssa, jää kansalliselle tuomioistuimelle mahdollisuus täydentää perusteluja ainakin kansallisen perusoikeussuojan näkökulmasta.⁴¹²

A.G.M.-ratkaisussa tarkasteltuun ennakkoratkaisupyyntöön sisältyi myös kysymys siitä, salliiko tai edellyttääkö unionin oikeus sitä, että jäsenvaltion ohella virkamiehelle asetetaan henkilökohtainen korvausvastuu unionin oikeuden rikkomisesta aiheutuneesta vahingosta. Myös tämä kysymys voidaan liittää nimenomaan sananvapauden velvoittavuuteen ja sen tulkintaan unioniperusoikeutena: kyse on yksilön tehokkaista mahdollisuuksista esittää mielipiteitään ja kritiikkiä, tässä tapauksessa koskien itse unionin sääntelyä ja sen soveltamista. Yhteisöjen tuomioistuin sivuutti tältäkin osin varsinaisen sananvapaustarkastelun ja totesi lyhyesti, että unionin oikeus ei aseta estettä tällaiselle korvausvastuulle muttei myöskään edellytä sitä.⁴¹³ Jäsenvaltiolle jäi siten yhtäältä täysi harkintavalta virkamiehen sananvapauden laajuudesta, mutta toisaalta myös lopullinen korvausvastuu unionin oikeuden rikkomisesta niiltä osin, kun henkilökohtainen korvausvastuu ei perusvapauksille aiheutunutta vahinkoa – esimerkiksi sananvapaussuojan laajuuden vuoksi – kata. Tässä on luonnollisestikin kyse sananvapaussuojasta nimenomaan kansallisessa perusoikeusjärjestelmässä. Vastausta siihen, millaista suojatasoa edellyttäisi unionin oikeuden oma sananvapaussuoja, joka käsiällä olevassa, unionin oikeuden soveltamisalaan kuuluvassa kysymyksessä velvoittaa sekä jäsenvaltioita että unionia, ei tuomioistuimen ratkaisu sisällä. Ainut rajaus, joka ratkaisun perusteella voidaan tehdä, on edellä mainittu jäsenvaltion korvausvastuun poistuminen siltä osin, kun virkamiehen lausuma on tulkittava hänen yksityiseksi mielipiteenilmaukseksi. Selvää kieltoa rajoittaa virkamiehen sananvapautta ei ratkaisun perusteluihin kuitenkaan edes tältä osin sisälly. Vähintäänkin jonkinlainen viittaus yhteisöjen tuomioistuimen aikaisempaan, unionin omien virkamiesten sananvapautta käsittelevään oikeuskäytäntöön,⁴¹⁴ olisi ratkaisuun tältä osin ollut aiheellista liittää.

Edellä esitellyt ratkaisut antavat jo kuvaa siitä, minkälaisia ongelmia sananvapauden arviointiin perusvapauksien rajoituksena liittyy. Pääsääntö sinänsä on varsin selvä: perusvapauksia voidaan unionin oikeudessa rajoittaa silloin, kun se on sananvapauden vuoksi välttämätöntä. Punninnassa perusvapauksien ja sananvapauden välillä on otettava huomioon kunkin oikeuden tilannekohtainen painoarvo ja pyrittävä tasapainottamaan ne, kuten yhteisöjen tuomioistuin on *Schmidberger*-ratkaisussaan todennut. Mitään syytä rajoittaa tätä sääntöä koskemaan

⁴¹² Vrt. Weiß 2008 sekä Kulla 2008, s. 133.

⁴¹³ Ratkaisun kohdat 97–99.

⁴¹⁴ Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut *Oyowe & Traore* (100/88, 13.12.1989), *Connolly* (C-274/99 P, 6.3.2001) ja *Cwik* (C-340/00 P, 13.12.2001); ks. luku 1.1.2.

ainoastaan primäärioikeuden soveltamisalaa eli harmonisoimatonta sisämarkkinaoikeutta ei myöskään ole – riippumatta siitä, tulkitaanko perusoikeuksien kunnioittamista koskeva velvoite perusvapaussäännösten sisäiseksi soveltamisalajoitukseksi aikaisempien *Cassis de Dijon*- ja *Keck*-doktriinien tavoin vai suoraan yhteisöjen perustamissopimuksen 5 artiklaan perustuvaksi, kaikkea unionin oikeutta koskevaksi reunaehdoksi. Paljon epäselvempää sen sijaan on se, kuinka johdonmukaisesti sananvapaussuojan tilannekohtaiset vaatimukset on otettu ja otetaan tulevaisuudessa huomioon yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä perusvapauksien rajoituksina. Ainakin ratkaisu *A.G.M.* tuo esiin paitsi puutteita tuomioistuimen perusoikeuksia koskevassa perustelutavassa, osin myös sananvapaussuojan aineellisoikeudellisen tarkastelun suppeutta. Tämä voidaan liittää yhtäältä sisämarkkinoiden perusvapauksien keskeiseen asemaan unionin oikeudessa ja tuomioistuimen haluttomuuteen tunnustaa uusia integraatiota jarruttavia perusvapausrajoituksia, mutta toisaalta myös sen haluun välttää ristiriitoja perusoikeusjärjestelmien välillä ja siksi pidäytyä kehittämästä unionin itsenäistä perusoikeusdoktriinia yksityiskohtaisemmaksi kuin on välttämätöntä. *A.G.M.*-ratkaisun lyhyttä sananvapaustarkastelua voidaan ehkä pitää enemmän eräänlaisena perustelemattomana arviona ihmisoikeusvelvoitteiden – erityisesti ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan vaatimusten – täyttymisestä soveltamistilanteessa kuin unionin oikeuden oman perusoikeussuojan soveltamisena tai itsenäisenä perusoikeusvalvontana. Tulkintalinjan tulisi tältä osin muuttua olennaisestikin, mikäli perusoikeuskirja Lissabonin sopimuksen mukaisesti astuu voimaan unionin sitovana primäärioikeutena.⁴¹⁵

Koska sisämarkkinapainotteisuus kuuluu erottamattomasti unionin oikeusjärjestelmän ominaispiirteisiin ja tietystä mielessä myös yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänasetteluun sen tulkintatoimivallan käytössä, voidaan kollisiotilanteet perusvapauksien ja sananvapauden välillä helposti arvioida unionin oikeuden merkittävimmäksi sananvapaussuojan toteutumista koskevaksi riskiksi.⁴¹⁶ Se, minkä laajuisia rajoituksia sananvapaussuoja perusvapauksiin edellyttää, riippuu epäilemättä siitä, tarkoitetaanko ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan turvaamaa sananvapauden vähimmäissuojatasoa, jonkin kansallisen sananvapaussäännöksen tulkintaa vai sananvapautta yhteisöjen tuomioistuimen doktriinissaan kehittämänä unioniperusoikeutena. Mikäli viimeksi mainitulla pyritään harmonisoivaan tulkintaan järjestelmien välillä ja osin myös 10 artiklan vähimmäissuojatason ylittävään sananvapaussuojaan unionin oikeudessa, olisi punninta perusvapauksien ja sananvapauden välillä joka tapauksessa suoritettava ratkaisukäytännössä johdonmukaisesti ja analyttisesti. Kysymykseen siitä, ovatko ristiriidat perusoi-

⁴¹⁵ Vrt. mm. Brosius-Gersdorf 2005, s. 80–81.

⁴¹⁶ Vrt. Schultz 2005, s. 183; Bühler 2005, s. 203–206 ja 477–483 sekä Eisner 2005, s. 58–61.

keusjärjestelmien välillä lopulta paremmin estettävissä kehittämällä itsenäistä doktriinia vähitellen yksityiskohtaisemmaksi vai ennemminkin välttelemällä tarpeettomia hankauskohtia mahdollisimman niukasti perustelluin perusoikeuskannanotoin, ei ole helppoa antaa yleistä vastausta. Mikäli sananvapaudelle kuitenkin annetaan sisämarkkinapainotuksen vuoksi heikko painoarvo itse aineellisessa punninnassa perusvapauksia vastaan, voivat normiristiriidat tulla ajankohtaisiksi jo ratkaisujen lopputulostenkin perusteella.

2.3.3 Perusvapaudet sananvapausrajoituksina

Tunnustaessaan jäsenvaltioita ja unionia sitovia sananvapausvelvoitteita sisämarkkinoiden perusvapauksia koskeviksi rajoituksiksi yhteisöjen tuomioistuin toimii kiistatta omalla alueellaan, unionin ylikansalliseen oikeusjärjestelmään kuuluvien oikeuksien toimivaltaisena ja lopullisena tulkitsijana. Kun samaa punninta-asetelmaa sen sijaan tarkastellaan käänteisestä näkökulmasta eli arvioidaan tarvetta perusvapauksien tehokkaaseen toteuttamiseen sananvapausrajoituksena, ei sääntö yhteisöjen tuomioistuimen ylimmästä tulkintatoimivallasta unionin oikeudessa ole enää yhtä ongelmaton. Sananvapauden rajoittamisen on viime kädessä oltava mahdollista hyväksyä paitsi unionin omassa myös sen jäsenvaltioiden perusoikeusjärjestelmissä ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä. Vaikka sananvapaus on kaikissa näissä järjestelmissä perusoikeus, jota riittävän painavista syistä – muun muassa toisten oikeuksien turvaamiseksi – voidaan rajoittaa, voivat käsitykset perusvapauksien painoarvosta sananvapausrajoituksina vaihdella eri kansallisin rajoitusperustein arvioituna huomattavastikin. Juuri unionin perusoikeusvalvonnan ulottuminen sisämarkkinaoikeuteen ja erityisesti siinä turvattuihin perusvapauksiin onkin yksi tärkeimmistä koetinkivistä harmonisovalle perusoikeustulkinnalle ja sen kautta tavoiteltavalle Euroopan oikeusjärjestelmien yhteensopivuudelle. Sananvapaus kuuluu toisaalta luonteensa vuoksi juuri niihin perusoikeuksiin, joiden rajoittaminen tulee usein tavalla tai toisella tarpeelliseksi unionin kehittyvän sisämarkkinaoikeuden monilla eri aloilla.

Schmidberger-ratkaisun (C-112/00, 12.6.2003)⁴¹⁷ perusteluissa esitettyyn kavaan perusoikeuksien ja perusvapauksien keskinäisestä tasapainottamisesta sisältyy ainakin implisiittisesti ajatus oikeuskategorioiden *rinnastamisesta*, perusoikeuksien ja perusvapauksien punnitsemisesta kahtena eri tyyppinä samanarvoisia ja yhtä lailla perustavanlaatuisia, jokaiselle eurooppalaiselle⁴¹⁸ kuuluvia

⁴¹⁷ Ratkaisu on esitelty tarkemmin edellä luvussa 2.3.2.

⁴¹⁸ Tämä on luonnollisestikin vain karkea yksinkertaistus asiasta: perusoikeudet kuuluvat pääsääntöisesti jokaiselle kansalaisuudesta riippumatta ja perusvapaudet lähtökohtaisesti unionin jäsenvaltioiden kansalaisille sekä näihin sijoittautuneille yrityksille.

oikeuksia. Unionin oikeuden kehityshistoriassa tällaisessa ajatuksessa on kyse perusoikeuksien aseman korottamisesta kohti ylikansallisen oikeusjärjestelmän hierarkian huippua; kansallisen oikeuden näkökulmasta voidaan yhtä lailla puhua myös tämän vastakohdasta, tuomioistuimen yrityksestä nostaa sisämarkkinaoikeutta mukaan perusoikeusjärjestelmään, joka on perinteisesti sijoitettu oikeushierarkian huipulle. Ei varmasti ole itsestään selvää, että sisämarkkinoiden perusvapauksille tunnustetaan jäsenvaltioissa tällainen asema, varsinkaan mikäli jäsenvaltio soveltaa unionin oikeuteen perustuviin velvoitteisiinsa nähden ns. *kansallista perusoikeusvaraamaa*.⁴¹⁹ Vielä ongelmallisemmaksi tilanne tulee silloin, kun perusvapauksia ei punnita sellaisenaan, vaan ne toteutetaan perusoikeussuojaan vaikuttavin materiaalisin oikeussäännöin jäsenvaltioiden lainsäädäntöä harmonisoivassa unionin sekundaarioikeudessa. Perusvapauksien ja esimerkiksi sananvapauden välinen kollisio jää tällöin monesti epäsuoraksi, sillä perusvapauksien edellyttämä harmonisointivaikutus olisi usein ainakin hypoteettisesti saavutettavissa sananvapaussuojaa eri tavoin ja eriasteisesti rajoittavin sääntelyvaihtoehtoin. Kysymykseen siitä, onko sekundaarisääntelyllä saavutettu perusvapauksien suoja riittävän painava syy sen kautta voimaan saatettujen sananvapausrajoitusten legitimoimiseksi, olisi ehkä syytä liittää kysymys vaihtoehtoisten harmonisoivien säännösten tosiasiallisista mahdollisuuksista: onko jäsenvaltioiden käytännössä mahdollista päästä – tai olisiko niiden ollut mahdollista päästä – säännöksistä myös toisensisältöiseen yhteisymmärrykseen? Ilmeisen ongelman tällöin muodostavat kansallisten perusoikeuksien toisistaan jossakin määrin poikkeavat soveltamisalat ja rajoitusperusteet: esimerkiksi niiden jäsenvaltioiden, joiden kansallinen oikeus tarjoaa poikkeuksellisen laajan sananvapaussuojan, voi olla mahdotonta turvata vastaavaa suojatasoa sekundaarioikeudessa, varsinkaan jos laajempia sananvapausrajoituksia puoltavat merkittävät muut (perus-)oikeudet, jotka harmonisointiratkaisun kautta olisi myös turvattava.⁴²⁰

Esimerkkinä laajan kansallisen sananvapaussuojan kollisiosta sisämarkkinaoikeuden, tässä tapauksessa immateriaalioikeuksia koskevien sisämarkkinasääntöjen kanssa voidaan tarkastella ratkaisua *Laserdisken* vuodelta 2006. Tanskalainen tuomioistuin kysyi yhteisöjen tuomioistuimelle esittämässään ennakkoratkaisupyynnössä, olisiko tekijänoikeusdirektiivin (2001/29/EY) 4 artiklan 2 kohta pätemätön sen perusteella, että siinä ei ole otettu huomioon sananvapauden vaatimuksia, ja voisiko jäsenvaltio sananvapaussuojaa vahvemmin painottaakseen säilyttää lainsäädännössään tekijänoikeuksien kansainvälisen sammumisen

⁴¹⁹ Tästä tarkemmin luvussa 1.1.1.

⁴²⁰ Vrt. Helander 2001, s. 128.

periaatteen. Yhteisöjen tuomioistuin totesi ratkaisussaan sananvapauskysymyksen osalta seuraavaa:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Laserdisken* (C-479/04, 12.9.2006): [...] Ensinnäkin on hylättävä väite, jonka mukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklassa taattua sananvapautta loukataan siten, että *tekijänoikeuden haltijaa estettäisiin levittämästä ajatuksiaan*. Levitysoikeus nimittäin sammuu direktiivin 2001/29 4 artiklan 2 kohdan mukaan sillä edellytyksellä, että tekijänoikeuden haltija on antanut suostumuksensa ensimmäiseen myyntiin tai muuhun omistusoikeuden siirtoon. Tämä oikeudenhaltija *voi siis valvoa kohteen, jonka mainittu oikeus kattaa, ensimmäistä myyntiä*. Tässä yhteydessä levitysoikeuden sammumista koskevan säännön pätemättömyyden toteamiseksi ei selvästikään voida vedota sananvapauteen. [...] Esillä olevassa asiassa *tietojen vastaanottamista koskevan vapauden väitetty rajoittaminen on perusteltu*, kun otetaan huomioon *tarve suojata tekijänoikeuden kaltaisia henkistä omaisuutta koskevia oikeuksia, jotka kuuluvat omaisuudensuojan piiriin*. [...] Tästä seuraa, että sananvapauden loukkaamista koskeva väite on hylättävä.⁴²¹

Tekijänoikeuden ja muiden immateriaalioikeuden poikkeuksellisen ongelmallista suhdetta sananvapaussuojaan käsitellään tarkemmin jäljempänä.⁴²² *Laserdisken*-ratkaisua lienee kuitenkin pidettävä yhtenä merkittävänä ennakkoratkaisuna sananvapauden rajoittamisesta ja rajoitusten perusteleminen sisämarkkinaoikeudessa yleisemminkin. Huomionarvoista on varsinkin se, ettei direktiivillä toteutetun tekijänoikeuden harmonisoinnin yhteyttä sisämarkkinoiden perusvapauksiin ja siten sananvapauden mahdollista kollisiota perusvapauksien kanssa otettu ratkaisussa nimenomaisesti esille, vaan tuomioistuin perusteli ratkaisunsa ennemminkin sananvapauden ja *omaisuudensuojan* välisenä kollisiona, joka tilannekohtaisessa punninnassa oli ratkaistava jälkimmäisen eduksi. Esteitä ja vääristymiä, joita jäsenvaltion unionin oikeudesta poikkeava sääntö tekijänoikeuden sammumisesta voisi sisämarkkinoiden toiminnalle ja perusvapauksien käytölle aiheuttaa, ei siten otettu ainakaan näkyvästi mukaan sananvapaustarkasteluun. Mahdollisuus säännellä harmonisoivassa sekundaarioikeudessa sammumisesta toisin, samalla kuitenkin turvaamalla sisämarkkinoiden perusvapaudet tekijänoikeuden alalla, jäi niin ikään ratkaisussa toteamatta. Sen sijaan, että yhteisöjen tuomioistuin olisi suhteuttanut sananvapaussuojan suoraan perusvapauksien vaatimuksiin, se teki oman auktoritatiivisen kannanoton sananvapauden ja omaisuudensuojan väliseen suhteeseen, ilman viittauksia ihmisoikeustuomioistuimen soveltuvaan oikeuskäytäntöön⁴²³ ja ottamatta huomioon kansallisis-

⁴²¹ Ratkaisun kohdat 63, 65 ja 66; kursivoinnit kirjoittajan.

⁴²² Luku 2.3.7.

⁴²³ Ratkaisun kohdassa 64 toistetaan aiemmasta oikeuskäytännöstä tuttu maininta siitä, että sananvapaus on myös ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan mukaan riittävän painavista syistä rajoitetta-

ta perusoikeussäännöksistä mahdollisesti aiheutuvia ristiriitaongelmia. Ratkaisun perusteella tanskalaisten tuomioistuinten mahdollisuus pitää kansallisessa perusoikeustulkinnassaan yllä muita jäsenvaltioita laajempaa sananvapaussuojaa ja vastaavasti suppeampaa omaisuudensuojaa poistuu kokonaan – ainakin unionin oikeuden omasta näkökulmasta katsottuna.⁴²⁴

Kun arvioidaan sitä, olisiko yhteisöjen tuomioistuin tosiasiallisesti voinut päätyä toisenlaiseen lopputulokseen *Laserdisken*-ratkaisussa, on jokseenkin mahdollonta välttää spekulatiota niistä sisämarkkinaesteistä, joita jäsenmaittain eroavat oikeussäännöt tekijänoikeuden sammumisesta aiheuttaisivat. Juuri perusvapauksien turvaaminen, tässä tapauksessa tarve perusvapauksia turvaavan sekundaarioikeuden voimassaolon säilyttämiseen, voidaan helposti arvioida tärkeimmäksi syyksi siihen, ettei jäsenvaltioille voida unionin oikeudessa jättää liikkumavaraa sananvapaussuojan tasapainottamiseen tekijänoikeuden kanssa. Punnintaa perusvapauksien ja sananvapaussuojan välillä *Schmidberger*-ratkaisun kaavalla tai perusvapauksien turvaamistarpeen arviointia unionin oikeudessa suojatun sananvapauden rajoituksena tuomioistuin ei kuitenkaan perusteluihin sisällyttänyt. Tällainen punninta olisi perusteluihin kirjoitettuna epäilemättä saattanut antaa varsin ankaran kuvan sisämarkkinaoikeuden ja perusoikeusjärjestelmän suhteesta: sisämarkkinoiden perusvapauksilla voi välillisesti sekundaarioikeuden aineellisten säännösten kautta suojattuinkin olla unionin oikeudessa sananvapautta suurempi painoarvo. Perusvapauksien ja perusoikeuksien kirjoittaminen samaan argumentaatioon olisi toisaalta voinut selvittää huomattavasti käsitystä unionin oikeuden perusoikeusjärjestelmästä ja oikeuskategorioiden lähtökohtaisesta rinnastamisesta. *Laserdisken*-ratkaisussa valittu perustelutapa painottaa lisäksi yhtä lailla unionin oikeuden etusijaa kansallisiin perusoikeusjärjestelmiin nähden, vaikkakin eri tavalla: määräämällä täsmällisesti sananvapauden ja omaisuudensuojan välisen punninnan lopputuloksen sellaiseksi, kun se unionin tekijänoikeusdirektiivissä on toteutettu. Perustelujen argumentaation mukaan unioniperusoikeudet ylittävät tilanteessa kansalliset perusoikeudet; sisämarkkina-kontekstissaan arvioituna ratkaisu määrittää sen sijaan ehkä ennemminkin perusvapauksien suhdetta sananvapauteen. Kumpikaan perustelutavoista ei sovi hyvin yhteen perusoikeusjärjestelmien välisen harmonisoivan tulkinnan ideaan, mutta aineellisoikeudellisesti kansallista perusoikeustulkintaa kutistavaa lopputulosta voidaan tässä tapauksessa toki pitää välttämättömänäkin.⁴²⁵

Perusvapauksien turvaaminen sekundaarioikeuden kautta on epäilemättä yleisestikin omiaan vaikeuttamaan niiden arviointia perusoikeusrajoituksina ja siten

vissa oleva oikeus. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ei kuitenkaan etsitä ohjetta sananvapauden ja omaisuudensuojan väliseen suhteeseen.

⁴²⁴ Ks. Zollinger 2008.

⁴²⁵ Ratkaisusta tekijänoikeuden näkökulmasta tarkemmin luvussa 2.3.7.

esimerkiksi sananvapausvalvonnan toteuttamista yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. *Schmidberger*-ratkaisussa kuvattu oikeuskategoriat rinnastava punnintamalli ei sellaisenaan riitä kuvaamaan niitä ratkaisutilanteita, joissa perusvapaudet toteutuvat sekundaarioikeuden kautta harmonisoitujen materiaallisten oikeussääntöjen kautta. Tilanteissa, joissa eri perusoikeudet ovat keskenään kollisiossa, saattaa sisämarkkinapainotteisuus toteutua ratkaisuina sen perusoikeuden eduksi, joka kulloinkin puoltaa valittujen sekundaarisäännösten voimassaoloa. Perusvapausuojan tarpeiden mahdollista huomioon ottamista ratkaisuun kirjattavien, ainoastaan perusoikeuksia koskevien perusteluiden ulkopuolella ei kuitenkaan voida pitää hyväksyttävänä unioninkaan perusoikeusjärjestelmässä. Sananvapauden rajoittaminen voi monissa tilanteissa olla perusteltua perusvapauksien käytön turvaamiseksi ja sitä toteuttavan jäsenvaltioiden lainsäädännön harmonisoinnin toteuttamiseksi. Silloin kun se on perusteltua, tämä tulisi kuitenkin aina myös kirjoittaa esiin sananvapautta unioniperusoikeutena koskevin rajoitusperusteina ja niiden soveltamisena.⁴²⁶

Perusoikeuksien ja perusvapauksien välinen suhde yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännön näkökulmasta on oikeuskirjallisuudessa usein jaettu neljään tyyppitilanteeseen: perusoikeudet perusvapauksien rajoituksina ja päinvastoin sekä perusoikeuksien kunnioittaminen perusvapauksien rajoitusten lisäedellytyksenä ja päinvastoin.⁴²⁷ Sananvapauden osalta kysymystä on tarkasteltava usein tätäkin monijakoisemmin, sillä monet sananvapausrajoituksista ovat perusteltavissa juuri toisten perusoikeuksien tai sananvapausuojaan itseensä sisältyvän viestinnän moniarvoisuuden turvaamistarpeella. Juuri tästä syystä myös *Laserdisken*-ratkaisun kaltaiset perusoikeuspunninnat ovat monissa sananvapauskysymyksissä perusteltavissa ilman perusoikeuksien eksplisiittistä suhteuttamista sisämarkkinoiden perusvapauksiin, jotka yhteisöjen tuomioistuimen olisi toisaalta jo yleisen tehtävänasettelunsa vuoksi otettava huomioon kaikessa tulkintatoiminnassaan. Sananvapauden rajoitusedellytysten määrittäminen ja niiden soveltaminen perusvapauksista johtuviin vaatimuksiin on siten useissa tapauksissa juuri ratkaisujen perustelemista koskeva ongelma. Ratkaisujen perusteleminen on toisaalta monesti erottamattomasti yhteydessä paitsi suhteellisuusperiaatteen aineelliseen soveltamiseen, unionin oikeudessa erityisesti myös ratkaisujen hyväksyttävyyteen ihmisoikeussopimuksen ja kansallisten perusoikeusjärjestelmien kannalta.

⁴²⁶ Vrt. Pech 2003, s. 33–34; Sporn 2000, s. 538; Schaller 2003, s. 220–221; Große Wentrup 2003, s. 173 sekä Eisner 2005, s. 234–238.

⁴²⁷ Esim. Brosius-Gersdorf 2005, s. 80–81.

2.3.4 Kansalliset säännöt viestinnän moniarvoisuuden turvaamiseksi

Valtaosa tunnetuimmista ja epäilemättä myös tärkeimmistä tuomioistuinratkaisuista sananvapauden ja sisämarkkinoiden perusoikeuksien välisestä suhteesta liittyy viestinnän moniarvoisuuden turvaamiseen jäsenvaltioiden kansallisessa oikeudessa. Tämä johtuu yhtäältä siitä, että erot eri jäsenvaltioiden moniarvoisuutta turvaavien säännösten välillä ovat nykyisellään varsin merkittäviä eikä sääntelyalaa ole unionin oikeudessa toistaiseksi juurikaan harmonisoitu.⁴²⁸ Viestinnän moniarvoisuuden ylläpitämiseen tähtäävät säännöt ovat toisaalta tyyppillisesti myös hyvin laajoja, yksityiskohtaisia ja heterogeenisiä. Tärkein yksittäiskysymys on varmasti *julkisen palvelun yleisradiotoiminta* ja sen sääntelemisen sisämarkkinoilla, etenkin sitä koskevan Amsterdamin pöytäkirjan tulkinta unionin oikeudessa. Moniarvoisuusturvaan sisältyy kuitenkin muitakin sääntelyelementtejä kuin julkisen radio- ja televisiotoiminnan harjoittaminen, esimerkiksi erilaiset viestintätuotteiden ja -palvelujen hintasääntelyt sekä valtion kulttuurisiin perustein suuntaamat tuet eri viestintätoimijoille. Suurella osalla näistä kansallisista toimista on vaikutuksensa sisämarkkinoiden häiriöttömään toimintaan ja perusvapauksien tehokkaaseen käyttöön.

Perusvapauksien suhteuttaminen sananvapaussuojaan merkitsee kansallisen moniarvoisuusturvan kannalta tavallisesti yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuja siitä, ovatko sisämarkkinaesteitä aiheuttavat moniarvoisuussäännökset oikeutettavissa unionin oikeudessa. Kyse on samalla yleisesti myös *sananvapauden sisäisestä kollisiosta*,⁴²⁹ sillä sananvapauden puhdas vapausoikeustulkinta tukee pääsääntöisesti myös perusvapauksia rajoittavien sääntöjen mahdollisimman suppeaa soveltamista. Jos oletetaan, että kansalliset moniarvoisuusturvasäännöt ovat yhteensopivia kansallisten perustuslakien pluralistisen sananvapaussuojan kanssa, ongelmaksi jää se, voidaanko sananvapauden antinomiaa tasapainottaa unionin oikeudessa toisin – ja ennen kaikkea se, miten perusvapauksista johtuvat vaatimukset voidaan sananvapauden sisäisen kollision puitteissa ottaa huomioon.

Unionin oikeuden työkaluna kansallisten moniarvoisuussäännösten arvioinnissa on vakiintunut sen primäärioikeuteen sisältyvä *yleinen syrjimättömyysperiaate*. Sellaiset sisämarkkinoiden toimintaan sinänsä vaikuttavat moniarvoisuus-

⁴²⁸ Osaa televisiodirektiivin (89/552/ETY) säännöksistä voidaan toki pitää juuri viestinnän moniarvoisuutta turvaavina; tästä jäljempänä tässä luvussa sekä seuraavassa luvussa. Nämä säännökset kattavat kuitenkin varsin pienen osan siitä sääntelykentästä, joka voidaan nimetä viestinnän moniarvoisuusturvaksi. Varsinaista viestintäoikeudellista, sisämarkkinaharmonisoinnin ulkopuolelle ulottuvaa kompetenssia Euroopan unionilla ei ole.

⁴²⁹ Ks. luku 1.2.3.

turvainstrumentit, jotka eivät tee oikeudellisesti eivätkä tosiasiallisesti eroa eri jäsenvaltioista tulevien toimijoiden välillä, on olennaisesti helpommin mahdollista oikeuttaa ja liittää osaksi *Cassis de Dijon*- tai *Keck*-oikeuskäytäntöä. Syrjivät moniarvoisuustoimenpiteet, esimerkiksi kansallisuuden perusteella jaettavat lisenssit tai ainoastaan kansallisille toimijoille jaetut rahalliset tuet, ovat sen sijaan selkeästi unionin oikeuden vastaisia jo ilman niiden tosiasiallisten sisämarkkinavaikutusten *de minimis* -arviointiakin. Sananvapausuojan kannalta selvästi syrjivien toimenpiteiden kieltäminen ei tosin aina sekään ole täysin ongelmaton. Yksi viestinnän moniarvoisuuden ulottuvuus on nimittäin myös kielellinen ja kulttuurinen monimuotoisuus (perusoikeuskirjan 22 artikla), jota useat jäsenvaltiot ovat pitkään onnistuneestikin ylläpitäneet juuri omaa kansallista kulttuuriaan ja kieltään tukevin säännöksin. Kun otetaan huomioon Euroopan unionin oman kulttuuripolitiikan tavoite suojata eurooppalaista taidetta ja viestintätuotantoa ja edistää jäsenvaltioiden keskinäistä kulttuurivaihtoa kaupallisesti vahvempia kilpailijoita vastaan,⁴³⁰ on varmasti mielekäästä kysyä, miksi samat suojatoimenpiteet eivät olisi tarpeellisia myös jäsenvaltiotasolla unionin sisäisen viestintäkentän moniarvoisuuden säilyttämiseksi. Kansallisen moniarvoisuusturvan rajaaminen syrjimättömyysperiaatteen avulla ei siten välttämättä kaikissa tilanteissa ole perusteltua.⁴³¹

Syrjimättömän kansallisen moniarvoisuusturvan osalta yhteisöjen tuomioistuimen suorittaman arvioinnin keskiössä on säännöksistä aiheutuvan sisämarkkinaesteen laajuus ja tämän suhteuttaminen niillä tavoiteltavaan tai niiden kautta tosiasiasaassa saavutettavaan viestinnän moniarvoisuuteen. Varsinkin viimeisenä mainittu on käytännössä osoittautunut erittäin ongelmalliseksi todeta tai mitata, minkä vuoksi painotus on useimmiten ollut toimenpiteiden julkilausutuilla tai niihin myöhemmin yleisesti liitetyillä tavoitteilla. Radio- ja televisioitoiminnassa julkisen palvelun tehtävästä ja julkisten medioiden säilyttämistarpeesta on tullut osin myös eräänlainen oikeudellinen itseisarvo, jota ei useinkaan enää ole tarpeen johtaa niiden toteuttamasta viestinnän moniarvoisuudesta.⁴³² Amsterdamin pöytäkirjan sanoin: *jäsenvaltioiden yleisradiotoiminta liittyy suoraan kunkin yhteiskunnan demokraattisiin, yhteiskunnallisiin ja kulttuurisiin tarpeisiin sa-*

⁴³⁰ Tästä tarkemmin luvussa 3.2.3.

⁴³¹ Näin myös Geier 2007, s. 181–183: kansallisen elokuvatuen sitominen tuotantopaikkaan on komission valvontakäytännössä katsottu perusvapauksien vastaiseksi mutta esimerkiksi kielivaatimus tietyin edellytyksin sallitaksi sen sisältämästä välillisestä syrjinnästä huolimatta. Jäljempänä tässä luvussa on esitetty vastaavana esimerkkinä suomalainen kirjastoapuraha. Fromond (2007, s. 710–711) toteaa, ettei kulttuuripolitiikkaa koskeva yhteisön perustamissopimuksen 151 artikla anna unionille toimivaltaa moniarvoisuusturvasäännösten harmonisointiin, mutta voi ohjata sen sisämarkkinatoimivallan käyttöä.

⁴³² Osassa unionin jäsenvaltioiden perustuslakeja viitataan suoraan julkisen palvelun yleisradiotoimintaan ilman välttämätöntä yhteyttä sananvapauteen tai viestinnän moniarvoisuuteen.

moin kuin tarpeeseen turvata *viestinnän moniarvoisuus*.⁴³³ Moniarvoisuustarpeen punnintaa sisämarkkinatavoitteiden – viime kädessä sisämarkkinoiden perusvapauksien – kanssa Amsterdamin pöytäkirja ei sen sijaan estä, vaan yleisradiotoiminnan rahoittaminen on mahdollista vain *sikäli kuin rahoitus ei vaikuta unionin kauppa- ja kilpailuolosuhteisiin sellaisessa laajuudessa, että se olisi yhteisen edun vastaista, kun samalla otetaan huomioon julkisen palvelun tehtävän toteuttaminen*. Lienee selvää, että pöytäkirjassa tarkoitettu sisämarkkinaesteen tai kilpailun vääristymisen kynnys on korkeammalla kuin *Keck*-oikeuskäytännön *de minimis* -kynnys, mutta senkään ylittymistä ei toki voida yleisradiotoiminnan nykyinen laajuus huomioon ottaen pitää ainoastaan hypoteettisena. Vaikka yleisradioiden tosiasiallinen moniarvoisuusturvavaikutus ei Amsterdamin pöytäkirjan puitteissa välttämättä sellaisenaan tulekaan arvioitavaksi, saattaa jo *julkisen palvelun tehtävän* käsitteellä itsessään olla toiminnan hyväksyttävyyttä unionin oikeudessa rajaava vaikutus. Mikäli julkiset yleisradiot osallistuvat entistä useammin kilpailuun helposti myyvien massatuotantojen välittämisestä ja supistavat kannattamattomamman vaihtoehtoviestinnän osuutta, kuten monissa jäsenvaltioissa on viime aikoina tapahtunut, on epäilemättä kysyttävä, suorittavatko ne tällöin enää sitä julkisen palvelun tehtävää, jota pöytäkirjassa turvattu erityisasema koskee.⁴³⁴

Yhteisöjen tuomioistuimen 1990-luvun alussa tekemät viestinnän moniarvoisuusturvaa ja yleisradiotoimintaa koskevat tärkeät ratkaisut *Gouda* (C-288/89, 25.7.1991), *Veronica* (C-148/91, 3.2.1993) ja *TV 10* (C-23/93, 5.10.1994) on jo esitelty lyhyesti edellä.⁴³⁵ Näissä kolmessa ratkaisussa tuomioistuin tunnusti johdonmukaisesti viestinnän moniarvoisuusturvan sananvapaussuojaan liittyväksi, viimeksi mainitussa jopa sananvapaussuojaan sisältyväksi⁴³⁶ perusteeksi rajoittaa sisämarkkinoiden perusvapauksia. Ratkaisussa *Gouda* tarkasteltiin alankomaalaisia säännöksiä, jotka estivät muiden jäsenvaltioiden yleisradiolaitoksia lähettämästä mainontaa sisältäviä ohjelmiaan Alankomaiden alueella:

⁴³³ Pöytäkirjan perustelukappale, kursivoinnit kirjoittajan. Ks. myös luku 1.4.1.

⁴³⁴ Yhden julkisen palvelun legitimaatiota koskevan aspektin muodostavat myös ohjelmistoa koskevat siirtovelvollisuudet eli ns. must carry -säännökset, joilla jäsenvaltiot voivat velvoittaa sähköisten verkkojen haltijoita tarjoamaan asiakkailleen yleisradioiden ohjelmistoa. Tätä koskee ns. yleispalveludirektiivin (2002/22/EY) 31 artiklan 1 kohta. Ks. jäljempänä tässä luvussa mainittu yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *United Pan-Europe* (C-250/06, 13.12.2007). Ks. myös *Liberus* 2008, s. 227.

⁴³⁵ Luku 1.1.2. Näihin kolmeen ratkaisuun viitataan usein nimellä *Gouda*-oikeuskäytäntö.

⁴³⁶ Yhteisöjen tuomioistuimen voidaan katsoa ratkaisussa *TV 10* menevän jossakin määrin pidemmälle moniarvoisuusturvan liittämisessä sananvapaussuojan sisältöön kuin esimerkiksi ihmisoi-keustuomioistuin ratkaisussaan *Informationsverein Lentia* (28.10.1993, hakemus 13914/88 ym.). Ks. luku 1.2.3 sekä Hoikka 2007, s. 140.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Gouda* (C-288/89, 25.7.1991): [...] On kuitenkin todettava, ettei tällaisen kulttuuripolitiikan ja niiden edellytysten välillä, jotka koskevat ulkomaisten yleisradiotoimintaa harjoittavien elinten rakennetta, ole välttämätöntä yhteyttä. *Moniarvoisuuden varmistamiseksi* audiovisuaalisella alalla *ei ole itse asiassa mitenkään välttämätöntä*, että kansallisella lainsäädännöllä asetetaan muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneille yleisradiotoiminnan harjoittajille *velvoite seurata alankomaalaista mallia*, jos ne aikovat lähettää alankomaalaiselle yleisölle suunnattuja mainoksia sisältäviä ohjelmia. Varmistaakseen tämän moniarvoisuuden, jonka ylläpitämiseen se pyrkii, Alankomaiden hallitus voi hyvin *tyytyä sääntelemään toimivaltaansa kuuluvien elinten aseman asianmukaisella tavalla*.⁴³⁷

Punninnan lopputulos perusvapauksien eduksi pohjautuu perusteluissa puuttuvaan syy-yhteyteen alankomaalaisen sääntelytavan ja moniarvoisuusturvan vaatimusten välillä. Sitä, ettei Alankomaissa toteutettu sääntely ole viestinnän moniarvoisuuden takaamiseksi välttämätöntä, voidaan varmasti perustella jo sillä tosiasialla, että moniarvoisuusturva on tavalla tai toisella otettu huomioon myös niiden jäsenvaltioiden yleisradiotoiminnassa, jotka eivät noudata alankomaalaista sääntelymallia. Syy-yhteyden kiistäminen kokonaisuudessaan – ja toteamus siitä, että moniarvoisuuden takaamiseksi olisi riittävää säännellä kotimaista radio- ja televisiotoimintaa valitun mallin mukaisesti – on toisaalta varsin altis sananvapauskriitikille. On nimittäin periaatteessa täysin mahdollista, että Alankomaiden sääntelyn tarjoama suojatase on korkeampi kuin muiden jäsenvaltioiden ja että tyytyminen vain kotimaisten toimijoiden sääntelemiseen siten tosiasiallisesti heikentää viestinnän moniarvoisuussuojaa. Kyse ei siten itse asiassa välttämättä ollut siitä, ettei kansallisen sääntelyn soveltaminen ollut tarpeellista moniarvoisuuden ylläpitämiseksi, vaan ennemminkin siitä, että sisämarkkinoiden perusvapauksien turvaaminen katsottiin tilanteessa tärkeämmäksi kuin muita jäsenvaltioita korkeamman kansallisen suojatason ylläpitäminen Alankomaissa – toisin sanoen siis oikeudellisesta punninnasta sisämarkkinoiden perusvapauksien ja sananvapauden periaatteiden välillä. Ratkaisu on lisäksi hyvä esimerkki sananvapauden sisäisestä kollisiosta: tilanteesta, jossa sananvapauksiaan sisältävät oikeudet ovat keskenään selvässä ristiriidassa. Sananvapautta ja tietyssä merkityksessä jopa viestinnän moniarvoisuutta edistää nimittäin myös perusvapauksien edellyttämä ulkomaalaisten ohjelmistojen esteetön pääsy Alankomaiden markkinoille. Tässä mielessä ratkaisu *Gouda* on paitsi tärkeä ratkaisu kansallisen moniarvoisuussääntelyn periaatteellisesta hyväksymisestä sekä perusvapaus- että sananvapausrajoituksena unionin oikeudessa, myös moniarvoisuusturvatarpeen tilannekohtaisesta tasapainottamisesta näiden molempien, toisin sa-

⁴³⁷ Ratkaisun kohta 24, kursivoinnit kirjoittajan. Ks. myös samaa säännöstöä koskeva, samana päivänä annettu ratkaisu *Komissio v. Alankomaat* (C-353/89, 25.7.1991).

noen vapaan, unionin sisäraajat ylittävän viestinnän yhdensuuntaisten intressien kanssa.

Ratkaisuissa *Veronica* ja *TV 10* oli molemmissa kysymys yrityksistä kiertää kansallista yleisradiolainsäädäntöä *Gouda*-ratkaisussa todettua sääntöä hyväksikäyttämällä, edellisessä hankkimalla omistusta toiseen jäsenvaltioon sijoittuneesta yleisradioyhtiöstä ja jälkimmäisessä sijoittautumalla eri jäsenvaltioon kuin mihin lähetettävä ohjelmisto oli pääasiassa tarkoitus suunnata. Koska kotimaisten toimijoiden mahdollisuus kiertää kansallista moniarvoisuusturvasääntelyä unionin oikeuden avulla olisi yhtäältä merkinnyt harmonisoimattoman moniarvoisuusturvatason asteittaista minimoitumista (ns. *race to the bottom*) sisämarkkina-alueella eikä toisaalta varsinaisesti olisi edes edistänyt viestintätuotteiden ja -palvelujen todellista sisäraajat ylittävää kauppaa, yhteisöjen tuomioistuinten ratkaisut molemmissa tilanteissa kansallisen autonomian eduksi on varsin helppo ymmärtää. Poikkeuksena *Gouda*-ratkaisussa esitettyyn selkeään pääsääntöön, kansallisen moniarvoisuussäännösten ulottumiseen vain ja ainoastaan kotimaahan sijoittuneisiin toimijoihin, kiertomahdollisuuden estävien säännöksiä hyväksymistä unionin oikeudessa voidaan kuitenkin pitää jo varsin merkittävänä moniarvoisuusturvalle annettuna painotuksena. On huomattava, että vaikka kiertomahdollisuus tuskin juurikaan parantaisi sisämarkkinoiden tosiasiallista tehokkuutta, olivat ratkaisuissa käsitellyt kansalliset kiellot lähetisyhtiöiden sijoittautumiselle tai laajentumiselle yli sisärajojen sekä sanamuodoltaan että ilmeiseltä tarkoitukseltaan unionin oikeudessa taattujen perusvapauksien vastaisia. Juuri vähäinen sisämarkkinavaikutus ja siihen nähden merkittävä vaara kansallisten moniarvoisuusjärjestelmien alasajosta teki *Veronica*- ja *TV 10*-ratkaisuissa omaksutusta rajauksesta välttämättömän jotakuinkin samassa merkityksessä, kuin se yleisradiotoiminnan yleisinä edellytyksinä on Amsterdamin pöytäkirjaan kirjattu. Kansallisen yleisradioautonomian kaventamiseen ei moniarvoisuusturvasäännöksistä johtuvan sisämarkkinaesteen tosiasiallinen painoarvo riittänyt. Sama koskee kaapeliverkkotoiminnan harjoittajille asetettua julkisen palvelun ohjelmiston siirtovelvollisuutta (ns. *must carry* -säännöstö) käsitellyttä ratkaisua *United Pan-Europe* (C-250/06, 13.12.2007), jossa yhteisöjen tuomioistuin jätti arvioinnin säännösten riittävästä avoimuudesta, syrjimättömyydestä ja objektiivisista moniarvoisuusperusteista kansalliselle tuomioistuimelle.⁴³⁸

⁴³⁸ Ollila (2007) tarkastelee sananvapausnäkökulmasta suomalaisen *must carry* -velvollisuuden ulottuvuuksia digitaalisten televisiolähetysten muuntamisessa analogiseksi ja päättyy tekniikka-neutraliteetin perusteella esittämään eri jakelukanavien välistä yhdenvertaisuutta (s. 11). Tällainen yhdenvertaisuus, joka mitä ilmeisimmin tarkoittaisi analogisen muuntamisen sallimista, saattaisi kuitenkin vähentää sekä viestinnän moniarvoisuutta että yleisön yhdenvertaisuutta sikäli kun osa yleisöstä jäisi digitaalisten ohjelmaoppaiden, digitaalisten tallennusmahdollisuuksien sekä tulevaisuudessa mahdollisesti kehittyvien muiden digitaalisten palvelujen ulkopuolelle.

Televisiondirektiivin soveltamisalalla jäsenvaltioiden vastaava mahdollisuus kansallisten moniarvoisuusturvastandardien ylläpitämiseen omalla lainkäyttö-alueellaan toteutuu osin direktiivin harmonisointitapaa määrittelevän 3 artiklan kautta. Hyvän esimerkin tämän säännöksen tulkinnasta tarjoaa yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *ARD* vuodelta 1999:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *ARD* (C-6/98, 28.10.1999): [...] direktiivin 89/552/ETY päämäärän, joka on *turvata direktiivissä säädettyjen vähimmäis-sääntöjen mukaisen televisiolähetystoiminnan vapaus*, toteuttamiseen ei millään tavoin vaikuta se, että jäsenvaltiot antavat mainoksia koskevia tiukempia sääntöjä. [...] jäsenvaltiot voivat direktiivin [...] mukaan vaatia, että *niiden lainkäyttövaltaan kuuluviin televisiolähetystoiminnan harjoittajiin sovelletaan nettoperiaatetta* sellaisten mainosten osalta, jotka saadaan sijoittaa ohjelmien keskelle, eli ne voivat vaatia, että tämän ajanjakson laskemiseksi mainosten kesto on jätettävä ottamatta huomioon⁴³⁹

Ratkaisussa tarkasteltavana oli mainostaukojen sallittua esitystiheyttä koskeva televisiondirektiivin 11 artikla. Tämänkaltaisia säännöksiä on useissa unionin jäsenvaltioissa perinteisesti pidetty tärkeänä osana ohjelmiston ylikaupallistumista estävää ja siten osaltaan moniarvoisuutta säilyttävää sääntelyä. Kuten yhteisöjen tuomioistuin ratkaisussaan totesi, televisiondirektiivin tarkoitus on tällaisten sisällöllisten suojausäännösten osalta määrittää se *vähimmäistaso*, joka lähetysten on täytettävä, jotta niitä voidaan välittää vapaasti sisärajojen yli vastaanottajavaltioiden lainsäädännön estämättä. Kyse on toisin sanoen yhden moniarvoisuusturvaan kuuluvan osan *minimiharmonisoinnista* sisämarkkinoilla. Tästä seuraa ensinnäkin se, että direktiivissä asetettuja vaatimuksia on epäselvissä tilanteissa tulkittava supistavasti. Toiseksi minimiharmonisointi tarkoittaa myös sitä, että jäsenvaltioille jää mahdollisuus soveltaa kotimaisiin toimijoihin korkeampaa kansallista suojatasoa, esimerkiksi *ARD*-ratkaisun tilanteessa noudattaa ankarampaa mainostiheyden laskentatapaa kuin mitä direktiivi edellyttäisi.⁴⁴⁰ Tältä osin tilanne kaupallisten televisiolähetysten sisältösääntelyssä on analoginen yleisradiotoimintaa ja lisensointia koskevan jäsenvaltioiden sääntelyautonomian kanssa: korkeampi kansallinen moniarvoisuussuojataso on unionin oikeudessa hyväksyttävä sikäli kun sillä ei ole merkittävää vaikutusta sisämarkkinaesteenä.

⁴³⁹ Ratkaisun kohdat 42 ja 43, kursivoinnit kirjoittajan.

⁴⁴⁰ Saksankielisessä oikeuskirjallisuudessa vakiintunut termi on *Inländerdiskriminierung*, kotimaisiin toimijoihin kohdistuva syrjintä, jota unionin oikeus syrjimättömyysperiaatteineen ei pääsääntöisesti koske. Minimiharmonisointi mahdollistaa yleisesti jäsenvaltion omien kansalaisten ja yritysten toiminnan rajoittamisen muista jäsenvaltiosta tulevia toimijoita laajemmin. Huomattava poikkeus tähän on kuitenkin kotimaan kansalaisten syrjintä tavalla, joka tekee vähemmän houkuttelevaksi hakeutua esimerkiksi opiskelemaan toiseen jäsenvaltioon: ks. yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Kraus* (C-19/92, 31.3.1993).

Harmonisoidulla sekundaarioikeuden soveltamisalalla tämä seuraa jo minimi-harmonisoinnista itsestään, sillä direktiivissä määrätyt vähimmäisedellytykset täyttävä rajat ylittävä televisiolähetystoiminta on vapaata silloinkin, kun kohdemaata soveltaa kotimaisiin toimijoihinsa tätä ankarampia suojasäännöksiä. Ongelmallisemmaksi tilanne saattaa sen sijaan tulla, mikäli jo direktiivin minimisääntelyä pidetään kansallisen sananvapaussuojan kannalta liian rajoittavana toimenpiteenä.⁴⁴¹

Kuten edellä on jo todettu, kansallisen moniarvoisuusturvasääntelyn kollisio sisämarkkinoiden perusvapauksien kanssa ei luonnollisestikaan rajoitu yleisradiotoimintaan eikä edes audiovisuaaliseen viestintään kokonaisuutena. Kansallista kirjojen hintasääntelyjärjestelmää painoviestinnän moniarvoisuuden säilyttämiseksi käsiteltiin sisämarkkinaesteenä yhteisöjen tuomioistuimessa ensimmäisen kerran jo vuonna 1984 ratkaisussa *VBVB & VBBB* (43/82 & 62/82, 17.1.1984). Tuomioistuin katsoi tuolloin ratkaisussaan, ettei yhteyttä hintasääntelyn tarpeellisuuden ja sananvapauden välillä ollut kyetty osoittamaan ja ettei jäsenvaltioiden välistä kauppaa koskevien sääntöjen soveltaminen ollut yleisemminkään omiaan rajoittamaan julkaisuvapautta.⁴⁴² Voidaan esittää, että sananvapaussuojaan mahdollisesti sisältyvä moniarvoisuusturva tuli ratkaisun myötä ensin kokonaan sivuutetuksi unionin oikeudessa. Vuonna 1997 ratkaisussa *Familiapress* – 1990-luvun alun yleisradiotoimintaa koskevan *Gouda*-oikeuskäytännön jälkeen – tuomioistuimen tulkintalinja oli tässä suhteessa olennaisesti muuttunut:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Familiapress* (C-368/95, 26.6.1997): [...] on näin ollen tutkittava, oliko sellainen kansallinen kielto, josta on kyse pääasiassa, *asianmukaisessa suhteessa lehdistön moniarvoisuuden säilyttämisen tavoitteeseen*, ja eikö tätä tavoitetta ole mahdollista saavuttaa toimenpiteillä, jotka rajoittavat sekä jäsenvaltioiden välistä kauppaa että sananvapautta vähemmän kuin tehty toimenpide.⁴⁴³

Tarkasteltavana oli Itävallassa voimassa ollut kielto myydä sellaisia aikakauslehtiä, joihin sisältyy kilpailutehtäviä, joilla voi voittaa rahaa tai muita palkintoja. Kiellon tavoitteena oli turvata lehdistön moniarvoisuutta edistämällä niiden pienten lehtien kilpailuasemaa, joilla ei ole taloudellista mahdollisuutta vastavien kytkäisten tarjoamiseen. Yhteisöjen tuomioistuin jätti ratkaisussaan lopullisen suhteellisuuspunninnan kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi, mutta vahvasti yksiselitteisesti mahdollisuuden rajoittaa unionin oikeudessa sekä perusvapauksia että sananvapautta viestinnän moniarvoisuuden turvaamiseksi myös

⁴⁴¹ Tästä enemmän luvuissa 2.3.5 ja 2.3.6.

⁴⁴² Pidempi lainaus ratkaisusta *VBVB & VBBB* edellä luvussa 1.1.2.

⁴⁴³ Ratkaisun kohta 27, kursivoinnit kirjoittajan.

painoviestinnän alalla. Ratkaisu on tärkeä erityisesti siinä hyväksytyyn *tekniikka-neutraalin* moniarvoisuusturvakäsityksen ja toisaalta sen eduksi tehdyn perusvapausrajoituksen vuoksi. *Familiapress*-ratkaisussa ei ollut kysymys ainoastaan myyntijärjestelystä *Keck*-oikeuskäytännön merkityksessä, vaan aikakauslehtien rajat ylittävään kauppaan olennaisesti vaikuttavasta sisällöllisestä kiellosta. Tällaisen kiellon hyväksyminen johtaa suoraan siihen, että sellaiset lehdet, joissa muuten käytetään kilpailutehtäviä joko myyninedistämiskeinona tai muuna sisältönä, on Itävallan markkinoille rääätälöitävä erikseen eikä itävaltalaisella yleisöllä siten ole mahdollisuutta hankkia kotimaastaan näitä lehtiä. Sääntelyn vaikutuksena voi olla kuluttajan valinnanvaran ja siten osin myös viestinnän vastaantottajan käytössä olevan sisällön moniarvoisuuden vähentyminen. Mikäli sääntely toisaalta toimii tavoitteensa mukaisella tavalla, se saattaa kuitenkin tästä huolimattakin parantaa viestinnän moniarvoisuutta kokonaisuutena. Tasapaino moniarvoisuuden, vapausoikeudellisen sananvapauden ja sisämarkkinoiden perusvapauksien välillä riippuu olennaisesti käsillä olevasta mediatilanteesta, muun muassa lehtien mahdollisuuksista ja halukkuudesta tuottaa Itävallan markkinoille muista jäsenvaltioista poikkeavia painoksia. Lopullisen punninnan jättäminen kansalliselle tuomioistuimelle olikin tässä suhteessa epäilemättä onnistunut ratkaisu. Se, että yhteisöjen tuomioistuin tämän harkinnanvallan yleensäkin päätyi antamaan, on kuitenkin jo sellaisenaan erittäin huomionarvoinen ennakkopäätös moniarvoisuussuojan eduksi julkisen palvelun yleisradiotoiminnan ulkopuolella.

Yksi tuore esimerkki kansallisten kulttuuritukien ja perusvapauksien välisestä kollisiosta on suomalainen *kirjastoapuraha*, jonka tarkoituksena on harkinnan mukaan tukea niitä kotimaisia kirjailijoita ja kääntäjiä, jotka eivät saa toimintaansa muuta julkista avustusta. Koska tuki on lähtökohtaisesti kansallisuuden perusteella syrjivä, Suomi on Euroopan komission vaatimuksesta laajentamassa järjestelmää sellaiseksi, että apurahaa voivat vastaisuudessa yhtä lailla saada myös muiden jäsenvaltioiden kansalaiset. Koska tuen perusteena on kirjojen maksuton käyttö julkisissa kirjastoissa, uuden syrjimättömän järjestelmän pohjaksi on kaavailtu suoraan kirjastojen lainauslukuihin perustuvaa laskentatapaa.⁴⁴⁴ On kuitenkin ilmeistä, että tällainen muutos kaventaisi olennaisesti apurahan kautta saavutettavaa moniarvoisuusturvavaikutusta: tuki, joka on perinteisesti suunnattu niille kirjoittajille, joilla ei ole käytössään riittäviä myyntituloja toimintansa turvaamiseksi, ohjautuisi yhä enemmän kirjastoista paljon lainatuille kansainvälisille menestyskirjailijoille, jotka eivät vastaavalla tavalla ole tuen tarpeessa. Aikaisemman, harkinnanvaraisen ja tukitarpeen mukaan ohjatun jär-

⁴⁴⁴ Ks. komission huomautus 2003/2196 Suomelle direktiivin 92/100/ETY soveltamisesta sekä tätä koskeva hallituksen esitys HE 175/2006 vp.

jestelmän säilyttämisen puolesta voidaan siten perustellusti argumentoida unionin oikeudessa, erityisesti *Gouda*-oikeuskäytännössä sekä ratkaisussa *Familiapress* tunnustetun pluralistisen sananvapaussuojan pohjalta. Harkinnanvaraisuus ja syrjimättömyys ovat kuitenkin kulttuuritukipäätöksissä vaikea yhdistelmä, sillä Suomessa tuista päättävillä lienee varsin heikot edellytykset arvioida muiden jäsenvaltioiden taiteilijoiden, tässä tapauksessa kirjailijoiden ja kääntäjien, tosiasiallista tukitarvetta. Mikäli kirjastoapurahan merkitys todella on ratkaiseva useiden kotimaisten kirjailijoiden toimintaedellytyksille, lienee toisaalta jo syytä kysyä, voisiko moniarvoisuusperuste oikeuttaa tilanteessa – perusoikeuskirjan 22 artiklan kulttuurinen ja kielellinen moniarvoisuus huomioon ottaen – jopa kansalaisuuden, tai välillisesti esimerkiksi julkaisukielen perusteella syrjiviä tukia. Vastaus riippuu luonnollisesti siitä, ovatko samat tavoitteet saavutettavissa myös unionin oman kulttuuripolitiikan ja muiden kansallisten tukinstrumenttien kautta.⁴⁴⁵

Kansallisena moniarvoisuusturvainstrumentteina voivat toimia osaltaan myös esimerkiksi tekijänoikeussäännökset, etenkin tekijänoikeuden poikkeukset teosten vapaan käytön ja muuntelun eduksi. Edellä jo yleisemmin käsiteltyyn ratkaisuun *Laserdisken* (C-479/04, 12.9.2006) palataan tältä osin jäljempänä.⁴⁴⁶ Painoviestinnän alalla moniarvoisuutta pyritään turvaamaan niin poliittisten puolueiden äänenkannattajia ylläpitävin kuin myös vero-oikeudellisin toimenpitein, muun muassa tilaus- ja irtonumeromyynnin arvonnalisäverokantoja sääntelemällä. Kollisioita sisämarkkinaoikeuden kanssa ei toistaiseksi näillä sääntelyaloilla ole tullut esiin, vaikka unionin ja jäsenvaltioiden toimivaltajako ja siten myös unionin oikeuden soveltamisalan rajaaminen on vähitellen finanssioikeudessakin monimutkaistunut. Muita esimerkkejä moniarvoisuusturvaan yhdistettävistä säännöksistä tarjoavat osassa jäsenvaltioita käytössä oleva erityinen joukkoviestimiä koskeva kilpailuoikeus, mainonnan sisällöllinen ja kvantitatiivinen sääntely eri joukkoviestimissä⁴⁴⁷ sekä kulttuuriset ohjelmakiintiöt audiovisuaalisessa viestinnässä.⁴⁴⁸ Kaksi viimeksi mainittua sääntelyalaa on osittain harmonisoitu unionin sekundaarioikeudessa, mutta ne sisältävät monissa jäsenvaltioissa myös direktiivien soveltamisalan ohittavia, sisämarkkinoiden vapaaseen kilpailuun ja perusvapauksiin vaikuttavia säännöksiä.⁴⁴⁹

Koska unionin oma toimivalta ei ainakaan toistaiseksi mahdollista moniarvoisuusturvan kattavaa harmonisointia, pysyy kansallisten moniarvoisuustoimenpiteiden legitimaatio unionin oikeudessa oletettavasti tulevaisuudessakin yhtenä

⁴⁴⁵ Ks. Geier 2007, s. 181–183.

⁴⁴⁶ Luku 2.3.7.

⁴⁴⁷ Tästä enemmän luvussa 2.3.6.

⁴⁴⁸ Ks. luku 2.3.5.

⁴⁴⁹ Vrt. mm. Uwer 1998, s. 63–64.

keskeisimmistä kollisio-ongelmista sananvapauden ja perusvapauksien välillä. Kun huomioon otetaan perusvapauksien ja vapausoikeudellisen sananvapauden yhdensuuntaisuus oikeuksina, joiden molempien rajoituksena aktiivinen viestinnän moniarvoisuusturva on pystyttävä oikeuttamaan, voidaan yhteisöjen tuomioistuimen katsoa antaneen ratkaisukäytännössään moniarvoisuuden takaamiselle toistaiseksi jo varsin vahvan painoarvon. Moniarvoisuusturvan eri soveltamistilanteet – ja siten myös eri kollisiotilanteet perusvapauksien ja moniarvoisuusturvasääntelyn välillä – poikkeavat toisaalta huomattavasti toisistaan, mikä tekee vaikeammaksi arvioida oikeuksien välistä suhdetta tuomioistuimen tulevissa soveltamistilanteissa. Yleisradiotoiminnan kannalta tärkeää on etenkin Amsterdamin pöytäkirjan tulkinta tulevaisuudessa. Kattavan moniarvoisuusturvan puolesta on esitetty, että pöytäkirjassa varattua mahdollisuutta rajoittaa kansallista yleisradiatorahoitusta tulisi tulkita suppeasti, eli soveltaa ainoastaan niissä poikkeustilanteissa, joissa jäsenvaltio syyllistyy selkeään yleisradiotehtävän väärinkäyttöön kilpailun rajoittamiseksi.⁴⁵⁰ Pöytäkirjan mahdollistama tarkempi legitimaatiokontrolli voisi toisaalta rajata ja täsmentää niitä etuja, joita julkinen palvelu viestinnän moniarvoisuuden turvaamiseksi tarjoaa.⁴⁵¹ Vaatimukset pluralistisen toiminnan läpinäkyvyydestä ja neutraliteetista voivat viime kädessä palvella myös hyvin toimivien julkisten tiedotusvälineiden omaa intressiä.⁴⁵² Amsterdamin pöytäkirja voi osoittautua hyväksi apuvälineeksi niissä tulkintaongelmissa, joissa tasapaino julkisen palvelun ja yksityisen sananvapauden välillä⁴⁵³ vääristyy. Konkreettisimpina esimerkkeinä tästä on tavallisesti mainittu yleisradioyhtiöiden vähitellen laajeneva osallistuminen kilpailuun yksityisellä sektorilla hyvin myyvien sisältöjen, esimerkiksi urheilutapahtumien ja amerikkalaisten sarjojen lähetysoikeuksista sekä yleisradioyhtiöiden vähitellen lisääntyvä mainosrahoitus.⁴⁵⁴ On huomattava, ettei punnintaa moniarvoisuusturvatehtävän ja yksityisten sananvapautta rajoittavan vaikutuksen välillä ole tässä suhteessa vielä suoritettu edes ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan näkökulmasta.

Eurooppalaisen viestintäpolitiikan suuri avoin kysymys on, edustaako Amsterdamin pöytäkirja väliaikaista kompromissia vai lopullista ratkaisua sisämark-

⁴⁵⁰ Esim. Stulz-Herrnstadt 2004, s. 431–438.

⁴⁵¹ Roßnagel – Scheuer 2005, s. 272; vrt. myös Pauku 2005a, s. 64–65.

⁴⁵² Näin mm. Degenhart 2005, s. 499.

⁴⁵³ Ks. ns. *dualismiperiaate* edellä luvussa 1.2.4.

⁴⁵⁴ Esim. Hesse 2005, s. 506–507; Degenhart 2005, s. 494–497 sekä Bille 2004, s. 613–614. Yleisradioiden toimintaa puolustetaan usein yhtäältä tarpeella välittää yleisesti kiinnostavia tapahtumia maksutta mahdollisimman laajalle yleisölle sekä yksinkertaisesti tarpeella koota yleisradioille riittävä katsojakunta. On huomattava, että viestinnän moniarvoisuus voi tässä yhteydessä olla nimenomaan yksityisiä tiedotusvälineitä puolustava argumentti: välittämällä samanlaista ohjelmistoa kuin yksityiset kilpailijat yleisradiot eivät ainakaan käytä julkisia resursseja tehokkaasti kokonaistarjonnan moniarvoisuuden maksimointiin.

kinoiden ja julkisen palvelun välisestä suhteesta.⁴⁵⁵ Valtiosääntöoikeuden näkökulmasta kysymyksen voi muuntaa ongelmaksi, joka koskee pöytäkirjan asemaa unionin oikeuden sananvapauskäsitettä ja perusoikeuskirjan 11 artiklan sisältöä määrittävänä periaatteena. Yleisradiotoiminnan – ja laajemminkin koko aktiivisen moniarvoisuusturvan – legitimaatiota lienee tulevaisuudessa tarkasteltava myös maailman kauppajärjestön GATT- ja GATS-sopimuksien tulkintaa ja sananvapauden kansainvälistä sisältöä koskevana kysymyksenä. Myös tässä kontekstissa voidaan sisämarkkinaoikeuden tapaan kysyä, onko ns. *kulttuuripoikkeuksen periaate* vain väliaikainen kompromissi vai pysyvämpi rajamuuri eurooppalaisen ja Euroopan ulkopuolisen, varsinkin yhdysvaltalaisen sananvapausperinteen välillä.⁴⁵⁶ Paljon riippuu niin sisämarkkina- kuin maailmankauppakontekstissakin varmasti siitä, minkälaista todennettavuutta julkisen palvelun viestinnältä ja eri lisenssi- ja tukijärjestelmien moniarvoistavalta vaikutukselta edellytetään, ja toisaalta myös siitä, millaiseksi näistä järjestelmistä riippumattomien, vapaiden viestintämarkkinoiden itsessään tuottama moniarvoisuus arvioidaan. Yksi käyttökelpoisimmista kriteereistä lähestyä aktiivisen moniarvoisuusturvan vaatimuksia, jota myös Amsterdamin pöytäkirjan tulkinnassa voitaisiin hyödyntää, saattaa olla viestintäsisältöjen taloudellinen *kannattavuus*. Legitiimin moniarvoisuusturvan kohteeksi olisi ehkä määriteltävä ennen kaikkea ne sisällöt, joita yleisö ei viestintätuotteiden ja -palvelujen vapaan sisämarkkinakaupan kautta voi tehokkaasti ottaa vastaan, koska niiden välittäminen – tai varsinkaan niiden tuottaminen – ei yksityisille toimijoille olisi kannattavaa.⁴⁵⁷

Useissa jäsenvaltioissa yleisradiolaitoksen olemassaolo ja tehtäväkenttä on turvattu sellaisenaan jo kansallisessa perustuslaissa tai sen tulkinnoissa. Tällainen, niin kutsuttu julkisen palvelun *institutionaalinen perusoikeussuoja* saattaa joissakin tilanteissa olla omiaan lisäämään jännitettä kansallisen perusoikeusjärjestelmän ja unionin sananvapauskäsitystä määrittävän Amsterdamin pöytäkirjan välillä. On esimerkiksi mahdollista, ettei valtiosäännön määräämällä tavalla toimivan tiedotusvälineen legitimaatiota kansallisen oikeuden näkökulmasta tarvitse eikä edes voi kytkeä sen tosiasialliseen vaikutukseen viestinnän moniarvoisuuden turvaajana. Ristiriitapotentiaali perusoikeusjärjestelmien välillä voi tosin sanoen haitata Amsterdamin pöytäkirjan tulkintaa perusvapauksia ja sananvapautta tasapainottavalla tavalla. Joukkoviestinnän vakiintunut, mediatyyppeihin sitoutunut dualistinen *status quo* on jäsenvaltiotasolla monesti vaikeasti muutettavissa tai tulkinnallisesti uudelleen määriteltävissä.⁴⁵⁸ Ne kulttuuriset

⁴⁵⁵ Ks. esim. Stulz-Herrnstadt 2004, s. 431–438.

⁴⁵⁶ Tästä tarkemmin luvussa 3.2.4.

⁴⁵⁷ Ks. luku 1.2.3 sekä Hoikka 2007, s. 147–151.

⁴⁵⁸ Yksi ajankohtainen kysymyksenasettelu koskee yleisradiolaitosten liitännäistoimintoja internetissä ja niiden legitimaation rajoja. Keskustelun argumentit ovat perinteisesti liikkuneet nimen-

tuet, joita ei perinteisesti ole sidottu yhtä vahvasti valtiosäännön sananvapausuojaan, voivat toisaalta vastaavasti olla herkempiä sisämarkkinoiden perusvapauksien eduksi tehtäville rajoituksille silloinkin, kun niillä olisi tärkeä merkitys viestinnän moniarvoisuuden turvaamiseksi. Molemmissa tapauksissa saattavat kuitenkin unionin oikeuden johdonmukaiset ja hyvin perustellut sananvapausratkaisut olla avain järjestelmien väliseen joustavuuteen ja harmonisoivaan perusoikeustulkintaan. Juuri yhteisöjen tuomioistuimen viestinnän moniarvoisuuden sisältöä koskevilla tulkinnoilla on tulevaisuudessa keskeinen merkitys unionin kehittyvälle viestintäoikeudelle ja sitä kautta myös sananvapauden käytölle Euroopassa.⁴⁵⁹

2.3.5 Audiovisuaalisen viestinnän sisältösäätely

Vapaus lähettää televisiolähetystyksiä Euroopassa yli unionin sisärajojen olisi tuskien nykyisessä mitassaan toteutunut ilman jäsenvaltioiden lainsäädännön merkittävää harmonisointia vuonna 1991 voimaan astuneessa *televisiondirektiivissä* (89/552/ETY). Vaikka ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan turvaamaan sananvapausuojaan sisältyi kiistatta jo aikaisemminkin oikeus lähettää, välittää ja vastaanottaa myös audiovisuaalista viestintää rajoista riippumatta, juuri toisistaan eroavat jäsenvaltioiden kansallisen oikeuden säännökset televisiolähetysten saltiluista ja kielletyistä sisällöistä olivat aikaisemmin pakottaneet alan toimijat räätälöimään lähetystensä maakohtaisesti. Viestinnän sisältöä koskevien normien minimiharmonisointi edisti siten sisämarkkinoiden perusvapauksien toteutumista televisiolähetystoiminnan alalla, mutta poisti samalla myös niitä esteitä, jotka olivat perinteisesti tehneet rajat ylittävän sananvapauden käytön kannattamattomaksi tai vähemmän houkuttelevaksi. Koska viestintäsivä sisältöä koskevien säännösten harmonisointi edellytti välttämättä aineellisoikeudellisia, jäsenvaltioiden oikeuden osin syrjäyttäviä ratkaisuja sananvapauden sallitusta ja kielletystä käytöstä televisioinnissa, tuli luonnollisesti myös perusvapauksien ja sananvapauden välinen kollision televisiodirektiivin tulkinnassa mahdolliseksi.

omaan lähetysteknisessä markkinoiden rajaamisessa eikä varsinaisen moniarvoisuusturvatehtävän määrittämisessä tai tämän punnitsemisessä vapaan kilpailun etujen ja kilpailijoiden oikeuksien kanssa. Saksassa kehitys on johtanut osavaltioiden väliseen valtiosopimukseen, jossa pyritään niin sanotun kolmiporrastestin avulla määrittämään yleisradioiden toimintojen rajoja julkisen palvelun tarpeen, kilpailuvaikutusten ja rahoituksen riittävyyden kannalta. Testin tulevasta soveltamiskäytännöstä riippuu, miten yksityisten kilpailijoiden asema muuttuu. Joidenkin näkemysten mukaan väljä soveltaminen merkitsee siirtymistä dualistisesta *radio- ja televisiojärjestelmästä* dualistiseen *joukkoviestintäjärjestelmään* ja siten lehdistönvapauden klassisen vapausoikeudellisen sisällön katoamista (esim. Jürgen Doetz, Medientage München 29.10.2008). Kanteita paitsi kansallisille tuomioistuimille myös yhteisöjen tuomioistuimelle on valtiosopimuksesta ja sen soveltamisesta joka tapauksessa lähitulevaisuudessa odotettavissa.

⁴⁵⁹ Vrt. Kühling 2006, s. 732; Szczechalla 2002, s. 612–613 sekä Stock 2004, s. 120–128.

Nyt käynnissä olevan, direktiivin soveltamisalaa yleisemmin *audiovisuaaliseen viestintään* laajentavan uudistuksen myötä tällaisen kollisiopotentialin voidaan olettaa edelleen kasvavan.⁴⁶⁰

Telesiodirektiivin perustelukappaleen mukaan ”palvelujen vapaa liikkuvuus merkitsee televisiolähetysiin sovellettuna ilmausta unionin oikeuteen yleisenä periaatteena sisältyvästä, ihmisoikeussopimuksen 10 artiklassa turvatusta [sananvapaudesta]”.⁴⁶¹ Yleisen edun, varsinkin viestinnän moniarvoisuusturvan vaatimukset tuodaan toisaalta yhtä selvästi esille sekä direktiivin perustelukappaleessa että erityisesti ohjelmakiintiöitä sääntelevän III luvun säännöksissä. Unioniperusoikeuksiin kuuluvaa sananvapautta voidaankin perustellusti pitää telesiodirektiivin tärkeimpänä primäärioikeuden tasoisena tulkintaohjeena harmonisointitavoitteeksi määritellyn palvelun tarjoamisen vapauden ohella. Koska myös valitun monipuolisen sisällötsääntelyn pyrkimyksenä on sovittaa parhaalla mahdollisella tavalla yhteen audiovisuaaliseen viestintään liittyviä taloudellisia ja kulttuurisia intressejä – ottaen luonnollisestikin huomioon myös viestintää rajoittavien oikeuksien riittävä suojatase – voidaan telesiodirektiiviä pitää eräänlaisena unionin oikeuden sananvapauslakina, mallina perusvapauksien ja perusoikeuksien tasapainottamisesta viestinnän sääntelyssä. Tämä tekee direktiivistä paitsi keskeisen vertailukohdan muulle viestintäoikeutta koskevalle lainsäädännön lähentämiselle, epäilemättä myös tärkeimmän yksittäisen sananvapausvalvonnan kohteen unionin sekundaarioikeudessa.

Mainontaa ja sponsorointia koskevia telesiodirektiivin säännöksiä käsitellään jäljempänä muun unionin mainossääntelyn yhteydessä.⁴⁶² Mainossääntelyn ohella direktiivi sisältää säännöksiä *erityistä yhteiskunnallista merkitystä omaavien tapahtumien* lähetysoikeuksista (3 a artikla), *eurooppalaisia teoksia* sekä *eurooppalaisten riippumattomien tuottajien teoksia* koskevista vähimmäiskiintiöistä (III luku), määräyksiä *alaikäisten suojelusta ja yleisestä järjestyksestä* televisiolähetyksissä (V luku) sekä säännösten ohjelmien kohteeksi joutuneiden henkilöiden erityisestä *vastineoikeudesta* (VI luku). Yhteistä näille säännöksille – vastineoikeutta lukuun ottamatta – on yhtäältä televisioitoiminnassa käytettävän sananvapauden ylikansalliset rajoitukset ja toisaalta näitä pidemmälle menevien kansallisten rajoitusten kieltäminen sisäraajat ylittävissä lähetyksissä. Ainoastaan jäsenvaltion omaan lainkäyttövaltaan kuuluvia toimijoita koskevan, direktiivin tasoa korkeamman suojatason säätäminen on kuitenkin direktiivin

⁴⁶⁰ Ks. KOM(2005) 646 lopullinen sekä muutettu ehdotus KOM(2007) 170 lopullinen.

⁴⁶¹ Direktiivin suomenkielinen teksti käyttää termiä *ilmaisuvapaus*, joka on tässä johdonmukaisuuden vuoksi vaihdettu termiin *sananvapaus*. Ks. terminologiaa koskeva selitys tutkimuksen alussa.

⁴⁶² Luku 2.3.6.

3 artiklassa määritellyn minimiharmonisointinormin perusteella kaikissa näissäkin tapauksissa mahdollista.⁴⁶³

Televisioidirektiivin 3 a artiklassa on säädetty jäsenvaltioiden oikeudesta varmistaa, ettei merkittävää osaa jäsenvaltion yleisöstä estetä katsomasta tapahtumia, joilla jäsenvaltio katsoo olevan *erityistä yhteiskunnallista merkitystä*, suoraan tai nauhoitettuna lähetyksenä maksuttoman television kautta. Tämän ns. *yksinoikeusrajoituksen* tarkoituksena on turvata yleisön oikeutta vastaanottaa viestintää sen materiaalisessa merkityksessä; televisiotoiminnan harjoittajan kannalta se toisaalta merkitsee puuttumista vapauteen ostaa ja myydä viestintäsisältöjä, toisin sanoen viestijän oikeuteen käyttää sananvapautta markkinoiden ehdoin. Kyse on sananvapauden sisäisestä kollisiosta, jossa korostuu ennen kaikkea tiedonvälityksen kilpailuoikeudellinen aspekti, monissa tilanteissa myös julkisen palvelun tehtävänasettelu. Koska tekniset järjestelmät sekä kilpailutilanteet eri maissa poikkeavat toisistaan, 3 a artiklan sääntely on toteutettu siten, että lain-säädännöllisistä keinoista päättäminen on jätetty kokonaan jäsenvaltioille, mutta niiden soveltamista koskeva valvonta Euroopan komissiolle. Juuri sääntelytavan valinnalla saattaa kuitenkin olla tärkeääkin merkitystä sille, miten lähetysvapautteen puuttumista tulisi arvostella sananvapausrajoituksena. Hankittuun yksinoikeuteen puuttumista sellaisenaan voidaan epäilemättä tarkastella ennemminkin omaisuuden suojan ja elinkeinovapauden rajoittamisena kuin suorana sananvapausrajoituksena, sillä saman sisällön rinnakkainen lähettäminen tai toistaminen jäsenvaltion määrittelemällä yleisesti katsotulla maksuttomalla kanavalla ei varsinaisesti vaikuta televisiotoiminnan harjoittajan vapauteen päättää itse lähettämästään sisällöstä. Mikäli yksinoikeudesta luopuminen kuitenkin toteutetaan siten, että eksklusiiviset lähetysoikeudet hankkineen luottamuksensuoja murretaan heikentäen tämän kilpailuasemaa suhteessa muihin ohjelmasisältöihin sijoittaneisiin yksityisiin kilpailijoihin, olisi suhteellisuuspunninta myös sananvapauden rajoitusperustein ehkä perusteltua. Olennaista on yhtäältä säännösten johdonmukaisuus ja valintakriteerien läpinäkyvyys, jolloin riski yksinoikeuden mahdollisesta menetyksestä on riittävän hyvin arvioitavissa. Merkitystä on toisaalta myös sillä, kuinka tehokkaasti aiheutuneet menetykset pystytään säännösten puitteissa korvaamaan.

Yksinoikeusrajoitus on mielenkiintoinen esimerkki materiaalisen sananvapauden turvaamisesta sananvapauden vapausoikeussisällön ja samanaikaisesti sisämarkkinoiden perusvapauksien, erityisesti palvelujen tarjoamisen vapauden kustannuksella. Koska kyseessä on jäsenvaltioille unionin oikeudessa annettu valtuutus, voi ristiriita perusoikeusjärjestelmien välille syntyä vain yhdessä suunnassa. Vaikka yksinoikeuksien rajoittaminen siis olisi unionin oikeuden kannalta

⁴⁶³ Ks. edellä luvussa 2.3.4 lainattu ratkaisu *ARD* (C-6/98, 28.10.1999).

sallittua, sitä voidaan tarvittaessa jäsenvaltion oikeudessa tarkastella myös kansallisten perusoikeuksien näkökulmasta. Mikäli jäsenvaltio sen sijaan antaa yleisön materiaaliselle oikeudelle suuremman painoarvon ja rajoittaa yksinoikeuksia 3 a artiklassa sallittua laajemmin, yhteisöjen tuomioistuimen toimivallassa on arvioida näitä toimenpiteitä sekä perusvapauksien että sananvapauden rajoitukseksi. Tällöin tilanne muistuttaa läheisesti edellä käsiteltyä kansallisten moniarvoisuusturvatoimenpiteiden legitimaatio-ongelmaa, joskin sananvapauden materiaalin turvaaminen yksinoikeuksia sääntelemällä ulottuu selvästi jo varsinaisen, oikeuskäytännössä tunnustetun moniarvoisuusturvakäsitteen ulkopuolelle. Vaikka kyse siis on selvästi valtion puuttumisesta vapaaseen viestintään, ei sananvapaussuojan soveltuminen tilanteeseen ole itse asiassa täysin kiistatonta kummallakaan puolella kollisiota, jolloin sitä voidaan myös periaatteessa käsitellä ainoastaan yleisen kulttuuripoliittisen edun ja sisämarkkinaoikeuden välisenä rajanvetona. Vetoaminen sananvapauteen saattaa toisaalta olla perusteltua jo siksi, että sääntely on omiaan vaikuttamaan sekä kilpailutilanteeseen että kuluttajan asemaan joukkoviestintämarkkinoilla, ja sitä kautta muuttamaan eri toimijoiden edellytyksiä käyttää sananvapautta. Askel viestinnän moniarvoisuuden turvaamisesta osaan materiaalsen sananvapauden ulottuvuuksia ei perusoikeusargumentaatioissa välttämättä ole myöskään kovin pitkä – sen enempää jäsenvaltioiden kansallisissa järjestelmissä kuin ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa tai unionin sananvapaustulkinnassakaan.⁴⁶⁴ Ainakin *julkisen palvelun tehtävän* voi käsittää tässä suhteessa jossakin määrin moniarvoisuusturvaa laajemmaksi, mutta tällöinkin osaksi perusoikeuskirjan 11 artiklassa määriteltyä sananvapaussuojaa. Yksi arvioinnin kriteereistä on varmasti se, miten *erityisen yhteiskunnallisen merkityksen* käsitettä jäsenvaltioissa tulkitaan, eli minkälaista poliittista merkitystä yksinoikeusrajoituksen kohteeksi otetuilta tapahtumilta edellytetään. Tässä suhteessa direktiivin perustelut noudattavat samaa linjaa kuin tavalliset sananvapaussuojatkin, eli lukevat soveltamisalaan niin tärkeät kulttuuri- kuin urheilutapahtumatkin. Myös komission valvontakäytännössä on toistaiseksi suhtauduttu myönteisesti jäsenvaltioiden tekemiin ratkaisuihin.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Vrt. Rabiller 2002, s. 225–232; Marcangelo-Leos 2004, s. 5 ja 117–118; Libois 1995, s. 43–49 sekä Gomien 1992, s. 69.

⁴⁶⁵ Ks. Komission viides kertomus televisiodirektiivin soveltamisesta, KOM(2006) 49 lopullinen, s. 6. Ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisussa *Infront* (T-33/01, 15.12.2005) käsiteltiin komission toimivallan rajoja ja sen antamien kirjelmien muutoksenhakukelpoisuutta direktiivin 3 a artiklan valvontamenettelyn yhteydessä. Aineellinen kysymys jäi ratkaisussa käsittelemättä, koska tarvittavan toimivallan katsottiin puuttuneen.

Direktiivin uudistuksessa on kaavailtu lisäksi yksinoikeusrajoitusta täydentävää, jokaiselle televisiotoiminnan harjoittajalle kuuluvaa oikeutta saada aineistoa lyhyitä uutisraportteja varten yleisöä suuresti kiinnostavista tapahtumista (uusi 3 b artikla). Tähän säännökseen liittyvä sananvapaussuojaproblematiikka vastaa pitkälti tässä yksinoikeusrajoituksen osalta esitettyä.

Televisioidirektiivin III luvun sääntelyä *eurooppalaisten ohjelmien vähimmäiskiintiöistä* on valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa käsitelty huomattavasti yksinoikeusrajoitusta ja muita direktiivin sisältösääntelyä useammin ja yksityiskohtaisemmin.⁴⁶⁶ Vapausoikeusnäkökulmasta kiintiösääntelyä on monesti pidetty suhteellisuusperiaatetta selvästi loukkaavana sananvapausrajoituksenä,⁴⁶⁷ moniarvoisuusturvan kannalta toisaalta välttämättömänä, nimenomaan sananvapautta turvaavana instrumenttina.⁴⁶⁸ Direktiivin 4 artiklassa asetetaan jäsenvaltioille tavoitteeksi turvata, että televisiotoiminnassa varataan *suurin osa lähetyksajasta eurooppalaisille teoksille*; 5 artiklan mukaan jäsenvaltioiden puolestaan mahdollisuuksiensa mukaan varmistettava *10 prosenttia lähetyksajasta* sellaisille *eurooppalaisille teoksille*, joiden tuottajat ovat *riippumattomia* televisiotoiminnan harjoittajista. Teosten eurooppalaisuusperiaatteen on määritely erikseen direktiivin 6 artiklassa: säädökseen kirjatun edellytyksin kiintiöitä sovelletaan paitsi unionin jäsenvaltioista, myös Euroopan neuvoston rajat ylittävää televisiota koskevaan yleissopimukseen⁴⁶⁹ liittyneistä maista sekä muista Euroopan kolmansista maista peräisin oleviin audiovisuaalisiin teoksiin. Direktiivin perustelukappaleen mukaan III luvun sääntelyllä pyritään suoraan edistämään eurooppalaisen audiovisuaalisen tuotannon kasvua kohti sellaista markkinakokoa, jossa siihen tehdyt investoinnit voidaan kattaa. Kyse on siis ainakin lähtökohtaisesti kauppapoliittisista suojanormeista eurooppalaisen viestintäalan taloudelliseksi tukemiseksi. Perustelukappaleessa todetaan toisaalta myös yleisemmin, että lainsäädännön yhteensovittamista joka tapauksessa tarvitaan, jotta *kulttuurisia tavoitteita sisältäviä ohjelmia* tuottavien henkilöiden ja yritysten olisi helpompi ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa toimintaansa. Sitä, mikä direktiivin terminologiassa näyttäytyy televisiotoimintaa koskevan sisämarkkinaharmonisoinnin ja talouden kasvun edistämisen yhteensovittamisena unionin näistä erillisen kulttuuripolitiikan kanssa, voidaan epäilemättä helposti pitää myös eräänlaisena viestinnän unionitason moniarvoisuusturvanormina tai Euroopan kulttuurisena suojatullina. Eurooppalaisen audiovisuaalisen kulttuurin tuottaminen ja olemassaolo riippuu julkisen tuen ohella riittävästä markkinakoosta, jonka saavuttaminen vapaassa kilpailussa Euroopan ulkopuolella tuotetun, erityisesti amerikkalaisen tuotannon kanssa on yleisesti arvioitu mahdottomaksi. Kiintiöt toimivat tässä suhteessa oikeudellisena jarruna audiovisuaalisen viestinnän markkinoiden USA-keskeisyydelle, tasalaatuisuudelle ja yksiarvoistumiselle.

⁴⁶⁶ Mm. Engel 1993; Meyer-Heine 1996 sekä Oeter 2005.

⁴⁶⁷ Esim. Uwer 1998, s. 94 ja 612–615 sekä Fiedler 2006, s. 325.

⁴⁶⁸ Esim. Meyer-Heine 1995, s. 122–126; Bossis 2004, s. 312–313; Derieux 2003, s. 130 sekä Kleist – Scheuer 2006a, s. 110–111.

⁴⁶⁹ European Convention on Transfrontier Television / Convention Européenne sur la Télévision Transfrontière, CETS-numero 132. Ks. luku 2.2.3.

Riippumattomien tuottajien teoksia koskevalla lisäkiintiöllä jotakuinkin samaa moniarvoisuussuojatavoitetta pyritään laajentamaan tuotannon keskittymien ehkäisemiseen Euroopan sisällä. Audiovisuaalisten markkinoiden tehokkuuden kannalta riippumattomien tuottajien kiintiötä voidaan toisaalta perustella myös kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta, tarpeella poistaa vertikaalisia kilpailunrajoituksia televisio-ohjelmien tuotantoketjusta. Kuten monesti on todettu, markkinarationaaliset ja kulttuuripoliittiset tavoitteet ovat televisiodirektiivin sääntelyalalla ja erityisesti kiintiösääntelyn kohdalla vaikeasti toisistaan erotettavissa. Juuri tämä tekee luonnollisestikin myös sananvapauden ja sisämarkkinoiden perusvapauksien suhteen direktiivin III luvun säännösten tulkinnassa poikkeuksellisen ongelmalliseksi.

Kiintiösääntelyn keskeisin sananvapausongelma liittyy kiintiöllä saavutettavan moniarvoisuusvaikutuksen arviointiin suhteellisuusperiaatteen ja erityisesti siihen tavallisesti liitettyyn ns. *soveltuvuusvaatimukseen* (Geeignetheitserfordernis), eli siihen, voidaanko sääntelyyn liitetty tavoite sen kautta tosiasiallisesti saavuttaa. Mikäli sääntelyn tavoitteeksi katsotaan viestintämarkkinoiden tehostaminen, punnintakysymys koskee sitä, onko siihen liittyvä yleinen taloudellinen etu saavutettavissa ja onko se niin merkittävä, että se voidaan oikeuttaa sananvapausrajoituksena. Jos taas säännökset hyväksytään pluralistista sananvapautta turvaaviksi, on sananvapauden sisäisen kollision arvioinnissa ratkaisevaa nimenomaan se, voidaanko kiintiöllä ylipäätään edistää viestinnän moniarvoisuutta. Usein esitetyn kritiikin mukaan kiintiöt johtavat kilpailun heikentymiseen niiden suojaaman tuotannon alalla ja siten loogisesti eurooppalaisten laatuvaatimusten madaltumiseen, viime kädessä juuri sellaisiin helposti tuotettaviin massatuotantoihin, joiden tuottamista Euroopan ulkopuolelta kiintiöllä pyritään vähentämään.⁴⁷⁰ Selvää lienee, että kiintiöt joka tapauksessa rajoittavat useiden toimijoiden sananvapautta. Televisiotoiminnan harjoittajan valinnanvapauden ohella ne vaikeuttavat yleisesti ulkomaalaisten henkilöiden ja yritysten – joita sananvapaus jokaiselle kuuluvana perus- ja ihmisoikeutena Euroopassa luonnollisestikin myös koskee – teosten pääsyä unionin audiovisuaalisille markkinoille. Jos kysymystä siis tarkastellaan sananvapauden sisäisenä kollisiona, kiintiöiden oikeuttamiseksi on punnittava nimenomaan näitä sananvapausrajoituksia ja kiintiöiden kautta saavutettavaa, edellä mainituista syistä varsin kiistanalaista moniarvoisuusturvavaikutusta keskenään. Mikäli katsotaan, etteivät kiintiösäännökset ole tosiasiallisesti omiaan edistämään audiovisuaalisen viestinnän moniarvoisuutta eivätkä siten täytyä edes suhteellisuusperiaatteen kuuluvaa soveltuvuusvaatimusta, ei toimijoiden vapausoikeudellisen sananvapauden rajoittaminen moniar-

⁴⁷⁰ Tämä kehitys on nimetty mm. eurooppalaisen tuotannon *itseamerikkalaistumiseksi* ja *itsebulevardisoitumiseksi*: esim. Oeter 2005, s. 13.

voisuusturvaperusteella luonnollisestikaan ole hyväksyttävissä, sen enempää ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan kuin sananvapauden unioniperusoikeussuojan näkökulmastakaan. Koska kiintiöt edustavat sekundaarioikeudessa harmonisoitua minimitasoa, ne voivat tietenkin joutua ristiriitaan yhtä lailla myös jäsenvaltioiden kansallisten sananvapaussäännösten kanssa. Varsinainen suhteellisuuspunninta on kaikissa tapauksissa mahdollinen vasta jos ja kun tosiasiallisen syyseuraussuhteen kiintiöiden ja moniarvoisuusturvan välillä arvioidaan olevan olemassa.

On huomattava, ettei taloudellisia syitä sellaisenaan voida hyväksyä ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan legitimeiksi rajoitusperusteiksi.⁴⁷¹ Kuten viestinnän sääntelyssä yleisemminkin, tavoiteltavat taloudelliset ja kulttuuriset intressit kytkeytyvät kuitenkin myös kiintiöproblematiikassa erottamattomasti yhteen. Verrattuna unionin oikeuden ja kansallisten moniarvoisuusturvasäännösten väliseen suhteeseen tilanteessa on poikkeuksellista ainoastaan se, että unionin sekundaarisääntely ei edusta kiintiöissä markkinoita vapauttavaa vaan päinvastoin taloudellisesti rajoittavaa viestintäoikeutta. Kiistatonta lienee se, että eurooppalaisen audiovisuaalituotannon kilpailuasema on amerikkalaiseen tuotantoon nähden niin heikko, että vapaa markkinakilpailu uhkasi toteutuessaan vakavasti sen toimintaedellytyksiä, joilla on keskeinen merkitys yhtä lailla kulttuurisesti kuin taloudellisestikin. Voidaan väittää, että unionin sitoutuminen kulttuurilliseen ja kielelliseen moniarvoisuuteen tekee jo sellaisenaan mahdottomaksi kaventaa USA:n kilpailuetumatkaa, joka perustuu nimenomaan yksikielisyyden ja kohdeyhmämaksimoinnin kautta saavutettuihin skaalaetuihin. Tästä näkökulmasta kiintiösääntelyä voidaan pitää ainakin jossakin laajuudessa Euroopassa välttämättömänä moniarvoisuusturvatoimenpiteenä.⁴⁷² Eri kysymys on toisaalta tällöinkin, minkä suuruisia kiintiöiden tulisi olla, jotta eurooppalaisen tuotannon olemassaolo voidaan turvata rajoittaen yhtäältä mahdollisimman vähän toiminnan harjoittajien ja kuluttajien käytössä olevaa sisällöllistä valinnanvapautta ja toisaalta tuottamatta samalla liian suurta, saavutettua moniarvoisuutta kaventavaa negatiivista laatuvaatimusvaikutusta. Koska osa alan toimijoista on sitoutunut julkisen palvelun tehtävään ja koska markkinatilanne yleisradioiden ja yksityisten lähetyssihtiöiden välillä eroaa unionin eri jäsenvaltioissa varsin huomattavasti, kiintiöiden moniarvoisuusturvan kannalta optimaalista tasoa on unionin mittakaavassa erittäin vaikea määrittää. Tämä ei kuitenkaan estä sitä, etteikö televisiodirektiivin III luvun voimassa olevaa kiintiösääntelyä voitaisi arvioida

⁴⁷¹ Ks. etenkin Engel 1993, s. 333. Ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkinnasta tämän tutkimuksen luvussa 1.3.

⁴⁷² Ks. esim. Meyer-Heine 1996, s. 7–11; Wheeler 2004, s. 351 sekä Oeter 2005, s. 6–8. Luvussa 3.2.4 samaa ongelmaa käsitellään maailmankaupan vapauttamista koskevien GATT- ja GATS-sopimusten näkökulmasta.

sananvapaussuojan näkökulmasta sekä unionin oikeudessa, ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa että kansallisessa valtiosääntöoikeudessaakin.

Yksi kiintiöosuuksien määrittämiseen liittyvä lisäongelma liittyy niiden soveltamiseen vastaavien, kansallista kulttuurituotantoa suojaavien kiintiöiden rinnalla. Mikäli jäsenvaltio asettaa televisiotoiminnan harjoittajille esimerkiksi velvoitteen varata suuri osa lähetysajasta kotimaisille teoksille,⁴⁷³ voi eurooppalaisia teoksia suojaavan kiintiön merkitys supistua varsin pieneksi. Eurooppalaisia ohjelmia koskevat kiintiöt eivät tällöin nykyisessäkään laajuudessa riitä tehokkaasti kannustamaan rajat ylittävään viestintään ja kulttuurivaihtoon unionin alueella. Sen sijaan että unionin oikeuden eurooppalaisten teosten kiintiöitä kasvatettaisiin, perusteltua lienee kuitenkin kansallisten kiintiöiden legitimaatiotarkastelu rajat ylittävää sananvapautta ja samanaikaisesti sisämarkkinoiden perusvapauksia rajoittavina toimenpiteinä. Moniarvoisuusturvan kansallisen ja eurooppalaisen kiintiötason tulisi joka tapauksessa sijoittua siten, ettei niiden yhteisvaikutuksena ole muista jäsenvaltioista peräisin olevan ohjelmiston syrjäytyminen yhtäältä kansallisen ja toisaalta taloudellisesti kilpailukykyisemmän, tyypillisesti juuri amerikkalaisen ohjelmiston tieltä. Lähtökohtana audiovisuaalissakin viestinnässä tulee olla sisäraajat ylittävän viestinnän vapaus, sekä perusvapautena että osana unionin oikeudessa tunnustettua sananvapautta. Sekä kansallisten että unionin oikeudessa määrättyjen suojakiintiöiden on toisaalta pysyttävä niissä rajoissa, joissa ne ovat sananvapausrajoituksina oikeutettavissa.

Kiintiösääntelyä vastustavalle argumentaatiolle on viime aikoina ollut tyypillistä välitystekniikan kehityksen seuraaminen ja siihen perustuvat vaatimukset kiintiöiden supistamisesta ja jopa niiden poistamisesta. Käytössä olevien lähetykskanavien määrän kasvaessa ja teknisten välityskustannusten madaltuessa vastaanottajan valittavissa oleva tarjonta on epäilemättä vähitellen tullut monipuolisemmaksi kiintiösääntelystä riippumattakin. On varmasti perusteltua väittää, että myös eurooppalaisen ohjelmiston tarjonta yli sisärajojen on etenkin digitaalisessa toimintaympäristössä tullut jatkuvasti entistä kannattavammaksi. Argumentit ovat suurelta osin yhteneviä niiden perustelujen kanssa, joiden mukaan välitystekniikan kehityksen tuottava moniarvoisuus voisi tulevaisuudessa korvata myös julkisen palvelun tiedotusvälineitä. Yhteneviä ovat toisaalta vastaavasti myös ne ongelmat, joihin tekniikkaoptimistinen vapausoikeuskäsitys ei toistaiseksi ole pystynyt vastaamaan, erityisesti moniarvoisuuden vaarantuminen tuotantotasolla ja tekniikan mahdollistama kasvava *marginalisoituminen*.⁴⁷⁴ Siitä, että olemassa

⁴⁷³ Tunnetuin esimerkki tässä suhteessa on Ranska, jossa 40 % parhaaseen katselu-aikaan lähetettävästä ohjelmistosta tulee olla ranskalaista. Ks. esim. Kleist – Scheuer 2006a, s. 114 sekä Bille 2004, s. 592.

⁴⁷⁴ Synonyyminä marginalisoitumiselle käytetään kirjallisuudessa toisinaan termiä *balkanisaatio*: esim. Barendt 1998, s. 49–50. Barendtin mukaan USA:n sananvapauskäsityksen yksi keskeisim-

olevien tallennettujen eurooppalaisten tai massasta poikkeavien tuotantojen lähettäminen ja välittäminen televisiossa tai muussa audiovisuaalisessa verkossa tulee kannattavaksi, ei välttämättä seuraa, että myös toimintaedellytykset uusien vastaavien sisältöjen tuottamiselle olisivat turvatut. Tässä suhteessa kiintiöillä on huomattavasti suurempi tuotantoa tukeva vaikutus kuin tehokkaammalla välitystekniikalla. Mikäli vaihtoehtoista ohjelmistoa lähettävät kanavat laajasta saavutettavuudestaan huolimatta marginalisoituvat yhä pienempien tosiasiallisten yleisöjen käyttöön, lienee aiheellista myös kysyä, korvaako tekniikan tarjoama *ulkoinen moniarvoisuus* kokonaan sen *sisäisen moniarvoisuuden*,⁴⁷⁵ jota kiintiösääntelyllä ainakin yhden ulottuvuuden – tosiasiallisesti katsottujen ohjelmien eurooppalaisuuden – osalta on jossakin määrin kyetty turvaamaan. Kiintiöproblematiikka kytkeytyy viime kädessä yhteen myös klassiseen ongelmaan valtion tehtävästä platonilaisena epistemokraattina: on esimerkiksi esitetty, että amerikkalainen tarjonta koulii eurooppalaisen yleisön makua yhä amerikkalaisemmaksi, jolloin myös Euroopan oma tuotanto alkaa kysynnän vuoksi vähitellen jäljittellä amerikkalaista ohjelmistoa.⁴⁷⁶ Ratkaisu riittävistä keinoista moniarvoisuuden ja riittävän eurooppalaisen osuuden turvaamisesta heijastaa siten sananvapauskäsityksen perustavanlaatuisia, mutta samalla äärimmäisen vaikeasti määriteltäviä lähtökohtia. Unionin oikeuden kannalta kiintiösääntelyn taloudellista perustelua, markkinatilanteen edellyttämää oman audiovisuaalisen sisältötuotannon tukemista, voidaan jopa pitää hyvänä suojamuurina taustalla olevaa, epäilemättä ongelmallisempaa sananvapaustarkastelua vastaan. Mikäli unionin politiikan suunta kuitenkin esimerkiksi GATT- ja GATS-neuvottelupaineiden⁴⁷⁷ vuoksi tulevaisuudessa muuttuu kiintiöistä luopumiseksi, on sananvapauden konkreettinen suojasisältö tilanteessa varmasti arvioitava perus- ja ihmisoikeusjärjestelmissä täsmällisemmin.

Televisiiodirektiivin *alaikäisten suojelua ja yleistä järjestystä* koskevaa V lukua on usein pidetty unionin viestintäoikeuden varsinaisena sisällöllisenä osana. Euroopan komission politiikassa on usein esitetty tavoitteeksi luoda televisiiodirektiivin V luvusta eräänlainen mallilaki, jolla yhtäältä direktiivin soveltamisalaa laajentamalla ja toisaalta jäsenvaltioille annettujen suositusten kautta voidaan lopulta saavuttaa tekniikkaneutraali, kaikkea joukkoviestintää tasapuolisesti koskeva vähimmäissuojataso (ns. ”level playing field”).⁴⁷⁸ Perusoikeusterminologiassa V lukua voidaan pitää unionin perussäännöstönä *ihmisarvon suojan* ja

mistä ongelmista on se, ettei paikkaa poliittiselle debatille tai ajatuksenvaihdolle yleisemminkään ole enää medioiden marginalisoituessa olemassa.

⁴⁷⁵ Ks. luku 1.2.3.

⁴⁷⁶ Oeter 2005, s. 13–14.

⁴⁷⁷ Ks. luku 3.2.4.

⁴⁷⁸ Ks. Kleist – Scheuer 2006b, s. 127.

sananvapauden tasapainottamisesta sisäraajat ylittävässä viestinnässä. Sekä alaikäisten suojelua koskeva 22 artikla että nimikkeensä mukaan yleistä järjestystä koskeva 22 a artikla on lähtökohtaisesti muotoiltu varsin laajasti ja abstraktisti. Edellinen kieltää ohjelmat, jotka *voivat vahingoittaa alaikäisten fyysistä, henkistä tai moraalista kehitystä*, sekä ohjelmat, jotka sisältävät *pornografiaa tai perusteetonta väkivaltaa*. Jälkimmäisessä asetettu kieltö koskee ohjelmia, joissa *yllytetään vihaan rodun, sukupuolen, uskonnon tai kansallisuuden perusteella*. Direktiivin uudistusesityksessä 22 a artiklan korvaava 3 e artikla lisäisi listaan myös *etnisen alkuperän, vakaumuksen, vamman, iän ja sukupuolisen suuntautumisen*.

Korkean abstraktiotason ohella 22 artiklan johdonmukaista tulkintaa vaikeuttaa se, että sen kaksi ensimmäistä kohtaa ovat sanamuotojensa perusteella ilmeisessä ristiriidassa keskenään. Artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on toteutettava aiheelliset toimenpiteet sen *varmistamiseksi*, että niiden lainkäyttövaltaan kuuluvien televisiolähetystoiminnan harjoittajien lähetyksissä *ei ole ohjelmia, jotka saattaisivat vahingoittaa alaikäisten fyysistä, henkistä tai moraalista kehitystä, eikä varsinkaan pornografiaa tai perusteetonta väkivaltaa sisältäviä ohjelmia*. Saman artiklan 2 kohdassa kuitenkin todetaan, että edellä 1 kohdassa tarkoitetut toimenpiteet koskevat myös *muuta ohjelmia, jotka voivat vahingoittaa alaikäisten fyysistä, henkistä tai moraalista kehitystä, jollei lähetysajan valinnalla tai teknisin keinoin ole varmistettu, että lähetysalueella olevat alaikäiset eivät tavallisesti kuule tai näe kyseisiä lähetymiä*. Artiklan 1 kohdan kieltö on muotoiltu *absoluuttiseksi*, kaikkia alaikäisten kehitystä vahingoittavia ohjelmia koskevaksi; pornografiaa tai perusteetonta väkivaltaa sisältäviä ohjelmia koskee kohdan viimeisen lauseen perusteella vain eräänlainen kvalifioitu erityiskieltö. Se, mitä tarkoitetaan artiklan 2 kohdan *muilla* alaikäisten kehitystä vahingoittavilla ohjelmilla, jotka mitä ilmeisimmin eivät kuulu 1 kohdan soveltamisalaan tämän ehdottomasta muodosta huolimattakaan ja joita siis koskee lähetysaikaa ja teknisiä suojakeinoja koskeva poikkeus, ei avaudu ainakaan loogisella sanamuodon mukaisella tulkinnalla. Ehkä luontevin tapa tulkita artiklaa onkin ymmärtää 1 kohta eräänlaiseksi yleiseksi tavoitemääritelmäksi, joka sitoo jäsenvaltiot ainoastaan pyrkimykseen kieltää alaikäisille vahingollisia ohjelmia siinä laajuudessa kuin se katsotaan *aiheelliseksi*, ja 2 kohta puolestaan sitovaksi määräykseksi lähetysaika- ja suojaustekniikkajärjestelmän toimeenpanosta. Kokonaan kielletyksi voidaan tällöinkin tulkita 1 kohdan viimeisessä lauseessa mainitut pornografiaa ja perusteetonta väkivaltaa sisältävät ohjelmat. Myös tähän tulkintaan sisältyy luonnollisestikin omat vaikeat rajausongelmansa: koska varsin tavanomaiseksi on tullut lähettää myös huomattavan väkivaltaisia ja eroottisia ohjelmia lähetysaika- ja suojaustekniikkajärjestelmän puitteissa, ovat absoluuttisen kiellon alaa määrittävät termit kutistumassa vähitellen yleiskieltä vastaamattomiksi.

Sananvapauden kannalta olennaista 22 artiklan soveltamisessa on nimenomaan se, miten absoluuttisen kiellon ala käytännössä määritetään. Koska kyse on ensi sijassa alaikäisten kehityksen suojaamisesta eikä moraaliperusteisesta sensuurista, lienee lähetysaika- ja suojaustekniikkaratkaisu toimiessaan pääsääntöisesti riittävä suojatavoitteen saavuttamiseksi. Olisi kuitenkin perusteetonta tulkita säännöstä siten, ettei siihen sisältyisi minkään ohjelmasisällön osalta absoluuttista kieltoa, vaikka termejä *pornografia* ja *perusteeton väkivalta* tai käsitettä alaikäisten kehityksen vahingoittamisesta yleisemmin tulkittaisiinkin hyvin suppeasti. Absoluuttinen kiello sisältyy toisaalta myös 22 a [3 e] artiklaan, ja pitkälti vastaava rajausongelma liittyy myös sen mainitsemaan *vihaan yllyttämiseseen*. Silloin kun kyse on aikuisille suunnatuista ohjelmasisällöistä, tulisi kiellon riittävän suppealla rajaamisella mahdollistaa ainakin jonkinasteinen esimerkiksi uskontoon kohdistuva kritiikki sekä joissakin rajoissa myös alkuperä-, sukupuoli-, uskonto- ja seksuaalisuusteemoja käsittelevä huumori ja parodia.⁴⁷⁹ Vastaava kriittistä, taiteellista ja humoristista ilmaisua koskeva liikkumavara täytyy sananvapaussuojan kunnioittamiseksi sisältyä yhtä lailla myös 22 artiklan pornografisuutta ja väkivallan perusteettomuutta koskeviin tulkintoihin.⁴⁸⁰ Koska direktiivin soveltamista koskeva komission valvonta on toistaiseksi jäänyt vähittäistä positiivista kehitystä tarkkailevaksi ja keskittynyt direktiiviä laaja-alaisempien unionin suositusten toimivuuteen,⁴⁸¹ ei säännösten mahdollinen kollisio sananvapaussuojan kanssa ole tältä osin kuitenkaan tullut ajankohtaiseksi.

Televisiondirektiivin VI luku perustaa soveltamisalallaan luonnollisille henkilöille ja oikeushenkilöille erityisen subjektiivisen oikeuden osallistua itseään koskevaan viestintään, 23 artiklassa määritellyn *vastineoikeuden*. Käytännön sananvapausrajoituksena vastineoikeuden turvaamisella tuskin lienee kovin suurta merkitystä.⁴⁸² Mielenkiintoista sananvapausteorian kannalta sen sijaan on sääntelyn dialoginen, toistaiseksi varsin poikkeuksellinen johtojatous: sananvapauden väärinkäytön kompensointi potentiaalisen vastapuolen sananvapautta tehostamalla. Tällainen ajatus sopii poikkeuksellisen hyvin yhteen jo klassisen liberalistisen sananvapausideologian kanssa, joka korostaa virheellisen viestin-

⁴⁷⁹ Julkisuudessa tunnetuksi ovat viime aikoina televisio-ohjelmien sijaan tulleet varsinkin karikatyyrit, joissa on kuvattu islamin profeetta Muhammedia. Ks. tästä Sari 2008 sekä Uoti 2006. Aiheeseen yleisemmin palataan luvussa 2.3.9.

⁴⁸⁰ Vrt. esim. Hawkins 1988, s. 144–145; Wéry 2004, s. 85–86; Vlachopoulos 1996, s. 286 sekä McPherson 1999, s. 695.

⁴⁸¹ Ks. komission viides kertomus televisiondirektiivin soveltamisesta, KOM(2006) 49 lopullinen, s. 9. Suosituksista ja muista sitomattoman unionin oikeuden instrumenteista viestintäoikeudessa luvussa 2.3.9.

⁴⁸² Tilanne riippuu luonnollisesti jäsenvaltiokohtaisesta implementointitavasta. Televisiondirektiivin 23 artiklan 1 kohdan viimeisen lauseen ja 4 kohdan perusteella television toiminnan harjoittajille voidaan joka tapauksessa varata kohtuulliset mahdollisuudet välttyä vastineen julkaisemisesta niissä tilanteissa, joissa se ei olisi perusteltua.

nän korjaantuvuutta vapaan vastavuoroisen kritiikin kautta.⁴⁸³ Koska vastineoikeuden tarkoituksena ei ole korvata kansallisessa oikeudessa asetettuja siviili- ja rikosoikeudellisia sanktioita sananvapauden väärinkäytöstä, vaan ainoastaan perustaa virheellisen tiedottamisen kohteille yksi lisäkeino välitetyn informaation oikaisemiseksi, se ei toisaalta kuitenkaan riitä ratkaisemaan niitä ongelmia, joita liittyy esimerkiksi kunnianloukkaussäännöksiin ja yksityiselämän suojaan ja varsinkin näiden aineellisoikeudellisiin eroihin unionin eri jäsenvaltioissa. Unionin oikeuden kannalta sananvapauden ja sitä rajoittavien oikeuksien punnintaongelma ei siten juurikaan koske direktiivin säännöksen sisältöä, vaan ennemminkin jäsenvaltioiden kansallisen oikeuden soveltamisesta aiheutuvina sisämarkkinaesteinä.⁴⁸⁴ Sillä, että vastineoikeus vakiintuu osaksi jäsenvaltioiden viestintäoikeutta, voi kuitenkin olla oma heijastusvaikutuksensa myös tuleviin sananvaipustulkintoihin. Voidaan esimerkiksi argumentoida, että tiettyjen perinteisten sanktioiden välttämättömyys demokraattisessa yhteiskunnassa vähenee, mikäli riittävän tehokas mahdollisuus osallistua viestintään oikaisemalla ja kritisoiden esitettyjä tietoja on olemassa. Unionin tavoitetta ulottaa vastineoikeuden soveltamisala kaikkeen audiovisuaaliseen viestintään, ja suositusten kautta joukkoviestintään tätä laajemmallekin, voidaan tästä näkökulmasta pitää osoituksena sananvapausmyönteisestä viestintäpolitiikasta.

Televisiodirektiivin käynnissä oleva uudistus⁴⁸⁵ ja etenkin sen laajennus audiovisuaalista viestintää säänteleväksi direktiiviksi on saanut osakseen pääosin positiivista kritiikkiä. Uudistuksen selvää pyrkimystä tekniikkaneutraaliin viestinnän sääntelyyn voidaan epäilemättä pitää edistysaskeleena paitsi kilpailuoikeudellisen yhdenvertaisuuden myös johdonmukaisen sananvapausuojan kannalta. Koska jo lähetystekniikan luonteesta johtuu, että tietyt käytetyt sääntelytavat – esimerkiksi mainosten tiheyttä tai tiettyjen ohjelmasisältöjen lähetyisaikojen koskevat normit – voivat kohdistua ainoastaan sellaisiin audiovisuaalisiin viestintäpalveluihin, jotka välitetään palveluntuottajan määräämään aikataulun mukaisesti (ns. *lineaariset palvelut*), sisältyy kuitenkin uuteenkin direktiiviin yksi selvä välitystekniikkaan perustuva erottelu. Vaikka lineaariset ja *ei-lineaariset* eli *tilauspohjaiset* palvelut on sääntelyssä sinänsä tietoisesti pyritty asettamaan oikeudellisesti samalle viivalle, johtaa eri säännösten soveltaminen välttämättä ainakin jonkinasteisiin aineellisoikeudellisiin eroihin sananvapauden käytössä, tässä tapauksessa etenkin mainonnan rajoituksia koskevien säännösten osalta.⁴⁸⁶ Tilauspohjaisia palveluja silmällä pitäen direktiiviin on alaikäisten suojan osalta tarkoitettu lisätä uusi 3 d artikla, jossa jäsenvaltiot veloitetaan varmistamaan, et-

⁴⁸³ Tästä lähemmin luvussa 1.2.2; vrt. Schmitz 1997, s. 211.

⁴⁸⁴ Hyvä esimerkki tästä ovat ns. subjektiiviset henkilöoikeudet: ks. luku 2.3.7.

⁴⁸⁵ Ks. KOM(2005) 646 lopullinen sekä muutettu ehdotus KOM(2007) 170 lopullinen.

⁴⁸⁶ Ks. luku 2.3.6.

tei audiovisuaalisia mediapalveluja *saateta tarjolle tavalla*, joka voi *vakavasti haitata* alaikäisten fyysisistä, henkistä tai moraalista kehitystä. Vaikka 3 d artikla tosin soveltuisi yhtäläisesti kaikkiin audiovisuaalisiin viestintäpalveluihin, ei se lineaaristen palveluiden osalta toisi voimaan jäävään 22 artiklaan välttämättä sen enempää lisärajoitusta kuin tätä koskevan tulkintaongelman selvennystäkään. Huomionarvoista on joka tapauksessa se, että uudistus puhuu 22 artiklan sanamuodosta poiketen *vakavasta* haitasta; *tapa saattaa palvelu tarjolle* sisältää puolestaan jo sellaisenaan tarkastelun niistä keinoista, joilla aikuisille tarkoitetut sisällöt on suojattu alaikäiseltä yleisöltä. Absoluuttisen kiellon alaa uudistus ei siten tältä osin laajenna.

Yksi televisiodirektiivin uudistuksen ongelmista on ollut sen uuden soveltamisalan rajaaminen. Koska audiovisuaaliseen viestintään sisältyy toisistaan huomattavan erityyppisiä ja tavoitteiltaan erilaisia toimintamuotoja, keskusteltiin unionin lainvalmistelussa pitkään uuden direktiivin soveltamista ainoastaan ”television kaltaisiin” audiovisuaalisiin viestintäpalveluihin. Tällainen lisämäärä olisi kuitenkin voinut kaventaa tavoiteltua soveltamisalalajennusta ja sen tekniikkaneutraliteettiperiaattia niin merkittävästi, että siitä myöhemmin luovuttiin. Eriteltyjen uusien rajauskriteerien mukaan direktiivin alaan kuuluva *audiovisuaalinen mediapalvelu* on palvelu, joka kuuluu sen tarjoajan toimituksellisen vastuun alaisuuteen ja jonka *pääasiallisena tarkoituksena* on tarjota ohjelmia tiedonvälitys-, viihdytys- tai valistustarkoituksessa *sähköisten viestintäverkkojen välityksellä*. Erityisen tärkeää on huomata, että tämä rajaus sulkisi soveltamisalan ulkopuolelle sanoma- ja aikakauslehtien verkkoversiot, sikäli kun niiden pääasialliseksi tarkoitukseksi katsotaan painotuotteena levitettävän eikä sähköisten verkkojen kautta tapahtuvan joukkoviestinnän tuottaminen. Yksityinen verkkoviestintä toisaalta jäisi soveltamisalan ulkopuolelle siksi, ettei sitä ainakaan pääsääntöisesti voitaisi katsoa unionin oikeudessa palveluksi.⁴⁸⁷

Pyrkimys jättää sanoma- ja aikakauslehtien verkkoversiot audiovisuaalisine elementteineen soveltamisalan ulkopuolelle on yhtäältä sääntelyteknisesti helppo ymmärtää: koska direktiivin sisältösääntely ei ulotu painoviestintään, se olisi soveltuessaan koskenut vain pientä osaa lehtien käyttämistä toimintatavoista ja siten luonut uuden, tekniikkasidonnaisen oikeudellisen rajan niiden sananvapauden käyttöön. Lienee toisaalta varsin ongelmallista myös määritellä se, milloin joukkoviestimen tarjoamilla audiovisuaalisilla elementeillä on kokonaistoimintaan nähden niin suuri merkitys, että niiden välitys voidaan katsoa tämän pääasialliseksi toiminnaksi. Painotuotteen olemassaolo sellaisenaan tuskin voi riittää vapauttamaan saman nimen alla verkossa tarjottavaa viestintää direktiivissä asetetuista vaatimuksista, varsinkaan jos verkkotoimintaa harjoitetaan toimituk-

⁴⁸⁷ Vrt. Kleist – Scheuer 2006b, s. 129–130.

sellisesti riittävän itsenäisesti suhteessa lehden toimittamiseen. On lisäksi aiheellista kysyä, miksi juuri sanoma- ja aikakauslehtien sähköisen toiminnan rajamista soveltamisalan ulkopuolelle on lainvalmistelussa yleensä pidetty tärkeänä. Tällainen rajausta vahvistaisi toteutuessaan joka tapauksessa mielikuvaa lehdistön koskemattomuudesta tai ainakin erityisasemasta sanavapauden haltijana. Sikäli kun tämä kytketään nimenomaan viestinnän pääasialliseen tekniseen muotoon, kuten direktiivin ehdotetusta muodosta voidaan ymmärtää, kyse on sen sitkeän lehdistönvapauskäsitteen vahvistamisesta, joka on oikeuskirjallisuudessa toisinaan nimetty *sanavapauden väärinkäsitykseksi*.⁴⁸⁸ Direktiivin yhdeksi tavoitteeksi asetetun tekniikkaneutraaliteetin laajentamisen kanssa tällainen tulkinta ei varmasti sovi yhteen. Pääasiallisen toimintatavan kriteeriä tulisikin siten joka tapauksessa pyrkiä tulkitsemaan erillään siitä, liittyykö tarkasteltu audiovisuaalinen viestintä liitännäisenä juuri painoviestintään vai johonkin täysin muuhun palveluun.

Direktiivin johdanto-osaan on muutosehdotuksessa kaavailtu nimenomaista sanavapausmainintaa. Sen mukaan ”direktiivi ei millään tavoin estä jäsenvaltioita soveltamasta kunkin valtion perustuslaillisia säännöksiä, jotka koskevat painovapautta ja tiedotusvälineiden sanavapautta”.⁴⁸⁹ Sikäli kun jäsenvaltio soveltaa unionin oikeuteen kansallista perusoikeusvaraamaa, ei lauseella ole varsinaista itsenäistä merkitystä. Termi *painovapaus* voidaan yhtäältä helposti yhdistää edellä mainittuun tekniikkasidonnaiseen lehdistönvapauskäsitteeseen, mutta se on toisaalta kontekstissaan perusteltu jo siksi, että se noudattaa monien kansallisten perustuslakien terminologiaa.⁴⁹⁰ Unionin oman perusoikeussuojan näkökulmasta sanavapausviittausta voidaan pitää ainakin eräänlaisena tietoisena vahvistuksena sille, että direktiivin säännökset voivat olla luonteeltaan sanavapautta rajoittavia ja samalla myös sille, että niiden soveltaminen on tarvittaessa tilannekohtaisesti otettava myös unionin oikeudessa sanavapausvalvonnan kohteeksi. On joka tapauksessa selvää, että televisiodirektiiviin säännökset kohdistuvat jo nykyisellään ja tulevien muutosten jälkeen todennäköisesti vielä tätäkin laajemmin sanavapauden käyttöön. Yhtä lailla selvää on myös se, että jäsenvaltioiden toisistaan poikkeava sanavapausuojan soveltaminen, minkä uusi direktiivi johdantokappaleen mukaan nimenomaisesti mahdollistaisi, voi helposti kaventaa niitä sisämarkkinaetuja, joita direktiivin harmonisoinnilla saavutetaan. Direktiivin tulkinta unioniperusoikeutena turvatun sanavapauden kannalta saattaa siten osoittautua välineeksi edistää sisältösääntelyn yhdenmukaisuutta, mikä on tarpeen jo sisämarkkinoiden esteettömän toiminnan turvaamiseksi.

⁴⁸⁸ Esim. Barendt 2005a, s. 449; Bielefeldt 1990, s. 126 sekä Grimm 1986, s. 170–171; ks. luku 1.2.4; vrt. myös Derieux 2003, s. 103–104.

⁴⁸⁹ Johdanto-osan ehdotetun 9. kappaleen viimeinen virke; ks. KOM(2007) 170 lopullinen, s. 4.

⁴⁹⁰ Ks. käytettyä terminologiaa koskeva selitys tutkimuksen alussa.

Telesiviodirektiivissä nykyisellään jäsenvaltioille jätetty poikkeusmahdollisuus alkuperämaaperiaatteesta eli mahdollisuus tietyissä tilanteissa puuttua myös toisista jäsenvaltioista peräisin oleviin televisiolähetyksiin on tarkoitus direktiivin uudistuksessaakin säilyttää. On tärkeä huomata, että tämä poikkeusmahdollisuus on sananvapauden näkökulmasta yksisuuntainen: kyse on nimenomaan direktiivissä säänneltyä tasoa ankarampien sananvapausrajoitusten hyväksymisestä silloin, kun se kansallisessa oikeudessa turvattujen oikeuksien kannalta on välttämätöntä. Käänteinen poikkeusmahdollisuus direktiivin suojatasosta vapaamman viestinnän eduksi voi sen sijaan toteutua vasta valtiosääntöprosessin, joko kansallisen perusoikeustulkinnan, unionin perusoikeusvalvonnan tai mahdollisesti myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kautta. Kynnys direktiivin säännöksistä poikkeamiseen ei kummassakaan tilanteessa ole matala, mutta nimenomaan jälkimmäiseen liittyy pyrkimys harmonisoivaan tulkintaan perusoikeusjärjestelmien välillä, joka voi ilmetä etenkin pyrkimyksenä välttää ankaraa sananvapausvalvontaa. Tässä mielessä on juuri unionin omalla, riittävän tehokkaalla sananvapausvalvonnalla telesiviodirektiivin tulkintaa koskevien ennakkoratkaisukysymysten kautta avainasema yhdenmukaisen suojatason luomisessa ja säilyttämisessä: sikäli kun direktiivin tulkinnassa otetaan sananvapausuojan vaatimukset riittävällä tavalla huomioon, on sisämarkkinoiden edellyttämä yhdenmukainen tulkinta myös helpommin hyväksyttävissä ihmisoikeussopimuksen ja kansallisten perusoikeussäännösten näkökulmista.

Tekniikkaneutraaliteetin laajentamisesta puhuttaessa on syytä erottaa toisistaan kaksi oikeudellista tasoa, viestinnän tekniikkaneutraali sääntely ja sananvapauden perusoikeussuojan tekniikkaneutraaliteetti. Se, että valtiosäännössä, ihmisoikeussopimuksessa tai unionin oikeuden yleisissä periaatteissa turvattu sananvapaus koskee yhtä lailla kaikkia tapoja ilmaista, välittää ja vastaanottaa tietoja ja ajatuksia, ei välttämättä edellytä, että täsmälleen samoja sananvapauden käyttöä koskevia säännöksiä tulisi soveltaa kaikkeen viestintään sen muodosta riippumatta. Voidaan jopa päinvastoin väittää, että sananvapauden optimaalinen ja tasapuolinen toteutuminen viestinnässä kokonaisuutena voidaan saavuttaa ennemminkin sääntelykokonaisuudella, joka sisältää paljon kulloiseenkin tekniseen välitysmuotoon parhaiten soveltuvia erityissäännöksiä – tekniikkasidonnaisella sääntelyllä tekniikkaneutraalin ja erityisesti pluralistisen sananvapauskäsitteksen ehdoilla.⁴⁹¹ Audiovisuaalisessa viestinnässä on toisaalta viime aikoina tapahtunut konvergenssikehitys, joka on tehnyt välityskanavia toisiaan korvaaviksi ja siten vähentänyt olennaisesti käytetyn välityskanavan merkitystä eri viestintäpalveluiden saavutettavuudelle. Juuri tämä tekee perustelluksi telesiviodirektiivin uudistuksessa tavoitellun tekniikkaneutraaliteetin laajentamisen myös unionin sekun-

⁴⁹¹ Esim. van der Wurff 2005, s. 299; vrt. Rosenthal 1998, s. 141–142.

daarioikeuden tasolla. Sananvapauden perusoikeussuojan tekniikkaneutraali soveltaminen on sen sijaan perusteltua silloinkin, kun eri viestintämuotoihin sovelletaan jäsenvaltioiden laintasoisessa sääntelyssä tai unionin sekundaarioikeudessa eri normeja.

Sisämarkkinoiden perusvapauksien vahva painotus televisiodirektiivin sisältösäännösten tulkinnassa saattaa johtaa ennen kaikkea tarpeeseen turvata sääntelyn jatkuvuus ja siten ainakin jonkinasteiseen pidättyvyyteen sananvapausvalvonnassa, erityisesti silloin kun tämä edellyttäisi joidenkin direktiivin osien tulkitsemista pätemättömiksi. Kollisio sananvapauden ja perusvapauksien, tässä tapauksessa erityisesti palvelujen tarjoamisen vapauden välillä voi toisin sanoen ilmetä tarpeena säilyttää se aineellinen oikeustila, joka jäsenvaltioiden kompromissina on sekundaarioikeudessa saavutettu.⁴⁹² Varsinaista punnintaa perusoikeuksien ja perusvapauksien välillä – ratkaisussa *Schmidberger* (C-112/00, 12.6.2003) esitetystä merkityksestä⁴⁹³ – ei yhteisöjen tuomioistuin voi tällaisesta lähtökohdasta luonnollisestikaan suorittaa. Kyse on sen sijaan tuomioistuimen valmiudesta suorittaa riittävän johdonmukaista perusoikeustarkastelua ja tarvittaessa myös antaa sekundaarioikeuden säännösten tulkintaa ja pätevyyttä muokkaavia ratkaisuja unioniperusoikeuden suojasisällöstä.

2.3.6 Mainontaa ja sponsorointia rajoittavien säännösten harmonisointi

Unionin oikeuden tähänastinen vaikutus jäsenvaltioiden viestintäoikeuteen on epäilemättä ollut kaikista merkittävin kaupallisen viestinnän, erityisesti mainonnan ja sponsoroinnin sääntelyssä. Sisämarkkinoiden perusvapauksien toteuttaminen on jo sellaisenaan edellyttänyt joustamista useista sellaisista kansallisista mainosrajoituksista, joiden välttämättömyyttä ei rajat ylittävän kaupan esteinä ole kyetty legitimoimaan. Suhteellisuuspunnintaa on liberaalimpaan suuntaan ohjannut etenkin yhteisöjen tuomioistuimen soveltama *harkitsevan eurooppalaisen kuluttajan* käsite; viittaukset mainosviestinnän sananvapausuojaan käsitteen mahdollisena perusteena tai tukena ovat tosin vielä jääneet irrallisiksi ja epäjohdonmukaisiksi. Pääsääntöisesti sisämarkkinaoikeuden on toistaiseksi katsottu edistävän kaupallisen viestinnän vapautta Euroopassa.⁴⁹⁴ Sekundaarioikeuden kehittyessä ja laajentuessa on unionin oikeuden suhde mainonnan ilmaisuvapautteen kuitenkin vähitellen muuttunut. Jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämi-

⁴⁹² Ks. Derieux 2004, s. 16.

⁴⁹³ Ks. luku 2.3.2.

⁴⁹⁴ Tästä tarkemmin edellä luvussa 2.2.4. Ks. erityisesti siinä lainattu yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Karner* (C-71/02, 25.3.2004). Nyt käsillä oleva luku on rajattu unionin sekundaarioikeudessa säädettyjen mainos- ja sponsorointirajoitusten sananvapautarkasteluun.

sessä on paitsi haettu kompromisseja kansallisten mainossäännösten välillä, myös tietoisesti pyritty ottamaan yhä paremmin huomioon eri suojattaviin oikeuksiin liittyviä tavoitteita, ja siten usein perusteltu yhä laajempia mainonnan ja sponsoroinnin rajoituksia.⁴⁹⁵ Koska sovellettavat mainonnan säännöt vaikuttavat tyypillisesti suoraan eri tuotteiden ja palveluiden välittämiseen jäsenvaltiosta toiseen, kysymys unionin sisämarkkinatoimivallasta mainossääntelyn alalla on yleisesti ratkennut varsin ongelmattomasti. Vaikeampi kysymys, se, miten mainosviestinnän suoja perus- ja ihmisoikeutena ja erityisesti unioniperusoikeutena rajoittaa sekundaarioikeuden sääntelyratkaisuja, on sen sijaan monissa soveltamistilanteissa vasta tulossa ratkaistavaksi.

Mainontaa ja sponsorointia koskeva unionin sekundaarioikeus muodostaa jo nykyisellään varsin laajan ja pirstaleisen sääntelykokonaisuuden. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että mainonnan säänteleminen kuuluu samanaikaisesti useaan unionin eri politiikkasektoriin. Mainontaa on säännelty mm. televisiodirektiivissä (89/552/ETY),⁴⁹⁶ harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevassa direktiivissä (84/450/ETY), tietosuojadirektiiveissä (95/46/EY sekä 2002/58/EY), etämyyntidirektiivissä (97/7/EY), sähköistä kauppaa koskevassa direktiivissä (2000/31/EY) sekä useissa tuoteryhmäkohtaisissa direktiiveissä, esimerkiksi kosmetiikkadirektiivissä (76/768/ETY), tupakkamainontaa koskevassa direktiivissä (2003/33/EY), lääkemainontadirektiivissä (92/28/EY) ja elintarvikemainontadirektiivissä (2000/13/EY). Valmisteilla on lisäksi erityissäännöksiä ainakin henkilöautojen mainonnasta,⁴⁹⁷ lapsiin kohdistuvasta mainonnasta sekä ympäristövaikutuksia koskevien tietojen käytöstä mainonnassa. Rajoitusten suoja-tavoitteet liittyvät ainakin kansanterveyteen, kuluttajan asemaan sopijapuolena, lastensuojeluun, ympäristönsuojeluun sekä tarpeeseen kunnioittaa ihmisarvoa ja hyviä tapoja markkinoinnissa. Mainonnan määrällisiä rajoituksia televisiolähetyksissä – uuden tekniikkaneutraalin määritelmän mukaan lineaarisissa audiovisuaalisissa palveluissa – on perusteltu erityisesti viestinnän moniarvoisuuden turvaamisella, eli viime kädessä yleisön ja ohjelmantuottajien sananvapaudella. Rajoittavilla säännöillä voidaan luonnollisestikin tavoitella useampia näistä suojavaikutuksista samanaikaisesti. Olennaista on myös huomata, että jo sääntöjen yhdenmukaistaminen sellaisenaan edistää sisämarkkinoiden perusvapauksien tehokasta toteutumista.

⁴⁹⁵ Ks. erityisesti Fiedler 2006, s. 325.

⁴⁹⁶ Käynnissä olevassa uudistuksessa direktiivin soveltamisalaa on tarkoitus laajentaa kattamaan kaikki audiovisuaaliset viestintäpalvelut riippumatta niiden välittämisessä käytetystä tekniikasta. Ks. tarkemmin edellä luvussa 2.3.5.

⁴⁹⁷ Ensimmäinen henkilöautojen markkinointia koskeva direktiivi (1999/94/EY) on jo voimassa, mutta sen sisältämät mainonnan rajoitukset ovat toistaiseksi varsin suppeita. Aiheesta jäljempänä tässä luvussa.

Syyt mainonnan ja sponsoroinnin rajoittamiseen on yleisesti varsin helppoa johtaa yksilön ja yhteiskunnan eri oikeushyviin. Toinen kysymys kuitenkin on, kuinka paljon rajoituksia voidaan mainostajan ja mainosviestinnän vastaanottajan perusoikeussuojaa loukkaamatta laajentaa tai lisätä. Eri suojarajoitusten sekoittuminen toisiinsa ja mainosviestinnälle ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännössä annettu ”matalampi sananvapaussuoja” antavat myös aihetta kysyä, kuinka pitkälle mainonnan sääntelyssä itse asiassa voidaan kieltää samoja viestintäsäilyttäjiä, jotka ilman viestinnän markkinointitarkoitusta kuuluisivat kiistatta normaaliin sananvapauden käyttöön. Onko esimerkiksi osallistumista poliittiseen tai taiteelliseen ajatustenvaihtoon mainonnan kautta hyväksyttävää rajoittaa silloinkin, kun sama viestintä muulla tavalla rahoitettuna kuuluisi sananvapauden loukkaamattomaan ydinsäilyttöön? Sen lisäksi, että viestinnän kaupallisuuden määrittelemiseen liittyy poikkeuksellisen vaikeita rajausongelmia,⁴⁹⁸ voidaan sananvapaudella myös puhtaan kaupallisessa viestinnässä usein saavuttaa etuja, jotka voidaan rinnastaa vapaan diskurssin tuottamaan edistykseen muilla viestinnän sektoreilla.⁴⁹⁹ Ilmaisukeinojen vapaus on erottamattomassa yhteydessä vastaanottajan kriittiseen medialukutaitoon. Laajeneva sääntely tukee vastaavasti diskurssiajatukselle vierasta illuusiota kaiken joukkoviestinnässä esitetyn informaation paikkansapitävyydestä ja luotettavuudesta.⁵⁰⁰

Yksi näkökulma tarkastella mainonnan rajoituksia on arvioida, missä määrin ne ovat täsmennettävissä tarkkarajaisiksi oikeuksiksi, jotka kestäisivät sananvapauden rajoitusperustepunninnan myös ilman sumeaa matalamman suojarajoituksen doktriinia.⁵⁰¹ Selvää on, että on olemassa yksilön oikeuksia, jotka rajoittavat sellaisenaan tai joiden aktiivinen turvaaminen rajoittaa spesifisti nimenomaan mainosviestinnän vapautta: esimerkkinä vaikkapa kuluttajan oikeudet tiettyjen mainonnassa annettujen tietojen totuudenmukaisuuteen.⁵⁰² Vaikeampaa yksilön oikeuksien näkökulmasta sen sijaan on perustella, miksi esimerkiksi ihmisarvo tai hyviä tapoja tulisi mainonnan ilmaisukeinoina valvoa muuta joukkoviestintää ankarammin. Tärkeää on huomata, että yhteisöjen tuomioistuimen ja ihmisoikeustuomioistuimen tehtävänasettelut poikkeavat tässä suhteessa toisistaan. Ih-

⁴⁹⁸ Ks. luku 2.2.4.

⁴⁹⁹ Cottier ja Khorana (2005, s. 255–265) esittävät mielenkiintoisen teesin sananvapaudesta ja asymmetrisestä informaatiosta: kaupallisen viestinnän mahdollisimman laaja sananvapaus tekee epäkilpailullisesta ja väärästä tiedonvälityksestä riskialttiimpaa ja siten palvelee asymmetrian voittamista ja diskurssin rationaalisuutta. Ks. myös tätä koskeva kommentti Graber 2005.

⁵⁰⁰ Vrt. Kleist et al. 2008, s. 66–67.

⁵⁰¹ Hyvä esimerkki alemman suojarajoituksen ottamisesta annettuna sisältyy Enkvist-Gauffinin (2007, s. 78 alkaen) esittämään argumentaation suoramainonnan sääntelytarpeesta; vrt. Kleist et al. 2008, s. 67 sekä Twomey 1995, s. 277–280.

⁵⁰² Vrt. Schricke 1990, s. 16–17. Kuluttajan oikeudet mainonnan rajoitusten perusteluargumentiksi vakiintuivat vasta 1920-luvulta alkaen, kun mainontaa oli vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi säännelty jo Euroopassa yleisesti jo 1800-luvun puolivälistä alkaen.

misoikeussopimuksen tulkinnassa epätarkasti määritelty matalamman suojatason kategoria seuraa jäsenvaltioille annetusta *kansallisesta harkintavarasta*, jota kaupallisen viestinnän osalta on katsottu perustelluksi pitää poliittista viestintää laajempänä. Koska kaupallista toimintaa koskeva sääntely muodostaa jäsenvaltioissa kokonaisuuden, jonka osana myös mainonnan sääntelyä on arvioitava, ja koska nämä säännöskokonaisuudet poikkeavat eri valtioissa huomattavasti toisistaan, olisi ankara puuttuminen yksittäisiin mainossäännöksiin ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan kautta monesti varsin epäkoherenttia.⁵⁰³ Vastaavanlainen asetelma ei sen sijaan koske yhteisöjen tuomioistuinta sen tulkitsessa unionin omaa sekundaarioikeutta. Punninta mainosviestinnän sananvapauden ja sitä rajoittavien oikeuksien välillä voidaan unionin oikeudessa suorittaa periaatteessa yhtä täsmällisesti ja yksityiskohtaisesti kuin missä tahansa kansallisessa oikeusjärjestelmässäkin. Tällainen rajoitusperusteiden tarkentaminen olisi epäilemättä toivottavaa myös unionin oikeuden yhdenmukaisen soveltamisen ja sekundaarioikeuden tulevan kehityksen kannalta.

Varsin merkittävä osa unionin mainontaa ja sponsorointia koskevasta sääntelystä liittyy *kansanterveyden suojeluun*. Vaikka unionin toimivalta kansanterveyden alalla on ainoastaan jäsenvaltioiden toimivaltaa täydentävää, siihen kuuluva mainossääntely on tyypillisesti rajat ylittävää kauppaa rajoittavaa, jolloin sen harmonisointi kuuluu pääsääntöisesti unionin sisämarkkinatoimivaltaan. Pisimmälle unionin oikeuden mainosrajoituksissa on varmasti edetty tupakkatuotteiden mainontaa koskevissa säännöissä; vastaava alkoholijuomien mainontaa koskeva sääntelykokonaisuus on ollut suunnitteilla poikkeuksellisen pitkään. Kolmas tuoteryhmä, jonka mainontaa koskevat vahvasti rajoittavat erityissäännöt, ovat reseptilääkkeet. Kansanterveyden suojatarpeella perustellut mainonnan rajoitukset ovat kuitenkin vähitellen laajentumassa myös yleisemmin elintarvikkeiden mainontaan.

Tupakkamainonnan sanoma- ja aikakauslehdissä kieltävä direktiivi ja sitä koskeva kumoamiskanneratkaisu *Saksa vastaan parlamentti ja neuvosto n:o 2* on jo esitelty lyhyesti edellä.⁵⁰⁴ Ratkaisu on sikäli merkittävä, että se on ensimmäinen yhteisöjen tuomioistuimen käsittelemä kanne, jossa sekundaarioikeuden säännös vaadittiin muiden perusteiden ohella kumottavaksi siksi, että sen katsottiin suhteellisuusperiaatteen vastaisesti heikentävän sananvapaussuojaa. Tuo-

⁵⁰³ Cohen-Jonathanin (1995, s. 406) mukaan oli kuitenkin ihmisoikeustuomioistuimeltakin virhe tunnustaa yleinen matalamman suojatason doktriini ja siten pidettyä johdonmukaisesta eurooppalaisesta ihmisoikeusvalvonnasta. Cohen-Jonathan katsoo, että sekä kuluttajansuojaan että kilpailijoiden oikeuksiin perustuvat argumentit olisi tullut ottaa täsmällisesti esiin ja punnita sananvapaussuojatuksina jo ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin sen sijaan, että hylättiin sisältöneutraliteetin lähtökohhta ja luotiin sananvapaudesta eräänlainen suojatasoiltaan vaihteleva oikeus (”une liberté à plusieurs vitesses”). Samoin esim. Scheyli 2003, s. 459–460.

⁵⁰⁴ Luvut 2.2.3. ja 2.2.4.

mioistui­men tehtävänä oli siten soveltaa sananvapautta unioniperusoikeutena siihen kuuluvine rajoitusperusteineen, toisin sanoen suorittaa unionin oikeuden sisäistä sananvapausvalvontaa. Ratkaisun ennakkopäätösarvoa toisaalta vähentää paitsi se, että tuomioistuin sivuutti sananvapaustarkastelun lyhyellä viittauksella eroon mainonnan sananvapauden ja journalistisen sananvapauden välillä, myös se, että kyse oli kansanterveyden kannalta varsin poikkeuksellisen tuotteen markkinoinnista:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Saksa vastaan parlamentti ja neuvosto n:o 2 (C-380/03, 12.12.2006)*: [...] Vaikka katsottaisiin, että direktiivin 3 ja 4 artiklassa säädettyjen mainos- tai sponsorointikieltojen vaikutuksena on sananvapauden välillinen heikentyminen, journalistinen sananvapaus sellaisenaan pysyy koskemattomana, joten kiellot eivät vaikuta toimittajien toimittamiseen työhön.⁵⁰⁵

Perustelut voidaan yhtäältä tulkita kannanotoksi ainoastaan siihen, mikä vaikutus mainostulojen poistumisella on lehtien sananvapauteen: tätä tulkintaa puoltaa ainakin tuomioistuimen käyttämä sanamuoto *välillinen* heikentyminen. Tällöin tuomioistuimen on katsottava itse asiassa jättäneen kokonaan vastaamatta kan­teessa niin ikään esitettyyn kysymykseen varsinaisesta mainosviestinnän sananvapaussuojasta. Toisaalta on myös mahdollista tulkita ratkaisua siten, että tuomioistuin on tarkoittanut mainos- ja sponsorointikieltojen kaventavan vaikutuksen sananvapauteen kokonaisuutena – siis sekä lehdistön, mainostajien että yleisön sananvapauteen – olevan unionin oikeudessa hyväksyttävissä, kun otetaan huomioon kyseessä olevan kansanterveydellisen intressin erityinen painoarvo. Kritiikkiin yhteisöjen tuomioistuimen niukkaa *perusoikeusargumentaatiota* kohtaan varmasti on aihetta riippumatta siitä, kummalla näistä tavoista ratkaisua tulkitaan. Lopputulosta, johon tuomioistuin perusteluihin kirjoittamattomassa punninnassaan päätyi, ei kuitenkaan liene yhtä helppo kritisoida. Koska tavoitetta tupakoinnin vähentämiseen voidaan kiistatta pitää kansanterveyden suojan kannalta erityisen tärkeänä, voidaan kielto­säännöksiä varmasti pitää suhteellisuusperiaatteen mukaisina, jopa siitäkin huolimatta, että näyttö mainoskieltojen tosiasiallisesta vaikutuksesta tämän tavoitteen saavuttamiseksi on toistaiseksi jäänyt varsin hataraksi.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ Ratkaisun kohta 156, ks. myös luku 2.2.4.

⁵⁰⁶ Päinvastaisiakin näkemyksiä on toki oikeuskirjallisuudessa esitetty: ks. esim. Simma et al. 1999, s. 161 sekä Kühling 1998, s. 504–531. Mielenkiintoinen ja huomattavan yksityiskohtainen sananvapauskeskustelu liittyi Saksassa niin ikään tupakkatuotteiden merkintöjä koskevaan direktiiviin 89/622/ETY. Velvollisuutta sisällyttää pakkaukseen tupakoinnin vaaroista tiedottava osa pidettiin yleisesti vain tietyissä rajoissa suhteellisuusperiaatteen mukaisena, riippuen vaaditun merkinnän suhteellisesta koosta pakkaukokoon nähden. Direktiivissä jäsenvaltioiden harkintavaltaan jätetty kysymys siitä, olisiko varoitustekstin perään luvallista lisätä tieto varoituksen esittäjä-

Alkoholijuomien mainonnan sääntelystä unionin sekundaarioikeudessa ei toistaiseksi ole päästy vastaavaan yhteisymmärrykseen. Yhteisöjen tuomioistuinten huomattavan suopea linja alkoholin mainontakieltoja kohtaan on kuitenkin vahvistunut kansallisia mainoskieltoja koskevan oikeuskäytännön kautta. Tärkeä ennakkotapaus tässä mielessä on vuoden 2004 ratkaisu *komissio vastaan Ranska*, jossa tarkasteltavana oli kansallinen mainoskielto, joka rajoitti muista jäsenvaltioista peräisin olevien television urheilulähetysten lähettämistä Ranskassa sikäli, kun niiden kuvamateriaalissa esiintyi taustalla alkoholijuomia markkinoivia mainostauluja:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *komissio vastaan Ranska* (C-262/02, 13.7.2004): [...] säännöstöllä ei ylitetä sitä, mikä on tarpeen [kansanterveyden suojelua koskevan] päämäärän saavuttamiseksi. Kyseisellä säännöstöllä nimittäin rajoitetaan tilanteita, joissa alkoholijuomia koskevia mainostauluja voidaan nähdä televisiossa, ja sillä voidaan tämän takia vähentää tällaisten viestien lähettämistä, mikä siten vähentää tilanteita, joissa televisionkatsojat voivat tulla houkutteluiksi kuluttamaan alkoholijuomia.⁵⁰⁷

Komissio ei kanteessaan nimenomaisesti vedonnut sen enempää mainosviestintään kuin televisiolähetysten harjoittajienkaan sananvapauteen. Se piti kuitenkin kiellon soveltamista lähetyksissä esiintyviin mainostauluihin suhteellisuusperiaatteen vastaisena perusvapauksien, erityisesti mainospalveluja ja televisiolähetystyksiä koskevan palvelujen tarjoamisen vapauden rajoituksena. Tarvittava tekniikka mainostaulujen peittämiseksi lähetyksissä silloin, kun ne välitettiin edelleen ranskalaisilla kanavilla, oli toki ratkaisun aikaan jo olemassa, mutta sen käyttö merkitsi lähetystoiminnan harjoittajille merkittäviä lisäkustannuksia, mikä oli epäilemättä omiaan tekemään ulkomaisten urheilulähetysten hankinnan vähemmän houkuttelevaksi. Komissio huomautti lisäksi, ettei kansallinen sääntely ollut tavoitteissaan johdonmukainen, koska uusi kielto­säännös soveltui vain televisiolähetystyksiin ja ainoastaan tietyn prosenttirajan ylittäviin alkoholijuomiin

tä, esimerkiksi ”EU-terveysministerit” tulkittiin monessa esityksessä sananvapaussuojan kannalta olennaiseksi rajaukseksi, sillä ilman mahdollisuutta tällaiseen lisäykseen varoituksen antajaksi saattoi lukija tulkita mainostajan tai valmistajan itse, jolloin se loukkasi näiden sananvapauteen kuuluvaa oikeutta määrätä itse ilmaisemansa informaation sisällöstä. Saksassa tällainen lisäys lopulta myös sallittiin toisin kuin valtaosassa jäsenmaita, esimerkiksi Suomessa. Pohjoismaisesta näkökulmasta tavoitetta tupakoinnin vähentämiseen pidettiin mitä ilmeisimmin niin tärkeänä, ettei vastaava analyttinen kysymyksenasettelu noussut keskustelussa esille. Ks. kuitenkin tuoteperehmainontaa koskevasta rajausongelmasta Suomen oikeudessa Palm 1996, erityisesti s. 69. Ranskassa ja Ruotsissa voimassa olevien alkoholimainontaa koskevien kieltojen tehottomuutta suhteessa alkoholin väärinkäyttöön on usein käytetty argumenttina mainoskieltoja vastaan myös epäterveellisinä pidettyjen elintarvikkeiden mainonnassa.

⁵⁰⁷ Ratkaisun kohta 31, kursivoimnit kirjoittajan. Ratkaisuun on kirjallisuudessa viitattu tarkastelun säännöksen kutsunanimen mukaan myös nimellä ”loi Evin”. Ks. myös yhteisöjen tuomioistuinten ratkaisu *Bacardi* (C-318/00, 21.1.2003).

eikä esimerkiksi säännelty samanaikaisesti tupakkatuotteiden mainontaa. Koska alkoholimainonnan rajoituksia ei ollut sisämarkkinoilla harmonisoitu, ei Ranskan säännös kuitenkaan merkinnyt asiassa unionin oikeuden kieltämää päällekkäistä valvontaa. Yhteisöjen tuomioistuimen punnittavaksi jäi siten kielto­säännöksen merkitys yhtäältä kansanterveyden suojan ja toisaalta sisämarkkinoiden perusvapauksien kannalta. Juuri tämän punninnan lopputulosta voidaan pitää varsin poikkeuksellisenä, varsinkin kun otetaan huomioon se, että mainostaulujen kautta välillisesti tapahtuvan mainonta jäi varsin marginaaliseksi esitettyihin kansanterveystavoitteisiin nähden ja että tarkastellun sääntelyn sisämarkkinaeste­vaikutus oli sen sijaan huomattavan selvä ja suora. Koherenttina osana unionin oikeuden mainontadoktriinia ratkaisua *komissio vastaan Ranska* tästäkin huolimatta voidaan pitää – nimenomaan siksi, että kieltojen tuleva laajentaminen on kuulunut unionin omiin harmonisointitavoitteisiin yhtä lailla alkoholijuomia kuin tupakkatuotteitakin koskevan mainonnan sääntelyssä. Ennen kuin sekundaarioikeuden säännökset alkoholimainonnasta on saatettu voimaan, kansallisia suoja­toimenpiteitä on unionin oikeudessa johdonmukaista sietää niiden rajoittavista sisämarkkinavaikutuksista huolimattakin. Kääntäen ajatellen kansallisten suoja­säännösten säilyttäminen ja niistä aiheutuvat sisämarkkinaesteet toimivat myös perusteena unionin toimivallalle säännellä alkoholimainontaa harmonisoi­vassa sekundaarioikeudessa.⁵⁰⁸

Argumentit, jotka puoltavat mainonnan rajoittamista silloin, kun mainostetta­vaan tuotteeseen liittyvät kansanterveysongelmat ovat yhtä tunnustettuja ja yhtä merkittäviä kuin tupakkatuotteilla ja alkoholilla, eivät luonnollisestikaan ole yksinkertaisesti laajennettavissa muuhun elintarvikemainontaan. Kansanterveyden suojaamiseksi on kuitenkin katsottu tarpeelliseksi säännellä paitsi niitä tuotteen sisältöä koskevia vähimmäistietoja, joita elintarvikepakkauksiin on merkit­ävä, osin myös niitä ilmaisukeinoja, joilla kuluttajiin elintarvikkeiden mainon­nassa vedotaan. Sääntelytarpeen kohteeksi on määritelty yhtäältä sellaisten elin­tarvikkeiden markkinointi, joiden katsotaan olevan epäterveellisiä, ja toisaalta sellainen mainonta, joissa markkinointiin tuotteisiin liitetään mielikuvia niiden terveellisyydestä tai terveyttä edistävästä vaikutuksista. Sananvapauden näkökul­masta mielenkiintoisia ongelmia liittyy nimenomaan jälkimmäiseen sääntely­kohteeseen, unionin oikeudessa erityisesti tuoreeseen, pitkän lainsäädäntöpro­sessin läpikäyneeseen asetukseen elintarvikkeita koskevasta ravitsemus- ja ter­veysväitteistä (EY, n:o 1924/2006). Nämä liittyvät yhtäältä mainoslauseiden ja

⁵⁰⁸ Alkoholijuomien mainontaa koskevia erityissäännöksiä sisältyy mm. televisiodirektiiviin (89/552/ETY) sekä jäljempänä tässä luvussa käsiteltyyn asetukseen (EY) n:o 1924/2006. Näitä voidaan ehkä pitää merkinä siitä, ettei laajempien kokonaiskieltojen oleteta toteutuvan ainakaan lähitulevaisuudessa muulla kuin suositusten tasolla unionin oikeudessa. Toimivaltaestettä unionilla ei tässä suhteessa kuitenkaan ole.

niiden tuottamien mielikuvien tulkintaan ja toisaalta ravitsemusväitteitä koskevan erityisen ennakkovalvontajärjestelmän käyttöönottoon.

Komission alkuperäiseen esitykseen terveysväitteitä koskevaksi asetukseksi sisältyi säännös, jossa kiellettiin *epäsuorat terveysväittämät* eli viittaukset ravintoaineen tai elintarvikkeen yleisiin ja muihin kuin niille ominaisiin hyötyihin yleensä terveydelle ja hyvinvoinnille sekä viittaukset psykologisiin toimintoihin ja käyttäytymiseen.⁵⁰⁹ Voimaan tulleeseen asetukseen jätettiin tältä osin kuitenkin ainoastaan psykologisia toimintoja ja käyttäytymistä kuvaavia terveysväitteitä koskeva kieltö ja sekin ainoastaan niissä tapauksissa, kun niistä ei ole tieteellistä näyttöä tai ne eivät ole keskivertokuluttajan helposti ymmärrettävissä (13 artiklan 1 kohdan b alakohta). Ehdotettu epäsuoria väittämiä koskeva, toteutunut merkittävästi laajempi ja tulkinnanvaraisempi kielto­säännös ehti jo kirjallisuudessa saada osakseen mainonnan sananvapautta puolustavaa kritiikkiä,⁵¹⁰ mutta se poistettiin jo ensimmäisessä Euroopan parlamentin tekemässä tarkistuksessa⁵¹¹ ilman suoraa viittausta sananvapaussuojaan. Parlamentin teollisuus-, tutkimus- ja energiavaliokunta ehti tosin lausunnossaan tarkastella epäsuorien väittämien kieltoa erittäin kriittisesti unionin harkitsevan kuluttajan käsitteen näkökulmasta.⁵¹² Toteutuessaan kieltö olisi epäilemättä merkinnyt erittäin hyvää testitapausta mainosviestinnän sananvapaudelle ja yleensäkin yhteisöjen tuomioistuimen perusoikeusvalvonnalle. Sanallisten ja kuvallisten viittausten yleiseen hyvinvointiin, hyvään oloon, onnellisuuteen tai positiivisiin tunteisiin voidaan ainakin laveasti määriteltynä katsoa nykyisen elintarvikemainonnan kaikkein keskeisimmäksi ilmaisukentäksi. Mikäli epäsuorien väitteiden kieltoa olisi tulkittu laajasti, olisi paitsi enemmistö mainoslauseista, myös tyypilliset hyvää oloa tai energiaa säteilevät eleet, kriitikkojen mukaan jopa hymyilevät kasvot mainoskuviissa joutuneet oikeudellisen rajoituksen kohteeksi. Kieltö olisi sitä paitsi jo alkuperäisen tarkoituksensakin mukaan soveltunut myös lauseisiin, jotka pelkän arkikokemuksenkin perusteella ovat liioiteltuja tai paikkaansa pitämättömiä ja joiden kuluttajat tavallisesti voidaan olettaa ymmärtävän pelkiksi mainosmielikuviksi.⁵¹³ Paitsi että säännös olisi poikennut jyrkästi unionin oikeuden kuluttajakäsitteestä, johon myös asetuksessa itsessään nimenomaisesti

⁵⁰⁹ KOM(2003) 424 lopullinen, ehdotetun 11 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdat.

⁵¹⁰ Mm. Haratsch 2005; ks. myös Fiedler 2006, s. 321 sekä Hoikka 2006, s. 399–400.

⁵¹¹ Euroopan parlamentin mietintö A6-0128/2005, s. 26–27.

⁵¹² Ks. Euroopan parlamentin mietintö A6-0128/2005, s. 45.

⁵¹³ Komission alkuperäisessä esityksessä esimerkkinä mainittiin ”erinomainen elimistölle”, ”vahvistaa elimistön vastustuskykyä”, ”auttaa kehoa sietämään stressiä”, ”puhdistaa elimistöä”, ”vaikuttaa myönteisesti hyvinvointiin”, ”tasapainottaa aineenvaihduntaa”, ”auttaa kehoa voimaan hyvin”, ”säilyttää nuoruuden”, ”älyllistä toimintaa edistävä”, ”muistia ja keskittymiskykyä lisäävä” ja ”tendentituloksia parantava”. Oikeuskirjallisuudessa esitettiin tunnetuista mainoslauseista näitä vastaavina esimerkkinä ainakin ”antaa siivet” ja ”tekee iloiseksi niin lapset kuin aikuisetkin”. Ks. KOM(2003) 424 lopullinen, s. 6–7 sekä Haratsch 2004.

viitataan,⁵¹⁴ sen suhteellisuusperiaatteen mukaisuutta ja välttämättömyyttä sananvapausrajoituksena olisi varmasti ollut perusteltua aihetta epäillä myös ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan näkökulmasta, tulkintakäytännössä mainosviestinnälle määritellystä matalammasta suojatasosta huolimattakin.⁵¹⁵ Voimaan tulleen asetuksen 13 artiklan sanamuoto antaa aihetta olennaisesti suppeampaan tulkintaan, varsinkin kun viittauksen psykologisiin toimintoihin ja käyttäytymiseen on siinä sidottu *terveysväitteen* eikä *epäsuoran terveysväitteen* käsitteeseen. Elintarvikemainonnan tavanomaiset ilmaisukeinot jäävät siten sääntelykohteen ulkopuolelle – kyse on mainonnassa terveysinformaationa välitettävän sisällön oikeellisuudesta eikä mielikuvamainonnan terveyskonnotaatioista. Täysin ongelmattomia sananvapausuojan kannalta eivät voimaan tulleen asetuksen kieltoon silti ole, etenkin jos myös terveysväitteen käsitettä tulkitaan liian laajasti. Huomionarvoista on myös, että tuotteen ravintosisältöön saa asetuksen 8 artiklan mukaan mainonnassa viitata vain ja ainoastaan asetuksen liitteessä mainituin termein ja ehdoin. Laajaan tulkintaan ravintosisällön käsitteestä sisältyy siten vastaavia ongelmia.

Toinen asetuksen ilmeisistä sananvapausongelmista liittyy mainontaa koskevan valvonnan ennakkollisuuteen. Asetuksessa perustetaan järjestelmä, jonka puitteissa tietyille tieteellisesti todistettavissa oleville terveysväittämille voidaan hakea viranomaisilta erillistä hyväksyntää. Hyväksytyt väittämät kirjataan komission ylläpitämään julkiseen rekisteriin, joka teollisoikeuksien alaisia tietoja lukuun ottamatta on myös hakijan kilpailijoiden käytettävissä. Sikäli kun mainosviestintään yleensäkin sovelletaan sananvapausuojaa, kuten unionin oikeudessa on perusteltua olettaa,⁵¹⁶ on tällaisessa sääntelyssä kysymys *ennakkosensuurista*: käyttökelpoiset ilmaukset, joilla kuluttajan huomio voidaan kohdistaa markkinoitavan tuotteen positiiviseen terveyttä edistäviin ominaisuuksiin, on ennen niiden laillista käyttöä mainosviestinnässä alistettava aikaa vievään ja kustannuksia aiheuttavaan lupamenettelyyn. Ennakkosensuurin ja mainonnan välinen suhde on kysymys, joka on erityisen ongelmallinen juuri unionin oikeudessa. Ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaan ei sisälly ehdotonta ennakkosensuurin tai ennakkollisen valvonnan kieltoa, mutta osaan unionin jäsenvaltioiden valtiotäätöistä sellainen sisältyy. Toisaalta juuri niissä jäsenvaltioissa, joissa sananvapautta ei kansallisena perusoikeutena voida rajoittaa ennakkollisella valvonnalla, on mainosviestintä tyypillisimmin joko rajattu sananvapausäännöksen soveltamisalan ulkopuolelle tai kysymys sananvapauden soveltumisesta mainos-

⁵¹⁴ Hyväksytyin asetuksen 15 perustelukappale.

⁵¹⁵ Vrt. jäljempänä tässä luvussa käsitelty ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Krone Verlag* (n:o 3, 11.12.2003, hakemus 39069/97).

⁵¹⁶ Ks. luvut 1.3.4 ja 2.2.4.

viestintään on toistaiseksi vailla selvää vastausta.⁵¹⁷ Poikkeuksena voidaan kuitenkin pitää erityisesti Suomea, mikäli eduskunnan perustuslakivaliokunnan kannanottoja mainontaan soveltuvasta sananvapaudesta ja ennakkosensuurin kiellosta⁵¹⁸ pidetään tuomioistuimissa sitovina. Mahdollisuus mainonnan ennakkosensuuriin olisi unionin oikeudessa ilman varsinaisia normiristiriitoja ihmisoikeussopimuksen ja kansallisten perusoikeusjärjestelmien kanssa periaatteessa olemassa, mutta se edellyttäisi näihin nähden hyvin joustavaa ja epäkoherenttia sananvapausmääritelmää. Suomen oikeudessa mainonnan ennakkotarkastusvelvollisuuden sisältävän asetuksen voimaantulo edellyttää vastaavasti luopumista perustuslakivaliokunnan aiemmista selvistä tulkintalinjoista sananvapaussuojaa kaventaan. Vaikka nämä hyväksyttäisiin, ongelmana on vielä ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkintakäytännössä todettu ennakkollisen valvonnan poikkeusluonne, mikä on punninnassa otettava huomioon tiukennettuina rajoitusedellytyksinä. Ei missään tapauksessa ole selvää, että terveyttä koskevien mainosväitteiden totuudenmukaisuuden valvonta olisi kansanterveyden suojelemiseksi välttämätöntä toteuttaa ennakkollisen valvonnan kautta; sama suojavaikutus voi itse asiassa yhtä hyvin olla saavutettavissa myös jälkikäteisin sanktioin harhaanjohtavasta mainonnasta. Mikäli tämä arvio pitää paikkansa, ei asetuksessa toteutettua ennakkollista valvontaa tulisi sananvapausrajoituksena unionin oikeudessa eikä ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännössäkään hyväksyä.⁵¹⁹

Kun perinteisesti kansanterveyden suojatarpeella perustellut säännökset eivät enää koske ainoastaan niitä erityisiä tuotteita, joiden käytön terveysriskit sellaisenaan ovat merkittäviä, vaan yhä laajemmin myös elintarvikkeita, jotka eivät terveysvaikutuksiltaan vastaa niitä tietoja tai mielikuvia, joita niiden mainonnassa halutaan esittää, lienee kysymys monesti enemmänkin *kuluttajan sopimusoikeudellisesta suojaamisesta* kuin varsinaisesta kansanterveyden edistämisestä. Suojatarve riippuu tällöin arvostelun pohjaksi valitusta käsityksestä kuluttajasta informaation vastaanottajana, välitetyn mainosinformaation tulkitsijana ja ymmärtäjänä. Tässä merkityksessä yhteisöjen tuomioistuimen doktriini *harkitsevasta eurooppalaisesta kuluttajasta* on suorassa yhteydessä mainosviestinnän sääntelytarpeeseen ja osapuolten sananvapaussuojan sisältöön. Tällainen asetelma koskee yleisesti suurta osaa unionin mainossääntelyä, esimerkiksi televisiodirektiivin (89/552/ETY) mainossäännöksiä sekä direktiiviä harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta (84/450/ETY, muutettu direktiivillä 97/55/EY). Yk-

⁵¹⁷ Vrt. Perau 1997, s. 273.

⁵¹⁸ Ks. perustuslakivaliokunnan lausunnot PeVL 3/1976 vp; PeVL 4/1976 vp. sekä PeVL 54/2006. Ks. myös Manninen 1999, s. 395 sekä hallituksen esitys HE 309/1993, s. 57. Ehdottoman ennakkosensuurikiellon ulkopuolelle on Suomen perustuslaissa rajattu ainoastaan lasten suojelemiseksi tapahtuva kuvaohjelmien ennakkotarkastus.

⁵¹⁹ Vrt. Haratsch 2005, s. 573.

si erityistilanne, joka unionin lainsäädännössä on vähitellen pyritty ottamaan yhä paremmin huomioon, on lapsiin kohdistettu mainonta. Erityinen suojatarve liittyy tällöin paitsi mainonnan sisältöjen mahdolliseen vahingollisuuteen, myös viestintää vastaanottavien lasten aikuista heikompiin edellytyksiin tarkastella informaatiota kriittisesti. Tämä puolestaan heikentää lasten huoltajana toimivan kuluttajan mahdollisuuksiin hallita mainonnan vaikutusta ostovalintoihinsa.

Unionin oikeudessa *harhaanjohtavaa mainontaa* koskee ehdoton kielto. Harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevan direktiivin 2 artiklassa tämä on määritelty mainonnaksi, ”joka tavalla tai toisella, esitystapa mukaan lukien, harhauttaa tai on omiaan harhauttamaan niitä henkilöitä, joille se on osoitettu tai jotka se tavoittaa, ja joka harhauttavan ominaisuutensa takia on omiaan vaikuttamaan heidän taloudelliseen käyttäytymiseensä taikka aiheuttaa tai on omiaan aiheuttamaan vahinkoa kilpailijalle”. Olennainen osa säännöksen tulkintaa on luonnollisestikin tilannekohtainen arvio mainosviestinnän reseptiosta ja siten kuluttajan medialukutaidosta. Arvion lopputulos on kuitenkin jokaisessa soveltamistilanteessa diskreetti: tarkasteltu mainosviestintäkokonaisuus esityskonteksteineen joko on harhaanjohtava tai ei ole. Kriteerit kuten mainonnan epäselkeys, monimutkaisuus, tai tuotteeseen liitettyjen mielikuvien puuttuva asiallinen yhteys mainostettavaan tuotteeseen eivät oikeuta jäsenvaltioita rajoittamaan mainontaa sikäli kun harhaanjohtavuuskriteeri ei täyty. Hyvän esimerkin harhaanjohtavuuskäsitteen tulkinnan ongelmista ja mainonnan sallittujen ilmaisukeinojen arvioinnista antaa yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Mars* vuodelta 1995:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Mars* (C-470/93, 6.7.1995): [...] On selvää, että merkintä ”+ 10 %” on sinänsä paikkansapitävä. Asiassa on kuitenkin väitetty, että riidanalainen toimenpide on perusteltu, koska huomattava määrä kuluttajista uskoisi tuotteen määrän lisääntyneen enemmän kuin kymmenen prosenttia sen vuoksi, että *merkinnän ”+ 10 %” sisältävä pakkauksen osa on enemmän kuin kymmenen prosenttia pakkauksen kokonaispinta-alasta*. Tällaista perustelua ei voida hyväksyä. Itse asiassa kohtuullisesti valistuneen kuluttajan *voidaan olettaa tietävän*, että tuotteen määrän lisäämisestä mainostarkoituksessa tehtyjen merkintöjen koolla *ei ole välttämättä yhteyttä* siihen, kuinka paljon tuotteen määrää on todellisuudessa lisätty.⁵²⁰

Huomionarvoista *Mars*-ratkaisussa on varsinkin sen yleistettävyyys. Arvioitavana ollut mainonnan tehokeino ei liittynyt kiinteästi tiettyyn tuotteeseen, valmista-

⁵²⁰ Ratkaisun kohdat 21–24, kursivoinnit kirjoittajan. Muina esimerkkejä harhaanjohtavuuden tulkinnasta voidaan mainita yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut *Gut Springenheide* (C-210/96, 16.7.1998); *Unilever* (C-77/97, 28.1.1999); *Darbo* (C-465/98, 4.4.2000); *Linhart & Biffel* (C-99/01, 24.10.2002); *Sterbenz & Haug* (C-421/00, C-426/00 ja C-16/01, 23.1.2003) sekä *Douwe Egberts* (C-239/02, 15.7.2004). Harhaanjohtavuuden empiirisestä mittaamisesta ja sen ongelmallisuudesta ks. Richards 1990.

jaan tai tuotemerkkiin, vaan oli periaatteessa yhtä lailla kaikkien kilpailijoiden samoin kuin täysin muitakin tuotteita markkinoivien yritysten käytössä.⁵²¹ Kysymyksessä oli toisin sanoen tuomioistuimen yleisesti sovellettavissa oleva, tiettyyn ilmaisulliseen tehokeinoon liittyvä viestintäoikeudellinen rajausta kuluttajan oikeuksien ja mainostajan oikeuksien välillä. Myös päinvastainen tulkinta olisi varmasti ollut perusteltavissa: harhaanjohtavaksi olisi voitu katsoa esimerkiksi se, että pakkauksessa numeroin ja graafisena mielikuvana annetun informaation välillä oli ilmeinen ristiriita. Vaikka kuluttajan voidaan – kuten tuomioistuin ratkaisussaan totesi – olettaa tietävän, ettei merkityllä alueella välttämättä ole yhteyttä tuotteen määrän lisäykseen, voi käytännön valintatilanteessa juuri jälkimmäisellä informaatiolla olla ratkaiseva merkitys siihen mielikuvaan, mikä kuluttajalle lisäyksen määrästä käytännön ostopäätöstilanteessa syntyy. Lisäksi on huomattava, ettei ratkaisun lopputuloksella ollut pysyvää merkitystä sisämarkkinoiden perusvapauksien toteutumiseksi, sillä harhaanjohtavaksi tulkittuna kyseinen mainosilmaisu olisi jouduttu poistamaan yhtä lailla kaikkialla sisämarkkina-alueella.⁵²² Tässä mielessä *Mars*-ratkaisu on hyvä esimerkki mainosviestinnän ilmaisuvapautta tukevasta kuluttajakäsitteen painotuksesta yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä.

Harhaanjohtavuuskäsitteen toistaiseksi noudatettu varsin suppea tulkinta on epäilemättä omiaan vähentämään kollisiotilanteita sekundaarioikeuden ja mainonnan sananvapaussuojan välillä. Ongelmallisemmiksi sen sijaan ovat osoittautuneet harhaanjohtavan mainonnan sääntelyyn läheisesti liittyvät, aikaisempia epärehellisen kilpailun ja piilomainonnan käsitteitä täsmentäneet säännökset *vertailevasta mainonnasta ja tuotesijoittelusta*. Molemmissa on yksinkertaistettuna kysymys mainosviestinnän ilmiöistä, joiden on katsottu tietyissä rajoissa edistävän vapaata kilpailua samoin kuin kuluttajan ja yleisön etua, mutta rajoittamattomana kääntyvän näitä intressejä vastaan. Vertaileva mainonta on unionin lainsäädännössä pääsääntöisesti sallittu, mutta sille on asetettu runsaasti rajoituksia; tuotesijoittelu on televisiodirektiivin uudistuksessa sitä vastoin tarkoitettu pääsääntöisesti kieltä, mutta useissa poikkeustilanteissa kuitenkin sallia. Toteutuneet rajaukset, joihin voidaan luonnollisestikin päätyä yhtä lailla kummasta tahansa määritelmän lähtökohdasta,⁵²³ ovat kuitenkin molemmilla sääntelyaloilla

⁵²¹ Toisenlainen tilanne oli käsillä esimerkiksi ratkaisussa *Gut Springenheide* (C-210/96, 16.7.1998), jossa tarkasteltiin sitä, oliko kananmunien mainonnassa harhaanjohtavaa käyttöä ilmausta ”6 viljalajia” viittaamassa niiden tuotannossa käytettyyn erityiseen rehuseokseen.

⁵²² Vrt. luku 2.2.4.

⁵²³ Televisiodirektiivin uudistusta koskevassa lainvalmistelussa paljon huomiota sai osakseen juuri se, mikä valitaanko sääntelyn pääsäännöksi tuotesijoittelun salliminen vai kieltäminen. Kriittisissä puheenvuoroissa tuotiin toisaalta jo valmisteluvaiheessa esille, että tämän valinnan merkitys jäisi todellisuudessa varsin pieneksi, mikäli pääsäännön alaa kavennettaisiin poikkeuksilla molemmissa tapauksissa kohti samaa aineellisoikeudellista rajausta.

ainakin osassa soveltamistilanteita alttiita kollisiolle mainonnan sananvapausuojan kanssa.

Harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevassa direktiivissä vertailevan mainonnan sääntelyn peruserätyteenä on vaatimus vertailun totuudenmukaisuudesta. Tämä tarkoittaa, että vertailtavien tuotteiden on oltava relevanteilta ominaisuuksiltaan samankaltaisia, näiden ominaisuuksien on oltava todennettavissa eikä vertailulla saa aiheuttaa sekaannusta kilpailijoiden immateriaalioikeuksista tai käyttää näitä oikeuksia epäoikeutetusti hyväkseen (direktiivin 3 a artikla). Koska todennettavuusvaatimus sisältää kiellon myös sellaiselle mainonnalle, jossa vertailusanoja käytetään ainoastaan liioittelevassa tai retorisisessa merkityksessä, liittyy sääntelyyn hyvin samankaltainen sananvapausongelma kuin edellä mainittuun komission ehdotukseen epäsuorien terveystvättämien kiellosta. Juuri tämä kysymys tuli kansallisen sääntelyn yhteydessä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaistavaksi jo vuonna 2003, edellä jo lyhyesti esitellyssä⁵²⁴ ratkaisussa *Krone Verlag*:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Krone Verlag* vastaan Itävältä (n:o 3, 11.12.2003, hakemus 39069/97): [...] Punnitessaan kyseessä olevia vastakkaisia intressejä ja ottaessaan huomioon kiellon vaikutuksen hakijan yhtiön mahdollisuuksiin käyttää tulevaisuudessa *hintavertailua sisältävää mainontaa* tuomioistuin katsoo, että Itävallan tuomioistuimet ovat asiassa *ylittäneet niille kuuluvan harkintavaran* ja että kyseinen toimenpide on suhteeton eikä siten välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa sopimuksen 10 artiklan 2 kohdan tarkoittamassa merkityksessä.⁵²⁵

Kyseessä olleessa mainoksessa oli esitetty paikkansa pitävät hintatiedot mainostettavasta sanomalehdestä sekä yhdestä toisesta, samalla levikkialueella ilmestyvästä, hinnaltaan kalliimmasta sanomalehdestä. Mainoksen mukaan mainostettava lehti oli ”paras paikallinen sanomalehti”. Itävallan lainsäädännössä, jossa oli implementoitu direktiivi harhaanjohtavasta mainonnasta, tällaista mainontaa arvioitiin harhaanjohtavana mainontana. Direktiivin uudistus vuodelta 1997, jossa siihen lisättiin nyt tarkasteltavana olevat säännökset vertailevasta mainonnasta, ei ollut tapahtuma-aikana vielä tullut voimaan. Huomionarvoista kuitenkin on, että Itävallan viranomaiset olisivat tilanteessa voineet epäilemättä päätyä samaan lopputulokseen myös nykyisen direktiivin säännösten pohjalta. Vaikka tarkasteltavan mainoksen vertailevana olleet kaksi sanomalehteä ilmestyivät samalla alueella, ne olivat journalistiselta tyyliltään, kohderyhmältään ja tavoitteiltaan toisistaan selkeästi poikkeavia, millä epäilemättä oli vaikutuksensa myös niiden väliseen hintaeroon. Mainintaa *parhaasta* paikallisesta lehdestä ei mainoksessa

⁵²⁴ Luku 1.3.2.

⁵²⁵ Ratkaisun kohta 34, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

luonnollisestikaan ollut todennettavalla tavalla perusteltu. Tästäkin huolimatta ihmisoikeustuomioistuin katsoi Itävallan loukanneet ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaa kieltäessään mainoksen toistamisen.

Arvioitaessa mahdollista normiristiriitaa unionin vertailevaa mainontaa koskevien säännösten ja ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan välillä *Krone Verlag* -ratkaisun valossa on huomattava, että ihmisoikeustuomioistuin arvosteli loukkausta kokonaisuutena, johon osaltaan vaikuttivat ne erityisen ankarat ehdot, jotka kansallinen tuomioistuin oli kustannusyhtiölle antamassaan määräyksessä tulevien hintavertailujen julkistamiseksi asettanut.⁵²⁶ Ihmisoikeustuomioistuin kiinnitti huomiota myös kansallisen tuomioistuimen perustelujen ristiriitaisuuteen: siihen, että kahden sanomalehden katsottiin yhtäältä kilpailevan samoilla markkinoilla, mutta toisaalta kuitenkin olevan sisällöltään niin erilaisia, ettei niiden välistä hintavertailua ollut järkevää suorittaa.⁵²⁷ Oma merkityksensä oli epäilemättä lisäksi sillä, ettei erityistä sääntelyä vertailevan mainonnan säännöistä ollut tarkastellulla hetkellä vielä Itävallassa voimassa, vaan ihmisoikeusvalvonnassa arvioitiin viranomaisten tapaa soveltaa yleisempiä harhaanjohtavaa mainontaa koskevia säännöksiä. Näistä varauksistakin huolimatta voidaan todeta, että ihmisoikeussopimuksen 10 artikla voi tulevaisuudessakin rajoittaa harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevan direktiivin ja sen kautta harmonisoidun kansallisen oikeuden tulkintaa. Yksi mahdollisista kollisiokohdista liittyy varmasti *Krone Verlag* -ratkaisussa esillä olleeseen epäsuoraan tai abstraktiin vertailuun mainoslauseissa, jonka direktiivin 3 a artiklassa asetetut täsmällisyysvaatimukset ainakin sananmukaisesti tulkittuna kieltävät. Supistava tulkinta olisi tältä osin perusteltu sekä unionin oikeuden kuluttajakäsitteen johdonmukaisuuden että mainosviestinnän sananvapaussuojan näkökulmasta.⁵²⁸

Tuotesijoittelua koskevan sääntelyn suhde kuluttajakäsitteeseen ja arvioihin kuluttajan medialukutaidosta poikkeaa jossakin määrin perinteisestä harhaanjohtavan ja vertailevan mainonnan sääntelyongelmasta. Kyse ei ole varsinaisesti mainosviestinnän sisällön ymmärtämisestä ja tulkitsemisesta vaan viestinnän tunnistamisesta mainonnaksi, sääntelykysymyksenä mainonnan mahdollisten piilovaikutuksien oikeudellisesta hallinnasta. Sananvapaussuojan kannalta ongelma liittyy paitsi itse mainosviestinnän sananvapauteen, vahvasti myös ohjelmantekijöiden sananvapauteen ja erityisesti audiovisuaalisen taiteen materiaaliin sananvapaussuojaan. Tuotesijoittelun osittaiseen sallimiseen ja osittaiseen

⁵²⁶ Ratkaisun kohta 33.

⁵²⁷ Ratkaisun kohta 32.

⁵²⁸ Saßmann (2002, s. 226–228) esittää, että tapauksissa, joissa unionin vertailevaa mainontaa koskevaa säännöstöä ei pystytä perustelemaan sellaisilla joko kuluttajan tai kilpailijoiden oikeuksilla, joiden turvaaminen on suhteellisuusperiaatteen mukaisesti välttämätöntä, tulisi sananvapauden loukkaus pyrkiä estämään tulkitsemalla rajoituksia supistavasti, tarvittaessa sanamuodon vastaisestikin.

kieltämiseen, johon televisiodirektiivin uudistuksessa ollaan päätyvässä, sisältyy lisäksi ongelma sääntelyn koherenssista ja toimijoiden yhdenvertaisuudesta. Kun tuotesijoittelu on määrättyissä tilanteissa sallittua ja edellytyksiltään säänneltyä, on olemassa esimerkiksi vaara, että tuotteiden ja palvelujen tahaton esiintyminen viestintäsisällöissä tulkitaan helpommin tuotesijoitteluksi myös niissä ohjelmasisällöissä, joissa se on kielletty.⁵²⁹ Kun kuluttajan toisaalta oletetaan monissa tilanteissa jo ymmärtävän tuotesijoittelun mainonnaksi, on yhä vaikeampi perustella, miksi sen kieltäminen muissa viestintäsisällöissä olisi yleensäkin välttämätöntä.

Uuden audiovisuaalisia viestintäpalveluja koskevan direktiivin suunniteltua 3 i artiklan tuotesijoittelusäännöstöä voidaan lähtökohtaisesti pitää hyvin sananvapausmyönteisenä. Artiklan 1 kohdassa asetettua tuotesijoittelun kieltä, joka muodollisesti on määritelty pääsäännöksi, kaventavat olennaisesti saman artiklan 2 kohdan laajat poikkeukset, joiden mukaan tuotesijoittelu on ensinnäkin sallittua mediapalveluille tuotetuissa elokuvissa, filmeissä, sarjoissa sekä kevyissä viihdeohjelmissa ja urheiluohjelmissa ja toiseksi myös kaikissa niissä tilanteissa, joissa tuotteista ja palveluista ei suoriteta korvausta, vaan ne on annettu käyttöön ilmaiseksi. Ehdottomat kiellot, joihin nämä poikkeukset eivät sovellu, koskevat ainoastaan lastenohjelmia, tupakkamainontaa sekä lääkärin määräyksestä saatavien lääkehoitojen mainontaa. Tuotesijoittelulle artiklan 3 kohdassa asetetut vaatimukset tuotesijoittelun selvästä ilmoittamisesta ja toimituksellisesta riippumattomuudesta sekä erityisten myynninedistämisiivittäusten kieltä voivat kuitenkin aiheuttaa sananvapaussuojankin kannalta ongelmallisia tulkintatilanteita. Myös artiklan 2 kohdan poikkeusten ulkopuolelle jäävien ohjelmien – pääasiassa riippumattomien ajankohtais- ja asiaohjelmien – osalta voi toki joissakin tilanteissa olla aihetta kysyä, onko potentiaalista rahoitusta rajoittava tuotesijoittelukieltä aina perusteltu vain siksi, ettei ohjelman sisältöä katsota luonteeltaan ”kevyeksi”. Ehkä vaikein näistä tulkintaongelmista koskee 3 i artiklan 3 kohdan a alakohdan sanamuotoa, jonka mukaan *tuotesijoittelu ei saa missään olosuhteissa vaikuttaa ohjelmien sisältöön*. Säännöksen ilmeinen tavoite on estää uhkakuvana luonnosteltua kehitystä, jossa tuotteita ei sijoitella valmiisiin tai ennalta suunniteltuihin ohjelmakonsepteihin, vaan ohjelmasisällöt luodaan ennistä enemmän siihen sisällytettyjen tuotteiden ja niiden markkinointistrategioiden ehdoilla. Kyse on toisin sanoen audiovisuaalisten teosten tekijöiden ja tuottajien riippumattomuudesta suhteessa toimintaa rahoittaviin mainostajiin. Tällai-

⁵²⁹ Mikäli sovelletaan ehdotetun audiovisuaalisia viestintäpalveluja koskevan direktiivin 3 i artiklan 2 kohdan 2 luetelmaosaa sekä saman artiklan 3 kohdan viimeisen virkkeen mukaista poikkeusta sitä edeltävään d alakohtaan, tämä vaara tosin jää pieneksi, sillä tahaton tuotesijoittelu tapahtuu tyypillisesti ilman maksettua korvausta. Jäsenvaltioiden harkintavarasta jäljempänä tässä luvussa.

nen suojararve on epäilemättä ainakin joissakin rajoissa olemassa. Riippumattomuusvaatimuksen ankaran tulkinnan ongelmana voi kuitenkin olla rahoituskeinojen turha sulkeminen tilanteissa, joissa tuotteiden markkinointi ja ohjelman luova sisältö olisivat käyttökelpoisella tavalla yhdistettävissä. Raja sallitun ja kielletyn tuotesijoittelun välillä on viime kädessä ratkaistava tulkitsemalla säännöstä yksittäistapauksittain, sillä ainakin jonkinasteinen ”vaikutus ohjelman sisältöön” on varmasti kaikella tuotesijoittelulla, jopa silloin kun kyse on vain tuotteiden korvauksettomasta lainaamisesta esimerkiksi elokuvan tekemistä varten.

Koska 3 i artiklan sääntelyssä jätetään jäsenvaltioille laaja mahdollisuus tiukentaa tuotesijoittelua koskevia ehtoja ja ehdottoman kiellon soveltamisalaa niiden lainkäyttövaltaan kuuluvien audiovisuaalisten viestintäpalvelujen osalta, direktiivin toteutuva mainontaa vapauttava vaikutus riippuu olennaisesti siitä, kuinka paljon ohjelmia tosiasiallisesti välitetään maasta toiseen unionin sisärajojen yli. Se, että direktiivin pääsäännöksi on valittu tuotesijoittelun kieltäminen, voi poliittisesti toimia ainakin eräänlaisena symbolisena tukena artiklassa mainittujen poikkeuksien käyttämättä jättämiselle ja laajemmille kansallisille tuotesijoittelukielloille.⁵³⁰ Ohjelmien lisääntyvä lähettäminen maista, jotka soveltavat direktiivin mukaisia laajoja poikkeuksia tuotesijoittelukielloon, voi toisaalta saada jäsenvaltiot luopumaan näistä, mikäli ne syrjivät liiaksi kotimaisia toimijoita. On myös muistettava, että osassa unionin jäsenvaltioita jo direktiivin mukainen suojarataso poikkeuksineen merkitsee aikaisemmin vallinneen mainosviestinnän vapauden tuntuva rajoittamista. Direktiivin säännösten suhteellinen epätasaisuus ja tulkinnanvaraisuus voikin epäilemättä johtaa ongelmiin kansallisessa perusoikeustarkastelussa, mahdollisesti myös ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkinnassa. Yhteisöjen tuomioistuimella on toisaalta mahdollisuus suorittaa unionin oikeuden sananvapausvalvontaa tulkitsessaan direktiivin 3 i artiklaa ja siten ehkäistä tällaisia ristiriitatilanteita.

Kuten edellä on jo mainittu, yksi nykyaikaisen mainossääntelyn kehityssuunnista on *lapsiin kohdistetun mainonnan* erityisluonteen huomioon ottaminen. Unionin oikeudessa tämä on toteutettu pääsääntöisesti kahdella eri tavalla, yhtäältä lapsiin kohdistettua mainontaa koskevin *erityyssäännöksin*, esimerkkinä televisiodirektiiviin 11 artiklan 5 kohta, 15 ja 16 artiklat sekä V luvun säännökset (uudessa direktiivissä erityisesti 3 g artikla), ja toisaalta *tulkintaohjein*, joiden

⁵³⁰ Vrt. Stender-Vorwachs – Theißen 2007, s. 620 sekä Leitgeb 2006, s. 842. Leitgeb näkee ongelmallisena, että uudessa direktiivissä sponsorointia ja tuotesijoittelua koskevat säännökset ovat pitkälti samanlaisia, vaikka sponsoroinnissa mainostajan tarkoitus on nimenomaan tulla mainituksi ja tuotesijoittelussa ennemminkin pyrkiä piilovaikuttamiseen. Direktiivissä tavoiteltu avoimuus tuotesijoittelussa ja katsojien tietoisuus tuotesijoittelun olemassaolosta voivat kuitenkin tehdä tilanteista yhä rinnastuskelpoisempia.

mukaan mainonnan erityisten kohderyhmien edellytykset ymmärtää ja tulkita viestintää on otettava huomioon unionin yleistä harkitsevan kuluttajan käsitettä sovellettaessa. Esimerkki jälkimmäisestä on elintarvikkeiden ravitsemus- ja terveysväitteitä koskevan asetuksen (EY, n:o 1924/2006) 15 perustelukappale. Koska jäsenvaltioilla on lastensuojelunkin osalta mahdollisuus soveltaa tiukempaa valvontaa ainoastaan niiden omaan lainkäyttövaltaan kuuluvia toimijoita kohtaan, tällaiset suojatavoitteet on entistä useammin pyrittävä ottamaan huomioon jo unionin oikeudessa suoritettavassa minimiharmonisoinnissa.⁵³¹ Juuri tästä syystä voidaan sekundaarioikeuteen olettaa tulevaisuudessa sisältyvän yhä ankarampia kieltoja lapsiin kohdistetulle mainonnalle sekä yleisemminkin lapsille tarkoitettuihin viestintäsisältöihin sijoitetulle mainonnalle. Lapsiin kohdistuvan kaupallisen vaikuttamisen vahingollisuudesta vallitsee poliittisesti varsin laaja yksimielisyys ja myös sananvapausnäkökulmasta esitetty kritiikki laajennettavia kieltoja vastaan on tältä osin jäänyt toistaiseksi vähäiseksi. Mikäli sääntely kuitenkin tulevaisuudessa estää leikkikalujen mainostajaa myös tavoittamasta viestinnällään tehokkaasti lasten vanhempia, on sananvapauskritiikkiin ainakin selvää aihetta. Voidaan varmasti vaatia, että tuotekehittelyn kautta entistä turvallisempia, ympäristöystävällisempiä, lasten kehitystä uudella tavalla edistäviä tai vaikkapa ainoastaan entistä mielenkiintoisempia leikkikaluja tuottavalle valmistajalle tai markkinoijalle tulisi suojasäännöistä huolimatta turvata tehokas oikeus viestiiä saavutuksistaan ostovalintoja tekevälle kuluttajalle. Viestinnän esteettömyys ja vertailtavuus palvelevat monessa tilanteessa tällöinkin sekä viestinnän lähettäjän että sen vastaanottajan etua, aivan kuten missä tahansa poliittisessa, tieteellisessä tai taiteellisessakin diskurssissa. Ratkaisevaa on monen säännöksen kannalta se, miten mainonnan kohdistumista tai vetoamista lapsiin arvioidaan. Olisi ehkä liian yksinkertaista lähteä oletuksesta, että vanhempien huomion ja lapsen huomion herättävät mainokset eroavat aina selvästi toisistaan. Kiellot lienevät toisaalta parhaiten perusteltavissa silloin, kun mainosviestinnän sisältö ei anna aikuiselle vastaanottajalle minkäänlaista käsitystä markkinoitavan tuotteen eduista verrattuna muihin vastaaviin tuotteisiin ja on esitystavaltaan selvästi suunniteltu kiinnittämään ainoastaan lasten huomion. Yksinkertaista mainosviestinnän semanttinen tulkinta ei aina välttämättä tästäkään näkökulmasta ole.

Ympäristönsuojelu ja energian säästäminen ovat niin ikään tavoitteita, joiden voidaan olettaa tulevan yhä useammin esille mainontaa koskevassa sääntelyssä. Ensimmäiset unionin lainsäädäntöprojektit tällä alalla ovat liittyneet henkilöautojen mainontaan. Valmiista säädöksistä ensimmäistä, direktiiviä 1999/94/EY kuluttajan mahdollisuuksista saada uusien henkilöautojen markkinoinnin yhtey-

⁵³¹ Ks. luvussa 2.2.3 lainattu yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *de Agostini ym.* (C-34, C-35 ja C-36/95, 9.7.1997).

dessä polttoainetaloutta ja hiilidioksidipäästöjä koskevia tietoja, voidaan vielä sananvapaussuojan kannalta pitää suhteellisen ongelmattomana. Direktiivin 6 artiklassa säädetään velvollisuudesta sisällyttää kaikkeen uusien henkilöautojen mainontaan tiettyjä, direktiivin liitteessä tarkemmin määriteltyjä tietoja autojen kulutuksesta ja päästötasosta. Näihin tietoihin sekoitettavissa olevien ympäristömerkkien, tunnusten ja vastaavien merkintöjen käyttö on kielletty saman direktiivin 7 artiklassa. Kyse on erityisestä tiedonantovelvollisuudesta, joka tosin rajoittaa mainosviestinnän sananvapautta kvantitatiivisessa merkityksessä,⁵³² mutta ei varsinaisesti puutu mainostajan mahdollisuuksiin käyttää valitsemiaan ilmaisukeinoja sillä osalla mainosaikaa tai -tilaa, joka tiedonantovelvollisuuden täyttämisen jälkeen on käytettävissä.⁵³³ Myös 7 artiklassa asetettu kieltö rajoittuu ainakin suppeasti tulkittuna tämän tiedonantovelvollisuuden selvään kiertämiseen. Ehdotuksia huomattavasti pidemmälle menevistä mainosrajoituksista, esimerkiksi tietyn päästörajan ylittävien autojen mainonnan kieltämisestä tai velvollisuudesta sisällyttää mainontaan tupakkapakkausten kaltaisia erityisiä varoitustekstejä näiden ympäristövaikutuksista, on kuitenkin jo tuotu esiin direktiivin uudistusta koskevassa keskustelussa.⁵³⁴ Viime vuosina painopistettä on toisaalta pyritty siirtämään yhä enemmän alan oman vapaaehtoisen sääntelyn kehittämiseen ja kannustamiseen.⁵³⁵

Huomattavan suuri osa audiovisuaalista viestintää koskevassa lainsäädännössä toteutetuista mainonnan rajoituksista kohdistuu määrättyjen viestintäsisältöjen sijaan mainonnan kokonaismäärään. Tällaisia ns. kvantitatiivisia mainosrajoituksia eli *mainoskiintiöitä* on tyypillisesti perusteltu tarpeella estää viestinnän ylikaupallistumista, joukkoviestinten yleisön oikeuksilla vastaanottaa halua-miaan viestintäsisältöjä ilman kohtuuttomia keskeytyksiä ja viime kädessä vas-

⁵³² Vastaava esimerkki tupakkamainonnan osalta on direktiivissä 89/622/ETY säädetty velvollisuus merkitä myyntipakkauksiin varoitusmerkintä tupakoinnin vaaroista (ks. tupakkamainonnan sääntelystä edellä tässä luvussa). Varsinaisista mainonnan määrällisistä rajoituksista eli mainonnan kokonaismäärää viestinnässä koskevista kiintiöistä jäljempänä tässä luvussa.

⁵³³ On toisaalta mahdollista väittää, ettei sääntely noudata suhteellisuusperiaatetta, mikäli merkin-tä selvästi pilaa mainoksen kuvallisen kokonaisvaikutuksen ja auton hiilidioksidipäästötasosta in-formoidaan ostotilanteessa muutenkin riittävästi. Vielä lähemmäksi sananvapaussuojan loukkausta tilanne voi tulla, mikäli voidaan osoittaa ettei tiedonantovelvollisuuden laskentatapa vastaa todellista ympäristönsuojelutavoitetta, eli mikäli esimerkiksi joidenkin pienemmän päästötasojen autojen valmistuksesta, huollosta ja romutuksesta aiheutuvat päästöt ovat olennaisesti suuremman päästötason autoja suuremmat.

⁵³⁴ Euroopan parlamentissa asiaa käsiteltiin laajasti 24.10.2007. Ks. myös Erik Meijerin kirjallinen kysymys komissiolle E-0070/03.

⁵³⁵ Ks. KOM(2007) 19 lopullinen. Unionin suosituksista ja muista ns. pehmeän oikeuden instrumenteista luvussa 2.3.9. On huomattava, että merkityksellistä tuotteiden ja palvelujen ympäristöystävällisyyttä koskevassa viestinnässä ei ole ainoastaan mainostajan sananvapaus ja sen rajoituksin toteutettu julkinen tiedottaminen, vaan myös jokaisen mahdollisuudet näitä tietoja koskevaan kritiikkiin. Tästä tarkemmin luvussa 2.3.8. Ks. Kleist et al. 2008, s. 61–63.

taanottajan oikeudella viestinnän moniarvoisuuteen. Kiintiöiden suuruus on unionin jäsenvaltioissa tavallisesti eroteltu ohjelmatyyppien ja lähetyssajakojen mukaan siten, että mainonnan sallittu osuus kanavien kokonaislähetyssajasta on liikkunut noin 10 ja 20 %:n välillä. Vertailukohtana voidaan esittää, että Yhdysvalloissa, jossa vastaavia mainoskiintiöitä ei nimenomaan sananvapaussyistä ole katsottu voitavan ottaa käyttöön, on televisiomainonnan osuuden maksuttomien yksityisten kanavien prime time -lähetyssajasta todettu nousseen vähitellen jo lähelle 50 %:a.⁵³⁶ Vaikka jäsenvaltioille on jäänyt mahdollisuus vaatia kotimaisilta toimijoiltaan ankarampien kiintiösäännösten noudattamista,⁵³⁷ on käytännössä juuri unionin televisiodirektiivissä asetetuista mainonnan enimmäismääristä tulut määräävä raja vapaa-ajaneuronnallisen sananvapauden ja kaupallistumista estävän moniarvoisuusturvan välillä koko unionin alueella. Erottelu ohjelmatyyppien välillä erisuuruisine mainoskiintiöineen on aiheuttanut sananvapauden kannalta mielenkiintoisia tulkintatilanteita suojaratkeen vaihtelusta esimerkiksi elokuvien ja tv-sarjojen välillä. Käsitteen ”tv-sarja” vaikeaa tulkintaa viestinnän sisällöllisten kriteerien perusteella yhteisöjen tuomioistuimien analysoi vuonna 2003 ratkaisussa *RTL*:

*Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: RTL (C-245/01, 23.10.2003): [...] Käsitteen ”tv-sarjat” kriteereitä ei voida ymmärtää pääasiallisesti muodollisina [...] Jos käsite ymmärrettäisiin täten, voimakkaampi suoja voitaisiin kiertää ja suojusta voisi tulla siten täysin kuvitteellinen. Televisiolähetystoiminnan harjoittajat voisivat nimittäin helposti luoda yhteisen muodollisen kehyksen, jolla hyvin erilaisia elokuvia liitettäisiin toisiinsa mm. saman lähetyssajan, saman otsikon tai teeman alla tapahtuvan lähettämisen tai ennen lähetystä tai lähettyksen jälkeen suoritettavan juontamisen avulla. [...] Käsite ”tv-sarjat” edellyttää täten luonteeltaan aineellisia yhteyksiä, eli kyseisten elokuvien sisältöön liittyviä yhteisiä piirteitä. [...] Määrittelyä koskevien kriteereiden tarkempaa määrittämistä varten on tarpeen yksilöidä ne syyt, joiden vuoksi televisionkatsojia suojellaan vähemmän liialliselta mainonnalta tv-sarjojen kaltaisten lähetysten kohdalla. [...] Tämä vähäisempi suoja voidaan selittää sillä, että tv-sarjat vaativat eri elokuvia, joista ne muodostavat, yhdistävien sisällöllisten osatekijöiden, kuten esim. saman juonen kehittämisen tai sen, että yksi tai useampi henkilöahmo esiintyy niissä uudelleen, takia televisionkatsojilta vähemmän keskittymistä kuin elokuvat.*⁵³⁸

Pääasian kantajana ollut yksityinen televisiokanava oli vedonnut asiassa sananvapauteen ja vaatinut sen perusteella tv-sarja-käsitteen laajaa tulkintaa, joka olisi

⁵³⁶ Yhdysvaltalaisesta tutkimuksesta mainosten lähetyssaikaosuuksien kehityksistä esitteli mm. Verena Wiedemann puheenvuorossaan Medientage Münchenissä 19.10.2006.

⁵³⁷ Ks. edellä luvussa 2.3.4 lainattu yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *ARD (C-6/98, 28.10.1999)*.

⁵³⁸ Ratkaisun kohdat 102–107, kursivoinnit kirjoittajan.

antanut sille mahdollisuuden useampaan mainoskeskeytykseen aina silloin, kun ohjelmia esitetään sarjan muodossa. Koska tällainen tulkinta olisi periaatteessa luonut mahdollisuuden noudattaa suurempaa enimmäiskiintiötä yhdistämällä mitä tahansa elokuvia sarjaksi ja siten kiertää direktiivissä tehty erottelu elokuvien ja sarjojen välillä, yhteisöjen tuomioistuin päätyi ratkaisussaan tätä suppeampaan tulkintaan. Mainosviestinnän sananvapaussuojan osalta se viittasi lyhyesti ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkintakäytäntöön laajennetusta harvintavarasta.⁵³⁹ Hankalammaksi sen sijaan osoittautui niiden kriteerien määrittäminen, joihin käsitteen suppeampi tulkinta oli mahdollista sitoa. Tuomioistuin päätyi tältä osin seuraamaan julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessaan⁵⁴⁰ esittämää logiikkaa, jonka mukaan yksittäiset elokuvateokset vaativat yleensä katsojalta tv-sarjan seuraamista *tiivimpää keskittymistä*, koska juonta ja henkilöhahmojen kuvauksia on kehitettävä yhdessä itsenäisessä teoksessa. Mainostaukojen aiheuttamalla keskeytyksillä on siten haitallisin vaikutus juuri yksittäisissä elokuvissa; tv-sarjoissa sen sijaan keskeytykset jaksojen välillä kuuluvat jo ilmaismuodon luonteeseen, jolloin myöskään jaksojen eheyttä ei tarvitse suojata mainoskeskeytyksiltä yhtä rajoittavin kiintiön. Tämä pitää epäilemättä paikkansa suuressa osassa tavanomaisia tv-sarjoja, mutta yleisenä sääntönä sovellettuna se on melkein yhtä sisältösokea kuin sarjan muodollinen tulkintakin. Juonen ja henkilöhahmojen yhteydet jaksojen välillä eivät varmasti sellaisenaan estä luomasta jokaisesta jaksosta yhtenäistä kokonaisuutta, jonka seuraaminen vaatii katsojilta täysin samanlaista keskittymistä kuin mikä tahansa yksittäinen elokuvakin. Kääntäen voidaan vastaavasti todeta, ettei sarja välttämättä aina vaadi tiivimpää keskittymistä silloinkaan, kun tällaisia sisällöllisiä yhteyksiä jaksojen välillä ei ole. Vastaanottajan suojatarpeen postuloidussa vaihtelussa lienee todellisuudessa kysymys enemmänkin sisältöjen kompleksisuudesta kuin niiden välisistä sisällöllisistä yhteyksistä. Viestintäsisältöjen kulloisenkin kognitiivisen vaativuustason suora arviointi ei periaatteessa olisi direktiivin tulkinnessa edes ainutlaatuista, sillä esimerkiksi televisiodirektiivin 11 artikla samoin kuin uuden tuotesijoittelua koskevan 3 i artiklan tulkinta edellyttävät lopulta myös ”kevyen viihdeohjelman” käsitteen rajaamista, mikä ei liene mahdollista ilman tällaista arviointia. Tällaisesta näkökulmasta tv-sarjan käsitettä olisi voitu ehkä rajata *RTL*-ratkaisussa tehtyä määritelmääkin suppeammaksi – vaikkakin ehkä direktiivin sanamuodon vastaisesti – edellyttämällä suuremman mainostiheyden sallimiseksi sarjalta jonkinlaista viihdeluonnetta tai helppotajuisuutta. Yleisenä soveltamisohjeena tällaista tulkintaa olisi ehkä ollut jossakin määrin jaksojen sisäisiä yhteyksiä koskevaa rajausta vaikeampi noudattaa. Viestinnän todellisen sisäl-

⁵³⁹ Ratkaisun kohta 73.

⁵⁴⁰ Julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-245/01, 22.5.2003, kohta 51.

lön ja vaativuustason huomioon ottaminen olisi kuitenkin tällöin ollut paremmin yhdistettävissä punnintaan yleisön oikeuksien ja mainonnan sananvapauden välillä.

Televisiodirektiivin uudistus ja sen soveltamisalan laajennus ei ole olennaisesti muuttamassa mainoskiintiöiden nykyistä rajoitusvaikutusta.⁵⁴¹ Koska kiintiöt on kuitenkin määritelty osuuksina lähetyksistä ja mainoskeskeytysten enimmäistiheyksinä, ne voivat tulevaisuudessakin koskea ainoastaan lineaarisia viestintäpalveluja. Tätä voidaan lähtökohtaisesti pitää epäkoherenttina, lineaarisia palveluja syrjivänä sääntelyratkaisuna. Teknisistä syistä tehokkaan mainonnan liittäminen ei-lineaarisiin palveluihin on kuitenkin olennaisesti lineaarisia palveluja vaikeampaa, mikä vähentää olennaisesti tämän epäkoherenssin tosiasiallista merkitystä. Oma vaikutuksensa mainonnan tehokkuuteen lineaarisissa palveluissa on tulevaisuudessa epäilemättä myös sillä, kuinka nopeasti ja helposti vastaanottaja voi käyttämällänsä päätelaitteella kelata tai leikata mainoskeskeytykset pois katsomistaan tai tallentamistaan ohjelmista. Oletettavaa joka tapauksessa on, että sekä ohjelmien sponsoroinnin että tuotesijoittelun merkitys suhteessa perinteiseen televisiomainontaan vähitellen kasvaa sekä lineaarisessa että ei-lineaarisisessa audiovisuaalisessa viestinnässä.⁵⁴² Mikäli tämä toteutuu, pienenee vastaavasti myös koko mainoskiintiösääntelyn merkitys sekä mainosviestinnän sananvapauden rajoituksena että viestinnän moniarvoisuuden turvaajana. Muis-tettava on kuitenkin myös, että mainonnan määrällisillä rajoituksilla voi tällöinkin olla huomattava merkitys mainosrahoitteisten tiedotusvälineiden toiminta-edellytyksille ja siten niiden sananvapaudelle materiaalisessa merkityksessä.⁵⁴³

Mainosviestinnän sananvapaussuojan kannalta erityisen mielenkiintoisen on-gelmakokonaisuuden muodostavat säännökset *ihmisarvon ja hyvien tapojen vas-taisesta* mainonnasta. Säännökset, joilla pyritään löytämään legitiimi tasapaino sananvapauden ja ihmisarvon suojan välillä ovat niin mainonnan kuin muunkin viestinnän alalla tyypillisesti hyvin abstrakteja ja avoimia tulkinnalle. Jo se tosi-asia, että mainontaa koskevat tavallisesti erityissäännökset ihmisarvon kunnioit-tamisen vaatimuksista, herättää kuitenkin kysymyksiä mainonnan erityisasemas-ta viestintämuotona. Voiko ihmisarvon suojasisältö määrittäjä eri kriteerein riip-puen siitä, esitetäänkö sitä mahdollisesti loukkaava viestintäsisältö mainonnan vai esimerkiksi uutisten, taiteen tai viihdeohjelmien yhteydessä? Onko mainos-viestinnän sananvapaus sidottu sisällöltään erilaiseen tai tasoltaan korkeampaan hyvän tapaa koskevaan velvollisuuteen kuin muu joukkoviestintä? Jos lähtökoh-

⁵⁴¹ Direktiivin 11 artiklaa koskevassa valmistelussa on tosin harkittu mainoskeskeytysten välisen vähimmäisajan lyhentämistä 45 minuutista joko 35 tai 30 minuuttiin. 18 artiklan sääntö 20 %:n enimmäisosuudesta kokonaislähetyksistä on tarkoitus säilyttää nykyisellään.

⁵⁴² Vrt. Woods – Scheuer 2004, s. 376–380.

⁵⁴³ Ks. edellä luvut 2.2.3 ja 2.2.4.

tana pidetään mainonnan alennettua sananvapausuojatasa, tämä olisi ainakin jossakin määrin johdonmukaista.⁵⁴⁴ Jos taas lähdetään ostopäätöksiä tekevän kuluttajan tai kilpailijan asemasta ja oikeuksista mainosviestintää koskevien erityisten rajoitusten legitimaatioperustana, on toisaalta varsin vaikea perustella, miksi myös mainonnan ihmisarvostandardin tulisi poiketa muusta viestinnästä. Vielä vaikeammaksi perustelulogiikka muodostuu, jos hyväksytään ajatus, että poliittisen sanoman ja mainontaan kuuluvan markkinointitarkoituksen yhdistäminen on jo sellaisenaan omiaan loukkaamaan ihmisarvoa.⁵⁴⁵ Tässä mielessä on lopulta mahdollista ymmärtää mainonta sääntelykohteeksi, jossa moraalisia tavoitteita hyvästä viestintätavasta, tietojen objektiivisuudesta ja poliittisesta neutraliteetista voidaan sananvapauden estämättä oikeudellistaa muuta viestintää laajemmin. Jos asiaa tarkastellaan erityisesti mainostavien yritysten välisen kilpailun näkökulmasta, voi selkeillä viestintäkeinoja rajoittavilla säännöillä olla positiivinenkin vaikutus asiallista tiedotustapaa noudattavan mainostajan mahdollisuuksiin saavuttaa kohdeyleisöään. Sikäli kun mainosviestinnän kuitenkin tunnustetaan kuuluvan sananvapausuojan alaan ja säännöksiä on punnittava suhteellisuusperiaatteen mukaisina demokraattisessa yhteiskunnassa välttämättöminä sananvapausrajoituksina, voi ihmisarvon ja hyvien tapojen kaksoisstandardi olla vaikeasti oikeutettavissa. Eurooppalaisessa perusoikeusasetelmassa tämä liikkumavara voi vastaavasti merkitä tulkintaristiriitoja kansallisten perusoikeuksien, ihmisoikeussopimuksen ja unioniperusoikeuksien välillä.

Unionin oikeudessa mainonnan sisällöllisistä hyvän tavan vaatimuksista on säädetty erityisesti nykyisen televisiodirektiivin 12 artiklassa, joka direktiivin uudistuksessa on tarkoitus siirtää lähes muuttumattomana⁵⁴⁶ uuden audiovisuaalisia viestintäpalveluja koskevan direktiivin 3 g artiklan c kohtaan. Vaikka säännöksen sanamuoto on yhtä abstrakti ja tulkinnalle avoin kuin yleisemmin sovellettavan 22 a (uuden direktiivin 3 e) artiklan sanamuotokin, myös unionin harmonisoiva vähimmäissuojasääntely on tältä osin kirjoitettu selkeästi kaksiportaiseksi. Siinä missä jälkimmäisessä kielletään *yllyttäminen vihaan* tiettyjen henkilöä koskevien syiden perusteella, säädetään edellisessä *syryntä* ja *loukkaaminen* kielletyksi. Kaupallinen viestintä ei lisäksi saa – toisin kuin audiovisuaaliset

⁵⁴⁴ Teyssier (2004, s. 267) puhuu mainostajan erityisasemasta sosiaalisen vastuun kantajana ja tätä tukevasta sääntelystä.

⁵⁴⁵ Tällaiset perustelut tulivat tunnetuksi erityisesti ns. Benetton-tapauksista unionin eri jäsenvaltioissa 1990-luvulla ja 2000-luvun alussa. Ks. esim. Schuppert 2004, s. 71–88 sekä Ullmann 1998, s. 71. On muistettava, että suvaitsevaisuuden koettelu on muutenkin – myös ilman tarkoituksellista tai tahatonta poliittista sisältöä – tullut mainonnassa yleiseksi tavaksi erottautua informaatiotulvas-ta (ks. esim. Kroeber-Riel 2004, s. 13–34; vrt. Teyssier 2004, s. 267).

⁵⁴⁶ Televisiodirektiivin 12 artiklan nimenomainen *ihmisarvon loukkaamista* koskeva kieltö on jätetty pois uuden direktiivin 3 g artiklan c kohdasta. Syynä tähän lienee se, että ihmisarvoa pidettiin tässä yhteydessä liian vaikeasti sovellettavana ja toisistaan poikkeavia kansallisia tulkintoja aiheuttavana yläkäsitteenä, jota säännöksen muut luettelakohdat riittävässä määrin konkretisoivat.

viestintäsisällöt yleisemmin – kannustaa terveyden, turvallisuuden tai ympäristönsuojelun kannalta haitalliseen toimintaan. Mikäli molempia säännöstöjä tulkitaan riittävän suppeasti, voi niiden välinen ero jäädä vähäiseksi. Laajasti tulkittuna mainontaa koskeva säännöstö sen sijaan mahdollistaa huomattavasti yleisemmin audiovisuaaliseen viestintään soveltuvaa säännöstöä laajempia sananvapausrajoituksia. Pisimmälle meneväksi rajoitukseksi voidaan sananvapaussuojelusta ehkä tulkita direktiivin 12 artiklan (uuden 3 g artiklan c kohdan) kielto loukata *poliittista vakaumusta*. Laajasti tulkittuna tämä voi merkitä mainostajalle estettä tuoda tehokkaalla ja erottuvalla tavalla esille niitä elämäntapavalintoja, joita kulloinkin markkinoitavaan tuotteeseen tai palveluun liittyy. Koska politiikka ja poliittista viestintää koskevat demokratiassa olennaiset avoimuuden, kriittisyyden ja suvaitsevaisuuden vaatimukset, on ajatus poliittisen vakaumuksen oikeudellisesta suojatarpeesta yleisestikin syytä kyseenalaistaa – etenkin silloin, kun sillä tarkoitetaan jotakin muutakin kuin varsinaisen uskonto-käsitteen ulkopuolelle jääviä mutta silti selvästi uskontoon rinnastuvia henkilökohtaisia vakaumuksia. Syytä sille, että poliittista vakaumusta koskeva suojatarve olisi olemassa vain tai erityisesti kaupallisessa viestinnässä, on vaikea esittää. Kyse on ennemminkin hyväksi ja asialliseksi katsotun markkinointitavan oikeudellistamisesta hyväksikäyttämällä sitä liikkumavaraa, jonka mainonnan matalampi sananvapaussuojatase mahdollistaa.⁵⁴⁷ Voidaan varmasti argumentoida, ettei poliittiseen debattiin osallistuminen ole mainostajalle välttämätön ilmaisukeino ja etteivät poliittisesti epäkorrektit ilmaisukeinot ole tarpeellisia myöskään kilpailussa muita samaan asiallisuusvaatimukseen sidottuja markkinoijia vastaan.⁵⁴⁸ Mitä laajemmin kieltoja kuitenkin tulkitaan, sitä hankalammin ne sopivat yhteen sananvapauden rajoitusperusteiden ja erityisesti suvaitsevaisuusperiaatteen kanssa. Näiden voidaan perustellusti katsoa edellyttävän artiklan sanamuotoa suppeampaa tulkintaa. On huomattava, että sikäli kun mainonta ei johda kuluttajaa harhaan itse markkinoitavan tuotteen tai palvelun ominaisuuksista, sen sisältämät viestit ovat myös liioittelevina, provokatiivisina ja jopa selvästi epätotuudenmukaisina ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan sananvapaussuojan piirissä.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Vrt. Fiedler 2006, s. 325 sekä Merrill et al. 2001, s. 125–126.

⁵⁴⁸ Esim. Teyssier 2004, s. 243–245. Teyssierin mukaan mainonta noudattaa nykyisellään kestäväntöntä logiikkaa, jossa näkyvyys ja erottuvuus pyritään saavuttamaan menemällä jatkuvasti lähemmäksi hyväksyttävyyden rajoja. Huumoria käytetään tässä yhteydessä verukkeena suvaitsevaisuusvaatimusten laajentamiseksi. Sääntelytavoitteena Teyssier puhuu mainonnan kestävästä kehityksestä, johon kuuluu sosiaalisten velvoitteiden omaehtoinen tunnustaminen mutta myös niiden oikeudellinen suojaaminen.

⁵⁴⁹ Ks. luku 1.3.2.

Vastaava suppean tulkinnan vaatimus liittyy luonnollisesti myös edellä mainittuun kannustamiseen terveyden, turvallisuuden tai ympäristönsuojelun kannalta haitalliseen toimintaan. Koska huomattavan suurella osalla laillisesti markkinoitavista tuotteista ja palveluista voidaan olettaa olevan ennemminkin kielteinen kuin myönteinen vaikutus kuluttajan terveyteen ja turvallisuuteen tai ympäristönsuojeluun, ei kannustamisella voida tässä yhteydessä tarkoittaa ainakaan mainonnalle tyypillisiä ostokehoituksia tai positiivisia mainosmielikuvia. On myös huomattava, että ympäristönsuojelun kannalta haitallista toimintaa on laajasti tulkiten jo kulutus itsessäänkin. Rajat sille, minkälainen mainonta voidaan tai tulisi direktiivin abstraktisti muotoillun säännöksen perusteella kieltää, on viime kädessä määriteltävä nimenomaan mainosviestinnän sananvapaussuojan kautta. Yhteisöjen tuomioistuimen tulkinta unionin oikeuden sananvapaussuojan rajoista tulee käytännössä tarpeelliseksi erityisesti silloin, mikäli joku jäsenvaltioista estää toisesta jäsenvaltiosta peräisin olevien televisiolähetysten tai muiden audiovisuaalisten viestintäpalveluiden lähettämisen alueellaan. Huomionarvoista on kuitenkin se, että direktiivin 2 a artiklassa määritelty, tätä koskeva poikkeusmahdollisuus on kuitenkin rajattu 22 ja 22 a (3 e) artiklan rikkomiseen. Pelkkä mainontaa koskevien ankarampien ilmaisurajoitusten soveltamatta jättäminen ei siten direktiivin perusteella oikeuta ankarampaa tulkintaa noudattavaa jäsenvaltiota puuttumaan sisärajat ylittävään audiovisuaaliseen viestintään. Mikäli jäsenvaltio kuitenkin noudattaa kansallista perusoikeusvaraumaa ja katsoo suojatarpeen olevan olemassa jonkin kansallisen perusoikeuden perusteella, voi tilanne tällöinkin johtaa ristiriitaan perusoikeusjärjestelmien välillä – ja sen kautta mainonnan sananvapaussuojan tarkempaan määrittelytarpeeseen myös unionin oikeudessa.

Yhteisöjen tuomioistuimen tähänastinen ratkaisukäytäntö jättää suurelta osin avoimeksi, missä määrin mainosviestinnän sananvapauden rajoitukset ovat unionin oikeuden mukaisia. Jo voimassa oleva sekundaarioikeus sisältää mainontaa rajoittavia säännöksiä, jotka voivat ainakin laajasti tulkittuna loukata joko ihmisoikeussopimuksen 10 artiklassa tai jäsenvaltioiden valtiosäännöissä turvattua sananvapaussuojaa. Sekundaarioikeuden kehittymisen voidaan tulevaisuudessa olettaa lisäävän tällaisia kollisiotilanteita. Vakiintunutta harkitsevan kuluttajan käsitettä voidaan epäilemättä pitää tässä suhteessa yhtenä myös unionin omaa sekundaarisääntelyä koskevana kontrollimekanismina. On kuitenkin huomattava, ettei kuluttajakäsitteen painotuksilla harmonisoidun oikeuden alalla ole samaa sisämarkkinamerkitystä kuin primäärioikeuden perusvapaussäännösten ja niitä koskevien rajoitussäännösten tulkinnassa. Sekundaarioikeuden tulkinnoissa on sisämarkkinoiden perusvapauksien vaarantumatta mahdollista päätyä huomattavasti rajoittavampiinkin tulkintoihin. Juuri tällaisissa tilanteissa unionin oikeudessa tunnustetun mainosviestinnän sananvapaussuojan sisällöllä on tärkeä merkitys sekä harkitsevan kuluttajan käsitteen että itse sekundaarisäännösten si-

sällön tulkinnalle. Mahdollista on viime kädessä myös mainontaa rajoittavien sekundaarisäännösten kumoaminen sananvapausperusteella.⁵⁵⁰

On muistettava, että harkitsevan kuluttajan käsite ei nykyiselläänkään sisällä empiirisiä arvioita eurooppalaisten kuluttajien medialukutaidosta tai informaatioresursseista, vaan kysymys on unionin oikeudessa hyväksytystä, luonteeltaan normatiivisesta tulkintamallista.⁵⁵¹ Käsitteen tilannekohtainen tulkintasisältö on vastaavasti määritettävä paitsi tarkastellun viestin tavoitteita ja vaikutuksia koskevan arvioinnin, olennaisessa määrin myös viestinnän lähettäjälle, välittäjälle ja vastaanottajalle tunnustettujen oikeuksien kautta. Vastaanottajan oikeuksien osalta unioni on sitoutunut korkeaan kuluttajansuojan tasoon,⁵⁵² mikä sekundaarioikeuden kautta voidaan, kuten edellä on jo todettu, perusvapauksien vaarantumatta toteuttaa myös entistä rajoittavimmin mainossäännöksiin ja tuomioistuimen ratkaisukäytännössä kuluttajan harkitsevuutta entistä vähemmän painottavin tulkinnoin. Mainosviestintää koskeva sananvapausuoja kuuluu tätä sääntely- ja tulkintakompetenssia rajoittaviin unionin valtiosääntöoikeudellisiin reunaehtoihin. Johdonmukaisen perusoikeusvalvonnan suorittaminen unionin oikeuden sisällä palvelee tältäkin osin perus- ja ihmisoikeusjärjestelmien välistä koherenssia. Unionilla on toisaalta oman perusoikeusvalvontansa kautta myös mahdollisuus ylittää ihmisoikeussopimuksen vähimmäisuoja- ja yhdistää riittävä kaupallisen viestinnän vapaus toimivaan kilpailuun sisämarkkina-alueellaan.⁵⁵³ Sekundaarioikeuden laajentuessa tämän perusoikeusvalvonnan kohteeksi lienee kansallisten, mainonnan vapauden ohella sisämarkkinoiden perusvapauksia kaaventavien rajoitussäännösten sijaan entistä useammin otettava unionin omat, tyypillisesti juuri näiden sisämarkkinaesteiden poistamiseksi annetut asetukset ja direktiivit.

2.3.7 Immateriaalioikeuksien ja tietosuojan harmonisointi

Yksi viestintäoikeuden osa-alueista, jolla unionin sekundaarisääntelyllä on nykyisellään huomattavan laaja vaikutus jäsenvaltioissa sovellettavaan aineelliseen oikeuteen, voidaan väljästi nimetä *informaatiota koskeviksi yksinoikeuksiksi*.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ Hyvä testitapaus olisi toteutuessaan ollut edellä tässä luvussa mainittu, komission ehdottama epäsuorien terveysväittämiä kielto elintarvikemainonnassa (KOM(2003) 424 lopullinen). Voimaan tulleesta unionin asetuksesta (EY, n:o 1924/2006) tämä oli lainsäädäntöprosessissa kuitenkin jo poistettu. Ks. Fiedler 2006, s. 321–322.

⁵⁵¹ Ks. esim. edellä viitatus asetuksen EY n:o 1924/2006 perustelukappale 15.

⁵⁵² Tavoite on tunnustettu yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä ja kirjattu nimenomaisesti perusoikeuskirjan 38 artiklaan.

⁵⁵³ Näin mm. Hatje 1993, s. 58–62 sekä Ullmann 1998, s. 85–88; vrt. Fiedler 2006, s. 326.

⁵⁵⁴ On huomattava, että tekijänoikeus suoja – ainakin teknistä suojausta koskeva sääntelyproblematiikka sivuuttaen – ainoastaan teoksen muotoa eikä sen sisältöä. Mikäli sanalla *informaatio* halutaan viitata vain jälkimmäiseen, ei tekijänoikeus sovi tässä annetun nimen alle. Teoksen muoto

Näillä tarkoitetaan yhtäältä *immateriaalioikeuksia* kuten tekijänoikeutta, tavaramerkkioikeutta ja tuotteiden alkuperänimityksien suojaa sekä toisaalta yksityiselämää koskevan tai muun yksilöön liittyvän informaation samoin kuin liikesalaisuuksien välittämistä rajoittavaa *tietosuojaa*. Vaikka nämä kaksi ryhmää oikeuksia eroavat toisistaan olennaisesti sekä taloudelliselta luonteeltaan että niiden tueksi esitetyiltä perus- ja ihmisoikeusperusteluiltaan, niitä turvaavilla säännöksillä on sananvapauden näkökulmasta tarkasteltuna paljon yhteisiä piirteitä. Unionin jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmissä on edellisten lisäksi yleisesti tunnustettu oikeuksia, jotka sijoittuvat luonteeltaan immateriaalioikeuksien ja tietosuojan välille, muodostaen eräänlaisen jatkumon informaatiota koskevista yksinoikeuksista. Nämä oikeudet, joita on tavallisimmin kutsuttu subjektiivisiksi *henkilöoikeuksiksi*,⁵⁵⁵ oikeudeksi omaan kuvaan ja nimeen tai laueammin oikeudeksi julkisuuskuvaan, on lähtökohtaisesti perusteltu henkilön yksityisyyteen liitettyllä itsemääräämisoikeudella. Käytännössä ne ovat kuitenkin turvanneet haltijoilleen myös tekijänoikeuteen rinnastettavan taloudellisen yksinoikeuden omaan henkilöönnsä tekijänoikeuden suojaaman teoksen kaltaisena immateriaaliobjektina.

Informaatiota koskevien yksinoikeuksien, ennen kaikkea tekijänoikeuden suhde sananvapauteen ja kansallisiin perusoikeusjärjestelmiin kokonaisuuksina on viime aikoina ollut runsaasti esillä oikeustieteessä unionin eri jäsenvaltioissa.⁵⁵⁶ Immateriaalioikeudet on perinteisesti nähty eräänlaisena suljettuna järjestelmänä, jota toisinaan on pyritty tukemaan perus- ja ihmisoikeusperusteluihin, mutta jonka ei ole katsottu rajoittavan perusoikeuksien toteutumista. Tekijänoikeus on mielletty ennen kaikkea ja jopa yksinomaan luovan työn kannustimena, joka tukee vapaata viestintäprosessia ja sananvapautta, eikä sen rajoittavia vaikutuksia jokaisen mahdollisuuksiin tallentaa, välittää, muokata ja hyväksikäyttää vastaanottamaansa informaatiota⁵⁵⁷ ole kriittisesti arvioitu sananvapausrajoituk-

on kuitenkin kiistatta tärkeä osa viestintää (paradoksaalisesti jopa osa viestintäisältöä), jota sananvapauden näkökulmasta tarkasteltuna voidaan kutsua informaatioksi.

⁵⁵⁵ Engl. publicity rights / personality rights; ra. droits de la personnalité; sa. Persönlichkeitsrechte. Suomenkielisessä kirjallisuudessa on käytetty myös termiä *persoonallisuus oikeus*. Henkilöoikeuksiin luetaan usein hyvin erityyppisiä oikeuksia: ne on yhdistetty mm. ihmisen kloonauksen kieltoon ja lapsen omaan päätösvaltaan tietyissä asioissa. Tässä käsitellyt henkilöoikeudet voitaisiin tarkemmin nimetä esimerkiksi *viestinnällisiksi henkilöoikeuksiksi*, vaikkakaan tällainen nimitys ei toistaiseksi ole saanut kirjallisuudessa jalansijaa. Termillä henkilöoikeus voidaan henkilön subjektiivisten oikeuksien lisäksi viitata myös oikeudenalaan, johon kuuluu esimerkiksi nimiä, henkilötunnuksia ja henkilöllisyystodistuksia koskeva lainsäädäntö. Kirjoittaja on aikaisemmin julkaissut tutkielman *oikeudesta omaan kuvaan* Suomen oikeudessa (Hoikka 2004).

⁵⁵⁶ Ks. mm. Koillinen – Lavapuro 2002; Rehbinder 2003; Oesch 2005; Mylly 2005; Cohen Jehoram 2004, Torremans 2004; Geiger 2004a ja 2004b; Barendt 2005b sekä Edelman 2002. Ks. Suomen oikeudesta erityisesti eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 7/2005 vp.

⁵⁵⁷ Uudelleenmuokkauksesta kulttuurisena prosessina ja tekijänoikeuden vaikutuksista tämän prosessin esteenä esim. Macmillan 2005.

sina. Viestinnän digitalisoituminen ja siihen liittyvä tekijänoikeuksien suojararve uusine entistä rajoittavampine suojaeinovaatimuksineen⁵⁵⁸ on kuitenkin nopeasti kärjistänyt oikeuksien kollisioaluonnetta.⁵⁵⁹ Useiden arvioiden mukaan tekijänoikeussuojan sisältö on jäänyt jälkeen paitsi tuomioistuinten tunnustaman sananvapauskäsitteen, myös sitä koskevan kansalaisten oikeustajun kehityksestä.⁵⁶⁰ Nämä ongelmat eivät ole suoranaisesti liittyneet Euroopan integraatioon eivätkä siihen kuuluneeseen unionin sekundaarioikeuden laajentumiseen immateriaalioikeuden alalla: voidaan sanoa, että Euroopan unioni ei ole luonut ongelmia, vaan ennemminkin perinyt ne lainsäädännön lähentämisen kautta jäsenvaltioiltaan. Sisämarkkinoiden toimintakyvyn turvaaminen on edellyttänyt olemassa olevan säännösten pitkälle menevää yhdenmukaistamista, jolloin unionin sekundaarioikeudesta on tullut keskeinen osa perinteisen järjestelmän voimassa olevaa kodifikaatiota. Immateriaalioikeuksien tasapainottamisesta sananvapauden kanssa on siten jo nykyisellään tullut mahdotonta ilman nimenomaan unionin oikeudessa tapahtuvia säännösmuutoksia tai niiden tulkintoja muuttavia perusoikeusratkaisuja. Tietosuojalainsäädännön lähentämiseen, jota on pidetty eräänlaisena unionin oikeuden läpimurtona kokonaan sisämarkkinakontekstin ja taloudellisen sääntelyn ulkopuolelle,⁵⁶¹ liittyy tietysti mielessä hyvin samanlainen asetelma – siitäkin huolimatta, että immateriaalioikeuksien taloudellisen suojararpeen korvaa yksityisyyteen yhdistetty henkilötietojen suojararve. Molemmat yksinoikeustyypit antavat unionin sekundaarioikeudessa tehokkaasti suojarattuna yhä vähemmän tilaa vapaata viestintää turvaaville poikkeuksille.⁵⁶²

⁵⁵⁸ Ks. teknisten suojaeinoiden luomista ongelmista vapaalle tiedonvälitykselle erityisesti McLeod 2005, s. 270–327.

⁵⁵⁹ Kemppinen (2006, s. 473 ja 490) toteaa lisäksi, että unionin oikeuden matala omaperäisyysvaatimus tekijänoikeussuojan tunnustamisessa on tehnyt tekijänoikeudesta vähitellen tavaramerkkioikeutta, mikä johtaa entistä suurempiin rajoituksiin teosten vapaassa käytössä ja uudelleenmuokkauksissa.

⁵⁶⁰ Ks. esim. Barendt 2005a, s. 247–267; Geiger 2004b sekä Mylly 2005, s. 215–216.

⁵⁶¹ Näin mm. Ahti Saarenpää viestintäoikeusprojektin kokouksessa 2005. Ylikansallista tietosuojasääntelyä voidaan kieltämättä pitää hyvänä malliesimerkinä mm. Dietzin – Wienerin (2004, s. 8) kuvaamasta Euroopan integraation *spillover*-ilmiöstä. Ks. kotimaisesta kirjallisuudesta Raitio 2006, s. 93–97; Jääskinen 2007, s. 88 sekä Tiilikainen 2007, s. 41–44.

⁵⁶² Se, että vapaat käyttöoikeudet on tekijänoikeudessa totutusti nimetty poikkeuksiksi, antaa jo itsessään aiheita kysyä, tulisiko niitä myös poikkeuksina soveltaa suppeasti. Mikäli pääsäännöksi otetaan sananvapaus, on itse asiassa tekijänoikeus sitä koskeva poikkeus, jota tulisi ehkä soveltaa suppeasti ja sen poikkeuksia vastaavasti sananvapautta turvaavina oikeuksina laajasti. Ks. mm. Koillinen – Lavapuro 2002; Geiger 2004b sekä Barendt 2005a, s. 247–267. Barendt pitää järjettömänä, että joissakin tilanteissa sananvapautta saadaan tehokkaammin rajoitettua tekijänoikeuskantein kuin vetoamalla saman viestintäisällön yksityiselämää tai ihmisarvoa loukkaaviin ominaisuuksiin. Tunnettu esimerkki Saksasta on Adolf Hitlerin teoksen ”Taisteluni” tekijänoikeuden nykyisen haltijan, Baijerin osavaltion, tekijänoikeuteen perustuvat kiellot valmistaa teoksesta kappaleita tai myydä niitä.

Unionin immateriaalioikeuksia koskeva sekundaarioikeus toimii monessa soveltamistilanteessa esteenä mahdollisille kansallisiin perusoikeuksiin perustuville, yksilön sananvapausuojaa vahvemmin painottaville tulkinnoille. Tilanteissa, joissa argumentteja toisenlaiseen punnintaratkaisuun esimerkiksi tekijän taloudellisen oikeuden ja viestinnän vastaanottajien oikeuksien välillä olisi olemassa, ovat jäsenvaltiot sidottuja yhteisöjen tuomioistuimen tekemiin tulkintoihin. Vaarana tällöin on, että osa jäsenvaltioista joutuu rikkomaan unionin oikeutta vastaan soveltamalla kansallista perusoikeusvaraamaa. Yhteisöjen tuomioistuimen kynnys sisämarkkinoiden perusvapauksia turvaavan selkeän harmonisoidun säännösten muokkaamiseen yksittäisillä perusoikeustulkinnoilla on toisaalta erittäin korkea. Unionille on tämän vuoksi tavallaan langennut perinteistä immateriaalioikeuskäsitystä puolustava ja uudelleen määriteltyjä sananvapausvaatimuksia vastustava rooli eurooppalaisessa valtiosääntöasetelmassa. Tätä ongelmaa havainnollistaa hyvin yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Laserdisken* vuodelta 2006, jossa käsiteltävänä oli Euroopan talousalueen ulkopuolella markkinoille saatettujen videotallenteiden maahantuonti ja välitys yleisölle Tanskassa:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Laserdisken* (C-479/04, 12.9.2006): [...] *jos tietojen vastaanottamista koskevan vapauden osalta oletetaan, että direktiivin 2001/29 4 artiklan 2 kohdassa säädetyllä sammumisesta koskevalla säännöllä voidaan rajoittaa tätä vapautta, Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 2 kappaleesta ilmenee kuitenkin, että kyseisen artiklan 1 kappaleessa taattujen vapauksien osalta voidaan asettaa tiettyjä rajoituksia [...] Esillä olevassa asiassa tietojen vastaanottamista koskevan vapauden väitetty rajoittaminen on perusteltu, kun otetaan huomioon tarve suojata tekijänoikeuden kaltaisia henkistä omaisuutta koskevia oikeuksia, jotka kuuluvat omaisuuden suojaan piiriin.* Tästä seuraa, että sananvapauden loukkaamista koskeva väite on hylätävä.⁵⁶³

Tuomioistuin katsoi ensinnäkin väitteen siitä, että sääntö tekijänoikeuden ja lähi-oikeuksien alueellisesta sammumisesta voisi rajoittaa myös *tekijän sananvapautta*, ilmeisen perusteettomaksi, koska tekijällä oli halutessaan mahdollisuus saattaa teoksensa myös Euroopan talousalueen markkinoille.⁵⁶⁴ Vaikka tällainen tulkinta luonnollisestikin sivuuttaa ongelmat varsinaisen tekijän ja teoksia markkinoivan tekijänoikeuksien haltijan sopimussuhteen mahdollisista vaikutuksista tosiasialliseen sananvapauteen, sitä voidaan jo tekijän yksityisautonomian ja siviilioikeuden yleisten oppien näkökulmasta pitää varsin perusteltuna. Paljon

⁵⁶³ Ratkaisun kohdat 64–66, kursivoinnit kirjoittajan. Tanskalainen tuomioistuin tiedusteli ennakkoratkaisupyyntönsä 2. kysymyksessä erityisesti, voiko jäsenvaltio, joka kansallisten oikeudenhaltijoiden suojaamiseksi kilpailulta haluaa toivottua enemmän painottaa sananvapauden huomioonottamista ja sitä, että kulttuurituotteet ovat kansalaisten saatavilla, poiketa direktiivin säännöstä.

⁵⁶⁴ Ratkaisun kohta 63.

ongelmallisempi sen sijaan oli tuomioistuimen lähes yhtä yksioikoinen toteamus säännöksen vaikutuksista viestinnän vastaanottajan, elokuvia katsovan yleisön sananvapauteen. Tuomioistuin jätti ratkaisussaan tarkoituksella ottamatta kantaa siihen, voiko tekijänoikeuden sammumista koskeva sääntö yleensäkin edes rajoittaa sananvapautta, mutta totesi tämän jälkeen tarkemmin perustelematta, että omaisuudensuojaan kuuluvan tekijänoikeuden suojarave joka tapauksessa oikeuttaisi tällaisen rajoituksen. Pidättyvyys kannanotosta kollision olemassaoloon lienee tulkittava ainakin osin ihmisoikeustuomioistuimen toimivallan kunnioittamiseksi, sillä sananvapauteen oli kanteessa vedottu nimenomaan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan perusteella eikä esillä olleesta tulkintakysymyksestä ollut ratkaisuhetkellä vielä käytössä ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä. Toisaalta voidaan myös olettaa, ettei tuomioistuin tietoisestikaan halunnut postuloida uutta unionin oikeutta koskevaa perus- ja ihmisoikeusongelmaa omasta aloitteestaan, toisin sanoen jo ennen kuin se olisi välttämätöntä perusoikeusjärjestelmien välisen, olemassa olevan ristiriitatilanteen poistamiseksi. Koska unioniperusoikeuksien suojaratsoissa voidaan ylittää ihmisoikeussopimuksen turvaama vähimmäissuojataso, kuten yhteisöjen tuomioistuimen vallitsevassa perusoikeusdoktriinissa⁵⁶⁵ ja unionin perusoikeuskirjan 52 artiklassa on todettu, ei kollision tunnistamiselle olisi ainakaan ollut mitään estettä. Tämä olisi epäilemättä saanut ratkaisussa sananvapauden ja omaisuudensuojan välillä suoritettun lyhyen punninnan näyttämään vielä hatarammin perustellulta.

Laserdisken-ratkaisussa käsitelty välitystoiminta teki tanskalaiselle yleisölle mahdolliseksi tutustua elokuvateoksiin, joita ei muuten ollut saatavilla Tanskasta eikä muualtakaan unionin sisämarkkina-alueelta. On ilmeistä, että toiminta palveli yleisön oikeutta vastaanottaa tietoja ja ajatuksia alueellisista rajoista riippumatta. Samalla se toisaalta rajoitti tekijänoikeuden haltijoiden mahdollisuutta päättää teosten tuomisesta alueellisille markkinoille ja siten heidän oikeuksiaan hyödyntää teoksiaan. Tämä varmasti ainakin jossakin määrin vähensi luovan työn kannustinvaikutusta ja siten myös tekijän sananvapautta. Logiikka, jota tuomioistuimen perustelut näyttivät noudattavan, oli omaisuudensuojan ehdoton ja tarkemmin perustelematon etusija suhteessa yleisestikin rajoituksille alistettuun sananvapauteen. Tarkasteltavana oli kuitenkin aito kollisiontilanne kahden perusoikeuden välillä, joista kumpaakin voidaan välttämättömästä syystä suhteellisuusperiaatteen mukaisesti toisen eduksi rajoittaa ja jossa päinvastainenkin lopputulos olisi voinut olla perusteltu. Sananvapaussuojaa painottava ratkaisu olisi voinut johtaa esimerkiksi pakkolisenssisääntöihin tilanteissa, joissa tekijänoikeuden haltija ei itse tuo teoksiaan Euroopan markkinoille. Toinen vastaava mahdollisuus olisi ollut liittää toiminnan taloudelliseen arvoon jonkinlaisia *de*

⁵⁶⁵ Ks. luku 1.1.1.

minimis -kynnyksiä sammumissääntöä sovellettaessa. Mahdollisesta perusoikeuksien välisestä tasapainosta⁵⁶⁶ sovellettaessa direktiivin sammumissääntöä poikkeuksetta tuomioistuin ei ratkaisussaan lausunut mitään. Signaali, jonka tuomioistuin *Laserdisken*-ratkaisullaan antoi, oli ennemminkin tekijänoikeussuojan immuniteetti sananvapausvaatimuksia vastaan unionin oikeudessa.⁵⁶⁷

Kollisio muiden varsinaisten immateriaalioikeuksien ja sananvapauden välillä ei kosketa viestintään osallistujia yhtä laajasti ja yleisesti kuin tekijänoikeussuojaan kuuluvat yksinoikeudet. Mainosviestinnän sananvapauden kannalta tarkasteltuna saattaa kuitenkin myös esimerkiksi unionin *tavaramerkkioikeudella* ja *tavaroiden suojattuja alkuperänimityksiä* koskevalla säännöstöllä olla rajoittavia vaikutuksia ainakin verrattuna harmonisointia edeltäneeseen kansalliseen oikeuteen. Toimivat sisämarkkinat edellyttävät yhtenäistä suojamekanismia nimityksille, joiden käyttö kansallisilla markkinoilla on monesti ollut vapaampaa. Joissakin tilanteissa voidaan myös argumentoida, että samojen nimitysten merkitykset vaihtelevat eurooppalaisissa kielissä niin paljon, että joidenkin alkuperänimitysten unionin laajuinen suojaaminen estää kohtuuttomasti muissa jäsenvaltioissa jo tavanomaisten, yleisnimiksi vakiintuneiden nimikkeiden käyttöä tuotemerkinnöissä ja mainonnassa. Tätä kuvaa yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu Saksa ja Tanska vastaan komissio vuodelta 2005, jossa tarkasteltiin juustolajia ja alkupe-
rää koskevan nimityksen ”feta” käyttöä:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Saksa ja Tanska vastaan komissio* (C-465/02 & C-466/02, 25.10.2005): [...] riidanalaisen asetuksen johdantoosan 19 perustelukappaleesta käy ilmi, että Kreikassa vuosikulutuksen henkeä kohden on yli 85 prosenttia yhteisön kulutuksesta. [...] Fetan *kulutuksen osuuden* tähän jäsenvaltioon. [...] Enemmistö kreikkalaisista kuluttajista katsoo, että nimityksellä ”feta” on maantieteellinen lisämerkitys, eikä se ole yleisnimi. Sitä vastoin näyttää siltä, että Tanskassa enemmistö kuluttajista kannattaa kyseisen nimityksen *yleisnimeen liittyvää lisämerkitystä*. Yhteisöjen tuomioistuimella ei ole käytettävissään vartenotettavia tietoja muiden jäsenvaltioiden osalta. Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt seikat osoittavat myös, että muissa jäsenvaltioissa kuin Kreikassa fetaa markkinoidaan säännöllisesti sellaisilla *pakkausmerkinnöillä varustettuna, jotka viittaavat kreikkalaisiin kulttuuriperinteisiin ja sivistykseen*. Tästä on aiheellista tehdä se

⁵⁶⁶ Vrt. eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 7/2005 vp. Lausunnon perusteella ajatusta tekijänoikeuden tasapainottamisesta yleisön ja teosten käyttäjien sananvapauden kanssa voidaan pitää Suomen tekijänoikeuslainsäädännön yhtenä tulkinnallisena lähtökohtana. Vastaavaa ei ainakaan *Laserdisken*-ratkaisun perustelujen valossa voida toistaiseksi sanoa unionin oikeudesta.

⁵⁶⁷ Vrt. Mylly 2005, s. 215–216. Myllyn mukaan muutos tekijänoikeussääntöjen tasapainottamiseksi sananvapauden kanssa on odotettavissa ennemminkin kansallisen oikeuden kuin unionin oikeuden tasolta (ks. tässä yhteydessä Suomesta etenkin eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 7/2005 vp.).

johtopäätös, että kyseisten jäsenvaltioiden kuluttajat mieltävät fetan juustoksi, *joka yhdistetään Helleenien tasavaltaan, vaikka todellisuudessa se on tuotettu muussa jäsenvaltiossa*. Näillä fetan kulutukseen jäsenvaltioissa liittyvillä eri seikoilla voidaan osoittaa, että nimitys ”feta” ei ole luonteeltaan yleinen.⁵⁶⁸

Argumentteja molempiin suuntiin, osin myös varsin perusteellisia etymologisia ja historiallisia analyysejä, tuotiin asiassa esille poikkeuksellisen runsaasti. Koska kyse oli sekundaarioikeuteen kohdistuvasta kumoamiskanteesta, tuomioistuimien keskittyi perusteluissaan arvioimaan sitä, oliko komissio suorittanut feta-nimitystä koskevan arviointinsa asianmukaisesti käsiteltävänä olleeseen asetukseen (EY) n:o 1829/2002 liittämässään perusteluissa. Pääargumentteina alkuperänimisuojan tunnustamiseksi tuomioistuimen ratkaisussa tulivat esille yhtäältä juustolajin kulutuksen keskittyminen Kreikkaan ja toisaalta sekä eurooppalaisten kuluttajien että juuston markkinoijien toiminnasta välittyvä ilmeinen assosiaatioyhteys fetan ja Kreikan välillä. Riittämättömiksi vasta-argumenteiksi tuomioistuimien puolestaan katsoi fetan tuotannon useissa unionin jäsenvaltioissa sekä Kreikkaa ympäröivissä muissa valtioissa samoin kuin kanteessa esitetyn harkitsevan kuluttajan kyvyn erottaa juustolajin ja sen alkuperän nimitykset – aidon kreikkalaisen feta-juuston ja muun (kreikkalaistyypin) feta-juuston – toisistaan. Ilmaisuihin *yleisnimeen liittyvä lisämerkitys* lienee ymmärrettävä nimenomaan osoitukseksi kuluttajien tekemästä erottelusta varsinaisen alkuperänimen ja tietyltä alueelta peräisin olevan valmistustavan välillä. Tavanomaiseksi muodostunut fetan markkinointi kreikkalaisuuteen liittyvin graafisin symbolein katsottiin perusteluissa jopa kuluttajaa harhaanjohtavaksi.⁵⁶⁹ Sikäli kun kuluttajan harkitsevuus kuitenkin tässä tarkastelussa aliarvioitiin, rajoitettiin varsin kevyin perustein merkittävän Kreikan ulkopuolisen tuottajasektorin oikeutta nimetä tuotteensa niiden valmistustapaa vastaavalla nimikkeellä. Suhteellisuuspunnintaa mainosviestinnän sananvapauden rajoituksena tuomioistuimen argumentaatio ei välttämättä tästä näkökulmasta arvioituna olisi kestänyt.

Unionin *tietosuojaa* koskeva sääntelyongelma muistuttaa läheisesti edellä mainittua tekijänoikeutta koskevaa ongelmaa. Vaikka suojattava yksilön intressi liittyi luovan työn ja julkaisuutoiminnan kannustamisen sijaan ensisijaisesti yksityisen informaation salassapitotarpeeseen, päädyttiin tietosuojan harmonisoinnissa tekijänoikeuden kaltaiseen oikeussuojan tehostamiseen ilman sen johdonmukaista tasapainottamista sananvapaussuojan kanssa. Henkilötietojen käytön oikeudellisten edellytysten yhdenmukaistaminen sisämarkkina-alueella oli tärkeää paitsi rajojen avautumisesta aiheutuvien tietosuojariskien kompensoimiseksi, myös sisäraajat ylittävän, henkilötietoja käyttävän markkinoinnin helpotta-

⁵⁶⁸ Ratkaisun kohdat 85–89, kursivoinnit kirjoittajan.

⁵⁶⁹ Ratkaisun kohta 90.

miseksi. Aikaisempia kansallisia säännöksiä korkeampi henkilötietojen suojataso oli yksi jäsenvaltioiden selvistä lähtökohdista unionin harmonisoinnin hyväksymiseksi. Sananvapauden toteutuminen direktiivien soveltamisalalla jäi siten viime kädessä direktiivien sanamuotoa kaventavien tulkintojen varaan. Merkittävä ennakkotapaus tässä suhteessa oli yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Lindqvist*, jossa tuomioistuin antoi kansalliselle tuomioistuimelle valtuutuksen henkilötietodirektiivin (95/46/EY) säännösten sananvapausvalvontaan:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Lindqvist* (C-101/01, 6.11.2003): [...] Direktiivin 95/46/EY osalta todettakoon, että sen säännökset ovat välttämättä *suhteellisen yleisiä*, koska sitä on voitava soveltaa suureen määrään hyvin erilaisia tilanteita. [...] Direktiivissä on täysin perustellusti sääntöjä, jotka ovat luonteeltaan joustavia, ja siinä jätetään jäsenvaltioille useissa tapauksissa valta määrätä yksityiskohdista tai valita eri vaihtoehtojen välillä. [...] Kyseessä olevien *oikeuksien ja intressien välinen asianmukainen tasapaino* onkin toteutettava pikemminkin toteutettaessa *kansallisella tasolla* sitä kansallista sääntelyä, jolla direktiivi [...] pannaan täytäntöön. Tässä yhteydessä perusoikeuksilla on erityinen merkitys, kuten voidaan havaita esillä olevasta asiasta, jossa tasapaino on löydettävä yhtäältä Lindqvistin sananvapauden, jota hän on käyttänyt työssään rippikoululaisten ohjaajana, ja vapauden osallistua uskonnolliseen toimintaan ja toisaalta niiden henkilöiden yksityiselämän suojan välillä, joita koskevia tietoja Lindqvist oli laittanut Internet-sivulleen. [...] *Direktiivin 95/46/EY säännökset eivät sellaisenaan sisällä sananvapautta* koskevan yleisen periaatteen tai muiden, erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaa vastaavien Euroopan unionissa voimassa olevien oikeuksien ja vapauksien *vastaisia rajoituksia*. Direktiivin [...] täytäntöönpanevan kansallisen sääntelyn soveltamisesta vastaavien kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten tehtävänä on taata kyseessä olevien oikeuksien ja intressien, yhteisön oikeusjärjestyksessä suojatut perusoikeudet mukaan lukien, välinen asianmukainen tasapaino.⁵⁷⁰

Asiassa oli tarkasteltavana seurakunnan työntekijän omalla ei-kaupallisella verkkosivullaan työtovereistaan julkistamia tietoja, kuten osoitteita, puhelinnumeroita sekä lyhyitä henkilökuvauksia. Verkkosivu sisälsi lisäksi tietoja erään työtoverin tapaturmasta ja siitä aiheutuneesta sairauspoissaolosta seurakunnan toiminnasta. Koska julkaisemista internetissä ei ollut unionin henkilötietodirektiivissä erityisesti säännelty,⁵⁷¹ kansallinen tuomioistuin oli epävarma useasta direktiivin soveltamisesta koskevasta kysymyksestä. Kaikki tapauksen soveltamisongelmista eivät kuitenkaan liittyneet uuteen julkaisutapaan, sillä avoimeksi oli suurelta osin jäänyt myös direktiivin kieltoäännösten suhde sananvapausuojaan. Vaikka

⁵⁷⁰ Ratkaisun kohdat 86–89 ja 93, kursivoinnit kirjoittajan.

⁵⁷¹ Unionin henkilötietosääntelyä täydennettiin vuonna 2002 erityisellä sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivillä (2002/58/EY).

säännökset ovat abstraktiotasoltaan varsin korkeita, ne on kuitenkin osin kirjoitettu henkilötietojen käsittelyä koskeviksi ehdottomiksi kielloiksi tai käsittely on sidottu tiettyihin tarkemmin määriteltyihin edellytyksiin. Direktiivin 8 artiklan 1 kohdan pääsäännön mukaan *jäsenvaltioiden on kielletävä* mm. terveyttä koskevien tietojen käsittely; poikkeukset tähän pääsääntöön on nimenomaisesti lueteltu 8 artiklan muissa kohdissa. *Lindqvist*-tapaukseen mikään näistä poikkeuksista ei kuitenkaan suoraan soveltunut,⁵⁷² joten kansallisen harkintavaran, johon yhteisöjen tuomioistuin ratkaisussaan viittasi, oli ainakin sananvapauden eduksi toteuduttava säännöksen sanamuodon mukaista merkitystä supistamalla. Koska direktiivin tarkoituksena on sen 1 artiklan 1 kohdan mukaan se, että ”henkilötietojen käsittelyssä luonnollisille henkilöille turvataan heidän perusoikeutensa ja -vapautensa ja erityisesti heidän oikeutensa yksityisyyteen”, voidaan tällaista, tarvittaessa sananmuotoa supistavaakin tulkintaa toisaalta pitää myös jo direktiivin tekstissä sallittuna. Tähän tuomioistuin ei kuitenkaan ratkaisussaan viitanut.

Sisämarkkinoiden perusvapauksien näkökulmasta huomionarvoista *Lindqvist*-ratkaisussa on varsinkin se, että tuomioistuin tunnusti selvästi direktiivin säännösten yleisyyden ja painotti vahvasti kansallista harkintavaraa niiden implementoinnissa. Pääasian vastaaja oli asiassa sinänsä varsin perustellusti kritisoinut direktiivin säännösten yleisyyttä sananvapausrajoitusten täsmällisyys- ja ennakoitavuusvaatimusten perusteella,⁵⁷³ mutta yhtä hyvin joustamista niiden yhdenmukaisesta soveltamisesta voitaisiin kritisoida myös perusvapauksien tehokkaan suojan kannalta. Kansallinen sananvapausvalvonta merkitsi tapauksessa poikkeusta minimiharmonisoinnille tyypilliseen logiikkaan nähden vastakkaiseen suuntaan eli kavennusta direktiivissä määriteltyyn tietosuojan vähimmäissuojatasoon. Kuten tuomioistuimen varsin epävarma argumentaatio direktiivillä saavutetuista sisämarkkinatavoitteista⁵⁷⁴ jo osoittaa, ei sananvapauden ja yksityiselämän suojan välisen perusoikeuspunninnan jättäminen kansalliselle tasolle välttämättä ollut perusvapauksien tehokkaan turvaamisen kannalta paras mahdollinen direktiivin tulkinta. *Lindqvist*-ratkaisun soveltamistilanne koski toisaalta erityisen pienimuotoista, ei-kaupallista ja yksityishenkilön mitä todennäköi-

⁵⁷² 8 artiklan 4 kohdan mukaan jäsenvaltiot tosin voivat tärkeää yleistä etua koskevasta syystä tarvittavat suojatoimet huomioon ottaen toteuttaa muita kuin 2 kohdassa säädettyjä poikkeuksia joko kansallisella lailla tai valvontaviranomaisen päätöksellä. Olisi ehkä mahdollista tulkita tässä mainittua lain käsitettä myös siten, että se kattaa myös ennen direktiivin voimaantuloa annetun kansallisen lainsäädännön perustuslakeineen ja kansallisine perusoikeussäännöksineen. Tällaista tulkintaa ei kuitenkaan *Lindqvist*-ratkaisussa esitetty eikä se perusoikeussäännösten korkean abstraktiotason ja 8 artiklan 6 kohdassa säädetyn ilmoittamisvelvollisuuden valossa myöskään vaikuta direktiivin systematiikan mukaiselta.

⁵⁷³ Ks. ratkaisun kohdat 76 ja 86.

⁵⁷⁴ Ratkaisun kohdat 83–86.

simmin hyvässä uskossa harjoittamaa viestintää, mikä luonnollisestikin pienentää ratkaisun merkitystä direktiivin tulkinnassa sisämarkkinoiden kannalta tärkeämissä tilanteissa, joissa on kyse esimerkiksi henkilötietojen käsittelystä unionin sisäraajat ylittävässä markkinoinnissa. Sananvapautta turvaavan, ratkaisussa käsitellyn tyyppiseen viestintään rajatun poikkeuksen direktiivin kielto-säännöksiin olisi yhteisöjen tuomioistuin voinut itsekkin määritellä, jolloin kasvannus unionin tietosuojasäännösten ennakoitavuuteen olisi epäilemättä jäänyt pienemmäksi. Sitä, ettei tuomioistuin voinut tulkita henkilötietodirektiivin 8 artiklaa *Laserdisken*-ratkaisun tekijänoikeustulkinnan tavoin immuuniksi sananvapausvaateille siksi, että henkilötietodirektiivillä turvattiin perusoikeutta yksityiselämän suojaan, voidaan pitää *Lindqvist*-ratkaisun tilannekohtaisten olosuhteiden perusteella eräänlaisena selvönä. Kiellon täysin joustamaton tulkinta olisi voinut juuri käsitellyssä yksittäistapauksessa johtaa ilmeiseen kohtuuttomuuteen viestijän kannalta. Vaikka ratkaisussa juuri tästä syystä myös tunnustettiin sananvapausvalvonnan tarve vain pienessä osassa direktiivin soveltamisalaa, sen merkitystä osana unionin oikeuden sananvapausdoktriinia ei ole syytä väheksyä. Ratkaisu on vähintäänkin osoitus siitä, että sananvapausvalvonta koskee unionin sekundaarioikeutta silloinkin, kun sen sanamuodoltaan selvien säännösten tavoitteeksi on määritelty toisten perusoikeuksien turvaaminen.⁵⁷⁵ Tätä lähtökohdtaa ei tuomioistuin toisaalta tekijänoikeuden osalta *Laserdisken*-ratkaisun perusteluissa näyttänyt tunnustavan.

Yksityisyyden suojan ja immateriaalioikeuksien välille sijoittuvia *henkilöoikeuksia* ei toistaiseksi ole unionin sekundaarioikeudessa harmonisoitu. Viestinnän sisämarkkinoiden näkökulmasta harmonisointi olisi varmasti tarkoituksenmukaista ja kuuluisi siten varmasti myös unionin toimivaltaan yhteisön perustamissopimuksen 95 artiklan⁵⁷⁶ perusteella. Jäsenvaltioiden toisistaan poikkeavat säännökset ja tulkinnat erityisesti henkilöiden kuvien ja nimien laillisesta käytöstä viestinnässä aiheuttavat jatkuvasti oikeudellisia riskejä sisäraajat ylittävälle joukkoviestinnälle. Useissa tapauksissa sisämarkkinoiden perusvapauksien kunnioittaminen on toisaalta johtanut kansallisen oikeuden loukkauksien sietämiseen toisista jäsenvaltioista peräisin olevissa tiedotusvälineissä ja siten kotimaisten joukkoviestintätoimijoiden syrjintään varsinkin aikakauslehtimarkki-

⁵⁷⁵ *Lindqvist*-ratkaisua muistuttaa tässä suhteessa läheisesti piakkoin yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi tuleva asia *Satakunnan Markkinapörssi (C-73/07)*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 8.5.2008), jossa käsitellään suomalaisten verotietojen julkaisemista tietosuojadirektiivin tulkinnan näkökulmasta. Julkisasiamies Kokott ehdottaa *Lindqvist*-ratkaisun kaltaista pidättyvyyttä ja direktiivin tulkintaan sisältyvän sananvapauspunninnan jättämistä kansalliselle tuomioistuimelle.

⁵⁷⁶ Uudistusopimuksen voimaantulon jälkeen 94 artikla sopimuksessa Euroopan unionin toiminnasta.

noilla.⁵⁷⁷ Henkilöoikeuksille annettu oikeussuoja poikkeaa jäsenvaltioissa muun muassa suoja-ajaltaan, siirtokelpoisuudeltaan, vaadituilta tunnistettavuuskriteereiltään ja suojatuilta käyttötavoiltaan. Jäsenvaltiokohtaisia eroja on myös siinä, minkälaista liityntää välitetyn informaation ja henkilön yksityiselämän välillä oikeussuojan antaminen edellyttää.⁵⁷⁸ Oikeuksien taloudellinen kokonaismerkitys sisämarkkinoiden toimintaan lienee kuitenkin toistaiseksi arvioitu niin pieneksi suhteessa harmonisointitehtävän monimutkaisuuteen, ettei alan lainsäädännön lähentämistä ole vielä unionin oikeudessa suunniteltu. Erityisesti henkilöoikeuksien toisistaan eroavat liitännät kansallisiin perusoikeuksiin – osassa jäsenvaltioita jopa henkilöoikeuksien asema itsenäisinä perusoikeuksina – tekee harmonisoinnista riskin perusoikeusjärjestelmien yhteensopivuudelle.

Henkilöoikeuksien alkuperäinen oikeusperusta liittyy kiistatta tarpeeseen kunnioittaa yksityisyyttä. Toteutunut oikeussuoja on kuitenkin mahdollistanut tietyissä rajoissa myös henkilön julkisuuskuvan ja siihen kytkeytyvän kaupallisen ja sosiaalisen arvon oikeudellista hallintaa. Sähköisen viestinnän kehittyessä yksilön oikeusturvaintressien voidaan arvioida kehittyneen vähitellen juuri laajenevien henkilöoikeuksien suuntaan. Perinteinen rajausongelma julkisen ja yksityisen informaation välillä on saanut seurakseen vaatimuksia eräänlaisesta viestinnällisestä itsemääräämisoikeudesta, jokaisen subjektiivisesta oikeudesta määrätä jollakin tavalla siitä, millä tavalla hänet joukkotiedotusvälineissä – nykyään myös yhä laajempaa henkilöpiiriä koskevissa ja yhä helpommin haettavissa olevissa verkkosivusisällöissä – kuvataan. Koska kattavaa tämännäköistä oikeutta ei toistaiseksi ole olemassa, kohdistuu varsinkin kunnianloukkaus- ja tietosuojasäännösten tulkintaan uudenlaisia laajentamispaineita. Sananvapauden näkökulmasta tällaista ennustettua siirtymistä *yksityiselämän suojaamisesta viestinnälliseen itsemääräämiseen* on pidettävä erittäin ongelmallisena, varsinkin silloin, jos subjektiivisten oikeuksien katsotaan kattavan määräysvaltaa sellaisten tavanomaiseen viestintään kuuluvien elementtien käytöstä, kuten henkilöitä julkisissa tilanteissa tai julkisilla paikoilla esittävät valokuvat, äänitteet tai tekstilainaukset.⁵⁷⁹ Unionin oikeuden näkökulmasta ongelma näyttöytyy hyvin samankaltaisena kuin immateriaalioikeus- ja tietosuojasääntelyinkin lähentäminen: yhteis-

⁵⁷⁷ Tyypillinen esimerkki on Isossa-Britanniassa julkaistavien aikakauslehtien myynti Ranskassa, jossa laajasti tulkittu oikeus omaan kuvaan estää kotimaisia aikakauslehtiä julkaisemaan vastaavaa yksityistä informaatiota.

⁵⁷⁸ Ks. esim. Carty 2004; Ohly 2004; Lemmens 2003 sekä Marquesinis et al. 2004. Kirjoittaja on tehnyt aiheesta oikeusvertailevan tutkimuksen ”Persönlichkeitsrechtschutz als Binnenmarkthin-dernis” LL.M. Eur. Int. -lopputyönään Dresdenin teknillisessä yliopistossa vuonna 2005. Tutkimusta ei toistaiseksi ole julkaistu.

⁵⁷⁹ Ks. Edelman 2001, s. 178; Lepage 2002, s. 106–110 sekä Bigot 2005, s. 7–12. Yksityisyystarpeen muuntumista viestinnälliseksi itsemääräämistarpeeksi kuvasi varsin osuvasti jo 30 vuotta sitten Richard Posner artikkelissaan ”the right of privacy”. Posnerin oikeustaloustieteellisen argumentaation mukaan henkilöoikeuksien (ja itse asiassa myös koko yksityiselämän suojan) eksterna-

ymmärrys harmonisoinnista lainsäädäntöeroista aiheutuvien sisämarkkinaesteiden poistamiseksi voitaisiin todennäköisesti saavuttaa vain sellaisilla sekundaarisäännöksillä, jotka entistä tehokkaammin suojaavat henkilön itsemääräämisoikeutta ja tuovat siten mitä ilmeisimmin mukanaan uusia sananvapausongelmia.⁵⁸⁰

Tuleva eurooppalaisen sananvapausdoktriinin kehitys riippuu paljon siitä, missä perus- tai ihmisoikeusjärjestelmässä uusia rajoituksia immateriaalioikeuksiin, tietosuojaan tai erilaisiin henkilöoikeuksiin sananvapauden eduksi ensimmäisenä tunnustetaan. Kuten yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Lindqvist* osoittaa, tietosuojan osalta säännösten tulkinnallinen kaventaminen on jo unionin oikeudessa osin mahdollista. Tekijänoikeudessa avauksen voi yhteisöjen tuomioistuimen *Laserdisken*-ratkaisun valossa ennakoida tulevan ennemminkin joko kansallisten perusoikeusvaraumien tai ihmisoikeustuomioistuimen kautta. Oma merkityksensä kollisioratkaisemiselle on epäilemättä myös sillä, että immateriaalioikeudet ja henkilötietojen suoja tunnustetaan perusoikeuskirjan 8 artiklassa sekä 17 artiklan 2 kohdassa unioniperusoikeuksiksi.⁵⁸¹ Ihmisoikeussopimuksen suojataso on unioniperusoikeuksien suojatasossa mahdollista ylittää, mutta eri perusoikeuksien välisessä kollisiotilanteessa tulkinnallista tilaa tälle ylittämälle ei välttämättä kahden ihmisoikeussuojatason välille jää. Mikäli osaksi sananvapautta pyritään tulevaisuudessa liittämään jokaisen oikeus tietoon viestintän vastaanottajana, materiaalin tekniseen suojukseen ja sähköiseen lisensointiin on kiinnitettävä nykyistäkin enemmän huomioita. Täsmällisempi erottelu eri oikeussuojatilanteiden välillä sekä rajoitusperusteiden, erityisesti suhteellisuusperiaatteen arviointi erikseen molempiin kollisiosuuntiin voisi tästäkin huolimatta toimia myös riittävän sananvapausvalvonnan takeena.⁵⁸² Tämä voi unionin sekundaarioikeuden osalta edellyttää esimerkiksi direktiiveissä tekijänoikeuspoikkeuksista sekä henkilötietojen käsittelyä koskevien kieltojen poikkeuksista säädettyjen, tyhjentyviksi määriteltyjen luetteloiden täydentämistä lisärajoituksin tai niiden sanamuotoja laajentavin tulkinnoin, joissakin tapauksissa ehkä myös sananvapautta rajoittavien sekundaarioikeuden säännösten kumoamista.⁵⁸³

lisointi johtaisi niiden oikeudellista suojaamista tehokkaampaan tulokseen yhteisön kannalta (Posner 1978).

⁵⁸⁰ Ks. esim. Neukamm 2007, s. 290.

⁵⁸¹ Ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa on toistaiseksi erimielisyyttä siitä, koskeeko I. lisäpöytäkirjan 1 artiklan omaisuuden suoja myös immateriaalioikeuksia. Aiheesta laajemmin Geiger 2004 a, s. 169–170; ks. myös Barendt 2005b, s. 29–33.

⁵⁸² Vrt. Cohen Jehoram 2004, s. 109; Torremans 2004, s. 19–20 sekä Oesch 2005, s. 364.

⁵⁸³ Vrt. Geiger 2004a, s. 297–298 ja 413–415 sekä Birnhack 2004, s. 61–62.

2.3.8 Vahingonkorvaus- ja rikosvastuu sananvapauden väärinkäytöstä

Yksi tehokkaan sananvapaussuojan perusedellytyksistä on suoja sananvapauden käytöstä, myös ns. *sananvapauden väärinkäytöstä*, aiheutuvia perusteettomia tai ankaruudeltaan kohtuuttomia sanktioita vastaan. Koska vapaaseen viestintään liittyy väistämättä riski tietojen ja ajatusten virheellisyydestä, loukkaavuudesta ja harhaanjohtavuudesta, on sanktiot oikeusvaltiossa mitoitettava sellaisiksi, etteivät ne estä kriittisen ja monipuolisen keskustelun syntyä yhteiskunnallisesti tärkeistä aiheista. Perusoikeussuojan on kohdistuttava kaikkiin, myös luonteeltaan puhtaasti taloudellisiin ja vasta jälkikäteen soveltuviin negatiivisiin seuraamuksiin sananvapauden käytöstä.⁵⁸⁴ Sananvapautta voidaan loukata silloinkin, kun sanktio ei varsinaisesti estä viestijää jatkamasta toimintaansa, mutta tekee siitä vähemmän houkuttelevaa tai vähemmän kannattavaa. Sananvapauden väärinkäytöstä seuraavien rikosseuraamusten ankaruus sekä vahingonkorvausvelvollisuuden laajuus kuuluvat tästä syystä sananvapausrajoituksia koskevan suhteellisuuspunninnan keskeisiin muuttujiin. Unionin oikeuden sananvapaussuojan kannalta sanktioiden mitoittamisesta voi tulla relevanttia erityisesti silloin, kun unionin sekundaarisäännökset soveltuvat oikeuspaikan ja toimivaltaisen tuomioistuimen valintaan ja kun kohtuulliseksi katsotut seuraamukset sananvapauden väärinkäytöstä vaihtelevat jäsenvaltiokohtaisesti. Tunnetuin yksittäinen tähän liittyvä ongelmakysymys lienee yrityksen julkisuuskuviin liittyvä varallisuusarvo ja vastuu näitä julkisuuskuvia muokkaavan viestinnän aiheuttamista *puhtaista varallisuusvahingoista*.⁵⁸⁵

Tuomioistuinten toimivaltaa ja lainvalintaa unionin alueella koskevan sekundaarisääntelyn, ns. *eurooppaprosessioikeuden* ensimmäiseksi tukipylvääksi voidaan kutsua vuonna 2002 voimaan tullutta neuvoston asetusta (EY) n:o 44/2001 tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta sekä täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla (jäljempänä *toimivalta-asetus*; tunnettu myös nimellä *Bryssel I -asetus*). Asetuksen tarkoituksena on syrjäyttää kansalliset toimivaltasäännökset niissä yksityisoikeudellisissa asioissa, joissa vastaajalla on kotipaikka jossakin unionin jäsenvaltiossa. Vaikka säännökset eivät koske aineellista lainvalintakysymystä, ne luovat muodollisen pohjan yhtenäiselle prosessioikeusjärjestelmälle, jossa kaikki jäsenvaltiot⁵⁸⁶ ovat sidottuja asetuksen

⁵⁸⁴ Tätä on ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan yhteydessä kutsuttu sananvapauden *kimmoketeoriaksi*, "théorie de la protection par ricochet": esim. Cohen-Jonathan 1995, s. 406; ks. luvut 1.3.1 ja 1.3.2.

⁵⁸⁵ Kysymystä on Ruotsin oikeuden näkökulmasta käsitelty varsin yksityiskohtaisesti Persson (2005); ks. myös Rengeling – Szczekalla 2004, s. 560.

⁵⁸⁶ Toimivalta-asetusta samoin kuin jäljempänä mainittavaa lainvalinta-asetusta ei kuitenkaan tois-
taiseksi sovelleta Tanskaan.

sääntöjen mukaan määräytyvän tuomioistuimen toimivaltaan ja tämän antamien tuomioiden tunnustamiseen ja täytäntöönpanoon. Toimivalta-asetuksen voimassa ollessa voidaan aineellisoikeudellista yhdenmukaisuutta ja tietyssä määrin myös oikeusvarmuutta vahingonkorvauskysymyksissä lisätä täydentämällä sitä harmonisoivilla säännöillä vahingon syntypaikan ja sen korvaamiseen sovellettavan lain määräytymisestä. Tällaisia säännöksiä sisältyy erityisesti parlamentin ja neuvoston tuoreeseen asetukseen (EY) n:o 864/2007 sopimukseen perustumattomiin velvoitteisiin sovellettavasta laista (jäljempänä *lainvalinta-asetus*, tunnettu myös nimellä *Rooma II -asetus*), joka astuu voimaan vuonna 2009. Sananvapauden kannalta huomiota herättää etenkin viimeksi mainitun asetuksen soveltamisalaa rajaava 2 artiklan g kohta, jonka mukaan asetusta ei sovelleta ”sellaisiin sopimukseen perustumattomiin velvoitteisiin, jotka johtuvat yksityisyyden tai henkilöllisyyteen liittyvien oikeuksien loukkauksesta, esimerkiksi kunnianloukkauksesta”. Tällä rajautuvat epäilemättä mm. edellä käsitellyt henkilöoikeusvaatteet⁵⁸⁷ unionin lainvalintasääntöjen ulkopuolelle. Yritysten oikeudet korvauksiin niitä koskevasta virheellisestä tiedonvälityksestä jäävät sen sijaan riippumaan käsitteiden *kunnianloukkaus* ja *henkilöllisyyteen liittyvä oikeus* tulkinnasta. Koska lainvalinta-asetuksen 6 artiklan säännöstö vilpillistä kilpailua koskevien vaatimusten käsittelystä puolestaan rajautuu kilpailijoiden väliseen suhteeseen, voi tiedotusvälineiden, yksityishenkilöiden ja esimerkiksi aatteellisten yhdistysten kritiikki yrityksiä kohtaan – 2 artiklan g kohdan tulkinnasta riippuen – jäädä asetuksen 4 artiklan yleissäännön soveltamisalaa, jolloin sovelletaan sen maan lakia, jossa vahinko aiheutuu, riippumatta siitä, missä maassa vahingon aiheuttanut tapahtuma sattui, ja siitä, missä maassa tai maassa tuon tapahtuman välilliset seuraukset ilmenevät.

Niissä jäsenvaltioissa, joissa sananvapaussuojan on katsottu edellyttävän, ettei viestijä voi joutua sananvapauden käytöstään vastuuseen yritykselle aiheutuneesta puhtaasta varallisuusvahingosta, saattaa lainvalinta-asetuksen 4 artiklan soveltaminen merkitä perusoikeussuojan merkittävää kaventumista, mikäli vahingon katsotaan aiheutuneen (myös) sellaisessa jäsenvaltiossa, jonka laissa myös tällainen puhdas varallisuusvahinko määrätään korvattavaksi. Vaikka vahingonkorvausvastuu edellyttää tällöin tyypillisesti tuottamuksellista väärin tietojen välittämistä tai vähintäänkin tuottamukseen rinnastuvaa huolimattomuutta tietojen varmistamisessa, saattaa korvausvastuun suuruudella olla tosiasiasaasiiallistakin kritiikkiä lamauttava vaikutus. On huomattava, että kriittiseen journalismiin liittyy aina hankitun informaation epävarmuutta koskevia riskejä. Näiden riskien tehostuminen oikeudellisilla riskeillä voi nostaa julkaisukynnystä

⁵⁸⁷ Ks. luku 2.3.7 sekä jäljempänä tässä luvussa käsitelty lainvalinta-asetuksen 30 artiklan uudelleentarkastelulausekkeen 2 kohta.

niin korkealle, ettei väitteiden totuudenmukaisuutta arvioivaa vapaata diskurssia synny, koska keskustelua ei varovaisuussyistä edes avata.⁵⁸⁸ Aikana, jolloin yritykset korostavat imagoaan erityisesti ympäristön- ja ilmastonsuojelun, kestävän kehityksen ja terveellisen ravinnon ja asuin ympäristön edistäjinä, olisi keskustelu näiden väitteiden johdonmukaisuudesta kuitenkin erittäin tärkeää. Siinä, missä mainosviestinnän ilmaisuvapaudella olisi taattava mahdollisuus liittää markkinoidut tuotteet ja palvelut yksilön elämäntapavalintoihin, kaupallisen informaation kritiikissä on oltava mahdollista kyseenalaistaa paitsi suoraan annettua informaatiota, myös esiin tuotujen assosiaatioiden johdonmukaisuutta sekä mainostettuja elämäntapavalintoja itsessäänkin. Ankaru huolellisuusvaatimus ja sitä tehostava mittava taloudellinen riski voivat olla omiaan vaientamaan tällaista kritiikkiä.

Kaupallisen informaation kritiikkitarve näyttäisi ainakin joidenkin jäsenvaltioiden näkökulmasta puoltavan 2 artiklan g kohdan rajauksen mahdollisimman laajaa tulkintaa, toisin sanoen korvausvastuun rajaamista asetuksen soveltamisalan ulkopuolelle sellaisissakin tilanteissa, joissa ei vedota rikosoikeudelliseen kunnianloukkaukseen ja joissa kyse ei myöskään varsinaisesti ole (oikeus)henkilöllisyydestä käsitteen suppeassa merkityksessä. Laaja tulkinta voisi tarkoittaa esimerkiksi sitä, että yrityksen julkisuuskuvaan liittyvien varallisuusvahinkojen katsottaisiin yleisesti joko kuuluvan 2 artiklan g kohdassa tarkoitettun, luonteeltaan siviilioikeudellisen kunnianloukkaus-käsitteen alaan tai yrityksen henkilöllisyyteen kohdistuviin vahinkoihin. Ristiriitaongelma kansallisen sananvapausuojan ja eurooppaprosessioikeuden välillä voitaisiin tällä tulkinnalla sivuuttaa ottamatta kantaa kysymykseen unionin oikeuden sananvapausuojan tasolla. Varallisuusvahinkojen korvattavuuden rajoittaminen jälkimmäisen perusteella olisikin erityisen ongelmallista siksi, etteivät korvauskysymykset sinänsä kuulu unionin oikeuden alaan eivätkä siten edes edellytä unioniperusoikeussuojan huomioittamista kansallisissa tuomioistuimissa.

Yrityksiin ja niiden kaupalliseen viestintään kohdistuvaa kritiikkiä ja sen rajoittamista on käsitelty myös ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkintakäytännössä.⁵⁸⁹ Merkittävä ennakkotapaus 10 artiklan vähimmäissuojatasosta on erityisesti ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Steel ja Morris* vuodelta 2005, jossa

⁵⁸⁸ Ks. Persson 2005, s. 9–11 ja 68–86.

⁵⁸⁹ Ks. myös tässä esiteltyä ratkaisua *Steel ja Morris* aikaisempi ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Hertel* vastaan Sveitsi (25.8.1998, hakemus 25181/94), erityisesti kohdat 47–50, sekä ratkaisua koskevat kommentit Cottier – Khorana 2005 sekä Graber 2005. *Hertel*-tapauksessa tarkasteltua viestintä, hakijan oma tieteellinen tutkimus mikroaaltouunien turvallisuudesta, oli abstraktiotasoltaan huomattavasti *Steel ja Morris* -ratkaisun suoraa kritiikkiä yleisempää. Sveitsissä julkaisukiello oli perusteltu rehellistä kilpailua koskevalla lainsäädännöllä, vaikka hakija ei selvästikään toiminnut mikroaaltouuneja valmistavien yritysten kilpailijana. Sananvapauden suhteesta rehelliseen kilpailuun jäljempänä tässä luvussa.

käsiteltiin isobritannialaisen kansalaisliikkeen yksipuolisen kriittistä ja poleemista lentolehtis- ja julistekampanjaa suurta monikansallista ravintolayritystä vastaan:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: *Steel ja Morris* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (15.2.2005, hakemus 68416/01): [...] Suuret yritykset joutuvat välttämättä tietoisesti alistumaan toimintansa läheiseen tarkasteluun ja, samoin kuin niitä johtavien henkilöidenkin osalta, *hyväksyttävän kritiikin rajat ovat laajemmat* tällaisten yritysten osalta. [...] Englannin ja Walesin voimassa olleen oikeuden seurauksena kantajilla oli valittavanaan joko lentolehtisestä luopuminen ja anteeksipyyntö McDonald'sille tai *todistustaakan kantaminen siinä esitettyjen väitteiden totuudenmukaisuudesta*. [...] Kun otetaan huomioon yrityksen valtava koko ja kompleksisuus, tuomioistuin ei katso, että tarpeelle turvata kantajien sananvapaus ja tarpeelle turvata McDonald'sin oikeudet ja maine oli määritetty oikea keskinäinen tasapaino. Yleisempi intressi tietojen ja ajatusten vapaan välittämisen edistämiseksi sekä *mahdollinen muihin kohdistuva estovaikutus* (chilling effect / effet inhibiteur) ovat myös tärkeitä huomioon otettavia tekijöitä tässä yhteydessä, pitäen mielessä sen legitiimin ja tärkeän roolin, joka kansanliikkeillä on julkisen keskustelun laukaisemisessa.⁵⁹⁰

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa suurten yritysten asemasta kritiikin kohteena voidaan pitää eräänlaisena analogiana julkisuuden henkilöiden yksityiselämän suojan kanssa. Tunnettuus tekee yrityksestä yhteiskunnallisen keskustelun kohteen siinä missä yksilön toiminta julkisuudessaakin. Sikäli kun henkilön tai yrityksen toiminta koskettaa yhä suurempaa yleisöä, kasvaa myös sananvapauden painoarvo siihen kohdistuvan kritiikin turvana. Tällainen porrastus sinänsä on varsin perusteltu. Sitä, millaiseen rajaukseen ihmisoikeustuomioistuin kansalaisaktivistien sananvapauden ja suuryrityksen suvaitsevaisuusvelvollisuuden välillä pyrkii, on kuitenkin ratkaisun perusteluista varsin vaikea yleistää. Tämä johtuu tapauksen poikkeuksellisesta prosessiasetelmasta Englannin ja Walesin oikeudessa, ennen kaikkea siitä, että kansalaisaktivisteilta edellytettiin toiminnan jatkamiseksi todistustaakan kantamista kampanjassa esitetyistä väitteistä, mikä jo yrityksen poikkeuksellisen suuren koon vuoksi olisi ollut mahdotonta. Huomionarvoista kuitenkin on, että lentolehtisissä esitetyt väitteet yrityksen toiminnasta olivat sisällöltään ankaran syyttäviä, erittäin provokatiivisia ja kauttaaltaan varsin heikosti perusteltuja. Suvaitsevaisuus sai tässä mielessä ratkaisussa hyvin korkean painoarvon. Mahdollista olisi toisaalta kääntäen ollut ehkä jopa vetoaminen siihen, että juuri lehtisten poleeminen ja aggressiivinen tyyli teki niissä esitetyistä tosiasiaväitteistä vähemmän uskottavia ja siten yrityksen julkisuusarvoa vähemmän vahingoittavia. Verrattaessa ratkaisua *Steel ja Morris* ih-

⁵⁹⁰ Ratkaisun kohdat 94–95, kursivoinnit ja suomennos kirjoittajan.

misoikeustuomioistuimen aikaisemmassa ratkaisukäytännössään⁵⁹¹ lausumiin perusteluihin tavanomaisista journalistien huolellisuusvelvollisuuksista voidaan todeta, että kansalaisliikkeiden kritiikki yrityksiä kohtaan nauttii huomattavan vahvaa suojaa ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan perusteella. Sananvapauspun-
ninnassa yksi olennainen tekijä, nimenomaan mahdollisen muihinkin viestijöihin kohdistuvan *estovaikutuksen* vuoksi, on odotettavissa olevan vahingonkor-
vaussanktion suuruus. Puhtaan varallisuusvahingon korvaamista sananvapauden
väärinkäytön perusteella 10 artiklan sananvapaussuoja ei varmastikaan yleisesti
estä, mutta voi epäilemättä asettaa joitakin lisävaatimuksia tuottamusarviointiin
samoin kuin määrällisiä rajoituksia väärinkäytöstä tuomituille korvauksille. Ih-
misoikeussuojan tässä suhteessa jäsenvaltioille jättämään kansalliseen harkinta-
varaan voi joka tapauksessa tällöinkin sisältyä ristiriitoja eri kansallisten sanan-
vapaustulkintojen välillä. Nämä voivat puolestaan vaikeuttaa unionin toimivalta-
ja lainvalinta-asetusten soveltamista myös *Steel ja Morris* -ratkaisun kaltaisissa
tilanteissa.⁵⁹²

Lainvalinta-asetuksen 30 artikla sisältää sananvapauden kannalta erittäin huo-
mionarvoisen *uudelleentarkastelulausekkeen*. Artiklan 2 kohdassa määrätään
komissiolle tehtävä esittää uudelleentarkastelua varten ”tutkimus yksityisyyden
ja henkilöllisyyteen liittyvien oikeuksien loukkaamisista johtuviin sopimukseen
perustumattomiin velvoitteisiin soveltavaa lakia koskevan alan tilanteesta, leh-
distönvapauteen ja tiedotusvälineiden ilmaisuvapauteen sekä yksilöiden suoje-
lusta henkilötiedotdirektiiviin 95/46/EY liittyvät lainvalintakysymykset huomioon
ottaen”.⁵⁹³ Ensisijaisena tavoitteena lienee tutkia mahdollisuuksia ottaa toistai-
seksi asetuksen ulkopuolelle rajattuja yksityiselämän ja kunnian suojasta ja hen-
kilöoikeuksista johtuvia vahingonkorvausvaatimuksia myöhemmin joko koko-
naan tai osittain asetuksen soveltamisalan – joko 4 artiklan yleissäännön tai
mahdollisten uusien erityissäännösten – piiriin. Sananvapausvaikutusten tarkas-
telu näiden yksilön oikeuksien kautta saattaa paitsi selventää asetuksen 2 artiklan
g kohdan tulkintaa, samalla paljastaa niitä vaikutuksia, joita asetuksen 4 artiklan
yleissäännön soveltaminen yrityksiin ja niiden kaupalliseen viestintään kohdis-
tuvaan kritiikkiin voi aiheuttaa. Tutkimus yksityiselämän suojan ja henkilöoi-
keuksien toteutumisesta lainvalintasääntöjen kautta saattaa lisäksi tuoda entistä
selvemmin esille aineellisoikeudellisen harmonisointitarpeen yhtäältä viestintä-

⁵⁹¹ Ks. esim. ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut *Fressoz ja Roire* vastaan Ranska (21.1.1999, hakemus 29183/95), kohta 52, sekä *Bladet Tromsø ja Stensaas* vastaan Norja (20.5.1999, hakemus 21980/93), kohta 55.

⁵⁹² Ks. Lebeck 2006, s. 218–222.

⁵⁹³ Tutkimus on annettava asetuksen 30 artiklan mukaan parlamentille, neuvostolle sekä talous- ja sosiaalikomitealle viimeistään 31. joulukuuta 2008.

tuotteita ja -palveluja koskevien sisämarkkinoiden perusvapauksien ja toisaalta myös sisärajat ylittävän sananvapauden turvaamiseksi.⁵⁹⁴

Uudelleentarkastelusta säättäminen nimenomaan sananvapauden käyttöä koskevista vahingonkorvauskysymyksissä osoittaa jo osaltaan, kuinka merkityksellisiä nykyiset jäsenvaltioiden väliset lainsäädäntöerot ovat viestinnän sisämarkkinoiden toiminnalle. Harmonisointitarpeen näkökulmasta jäsenvaltioiden kansallisia tuomioistuimia koskevat toimivalta- ja lainvalintasäännöt muodostavat ainakin jossakin määrin toimivan vaihtoehdon uudelle aineelliselle sekundaari-oikeudelle. Vaikka pysyvät aineelliset erot vahingonkorvausvastuun laajuudessa voivat paremmin tunnettuina ja paremmin ennakoitavinakin tehdä sisärajat ylittävän viestinnän vähemmän houkuttelevaksi tai vähemmän kannattavaksi, on eurooppaprosessioikeudella parhaassa tapauksessa ainakin mahdollista lisätä viestintätuotteiden ja -palvelujen suunnitteluun tarvittavaa oikeusvarmuutta eri jäsenvaltioissa käytössä olevista sanktioista.⁵⁹⁵ Juuri tässä merkityksessä myös toimivalta- ja lainvalinta-asetukset yhdistetään perusteluissaan yleisemminkin toimiviin sisämarkkinoihin.⁵⁹⁶ Saavutettu oikeusvarmuus eurooppaprosessioikeuden tasolla voi kuitenkin kääntyä ristiriitatilanteiksi kansallisten perusoikeusjärjestelmien ja unionin oikeuden välillä, mikäli jotkut jäsenvaltioista päätyvät soveltamaan kansallista perusoikeusvaraumaa sananvapautta kaventavien vahingonkorvaustuomioiden tunnustamiseen.⁵⁹⁷ Kun yhteisöjen tuomioistuimen tehtäväksi tulee asetusten tulkinta unioniperusoikeussuojan valossa, sen on luonnollisestikin otettava jäsenvaltiokohtaisiin eroihin kantaa tavalla, joka ei kestävästi vaaranna niitä etuja, joita prosessisääntely tuo sisämarkkinoiden perusvapauksien tehokkaalle toteutumiselle. Kollisio sananvapauden ja perusvapauksien välillä voi siten tulla punnittavaksi myös toimivalta- ja lainvalinta-asetusten tulkinnassa.

Kaupallisen viestinnän kritiikki ei yleisesti ole kaupallista viestintää. Kritiikin tavoitteena on tyypillisesti osallistua yhteiskunnalliseen arvokeskusteluun kuluksista ja kulutusvalinnoista, mikä kuuluu jotakuinkin kiistatta sananvapausuojan ydinalueeseen. Toimivan kritiikin tosiasiallinen puute on myös yksi tavallisimmista argumenteista mainonnan laajemman sääntelyn ja kaupallisen sanan-

⁵⁹⁴ Schmittmann – Künzel (2006, s. 132) esittävät, että soveltamisalarajaus on ennen kaikkea osoitus komission antautumisesta poikkeuksellisen vaikean harmonisointiongelman edessä. Mielenkiinto tulevassa raportissa kohdistuu siten paitsi siinä analysoitaviin mahdollisuuksiin soveltaa lainvalintasääntöjä, myös siinä todennäköisesti esitettyihin näkemyksiin aineellisten säännösten harmonisointitarpeesta ja -mahdollisuuksista.

⁵⁹⁵ Vrt. Rengeling – Szczekalla 2004, s. 560–561 sekä Wilhelmsson 2007, s. 376.

⁵⁹⁶ Toimivalta-asetuksen 2. ja 6. sekä lainvalinta-asetuksen 6. perustelukappale.

⁵⁹⁷ Perssonin (2005, s. 82–86) mukaan Ruotsin sananvapaustaso tulisi voida säilyttää myös unionin prosessioikeuden tulkinnoissa. Kansallinen perusoikeusvarauma voidaan riittävän selvissä tapauksissa toteuttaa toimivalta-asetuksen 34 artiklan 1 kohdan mahdollistaman *ordre public* -varauksen puitteissa.

vapauden ankaramman rajoittamisen puolesta. Sikäli kun oikeus itse toimii tätä kritiikkiä hiljentävänä tekijänä, on varmasti aihetta kysyä, tukisiko entistä vapaampi viestintäprosessi eri osapuolten oikeuksia molemmansuuntaisia rajoituksia paremmin.⁵⁹⁸ Lähtökohtaisesti klassiset sananvapausteoriat pätevät vapaaseen keskusteluun yhtä lailla kaupallisista kuin poliittisistakin teemoista.⁵⁹⁹ Yksi ilmeisistä vaikeuksista liittyy toisaalta kilpailun rehellisyyttä turvaavan sääntelyn toimivuuteen, sillä korvausvastuun jyrkkä rajaaminen sananvapaussuojan perusteella voi epäilemättä tehdä myös kilpailijoita vastaan suunnattujen kampanjoiden tukemisen yrityksille taloudellisesti houkuttelevaksi. Mahdollista kilpailijoiden piilovaikuttamista kriittiseen keskusteluun ei myöskään voitane riittävän tehokkaasti valvoa.⁶⁰⁰ Tästä näkökulmasta sananvapaustulkinnoissa tulisi pystyä erottelemaan viestintäsisältöjen tavoitteita, vaikutuksia ja yleisyystasoja siten, että mahdollisuus aiheelliseen kritiikkiin jää mahdollisimman laajaksi tilanteissa, joissa viestintä ei ainakaan selvästi tue muita kritiikin kohteen kanssa samoilla markkinoilla toimivia yrityksiä. Sikäli kun unionin prosessioikeussäännöksiä kyseenalaistetaan jäsenvaltioissa sananvapaussuojan perusteella, tulee myös tämä asetelma viime kädessä yhteisöjen tuomioistuimen punnittavaksi. Olennaista tällöin on paitsi sisämarkkinoiden perusvapauksien tasapainottaminen sananvapauden kanssa, myös käsitykset vapaan kriittisen viestinnän roolista sisämarkkinoiden toimivan kilpailun ja siten myös perusvapauksien edistäjänä.

Eurooppaprosessioikeuden, erityisesti lainvalinta-asetuksen 4 artiklan soveltaminen ns. *ilmaisuvapausrikoksista* aiheutuvaan siviilioikeudelliseen korvausvastuuseen voi laajemminkin aiheuttaa ristiriitatilanteita perusoikeusjärjestelmien välille. Ongelmakohtana on erityisesti valtioiden rajat ylittävä tiedonvälitys internetissä ja siitä eri jäsenvaltioissa mahdollisesti aiheutuvat vahingot. Ilmaisuvapausrikoksia koskevien lainsäädäntöerojen aiheuttamat ongelmat kansainvälisessä tietoverkossa eivät luonnollisestikaan koske ainoastaan Euroopan unionin jäsenvaltioita eivätkä ne varmasti edes ole kaikista vaikeimpia unionin jäsenvaltioiden välisissä suhteissa.⁶⁰¹ Sikäli kun korvausvastuita toteutetaan eurooppaprosessioikeuden kautta, voi julkaisumaassaan täysin laillisen materiaalin vastaanottajajäsenvaltiossa aiheuttamia vahinkoja kuitenkin olla entistä helpompi vaatia korvattaviksi 4 artiklan yleissäännön perusteella. Jäsenvaltioiden on täl-

⁵⁹⁸ Vrt. Fiedler 2006, s. 325.

⁵⁹⁹ Ks. erityisesti Cottier – Khorana 2005, s. 264–269.

⁶⁰⁰ Ks. Mäsch 2005, s. 637–638. Mäsch pitää unionin harmonisointistrategiaa markkinointia koskevassa sääntelyssä liikaa elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan suhteeseen keskittyvänä ja kilpailijoiden välistä suhdetta laiminlyövä. Juuri tästä syystä myös nyt puheena oleva sääntelyn ongelmakenttä koskee enemmänkin jäsenvaltioiden kansallisen oikeuden ja unionin prosessioikeutta kuin unionin aineellista sekundaarioikeutta. Lainvalinta-asetuksessa vilpillistä kilpailua koskevia velvoitteita koskee 6 artiklan erityissäännös.

⁶⁰¹ Hyvä analyysi kansainvälisistä lainvalintaongelmista on esim. Witzleb 2005.

löin toimivalta-asetuksen 34 artiklan 1 kohdan *ordre public* -varauman perusteella mahdollista kieltäytyä tällaisten tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta, mikä epäilemättä merkitsee ainakin selvissä tapauksissa kulloisenkin kansallisen sananvapaussuojatason säilyttämistä. Puhtaita varallisuusvahinkoja koskevan mahdollisen yleisen vastuurajoituksen osalta tilanne ei välttämättä ole aina riittävän selvä, varsinkaan jos tarkasteltava ilmaus katsotaan sinänsä lainvastaiseksi molemmissa jäsenvaltioissa.

2.3.9 Suositukset kansallisen sääntelyn ja itsesääntelyn tehostamiseksi

Viestintäoikeuden harmonisointiin voidaan väljemmin määritellen lukea jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämiseksi annetun sitovan sekundaarioikeuden ohella useita unionin eri poliittisia yhteistyöasiakirjoja, joilla kansalliseen viestintäoikeuteen pyritään vaikuttamaan lähtökohtaisesti oikeudellisesti sitomattomien normien, esimerkiksi suositusten, päätösten ja päätöslauselmien muodossa. Tämän ns. *sitomattoman oikeuden eli pehmeän oikeuden*⁶⁰² keskeinen tavoite on tyypillisesti sama kuin varsinaisen harmonisoinnin: sisämarkkinoiden perusvapauksien edistäminen jäsenvaltioiden kansallista oikeutta yhdenmukaistamalla tai vähintäänkin jäsenvaltiokohtaisista lainsäädäntöeroista aiheutuvia sisämarkkinavaikutuksia kaventamalla. Tavallisiin sitomattoman oikeuden instrumentteihin kuuluvat nykyisellään aineellisten lainsäädäntösuositusten ohella säännökset viestintätoimijoiden itsesääntelyn kannustamisesta ja itsesääntelyn kautta luotujen normien virallistamisesta, ns. *myötäsääntely*.⁶⁰³ Viestintäoikeuden alalla ehkä tärkeimmät ja ainakin soveltamisalaltaan laajimmat unionin tähänastisista sitomattomista säännöksistä ovat vuonna 1998 annettu suositus alaikäisten ja ihmisarvon suojelusta (98/560/EY)⁶⁰⁴ sekä sitä vuonna 2006 täydentänyt ja laajentanut suositus alaikäisten ja ihmisarvon suojelusta ja oikeudesta vastineeseen Euroopan audiovisuaalisia ja verkkotietopalveluja tuottavien yritysten kilpailukyky huomioon ottaen (2006/952/EY, jäljempänä *uusi ihmisarvo-*

⁶⁰² Englanniksi *soft law*, ranskaksi *droit mou*. Jakoa pehmeän oikeuden ja sitovan, ”kovan” oikeuden välillä on usein kritisoitu liian karkeaksi, koska se ei tee eroa perinteisten oikeuslähteiden välille (esimerkiksi erot lakien, hallinnollisten määräysten ja tuomioistuinratkaisujen sitovuudessa) eikä myöskään huomioi pehmeän oikeuden muuttumista sekä tosiasiallisesti että oikeudellisesti sitovaksi esimerkiksi tulkintavaikutuksen tai itsesääntelyn virallistamisen kautta.

⁶⁰³ Coregulation, corégulation, Koregulierung / regulierte Selbstregulierung.

⁶⁰⁴ Seuraavassa keskitytään tarkastelemaan vuoden 2006 uutta ihmisarvosuosituksista. Suositusta 98/560/EY ei kuitenkaan ole uudella suosituksella kumottu, vaan ainoastaan täydennetty nimenomaan verkkoviestinnän osalta. Aikaisemman suosituksen tekstiin liittyy osittain hyvin vastaavia sananvapausongelmia kuin yhtäältä tässä tarkasteltuun uuteen suositukseen ja toisaalta luvussa 2.3.5 käsiteltyyn audiovisuaalisen viestinnän sisältösääntelyyn televisiodirektiivissä.

suositus).⁶⁰⁵ Tämän lisäksi suosituksia, päätöksiä ja päätöslauselmia on annettu mm. internetin käyttöturvallisuudesta,⁶⁰⁶ itsesääntelyn kehittämisestä,⁶⁰⁷ sähköisistä julkaisuista kirjastoissa,⁶⁰⁸ kulttuurin asemasta unionissa⁶⁰⁹ ja videopelien ikärajoista.⁶¹⁰ Tavalla tai toisella viestintää ja sananvapauden käyttöä koskevia unionin suosituksia julkaistaan vuosittain useampia.

Unionin sitomaton oikeus on jo tavoitteidensakin perusteella eräänlainen jatke sitovalle sekundaarioikeudelle. Ihmisarvosuositusten tavoitteeksi on esimerkiksi esitetty unionin televisiodirektiivin kautta hyväksytyjen ihmisarvoa ja alaikäisten suojelua koskevien normien laajentamista myös muuhun viestintään; suosituksessa 2003/217/EY puolestaan suositellaan henkilöautojen markkinoinnissa käytettäviä mainosjulkaisuja koskevien direktiivin säännösten soveltamisalan laajentamista vastaavaan sähköiseen mainosaineistoon.⁶¹¹ Mikäli suosituksia yleisesti noudatetaan jäsenvaltioissa, niillä saavutetaan sisämarkkinoiden näkökulmasta sama harmonisointivaikutus kuin sitovalla sekundaarioikeudellakin. Ilman kansallista muuntamista sitovaksi voi asiakirjoilla kuitenkin jo olla merkitystä unionin oikeuden tulkinnassa ja sitä kautta myös jäsenvaltioiden kansallisen oikeuden tulkinnassa. Myötäsääntelyn osalta sitovuus toteutuu sikäli, kun aikaansaatujen itsesääntelynormien voimassaoloa tehostetaan joko niiden virallisella tunnustamisella tai niistä sellaisenaan johdetun tulkintavaikutuksen kautta. Itsesääntelyn virallistaminen voi edistää integraatiota silloinkin, kun kansalliset erot varsinaisissa aineellisissa itsesääntelynormeissa jäävät voimaan, mikäli riittävä minimisuoja-aste alkuperämaaperiaatteen poikkeuksettomaksi soveltamiseksi saavutetaan. Tämä tarkoittaa sitä, että arvioitaessa primäärioikeuden perusteella vastaanottajajäsenvaltion edellytyksiä kieltää tai rajoittaa jonkin viestintä-

⁶⁰⁵ 20.12.2006, L 378/2006.

⁶⁰⁶ Euroopan parlamentin ja neuvoston päätös n:o 276/1999/EY, EYVL L 33/1999 sekä neuvoston päätelmät 17.12.1999 alaikäisten suojelusta digitaalisten audiovisuaalipalvelujen kehittyessä EUVL C 8/2000.

⁶⁰⁷ Neuvoston päätelmät 27.9.1999 itsesääntelyn tehtävistä uusien joukkoviestintäpalvelujen kehityksessä EUVL L 283/1999.

⁶⁰⁸ Neuvoston päätöslauselma 25.7.1996 elektronisesta julkaisutoiminnasta ja kirjastoista EUVL C 242/1996.

⁶⁰⁹ Neuvoston päätöslauselma 21.1.2002 kulttuurin asemasta Euroopan unionin kehittämisessä EUVL C 32/2002.

⁶¹⁰ Neuvoston päätöslauselma 1.3.2002 kuluttajien, erityisesti nuorten, suojelusta ottamalla käyttöön tiettyjä video- ja tietokonepelejä koskevat ikäryhmäsuositukset EUVL C 65/2002.

⁶¹¹ Komission suositus 26.3.2003 mainosjulkaisuja koskevien direktiivin 1999/94/EY säännösten soveltamisesta muuhun tiedonvälitykseen 2003/217/EY. Mainittua direktiiviä on käsitelty edellä luvussa 2.3.6.

tuotteen tai -palvelun tuontia maahan voidaan ottaa huomioon se, noudattaako viestijä kotimaassaan voimassa olevia itsesääntelynormeja.⁶¹²

Kuten edellä on todettu, Euroopan unionin toimielimet sekä unionin oikeutta soveltavat jäsenvaltiot ovat kaikessa toiminnassaan sidottuja unioniperusoikeuksiin.⁶¹³ Tämä koskee luonnollisestikin paitsi varsinaista lainsäädäntötoimintaa, myös suosituksia sekä muita sitomattoman oikeuden asiakirjoja. Suositus voi myös joutua kumoamiskanteen kohteeksi esimerkiksi silloin, kun sen katsotaan olevan ristiriidassa unioniperusoikeuksien suojan kanssa. Unionin antamat suositukset, päätöslauselmat ja muut päätökset eivät siten saa johtaa unionin perusoikeuskirjan 11 artiklaan kirjatun sananvapaussuojan loukkauksiin. Jäsenvaltio ei vastaavasti saa hyväksyä tai toimeenpanna sellaisia unionin suosituksia, jotka eivät ole oikeutettavissa unionin oikeudessa sananvapausrajoituksina. Tämän lisäksi suositusten toimeenpanon on luonnollisestikin oltava hyväksyttävissä kansallisen sananvapaussuojan näkökulmasta.

Unionin *uuden ihmisarvosuosituksen* perusteluissa todetaan nimenomaisesti, ettei suositus millään tavalla estä jäsenvaltioita soveltamasta perustuslaillisia säännöksiään tai muuta lainsäädäntöään taikka oikeudellisia menettelyitä, jotka koskevat ilmaisuvapautta.⁶¹⁴ Osa suosituksessa mainituista tavoitteista onkin pidettävä sananvapaussuojan vaatimukset hyvin huomioon ottavina. Nämä perustuvat vapaan viestinnän rajoittamisen sijaan yhtäältä uusiin teknisiin keinoihin tunnistaa sisältöjä ja luoda viestinnän vastaanottajalle mahdollisuuksia vaihtoehtoisia, suojatumpia ja valvotumpia kanavia tiedonhakuun⁶¹⁵ sekä toisaalta viestinnän vastaanottajien medialukutaidon kehittämiseen.⁶¹⁶ Jäsenvaltioille suositellaan myös televisiodirektiivin säännöstä vastaavan erityisen vastineoikeuden säätämistä verkkoviestintään.⁶¹⁷ Osa suosituksen sisällöstä on tästä lähestymistavasta huolimatta tulkittavissa nimenomaan ohjeiksi sananvapausrajoitusten tiukentamisesta tai uusien sananvapausrajoitusten toimeenpanosta. Suosituksen II kohdan 2 alakohdassa jäsenvaltioiden suositellaan tarkastelevan mahdollisuutta luoda suodattimia, jotka estäisivät ihmisarvoa loukkaavan tiedon liikkumisen internetissä, ja saman kohdan 4 alakohdassa jäsenvaltioiden tehtäväksi annetaan

⁶¹² Suhr 1998, s. 98–101; Roßnagel – Scheuer 2005, s. 275–276 sekä Lepage 2002, s. 200–208. Neuvonen (2005, s. 114) huomauttaa osuvasti, ettei myötäsääntely välttämättä ole sen vähempää viestintää oikeudellistavaa kuin tavallinen lainsäädäntökään.

⁶¹³ Ks. luku 1.1.1.

⁶¹⁴ Suosituksen 18. ja 20. perustelukappale.

⁶¹⁵ Suosituksen kohta I alakohta 4, kohta II alakohtat 1 ja 3 sekä komission toiminnasta esitetty huomio 3.

⁶¹⁶ Suosituksen kohta I alakohta 2 sekä komission toiminnasta esitetyt huomiot 1 ja 2.

⁶¹⁷ Suosituksen kohta I alakohta 1; vrt. luku 2.3.5. Vastineoikeudesta ja sen tarpeesta unionin oikeudessa laajemmin mm. Schmits 1997, ks. erityisesti s. 188 ja 209–211.

pohtia toimia laajasti määritellyn⁶¹⁸ syrjinnän välttämiseksi ja torjumiseksi sekä sen edistämiseksi, että miesten ja naisten mahdollisuuksista ja kyvyistä yhteiskunnassa muodostetaan monipuolinen ja totuudenmukainen kuva. Suosituksen I kohdan 4 alakohdassa tavoitteena on puolestaan sellaisten toimenpiteiden edistäminen, joilla torjutaan kaikenlaista alaikäisille haitallista laiton toimintaa internetissä. Sananvapaussuojan näkökulmasta tällaisia uusia rajoituksia merkitseviä suosituskäytäntöjä – samoin kuin vastaavia unionin televisiodirektiivin sitovia säännöksiäkin – on yleisesti pyrittävä tulkitsemaan suppeasti.⁶¹⁹

Erytishuomiota uuden ihmisarvosuosituksen tulkinnassa vaatii varmasti kysymys II kohdan 2 alakohdassa mainituista *suodattimista*. Toisin kuin saman kohdan 1 alakohdassa mainituissa viestinnän vastaanottajan itse käyttöön ottamissa ja verkkosisältöjen tunnisteiden perusteella toimivissa suodatinohjelmissä, kysymys 2 alakohdassa on käyttäjän valinnoista riippumattomista, tiedon liikkumista yleisemmin estävistä suodattimista, toisin sanoen eräänlaisesta sähköisestä ennakkosensuurimekanismista. Riippumatta siitä, tapahtuisiko tällainen suodattaminen automaattisesti joidenkin sisältöjä tunnistavien ohjelmien kautta vai viranomaisten tekemien yksittäispäätösten kautta, se tarkoittaisi valtion ennakkollista puuttumista siihen äärimmäisen vaikeaan määrittelykysymykseen, mikä viestintäsisällöistä loukkaa ihmisarvoa siten, ettei sitä voida välittää vastaanottajilleen, jotka mahdollisesti arvioisivat sitä toisin. Ollakseen sananvapausrajoituksina hyväksyttävissä, tähän suosituksen kohtaan perustuvien säännösten tulisi joka tapauksessa määritellä kielletyt sisällöt riittävän täsmällisesti ja tarkkarajaisesti, mikä epäilemättä tarkoittaisi yläkäsitteen *ihmisarvo* jättämistä varsinaisten säädöstekstien ulkopuolelle. Tämä taas tekee suosituksesta itsestään ainakin jäsenvaltioiden oikeuden yhdenmukaistamistavoitteen kannalta jokseenkin merkityksettömän. Lisäksi on huomattava, että ennakkollista valvontaa koskevat ihmis-oikeussopimuksen 10 artiklan perusteella muita sananvapausrajoituksia ankarammat arviointiperusteet ja että osassa jäsenvaltioiden valtiosääntöjä ennakkosensuuria koskee yleinen ja ehdoton kieltö.

Uuden ihmisarvosuosituksen kilpailukykyperustelu, tavoite lisätä korkean ihmisarvostandardin kautta eurooppalaisten audiovisuaalisia ja verkkotietopalveluja tuottavien yritysten kilpailukykyä, sisältää varsin mielenkiintoisen ja huomattavan optimistisen olettaman verkkoviestinnän sääntelyn kansainvälisestä kehityksestä. Eurooppalaisten toimijoiden sitoutumisen ankarampiin ihmisarvoa ja alaikäisten suojaa koskeviin normeihin voidaan ajatella parantavan niiden maailmanlaajuisista kilpailukykyä vain sikäli kun yhtä ankariin ja sisällöltään riit-

⁶¹⁸ Suosituksen II kohdan 4 alakohdan luettelossa mainitaan syrjintä sukupuolen, rodun, etnisen alkuperän, uskonnon tai vakaumuksen, vammaisuuden, iän ja sukupuolisen suuntautumisen perusteella.

⁶¹⁹ Vrt. televisiodirektiivin säännöksistä esitetty kritiikki luvussa 2.3.5.

tävän samanlaisiin normeihin sitoudutaan unionin ulkopuolisissakin maissa. Vaikka kansainväliseen yhteistyöhön suosituksen perusteluissa⁶²⁰ kannustetaan, tässä suhteessa saavutettava edistys jää toistaiseksi uskaliaaksi hypoteesiksi. Unionin sisällä kilpailukykyperustelu taas tarkoittaa jotakuinkin samaa kuin sekundaarioikeuden yleinen sisämarkkinaperustelakin: eri jäsenvaltioista peräisin olevien viestintätuotteiden ja -palvelujen pääsy toisten jäsenvaltioiden markkinoille helpottuu sääntelyerojen kaventuessa ja tulee siten kilpailukykyisemmäksi unionin ulkopuolisiin kilpailijoihin nähden.⁶²¹

Voimassa olevien sitomattomien instrumenttien abstraktiotaso on seurausta ennen kaikkea unionin jäsenvaltioissa nykyisellään vallitsevista eroista hyväksyttävien sananvapausrajoitusten arvioinnissa. Tämä ei tarkoita sitä, etteikö yhteisymmärrykseen olisi unionin viestintäpolitiikassa tavalla tai toisella pyritty myös yksityiskohtaisemmista sääntelykysymyksistä. Hyväksi esimerkiksi selkeästä vastakkainasettelusta jäsenvaltioiden viestintäkuluttuuriin ja sananvapauskäsitysten välillä on osoittautunut suhtautuminen *kansanmurhan kiistäviin* ilmaisiin. Näitä koskeva kriminalisointi sisältyy muodossa tai toisessa toistaiseksi ainakin yhdentoista unionin jäsenvaltion⁶²² oikeuteen, ja niistä etenkin Saksa on kerta toisensa jälkeen pyrkinyt lisäämään omaa voimassa olevaa oikeuttaan vastaavan sääntelytavoitteen myös unionin suosituksiin. Ne jäsenvaltiot, joiden sananvapauskäsitykseen tällaisen kiellon ei ole katsottu sopivan, ovat tähän mennessä estäneet asiakirjojen hyväksymisen. Ottaen huomioon Euroopan lähihistorian tapahtumat poliittinen halu säilyttää symbolisesti tärkeät kriminalisoinnit ja pyrkiä laajentamaan niitä koko unionin oikeuteen on varmasti helppo ymmärtää. Ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tulkintakäytäntö ei myöskään aseta estettä kansanmurhan kiistämistä koskeville kriminalisoinneille.⁶²³ Unionin perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta tätä voitaisiin pitää esimerkiksi ihmisarvon (unionin perusoikeuskirjan 1 artikla) suojatason nostamisena ihmisoikeussopimuksen antaman harkintavaran puitteissa.

Koska kansanmurhan kiistämistä koskevia säännöksiä sovelletaan monesti ainoastaan yhteen historiallisesti rajattuun tapahtumaan, Saksan ja sen liittolaisten toisen maailmansodan aikana Euroopan juutalaiseen väestöosaan kohdistamaan joukkotuhoon, niitä on viime aikoina yhä useammin alettu pitää syrjivinä. Osassa unionin jäsenvaltioita soveltamisalaa onkin laajennettu mm. Osmanien valtakunnan armenialaisväestönsä kohdistamaan vainoon. Listaa on myös peri-

⁶²⁰ Suosituksen 7. ja 8. perustelukappale.

⁶²¹ Vrt. esim. Barendt 2005a, s. 464–466 sekä Derieux 2004, s. 20.

⁶²² Alankomaat, Belgia, Espanja, Itävalta, Liettua, Puola, Ranska, Romania, Saksa, Slovakia ja Tšekki; Holocaust denial, négationnisme, Holocaustleugnung.

⁶²³ Ks. ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Lehideux ja Isorni* vastaan Ranska (23.9.1998, hake-
mus 24662/94), kohta 47.

aatteessa katsottu voitavan täydentää tutkimustiedon myöhemmin karttuessa.⁶²⁴ Ollakseen neutraalia suhteessa historian syllisyyskysymyksiin kriminalisointien perustana käytetyn tiedon tulisi kuitenkin olla paitsi mahdollisimman kiistatonta, pitäisi jollakin perusteella myös pystyä suorittamaan hyväksyttävä mitta-kaavarajaus niiden väkivaltatekojen välillä, joita ilmaisuvapausrikoksen kannalta pidetään ja joita ei pidetä kansanmurhina. Nämä eivät varmasti edes ole kiistämiskriminalisointien ainoita sananvapausongelmia, sillä tieteelliseen ja poliittiseen tiedonvälitykseen kohdistuvan *kritiikin kieltäminen* sotii jo tarkkarajaisesti määriteltynäkin vahvasti sananvapasteorioissa korostettua intersubjektiviisen viestintäprosessin ja vapaan diskurssin logiikkaa vastaan. Kriminalisoinneilla muunnetaan eräällä tavalla historiallisia totuuksia virallisiksi totuuksiksi, mikä ei välttämättä paranna niiden uskottavuutta, vaan saattaa päinvastoin myös vähentää sitä. Se, että jokin tieto ei ole vapaasti kyseenalaistettavissa, tarkoittaa *Kantin* ja *Millin* teorioiden⁶²⁵ näkökulmasta sitä, että sen mahdollisesti sisältämällä virheellä ei ole ollut mahdollisuutta korjautua vapaassa diskurssissa. Kansanmurhan kiistämistä koskevilla kriminalisoinneilla ei myöskään ole näytetty olevan estävää vaikutusta rasistisiin rikoksiin tai syrjintään, joihin niiden ihmisarvoperusteluilla tavallisesti viitataan ja jotka jäsenvaltioiden rikoslaeissa on erikseen säädetty rangaistavaksi. Ankaraa suhteellisuuspunnintaa sananvapausrajoituksena tällaiset säännökset eivät siten kestä.⁶²⁶

Jäsenvaltiokohtaisia eroja liittyy runsaasti myös *siveettömien* viestintäsisältöjen ja *pornografian* sääntelyyn.⁶²⁷ Sekä televisiodirektiivin säännökset että ihmisarvosuosituksen normit jättävät abstraktiotasonsa vuoksi jäsenvaltioille runsaasti liikkumavaraa tätä koskevien tosiasiallisten suvaitsevaisuustasojensa määrittelyssä. Ainoastaan niin sanotun *moraalisen kaksoisstandardin* käyttäminen siveettömyyden arvioinnissa yhtäältä kotimaassa myynnissä olevien ja toisaalta muista jäsenvaltioista maahantuotavien tuotteiden välillä on unionin oikeuden perusteella kiellettyä:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Conegate* (121/85, 11.3.1986): [...] jäsenvaltio *ei voi* perustamissopimuksen 36 artiklassa *tarkoitettuun julkiseen moraalisiin vetoamalla kieltää* tiettyjen tavaroiden tuontia sillä perusteella, että ne ovat *säädyllyisyyttä loukkaavia tai epäsiiveellisiä, jos samoja tavaroita saa vapaasti valmistaa kyseisen jäsenvaltion alueella* ja jos kaupan pitämistä tällä alueella *koskee ainoastaan* postitse lähettämistä koskeva ehdoton kieltä, yleisillä paikoilla esittelyä koskeva rajoitus ja tietyillä alueilla niiden liikkeiden

⁶²⁴ Illman (2006, s. 11) mainitsee esimerkkinä armenialaisten kansanmurhan ohella Kamputsean, Ruandan ja Itä-Timorin.

⁶²⁵ Ks. luku 1.2.2.

⁶²⁶ De Gouttes 1998 sekä Iganski 1999; vrt. Duvergier – Ménard 2003, s. 83. Vastakkaisista näkemuksista ks. esim. Schmidt – Vojtovic 2000 ja Illman 2006.

⁶²⁷ Vrt. luku 1.2.5.

luvanvaraisuus, joilla on oikeus myydä kyseisiä tavaroita vähintään 18 vuotta täyttäneille asiakkaille.⁶²⁸

Yhteisöjen tuomioistuin oli aikaisemmassa ratkaisussaan *Henn* (34/79, 14.12.1979) todennut Ison-Britannian pornografiaa koskevan maahantuontikiellon oikeutetuksi saman perustamissopimuksen kohdan perusteella. Tämän osalta vaatimus kiellon tehokkuudesta kotimaassa katsottiin myös tosiasiaassa täyttyvän, eikä jäsenvaltion katsottu soveltavan samanlaista kaksoisstandardia kuin myöhemmässä, seksivälineiden tuontia koskeneessa *Conegate*-ratkaisussa. Palvelujen tarjoamisen vapauden ja televisiodirektiivin soveltamisen osalta komissio ja myöhemmin myös palvelunharjoittajan kannetta käsitellyt ensimmäisen asteen tuomioistuin hyväksyivät Ison-Britannian useita muita jäsenvaltioita oleellisesti ankaramman, *Henn*-ratkaisua vastaavan käytännön pornografiaa koskevasta kiellostä.⁶²⁹ Vaikka moraalien osalta noudatettu kansallisen autonomian periaate voi luoda oikeusvarmuutta ainakin tietyn pornografiakäsitteen ydinsisällön osalta, voi siveellisyyskäsitteen poikkeava rajaaminen jäsenvaltioissa kuitenkin aiheuttaa ongelmia esimerkiksi mainospalvelujen perusvapausuojassa. Sikäli kun seksuaalisuuden käsittely viestinnässä tulee vähitellen entistä avoimemmaksi, niin kuin usein on ennakoitu, voi yhteisymmärryksellä sananvapauden suhteesta muun muassa lapsen oikeuksiin (perusoikeuskirjan 24 artikla) ja sukupuolten yhdenvertaisuuteen (23 artikla) unionin tasolla olla huomattava merkitys myös sisämarkkinoiden perusvapauksien toteutumiseen viestinnässä.⁶³⁰ Sekä yhteisöjen tuomioistuimen pidättyvyys ankariakin kansallisia kieltoja koskevasta perusvapausvalvonnasta että ihmisoikeustuomioistuimen noudattama laajempi kansallisen harkintavara moraalialueita koskevissa sananvapausrajoituksissa⁶³¹ ovat kuitenkin samalla hyviä osoituksia siitä, ettei tällaisen yhteisymmärryksen löytäminen jäsenvaltioiden välillä ole helppoa.⁶³² Kuvaavaa siveetöntä viestintää ja pornografiaa koskevan sääntelytehtävän vaikeuksille on myös se, ettei Euroopan neuvoston vuoden 2001 yleissopimuksessa internetissä tehdyistä rikoksista saa-

⁶²⁸ Ratkaisun kohta 20, kursivoinnit kirjoittajan.

⁶²⁹ Ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu *Danish Satellite* (T-69/99, 13.12.2000); ks. McPherson 1999.

⁶³⁰ Vrt. luku 3.3.3.

⁶³¹ Ks. esim. ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Handyside* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (4.11.1976), kohta 48, *Müller ym.* vastaan Sveitsi (28.4.1988, hakemus 10737/84) kohta 35, sekä *Murphy* vastaan Irlanti (10.7.2003, hakemus 44179/98) kohta 67.

⁶³² Vrt. Barendt 2005a, s. 352–391, erityisesti s. 363; Wéry 2004; Perrot – Willis 1995, s. 164; McPherson 1999; Viljanen 1998, s. 299; Suksi 1991 sekä Dietrich – Griguer 2005, s. 11–16. Pirjantanniemi (1998, s. 39) esittää osuvasti, että lapsipornografialla ja ns. tavanomaisella pornografialla on sananvapauden kannalta tarkasteltuna selvä ero: edellinen on tuotettu lapsen oikeuksia loukkaamalla ja jälkimmäisessä voidaan ainakin olettaa täysivaltaisten osapuolten tuottavan viestintäsisältöä vapaasta tahdostaan.

vutettu yksiselitteistä määritelmää edes kaikissa jäsenvaltioissa sinänsä ankarasti kriminalisoidusta lapsipornografiasta, vaan avoimeksi oli jätettävä sekä suojaikärajan määrittely että kiellon sovellettavuus ns. virtuaaliseen lapsipornografiaan eli kuvauksiin, joiden tuottamisessa ei tosiasiallisesti hyväksikäytetä lapsia mutta jotka viittaavat realistisella tavalla tällaiseen hyväksikäyttöön.⁶³³ Lapsipornografian käsitteen tarkaksi rajaamiseksi olisi lopulta myös välttämätöntä rajata yhtä selvästi itse pornografian käsite. Suuressa osassa käytännön rikostentorjuntaa on epäilemättä kyse määritelmän kannalta varsin selvistä tapauksista, mutta sananvapaussuojan kansallisista eroista voi rajatapauksissa aiheutua vaikeitakin ongelmia, etenkin silloin kun kyse on taiteen ilmaisuvapaudesta seksuaalisten teemojen käsittelyssä.⁶³⁴

Unionin sitomattoman oikeuden merkityksen on toisinaan ennakoitu tulevaisuudessa kasvavan ns. uuden sääntelytrendin myötä. Lainsäädännön sisällöllisestä harmonisoinnista ja siihen liittyvistä kollisio-ongelmista ollaan vähitellen siirtymässä eräänlaiseen muodolliseen yhteensovittamisstrategiaan, kansallisen sääntelyn ja itsesääntelyn unionitason kodifiointiin ja hyväksyntään ja sitä kautta alkuperämaaperiaatteen laajempaan soveltamiseen. Kansallisen perusoikeussuojan ja sisämarkkinoiden perusvapauksien välinen kollisio voi näissä tilanteissa epäilemättä toteutua vielä suuremmin kuin sitovan sekundaarioikeuden tulkinnoissa. Huomionarvoista on erityisesti se, miten unionin suositusluonteiset normit otetaan huomioon kollisio ratkaisussa ja siihen tarvittavissa unioniperusoikeuksien tulkinnoissa. Suositukset voivat tässä mielessä toimia eräänlaisena takaovena kansallisten viestintäkulttuurien ja kansallisten sananvapauskäsitysten eurooppalaiselle integraatiolle. Suositusnormit on toisaalta nekin tarvittaessa pystyttävä oikeuttamaan suhteellisuusperiaatteen mukaisina ja demokraattisessa yhteiskunnassa välttämättöminä sananvapausrajoituksina.⁶³⁵ Tässä suhteessa yhteisöjen tuomioistuimen tehtävä sananvapaussuojan suorittajana ei olennaisesti eroa unionin sitovien ja sitomattomien normien välillä.

⁶³³ Convention on cybercrime / Convention sur la cybercriminalité, CETS 185, 9 artikla. Kriitikiistä mm. Wéry 2004, s. 52–89. Ns. virtuaalinen lapsipornografia kuuluu esim. Yhdysvalloissa ensimmäisen lisäpöytäkirjan takaaman sananvapaussuojan piiriin. Euroopan unionin jäsenmaista yleisopimuksen ovat (vuoden 2007 loppuun mennessä) ratifioineet Alankomaat, Bulgaria, Kypros, Latvia, Liettua, Ranska, Romania, Slovenia, Suomi, Tanska, Unkari ja Viro.

⁶³⁴ Rautiainen 2007, s. 74–85, erityisesti s. 80–81; vrt. myös Jyränki 2007, s. 87–88 ja 97–98. Kuten Vlachopoulos (1996, s. 286) esittää, taiteen ja pornografian tyhjentävä rajaaminen ei edes ole mahdollista, koska se asettaisi taiteen käsitteelle kohtuuttomia sisältökriteerejä. Ks. myös esim. Verdussen 2000, s. 1014–1015; Hawkins – Zimring 1988, s. 113–114; Godwin 2003, s. 248–317 sekä Engel 1993, s. 299–300.

⁶³⁵ Ks. Suhr 1998, s. 98.

3 Euroopan unionin aktiivinen turvaamisvelvollisuus viestinnän perusoikeusasetelmassa

3.1 PERUSOIKEUKSIEN TURVAAMISVELVOLLISUUS JA TOIMIVALLAN SIIRTO JÄSENVALTIOILTA EUROOPAN UNIONILLE

3.1.1 Perusoikeuksien aktiivinen turvaamisvelvollisuus

Perusoikeuksien *aktiivisella* eli *positiivisella turvaamisvelvollisuudella* tai lyhyemmin perusoikeuksien *turvaamisvelvollisuudella* tarkoitetaan valtiolle perusoikeussäännöksistä johdettua velvollisuutta käyttää julkista valtaa hallinnossaan ja lainkäytössään siten, että jokaisen perusoikeudet tulevat turvatuiksi kaikkien valtion lainkäyttövaltaan kuuluvien oikeussubjektien niihin kohdistamia loukkauksia vastaan. Turvaamisvelvollisuudesta seuraa perusoikeuksien ns. *sivullisvaikutus* eli *horisontaalivaikutus*, joka ilmenee yksilön aineellisoikeudellisena velvollisuutena kunnioittaa toisten perusoikeuksia. Silloin kun tällainen velvollisuus seuraa itse perusoikeussäännöksiensä sivullisvaikutuksia tunnustavista tulkinnoista, puhutaan perusoikeuksien *suorasta sivullisvaikutuksesta*. Valtion aktiiviseen turvaamisvelvollisuuteen perustuvien lain säännösten kautta toteutuvasta yksilöä sitovasta vaikutuksesta käytetään vastaavasti termiä *epäsuora sivullisvaikutus*.⁶³⁶ Sivullisvaikutuksen ja erityisesti suoran sivullisvaikutuksen periaatteellisessa tunnustamisessa ja sen laajuuden määrittämisessä unionin jäsenvaltioiden valtiosäännöt eroavat jossakin määrin toisistaan. Joissakin tilanteissa aktiivinen turvaamisvelvollisuus ja suora sivullisvaikutus seuraavat kuitenkin jo ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännössä määrätystä ihmisoikeuksien vähimmäissuojatasosta. Tällä perusteella aktiivinen turvaamisvelvollisuus

⁶³⁶ (Aktive/positive) Schutzpflicht; Drittwirkung / horizontale Wirkung. Ks. yleisesityksenä esim. Alexy 1994, s. 475–493; Mowbray 2004 sekä Dröge 2003; kotimaisesta kirjallisuudesta esim. Lämsineva 2002, erityisesti s. 99–105 ja 2006; Viljanen 1999, s. 153–156 sekä Rosendahl 2005. Clapham (2006, s. 56–58 ja 523) laajentaa ihmisoikeuksien kunnioittamista koskevan universaalien velvoitteen analogisesti paitsi yksittäisten valtioiden lainkäyttövaltaan kuuluviin yksityisiin, yleisesti myös kansainvälisiin järjestöihin.

kuuluu kiistatta ainakin tietyissä rajoissa myös ihmisoikeussopimuksen oikeuksia vastaavien unioniperusoikeuksien suojausalttoon.⁶³⁷

Sananvapauden kannalta kysymys aktiivisen turvaamisvelvollisuuden laajuudesta koskee jo sen vapausoikeudellisen luonteen vuoksi ennen kaikkea sitä rajoittavien perusoikeuksien turvaamista eli turvaamisvelvollisuudella perusteltujen sananvapausrajoitusten laajuutta. Sananvapauden antinomisen suojausallön vuoksi turvaamisvelvollisuus voi toisaalta koskea myös sananvapauden vapausoikeudellista suojaa rajoitettavaa mutta yhtä lailla sananvapausuojaan kuuluvan viestinnän moniarvoisuuden turvaamista. Tässä yhteydessä on syytä huomata, että myös moniarvoisuusturvassa voi olla kyse konkreettisesta yksilön sananvapauden olemassaolosta tilanteissa, joissa markkinatilanne ilman valtion aktiivista toimintaa johtaisi tiettyjen viestijöiden tai tiettyjen viestintäsisältöjen syrjäytymiseen.⁶³⁸ Poikkeuksellisesti on mahdollista myös tilanne, jossa sananvapauden käyttäjiä uhataan tai painostetaan yksityisten toimesta, jolloin valtion turvaamisvelvollisuuden sisältönä on samanaikaisesti turvata moniarvoisuutta ja puolustaa sananvapautta sen klassisessa vapausoikeudellisessa merkityksessä.⁶³⁹

Aktiivinen turvaamisvelvollisuus voidaan sisällöllisesti jakaa varsinaiseen *horisontaaliseen ulottuvuuteen* ja tätä täydentävään *sosiaaliseen ulottuvuuteen*. Edellisellä tarkoitetaan tällöin klassista sivullisvaikutustilannetta, jossa perusoikeussuojasta seuraa määriteltävissä olevia velvollisuuksia tietyille yksityisille oikeussubjekteille, ja jälkimmäisellä valtiolle kuuluvaa perusoikeuksien edistämistä koskevaa velvoitetta ilman varsinaista velvoitettua sivullista tai tiettyä yksityisten välistä oikeussuhdetta. Sananvapausuojan osalta horisontaalinen ulottuvuus voidaan tämän mukaan määritellä valtion velvollisuudeksi estää sananvapautta loukkaavaa yksityistä vallankäyttöä ja sosiaalinen ulottuvuus niiden aineellisten edellytysten turvaamiseksi, joita kukin viestintään osallistuakseen tarvitsee.⁶⁴⁰ On ilmeistä, että sosiaalisen ulottuvuuden laajuus on yleensä hori-

⁶³⁷ Dröge (2003, s. 371) toteaa tutkimuksessaan aktiivisista turvaamisvelvollisuuksista Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännössä, että kansallinen harkintavara on aktiivisten turvaamisvelvollisuuksien osalta yleisesti suoraa ihmisoikeuksiin puuttumista koskevaa harkintavaraa laajempi, mutta ei kuitenkaan kvalitatiivisesti erilainen. Mowbrayn (2004, s. 221–231) mukaan ihmisoikeustuomioistuin ei ole luonut yleistä teoriaa aktiivisesta turvaamisvelvollisuudesta, mutta tehnyt lukuisilla sen tunnustavilla yksittäisillä ratkaisuiltaan ihmisoikeussopimuksesta jo tässä suhteessa modernimman perusoikeusinstrumentin kuin millaiseksi se on alkuaan kirjoitettu. Länsineva (2006, s. 1189) esittää vastaavasti kotimaisessa perusoikeuskeskustelussa, ettei ole syytä lähteä siitä, että perusoikeussuoja yksityistä vallankäyttöä vastaan olisi heikompaa kuin julkista valtaa vastaan. Vrt. näkökulmaero ihmisoikeussopimuksen ja unionin oikeuden välillä luvussa 1.3.4.

⁶³⁸ Vrt. Länsineva 2006, s. 1179–1180.

⁶³⁹ Tällaista tilannetta käsiteltiin ihmisoikeustuomioistuimen edellä luvussa 1.3.2 lainatussa ratkaisussa *Özgür Gündem* vastaan Turkki (16.3.2000, hakemus 23144/93).

⁶⁴⁰ Jaon esittää tässä muodossaan Dröge (2003, s. 6–8; sananvapauden osalta s. 37 ja 140). Ihmisoikeustuomioistuimen 10 artiklaa koskevaa ratkaisukäytäntöä Dröge tulkitsee siten, ettei sosiaalis-

sontaalista ulottuvuutta vaikeampaa määritellä – täysin vastaavasti kuin taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia on oikeuskäytännössä kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia vaikeampaa lähestyä.⁶⁴¹ Sananvapauden sisältyvän viestinnän moniarvoisuuden turvaaminen voi toisaalta kokonaisuutena edellyttää osia molemmista ulottuvuuksista.⁶⁴²

Sananvapauden ja sitä rajoittavien perusoikeuksien kollisioiden ratkaisemisessa samoin kuin sananvapauden sisäisten perusoikeuskollisioiden punninnassa vaatimus aktiivisen turvaamisvelvollisuuden soveltamisesta merkitsee tietystä mielessä päällekkäistä, punnintatilanteita komplisoivaa arviointinäkökulmaa. Vaikka valtion velvollisuus pidäytyä perusoikeuksia loukkaavista toimenpiteistä ja velvollisuus suorittaa perusoikeusloukkauksia estäviä toimenpiteitä voidaan perusoikeusteorian tasolla yksiselitteisesti erottaa toisistaan, eivät kysymykset siitä, missä määrin valtion voimassa olevat sananvapausrajoitukset ja moniarvoisuutta turvaavat säännökset ovat milloinkin riittäviä turvaamisvelvollisuuden täyttämiseksi, käytännössä ratkea yhtä helposti. Eräänlaisesta välimuodosta suoran ja epäsuoran sivullisvaikutuksen välillä on kyse tilanteissa, joissa sananvapautta rajoittavia, sanamuodoiltaan tyypillisesti abstrakteja säännöksiä pyritään tulkitsemaan tavalla, joka parhaiten turvaa niillä suojattavia perusoikeuksia. Tällainen tulkinta on luonnollisestikin ristiriidassa sen yleisen valtiosääntöoikeudellisen lähtökohdan kanssa, että sananvapausrajoituksia tai yleisemminkin kaikkia perusoikeusrajoituksia tulisi tulkita mahdollisimman suppeasti. Aktiivisen turvaamisvelvollisuuden huomioon ottaminen perusoikeuspunninnassa voi toisin sanoen tarkoittaa molemminpuolisen suhteellisuuspunninnan laajentamista negatiivisista suojasisällöistä positiivisiin suojasisältöihin.⁶⁴³ Ratkaisua ei tällöin tehdä ainoastaan perusoikeussuojaa kunnioittaen vaan jossakin laajuudessa myös niiden määräämien edistämistavoitteiden perusteella. Olennainen kysymys turvaamisvelvollisuuden määrittämisessä on epäilemättä tällöin se, rajoittuuko se yleisesti yksityisten toiminnasta aiheutuvien, tavalla tai toisella konkreettisten perusoikeusloukkausten estämiseen eli varsinaiseen horisontaaliseen ulottuvuuteen vai koskeeko se – ja jos niin missä laajuudessa – myös perusoikeuksien materiaalista turvaamista eli sosiaalista ulottuvuutta.

ta ulottuvuutta – toisin kuin edellä mainitussa *Özgür Gündem* -ratkaisussa selkeästi määriteltyä varsinaista horisontaalista ulottuvuutta – ole toistaiseksi turvattu 10 artiklan vähimmäissuojatason kautta. Yleisradiolaitoksen olemassaolon *Dröge* kuitenkin tulkitsee sinänsä osaksi sananvapauden turvaamisvelvollisuuden sosiaalista ulottuvuutta (s. 140).

⁶⁴¹ Ks. TSS-oikeuksien roolista unionin perusoikeuskirjassa Ojanen 2003a.

⁶⁴² Vrt. sananvapauden suojasisällön antinomia luvussa 1.2.3.

⁶⁴³ Vrt. Rühl 1998, s. 374–378. Greer (2004, s. 424–434) esittää ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisutoiminnan olevan pääasiassa ainoastaan suojalottuvuuksien luotaamista (tässä ”negatiivinen suojasisältö”) eikä varsinaista punnintaa (tässä ”positiivinen suojasisältö”) koska ihmisoikeuksien vähimmäissuojatasoihin ei yleensä kuulu aktiivisen turvaamisvelvollisuuden arviointia.

Unionin oikeuden sananvapauskäsitteen kannalta merkityksellistä tässä problematiikassa on erityisesti se, missä määrin sananvapauden tai sitä rajoittavien perusoikeuksien aktiivinen turvaamisvelvollisuus voi kuulua jäsenvaltioiden ohella tai sijaan uutta viestintäoikeudellista lainsäädäntöä voimaan saattavalle unionille itselleen. Vaikka unioniperusoikeudet eivät vaikuta toimivaltajakoon unionin ja sen jäsenvaltioiden välillä, voi toteutuneesta toimivaltajaosta olla seurauksena tilanne, jossa perusoikeudet voitaisiin jäsenvaltiotasoa olennaisesti tehokkaammin turvata juuri unionin lainsäädännössä tai unionin oikeuden perusoikeustulkintojen kautta. Oikeuskirjallisuudessa onkin siten ainakin pääsääntöisesti katsottu, että myös unionille kuuluu toimivaltansa rajoissa sen tunnustamia unioniperusoikeuksia koskeva aktiivinen turvaamisvelvollisuus.⁶⁴⁴ Tällaista turvaamisvelvollisuutta nimenomaisesti tunnustavaa yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntöä ei toistaiseksi kuitenkaan ole. Avoin kysymys on toisaalta vielä myös se, miten tavalla tai toisella rajattu toimivallan siirto unionille vaikuttaa jäsenvaltion oman aktiivisen turvaamisvelvollisuuden laajuuteen.

3.1.2 Toimivallan siirron vaikutukset jäsenvaltion velvollisuuksien kannalta

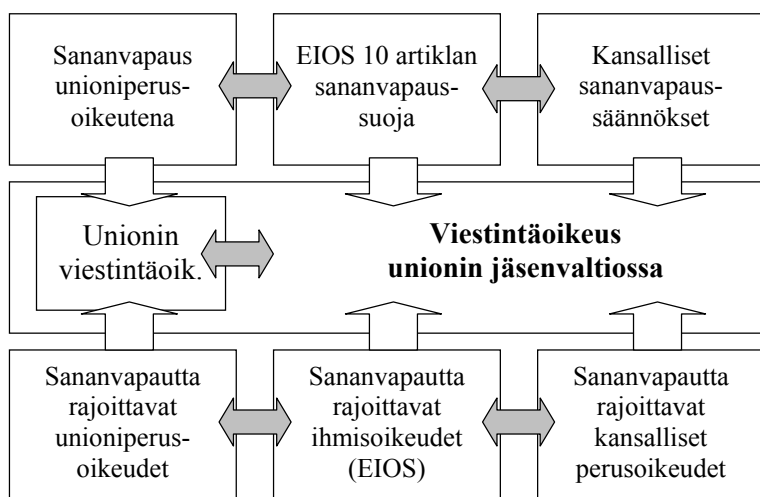
Unionin jäsenvaltion näkökulmasta perusoikeuksien aktiivinen turvaamisvelvollisuus voi paitsi johtua jäsenvaltion kansallisesta valtiosäännöstä, joissakin tilanteissa se voi myös sisältyä jo Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnoissa määritettyyn vähimmäissuojatasoon. Soveltaessaan unionin oikeutta jäsenvaltio on sidottu myös unioninperusoikeuksien turvaamisvelvollisuuteen, sikäli kun sellaisen tulkitaan olevan voimassa. Jos jäsenvaltio soveltaa kansallista perusoikeusvaraamaa, sen kansallisia perusoikeuksia koskee sama turvaamisvelvollisuus silloinkin, kun kyse on unionin oikeuden soveltamisesta. Ihmisoikeustuomioistuimen *Matthews*-ratkaisussaan⁶⁴⁵ esittämän säännön perusteella jäsenvaltio ei myöskään vapaudu ihmisoikeussopimuksesta johtuvista velvollisuuksistaan ollessaan unionin oikeuden sitoma, mikä tarkoittaa, että jäsenvaltiolla on ihmisoikeuksia koskeva aktiivinen turvaamisvelvollisuus yhtä lailla soveltaessaan kansallista kuin unioninkin oikeutta. Tästä seuraa, että jäsenvaltion näkökulmasta samaa unionin oikeutta koskevaa soveltamistilannetta voi koskea kolmen eri perusoikeusjärjestelmän kautta määrittyviä päällekkäisiä turvaamisvelvollisuuksia. Jäsenvaltion kansallista oikeutta sovellettaessa samaan tilanteeseen voi johtaa unionin oikeuden tulkintavaikutus, jonka kautta kansallisen perusoi-

⁶⁴⁴ Esim. Szczechalla 2002, s. 612–617 ja 1127–1134.

⁶⁴⁵ Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Matthews* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (18.2.1999, hakemus 24833/94). Ks. myös luku 1.3.3. Riedel (1986, s. 296) totesi *Matthews*-ratkaisun pääsäännön välttämättömäksi jo esityksessään vuonna 1986.

keussuojan ja ihmisoikeussuojan ohella tuomioistuimen huomioon otettavaksi tulevat myös unioniperusoikeuksien suojaan sisältyvät turvaamisvelvollisuudet.

Viestintäoikeuteen kohdistuva perusoikeusvalvonta voidaan edellä olevan perusteella esittää kaaviona, jossa unionin viestintäoikeus eli viestintää koskeva sekundaarioikeus sekä viestintään sovellettavat primäärioikeuden säännökset sisältyvät jäsenvaltion soveltamaan viestintäoikeuteen (kaavio 4). Kaavion vaaka-suorat nuolet kuvaavat keskinäisiä tulkintavaikutuksia, yhtäältä perusoikeusjärjestelmien ja toisaalta unionin oikeuden ja kansallisen viestintäoikeuden välillä.⁶⁴⁶ Aktiivisen turvaamisvelvollisuuden tunnustaminen voidaan kaaviossa mieltää pystysuuntaisten nuolien kuvaamana, vastakkaisten perusoikeusvelvoitteiden välistä liikkumavaraa kaventavana tekijänä, koko viestintäoikeutta perusoikeudellistavana velvoitteena.⁶⁴⁷ Ongelmallista jäsenvaltion lainsäädännöllisen toimivallan siirtämisessä unionille on erityisesti se, että sen keinot noudattaa turvaa-



Kaavio 4. Viestintäoikeus ja perusoikeusvalvonta Euroopan unionin jäsenvaltiossa.

⁶⁴⁶ Unionin oikeuden ja kansallisen oikeuden välille piirretyin nuolien kaksisuuntaisuudella viitataan jäsenvaltion tavanomaiseen lähtökohtaan tulkita soveltamiaan ja implementoimiaan unionin oikeuden säännöksiä kansalliseen oikeuteen soveltuvalla tavalla. Tässä yhteydessä on luonnollisestikin huomattava, että unionin oikeuden tulkinnan yhdenmukaisuus edellyttää tällaisten kansallisten tulkintakäytäntöjen korjaamista viimeistään silloin, kun poikkeamat tulkinnoissa aiheuttavat esteitä sisämarkkinoiden perusvapauksien tehokkaalle toteutumislle.

⁶⁴⁷ Kaaviota ei toki välttämättä ole yhdistettävä nimenomaan aktiiviseen turvaamisvelvollisuuteen, vaan se havainnollistaa viestintäoikeutta koskevaa perusoikeusvalvontaa unionin jäsenvaltiossa yleisemminkin (vrt. kaavio 1 s. 18). Juuri aktiivinen turvaamisvelvollisuus kuitenkin tekee jäsenvaltion monisuuntaisesta perusoikeussidonnaisuudesta ja unionille siirretystä toimivallasta erityisen ongelmallisen kaaviossa esitetyllä tavalla.

misvelvollisuuksiaan rikkomatta unionin oikeutta vastaan vähenevät kansallisen toimivallan kaventuessa. Toimivallan siirto ei toisin sanoen vapauta jäsenvaltiota perusoikeuksien aktiivisesta turvaamisvelvollisuudesta minkään eri perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta, mutta rajoittaa kuitenkin merkittävästi sitä toimivaltaa, jonka puitteissa jäsenvaltio voisi perusoikeussuojan aktiivisesti turvata. Tämä näkökulma puoltaa joka tapauksessa vahvasti sitä käsitystä, että aktiivisen turvaamisvelvollisuuden on kohdistuttava unionin oikeuden alalla myös unioniin itseensä. Sikäli kun kansallisen valtiosäännön perusoikeussuoja kuitenkin velvoittaa jäsenvaltiota unioniperusoikeuksia kattavampaan aktiiviseen suojaan, sen on tästä huolimatta joissakin tilanteissa ehkä sovellettava kansallista perusoikeusvaraumaansa vallitsevan suojatasonsa säilyttämiseksi. Unionille kuuluva aktiivinen turvaamisvelvollisuus ja ennen kaikkea mahdollisuus vedota siihen sekundaarioikeuden tulkinnoissa ja pätevyysarvioinnissa voisivat toisaalta parantaa unionin perusoikeusvalvonnan edellytyksiä toimia järjestelmien välisiä ristiriitoja ehkäisevänä instrumenttina.⁶⁴⁸

Harmonisoiva tulkinta lienee jäsenvaltion oikeuden näkökulmasta mahdollinen siten, että kansallista perusoikeusvaraumaa sovelletaan ainoastaan tilanteissa, joissa unionin oikeuden vuoksi syrjäytyvää perusoikeusturvaa ei kansallisen toimivallan puitteissa voida korvata millään muulla samaan suojavaikutukseen pyrkivällä toimenpiteellä. Ihmisoikeussopimuksen kannalta vastaava joustovara toteutunee jatkossakin kansallisen harkintamarginaalin ja käytännössä aktiivisen turvaamisvelvollisuudelle annetun suhteellisen matalan vähimmäissuojatason kautta.⁶⁴⁹ Molempien soveltamista voi luonnollisesti osaltaan helpottaa mahdollisuus vedota unionin omaan turvaamisvelvollisuuteen lainsäädäntötoimivaltansa alalla.

3.1.3 Toimivallan siirron vaikutukset Euroopan unionin perusoikeusvelvollisuuksiin

Unionin perusoikeuskirjan 52 artiklaan kirjatun soveltamisalasäännöksen ja yhteisöjen tuomioistuimen vallitsevan doktriinin mukaan unioniperusoikeuksilla ei ole vaikutusta toimivallan jakoon unionin ja sen jäsenvaltioiden välillä. Unionin perusoikeussäännökset eivät etenkään perusta unionille uutta lainsäädännöllistä tai hallinnollista toimivaltaa millään oikeudenalalla. Perusoikeuksien aktiivinen

⁶⁴⁸ Vrt. kuitenkin Eisner 2005, s. 237 sekä Bühler 2005, s. 477–479. Molemmat kirjoittajat pitävät yhteisöjen tuomioistuimelle kuuluvaa unionin oman perusoikeusdoktriinin kehittämistä koskevaa toimivaltaa merkittävänä myös turvaamisvelvollisuuden osalta, mutta ovat varsin pessimistisiä tuomioistuimen perusoikeusargumentaation suhteen. Vrt. luku 1.3.4; ks. myös Pellonpää 2005b, s. 1248 sekä Schaller 2003, s. 220–222.

⁶⁴⁹ Ks. Ojanen 2003b, s. 1165.

turvaamisvelvollisuus voi tämän lähtökohdan perusteella toteutua ainoastaan sen sääntelyalan sisällä, joka unionin primäärioikeudessa määritellyn,⁶⁵⁰ perusoikeussäännöksistä riippumattoman toimivaltajaon mukaan kuuluu unionin kompetenssiin. Keskeisimpänä unionin toimivaltaa rajaavana tekijänä ainakin viestintäoikeuden alalla voidaan pitää unionin harmonisointikompetenssia sisämarkkinoiden rakentamiseksi ja niiden toiminnan turvaamiseksi (yhteisöjen perustamissopimuksen 95 artikla).⁶⁵¹ Sisämarkkinaharmonisointi vaikuttaa tyypillisesti sekä sananvapauden että sitä rajoittavien perusoikeuksien käyttöön ja estää samalla soveltamisalallaan jäsenvaltioita toteuttamasta niiden turvaamiseksi mahdollisesti tarkoituksenmukaisia ja tehokkaita sääntelytoimenpiteitä. Mahdollisia ovat siten tilanteet, joissa perusoikeuksien katsotaan olevan turvattavissa tehokkaimmin nimenomaan unionin oikeuden eikä kansallisen oikeuden tasolla.

Tärkein ja tunnetuin vasta-argumentti unionin aktiiviselle turvaamisvelvollisuudelle on unionilta puuttuva *suvereniteetti* ja siihen liittyvä lainsäädännöllinen ja hallinnollinen *yleistoimivalta*. Toimivallan siirrot jäsenvaltiolta unionille on aina rajattu joko tiettyyn aineellisoikeudelliseen soveltamisalaan tai tiettyyn integraatitavoitteeseen, eikä unionilla ole valtuuksia toimia sille siirretyn toimivallan ulkopuolella. Tätä unionin oikeuden perusperiaatetta on kirjallisuudessa kutsuttu *annetun toimivallan periaatteeksi*,⁶⁵² primäärioikeudessa se on kirjattu yhteisön perustamissopimuksen 5 artiklaan ja uudistussopimuksessa unionisopimuksen uuden 3 b artiklan 2 kohtaan. Koska unionille ei ole siirretty toimivaltaa, joka koskisi perusoikeuksien aktiivista turvaamista, voidaan epäilemättä väittää, ettei unioni voi toimivaltansa puitteissa antaa yhtäkään sellaista säännöstä, jonka pääasiallisena tai ainoana tarkoituksena olisi jonkin perusoikeuden aktiivinen turvaaminen, puhumattakaan että unionilla olisi tätä koskeva velvollisuus. Tällä perusteella aktiivinen turvaamisvelvollisuus kuuluisi kokonaisuudessaan suvereniteettiin perustuvaa yleistoimivaltaa käyttävälle jäsenvaltiolle. Ongelma tässä päätelyssä on se, ettei esimerkiksi unionin sisämarkkinatoimivaltaa tyypillisesti voida käyttää vaikuttamatta samalla perusoikeussuojaan ja yksilön eri perusoikeuksien käyttöön sekä vertikaali- että horisontaalisuhteissa. Juuri tästä syystä unioni on sitoutunut kunnioittamaan perusoikeuksia lainsäädännössään: huolehtimaan siitä, ettei lainsäädännön lähentämisellä ja unionin oikeuden tulkinnoilla loukata kenenkään perusoikeuksia. Tämän unionin velvoitteen kannalta ei vält-

⁶⁵⁰ Tässä yhteydessä on huomattava, että toimivaltajako määräytyy osin myös kirjoitettua primäärioikeutta täydentävien yhteisöjen tuomioistuimen doktriinien, erityisesti ns. *implied powers -doktriinin* kautta.

⁶⁵¹ Uudistussopimuksen voimaantulon jälkeen 94 artikla sopimuksessa Euroopan unionin toiminnasta.

⁶⁵² Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung; joissakin esityksissä rajatun yksittäisvaltuutuksen periaatteen on myös katsottu sisältyvän yhtenä osana yleiseen toissijaisuus- eli subsidiariteettiperiaatteeseen.

tämättä ole ollenkaan perusteltua erotella tilanteita sen mukaan, johtaako unionin oikeus perusoikeussuojan mahdolliseen loukkaukseen jäsenvaltion vai sen lainkäyttövaltaan kuuluvien yksityisten oikeussubjektien toiminnan kautta. On päinvastoin mahdollista tulkita perusoikeuksien kunnioittamisvelvoitteen kattavan suojatason säilyttämisen sekä vapausoikeudellisen puuttumattomuuden että aktiivisen turvan merkityksissä. Tätä näkökantaa tukee myös edellä esitetty tarkastelu jäsenvaltion harmonisoinnin myötä supistuvista edellytyksistä täyttää sille kuuluvaa turvaamisvelvollisuutta.⁶⁵³

Perusoikeuskirjan 11 artiklan valmisteluprosessissa kysymys unionin aktiivisen toimivallan rajauksesta nousi mielenkiintoisella tavalla esille säännöksen sanamuotovalinnassa. Konventissa käytiin poliittista väittelyä viime hetkellä siitä, kirjoitetaanko 11 artiklan 2 kohtaan ”tiedotusvälineiden vapaus ja moniarvoisuus *turvataan*” vai ”tiedotusvälineiden vapautta ja moniarvoisuutta *kunnioitetaan*”. Konventin päättymistä jälkimmäiseen sanamuotoon lienee pidettävä eräänlaisena unioniperusoikeuksia koskevaa kompetenssirajausta toistavana – perusoikeuskirjan 52 artiklan valossa sinänsä vailla itsenäistä merkitystä olevana – lisävahvistuksena sille, ettei säännös missään tapauksessa anna unionille toimivaltaa ryhtyä sananvapautta tai viestinnän moniarvoisuutta turvaaviin aktiivisiin toimenpiteisiin. Tätä on oikeuskirjallisuudessa kutsuttu suppeampaa perusoikeusmääritelmää vaatineiden Pyrrhoksen voitoksi,⁶⁵⁴ sillä hyväksytyksi tulleen ”kunnioittamisen” voidaan unionin jo olemassa olevan toimivallan rajoissa tulkita edellä kuvatulla tavalla merkitsevän lopulta samaa aktiivisen turvaamisvelvollisuuden sisältävää asemaa kuin ”turvaamisenkin”. Perusoikeuskirjan 11 artiklan kannalta olennaista on etenkin aktiivinen moniarvoisuusturva, muiden sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien osalta sama tilanne koskee luonnollisestikin muita perusoikeuskirjan perusoikeussäännöksiä tulkittuna yhdessä 52 artiklan yleisen soveltamisalasäännöksen kanssa.

Pääsääntönä on hyväksyttävä, että unionin perusoikeusvelvoitteisiin sisältyy sille siirretyn toimivallan rajoissa myös unioniperusoikeuksien aktiivinen turvaamisvelvollisuus.⁶⁵⁵ Määräävää unionin turvaamisvelvollisuuden laajuuden kannalta lienee ennen kaikkea se, millaiset yhtäältä unionin ja toisaalta sen jäsen-

⁶⁵³ Edellinen luku (3.1.2).

⁶⁵⁴ Stock 2004, s. 88–89 ja 92–94; vrt. Bär 2005, s. 161–162. Vastaava tilanne voi osin koskea pöytäkirjaa perusoikeuskirjan soveltamisesta Puolaan ja Yhdistyneeseen kuningaskuntaan (etenkin sen 1 artiklan 2 kohta). Nimenomaan lisävahvistus sille, ettei perusoikeuksien aktiivinen turvaamisvelvollisuus etenkään sosiaalisten oikeuksien osalta leviä unionin oikeuden kautta kansalliseen oikeuteen, oli epäilemättä näiden jäsenvaltioiden tavoitteenakin. Tätä ”vaaraa” ei yleisen toimivaltajaan vuoksi toisaalta välttämättä ole muidenkaan jäsenvaltioiden kansallisissa oikeusjärjestelmissä.

⁶⁵⁵ Samoin mm. Stock 2004, s. 92–94; Szczechalla 2002, s. 1127–1129 sekä Bär 2005, s. 233–240; vrt. myös Lindfelt 2007, s. 306–315. Päinvastaista näkemystä edustaa esim. Fiedler 2006.

valtioiden mahdollisuudet turvata perusoikeuksia lainsäädännön harmonisoinnin jälkeen ovat. Kyse on toisin sanoen eräänlaisesta unionin ja sen jäsenvaltion tosiasiallisten toimimisedellytysten välisestä vertailusta jotakuinkin *toissijaisuusperiaatteen* soveltamista vastaavalla tavalla.⁶⁵⁶ Kompetenssirajauksen kannalta mielenkiintoinen ja toistaiseksi vaille vastausta jäänyt erityiskysymys on myös se, kuinka pitkälle unionin oikeuden tulkintavaikutus voi laajentaa unionin oikeudessa mahdollisesti omaksuttujen, perusoikeuksien aktiivista turvaamista koskevien doktriinien vaikutusta kansalliseen oikeuteen. Jos unionin sekundaari-oikeuden tulkintojen kautta määritellään jollekin unioniperusoikeudelle tietty yleistettävissä oleva aktiivisen turvan taso, voidaan olettaa, että vastaavaan suojatason tulisi koskea samaa perusoikeutta myös kansallisen oikeuden alalla, ainakin sikäli kun tarkasteltavalla soveltamistilanteella on riittävä yhteys voimassa olevaan unionin oikeuteen. Koska turvaamisvelvollisuus on perusoikeuksien kollisiotilanteissa omiaan yleisesti kiristämään punninnan ehtoja, tulkintavaikutus voinee tässä suhteessa herkästi johtaa ristiriitatilanteisiin kansallisten perusoikeuksien ja unioniperusoikeuksien välillä. Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisutoiminnassa tämä voi heijastua perusoikeusvalvonnan lieventymisenä aktiivista turvaamisvelvollisuutta koskevien vaatimusten osalta. Unionia koskevan turvaamisvelvollisuuden kieltäminen kokonaisuudessaan ei toisaalta sekään sovi osaksi ristiriitatilanteita välttämään pyrkivää eurooppalaista perus- ja ihmisoikeussuojajärjestelmää. Jäsenvaltioille unionin oikeudessa jäävä mahdollisuus perusoikeussuojan turvaamiseen on ainakin tarvittaessa pystyttävä osoittamaan sellaisissa tilanteissa, joissa vaatimus unionin omasta aktiivisesta turvaamisvelvollisuudesta hylätään.

3.2 VIESTINNÄN MONIARVOISUUDEN TURVAAMISVELVOLLISUUS

3.2.1 Yleistä

Sananvapauden aktiivinen turvaamisvelvollisuus samaistuu oikeuskirjallisuudessa usein velvollisuuteen turvata *viestinnän moniarvoisuutta*. Riippuen siitä, miten varsinkin jälkimmäinen määritellään,⁶⁵⁷ nämä kaksi käsitettä voivat olla sisällöltään tarkalleenkin yhteneviä. Turvaamalla yksilön horisontaalisuhteissa uhattua sananvapautta valtio turvaa tyypillisesti juuri viestijöiden ja viestintäsäältäjen moniarvoisuutta, vähemmistömielipiteiden esille pääsyä joukkoviestin-

⁶⁵⁶ Jotakuinkin samoin Frey 1999, s. 251–252.

⁶⁵⁷ Ks. luku 1.2.3.

nässä ja viime kädessä myös yleisön oikeutta vastaanottaa monipuolista informaatiota. Vaikka sananvapauden käyttäjään toisten yksityisten oikeussubjektien taholta kohdistettu väkivalta tai väkivallan uhka ja joukkoviestintämarkkinoiden taloudelliset toimintaedellytykset poikkeavat toisistaan olennaisesti viestinnän laittomina ja laillisina esteinä, sananvapauden aktiivinen turvaamisvelvollisuus voi edellyttää molemmissa tilanteissa valtion puuttumista kohtuuttomien esteiden poistamiseksi ja moniarvoisuuden turvaamiseksi. Erottava tekijä tilanteiden välillä on lopulta ainoastaan se, että edellisessä tilanteessa turvaamisvelvollisuus olisi perusteltu silloinkin, kun sananvapauden katsottaisiin olevan puhtaasti vapausoikeudellinen perusoikeus. Vaikka aktiivista moniarvoisuusturvaa koskeva, viestinnän markkinatilannetta sääntelevä tehtävä osana sananvapaussuojan sisältöä yleisesti hyväksytäänkin, valtion toimenpiteitä on jälkimmäisessä tilanteessa kuitenkin punnittava suhteellisuusperiaatteen kannalta sikäli, kun niillä moniarvoisuusturvan ohella rajoitetaan muiden toimijoiden sananvapautta tai muita perusoikeuksia, esimerkiksi elinkeinovapautta tai omaisuuden suojaa.

Euroopan unionille viestinnän moniarvoisuuden turvaamisvelvollisuus voi kuulua ainoastaan jäsenvaltioiden sille siirtämän toimivallan puitteissa.⁶⁵⁸ Tällaisia tilanteita voi sisältyä etenkin unionin sisämarkkinaoikeuteen, esimerkiksi *kilpailuoikeuteen* sekä unionin *kulttuuripoliittiseen sääntelyyn*. Aktiivisen turvaamisvelvollisuuden voidaan myös katsoa sitovan unionia sen *kansainvälisissä suhteissa*, esimerkiksi neuvoteltaessa viestintätuotteiden ja -palvelujen maailmanlaajuisen kaupan vapauttamisesta. Vetoamista unionin turvaamisvelvollisuuteen on pidettävä perusteltuna tilanteissa, joissa joko unionin säännökset suoraan estävät jäsenvaltioita toimimasta turvaamisvelvollisuuksiensa mukaisesti tai unioni jättää toimimatta moniarvoisuuden turvaamiseksi sellaisella sääntelyalalla, jolla toimivalta on siirretty kokonaan jäsenvaltioilta unionille. Unionin perusoikeusvalvonnan tehtävänä on tällöin tarvittaessa kumota sellaisia unionin oikeuden säännöksiä, jotka voimassaolollaan estävät riittävän moniarvoisuusturvan toteutumisen. Kokonaan poissuljettu ei ole myöskään mahdollisuus vaatia komissiolta toimenpiteitä viestinnän moniarvoisuuden turvaamiseksi tilanteissa, joissa tehokkaat turvaamedellytykset sisältyvät jäsenvaltion toimivallan sijaan selkeästi sen unionille siirtämään toimivaltaan. On huomattava, ettei yhteisöjen tuomioistuin kuitenkaan toistaiseksi ole ratkaisukäytännössään vielä tunnustanut unionin aktiivista turvaamisvelvollisuutta ja ettei mahdollisuutta vedota suoraan viestinnän moniarvoisuusvaatimukseen subjektiivisena oikeutena ole jäsenvaltioidenkaan oikeudessa yleensä ainakaan yksiselitteisesti hyväksytty.⁶⁵⁹ Perusoi-

⁶⁵⁸ Ks. myös Roßnagel – Scheuer 2005, s. 277–278; Roider 2001, s. 296–297 sekä Jarass 2005, s. 205; vrt. edellä luku 3.1.

⁶⁵⁹ Ks. esim. Pauku 2006, s. 55

keuskirjan 11 artiklan 2 kohdan tulkinta jättää tässä suhteessa yhteisöjen tuomioistuimen tulevalle sananvapausdoktriinille huomattavan laajan liikkumavaran.

3.2.2 Unionin kilpailuoikeus viestintäsektorilla

Kilpailuoikeus on unionin oikeudenala, jota on perinteisesti ollut vaikea yhdistää sananvapauteen, varsinkaan aktiivisen moniarvoisuusturvan merkityksessä. Kilpailuoikeuden tehtäväksi on tyypillisesti määritelty vapaiden markkinoiden toiminnan turvaaminen mahdollisimman läpinäkyvällä, myytävien tuotteiden ja palvelujen sisältöihin puuttumattomalla ja yksityisten markkinatoimijoiden autonomiaa mahdollisimman vähän rajoittavalla sääntelyllä. Viestinnän moniarvoisuusturva on puolestaan yhdistetty kiinteästi ennemminkin julkisen palvelun periaatteeseen ja valtion aktiiviseen tukipolitiikkaan viestintäsältöjä arvioivine kulttuurisine, vapaalle kilpailulle vieraine lähtökohtineen. Tästäkin huolimatta on usein huomautettu juuri kilpailuoikeuden toimivan tosiasiallisesti yhtenä sekä kansallisen että eurooppalaisen tason tärkeimmistä viestinnän moniarvoisuutta turvaavista oikeudellisista instrumenteista.⁶⁶⁰ Yleisellä kilpailuoikeudella saavutetun markkinatoimijoiden diversiteetin on yleisesti tunnustettu korreloivan ainakin jossakin määrin myös viestinnän sisällöllisen moniarvoisuuden kanssa.⁶⁶¹ Monissa kansallisissa järjestelmissä on kuitenkin katsottu tarpeelliseksi säännellä joukkoviestintätoimintaa ns. *erityisellä kilpailuoikeudella* eli mediakeskittymiä koskevalla sääntelyllä, jonka puitteissa nimenomaan viestinnän moniarvoisuuden vaatimukset on voitu huomioida yleistä kilpailuoikeutta paremmin. Tällaista sääntelyä on pitkään harkittu myös unionin sisämarkkinaoikeudessa. Viestintää koskevan kilpailuoikeuden osaksi voidaan toisaalta jo katsoa unionin *pääsyä sähköisiin verkkoihin* vapauttava ja *digitaalisten lähetystaajuuksien jakoa* koskeva sääntely, joihin niin ikään liittyy markkinatavoitteita osin tukevia ja osin rajoittavia moniarvoisuusturvavaatimuksia.

Kysymys joukkoviestintää koskevan erityisen kilpailuoikeuden tarpeesta unionin tasolla nousi esille 1990-luvun alussa Euroopan parlamentin aloitteesta ja sitä käsiteltiin yksityiskohtaisesti vuonna 1992 julkaistussa komission vihreässä kirjassa moniarvoisuudesta ja mediakeskittymistä sisämarkkinoilla.⁶⁶² Vaikka komissio katsoi jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisen tältä osin unionin toimivaltaan kuuluvaksi, valmistelu ei lopulta johtanut uuteen sekundaar-

⁶⁶⁰ Esim. Wheeler 2004, s. 361. Wheeler pitää ironisena sitä, että [unionin] tehokkain moniarvoisuusturvainstrumentti on edelleenkin juuri kilpailuoikeus eli kaikista liberalistisin ylikansallisista oikeudenaloista. Vrt. Frey 1999, s. 210–211.

⁶⁶¹ Ks. esim. Bille 2004, s. 612–613; vrt. kuitenkin tätä käsitystä koskevat varaukset jäljempänä tässä luvussa.

⁶⁶² KOM(92) 480 lopullinen.

risääntelyyn, vaan kansalliset erot mediakeskittymiä koskeissa säännöksissä jäivät voimaan. Lainsäädäntöprosessia on kuitenkin oikeuskirjallisuudessa yhä useammin vaadittu käynnistettäväksi uudelleen, sillä kansallisen oikeuden eroista aiheutuvien sisämarkkinaesteiden ohella keskittymien sääntelyä ainoastaan kansallisella tasolla on alettu pitää riittämättömänä vähitellen myös sisärajojen yli tapahtuvan mediaomistuksen keskittymisen hallitsemiseksi.⁶⁶³ Kansallisen erityisen kilpailuoikeuden ja unionin yleisen kilpailuoikeuden väliin on siten muodostunut sääntelyaukko, joka toistaiseksi mahdollistaa sellaiset keskittymät, jotka eivät vaaranna vapaan kilpailun edellyttämää taloudellista diversiteettiä mutta saattavat silloinkin vähentää viestinnän moniarvoisuutta. Yksi mahdollisuus tulkita sananvapautta ja viestinnän moniarvoisuutta koskevaa aktiivista turvaamisvelvollisuutta on katsoa unioni velvolliseksi poistamaan nimenomaan tämä lainsäädäntöaukko sisämarkkina-alueelta jäsenvaltioiden lainsäädäntöä harmonisoimalla. Vaihtoehtona tälle on esitetty velvollisuutta tulkita jo voimassa olevaa unionin yleistä kilpailuoikeutta viestintää koskevilla tilanteilla tavalla, jolla turvataan markkinadiversiteetin ohella myös unioniperusoikeussuojan edellyttämä viestinnän moniarvoisuus. Molemmista tapauksista kyse on viestinnän moniarvoisuusturvasta, joka voidaan toteuttaa tehokkaammin unionin oikeuden kuin kansallisen oikeuden tasolla, toisin sanoen konkreettisista tilanteista, joissa unionin aktiivinen turvaamisvelvollisuus voi tulla sovellettavaksi.⁶⁶⁴

Vuonna 2007 Euroopan komissio julkaisi valmisteluasiakirjan tiedotusvälineiden moniarvoisuudesta unionin jäsenvaltioissa,⁶⁶⁵ jossa käsiteltiin huomattavan monipuolisesti sääntelyn eri vaikutuksia moniarvoisuuteen. Vaikka asiakirja ei sisällä konkreettisia päätelmiä unionin tulevasta roolista moniarvoisuuden

⁶⁶³ Ks. erityisesti Gounalakis – Zagouras 2006; samoin myös Frey 1999, s. 211. Euroopan neuvosto on päätöslauselmassaan 1636 (2008) suosittanut kansallisille parlamenteille toimia tiedotusvälineiden toimintaedellytysten johdonmukaiseksi analysoimiseksi ja niitä turvaavan lainsäädännön parantamiseksi. Pääpaino päätöslauselmassa on nimenomaan taloudellisen riippumattomuuden edistäminen ja liiallisten omistuskeskittymien estäminen.

⁶⁶⁴ Ks. Michalis 1999, s. 156–163; Isak 1997, s. 140–143; Uwer 1998, s. 37–40 sekä Wheeler 2004, s. 367. Pauku (2006, s. 78–79) esittää (Craufurd Smithiin 2004 viitaten), että suurilla yrityksillä voi olla paremmat edellytykset kokeilla ja ottaa riskejä ja siten myös parantaa tarjontansa moniarvoisuutta, mikä tekee myös yksioikoisen käsityksen markkinadiversiteetin ja moniarvoisuuden suorasta korrelaatiosta kyseenalaiseksi. Samoin myös jäljempänä tässä luvussa esitellyssä komission valmisteluasiakirjassa SEC(2007) 32. Van der Wurff (2005, s. 299) toteaa vastaavasti, että sekä liika kilpailu että liian vähän kilpailua tai keskittymistä voi vähentää sisältöjen moniarvoisuutta ja että optimitaso riippuu mediakohtaisesta kysynnästä, kustannuksista, mainostuloista, tilaussidonnaisuudesta sekä mahdollisuuksista laajentumiseen skaalautujen hankkimiseksi. Van der Wurff katsoo markkinavoimien tuottaman erikoistumisen ja sen tuottaman moniarvoisuuden kuitenkin lopulta myös tuloksiltaan epätäydelliseksi ja kategorian ”surprising, eye-opening and thought-provoking information” syrjäyttäväksi. Tämän viestintäkategorian turvaamiseksi hän pitää julkisen palvelun viestimiä välttämättöminä.

⁶⁶⁵ SEC(2007) 32.

sääntelyssä, sen sisältö on oikeuskirjallisuudessa otettu varsin tervetulleena vastaan.⁶⁶⁶ Komissio tunnustaa asiakirjassa selkeästi sekä sen, ettei tiedotusvälineiden sääntelyä voida toteuttaa ainoastaan markkinoiden ehdoilla, että sen, ettei lisääntynyt välityskapasiteetti välttämättä vähennä aktiivisen moniarvoisuusturvan tarvetta. Kilpailuoikeudellisen keskittymäsääntelyn osalta komissio toteaa paradoksaalisesti, että keskittyminen voi tiettyyn rajaan asti lisätä moniarvoisuutta, sillä ainoastaan taloudellisesti riittävän vahvoilla toimijoilla on mahdollisuus luopua halvoista massatuotannoista ja erikoistua vaihtoehtoisempaan viestintään. Unionitason keskittymäsääntelyn tulevaisuus jää asiakirjan pohjalta edelleenkin avoimeksi.

Euroopanlaajuisten medioiden ja eurooppalaisen julkisen diskurssin puutteen on toisaalta esitetty johtavan myös toiseen markkinadiversiteetin ja viestinnän moniarvoisuuden väliseen paradoksiin. Koska keskustelut ovat kansallisia ja toisistaan erillisiä, ei unionin sisäraajat ylittävä markkinamahti välttämättä johda laajaan mielipidemahdiin missään jäsenvaltiossa, rajat ylittävästä mielipidemahdistista puhumattakaan.⁶⁶⁷ Mikäli samalla toimijalla on hallussaan merkittäviä joukkoviestimiä useissa jäsenvaltioissa, voidaan toisaalta ajatella, että ainakin mielipidesisällöt Euroopassa kokonaisuutena tästäkin huolimatta yksipuolistuvat. Moniarvoisuus voi joka tapauksessa vähentyä silloinkin, kun vain suhteellisen pieniä yleisöjä jäsenvaltioissaan saavuttavat tiedotusvälineet alkavat yhteisessä rajat ylittävässä omistuksessa yhdenmukaistaa toimintatapojaan ja välittämäänsä sisältöjä. Moniarvoisuusturvassa ei tässä mielessä ole kyse ainoastaan suojasta määräävää markkina-asemaa vastaan.

Myös joukkoviestinnän konvergenssikehityksen on usein esitetty vaikeuttavan yleisen kilpailuoikeuden sananvapausmyönteistä soveltamista.⁶⁶⁸ Eri medioiden voidaan taloudellisesta näkökulmasta nykyisellään ehkä vielä luontevastikin katsoa muodostavan toisistaan erilliset markkinat; sananvapauden näkökulmasta sen sijaan myös eri tekniikkaa hyödyntävien medioiden keskittyminen samalle omistajalle voi olennaisesti vähentää sisältötarjonnan ja välitettyjen mielipiteiden moniarvoisuutta. Sama lopputulos voi olla määräävän markkina-aseman taloudellisesti tehokkaallakin käytöllä viestintätuotteiden jakeluportaassa. Yleisessä kilpailuoikeudessa määritellyn määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä ja viestinnän moniarvoisuussuojan tavoitteita voidaan verrata mielenkiintoisella tavalla esimerkiksi yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisun *Bronner* valossa:

⁶⁶⁶ Esim. Zagouras 2007, s. 4–5.

⁶⁶⁷ Hain 2007, s. 534.

⁶⁶⁸ Yksityiskohtaisemmin mm. Michalis 1999, s. 162; ks. myös Gounalakis – Zagouras 2006, s. 720.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin: *Bronner* (C-7/97, 26.11.1998): [...] perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettua määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä ei ole se, että sanomalehtiyritys, jolla on erittäin merkittävä osuus jäsenvaltion päivälehtimarkkinoista ja kyseisen jäsenvaltion ainoa valtakunnallinen kotiinkantojärjestelmä, kieltäytyy tarjoamasta asianmukaista korvausta vastaan kyseisen järjestelmän palveluja kilpailevan päivälehdessä kustantajalle, jonka ei lehtensä pienen levikin vuoksi ole taloudellisesti järkevää perustaa ja ylläpitää yksin tai yhteistyössä muiden kustantajien kanssa omaa kotiinkantojärjestelmää.⁶⁶⁹

Yhteisöjen tuomioistuin katsoi ratkaisussaan aiheelliseksi vastata itävaltalaisen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyyntöön siitä huolimatta, että mm. komissio katsoi tilanteen liittyvän ainoastaan Itävallan kansalliseen kilpailuoikeuteen. Arvioinnin tilanteen riittävästä liittynästä jäsenvaltioiden väliseen kauppaan eli siitä, tulisiko unionin oikeus tilanteessa ylipäättään sovellettavaksi, yhteisöjen tuomioistuin jätti ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtäväksi.⁶⁷⁰ Yhteisöjen tuomioistuimen pääasiaa koskevan ratkaisun keskeisinä perusteluina olivat yhtäältä se, että pienilevikkisellä lehdellä oli periaatteessa käytettävissään muita – vaikkakin vähemmän edullisia – vastaavia jakelutapoja, ja toisaalta se, ettei kilpailevan jakelujärjestelmän perustamiselle ollut teknisiä, lainsäädännöllisiä eikä periaatteessa edes taloudellisia esteitä. Sitä, että tämä olisi kantajana olleen sanomalehdessä pienestä levikistä johtuen ollut kannattamatonta, ei katsottu riittäväksi perusteluksi palvelun saamiseksi määrävässä markkina-asemassa olleelta kilpailijalta.⁶⁷¹ Tuomioistuin katsoi myös, ettei jälkimmäisen kieltäytyminen pääsystä jakelupalveluun suoraan uhannut edellisen olemassaoloa.⁶⁷² Puh- taasti vapaan kilpailun kannalta tuomioistuimen noudattama suppea raja- us väärinkäytön käsitteelle on huomattavasti helpompi hyväksyä kuin pluralistista sananvapautta painottavasta näkökulmasta. Sananvapautta ei *Bronner*-ratkaisussa toisaalta mainittu sen enempiä ennakkoratkaisupyynnössä kuin kantajan vaatimuksissa- kaan. Viestinnän moniarvoisuuden aktiivinen turvaamisvelvollisuus olisi siis voinut tulla huomioon otetuksi korkeintaan *ex officio* yhteisöjen tuomio- istuimen omasta aloitteesta. Tätä puolestaan olisi yleisesti varsin pidättyvää pe- rusoikeusvalvontaa noudattavalta tuomioistuimelta⁶⁷³ varmastikin liian optimis- tista odottaa. Ratkaisu havainnollistaa toisaalta samalla varsin osuvasti sitä, kuinka paljon harkintavaraa sananvapauden turvaamisvelvollisuuteen voi unio-

⁶⁶⁹ Ratkaisun kohta 47; kursivoinnit kirjoittajan.

⁶⁷⁰ Ratkaisun kohdat 21–22.

⁶⁷¹ Ratkaisun kohdat 43–45.

⁶⁷² Ratkaisun kohdat 40–41.

⁶⁷³ Vrt. luku 1.4.4; Bühler 2005, s. 477–482 sekä Eisner 2005, s. 237.

nin oikeuden käytännön soveltamistilanteissa sisältyä ja kuinka vähän sitä toistaiseksi on tuomioistuimen ratkaisukäytännössä käytetty.

Teknistä ja taloudellista konvergenssia ja suuria multimediakonserneja koskevassa keskustelussa nousee usein esille tiedonvälityksen moniarvoisuutta täydentävä ns. *toimituksellisen vapauden eli sisäisen lehdistönvapauden* (innere Pressefreiheit) käsite.⁶⁷⁴ Näillä tarkoitetaan joko yksittäisen toimittajan tai yksittäisen konserniin kuuluvan tiedotusvälineen viestintäsisältöjä koskevaa riippumattomuutta suhteessa tiedotusvälineen omistajaan. Vaikka toimituksellisen vapauden voidaan sinänsä katsoa edistävän viestinnän moniarvoisuutta tilanteissa, joissa eri tiedotusvälineiden omistus on keskittynyt yhdelle omistajataholle, sen edistäminen sitovan lainsäädännön kautta on osoittautunut erittäin ongelmalliseksi sananvapausuojan vapausoikeudellisen sisällön ja perusoikeuksien käyttöön yleisesti liittyvän yksityisautonomian kannalta. Tiedotusvälineiden perustaminen, hankkiminen ja sisäinen organisointi valitsemallaan tavalla haluamiensa sisältöjen esiin tuomiseksi ja haluamansa yleisön palvelemiseksi on markkinataloudessa muodostunut normaaliksi tavaksi käyttää sananvapautta. Toimituksellisen vapauden oikeudellistaminen merkitsee siksi puuttumista sananvapauden käyttöä koskevaan valtuutukseen tiedotusvälineeltä sen toimittajille, joiden voidaan työssään katsoa käyttävän samanaikaisesti sekä omaa että tiedotusvälineensä intressiryhmien, kuten sen omistajien ja sen yleisön sananvapautta.⁶⁷⁵ Se, että tietty tapa toimia tiedonvälityksessä menestyy taloudellisesti ja saavuttaa yhä enemmän välityskanavia, on tietyissä mielessä myös indikaatio siitä, että yleisö haluaa käyttää sananvapauttaan juuri tätä linjaa noudattaen tuotetun informaation vastaanottamiseen. Mikään ei tietenkään estä juuri mahdollisimman suurta toimituksellista vapautta noudattavan linjan menestymistä tiedonvälityksessä. Mikäli omistajan ja sidosryhmien viimekätinen mahdollisuus ohjata tiedotusvälineen toimintaa kuitenkin vaarantuu, on todennäköisesti ensimmäisenä vaarassa juuri moniarvoisuutta tukevien, tavanomaisista poikkeavia viestintäsisältöjä välittävien ja vähemmistömielipiteitä edustavien medioiden olemassaolo. Kokonaan eri kysymys kuitenkin on yhtenäistä sisällöllistä linjaa noudattavien media-konsernien informatiivisen valta-aseman arviointi kilpailuoikeuden ja erityisesti viestinnän moniarvoisuusturvan huomioon ottavan kilpailuoikeuden näkökulmasta. Puuttumattomuus toimitukselliseen vapauteen yhtenäisesti ohjattujen

⁶⁷⁴ Ks. mm. O'Malley – Soley 2000, s. 177–190; Uwer 1998, s. 615 sekä Engel 1993, s. 317–319. Laaja mutta suurelta osin vanhentunut vertaileva tutkimus sisäisestä lehdistönvapaudesta Euroopassa Fischer et al. 1975.

⁶⁷⁵ Vrt. Uwer 1998, s. 615 sekä Engel 1993, s. 317–319. Engelin mukaan puuttuminen lehdistötoiminnan sananvapauteen toimituksellisen vapauden sääntelyllä ei missään tapauksessa kestä suhteellisuusperiaatteen mukaista arviointia sillä mahdollisesti saavutettuun moniarvoisuusvaikutukseen nähden.

mediakonsernien sisällä edellyttää osaltaan sitä, että määrävän markkina-ase-
man käyttöä ja kartellitoimia arvioidaan oikeudellisesti riittävän ankarasti.

Viestinnän moniarvoisuuden kannalta yhden merkittävän unionin kilpailuoikeudellisen sääntelyalan muodostavat säännökset *sähköisiin verkkoihin pääsystä* ja erityisesti viestintään käytettävissä olevien *taajuusalueiden jakoa* koskevat säännökset. Vaikka unionin sääntelytehtävä tässä yhteydessä liitetään ennemminkin tekniseen yhdenmukaistamiseen kuin varsinaiseen viestinnän sääntelyyn, periaatteilla, joita kiinteiden verkkojen kapasiteetin ja digitaalisten taajuusalueiden jaossa sovelletaan, on varsin ilmeinen yhteys viestinnän moniarvoisuusturvaan myös sisällöllisessä merkityksessä. Uudet tekniset mahdollisuudet hyödyntää samoja olemassa olevia välityskanavia useissa erityyppisissä viestintäpalveluissa ja toisaalta digitaalitekniikan tarjoamat mahdollisuudet välittää olennaisesti enemmän sisältöä samoilla kanavaresursseilla ovat johtaneet tarpeeseen määritellä uudelleen välityskanavien käyttöä koskevia oikeuksia. Käytössä olevien taajuuksien niukkuus, jolla analogisessa radio- ja televisioympäristössä on perusteltu sekä julkisen palvelun tehtävää että aktiivista moniarvoisuusturvaa yleisemminkin, on ainakin osittain poistunut, mutta korvautunut massiivisen tarjontatulvan myötä viestijöiden vaikeutena saavuttaa kohdeyleisöjään, ns. ”löydettävyyden niukkuutena”.⁶⁷⁶ Lopullisesti poistunut ei toisaalta ole välityskapasiteetin rajallisuutta koskeva ongelmakaan, sillä viestintäpalvelujen tarjoaminen on uuden tekniikan myötä tullut entistä houkuttelevammaksi ja uusia tapoja käyttää resursseja on jatkuvasti kehitteillä. Kiinnostus välittää yhä suurempia tietomääriä teknisesti yhä laadukkaammassa muodossa voi siten lopulta johtaa myös verkkojen ylikuormittumiseen ja digitaalisten jako-osuuksien niukkuuteen. Unionin politiikan ytimenä on yleisen kilpailuoikeuden lähtökohdan mukaisesti pyrkii jakamaan kanavia taloudellisesti tehokkaimmalla mahdollisella tavalla, ottaen erityisesti huomioon eri viestintämuotojen kehityspotentiaali. Juuri jälkimmäisestä syystä on digitaalisista taajuuksista esimerkiksi pyritty varraamaan nykytilanteen tarpeisiin nähden huomattavan suuri osa langattomille internetyhteyksille. Sääntelyn kritiikissä on odotetusti nostettu esiin kulttuuristen tavoitteiden ja sisältöjen moniarvoisuuden unohtaminen.⁶⁷⁷ Kritiikkiin on toisaalta jo vastattu korostamalla sitä, että myös uusien kehittyvien viestintämuotojen, muun muassa internetin entistä monipuolisemmat käyttömahdollisuudet voivat lisätä viestinnän moniarvoisuutta. Koska tarjolla olevista digitaalisista

⁶⁷⁶ ”Knappeit der Auffindbarkeit” oli yksi vuoden 2007 Medientage Münchenin moniarvoisuusturvadebattien usein toistetuista iskusanoista. Tätä käytettiin mm. perustelemaan julkisen palvelun toimijoiden tarvetta näkyvyyteen ja siten myös kilpailuun katselijoista sisällöillä, joiden lähettäminen olisi kannattavaa yksityisillekin toimijoille. Vrt. luvut 1.2.3. ja 1.2.4. sekä Hoikka 2007; ks. myös Kuronen 1996, s. 247.

⁶⁷⁷ Esim. Stadelmaier 2007, s. 9–10; ks. kuitenkin edellä käsitelty komission valmisteluasiakirja SEC(2007) 32 sekä Zagouras 2007, s. 4–5.

resursseista on tällä hetkellä käytössä vasta noin neljännes, keskustelussa on kuitenkin kyse nimenomaan tasapuolisuudesta tulevaisuudessa mahdollisesti tarpeelliseksi osoittautuvista kanavaresursseista eikä vielä minkään viestintäpalvelun rajoittamisesta toisen eduksi. Jaon taloudellinen tehokkuus ei kuitenkaan voi perustella moniarvoisuusturvan laiminlyöntiä tulevaisuudessakaan. Aktiivista turvaamisvelvollisuutta koskeva vaatimus voi siten tulla aiheelliseksi esittää, mikäli unionin oikeudessa toteutettu kanavajako johtaa myöhemmin joidenkin viestintätoimijoiden tai viestintäsisältöjen syrjäytymiseen.⁶⁷⁸

Uutena kilpailuoikeudellisena viestinnän moniarvoisuutta koskevana sääntelykohteena on viime aikoina otettu esiin tietoverkoissa käytettävät selainohjelmat ja erilaiset sähköiset ohjelmaoppaat, joiden avulla katsojat yhä useammin valitsevat viestintäsisältöjä digitaalisessa ympäristössä.⁶⁷⁹ Sääntelytarve perustuu paitsi siihen, että julkisen palvelun viestinnän tosiasiallinen saavutettavuus on turvattava, myös tarpeeseen estää palveluntarjoajia vaikeuttamasta kilpailijoidensa ohjelmien haettavuutta omien hakuohjelmistojensa kautta. Koska tekniset ratkaisut eivät alalla ole vielä riittävästi vakiintuneet, sääntelyltä on toisaalta vaadittu huomattavaa joustavuutta, ettei sillä estetä käyttökelpoisten uusien ratkaisujen kehittämistä ja käyttöönottoa.⁶⁸⁰

Sekä kysymys erityisen kilpailuoikeuden tai sananvapausmyönteisten kilpailuoikeustulkintojen tarpeesta että moniarvoisuusturvan soveltamisesta verkkojen käyttöä koskevassa sääntelyssä ovat hyviä esimerkkejä tilanteista, jotka voivat tulevaisuudessa konkretisoida sananvapauden turvaamisvelvollisuutta Euroopan unionin oikeudessa. Dualismiperiaatteen⁶⁸¹ näkökulmasta olennaista moniarvoisuuden turvaamisessa on julkisen palvelun viestinnän ja kilpailuoikeudella säännellyn markkinaehtoisen viestinnän tasapaino. Unionin oikeudessa tämä tarkoittaa edellisen osalta lähinnä kansallisen yleisradiotoiminnan legitimaatiota mutta jälkimmäisen kannalta ehkä myös huomattavasti nykyistä aktiivisempaa sisämarkkinatason mediapolitiikkaa. Ei-taloudellisten argumenttien liittäminen kilpailuoikeuden taloudelliseen analyysikehikkoon on toisaalta osoittautunut unionille huomattavan vaikeaksi.⁶⁸² Viime kädessä aktiivisen turvaamisvelvollisuu-

⁶⁷⁸ Mahdollisuus julkisen palvelun viestinnän siirtovelvollisuussääntelyyn eli ns. *must carry* -sääntelyyn on toistaiseksi jäänyt unionin jäsenvaltioiden tehtäväksi. Unionin oikeudessa tätä koskeva legitimaatio sisältyy direktiivin 2002/22/EY (ns. yleispalveludirektiivi) 31 artiklaan. Ks. myös luku 2.3.4 sekä Libertus 2008, s. 226–227. Riittävien resurssien turvaamisessa kehittyville ja laajentuville internetin laajakaistayhteyksille ei luonnollisesti sekään ole ainoastaan kysymys verkkojen taloudellisesti tehokkaasta hyödyntämisestä, vaan suoraan jokaisen internetin käyttäjän sananvapaudesta sekä viestinnän vastaanottajana että lähettäjänä.

⁶⁷⁹ Mm. Machill – Beiler 2008, s. 26; vrt. Chalaby 2000, s. 26–27.

⁶⁸⁰ Ks. Machill – Beiler 2008, s. 26.

⁶⁸¹ Ks. luku 1.2.4.

⁶⁸² Ks. Michalis 1999, s. 162; Wheeler 2004, s. 367 sekä Cottier – Khorana 2005, s. 245.

den ulottuvuuksien määrittäminen jää tässäkin yhteydessä yhteisöjen tuomioistuimen tehtäväksi.

3.2.3 Säännöstö Euroopan viestintä- ja kulttuurituotannon tukemiseksi

Kulttuurin ja taiteen tukeminen kuuluu unionin oikeudessa niin sanottuihin täydentävän toimivallan aloihin. Jo toimivaltajaon perusteella pääasiallinen vastuu ja päätösvalta siitä, minkälaista kulttuurituotantoa julkisin toimin pyritään edistämään ja miten valituilla tukitoimenpiteillä vaikutetaan tarjonnan moniarvoisuuteen, kuuluu kiistatta unionin jäsenvaltioille. Sikäli kun myös unioni osallistuu omalla kulttuuripolitiikallaan tuettavien sisältöjen valintaan, sitä kuitenkin sitovat unioniperusoikeuksien suojasta johtuvat vaatimukset kunnioittaa *sananvapauteen* sisältyvää *viestinnän moniarvoisuutta* (perusoikeuskirjan 11 artikla), *taiteen vapautta* (13 artikla) samoin kuin *kulttuurista ja kielellistä monimuotoisuutta* (22 artikla). Moniarvoisuuden aktiivisen turvaamisvelvollisuuden voidaan katsoa edellyttävän ainakin sovellettavien tukikriteerien läpinäkyvyyttä sekä tuen riittävää kohdentamista niihin sisältöihin, jotka ilman julkista tukea olisivat vaarassa jäädä joko tuottamatta tai syrjäytyä yleisön saavuttamattomiin. Arvioitaessa unionin kulttuuripolitiikkaa kokonaisuutena huomioon on otettava erityisesti audiovisuaalisessa viestinnässä sovellettavien eurooppalaisia ja riippumattomien tuottajien teoksia koskevien ohjelmakiintiöiden ja unionin tukiohjelmien, esimerkiksi elokuvatuotannon *MEDIA*-ohjelmien ja yksittäisten taidetukien, yhteisvaikutus moniarvoiseen viestintään. Vaikka tuilla itsessään ei voida estää ketään käyttämästä sananvapauttaan, voi niiden kohdentamisella yhdistettynä yhtäältä eri ohjelmakiintiöihin ja toisaalta viestinnän taloudellisiin reunaehtoihin olla varsin merkittävä vaikutus yleisölle tarjolla olevan kulttuurisen ja taiteellisen viestinnän moniarvoisuuteen ja siten etenkin yleisön oikeuteen ottaa vastaan tietoja ja ajatuksia. Täydentävästä kompetenssista ei sellaisenaan välttämättä seuraa aktiivista turvaamisvelvollisuutta, mutta kompetenssin käytöstä seuraa velvollisuus toimia aktiivista moniarvoisuusturvaa koskevien tavoitteiden mukaisesti.⁶⁸³ Vähimmäisvaatimukset tukitoiminnan syrjimättömyydelle ja moniarvoisuudelle asettaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artikla: silloinkin, kun valtiolla ei ole sananvapauden perusteella aktiivista velvollisuutta antaa tukea,

⁶⁸³ Vrt. Britz 2004, s. 2; Niedobitek 1992, s. 304 sekä Bardong 2001, s. 268. Hyvä esimerkki sananvapautta ja moniarvoisuutta osaltaan edistävästä ja nimenomaan unionin tasolla parhaiten toteutettavissa olevasta järjestelmästä on komission suositus jäsenvaltioiden kulttuuriperinnön digitalisoinnista, digitaalisesta arkistoinnista ja yleisölle saattamisesta verkossa (2006/585/EY).

sen on jaettava antamansa tuki syrjimättömästi ja viestintäsältöjen moniarvoisuutta kunnioittaen.⁶⁸⁴

Taiteen tuottaminen ja sen välittäminen yleisölle muodostavat tyypillisesti osan joukkoviestintää ja vapaata ajatustenvaihtoa yhteiskunnassa. Usein on esitetty, ettei taiteen käsite ole oikeudellisesti rajattavissa ja että taiteen tuottajien vapaus valita ilmaisu- ja ilmenemismuotonsa johtaa viime kädessä *taiteen määrittelykieltoon*.⁶⁸⁵ Osittain tästä syystä on yleistä sananvapausuojaa ja sananvapauden rajoitusperusteita sovellettu säännönmukaisesti taiteen ilmaisuvapauden niissäkin valtioissa, joissa taiteen vapaudesta on perustuslaissa erillinen erityissäännös. Tällaisesta lähtökohdasta ei kuitenkaan seuraa, etteikö taiteen vapaudella perusoikeutena voisi olla osin viestinnän käsitteen ja sananvapausuojan jossakin määrin ylittävää suojasisältöä, kuten julkisten taideinstituutioiden riippumattomuutta tai taiteilijana toimimisen aineellisten vähimmäisedellytyksien turvaamista koskevia vaatimuksia.⁶⁸⁶ Moniarvoisuusturvan sisältävän sananvapauskäsitteen voidaan toisaalta senkin katsoa kattavan ainakin osan taiteen vapauden materiaalisista takeista. Myös sananvapauden vapausoikeudellisessa merkityksessä taiteelliseen ja kulttuuriseen viestintään on sovellettava pääsääntöisesti samaa suojatasoa kuin poliittiseenkin viestintään: etenkin perustelut, joilla kaupallisen viestinnän poliittista viestintää matalampi suojataso on tavallisesti oikeutettu, eivät yleisesti sovellu taiteellisiin teoksiin tai esteettiseen ilmaisuun, vaan ne on sijoitettava ennemminkin sananvapausuojan ydinalueelle.⁶⁸⁷

Taiteen vapauden ja määrittelykiellon on tavallisesti esitetty edellyttävän tukikriteereiltä pitkälle menevää *sisältöneutraliteettia* eli pyrkimystä taiteen ilmiöiden esille tuomiseen niiden sisältämistä ajatuksista, esteettisistä valinnoista sekä niiden subjektiivisesti arvioidusta esteettisestä laadusta riippumatta.⁶⁸⁸ Tällaista neutraliteettitavoitetta on kuitenkin huomattavan vaikea suhteuttaa vakiintuneisiin käsityksiin viestinnän moniarvoisuusturvasta, joissa tukitarpeen kohteeksi on määritelty nimenomaan laadukkaat, mutta kaupallisesti heikosti kannattavat viestintätuotteet ja -palvelut. Tukikohteen määrittämisessä olennaista on tosin sanoen markkinaehtoisien viestinnän *kompensaatiotarve* eli kannattavuudeltaan heikkojen sisältöjen tukeminen. Täysi riippumattomuus *laatukriteereistä* on käytännössä mahdotonta, sillä jo esteettisten ilmiöiden havaitseminen ja tulkitseminen edellyttää vähintäänkin subjektiivista arvottamista.⁶⁸⁹ Näiden lisäkritee-

⁶⁸⁴ Ks. erityisesti luvussa 1.3.2 esitelty ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *VDSÖ ja Gubi* vastaan Itävalta (19.12.1994, hakemus 15153/89); ks. myös van Rijn 2006, s. 788.

⁶⁸⁵ Esim. Vlachopoulos 1996, s. 285; Palm 1998, s. 34–36 sekä Senn 1998, s. 117.

⁶⁸⁶ Vrt. Rautiainen 2007, s. 55–56; ks. myös taiteen vapauden turvaamisvelvollisuudesta s. 94–100.

⁶⁸⁷ Vrt. Viljanen 2002, s. 97 sekä Verdussen 2000, s. 1014–1015.

⁶⁸⁸ Ks. esim. Senn 1998, s. 120–122.

⁶⁸⁹ Ks. Palm 1998, s. 188 sekä Geier 2007, s. 182.

rien puitteissa on joka tapauksessa perusteltua edellyttää mahdollisimman suurta sisältöneutraaliteettia. Mahdollista on ajatella, että taide tyypillisissä ilmenemis-
muodoissaan määrittyy näillä kriteereilläkin jo yleisesti aktiivisen moniarvoisuusturvan yhdeksi suojakohteeksi. Huomattava on kuitenkin myös, ettei mikään estä kaupallisesti menestyviä massatuotantoja olemasta samalla myös esteettisesti arvokkaita tai taiteellisesti laadukkaita.

Unionin kulttuuritukien ilmeinen ongelmakohta liittyy edellä mainitun sisäl-
töneutraaliteettivaatimuksen ja unionin kulttuuripolitiikan tietoisien *eurooppalai-
suuspainotuksen* väliseen suhteeseen. Audiovisuaalisen viestinnän kiintiösäänte-
lyssä eurooppalaisen tuotannon tukemisen on yleisesti katsottu paitsi palvelevan
unionin ja sen jäsenvaltioiden kaupallisia etuja, myös suoraan edistävän viestin-
nän moniarvoisuutta. Tämä johtuu siitä, että kaupallisesti kannattavimmat tuo-
tannot ovat tyypillisesti olleet peräisin Yhdysvalloista ja viestintäsältöjen kaup-
pa unionin jäsenvaltioiden välillä on jäänyt varsin pieneksi amerikkalaiseen
tuontiin verrattuna.⁶⁹⁰ Eurooppalaisuuden tukeminen ja keskinäisen viestinnän
edistäminen on toisin sanoen tarkoittanut tarjonnan moniarvoistamista. Euroo-
pan sisällä moniarvoisuustehtävänä on puolestaan korostunut tavoite säilyttää
kansallisten kulttuurien erityispiirteitä taloudellisen integraation aiheuttamaa
yhdenmukaistumispainetta vastaan. Euroopan unionin tehtävänä tätä voidaan
verrata esimerkiksi poliisiyhteistyön kehittämiseen rajavalvonnan poistumisesta
syntyneiden turvallisuusriskien hallitsemiseksi: unionitason kulttuurituilla kom-
pensoidaan yhdentymisen aiheuttamaa riskiä maanosan kulttuuriselle rikkaudel-
le ja monimuotoisuudelle. Nämä kaksi eurooppalaisuusaspektia – yhtäältä eu-
rooppalaisen viestinnän tukitarve globalissa ympäristössä ja toisaalta Euroopan
sisäinen kansallisten kulttuurien monimuotoisuustarve – ohittavat kuitenkin ai-
nakin yhden tärkeän ulottuvuuden viestinnän moniarvoisuudesta. Jokaisen eu-
rooppalaisen oikeus vastaanottaa moniarvoista viestintää koskee nimittäin paitsi
eurooppalaisia sisältöjä, yhtä lailla myös Euroopan ulkopuolelta peräisin olevia
tietoja ja ajatuksia. Keskittyminen ainoastaan eurooppalaisten tuotantojen tuke-
miseen voi vähentää olennaisesti saatavilla olevan viestinnän moniarvoisuutta
niiden sisältöjen osalta, joiden hankkiminen Eurooppaan tai välittäminen Euroo-
passa on heikosti kannattavaa. Eurooppalaisia teoksia koskevat kiintiöt televisio-
direktiivissä tekevät muiden kuin suurten massatuotantojen välittämisen Euroo-
pan ulkopuolelta vapaata markkinatilannettakin vaikeammaksi. Tämän moniar-
voisuusaukon välttämiseksi unionin kulttuuripolitiikan tulisikin ehkä tukea paitsi
eurooppalaista tuotantoa, myös moniarvoisuutta edistävää ulkomaalaisen oh-
jelmiston ja teosten välitystä ja esille tuomista Euroopassa.⁶⁹¹

⁶⁹⁰ Ks. luvut 2.3.5 ja 3.2.4 sekä Bossis 2004.

⁶⁹¹ Vrt. Kleist – Scheuer 2006a, s. 109 sekä Britz 2004, s. 3–4.

Unionin kulttuuri- ja taidetukia koskevien säännösten pätevyys kyseenalaistaminen moniarvoisuusturvan mahdollisen laiminlyönnin perusteella lienee arvioitava käytännössä varsin vaikeaksi. Vaikka sääntely ei noudattaisi minkäänlaisia neutraliteettivaatimuksia suhteessa viestintäsisältöjen alkuperään, unionin voidaan ehkä edelleenkin tulkita olevan vastuussa nimenomaan siitä osasta moniarvoisuutta, jonka sisämarkkinoiden taloudellinen integraatio vaarantaa – jäsenvaltioiden kansallisten kulttuurien erityispiirteiden säilyttämisestä ja niiden tunnetuksi tekemisestä unionin sisällä. Mikäli kuitenkin myös jäsenvaltioiden kansallinen kulttuuripolitiikka rajoittuu yleisesti niiden oman kulttuurituotannon tukemiseen ja tunnetuksi tekemiseen, lienee perusteltua väittää, etteivät kulttuurituet Euroopassa kokonaisuutena ainakaan optimaalisesti turvaa moniarvoisuutta taiteellisen ja kulttuurisen viestinnän alalla. Tukien ja kiintiösäännösten yhteisvaikutusta olisi myös arvioitava uudelleen, mikäli eurooppalaisen viestintätuotannon kilpailuasema suhteessa amerikkalaiseen tuotantoon myöhemmin paranee, niin kuin varovaisesti on jo ennakoitu.⁶⁹² Tukiohjelmille, joilla parannetaan eurooppalaisen yleisön mahdollisuuksia käyttää sananvapauttaan ottamalla vastaan mahdollisimman moniarvoista viestintää Euroopan ulkopuolelta, on sananvapausnäkökulmasta katsottuna selvä tilaus myös unionin kulttuuripolitiikassa. Periaatteessa on mahdollista vedota myös ihmisoikeussopimukseen tukitoiminnan syrjimättömyys- ja moniarvoisuusvaatimuksen perusteella.

Arvioitaessa viestinnän digitalisoitumisen vaikutuksia sananvapauden toteutumiseen on syytä pitää mielessä, ettei viestintä ole ainoastaan olemassa olevien sisältöjen entistä tehokkaampaa jakamista ja välittämistä, vaan myös jatkuvaa uusien sisältöjen ja teosten luomista. Uuden tekniikan käyttöönotto on epäilemättä parantanut kustannustehokkuutta molemmilla viestinnän arvoketjun osilla, mutta vaikutus on välitystekniikan osalta epäilemättä ollut olennaisesti sisältötuotantoa suurempi. Esimerkiksi taloudellinen kynnys välittää audiovisuaalisia tallenteita oopperaesityksistä niistä kiinnostuneelle yleisölle on madaltunut paljon enemmän kuin kynnys järjestää laadukkaita oopperaesityksiä. Juuri tästä syystä kulttuurisen viestinnän moniarvoisuusturvan painopisteen tulisi tulevaisuudessa siirtyä pluralistisesta viestintäsisältöjen valinnasta ja esiin tuomisesta yhä vahvemmin moniarvoisuutta edistävien kulttuuri- ja taidetuotantojen tukemiseen.

⁶⁹² Ks. Kleist – Scheuer 2006a, s. 111 sekä luku 3.2.4.

3.2.4 Kulttuuripoikkeuksen periaate kansainvälisen kaupan vapauttamisessa

Eurooppalaisen moniarvoisuusturvakäsitteen sisällöllä on tärkeä merkitys viestintätuotteiden ja -palvelujen kaupan vapauttamisessa paitsi unionin omalla sisämarkkina-alueella, myös maailman kauppajärjestön (WTO) kautta säännöllisin väliajoin käydyissä GATT- ja GATS-neuvotteluissa kansainvälisen kaupan asenteittaisesta liberalisoinnista. Viestinnän aktiivisen moniarvoisuusturvan huomioon ottaminen eurooppalaisten osapuolten, erityisesti Ranskan asettamana neuvottelujen reunaehtona on johtanut toistaiseksi ns. *kulttuuripoikkeuksen periaatteen* (principe de l'exception culturelle) soveltamiseen maailmankaupan vapautuksia koskevana rajoituksena. Laajasti tulkittuna periaate merkitsee viestintätuotteiden ja palvelujen jäämistä pääosin Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden GATT- ja etenkin GATS-sopimusvelvoitteiden ulkopuolelle. Periaatteen tulkinnasta, pysyvyydestä ja sen velvoittavasta asemasta tulevissa neuvotteluissa on kuitenkin esitetty hyvin erilaisia arvioita, eikä mahdollisuutta myöhemmin kaventaa periaatteen soveltamisalaa vastapainona muiden osapuolten tarjoamille kaupallisille eduille ole ainakaan unionin toimesta selkeästi poissuljettu. Kulttuuripoikkeuksen periaatetta on myös kritisoitu alkuna kansainväliselle rajoituskilpailulle ja kaupan vääristymille, jotka voivat yhtä lailla johtaa uusiin moniarvoisen viestinnän esteisiin ja taloudellisesti vahvojen toimijoiden ylivaltaan viestintämarkkinoilla.⁶⁹³

Euroopan unioni käyttää maailmankaupan vapauttamista koskevissa sopimuksissa jäsenvaltioidensa kanssa rinnakkaista toimivaltaa. Neuvotteluissa on käytännössä nimenomaan Euroopan komissiolla varsin laajat valtuudet tuoda esiin jäsenvaltioiden yhteisiä kauppapoliittisia näkökantoja liberalisoinnin edistämiseksi. Unionin roolia neuvotteluissa voidaankin kuvata tärkeimpänä kauppapoliittikkaa koordinoivana elimenä alueella, jonka sananvapauskäsitteeseen aktiivisen moniarvoisuusturvavelvöllisyyden – toisin kuin merkittävimpien Euroopan ulkopuolisten sopimusosapuolten sananvapauskäsitteisiin – vakiintuneesti katsotaan sisältyvän. Sitoutumisen kulttuuripoikkeuksen periaatteeseen tai sen mahdollisesti korvaavaan kattavaan kansainväliseen sääntelyyn viestinnän moniarvoisuuden ja kulttuurisen monimuotoisuuden säilyttämiseksi voidaan siten ajatella kuuluvan jo sellaisenaan unionin perusoikeusvelvöllisyyksiin.⁶⁹⁴

Viestintätuotteiden ja -palvelujen kansainväliselle markkinatilanteelle erityisesti audiovisuaalisessa viestinnässä on jo useiden vuosikymmenten ajan ollut ominaista Yhdysvaltain selvä ylivoima Eurooppaan ja muihin tuotantoalueisiin nähden. Syynä tähän on pidetty ennen kaikkea niitä skaalaetuja, joita Yhdysval-

⁶⁹³ Ks. Derieux 2003, s. 87–99 ja 2004, s. 18–20; Pleitgen 2005, s. 5 sekä Oeter 2005, s. 13.

⁶⁹⁴ Vrt. Pleitgen 2005, s. 4–5 sekä Bossis 2004, s. 320.

tain globaalisti poikkeuksellisen suuret ja kielellis-kulttuurisesti homogeeniset kotimarkkinat viestinnän alalla tarjoavat. Skaalaetujen kannustamana tuotannosta huomattavan suuri osa on myös suuntautunut tavoittamaan mahdollisimman laajojen yleisöjen hyväksyntää ja makutottumuksia. Teknisen ja ainakin jossakin määrin myös esteettisen⁶⁹⁵ hinta-laatusuhteen ylivoima on suurelta osin saavutettu nimenomaan sisältöjen moniarvoisuuden kustannuksella. Koska viestinnän moniarvoisuuden samoin kuin kulttuurisen ja kielellisen monimuotoisuuden turvaaminen on unionin oikeudessa tunnustettu yksilön suojattaviksi perusoikeudeksi, on perusteltua väittää, että Yhdysvaltain kilpailuaseman saavuttaminen Euroopassa on siten jo puhtaasti oikeudellisestikin mahdotonta. Sitoutuminen unioniperusoikeuksiin toisin sanoen estää jo sellaisenaan osallistumisen tasavertaiseen ja vapaaseen kansainvälisen kilpailun viestintätuotteiden ja -palvelujen alalla.⁶⁹⁶

Hyvän esimerkin kulttuuripoikkeuksen periaatteen käytännön merkityksestä tarjoaa maailman kauppajärjestön erityisryhmän tunnetuksi tullut raportti asiassa *Sports Illustrated* vuodelta 1997. Raportissa tarkasteltiin Kanadan aikakauslehtien markkinoinnissa ja verotuksessa sovellettua moniarvoisuusturvasääntelyä GATT-sopimuksen kannalta ilman vastaavaa poikkeusperiaatetta. Luonteeltaan suoraan ulkomaisia toimijoita syrjivien kansallisten toimenpiteiden tavoitteena oli tarjota kanadalaisille erityistä tukea ajatustensa ja toiveidensa ilmaisemiseksi tilanteessa, jossa ulkomailla, erityisesti Yhdysvalloissa, tuotetuilla lehdillä oli merkittävä markkinaylivoima Kanadasta peräisin olevia sisältöjä tarjoaviin lehtiin nähden:⁶⁹⁷

Maailman kauppajärjestön erityisryhmä: *Sports Illustrated* (WT/DS31/R, 14.3.1997): [...] Kanadan postin kotimaisiin ja ulkomailta tuotuihin aikakauslehtiin kohdistama erotteleva hinnoittelu antaa sisällöltään, perusperiaatteiltaan ja rakenteeltaan kuvan, että sitä sovelletaan *kansallisen aikakauslehtituotannon suojaamiseksi*. Tuettujen hintojen osalta taulukko on ilmiselvästi laadittu edistämään – Kanadan kulttuuriministeriön ohjauksessa – sellaisten ai-

⁶⁹⁵ Yhdysvaltojen viestintätuotantoa kritisoidessa ja eurooppalaista moniarvoisuusturvaa painottavissa esityksissä unohdetaan usein tunnustaa paitsi se, että Euroopan markkinoille valikoituu amerikkalaisesta tuotannosta tyypillisesti ainoastaan kaupallisia massatuotantoja, myös se, että skaalaedut tuottavat ainakin jossakin määrin välttämättä parempien tuotantoresurssien kautta myös esteettistä laatua. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että tinkiminen viestintäsisältöjen moniarvoisuudesta olisi tämän laatuvedun saavuttamiseksi perusteltua.

⁶⁹⁶ Vrt. etenkin Oeter 2005, s. 8; ks. Garnham 1994, s. 37–41; Baker 1992, s. 37–40 ja 271; Solely 2002, s. 191–197 sekä Barendt 1998, s. 49–50. Yhdysvaltain sisäisen kulttuuristen tuotteiden ja palveluiden kaupan on ennakoitu jatkossakin kehittyvän olennaisesti Eurooppaa nopeammin. Syytä tähän on pidetty nimenomaan Euroopan unionin puuttuvaa toimivaltaa tuotannon ja kaupan koordinoimiseksi ja kansallisiin oligopoleihin perustuvan, kulttuurista viestintää hidastavan rakenteen purkamiseksi (esim. Ruth Hieronymi, Medientage München 29.10.2008).

⁶⁹⁷ Raportin kohta 3.5.

kakauslehtien kansallista tuotantoa, joiden *sisältö on kanadalaista*. [...] Katsonne, että tuettujen hintojen soveltaminen kanadalaisiin aikakauslehtiin ei sovi yhteen vuoden 1994 GATT-sopimuksen III:4 artiklan kanssa.⁶⁹⁸

Tavaran kauppaa koskeva GATT-sopimus ja palvelujen kauppaa koskeva GATS-sopimus eroavat nykyisellään voimassa olevilta poikkeusmahdollisuuksiltaan jossakin määrin toisistaan. GATS-sopimus, jota on Euroopan moniarvoisuusturvan kannalta pidetty sisarsopimustaan merkittävämpänä, mahdollistaa toistaiseksi useita sektorikohtaisia poikkeuksia. Kilpailutilanne tyypillisesti tavaroiksi luokiteltavien viestintätuotteiden kuten aikakauslehtien osalta ei myöskään ole Euroopassa samanlainen kuin *Sports Illustrated* -raportin Kanadassa. Viestinnän digitalisoitumisen ja välityskanavien konvergenssin myötä sisältöjen luokittelu tavaroihin ja palveluihin GATT- ja GATS-sopimuksen soveltamisalojen rajaamisen kannalta on toisaalta tullut epävarmemmaksi. Esimerkiksi internetin kautta toimitettavia elokuvia, musiikkiteoksia tai sähköisiä kirjoja voidaan näkökulmasta riippuen periaatteessa pitää sekä tavaroina että palveluina. On myös esitetty, että kulttuuripoikkeuksen periaate voisi yleensäkin koskea ainoastaan palveluja ja GATS-sopimusta eikä jo aiemmin laajemmin vapautettua tavaroiden GATT-kauppaa.⁶⁹⁹ Molemmilla sopimuskentillä on kuitenkin yhtä lailla tarkoituksena saavuttaa edistystä uusien sopimuskierrosten kautta ja myös osittaiset viestinnän alan vapautukset ovat toistuvasti olleet esillä ainakin Yhdysvaltain esityksissä.⁷⁰⁰

Yhtenä mahdollisuutena aktiivisen moniarvoisuusturvan ja maailmankaupan vapauttamisen yhteensovittamiseksi on ollut esillä julkisen palvelun tiedotusvälineiden aseman erityinen kirjaaminen GATS-sopimukseen ja kaupallisten medioiden kilpailun täysimääräinen kansainvälinen vapauttaminen.⁷⁰¹ Riittävä moniarvoisuusturva edellyttäisi tällöin kuitenkin julkisen palvelun medioiden erittäin laajoja toimintamahdollisuuksia varsinkin itsenäisessä sisältötuotannossa ja riippumattomien tuottajien taloudellisessa tukemisessa. Vaaroina tällaisessa ratkaisussa olisi ainakin moniarvoisuusturvaratkaisujen keskittyminen varsin harvoille toimijoille sekä valtioiden käytössä olevien vaihtoehtojen moniarvoisuusturvainstrumenttien vähentyminen. Ratkaisu ei myöskään välttämättä riittäi-

⁶⁹⁸ Raportin kohdat 5.38 ja 5.39; suomennos ja kursivoinnit kirjoittajan. Tässä on lainattu ainoastaan yhtä raportissa käsiteltyä osaa Kanadan aikakauslehtiä koskevasta kulttuuripolitiikasta. Käsiteltävänä oli tämän ohella mm. aikakauslehtien verotuksen kautta toteutettuja vastaavia suojoitimenpiteitä, joiden osalta erityisryhmän raportissa päädyttiin samaan lopputulokseen kuin syrjivässä postihinnoittelussakin.

⁶⁹⁹ Oeter 2005, s. 12.

⁷⁰⁰ Ks. Pleitgen 2005, s. 4.

⁷⁰¹ Ks. Pleitgen 2005, s. 4. Tämä on erityisesti Sveitsin neuvottelupositio viestintäpalvelujen kaupan vapauttamisesta.

si turvaamaan moniarvoisen elokuvateollisuuden asemaa. Julkista palvelua painottavan ratkaisun kattavuus suhteessa eri teknisiin viestintämuotoihin ei sen sijaan välttämättä olisi ongelma, sillä julkisen palvelun viestimet voisivat riittävästi laajasti määritellyn tehtävänsä puitteissa epäilemättä laajentaa toimintaansa perinteisestä yleisradiotoiminnasta myös uusiin teknisiin välitystapoihin.

Kulttuuripoikkeuksen periaatteen merkitys eurooppalaisen viestinnän moniarvoisuusturvan takeena kansainvälisissä suhteissa riippuu olennaisesti niistä taloudellisista ja poliittisista kompromissitarpeista, joita unionin ja sen jäsenvaltioihin etuihin maailmankaupan vapauttamisessa tulevaisuudessa kohdistuu. Ilman selvää ja tiedostettua sananvapauskäytäntää kulttuuripoikkeus on ainoastaan hatara ja väliaikainen suojalinja selkeämpiä ja kestävämpiä kauppapoliittisia ratkaisuja haettaessa.⁷⁰² Yhden tukipisteen periaatteen kansainväliseksi vakiinnuttamiseksi voi tosin tarjota Unescon puitteissa vuonna 2005 tehty sopimus kulttuuristen ilmausten monimuotoisuuden turvaamiseksi.⁷⁰³ Mahdollinen tinkiminen kulttuuripoikkeuksen soveltamisalasta kansainvälisessä kauppapolitiikassa voi joka tapauksessa olla merkittävä riski pluralistisen sananvapaussuojan toteutumiselle Euroopassa. Nopeiden teknis-taloudellisten muutosten vuoksi on rajoitettujenkin liberalisointitoimien vaikutuksia viestinnän moniarvoisuusturvaan huomattavan vaikea ennustaa.⁷⁰⁴ Koska kulttuuripoikkeuksen periaatteella ei toistaiseksi ole pysyvää tunnustettua asemaa maailman kauppajärjestön sopimuksissa ja koska sen jäsenet ovat tavoitteissaan sitoutuneet kansainvälisen kaupan jatkuvaan liberalisointiin, voi kollisio sananvapauden ja GATT/GATS-sopimusvelvoitteiden välillä lopulta tulla tarkasteltavaksi joko unionin tai sen jäsenvaltioiden oikeudessa suoritetussa perusoikeusvalvonnassa.

3.3 VIESTINNÄN PERUSOIKEUSKOLLISIO JA SANANVAPAUTTA RAJOITTAVIEN PERUSOIKEUKSIEN TURVAAMISVELVOLLISUUS

3.3.1 Yleistä

Viestinnän perusoikeuskolliseksi voidaan väljästi määritellen kutsua asetelmaa, jossa sananvapauden rajoituksia perustellaan joko tavoitteella turvata toisten

⁷⁰² Derieux (2003, s. 91) viittaa kulttuuripoikkeuksen periaatteeseen ”luovuuden ja kulttuurin Maginot-linjana”, joka voidaan tarvittaessa ohittaa.

⁷⁰³ Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, allekirjoitettu Pariisissa 20.10.2005. On syytä huomata, että sopimusta ei luonnollisestikaan ole rajattu unionin jäsenvaltioiden suhteeseen kolmansiin valtioihin, vaan siihen voi perustaa moniarvoisuusturvavaatimuksia myös unionin sisällä.

⁷⁰⁴ Vrt. Bossis 2004, s. 320 sekä Derieux 2004, s. 265–266.

perusoikeuksia tai näistä perusoikeuksista johtuvalla aktiivisella turvaamisvelvollisuudella. Kollission ratkaisemisessa eli viestintää koskevassa perusoikeuspunninnassa on kyettävä soveltamaan yhtäältä sananvapauden rajoitusperusteita ja toisaalta määrittämään sitä, missä rajoissa valtion on aktiivisesti turvattava muita perusoikeuksia sananvapauden rajoittamatonta käyttöä vastaan. Lähtökohteisesti on ajateltava, että valtio käyttää lainsäädännössään ja lainkäytössään tietyn laajuista harkintavaraa sananvapauden rajoitusperusteiden ja muista perusoikeuksista johtuvien turvaamisvelvollisuuksien välillä: se voi sananvapaussuojan estämättä turvata sananvapautta rajoittavia perusoikeuksia ainakin jossakin määrin laajemmin kuin se olisi perusoikeussäännösten perusteella suoraan velvoitettu tekemään. Monissa kollisiotilanteissa – tyypillisimpänä esimerkkinä monet tilanteet sananvapauden ja yksityiselämän suojan välisestä suhteesta – tämä harkintavara kuitenkin voi supistua olemattomiin, koska yhteen informaatioon voi kohdistua samanaikaisesti sekä merkittäviä sananvapauden käyttöä koskevia että tärkeitä yksityisyyteen liittyviä perusoikeusintressejä. Tällaisessa, eräänlaisessa *aukottomassa perusoikeuskollisiossa* sananvapautta rajoittavia perusoikeuksia koskevan turvaamisvelvollisuuden katsotaan jo minimissään edellyttävän sitä, mitä sananvapauden rajoitusperusteiden samanaikaisesti maksimisaan arvioidaan sallivan. Punnintaratkaisu tehdään toisin sanoen suoraan perusoikeusjärjestelmän itsensä kautta ilman varsinaista lainsäädännöllistä harkintavaraa ja lähtökohteisesti juuri sitä rajaavia sananvapauden rajoitusperusteita. Harkinta suoritetaan perusoikeusjärjestelmän sisällä ottaen ohjaavina sääntöinä huomioon perusoikeuksien sisällöstä tehdyt aikaisemmat tulkinnat. Silloin kun näihin sisältyy aktiivisia turvaamisvelvollisuuksia, määräävät keskenään kollisiossa olevat perusoikeudet yhä useammassa tilanteissa toistensa sisällön.

Unionin oikeuden konstitutionalisoitumisen ja unioniperusoikeuksien sitovan kodifioinnin on usein ennakoitu vaikuttavan viestinnän perusoikeuskollisioon enemmänkin nimenomaan sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien kuin vapausoikeudellisen tai pluralistisen sananvapauden eduksi. Viitteitä tästä on nähty paitsi unionin perusoikeuskirjan huomattavan laajassa perusoikeuskatalogissa, myös sekundaarioikeuden kehityksessä vähitellen yleistyvässä eri perusoikeuksien turvaamistavoitteisiin viittaavassa sääntelyargumentaatioissa.⁷⁰⁵ Perusoikeuksien aseman korostumisen lainsäädännössä ja lainkäytössä voidaan toisaalta jo yleisestikin – tarkastellusta perus- tai ihmisoikeusjärjestelmästä riippumatta – olettaa vahvistavan enemmän juuri rajoittavia perusoikeuksia, sillä niiden asema ei sen enempää unionin oikeudessa, kansallisissa valtiosäännöissä kuin ihmisoikeussopimuksen tulkinnassakaan yleensä ole vastaavalla tavalla vakiintu-

⁷⁰⁵ Fiedler 2006; Stock 2004, s. 88–90 sekä Neukamm 2007, s. 290; vrt. Kühling 2006, s. 732 sekä Rengeling – Szczekalla 2004, s. 540.

nut ja täsmentynyt kuin jo oikeusvaltiolliseksi selviöksi mielletyn sananvapauden asema. Sähköisen vertaisviestinnän nopea kehitys ja sen konvergoituminen merkittäviä yleisöjä saavuttavan joukkoviestinnän kanssa on joka tapauksessa tehnyt viestinnän sääntelemiseen liittyvistä kysymyksistä kaikkialla Euroopassa entistä oikeudellisempia ja entistä valtiosääntöoikeudellisempia. Se, mikä on perinteisesti ratkaistu tiedotusvälineiden itsesääntelyn ja enemmän tai vähemmän kollektiivisesti määritellyn hyvän maun ja julkaisutavan kautta, konkretisoi-tuu verkkoviestinnässä yhä useammin suoraan yksilön sananvapautta ja yhtä lailla yksilölle kuuluvia, sananvapautta rajoittavia perusoikeuksia koskevaksi ongelmaksi. Näiden oikeuksien täsmällisempi määrittelemineen on usein nähty yhtenä uuden eurooppalaisen konstitutionalismien perustehtävistä. Sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien aktiivisen turvaamisen on myös yhä useammissa tilanteissa katsottu olevan toteutettavissa nimenomaan unionin oikeuden ja kehittyvän sisämarkkinaharmonisoinnin yhteydessä.

Vaarana sananvapautta rajoittavia perusoikeuksia koskevan doktriinin kehittä-misessä ja varsinkin aktiivista turvaamisvelvollisuutta painottavissa tulkinnoissa on perus- ja ihmisoikeusjärjestelmien välisten joustomahdollisuuksien poistumi-nen. Klassisen sananvapausdoktriinin peruskysymys, ”millainen viestintä saa-daan kieltää?”, ja rajoittavien perusoikeuksien turvaamisvelvollisuutta koskeva kysymys, ”millainen viestintä pitää kieltää?”, lähenevät toisiaan. Tavoite nostaa sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien suojatasoa johtaa helposti yhä useam-missa tilanteissa siihen, että se, mikä sananvapauden rajoitusperusteiden puit-teissa saadaan kieltää, myös pitäisi kieltää. Tällainen perusoikeuskollisoiden aukottomuus merkitsee unionin oikeuden tasolla toteutuessaan sitä, että jäsen-valtioiden perusoikeusdoktriini on joko sidottava tapauskohtaisesti unioniperus-oikeuksia koskevaan doktriiniin tai kansalliset perusoikeudet on tunnustettava unionin oikeuteen nähden ylemmänarvoisiksi kansallisen perusoikeusvarauaman kautta. Aukottomiksi täsmentyvät perusoikeuskollisiot unionin oikeudessa ovat epäilemättä omiaan vaarantamaan harmonisoivaa tulkintaa unioniperusoikeuk-sien ja ihmisoikeussopimuksen välillä. Yhtä ongelmallista järjestelmien yhteen-sopivuuden näkökulmasta on toisaalta myös keskenään kollisiossa olevien ih-misoikeuksien vähimmäissuojatasojen kohtaaminen, jolloin perusoikeustulkin-nan joustamattomuus järjestelmien välillä seuraa jo jäsenvaltioiden ja unionin ihmisoikeusvelvollisuuksien aukottomuudesta.⁷⁰⁶ Molemmissa tapauksissa rat-kaisevaa on nimenomaan aktiivisen turvaamisvelvollisuuden laajuuden määritte-leminen suhteessa sananvapauden rajoitusedellytyksiin, sananvapauden käyttöä koskevien ehtojen ja velvollisuuksien perusoikeudellistuminen.

⁷⁰⁶ Ks. luvut 1.3.2 ja 1.3.3. Hyvä esimerkki ongelmasta on ensin mainitussa luvussa lainattu ihmis-oikeustuomioistuimen ratkaisu *von Hannover* vastaan Saksa (24.6.2004, hakemus 59320/00).

3.3.2 Perusoikeuskollisiot Euroopan unionin oikeusjärjestelmässä

Euroopan kansallisissa valtiosääntödoktriineissa sekä ihmisoikeustuomioistuinten ratkaisukäytännössä on yleisesti tunnustettu perus- ja ihmisoikeusjärjestelmien sisäinen konfliktipotentiaali, mahdollisuus kahden tai useamman samassa järjestelmässä suojatun perusoikeuden väliseen *prima facie* -ristiriitoihin eli ns. *perusoikeuskollisioihin*.⁷⁰⁷ Sananvapauden yhteydessä on sen antinomiseen suojasisältöön viitaten puhuttu lisäksi *perusoikeuden sisäisestä kollisiosta* (grundrechtsinterne Kollision) tai analyttisemmin samaan perusoikeuteen sisältyvien yksilön eri oikeusasemien välisestä kollisiosta.⁷⁰⁸ Unionin oikeudessa perusoikeuskollisiot ja unioniperusoikeuksien keskinäinen punninta on toistaiseksi tullut esiin vasta välillisesti, lähinnä sisämarkkinoiden perusvapauksiin enemmän tai vähemmän satunnaisesti liitettyjen perusoikeusargumenttien kautta. Juuri sisämarkkinakysymyksiin liittyvien perusoikeuskollisioiden tunnistamisessa ja niiden johdonmukaisessa käsittelyssä onkin viime aikoina nähty yksi yhteisöjen tuomioistuimen keskeisistä puutteista perusoikeusvalvonnan suorittajana.⁷⁰⁹ Tuomioistuimen tunnetussa *Schmidberger*-ratkaisussaan (C-112/00, 12.6.2003)⁷¹⁰ omaksumaa punnintamallia sisämarkkinoiden perusvapauksien ja niitä rajoittavien perusoikeuksien välillä olisikin tulevaisuudessa kyettävä täydentämään käsityksellä keskenään kollisiossa olevista unioniperusoikeuksista ja perusoikeuskollisioiden tilannekohtaisesta ratkaisemisesta. Näiden kollisiotilanteiden yleisyys puolestaan riippuu olennaisesti siitä, missä laajuudessa eri perusoikeuksien aktiivinen turvaamisvelvollisuus unionin oikeudessa tunnustetaan.

Unionin perusoikeuskirjan 54 artiklan sisältämän *oikeuksien väärinkäytön kiellon* mukaan perusoikeuskirjan määräysten *ei saa tulkita antavan oikeutta* ryhtyä sellaiseen toimintaan tai tehdä sellaista tekoa, jonka tarkoituksena on tehdä tyhjäksi jokin perusoikeuskirjassa tunnustettu oikeus tai vapaus tai *rajoittaa sitä laajemmalti kuin perusoikeuskirjassa on sallittu*. Vaikka perusoikeuksien väärinkäytön kiello terminä on valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa perinteisesti yhdistetty nimenomaan vapausoikeuksien suhteeseen demokraattisen yhteiskunnan suojattaviin arvoihin, ennen muuta vähemmistöjen edustajien ihmisarvoon, perusoikeuskirjan 54 artikla voidaan sanamuotonsa perusteella käsitellä myös eräänlaiseksi perusoikeuskollisioita koskevaksi unionin oikeuden yleis-

⁷⁰⁷ Tässä tutkimuksessa noudatetaan Alexyn (1994) ja Rühlin (1998) käyttämää analyysimallia ja perusoikeusterminologiaa, joissa perusoikeudet ovat keskenään usein ristiriitaisia oikeusperiaatteita ja ns. *prima facie* -oikeuksia, jotka punninnassa saavat subjektiivisen oikeuden sisältönsä soveltamistilannekohtaisina sääntöinä.

⁷⁰⁸ Esim. Kühling 2006, s. 712–713.

⁷⁰⁹ Esim. Bühler 2005, s. 203–206 sekä Eisner 2005, s. 237.

⁷¹⁰ Ratkaisua on käsitelty edellä luvussa 2.1.3.

säännöksi.⁷¹¹ Juuri tässä merkityksessä sitä on mielenkiintoista verrata yhteen historialliseen esikuvaansa, vuoden 1789 ihmisoikeuksien julistuksen tunnettuun, ihmisten luonnollisia oikeuksia koskevaan kollisiosääntöön:

Ihmisoikeuksien julistus 1789, 4 artikla: vapaus koostuu vallasta tehdä kaikki se mikä ei vahingoita muita: jokaisen luonnollisten oikeuksien käyttämisellä *ei siten ole muita rajoja kuin ne*, jotka takaavat että muut yhteiskunnan jäsenet *nauttivat näitä samoja oikeuksia*. [...] ⁷¹²

Perusoikeuksien toisiaan rajoittava ominaisuus tulee unionin perusoikeuskirjassa esille ihmisoikeuksien julistusta loogisesti heikommassa merkityksessä: unionin perusoikeussäännökset eivät 54 artiklan mukaan anna subjektiivista oikeutta toimintaan, joka loukkaisi toisten perusoikeuksia. Kaikki sellainen toiminta, joka ei loukkaa muiden perusoikeuksia, ei kuitenkaan ole perusoikeuskirjan mukaan välttämättä sallittua niin kuin ihmisoikeuksien julistus esittää, sillä unioniperusoikeuksia voidaan 52 artiklan 1 kohdan mukaan rajoittaa suhteellisuusperiaatteen mukaisesti myös silloin, kun ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia. Näiden rajoitusten ei siis välttämättä tarvitse perustua nimenomaan muihin perusoikeuksiin, mikä on myös ihmisoikeussopimuksen ja monien Euroopan kansallisten valtiosääntöjen yleinen lähtökohta.⁷¹³ Sikäli kun perusoikeuksien aktiivisen turvaamisvelvollisuuden alaa perusoikeussäännösten tulkinnassa laajennetaan, kollisioasetelma kuitenkin lähenee vuoden 1789 julistuksen klassista sanamuotoa ja aukotonta perusoikeusjärjestelmää.⁷¹⁴ Kyse on turvaamisvelvollisuuden kannalta juuri perusoikeuskirjassa oikeuksien väärinkäytön kielloksi nimetyn normin soveltamisesta eli siitä, milloin jonkin perusoikeuden käyttäminen rajoittaa toista oikeutta laajemmalti kuin perusoikeuskirjassa – ja ennen kaikkea sen tulkinnoissa mahdollinen aktiivinen turvaamisvelvollisuus mukaan lukien – on sallittu. Sananvapauden käytön näkökulmasta olennaista on siten se, kuinka pitkälle perus-

⁷¹¹ Vrt. jäljempänä tässä luvussa mainittu perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohta, jossa määritellään unioniperusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset ilman kytkentää varsinaisiin perusoikeuskollisioihin.

⁷¹² Suomennos ja kursivoinnit kirjoittajan.

⁷¹³ On huomattava, että Ranskan valtiosääntöoikeutta, jossa ihmisoikeuksien julistus on edelleenkin voimassa olevaa oikeutta, pidetään yleisesti ns. perusoikeuksien sisäisten rajojen teoriaa noudattavana järjestelmänä toisin kuin esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen järjestelmää ja perusoikeuskirjan 54 artiklan perusteella myös unionin perusoikeusjärjestelmää (ks. luku 1.2.5). Tämän teorian näkökulmasta hyväksytyt perusoikeuksien rajoittaminen palvelee aina vähintäänkin välillisesti toisten perusoikeuksien turvaamista. Sisäisten rajojen teorian mukaiset perusoikeuskollisiot ovat tässä mielessä aina aukottomia.

⁷¹⁴ Vrt. Rühl 1998, s. 378.

oikeuskirjan huomattavan kattavaa katalogia suojattavista oikeuksista ja niiden turvaamisvelvollisuudesta voidaan vapaan viestinnän rajoittamiseksi käyttää.

Tarkasteltaessa perusoikeuskollisioita Euroopan unionin oikeudessa on joka tapauksessa syytä ottaa huomioon edellä käsitelty unionin oikeusjärjestelmän sisämarkkinapainotteisuus ja sen teleologinen vaikutus tulkintaan,⁷¹⁵ mahdollinen *perusvapausmyönteinen perusoikeuspunninta*. Kuten on jo todettu, perusvapauksien painottamisella unionin primäärioikeudessa voidaan päätyä ennen kaikkea samalla sananvapausuojaa laajentaviin ratkaisuihin, mutta sekundaarioikeutta sovellettaessa voi punnintatilanne kääntyä myös vastakohtakseen. Sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien turvaamisvelvollisuus voikin vähitellen muodostua keskeiseksi argumentiksi, jolla sisämarkkinoiden perusvapauksia edistävässä sekundaarioikeudessa voimaan saatettuja viestinnän rajoituksia voidaan unionin perusoikeusjärjestelmässä perustella. Tämä asettaa luonnollisestikin vaatimuksen riittävän ankarasta sananvapausvalvonnasta suhteessa muihin suojattaviin unioniperusoikeuksiin. Sananvapautta on lisäksi tarvittaessa suojattava myös sekundaarioikeudessa saavutetun sisämarkkinaharmonisoinnin kustannuksella.

3.3.3 Sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien turvaamisvelvollisuus

Unionin perusoikeuskirjan laajaan oikeuskatalogiin sisältyy huomattavan monta eri unioniperusoikeutta, joiden voidaan tehokkaasti turvattuna katsoa edellyttävän sananvapauden rajoituksia. Näihin kuuluvat ainakin *ihmisarvo* (perusoikeuskirjan 1 artikla), *oikeus henkilökohtaiseen turvallisuuteen* (6 artikla), *yksityis- ja perhe-elämän kunnioittaminen* (7 artikla), *henkilötietojen suoja* (8 artikla), *immateriaalioikeuksien suoja* (17 artiklan 2 kohta), *syrintäkielto ja sukupuolten välinen tasa-arvo* (21 ja 23 artikla), *lapsen oikeudet* (24 artikla), *terveyden suojele* (35 artikla), *ympäristönsuojelu* (37 artikla) sekä *kuluttajansuoja* (38 artikla). Perusoikeuskirjan 22 artiklassa on lisäksi säädetty *kulttuurisesta, uskonnollisesta ja kielellisestä monimuotoisuudesta*, jonka voidaan katsoa olevan suojakohteeltaan osin päällekkäinen 11 artiklan moniarvoisuusturvan sisältävän sananvapausäännöksen kanssa, mutta velvoittavan myös turvaamaan esimerkiksi vähemmistöuskontojen harjoittamista ja uskonrauhan kunnioittamista yhdessä 10 artiklaan sisältyvän *uskonnonvapauden* kanssa.⁷¹⁶ Yhteistä näille oikeuksille on nimenomaan kollisio sananvapauden kanssa – suojakohteiltaan ja asemaltaan

⁷¹⁵ Luku 2.1.2.

⁷¹⁶ On huomattava, että tämä ei välttämättä ole tyhjentävä lista sananvapautta rajoittavista unionin perusoikeuskirjaan sisältyvistä oikeuksista, vaan viestintää koskevia suojalottuvuuksia voidaan tulkintakäytännössä ehkä tunnustaa muillekin kuin tässä mainituille unioniperusoikeuksille.

eurooppalaisesta valtiosääntöperinteessä ne sen sijaan eroavat toisistaan merkittävästi, ihmisoikeudet tunnustavan oikeusvaltion perinteisistä ydinkäsitteistä vasta viime vuosikymmenillä yksilön perusoikeuksiksi määriteltyihin, aiemmin ennemminkin yhteiskunnan yleiseen etuun liitettyihin arvoihin. Perusoikeuskirjan 52 artiklan 5 kohdassa tehdyn erottelun mukaan kuuluu vastaavasti osa oikeuksista kirjan ”periaatteita sisältäviin määräyksiin”, joihin voidaan yhteisöjen tuomioistuimessa vedota ainoastaan niitä täytäntöön panevien unionin säännösten tulkinnassa ja lainmukaisuuden valvonnassa. Sananvapaussuojan näkökulmasta tämän erottelun merkitys voi kuitenkin jäädä vähäiseksi, sillä perusoikeuksien turvaamistavoite voi myös viimeksi mainittujen oikeuksien osalta toimia perusteluna sekundaarioikeudessa toimeenpantaville sananvapausrajoituksille.⁷¹⁷

Esimerkkinä Euroopan unionin nykyisestä toiminnasta *henkilökohtaisen ja yleisen turvallisuuden*⁷¹⁸ takaamiseksi osin sananvapautta rajoittamalla voidaan mainita unionisopimuksen III-pilarin oikeus- ja sisäasioita koskevan yhteistyön puitteissa tehdyt toimenpiteet terrorismin ehkäisemiseksi. Tällaisesta oli kysymys yhteisöjen tuomioistuimen vetoomusratkaisussa *Gestoras Pro Amnistía* (C-354/04 P, 27.2.2007), jossa kantajana ollut yhdistys oli neuvoston yhteisten kantojen kautta mielestään perusteetta tullut listatuksi terroristijärjestöksi, mikä oli rajoittanut merkittävästi sen mahdollisuuksia käyttää sananvapauttaan kaikissa unionin jäsenvaltioissa. Kantaja katsoi lisäksi, että rajoitusten toteuttamisella nimenomaan III-pilarin yhteistoiminnan kautta kierrettiin tahallaan se perusoikeusvalvonta, joka olisi koskenut I-pilarin yhteisöoikeutta. Tuomioistuin totesi ratkaisussaan, ettei sillä unionisopimuksen perusteella ollut toimivaltaa tutkia neuvoston yhteisen kannan oikeellisuutta, mutta että ”jäsenvaltioiden ja erityisesti niiden tuomioistuinten oli tulkittava ja sovellettava oikeussuojakeinojen käyttöä koskevia kansallisia menettelysääntöjä siten, että luonnolliset henkilöt ja oikeushenkilöt voivat riitauttaa tuomioistuimissa sellaisen päätöksen tai muun kansallisen toimen laillisuuden, joka liittyy Euroopan unionin toimen laatimiseen tai soveltamiseen niiden osalta, ja vaatia korvausta mahdollisesti kärsimänsä vahingon johdosta”.⁷¹⁹ Tuomioistuin päätyi toisin sanoen varsinaisen tulkinta-toimivaltansa puuttuessa korostamaan unionin oikeuden yleistä tulkintavaikutusta, jota myös perusoikeuskirjan 11 artiklan sananvapaus mutta toisaalta myös 6 artiklan oikeuden henkilökohtainen turvallisuus kiistatta koskevat. Aukko suo-

⁷¹⁷ Vrt. Ojanen 2003a.

⁷¹⁸ Tässä tutkimuksessa ei tarkemmin käsitellä sinänsä erittäin mielenkiintoista kysymystä siitä, missä määrin yhteiskunnan yleisen turvallisuuden takaaminen voidaan johtaa jokaisen henkilökohtaista turvallisuutta koskevasta perusoikeudesta. Ks. tästä mm. teemanumeron Lakimies 7–8/2007 kirjoitukset.

⁷¹⁹ Ratkaisun kohta 56.

rassa perusoikeusvalvonnassa, johon kantajat olivat asiassa nimenomaisesti vedonneet, ei ollut tuomioistuimen paikattavissa, mutta se katsoi jäsenvaltioiden olevan velvollisia kompensoimaan tätä riittävän tehokkailla kansallisilla oikeus-suojakeinoilla. Vastaava välillisen valvonnan oikeustila pysyisi myös unionin uudistus sopimuksen tultua voimaan, sillä perusoikeuskirjan sitovuus ei sellaisenaan laajenna tuomioistuimen toimivaltaa oikeus- ja sisäasioita koskevan yhteistyön valvontaan. Materiaalinen oikeusturvaero pilarien välillä jäisi voimaan erityisesti niissä tilanteissa, joissa unionin perusoikeuskirja antaa kansallisia perusoikeuksia ja Euroopan ihmisoikeussopimusta laajempaa oikeussuojaa yksilön perusoikeuksille.⁷²⁰

Turvallisuuden suhde sananvapauteen on viime aikoina tullut ajankohtaiseksi nimenomaan kansainvälisen terrorismin ja sen torjunnan yhteydessä, mutta kyse on itse asiassa paljon laajemmasta ja monivivahteisemmasta ongelmakentästä. Henkilökohtainen turvallisuus voidaan taustakäsitteenä yhdistää helposti moniin sellaisiin yksilön tarpeisiin, joiden turvaaminen on oikeusjärjestelmässä tyypillisemmin nähty esimerkiksi yksityiselämän suojaamisena, kuluttajansuojana, hengen ja terveyden suojaamisena, syrjintäkieltoina tai lapsensuojeluna. Koska myös perusoikeuskirjan 6 artiklan selitys jättää henkilökohtaisen turvallisuuden käsitteen täsmentämättä,⁷²¹ sen mahdollinen suhde muihin edellä mainittuihin unioniperusoikeuksiin liittyviin turvaamisvelvollisuuksiin sekä sananvapauteen on jäänyt tulkinnallisesti täysin avoimeksi. Ongelmallista liian sumeassa turvallisuuskäsitteessä on perusoikeusargumentaation kannalta varsinkin se, että sillä voidaan helposti yhdistää ne sananvapausrajoitukset, jotka muuten olisi perusteltava täsmällisempien yksilön (perus)oikeuksien turvaamisella, eräänlaiseen yleiseen, perusoikeusjärjestelmän sisälläkin ensiarvoisen tärkeään ja perustavaa laatua olevaan *yksilön turvallisuustarpeeseen*. Tällainen ajatusrakennelma voi lopulta kääntää pääläelleen perinteisen käsityksen sananvapaudesta perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän sekä demokraattisen oikeusvaltion ytimessä, sillä turvallisuustarpeesta voidaan viime kädessä johtaa perustelukehikko oikeastaan kaikille vapaan viestinnän kanssa kollisiossa oleville oikeuksille ja arvoille.⁷²²

⁷²⁰ Ks. esim. Kübler 2002, s. 15–17 sekä s. 201, Salminen 2007b sekä Ojanen 2007, s. 1067–1073.

⁷²¹ Perusoikeuskirjan 6 artiklan otsikko on oikeus vapauteen ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen ja artiklan selitys rajoittuu näistä ensimmäiseen, erityisesti pidättämisestä ja vangitsemisesta koskeviin edellytyksiin.

⁷²² Ns. *preferred freedoms -doktriini*: tästä yksityiskohtaisesti esim. Stalder 1977; vrt. luku 1.2.2. Herzog (1991, s. 3–5) esittää mielenkiintoista kritiikkiä perinteisesti sananvapaudelle annettua etusijaa vastaan Euroopan historiaa koskevan spekulatiivisen muodossa: hänen mukaansa on vaikea kysymys, olisivatko vapaat demokratiat koskaan kyenneet voittamaan Hitlerin diktatuuria, mikäli ne eivät olisi voineet turvautua kansallisten tiedotusvälineidensä ankaraan sensuuriin tai mikäli internetin kaltainen tehokas kansainvälinen audiovisuaalinen viestintäkanava olisi ollut olemassa. Herzog vertaa historiaa Israelin nykytilanteeseen, jossa turvallisuus on hänen mukaansa vastaavalla tavalla koko yhteiskunnan olemassaoloa koskeva kysymys. Sananvapauden keskeistä asemaa

Yksi erittäin paljon lainsäädäntökeskustelua herättänyt ja uusia perusoikeuksien turvaamisvelvollisuutta koskevia argumentteja esiin nostanut tema viestintäoikeudessa on pornografisen ja seksistisen viestinnän, erityisesti seksistisen mainosviestinnän jokapäiväistyminen. Ongelma, jota on perinteisesti tarkasteltu sananvapauden rajoittamisena *yleisen järjestyksen ja moraalin* perusteella, on vähitellen alettu mieltää myös perusoikeuskollisena sananvapauden ja oikeuksien kuten *sukupuolten välisen tasa-arvon* sekä *lapsen suojelua ja huolenpitoa koskevan oikeuden* välillä. Perusoikeusnäkökulma voi luonnollisestikin tuottaa varsin erilaisen käsityksen sananvapauteen kuuluvan avoimuuden ja suvaitsevaisuuden rajoista viestinnässä kuin annettua yhteiskunnallista järjestystä postuloiva, useiden mielestä jo anakronismiksi jäänyt käsitys julkisesta moraalista. Varsinkin mainonnan sääntelyssä unionin oikeus on ehditty jo sisämarkkinasyistäkin nimetä oikeaksi foorumiksi uudelle nykyistä rajoittavammalle lainsäädännölle. Sääntelyvaatimukset kohdistuvat toisaalta myös usein juuri esimerkiksi katumainontaan ja myytävien tuotteiden asetteluun kaupoissa, jotka yhteisöjen tuomioistuimen *Keck-doktriinin* ja ratkaisun *Saksa vastaan parlamentti ja neuvosto n:o 1 (C-376/98, 5.10.2000)*⁷²³ perusteella kuuluvat unionin sijaan sen jäsenvaltioiden toimivaltaan. Sen sijaan, että suvaitsevaisuusperiaatteesta joustettaisiin yleisesti pornografisten ja seksististen viestintäsisältöjen osalta – ja palattaisiin siten ikään kuin askel avoimuudessa taaksepäin – olisi perusoikeusnäkökulmasta arvioituna varmasti tarpeellista pystyä nykyistä paremmin tekemään ero tällaisen viestinnän eri välitystapojen ja eri sijoituspaikkojen välillä. Tilanne, jossa aikuinen vastaanottaja voi halutessaan itse valita tai hakea tällaisia viestintäsisältöjä eroa joka tapauksessa selvästi tilanteesta, jossa vastaavilta sisällöiltä ei voi tavanomaisessa viestinnässä välttyä eikä toimivia keinoja sen sulkemiseksi lasten ulottumattomiin ole käytössä. Arkipäiväisen viestinnän ja mainonnan seksismi voi tässä mielessä olla huomattavasti tärkeämpi viestintäoikeudellinen kysymys kuin ns. ”tavanomaisen” tai ”laillisen pornografian”⁷²⁴ välittäminen. Tasa-arvon ja lapsen oikeuksien turvaamisvelvollisuudella voidaan parhaiten perustella nimenomaan välitystapakohtaisia sananvapausrajoituksia. Eri kysymys luonnollisestikin on se, millainen suvaitsevaisuustaso punninnan tuloksena kulloinkin määritetään, ja unionin oikeuden näkökulmasta myös se, voidaanko yhteisesti hyväksyttävää suojatasoa julkista seksuaalimoraalia koskevilta käsityksiltään varsin erilaisten jäsenvaltioiden välillä löytää. On joka tapauksessa huomattava, että myös seksi ja seksuaalisuus kuuluu yksilön tärkeänä elämänalueena vapaan

demokraattisessa yhteiskunnassa rauhan aikana ja turvallisuuskäsitteen laajentamiseen liittyviä vaaroja Herzog ei kuitenkaan kyseenalaista.

⁷²³ Ks. edellä luku 2.2.3.

⁷²⁴ Lapsipornografia ja mahdollinen muu seksuaalinen hyväksikäyttö pornografian tuotannossa johtavat luonnollisestikin siihen, ettei kyse ole tässä tarkoitettusta ”laillisesta pornografiasta”.

yhteiskunnallisen keskustelun ja esteettisen ajatustenvaihdon teemoihin siinä missä mikä tahansa muukin ilmiö. Ilmiselviä uusia rajoituksia ei sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien turvaamisvelvollisuutta painottava näkökulmakaan siten välttämättä oikeuta, etenkin silloin, jos ne määritellään soveltamisaloiltaan niin laajoiksi, että ne rajoittavat mahdollisuuksia osallistua vastuulliseen mutta moniarvoiseen keskusteluun näistä aiheista.⁷²⁵

Tekijänoikeuden ja muiden *immateriaalioikeuksien* erityismainintaa perusoikeuskirjan omaisuudensuojaa koskevan 17 artiklan 2 kohdassa on selitysasiakirjassa perusteltu näiden oikeuksien kasvaneella merkityksellä ja toisaalta unionin sekundaarioikeudessa jo omaksutuilla säännöillä. Immateriaalioikeuksien nostamista järjestelmähierarkiassa perusoikeuksiksi voidaan ainakin selitysasiakirjan näkökulmasta pitää niiden oikeussuojan vahvistamisena suhteessa niihin nähden kollisiossa oleviin oikeuksiin, erityisesti tekijänoikeudella suojattujen teosten käyttäjille kuuluvaan sananvapauteen. Koska tekijänoikeus – samoin kuin immateriaalioikeudet yleisemminkin – on kuitenkin jo perinteisesti mielletty eräänlaisiksi suljetuksi, perusoikeusvaatimuksille immuuniksi oikeudenalakohtaiseksi järjestelmäksi, voi sen yhdistäminen perusoikeusjärjestelmään toisaalta päinvastoin merkitä myös sananvapaussuojan parempaa huomioon ottamista, keskinäisen kollision tunnistamista ja tekijänoikeuden alistamista perusoikeuspunnintaan. Tällaisesta näkökulmasta olisi varmasti mahdollista uudistaa oikeudenalan perusteita erottamalla suojattavat arvot toisistaan ja ottamalla sääntelyssä paremmin huomioon sekä tekijän että käyttäjän oikeudet, niin kuin tekijänoikeusjärjestelmän yhä yleistyvässä perusoikeuskritiikissä on esitetty.⁷²⁶ Tämä ei kuitenkaan toteudu, mikäli tekijänoikeuden perusoikeussuojaa ja siihen kuuluvaa aktiivista turvaamisvelvollisuutta käytetään tulevassakin ratkaisukäytännössä punninnan sijaan ainoastaan lisäargumenttina sekundaarioikeudessa omaksuttujen sääntöjen vahvistamiseksi sananvapaussuojan kustannuksella, kuten esimerkiksi yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu *Laserdisken* (C-479/04, 12.9.2006) antaa olettaa.⁷²⁷

Viestinnän sääntely *ihmisarvon suojaan, syrjintäkieltoon* ja 22 artiklan *monimuotoisuussäännökseen* perustuvien turvaamisvelvollisuuksien täyttämiseksi on ongelmakenttä, jossa unionin jäsenvaltioiden sananvapauskäsitteet eroavat sel-

⁷²⁵ Vrt. Hawkins – Zimring 1988, 144–145; Barendt 2005a, s. 352–381, erityisesti s. 363; McPherson 1999, s. 692; Hecht – Neufeld 2000, s. 163 sekä Teyssier 2004, s. 243 ja 267–271.

⁷²⁶ Geiger 2004a, s. 413–415 ja 2004b, s. 820 sekä Torremans 2004; vrt. myös Koillinen – Lavapuro 2002, s. 352; Oesch 2005, s. 364; Reh binder 2003; Cohen Jehoram 2004 sekä Birnhack 2004. Barendt (2005b, s. 29–33) esittää, ettei sillä, sovelletaanko tekijänoikeutta koskevissa tulkinnoissa omaisuuden suoja perusoikeutena, ole välttämättä suurtakaan merkitystä aineellisoikeudelliselle lopputulokselle: sananvapauden ei tarvitse aina punninnassa voittaa tekijänoikeuksia vastaan, vaikka jälkimmäisille ei suoraa perusoikeuslottuvuutta annettaisikaan.

⁷²⁷ Ks. luku 2.3.7.

västi toisistaan. Kansanmurhan kieltämistä koskevia kriminalisointeja ja toistaiseksi epäonnistuneita yrityksiä niiden laajentamiseksi koko unionin alueelle on jo käsitelty edellä.⁷²⁸ Kansallisissa oikeusjärjestelmissä sääntely on monesti kohdistettu myös esimerkiksi tiettyjen poliittisten symbolien kuten Natsi-Saksan hakaristin tai Neuvostoliiton sirpin ja vasaran⁷²⁹ käyttöön viestinnässä. Sikäli kun tällaisten kieltojen yhteys mainittujen perusoikeuksien suojaan yleensäkin tunnustetaan, olisi minimiharmonisointia sekä turvaamisvelvollisuuden että sisämarkkinoiden toimivuuden kannalta ehkä harkittava myös unionin oikeudessa. Ainakaan kaavamaisia, symbolien kontekstille ja käyttöyhteydelle sokeita tai turvatavoitteeseen nähden ilmeisen laajasti määriteltyjä kieltoja ei kuitenkaan tulisi missään tapauksessa oikeuttaa sananvapausrajoituksina unionin tasolla.⁷³⁰ Turvaamisvelvollisuus olisi sen sijaan perusteltu sellaisissa tilanteissa, joissa symbolien käyttö liittyy selkeästi toimintaan, jonka selvänä tarkoituksena on esimerkiksi yllyttää syrjintään tai väkivaltaan jotakin kansanryhmää vastaan. Lienee kuitenkin syytä suhtautua varsin kriittisesti ajatuksiin, joiden mukaan tiettyjen symbolien määrittelemine yleensäkin olisi tarpeellista osana rikosten tunnusmerkistöjä.⁷³¹

Unionin perusoikeuskirja antaa kokonaisuutena vahvan argumentaatiopohjan sananvapausrajoitusten perustelemiseksi perusoikeusjärjestelmän sisällä, sananvapautta rajoittavina eri unioniperusoikeuksina. Näitä perusoikeuksia koskevan aktiivisen turvaamisvelvollisuuden rajojen määrittämisellä ja näiden oikeusturvavaatimusten punnitsemisellä sananvapauden rajoitusperusteina yhteisöjen tuomioistuimen tulevassa ratkaisukäytännössä on erittäin tärkeä merkitys unionin viestintäoikeuden ja sitä ohjaavan sananvapauskäsityksen kehityksessä. Uhka tehokkaalle, suvaitsevaisuusperiaatetta kunnioittavalle ja moniarvoisuusturvaan sidotulle sananvapausuojalle sitä koskevien rajoitusten *perusoikeudellistuminen*

⁷²⁸ Luku 2.3.9.

⁷²⁹ Hakaristin käyttö viestinnässä ilman perusteltua historiallista kontekstia on kriminalisoitu Saksassa. Neuvostoliiton symbolien käytön kieltö on ollut valmisteilla useissa Keski- ja Itä-Euroopan entisissä sosialistimaissa, mm. Virossa.

⁷³⁰ Saksassa oli vuonna 2006 esillä viestinnän semantiikan näkökulmasta erittäin mielenkiintoinen tapaus, jossa tunnettu elokuvaohjaaja Fatih Akin käytti julkisuudessa t-paitaa, jossa teksti ”Bush” oli kirjoitettu s-kirjaimen sijaan hakaristillä. Hakaristisymboli edusti tässä yhteydessä kritiikkiä Yhdysvaltain presidentin politiikkaa vastaan eikä varsinaisesti ottanut kantaa sen enempää äärioikeiston puolesta kuin sitä vastaanakaan – ennemmin kuitenkin vastaan kuin puolesta, sillä hakaristi toimi ilmauksessa nimenomaan negatiivisen mielleyhtymän tuojana. Ilmaus johti symbolien käyttöä koskevan säännöksen (Saksan liittotasavallan rikoslain 86 a §) perusteella poliisitutkintaan, jonka tulosta ei kuitenkaan ole toistaiseksi annettu julkisuuteen.

⁷³¹ Iganski (1999, s. 139) käyttää kansanmurhan kieltämistä ja poliittisten symbolien käyttöä koskevista kielloista ilmausta ”trivialisation of crimes against humanity”. Iganski suhtautuu kuitenkin varsin kriittisesti mahdollisuuksiin määritellä uusia rikostunnusmerkistöjä ilman selvää liityntää kulloistenkin ilmaisujen tavoitteita koskevaan tulkintaan ja pitää *kiihottamista kansanryhmää vastaan* sinänsä riittävänä kriminalisointipohjana rasistista viestintää vastaan.

ei välttämättä silti ole, mikäli molemminpuolinen suhteellisuuspunninta suoritetaan unionin oikeudessa riittävän johdonmukaisesti – mukaan lukien perusoikeusratkaisuihin monesti liittyvä punninta perusoikeuksien ja sisämarkkinoiden perusvapauksien välillä. Perusoikeuspunninnan ja siihen liittyvän argumentaation läpinäkyvyys sekä rajoitusedellytysten riittävän ankara soveltaminen ovat tällöinkin keskeisessä asemassa myös perus- ja ihmisoikeusjärjestelmien välisten ristiriitojen ehkäisemisessä.

3.3.4 Tapauskohtaisuuden ja toimivaltajaon ongelma

Arvioita unionin oikeuden sananvapauskäsitteen ja sen kehityksen vaikutuksesta jäsenvaltioissa sovellettavaan viestintäoikeuteen on mahdotonta tehdä ilman käsitystä unionin toimivallasta – yhtäältä nykyisestä toimivaltajaosta unionin ja sen jäsenvaltioiden välillä ja toisaalta jäsenvaltioiden mahdollisesti myöhemmin unionille siirtämästä toimivallasta. Siinä missä sananvapauden rajat tai hyväksyttävien sananvapausrajoitusten rajat⁷³² määräytyvät viime kädessä soveltamistilanteittain, joudutaan myös perustamissopimuksen 95 artiklan⁷³³ sisämarkkina-toimivalta usein ratkaisemaan yhtä tapauskohtaisesti tyypillisimmin sen perusteella, miten kulloisenkin viestintätavan tai -tilanteen sääntely kansallisen oikeuden sijasta unionin oikeuden tasolla on omiaan edistämään sisämarkkinoiden toimintaa. Oma vaikutuksensa unionin oikeudessa tehtyjen sananvapausratkaisujen sovellettavuuteen ja ennakoitavuuteen on myös unionin oikeudelle kansallisessa oikeudessa annetulla tulkintavaikutuksella samoin kuin mahdollisella kansallisella perusoikeusvarauksella. Tämä yksilön sananvapauden käyttöä ja unionin oikeuden vaikutusta siihen koskeva, edellä kuvatulla tavalla *kaksiportainen ennakoitavuusongelma*, voidaan nimetä esimerkiksi *tapauskohtaisuuden ja toimivaltajaon ongelmaksi*.⁷³⁴

Jäsenvaltioiden viestintäkulttuurien erot voidaan yhtäältä nähdä osana Euroopan kansojen kulttuurista monimuotoisuutta, jonka säilyttäminen sisältyy jollaisenaan pluralistiseen sananvapauskäsitteeseen. Näitä eroja ylläpitävät osaltaan myös oikeudelliset erot kansallisessa viestinnän sääntelyssä ja kansallisissa sananvapautulkinnossa. Yksilön mahdollisuuden vedota sananvapauden rajoituksia toimeenpanevia jäsenvaltioita vastaan unionin oikeuden ja sen yhdenmukaisen sovellettavuuden perusteella voidaan toisaalta suoraan katsoa edistävän suvaitsevaisuusperiaatteen toteutumista sekä moniarvoisten viestintäsisältöjen

⁷³² Tässä viitataan kahteen käänteiseen tapaan hahmottaa sananvapausuojaa, ns. *sisäisten rajojen teoriaan* ja *ulkoisten rajoitusten teoriaan*. Ks. luku 1.2.5.

⁷³³ Uudistussopimuksen voimaantulon jälkeen 94 artikla sopimuksessa Euroopan unionin toiminnasta.

⁷³⁴ Vrt. Kühling 2006, s. 730–732 sekä Fromond 2007, s. 722.

vapaata välittämistä yli jäsenvaltiörajojen. Koska unionin oikeuden keskeinen lähtökohta on sisämarkkinoiden perusvapauksien turvaaminen, mikä jo sellaiseen edellyttää myös viestintätuotteiden ja -palvelujen riittävän vapaata kauppaa jäsenvaltioiden välillä, voidaan unionin oikeuden katsoa pääsääntöisesti edistävän sananvapautta sen vapausoikeudellisessa liberalistisessä merkityksessä. Poikkeukset tästä pääsäännöstä kasvavat kuitenkin yhä merkittävämmiksi unionin viestintää koskevan aineellisen sekundaarioikeuden kehittyessä.

Selvä yhdistävä tekijä jäsenvaltioiden viestintäoikeudessa on funktionaalinen, aktiivisen moniarvoisuusturvan tunnustava käsitys sananvapaudesta, erityisesti perinteisen audiovisuaalisen viestinnän eli radio- ja televisiotoinninnan alalla.⁷³⁵ Tekniset ja taloudelliset muutokset sekä joukko- että vertaisviestinnässä antavat kuitenkin ilmeisen aiheen arvioida nykyistä tekniikkasidonnaista dualismia perusteluineen yhä uudelleen. Erittäin suuri merkitys tällä uudelleenarvioinnilla on silloin, kun se suoritetaan unionin oikeudessa, joka on edelleenkin suuressa määrin sisämarkkinalähtöinen ja tunnustaa yleisradiolaitosten aseman vain tietyin kilpailuoikeudellisin varauksin.⁷³⁶ Tällä sääntelyalalla unionin oikeuden soveltuvuus on sinänsä varsin kiistaton, mutta rajoituksia voi ristiriitatilanteessa siihenkin tulla ainakin kansallisten perusoikeusvarauksien kautta. Niillä viestintäoikeuden osa-alueilla, joilla yhteinen oikeuskulttuurinen pohja on huomattavasti kapeampi – kuten esimerkiksi pornografian ja seksistisen viestinnän tai ihmisarvoa loukkaavan viestinnän sääntelyssä – unionin oikeuden merkitys voi tulla ratkaisevaksi erityisesti sen suoran sovellettavuuden kautta, joka esimerkiksi ihmisoikeussopimuksen suojamekanismista puuttuu.⁷³⁷

Viestintäoikeuden alkavaksi muutostrendiksi on monesti ennustettu sananvapausrajoitusten kasvua, ehkä nimenomaan sananvapautta rajoittavien perusoikeuksien suoja-alan tarkemman määrittelyn ja tehokkaammin noudatetun turvaamisvelvollisuuden kautta.⁷³⁸ On varsin vaikea arvioida, mikä unionin oikeuden vaikutus jäsenvaltioiden oikeuteen tässä suhteessa on: ylikansallinen este kansallisille sananvapausrajoituksille vai ennemminkin lähde yhä uusille sanan-

⁷³⁵ Ks. esim. Lorzin (1990, s. 185–209) oikeusvertaileva artikkeli aiheesta.

⁷³⁶ Ks. luku 2.3.4.

⁷³⁷ Puutteista ihmisoikeustuomioistuimen tuomioiden täytäntöönpanossa ja vaikutuksissa uuteen lainsäädäntöön laajemmin ks. mm. Oetheimer 2001, erityisesti s. 302–320.

⁷³⁸ Ks. esim. Merrill et al. 2001, s. xv–xvi ja 125–126. Euroopassa on viime aikoina ollut valmisteilla sääntelyä esimerkiksi seksistisen mainonnan rajoittamiseksi (Ruotsi) sekä liialliseen laihduttamiseen kannustavien valokuvien julkaisun kieltämiseksi (Ranska). Neukamm (2007, s. 290) esittää tämänkaltaisen kehityksen jopa yksioikaisen positiivisena ainakin yksityiselämän suojan ja omaa kuvaa koskevan oikeussuojan kannalta. Nykyisen oikeussuoja-aukon korjaajana Neukamm näkee nimenomaan Euroopan unionin sekundaarioikeuden. Euroopan parlamentin kulttuuri- ja koulutuskomitea (ks. komitean lehdistötiedote 2.6.2008) on viimeksi esittänyt mm. blogien pitäjien vastuun täsmentämistä ja lainsäädäntötoimia oikeudenloukkausten estämiseksi ja vastineoikeuden toteuttamiseksi internetin vertaisviestintäareenoilla.

vapausrajoituksille. Selvempää sen sijaan on, että unionin oikeudella tulee viestintäoikeudessa ja sananvapauskäsityksen muokkaamisessa vähitellen olemaan yhä merkittävämpi rooli. Näin on silloinkin, kun unionille ei siirretä lisää toimivaltaa viestinnän tai kulttuurin alalla, vaan viestintää säännellään edelleenkin unionin nykyisen sisämarkkinatoimivallan puitteissa. Mielenkiintoinen kysymys myös tapauskohtaisuuden ja toimivallan ongelman kannalta on se, kuinka pitkälle ihmisoikeustuomioistuimen harmonisoiva tulkintatapa⁷³⁹ ja jäsenvaltioiden hyväksyntä unionin oikeuden itsenäistä perusoikeusvalvontaa kohtaan riittää näissä järjestelmissä luoduista doktriineista mahdollisesti poikkeavien perusoikeusratkaisujen hyväksymiseksi. Yhteisöjen tuomioistuimen edellytyksiä parantaa perusoikeusargumentaatiotaan ja johdonmukaistaa perusoikeusrajoituksia koskevaa suhteellisuuspunnintaansa perusoikeuskirjan tultua sitovaksi on niinkään vielä vaikea ennakoida.⁷⁴⁰

Sananvapaussoijan sisältö on kansallisten järjestelmien sisälläkin usein tunnustettu viime kädessä kysymykseksi, johon on viestintätapojen kehittyessä välttämättä vastattava aina uudelleen.⁷⁴¹ Erityisesti viestinnän moniarvoisuuden ja sitä koskevan turvaamisvelvollisuuden arviointi on lopulta mahdotonta ilman kohtalaisen eriteltyä empiiristä kuvaa yleisölle eri tavoin välitetyistä viestintäsällöistä ja esimerkiksi sähköisen vertaisviestinnän painoarvosta suhteessa tyypilliseen joukkoviestintään. Digitaaliset välitysmuodot luovat viestinnän moniarvoisuudelle kiistatta sekä uusia mahdollisuuksia että uusia riskejä – arviot siitä, kummat näistä ovat käytännössä merkittävämpiä, ovat kuitenkin toistaiseksi vielä jääneet pelkiksi hypoteeseiksi.⁷⁴² Kasvava verkkoviestintä luo toisaalta jatkuvasti uusia yhä konkreettisempia ongelmia myös voimassa olevien viestintää koskevien säännösten soveltamiseen. Saattaa jopa olla mahdollista, että unionin oikeuden merkitys sananvapauskäsityksen muokkaajana Euroopassa korostuukin nimenomaan sellaisissa soveltamistilanteissa, jotka ovat uusia myös kansallisille doktriineille ja joissa ratkaisua etsitään esimerkiksi internetin kansainvälisyyden vuoksi jo lähtökohtaisesti kansallisen järjestelmän ulkopuolelta ja yhteisistä ohjaavista periaatteista.

Yhteisen valtiosääntöperinteen voidaan sananvapauden alalla ajatella muodostavan tietynlaisen viestinnän arvorakennelman, jolla on tietty yhteinen oikeuskulttuurinen perustansa, mutta johon sisältyvien arvojen keskinäisistä painotuksista voidaan olla soveltamistilanteittain eri mieltä. Yhteisymmärryksen sananvapaussoijan täsmällisemmästä sisällöstä on kuitenkin synnyttävä viimeistään silloin, kun se on saatettava voimaan sitovina yhteisöjen tuomioistuimen

⁷³⁹ Ks. Pellonpää 2005b, s. 1248 sekä luku 1.3.3.

⁷⁴⁰ Vrt. luku 1.3.4.

⁷⁴¹ Esim. Rühl 1998, s. 422; vrt. myös Colclough 2005, s. 251–254.

⁷⁴² Ks. esim. Barendt 2005a, s. 454.

ratkaisuina.⁷⁴³ Jotta yhteisöjen tuomioistuimen sananvapausratkaisut toisaalta olisivat hyväksyttävissä kansallisissa perusoikeusjärjestelmissä ja ihmisoikeus-sopimuksen tutkintakäytännössä, niissä on vähintäänkin pystyttävä tiedostamaan ja ottamaan asianmukaisesti huomioon kaikki yhteiseen arvorakennelmaan kuuluvat osat sekä perustelemaan tehty punninta niiden välillä. Perustelemaan on soveltamistilanteittain kyettävä myös sisämarkkinoiden perusvapauksien kulloinenkin merkitys viestinnän perusoikeuskollisiossa. Myös epävarmuutta unionin oikeuden soveltamisalasta voi parhaassa tapauksessa kompensoida luottamus johdonmukaiseen sananvapaussuojaan unionin oikeuden sisällä.

⁷⁴³ Vastaavan ajatuksen esitti yleisemmin unioniperusoikeuksien järjestelmää koskien Henning Koch eurooppaoikeuden ”kick-off -seminaarissa” Helsingin yliopistossa 1.2.2008.

Johtopäätökset

Tutkimus sananvapaudesta Euroopan unionin oikeudessa voidaan päättää seuraaviin johtopäätöksiin. Vaikka unionin sananvapausdoktriinin on ennakoitava olevan vasta vähitellen kehittymässä yksityiskohtaisemmaksi ja johdonmukaisemmaksi – erityisesti unionin perusoikeuskirjan tulevan oikeudellistamisen kautta – tähänastinen yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntö antaa jo useita selkeitä viitteitä siitä, millaista perusoikeuskonseptia unionin oikeudessa noudatetaan ja millainen asema sisämarkkinoiden perusvapauksilla on suhteessa unioniperusoikeuksiin ja niiden turvaamiseen edelleen kehittyvässä ja soveltamisalaltaan laajenevassa sekundaarioikeudessa. Monet tutkimuksen johtopäätöksistä ilmentävät toisaalta nimenomaan puutteita nykyisessä sananvapausvalvonnassa sekä viestintäoikeuden perusoikeusasetelmaa koskevia ristiriitariskejä eri perus- ja ihmisoikeusjärjestelmien välillä.

1) Sananvapaudesta on eurooppalaisessa valtiosääntöperinteessä kehittynyt *antinominen*, sisäisiä kollisioita sisältävä perusoikeus. Sen suojasisältöön kuuluu perinteisen vapausoikeusmerkityksen ohella vakiintuneesti myös viestinnän moniarvoisuutta koskeva turvaamisvelvollisuus. Antinomisen luonteen vuoksi sananvapauteen voidaan monissa soveltamistilanteissa vedota keskenään ristiriitaistenkin eri yksilön viestintää koskevien oikeuksien tueksi. Tämä sisäinen ristiriitaisuus olisi perus- ja ihmisoikeusjärjestelmissä kyettävä tiedostamaan entistä paremmin, jotta eri sananvapausintressit tulisivat punnittua samassa asetelmassa sananvapautta rajoittavien muiden (perus)oikeuksien kanssa. Vakiintunut dualistinen viestintäoikeusrakenne on perusteltua taata tulevaisuudessakin sikäli kun sillä turvataan yksilön riittäviä mahdollisuuksia osallistua viestintään: valintansa mukaan joko markkinoiden ehdoilla viestintäsisältöjen taloudellista arvoa hyödyntäen tai markkinoista riippumatta, julkisen moniarvoisuusturvajärjestelmän tuella. Välitystekniikkaan sidotut jaot kahden eri viestintäoikeuskäsityksen välillä eivät sen sijaan ole klassisen sananvapausideologian näkökulmasta perusteltuja: nykyään vakiintunut vastakkainasettelu julkisen palvelun television ja taloudellis-liberalistisen lehdistönvapauden välillä voidaan ennemminkin ymmärtää tekniikkaneutraalin sananvapauskäsitteen historiallisena traditiokatkoksenä.⁷⁴⁴ Unionin oikeus on sananvapauteen sisältyvien oikeuksien analysoinnissa muutaman askeleen jäljessä Euroopan ihmisoikeustuomioistuinta ja unionin jäsenvaltioiden perusoikeusdoktriineja. Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäy-

⁷⁴⁴ Termi on peräisin Dieter Grimmiltä (1986, s. 171); vrt. Bielefeldt 1990, s. 126.

tännössään luoma ja unionin perusoikeuskirjaan kodifioitu doktriini itsenäisistä unioniperusoikeuksista edellyttää kuitenkin sananvapaussuojan sisältöä olennaisesti täsmentäviä ratkaisuja tulevaisuudessa myös unionin oikeudessa.⁷⁴⁵

2) Yhteisöjen tuomioistuimen on usein kritisoitu laiminlyöväen perusoikeusvalvonnassaan rajoitusperusteita koskevan johdonmukaisen suhteellisuuspuunnin ja painottavan erityisesti sisämarkkinoiden perusvapauksia perusoikeussuojan kustannuksella. Tällaisia puutteita voidaan havaita myös tuomioistuimen tähänastisissa sananvapautta koskevissa ratkaisuissa. Perusoikeussuojan suhteuttamista sisämarkkinoiden perusvapauksiin ja perusoikeuksien tulkintaa perusvapauksia tehokkaasti turvaavalla tavalla ei kuitenkaan välttämättä voida yleisesti pitää uhkana riittäväälle perusoikeussuojalle unionin oikeudessa: unionin voidaan päinvastoin katsoa olevan velvollinen tekemään myös perusoikeustulkintansa perusvapauksia parhaiten edistävällä tavalla, vaikkakin nimenomaan niissä rajoissa, kun se perusoikeuksien rajoitusperusteiden kannalta on hyväksyttävissä. Ratkaisujen johdonmukaisella perustelemisella on tässä suhteessa olennainen merkitys unionin perusoikeusvalvonnan uskottavuudelle. Siirtyminen ihmisoikeustuomioistuimen käyttämään ulkoisten rajoitusten teorian mukaiseen argumentaatioon voisi epäilemättä olla eduksi yhteisöjen tuomioistuimen perusoikeusdoktriinille.⁷⁴⁶

3) Sananvapausintressit ovat luonteensa vuoksi tyypillisesti yhdensuuntaisia sisämarkkinoiden perusoikeuksiin perustuvien oikeussuoja-vaateiden kanssa. Unionin primäärioikeuden kannalta tarkasteltuna sananvapaus ja perusvapaudet ovat siten pääsääntöisesti toisiaan täydentäviä oikeuksia. Sekundaarioikeuden soveltamisalalla tilanne voi kuitenkin kääntyä myös vastakohtakseen, sillä sisämarkkinavaikutus voidaan jäsenvaltioiden lainsäädäntöä harmonisoimalla saavuttaa yhtä lailla viestinnän aineellisia rajoituksia lisäämällä kuin niitä vähentämälläkin. Tämä lisää tarvetta nimenomaan sekundaarioikeuden säännöksiä koskevalle sananvapausvalvonnalle.⁷⁴⁷

4) Perusoikeuskirjan 11 artiklan kaksi kohtaa on ymmärrettävä ennemminkin sananvapaussuojan vapausoikeudellisena ja aktiivista moniarvoisuusturvaa koskevana aspektina kuin artiklan otsikkoa vastaavana kahtena erillisenä perusoikeutena, sananvapautena ja tiedonvälityksen vapautena. Se, että moniarvoisuusturva on sijoitettu instrumentaaliseksi osaksi sananvapaussäännöstä eikä monien kansallisten valtiosääntöjen tapaan ns. institutionaaliseksi perusoikeudeksi, ei välttämättä sellaisenaan vähennä tätä koskevan turvaamisvelvollisuuden painoarvoa. Verrattuna ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan sanamuotoon termin moniarvoisuus nimenomainen maininta perusoikeuskirjan 11 artiklassa voidaan

⁷⁴⁵ Luvut 1.1 ja 1.2.

⁷⁴⁶ Luvut 1.3.4 sekä 2.1.

⁷⁴⁷ Luku 2.3.

päinvastoin jopa tulkita Euroopan ensimmäiseksi ylikansalliseksi kirjoitetun oikeuden määräykseksi sananvapauden positiivisesta suojasisällöstä.⁷⁴⁸

5) Audiovisuaalisen viestinnän tuotannossa Euroopan unioni ja sen jäsenvaltiot ovat pysyvästi Yhdysvaltoja heikommassa kilpailuasemassa. Koska unioni on sitoutunut kulttuuriseen ja kielelliseen moniarvoisuuteen yhtenä unioniperusoikeutena, voidaan esittää, että amerikkalaista tuotantoa vastaavien skaalaetujen saavuttaminen on Euroopassa jo puhtaasti (valtiosääntö-)oikeudellisestikin mahdollista. Tästä syystä viestinnän moniarvoisuusturvalla on erittäin tärkeä merkitys viestintätuotteiden ja -palvelujen kansainvälisen kaupan vapauttamista koskevissa sopimusneuvotteluissa, joihin myös unioni osallistuu. Palveluja koskevissa GATS-neuvotteluissa toistaiseksi noudatettu ns. kulttuuripoikkeuksen periaate voidaan siten suoraan yhdistää eurooppalaiseen pluralistiseen sananvapauskäsitykseen ja sen pysyvään suojatarpeeseen suhteessa kaupan kansainvälisten esteiden purkamiseen.⁷⁴⁹

6) Sananvapautta – samoin kuin muitakin unioniperusoikeuksia – koskeva aktiivinen turvaamisvelvollisuus kuuluu jäsenvaltioiden ohella myös Euroopan unionille sikäli kun perusoikeuksien turvaaminen on tehokkaammin toteutettavissa unionin toimivaltaan kuuluvien toimenpitein. Tätä tulkintaa ei estä se, että perusoikeussäännökset eivät itsessään anna unionille uutta toimivaltaa, eikä myöskään se, että perusoikeuskirjan 11 artiklan sanamuodoksi on valittu moniarvoisuuden kunnioittaminen eikä moniarvoisuuden turvaaminen.⁷⁵⁰

7) Sananvapautta ja sitä rajoittavia perusoikeuksia koskeviin tulkintoihin liittyy merkittävä ristiriitapotentiaali unionin oikeuden, ihmisoikeussopimuksen ja kansallisten perusoikeusjärjestelmien välillä. Olennaista asetelmassa on se, kuinka paljon eri järjestelmät voivat tulkinnoissaan joustaa toistensa hyväksi eli voidaanko niin kutsuttu harmonisoiva tulkintatapa tulevaisuudessakin säilyttää. Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen hyväksyttävyyys muissa perus- ja ihmisoikeusjärjestelmissä riippuu suurelta osalta siitä, kuinka johdonmukaisesti se perusoikeuksien rajoitusperusteita koskevan punninnan suorittaa ja kuinka läpinäkyviä sen perusoikeuksia koskevien ratkaisujen perustelut ovat. Tilanteissa, joissa kansallisen valtiosäännön soveltuva perusoikeussuoja tulee unionin oikeudessa selvästi sivuutetuksi, jäsenvaltioiden on jatkossakin perusteltua soveltaa ns. kansallista perusoikeusvaraumaa unionin oikeutta vastaan.⁷⁵¹

8) Sananvapausuojan soveltuminen kaupalliseen viestintään ja mainosviestintään on yksi toistaiseksi varsin avoimeksi jääneistä sananvapauskysymyksistä unionin oikeudessa. Ihmisoikeustuomioistuimen doktriini kaupallisen viestinnän

⁷⁴⁸ Luku 1.4.

⁷⁴⁹ Luvut 1.2 ja 3.2.4.

⁷⁵⁰ Luku 3.1.

⁷⁵¹ Luku 1.3.

matalammasta suojatasosta ja sitä vastaavasta laajennetusta kansallisesta harkintavara ei sellaisenaan anna vastausta mainosviestinnän asemaan unionin oikeudessa, sillä nimenomaan unioni käyttää jäsenvaltioiden sille siirtämän toimivallan puitteissa myös ihmisoikeussopimuksen jättämää harkintavaraa.⁷⁵² Kaupallisella viestinnällä ja mainonnalla on erityinen merkitys sisämarkkinoiden toiminnalle ja erityisesti häiriöttömälle kilpailulle sisämarkkina-alueella, mikä tekee ongelmasta etenkin unionin oikeutta koskevan. Unionin kuluttajaoikeudessa omaksuttu harkitsevan kuluttajan käsite voidaan käsittää eräänlaisena suvaitsevaisuusperiaatteen vastineena mainosviestinnässä, joskin sen todellinen painoarvo määrittyy vasta mainontaa rajoittavaa sekundaarioikeutta koskevan sananvapausvalvonnan kautta.⁷⁵³

9) Kansallisen viestintäpolitiikan kontrolli sisämarkkinaesteiden ja eri toimenpiteiden tosiasiallisten moniarvoisuusturvavaikutusten kannalta on sananvapausnäkökulmasta lähtökohtaisesti oikeutettua. Koska saavutetun moniarvoisuuden todentaminen ja mittaaminen on kuitenkin huomattavan vaikeaa, tämän kontrollin lienee käytännössä rajoitettava sellaisten kansallisten toimenpiteiden karsimiseen, joiden vaikutus voidaan selvästi katsoa puhtaasti taloudelliseksi. Arviointia vaikeuttaa osaltaan myös unionin sitoutuminen kulttuuriseen ja kielelliseen monimuotoisuuteen, jota syrjivätkin kansalliset suojatoimenpiteet tyypillisesti osaltaan edistävät. Unioni on vastaavasti toimivaltansa puitteissa, erityisesti uutta sekundaarioikeutta voimaan saattaessaan, velvollinen osallistumaan viestinnän moniarvoisuuden aktiiviseen turvaamiseen.⁷⁵⁴

10) Tutkimuksen esitysjärjestyksenä käytettyä analyysikehikkoa voidaan tietysti mielessä pitää yhtenä tutkimustuloksista: sananvapauskäsitteen antinomia, sananvapauden kaksisuuntainen suhde sisämarkkinoiden perusvapauksiin ja sananvapautta sekä sitä rajoittavia perusoikeuksia koskeva aktiivinen turvaamisvelvollisuus unionin oikeudessa ovat kaikki tekijöitä, joiden analyttinen arviointi ja huomioiminen oikeudellisessa punninnassa ovat avaimia myös tulevan sananvapautta koskevan ratkaisukäytännön tulkittamiseen ja kritiikkiin. Ne ovat samalla myös näkökulmia, jotka johdonmukaisesti käsiteltynä voisivat parantaa yhteisöjen tuomioistuimen nykyistä perusoikeusargumentaatiota.

11) Perusoikeuskirjan suunnitellulla muuttamisella osaksi sitovaa primäärioikeutta saattaa olla merkittävä vaikutus unioniperusoikeuksien tulevaan soveltamiskäytäntöön, erityisesti yhteisöjen tuomioistuimen tulkintalinjaan sen suorit-

⁷⁵² Cohen-Jonathan (1995, s. 406) kritisoi epätasua matalamman suojatason doktriinia myös ihmisoikeussopimuksen järjestelmässä. Kansallisen harkintavaran sisältävään järjestelmään se sopii kuitenkin olennaisesti kansallisia perusoikeusjärjestelmiä ja suoraan sovellettavaa unionin oikeutta paremmin, sillä mainonnan hyväksyttävyyttä koskevat käsitykset vaihtelevat jäsenvaltioittain vastaavalla tavalla kuin julkista moraalista koskevat käsityksetkin.

⁷⁵³ Luvut 2.2.4 ja 2.3.6.

⁷⁵⁴ Luvut 2.3.4 ja 3.2.

tamassa perusoikeusvalvonnassa. Tilanteita, joissa tuomioistuimen on joko luotava sananvapausmyönteisiä tulkintoja sekundaarioikeuden säännöksistä tai jopa kumottava niitä sananvapaussuojan perusteella, on viestintää koskevan säännösten vähitellen laajentuessa aihetta odottaa. Sananvapauden suojasisällön unionin oikeudessa voidaan toisaalta olettaa vaikuttavan tulevaisuudessa yhä enemmän jäsenvaltioissa sovellettavaan viestintäoikeuteen ja siten yksilön mahdollisuuksiin käyttää sananvapauttaan. Tämä asettaa merkittäviä kehitysvaatimuksia yhteisöjen tuomioistuimen perusoikeusdoktriinille myös siinä tilanteessa, että primäärioikeuden uudistukset lukkiutuvat tulevaisuudessakin niiden ratifiointiongelmiiin unionin jäsenvaltioissa. Yksi avain doktriinin kehittämiseen voi tällöin olla perusoikeuskirjan riittävän johdonmukainen käyttö eräänlaisena de facto -oikeuslähteenä, unionia sitovaa yhteistä valtiosääntöperinnettä kiteyttävänä asiakirjana. Kyse on epäilemättä ennen kaikkea tuomioistuimen tavasta käsitellä unioniperusoikeuksia ja niitä koskevia rajoitusperusteita, haettiinpa niiden sisältöä sitten perusoikeuskirjasta, Euroopan ihmisoikeussopimuksesta tai yhteiseen valtiosääntöperinteeseen sisältyvistä oikeusperiaatteista. Yksilön kannalta mahdollisuus vedota sitovaan unionin oikeuden perusoikeussäännökseen olisi etenkin perusoikeuksien ja perusvapauksien välisessä kollisiotilanteessa kuitenkin paljon enemmän kuin pelkkä luottamus yhteisöjen tuomioistuimen perus- ja ihmisoikeuksia koskevaan periaateargumentaatioon.

Abstract

Mikko Hoikka

FREEDOM OF EXPRESSION IN EUROPEAN UNION LAW

The present doctoral thesis aims to raise discussion on the role of freedom of expression as a fundamental right within the legal system of European Union. It analyses traditional and modern theories and provisions of freedom of expression as constitutional sources of Union law, especially in relation to the protection of fundamental freedoms of the European Common Market as well as from the perspective of positive fundamental rights obligations of the Union.

In the constitutional traditions of Europe, the fundamental right of freedom of expression has developed into a self-contradictory right, involving internal collisions between different legal entitlements covered by it. In addition to its classical liberalist substance as a defensive right, freedom of expression incontestably covers a certain degree of positive protection of pluralistic communication by the states. Due to this paradoxical nature, freedom of expression can successfully be appealed to for individual legal interests that *prima facie* contradict each other. Awareness of the internal contradiction is crucial in order to be able to balance freedom of expression or, more correctly, different individual rights covered by it against other (fundamental) rights. In this sense, European Union law resides some steps behind the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) as well as many national fundamental rights doctrines. The importance of a more structured case law on freedom of expression within the autonomic fundamental rights doctrine of Union law has, however, constantly increased as the sphere of union legislation has spread to cover new fields of communication law.

The *status quo* of the so called dual system of public service and private media fails to reflect the originally technology-neutral concept of freedom of expression delivered by European ideological and constitutional tradition. The premise that the defensive right should prevail within the print media and the principle of public service should dominate audiovisual broadcasting, the reasons of which are more economic-historical than legal, presents an interruption in the constitutional tradition. Instead of a dual system in the said sense, a more general and technology-neutral notion of dualism as a legal principle could be useful in the

future interpretation of freedom of expression, i.e. to guarantee everyone a fair opportunity to opt to take part in the communication in terms of the market or independent of it. The principle of public service can of course be a part of the balance between the two goals.

The European Court of Justice (ECJ) has often been criticised of overemphasising the fundamental freedoms of the Common Market and neglecting the protection of fundamental rights. The analysis of the case law on freedom of expression appears to support this criticism. However, taking fundamental freedoms into account as possible restrictions of freedom of expression or fundamental rights in general cannot *per se* be considered as undermining fundamental rights protection. On the contrary, the court is even obliged to accentuate the four freedoms of the Common Market within the margin given by due interpretation of fundamental rights. The structure of argumentation on restriction of fundamental rights has a key role in supplying a consistent Union law doctrine. An introduction of an *aussentheorie* (theory of external restrictions) scheme of argumentation for testing the actual necessity of fundamental rights restrictions, as used by the ECHR, would certainly make the jurisprudence at least more transparent and controllable.

Legal interests covered by freedom of expression generally parallel interests covered by the fundamental freedoms of the Common Market, i.e. in many cases, the protection of freedom of expression and the protection fundamental freedoms complement each other, providing an individual with a double protection of free communication over the internal borders of the Union. Within the application of the constantly expanding secondary law, however, the situation can also turn to its opposite since legal obstacles of the Common Market can be eliminated by harmonising national legislation both by reducing and by reinforcing restrictions of freedom of expression. The latter possibility makes a fundamental rights review of secondary Union law by the European Court of Justice essentially important.

The two clauses of article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union should be understood as a defensive right aspect and a pluralism aspect of one and the same fundamental right, freedom of expression, rather than as two separate fundamental rights, freedom of expression and freedom of information. Including the protection of pluralism under article 11 instead of creating a separate institutional right, similar to several Member States' constitutions, does not in itself necessarily weaken the role of the Union as an actor in media policy aiming to or even bound to maintain pluralism. On the contrary, in comparison with article 10 of the European Convention on Human Rights, article 11 of the Charter even amounts to the first European level fundamental rights instrument that explicitly covers protection of pluralism as a part of freedom of expression.

In terms of audiovisual production, the European Union and its Member States appear to remain far less competitive than the United States. Being bound by protection of cultural and linguistic diversity, Europe cannot reach economics of scale comparable to the U.S., simply because of its constitutional obstacles. Due to this constant imparity, the sufficient protection of pluralism plays a substantial role in negotiations on free trade of goods and services within the World Trade Organisation. Accordingly, the currently valid principle of cultural exception in applying the GATS Treaty is likely to be of great importance also in the future.

The positive obligations of protecting freedom of expression and fundamental rights in general belong not only to Member States but also to the Union itself, to the extent that the protection can be more effectively carried out within the competence of the Union than of its Member States. This interpretation is not impeded by the provision that the Charter of Fundamental Rights does not extend the field of application of Union law or establish any new power or task for the Union (article 51 of the Charter), nor by the fact that the final form of its article 11 speaks of "respecting" as apposed to "guaranteeing" pluralism.

Interpretation of freedom of expression as well as interpretation of fundamental rights restricting freedom of expression bears an essential risk of legal contradictions between Union law, the ECHR case law and national constitutional doctrines of the Member States. The key issue is to what extent these three levels of protection are able to yield to each other in concrete questions of balancing. The acceptance of the ECJ case law in the other constitutional jurisdictions is highly dependent on the transparency and consistency of the EJC's fundamental rights argumentation. In cases where a national fundamental rights protection is clearly neglected by the ECJ, Member States should apply their own constitutional reservations to the reinforcement of Union law.

The scope protection of freedom of expression in terms of commercial communication and advertising is imprecisely defined in Union law. The ECHR doctrine of a wider margin of appreciation cannot as such be applied to Union law, since it is the Union itself that uses also the margin of appreciation granted by the Convention, within the competence transferred to it by its Member States. Furthermore, commercial communication is vital to the well-functioning of the European Common Market, especially for free, uninterrupted competition, a fact that makes issues of its fundamental rights protection highly relevant to the Union. The concept of an informed and observant European average consumer, as adopted by the ECJ in its jurisprudence on consumer protection, can be understood as a sort of variation of the more general principle of tolerance applied to cases of freedom of expression. However, the importance of the concept will, in the future, be put to a test by a new, more restrictive secondary legislation on advertising and sponsoring.

European control of national communications policies from the viewpoint of the Common Market, in particular the validity of alleged pluralism protection, is generally acceptable in terms of freedom of expression. Since it is very difficult to detect or measure diversity of media content in the pluralistic sense, however, this control has to be confined to cases, where national policies clearly serve a purely economical interest. The evaluation of pluralism and of necessary means to protect it is even more difficult in the context of the Union's and its Member States' obligation to protect cultural and linguistic diversity, which can in some cases be most effectively achieved by discriminatory national regulations. Furthermore, the Union itself is obliged to take part in the active protection of pluralism within its competence.

One aim of the analytic structure of the present study is to suggest a scheme of freedom of expression that can serve as a tool of fundamental rights argumentation for Union law. The paradoxical nature of freedom of expression, its two-way relation to the fundamental freedoms of the Common Market as well as the Union's positive obligation to protect both freedom of expression and fundamental rights that restrict freedom of expression are all factors, whose analysis constitute the key to the interpretation and to the evaluation of the future ECJ jurisprudence on freedom of expression. Similarly, the scheme presents viewpoints that could possibly help the ECJ itself to improve its present doctrine and to resolve its shortcomings in fundamental rights argumentation.

The intended adoption of the Charter of Fundamental Rights as a part of the legally binding Union law might have an essential influence on the future application of fundamental rights in the ECJ practice. Cases, where the Court has to create restrictive interpretations of secondary legislation in favour of freedom of expression or where it might be forced to repeal directives restricting it, are likely to appear in the near future, considering that Union regulation on communication continues to broaden. If the ratification process of the Lisbon Treaty fails, a possible alternative to a binding Charter could be a consistent – and a more transparent – use of the Charter as a *de facto* source of Union law by the ECJ. The primary question remains how the court will argue cases of fundamental rights restrictions, whether it will actually apply the Charter, the Convention on Human Rights or fundamental rights as principles defined by common constitutional traditions. Nevertheless, an option to invoke a binding provision is undoubtedly somewhat more than a mere confidence on the court's argumentation on legal principles, especially in cases of collision between fundamental rights and fundamental freedoms of the Common Market.

Finnish Lawyers' Association 2009
ISBN 978-951-855-285-0

Oikeustapaushakemisto

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

A.G.M. (C-470/03, 17.4.2007)	165–168
de Agostini ym. (C-34, C-35 & C-36/95, 9.7.1997)	145, 157, 216
Albertini & Montagini (338/82, 17.5.1984)	34
ARD (C-6/98, 28.10.1999)	179, 187, 218
Bacardi (C-318/00, 21.1.2003)	205
Bond van Adverteerders (352/85, 26.4.1988)	21–22
Bosman (C-415/93, 15.12.1995)	116
Bronner (C-7/97, 26.11.1998)	263–265
Burmanjer (C-20/03, 26.5.2005)	132–135
Conegate (121/85, 11.3.1986)	248–249
Connolly (C-274/99 P, 6.3.2001)	24–25, 167
Costa vastaan E.N.E.L. (6/64, 15.7.1964)	15
Cowood (60/82, 15.12.1982)	20
Cinéthèque (60/84 & 61/84, 11.7.1985)	21–22, 129–130
Cwik (C-340/00 P, 13.12.2001)	24–25, 34, 167
Darbo (C-465/98, 4.4.2000)	210
Dassonville (8/74, 11.7.1974)	128
Douwe Egberts (C-239/02, 15.7.2004)	152, 210
Dynamic Medien (C-244/06, 14.2.2008)	136–137
Emesa Sugar (C-17/98, 4.2.2000 & 8.2.2000)	84
ERT (C-260/89, 18.5.1991)	22, 84–86, 129–131, 137
Estée Lauder (C-220/98, 13.1.2000)	152–153
Familiapress (C-368/95, 26.6.1997)	23–24, 85, 180–181
van Gend & Loos (26/62, 5.2.1963)	15
Gestoras pro Amnistía (C-354/04 P, 27.2.2007)	281
Gouda (C-288/89, 25.7.1991)	22–23, 95, 131, 176–178, 180, 182
Grogan (C-159/90, 4.10.1991)	85–86, 151
Gut Springenheide (C-210/96, 16.7.1998)	152, 210–211
Hauer (44/79, 13.12.1979)	16
Henn (34/79, 14.12.1979)	249
Hoechst (46/87 & 227/88, 21.9.1989)	84
Imperial Tobacco (C-74/99, 5.10.2000)	142
Internationale Handelsgesellschaft (11/70, 17.12.1970)	15–16, 19, 119–120
Johnston (222/84, 15.5.1986)	16
Karner (C-71/02, 25.3.2004)	132–135, 141, 143, 154–155, 200
Keck & Mithouard (C-267/91 & 268/91, 24.11.1993)	129–135, 137, 162–163, 168, 175–176, 181, 283
Komissio vastaan Alankomaat (C-353/89, 25.7.1991)	23, 131, 177
Komissio vastaan Ranska (C-265/95, 9.12.1997)	116

Komissio vastaan Ranska (C-262/02, 13.7.2004; "Loi Evin")	205–206
Komissio vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (C-222/94, 10.9.1996)	146
Laserdisken (C-479/04, 12.9.2006)	170–172, 182, 227–229, 233, 235, 284
Lindqvist (C-101/01, 6.11.2003)	231–233, 235
Linhart & Biffi (C-99/01, 24.10.2002)	152, 210
Mars (C-470/93, 6.7.1995)	210–211
Mediakabel (C-89/04, 2.6.2005)	147
Nold (4/73, 14.5.1974)	15–16
Omega (C-36/02, 14.10.2004)	127, 135–137
Orkem (374/87, 18.10.1989)	84
Oyowe & Traore (100/88, 13.12.1989)	25, 167
Rewe (120/78, 20.2.1979; "Cassis de Dijon")	129, 132–133, 135, 162–163, 165, 168, 175
RTL (C-245/01, 23.10.2003)	218–220
Saksa ja Tanska vastaan komissio (C-465/02 & C-466/02, 25.10.2005; "Feta")	229–230
Saksa vastaan parlamentti ja neuvosto n:o 1 (C-376/98, 5.10.2000)	140–142
Saksa vastaan parlamentti ja neuvosto n:o 2 (C-380/03, 12.12.2006)	141–145, 155, 203
Satakunnan Markkinapörssi (C-73/07, ratkaisuehdotus 8.5.2008)	233
Schmidberger (C-112/00, 12.6.2003)	25–27, 31, 116–118, 122, 163–169, 172–173, 200, 278
Stauder (29/69, 12.11.1969)	15, 20
Sterbenz & Haug (C-421/00, C-426/00 & C-16/01, 23.1.2003)	152, 210
Stork & Cie (1/58, 4.2.1959)	14
TV 10 (C-23/93, 5.10.1994)	23–24, 95, 128, 131, 176, 178
Unilever (C-77/97, 28.1.1999)	152, 210
United Pan-Europe (C-250/06, 13.12.2007)	23, 176, 178
VBVB & VBVB (43/82 & 62/82, 17.1.1984)	20–21, 180
Veronica (C-148/91, 3.2.1993)	23–24, 95, 131, 176, 178
Wachauf (5/88, 13.7.1989)	16
X. (C-404/92 P, 5.10.1994)	84

Euroopan yhteisöjen ensimmäisen asteen tuomioistuin

Danish Satellite (T-69/99, 13.12.2000)	249
Infront (T-33/01, 15.12.2005)	188
Kreuzer (T-310/03, 25.4.2006)	144

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Autronic vastaan Sveitsi (24.4.1990, hakemus 12726/87)	71, 76
Barthold vastaan Saksa (25.2.1985, hakemus 8734/79)	72–74
Bladet Tromsø ja Stensaas vastaan Norja (20.5.1999, hakemus 21980/93)	240
Bosphorus vastaan Irlanti (30.6.2005, hakemus 45036/98)	83, 86–88
Cantoni vastaan Ranska (n:o 1, 22.10.1996, hakemus 17862/91)	83
Casado Coca vastaan Espanja (26.1.1994, hakemus 15450/89)	72–74, 153
Chauvy ym. vastaan Ranska (29.6.2004, hakemus 64915/01)	72
Demuth vastaan Sveitsi (5.11.2000, hakemus 38743/98)	74
Ekin vastaan Ranska (17.7.2001, hakemus 39288/98)	72
Fressoz ja Roire vastaan Ranska (21.1.1999, hakemus 29183/95)	240
Fuentes Bobo vastaan Espanja (20.2.2000, hakemus 39293/98)	78
Funke vastaan Ranska (25.2.1993, hakemus 10828/84)	84
Gaskin vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (23.6.1989, hakemus 10454/83)	8, 71
Goodwin vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (22.2.1996, hakemus 17488/90)	71, 102
Grigoriades vastaan Kreikka (25.11.1997, hakemus 24348/94)	80
Groppera Radio ym. vastaan Sveitsi (22.2.1990, hakemus 10890/84)	23, 76–77, 95
Guerra ym. vastaan Italia (19.2.1998 hakemus 14967/89)	71
de Haes ja Gijssels vastaan Belgia (n:o 1, 27.1.1997, hakemus 19983/92)	70, 80
Handyside vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (4.11.1976)	69–70, 74–75, 249
von Hannover vastaan Saksa (24.6.2004, hakemus 59320/00; ”Caroline”)	80–81, 277
Hertel vastaan Sveitsi (25.8.1998, hakemus 25181/94)	70, 74, 238
Informationsverein Lentia ym. vastaan Itävalta (28.10.1993, hakemus 13914/88 ym.)	23, 77, 84–85, 95, 176
Jacobowski vastaan Saksa (26.5.1994, hakemus 15088/89)	72–74
Jersild vastaan Tanska (22.8.1994, hakemus 15890/89)	76
Karatas vastaan Turkki (8.7.1999, hakemus 23168/94)	80
Krone Verlag vastaan Itävalta (n:o 3, 11.12.2003, hakemus 39069/97) 212–213	71–74, 208,
Leander vastaan Ruotsi (25.2.1987, hakemus 9248/81)	8, 71
Lehideux ja Isorni vastaan Ranska (23.9.1998, hakemus 24662/94)	76, 80, 247
Lingens vastaan Itävalta (24.6.1986, hakemus 9815/82)	80
Markt Intern ja Beermann vastaan Saksa (25.10.1989, hakemus 10572/83)	70–74
Matthews vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (18.2.1999, hakemus 24833/94)	83, 87, 254
Murphy vastaan Irlanti (10.7.2003, hakemus 44179/98)	75, 249
Müller ym. vastaan Sveitsi (28.4.1988, hakemus 10737/84)	34, 72, 249
Niemietz vastaan Saksa (16.12.1992, hakemus 13710/88)	84
Oberschlick (n:o 1, 25.4.1991, hakemus 11662/85)	71
Open Door & Dublin Well Woman vastaan Irlanti (23.9.1992, hakemus 14234 & 14235/88)	85
Otto-Preminger-Institut vastaan Itävalta (23.8.1994, hakemus 13470/87)	75–76
Prager ja Oberschlick vastaan Itävalta (22.3.1995, hakemus 15974/90)	70
Salov vastaan Ukraina (6.9.2005, hakemus 65518/01)	70
Senator Lines vastaan Itävalta ym. (10.3.2004, hakemus 56672/00)	83
Stambuk vastaan Saksa (17.10.2002, hakemus 37928/97)	72–74
Steel ja Morris vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (15.2.2005 hakemus 68416/01)	78, 80, 158, 238–240

Steel ym. vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (23.9.1998, hakemus 24838/94)	78
Sunday Times vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (n:o 1, 29.3.1979)	76
Sürek ja Özdemir vastaan Turkki (8.7.1999, hakemus 23927/94 ym.)	80
Thoma vastaan Luxemburg (29.3.2001, hakemus 38432/97)	70
Thorgeir Thorgeirson vastaan Islanti (28.5.1992, hakemus 13778/88)	80
Verein gegen Tierfabriken vastaan Sveitsi (28.6.2001, hakemus 24699/94)	78
Vermeulen vastaan Belgia (22.1.1996, hakemus 19075/91)	84
VDSÖ ja Gubi vastaan Itävalta (19.12.1994, hakemus 15153/89)	78–79, 269
Wingrove vastaan Yhdistynyt Kuningaskunta (22.10.1996, hakemus 17419/90)	75–76
Z. vastaan Suomi (n:o 1, 25.1.1997, hakemus 22009/93)	84
Özgür Gündem vastaan Turkki (16.3.2000, hakemus 23144/93)	77–79, 252–253

Euroopan ihmisoikeustoimikunta

de Geïllustreerde Pers vastaan Alankomaat (6.7.1976)	79
--	----

Muut oikeustapaukset

Abrams vastaan Yhdysvallat, 250 U.S. 616 (1919): Yhdysvaltain korkein oikeus	43
Sports Illustrated (WT/DS31/R, 14.3.1997): Maailman kauppajärjestön erityisryhmä	273–274
Virginia State Board of Pharmacy et al., 425 U.S. 748 (1976): Yhdysvaltain korkein oikeus	61

Asiahakemisto

- Aisyklos 37
Ajatuksen, omantunnon ja uskonnon vapaus
100, 103, 106
Aktiivinen turvaamisvelvollisuus 6, 43, 77–79,
251–289, 291–293
Alkoholimainonta 139, 203, 205–206
Alkuperämaaperiaate 118–119, 138–139, 151,
199, 244, 250
Alkuperänimitysten suoja 139, 225, 229–230
Amerikanisaatio 52
Amsterdamin pöytäkirja 31, 95–96, 99–100,
109–111, 131, 174–178, 183–185
Annetun toimivallan periaate 89–90, 257
Antinomien sananvapauskäsitys 5, 34–36,
45–49, 53, 58, 77–78, 92, 95–100, 108,
110, 131, 162, 174, 177, 187, 190,
252–253, 278, 291, 294
Areopagitica 39–40
Ateena 37–38, 44
Audiovisuaalisia viestintäpalveluja koskeva
direktiivi ks. televisiodirektiivi
Autonominen tulkinta (unionin oikeuden)
13–21, 35, 82–83, 88, 107, 113

Banalisaatio 50–52, 111
Blogit ks. verkkosivut

Cassis de Dijon -doktriini 129, 132–135,
162–163, 165, 168, 175
Condorcet, Nicolas de 40
Criterium veritatis externum 42

Dassonville-kaava 128
De minimis -sääntö (sisämarkkinavaikutusta
koskeva) 116, 130, 134, 144, 162–163,
175–176
Digitaaliset lähetystaajuudet ks. pääsy
sähköisiin verkkoihin
Digitalisoituminen 57, 112, 178, 192, 226,
266–268, 271, 274, 288
Dualistinen sääntelymalli 55–59, 66, 97, 184,
185, 291
Dualismiperiaate 55–59, 100, 110, 185, 267,
291
Elinkeinovapaus 11, 56, 100–102, 105, 110,
154–155, 187, 260
Ennakkosensuuri 26, 38–41, 44, 46, 59,
71–72, 112, 208–209, 246
Epistemokraatti 37–38, 47, 53, 110, 193
Epäsuora terveystäittäjä 207–208, 212, 224
Erityinen kilpailuoikeus 261–263, 267
Estovaikutus 239–240
Etusijaperiaate 14–15, 18, 33, 83–84, 172
Euroopan ihmisoikeussopimus 1–2, 5–6, 8,
10–11, 13–35, 48, 57, 62, 65–107, 109,
112, 119, 120, 122, 124–125, 129,
133–137, 149–155, 158, 168, 171, 183,
185–186, 191–192, 199, 202–203,
208–209, 213, 215, 219, 221–222, 224,
227–228, 231, 235–236, 238, 240, 247,
251–252, 254, 256, 268, 271, 276–277,
279, 282, 287, 289, 292–295
Euroopan ihmisoikeustuomioistuin 7–8,
19–20, 23–27, 31–32, 34–35, 62, 66–95,
101–107, 113, 116, 120, 122–124,
129–130, 135, 153–155, 158, 169–172,
199, 203, 208, 212–213, 228, 235,
238–240, 247, 249, 252–254, 267,
277–278, 287–288, 291–293
Euroopan unionin perusoikeuskirja 1, 3, 5,
8–11, 14, 17, 27–34, 49, 51, 67, 83,
93–113, 123, 126–127, 131, 137, 153,
155, 159, 168, 175, 184, 188, 224, 228,
235, 247, 249, 253, 256–258, 268, 276,
278–282, 285, 288, 291–295
Eurooppalaisten teosten kiintiöt 51, 182, 186,
189–193, 268–271
Eurooppaprosessioikeus 236–243

Free trade in ideas 43
Funktionaalinen oikeusjärjestys 2, 90–91, 162

GATS ks. maailman kauppajärjestö

- GATT ks. maailman kauppajärjestö
- Habermas, Jürgen 53
- Handyside-periaate ks. suvaitsevaisuusperiaate
- Harhaanjohtava mainonta 139, 150, 152, 158–159, 201, 209–213, 222, 230
- Harkitsevan kuluttajan käsite 152–153, 158, 200, 207, 209, 216, 223–224, 294
- Henkilöoikeudet 64, 196, 225, 233–235, 237, 240
- Holmes, Oliver Wendell 43
- Horisontaalivaikutus ks. sivullisvaikutus
- Ihmisarvo 6, 28, 60, 64, 86, 92, 116, 135–137, 139, 151, 193–194, 202, 220–221, 226, 243–246, 278, 280, 284–285
- Ihmisarvosuositus 243–248
- Ihmisoikeuksien julistus 1789 2, 8, 40–41, 57, 66, 101, 108, 111, 279
- Ihmisoikeussopimus ks. Euroopan ihmisoikeussopimus
- Ihmisoikeustuomioistuimien ks. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
- Ikääntyneiden henkilöiden oikeudet 100, 104–105
- Ilmaisuvapaus 8, 41, 67, 72, 74, 101, 104, 136, 152, 156–157, 186, 200, 211, 238, 240, 242, 245, 248, 250, 269
- Ilmaisuvapausrikos 242, 248
- Immateriaalioikeudet 83, 92, 170–171, 224–229, 233–235, 280, 284
- Informaatiovapaus 8–9, 101
- Institutionaalinen perusoikeussuoja 55, 105, 184, 269, 292
- Internet ks. verkkosivut
- Isegoria 37, 44
- Itsesääntely 112, 243–245, 250, 277
- Julkisen palvelun joukkoviestintä 31, 49–50, 55–59, 77, 94–97, 100, 110, 112, 174–192, 261–262, 266–267, 274–275, 291
- Julkisuuden henkilöt 79–81, 225, 234, 239
- Julkisuuden suhteellistuminen 111–112
- Kaksoisstandardi 221, 248–249
- Kannattavuuskriteeri 51–53, 58, 71, 184–185, 192–193, 269–270
- Kansallinen harkintavara 33, 69–70, 73–76, 81, 90, 92, 113, 203, 212, 219, 232, 240, 247, 249, 252, 294
- Kansallinen perusoikeusvarauma 14, 17–18, 82–83, 87, 125, 170, 198, 223, 227, 235, 241, 254, 256, 277, 286–287, 293
- Kansanmurhan kiistäminen 63, 247–248, 285
- Kansanterveyden suojeleminen 22, 66, 141, 201, 203–209, 212, 222–224, 280, 282
- Kant, Immanuel 34, 41–42, 45, 52, 69, 111, 248
- Kaupallinen viestintä 23, 27, 59–61, 64, 72–74, 79, 101–102, 105, 110–111, 121, 132–134, 139–160, 176, 179, 182–183, 186, 196, 200–224, 229, 238–242, 269–270, 283, 287, 293–294
- Keck-oikeuskäytäntö 129–137, 162–163, 168, 175–176, 181, 183
- Kilpailuoikeus 17, 50, 83, 97–98, 139, 182, 187, 190, 196, 260–267, 287
- Kimmoketeoria 70–71, 236
- Kirjastoapuraha 175, 181–182
- Kollisio ks. perusoikeuskollisio
- Kompensaatiotarve (kulttuurituet) 269
- Koregulaatio ks. myötäsääntely
- Konstitutionalisoituminen ks. valtiosääntöistyminen
- Kontekstuaalinen lainoppi 7
- Kreikka (antiikin) ks. Ateena
- Kulttuurin moniarvoisuus 50–51, 64, 95, 100, 104–106, 175, 182, 191, 268–275, 280, 286, 293–294
- Kulttuuripoikkeuksen periaate 184, 272–275, 293
- Kuluttajansuoja 65, 117, 132, 156, 159, 203, 224, 280, 282
- Kunnianloukkaus 196, 234, 237–238, 240
- Laadun turvaaminen 50–52, 189–191, 269, 273
- Lapsen oikeudet 6, 64, 92, 100, 104–105, 136–137, 139, 201, 209–210, 216, 249, 280, 282–283
- Lapsiin kohdistuva mainonta 145–146, 210, 216
- Lehdistönvapaus 8, 56, 71, 74, 103, 185, 198, 240, 291
- Lenin, Vladimir Iljits 46

- Liberalismi 6, 35–58, 66, 108–110, 151, 195, 261, 287, 291
 Lineaarisuus (audiovisuaalisen mediapalvelun) 147–148, 196–197, 201, 220–221
 Lissabonin sopimus ks. uudistussopimus
 Locke, John 40
 Lähetyksmaaperiaate 118
 Lääkemainonta 139, 201, 203, 214
 Löydettävyyden niukkuus 266
- Maailman kauppajärjestö 32, 109, 184, 191, 193, 272–275
 Mainonta ks. kaupallinen viestintä
 Markkinadiversiteetti 261–263
 Materiaalinen sananvapauskäsitys 8, 45–55, 58, 109–110, 187–188, 213, 220, 253, 269
 Medialukutaito 58, 152, 158, 160, 202, 210, 213, 224, 245
 Mill, John Stuart 2, 41–45, 52, 69, 248
 Milton, John 39–41, 43, 45, 52–53, 69, 111
 Mirabeau, Honoré (marquis de) 40
 Moniarvoisuus 2, 5–6, 10, 22–24, 26, 30, 35–36, 45–59, 64, 66–69, 76–79, 84–86, 92, 94–112, 121–122, 126–131, 139, 148, 150, 156, 160, 162, 173–193, 199, 201, 218, 220, 252–253, 258–276, 280, 284–288, 291–294
 Monimuotoisuus 46, 49–52, 98–100, 104, 106, 175, 268, 270, 272–273, 275, 280, 286, 294
 Montesquieu (Charles-Louis de Secondat) 40–41
 Moraali 2, 37, 42, 46, 64, 66, 68, 70, 73–76, 79, 92, 136–137, 194–197, 221, 248–249, 283, 294
 Muoto- ja tekniikkaneutraalisuus 24, 41, 55, 57–58, 64, 110–111, 126, 136, 147, 178, 181, 193, 196–201, 291
 Must carry -velvollisuus ks. siirtovelvollisuus
 Myötäsääntely 243–245
 Määrittelykielto (taiteen) 104, 269
- Negatiivinen vapaus ks. torjuntaoikeus
- Oikeus tietoon 71, 107, 109–110, 235
 Oikeus tutustua asiakirjoihin 109–110
 Oikeus viestintään 108–109
- Oikeus omaan kuvaan ks. henkilöoikeudet
 Omaisuudensuoja 171–172, 187, 227–228, 235, 260, 284
- Painovapaus 8, 56, 101, 198
 Parresia 37–38
 Pehmeä oikeus ks. sitomaton oikeus
 Periaate (perusoikeuskirjan 52 artiklan 5 kohdan) 29–33, 99–100, 110, 281
 Perusoikeudellistuminen 277, 285
 Perusoikeuskirja ks. Euroopan unionin perusoikeuskirja
 Perusoikeuskollisio 26, 48, 77–78, 81–83, 100, 106, 112, 117, 125, 127, 135, 140, 153, 156, 160–162, 173–174, 177, 187–190, 228, 235, 253, 259, 275–289, 291, 295
 Perustuslakiosopimus 1, 10, 27, 31–33, 88–89, 91, 95, 99, 121
 Pilarijako (Euroopan unionin) 10, 92, 281–282
 Platon 37–38, 47, 53, 110, 193
 Pluralismi ks. moniarvoisuus
 Poliittinen viestintä 48, 67, 72, 74, 76, 104–105, 126, 150, 151, 158, 193, 202–203, 216, 221–222, 242, 248, 269, 285
 Pornografia 61, 194–195, 248–250, 283–284, 287
 Porrastuskriteerit 79–80
 Positiivinen turvaamisvelvollisuus ks. aktiivinen turvaamisvelvollisuus
 Pyrrhoksen voitto 258
 Pääsy sähköisiin verkkoihin 56–57, 261 266
- Race to the bottom 92, 117, 178
 Rajoittamaton sananvapaus 61–62, 64
 Rajoittamisrajoitus 62
 Rajoitusedellytys 31 40–41, 47–48, 61–63, 67, 69, 76, 104–106, 123–126, 131, 161–162, 173, 277–279, 286
 Ranskan vallankumous 38, 40–41
 Rasismi 248, 285
 Robespierre, Maximilien 40
 Roomalainen oikeus 38
 Rousseau, Jean-Jacques 40
- Sananvapauden sisäinen kollisio ks. antinomien sananvapauskäsitys

- Sananvapauden väärinkäsitys 198
 Seksistinen viestintä 283, 287
 Siirtovelvollisuus 59, 176–178, 267
 Sisäinen lehdistönvapaus 50, 265
 Sisäinen moniarvoisuus 50–51
 Sisäisten rajojen teoria 61–64, 71, 78, 104, 123, 279, 286
 Sisältöneutraalisuus 64, 136 148, 203, 269–270
 Sisämarkkinatoimivalta ks. yleinen sisämarkkinatoimivalta
 Sitomaton oikeus 195, 217, 243–250
 Siveetön viestintä ks. pornografia
 Sivullisvaikutus 115, 251–253, 257, 259
 Spinoza, Baruch 40
 Spill-over-ilmio 226
 Sponsorointi 141, 143, 149, 154, 186, 200–224
 Soft law ks. sitomaton oikeus
 Sosiaalinen ulottuvuus (turvaamisvelvollisuuden) 252–253
 Sosialistinen viestintäoikeus 47–48, 108
 Soveltuvuusvaatimus 190
 Subsidiariteettiperiaate ks. toissijaisuusperiaate
 Sukupuolten välinen tasa-arvo 48, 283
 Suvaitsevaisuusperiaate 37, 39, 59, 67, 69–70, 75, 79, 97, 111, 113, 121, 136, 152, 222, 283, 285–286, 294
 Symboleja koskevat kiellot 285
 Syrjimättömyysperiaate 174–175, 179, 182
 Syrjintä 19, 64, 175, 179, 221, 233, 246, 248, 280, 282–285
 Taajuusalueet ks. pääsy sähköisiin verkkoihin
 Taide 11, 48, 67, 72, 100, 102–105, 151, 175, 213, 220, 250, 268–272
 Taiteen ja tutkimuksen vapaus 100, 104
 Taloudellinen diversiteetti ks. markkinadiversiteetti
 Tapauskohtaisuuden ja toimivaltajaon ongelma 286–289
 Tasa-arvo ks. sukupuolten välinen tasa-arvo
 Tavaramerkkioikeus 225 – 226, 229
 Tekijänoikeus 59, 65, 139, 170–172, 182, 224–230, 233, 235, 284
 Tekniikkaneutraalisuus (teknologianeutraalisuus) ks. muoto- ja tekniikkaneutraalisuus
 Televisiodirektiivi 94, 96, 118, 138–140, 145–147, 156–157, 174, 179, 185–200, 206, 209, 211, 214–215, 218–221, 243–249, 270
 Tieteellinen viestintä 20, 43, 48, 102, 104, 126, 216, 238
 Tiedonvälityksen vapaus 1, 5, 9–10, 96–100, 292
 Tietosuoja 65, 201, 224–226, 230–235
 Toimituksellinen vapaus ks. sisäinen lehdistönvapaus
 Toinen maailmansota 43–47, 108, 247
 Toissijaisuusperiaate 18, 89–90, 257–259
 Torjuntaoikeus 36
 Traditiokatkos 46, 291
 Tuotesijoittelu 147, 156–157, 211–215, 219–220
 Tupakkamainonta 139, 141–144, 201, 203–206, 214, 217
 Turvaamisvelvollisuus ks. aktiivinen turvaamisvelvollisuus
 Turvallisuus 6, 10, 22, 46–47, 66, 68, 70, 111, 165, 216, 222–223, 238, 244, 270, 280–283
 Ulkoinen moniarvoisuus 50
 Ulkoisten rajoitusten teoria 61–64, 67, 69, 71, 78, 104, 123, 286, 292
 Unesco 275
 Uskonnollisten tunteiden suoja 74–75
 Uskonnonvapaus 75, 102–103, 280
 Uskonpuhdistus 37–39
 Uskonrauha 64, 280
 Uudistussopimus 1, 10, 17, 19, 31–33, 68, 88–91, 99, 115, 121–122, 127, 143, 168, 233, 257, 282, 286
 Uusliberalismi ks. liberalismi
 Valtiosääntöistyminen 5–6, 13, 27, 30, 32, 119, 126, 276–277
 Vapaa informaatiovirta 125–126
 Vapausoikeus 10, 33, 35–37, 42, 44–48, 52, 56–57, 77, 96–97, 109–110, 125, 127–128, 131, 162, 174, 181, 183, 185, 187, 189–192, 218, 252, 260, 265, 269, 276, 278, 287, 291–292
 Vastineoikeus 112, 186, 195–196, 245, 287

- Verkkosivut 59, 112, 143–144, 231, 234, 242, 244–246, 249, 266–267, 274, 282, 287–288
- Vertaileva mainonta 139, 150, 158, 201, 209–213
- Vertaisviestintä 6, 50–51, 58–59, 97, 111, 277, 287–288
- Viestinnän vapaus 8
- Viestinnän perusoikeuskollisio 275–276
- Viitelähde 11, 33, 107
- Virkamiehen sananvapaus 24–25, 165–167
- Voltaire (François Marie Arouet) 40
- Väkivaltakuvaukset 65, 194–195
- WTO ks. maailman kauppajärjestö
- Ydinalue (perusoikeuksien rajoittamaton) 27, 29, 63, 150, 241, 269
- Yhteistoiminta (ihmisoikeussopimuksen ja unionin oikeuden) 81–88
- Yksilönsuoja ks. henkilöoikeudet sekä tietosuoja
- Yksinoikeusrajoitus 187–189
- Yksityis- ja perhe-elämän kunnioittaminen 6, 60, 71, 80–83, 92, 100, 102, 196, 225–226, 231, 232–234, 239–240, 276, 282, 287
- Yleinen sisämarkkinatoimivalta 90, 99, 117, 142, 148, 175, 201, 203, 257, 286, 288
- Yleisklausulit 47
- Yleisradiot 23, 50, 55–59, 78, 94–95, 128, 174–185, 191, 253, 267, 275, 287
- Ympäristönsuojelu 158, 164, 201, 216–217, 222–223, 238, 280
- You Tube 59

Viestintää säännellään yhä useammin Euroopan unionin oikeudessa. Viestintä-oikeutta koskevassa perusoikeusvalvonnassa ja sananvapausrajoitusten punninnassa unionin oikeuden itsenäisellä perusoikeusdoktriinilla on vastaavasti yhä suurempi painoarvo. Yhteisöjen tuomioistuimen tähänastista tapaa käsitellä perusoikeuksia ja niiden rajoitusperusteita on viime aikoina kuitenkin aiheellisesti kritisoitu.

Eurooppalaisiin sananvapaustulkintoihin liittyy pysyvä ristiriitapotentiaali unionin oikeuden, ihmisoikeussopimuksen ja unionin jäsenvaltioiden kansallisten valtiosääntöjen välillä. Unionin nykyiset vaikeudet saattaa perusoikeuskirja oikeudellisesti sitovaksi sekä liittyä jäseneksi ihmisoikeussopimukseen tekevät ongelmakentästä erityisen ajankohtaisen.

Kirja on jaettu kolmeen pääosaan. Ensimmäisessä osassa tarkastellaan sananvapauden määrittelemiseen liittyviä ongelmia Euroopan unionin oikeuslähteissä, jäsenvaltioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja unionin perusoikeuskirjan 11 artiklan tulkinnassa. Kirjan toisessa osassa keskitytään unionin sananvapaussuojan suhteeseen integraation ytimessä oleviin sisämarkkinoiden perusvapauksiin. Kolmannen osan teemana on unionille ja sen jäsenvaltioille kuuluva sananvapautta ja sitä rajoittavia perusoikeuksia koskeva aktiivinen turvaamisvelvollisuus.

Tutkimus avaa tärkeää keskustelua sananvapaustulkintojen ristiriitaisuudesta, eurooppalaisen sananvapausperinteen yhdistävistä ja erottavista tekijöistä sekä unionin oikeuden perusoikeusolottuvuuden kehittämisestä. Se soveltuu unionin oikeuden sisäisestä näkökulmastaan huolimatta myös yleiseksi johdatukseksi sananvapautta ja sen rajoittamista koskevaan valtiosääntöoikeudelliseen argumentaatioon.

