

---

# Helsinki Law Review

2011/2



**Helsinki Law Review** is published and edited by Finnish undergraduate law students. Its primary purpose is to provide Finnish law students with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

Helsinki Law Review is supervised by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members in the Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

[www.helsinkilawreview.fi](http://www.helsinkilawreview.fi)

### Articles in Finnish

---

<b>Olli Helin</b>	<b>Pantinsaajan asemasta panttivelallisen konkurssissa</b> Pledgee's Rights in the Bankruptcy of the Pledger	p. 213
<b>Minna Immonen</b>	<b>Veronkorotus ja rikosvastuun toteuttaminen</b> Tax Increase and the Implementation of Criminal Responsibility	p. 239
<b>Ville Inkinen</b>	<b>Ympäristönsuojelu ja tavaroiden vapaa liikkuvuus – mitä vanhaa, mitä uutta?</b> Environmental Protection and the Free Movement of Goods – What is Old, What is New?	p. 279
<b>Juha Ojala</b>	<b>Asianosaisen salassapitovelvollisuus välimiesmenettelyssä</b> Parties' Duty of Confidentiality in Arbitration	p. 305

### Article in Swedish

---

<b>Åsa Henriksson</b>	<b>Lotsningsbolagets samt den enskilda lotsens skadeståndsansvar</b> The Liability of the Pilotage Company and the Individual Pilot	p. 335
-----------------------	--	--------

### Article in English

---

<b>Ukri Soirila</b>	<b>The European Court of Human Rights, Islam and Foucauldian Biopower</b>	p. 365
---------------------	---	--------

Published by Pykälä ry 2011

ISSN 1797-6251

Sponsored by

**DITTMAR & INDRENIUS**

## Board of Editors

### Editor-in-chief

Niko Jakobsson

### Layout

Antti Lindholm

### Editors

Martina Castrén

Valentin Golovanov

Maija Haapala

Jyrki Kaukoranta

Matti Keinänen

Outi Penttilä

Harri Puskala

Tapio Rasila

Elli Sistonen

Mirjam Supponen

## Authors

Olli Helin

Åsa Henriksson

Minna Immonen

Ville Inkinen

Juha Ojala

Ukri Soirila

## Academic Council

Professor Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench

Professor Heikki Halila, LL.D., trained on the bench

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen, LL.D.

Lecturer Jarna Petman, LL.M., M.Soc.Sc.

**Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.**

## Special Thanks

Professor, Dean Kimmo Nuotio, LL.D., trained on the bench

Professor, Vice Dean Pia Letto-Vanamo, LL.D., trained on the bench

Researcher, Suvianna Hakalehto-Wainio, LL.D., trained on the bench

Professor, Jaana Norio-Timonen, LL.D.

Professor, Heikki Pihlajamäki, LL.D., trained on the bench

Tommi Haaja

**Helsinki Law Review 2011**, 5th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

**Contact information:** Board of Editors: [hlr-toimitus@pykala.fi](mailto:hlr-toimitus@pykala.fi). Editor-in-chief: [niko.jakobsson@helsinki.fi](mailto:niko.jakobsson@helsinki.fi). Secretary: [hlr-secretary@pykala.fi](mailto:hlr-secretary@pykala.fi).

**Publisher:** Pykälä ry, the law students' association in Helsinki (est. 1935). **Contact information:** Address: Mannerheimintie 3 B, 00100 HELSINKI, Finland. Tel: +3589278 5003. Email: [toimisto@pykala.fi](mailto:toimisto@pykala.fi).

Printed in Hakapaino, Helsinki.

ISSN 1797-6251

## On Submissions

---

Articles and other contributions may currently be submitted to the Board of Editors in the email address **hlr-toimitus@pykala.fi** or through our website at [www.helsinkilawreview.fi](http://www.helsinkilawreview.fi).

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue of the *Review*. The *Review* accepts articles and other writings in Finnish, Swedish and English. Submissions should not exceed the length of 25 size A4 sheets. Each submission selected for publication will be edited in active co-operation with the author(s) as well as evaluated anonymously by a referee chosen by the Board of Editors.

In addition to research articles and case commentaries, *Helsinki Law Review* is also interested in publishing other types of writings, such as book reviews.

Any contributor wishing to publish an article based on a Master's thesis is requested to draft the article within the requested length limit before submitting. A copy of the original Master's thesis may be included for the Board's reference as a separate appendix, but not submitted alone.

For further information, please contact the Board of Editors.

Thank you for your submission!

## On Subscriptions

---

Helsinki Law Review is currently available for free subscription at [www.helsinkilawreview.fi](http://www.helsinkilawreview.fi) to organizations. Free copies are distributed to various libraries, faculties and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä ry office (open Tuesday till Thursday, 12 p.m. – 5 p.m.) or contact the Board Secretary. See inner front cover for contact details.

# Helsinki Law Review

2011/2

In co-operation with

**DITTMAR & INDRENIUS**



## Helsinki Law Review 2011/2

### Articles in Finnish

---

- p. 213 **Olli Helin: Pantinsaajan asemasta panttivelallisen konkurssissa**  
Pledgee's Rights in the Bankruptcy of the Pledger
- p. 239 **Minna Immonen: Veronkorotus ja rikosvastuun toteuttaminen**  
Tax Increase and the Implementation of Criminal Responsibility
- p. 279 **Ville Inkinen: Ympäristönsuojelu ja tavaroiden vapaa liikkuvuus – mitä vanhaa, mitä uutta?**  
Environmental Protection and the Free Movement of Goods – What is Old, What is New?
- p. 305 **Juha Ojala: Asianosaisen salassapitovelvollisuus välimiesmenetelyssä**  
Parties' Duty of Confidentiality in Arbitration

### Article in Swedish

---

- p. 335 **Åsa Henriksson: Lotsningsbolagets samt den enskilda lotsens skadeståndsansvar**  
The Liability of the Pilotage Company and the Individual Pilot

### Article in English

---

- p. 365 **Ukri Soirila: The European Court of Human Rights, Islam and Foucauldian Biopower**

An English Abstract is provided in the beginning of each article.

---

## On the Review

*Helsinki Law Review* is published and edited by Finnish undergraduate law students. Its primary purpose is to provide Finnish law students with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

The *Review* is published twice a year. The *Review* is prepared to publish articles and other contributions in Finnish, Swedish and English. English Abstracts are provided for articles not fully written in English. The *Review* is available for free subscription at <http://www.helsinki.lawreview.fi> to organizations.

*Helsinki Law Review* is supervised and counselled by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members in the University of Helsinki Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

The *Review* may be cited as *Hel. L. Rev.*

---

## From the Editors

One of the aims of *Helsinki Law Review* is to provide articles that can stand up to a close academic examination. Every article of the *Review* has gone through an academic evaluation; most of the articles have had not only one but two substance reviews. Often the first is the evaluation of a thesis paper done by the staff of the Faculty of Law of the university, and the other is the referee evaluation done by a law professional with expertise in the field of law of the article. The referee is chosen by the *Review* and the referee procedure in the *Review* is anonymous. Through an academic and anonymous referee procedure it is possible to ensure that the article fulfills the requirements of an academic article. In addition, all articles are subjected to an editorial process before and after the referee evaluation designed to sharpen and strengthen substance and tone. Further, the quality of the *Review* is supervised by Academic Council, which consists of law professors of the University of Helsinki.

With enthusiastic, highly motivated and talented undergraduate authors, taking advantage of the effective referee procedure, the *Review* is able to provide new perspectives and refreshing ideas to the academic discussion. All articles of the *Review* are nowadays published in Edilex legal information service ([www.edilex.fi](http://www.edilex.fi)) with other Finnish juridical and academic law journals, books and articles.

We thank all our great referees for their efforts to *Helsinki Law Review*. We encourage our readers and colleagues to give us feedback to develop *Helsinki Law Review* further and generate content to the following issues of the *Review*.

**Niko Jakobsson**  
Editor-in-Chief

---





## Pledgee's Rights in the Bankruptcy of the Pledger

Keywords: pledgee, collateral, collateral security, bankruptcy

**Olli Helin**

---

### *English Abstract*

*The purpose of this article is to examine what the bankruptcy of the pledger means to the pledgee. The Bankruptcy Act (120/2004), which entered into force on 1 September 2004, has restricted the pledgee's freedom to act as a privileged creditor during the bankruptcy proceeding. Nowadays also the pledgee has an obligation to lodge his claim to the bankruptcy estate and the pledgee's possibilities to liquidate the collateral during the bankruptcy are restricted. However, the collateral remains in force although the pledgee has failed his duty to lodge his claim. Furthermore, the article examines what is required to achieve effective collateral towards a bankruptcy estate. Particular attention is paid to Bankruptcy Act Chapter 3, Section 2 (1) about bona fide transactions, which interpretation has been open to dispute.*

### *Full article in Finnish*

## **Pantinsaajan asemasta panttivelallisen konkurssissa**

Asiasanat: panttivelkoja, vakuus, pantti, konkurssi

### **1 Johdanto**

#### **1.1 Tutkimuksen tausta ja kysymyksenasettelu**

Markkinatalous perustuu luotonantoon ja luotonanto perustuu taas vakuuksiin.<sup>1</sup> Erkki Havansia mukaillen, velkoja ei useinkaan tyydy vain siihen, että velallinen lupaa maksaa, vaan haluaa lisäksi erityistakeita velalli-

---

<sup>1</sup> Vakuudet ovat olleet tätä tutkimusta kirjoitettaessa paljon esillä Suomen Kreikalta vaatimien vakuuksien myötä. Ks. vakuuksien erilaisesta merkityksestä yksityisten tahojen ja toisaalta julkisyhteisöjen kannalta Niemeläinen 2011.

sen maksuhäiriöiden varalle.<sup>2</sup> Vakuudet jaetaan oikeustieteessä perinteisesti henkilövakuuksiin ja esine- eli reaali vakuuksiin.<sup>3</sup> Esinevakuuksista tärkein on panttioikeus. Havansin määritelmän mukaan ”panttioikeus [subjektiivisena oikeutena] on (yhteen tai useampaan) yksilöityyn esineeseen tms. varallisuusobjektiin maksuvakuustarkoituksessa kytketty velkojan oikeusasema, joka erityisinä etuuksina haltijalleen merkitsee suojaa omistajanvaihdoksilta ja vahvaa etuoikeutta velkojainkilpailussa sekä eräin osin menettelyllisiä erivapauksia velkojainoikeuden toteutuksessa.”<sup>4</sup>

Mainituilla erivapauksilla ja vahvalla oikeudella velkojainkilpailussa on merkitystä erityisesti pantinantajan konkurssissa. Konkurssilain (120/2004, KonkL) 1:2:n mukaan konkurssi on velallisen kaikkia velkoja koskeva maksukyvyttömyysmenettely, jossa velallisen omaisuus käytetään konkurssisaattavien maksuun.<sup>5</sup> Konkurssissa lähtökohtana on velkojien tasavertaisuus: kukin velkoja saa jako-osuutensa saatavansa suuruuden mukaisessa suhteessa. Kokemus on kuitenkin osoittanut, että etuoikeudettomien velkojien jako-osuudet jäävät konkurssissa monesti hyvin pieniksi.<sup>6</sup>

Pantinsaaajan asema panttivelallisen konkurssissa on perinteisesti ollut vahva. Vanhan konkurssisäännön (31/1868, KS) mukaan panttioikeus pysyi voimassa ilman konkurssivalvontaa (KS 32.1 §, L 7.5.1965/546), panttivelkojan ei tarvinnut valvoa panttioikeuttaan tai siihen kytkettyä saamis-oikeutta, eikä konkurssi estänyt panttivelkojan omaa realisointia menettelyn aikana (KS 76 §, L 31.1.1995/110). Vuonna 2004 voimaan tullut ja konkurssisäännön kumonnut KonkL ei tuonut panttivelkojan asemaan perustavaa laatua olevia muutoksia. Konkurssilakiehdotuksessa kuitenkin katsottiin, että panttivelkojan oikeus itsenäiseen realisointiin menettelyn ai-

---

2 Havansi 1992a, s. 1.

3 Ks. jaottelusta tarkemmin Havansi 1992a, s. 3–14 ja Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 20–24.

4 Havansi 1992a, s. 3. Tarkkaan ottaen kaikki panttaus kohdistuu aina panttattavaan objektiin kohdistuvaan oikeuteen, Havansia lainaten pantinantaja ”paneerit vaakalaudalle omistusoikeutensa panttiin” (Havansi 1992a, s.72). Tässä tarkoitetaan kuitenkin perinteisen terminologian mukaisesti panttioikeutta panttattavaan objektiin. Ks. myös Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 25.

5 Velkojien maksunsaantijärjestys määräytyy siitä annetun lain (1578/1992, MJL) mukaan.

6 Lain esitöissä (HE 26/2003, s. 15) viitataan konkurssiasiamiehen toimistossa vuonna 2001 laadittuun selvitykseen kaikista edellisenä vuonna lopetetuista konkurssipesistä. Selvityksen mukaan etuoikeudettomille velkojille maksettu jako-osuus oli keskimäärin 5,3 prosenttia saatavan arvosta.

kana saattaa joissakin tilanteissa vaarantaa konkurssipesän mahdollisuuden mahdollisimman hyvään realisointitulokseen,<sup>7</sup> niinpä panttivelkojan separatistin oikeuksia kavennettiin jossain määrin. Panttisaatavat tuotiin samalla konkurssin velkaselvittelyn piiriin. Panttioikeus pysyy tosin edelleen voimassa, vaikka panttivelkoja laiminlöisi panttisaatavan valvonnan. Velkojen maksunsaantijärjestykseen KonkL ei tuonut muutosta.

Tutkimuksessa tarkastellaan, mitä panttivelallisen konkurssi ja erityisesti KonkL:n tuomat muutokset merkitsevät panttivelkojalle. Aluksi käydään läpi konkurssin pääpiirteittäinen kulku, minkä jälkeen tarkastellaan, miten käytännössä yleisimpien panttiobjektien osalta saavutetaan konkurssipesää kohtaan tehokas panttioikeus. Myös yritysikiinnityslaisissa (634/1984, YrKiinL) mainitaan panttioikeudesta (YrKiinL 1 §). Yritysikiinnitys ei kuitenkaan tuota haltijalleen panttivelkojalle ominaista korkeasijaista etuoikeus-asemaa, joten se jätetään tarkastelun ulkopuolelle. Yritysikiinnitysvelkojalla ei myöskään ole separatistin asemaa velallisen pakkotäytäntöönpanossa.<sup>8</sup> Tutkimuksessa lähtökohtana on, että konkurssivelallisen antama pantti on vakuutena hänen panttivelkojalle antamastaan sitoumuksesta, joten vierasvelkapanttausta ei käsitellä.<sup>9</sup>

## 1.2 Konkurssin pääpiirteittäinen kulku

Konkurssiin voidaan asettaa maksukyvyttö velallinen. Maksukyvyttömyydellä tarkoitetaan sitä, että velallinen on muuten kuin tilapäisesti kykenemätön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä (KonkL 2:1). Konkurssiin asettamisen myötä velallinen menettää oikeuden määrätä konkurssipesään kuuluvasta omaisuudestaan (KonkL 3:1).<sup>10</sup> Omaisuus siirtyy konkurssipesän hallintaan, jossa päätösvaltaa käyttävät velkojat ja jonka lakimääräisenä edustajana toimii pesänhoitaja.<sup>11</sup>

7 Näin on lain esitöiden mukaan erityisesti silloin, kun konkurssipesän omaisuus on tarkoituksenmukaista myydä yhtenä toimivana kokonaisuutena (HE 26/2003, s. 25).

8 Maksunsaantijärjestyksen suhteen yritysikiinnitysvelkoja on kuitenkin paremmassa asemassa kuin tavallinen etuoikeudeton velkoja, ks. tarkemmin MJL 5 §.

9 Niin ikään lähtökohtana on, että panttiomaisuus sijaitsee Suomessa. Maksukyvyttömyysmenettelyistä annetun neuvoston asetuksen (EY 1346/2000, maksukyvyttömyysasetus) 5 artiklan mukaan konkurssin alkaminen ei vaikuta sellaisiin vakuusoikeuksiin, jotka kohdistuvat toisessa jäsenmaassa sijaitsevaan omaisuuteen.

10 Ks. konkurssin oikeusvaikutuksista yleisesti Koulou 2009, s. 151–169 ja Tenhunen – Ekdahl 2005.

11 Konkurssipesän hallinnosta säädetään KonkL 14 luvussa.

Konkurssipesään kuuluvasta omaisuudesta säädetään KonkL 5 luvussa. Pääsäännön mukaan pesään kuuluu kaikki omaisuus, joka velallisella on konkurssin alkaessa, ja jonka velallinen saa ennen konkurssin päättymistä (KonkL 5:1)<sup>12</sup>. Selvyyden vuoksi on jo tässä vaiheessa syytä todeta, että – panttivelkojan erioikeuksista huolimatta – panttiomaisuus kuuluu konkurssipesään samoin edellytyksin kuin velallisen muukin omaisuus.<sup>13</sup> Pesänhoitajan tehtävänä on konkurssipesän selvittäminen.<sup>14</sup> Ensi vaiheessa pesänhoitajan on otettava konkurssipesään kuuluva omaisuus haltuunsa ja laadittava kahden kuukauden kuluessa menettelyn alkamisesta pesäluettelo, josta ilmenevät velallisen varat ja velat (KonkL 9:1). Haltuunotto ei kuitenkaan koske käteispanntina olevaa omaisuutta, jota panttivelkoja hallitsee panttioikeutensa nojalla.<sup>15</sup>

Velkojan, joka haluaa suorituksen konkurssivarallisuudesta, on ilmoitettava saatavansa määrä ja peruste pesänhoitajalle, toisin sanottuna valvottava saatavansa (KonkL 12:6.1). Valvontavelvollisuus koskee vain konkurssisaatavia eli niitä saatavia, joita koskeva velallisen sitoumus tai muu oikeusperuste on syntynyt ennen konkurssin alkamista.<sup>16</sup> Menettelyn jälkeen syntyneet konkurssipesän omat velat (niin sanotut massavelat, ks. KonkL 16:2) pesänhoitajan on maksettava pois niiden erääntyessä. Valvontojen perusteella pesänhoitaja laatii ehdotuksensa siitä, miten pesän varat jaetaan velkojen kesken (jakoluetteloehdotus, KonkL 13:1). Pesänhoitaja saa kuitenkin ottaa saatavan ehdotukseensa ilman valvontaa, jos sen perusteesta tai määrästä ei ole epäselvyyttä (KonkL 12:8).<sup>17</sup>

12 Luonnollisen henkilön konkurssipesään ei kuitenkaan kuulu hänen konkurssin alkamisen jälkeen saamansa omaisuus tai ansaitsemansa tulo (KonkL 5:1.1 *in fine*). Lisäksi konkurssipesään kuuluu myös omaisuus, joka takaisinsaannista konkurssipesään annetun lain (758/1991, TakSL) nojalla tai muulla perusteella saadaan pesään takaisin (KonL 5:1.2).

13 Näin myös esimerkiksi Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 208.

14 KonkL 14:1:n yleissäännöksen mukaan pesä on selvitettävä tehokkaasti, taloudellisesti ja joutuisasti sekä niin, että kenenkään oikeuksia ei loukata.

15 Vrt. ulosottokaaren (705/2007, UK) 4:44.1, jonka mukaan ”[v]elkoja, jolla on ulosmittattu omaisuus hallussaan panttioikeuden perusteella, on velvollinen antamaan omaisuuden välittömästi ulosottomiehelle.” Ks. säännöksen problematiikasta ja tulkinnasta HE 13/2005, s. 76; Havansi 2007, s. 81–85 ja Linna – Leppänen 2007, s. 185–186.

16 Konkurssivelkoja koskeva määritelmä on KonkL 1:5:ssä.

17 Säännöksen esitöiden mukaan oma-aloitteinen huomioon ottaminen on pesänhoitajan harkinnassa (HE 26/2003, s. 118). Koulu on huomauttanut, että tällainen harkintavalta vastaa huonosti pesänhoitajan roolia lainkäyttäjänä (Koulu 2009, s. 324–325).

Velkojan on valvottava saatavansa viimeistään pesänhoitajan määrämänä valvontapäivänä (KonkL 12:5 ja 6). Valvonnan laiminlyönti ilman laillista estettä johtaa saatavan prekludoitumiseen. Velkoja voi kuitenkin vielä valvontapäivän jälkeen saada suorituksen konkurssipesän varallisuudesta jälkivalvonnan kautta ilmoittamalla saatavansa ja maksamalla konkurssipesälle jälkivalvontamaksun. Maksu on suuruudeltaan yksi prosentti valvotun saatavan määrästä, kuitenkin aina vähintään 600 ja enintään 6 000 euroa (KonkL 12:16).

Velallinen, velkojat tai pesänhoitaja voivat jakoluetteloehdotuksen perusteella riitauttaa ehdotukseen otettuja saatavia sekä esittää niistä lausumia. Riitautusten ja lausumien perusteella pesänhoitaja laatii jakoluettelon (pesänhoitajan jakoluettelo, KonkL 13:10.1), johon otetaan mukaan myös jälkivalvotut saatavat. Jakoluettelo toimitetaan tuomioistuimeen, joka tutkii ja ratkaisee riitautukset<sup>18</sup> sekä lopuksi vahvistaa jakoluettelon (KonkL 13:10.2–13:14). Vahvistettu ja lainvoiman saanut jakoluettelo määrää sen, mitkä saatavat ovat oikeutettuja saamaan jako-osuuden konkurssissa.<sup>19</sup> Tämän jälkeen jälkivalvonta ei ole enää mahdollista.

Konkurssipesän selvityksen päätyttyä, tai joskus sen aikanakin, pesän omaisuutta ryhdytään muuttamaan rahaksi. KonkL 17:3.1:n mukaan konkurssipesään kuuluva omaisuus on muutettava rahaksi pesän kannalta edullisimmalla tavalla siten, että siitä saadaan mahdollisimman hyvä myyntitulo. Myyntitavasta päättävät velkojat, käytännön toimet lankeavat jälleen pesänhoitajalle. Konkurssipesän hakemuksesta pesään kuuluvaa omaisuutta voidaan myydä myös ulosottokaaren (705/2007, UK) mukaisessa järjestyksessä, jos ulosottomies siihen suostuu (KonkL 17:3.2).<sup>20</sup>

Kun konkurssipesään kuuluva omaisuus on myyty, pesänhoitaja laatii selvityksen konkurssipesän hallinnosta ja velkojien jako-osuuksista (lopputilitys, KonkL 19:1–19:2).<sup>21</sup> Lopputilitys on hyväksyttävä velkojainkokouksessa

18 Jollei riitautusta voida ratkaista esitetyn selvityksen perusteella, riitautuksen käsittely jatkuu riita-asioiden käsittelystä säädettyssä järjestyksessä (KonkL 13:12.1).

19 Vahvistettua jakoluetteloä voidaan kuitenkin vielä oikaista ja muuttaa KonkL 13:16:ssä ilmenevin edellytyksin.

20 Lain esitöiden (HE 26/2003, s. 155) mukaan ulosottomies voi suostumusta harkitessaan ottaa huomioon muun muassa työtilanteensa sekä myytävän omaisuuden laadun ja sen, miten vaikeasti ja minkä ajan kuluessa omaisuus todennäköisesti on realisoitavissa. Koulun mukaan ulosottomiehen on työtilanteensa salliessa ainakin pääsääntöisesti suostuttava konkurssipesän pyyntöön (Koulu 2009, s. 365).

21 KonkL 19:1.1:sta ilmenee, että lopputilitys voidaan laatia, vaikka pesä olisi vielä osittain selvittämättä tai osa pesän omaisuudesta myymättä.

(KonkL 19:4), minkä jälkeen pesänhoitaja maksaa jako-osuudet velkojille. Jako-osuus voidaan maksaa ennakkoon (KonkL 18:4.1), toisaalta jako-osuuden maksamista voidaan lykätä KonkL 18:9.1:ssä ilmenevin perustein. Konkurssi päättyy pääsääntöisesti lopputilityksen hyväksymiseen (KonkL 18:7). On tärkeää huomata, että velallinen on vastuussa veloistaan menettelyn päättymisen jälkeenkin siltä osin, kun ne eivät tulleet maksetuksi konkurssissa jako-osuuksina (KonkL 1:6). Jos konkurssin päätyttyä ilmaantuu uusia varoja, menettelyä jatketaan ja pesänhoitajalla on oikeus ilman eri määräystä suorittaa asiassa tarpeelliset toimenpiteet (jälkiselvitys, KonkL 19:9), jolloin – Koulun ilmaisua käyttäen – konkurssi elpyy.<sup>22</sup>

Vaihtoehtoisesti konkurssi voidaan ennen lopputilityksen hyväksymistä päättää tuomioistuimen vahvistamaan sovintoon KonkL 21:1:ssä ilmenevin, melko tiukoin edellytyksin. Sovintoon kuuluu velkajärjestely: velallinen vastaa veloistaan vain siltä osin kuin hän on sovinnossa sitoutunut, eivätkä velkojat voi vaatia saataviaan muilta osin maksettavaksi velallisen myöhemmin saamasta omaisuudesta.<sup>23</sup> Sovinto koskee myös sitä vastustaneita velkojia,<sup>24</sup> ei kuitenkaan panttivelkojaa (KonkL 21:1.2).

## 2 Konkurssipesää kohtaan tehokkaan panttioikeuden saavuttaminen

### 2.1 Panttioikeudesta vakuutena

Janne Kaiston mukaan panttioikeuden ytimessä on se, että ”pantinsaajalla on määrättyjen edellytysten vallitessa oikeus saada määrätty suoritus panttikohteen arvosta.”<sup>25</sup> Tyypillisesti panttioikeus perustetaan saamisoikeyden vakuudeksi. Esimerkiksi A lainaa B:ltä 1000 euroa lupautuen maksamaan summan takaisin kuukauden kuluessa. Velkansa vakuudeksi A panttaa B:lle omistamansa arvotaulun. Jos A ei täytä mainittua ehtoa, B saa myydä taulun ja ottaa saatavansa myyntihinnasta. Jos myyntihinta ei riitä kattamaan B:n saatavaa, A jää loppusumman velkaa.

Panttioikeus ei kuitenkaan välttämättä edellytä henkilökohtaista saamisoikeyttä. Mainittua esimerkkiä mukaillen olisi nimittäin mahdollista sopia,

22 Koulou 2009, s. 388. Elpymiseen ei tarvita tuomioistuimen päätöstä, vaan se tapahtuu suoraan lain nojalla.

23 Tämä todetaan nimenomaisesti lain esitöissä (HE 26/2003, s. 185). Sovinto ei raukea, vaikka velallinen ei sitä täyttäisikään (*ibid.*, s. 187).

24 Arg. HE 26/2003, s. 185.

25 Kaisto 2006, s. 27.

että A:n vastuu rajoittuu pelkästään antamaansa panttiin. Jos tällöin pantin myyntihinta jää alle 1000 euron, A ei jää loppusummaa velkaa. Sama on tilanne, jos esimerkiksi panttiobjekti tapaturmaisesti tuhoutuu. Kysymyksessä on täten panttaus puhtain esinevastuin.<sup>26</sup> Jäljempänä tarkastellaan, mikä tällaisen panttauksen asema on panttivelallisen konkurssissa.

Panttioikeuden syntyminen velvoite- ja esineoikeudellinen puoli voidaan erottaa toisistaan. Velvoiteoikeudelliselta puoleltaan panttaus on varallisuus-oikeudellinen oikeustoimi, jonka syntymistä on tarkasteltava varallisuus-oikeudellisista oikeustoimista annetun lain (228/1929, oikeustoimilaki) 1 luvun valossa.<sup>27</sup> Sopimusta, jolla pantinantaja ja pantinsaaja perustavat panttioikeuden panttattavaan objektiin, on tavattu kutsua panttaussitoumuksiksi.<sup>28</sup> Havansin mukaan ”panttioikeuden perustamisen tahdonilmaisullinen elementti” koostuu kahdesta osasta: pantinantajan panttausluvannasta ja pantinsaajan panttaushyväksynnästä.<sup>29</sup>

Tämä näkemys on kyseenalaistettu teoksessa *Esinevakuudet*, jossa todetaan, että ei ole aihetta katsoa panttioikeuden syntyminen edellyttävän jonkinlaista hyväksymistahdonilmaisua pantinsaajan puolelta, koska (potentiaalisella) pantinsaajalla on halutessaan oikeus torjua pantti. Torjumisoikeus voidaan menettää joko tahdonilmaisulla tai passiivisuudella: näin ollen ”panttaus voidaan määrittää tietyntalaiseksi pantinantajan antamaksi tahdonilmaisuksi.”<sup>30</sup> Mielestäni on oikeampaa jäsentää panttaus tahdonilmaisuilta puoleltaan Havansin edustaman mallin mukaisesti kaksipuoliseksi oikeustoimeksi, joka edellyttää hyväksymistahdonilmaisua myös pantinsaajan puolelta. Toki tahdonilmaisua voi olla myös hiljainen, mutta tällöinkin kyse on – kirjaimellisesti – tahdonilmaisusta, jolla pantinsaaja osoittaa halua sitoutua panttaussopimukseen.<sup>31</sup>

26 Ks. enemmälti Havansi 1992a, s. 104–107. Kaiston (Kaisto 2006, s.41) mukaan ”[p] anttauksen voidaan sanoa aina tapahtuvan *suorituksen* vakuudeksi.”

27 Näin esimerkiksi Havansi 1992a, s. 98. *Esinevakuudet*-teoksessa (Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 82) on kiinnitetty huomiota siihen, että kauppakaaren (1734, KK) 10:1.1:ssä edellytetään irtaimen panttauksen tehtävän kirjallisesti taikka kahden todistajan läsnä oloissa. Kuten teoksessa on todettu, säännöstä (joka on peräisin vuodelta 1734) on vakiintuneesti pidetty vain ohjeellisena.

28 Kaisto on huomauttanut, että termi on teoreettisesta näkökulmasta varsin ongelmallinen, koska ”sitoumuksesta puhuminen – – viittaa siihen, että kysymys olisi dispositiotoimen [eli oikeustoimen tekemisen] sijasta *velvoittautumistoiimesta* [eli velvoittautumisesta oikeustoimen tekemiseen]” (ks. Kaisto 2006, s. 39–40 lähteineen).

29 Havansi 1992a, s. 97–98.

30 Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 65–69. Näin myös Kaisto 2006, s. 38–39.

31 Tosin *Esinevakuudet*-teoksessa esitetty jäsenys on paremmin sopuosinnussa sen kanssa, mitä pantista säädetään KK 10:1.2:ssä (”johon omistaja on jollekulle *myöntänyt* panttioikeuden”, kursivointi O.H.).

Jotta osapuolten sopima panttaus tulisi sitovaksi myös sivullisia, muun muassa konkurssipesää kohtaan tarvitaan julkivarmistukseksi<sup>32</sup> kutsuttu akti. Tämä taas muodostaa esineoikeudellisen puolen ytimen. Julkivarmistus ilmentää esineoikeudessa keskeistä julkisuusperiaatetta. Leena Kartio on kuvaillut julkisuusperiaatteen sisältävän ”vaatimuksen siitä, että sivullisiin kohdistuvien oikeusvaikutusten on liityttävä havaittaviin tunnusmerkkeihin.”<sup>33</sup> Julkivarmistuksen on oltava oikea-aikainen ollakseen tehokas. Konkurssin osalta tämä tarkoittaa pääsääntöisesti, että julkivarmistustoimen on oltava tehtynä ennen konkurssin alkamista.<sup>34</sup> KonkL 1:4:n mukaan konkurssi alkaa, kun velallinen asetetaan tuomioistuimen päätöksellä konkurssiin. Huomattakoon, että merkitystä ei ole sillä, tiesivätkö konkurssivelkojat meillä – ja kesken – olevasta panttausjärjestelystä, pakkotäytäntöönpanovelkojilta ei nimittäin edellytetä vilpittömyyttä mieltä.<sup>35</sup>

## 2.2 Julkivarmistustavoista

Julkivarmistuksen toteuttamistapa riippuu panttiobjektin laadusta. Tavanomaisten irtainten esineiden ja arvopapereiden kohdalla kysymykseen tulee hallinnan siirto eli traditio, jonka myötä pantinantajan valta esineeseen lakkaa ja pantinsaajan valta puolestaan alkaa.<sup>36</sup> Oikeuskirjallisuudessa on yleisesti katsottu, että oikein toteutettu traditio ei kuitenkaan edellytä ”maksimaalista” hallinnan siirtoa,<sup>37</sup> vaan esimerkiksi Havansin mukaan on riittävä, että pantinantaja ”ulkoisin, faktisin järjestelyin – eristetään yksinmääräysvallasta eli omistusoikeudelle normaalista ulkoisesta hallintavallasta panttiin”.<sup>38</sup> Traditio voidaan toteuttaa myös siirtämällä panttiobjekti

32 Käsite on peräisin Havansilta, jonka mukaan julkivarmistuksella tarkoitetaan julkisuutta luovaa, esineoikeudellista lisäjärjestelyä, joka antaa tehokkaalle panttioikeudelle tunnusomaisen ja välttämättömän oikeussuojan (Havansi 1992a, s. 61–62).

33 Kartio 2001, s. 124. Ks. myös Tepora 2006, s. 109 ja Zitting – Rautiala 1982, s. 53–58.

34 Havansi on kuitenkin katsonut, että pantinsaajalle lienee kuitenkin myönnettävä kollisiosuojaa konkurssipesää vastaan jos julkivarmistuksen viivästyminen yksinomaisena syynä on pantinantajan shikaaniluontoinen niskoittelu. (Havansi 1992a, s. 197). Ks. myös Kaisto 2006, s. 69–70.

35 Näin esimerkiksi Havansi 1992a, s. 165.

36 Mainittakoon, että tavanomaisten irtainten esineiden kaupassa traditiolla ei ole samaa merkitystä kuin panttauksessa, sillä kaupan katsotaan sitovan pakkotäytäntöönpanovelkoja jo osapuolten välisen sopimuksen perusteella (*sopimusperiaate*, ks. Kaisto 2006, s. 15–16 ja Kartio 2001, s. 157).

37 Käyttämäni ilmaisu on peräisin Kaistolta (Kaisto 2006, s. 65).

38 Havansi 1992a, s. 143. Ks. myös Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 40 ja Kaisto 2006, s. 63–66, vrt. Kivimäki – Ylöstalo 1973, s. 45–46 Zitting – Rautiala 1982, s. 78.



sivullisen haltuun, tällöin kolmannelta henkilöltä kuitenkin edellytetään tiettyä itsenäisyyttä pantinsaajaan nähden.<sup>39</sup>

Arvopapereiden (juoksevien velkakirjojen) osalta huomautettakoon, että velkakirjalain (622/1947, VKL) 22 §:n mukaan juoksevan velkakirjan luovutus ei ole luovuttajan velkoja sitova, ellei luovutuksensaaja ole saanut velkakirjaa haltuunsa. Säännös koskee myös panttausta (arg. VKL 10 §). Lain sanamuodosta huolimatta Kaisto on ollut valmis puoltamaan tulkintaa, jonka mukaan velkojainsuojaan riittää tässäkin pantinantajan määräysvallan lakkaaminen.<sup>40</sup>

Panttiobjektin ollessa (jo valmiiksi) sivullisen hallussa, julkivarmistus toteutetaan panttausilmoituksella eli denuntiaatiolla. KK 10:1:2:n mukaan pantin omistaja voi tällöin tehdä ilmoituksen vapaamuotoisesti, sen sijaan pantinsaajan edellytetään esittävän omistajan kirjallisen todistuksen panttauksesta. Ollakseen tehokas denuntiaatiolta ei kummassakaan tapauksessa edellytetä vastaanottajan eli adressaatin selonottoa, saati hyväksyntää. Denuntiaatio tulee kysymykseen myös silloin, kun panttauksen kohteena oleva irtain esine on tradeerauskelvoton, esimerkiksi suullinen saaminen tai osakekirjaton ja arvo-osuusjärjestelmään liittämätön osake. Näissä tapauksissa on noudatettava VKL 31.1 §:n tavallisia velkakirjoja koskevaa säännöstä, joka ei vaadi denuntiaatiolta määrämuotoa, mutta edellyttää kuitenkin, että ilmoitus on tullut joko pantinantajalta tai pantinsaajalta.<sup>41</sup>

Käytännössä tärkeitä vakuuskohteita ovat kiinteistöt ja muu kiinteä omaisuus. Kiinteistöpanntioikeudesta säädetään maakaaren (540/1995, MK) 15–20 luvuissa. MK 15:2.1:n mukaan kiinteistöpanntioikeus perustetaan vahvistamalla kiinteistöön tai muuhun kiinnityksen kohteeseen kiinnitys ja luovuttamalla kiinnityksestä todistukseksi saatu panttikirja velkojalle saamisen vakuudeksi. Kiinnitysjärjestelmälle perustuu myös eräiden kulkuneuvojen käyttäminen vakuutena.<sup>42</sup>

Arvo-osuusjärjestelmässä julkivarmistus toteutetaan kirjaamalla panttausra-  
situkseksi pantinantajan arvo-osuustilille. Panttauskirjauksen kohteena on

39 Havansi 1992a, s. 46 ja Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 40.

40 Kaisto 2006, s. 64.

41 Denuntiaatiolta ei myöskään VKL 31.1 §:n soveltamisen tapauksissa edellytetä adressaatin selonottoa tai hyväksyntää.

42 Ks. autokiinnityslaki (810/1972), aluskiinnityslaki (211/1927) ja laki kiinnityksestä ilma-aluksiin (211/1928). Kiinnitysjärjestelmästä irtaimen osalta ks. esimerkiksi Havansi 1992a, s. 277–286 ja Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 126–128 ja kiinteistöpanntauksesta esimerkiksi Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 128–137.

aina arvo-osuustili kokonaisuudessaan (laki arvo-osuustileistä 827/1991, ATL 6.1 §). Panttaus kirjataan pantinsaajan hakemuksesta, kirjauksen edellytyksenä on tilinhaltijan antama kirjallinen suostumus (ATL 12 §).<sup>43</sup> Kirjaaminen toimii julkivarmistuskeinona myös rekisteröitävien immateriaali-oikeuksien kohdalla, näistä mainittakoon patentti ja tavaramerkki.<sup>44</sup>

### 2.3 Vilpittömän mielen suojasta KonkL 3:2.1:n mukaan

Konkurssin alettua velallinen menettää oikeuden määrätä konkurssipesään kuuluvasta omaisuudestaan (KonkL 3:1), eikä velallisen tämän jälkeen konkurssipesään kuuluvasta omaisuudesta tekemä oikeustoimi sido konkurssipesää. Oikeustoimi kuitenkin sitoo pesää, jos velallinen on tehnyt oikeustoimen ennen kuin konkurssin alkamisesta oli kuulutettu, eikä toinen osapuoli tiennyt eikä hänen pitänytkään tietää, että velallisella ei ollut oikeutta määrätä omaisuudesta (KonkL 3:2.1).

KonkL 3:2.1:n säännös vilpittömän mielen suojasta on KonkL:n mukanaan tuoma uutuus. Aiemmin pantinsaajalla (tai muulla velallisen sopimuskumppanilla) oli mahdollisuus vilpittömän mielen suojaan vain erityissäännösten (esimerkiksi VKL 14 §, ATL 27 § ja MK 17:12) nojalla. Lain esitöissä tämän katsottiin olevan kohtuutonta erityisesti silloin, kun konkurssista ei ollut vielä kuulutettu, eikä toisella osapuolella ollut edes tosiasiallista mahdollisuutta tietää konkurssista.<sup>45</sup>

KonkL 3:2.1:n tulkinnasta vallitsee oikeuskirjallisuudessa erimielisyyttä. Havansi on katsonut, että koska säännöksessä puhutaan vain oikeustoimesta ja sen tekemisestä, ”julkivarmistusta ei vaadita tapahtuvaksi (ainakaan) ennen vilpittömän mielen lakkaamisajankohtaa.” Havansin mukaan tästä seuraa, että velallisen sopimuskumppani voi vielä konkurssista kuuluttamisen jälkeenkin pitää kiinni pesää sitovasta oikeustoimesta ja vaatia julkivarmistuksen toteutusta.<sup>46</sup> Edelleen, tästä looginen seuraus Havansin mukaan

43 Ks. enemmälti Koulu 1992, s. 485–495.

44 Immateriaalioikeuksista – ja niihin kohdistuvista oikeuksista – pitää rekisteriä Patentti- ja rekisterihallitus. Immateriaalioikeuksien panttauksesta yleisesti ks. esimerkiksi Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 55–57.

45 HE 26/2003, s. 47.

46 Havansi 2005, s. 243.

on se, että sopimuskumppanilla on oltava vähintään yhtä hyvä asema ”sil-loinkin, jos oikeustoimikonsensus syntyi jo ennen konkurssin alkamista.”<sup>47</sup>

Tulkintaa, jonka mukaan KonkL 3:2.1:n mukainen vilpittömän mielen suoja ei edellytä julkivarmistusta, on kannattanut myös Koulu, joka ei kuitenkaan tarkemmin perustele kantaansa. Koulu on kiinnittänyt huomiota tilanteisiin, joissa velallisen sopimuskumppani on sinänsä konkurssista tietoinen, mutta kuvittelee virheellisesti kyseessä olevan omaisuuden jäävän konkurssivarallisuuden ulkopuolelle. Koulun mukaan kohtuussyyt puoltavat vilpittömän mielen suojan antamista tällaisellekin sopimuskumppanille, vaikka kirjaimellisesti tulkiten KonkL 3:2.1 ei suojaa anna-kaan.<sup>48</sup>

Eri linjoilla Havansin kanssa on ollut Jarmo Tuomisto, jonka mukaan Havansin esittämää tulkintamallia soveltamalla päädyttäisiin käytännössä hyvin kyseenalaisiin tuloksiin. Kuten Havansikin, Tuomisto on kiinnittänyt huomiota siihen, että olisi epäloogista, jos pantinsaaja olisi paremmassa asemassa oikeustoimen synnyttyä konkurssin jälkeen kuin sitä ennen. Tuomiston ratkaisu säännöksen tulkintaan on kuitenkin toinen: hänen mukaansa ”[s]äännöksen sanamuodosta huolimatta näyttää perustellulta tulkita lakia siten, että oikeustoimen sitovuuden konkurssivelkojia kohtaan edellyttäessä yleensäkin hallinnan siirtoa on tradition [vaatimuksen] katsottava sisältyvän laissa tässä yhteydessä käytettyyn oikeustoimen käsitteeseen.”<sup>49</sup>

Tuomiston näkemykseen voidaan mielestäni yhtyä. Lisäksi voidaan kiinnittää huomiota säännöksen esitöihin, joissa todetaan, että ”[v]ilpittömän mielen suojasta seuraa 1 momentissa tarkoitetuissa tilanteissa yleensä, että toinen osapuoli tulee samaan asemaan kuin siinä tapauksessa, että oikeustoimi olisi tehty ennen konkurssia.” Näin ollen KonkL 3:2.1:ssä olevaan velkojia sitovaan oikeustoimen käsitteeseen on katsottava sisältyvän vaatimus julkivarmistuksesta, sikäli kun sitä vaadittaisiin, jos oikeustoimi olisi tehty ennen konkurssin alkamista.<sup>50</sup>

47 Havansi 2005, s. 243 av. 37.

48 Koulu 2009, s. 158.

49 Tuomisto 2007, s. 44. Näin myös Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 220–221.

50 Ks. myös Kivimäki – Ylöstalo 1973, s. 240, jossa todetaan, että ”[t]ahdonilmaisu on oikeustoimen tärkein tunnusmerkki, ja siitä syystä tahdonilmaisun nimitystä monesti käytetään oikeustoimen merkityksessä. Eräissä tapauksissa ei tahdonilmaisu kuitenkaan yksinään riitä täyden oikeusvaikutuksen syntymiseen. Esim. – – irtaimen esineen panttauksessa – – vaaditaan tavoitellun kokonaisvaikutuksen aikaansaamiseksi lisäksi esineen luovutus saajan haltuun”.

Havansi on viitannut myös KonkL 3:2.1:n viimeiseen virkkeeseen, jonka mukaan konkurssipesällä on kuitenkin oikeus kieltäytyä luovuttamasta omaisuutta tai vaatia sen palauttamista, jos konkurssipesä maksaa osapuolelle tämän suorittaman vastikkeen ja tälle oikeustoimen täyttämisestä aiheutuneet tarpeelliset kustannukset. Havansi huomauttaa, että ilmaisulla luovuttaminen tarkoitetaan tässä selkeästi nimenomaan fyysistä luovuttamista.<sup>51</sup> Tämä pitää paikkansa, mutta huomiota voidaan kiinnittää myös säännöksen esitöissä todettuun: ”[j]os omaisuuden luovutusta ei ole tapahtunut, *mutta sopimus sitoisi pesää*,<sup>52</sup> pesä voisi tämän säännöksen perusteella kieltäytyä luovuttamasta omaisuutta.”<sup>53</sup> KonkL 3:2.1:n viimeisen virkkeen voidaankin katsoa koskevan vain oikeustoimia, joiden sitovuuteen sovelletaan sopimusperiaatetta. Joka tapauksessa, KonkL 3:2.1:n säännös on niin sanamuodoltaan kuin perusteluiltaankin<sup>54</sup> vaarallisen ylimalkainen.

On kuitenkin muistettava, että – kuten aiemmin mainittu – pantinsaaja voi saada vilpittömän mielen suojaa sektorilainsäädännön säännösten (esimerkiksi VKL 14 §, ATL 27 § ja MK 17:12) nojalla.

### **3 Konkurssin yleisistä oikeusvaikutuksista panttivelkojan kannalta**

#### **3.1 Panttisaatavat konkurssisaatavina**

KonkL 1:5:ssä lausutaan nimenomaisesti, että konkurssisaatavia ovat myös panttisaatavat. Kuten aiemmin totesin, panttioikeus perustetaan yleensä henkilökohtaisen saamisioikeuden vakuudeksi, mutta mahdollista on myös, että pantinsaajan suorituksensaantioikeus rajoittuu vain panttiin. Nyt herää kysymys, käsittääkö KonkL 1:5:n ilmaisu panttisaatavat ainoastaan velalliselta olevat henkilökohtaiset saamiset, joista panttioikeus on vakuutena, vai onko panttisaataviksi ymmärrettävä myös suorituksensaantioikeudet puh-

51 Havansi 2005, s. 243 av. 38.

52 Kursivointi O.H.

53 HE 26/2003, s. 48.

54 Vielä mainittakoon, että Havansi on omassa argumentaatioissaan viitannut myös siihen, että säännöksen esitöissä (HE 26/2003, s. 47) korostetaan vilpittömän mielen suojan lisäämistavoitteita. (Havansi 2005, s. 243). Nähdäkseni, mikäli säännöksellä olisi tavoiteltu Havansin esittämän tulkinnan mukaista radikaalia oikeustilan muutosta, tästä olisi todennäköisesti nimenomaisesti mainittu lain esitöissä.

tain esinevastuun. KonkL:n sanamuoto sen paremmin kuin perustelutkaan eivät anna kysymykseen suoraan vastausta.

KS:n aikana pelkkään panttiin rajoittuvien suorituksensaantioikeuksien ei katsottu olevan konkurssisaatavia.<sup>55</sup> Onko KonkL:n myötä ollut tarkoitus muuttaa oikeustilaa? Kieltävän vastauksen puolesta puhuu se, että KonkL 1:5:n perustelujen mukaan säännös vastaa KS 25 §:ää.<sup>56</sup> Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota siihen, että lainsäädäntöä annettaessa lähdetään usein olettamasta, että panttioikeus on aina henkilökohtaiseen saamisoikeuteen liitännäinen. Esimerkiksi Mikko Kärkkäinen on väitöskirjassaan kiinnittänyt huomiota siihen, että ”[u]udehkossa lainvalmisteluaineistossa näyttää olevan vallalla tendenssi määritellä panttioikeus nimenomaan saatavaan nähden liitännäiseksi oikeudeksi.” Hän viittaa muun muassa maakaaren esitöihin, joissa todetaan, että ”[p]anttioikeus on todellisen saamisen liitännäinen”<sup>57</sup>. Kuten Kärkkäinen huomauttaa, liitännäisyyslähdekohta on omiaan aiheuttamaan hämmennystä laintulkintakysymyksissä puhtaan esinevastuun tilanteissa. Hänen mukaansa säännöksiä, jotka koskevat henkilökohtaisen saamisoikeuden vakuutena olevaa panttioikeutta, on yleensä perusteltua soveltaa myös pelkän esinevastuun tilanteissa.<sup>58</sup>

Nähdäkseni henkilökohtaisen saamisoikeuden olemassaololle ei KonkL 1:5:n tulkinnessa tule antaa ratkaisevaa merkitystä: panttisaatavilla on katsottava tarkoitettavan myös pelkkään panttiobjektiin rajoittuvia suorituksensaantioikeuksia eli panttioikeuksia puhtain esinevastuun. KonkL:n myötä on panttivelkoja haluttu tuoda vahvemmin konkurssimenettelyn piiriin. KonkL 1:5:n toisenlainen tulkinta olisi säännöksen ration vastaista, ja saattaisi johtaa lain kiertämiseen siten, että luottoa annettaisiin vakuutena panttaus puhtain esinevastuun, jolloin panttiin myös luultavasti usein kohdistuisi huomattava ylivakuusarvo.

KonkL 3:9.1:n mukaan konkurssisaatava, joka ei ole eräänäntynyt, katsotaan konkurssissa eräänäntyneeksi velkojan ja velallisen välisessä suhteessa.<sup>59</sup> Tä-

55 Näin muun muassa Havansi 1992b, s. 186.

56 HE 26/2003, s. 35.

57 HE 120/1994, s. 110.

58 Kärkkäinen 2004, s. 51. Ks. myös Kaisto 2005.

59 Tästä on kuitenkin säännöksestä ilmeneviä poikkeuksia.

mäkin säännös on KonkL:n mukanaan tuoma uutuus,<sup>60</sup> jota lain esitöissä puollettiin erityisesti sillä, että konkurssissa kaikki velalliselta olevat saatavat selvitetään eikä suorituksen vaatiminen eräännyttömällekään saatavalle ole ennenaikaista. Eräänntyminen myös helpottaa saatavien selvittämistä.<sup>61</sup> Panttivelkoja on tässäkin kohtaa tavallista, etuoikeudetonta kolleegaansa paremmassa asemassa, sillä KonkL 17:10:n mukaan panttivelan eräännyttyä 3:9:n edellyttämällä tavalla maksettavaksi velkojalla on oikeus saada pantin arvosta määrä, jonka velallinen olisi ollut velvollinen maksamaan, jos velkoja olisi velallisen sopimusrikkomuksen perusteella eräännyttänyt velan. Lain esitöissä huomautetaan, että konkurssi johtaa säännönmukaisesti luottosopimuksen irtisanomiseen, mihin puolestaan liittyy velvollisuus maksaa viivästyskorkoa ja monesti myös sopimussakkopohjaista vahingonkorvausta.<sup>62</sup>

### 3.2 Saatavan valvonta ja selvitys panttisaatavasta

Velkojan, joka haluaa saatavalleen jako-osuuden konkurssivarallisuudesta, on valvottava saatavansa kirjallisesti (valvontakirjelmä) viimeistään valvontapäivänä (KonkL 12:6).<sup>63</sup> Pesänhoitaja voi ottaa KonkL 12:6:stä ilmenevin perustein saatavan myös oma-aloitteisesti huomioon. Lisäksi velkojalla on mahdollisuus jälkivalvontaan. Valvontavelvollisuus ja siihen liittyvä preklusiouhka koskevat periaatteessa myös panttivelkojaa. Esinekohtainen suorituksensaantioikeus – eli varsinainen panttioikeus – pysyy voimassa, vaikka panttivelkoja pysyttelisi täysin passiivisena,<sup>64</sup> mutta velkoja menettää oikeuden saada saatavalleen suorituksen konkurssivarallisuudesta siltä osin kun pantin arvo ei riitä kattamaan hänen saatavansa arvoa. Pantin arvon ylimenevä osa panttivelasta on näet tavallista etuoikeudetonta velkaa.<sup>65</sup> Val-

60 Kuten säännöksen esitöissä (HE 26/2003, s. 55) mainitaan, KS:n aikana vallinnut oikeustila kävi epäsuorasti ilmi muun muassa KS 104 §:stä, jossa säädettiin eräännyttömälle saatavalle maksettavasta jako-osuudesta.

61 HE 26/2003, s. 55–56.

62 HE 26/2003, s. 160–161.

63 Valvontakirjelmän sisällöstä säädetään KonkL 12:7:ssä.

64 Mainittakoon, että ulosottokaareissa on omaksuttu ratkaisu, jonka mukaan passiivista panttivelkojaa uhkaa panttioikeuden raukeaminen ulosottomyynnin myötä (ks. UK 5:6), tällöin panttivelkojalla ei ole oikeutta vahingonkorvaukseenkaan (UK 5:9.2).

65 Näin muun muassa HE 26/2003, s. 119.

vonnan myötä panttivelkoja pääsee myös osallistumaan velkojakollektiivin päätöksentekoon.<sup>66</sup>

Vaikka panttivelkoja laiminlöisi saatavansa varsinaisen valvonnan ja tyytyisi esinekohtaiseen suorituksensaantioikeuteen, hänen on KonkL 12:9 mukaan ilmoitettava pesänhoitajalle valvontakirjelmään sisällytettävät tiedot saatavastaan ja panttioikeudestaan.<sup>67</sup> Ilmoitus on tehtävä viimeistään valvontapäivänä tai – jos velkoja sitä aikaisemmin ryhtyy toimiin pantin muuttamiseksi rahaksi – hyvissä ajoin ennen toimiin ryhtymistä. Jos realisointitoimiin on ryhdytty jo ennen konkurssin alkamista, tiedot on ilmoitettava viipymättä konkurssin alettua (KonkL 12:9.1). Jos panttivelkoja ilman hyväksyttävää syytä ilmoittaa saatavansa vasta valvontapäivän jälkeen, sanktiona on KonkL 12:16:n mukainen jälkivalvontamaksu (KonkL 12:9.1 *in fine*). On huomattava, että panttioikeuden ilmoittaminen on realisointiin ryhtymisen ehtona, vaikka panttioikeuden pysyvyyteen ilmoittamatta jättäminen ei sinänsä vaikutakaan.<sup>68</sup> Jos velkoja on valvonut saatavansa, ei KonkL 12:9:n mukainen ilmoittaminen ole tarpeen.<sup>69</sup>

66 Velkojan äänioikeus velkojakollektiivin päätöksenteossa määräytyy hänen saatavansa suuruuden perusteella. Oma kysymyksensä on, miten määräytyy panttivelkojan äänioikeus tilanteissa, joissa hänen suorituksensaantioikeutensa rajoittuu pelkästään panttiin ja pantin arvo alittaa selvästi suorituksensaantioikeuden nimellisen arvon. Asiaan ei ole tässä mahdollisuutta tarkemmin paneutua, mutta nimenomaisen säännöksen puuttuessa ainakin lähtökohtana täytynee olla suorituksensaantioikeuden nimellisen arvon mukainen äänioikeus.

67 KonkL 12:9:ää tarkasteltaessa törmäämme jälleen panttioikeuden ja saamisioikeuden eroon – tai paremminkin erottelemattomuuteen. Esinevakuudet-teoksessa on kiinnitetty huomiota säännöksen sanamuotoon (”[v]elkojan, joka haluaa suorituksen saatavansa panttina olevasta velallisen omaisuudesta”) ja huomautettu, että panttivelkojalla ei välttämättä ole henkilökohtaista saamisioikeutta. Teoksessa on puollettu kantaa, jonka mukaan KonkL 12:9 koskee kuitenkin myös puhtaan esinevastuun tilanteita (Tepora – Kaisto – Hakkola 2009, s. 252). Yhdyn tähän.

68 HE 26/2003, s. 120. Myös ilmoittamisvelvollisuus realisoinnin ehtona on KonkL:n myötä tullut uudistus.

69 HE 26/2003, s. 120.

## 4 Panttiomaisuuden realisointi

### 4.1 Realisointi panttivelkojan toimesta

#### 4.1.1 Rahaksimuutto-oikeus pääsääntönä

Konkurssissa on yhä lähtökohtana panttivelkojan oikeus panttiomaisuuden omatoimiseen realisointiin. Ehtona on kuitenkin KonkL 12 luvun mukainen panttisaatavan valvonta tai ilmoittaminen (KonkL 17:11.1). Myyntitapa on sinänsä panttivelkojan harkinnassa, mutta realisoinnissa on otettava asianmukaisesti huomioon konkurssipesän ja velallisen edut. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että panttivelkojan on pyrittävä saamaan pantista mahdollisimman korkea myyntihinta.<sup>70</sup> KonkL 17:11.2:n mukaan panttivelkojan on hyvissä ajoin ennen myyntiä ilmoitettava pesänhoitajalle omaisuuden myyntitapa, -aika ja -paikka. Myynnin jälkeen velkojan on viivytyksettä annettava konkurssipesälle tilitys pantin mynnistä ja myyntihinnan käyttämisestä sekä luovutettava mahdollinen ylijäämä konkurssipesälle.

Panttiomaisuudesta konkurssin ajalta saatava tuotto kertyy panttivelkojan hyväksi ja jaetaan viimeistään kauppahintaa jaettaessa (KonkL 17:6). Lain esitöissä huomautetaan, että panttivelkojalle kertyy vain nettotuotto, sillä konkurssipesällä on KonkL 16:7.1:n mukaan oikeus saada korvaus panttiomaisuudesta pesälle aiheutuneista välittömistä kustannuksista. Niinpä esimerkiksi asunto-osakkeiden ollessa panttina velallisen vuokralaisen maksamasta vuokrasta vähennetään pesän maksama yhtiövastike tai muu vuokratusta omaisuudesta pesälle aiheutunut välttämätön meno.<sup>71</sup> Toisaalta, konkurssipesän annettua panttivelkojan tehtäväksi huolehtia pesään kuuluvan panttiomaisuuden hoidosta, velkojalla on sama oikeus kuin konkurssipesällä saada korvaus hoidosta aiheutuneista välttämättömistä kustan-

---

70 HE 26/2003, s. 162. Lain esitöissä mainitaan myös, että KK 10:2:n säännöstä panttiomaisuuden myymisestä on noudatettava myös konkurssissa. Säännös on – 2 momentista ilmenevää poikkeusta lukuun ottamatta – dispositiivinen, ja luottokäytännössä usein sovitaan, että pantinsaaja voi realisoida pantin parhaaksi katsomallaan tavalla. Mainitunlainen klausuuli ei kuitenkaan oikeuta pantinsaajaa myymään panttia huomattavaan alihintaan – näin esimerkiksi KKO 1985 II 29. Konkursivelkoja on KonkL 20:2:n mukaan velvollinen korvaamaan vahingon, jonka hän on tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta aiheuttanut konkurssipesälle tai velalliselle.

71 HE 26/2003, s.156–158.



nuksista (KonkL 17:7).<sup>72</sup> Jos panttaussopimuksessa on nimenomainen ehto siitä, että tuotto ei täytäntöönpanossakaan kuulu panttioikeuden piiriin, se kertyy pesälle.<sup>73</sup>

Kysyä kuitenkin voidaan, olisiko tarkoituksenmukaisempaa, että panttimaisuuden tuotto kertyisi pesän hyväksi myös siinä tapauksessa, jos tuotto olisi muutoinkin nimenomaisesti sovittu panttioikeuden ulkopuolelle olevaksi. Tällöin erillistä klausuulia tuoton jäämisestä panttioikeuden ulkopuolelle velallisen konkurssimenettelyssä ei siis tarvittaisi. Ei vaikuta loogiselta, että panttivelkoja on panttiomaisuuden tuoton kertymisen suhteen paremmassa asemassa velallisen konkurssissa kuin tämä olisi muutoin.

Jos panttivelkoja laiminlyö KonkL 12 luvun tai 17:11.2:n mukaisen ilmoitusvelvollisuutensa, tuomioistuin voi konkurssipesän vaatimuksesta kieltää tai keskeyttää realisointitoimet (KonkL 17:11.3). Tuomioistuimen määräys edellyttää, että se on konkurssipesän oikeuksien turvaamiseksi tarpeen. Edellytys täyttyy jo sillä, että konkurssipesä tarvitsee aikaa selvitysten tekemistä varten. Lisäksi tuomioistuin voi määrätä sellaisesta turvaamistoimesta, joka on tarpeen kiellon turvaamiseksi.<sup>74</sup> Jos panttiomaisuutta on – KonkL 12 luvun tai 17:11.2:n mukainen ilmoitusvelvollisuus laiminlyöden – jo myyty, sanktiona on jälkivalvontamaksua vastaavan rahamäärän maksaminen konkurssipesälle (KonkL 17.11.4).

#### *4.1.2 Myynnin kieltäminen*

Myyntiä koskevan ennakkoilmoituksen tarkoituksena on mahdollistaa se, että konkurssipesä voi arvioida myynnin edullisuutta pesän kannalta.<sup>75</sup> Etujensa turvaamiseksi tai panttivelkojan oikeuksien selvittämiseksi pesällä on KonkL 17:12 mukaan oikeus enintään kahdeksi kuukaudeksi kieltää panttivelkojaa ryhtymästä realisointiin tähtääviin toimiin tai jatkamasta tällaisia toimia. Kielto tulee voimaan, kun pesä on ilmoittanut siitä todisteellisesti velkojalle ja se on annettavissa vain kerran. Mikäli konkurssipesä aikoo

<sup>72</sup> Säännöksen esitöiden mukaan oikeus korvaukseen edellyttää, että konkurssipesä on nimenomaisesti antanut panttivelkojan tehtäväksi huolehtia omaisuudesta. Pelkästään se, että panttivelkoja edelleen pitää hallinnassaan käteispanttia, ei oikeuta velkojaa perimään kustannuksia pesältä (HE 26/2003, s. 158).

<sup>73</sup> HE 26/2003, s. 157.

<sup>74</sup> HE 26/2003, s. 163.

<sup>75</sup> HE 26/2003, s. 162.

käyttää kielto-oikeuttaan, sen on ilmoitettava kiellosta panttivelkojalle viimeistään kahden viikon kuluessa saatuaan tältä KonkL 17:11.2:ssa tarkoitettua ilmoituksen panttiomaisuuden myynnistä.<sup>76</sup>

Myös konkurssipesän kielto-oikeus on KonkL:n myötä tullut uudistus. Lain esitöiden mukaan pesä voi kiellon myötä selvittää panttivelkojan saatavaan tai panttioikeuteen mahdollisesti liittyvän epäselvyyden taikka harkita sillä käytettävissä olevia muita toimia etujensa turvaamiseksi.<sup>77</sup> KonkL 17:12:n mukainen kielto ei edellytä panttivelkojan toimineen mitenkään lainvastaisesti tai illojaalisti konkurssipesää kohtaan.<sup>78</sup> Edellytyksenä ei myöskään ole, että panttivelkoja olisi jo ryhtynyt sinänsä lain mukaisiin realisointitoimiin, vaikka kielto annettaneenkin yleensä sen jälkeen, kun konkurssipesä on saanut panttivelkojalta ilmoituksen toimiin ryhtymisestä. Jos panttivelkoja on kiellon vastaisesti ryhtynyt toimiin pantin rahaksi muuttamiseksi, tuomioistuimien voi konkurssipesän vaatimuksesta kieltää tai keskeyttää toimet taikka määrätä muusta tarpeellisesta toimenpiteestä (KonkL 17:12.3).

Vaikka KonkL 17:12:n sanamuodossa ja esitöissä tuodaan selkeästi ilmi, että kiellon rationa on pesän etujen turvaaminen, pesän ei edellytetä esittävän kiellon perusteista tai tarpeesta mitään näyttöä. Näyttö on annettavissa ikään kuin ”varmuuden vuoksi” vielä siinäkin vaiheessa, kun panttivelkoja on edennyt kenties jo pitkällekin realisointitoimissaan. Konkurssipesällä ei ole vahingonkorvausvelvollisuutta hyödyttömäksi jääneiden rahaksimuutotoimien kustannuksista, vaan panttivelkoja vastaa niistä itse, ellei huutokauppakuulutusta ole jo annettu (KonkL 17:12.4).<sup>79</sup> Panttivelkojan kannattaakin yrittää ennen realisointitoimiin ryhtymistä saada konkurssipesältä KonkL 17:12.2:n mukainen sitoumus siitä, että pesä ei tule käyttämään kielto-oikeuttaan.

---

76 Konkurssipesä voi etukäteen luopua käyttämästä kielto-oikeuttaan (KonkL 17:12.2).

77 HE 26/2003, s. 164.

78 Vrt. KonkL 17:11.3.

79 Ks. myös HE 26/2003, s. 164.

## 4.2 Muut realisointitavat

### 4.2.1 Myynti tuomioistuimen luvalla

Pääsääntöisesti konkurssipesä saa myydä panttiomaisuutta vain jos panttivelkoja siihen suostuu. Jos pesä myy panttiomaisuutta eikä panttivelkaa makseta, panttioikeus pysyy voimassa, ellei panttivelkoja muuhun suostu (KonkL 17:8). Konkurssipesällä on myös aina oikeus lunastaa pantti maksamalla panttivelkojalle tämän saatavan sekä viivästyskorot ja mahdolliset muut korvaukset, joista pantti on vakuutena.<sup>80</sup> Ilman panttivelkojan suostumustakin tuomioistuin voi KonkL 17:13:ssä ilmenevin edellytyksin myöntää konkurssipesälle tämän hakemuksesta luvan myydä pesään kuuluvaa panttiomaisuutta.

Niin ikään KonkL 17:13:n säännös kuuluu KonkL:n mukanaan tuomiin uudistuksiin, joiden tavoitteena on integroida panttirealisointi kiinteämmin muun omaisuuden rahaksimuuton yhteyteen. Lain esitöiden mukaan menettelyn tarkoituksena on konkurssipesän etujen turvaaminen tilanteessa, jossa panttivelkojan oikeuksien käyttö ei johda pesän kannalta parhaaseen myyntitulokseen. Esimerkkinä mainitaan tilanteet, joissa vakuutena on kiinteistö, joka on tarkoituksenmukaista myydä yhdessä muun pesään kuuluvan omaisuuden kanssa. Toisaalta panttivelkoja voi olla haluton realisointitoimiin ryhtymiseen.<sup>81</sup>

Koulu on huomauttanut, että mahdollisuus panttiomaisuuden myymisen tuomioistuimen luvalla ainakin teoriassa heikentää merkittävästi panttivelkojan suojaa konkurssissa.<sup>82</sup> Lupa ei edellytä, että myyntihinta riittäisi kattamaan panttisaatavan.<sup>83</sup> Panttioikeus myös raukeaa tällaisen myynnin yhteydessä (KonkL 17:13.3). Asiallisesti KonkL 17:13 ei kuitenkaan merkittävästi näytä heikentävän panttivelkojan asemaa, sillä – kuten Koulukin mainitsee – panttivelkojan etu otetaan lupaa myönnettäessä pitkälti

80 Arg. HE 26/2003, s. 160. KonkL 17:9:n mukaan, jos konkurssipesä maksaa panttivelan, panttivelkojan etusija maksun saantiin siirtyy konkurssipesälle. Lain esitöiden mukaan ilman nimenomaista säännöstä konkurssipesän suoritus ja siitä seuraava panttioikeuden raukeaminen koituisi vain muiden, huonommalla etusijalla olevien panttivelkojien eduksi, joiden kesken myyntihinta tulisi jaettavaksi (HE 26/2003, s. 160).

81 HE 26/2003, s. 164–165.

82 Koulu 2009, s. 378.

83 HE 26/2003, s. 164.

huomioon.<sup>84</sup> Edellytyksenä myyntiluvulle on, että omaisuudesta on tehty konkurssipesälle ostotarjous ja se ylittää omaisuuden käyvän huutokauppa-arvon, eikä panttivelkoja saata todennäköiseksi, että omaisuudesta saadaan muulla tavalla parempi myyntitulos (KonkL 17:13.1). Konkursipesän on esitettävä selvitys siitä, että ostotarjous on sitova ja tarjottu hinta ylittää omaisuuden käyvän huutokauppa-arvon. Käyvällä huutokauppa-arvoa tarkoitetaan hintatasoa, jota voidaan pitää tavanomaisena myyntihintana kyseisenlaisen omaisuuden pakkohuutokaupassa.<sup>85</sup> Tuomioistuimen on varattava panttivelkojalle tilaisuus tulla kuulluksi (17:13.1), jolloin hänellä on mahdollisuus esittää vastanäyttöä.

On kuitenkin huomattava, että omaisuuden ”käypä huutokauppa-arvo” on usein pienempi kuin sen ”käypä arvo”, joka voitaisiin saada sen vapaalla myynnillä.<sup>86</sup> Panttivelkojan voi myös olla hyvin vaikeaa esittää näyttöä siitä, millaiseksi panttiomaisuuden myyntihinta muulla tavoin myytäessä muodostuisi. Edellä sanottu merkitsee panttivelkojalle vähintään ylimääräistä vaivannäköä ja täten luultavasti myös ylimääräisiä kustannuksia. *De lege ferenda* voidaan panttivelkojan oikeusturva huomioon ottaen esittää, että konkurssipesälle panttiomaisuudesta tehdyn tarjouksen tulisi ylittää omaisuuden käypä arvo, jonka arvioiminen olisi tuomioistuimen tehtävä. Myös tällöin panttivelkojalla olisi luonnollisesti oikeus tulla kuulluksi ja esittää näyttöä siitä, että myynnistä saadaan muulla tavoin todennäköisesti parempi hinta.

Kun konkurssipesän hakemus panttiomaisuuden myymisestä on tullut viereille, tuomioistuin voi pesän vaatimuksesta kieltää panttivelkojaa ryhtymästä toimiin panttiomaisuuden realisoimiseksi tai määrätä ne keskeytettäväksi. Tuomioistuimen myyntiluvasta on käytävä ilmi kaupan olennaiset ehdot ja se, milloin kauppa on viimeistään tehtävä (KonkL 17:13.2). Konkursipesä voi myydä omaisuuden, kun päätös luvan myöntämisestä on lainvoimainen (KonkL 17:13.3). Lupa myyntiin KonkL 17:13 nojalla on myönnettävissä pesälle vain kerran. Jos kauppa peruuntuu, oikeus omaisuuden muuttamiseen rahaksi palautuu panttivelkojalle (KonkL17:13.4).

84 Koulou 2009, s. 379.

85 HE 26/2003, s. 165.

86 Näin todetaan myös lain esitöissä (HE 26/2003, s.165).

#### 4.2.2 Myynti ulosottokaaren mukaisessa järjestyksessä.

Konkurssipesä voi aina hakea ulosottokaaren mukaista myyntiä, jos panttivelkoja antaa siihen suostumuksensa. Kun konkurssin alkamisesta on kulu-  
nut kolme vuotta ja panttiomaisuus on edelleen myymättä, konkurssipesä  
saa hakea panttiomaisuuden myyntiä ulosottokaaren mukaisessa järjestyk-  
sessä ilman panttivelkojan suostumusta (KonkL 17:14.1, L 15.6.2007/709).  
Säännös, joka kuuluu KonkL:n uudistuksiin, on annettu silmällä pitäen  
tilanteita, joissa panttiomaisuuden arvo on niin vähäinen, että panttivel-  
kojalla ei ole intressiä ryhtyä toimiin sen rahaksi muuttamiseksi. Toisaalta  
panttivelkoja on saattanut jäädä odottelemaan panttiobjektin arvonnousua  
ja sitä kautta mahdollisesti syntyvää parempaa myyntitulosta. Kuten lain  
esitöistä ilmenee, kyseessä on viimesijainen realisointikeino.<sup>87</sup> Kun panttina  
oleva kiinteistö myydään KonkL 17:14.1:n nojalla, siitä ei määrätä alinta  
hyväksyttävää tarjousta (KonkL 17:14.3).<sup>88</sup>

Panttivelkojan hakemuksesta tuomioistuin voi kieltää konkurssipesää ha-  
kemasta ulosottomyyntiä. Kiellon edellytyksenä on, että myyntiä ei voida  
pitää perusteltuna odotettavissa olevan arvonnousun taikka muun siihen  
verrattavan erityisen perusteen vuoksi (KonkL 17:14.2). Säännöksen esi-  
töissä esimerkkinä potentiaalisesta arvoa nostavasta tekijästä mainitaan kaa-  
vamuutos.<sup>89</sup> Kiellon perusteena voi olla myös se, että pesän selvittäminen  
on vielä muiltakin osin kesken eikä omaisuuden hoidosta aiheudu pesälle  
sellaisia kustannuksia, että myynti olisi sen vuoksi perusteltu. Kielto voi-  
daan määrätä kerrallaan enintään vuodeksi (KonkL 17:14.2), jonka jälkeen  
konkurssipesä voi hakea uudelleen ulosottomyyntiä. Vastaavasti panttivel-  
koja voi uudelleen hakea myynnin kieltämistä uudelleen, joten – kuten  
Koulu on huomauttanut – teoriassa myynti voi lykkääntyä loputtomiin.<sup>90</sup>  
Jos panttivelkojan kieltohakemus hylätään, pesä voi hakea ulosottomyyntiä,  
kun päätös on lainvoimainen (KonkL 17:14.2 *in fine*).

87 HE 26/2003, s. 167. Esitöiden mukaan säännöksellä pyritään myös siihen, että kon-  
kurssipesä voisi käyttää ulosottomyyntiä aiempaa tehokkaammin.

88 Panttivelkojan myydessä kiinnitetynä olevaa panttiomaisuutta, kuten esimerkiksi kiin-  
teistöä tai alusta, UK:n mukainen myyntitapa on ainoa mahdollinen. Tällöin panttivel-  
koja tarvitsee ulosottoperusteen myyntiä varten. Sen sijaan konkurssipesän myydessä  
mainitunlaista omaisuutta ulosottoperustetta ei tarvita (HE 26/2003, s. 158).

89 HE 26/2003, s. 167.

90 Koulu 2009, s. 382.

KonkL:a säädettäessä ulosottomyynnistä olivat voimassa ulosottolain (3.12.1895/37, UL) säännökset, joiden mukaan ainoana myyntitapana tuli kysymykseen ulosottomiehen toimittama julkinen pakkohuutokauppa. Säännökset uudistettiin 1.1.2007 voimaan tulleella lailla ulosottolainsäädännön muuttamisesta (L 469/2006) ja siirrettiin sittemmin sellaisenaan 1.1.2008 voimaan tulleeseen ulosottokaareen. Uudistuksen myötä ulosottomyyntitapoina tulevat ulosottomiehen toimittaman julkisen pakkohuutokaupan ohella – joka tosin edelleen on pääsääntöinen myyntitapa<sup>91</sup> – kysymykseen myös yksityisen toimittama julkinen huutokauppa (UK 5:75), myynti ulosottomiehen toimesta muulla tavoin kuin huutokaupalla (UK 5:76) ja asianosaisten toteuttama vapaa myynti (UK 5:77).<sup>92</sup> Viimeksi mainitun säännöksen nojalla panttiomaisuuden myyminen voidaan vielä tässäkin vaiheessa antaa panttivelkojan tehtäväksi.<sup>93</sup>

### 4.3 Erityissäännös arvopapereista

KonkL 17 luvun säännökset, jotka rajoittavat panttivelkojan oikeutta pantin muuttamiseen rahaksi, eivät koske velkojaa, jolla on panttina konkursipesään kuuluvia julkisen kaupankäynnin kohteena olevia arvopapereita (KonkL 17:17.2).<sup>94</sup> Lain esitöiden mukaan poikkeussäännöksen syynä on ennen kaikkea se, että tällaisten arvopaperien julkinen kauppa on säännelty arvopaperimarkkinalaissa ja niillä on päivittäin noteerattu hinta. Kyseiset sijoituskohteet eivät myöskään ole välttämättömiä velallisyrittäjien liiketoiminnan jatkamiseksi,<sup>95</sup> eikä niiden myyminen muun omaisuuden kanssa yleensä tuota korkeampaa myyntihintaa.<sup>96</sup>

## 5 Lopuksi

KonkL:a valmisteltaessa lainsäätäjän haasteena oli sovittaa yhteen konkurssipesän ja panttivelkojan usein erisuuntaiset intressit. Vaikka panttivelkojan erioi-

91 HE 13/2005, s. 23.

92 Ks. uusista myyntitavoista enemmän Linna – Leppänen 2007, s. 619–639.

93 Ulosottomyynnin oikeusvaikutukset riippuvat myyntitavasta. KonkL 17:14:ää säädettäessä ajatuksena oli, että myydessä panttiomaisuutta ulosottolain mukaisessa järjestyksessä, voitiin luopua alimman hyväksyttävän tarjouksen periaatteesta (HE 26/2003, s. 166). Tällöin panttioikeus kuitenkin pysyi myynnin jälkeen voimassa. Ulosottomyyntiä koskevien säännösten uudistamisen myötä panttioikeuden voimassa pysyminen ei sen sijaan enää ole pääsääntö. Panttivelkojan etuoikeutettu suorituksensaantioikeus turvataan alimmalla hyväksyttävällä tarjouksella, jonka on peitettävä panttivelkojan saatava sen etuoikeutetulta määrältään (ks. UK 5:34 ja 5:54).

94 Säännöksen esitöiden mukaan julkisen kaupankäynnin kohteena olevilla arvopapereilla viitataan arvopaperimarkkinalain (495/1989) 1:2:n, 3:10:n ja 3:12:n säännöksiin (HE 26/2003, s.168).

95 HE 26/2003, s. 168.

96 Näin Koulu 2009, s. 383.

keuksia joissain määrin kavennettiin, tämä on edelleen selvästi tavallista etuoikeudetonta velkojaa paremmassa asemassa. Pantinsaajan etuoikeusasemaan maksunsaantijärjestyksen osalta KonkL ei tuonut muutosta, tätä ei pidetty mahdollisena luoton saatavuuteen ja hintaan sekä kilpailukykyyn liittyvistä syistä.

Velvollisuus valvoa panttisaatava – tai vaihtoehtoisesti antaa siitä KonkL 12:9:n mukainen selvitys – realisoinnin edellytyksenä tuskin sinällään aiheuttaa sanottavaa haittaa panttivelkojalle. Panttisaatavien tuominen konkurssin velkaselvittelyn piiriin saattaa kuitenkin merkitä sitä, että panttioikeuden pätevyys kyseenalaistetaan entistä herkemmin. Nimittäin – Havansia mukailten – monet esineoikeudelliset kollisiot aktualisoituvat käytännön oikeuselämässä nimenomaan konkurssin takia ja enimmäkseen sen yhteydessä.<sup>97</sup> Maksunsaannin nopeus saattaa olla panttivelkojalle yhtä tärkeää kuin etuoikeus maksunsaantiin. KonkL:n myötä konkurssipesälle annetut mahdollisuudet puuttua panttivelkojan separatistin asemaan – erityisesti KonkL 12:9:n mukainen kieltäoikeus – saattavat merkittävästi hidastaa panttivelkojan suorituksensaantia.

KonkL tuli voimaan vuonna 2004, mutta konkurssioikeuden uudistamistarpeet tiedostettiin jo paljon aiemmin. Vuonna 1978 ilmestyi konkurssioikeuden kehittämiskomitean mietintö, jossa suurpiirteisesti hahmoteltiin tulevan KonkL:n periaatteita. Tämän jälkeen valmistelu jatkui oikeusministeriön virkamiesten työnä. Ministeriön työryhmä luovutti ehdotuksensa konkurssilainsäädännön uudistamisesta 22.2.2002.<sup>98</sup> Oikeusministeriö pyysi ehdotuksesta lausunnon yhteensä 91 viranomaiselta ja järjestöltä, joista 63 antoi lausunnon.<sup>99</sup> Työryhmän ehdotus lausuntoineen muodosti pohjan hallituksen esitykselle. Kaiken kaikkiaan KonkL:a edelsi pitkä ja laaja valmistelu. Tähän nähden tuntuu hieman yllättävältä, että KonkL pitää sisällään niinkin tulkinnanvaraisia säännöksiä kuin esimerkiksi KonkL 1:5 ja 3:2.1. Yleisen oikeusturvan edellytyksenä on – ainakin jonkin asteinen – ennustettavuus.

97 Havansi 2005, s. 232.

98 OM 2002:2.

99 OM 2003:17, kuvailulehti.

## Lähteet

### Virallislähteet

Hallituksen esitys eduskunnalle maakaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. HE 120/1994 vp. (HE 120/1994)

Hallituksen esitys eduskunnalle konkurssilainsäädännön uudistamiseksi. HE 26/2003 vp. (HE 26/2003)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulosottolain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. HE 13/2005 vp. (HE 13/2005)

Oikeusministeriö: Konkurssilainsäädännön uudistaminen. Luonnos hallituksen esitykseksi. Työryhmämietintöjä 2002:2. (OM 2002:2)

Oikeusministeriö: Konkurssilainsäädännön uudistaminen. Lausunnotiivistelmä. Lausuntoja ja selvityksiä 2003:17. (OM 2003:17)

### Kirjallisuus

Havansi, Erkki: Esinevakuusoikeudet. Toinen painos. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1992. (Havansi 1992a)

Havansi, Erkki: Suomen konkurssioikeus. Kolmas painos. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1992. (Havansi 1992b)

Havansi, Erkki: Huomioita uudesta konkurssilaista esineoikeuden kannalta. Teoksessa Tepora, Jarno – Sisula-Tulokas, Lena – Hemmo, Mika – Lohi, Tapani – Kolehmainen, Esa (toim.): Business Law Forum 2005, s. 231–249. Edita Publishing Oy. Helsinki 2005. (Havansi 2005)

Havansi, Erkki: Panttioikeus ja ulosottoakaari – eräitä huomioita (teoksessa Kiinteistöjä, vaihdantaa ja sivullisuhteita: juhla kirja Jarno Tepora 60 vuotta). Edita Publishing Oy. Helsinki 2007 (Havansi 2007)

Kaisto, Janne: Puhdas esinevastuu ja panttioikeuden yleiset opit. Defensor Legis 5/2005, s. 1005–1022. (Kaisto 2005)

Kaisto, Janne: ”Pantti tai muu vakuus”. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2006. (Kaisto 2006)

Kartio, Leena: Esineoikeuden perusteet. Toinen painos. Talentum Media Oy. Helsinki 2001 (Kartio 2001)

Kivimäki, T. M. – Ylöstalo Matti: Suomen siviilioikeuden oppikirja. Kolmas painos. WSOY. Helsinki 1973. (Kivimäki – Ylöstalo 1973)

Koulu, Risto: Kirjaamisesta arvo-osuusjärjestelmässä. Lakimies 4/1992, s. 477–505. (Koulu 1992)

Koulu, Risto: Konkurssioikeus. WSOYpro. Helsinki 2009. (Koulu 2009)



Kärkkäinen, Mikko: Kanne ja panttivastuu. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2004. (Kärkkäinen 2004)

Linna, Tuula – Leppänen, Tatu: Ulosmittaus ja myynti. Talentum Media Oy. Helsinki 2001. (Linna – Leppänen 2007)

Niemeläinen, Heikki: Vakuuksien tehtävä on pitää Kreikka kurissa. Vieraskynä Helsingin Sanomat 3.7.2011, s. A 2. (Niemeläinen 2011)

Tenhunen, Pauliina – Ekdahl, Hanna: Konkurssin alkamisen oikeusvaikutuksista. Defensor Legis 4/2005, s. 713–728. (Tenhunen – Ekdahl 2005)

Tepora, Jarno: Johdatus esineoikeuteen. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki 2006. (Tepora 2006)

Tepora, Jarno – Kaisto, Janne – Hakkola, Esa: Esinevakuudet. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2009. (Tepora – Kaisto – Hakkola 2009)

Tuomisto, Jarmo: Yrityskiinnitys. Talentum Media Oy. Helsinki 2007. (Tuomisto 2007)

Zitting, Simo – Rautiala, Martti: Esineoikeuden oppikirja. Viides tarkastettu ja täydennetty painos. Suomen lakimiesliiton kustannus Oy. Helsinki 1982. (Zitting – Rautiala 1982)



## Tax Increase and the Implementation of Criminal Responsibility

Keywords: ne bis in idem, punitive tax, tax fraud, res judicata

**Minna Immonen**

---

### *English Abstract*

*Each year tax avoidance causes significant losses to society in the form of lost revenue. The society has to prevent tax evasion by the means of general prevention. The current Finnish legislation does not prevent the simultaneous imposition of a tax increase and a criminal sanction for the same act. This practice has now been proven to be problematic concerning human rights and interpretation of the Convention on Human Rights.*

*Regardless of its internal legal system, Finland has to obey the obligations of the European Convention on Human Rights. Finland also has to follow the rulings of the European Court of Human Rights (ECHR) and the European Union Court of Justice (ECJ) and respect and comply with their interpretation, if necessary, by altering its own laws. The ECHR's autonomous interpretation of the notions of the Convention overrules any national legislation and its legal concepts.*

*The ECHR has outlined the concept of criminal prosecution, punitive nature of tax increase, the ne bis in idem principle and the criteria for applying the definition of an inhibitory effect based on the finality of a solution. Last year the Finnish Supreme Court followed the interpretation of the ECHR in three solutions.*

*The prosecutor can not prosecute for tax avoidance when the tax increase, which the tax authority has imposed, has come into force. The first sanction that comes into force remains so, while the second sanction must be revoked. The accused no longer knows which sanction to expect, as in similar cases one can receive a tax increase and the other a criminal sanction, just depending on procedural schedules.*

*The solutions of the ECJ are not well established. The solutions of the ECHR provide guidance, however, only at a minimum level. Instead, the EU and national legislation and legal practice can create higher level of protection. In this article there is a proposition for a new act, which would guarantee a better legal protection. Under this new law, tax increases would be dealt in the same procedure with the prosecution of tax fraud, assuming both cases are based on the same facts. This would safeguard the criminal responsibility in an equal and predictable way, while implementing the principle of human rights and supporting the general prevention simultaneously.*

### **Full article in Finnish**

## **Veronkorotus ja rikosvastuun toteuttaminen**

Asiasanat: ne bis in idem, veronkorotus, veropetos, oikeusvoima

### **1 Johdanto**

#### **1.1 Taustaa**

Suomen voimassa olevan lainsäädännön mukaan veroviranomainen voi määrätä verovelvolliselle veronkorotuksen, jos tämä ei ole täyttänyt oikein velvollisuuksiaan (laki verotusmenettelystä 1558/1995, myöh. VML, 32 §).<sup>1</sup> Tämän lisäksi veroviranomaisten velvollisuutena on eräin poikkeuksin tehdä veropetoksesta rikosilmoitus (rikoslaki 39/1889, myöh. RL, 29 luku) tunnusmerkistön toteutuessa. Verovelvollinen joutuu näin ollen samasta asiasta kahden eri menettelyn – sekä hallinnollisen että rikosprosessuaalisen – kohteeksi.

Hän saattaa joutua maksamaan menettelystään hyvinkin tuntuvan veronkorotuksen ja saada samasta asiasta rikostuomion. Veronkorotusta ei ole pidetty sellaisena asiana, jossa olisi kyse jonkun henkilön oikeuksista tai velvollisuuksista, saati rikosasiaan verrattavasta asiasta, jolloin tulisi ottaa

---

1 Verohallinnon yhtenäistämishoje 31.12.2009. Ks. veronkorotuksen ja veropetosten yhteensovittamisen aikaisemmasta käytännöstä; Mali – Valkonen – Rautakoski 1981, VM 36/1997 ja Turun yliopiston julkisoikeuden laitos 1979. Ks. erilaisista tavoista suhtautua veron välttämiseen: Commission of the European Communities 1994 sekä de Mones ym. 2010.

huomioon oikeusturvavaatimukset. Veronkorotus voidaan kuitenkin ottaa huomioon rikosoikeudenkäynnissä rangaistuksen lieventämisperusteena sanktiokumulaation välttämiseksi (RL 6 luvun 7 §).<sup>2</sup>

Suomessa noudatettu käytäntö on nyttemmin osoittautunut ongelmalliseksi perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan kannalta.<sup>3</sup> Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) uudemmassa oikeuskäytännössä veronkorotusta on voitu joissain tapauksissa pitää rikosoikeudellisena rangaistuksena, jolloin rikosprosessuaaliset oikeusturvavaatimukset tulisi ottaa huomioon.<sup>4</sup> Oikeusturvavaatimukset on Suomen perustuslaissa turvattu säädöksellä vähimmäisoikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin (PL 21 §). Säännös sisältää myös ihmisoikeussopimuksen määräykset. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 18–19/1990, myöh. EIS) 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklassa kielletään syyttäminen ja tuomitseminen kahdesti samasta teosta.<sup>5</sup> Tämä on niin sanottu *ne bis in idem* -kielto.<sup>6</sup>

## 1.2 Metodi

Veron välttämisen sanktioimista koskevalla rikosoikeudellisella normistolla on kosketuspinta taloudellisten vaihdantasuhteiden kanssa. Verorikokset saavat sisältönsä verolaeista, verolait taloudellisista suhteista. Modernissa talousrikosoikeustutkimuksessa joudutaan kohtaamaan rikosoikeusjärjestelmän, perusoikeuksien ja taloudellisten vaihdantasuhteiden jännitteinen kenttä.<sup>7</sup> Rikosoikeusteorian kautta rikosoikeudellisella tutkimuksella on

2 Ks. myös HE 66/1988, s. 54.

3 KKO 2010:82, 2010:46 ja 2010:45 sekä KHO 2011:41, Rovaniemen HO 2010:59, I-SHO 2010:11, THO 2010:2 sekä Helsingin HaO 5.5.2010 10/0543/1, 30.6.2010 10/0819/1, 25.11.2010 10/1584/1 ja 17.1.2011 11/0049/4. Korkeimman oikeuden tapauksia on kommentoinut Vuorenpää, ks. Vuorenpää 2011, s. 156–164; Vuorenpää 2010a, s. 368–397 sekä Vuorenpää 2010b, s. 1113–1120.

4 Näin esimerkiksi Jussila v. Suomi ja Ruotsalainen v. Suomi.

5 Suomi ratifioi EIS:n 4.5.1990. Sopimus astui voimaan 10.5.1990.

6 *Ne bis in idem* -periaatteen sisältö on jaettu perinteisesti kahteen eri merkitykseen. Ensinnäkin ketään ei saa syyttää kahta kertaa samasta asiasta. *Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*. Toiseksi ketään ei tule rangaista kahdesti samasta asiasta. *Nemo debet bis puniri pro uno delicto*. Ks. Vervaele 2005, s. 100 ja EIS 7 lisäpöytäkirjan 4 artikla. Ks. käsitteen jaottelusta myös Helenius – Hellsten 2010.

7 Tapani 2002, s. 939.

kytkökset oikeusteoriaan sekä oikeus-, yhteiskunta- ja moraalifilosofiaan.<sup>8</sup> Etsittäessä ratkaisua laaja-alaiseen rikosoikeudelliseen ongelmaan joudutaan tässä artikkelissa hakemaan vastausta useamman metodin avulla.

Rikosoikeudellinen tutkimus on laajentunut yhteiskuntatieteiden suuntaan, mikä liittyy ennen kaikkea rikosoikeuden erityispiirteisiin ja yhteiskunnallisiin tarpeisiin. Rikollisuus on ratkaisua ja toimenpiteitä vaativa yhteiskunnallinen ongelma, johon on pysyvä käytännöllinen pakko tuottaa oikeudellisia ratkaisuja. Tämä tehtävä ei ratkea puhtaasti lainopillisin keinoin.<sup>9</sup> Rangaistusteoriaa käytetään osaltaan systematisoitaessa ongelmaympäristöä uudelleen ja haettaessa ratkaisua ongelmaan. Ratkaisu perustuu kriminaalipolitiikan tavoitteiden toteuttamiseen.<sup>10</sup>

Artikkelissa otetaan kantaa rikosoikeudenkäytön perusteisiin samalla, kun haetaan oikeusturvavaatimukset huomioon ottavaan rikosvastuun toteuttamiseen. Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on perusoikeus, joka saa tosiasiallisen sisältönsä ihmisoikeussopimuksista ja niiden tulkintakäytännöstä. Rikosprosessuaalisten perusoikeuksien ja oikeusperiaatteiden taustalla on jännite rikoksesta epäillyn oikeuksien ja rikosvastuun toteuttamisedellytysten välillä. Tulisi löytää tasapainotila, jossa yksilön oikeudet turvataan mahdollisimman laajasti, mutta jossa rikosvastuu on samalla käytännössä toteutettavissa yleisprevention ylläpitävällä tavalla.<sup>11</sup> Tämä on artikkelia koskevan ongelman haasteellisin tehtävä, jossa artikkelia koskevan aiheen tutkimus lähestyy *de lege ferenda* -tutkimusta. *De lege ferenda* -tutkimuksessa lähestymistapa on ongelmakeskeinen, ja siinä kartoitetaan,

8 Lappi-Seppälä 1997, s. 192–193. Rikosoikeustieteen eri tutkimusaloilla on oma spesifi tehtävänsä; rikoslainoppi ja rikosprosessioikeus ovat normitiedettä, kriminologia empiirinen tiede ja kriminalistiikka käytännön rikostutkintaa palvelevaa tutkimusta. Kriminaalipolitiikka yhdistetään tavallisesti rikollisuuden torjuntatoimien kehittelyyn. Rikoslainopin ohella voidaan erottaa rikosoikeuden käytön ja käsitteistön perusteisiin kohdistuva teoreettinen ja -filosofinen tutkimus joissa tarkasteltavia kysymyksiä ovat muun muassa rangaistusteoria, kriminalisointiperiaatteet sekä rikosoikeudellisen käsitteen- ja systeeminmuodostuksen filosofiset ja teoreettiset perusteet. Kriminalisointiperiaatteista lisää Melander 2008.

9 Lappi-Seppälä 1997, s. 191.

10 ”Kriminaalipolitiikan tehtävänä on selvittää, miten rikos- ja rikosprosessioikeus pitäisi järjestää ottaen huomioon sekä tehokkuus-, oikeudenmukaisuus- että perus- ja ihmis-oikeus näkökohdat.” Tästä lisää Vuorenpää 2007, s. 17–27. Rangaistusteoria on teoria rikosoikeudenkäytön perusteista. Tästä lisää Lappi-Seppälä 1997, s. 203–204.

11 Koponen 2004, s. 54–55. Yleispreventiosta ks. Vuorenpää 2007, s. 21–24.

systematisoidaan sekä oikeutetaan tarkoituksenmukaisia keinoja ratkaista epäkohta lainsäädännöllistä tietä.<sup>12</sup>

Tässä artikkelissa esitetään vaihtoehtoisena mallina säädettäväksi uusi laki, jossa samoihin tosiseikkoihin perustuvat veron välttämisestä seuraavat veronkorotukset käsiteltäisiin samassa menettelyssä veropetossyytteen kanssa. Uudistuksen päämääränä olisi pyrkiä saattamaan Suomen oikeustila Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklan mukaiseksi. Riittävän oikeusturvan takaamiseksi näin turvattaisiin myös verovelvollisten yhdenvertaisuus lain edessä sekä rangaistusten ennakoitavuus. Uusi järjestelmä toteuttaisi rikosvastuun yleisprevention yksilön oikeusturvaa vaarantamatta ihmisoikeussopimuksen määräyksiä ja tarkoitusta kunnioittaen. Artikkelissa ehdotettu malli poikkeaa olennaisesti valtiovarainministeriön työryhmän esityksestä veronkorotuksen ja rikosoikeudellisen seuraamuksen yhteensovittamisesta. Esitys annettiin 22.6.2011.<sup>13</sup>

### 1.3 Kaksoisrangaistavuuden kielto eli *ne bis in idem* -periaate

*Ne bis in idem* -periaatteen sisältö on jaettu perinteisesti kahteen eri merkitykseen. Ensinnäkin ketään ei tule syyttää kahta kertaa samasta asiasta. Toiseksi ketään ei tule rangaista kahdesti samasta asiasta.<sup>14</sup> Yhdysvalloissa periaatetta kutsutaan nimellä *double jeopardy* ja sitä pidetään yhtenä *common law* -maiden vanhimmista periaatteista. Periaatteen eurooppalaisen sisällön kehittymisestä on nähty merkkejä jo antiikin Kreikan ja Rooman oikeudessa, joista se siirtyi kanoniseen oikeuteen sekä *civil* ja *common law*'iin.<sup>15</sup> Kanonistit löysivät säännön Rooman oikeudesta, *Corpus iuris canonici*n teksteistä, ja pitivät sitä Jumalan sääntönä siitä, miten rikosprosessi järjestään. Säännön avulla ratkaistiin dramaattiset kollision kirkon ja valtion rangaistuskäytännön välillä. Kirkko ei saanut rangaista samasta teosta uudestaan, jos kuningas oli jo määrännyt rangaistuksen. Sääntö ei perustunut

12 Linna 1987, s. 9.

13 Valtiovarainministeriö 31/2011, veronkorotuksen ja rikosoikeudellisen seuraamuksen yhteensovittaminen. Työryhmä on esittänyt EIS:n kahdesti samassa asiassa syyttämisen ja tuomitsemisen kiellon (*ne bis in idem* -kielto) edellyttämät muutokset vero- ja tulilainsäädäntöön.

14 Helenius 2007, s. 24. EIS 7 lisäpöytäkirja artikla 4. ”*Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa. Nemo debet bis puniri pro uno delicto*”. Ks. Vervaele 2005, s. 100.

15 Lööf 2007, s. 309–310. Periaate lisättiin EIS:een vasta vuonna 1984. Tästä lisää myös Bartsch 2004.

ihmisoikeuksien kunnioittamiseen, mutta sitä on pidetty jälkeensä yhtenä ihmisoikeuksien suojan alkuna. *Double jeopardy* klassisessa kanonisessa oikeudessa perustui siis yhteiskunnan oikeudenmukaiseen järjestämiseen.<sup>16</sup> Kanonisen oikeuden vaikutuksesta, erityisesti *absolutio ab instantia*<sup>17</sup> -järjestyksessä, sääntö sai vähemmän merkitystä keskiajan alussa. Kanonistit laativat säännön soveltamisesta lukuisia poikkeuksia ja rajoituksia.<sup>18</sup> Valistuksen aikana uusi ymmärrys kansalaisten vapauksia ja oikeuksia kohtaan herätti periaatteen uudelleen henkiin.<sup>19</sup>

Sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS 7 lisäpöytäkirja 4 artikla) että YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen (SopS 7/1976, KP-sopimus, 14 artiklan 7 kohta) mukaan syytetyllä on oikeus olla tulematta syytetyksi ja tuomituksi toistamiseen saman teon perusteella. Periaate sisältyy myös Amerikan ihmisoikeussopimukseen<sup>20</sup>. Euroopan unionin alueella *ne bis in idem* -periaate sisältyy Schengen-yleissopimukseen (SopS 23/2001, CISA, 54 artikla), joka suojaa jo rangaistuksen kärsinyttä tai saanutta uudelta käsittelyltä. Periaate ilmenee myös Euroopan unionin perusoikeuskirjassa (2000/C 364/01, 50 artikla). Siitä riippumatta tuomitaanko vai vapautetaanko syytetty, hänen on saatava tietää, että juttua ei voida ottaa uudelleen käsiteltäväksi. Se on yksi niistä oikeuksista, joista ei maailmanlaajuisesti ole sallittu poikettavan edes sota-aikana, mikä on ollut selvä osoitus periaatteen tärkeydestä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeena.<sup>21</sup>

## 2 Veropetos ja veronkorotus sekä eurooppaoikeudellinen oikeuskäytäntö

### 2.1 Suomen lainsäädäntö ja käytäntö

Suomen voimassa oleva lainsäädäntö ei estä määräämästä samanaikaisesti veronkorotusta ja langettamasta rikosoikeudellista rangaistusta veropetok-

16 Helmholz 1996, s. 306. Ks. myös s. 287. ” – St. Jerome’s reading of a verse from the Book of Nahum (1:9) Non enim judicat Deus bis in icipsum. God does not judge twice in the same matter.”

17 ”*Absolutio ab instantia*” tarkoittaa ”vapauttaminen toistaiseksi”.

18 Helmholz 1996, s. 306. Ks. myös s. 287.

19 Träskman 2005, s. 862.

20 American Convention on Human Rights. 8.4 artikla.

21 Bartsch 2004, s. 1164.



sesta samasta teosta. Verotus perustuu verovelvollisen ilmoittamisvelvollisuuteen. Jos verovelvollinen ei täytä ilmoittamisvelvollisuuttaan, hänelle voidaan määrätä veronkorotus (VML 32 §)<sup>22</sup>. Veronkorotuksen määräämisen perusteista ja suuruudesta säädetään eri verolaeissa.<sup>23</sup> Veronkorotuksen määrääminen ei edellytä, että verovelvollinen on tahallaan laiminlyönyt ilmoittamisvelvollisuutensa.<sup>24</sup> Suomessa verovelvollisen ilmoitusvelvollisuuden tai muun tiedonantovelvoitteen laiminlyöntien vuoksi määrättävä veronkorotus on porrastettu menettelyn moitittavuuden ja/tai merkityksen perusteella. Hallituksen esityksen perusteluissa viitattiin myös EIS:n kantaa ajatuksella, jonka mukaan veronkorotus on verovelvollisen laiminlyönnistä johtuva rikosoikeudellista sanktiota lähenevä seuraus eikä veron sivusuorite.<sup>25</sup>

Rikoslain 29 luvun mukaan veropetoksesta rangaistaan silloin, kun verotusta varten annetussa ilmoituksessa on annettu vääriä tietoja tai salattu veron määräämiseen vaikuttava seikka. Veropetoksesta voidaan tuomita vain silloin, kun ilmoittamisvelvollisuuden laiminlyönti on ollut tahallista. Lievästä veropetoksesta voidaan jättää rikosilmoitus tekemättä, syyte ajamatta tai rangaistus tuomitsematta, jos veronkorotus harkitaan riittäväksi seuraamukseksi.<sup>26</sup>

Veronkorotusta ei ole pidetty rikosseuraamuksena vaan hallinnollisena sanktiona, jonka tarkoituksena on ollut verotusmenettelyn turvaaminen. Rikosseuraamusta on voitu lieventää ottamalla veronkorotus huomioon tekijälle rikoksesta johtuneena muuna seuraamuksena, jos samasta teosta on tullut määrättäväksi sekä veronkorotus että rikosseuraamus (RL 6 luvun 7 §).<sup>27</sup>

22 VML 32 § 1079/2005.

23 AjoneuvoVL 45 §, ALL 182 §, AutoVL 59, KoiraVL 8 §, PerVL 36.2 §, PML 10 §, RataVL 11 §, TulliL 31 §, ValmVL 32 §, VSVL 8 §. Ks. myös Andersson 2000, s. 84, 87, 98, 134, 167, 179 ja 193.

24 Siitari-Vanne 2005, s. 521.

25 HE 187/2005.

26 HE 66/1988. Ks. verorikoksista myös Sahavirta 2007, s. 188–220.

27 Ks. myös HE 66/1988, s. 54.

## 2.2 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EU-tuomioistuimen vaikutus

Kansallisilla tuomioistuimilla on oikeus ja tietyin ehdoin myös velvollisuus tehdä Euroopan unionin tuomioistuimelle (EUT) ennakkoratkaisupyyntö asiassa, joka koskee EU-oikeuden tulkintaa kansallisessa soveltamiskontekstissa. EIT:lla on oikeudellinen toimivalta käsitellä yksilövalitukset, joissa joku väittää jonkin EIS:n allekirjoittajavaltion loukanneen hänen EIS:n ja EIT:n oikeuskäytännössä tarkemmin määritellyjä ihmisoikeuksiaan. Kumppikaan näistä tuomioistuimista ei kykene yksinään ja sitovalla tavalla määrittämään yksittäisen oikeusjutun myös täytäntöönpantavissa olevaa oikeudellista lopputulosta, vaan tähän tarvitaan kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten yhteistyötä.<sup>28</sup>

Ihmisoikeustuomioistuin ei voi muuttaa tai kumota kansallisia lainkäyttöpäätöksiä. Se ei ole korkeimpien oikeuksien yläpuolella oleva valitusinstanssi, vaan pikemmin eräänlainen kantelualue. EIT:n ainoana tehtävänä on ihmisoikeussopimuksen noudattamisen kontrollointi, toisin kuin EU-tuomioistuimella, jonka tuomioilla on selkeä kansainvälisoikeudellisesti sitova asema ja vahva ennakkopäätösarvo unionin jäsenmaissa. Ihmisoikeustuomioistuimen tuomiot koskevat ainoastaan eri sopimusvaltioiden yksittäisiä väitettyjä sopimusrikkomuksia. Silloinkin kun sopimusrikkomus on todettu ja ihmisoikeustuomioistuimen tuomiot ovat velvoittavimmillaan, kansallinen tuomioistuin on lähtökohtaisesti sivussa täytäntöönpanosta – hyvityksen suorittamisesta tai sopimusvaltion harkitsemasta lainmuutoksesta. Ihmisoikeustuomioistuimen tuomio ei siis muuta tai kumoa suomalaisen tuomioistuinpäätöksen *res judicata*<sup>29</sup> -vaikutusta, vaan tarvittaessa joudutaan harkitsemaan ylimääräisten muutoksenhakekeinojen käyttämistä, ylimääräistä muutoksenhakua koskevan lainsäädännön arviointikriteereiden ja kunkin tapauksen erityispiirteiden pohjalta.<sup>30</sup>

28 Siltala 2003, s. 247–254.

29 *Res judicata* eli oikeusvoima merkitsee lainvoiman saaneen tuomion sitovuutta tulevaisuuteen nähden. Lainvoimaisella tuomiolla ratkaistua asiaa ei voida enää saattaa uudelleen tuomioistuimen tutkittavaksi. Ks. tästä Lappalainen 2007, s. 627.

30 Ks. lisää aiheesta Halila 2000, s. 112–114.

EIS:n kansallisessa tulkinnassa ylimpänä ohjeena on, että Suomi on sisäisestä lainsäädännöstään riippumatta sopimuksesta johtuvien veloitteiden sitoma. Tuomioistuimet ja viranomaiset joutuvat antamaan keskeisen merkityksen EIT:n käytännölle, jotta tämä valtion velvoite toteutuisi.<sup>31</sup> Tuomioistuinten asema on olennaisesti vahvistunut kotimaisessa oikeudellis-poliittisessa järjestelmässä parin viimeisen vuosikymmenen aikana, ennen muuta kotimaisen perus- ja ihmisoikeuskulttuurin muutokseen ja Euroopan integraatioon liittyvistä syistä. Kotimaisten tuomioistuinten toiminnan ohella valtiosääntöisesti huomionarvoista on ollut erityisesti EIT:n ja EUT:n toiminta, jonka vaikutukset ulottuvat suoraan ylikansalliselta tasolta aina Suomen oikeusjärjestykseen ja yksilön oikeusaseman valtiosääntöperusteisiin asti.<sup>32</sup> Siksi myös Suomen on seurattava EIT:n ja EUT:n ratkaisuja sekä kunnioitettava ja noudatettava niiden tulkintaa muuttaen tarvittaessa omaa lainsäädäntöään.

### 2.3 EIS:n soveltaminen ja tulkinta

EIS 1 artiklan mukaan sopimukseen sitoutuneet valtiot takaavat sopimuksen I osassa määritellyt oikeudet jokaiselle lainkäyttövaltaansa kuulualle, niin luonnollisille kuin oikeushenkilöillekin. Lisäksi sopimusta sovelletaan kaikkiin tahoihin, joita kohtaan sopimusvaltio voi käyttää lainkäyttövaltaansa, jolloin ei edellytetä esimerkiksi sopimusvaltion kansalaisuutta. Kaikki sopimusvaltiossa käytävät oikeudenkäynnit kuuluvat EIS 1 artiklan mukaan myös EIS 6 artiklan henkilölliseen soveltamispiiriin.<sup>33</sup> EIS 6 artikla sisältää määräykset oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksista. Lähtökohtaisesti EIS 6 artiklaa sovelletaan oikeudenkäynnin aikana – sen vireille tulosta aina lainvoimaisen tuomion antamiseen asti. Lisäksi EIS 6 artikla soveltuu rikoksesta syytettyyn ja oikeudenkäynteihin, joissa on kyse yksityisluonteisista oikeuksista tai velvollisuuksista. Toisin sanoen se soveltuu niin rikos-, riita- kuin hallintoprosesseihinkin. Prosessilajilla ei siis ole

31 Viljanen 1998, s. 268. Tästä laajemmin Pellonpää 2005, 2006 ja 2009.

32 Ojanen 2010, s. 95. Ks. myös s. 104. Vielä pari vuosikymmentä sitten oikeus oli tiukan kansallista ja syntyi ja kehittyi lähinnä kansallisen lainsäätäjän toiminnan tuloksena. Ks. lisäksi Lavapuro 2010, s. 78. ”Suomen tuomioistuinten merkitys oikeusnormien pätevyyttä ja perustuslain sisältöä koskevassa päätöksenteossa on selvästi kasvanut paitsi perustuslakiin tehtyjen institutionaalisten uudistusten myös EIT:n ja EUT:n vahvan oikeudellisen aseman tuloksena.”

33 Ervo 2007, s. 1. Ks. myös Pellonpää 2005 yleisesti ihmisoikeussopimuksen soveltamisperiaatteista, passim.

merkitystä asiallisen soveltamisalan kannalta. Se, milloin on kyse rikossyyteestä, ratkaistaan autonomisesti eli sopimuksen kontekstissa.

Tulkitessaan Euroopan ihmisoikeussopimusta EIT:n lähtökohtana on, että ihmisoikeussopimus on kansainvälinen yleissopimus, jonka tulkinnassa on otettava huomioon kansainvälisoikeudellisten sopimusten tulkinnassa yleisesti noudatettavat periaatteet. Näitä ovat tulkinta vilpittömässä mielessä ja antamalla valtiosopimuksessa käytetyille sanonnoille niille kuuluvassa yhteydessä niiden tavallinen merkitys valtiosopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa.<sup>34</sup> Ihmisoikeussopimuksessa ei määritellä mitään erityistä ihmisoikeudellista käsitesisältöä käytetyille oikeudellisille käsitteille, vaan niille on annettava ihmisoikeussopimuksen tulkintaan perustuva autonominen käsitesisältö tarkoituksen ja päämäärän mukaan. *Autonomisen tulkinnan periaatteen* taustalla on EIT:n halu määritellä itse sopimusmääräysten soveltamisalan laajuus, eikä jättää sitä sopimusvaltioiden tahdon varaan. *Autonominen tulkinta* tulee kyseeseen lähinnä silloin, kun sanamuodon mukainen tulkinta johtaisi ristiriitaan sopimuksen tarkoituksen ja päämäärän kanssa, tai kun se olisi suorastaan mahdoton siksi, että käsitteillä on eri maiden oikeudellisissa kielissä eri merkitys. Lähtökohtaisesti EIT noudattaa omaa aikaisempaa tulkintakäytäntöään.<sup>35</sup>

EIT:n ratkaisukäytännössä rikoksen käsitettä on tulkittu autonomisesti.<sup>36</sup> EIT:n *autonominen tulkinta* rikossyyte-käsitteestä antaa yleissopimuksen käsitteille sitovan yhteisen materiaallisen sisällön, joka ei ole riippuvainen sopimusvaltioiden kansallisesta lainsäädännöstä tai oikeudellisesta käsitteistöä.<sup>37</sup>

34 Spolander 2007, s. 95. “ – nämä periaatteet on kodifioitu tärkeimmiltä osin valtiosopimusoikeutta koskevassa Wienin yleissopimuksessa 31(1)”. SosS 33/1980. Spolander viittasi tapaukseen *Golder v. the United Kingdom* (21.2.1975).

35 Spolander 2007, s. 96–100. Näin myös Pellonpää 2005, s. 210–215. Tuomioistuimien seuraa omaa aikaisempaa oikeuskäytäntöään, josta poikkeamiseksi on pystyttävä osoittamaan perusteltuja syitä. Kun tulkinnan muutoksia tapahtuu, seuraa ihmisoikeussopimuksen tulkinnalle tyypillinen dynaamisuus ja evolutiivisuus, jota ilman tuomioistuin voisi muodostua kehityksen esteeksi.

36 Tulkintaperiaatteista lisää Spolander 2007, s. 95–105. Ks. myös Ervo 2007, s. 11–14.

37 Knuts 2006, s. 833–834. Ks. rikossyyte käsitteen tulkinnasta myös Virolainen–Pölonen 2004, s. 291.

## 2.4 Veronkorotuksen rikosoikeudellinen luonne

Rikossyytteen olemassaoloa on harkittava ottamalla huomioon EIT:n oikeuskäytännöllään vahvistamat ns. Engel -kriteerit (EIT:n tuomio *Engel ym. v. Alankomaat*). Ratkaisun perusteella EIT loi kriteerit, joiden perusteella erotettiin kurinpidollinen ja hallinnollinen toimenpide rikosoikeudellisesta toimenpiteestä.<sup>38</sup> Ensimmäinen kriteeri koskee sitä, kuinka menettely luokitellaan kansallisessa lainsäädännössä. Toinen kriteeri koskee syytteen tai rikkomuksen luonnetta ja kolmas kriteeri seuraamuksen luonnetta ja ankaruutta. Näiden kriteerien oli tarkoitus olla vaihtoehtoisia, mutta kiperissä tapauksissa niitä voidaan tarkastella myös kokonaisuutena.<sup>39</sup>

Lähtökohtana pidetään sitä, että kansallisessa oikeudessa rikosoikeudelliseksi luokitellulla normilla on rikosoikeudellinen luonne myös EIS:n tarkoittamassa mielessä, jolloin erillistä *autonomista tulkintaa* ei tarvita.<sup>40</sup> Toisen kriteerin mukaisen rikkomuksen todellista luonnetta arvioitaessa on tarkasteltava sekä normissa kuvailtua tekoa että normin rikkomisesta säädettyä seuraamusta. Tuomioistuimien tarkastelee, onko laaditun säännöksen ensisijaisena tarkoituksena rankaiseminen ja ennaltaehkäiseminen eli pelotevaikutus, jota pidetään tunnusomaisena ominaisuutena rikosoikeudellisille seuraamuksille, vai onko tarkoituksena ainoastaan ennaltaehkäisevä tai vaihtoehtoinen ja korjaava päämäärä, jota ei määrätä tekijän syyllisyyteen otetun kannan perusteella.<sup>41</sup> Kolmannen kriteerin mukaisella seuraamuksen luonteella ja ankaruudella viitataan tietyn seuraamuksen luonteeseen ja sen määrälliseen laajuuteen.<sup>42</sup> Ratkaisevana ei ole pidetty määrättyä sanktiota

38 Helenius 2010, s. 767.

39 Knuts 2006, s. 833–834. Ks. myös Virolainen – Pölonen 2004, s. 291.

40 Helenius 2010, s. 767. Ks. myös Hellsten 2010, s. 5.

41 Helenius 2010, s. 768. Ks. myös Knuts 2006, s. 834 ja Siitari-Vanne 2005, s. 536.

42 Helenius 2010, s. 768.

vaan seuraamuksen rangaistusmaksimia. Rahallisilla seuraamuksilla ei ole kuitenkaan tiettyä yksiselitteistä rangaistusmaksimia.<sup>43</sup>

Hallinnollisen veronkorotusmenettelyn rikosoikeudellinen luonne ratkeaa Hellstenin mukaan toisen ja kolmannen Engel-kriteerin avulla. Tarkastelun tulisi kohdistua toisen kriteerin mukaisesti toisaalta veronkorotussäännöksessä kuvailtuun tekoon, toisaalta sen rikkomisesta säädettyyn seuraamukseen. Olisi arvioitava, onko säännöksen ensisijaisena tarkoituksena rikosoikeudellisen seuraamuksen tapaan rankaiseminen ja ennaltaehkäisy.<sup>44</sup> Keskeisin EIT:n ratkaisu veronkorotusmenettelyn arvioinnista rikosoikeudelliseksi menettelyksi on *Bendenoun v. Ranska*, jonka jälkeen 6 artiklan soveltuvuus on todettu lukuisissa eri tapauksissa.<sup>45</sup>

EIT katsoi veronkorotusten merkinneen rangaistusta neljän kriteerin kokonaisuutensa jälkeen: 1) veronkorotussäännös koski kaikkia kansalaisia veronmaksajan ominaisuudessa eikä vain tiettyä rajattua ryhmää, 2) veronkorotusta ei ollut tarkoitettu taloudellisen vahingon korvaukseksi vaan ensisijassa yleisestääväksi sanktioksi, 3) veronkorotus määrättiin yleisen normin perusteella, joka oli yleisestäävä ja rankaisullinen, ja 4) kyse oli huomattavasta summasta, joka saatettiin muuntaa vankeudeksi.<sup>46</sup> Näihin tulkintakriteereihin vedottiin myös Suomea koskeissa tapauksissa *Jussila v. Suomi* ja *Ruotsalainen v. Suomi*.

---

43 Helenius 2010, s. 768–769. Helenius viittaa tapaukseen *Jussila v. Suomi*. EIT ei kiinnittänyt kovinkaan suurta merkitystä rahallisen seuraamuksen vähäisyyteen. Heleniuksen mukaan on vaikea arvioida pelkästään rahallisen määrän perusteella, täytyykö kolmas Engel-kriteeri vai ei. Helenius huomautti vielä, että EIT antoi vuonna 2007 kaksi ratkaisua Norjaa vastaan, joissa se nimenomaisesti poikkesi aiemmasta tulkintakäytännöstään ja kehitti Engel-kriteerien lisäksi joukon uusia kriteereitä, joiden perusteella olisi tullut arvioida, onko kyseessä nimenomaan 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklassa tarkoitettu rikosoikeudenkäynti. Tulkinta oli suppeampi kuin aiemmin. Vuoden 2009 alusta alkaen EIT palasi kuitenkin Heleniuksen mukaan takaisin laajempaan tulkintakäytäntönsä ja soveltaa nykyään nimenomaan Engel-kriteereitä tulkitessaan 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklaa. Helenius viitasi tapauksiin EIT Mjelde v. Norja ja Storbråten v. Norja sekä uudemmasta oikeuskäytännöstä muun muassa *Zolotukhin v. Venäjä* ja *Ruotsalainen v. Suomi*.

44 Hellsten 2010, s. 5.

45 Koponen 2004, s. 63. Ks. myös tapaus *Gradinger v. Itävalta*, hakemus nro 13963/90 23.10.1995 k. 61 ja 65–66.

46 *Bendenoun v. Ranska*, s. 14 k. 28 ja s. 19–22 k. 44–53. Tapauksessa EIT viittaa myös ratkaisuun *Engel ym v. Alankomaat* sekä *Özürk v. Saksa*. Tuomion johdosta Ranskassa tehtiin merkittäviä veronkorotuslainsäädännön uudistuksia, joiden johdosta pääsääntöisesti kaikki veronkorotukset nyttemmin käsitetään ja käsitellään rikossyyteinä. Ks. myös Virolainen – Pölonen 2004, s. 330.

## 2.5 *Ne bis in idem* -periaatteen soveltuvuus tapaukseen

Olennaista kaksoisrangaistuksen tilanteessa on arvioida, perustuvatko erilaiset sanktion langettamiseen tähtäävät prosessit olennaisilta osin samoihin tekomentteihin. Jos perustuvat, jälkimmäinen eli toinen samoihin tekomentteihin perustuva prosessi on mahdollista nähdä EIS 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklan vastaisena. Eri valtiot yksilöivät rikokset eri tavoin, eikä EIT:n käytännön mukaan oikeutta kaksoisrangaistavuuden kiellon suojaan tulisi rajoittaa subjektiivisen ja objektiivisen tunnusmerkistön erittelyllä. Tämä huomioitiin tapauksessa *Zolotukhin v. Venäjä*, jossa käsite ”sama asia” tarkennettiin koskemaan samoja tosiasioita välittämättä siitä, miten laissa teko kuvattiin. Siten artiklan noudattamista harkittaessa on tutkittava konkreettisia tosiseikkoja, jotka koskevat samaa syytettyä ja liittyvät erottamattomasti toisiinsa ajan ja tilan suhteen.<sup>47</sup> Tapauksessa EIT loi kriteerit *ne bis in idem* -periaatteen soveltamisedellytyksiä arvioitaessa sille, onko kysymys lainvoimaisen tuomion jälkeen samojen tosiasioiden perusteella käynnistettävästä prosessista.<sup>48</sup> EIT julisti siten tuomiossaan myös sen, että artiklan tarkoitus on estää rikosprosessin uudelleen käsittely, kun päätös on tullut lopulliseksi.

EIT linjasi näin ratkaisukäytännössään kriteerit tulkinnalle rikossyyte-käsitteestä, veronkorotuksen rankaisullisesta luonteesta, *ne bis in idem* -periaatteen soveltamisesta sekä estävän vaikutuksen määrittelystä ratkaisun lopullisuuteen perustuvana. Näiden tulkintaohjeiden mukaisesti kansallisten tuomioistuinten on käsiteltävä *ne bis in idem* -periaatetta kansallisesta lainsäädännöstä ja oikeudellisesta käsitteistöstä riippumatta. EIT sovelsi edellä esitettyjä kriteereitä tapauksessa *Ruotsalainen v. Suomi* ja katsoi, että periaate soveltui.

Tapaus *Ruotsalainen v. Suomi* koski kysymystä, rangaistiinko diesel-öljyä lievemmin verotettua polttoainetta dieselautoonsa tankannutta henkilöä kahdesti, kun hän sai teostaan sakon ja häneltä perittiin ennakoilmoituksen puuttumisen vuoksi polttoainemaksu kolminkertaisena. EIT:n mukaan valittaja oli lainvoimaisesti tuomittu rangaistusmääräysmenettelyssä jota, ottaen huomioon kotimaisen oikeuden luonnehdinnat, oli pidettävä rikosoikeudenkäyntinä 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklan mielessä. Päätös oli saanut lainvoiman, joten artikla soveltui.<sup>49</sup>

47 *Zolotukhin v. Venäjä*, k. 58–69.

48 *Zolotukhin v. Venäjä*, k. 78–84.

49 *Ruotsalainen v. Suomi*, k. 1–4.

Rangaistusmääräysmenettelyn jälkeen valittajalle oli määrätty polttoainemaksu hallintomenettelyssä. Maksua ei ollut pidetty rikosseuraamuksena, vaan se oli luettu verotuksen alaan. Tämä ei kuitenkaan ollut ratkaisevaa, vaan teon todellinen luonne oli paljon merkittävämpi. Polttoainemaksulain kyseiset säännökset koskivat kaikkia kansalaisia. Maksu oli peritty kolminkertaisena, joten tätä oli pidettävä rangaistuksena, jolla pyrittiin estämään uusia rikoksia, mikä on tyypillisesti rikosseuraamusten tavoite. EIT viittasi Zolotukhin -tapauksessa antamaansa tuomioon ja totesi, että 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklan kieltoa voitiin soveltaa vain, jos syytteet tai oikeudenkäynnit perustuivat samoihin tai olennaisesti samoihin tosiseikkoihin eli konkreettisiin tosiasiallisiin seikkoihin, jotka koskivat samaa vastaajaa ja liittyivät toisiinsa erottamattomasti ajan ja tilan suhteen. Valittajan saama rangaistusmääräys oli perustettu siihen, että hän oli menetellyt ”muutoin petollisesti” estääkseen veron määräämisen. Olennaisena pidettiin myös sitä, että hän oli tehnyt tankkauksen itse. Maksu oli määrätty kolminkertaisena ennakkoilmoituksen puuttumisen vuoksi. Maksun periminen ei edellyttänyt tahallisuutta polttoaineen käyttäjässä. EIT katsoi, että kummankin menettelyn kohteena olleet tosiseikat eivät juuri eronneet toisistaan, vaikkakin rangaistusmääräys edellytti tahallisuutta. Siten tosiseikkoja oli pidettävä olennaisesti samoina sovellettavan artiklan kannalta.<sup>50</sup>

Zolotukhin-tapaus nosti esiin monia tärkeitä eurooppaoikeutta sivuavia kysymyksiä sekä paljasti EIT:n ja kansallisen tason välisiä jännitteitä. Zolotukhin-tapaus sivuaa EU-oikeutta sekä EU:n ja EIS:n välistä vuorovaikutussuhdetta. EIT haki muun ohessa johtoa Schengenin soveltamissopimuksen 54 artiklasta päätyessään katsomaan, että asian ”samuus” määräytyy tosiasioiden, ei oikeudellisten tunnusmerkistöjen, perusteella. EIT on nojautunut viime vuosina EU-oikeudellisiin lähteisiin, useimmiten tällöin EIS:n tarjoamaa suojaa laajentaen. EIT:n erilaisista tulkinnoista huolimatta sen ratkaisu Zolotukhin-tapauksessa on selventänyt epäselvää oikeustilaa. Ratkaisu on saanut viranomaiset paneutumaan asiaan oikeustilan parantamiseksi kansallisissa oikeusjärjestyksissään. Toisin sanoen tuomio on antanut aiheen lainsäädäntötoimiin, joita valmisteltaessa ei ole syytä sulkea pois mahdollisuutta, että *ne bis in idem* -säännön soveltamisala EIT:n uusien tapausten kautta täsmentyy laajemmaksi kuin mistä ylimpien tuomioistuintemme ratkaisussa on lähdetty.<sup>51</sup>

50 Ruotsalainen v. Suomi, k. 27 ja 42–48.

51 Pellonpää – Gullans 2011, s. 427 ja 429–430.



## 2.6 EUT:n tulkinta *ne bis in idem* -periaatteesta

EUT selvensi oikeuskäytännössään *ne bis in idem* -sääntöä EU-oikeudessa tapauksissa *Gözütok ja Brügge* (C-469/03), *Miraglia* (C-469/03), *Van Esbroeck*<sup>52</sup> (C-436/04) sekä *Hof van Cassatie* (C-367/05).

Tapauksessa *Gözütok ja Brügge* EUT:n mukaan ensinnäkin käsite lopullinen ratkaisu ei välttämättä tarvitse tuomioistuimen päätöstä, vaan riittää, että asia ratkaistaan kansallisen oikeusjärjestyksen mukaisesti.<sup>53</sup> Toiseksi EIT:n mukaan on välttämätöntä, että jäsenvaltiot luottavat vastavuoroisesti toistensa rikosoikeudelliseen systeemiin ja tunnustavat toisen valtion ratkaisun, vaikka se olisi erilainen kuin heidän omansa olisi ollut.<sup>54</sup> Kolmanneksi EUT korosti päätöksessään objektivisuus- ja tehokkuusperiaatetta vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueella, jossa vapaa ihmisten liikkuvuus oli taattava ja suojattava.<sup>55</sup>

*Miraglia* -tapauksessa EUT kehitti tulkintaansa lopullisen ratkaisun estävästä vaikutuksesta. EUT julisti, että *ne bis in idem* ei sovellu tiettyihin jäsenvaltion oikeudellisiin päätöksiin, jotka ovat lopullisia. Ensinnäkin, kun ne ovat tulleet lopullisiksi ennen kuin julkinen syyttäjä on päättänyt, ettei se nosta syytettä. Toiseksi, kun tämä syyttäjän päätös perustuu pelkästään siihen, että rikosoikeudellinen käsittely on jo aloitettu toisessa jäsenvaltiossa samaa syytettyä kohtaan samoista teoista. Kolmanneksi, kun pääasia ei ole arvioitu mitenkään.<sup>56</sup>

*Van Esbroeck* -tapauksessa EUT päätti kahdesta avainkysymyksestä: ”*ratione temporis*” ja ”*idem*”. Ensimmäinen kysymys koski rikosprosessia sopimusvaltiossa teoista, joista henkilö oli jo tuomittu yhdessä sopimusvaltiossa. *Ne bis in idem* -kielto soveltuu, vaikka CISA ei ollut voimassa myöhemmässä valtiossa sinä aikana, kun henkilö ensimmäisen kerran tuomittiin. Sopimus tuli kuitenkin voimaan sinä aikana, kun asiaa arvioitiin myöhemmässä sopimusvaltiossa toistamiseen.<sup>57</sup> Toisen kysymyksen osalta EUT vahvisti tulkintansa vertaamalla käsitettä ”*idem*” eri sanamuotoihin toisten kansainvälisten instrumenttien vastaavaan, joka pikemminkin vastaa oikeudellista kuvausta teosta ”*act*” kuten EIS:n termi ”*offence*” on käytetty.<sup>58</sup> Koska unionilla ei ole harmonisoitua rikoslakia, kriteerin määrittäminen oikeudellisella kuvauksella teosta tai suojatusta oikeudellisesta oikeushyvästä loisi monia esteitä vapaalle liikkuvuudelle Schengen alueella, joten ainoa relevantti kriteeri *ne bis in idem* -periaatteen käytölle on materiaallisen teon kuvaus todellisine olosuhteineen, jotka ovat yhteydessä toisiinsa.<sup>59</sup>

52 Ks. *ne bis in idem* -periaatteen kehityksestä EU:ssa, Fletcher 2003.

53 *Gözütok ja Brügge*, k. 28 ja 31.

54 *Gözütok ja Brügge*, k. 32.

55 *Gözütok ja Brügge*, k. 35.

56 *Miraglia* k. 35.

57 *Van Esbroeck* k. 43. *Ratione temporis*-valitus voidaan jättää sopimuksen kanssa ajallisesti yhteensopimattomana tutkittavaksi ottamatta. Pellonpää 2005, s 134.

58 *Van Esbroeck* k. 28.

59 *Van Esbroeck* k. 35 ja 36.

Tapauksessa *Hof van Cassatie v. Belgia* EUT tulkitsi 54 artiklaa siten, että soveltamisen kannalta merkityksellisenä kriteerinä on tapahtuneiden tekojen identtisyyttä koskeva kriteeri, jolla tarkoitetaan sitä, että kyse on joukosta toisiinsa erottamattomasti liittyviä tekoja, riippumatta näiden tekojen oikeudellisesta luonnehdinnasta tai suojatusta oikeushyvästä. EUT:n mukaan suojaa sovelletaan, vaikka aiempaa tuomiota ei ole voitu panna täytäntöön.<sup>60</sup>

Lisäksi EUT:n tulkinnan mukaan periaatetta sovelletaan sellaiseen lainvoimaiseen ratkaisuun, jolla syytymenettely päätetään. Ratkaisun on oltava kansallisen oikeuden mukaan lainvoimainen ja sitova sekä johdettava tässä valtiossa periaatteen mukaiseen suojaan. Näin EUT:n tulkinta poikkeaa EIT:n tulkinnasta, jonka mukaan ratkaisu on lopullinen, kun siihen ei voida hakea muutosta säännönmukaisin muutoksenhakukeinoin.<sup>61</sup>

### 3 Ratkaisujen vaikutus Suomen oikeusjärjestykseen

#### 3.1 Korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut ja tulkinta

Suomen korkein oikeus antoi vuonna 2010 kolme ennakkopäätöstä, joissa otettiin kantaa *ne bis in idem* -kiellon merkitykseen veroasioissa.<sup>62</sup> Niissä kaikissa todettiin veronkorotuksen määrääminen EIS 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklan soveltamisen kannalta rikosasiaksi ja veronkorotusten määräämisessä katsottiin olleen kysymys samasta asiasta kuin törkeää veropetosta koskevassa syytessä<sup>63</sup>. Korkein oikeus totesi perusteluissaan *ne bis in idem* -kiellon tarkoituksesta, että kielto koskee peräkkäisiä menettelyitä ja suojaa yksilöä sitä vastaan, että asian tultua kertaalleen käsitellyksi ja lopullisesti ratkaisuksi häntä vastaan ryhdyttäisiin saman teon vuoksi uuteen menettelyyn. KKO:n mukaan kielto koski tilannetta, jossa ensimmäinen ratkaisu on lopullinen ennen jälkimmäisen menettelyn alkamista. Lopulliseen ratkaisuun ei voitaisi tässä suhteessa rinnastaa vireillä olevaa tai muuten lopullista ratkaisua vailla olevaa asiaa<sup>64</sup>.

60 C-297/07, Bourquain.

61 Koponen 2011. Ks. myös EUT:n ratkaisu Turansky (C-491/07, Turansky).

62 KKO 2010:82; KKO 2010:46 ja KKO 2010:45.

63 KKO 2010:46, k. 14; KKO 2010:45, k. 13 ja KKO 2010:82, k. 13.

64 KKO 2010:46, k. 43–45 ja KKO 2010:45 k. 42–44.

Korkein oikeus noudatti EIT:n tulkintalinjaa, mutta EUT:n ratkaisulinja ei sen sijaan ole vakiintunut.<sup>65</sup> Suomen kansallisten tuomioistuinten on noudatettava ensisijassa EUT:n ratkaisuja ja niidenkin tulisi olla sopuoinnussa EIT:n ratkaisujen kanssa. EIT:n ratkaisuohjeet takaavat kuitenkin vain vähimmäissuojan. EU- sekä kansallinen lainsäädäntö ja -käytäntö voivat luoda tätä paremman suojan.<sup>66</sup>

KHO tulkitsi ratkaisussaan 20.4.2011, ettei ole estettä sille, että veroasian käsittelyä jatketaan, vaikka sama asia on vireillä myös rikosoikeudellisessa menettelyssä. KHO:ssa perusteltiin ratkaisua siten, ettei tuossa toisessa menettelyssä ollut vielä annettu lopullista ratkaisua. Lisäksi se vetosi ratkaisussaan KKO:n perusteluihin, joissa todettiin, että estevaikutus liittyy rikosasiaa koskevan menettelyn lopullisuuteen, eikä kansallisella lainkäyttö- ratkaisulla tulisi tehdä sellaista laajentavaa tulkintaa, jonka mukaan veronkorotuksesta annettuun lopulliseen ratkaisuun rinnastettaisiin vireillä oleva tai muuten lopullista ratkaisua vailla oleva asia.<sup>67</sup> KHO perusteli ratkaisuun myös sillä, että oikeustila on edelleen EIT:n vaihtelevan tulkintakäytännön vuoksi epäselvä. Kun kysymys on myös oikeusjärjestyksen perusrakenteiden sivuuttamisesta ja rikkomus on EIT:n käytännön valossa tulkinnanvarainen, nämä seikat puoltaisivat sitä, ettei kansallisia veronkorotussäännöksiä sivuuteta.<sup>68</sup>

Korkein hallinto-oikeus katsoi, että veronkorotusten määräämisessä oli kysymys Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7. lisäpöytäkirjan 4 artiklassa tarkoitetusta rikosasiasta ja että veropetosasiassa ja veronkorotusten määräämisessä oli kysymys olennaisesti samasta asiasta. Koska sanotun artiklan mukaista *ne bis in idem* -kieltoa sovelletaan silloin, kun ensimmäinen ratkaisu on lopullinen ennen jälkimmäisen menettelyn alkamista, mutta ei rinnakkain vireillä olevissa menettelyissä, kieltä ei ollut esteenä veronkorotusten määräämiselle käräjäoikeuden tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeen. Korkein hallinto-oikeus kumosi hallinto-oikeuden päätöksen veronkorotusten osalta ja palautti asian hallinto-oikeudelle ensi asteena käsiteltäväksi A:n veronkorotusten määriä koskevien vaatimusten tutkimista varten.<sup>69</sup>

65 Westmeier – Thwaites 2006, s. 574. Ks. myös Commission Staff Working Document 2005, s. 57.

66 Ojanen 2010, s. 20, 51, 140–145 ja 174.

67 KHO 2011:41, k.2.6.

68 KHO 2011:41, k. 2.3.

69 KHO 2011:41, s. 1.

### 3.2 *Lis pendens* -vaikutuksen arviointia

Suomen oikeusjärjestelmässä haastehakemuksen jättämisellä tai vaatimuksen esittämisellä syntyvä jutun vireilläolo- eli *lis pendens* -vaikutus tarkoittaa, ettei samaa asiaa saa oikeudenkäynnin kestäessä saattaa toisen oikeudenkäynnin kohteeksi. Jos aikaisemman ja myöhemmän prosessimenettelyn kohteet ovat samat, myöhemmin vireille pantu juttu on jätettävä *ex officio* tutkittavaksi ottamatta, vaikka aikaisempi oikeudenkäynti olisi vielä vireillä. *Lis pendens* ilmaisee ajatuksen myös *ne bis in idem* -periaatteesta. *Res judicata* ja *lis pendens* -vaikutuksen rajat ovat samat: syyte teosta, joka ei kuulu negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen piiriin, voidaan nostaa *lis pendens* -vaikutuksen sitä estämättä.<sup>70</sup>

Veronkorotuksen vireilletulon ajankohtaa ei ole määritelty laissa. Veronkorotusta koskevan tutkimisen voitaneen katsoa alkavan viimeistään, kun verovelvollinen vastaanottaa viranomaisen lähettämän kuulemiskirjeen tai kun hän muuten saa tiedon siitä, että hänelle on varattu tilaisuus tulla kuulluksi asiassa.<sup>71</sup> Alkamisajankohtana voitaneen pitää myös verotarkastuskertomuksen tai muuntyyppisen sanktiomenettelyn aloittamista koskevaa tiedoksiantamista.<sup>72</sup> Suurin osa jälkiverotuksista tulee vireille kirjanpitovelvollisten elinkeinoharjoittajien tai yritysten verotarkastuksien seurauksena tai tarkkailuilmoituksen, kantelun tai verotusvuotta seuraavien verovuosien verotuksen toimittamisen yhteydessä havaittujen seikkojen vuoksi.<sup>73</sup>

### 3.3 Yhdenvertaisuus- ja ennakoitavuusperiaatteen huomioon ottaminen

Rikoslain kieltojen ja käskyjen tehosteena on rikossäännöksestä ilmenevä rangaistusuhka. Rangaistusjärjestelmän kivijalkana ovat yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaatteet.<sup>74</sup> Yhdenvertaisuusperiaate edellyttää samanlaisten tapausten samanlaista kohtelua ja erilaisten tapausten erilaista kohtelua. Näin kyetään takaamaan rangaistuskäytännön yhtenäisyys.<sup>75</sup> Yhdenvertai-

70 Frände 2007, s. 404–406.

71 Hellsten 2010, s. 536.

72 Siitari-Vanne 2005, s. 177.

73 Savolainen – Teperi 2000, s. 56.

74 Tapani – Tolvanen 2006, s. 8–9.

75 Tapani – Tolvanen 2006, s. 14–15.

suusperiaate ilmaistaan sekä perustuslain (731/1999, myöh. PL) 6 §:ssä että RL 6 luvun 3 §:ssä. Suhteellisuusperiaate vaatii rangaistuksen määräämistä niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen, vaarallisuuteen, teon vaikuttamiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen (RL 6 luvun 4 §). Verovelvollisen tulisi saada tietää, mikä seuraamus häntä uhkaa silloin, jos hän ei täytä velvollisuuksiaan oikein. Laillisuusperiaatteeseen kuuluvien vaatimusten keskeisin sisältö on, että tekijällä on tekohekellä mahdollisuus tietää kielletyn menettelyn rajat ja pidättäytyä rikkomasta näitä rajoja. Ennakoitavuus koskee sekä rangaistus-säännösten täsmällisyyttä että oikeuskäytännön ennustettavuutta.<sup>76</sup> PL 6 §:n säännös tasapuolisuudesta sisältää oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja tosiasiallisen tasa-arvoisuuden, yhdenvertaisuusperiaatteen. Säännökseen sisältyy mielivallan kieltö ja vaatimus samanlaisesta kohtelusta samanlaisissa tapauksissa sekä yleensäkin vaatimus ratkaisutoiminnan johdon-mukaisuudesta. Nykyinen tulkinta ei täytä sanottuja vaatimuksia. Uusi laki on siis välttämätön yksilön oikeusturvan kannalta.

## 4 *Ne bis in idem* -periaatteen kansainvälinen kehitys

### 4.1 *Ne bis in idem* -periaate ja veronkorotus eri maissa

Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti vertailun vuoksi *ne bis in idem* -periaatteen huomioimista eräissä maissa sekä sen järjestämistä niiden oikeusjärjestyksessä. Tarkastelun kohteeksi on otettu Pohjoismaiden lisäksi muutamia keskeisiä Euroopan maita.

Suomalainen käsitys *ne bis in idem* -periaatteesta ilmenee oikeuskirjallisuudessa negatiivisen oikeusvoiman käsitteen alla. Toisin kuin eräissä muissa maissa suomalaisessa lainsäädännössä ei oikeusvoimaa ole kirjoitettu lakiin. Vuoden 1734 oikeudenkäymiskaaressa sen voitiin katsoa nimellisesti perustuvan tuomion oikeusvoimaa koskevaan 28 luvun 1 §:n säännökseen. Säännös kumottiin lailla vuonna 2003.<sup>77</sup> Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kesäkuussa vuonna 2009 ratkaisema tapaus, *Ruotsalainen v. Suomi*, toi esiin tämän kaksoisrangaistavuuden ongelman Suomen soveltamassa käytännös-

<sup>76</sup> Koponen 2004, s. 36–39.

<sup>77</sup> Ks. Wrede 1894, s. 249 ja 146; L 15.5.2003/360; Tirkkonen 1948, s. 406; Jokela 2004, s. 444 sekä Lahti 2004.

sä. Suomen oikeuskäytännössä ei aiemmin katsottu periaatteen soveltuvan hallintoprosessiin, johon veronkorotuksen määrääminen kuuluu.<sup>78</sup>

Ruotsin lainsäädännössä tunnustetaan oikeusvoiman olemassaolo.<sup>79</sup> Ruotsin korkein oikeus ratkaisi maaliskuussa vuonna 2010 kaksi tapausta, jotka käsittelivät kysymystä *ne bis in idem* -periaatteesta ja veronkorotusta veropetosyytteen estävänä tekijänä. Se totesi molempien tapausten osalta, että EIT:n hajanaisen tulkintakäytännön vuoksi ei ole saatavissa selvää tukea sille, ettei ruotsalaista järjestelmää hallintoprosessioikeudellisesta ja rikosprosessioikeudellisesta sanktiojärjestelmästä voitaisi hyväksyä. Veronkorotuksen määrääminen ei näin ollen muodosta estettä henkilön tuomitsemiselle veropetoksesta.<sup>80</sup> Ruotsalainen oikeusneuvos Johan Munck esittää artikkelissaan, että veroviranomainen voisi ilmoittaa veronkorotuksen lisättäväksi syytteeseen liitettäväksi, jolloin ne käsiteltäisiin samassa oikeuskäsittelyssä.<sup>81</sup> Samaan ratkaisuun päätyi artikkelissaan Teresa Simon Almedal. Hän ehdotti artikkelissaan yhdeksi vaihtoehdoksi noudattaa Norjan mallia.<sup>82</sup> Norjan mallin mukaan veroviranomainen valitsee veronkorotuksen ja poliisille ilmoittamisen välillä. Jos valitaan rikosoikeudellinen tie ja seuraamuksena olisi sakkoa, veronkorotus sisällytettäisiin sakkoon. Vankeustuomion osalta sanktio yhdistettäisiin taloudelliseen sanktioon.<sup>83</sup> Norjassa on vuonna 2010 kumottu kahteen eri menettelyyn johtanut seuraamusjärjestelmä ja siirrytty uuteen, ainoastaan yhteen seuraamukseen johtavaan järjestelmään EIT:n tulkintakäytännön vuoksi.<sup>84</sup>

Tanskassa ei ole mahdollisuutta valittaa verotuspäätöksestä tuomioistuimeen, vaan veroasiassa ensi asteen muutoksenhaku tapahtuu kunnallisiin lautakuntiin, joiden päätöksestä voi hakea muutosta valtakunnalliselta tuomioistuinmaiselta muutoksenhakuelimeltä. Tanska on joutunut harkitsemaan uutta lainsäädäntöä, vaikka se ei mielellään luovu edullisesta, nopeasta

78 Ks. Wrede 1894, s. 249 ja 146; Tirkkonen 1948, s. 406 ja Jokela 2004, s. 444.

79 Rättegångsbalk 17 kap. 11 § ”Dom äge, sedan tid för talan utgått, rättskraft, såvitt därigenom avgjorts den sak, varom talan väckts”

80 HD B 5498-09 ja HD B 2509-09.

81 Munck 2010, s. 751–753.

82 Simon Almedal 2010, s. 570. Ks. myös Helenius 2010, s. 765: ”Norjan seuraamusjärjestelmä uudistettiin vuoden 2010 alusta alkaen. Uuden järjestelmän lähtökohtana on, että sama teko ei saisi johtaa sekä hallinnolliseen veronkorotusmenettelyyn että rikostutkintaan.”

83 SOU 2009:58, s. 566.

84 Helenius 2010, s. 765 ja Hellsten 2010, s. 3.

ja kirjallisesta menettelystään. EIT ei hyväksy Tanskan nykyistä ratkaisulinjaa, sillä EIT:n mukaan on oltava mahdollisuus hakea muutosta toimivaltai-  
sesta tuomioistuimesta.<sup>85</sup>

Ranskan perustuslakiin periaate kirjattiin jo vuonna 1791 luomaan oikeus-  
turvaa maahan. Samoin periaate ilmenee seuraavien EU-maiden perustusla-  
eissa eri muodoissaan: Tšekin tasavalta, Saksa, Viro, Kypros, Liettua, Malta,  
Portugali, Slovenia ja Slovakian tasavalta.<sup>86</sup>

Alankomaissa periaate on kirjattu rikoslakiin vuonna 1886. Lain mukaan ei  
ole estettä syytteen nostamiseen asiassa, josta on jo annettu hallinnollinen  
sanktio, ellei sitä ole erikseen estetty. Alankomaat ei ole ratifoinut EIS 7  
lisäpöytäkirjaa<sup>87</sup>. Lisäksi Alankomaat on tehnyt varauksen vastaavaan KP  
-sopimuksen 14 artiklan 7 kohdan soveltamiseen siten, ettei se sovel-  
lata sopimusta niiltä osin, kuin se ylittää tämän kansallisen rikoslain 68 artiklan  
asettamat velvoitteet. Alankomaiden hallitus pelkäsi hallinnollisten sankti-  
oiden laajentavaa tulkintaa kohti rikossyytettä eikä halunnut ratifioida so-  
pimusta.<sup>88</sup>

Pohjoismaiden ulkopuolella käytetään erilaisia hallinnollisia sanktioita ja  
sovintoja rikosprosessin korvikkeena huomattavan laajasti ja ne voivat toi-  
mia aidosti rikosprosessin korvikkeena.<sup>89</sup> Jotkut valtiot ovat ymmärtäneet,  
että EIS:n artiklalla voi tulla olemaan autonominen luonne ja ovat tehneet  
varauksen sopimukseen liittyessään rajoittamalla *ne bis in idem*-säännön so-  
veltamisen ainoastaan rangaistuksiin, jotka luokitellaan rikosoikeudellisiksi  
sen kansallisen oikeuden mukaan. Tällaisia varauksen tehneitä valtioita ovat  
esimerkiksi Ranska, Italia, Tanska ja Itävalta.

---

85 Siitari–Vanne 2005, s. 266–272.

86 Committee on Citizens' Freedoms and Rights: Charter of Fundamental Rights of  
the European Union, Article 50 – [www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/charter/  
art50/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/charter/art50/default_en.htm), vierailupäivä 27.10.2011.

87 Council of Europe: Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human  
Rights and Fundamental Freedoms, Dates of signature and ratification. CETS No.:  
117 – <http://conventions.coe.int/> (Treaties -> You know the CETS number or the  
abridged title of the treaty -> CETS 117), vierailupäivä 27.10.2011.

88 Klip – Van der Wilt 2004, s. 1091.

89 Koponen 2004, s. 65 ja 365.

## 4.2 Euroopan unionin vaikutus periaatteen soveltamiseen ja tulkintaan

*Ne bis in idem* -periaate esiintyy useassa Suomea sitovassa uudessa kansainvälisessä ja eurooppalaisessa sopimuksessa.<sup>90</sup> Oikeusministeriö käsitteli Kreikan tasavallan ehdotusta puitepäätökseksi *ne bis in idem* -periaatteen soveltamisesta vuonna 2003. Käsittely keskeytettiin toistaiseksi heinäkuussa vuonna 2004.<sup>91</sup> Komission vihreä kirja *ne bis in idem* -periaatteesta annettiin joulukuussa 2005. Komissio hahmotti vihreässä kirjassa eri mahdollisuuksia ottaa käyttöön järjestelmä, joka helpottaisi tarkoituksenmukaisimman oikeuspaikan valintaa syytetoimien yhteydessä. Rikosoikeudellista toimivaltaa on viime vuosina laajennettu monissa valtioissa. Tämä on aiheuttanut sen, että EU:ssa joudutaan yhä useammin tilanteisiin, joissa useammalla kuin yhdellä jäsenvaltiolla on rikosoikeudellinen lainkäyttövalta ja siten oikeus nostaa syyte saman teon osalta (positiivinen toimivaltaristiriita). *Ne bis in idem* -periaate kieltää vihreän kirjan mukaan ainoastaan syytetoimien aloittamisen uudelleen sellaisesta asiasta, josta on jo annettu lainvoimainen päätös. Kun ei ole olemassa järjestelmää, jonka perusteella kukin rikosasia osoitettaisiin käsiteltäväksi tarkoituksenmukaisimmassa oikeuspaikassa, *ne bis in idem* -periaatteen soveltaminen voi johtaa satunnaiseen tai jopa mielivaltaiseen ratkaisuun, kun etusijan saa se jäsenvaltio, jonka tuomioistuin ensimmäisenä pystyy antamaan asiassa lainvoimaisen päätöksen.<sup>92</sup> Tämä voi johtaa *forum shopping* -tapauksiin tai sopimattomiin keinoihin nopeuttaa juttujen käsittelyä.<sup>93</sup>

Vireilläolovaikutus on EU:ssa edelleen kyseenalainen. Oikeuskirjallisuudessa on nähty rikosoikeudella sellainen yhteys siviili- ja kauppaoikeuteen, että vastavuoroisen tunnustamisen periaate jäsenvaltioiden välillä yhdessä *lis pendens* -vaikutuksen kanssa varmistaisi, että juttu tuodaan vain kerran oikeuteen. Vaikka rikosoikeudella ja siviilioikeudella on perusteelliset eronsa,

90 Ks. *ne bis in idem* -periaatteen ilmentymisestä eri sopimuksissa, edellä jaksossa 1.3.

91 OM 7/2011, s. 171; U 2/2003 sekä LaVL 1/2003. Ehdotus perustuu Tampereella pidetyssä Eurooppaneuvostossa hyväksytyihin päätelmiin vastavuoroisen tunnustamisen periaatteen täytäntöönpanemiseksi rikosasioissa sekä niin sanottuun Wienin toimintasuunnitelmaan parhaista tavoista panna täytäntöön Amsterdamin sopimuksen määräykset vapauteen, turvallisuuteen ja oikeuteen perustuvan alueen toteuttamisesta. Hankkeeseen liittyy Kreikan tasavallan ehdotus puitepäätökseksi ja komission vihreä kirja. Ks. U 2/2003 sekä KOM(2005) 696.

92 KOM(2005) 696, s. 3.

93 Wasmeier – Thwaites 2006, s. 576.



tämä oikeutetusti nostaa esiin kysymyksen, tulisiko vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueella monenkertaiset prosessit rajoittaa jo ennen kuin lopullinen tuomio olisi annettu.<sup>94</sup> Vihreän kirjan mukaan toimivaltaisten viranomaisten olisi saatava tieto toistensa lainkäyttövallan piirissä vireillä olevista menettelyistä ja niihin liittyvistä päätöksistä. Niillä olisi myös oltava mahdollisuus vaihtaa tätä koskevia tietoja. Sen jälkeen, kun jonkin jäsenvaltion syyttäjäviranomaiset olisivat saaneet tiedon toisissa jäsenvaltioissa vireillä olevista syytetoimista, niiden olisi voitava pidättäytyä syytetoimien aloittamisesta tai keskeyttää jo aloitetut toimet pelkästään sillä perusteella, että samasta asiasta on jo nostettu syyte toisessa jäsenvaltiossa.<sup>95</sup> Näin *ne bis in idem* -periaatteelle vahvistettaisiin myös *lis pendens*- eli vireilläolovaikutus.

EU-vero-oikeudessa välittömän verotuksen osalta unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö on vasta kehittymässä. EU:ssa viranomaisten yhteistoimintaa säättää virka-apudirektiivin 8b. 1 artikla. Kansainvälisissä tilanteissa veron asianmukainen perintä edellyttää eri valtioiden veroviranomaisen välistä yhteistyötä ja ennen kaikkea tietojenvaihtoa. Valtioiden veroviranomaiset voivat sopia, että ne suorittavat kukin omalla alueellaan yhden tai useamman verovelvollisen verotuksellisen tilanteen samanaikaisia tarkastuksia ja vaihtavat näin saatuja tietoja, jos niillä on asiassa yhteinen tai toisiaan täydentävä intressi.<sup>96</sup>

Ruotsalainen Haaparannan käräjäoikeus pyysi kesällä 2011 EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisua kaksoisrangaistavuudesta. Ruotsin korkeimman oikeuden mukaan kyse ei ole unionin oikeuden tulkinnasta vaan Ruotsin vero- ja rikoslaista. Ruotsin korkein oikeus hylkäsi pyynnön hankkia ennakkoratkaisua sekä valitusluvan korkeimpaan oikeuteen.<sup>97</sup>

94 Wasmeier – Thwaites 2006, s. 576–577. Ks. myös neuvoston asetus tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla 22.12.2000 (44/2011/EY, Bryssel I) 27 artikla.

95 KOM 2005 696, s.4.

96 Helminen 2008, s. 251.

97 HD B 5302-10.

## 5 Uuden tulkintakäytännön vaikutusten arviointia

### 5.1 EIT:n ratkaisujen välittömät vaikutukset

*Ne bis in idem* -tapauksissa EIT:n tulkintakäytännön välittömänä vaikutuksena viranomaiset saattavat pyrkiä esitutkinta- ja syyteharkintavaiheiden nopeuttamiseen, jotta syytteet saataisiin nostettua ennen hallinnollisen sanktion lopulliseksi tulemista. Kiirehtiminen esitutkinnassa ja syyteharkinnassa johtaa helposti tarpeeseen lykätä pääkäsittelyä tai pahimmillaan palauttaa juttu kokonaan takaisin esitutkintaan. Epäillylle on taas edullista kannustaa kaikin tavoin viivyttämään esitutkintaa ja syyteharkintaa, jotta epäillylle määrätyt hallinnolliset sanktiot ehtisivät tulla lopullisiksi ennen syytteen nostamista, minkä takia asian käsittely tuomioistuimessa estyisi. Tällöin rikosasian epäilty hyötyy, jos hän onnistuu miten epäasiallisin keinoin tahansa ja tarpeettomin lisätutkintapyynnöin hyvänsä viivyttämään esitutkintaa ja syyteharkintaa. Edellä mainituissa korkeimman oikeuden ratkaisuissa ei otettu kantaa tilanteeseen, jossa aiemmin määrätty hallinnollinen sanktio tulee lopulliseksi eli lainvoimaiseksi syyteasian tuomioistuin­käsittelyn aikana. Pahimmillaan seurauksena saattaa olla tulevaisuudessa hyvinkin monia *ne bis in idem* -kieltoon perustuvia tuomionpurkuhakemuksia korkeimpaan oikeuteen.<sup>98</sup> Näiden jännitteiden purkamiseksi on tarpeen vakauttaa oikeustila uudella lainsäädännöllä. Valtiovarainministeriö on reagoinut ongelmaan ja asettanut 1.4.2011 työryhmän valmistelemaan tarvittavia säännösmuutoksia veronkorotuksen ja rikosoikeudellisen seuraamuksen yhteensovittamiseksi.<sup>99</sup> Työryhmä laati muutosehdotuksensa hallituksen esityksen muotoon ja se julkaistiin 22.6.2011.<sup>100</sup> Uutta lainsäädäntöä asiassa ei ole kuitenkaan vielä annettu.

### 5.2 EIT:n ratkaisujen tulkinnalliset vaikutukset

EIT:n ratkaisukäytäntö on johtanut siihen, että rikoksesta epäillyn ja rikoksesta syytetyn käsitteet ovat lähentyneet toisiaan. Ihmisoikeustuomioistuimen *autonominen tulkinta* rikossyyte-käsitteestä antaa yleissopimuksen käsitteille sitovan yhteisen materiaalsen sisällön, joka ei ole riippuvainen

98 Ks. lisää aiheesta Andersson 2010, s. 460.

99 VM037:00/2011.

100 VM 31/2011.

sopimusvaltioiden kansallisesta lainsäädännöstä tai oikeudellisesta käsitteistöstä. Useassa tilanteessa kansallisen rikosprosessilain mukaan rikoksesta epäiltyä tulee pitää samalla myös EIS:n tarkoittamana rikoksesta syytettynä henkilönä. Henkilöä pidetään syytettynä jo silloin, kun häneen kohdistettu rikosepäily on vaikuttanut hänen asemaansa tai toimivaltainen viranomaisen on virallisesti ilmoittanut hänelle hänen viakseen väitetystä rikollisesta teosta. Veronkorotuksen määrittämismenettelyssä tutkimisen voidaan katsoa alkaneen silloin, kun verovelvollinen on vastaanottanut veroviranomaisen lähettämän kuulemiskirjeen mahdolliseen veronkorotukseen liittyen tai muulla tavoin saanut tiedon siitä, että hänelle on varattu tilaisuus tulla kuulluksi asiassa.

Ihmisoikeussopimuksen *ne bis in idem* -kiellon alkuperäinen tarkoitus oli estää henkilöä joutumasta uudelleen epämiellyttävän kokemuksen kohteeksi. Näin ollen Suomen tulkinta siitä, että veropetoksesta rangaistusta määrättäessä voitaisiin veronkorotus huomioida alentavana seikkana, ei riitä kunnioittamaan periaatetta. Ennakkoratkaisujen luoman uuden tulkinnan mukaan, kun veroviranomainen määrää verovelvolliselle veronkorotuksen, syyttäjä ei voi enää nostaa syytettä veropetoksesta. Korkein oikeus tulkitsi EIT:n oikeuskäytäntöä siten, että tällainen estävä vaikutus syntyy vasta veronkorotusmääräyksen saadessa lainvoiman, toisin sanoen, kun siihen ei voi hakea enää muutosta tavanomaisin muutoksenhakukeinoin.

Jos veronkorotus ei ole saavuttanut oikeusvoimaa, voi syyttäjä nostaa samasta teosta nykytulkinnan mukaan syytteen veropetoksesta. Se kumpi ensin saavuttaa lainvoiman jää voimaan, kun taas toinen tuomio tai sanktio on purettava. Veronkorotus arvioidaan lievemmäksi rangaistukseksi kuin veropetos. Lisäksi se annetaan yleensä ennen rikossyytteen nostamista. Verovelvollisen intressissä rikossyytteestä välttyäkseen on pyrkiä varmistamaan, että veronkorotus saa ensin lainvoiman.

Tuloverotuksessa ja arvonlisäverotuksessa veronkorotus määrätään yleensä ennen rikosseuraamusta. Eräissä muissa verotusmuodoissa, kuten polttoainemaksua koskevissa asioissa, järjestys voi olla päinvastainen: rikosseuraa-

mus voi olla määrätty ennen hallinnollista seuraamusta. *Ne bis in idem* -periaate estää tällöin hallinnollisen seuraamuksen määräämisen, jos rikosseuraamus on ehtinyt tulla lopulliseksi ennen kuin hallinnollisen seuraamuksen määrääminen on tullut vireille.

Verovelvollisten rikkoessa velvoitteitaan ennakoitavuus vaarantuu, sillä henkilö ei tiedä mikä sanktio hänen teostaan seuraa. Seuraamus on riippuvainen siitä, kumpi sanktio saavuttaa ensin lainvoiman. Samalla vaarantuu myös verovelvollisten yhdenvertaisuus lain edessä, sillä toinen selviää samasta teosta veronkorotuksella toisen saadessa samasta teosta veropetoksesta rangaistuksen.

### 5.3 EIT:n ratkaisujen prosessuaaliset vaikutukset

Tällä hetkellä tilanteen ratkaisu perustuu viranomaisten aktiiviseen yhteistyöhön. Veroviranomaisen on informoitava syyttäjää harkinnassaan olevista veronkorotuksista ja syyttäjän syyteharkintaan tulevista veropetosasioista.<sup>101</sup> Se ei kuitenkaan ratkaise ongelmaa menettelyiden samanaikaisen käsittelyn estämiseksi. *Ne bis in idem* -periaatteen alkuperäinen tarkoitus oli estää henkilöä kokemasta käsittelyn aiheuttamaa ikävää kokemusta uudelleen, ja näin ollen myös vireilläolovaikutus tulisi ottaa huomioon. Ratkaisun lopullisuuden määrittäminen ei ole silloin oleellista, vaan jo toisen menettelyn vireilläolo estäisi toisen menettelyn aloittamisen. Tässä korostuu viranomaisten yhteistyön merkitys.

Nykyisen tulkinnan mukaan asioiden samanaikaiseen käsittelyyn ei ole eslettä, kun on kyse eri prosessilajien, hallinnollisen ja rikosprosessuaalisen asian käsittelystä. Jos ne olisivat saman prosessilajin asioita, jo asian vireilläolo sulkisi mahdollisuuden käsitellä samaan aikaan samaa asiaa. Korkein oikeus ei kuitenkaan halunnut viedä tulkintaa näin pitkälle. Silti EIT:n ratkaisu Ruotsalainen v. Suomi perusteella voitaisiin väittää, että tapauksessa mainituilla edellytyksillä ratkaisun negatiivinen oikeusvoimavaikutus ja näin ollen myös *lis pendens* -vaikutus ylittää rikos- ja hallintoprosessin välisen rajan.

---

<sup>101</sup> Verohallinnon ohje 31.3.2011, Apulaisvaltakunnansyyttäjän kirje 1.11.2010 sekä Valtakunnansyyttäjän ohje 1.11.2011.

## 6 Johtopäätökset

### 6.1 Voimassaolevat ratkaisuvaihtoehdot veron välttämiseen reagoitaessa

1) Voitaisiin jatkaa kahteen eri menettelyyn johtavaa käytäntöä ja odottaa uutta EIT:n ratkaisua. Uuden ratkaisun saaminen tosin voi kestää jopa kahdeksan vuotta.<sup>102</sup> Tuona aikana kertyisi valtava määrä ratkaisuja, jotka odottaisivat purkua, kun uusi tulkintapäätös annettaisiin.

2) Voitaisiin myös luottaa viranomaisten yhteistyöohjeisiin, mutta ratkaisujen suuresta määrästä johtuen voi viranomaisten tarkkaavaisuudesta huolimatta tulla ratkaisuja, joissa samasta asiasta on annettu kaksi sanktiota.

3) Vaihtoehtoisina reagointitapoina hallinnolliset sanktiot toteuttavat rikosoikeuden viimesijaisuutta *ultima ratio* -periaatteen vaatimusten mukaisesti, koska ne merkitsevät lievempää puuttumista yksilön toimintavapauteen. Hallinnollisilla sanktioilla voidaan myös päästä nopeampaan reagointiin ja parempaan kustannustehokkuuteen. Koska veron välttäminen aiheuttaa mittavia julkistaloudellisia menetyksiä ja yhteiskunnallisia haittavaikutuksia sekä liiketaloudellisesti epäterveen kilpailuasetelman tai loukkaa merkittävästi velkojien oikeuksia, on siihen pyrittävä puuttumaan myös rikosoikeudellisin keinoin. Järjestelmä olisi silti koettava yhdenvertaisuuden ja oikeasuhteisuuden täyttäväksi. Kriminaalipoliittiset preventiotavoitteet tulisi toteuttaa perusoikeuksia suojaavien periaatteiden kuten laillisuusperiaatteen puitteissa. Laillisuusperiaatteen tausta-arvoja ovat oikeusturva ja ennakoitavuus. Veron välttämisen dekriminialisointi kaksoisrangaistavuuden välttämiseksi ratkaisisi ainoastaan tilanteen ihmisoikeussopimuksen mukaiseksi, mutta pelkkä hallinnollinen sanktio veron välttämisestä todennäköisesti johtaisi yhä kasvavaan veronmenetyksiin.

4) Ongelmat vähenisivät huomattavasti jo sillä, että verottajalle annettaisiin enemmän valinnanvaraa päättää siitä, pitääkö asiassa määrätä veronkorotus. Tällä hetkellä voimassa olevan verotusmenettelylain 32.3 §:n mukaisissa tilanteissa veronkorotuksen määrääminen näyttäisi olevan pakollista. Suuri

---

102 Pauliine Koskelo puheessaan Valtiosääntöpäivillä 8.10.2010.

osa ongelmista poistuisi pelkästään ottamalla verolainsäädäntöön yleissäännös siitä, että verottajan ei pidä määrätä veronkorotusta silloin, kun se aikoo tehdä asiassa rikosilmoituksen. Tällaisen säännöksen seurauksena olisi se, että veropetokseen syyllistyneille ei jatkossa enää missään tilanteissa määrättäisi veronkorotuksia, mutta toisaalta tällainen lopputulos olisi *ne bis in idem* -kiellon nykytulkinnan mukainen.

Edellä esitetyn mukaan voimassa olevasta oikeudesta ei ole saatavissa ratkaisua, joka turvaisi yksilön oikeudet mahdollisimman laajasti samalla, kun toteutettaisiin rikosvastuu yleispreventiota ylläpitävällä tavalla. Artikkelissa päädytään esittämään, että laadittaisiin laki veronkorotusten käsittelemiseksi samassa menettelyssä samoihin toiseikkoihin perustuvan veropetosyytteen kanssa. Uudistuksen tarkoituksena olisi näin toteuttaa rikosvastuu yhdenvertaisuus- ja ennakoitavuusperiaatetta kunnioittaen ja saattaa Suomen oikeustila ihmisoikeussopimusten ja EU-oikeuden tasolle. Uudistuksen strategiset päämäärät liittyvät viranomaisten yhteistyön tehostamiseen. Näiden tavoitteiden toteuttamisen edellytyksenä on, että veroviranomaisella ja syyttäjälaitoksella on riittävästi voimavaroja ja keinoja yhteistyön luomiseen. Erityisesti on kiinnitettävä huomiota asioiden vireilletulovaikutukseen. Jo asian vireilläolo estäisi ottamasta samaa asiaa toiseen käsittelyyn toisessa menettelyssä.

## **6.2 Valtiovarainministeriön työryhmän esitys seuraamusten yhteensovittamisesta**

Työryhmä esitti, että verohallinto voisi jättää veronkorotusta koskevan päätöksen tekemättä ja määrätä korotuksen erillisellä päätöksellä varsinaisen päätöksen tekemistä seuraavan kalenterivuoden loppuun mennessä, jollei verohallinto tee asiasta rikosilmoitusta. Jos tuomioistuimien antaisi syyksilukevan tuomion teosta tai laiminlyönnistä, josta tulisi määrättäväksi myös veronkorotus, korotus määrättäisiin samasta asiasta tuomion antamisen jälkeen tuomioon liittyvänä oheisseuraamuksena asiaa uudelleen tutkimatta. Toisin sanoen veronkorotus jäisi vireille ja lopullinen asiaratkaisu tehtäisiin vasta esitutkiminnan, syyteratkaisun tai rikostuomion antamisen jälkeen. Eril-

lisellä päätöksellä määrättävä veronkorotus määrättäisiin vasta, kun rikos-tuomio olisi lainvoimainen.<sup>103</sup>

Esityksessä ei otettu kantaa vireilläolovaikutuksen aiheuttamaan tulkinta-ongelmaan. EUT ei ole luonut vielä lopullista kantaansa vireilläolon vaikutuksesta kaksoisrangaistavuuden kiellon periaatetta tulkittaessa. Suomen on noudatettava EIT:n ja EUT:n ratkaisuja sekä kunnioitettava ja noudatettava niiden tulkintaa. Ensinnäkin olisi syytä varautua EIT:n muuttuvaan tulkintakäytäntöön ja ottaa huomioon tulkinnan laajentuminen kohti parempaa suojaa ja vireilläolovaikutuksen huomioimista *ne bis in idem* -periaatetta sovellettaessa. Toiseksi kansallisella tasolla ei tulisi säätää lakia, jonka tarjoama suoja on heikompi, kuin mitä EUT on oikeuskäytännössään linjannut. EUT:n tulkinnan mukaan periaatetta sovelletaan sellaisiinkin ratkaisuihin, joilla syytemenettely päätetään. Kolmanneksi EU:n yhtenä päämääränä on luoda kaikkia jäsenvaltioita sitova yhteinen tulkintakäytäntö yhdenmukaisen käytännön turvaamiseksi.

Työryhmän esityksen mukaan veronkorotuksen määrääminen olisi mahdollista, kun esitutkintaviranomainen lopettaa esitutkinnan tai jättää sen toimittamatta tai kun syyttäjä jättää syytteen nostamatta. Työryhmän mukaan edellä mainitut toimet eivät tule sillä tavoin lainvoimaisiksi ja lopullisiksi, ettei asiaa enää ihmisoikeussopimuksen vuoksi voitaisi käsitellä hallinnollisessa prosessissa.<sup>104</sup> Esityksessä on huomioitu vain EIT:n tulkinta asiassa, eikä otettu kantaa EUT:n tulkintaan ja periaatteisiin. Lisäksi työryhmän esityksen mukaan erillisellä päätöksellä veronkorotus määrättäisiin tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeen, mikä lykkäisi menettelyn päättymistä. Uudistus tulisi pyrkiä toteuttamaan siten, että huomioitaisiin myös menettelyn joutuisuusperiaate oikeusturvaperiaatteena.

### **6.3 Veronkorotusta koskevien oikeusturvavaatimusten yhteiskunnalliset vaikutukset**

Riittävän oikeusturvan aikaansaamiseksi järjestelmää tulisi muuttaa siten, että veronkorotus siirretään käsiteltäväksi rikosprosessissa samoihin toiseikkoihin perustuvan veropetosyytteen kanssa yhtä aikaa. Tämä takaisi

<sup>103</sup> VM 31/2011, s. 13, 27–28 ja 29.

<sup>104</sup> VM 31/2011, s. 27.

myös menettelyn joutuisuuden periaatteen toteutumisen. Joitakin tarkennuksia voi olla tarpeen tehdä veronkorotuksen vireilletulon määrittelyssä sekä vastuunjaossa veroviranomaisen ja syyttäjän toimialojen kesken. Kaikissa veroviranomaisissa tulisi olla kattava luettelo käsittelyyn tulevista ja käsittelyssä olevista veronkorotusasioista. Alueittain tulisi huolehtia siitä, että tiedotusvaatimukset syyttäjälle saavutetaan. Sen varmistamiseksi olisi laadittava yhtenäiset ohjeet koko viranomaistoiminnalle. Uusi järjestelmä antaisi nykyistä paremman mahdollisuuden toteuttaa yhdenvertaisuus- ja ennakoitavuusperiaatteet. Veroviranomaisten ja syyttäjien tulisi tehdä sopimus yhteistoiminnasta, tiedotusjärjestelmästä ja siitä, että yhteistoiminta järjestettäisiin maanlaajuisesti. Tietojärjestelmän tulisi kattaa yhteydet myös maailmanlaajuisiin verkkoihin. Uudistuksen yleinen ohjaus kuuluisi verohallinnolle. Lähtökohtana tulisi olla, että verorikosten johdosta valtion menettämä verotulo saadaan tehokkaasti palautetuksi.

Oikeusturvan parantamisella vaikutetaan ihmisten uskoon oikeudenmukaiseen oikeudenkäyttöön. On tärkeä voida luottaa siihen, että rikosvastuu toteutetaan siten kuin laissa säädetään. Lisäksi on tärkeää, että rangaistusvastuu toteutetaan niin kuin oikeudenmukaisuusvaatimus yhteiskunnassa käsitetään. Siten yhteiskunnan lakien kieltoja ja käskyjä noudatetaan paremmin ja rikoksiin syyllistyminen vähenee. Yhdenvertaisuuden ja ennakoitavuuden toteuttaminen ovat rikosoikeusjärjestelmän oikeudenmukaisuuden perusta. Jos yhteiskunnan rangaistusjärjestelmää ei koettaisi yhdenvertaiseksi, se voisi synnyttää katkeruutta niitä kohtaan, jotka pääsivät helpommalla samasta teosta, eikä lakeja enää haluttaisi noudattaa. Rangaistusvastuun toteuttamisella rikosoikeudellisin keinoin vaikutetaan asenteisiin, joiden mukaan jo muutenkin taloudelliseen riskiin tottuneet eivät varo uusia taloudellisia riskejä. Kaikki kuitenkin varovat rikosoikeudelliseen vastuuseen joutumista ja sen myötä maineensa menettämistä. Tavoitteena on siten myös edistää ihmisten myönteistä suhtautumista oikeusjärjestelmän toimivuuteen.

Oikeudenkäymiskaareen tulisi tehdä muutoksia, jotka johtuvat hallinnollisten sanktioiden lukemisesta eräissä tapauksissa rikosasioiksi. Samassa yhteydessä on mahdollista toteuttaa muita uudistuksen tavoitteiden toteuttamista edistäviä lainsäädäntömuutoksia. Verolaeissa tulisi määrittää, milloin veronkorotuspäätös tulee lopulliseksi ja voidaanko perustevalitusta pitää



varsinaisena muutoksenhakukeinona, joka jatkaisi lainvoimaiseksi tulon ajankohtaa huomattavasti. Lisäksi verolaeissa tulisi määritellä se, milloin veronkorotusta koskevan tutkimisen voidaan katsoa alkaneen.

#### 6.4 Veropetos, veronkorotus ja *ne bis in idem de lege ferenda*

Uudella lailla toteutettaisiin Euroopan ihmisoikeussopimuksessa määrätty yksilön oikeusturvavaatimukset. Oikeusturvavaatimukset on myös Suomen perustuslaissa turvattu säädöksellä vähimmäisoikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Lisäksi tavoitteena on toteuttaa rangaistuskäytännön yhdenvertaisuus- ja ennakoitavuusperiaate rikosvastuun toteuttamisessa. Ehdotettua lakia sovellettaisiin veroviranomaisiin, jotka määräävät veronkorotuksen verovelvolliselle tämän jättäessä täyttämättä velvollisuutensa oikein ja näin välttyisi veron määräämiseltä. Lisäksi lakia sovellettaisiin ainoastaan veronkorotuksiin, joita EIT:n ratkaisukäytännön kannalta on pidettävä rikossyytteenä. Tällaisia ovat ainakin kaikkia kansalaisia koskevat, yleisestäänä sanktiona pidettävät, rankaisulliset sekä huomattavina pidettäviin korotuksiin johtavat veronkorotusmääräykset. Lisäksi teon tulee vastata teonkuvaukseltaan veropetosta. Lain soveltamisalan ulkopuolelle jäisivät lievät tekemuodot, jotka eivät sisällä veronvälttämistarkoitusta. Teko tulisi yksilöidä neljällä käsitteellä: teko, tekoaika, tekopaikka ja muut olosuhteet, jotka ovat yhteydessä tekoon. Nämä yhdessä erottavat rikollisen teon muista teoista. EIT:n ratkaisukäytännössä sama asia tarkennettiin koskemaan samoja tosiasioita välittämättä siitä, miten laissa teko kuvattiin.

Veroviranomaisen olisi siirrettävä käsittelyssään oleva veronkorotusasia välittömästi syyttäjälle syytteen nostamista varten, jos se havaitsee verovelvollisen syyllistyneen veropetokseen. Veronkorotusseuraamus käsiteltäisiin näin samassa menettelyssä veropetossyytteen kanssa. Ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen mukaisesti henkilöä ei saa saattaa toistamiseen saman käsitelyn kohteeksi. Tarkoitus on estää ikävän kokemuksen kokeminen uudelleen. Veroviranomaisen tulisi siirtää asia syyttäjälle ennen kuin asia ehtii tulla vireille veroviranomaisessa. Vireille tulo tarkoittaa haastehakemuksen saapumista oikeuden kansliaan tai viranomaisen saadessa selvityksen asiaan ratkaisua varten millä tavalla tahansa, jonka perusteella asia tultaisiin ratkaisemaan asian esiselvityksen jälkeen. Vireille tulo edellyttää verovelvollisen

kuulemista asiasta mahdolliseen veronkorotukseen liittyen. Verotarkastus ei aiheuta veronkorotuksen vireille tuloa. Verovelvolliselle on ilmoitettava, että häntä kuullaan mahdolliseen veronkorotukseen liittyen ennen kuin asia tulee vireille.

Veroviranomaisen olisi tiedotettava syyttäjälle sen käsittelyssä olevista veronkorotuksista, jos ne saattaisivat tulla käsiteltäväksi myös rikosprosessissa. Veronkorotus siirrettäisiin tuolloin käsiteltäväksi samassa menettelyssä veropetosyytteen kanssa. Tällöin vältettäisiin kaksoisrangaistavuuden kiellon rikkominen. Vastaavasti syyttäjän olisi tiedotettava veroviranomaista sen havaitessa syyllistytyn veropetokseen, josta on saattanut seurata tai seuraa myös veronkorotus. Näin estettäisiin turhien purkupaineiden kasvu kahdenkertaisen rangaistuksen vuoksi. Lakiehdotuksen mukaisen yhteistoiminnan käynnistämisen yleinen ohjaus kuuluisi verohallinnolle, jota avustaisi tarvittaessa syyttäjälaitos. Tarkoituksena on, että veroviranomaiset ja syyttäjät toteuttaisivat järjestelyt ilman valtion yksityiskohtaista ohjausta. Tulisi laatia myös kattava tietojärjestelmä, joka kattaisi kaikki käsittelyssä olevat ja käsitellyt veronkorotukset sekä veropetosyytteet.

Näin veron välttämiseen syyllistynyt henkilö tietäisi ennakolta, mitä hänen teostaan seuraa. Kun hän on syyllistynyt veronvälttämiseen, joka täyttää myös veropetoksen tunnusmerkistön, hänelle tullaan määräämään rikosprosessissa rikosoikeudellisen rangaistuksen lisäksi myös veronkorotus. Ennakoitavuusperiaate toteutuu. Veroviranomaisen on siirrettävä asia syyttäjälle ennen kuin tekijää kuullaan asiasta eli ennen kuin asia tulee vireille. Asia ei tule vireille kahdessa eri menettelyssä ja turvataan, ettei henkilö joudu kahden eri menettelyn kohteeksi. Sanktio ja menettely ovat samat kaikille, jotka syyllistyvät samaan tekoon ja yhdenvertaisuusperiaatteen vaatimukset täytyvät. Samalla varmistetaan, ettei henkilölle anneta kahta eri sanktiota samasta teosta ja toteutetaan rikosvastuu joutuisasti riittävän ankaralla rangaistuksella, yleispreventiota ylläpitävällä tavalla.

## Lähteet

### Kirjallisuus

Andersson, Edward: Verotuksen korot, viivekorot, veronlisäykset ja veronkorotukset tarkasteltuina myös perustuslain ja ihmisoikeussopimuksen valossa. Verotus 5/2010. Kirjapaino Uusimaa. Porvoo 2010. s. 453–462. (Andersson 2010)

Andersson, Edward: Johdatus vero-oikeuteen. Kauppakaari. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2000. (Andersson 2000)

Bartsch, Hans-Jürgen: Ne bis in idem: the European perspective. Teoksessa: International Review of Penal Law, s. 1163–1194. Editions eres 2004. France. (Bartsch 2004)

Ervo, Laura: Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus. Käsikirja lainkäyttäjille. WS-OYpro. Ws bookwell Oy. Juva 2007. (Ervo 2007)

Fletcher, Maria: Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal proceedings Against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge. The modern law review vol 66 no. 5 September 2003, s. 769–780. (Fletcher 2003)

Frände, Dan: Lis pendens s. 404–407. Oikeusvoima s. 627–633. Rikosprosessi s. 651–655 ja ne bis in idem s. 436–440. Teoksessa Lappalainen – Frände – Havansi - Koulu – Niemi-Kiesiläinen – Nylund –Rautio – Sihto – Virolainen: Prosessioikeus. WSOY Pro. Helsinki 2007. (Frände 2007)

Halila, Leena: Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 224. Helsinki 2000. (Halila 2000)

Helenius, Dan: Ne bis in idem -kiellon rakenne ja ongelmakohdat viimeaikaisen oikeuskäytännön valossa. Defensor Legis 6/2010, s. 764–777. (Helenius 2010)

Helenius, Dan: Ne bis in idem -periaatteen toteutuminen EU:ssa. Haaste 4/2007, s. 24–25. Oikeusministeriön julkaisuja. Kirjapaino Uusimaa, Porvoo. (Helenius 2007)

Helenius, Dan – Hellsten, Kenneth: Ne bis in idem I gränslandet mellan skatte- och straffprocessen. Juristklubben Codex 70 år – Festskrift. Edita Prima Oy. Helsingfors 2010. s. 110–143. (Helenius – Hellsten 2010)

Hellsten, Kenneth: Ne bis in idem hallinnollisen veronkorotuksen ja rikosoikeudellisen rangaistuksen välisen suhteen problematiikka. Verotus 5/2010, s. 527–548. Kirjapaino Uusimaa. Porvoo 2010. (Hellsten 2010)

Helmholz R.H.: The spirit of classical canon law. The university of Georgia Press. Athens & London. LAW 1996. (Helmholz 1996)

Helminen, Marjaana: EU-vero-oikeus. Välitön verotus. Talentum Media Oy. Helsinki 2008. (Helminen 2008)

Jokela, Antti: Oikeudenkäynti III. Talentum Media Oy. Helsinki 2004. (Jokela 2004)

Klip, André – Van der Wilt, Harmen: The Netherlands non bis in idem. La Revue Internationale de Droit Pénal. Volume 73/2004, s. 1091–1137. Editions eres. France. (Klip – Van der Wilt 2004)

Knuts, Mårten: Kvitt eller dubbelt? Ne bis in idem och de administrativa sanktionerna i värdepappersmarknadsrätten. *Defensor Legis* 5/2006, s. 831–851. (Knuts 2006)

Koponen, Pekka: Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohdassa. Erityisesti tahallisuuden ja syytesidonnaisuuden kannalta tarkasteltuna. *Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 249*. Helsinki 2004. (Koponen 2004)

Lahti, Raimo: Finland, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle of Ne bis in idem. *La Revue internationale de droit penal*. Volume 73/2004, s. 901–911. Editions eres. France. (Lahti 2004)

Lappalainen, Juha: Ulkomainen rikostuomio. Teoksessa Lappalainen – Frände – Havansi – Koulu – Niemi-Kiesiläinen – Nylund – Rautio – Sihto – Virolainen: *Prosessioikeus*, s. 633. WSOY Pro. Helsinki 2007. (Lappalainen 2007)

Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosoikeustutkimus, kriminaalipoliittinen orientaatio- ja metodi. Teoksessa Häyhä, Juha: *Minun metodini*, s. 189–218. Werner Söderström lakitieto Oy. Helsinki 1997. (Lappi-Seppälä 1997)

Lavapuro, Pekka: Perustuslakivaliokunta perustuslain vartijana. Teoksessa: Wiberg Matti: *Perustuslakiahaasteet*. Edita Prima Oy. Helsinki 2010. (Lavapuro 2010)

Linna Tuula: Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. *Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 175*. Vammalan Kirjapaino Oy. Helsinki 1987. (Linna 1987)

Lööf, Robin: 54 CISA and the Principles of ne bis in idem. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, s. 309–334. Martinus Nijhoff Publishers 2007. (Lööf 2007)

Mali, Erkki: Verorikosten hallinnolliset ja rikosoikeudelliset seuraamukset sekä valinta niiden kesken alituomarin näkökulmasta. Teoksessa: *Taloudellinen rikollisuus*, s. 150–160. Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen julkaisuja n:o 32. Suomen lakimiesliiton kustannus Oy. Helsinki 1981. (Mali 1981)

de Mones, Sebastian – Durand, Pierre-Henri – Mandelbaum, Jean-Florent – Klein, Martin – Nieman, Alice – Manzitti, Andrea – Canalejo Lasarte, Guillermo – Marin Benitez, Gloria – Aïrs, Graham J.: Abuse of Tax Law across Europe. *EC Tax Review*. Volume 19 Issue 3, s. 12–137 Kluwer Law International 2010. (de Mones ym. 2010)

Melander, Sakari: Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*. Vammalan kirjapaino. Helsinki 2008. (Melander 2008)

Munck, Johan: Skattetillägg och dubbelbestraffning. *Svensk Juristtidning* 8/2010, s. 747–752. Edita Västerås 2010. (Munck 2010)

Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita. Edita Prima Oy. Helsinki 2010. (Ojanen 2010)

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica: Zolotukhin-linjaus kansallisten tuomioistuinten koetinkivenä. *Defensor Legis* 4/2011, s. 412–430. (Pellonpää – Gullans 2011)

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum Media Oy. Helsinki 2005. (Pellonpää 2005)

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY:n tuomioistuimen vaikutuksista Suomen valtiosäännön kannalta. Teoksessa Kanninen, Heikki (toim.): *Puhuri käy –*

muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme. Heikki Karapuu 30.12.1944 – 15.6.2006, s. 103–127. (Pellonpää 2006)

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja kansallisen oikeuden kehitys – haittaa vai hyötyä? *Lakimies* 7–8/2009, s. 1125–1140. (Pellonpää 2009)

Rautakoski, Jarmo: Verorikosten hallinnolliset ja rikosoikeudelliset seuraamukset sekä valinta niiden kesken syyttäjän näkökulmasta. Teoksessa: *Taloudellinen rikollisuus*, s. 136–149. Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen julkaisuja n:o 32. Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy. Helsinki 1981. (Rautakoski 1981)

Sahavirta, Ritva: Verorikokset. Teoksessa Lahti – Koponen: *Talousrikokset*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-sarja N:o 16. Gummerus Kirjapaino Oy, Vaajakoski 2007. (Sahavirta 2007)

Savolainen, Vesa – Teperi, Väinö: Jälkiverotus. Kauppakaari Oyj. Helsinki 2000. (Savolainen – Teperi 2000)

Siitari-Vanne, Eija: Hallintolainkäyttölain tehostaminen. Tutkimus hallintolainkäytön organisaatio- ja prosessisäännösten kehittämistarpeista. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 265. Gummerus kirjapaino Oy. Jyväskylä 2005. (Siitari-Vanne 2005)

Siltala, Raimo: Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 234. Vammalan Kirjapaino Oy. Vammala 2003. (Siltala 2003)

Simon Almedal, Teresa: Ne bis in idem – ett nytt rättsläge. *Juridisk Tidskrift* 2010, s. 549–570. (Simon Almedal 2010)

Spolander, Mia Mari: Menettelyn joutuisuus oikeudenmukaisen rikosoikeudenkäynnin osatekijänä. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 278. Helsinki 2007. (Spolander 2007)

Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeus, rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano. Talentum Media Oy. Helsinki 2006. (Tapani – Tolvanen 2006)

Tapani, Jussi: Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate taloudellisten vaihdantasuhteiden purituksessa. *Defensor Legis* 6/2002, s. 939–965. (Tapani 2002)

Tirkkonen, Tauno: Suomen rikosprosessioikeus I. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 25. Helsinki 1948. (Tirkkonen 1948)

Valkonen, Esko: Verorikosten hallinnolliset ja rikosoikeudelliset seuraamukset ja valinta niiden kesken verottajan näkökulmasta. Teoksessa: *Taloudellinen rikollisuus*. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisuja n:o 32. Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy. Helsinki 1981. s. 126–135. (Valkonen 1981)

Vervaele, John AE: The Transnational Ne bis in idem Principle in the EU. *Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights*. *Utrecht Law Review* Igitur. Volume I, Issue 2/2005, s. 100–119. (Vervaele 2005)

Viljanen, Jukka: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen hyödyntämien kansallisessa perusoikeustulkinnassa. Teoksessa: Viljanen, Veli-Pekka – Lämsineva, Pekka: *Perusoikeuspuheenvuoroja*, s. 255–275. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Julkisoikeudellinen sarja A N:o 32. Turku 1998. (Viljanen 1998)

Virolainen, Jyrki – Pölonen, Pasi: Rikosprosessin osalliset, Rikosprosessioikeus II. WSOY Helsinki 2004. (Virolainen – Pölonen 2004)

Vuorenpää, Mikko: KKO 2010:82 – Veronkorotus, veropetos ja kielto käsitellä samaa asiaa kahdesti 3. erä. Lakimies 1/2011, s. 156–164. (Vuorenpää 2011)

Vuorenpää, Mikko: KKO 2010:45 ja KKO 2010:46. Veronkorotuspäätöksen merkitys veropetosyytteelle. Teoksessa: KKO:n Ratkaisut kommentein II 2010, s. 368–397. Talentum Media Oy. Helsinki 2010. (Vuorenpää 2010a)

Vuorenpää, Mikko: KKO 2010:45 ja KKO 2010:46 – Veronkorotus, veropetos ja kielto käsitellä samaa asiaa kahdesti – osa 2. Lakimies 6/2010 s. 1113–1120. (Vuorenpää 2010b)

Vuorenpää, Mikko: Syyttäjän tehtävät. Erityisesti silmälläpitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 277. Vammalan kirjapaino. Vammala 2007. (Vuorenpää 2007)

Wasmeier, Martin and Nadine, Thwaites: The Development of *Ne bis in idem* into a Transnational Fundamental Right in EU Law: Comments on Recent Developments. *European Law Review*. Volume 31 No. 4. August 2006, s. 565–578. (Wasmeier – Thwaites 2006)

Wrede, R.A.: Rättegångsbalken II. Anteckningar enligt professor R.A. Wredes föreläsningar öfver Rättegångsbalken. Gösta Sundmans Litografiska atelier. Helsinki 1894. (Wrede 1894)

### **Virallislähteet**

Apulaisvaltakunnansyyttäjä Jorma Kalskeen 1.11.2010 laatima julkinen kirje syyttäjille ja sidosryhmille *ne bis in idem* -kiellosta. (Apulaisvaltakunnansyyttäjän kirje 1.11.2010)

Commission of the European Communities: The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities. Volume 1 – National reports. Luxembourg 1994. (Commission of the European Communities 1994)

Commission Staff Working Document. Annex to the Green paper. On Conflicts of Jurisdiction and the Principle of *ne bis in idem* in Criminal Proceedings. COM 2005 696 final. s. 4–92. (Commission Staff Working Document 2005)

Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsitteväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksista. (HE 66/1988)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 16 §:n ja maatilatalouden tuloverolain 7 §:n muuttamisesta. (HE 187/2005)

Ehdotus puitepäätökseksi *ne bis in idem* -periaatteen soveltamisesta rikosasioissa. (U 2/2003)

KOM(2005) 696 lopullinen. Euroopan yhteisöjen komissio: Vihreä kirja. Toimivaltaristiriidoista ja *ne bis in idem* -periaatteen soveltamisesta rikosoikeudellisissa menettelyissä. SEK (2005) 1767. Bryssel 23.12.2005. (KOM(2005) 696)

Lakivaliokunnan lausunto. Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston puitepäätökseksi (*ne bis in idem* -periaatteen soveltamisesta rikosasioissa). (LaVL 1/2003)

Oikeusministeriö: Oikeusministeriön säädöshankkeet 1.2.2011. Toiminta ja hallinto 7/2011. Helsinki 2011. (OM 7/2011)

Skatteförfarandet. Slutbetänkande av skatteförfarandetoedningen. Statens offentliga utredningar . Stockholm 2009. (SOU 2009:58)

Valtiovarainministeriö: Verotuksen oikeusturvayöryhman muistio. Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 36/1997. Helsinki 1997. (VM 36/1997)

Valtiovarainministeriö: Veronkorotuksen ja rikosoikeudellisen seuraamuksen yhteensovittaminen. Valtiovarainministeriön julkaisuja 31/2011. (VM 31/2011)

Valtakunnansyyttäjänvirasto: Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisut ne bis in idem -kiellon merkityksestä veropetosasioissa 1.11.2010. Dnro 15/34/10. (Valtakunnansyyttäjän ohje 1.11.2011)

Verohallinnon ohje 31.3.2011 Dnro 259/56/2011. (Verohallinnon ohje 31.3.2010)

Verohallinnon ohje 1.11.2010. Dnro 1027/56/2010. (Verohallinnon ohje 1.11.2011)

Verohallinnon yhtenäistämisohejet vuodelta 2009 toimitettavaa verotusta varten, Dnro 1204/32/2009, 31.12.2009. 6. veronkorotus. (Verohallinnon yhtenäistämisoheje 31.12.2009)

Veronkorotuksen ja rikosoikeudellisen seuraamuksen yhteensovittamisen selvitysryhmä. (VM037:00/2011)

### **Muu lähdeaineisto**

Koponen, Pekka: Ne bis in idem ja itsekriminointi – erityisesti talousrikoksissa. Lakimiesliiton koulutus 20.4.2011, koulutustila Metropoli, Helsinki. (Koponen 2011)

Turun Yliopiston julkisoikeuden laitos: Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A no 9. Taloudellinen rikollisuus. Turun yliopistossa 20–21.11.1978 pidetyn jatkokoulutustilaisuuden aineisto. Osat I ja II. Turku 1979. (Turun yliopiston julkisoikeuden laitos 1979)

Koskelo, Pauliina: Alustuspuheenvuoro valtiosääntöpäivillä 8.10.2010.

### **Oikeuskäytäntö**

#### *Korkein oikeus*

KKO 2010:82.

KKO 2010:46.

KKO 2010:45.

KHO 2011:41.

#### *Hovioikeudet*

Itä-Suomen HO 2010:11.

Rovaniemen HO 2010:59.

Turun HO 2010:2.

*Hallinto-oikeudet*

Helsingin HAO 17.01.2011 11/0049/4.

Helsingin HAO 25.11.2010 10/1584/1.

Helsingin HAO 30.06.2010 10/0819/1.

Helsingin HAO 05.05.2010 10/0543/1.

*Ruotsin korkein oikeus*

Högsta domstolen 9.3.2010 B 2509-09.

Högsta domstolen 9.3.2010 B 5498-09.

Högsta domstolen 29.6.2011 B 5302-10.

*Euroopan ihmisoikeustuomioistuin*

Engel ja muut v. Alankomaat, Series A nro 22, 8.6.1976.

Bendenoun v. Ranska, Series A nro 284, 24.2.1994.

Gradinger v. Itävalta, 13963/90, 23.10.1995.

Jussila v. Suomi, 73053/01, 23.11.2006.

Mjelde v. Norja, 11143/04, 1.2.2007.

Storbråten v. Norja, 12277/04, 1.2.2007.

Zolotukhin v. Venäjä, 14939/03, 10.2.2009.

Ruotsalainen v. Suomi, 13079/03, 16.6.2009.

*Euroopan unionin tuomioistuin*

Yhdistetyt asiat C-187/01 ja C-385/01, Gözütok ja Brügge, Kok. 2003, s. I-1345.

Asia C-469/03, Miraglia, Kok. 2005, s. I-2009.

Asia C-436/04, Van Esbroeck, Kok. 2006, s. I-2333.

Asia C-367/05, Hof van Cassatie, Kok. 2007, s. I-6619.

Asia C-297/07, Bourquain, Kok. 2008, s. I-9425.

Asia C-491/07, Turansky, Kok. 2008, s. I-11039.







## **Environmental Protection and the Free Movement of Goods – What is Old, What is New?**

Keywords: free movement of goods, environmental protection, mandatory requirements, fundamental rights

**Ville Inkinen**

---

### ***English abstract***

*In the beginning, European integration was predominantly economic. Of the four freedoms, especially the free movement of goods has evolved into a strong maxim. However, as European integration broadened its scope towards a political union, a number of additional policies and principles, such as environmental protection, have appeared in the European Union, also affecting European Union law. When interpreting Union law, the Court of Justice of the European Union takes into consideration the objectives of Union policies as a whole. Consequently, during the past thirty years the relationship between environmental protection and the free movement of goods has also evolved significantly, and continues to do so. The legal doctrine concerning the status of environmental protection as grounds for justifying directly discriminatory measures is still waiting to be formulated by the Court. The same holds true for the status of the fundamental right related to environmental protection, which has been discussed in jurisprudence.*

*Full article in Finnish*

## **Ympäristönsuojelu ja tavaroiden vapaa liikkuvuus – mitä vanhaa, mitä uutta?**

Asiasanat: tavaroiden vapaa liikkuvuus, ympäristönsuojelu, pakottavat vaatimukset, perusoikeudet

### **1 Johdanto**

Euroopan unionin oikeudessa ympäristönsuojelu on yksi niistä perusteista, joilla voidaan rajoittaa tavaroiden vapaata liikkuvuutta unionin sisämarkkinoilla. Tämän kirjoituksen tarkoituksena on selvittää ympäristönsuojelun ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden välisen suhteen kehitystä ja nykytilaa.

EU-tuomioistuimen *Cassis de Dijon* -oikeuskäytännön<sup>1</sup> mukaan ympäristönsuojelu voi kiistatta oikeuttaa Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 34 artiklassa kiellettyjä tuontirajoituksia, mikäli noudatetaan tiettyjä ehtoja, kuten suhteellisuusperiaatetta. Sekundäärinormistossa ympäristönsuojelu on perusteena jäsenvaltiolle asetetuista velvoitteista poikkeamiselle. Kirjallisuudessa on myös arvioitu ympäristönsuojeluun liittyvän perusoikeuden asemaa rajoitusperusteena.

Viimeisen 30 vuoden aikana ympäristönsuojelun ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden välinen suhde on muuttanut muotoaan EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Esittelen tätä kehitystä ottaen huomioon unionin säädännäisessä oikeudessa ja politiikassa tapahtuneet muutokset. Kirjoituksen ensimmäisessä osassa tarkastelen sisämarkkina- ja ympäristöpolitiikan kehitystä yleisellä tasolla. Toisessa osassa selvitän lyhyesti tavaroiden vapaaseen liikkuvuuteen ja ympäristönsuojeluun liittyvää primäärinormistoa unionin nykyisissä perussopimuksissa. Kolmannessa ja neljännessä osassa tarkastelen ympäristönsuojelua tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoitusperusteena viimeaikaisen oikeuskäytännön valossa. Lopuksi tarkastelen erityisesti ympäristöön liittyvän perusoikeuden mahdollista merkitystä rajoitusperusteena.

---

1 C-120/78, *Rewe-Zentral*.

## 2 Sisämarkkinoiden ja ympäristönsuojelun kehityslinjoja

Vuonna 1957 allekirjoitetussa Rooman sopimuksessa keskityttiin poliittisen integraation sijaan taloudelliseen integraatioon. Sopimuksen johdannossa ja 2 artiklassa Euroopan talousyhteisön keskeiseksi tavoitteeksi nostettiin yhteismarkkinoiden luominen. Yhteismarkkinoiden toteuttamiseen kuului tavaroiden vapaan liikkuvuuden edistäminen, jota toteutettiin sopimuksen 3 artiklan mukaan jäsenvaltioiden välisten tullien sekä määrällisten tuonti- ja vientirajoitusten poistamisella ja tulliliitolla.

Tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevat artiklat ovat pysyneet sisällöllisesti jokseenkin muuttumattomina aina näihin päiviin asti. Integraation keskiössä on aina ollut talouden kehittäminen, mikä on näkynyt muun muassa laajan sisämarkkinaohjelman toteuttamisessa. Euroopan integraation painotukset ovat silti Rooman sopimuksen allekirjoittamisen jälkeen muuttuneet huomattavasti. Keskeinen käänne on ollut vuonna 1992 allekirjoitettu Maastrichtin sopimus, jolla luotiin ennen kaikkea poliittinen unioni verrattuna aikaisempaan taloudelliseen yhteisöön.<sup>2</sup> Taloudellisen integraation rinnalle on tullut muitakin tavoitteita. Muutoksia ilmentää myös ympäristöpolitiikan esiinmarssi 1970-luvulta alkaen.

Rooman sopimukseen ei alun perin sisältynyt lainkaan ympäristöpolitiikkaan tai -oikeuteen liittyviä säännöksiä, ellei sopimuksen 36 artiklan viitasta ihmisten, eläinten ja kasvien elämän ja terveyden suojeluun oteta lukuun. Yhteisön ensimmäinen merkittävä kannanotto ympäristökysymyksiin oli komission vuonna 1971 antama tiedonanto yhteisön ympäristöpolitiikasta<sup>3</sup>, jossa ehdotettiin yhteisön ympäristöpolitiikan luomista. Tiedonannon taustalla oli muun muassa Rooman klubin nostattama poliittinen keskustelu ympäristökysymyksistä.<sup>4</sup> Ojaseen mukaan EY:n huolenaiheena olivat kuitenkin pikemminkin ympäristönsuojelun aiheuttamat kaupan esteet kuin huoli ympäristön tilasta<sup>5</sup>. Koska perustamissopimus ei antanut yhteisölle toimivaltaa ympäristöasioissa, komissio ryhtyi vuodesta 1973 alkaen antamaan tiedonannon muodossa ympäristöä koskevia toimintaohjel-

2 Ojanen 2007, s. 93.

3 SEC (71) 2616.

4 Krämer 2007, s. 4.

5 Ojanen 2003a, s. 693.

mia (*environmental action plan*), jotka olivat vailla sitovia oikeusvaikutuksia. Ensimmäisten viiden ohjelman vaikutukset olivat lähinnä poliittisia.<sup>6</sup> Uusin, kuudes ohjelma on kuitenkin annettu oikeudellisesti sitovan päätöksen muodossa<sup>7</sup>.

Ympäristöpolitiikka tuli yhteisön toimivallan piiriin vuonna 1987 Euroopan yhtenäisasiakirjan<sup>8</sup> voimaantulon myötä. Yhtenäisasiakirja lisäsi perustamissopimukseen uuden ympäristöä koskevan osaston, jonka alla mainittiin nyt myös ympäristönsuojelullinen läpäisyperiaate.<sup>9</sup> Ympäristöä koskevat toimenpiteet tuli kuitenkin hyväksyä yksimielisesti, siinä missä sisämarkkinoiden toteuttamisesta voitiin tehdä enemmistöpäätöksiä. Maastrichtin sopimus salli enemmistöpäätökset osassa ympäristöasioita.<sup>10</sup>

Seuraava merkittävä askel ympäristöpolitiikassa oli vuoden 1999 Amsterdamin sopimus. Ympäristönsuojelu mainittiin nyt EY:n perustamissopimuksen 2 artiklassa yhtenä yhteisön keskeisenä päämääränä.<sup>11</sup> Samaan artiklaan ja myös sopimukseen Euroopan unionista tuli maininta kestävästä kehityksestä päämääränä. Läpäisyperiaate siirrettiin 6 artiklaan sopimuksen ensimmäiseen osaan, jonka otsikkona oli ”Periaatteet”, mikä vahvisti selkeästi periaatteen merkitystä. Aiemmin vain ympäristöoikeudelliseksi katsotusta periaatteesta tuli yksi yhteisön keskeisistä periaatteista.<sup>12</sup>

Oikeuskäytännöstä voidaan mainita tapaus *ADBHU*<sup>13</sup>, jossa EY-tuomioistuimien otti kantaa ympäristönsuojelun ja yhteisön perusvapauksien suhteeseen jo kaksi vuotta ennen yhtenäisasiakirjan voimaantuloa. Ennakkoratkaisupyynnössä tuomioistuimen arvioitavana oli jäteöljyjen hävittämistä koskevan yhteisön direktiivin yhteensopivuus perustamissopimuksen mukaisten vapaan kaupan, tavaroiden vapaan liikkuvuuden ja kilpailuvapauden periaatteiden kanssa. Ratkaisussaan tuomioistuin totesi, että yhteisön objektiivinen yleinen intressi saattaa rajoittaa vapaan kaupankäynnin periaatetta.

6 Krämer 2007, s. 60–61.

7 Euroopan parlamentin ja neuvoston päätös 1600/2002/EY kuudennessa ympäristöä koskevasta yhteisön toimintaohjelmasta 22.6.2002.

8 Euroopan yhtenäisasiakirja 29.6.1987.

9 Raitio 2010, s. 381.

10 Krämer 2007, s. 4–5; EY-perustamissopimuksen 175 artikla.

11 Paunio 2007a, s. 1.

12 *Ibid.*, s. 40.

13 C-240/83, *Association de défense des brûleurs d’huiles usages (ADBHU)*.

Direktiivin katsottiin olevan suhteellisuusperiaatteen ja syrjimättömyysperiaatteen mukainen, eikä se siten rikkonut perustamissopimusta. Tapauksessa huomioitavaa on, että tuomioistuin totesi ympäristönsuojelun olevan yksi yhteisön keskeisistä päämääristä, vaikka toteamukselle ei ollut oikeudellista pohjaa. Jacobsin mukaan tuomioistuin näyttäisi arvioineen ympäristönsuojelun niin keskeiseksi osaksi yhteisön yleistä intressiä, ettei nimenomaista oikeudellista perustaa tarvittu.<sup>14</sup>

### 3 Primäärinormisto Lissabonin sopimuksen jälkeen

#### 3.1 Tavaroiden vapaa liikkuvuus

SEUT 34 ja 35 artiklojen mukaisesti jäsenvaltioiden välillä kielletään kaikki tavaroiden tuonnin ja viennin määrälliset rajoitukset sekä niitä vaikutukseltaan vastaavat toimenpiteet. EY-tuomioistuin täsmensi *Dassonville*-tapauksessa antamassaan ratkaisussa vaikutuksiltaan vastaavien toimenpiteiden käsitettä. Niin sanotun *Dassonville*-lausekkeen mukaan ”kaikki kansalliset toimenpiteet, jotka voivat suoraan tai epäsuorasti, välittömästi tai potentiaalisesti estää jäsenvaltioiden välistä kauppaa ovat määrällisiä tuontirajoituksia vaikutukseltaan vastaavia toimenpiteitä”.<sup>15</sup> Tapauksessa tuomioistuin totesi myös, että jäsenvaltioiden toimenpiteiden tulee olla kohtuullisia (*rule of reason*), eivätkä ne saa estää jäsenvaltioiden välistä kauppaa<sup>16</sup>.

Määrällisten rajoitusten kiellosta voidaan kuitenkin poiketa SEUT 36 artiklassa luetelluin perustein. EU-tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön perusteella SEUT 36 artiklan luettelo oikeuttamisperusteista on tyhjentävä.<sup>17</sup> SEUT 36 artiklan perusteiden lisäksi SEUT 34 artiklassa tarkoitettu maahantuonnin rajoitus tai vaikutuksiltaan vastaava kansallinen toimenpide voidaan sallia myös *Cassis de Dijon* -oikeuskäytännön mukaisien pakottavien vaatimusten (*mandatory requirements*) vuoksi<sup>18</sup>.

14 Jacobs 2006, s. 187; C-240/83, *Association de défense des brûleurs d’huiles usages (ADBHU)*, k. 12–13 sekä tiivistelmän k. 1.

15 Raitio 2010, s. 357; C-8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville*, k. 5.

16 C-8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville*, k. 6.

17 Krämer 2007, s. 104; C-113/80, *komissio v. Irlanti*, kappale 7.

18 Raitio 2010, s. 362; C-120/78, *Rewe-Zentral*.

SEUT 114 artiklassa säädetään sisämarkkinoiden toteuttamisesta. Artiklan 114(4–6) kohtien mukaan yhdenmukaistamistoimenpiteiden jälkeen jäsenvaltio voi tietyin perustein pitää voimassa tai ottaa käyttöön uutta lainsäädäntöä, joka poikkeaa unionin sekundäärilainsäädännöstä. Uudet toimenpiteet täytyy voida perustella uudella ympäristönsuojelua tai työympäristön suojelua koskevalla tieteellisellä näytöllä ja yhdenmukaistamistoimenpiteen jälkeen ilmenneillä jäsenvaltioon liittyvillä erityisillä ongelmilla. Komissio tarkastaa, etteivät kansalliset säännökset ole mielivaltaisesti syrjiviä, jäsenvaltioiden välisen kaupan peiteltyä rajoittamista ja etteivät säännökset muodosta estettä sisämarkkinoiden toiminnalle.

Poikkeuksia tulkitaan suppeasti ja suhteessa säännökseen, josta poikkeusta haetaan. Fleurken mukaan jäsenvaltiot voivat toteuttaa uusia toimenpiteitä vain hyvin rajoitetusti. EU- tuomioistuin on asettanut korkean kynnyksen toimenpiteiden hyväksymiselle, mikä perustuu yllä mainitulle poikkeuksien suppealle tulkinnalle.<sup>19</sup> Tämä näkyy myös jäljempänä käsiteltävässä asiassa C-288/08.

SEUT 114 artikla on poikkeus yleiseen sääntöön, jonka mukaan yhteisön lainsäädännöstä ei sallita kansallisia poikkeuksia ilman nimenomaista mainintaa<sup>20</sup>. Toisin sanoen, jos unioni on toteuttanut yhdenmukaistamistoimenpiteitä jollakin alalla, jäsenvaltiot eivät lähtökohtaisesti voi toteuttaa kansallisia toimenpiteitä samalla alalla.<sup>21</sup> Myös *Cassis de Dijon* -oikeuskäytännön mukaiset pakottavat vaatimukset ja SEUT 36 artiklan oikeuttamisperusteet tulevat sovellettaviksi vain harmonisoimattomilla aloilla<sup>22</sup>. Vetoaminen 36 artiklaan ei ole mahdollista, kun harmonisoinnilla on toteutettu tarvittavat toimenpiteet artiklassa mainittujen tavoitteiden saavuttamiseksi<sup>23</sup>.

---

19 Fleurke 2008, s. 267 ja 277.

20 Direktiiveissä on yleisesti niin sanottuja suojalausekkeita, jotka sallivat tilapäisiä poikkeuksia.

21 Krämer 2007, s. 143.

22 Raitio 2010, s. 367 ja 396.

23 C-249/07, *komissio v. Alankomaat*, k. 41.



### 3.2 Ympäristönsuojelu

Unionin yleiset ympäristöpoliittiset tavoitteet on Lissabonin sopimuksen myötä lueteltu Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEU) 3 artiklassa. Tavoitteet ovat kestävä kehitys, korkeatasoinen ympäristönsuojelu ja ympäristön laadun parantaminen. Uusi sopimus ei ole tuonut muutosta EY:n perustamissopimuksen 2 artiklan mukaisiin tavoitteisiin.

Yleisiä tavoitteita tarkentaa SEUT 191 artikla. Säännöksessä luetellut ympäristöpoliittiset periaatteet ja tavoitteet ovat käytännössä samat kuin EY:n perustamissopimuksessakin. Uutena tavoitteena säännöksessä mainitaan ilmastomuutoksen torjuminen. Vedder pitää tätä korkeintaan ”poliittisena signaalina”<sup>24</sup>. Lee kuitenkin toteaa, että uusi säännös vahvistaa unionin vahvan roolin kansainvälisessä yhteistyössä ilmastomuutoksen hillitsemiseksi<sup>25</sup>.

Toisin kuin SEUT 34 artikla, SEUT 191 artiklan sisältö täytyy formalisoida sekundäärinormistossa tullakseen sovellettavaksi hallinnossa ja tuomioistuimissa<sup>26</sup>. Sekundäärilainsäädäntö SEUT 191 artiklan toteuttamiseksi annetaan SEUT 192 artiklan nojalla. Artiklan nojalla annettu lainsäädäntö on ainoastaan minimisäätelyä. Tämä käy selvästi ilmi SEUT 193 artiklasta, jonka mukaan jäsenvaltiot voivat toteuttaa tiukempia suojatoimenpiteitä. Kansalliset toimenpiteet eivät kuitenkaan saa rikkoa perussopimusten säännöksiä, mukaan lukien SEUT 34 artiklaa.<sup>27</sup> Sekundäärilainsäädäntökään ei periaatteessa saa olla ristiriidassa perussopimusten säännösten kanssa. Sekä SEUT 36 artiklan mukaiset oikeuttamisperusteet että oikeuskäytännössä muodostuneet pakottavat vaatimukset kuitenkin soveltuvat myös SEUT 192 artiklan nojalla annettuun lainsäädäntöön.<sup>28</sup>

Lissabonin sopimuksen tuomia uusia ympäristönsuojeluun liittyviä säännöksiä ovat artikkelit energiapolitiikasta ja eläinten suojelusta. SEUT 194 mukaan energiapolitiikassa tulee ottaa huomioon ympäristön säilyttäminen ja sen tilan parantaminen. Energiapolitiikan tavoitteisiin kuuluu myös edis-

24 Vedder 2010, s. 290.

25 Lee 2008, s. 133.

26 SEUT 191 artikla määrittelee unionin politiikkaa, ei sitovia normeja.

27 Jans – Vedder 2008, s. 100 ja 258.

28 Ks. Sorensen 2011, s. 347 ja 355.

tää ”energiatehokkuutta ja energiansäästöä sekä uusiin ja uusiutuviin energialähteisiin perustuvien energiamuotojen kehittämistä”. SEUT 13 artiklan mukaan eläinten hyvinvoinnin vaatimukset tulee huomioida, kuitenkin kunnioittaen jäsenvaltioiden kulttuurillisia erityispiirteitä.<sup>29</sup>

SEUT 11 artiklassa ilmaistaan ympäristönsuojelullinen läpäisyperiaate. Säännöksen mukaan ympäristönsuojelua koskevat vaatimukset on sisällytettävä unionin politiikan ja toiminnan määrittelyyn ja toteuttamiseen, erityisesti kestävästä kehityksestä edistämiseksi. Ilmaisusta ”ympäristönsuojelua koskevat vaatimukset” tarkoitetaan kaikkia SEU 3 artiklassa ja SEUT 191 artiklassa lueteltuja unionin ympäristöpolitiikan tavoitteita ja periaatteita. Monien unionin tavoitteiden, kuten tavaroiden vapaan liikkuvuuden, toteuttaminen vaikuttaa ympäristöön. Siksi ympäristönsuojelulliset näkökohdat on otettava huomioon kaikessa päätöksenteossa, oli kyse sitten yksittäisistä toimenpiteistä tai suuremmista periaatelinjauksista.<sup>30</sup> Ympäristönsuojelulla ei kuitenkaan ole etusijaa muihin sopimuksen vaatimuksiin nähden, sillä kaikki unionin tavoitteet ovat periaatteessa yhdenvertaisia<sup>31</sup>.

Lissabonin sopimuksen myötä ympäristönsuojelullinen läpäisyperiaate siirrettiin samaan osastoon muiden yleisesti sovellettavien määräysten kanssa (SEUT 7–17 artikla). Osastossa on muita, esimerkiksi sukupuolten väliseen tasa-arvoon ja kuluttajansuojaan liittyviä artikloja, joita voidaan luonnehtia vastaavasti läpäisyperiaatteiksi. Ennen kaikkea, SEUT 7 artiklan mukaan ”Unioni varmistaa eri politiikkojensa ja toimijensa välisen johdonmukaisuuden *kaikki tavoitteensa huomioon ottaen*”. Vedder ja Jans huomauttavatkin, että ympäristönsuojelullisen läpäisyperiaatteen sijoittaminen muiden yleisesti sovellettavien määräysten yhteyteen voi vähentää sen periaatteellista painoarvoa suhteessa muihin läpäisyperiaatteisiin<sup>32</sup>. Lisäksi Jans toteaa, että ympäristönsuojelun taso saattaa käytännössä alentua, kun uudet läpäisyperiaatteet otetaan huomioon päätöksenteossa<sup>33</sup>.

29 Ks. kompetenssimuutoksista tarkemmin Benson – Jordan 2010, s. 470.

30 Krämer 2007, s. 21–22.

31 *Ibid.*, s. 21; Vedder 2010, s. 289.

32 Vedder 2010, s. 289; Jans 2010, s. 1544–1545.

33 Jans 2010, s. 1546–1547.

Painoarvon heikkeneminen ei kuitenkaan ole yksiselitteistä. SEUT 11 artiklan sanamuoto on sama kuin EY 6 artiklassa, joten periaatteen oikeudellinen sisältö sinänsä ei ole muuttunut. Lisäksi sanamuoto on muita läpäisyperiaatteita selkeästi velvoittavampi<sup>34</sup>. On myös huomattava, että huolimatta erityisestä asemastaan EY-perustamissopimuksen 6 artiklassa ympäristönsuojelullisella läpäisyperiaattella ei ollut etusijaa muihin sopimuksen tavoitteisiin nähden ennen Lissabonin sopimustakaan<sup>35</sup>. Muodollisille seikoille ei tulisi antaa liikaa painoarvoa periaatteen merkityksen arvioinnissa. Uudistukset tosin saattavat ilmentää muutoksia poliittisissa painotuksissa. Tämän merkitystä EU-tuomioistuimen omaksuman teleologisen tulkintametodin kannalta arvioidaan jäljempänä.

## **4 Ympäristönsuojelu tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoitusperusteena**

### **4.1 SEUT 36 artikla ja ympäristönsuojelu**

SEUT 36 artikla sallii jäsenvaltioiden poiketa SEUT 34 ja 35 artiklan mukaisista määrällisten tuonti- ja vientirajoitusten kielloista, kun säännöksessä luetellut perusteet niin vaativat. Toimenpiteiden täytyy olla suhteellisuusperiaatteen mukaisia<sup>36</sup>, eivätkä ne saa olla mielivaltaisesti syrjiviä tai kauppaa peitellysti rajoittavia. Artiklassa oikeuttamisperusteet on lueteltu tyhjentävästi eikä ympäristönsuojelua ole mainittu<sup>37</sup>.

SEUT 36 artiklan sallimista perusteista jäsenvaltiot ovat käyttäneet useimmiten ihmisten, eläinten tai kasvien terveyden ja elämän suojelua. Luonnollisesti kansalliset toimenpiteet, jotka oikeutetaan tällä perusteella, voivat tähdätä myös ympäristönsuojeluun. EU-tuomioistuimella on kuitenkin tapana tutkia tarkasti, onko kansallinen toimenpide oikeutettu SEUT 36

34 SEUT 11 artiklan mukaan ”Ympäristönsuojelua koskevat vaatimukset on sisällytettävä unionin politiikan ja toiminnan määrittelyyn ja toteuttamiseen”, kun taas muissa läpäisyperiaatteissa käytetään ilmaisuja kuten ”unioni pyrkii” ja ”unioni ottaa – – huomioon”.

35 Krämer 2007, s. 21: ”– Art. 6 does not allow priority to be given to environmental requirements over other requirements; rather, the different objectives of the EC Treaty rank at the same level and the policy must endeavour to achieve all of them.”

36 Barnard 2010, s. 150.

37 Krämer 2007, s. 104; C-113/80, *komissio v. Irlanti*, kappale 7.

artiklassa mainitulla perusteella myös tosiasiallisesti.<sup>38</sup> Arvioinnissa on keskeistä, kuinka läheisesti toimenpide liittyy 36 artiklassa mainittuihin seikkoihin. Etäiset ja epäsuorat vaikutukset eivät voine tulla kyseeseen.<sup>39</sup>

#### 4.2 Ympäristönsuojelu pakottavana vaatimuksena

Tapauksessa *Tanskan pullot* EY-tuomioistuin salli ympäristönsuojelun osaksi *Cassis de Dijon* -oikeuskäytännön mukaisia pakottavia vaatimuksia. Tapauksessa oli kysymys Tanskan kansallisesta lainsäädännöstä, joka kielsi virvoitusjuomien myynnin muissa kuin viranomaisien hyväksymissä pullomalleissa. Säännösten taustalla oli pullojen yhteensopivuus palautusjärjestelmän kanssa ja siten ympäristön suojelu.

Ratkaisussaan EY-tuomioistuin toisti *ADBHU*-tapauksessa lausumansa kannan ympäristönsuojelusta yhteisön keskeisenä päämääränä, joka voi oikeuttaa tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoittamisen. Tuomioistuin viittasi myös Euroopan yhtenäisasiakirjan vahvistavan tämän. Niinpä ympäristönsuojelun oli katsottava olevan *Cassis de Dijon* -oikeuskäytännön mukainen pakottava vaatimus, joka voi rajoittaa SEUT 34 artiklan soveltamista.<sup>40</sup> Lisäksi tuomioistuin totesi yleisesti, että pakottavien vaatimusten tulee olla oikeassa suhteessa niiden tavoitteeseen nähden, ja jäsenvaltioiden tulisi valita tavaroiden vapaata liikkuvuutta vähiten rajoittava keino<sup>41</sup>. Toimenpiteet eivät myöskään saa ylittää sitä, mikä on perusteltua tavoitteen saavuttamiseksi<sup>42</sup>. Tuomio vahvisti suhteellisuusperiaatteen noudattamisen olevan edellytyksenä sille, että ympäristönsuojelullinen toimenpide voidaan perustella pakottavalla vaatimuksella.

EU-tuomioistuimen aikaisemman tulkinnan mukaan pakottavat vaatimukset ovat soveltuneet vain toimenpiteisiin, jotka ovat erotuksetta soveltuvia (*indistinctly applicable measure*)<sup>43</sup>. Syrjivien toimenpiteiden (*distinctly applicable measure*) osalta pakottavat vaatimukset taas eivät ole voineet tulla

38 Ks. Barnard 2010, s. 158–159.

39 Krämer 2007, s. 105; Ks. kuitenkin Paunio 2007a, s. 57 *in fine*.

40 C-302/86, *komissio v. Tanska*, k. 8–9.

41 *Ibid.*, k. 6.

42 *Ibid.*, k. 11.

43 Craig – de Búrca 2003, s. 659.

kyseeseen, ja tavaroiden vapaata liikkumista rajoittava toimenpide on voitu oikeuttaa vain SEUT 36 artiklan mukaisesti.

Pakottaviin vaatimuksiin liittyvä toimenpiteen erotuksesta soveltuvuuden käsite on peräisin direktiivistä 70/50/ETY<sup>44</sup>. Syrjivä toimenpide asettaa jäsenmaahan tuodut tavarat nimenomaisesti eri asemaan kuin kotimaiset tavarat. Kyse on siten suorasta syrjinnästä. Esimerkiksi tuontituotteita koskevat vähimmäis- tai enimmäishinnat ovat tässä merkityksessä syrjiviä. Erotuksesta soveltuva toimenpide sen sijaan soveltuu tuontituotteisiin samalla tavalla kuin kotimaisiinkin *de jure* mutta asettaa tuontituotteet eri asemaan *de facto*.<sup>45</sup> Direktiivissä 70/50/ETY ei mainita, että kansallisen toimenpiteen tarkoituksella olisi painoa arvioinnissa. Jäljempänä ”syrjivällä ja syrjimättömällä toimenpiteellä” tarkoitetaan nimenomaan tavarat eri asemaan asettavaa ja erotuksesta soveltuvaa toimenpidettä.

Viimeaikaisessa oikeuskäytännössä erottelu erotuksesta soveltuviin ja suoraan syrjiviin toimenpiteisiin on kuitenkin menettänyt merkitystään etenkin ympäristönsuojeluun liittyvissä kysymyksissä. Siten ympäristönsuojeluun liittyvien tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoittamisperusteiden jaottelu pakottaviin vaatimuksiin ja SEUT 36 artiklan mukaisiin oikeuttamisperusteisiin on hämärtynyt, kuten seuraavaksi käsiteltävät tapaukset osoittavat.

### 4.3 Rajoitusperusteiden välisen erottelun epäselvyys

Tapauksessa *Vallonian jäte* oli kysymys Belgiassa sijaitsevan Vallonian maakunnan paikallisista määräyksistä, jotka kielsivät muualta kuin Valloniasta peräisin olevan jätteen varastoinnin Vallonian alueelle. Ratkaisussaan EY-tuomioistuin katsoi, että myös kierrätyskelvottomat jätteet ovat tavaroita<sup>46</sup>. Lisäksi, tuomioistuin sovelsi EY 174 artiklassa (SEUT 191 artikla) mainittua lähdeperiaatetta ja totesi, ettei jätteen tuontikieltoa voitu pitää periaatteen valossa syrjivänä<sup>47</sup>. Tämä vaikuttaa merkittävästi, sillä tapauksen tuontikielto oli selkeän määritelmällisesti syrjivä toimenpide. Kielto asetti muiden

44 Komission direktiivi 70/50/ETY tuontirajoituksia vaikutukseltaan vastaavista toimenpiteistä 22.12.1969, 2 ja 3 artikla.

45 Barnard 2010, s. 80 ja 90.

46 C-2/90, *komissio v. Belgia*, k. 28.

47 *Ibid.*, k. 34–36.

jäsenvaltioiden tavarat eri asemaan kuin kotimaiset tavarat.<sup>48 49</sup> Wheelerin mukaan tuomioistuimen ratkaisu onkin ristiriidassa aiemmassa oikeuskäytännössä muotoutuneen syrjivyyden määritelmän kanssa<sup>50</sup>.

Ratkaisussa tehtiin siis edelleen selkeä erottelu syrjivien ja syrjimättömien toimenpiteiden välillä. Merkittävää kuitenkin oli perustamissopimuksen ympäristönsuojelua koskevien periaatteiden soveltaminen, minkä voidaan katsoa vahvistaneen ympäristöperiaatteiden merkitystä tavaroiden vapaan liikkuvuuden yhteydessä. Paunio toteaa tämän olevan osoitus tuomioistuimen omaksumasta teleologisesta tulkintamallista.<sup>51</sup>

Erotuksetta soveltuvuuden merkitys ympäristönsuojeluun liittyvän pakottavan vaatimuksen yhteydessä alkoi muuttua häilyväksi tapauksissa *Dusseldorf*<sup>52</sup> ja *Aber-Waggon*<sup>53</sup>. Niissä EY-tuomioistuin arvioi kansallisten toimenpiteiden sallittavuutta ympäristönsuojeluun liittyvillä näkökohdilla, vaikka toimenpiteiden erotuksetta soveltuvuutta on voitu pitää kyseenalaisena<sup>54</sup>. Kummassakaan tapauksessa tuomioistuin ei arvioinut toimenpiteen erotuksetta soveltuvuutta ja tämän merkitystä rajoittamisperusteiden soveltamisen kannalta.

Tapauksessa *PreussenElektra* oli kysymys Saksan kansallisesta lainsäädännöstä, jossa sähkönjakeluyrityksille asetettiin velvoite jakelualueellaan ostaa uusiutuvista energialähteistä tuotettua sähköä todellista markkina-arvoa korkeammilla vähimmäishinnoilla. Saksalainen tuomioistuin pyysi EY-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua muun ohella kysymykseen siitä, ovatko kyseiset kansalliset säännökset EY 28 artiklan (SEUT 34 artikla) vastaisia.

Vaikka tuomioistuin totesi kansallisten toimenpiteiden potentiaalisesti rajoittavan tuontimahdollisuuksia EY 28 artiklassa (SEUT 34 artikla) tarkoitettulla tavalla, se ei kuitenkaan ottanut kantaa siihen, olivatko toimenpiteet

48 Jacobs 2006, s. 189; C-2/90, *komissio v. Belgia*, julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus, k. 24.

49 Gormley 2009, s. 517; Enchelmaier 2010, s. 219.

50 Wheeler 1993, s. 145.

51 Paunio 2007a, s. 49.

52 C-203/96, *Dusseldorf*.

53 C-389/96, *Aber-Waggon*.

54 Paunio 2007a, s. 64; C-379/98, *PreussenElektra v. Schlesweg*, julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus, k. 227.

luonteeltaan syrjiviä vai ei. Arvioimatta jäi myös suhteellisuusperiaatteen mukaisuus. Kansallisen lainsäädännön tavoitteesta tuomioistuin totesi, että kyseessä olevien kaltaiset säännökset pyrkivät edistämään uusiutuvien energialähteiden käyttöä, mikä taas on ”hyödyllistä ympäristönsuojelun kannalta”. Tuomioistuin viittasi myös yhteisön kansainvälisiin sitoumuksiin ilmastomuutoksen hillitsemiseksi, kuin myös ihmisten, eläinten ja kasvien terveyden ja elämän suojeluun.<sup>55</sup> Suojelun osalta on huomattava yhteys EY 30 artiklaan (SEUT 36 artikla), vaikka tuomiossa ei sitä erikseen mainittukaan.

Tuomioistuin viittasi vielä EY:n perustamissopimuksen tavoitteisiin. Esiin nousi EY 6 artiklassa (SEUT 11 artikla) ilmaistu läpäisyperiaate, jonka mukaan ympäristönsuojelua koskevat vaatimukset on sisällytettävä yhteisön muun politiikan määrittelyyn ja toteuttamiseen.<sup>56</sup> Näiden argumenttien ja asiaan liittyvien direktiivien arvioinnin perusteella tuomioistuin lopulta totesi, ettei tapauksessa kyseessä oleva kansallinen asetus ole EY 28 artiklan (SEUT 34 artikla) vastainen.<sup>57</sup>

Kuten Ojanen huomauttaa, ratkaisussa tuomioistuimen tapa viitata kansainvälisiin sopimuksiin ja perustamissopimuksen tuoreisiin muutoksiin<sup>58</sup> heijastelee yhteisön oikeudessa tapahtuneita muutoksia. Muutokset oikeudessa puolestaan johtuvat yhteisön ympäristöpolitiikan muutoksista, ja siten tuomioistuimen argumentointikin ilmentää politiikan muutoksia.<sup>59</sup>

Paunioin mukaan tapaus *PreussenElektra* osoittaa kehitystä, jonka mukaan tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoitusperusteiden jako toisaalta SEUT 36 artiklan mukaisiin oikeuttamisperusteisiin ja toisaalta oikeuskäytännön mukaisiin pakottaviin vaatimuksiin on menettämässä merkitystään<sup>60</sup>. Ratkaisussaan EY-tuomioistuin ei taaskaan kommentoinut erottelua syrjiviin ja syrjimättömiin toimenpiteisiin, joka aikaisemmassa oikeuskäytännössä oli ollut hyvin keskeistä. Ratkaisuehdotuksessaan julkisasiamies Jacobs piti toimenpiteen syrjivyyttä selvästi mahdollisena<sup>61</sup>.

55 C-379/98, *PreussenElektra v. Schlesweg*, k. 70, 73–75.

56 *Ibid.*, kohta 76.

57 *Ibid.*, kohta 81.

58 Amsterdamin sopimuksella läpäisyperiaate siirrettiin EY-sopimuksen ensimmäiseen osaan, ks. edellä jakso 1.

59 Ojanen 2003b, s. 201.

60 Paunio 2007a, s. 62.

61 C-379/98, *PreussenElektra v. Schlesweg*, julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus, k. 210.

Hyvä tuore esimerkki SEUT 36 artiklan oikeuttamisperusteiden ja pakottavien vaatimusten erottelun ongelmallisuudesta on myös tapaus C-524/07, jossa kyse oli Itävallan tuontiautoihin kohdistuvista kansallisista toimenpiteistä melun ja päästöjen rajoittamiseksi<sup>62</sup>. Itävalta oli vedonnut sekä EY 30 artiklan (SEUT 36 artikla) mukaiseen henkilöiden, eläinten ja kasvien terveyden ja elämän suojeluun että ympäristönsuojeluun. Tuomioistuimien totesi, että terveyden suojeleminen kuuluu ympäristönsuojelun alaan käsitteen laajassa merkityksessä, eikä näitä kahta seikkaa voitu tapauksessa käsitellä erillisinä.<sup>63</sup> Tapauksessa *Aber-Waggon* tuomioistuimien lausui ratkaisussaan, että kyseessä olleet kaupan esteet oli mahdollista oikeuttaa ympäristön ja terveyden suojelulla<sup>64</sup>.

#### 4.4 Tilaisuus oikeustilan selkiyttämiseen: C-28/09, komissio v. Itävalta

Julkisasiamies Trstenjak on ottanut kehityskulkuun perustavasti kantaa asiassa C-28/09 *komissio v. Itävalta*. Tapauksessa ei ole annettu vielä tuomiota, mutta Trstenjak on antanut ratkaisusuosituksensa.

Tapauksessa on kyse Itävallan kansallisesta lainsäädännöstä, joka kieltää tiettyjä tavaroita kuljettavien, yli 7,5 tonnia painavien kuljetusajoneuvojen Alppien läpi kulkevalla A 12 -moottoritieellä. Tämän alakohtaisen liikennöintikiellon tarkoituksena on Itävallan mukaan rajoittaa typpioksidiarvoja moottoritien alueella. Vaikka ilmanlaadun suojelemiseen tähtäviä direktiivejä onkin, Itävalta katsoo kansallisella lainsäädännöllä suojelevansa perusoikeuksia, jotka koskevat kansanterveyden ja ympäristön suojelua sekä yksityis- ja perhe-elämän kunnioittamista<sup>65</sup>. Komission mukaan säännökset ovat paitsi voimakkaasti syrjiviä myös suhteellisuusperiaatteen vastaisia. Liikennöintikieltoa ei siten voitaisi perustella EY 30 artiklassa (SEUT 36 artikla) tarkoitetuilla oikeuttamisperusteilla eikä oikeuskäytännössä tunnetuilla pakottavilla vaatimuksilla.

Ratkaisusuosituksessaan Trstenjak aluksi toteaa, että vaikka kansallisella asetuksella pannaan myös muodollisesti toimeen direktiivien 96/62/EY ja

<sup>62</sup> C-524/07, *komissio v. Itävalta*.

<sup>63</sup> *Ibid.*, k. 56.

<sup>64</sup> C-389/96, *Aber-Waggon*, k. 19.

<sup>65</sup> C-28/09, *komissio v. Itävalta*, julkisasiamies Trstenjakin ratkaisuehdotus, k. 38.



1999/30/EY määräyksiä, tämä ei estä asetuksen tarkastelemista vapaan liikkuvuuden esteenä EY 28 artiklan (SEUT 34 artikla) mukaisesti<sup>66</sup>.

Jäljempänä Trstenjak toteaa, että uudemmasta oikeuskäytännöstä voidaan ”yksiselitteisesti päätellä”, että ympäristönsuojelua koskevilla pakottavilla vaatimuksilla voidaan perustella myös määrällisiä rajoituksia vaikutukseltaan vastaavia syrjiviä toimenpiteitä<sup>67</sup>. Tältä osin voidaan viitata edellä käsiteltyihin tapauksiin *Vallonian jäte*, *Dusseldorp*, *Aher-Waggon* ja *PreussenElektra*. Mainittakoon myös Itävallan aiempaa vastaava alakohtaista liikennöintikieltoa koskevassa asiassa C-320/03 annettu tuomio<sup>68</sup>. Tapauksessa tuomioistuin totesi yksinkertaisesti, että kansalliset, yhteisön sisäistä kauppaa mahdollisesti rajoittavat toimenpiteet voidaan perustella ympäristönsuojeluun liittyvillä pakottavilla vaatimuksilla, kunhan ne ovat oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden<sup>69</sup>.

Kun viimeaikaisen oikeuskäytännön kehityksen lisäksi vielä otetaan huomioon, että vakiintuneessa oikeuskäytännössä ympäristönsuojelu on todettu yhdeksi yhteisön päätavoitteista<sup>70</sup>, on Trstenjakin mukaan katsottava, että ympäristönsuojelulla voidaan pakottavana vaatimuksena perustella myös syrjiviä toimenpiteitä<sup>71</sup>.

On huomattava, että myös *PreussenElektra*-tapauksessa julkisasiamiehenä toiminut Jacobs kehotti tuomioistuinta selkeyttämään EY 28 artiklaa (SEUT 34 artikla) koskevaa oikeuskäytäntöään<sup>72</sup>. Näin ei kuitenkaan käynyt, kuten edellä on esitetty. Myös asiassa C-320/03 tuomioistuimella oli hyvä tilaisuus ottaa tilanteeseen kantaa, mutta jätti niin tekemättä. Jacobs pitää kysymyksen välttämistä tietoisena valintana<sup>73</sup>.

Muodollinen jako erotuksetta soveltuviin ja suoraan syrjiviin toimenpiteisiin on menettänyt merkitystään nimenomaan ympäristönsuojelullisiin pakottaviin vaatimuksiin liittyvässä oikeuskäytännössä. Merkkejä erottelun

66 *Ibid.*, k. 55.

67 *Ibid.*, k. 83.

68 C-320/03, *komissio v. Itävalta*.

69 *Ibid.*, kohta 70.

70 Ks. esimerkiksi C-320/03, *komissio v. Itävalta*, k. 72.

71 C-28/09, *komissio v. Itävalta*, julkisasiamies Trstenjakin ratkaisuehdotus, k. 88 ja 89.

72 C-379/98, *PreussenElektra v. Schlesweg*, julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus, k. 229.

73 Jacobs 2006, s. 194.

häviämisestä on kuitenkin havaittavissa myös muihin pakottaviin vaatimuksiin liittyvissä asioissa. Barnard mainitsee esimerkkinä asian C-54/05<sup>74</sup>, jossa tuomioistuin katsoi kulkuneuvoja koskevan tuontiluvan olevan sallittu tieturvallisuuteen liittyvän pakottavan vaatimuksen vuoksi. Tuontilupaa on perinteisesti pidetty suoraan syrjivänä toimenpiteenä.<sup>75</sup>

## 5 Sekundäärinormisto ja ympäristönsuojelu: Nordiska Dental

Viimeaikaisesta oikeuskäytännöstä tapaus C-288/08 *Nordiska Dental* liittyy ympäristön ja terveyden suojeluun viennin esteinä. Ennakkoratkaisussa oli kyse lääkinnällisiä laitteita koskevan direktiivin 93/42/ETY tulkinnasta. EY-tuomioistuin ei ottanut kantaa EY 30 artiklan (SEUT 36 artikla) tulkintaan.

Tapauksessa oli kysymys hammaspaikoissa käytettävän elohopeaa sisältävän amalgaamin viennistä Ruotsista muihin jäsenvaltioihin ja kolmansiin maihin. Ruotsin kansallinen lainsäädäntö kielsi elohopeaa sisältävien valmistajien ammattimaisen viennin, mutta kiellosta oli mahdollista saada poikkeuslupa. Säännöksen perusteena oli terveyden ja ympäristön suojelu<sup>76</sup>. Ruotsalaisen Nordiska Dentalin poikkeuslupahakemus amalgaamin viemiseen oli hylätty paikallisessa kemikaalivirastossa. Nordiska Dental valitti päätöksestä tuomioistuimeen, ja asia eteni Svean hovioikeuteen, joka pyysi ennakkoratkaisua.

Direktiivi 93/42/ETY on EY 95 artiklan (SEUT 114 artikla) nojalla toteutettu yhdenmukaistamistoimenpide. EY-tuomioistuimen mukaan sen tarkoituksena on siten edistää direktiivin mukaisten lääkinnällisten laitteiden vapaata liikkuvuutta nimenomaan jäsenvaltioiden tällä alalla toteuttamien vapaan liikkuvuuden esteiden korvaamiseksi.

Direktiivin 93/42/ETY 8 artiklan mukaan direktiivin soveltamisalaan kuuluvien laitteiden vientiä voidaan rajoittaa terveyden ja turvallisuuden suojelun perusteella. EY-tuomioistuimen ratkaisun mukaan kansallinen kieltö ei voi jäädä direktiivin 93/42/ETY soveltamisalan ulkopuolelle ainoastaan sen takia, että kiellon perusteena on terveyden suojelun ohella myös ym-

<sup>74</sup> C-54/05, *komissio v. Suomi*.

<sup>75</sup> Barnard 2010, s. 87.

<sup>76</sup> C-288/08, *Nordiska Dental*, k. 16 ja 27.

päristönsuojelu. Toisin sanoen ympäristönsuojeluun tähtäävät toimenpiteet kuuluvat direktiivin 93/42/ETY soveltamisalaan, kun kyse on direktiivissä tarkoitetuista laitteista. Tämä on seurauksena siitä, että direktiivin yhtenä tarkoituksena olevaa terveyden suojelua ei tule tulkita ahtaasti, vaan suojelu koskee myös ihmisten turvallisuutta yleisesti. Tuomioistuimen mukaan tulkinnasta ei kuitenkaan seuraa, että kaikki ympäristöön liittyvät kansalliset toimenpiteet kuuluisivat direktiivin soveltamisalaan (ja olisivat siten kiellettyjä), vaikka kyse olisikin lääketieteellisistä laitteista.<sup>77</sup>

Krämerin mukaan tuomioistuimen ratkaisu on virheellinen. Kommentissaan hän väittää, että kun ympäristönsuojelun tarkoitetaan kuuluvan tietyn unionin säännöksen alaan, se mainitaan selkeästi. Ympäristönsuojelu ei siis voi sisältyä henkilöiden terveyden ja turvallisuuden suojelun alaan ilman nimenomaista mainintaa.<sup>78</sup> Krämer argumentoi seuraavasti: Ensinnäkin, kyseessä oleva direktiivi 93/42/ETY kuuluu niin sanottuihin *new approach*-direktiiveihin, joissa Neuvoston päätöksen 85/C 136/01 mukaan ympäristön suojelu mainitaan nimenomaisesti, milloin sen on tarkoitus kuulua kunkin direktiivin alaan<sup>79</sup>. Direktiivi 93/42/ETY ei mainitse tavoitteissaan erikseen ympäristön suojelua, vaan ainoastaan henkilöiden terveyden ja turvallisuuden suojelemisen<sup>80</sup>. Toiseksi, myöskään yleistä tuoteturvallisuutta koskeva direktiivi 2001/95/EY ei mainitse ympäristön suojelua erillisenä tavoitteena. Kolmanneksi, SEUT 36 mukaisia oikeuttamisperusteita ei voida tulkita laajentavasti ympäristönsuojeluun. Lisäksi SEUT 114(4) ja (5) artiklojen mukaisissa perusteissa harmonisoidusta lainsäädännöstä poikkeamiseksi ympäristönsuojelu mainitaan erikseen.

Näiden näkökohtien valossa Krämer toteaa, että unionin primääri- ja sekundäärinormiston, *new approach*-direktiivin periaatteiden ja unionin lainsäädäntöelinten yleisen käytännön mukaan ympäristönsuojelu mainitaan unionin säädöksessä nimenomaisesti, jos sen on tarkoitettu kuuluvan kyseisen säädöksen soveltamisalaan.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> *Ibid.*, k. 29–31.

<sup>78</sup> Krämer 2010, s. 124–127.

<sup>79</sup> Neuvoston päätös 84/C 136/01 teknistä yhdenmukaistamista ja standardointia koskevasta uudesta lähestymistavasta 4.6.1985, k. A 1, 2 ja 3.

<sup>80</sup> Neuvoston direktiivi 93/42/ETY lääkinällisistä laitteista 12.7.1993, johdannon kappaleet 3 ja 5.

<sup>81</sup> Krämer 2010, s. 126.

Mitä henkilöiden terveyden ja turvallisuuden suojelun laajentavaan tulkintaan tulee, kritiikkiin on helppo yhtyä. Neuvoston *new approach* -päätöksessä ympäristö mainitaan selkeästi turvallisuudesta ja terveydestä erillisenä perusteena<sup>82</sup>. Tästä ei tosin voida yksiselitteisesti päätellä, että ympäristönsuojelu ei voisi joissain tapauksissa kuulua turvallisuuden ja terveyden suojelun alaan. Enchelmaier toteaa käsitteiden välillä olevan selvää limittäisyyttä. Limittäisyys käy ilmi esimerkiksi SEUT 191(1) artiklasta: terveyden suojelu kuuluu unionin ympäristöpolitiikan tavoitteisiin.<sup>83</sup> Tapausta voidaan myös verrata edellä mainittuun asiaan C-524/07, jossa tuomioistuin on niin ikään käsitellyt terveyden ja ympäristönsuojelua yhtenä kokonaisuutena<sup>84</sup>. Ottaen kuitenkin huomioon unionin oikeuden viimeaikaisen kehityksen ympäristönsuojelun osalta<sup>85</sup>, teleologinen tulkinta voisi tapauksessa kallistua päinvastaiselle kannalle.

## 6 Perusoikeudet rajoitusperusteena

### 6.1 Perusoikeuksien aseman vahvistuminen

Tapauksessa *Schmidberger*<sup>86</sup> itävaltalainen ympäristönsuojeluyhdistys oli saanut Itävallan viranomaisilta luvan mielenosoituksen järjestämiseen A 13 -moottoritieellä. Mielenosoitus oli Itävallan kansallisen lainsäädännön mukaan laillinen eikä sitä sen vuoksi estetty. Tavarankuljetusyhtiö Schmidberger nosti itävaltalaisessa tuomioistuimessa kanteen Itävallaa vastaan ja prosessin edetessä itävaltalainen vetoomustuomioistuin esitti ennakkoratkaisupyynnön EY-tuomioistuimelle.

Tuomioistuin totesi Itävallan viranomaisten menettelyn (mielenosoituksen kieltämättä jättäminen) olevan määrällisiä rajoituksia vaikutukseltaan vastaava toimenpide, joka voisi kuitenkin olla oikeutettu objektiivisin pe-

82 Ks. alaviite 79.

83 Enchelmaier 2010, s. 302.

84 Ks. alaviitteet 63 ja 64. Erona on tietenkin se, että asiassa C-524/07 oli kyse primäärinormiston tulkinnasta, kun taas asiassa C-288/08 tulkittiin yksittäisen direktiivin tarkoitusta.

85 Raitio 2005, s. 293: ”On perusteltua väittää ympäristönsuojelun vähitellen muuttuneen ”itseisarvoksi ja päämääräksi”, mikä vaikuttaa teleologisen tulkinnan sisältöön tavoitteiden määräytyessä ympäristönäkökohdat huomioonottaviksi.”; Ojanen 2003a, s. 693; ks. myös tapaus *Vallonian jäte* edellä.

86 C-112/00, *Eugen Schmidberger v. Itävalta*.

rustein<sup>87</sup>. Arvioidessaan perusoikeuksien ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden välistä suhdetta tuomioistuin totesi, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan perusoikeudet ovat ”erottamaton osa” yhteisön yleisiä oikeusperiaatteita. Tuomioistuin viittasi jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja kansainvälisiin ihmisoikeuksia koskeviin asiakirjoihin. Toimenpiteitä, jotka ovat yhteensopimattomia ihmisoikeuksien kunnioittamisen kanssa, ei voida hyväksyä. Siten tuomioistuin totesi, että perusoikeuksien kunnioittaminen on perusteltu intressi, joka periaatteessa voi oikeuttaa tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoittamisen.<sup>88</sup>

Ennakkoratkaisun perustelut ovat merkittävät nimenomaan sen takia, että perusoikeuksille tunnustettiin vihdoinkin asema tavaroiden vapaan liikkuvuuden rinnalla. Neljän perusvapauden asema ”supervapauksina” ei enää ollutkaan itsestään selvä. Perusoikeuksien merkityksen korostuminen ei tosin sekään ole ollut itsestään selvää *Schmidbergerin* jälkeisessä oikeuskäytännössä. Raition mukaan perinteinen sisämarkkinaoikeudellinen lähestymistapa on säilynyt EU-tuomioistuimen argumentoinnissa.<sup>89</sup>

Kirjallisuudessa on keskusteltu siitä, miten perusoikeudet tulisi sijoittaa perinteisiin tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoitusperusteisiin. Perusoikeudet eivät sisälly SEUT 36 artiklan oikeuttamisperusteisiin eivätkä pakottaviin vaatimuksiin. EU-tuomioistuin ei ole ottanut asiaan kantaa. Paunio mukaan tapauksia *Schmidberger* ja *A.G.M.-COS.MET*<sup>90</sup> voidaankin pitää osoituksena SEUT 36 artiklan ja pakottavien vaatimusten välisen jaon heikentymisestä<sup>91</sup>. Hän kuitenkin katsoo, että perusoikeudet rinnastuvat SEUT 36 artiklan mukaisiin oikeuttamisperusteisiin<sup>92</sup>.

## 6.2 Ympäristöperusoikeus

Perusoikeuksien aseman selkiytyminen suhteessa sisämarkkinavapauksiin herättää ilmeisen kysymyksen: onko olemassa ’ympäristöperusoikeus’, joka voisi oikeuttaa tavaroiden vapaata liikkuvuutta rajoittavia toimenpiteitä?

87 *Ibid.*, kohta 64.

88 *Ibid.*, kappaleet 71 ja 73–74.

89 Ks. Raitio 2010, s. 487; ks. myös Barnard 2010, s. 171.

90 C-470/03, *A.G.M.-COS.MET*.

91 Paunio 2007a, s. 87.

92 Paunio 2007b, s. 901; ks. myös C-470/03, *A.G.M.-COS.MET*, k. 71–73.

Euroopan unionin perusoikeuskirjan ympäristönsuojelua koskeva 37 artikla toistaa SEU 3(3) artiklan mukaisen korkean ympäristönsuojelun tason ja ympäristön laadun parantamisen sekä SEUT 11 artiklan mukaisen läpäisyperiaatteen ja kestäväen kehityksen. Artiklan sanamuodon perusteella on selvää, ettei se perusta subjektiivista oikeutta. Yksilön kannalta säännös saa lähinnä merkitystä julkiseen valtaan kohdistuvana toimintavelvoitteena<sup>93</sup>. SEU 6 artiklan mukaan perusoikeuskirjalla on sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla, mikä on Lissabonin sopimuksen tuoma muutos.

EU-tuomioistuin on useamman kerran viitannut perusoikeuskirjaan tuomioissaan. Asian C-279/09 ratkaisussa tuomioistuimen nykyinen suhtautuminen perusoikeuskirjaan käy havainnollisesti ilmi: ”Mitä perusoikeuksiin tulee, Lissabonin sopimuksen voimaantulon jälkeen on tärkeää ottaa huomioon perusoikeuskirja, jolla on ’sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla’ – –.”<sup>94</sup>

Määttän mukaan ympäristöön liittyviä oikeuksia on mahdollista käsitellä vahvasti suojattuna aineellisena perusoikeutena yhteisön oikeudessa. Perusteluina Määttä mainitsee perusoikeuskirjan lisäksi myös kansainvälisten sopimusten merkityksen, EU-tuomioistuimen viimeaikaisen oikeuskäytännön sekä ympäristötavoitteiden vahvistumisen perussopimuksissa.<sup>95</sup> Kansainvälisten sopimusten osalta voidaan viitata edellä käsiteltyyn tapaukseen *PreussenElektra*, jossa EY-tuomioistuin perusteli ratkaisuaan jäsenvaltioiden kansainvälisillä velvoitteilla. Tuomioistuimen viimeaikaisen oikeuskäytännön kehittymisessä ympäristönsuojelun normatiivisen painoarvon kasvua puolestaan osoittavat edellä jaksossa 3 esitellyt tapaukset. Jaksossa 1 on niin ikään käsitelty ympäristöpolitiikan kehitystä.

Sikäli kun ympäristönsuojeluun liittyviä oikeuksia voidaan tarkastella perusoikeuksina, saavat ne Paunio mukaan merkitystä myös tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoitusperusteena<sup>96</sup>. Oikeuskäytäntöä nimenomaan ympäris-

93 Ks. esimerkiksi C-87/02, *komissio v. Italia*, julkisasiamies Colomerin ratkaisuehdotus, k. 36.

94 C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH*, k. 30.

95 Määttä 2001, s. 315–316. Muina argumentteina Määttä mainitsee jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön.

96 Paunio 2007b, s. 901.

töön liittyvän perusoikeuden merkityksestä ei kuitenkaan vielä ole, joskin julkisasiamiehet ovat ratkaisusuosituksissaan viitanneet perusoikeuskirjan 37 artiklaan<sup>97</sup>. Edellä käsitellyssä asiassa C-28/09 Itävalta on myös vedonnut kansallisella toimenpiteellään noudattavansa unionin perusoikeuksiin liittyviä velvollisuuksia, jotka koskevat myös ympäristönsuojelua<sup>98</sup>.

## 7 Yhteenveto

Euroopan integraatio on alkujaan perustunut nimenomaan taloudelliselle integraatiolle. Neljä perusvapautta, joille sisämarkkinat pohjautuvat, ovat yhteisön oikeudessa kehittyneet hyvin vahvoiksi peruseriaateiksi. Integraation laajentuessa yhteisö on saanut useita poliittisia tavoitteita, jotka ovat ainakin periaatteessa yhdenvertaisia sisämarkkinoiden toteutumiseen nähden. Ympäristönsuojelun osalta voidaan viitata Euroopan yhtenäisasiakirjan myötä yhteisön oikeuteen tulleseeseen ja Amsterdamin sopimuksen edelleen vahvistamaan läpäisyperiaatteeseen, jonka mukaan ympäristönsuojelua koskevat vaatimukset tulee huomioida kaikessa unionin politiikassa.

Muutokset poliittisissa painotuksissa ovat vaikuttaneet myös yhteisön oikeuden sisältöön. EU-tuomioistuin on omaksumansa teleologisen tulkintamallin mukaisesti ratkaisuisaan huomioinut koko yhteisön tavoitteet<sup>99</sup>. Ympäristönsuojelu on yhtenä yhteisön päätavoitteista voinut oikeuttaa tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoittamisen. Esimerkiksi tapauksessa *PreussenElektra* tuomioistuin viittasi nimenomaisesti läpäisyperiaatteeseen ja myös yhteisön kansainvälisiin sitoumuksiin. Tapaus *Nordiska Dental* kuitenkin osoittaa paitsi horjuvuutta tuomioistuimen käytännössä, myös sitä, ettei sisämarkkinoiden toimivuuden perustava merkitys unionin oikeudessa ole kadonnut minnekään. Tapauksesta *Schmidberger* alkanut perusoikeuksien ilmaantumisen tavaroiden vapaan liikkuvuuden kontekstiin heijastelee niin ikään yhteisön politiikassa tapahtuneita muutoksia. Ympäristöperusoikeuden asema rajoitusperusteena on epävarma mutta mahdollinen.<sup>100</sup>

97 Ks. av. 93 ja C-277/02, *EU-Wood-Trading*, julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus, k. 9. Kummassakaan tapauksessa 37 artiklaa ei kuitenkaan käsitelty asiassa annetussa tuomiossa.

98 Ks. av. 65.

99 Ks. Raitio 2005, s. 278.

100 Ks. myös Paunio 2007b, s. 907.

Ympäristönsuojelullisen läpäisyperiaatteen suhde Lissabonin sopimuksen tuomiin uusiin läpäisyperiaatteisiin ei myöskään ole vielä selvä<sup>101</sup>.

Tässä kirjoituksessa kuvatut muutokset ovat edelleen käynnissä. Oikeuskäytännön perusteella voidaan sanoa, että liikkumavaraa ympäristönsuojelun ja perusoikeuksien kannalta myönteisempään yhteisön oikeuden tulkintaan on ollut. Nykyisissä unionin perussopimuksissa on vahvistettu unionille ja sen toiminnalle useita kunnianhimoisia tavoitteita, joiden täydellinen yhteensovittaminen on mahdotonta. Kuitenkin asetettujen poliittisten tavoitteiden valossa edellä mainitun liikkumavaran tuskin voidaan ennakoida lähiaikoina loppuvan.

---

101 Ks. jakso 2.2.



## Lähteet

### Kirjallisuus

Barnard, Catherine: *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms* (3<sup>rd</sup> edition). Oxford University Press. Oxford 2010. (Barnard 2010)

Benson, David – Jordan, Andrew: *European Union environmental policy after the Lisbon Treaty: plus ça change, plus c'est la même chose?* *Environmental Politics* 2010, 19(3), s. 468–474. (Benson – Jordan 2010)

Craig, Paul – de Búrca, Gráinne: *EU Law – Text, Cases and Material*. Oxford University Press. Oxford 2003. (Craig – de Búrca 2003)

Enchelmaier, Stefan: *Article 36 TFEU: General*. Teoksessa Oliver, Peter (toim.): *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, s. 215–313. Hart Publishing Ltd. Oxford 2010. (Enchelmaier 2010)

Fleurke, Floor M.: *What Use for Article 95(5) EC?* *Journal of Environmental Law* 2008, 20(2), s. 267–278. (Fleurke 2008)

Gormley, Laurence: *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*. Oxford University Press. New York 2009. (Gormley 2009)

Jacobs, Francis: *The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment*. *Journal of Environmental Law* 2006, 18(2), s. 185–205. (Jacobs 2006)

Jans, Jan – Vedder, Hans: *European Environmental Law* (3<sup>rd</sup> edition). Europa Law Publishing. Groningen 2008. (Jans – Vedder 2008)

Jans, Jan: *Stop the Integration Principle?* *Fordham International Law Journal* 2010, 33(5), s. 1533–1547. (Jans 2010)

Krämer, Ludwig: *Comment on Case C-288/08 Kemikalieinspektionen v. Nordiska Dental AB of the Court of 19 November 2009*. *Journal for European Environmental and Planning Law* 2010, 7(1), s. 124–128. (Krämer 2010)

Krämer, Ludwig: *EC Environmental Law* (6<sup>th</sup> edition). Sweet & Maxwell. Lontoo 2007. (Krämer 2007)

Lee, Maria: *The Environmental Implications of the Lisbon Treaty*. *Environmental Law Review* 2008, 10(2), s. 131–138. (Lee 2008)

Määttä, Tapio: *Ympäristö eurooppalaisena ihmis- ja perusoikeutena: kohti ekososiaalista oikeusvaltiota*. Teoksessa Nieminen, Liisa (toim.): *Perusoikeudet EU:ssa*, s. 263–326. Kauppa-kaari Oyj. Helsinki 2001. (Määttä 2001)

Ojanen, Tuomas: *Euroopan yhteisöjen (EY) tuomioistuimen tuomio 17.9.2002 asiassa C-513/99, jonka korkein hallinto-oikeus saattoi EY:n tuomioistuimen käsiteltäväksi EY 234 artiklan nojalla, jotta se antaisi ennakkoratkaisun asiassa Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-bussiliikenne*. *Lakimies* 4/2003, s. 692–701. (Ojanen 2003a)

Ojanen, Tuomas: Tavaroiden vapaa liikkuvuus EU-oikeuden nykytilassa. Teoksessa Ojanen, Tuomas – Haapea, Arto (toim.): EU-oikeuden perusteita II – aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia, s. 91–128. Edita Publishing Oy. Helsinki 2007. (Ojanen 2007)

Ojanen, Tuomas: The Times they are a-Changin' – the Reaction of the Courts. Teoksessa Petman, Jarna – Klabbers, Jan (toim.): Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi, s. 181–205. Martinus Nijhoff Publishers. Boston 2003. (Ojanen 2003b)

Paunio, Elina: Ympäristönsuojelu tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen tulkinnassa EU:ssa. Lisensiaatintutkielma. Helsingin yliopisto. Helsinki 2007. (Paunio 2007a)

Paunio, Elina: Ympäristönsuojelu ja tavaroiden vapaa liikkuvuus perusoikeuksien näkökulmasta EU:ssa, *Lakimies* 6/2007, s. 899. (Paunio 2007b)

Raitio, Juha: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Talentum Media Oy. Helsinki 2010. (Raitio 2010)

Raitio, Juha: Teleologia eurooppaoikeudessa. *Oikeus* 3/2005, s. 276–295. (Raitio 2005)

Sorensen, Karsten: Reconciling secondary legislation with the Treaty rights of free movement. *European Law Review* 2011, 36(3), s. 339–361. (Sorensen 2011)

Vedder, Hans: The Treaty of Lisbon and European environmental law and policy. *Journal of Environmental Law* 2010 22(2), s. 285–299. (Vedder 2010)

Wheeler, Marina: Legality of Restrictions on the Movement of Wastes under Community Law, The Case Law Analysis. *Journal of Environmental Law* 1993, 5(1), s. 141–148. (Wheeler 1993)

### **Virallislähteet**

First communication of the Commission about the Community's policy on the environment, 22.6.1971, SEC (71) 2616. (SEC (71) 2616)

### **Oikeuskäytäntö**

Asia C-8/74, Procureur du Roi v. Dassonville, Kok. 1974, s. 837.

Asia C-120/78, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Kok. 1979, s. 649.

Asia C-113/80, komissio v. Irlanti, Kok. 1981, s. 1625.

Asia C-240/83, Association de defense des brûleurs d'huiles usages (ADBHU), Kok. 1985, s. 531.

Asia C-302/86, komissio v. Tanska, Kok. 1988, s. 4605.

Asia C-2/90, komissio v. Belgia, Kok. 1992, s. I-4431.

Asia C-2/90, komissio v. Belgia, Kok. 1992, s. I-4431, julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus, annettu 19.9.1991.

Asia C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV ym. v. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Kok. 1998, s. I-4075.

Asia C-389/96, Aher-Waggon GmbH v. Bundesrepublik Deutschland, Kok. 1998, s. I-4473.

Asia C-379/98, PreussenElektra v. Schlesweg, Kok. 2001, s. I-2099.

Asia C-379/98, PreussenElektra v. Schlesweg, Kok. 2001, s. I-2099, julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus, annettu 26.10.2000.

Asia C-112/00, Eugen Schmidberger v. Itävalta, Kok. 2003, s. I-5659.

Asia C-87/02, komissio v. Italia, Kok. 2004, s. I-5975, julkisasiamies Colomerin ratkaisuehdotus, annettu 8.1.2004.

Asia C-277/02, EU-Wood-Trading GmbH v. Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH, Kok. 2004, s. I-11957, julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus, annettu 23.9.2004.

Asia C-320/03, komissio v. Itävalta, Kok. 2005, s. I-9871.

Asia C-470/03, A.G.M.-COS.MET Srl v. Suomen valtio ja Tarmo Lehtinen, Kok. 2007, s. I-2749.

Asia C-54/05, komissio v. Suomi, Kok. 2007, s. I-2473.

Asia C-249/07, komissio v. Alankomaat, Kok. 2008, s. I-174.

Asia C-524/07, komissio v. Itävalta, Kok. 2009, s. I-4937.

Asia C-288/08, Kemikalieinspektionen v. Nordiska Dental AB, Kok. 2009, s. I-11031.

Asia C-28/09, komissio v. Itävalta, julkisasiamies Trstenjakin ratkaisuehdotus, annettu 16.12.2010.

Asia C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbh v. Bundesrepublik Deutschland, Kok. 2010.



## Parties' Duty of Confidentiality in Arbitration

Keywords: party, confidentiality, concealment, contract interpretation, arbitration, arbitration agreement, trade secret

**Juha Ojala**

---

### *English Abstract*

*Confidentiality is almost always mentioned as one of the benefits of arbitration, especially in connection with corporate disputes. However, it is not clear what the basis of this argument is.*

*It is true that the parties can agree on confidentiality in the arbitration agreement. Despite this, they seldom use this option, since they expect that the arbitration is kept confidential anyway. It is also true that, in practice, the parties often keep the proceedings confidential, as well as the information gathered during the proceedings. Yet the question remains: are they actually obliged to do so? In other words, do they have a duty of confidentiality?*

*The purpose of this article is to examine whether the parties have a duty of confidentiality in arbitration and what could constitute the basis for this duty. The Finnish Arbitration Act is silent on the confidentiality issue, and it is seldom covered in the actual arbitration agreement. However, one must take into consideration that the duty can also derive from the parties' other contracts or even, in some cases, from laws that regulate the use of trade secrets. This means that the general principles of contract law and contract interpretation play a vital role in assessing the parties' possible duty of confidentiality. Finally, this article also discusses the rationale for confidentiality, weighing its pros and cons.*

*The conclusion is that in general, the parties do not owe a duty of confidentiality to each other in arbitration, but there are also several exceptions to this principal rule. This should be taken into consideration when drafting arbitration agreements. For the sake of clarity, the legislator could also take a stand on the confidentiality issue.*

## *Full article in Finnish*

# Asianosaisen salassapitovelvollisuus välimiesmenettelyssä

Hakusanat: asianosainen, luottamuksellisuus, salassapito, sopimuksen tulkinta, välimiesmenettely, välityssopimus, yrityssalaisuus

## 1 Johdanto

Yksityisoikeudellinen riita, jossa sovinto on sallittu, voidaan sopimuksella määrätä yleisen tuomioistuimen sijasta ratkaistavaksi välimiesmenettelyssä.<sup>1</sup> Välimiesmenettelyn etuina mainitaan lähes poikkeuksetta menettelyn joustavuus, joutuisuus, luottamuksellisuus, välimiesten erityisasiantuntemus sekä asian käsittelyn ei-julkisuus. Välimiesmenettelyä käytetään enimmäkseen elinkeinoelämässä, yritysten välillä syntyneiden riitojen ratkaisemisessa, ja erityisesti silloin luottamuksellisuutta korostetaan.

On kuitenkin epäselvää, mihin väite luottamuksellisuudesta perustuu, etenkin kun ei-julkinen on eri asia kuin salainen. Asianosaiset voivat tietysti sopia salassapidosta, mutta käytännössä näin tehdään varsin harvoin, koska osapuolet olettavat, että välimiesmenettely on joka tapauksessa luottamuksellinen.<sup>2</sup> Asianosaiset yleensä myös pitävät välimiesmenettelyn ja siinä ilmi tulleet seikat salassa. Mutta onko tämä pakollista, eli onko asianosaisilla salassapitovelvollisuus?

Kirjoituksen tarkoitus on selvittää, onko asianosaisilla velvollisuus pitää välimiesmenettelyä koskevia seikkoja salassa ja mihin tämä velvollisuus voi perustua. Tämän lisäksi tarkastelun kohteena on myös salassapitovelvollisuuden tarkoituksenmukaisuus, eli sen hyödyt ja haitat. Kirjoituksessa keskitytään ensisijaisesti sopimusperusteiseen kahden osapuolen väliseen *ad hoc*

1 Välimiesmenettely perustuu yleensä asianosaisten väliseen välityssopimukseen tai -lauskeeseen. Eräissä tapauksissa välimiesmenettely voi perustua lakiin, eli asianosaisten ei tarvitse erikseen sopia asian viemisestä välimiesmenettelyyn. Tästä käytetään termiä lakisäätäinen, eli *legaalin* välimiesmenettely. Ks. esimerkiksi osakeyhtiölain (624/2006) 24 luvun 4 § ja vesilain (264/1961) 5 luvun 84 §.

2 Ks. Peltonen 2005, s. 66–67 ja 92; Liljeström 2011, s. 518 ja International Arbitration Study 2010, s. 29. Median uutisointi salaisista välimiesmenettelyistä ei ainakaan auta asiaa, koska niistä saa helposti sen kuvan, että välimiesmenettelyt ovat aina salaisia. Uutisointi ei siis yleensä ole virheellistä, mutta on siitä huolimatta harhaanjohtavaa.

-menettelyyn<sup>3</sup>, eli menettelyyn, joka tapahtuu asianosaisten *sopimuksen* ja voimassa olevan *lain* mukaan.

Välityssopimukseen ei yleensä oteta salassapitoehtoa, eikä laissa välimiesmenettelystä (23.10.1992/967, VML) säännellä salassapidosta tai luottamuksellisuudesta mitään. On kuitenkin otettava huomioon, että salassapitovelvollisuus voidaan johtaa muusta osapuolten välisestä sopimuksesta ja joskus jopa yrityssalaisuuksien suojaa sääntelevistä laeista. Tämä tarkoittaa, että yleiset sopimusoikeudelliset periaatteet ja sopimuksen tulkinta ovat merkittävässä roolissa, kun arvioidaan asianosaisten mahdollista salassapitovelvollisuutta. On selvää, että jos henkilöä sitoo lakiin tai sopimukseen perustuva salassapitovelvollisuus, välimiesmenettely ei poista tätä velvollisuutta.

Luottamuksellisuuden osaksi mielletään usein välimiesmenettelyssä ilmoitettujen seikkojen salassa pitäminen.<sup>4</sup> Toisin sanoen luottamuksellinen tieto on pidettävä salassa ja kysymys on vain siitä, minkä katsotaan olevan luottamuksellista tietoa. Onko esimerkiksi riidan olemassaolo, riidan sisältö, yrityssalaisuudet, välitystuomion sisältö vai välimiesmenettelyssä esitettävien lausumien ja todisteiden sisältö luottamuksellista tietoa?<sup>5</sup>

Salassapitovelvollisuudella tarkoitetaan erityisesti velvollisuutta olla ilmaise-matta salaista tietoa sivulliselle, mutta joskus myös velvollisuutta olla käyttämättä tätä tietoa ilman toisen suostumusta.<sup>6</sup> Velvollisuuden vastinparina on aina oikeus; myös salassapitovelvollisuus perustuu aina jonkun toisen oikeuteen säilyttää salaisuus.<sup>7</sup> Välimiesmenettelyyn liittyvää salassapitovelvollisuutta voi tarkastella asianosaisen lisäksi ainakin välimiehen, asiamiehen, avustajan tai todistajan näkökulmasta. Oikeuskirjallisuudessa on yksimielisesti katsottu, että välimiehillä on salassapitovelvollisuus välimiesmenettelyä

3 Vrt. *institutionaalinen* välimiesmenettely, jossa välitysinstituutti osallistuu menettelyn järjestämiseen puolueettomana elimenä. Yleensä menettely myös käydään kyseisen välitysinstituutin sääntöjen mukaan.

4 Ks. myös Kotiranta – Ylikantola 2005, s. 304.

5 Ks. International Arbitration Study 2010, s. 31. Kyselyyn osallistuneet kertoivat, minkä seikkojen salassa pysyminen on heille tärkeää: riidan arvo: 76 %, kirjelmät ja muut menettelyyn liittyvät asiakirjat: 72 %, koko välitystuomio: 69 %, välitystuomio siltä osin, kun se sisältää tietoja, joiden perusteella asianosaiset voidaan tunnistaa: 58 %, riidan olemassaolo: 54 %, ja mitä riita koskee: 54 %.

6 Ks. esimerkiksi Hemmo 2005, s. 328–329.

7 Ks. myös Turunen 2007, s. 52.

koskevista seikoista.<sup>8</sup> Asianosaisen salassapitovelvollisuutta – ja erityisesti muussa kuin välityssopimuksessa olevan salassapitoehdon vaikutusta siihen – ei sen sijaan ole käsitelty yhtä paljon, eikä siitä ole muodostunut selkeää kantaa.

## 2 Välimiesmenettelyyn perustuva salassapitovelvollisuus

### 2.1 Laki välimiesmenettelystä

VML:ssa ei ole säännöstä menettelyn luottamuksellisuudesta. Myöskään VML:n esitöissä ei mainita mitään luottamuksellisuudesta tai salassapidosta, ja julkisuuttakin käsitellään pelkästään yleisperusteluissa. Esitöiden mukaan menettely on vain rajoitetusti julkista, eivätkä säännökset oikeudenkäynnin julkisuudesta koske välimiesmenettelyä. Riidan saattaminen ratkaistavaksi julkisessa oikeudenkäynnissä koetaan usein jo sellaisenaan haitalliseksi, ja erimielisyyksiä käsiteltäessä joudutaan usein myös tuomaan esiin liike- tai ammattisalaisuuksia taikka muuta yritystietoa, jonka tulo julkisuuteen voi olla asianosaisen elinkeinotoiminnalle vahingollista.<sup>9</sup> Myöskään vanhassa laissa välimiesmenettelystä tai sen esitöissä ei ole säännöksiä luottamuksellisuudesta tai salassapidosta, mutta menettely miellettiin vanhan VML:n mukaan siitä huolimatta luottamukselliseksi.<sup>10</sup> Vaikka menettely miellettiin luottamukselliseksi, asianosaisten salassapitovelvollisuudesta ei ollut vanhan lain aikana selkeää kantaa, joten siitä ei saa nykyiseen lakiin tulkinta-apua.

Välimiesmenettelyssä ei sovelleta oikeudenkäyntiä yleisessä tuomioistuimessa koskevia säännöksiä,<sup>11</sup> kuten oikeudenkäynnin julkisuusperiaatetta. On

---

8 Ks. esimerkiksi Peltonen 2005, s. 81.

9 HE 202/1991, s. 3. Ks. myös Liljeström 2011, s. 514.

10 Ks. laki välimiesmenettelystä 46/1928, HE 10/1927 ja Komiteanmietintö 1901:9. Laki perustui pääosin prof. R. A. Wreden johtamaan ns. oikeudenkäyntilaitoskomitean mietinnön sisältämään säädösehdotukseen välimiehistä. Ks. myös esimerkiksi Tirkkonen 1943, s. 11, 169–170 ja 187. Tirkkonen käsittelee enimmäkseen välimiesten ja asianosaisten välistä luottamussuhdetta, eikä hän ota kantaa asianosaisten väliseen luottamukseen tai salassapitoon.

11 Niistä ei ole myöskään ollut tapana hakea tulkinta-apua välimiesmenettelyyn analogian avulla. Joskus välimiesmenettely tai sen osakysymys voi kuitenkin päättyä yleiseen tuomioistuimeen, jolloin tuomioistuin saattaa käyttää sille kuuluvaa julkista valtaa ja määrätä materiaalia salassa pidettäväksi. Jos välitystuomio päättyy tuomioistuimeen täytäntöönpano- tai kumoamisasiana, se ja liitteenä oleva prosessiaineisto ovat lähtökohtaisesti julkisia. Ks. tarkemmin Peltonen 2005, s. 65–66.



kuitenkin huomattava, että ei-julkinen ei ole yhtä kuin salainen.<sup>12</sup> Julkisuus tarkoittaa käytännössä, että kuka tahansa sivullinenkin saa vapaasti tietoja menettelystä, eivätkä asianosaiset voi sopia tämän rajoittamisesta.<sup>13</sup> Näin ollen ei-julkinen tarkoittaa, että sivullinen ei saa vapaasti tietoja menettelystä. Se ei kuitenkaan lähtökohtaisesti rajoita asianosaisen oikeutta vapaaehtoisesti antaa tietoja sivulliselle. Salaisella tarkoitetaan puolestaan, että välimiesmenettelyyn liittyviä seikkoja ei saa ilman toisen osapuolen lupaa kertoa sivulliselle, riippumatta siitä, onko niitä pyydetty vai ei.

Teleologisella, eli tavoitteellisella lain tulkinnalla voisi perustella, että VML:n tarkoitus on mahdollistaa luottamuksellinen menettely. Kun yksi esitöissäkkin mainittu välimiesmenettelyn valintaan vaikuttava tekijä on se, että tietoja ei anneta julkisuuteen, tätä käsitystä on suojeltava lain tarkoituksen mukaisesti. Toisaalta teleologinen tulkinta on erittäin hankalaa, kun luottamuksesta ja salassapidosta ei ole yhtään säännöstä VML:ssa ja etenkin, kun lähtökohdaksi otetaan perusoikeusmyönteinen tulkinta. Suomen perustuslain (11.6.1999/731) 12 §:n mukaista sananvapautta ei voida tässä tapauksessa rajoittaa ilman nimenomaista säännöstä. Edellä mainittu tarkoitus luottamuksellisesta menettelystä toteutuu jo sillä, että osapuolille tarjotaan mahdollisuus pitää asia salassa, jos he niin haluavat sopia. VML:n mukaan ei siis ole estettä, että asianosainen kertoo sivulliselle mitä tahansa menettelyn aikana ilmenneitä seikkoja, kunhan hän ei loukkaa muuta salassapitovelvollisuuttaan. On tietenkin asia erikseen, kannattaako asianosaisen luovuttaa sivulliselle menettelyn aikana saatuja tietoja.<sup>14</sup>

---

12 Ks. esimerkiksi Turunen 2007, s. 47–48 ja SOU 1995:65, s. 182, jota käsitellään jäljempänä tarkemmin (luku 2.3).

13 Ks. esimerkiksi Kurkela – Uoti 1995, s. 72.

14 Ks. Kurkela – Uoti 1995, s. 72. He toteavat, että ”vastapuolen ei tulisi luovuttaa toiselta osapuolelta saamiaan asiakirjoja sivullisille, ellei siihen ole olemassa muuta oikeudellista perustetta. Mitään nimenomaista kieltoa tai sanktiota sellaista luovutusta koskien ei kuitenkaan ole”. Ilman tarkempia perusteluja jää hieman epäselväksi, miksi asianosaisen ei heidän mielestään pitäisi luovuttaa tietoja sivulliselle ja miksi sille pitäisi olla muu oikeudellinen peruste. Tietojen luovuttaminen ilman toisen osapuolen hyväksyntää tai oikeudellista perustetta tietysti murtaa asianosaisten välisen luottamuksen ja saattaa päättää yhteistyön, mutta toisaalta yhteistyökyky on helposti tässä vaiheessa jo muutenkin vaakalaudalla. On otettava huomioon, että epäasiallisesti katsottava tietojen julkaiseminen voi vaikuttaa myös asianosaisen muihin olemassa oleviin ja tuleviin yhteistyösuhteisiin. Jos tietoja luovuttanut osapuoli ei syyllisty sopimusrikkomukseen, hänellä ei voi olla sopimusperusteista vahingonkorvausvastuuta, vaikka tietojen luovuttamisesta aiheutuisi vahinkoa toiselle.

Välimiehillä ei ole oikeutta julkisen vallan käyttämiseen (VML 27.2 ja 29.1 §), eikä heillä näin ollen ole myöskään oikeutta päättää salassapidosta, ellei tällaista toimivaltaa ole poikkeuksellisesti annettu välityssopimuksessa tai välityssäännöissä.<sup>15</sup> Asianosaiset voivat koska tahansa menettelyn aikana sopia salassapidosta koko menettelyn osalta taikka vain tiettyjen seikkojen osalta esimerkiksi edition yhteydessä. Välimies voi osapuolten pyynnöstä tehdä vielä asiasta päätöksen, ottaen tämän sopimuksen päätöksen perustaksi. Joissakin tapauksissa hyvään prosessinjohtoon saattaa kuulua, että välimies tiedustelee asianosaisilta, miten he suhtautuvat luottamuksellisuuteen.<sup>16</sup>

## 2.2 Asianosaisten yleinen käytäntö

Yleisenä käytäntönä välimiesmenettelyssä on, että asianosaiset eivät kerro menettelyä koskevia seikkoja sivullisille.<sup>17</sup> Voiko tämä käytäntö olla niin vakiintunut, että luottamuksellisuuden voidaan sitä kautta katsoa kuuluvan välimiesmenettelyn luonteeseen? Osapuolet saattavat yleisen käytännön mukaan perustellusti odottaa, että välimiesmenettelyä koskevat seikat pysyvät salassa. On kuitenkin huomattava, että vaikka joku käytäntö olisi kuinka yleinen, sen noudattamiseen ei ole velvollisuutta ilman muuta oikeudellista perustetta.<sup>18</sup> Lisäksi yleinen salassapitokäytäntö perustuu luonnollisesti usein siihen, että on molempien asianosaisten edun mukaista pitää menettely salaisena. Käytännöstä on siis vaikeaa esittää periaatteita niihin harvinaisiin tilanteisiin, joissa toinen osapuoli haluaisi tuoda asioita julkisuuteen.

---

15 Ks. myös. Peltonen 2005, s. 65 ja Liljeström 2011, s. 519. Vrt. esimerkiksi IBA-sääntöjen 3.13 Art.: ” - The Arbitral Tribunal may issue orders to set forth the terms of this confidentiality” ja ICC-sääntöjen 20.7 Art.: “The Arbitral Tribunal may take measures for protecting trade secrets and confidential information.”

16 Ks. Ovaska 2007, s. 166–167.

17 Toisaalta voidaan myös kyseenalaistaa, onko tämä tosiaan asianosaisten yleinen käytäntö vai pelkästään yleinen harhaluulo käytännöstä, koska välimiesmenettelyjen todellisista määräistä ja sovelletuista käytännöistä on vaikea tehdä empiiristä tutkimusta erityisesti ei-julkisuuden takia. Ainakaan tapauksia ei yleensä käsitellä mediassa.

18 On asia erikseen, jos yleinen käytäntö voi vaikuttaa sopimuksen tulkintaan (luku 3.2). Vrt. esimerkiksi kauppalain (355/1987) 3 §: ”Lain säännöksiä ei sovelleta, mikäli sopimuksesta, sopijapuolten omaksumasta käytännöstä taikka kauppatavasta tai muusta tavasta, jota on pidettävä sopijapuolia sitovana, johtuu muuta.” Vrt. Englannin vallitseva oikeustila ja ks. myös Ruotsin korkeimman oikeuden tapaus *NJA 2000 s. 538* (luku 2.3).

Näin ollen yleistä käytäntöä ei voida tulkita velvoittavaksi tapaoikeudeksi<sup>19</sup>, eikä asianosaisten jossain määrin jopa perusteltua odotusta luottamuksellisuudesta voida tällä perusteella suojata.

Vaikka osapuolilla ei voi olla yleisestä käytännöstä johtuvaa salassapitovelvollisuutta, se voinee joissakin tapauksissa perustua osapuolten keskinäiseen jatkuvaan käytäntöön. Tällöin toisen osapuolen luottamusta tällaiseen käytäntöön voisi olla hyvä suojata. Jos osapuolten välillä on esimerkiksi käyty useita välimiesmenettelyjä, joista ei ole tuotu asioita julkisuuteen, tämä käytäntö voi mahdollisesti sitoa heitä tapauskohtaisesti.<sup>20</sup> Useat välimiesmenettelyt samojen osapuolten välillä lienevät kuitenkin harvinaisia, ja osapuolten käytäntöä voi olla vaikea erottaa edellä mainitusta yleisestä käytännöstä etenkin niissä tilanteissa, joissa osapuolet eivät ole aiemmin nimenomaisesti sopineet salassapidosta. Tästä syystä myöskään osapuolten väliseen käytäntöön perustuva salassapitovelvollisuus ei vaikuta kovin uskottavalta.

### 2.3 Kansainvälistä vertailua

Oikeuskirjallisuudessa on perinteisesti tukeuduttu analogian avulla muis-  
sa valtioissa esitettyihin näkemyksiin silloin, kun oikeudelliseen kysymykseen ei muuten ole löytynyt selvää ratkaisua tai kun sääntelyyn haetaan kehitysideoita. Erityisesti Ruotsi on ollut kestoosuosikki kansainvälisessä oikeusvertailussa, koska Suomen ja Ruotsin oikeuskulttuuri ja -järjestelmä ovat hyvin samankaltaisia. Maiden välimiesmenettelyä koskevat lait ovat myös sisällöltään hyvin samanlaisia.<sup>21</sup> Näin ollen Ruotsissa omaksuttua linjausta on syytä tarkastella tässäkin kirjoituksessa hieman muita perusteellisemmin. Toisaalta eri valtioiden tarpeet välimiesmenettelylle lienevät melko samankaltaiset oikeusjärjestelmästä riippumatta,<sup>22</sup> joten myös muualta voi saada arvokkaita näkemyksiä. Laajahko oikeusvertailu on tarpeen, koska Suomessa ei ole lainkaan oikeustapauksia salassapidosta, eikä oikeuskirjallisuudessaakaan ole käsitelty aihetta kovin paljon.

19 Ks. Tolonen 2003, s. 146. Tapaoikeuden on yleensä täytettävä kaikki seuraavat tuntomerkit: noudatetun käytännön tulee olla kestänyt pitkähkön ajan, käytännön on oltava selvä ja yksiselitteinen, tapaa on noudatettu ilman poikkeuksia ja osapuolet ovat mieltäneet tavan sitovaksi.

20 Tässä yhteydessä ei käsitellä tilannetta, kun osapuolet ovat nimenomaisesti sopineet salassapitovelvollisuudesta aikaisemmassa välityssopimuksessa (luku 3.2).

21 Ks. myös esimerkiksi Liljeström 2009, s. 41 ja Peltonen 2005, s. 68.

22 Ks. esimerkiksi HE 202/1991, s. 3–4.

*UNCITRALin mallilaki* on toiminut nimensä mukaisesti mallina Suomen lisäksi usealle muullekin valtiolle niiden valmistellessa kansallisia välimiesmenettelyä koskevia säädöksiään.<sup>23</sup> Täten välimiesmenettelyä koskevat lait ovat keskeisiltä osiltaan melko samankaltaisia. Mallilaissa ei kuitenkaan ole säännöksiä luottamuksellisuudesta tai salassapidosta, joten siitä ei saa suoraa ratkaisua ongelmaan. Koska salassapidosta ei ole säännöstä, on luonnollisesti otettava huomioon, että paikalliset käytännöt ja muut sovellettavaksi tulevat lait vaikuttavat kussakin valtiossa omaksuttuun linjaan. Vertailussa on näin ollen tärkeää pyrkiä erottamaan näiden linjausten pääasialliset syyt ja taustat.

*Ruotsin* välimiesmenettelyä koskevassa laissa (lag om skiljeförfarande 1999:116) ei ole luottamuksellisuutta tai salassapitoa koskevaa säännöstä. Sen sijaan lain esitöissä käsitellään runsaasti välimiesmenettelyn luottamuksellisuutta, julkisuutta ja salassapitovelvollisuutta. Esitöissä todetaan, että välimiesmenettely ei ole julkinen, mutta tämä ei tarkoita, että asianosaisilla olisi salassapitovelvollisuus, joten osapuolet voivat sopia salassapidosta tarkemmin.<sup>24</sup> Lisäksi huomautetaan, että käsitys välimiesmenettelyn luottamuksellisuudesta perustuu yleensä lähinnä menettelyn ei-julkisuuteen, joten menettelyn luottamuksellisuus ei ole kovin vahvalla pohjalla.<sup>25</sup> On erikoista, että kysymyksen ongelmallisuus on havaittu lakia valmisteltaessa, mutta siitä huolimatta lakiin ei ole otettu yhtään säännöstä, joka selventäisi mahdollista salassapitovelvollisuutta.

Ruotsin korkein oikeus (HD) on ottanut kantaa välimiesmenettelyn luottamuksellisuuteen välitystuomion kumoamista koskevassa ratkaisussa *NJA 2000 s. 538*. Tapauksessa toinen osapuoli lähetti välimiesten toimivaltaa koskevan ratkaisun julkaistavaksi erääseen aikakauskirjaan. Tämän jälkeen toinen osapuoli nosti kanteen yleisessä tuomioistuimessa, koska välimiesmenettelyn luottamuksellisuutta oli rikottu. Eri oikeusasteet esittivät hie-

23 Ks. UNCITRALin mallilaki ja Suomen osalta HE 202/1991. Ks. myös UNCITRALin kotisivut, josta löytyy listaus yli 50 valtiosta ja osavaltiosta, jotka ovat käyttäneet mallilakia apunaan kansallista välimiesmenettelyä koskevaa lakia uudistettaessa. Listassa ei mainita Suomea, mutta esitöistä käy ilmi, että myös Suomi on pääpiirteittäin noudattanut mallilaissa omaksuttuja linjauksia. Ilmeisesti tämä ei kuitenkaan ole riittävää, vaan mallilaki olisi pitänyt asettaa sellaisenaan kansallisen lain pohjaksi vain vähäisin muutoksin.

24 SOU 1995:65, s. 179 ja 182–183.

25 Ks. SOU 1995:65, s. 179 ja 182.

man ristiriitaisia näkemyksiä, mutta HD katsoi 27.10.2000 – aivan kuten uuden lain esitöissä, jotka julkaistiin jo vuonna 1995 – että asianosaisella ei ole salassapitovelvollisuutta, ellei siitä ole erikseen sovittu. HD ei siis hyväksynyt väitettä, että salassapitovelvollisuus johtuu yleisistä periaatteista ja välimiesmenettelyn luonteesta. Kun Ruotsin laki, oikeusjärjestelmä ja -kulttuuri ovat samankaltaisia kuin Suomessa, Ruotsissa omaksutulla tulkinnalla on vahva analoginen vaikutus.<sup>26</sup> Ratkaisussa käsiteltiin kuitenkin vain välimiesten ratkaisun julkistamisen hyväksyttävyyttä, eikä siinä jouduttu ottamaan kantaa esimerkiksi yrityssalaisuuksia koskeviin suojasäännöksiin.<sup>27</sup>

*Norjan* välimiesmenettelyä koskevassa laissa (lov om voldgift 2004-05-14 nr 25) on luottamuksellisuutta koskeva säännös. Säännöksen mukaan välimiesmenettely ja sitä koskeva ratkaisu eivät ole luottamuksellisia, ellei jokaisesta menettelystä erikseen toisin sovita. Sivullisilla on oikeus olla menettelyissä läsnä vain, jos osapuolet ovat sopineet asiasta. Myöskään Norjassa ei ollut ennen uuden lain säätämistä selvää kantaa välimiesmenettelyn luottamuksellisuuteen, vaikka oikeuskirjallisuudessa olikin hieman useammin esitetty näkökulmia sen puolesta kuin sitä vastaan.<sup>28</sup> Ratkaisu vaikuttaisi johtavan samankaltaiseen lopputulokseen kuin esimerkiksi Ruotsissa, vaikka Ruotsin lakiin ei jostain syystä haluttu ottaa asiasta nimenomaista säännöstä. Yksiselitteinen säännös luottamuksellisuudesta ei kuitenkaan jätä yhtä paljon varaa tulkinnalle, joten *Norjan* lainsäädännöllinen ratkaisu vaikuttaa perustellulta.

*Englannissa* välimiesmenettely on luottamuksellista ilman erillistä sopimistakin, vaikka siitä ei ole nimenomaista säännöstä laissa (Arbitration Act 1996). Salassapitovelvollisuutta perusteltiin alun perin tapauksessa *Dolling Baker v Merret* yleisellä käytännöllä pitää menettelyä koskevat seikat salassa, jonka vuoksi sen katsottiin olevan osa välimiesmenettelyn luonnetta. Salassapitovelvollisuus on nykyisin osa voimassaolevaa oikeutta, mutta sitä ei ole onnistuttu lukuisista oikeustapauksista huolimatta vielääkään määritte-

---

26 Ks. myös Liljeström 2011, s. 514–515; Peltonen 2005, s. 76 ja Kotiranta – Ylikantola 2005, s. 319.

27 Ks. myös Peltonen 2005, s. 74; Heuman 2003, s. 14 ja Liljeström 2011, s. 513.

28 Ks. Nisja 2008, s. 187.

lemään täysin yksiselitteisesti tai poikkeuksetta.<sup>29</sup> Jotkut tuomarit ovat jo kyseenalaistaneet salassapitovelvollisuuden tarkoituksenmukaisuuden, ja velvollisuuden tulevaisuus vaikuttaa hieman epävarmalta.<sup>30</sup> Salassapitovelvollisuus perustuu nimenomaan voimassaolevaan oikeuteen eikä osapuolten oletettuun tarkoitukseen. Koska Englanti on common law -maa ja sen oikeusjärjestelmä on varsin erilainen kuin säädösoikeudellisissa valtioissa, tästä linjauksesta on vaikeampi tehdä johtopäätöksiä suhteessa Suomen valitsevaan oikeustilaan.<sup>31</sup>

*Ranskassa* on perinteisesti puollettu välimiesmenettelyn luottamuksellisuutta, koska oikeuskirjallisuudessa sitä on pidetty olennaisena osana menettelyn luonnetta.<sup>32</sup> Tapauksessa *Société National Company for Fishing and Marketing “Nafimco” c/ Société Foster Wheeler Trading Company AG* kuitenkin yllättäen asetettiin asianosaisten salassapitovelvollisuus kyseenalaiseksi, kun kantaja ei onnistunut näyttämään, mihin se perustuu. Ratkaisun perusteella vaikuttaa siltä, että luottamuksellisuus ei ole nykyään Ranskassakaan aivan yksiselitteistä, eikä asianosaisilla välttämättä ole aina salassapitovelvollisuutta.<sup>33</sup>

*Uudessa-Seelannissa, Singaporessa, Hong Kongissa ja Intiassa* on seurattu Englannissa omaksuttua linjausta salassapitovelvollisuudesta.<sup>34</sup> Uudessa-

---

29 Tapauksessa *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* todettiin, että salassapitovelvollisuus on osa voimassaolevaa oikeutta, mutta siihen on viisi laajahkoa poikkeusta: (i) osapuolten suostumus (ii) tuomioistuimen määräys myöhemmissä käsittelyissä (iii) tuomioistuimen lupa (iv) julkistaminen on välttämätöntä osapuolen legitiimien intressien suojaamiseksi (v) yleinen etu (“interests of justice”). Ks. yleisen etuun liittyen esimerkiksi tapaus *Emmott v Michael Wilson & Partners*.

30 Ks. tapaus *Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd v European Reinsurance Co of Zurich*, erityisesti kohta 20 ja Young – Chapman 2009, s. 26–27 ja 46.

31 Ks. myös Peltonen 2005, s. 75. Common law -maissa tuomioistuinten ratkaisuilla on oikeutta luova vaikutus, eli ne eivät pelkästään vahvista voimassa olevaa oikeustilaa. Ratkaisua perusteltiin yleisellä käytännöllä, joka on tapaoikeudellisessa järjestelmässä ymmärrettävämpää kuin säädösoikeudellisessa. Myös Suomessa tuomioistuinten ratkaisupakko johtaa käytännössä toisinaan aivan vastaavaan tilanteeseen kuin common law -maissa, eli tuomiot luovat oikeutta. Kun salassapitovelvollisuuden puolesta ja vastaan löytyy maasta riippumatta useita argumentteja, oikeusjärjestelmien erot eivät välttämättä ole ainoa selittävä tekijä. Vastaavanlaisen ratkaisuun löytyisi varmasti perusteita muissakin valtioissa – myös Suomessa. Mikään ei kuitenkaan erityisesti viittaa siihen, että Englannin jokseenkin poikkeuksellinen näkökulma pitäisi omaksua esimerkiksi Suomessa.

32 Young – Chapman 2009, s. 39. Myös tapauksessa *Aita c/ Ojeh* on ainakin osittain vahvistettu tämä käsitys.

33 Ks. Young – Chapman 2009, s. 39.

34 Ks. Bhatia – Candlin – Sharma 2009, s. 6–7.

Seelannissa salassapidosta on otettu nimenomainen säännös lakiin (Arbitration Act 1996 No 99).<sup>35</sup> *Australiassa, Kanadassa, Yhdysvalloissa (Missouria ja Pohjois-Carolinaa lukuun ottamatta) ja Sveitsissä* on seurattu useimpien muiden valtioiden käytäntöä, eli asianosaisilla ei lähtökohtaisesti ole salassapitovelvollisuutta.<sup>36</sup>

Salassapitovelvollisuudesta eri valtioissa esitetyistä näkemyksistä on hankala johtaa mitään yleistä sääntöä, mutta kaikissa käsitellyissä valtioissa myönnetään, että välimiesmenettelyyn liittyy vähintäänkin mielikuviin perustuva oletus luottamuksellisuudesta. Aina kun välimiesmenettelyssä on katsottu olevan suoraan lain nojalla salassapitovelvollisuus, siihen on formuloitu lukuisia poikkeuksia. Eri valtioissa omaksutut linjaukset eivät ainakaan johdonmukaisesti seuraa erottelua tapaoikeudellinen–säädoikeudellinen. Jokainen valtio tuntuu tekevän oman ratkaisunsa tapauskohtaisesti.

### 3 Sopimukseen perustuva salassapitovelvollisuus

Kuten edellä on todettu, asianosaisilla ei ole pelkästään välimiesmenettelyn luottamuksellisen luonteen perusteella salassapitovelvollisuutta menettelyssä. Heillä on kuitenkin yleisen sopimusvapauden periaatteen ja VML 23 §:n nojalla mahdollisuus sopia välimiesmenettelystä milloin tahansa varsin vapaasti.<sup>37</sup> VML sisältää myös pakottavia säännöksiä, kuten välityssopimuksen kirjallisen muodon vaatimus (3.1 §) ja kontradiktorisen periaatteen noudattaminen (22 §). Oikeusvertailu ei ole tässä yhteydessä yhtä mielekäästä kuin luottamuksellisuutta tarkasteltaessa, koska jokaisessa valtiossa on jokseenkin itsenäisesti kehittyneet sopimusoikeudelliset periaatteet.<sup>38</sup>

#### 3.1 Nimenomainen sopiminen

Jos toinen osapuoli haluaa varmistaa välimiesmenettelyä koskevien seikkojen salassa pitämisen, yksinkertaisin tapa on sopia siitä nimenomaisesti. Sa-

35 Muita valtioita, joissa on laissa säädetty salassapitovelvollisuus ovat Espanja ja Skotlanti sekä Yhdysvaltojen Pohjois-Carolinan ja Missourin osavaltiot. Ks. Ritz 2010, s. 228. Vrt. Norjan välimiesmenettelyä koskeva laki.

36 Ks. esimerkiksi Young – Chapman 2009, s. 40–44 ja Ritz 2010, s. 244.

37 Asianosaiset eivät voi rajoittaa toisen oikeutta tai velvollisuutta antaa tietoa esimerkiksi vastuuvakuuttajalle tai täyttää pörssiyhtiöiden tiedonantovelvollisuutta.

38 Pois lukien esimerkiksi Suomen osalta Ruotsin sopimusoikeudelliset periaatteet, joista voi tässäkin tapauksessa saada käyttökelpoista tulkinta-apua.

lassapitovelvollisuudesta voi sopia erillisellä sopimuksella tai ottamalla salassapitoehdon välityssopimukseen tai -lausekkeeseen. Kun asianosaiset usein olettavat, että välimiesmenettely on luottamuksellista, välityssopimukseen otetaan vain harvoin mainintaa salassapidosta tai luottamuksellisuudesta. Salassapidosta sopiminen ei kuitenkaan voine rajoittaa asianosaisten oikeutta käyttää menettelyssä täysipainoisesti VML:n tarjoamia oikeuksia.<sup>39</sup>

Mikäli asianosaiset eivät halua, että koko välimiesmenettely ja sen yhteydessä ilmi tulleet seikat on pidettävä salassa vain määrätyn poikkeuksin, salassapitoehdossa kannattaa erikseen määritellä, minkälaisia tietoja pidetään luottamuksellisina. Luottamukselliseksi voidaan määritellä esimerkiksi menettelyn olemassaolo, riidan luonteen ilmaiseminen, todisteina käytettävät asiakirjat, kirjalliset ja suulliset lausumat, liikesalaisuudet, menettelyyn osallistuvien nimet ja ratkaisun sisältö.<sup>40</sup> Lisäksi salassapitoehdossa voi olla hyvä määritellä, minkälaisia toimintatapoja asianosaisilta edellytetään salaisuuksien turvaamiseksi sekä missä tilanteissa ja millä edellytyksillä luottamuksellista tietoa voi julkistaa ehdosta huolimatta.<sup>41</sup> Salassapitovelvollisuuden rikkomisen ja erityisesti kärsittyjen vahinkojen toteen näyttäminen voi olla hankalaa, joten salassapitoehdossa on hyvä sopia todistustaakan jakautumisesta ja erityisesti sopimussakosta.<sup>42</sup>

### 3.2 Välityssopimuksen ja -lausekkeen tulkinta

Mikäli asianosaiset eivät ole välityssopimuksessa sopineet salassapidosta, voidaanko salassapitovelvollisuus kuitenkin johtaa sopimuksen tulkinnan kautta? Välityssopimus on tehtävä kirjallisesti, mutta se ei estä sopimuksen täydentämistä tulkinnalla.<sup>43</sup> Välityssopimusta on tulkittava yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden avulla, mutta myös sen erityispiirteet on otettava huomioon.<sup>44</sup> Erityisesti välityslausekkeen tulkinnassa korostuu

39 Ks. Peltonen 2005, s. 92.

40 UNCITRAL-noottien kohdat 31–32 ja Kotiranta – Ylikantola 2005, s. 305. Ks. myös International Arbitration Study 2010, s. 31.

41 UNCITRAL-noottien kohta 32.

42 Ks. myös Kotiranta – Ylikantola 2005, s. 306. Todistustaakan jakautumista voi kuitenkin olla käytännössä vaikea määritellä selkeästi.

43 Ks. Peltonen 2005, s. 67 ja Koulu 2008, erityisesti tulkinnan sisältökontekstista, s. 186–187.

44 Ks. Koulu 2008, s. 187–190. Välityssopimusta koskevaa yleistä tulkintaperiaatetta ei voida kuitenkaan määritellä.



sanamuodon merkitys, koska sen sisällöstä ei yleensä juurikaan neuvotella eikä muuta tulkinta-aineistoa välttämättä muodostu.<sup>45</sup> Tulkinta on hyödyllisempi yksilöllisissä sopimuksissa eikä siitä ole yleensä kovin paljon hyötyä, jos välityslauseke sisältyy vakiosopimukseen.<sup>46</sup> Tulkinta on siis yleensä hyödyllisempää välityssopimusten kuin -lausekkeiden sisältöä tarkasteltaessa. Välityslausekkeista kuitenkin neuvotellaan joskus osana muuta sopimusta, eivätkä ne aina sisälly vakiosopimukseen, joten tulkintaa ei ole syytä rajata koskemaan vain välityssopimuksia.

Kun välityssopimuksissa tai -lausekkeissa ei yleensä mainita mitään salassapidosta, sanamuodon mukainen tulkinta ei ole avuksi muutoin kuin olettamana, että salassapitovelvollisuudesta ei ole sovittu. Kun tarkoitus on tutkia, voidaanko asianosaisille johtaa salassapitovelvollisuus sopimuksen tulkinnan avulla, on keskityttävä niin sanottuihin tavanomaiseen ja tarkoituksenmukaiseen tulkintaan.<sup>47</sup> Tarkoituksenmukaisin näkökulma myös välityssopimuksen tulkinnalle on, että osapuolen tai osapuolten tarkoitusta pitää noudattaa ja suojata aina kun se on mahdollista.<sup>48</sup> Tulkintaa tarvitaan luonnollisesti vain, jos osapuolet ovat erimielisiä salassapitovelvollisuudesta.

Osapuolten tarkoitusta ja edellytyksiä voi olla hankala erottaa toisistaan, mutta sopimuksen tarkoitus suuntaa lähinnä tulevaan, edellytysten kytkeytyessä enemmän sopimuksen päätäntähetkellä vallinneisiin odotuksiin.<sup>49</sup> Onko asianosaisilla tarkoituksena varmistaa tulevaisuudessa luottamuksellinen välimiesmenettely vai onko heidän edellytyksensä ja oletuksenaan, että välityssopimus sisältää salassapitovelvollisuuden? On siis epäselvää, pitäisikö välimiesmenettelyn salassapitovelvollisuus kategorisoida osapuolten

45 Koulou 2008, s. 187.

46 Peltonen 2005, s. 68. Vakiosopimuksissa olevia tulkinnanvaraisia ehtoja tulkitaan usein laatijan vahingoksi, mutta tässä tapauksessa siitä ei ole kovin paljon hyötyä, jos salassapidosta ei mainita mitään.

47 Ks. tulkintaperiaatteista Koulou 2008, s. 188.

48 Ks. myös Peltonen 2005, s. 67. Lojaliteettivelvollisuutta ei ole mielekästä tarkastella tässä yhteydessä, koska sen perustuminen puhtaasti välityssopimukseen on epätodennäköistä – joskaan ei täysin mahdotonta – koska se liitetään yleensä erityisesti pitkäkestoisiin sopimussuhteisiin. Lojaliteettivelvollisuus ei myöskään tarkasti ottaen ole sopimuksen tulkintaa, koska sen avulla ei pyritä tulkitsemaan, mitä osapuolet ovat sopineet, vaan se vaikuttaa itsenäisenä perusteena ottaa toisen osapuolen etuja huomioon.

49 Ks. Hemmo 2003, s. 51–52 ja 404. Myös edellytys voi koskea odotusta tulevaisuudessa tapahtuvista seikoista.

tarkoitukseksi vai edellytykseksi.<sup>50</sup> Tarkoitusta ja edellytystä ei ole tässä tapauksessa välttämätöntä erottaa toisistaan.

Miten paljon tarkoitukselle ja edellytyksille annetaan merkitystä, riippuu paljon siitä, oliko välimiesmenettelyn luottamuksellisuus molempien vai pelkästään toisen osapuolen tarkoitus. Osapuolten tarkoitusta voi olla vaikea selvittää jälkikäteen. Jos kuitenkin pystytään luotettavasti selvittämään, että sopimuksentekohetkellä molempien osapuolten tarkoituksena on ollut käydä menettely luottamuksellisena, osapuolilla on salassapitovelvollisuus, vaikka toinen myöhemmin kiistäisi sen. Tämänkaltaiset tilanteet lienevät tosin käytännössä melko harvinaisia.

Kun vain toisen osapuolen tarkoituksena on ollut luottamuksellinen menettely, eikä toinen ole tiennyt, eikä hänen olisi edes pitänyt tietää tästä, osapuolilla ei ole salassapitovelvollisuutta.<sup>51</sup> Jos osapuoli tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää toisen tarkoituksesta, toisella osapuolella voi olla mahdollisuus vaatia salassapitoa sillä perusteella, että hän ei olisi tehnyt välityssopimusta tietäessään, että menettely ei ole luottamuksellinen.<sup>52</sup> Osapuolen olisi mahdollisesti pitänyt tietää tarkoituksesta esimerkiksi osapuolten välisen kommunikaation, tarkoituksen tavanomaisuuden tai alan sopimuskäytännön perusteella taikka jos se olisi olosuhteisiin nähden perusteltua.<sup>53</sup> Välimiesmenettelyn salassapitovelvollisuutta tarkasteltaessa etenkin osapuolten välisen kommunikaation pitäisi olla tarkastelun kohteena, koska muut vaatimukset lienevät hankalammin perusteltavissa. On myös väitetty, että koska välimiesmenettely oletetaan luottamukselliseksi ja sitä pidetään yleisenä käytäntönä, osapuolten voidaan katsoa muodostaneen välityssopimuksella yhteisymmärryksen salassapitovelvollisuudesta.<sup>54</sup>

---

50 Vrt. Peltonen 2005, s. 67–68. Peltonen toteaa, että tarkoituksen käyttökelpoisuus näyttää tässä tilanteessa ongelmalliselta, koska se suuntautuu tulevaan. Edellytyksen tarkasteleminen sen sijaan on hänen mielestään käyttökelpoista, mutta silti hän tyytyy sen osalta vain lainaamaan Hemmoa (2003) ilman omaa pohdiskelua edellytysten tulkinnan antamista ratkaisuista nimenomaan salassapitovelvollisuuteen liittyviin ongelmiin.

51 Ks. myös Hemmo 2003, s. 626.

52 Ks. International Arbitration Study 2010, s. 30. Vastanneista 35 prosenttia ei tekisi välityssopimusta, jos menettely ei olisi luottamuksellista.

53 Ks. Hemmo 2003, s. 51 ja 628–630. Sopimusosapuolelle ei kuitenkaan voitane yleensä asettaa oma-aloitteista selonottovelvollisuutta toisen osapuolen tarkoituksista.

54 Ks. *NJA 2000 s. 538*. Tapauksessa on käsitelty vastaavanlaisia Ruotsin oikeuskirjallisuudessa esitettyjä näkemyksiä. HD kuitenkin torjui nämä väitteet, mikä vaikuttaa melko perustellulta ratkaisulta.

Osapuolten välillä voi olla tehty useita välityssopimuksia tai heillä saattaa olla erilainen välityslauseke eri sopimuksissa ja eri tilanteita varten.<sup>55</sup> Mikäli osapuolet ovat nimenomaisesti sopineet salassapidosta toisessa välillään tehdyssä välityssopimuksessa, tämä saattaa vaikuttaa myös sellaisen välityssopimuksen tulkintaan, johon ei ole otettu salassapitoehto.<sup>56</sup> Osapuolten aikaisemman välityssopimuksia koskevan käytännön huomioon ottaminen ei edellytä, että osapuolet olisivat joutuneet todellisuudessa turvautumaan aikaisemmin välimiesmenettelyyn, vaan on riittävää, että he ovat tehneet useampia välityssopimuksia.

Noudatetulla sopimuskäytännöllä voi olla vaikutusta sopimuksen tulkintaan ja täydentämiseen. Esimerkiksi aikaisemmin käytetyt vakioehdot voivat tulla helpommin sovellettaviksi samojen osapuolten vastaavissa sopimuksissa.<sup>57</sup> Tulkintavaikutus edellyttää, että sopimukset ovat riittävän samankaltaisia ja että niillä on läheinen ajallinen yhteys.<sup>58</sup> Myös salassapitoehdon sisältävän sopimuksen laadinta-ajankohdalla on merkitystä. Pääsääntöisesti tulkintaa voi käyttää vain niissä tilanteissa, joissa aikaisemmissa sopimuksissa ollut salassapitoehto on jätetty myöhemmästä sopimuksesta pois. Mikäli sopimuksilla on riittävän läheinen ajallinen yhteys, myös myöhemmässä sopimuksessa voitaisiin katsoa olevan salassapitovelvollisuus. Päinvastainen tilannekaan ei ole kuitenkaan täysin poissuljettu. Salassapitovelvollisuus voidaan johtaa myös myöhemmin laaditusta sopimuksesta sitä edeltäviin sopimuksiin, jos sopimukset on laadittu ajallisesti erittäin lähekkäin. Jos sopimuksia ei ole laadittu ajallisesti lähekkäin ja myöhempiin sopimuksiin otetaan salassapitoehto, tilanne voidaan tulkita niin, että salassapitovelvollisuus ei ulotu aikaisempiin sopimuksiin. Toisaalta tarkoitus on voinut olla nimenomaisesti vahvistaa aikaisempi käsitys salassapidosta myöhempään sopimukseen. Aikaisempi sopimuskäytäntö ei vaikuta tulkintaan, jos asianosaisten tarkoituksena on nimenomaan ollut muuttaa vallitsevaa käytäntöään.

---

55 Ks. myös Koulu 2008, s. 192–193.

56 Vrt. edellä käsitelty Norjan välimiesmenettelyä koskevan lain luottamuksellisuutta koskeva säännös, jossa on nimenomaisesti mainittu, että jokaisen välimiesmenettelyn salassapidosta pitää sopia erikseen.

57 Hemmo 2003, s. 591.

58 Ibid.

Pääsääntö on, että välityssopimus tai -lauseke on sopimuskohtainen.<sup>59</sup> Joskus välityssopimus tai -lauseke voi kuitenkin liittyä osaan laajempaa sopimuskokonaisuutta tai puitesopimusta, jolloin on perusteltua noudattaa niin sanottua hierarkiasääntöä. Jos sopimuskokonaisuudesta on erotettavissa hierarkkisesti ylempi pääsopimus, sen välityslauseke kattaa myös alemmanasteiset erilliset sopimukset, ellei muu tulkinta-aineisto kumoa tätä oletta-  
maa.<sup>60</sup> Tässä tapauksessa pääsopimuksen välityslausekkeessa oleva salassapitoehto tulee sovellettavaksi myös alemmanasteisissa sopimuksissa, vaikka niissä ei ole kyseistä ehtoa.

### **3.3 Asianosaisten välisten muiden sopimusten vaikutus**

Välityssopimus tai -lauseke on lähes poikkeuksetta vain pieni osa osapuolten sopimuskokonaisuutta. Samalla välimiesmenettely on usein vain pieni osa kokonaisjärjestelyä. Osapuolten välinen kokonaisjärjestely on välttämätöntä ottaa huomioon salassapitovelvollisuutta arvioitaessa. On siis irtauduttava välityssopimuksen ja -menettelyn arvioimisesta täysin erillisenä ja itsenäisenä oikeustoimena. Vain näin voidaan saavuttaa tarkoituksenmukainen lopputulos, erityisesti osapuolten kokonaisjärjestelyyn liittyvän luottamuksen ja tarkoituksen suojaamisen näkökulmasta. Näitä kysymyksiä tarkasteltaessa yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden rooli korostuu.

#### *3.3.1 Salassapitoehto muussa asianosaisten välisessä sopimuksessa*

Mikäli henkilöä sitoo lakiin tai sopimukseen perustuva salassapitovelvollisuus, välimiesmenettely ei poista tätä velvollisuutta. Muilla asianosaisten välisillä sopimuksilla, joissa on salassapitoehto, on siis merkitystä myös välimiesmenettelyssä. Jos salassapitoehto on jossakin muussa kuin välimiesmenettelyn kohteena olevassa sopimuksessa, myös salassapitoehdon sisältävä sopimus on otettava huomioon. Kun salassapitoehto on osana sopimusta, josta riidellään välimiesmenettelyssä, on kyseinen ehto sitäkin merkityksellisempi. Joissakin tilanteissa se saattaa jopa velvoittaa asianosaisia pitämään

---

<sup>59</sup> Koulou 2008, s. 192.

<sup>60</sup> Ks. Koulou 2008, s. 193–195.

välimiesmenettelyä koskevat seikat salassa, vaikka välityssopimuksessa tai -lausekkeessa ei olisikaan salassapitoehtoa.<sup>61</sup>

Kun asianosaisten sopimukseen sisältyy salassapitoehto ja tästä sopimuksesta aiheutunut riita on välimiesten käsiteltävänä, ehdon sisältö vaikuttaa siihen, katsotaanko myös välimiesmenettelyyn liittyvät prosessuaaliset tiedot tai sen aikana ilmi tulleet seikat luottamuksellisiksi.<sup>62</sup> Luottamuksellinen tieto voidaan määritellä ehdossa esimerkiksi seuraavilla tavoilla.<sup>63</sup>

- kaikki osapuolten kannalta (taloudellisesti) merkityksellinen tieto,
- kaikki määriteltävään sopimukseen tai yhteistyön kohteeseen liittyvä tieto,
- liikesalaisuuksia koskeva tieto,
- salaiseksi merkitty ja muu salaiseksi ymmärrettävä tieto,
- ainoastaan salaiseksi merkitty (kirjallinen) tieto sekä
- tieto ei ole salaista, ellei sitä nimenomaan sovita salaiseksi.

Kun tarkastelun lähtökohtana on, että asianosaiset eivät ole sopineet erikseen välimiesmenettelyn salassapidosta, erityisesti kolme ensiksi mainittua ehdon sisällön määrittelyä ovat käyttökelpoisia. Kolme jälkimmäistä ehtoa vaativat nimenomaista sopimista.

Mikäli osapuolet sopivat kaiken heidän kannaltaan merkityksellisen tiedon luottamukselliseksi, tämä voi johtaa myös välimiesmenettelyä koskevaan salassapitovelvollisuuteen. Jos toiselle osapuolelle on merkitystä esimerkiksi

---

61 Toisin Ovaska 2007, s. 61. Ovaska toteaa lakonisesti perustelematta ja mihinkään viittaamatta, että jos asianosaisten välisessä sopimuksessa on salassapitoehto – eikä sitä siis ole välityslausekkeessa – se tarkoittaa vain sopimukseen ja liikesalaisuuksiin kohdistuvaa salassapitoa, mutta ei välimiesmenettelyprosessin salassapitoa. Koska väitettä ei ole perusteltu, Ovaskan näkemykselle ei voi tässä tapauksessa antaa juurikaan painoarvoa. Kun Ovaskan tarkoitus on ollut tehdä käytännön tarpeisiin suuntautunut teos, hänen väitteensä on jokseenkin perusteltu, jos sopimusehdot on hänen kokemuksensa mukaan yleensä muotoiltu siten, että niistä ei voida johtaa salassapitovelvollisuutta välimiesmenettelyyn.

62 Ks. myös Peltonen 2005, s. 92.

63 Ks. Rahnasto 2001, s. 84–85 ja Hemmo 2005, s. 326.

sillä, että menettely ei tule kenenkään tietoon, salassapitovelvollisuus voi kohdistua myös välimiesmenettelyprosessiin, jolloin menettelyn olemassaoloa ei saa paljastaa. Toisaalta näin muotoiltu salassapitoehto vaikuttaa melko laajalta ja tulkinnanvaraiselta. Asianosaisella lienee jonkinlainen velvollisuus perustella, miksi tieto on merkityksellistä ja olisi pidettävä salassa. Näin laaja salassapitoehto on perusteltua esimerkiksi sellaisessa tilanteessa, jossa tiedon luovutus on pääosin yksisuuntaista.<sup>64</sup> Käytännössä tämänkaltaiset ehdot lienevät kuitenkin harvinaisia.

Kaiken määriteltyyn sopimukseen tai yhteistyön kohteeseen liittyvän tiedon määrittelemisen salaiseksi lienee melko yleisesti käytetty salassapitoehto. Tällainen ehto ulottaa vaikutuksensa myös välimiesmenettelyyn, mutta ei ole selvää, missä laajuudessa. Ainakin menettelyssä ilmi tulleet sopimukseen tai yhteistyön kohteeseen olennaisesti liittyvät seikat on pidettävä salassa, vaikka ne tulisivat toisen osapuolen tietoon vasta menettelyn aikana. Välimiesmenettely ei välttämättä ole sanan suppeassa merkityksessä *sopimusta koskevaa* tietoa, mutta kun se johtuu nimenomaan kyseisestä sopimuksesta, sen voidaan katsoa liittyvän sopimukseen niin olennaisesti, että myös menettely on pidettävä salassa. On siis mahdollista, että myös prosessiin liittyvät seikat on pidettävä salassa, jolloin toinen osapuoli ei saisi kertoa välimiesmenettelyn osapuolista ja kohteesta tai edes sen olemassaolosta. Voi olla, että osapuoli ei halua kenenkään tietävän alkuperäisen sopimussuhteen tai yhteistyön olemassaolosta, jolloin välimiesmenettelyn olemassaolon julkistaminen mitätöisi tämän tarkoituksen.

Salassapitoehto määritellään usein vain liikesalaisuuksia koskevaksi, eikä ehdosta silloin voi johtaa välimiesmenettelyä koskevaa salassapitovelvollisuutta.<sup>65</sup> Tällöinkin voidaan ehdon muotoilusta riippuen katsoa, että myös vasta menettelyssä ilmi tulleet liikesalaisuudet on pidettävä salassa. Välimiesmenettelyssä ei nimittäin oltaisi ilman kyseistä sopimusta, ja tässä tapauksessa toinen osapuoli saa liikesalaisuuksia välillisesti alkuperäiseen sopimukseen perustuen.

---

<sup>64</sup> Rahnasto 2001, s. 85.

<sup>65</sup> Kotiranta – Ylikantola 2005, s. 306. Ks. myös Liljeström 2011, s. 518–519.

### 3.3.2 *Lojaliteettivelvollisuus*

Lojaliteettivelvollisuutta ei ole määritelty lainsäädännössä. Se on oikeusperiaate, joka on muotoutunut pitkälti oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa. Lojaliteettiperiaatteesta on muodostunut yksi sopimusoikeuden keskeisiä periaatteita, joka korostuu pitkäkestoisissa sopimuksissa.<sup>66</sup> Väljästi ymmärrettyinä lojaliteetti merkitsee velvollisuutta ottaa omassa toiminnassa huomioon myös toisten osapuolten etuja, ja sen tarkempi sisältö riippuu toimintaympäristöstä ja kokonaisjärjestelystä.<sup>67</sup> Sopimusosapuolilla voi olla toisiaan kohtaan sellainen lojaliteettivelvollisuus, joka on otettava huomioon myös välimiesmenettelyssä. Lojaliteetin arvioimiseen voi vaikuttaa muun muassa, kuinka pitkään osapuolten yhteistyö on jatkunut ja jatkuuko se vieläkin sekä onko riidan kohteena kestosopimus ja jos ei, niin onko osapuolilla muita kestosopimuksia.

Lojaliteettivelvollisuuden vahvuus ja käyttökelpoisuus perustuu erityisesti sen tulkintaa ohjaavaan vaikutukseen.<sup>68</sup> Jos sopimuksen tulkinta viittaa salassapitovelvollisuuden suuntaan, voidaan lojaliteettiperusteen katsoa voimistavan tätä tulkintaa. Tällaisessa tapauksessa salassapitovelvollisuuden voidaan katsoa syntyneen. Aina ei olekaan selvää, perustuuko salassapitovelvollisuus salassapitoehtoon, sopimuksen tulkintaan vai lojaliteettivelvollisuuteen.

Lojaliteettiperiaatteen mukaisesti osapuolella voi olla velvollisuus pitää välimiesmenettelyä koskevat seikat salassa, jos hän tietää, että se on toisen osapuolen etujen mukaista, eikä se ole vastoin hänen omia etujaan. Tietynasteinen etujen punninta ja suhteellisuus on perusteltua, eli asianosaiset eivät saa ajaa vain omia etujaan, jos samalla aiheutetaan toiselle kohtuutonta hait-

---

66 Ks. *KKO 1993:130*; Tolonen 2003, s. 161–162; Karhu 2008, s. 103, 106 ja 114 sekä Hemmo 2003, s. 53–54. Lojaliteettivelvollisuus lienee vielä korostetumpi pitkäaikaisen sopimuksen tai yhteistyön kestäessä kuin sen päättymisen jälkeen. Välimiesmenettely saattaa usein katkaista asianosaisten välisen sopimussuhteen, mutta toisaalta lojaliteettivelvollisuuden ei kuitenkaan voida katsoa katkeavan välittömästi sopimussuhteen päättymisen jälkeen.

67 Karhu 2008, s. 101, 114 ja 116. Karhun mukaan oikeudellinen lojaliteetti on aidosti kiistanalainen käsite, eikä sille ole tarkkaa määritelmää.

68 Ks. myös Liljeström 2011, s. 512 ja 514. Liljeström toteaa, että lojaliteettivelvollisuus ei sellaisenaan voi velvoittaa luottamukselliseen välimiesmenettelyyn, vaan se vaatii tuekseen lainsäädännön tai sopimusehdon.

taa.<sup>69</sup> Näin ollen asianosaisilla saattaa olla tapauskohtainen salassapitovelvollisuus, jonka mukaan asianosainen ei saa tuoda välimiesmenettelyä koskevia seikkoja julkisuuteen, ellei hänellä ole oikeudellista tai muuta perusteltua syytä siihen.<sup>70</sup> Ainakin selvästi haitalliset ja tarpeettomat julkaisut voidaan estää.<sup>71</sup> Toisaalta lojaliteettivelvollisuus voi myös tarjota syyn poiketa salassapitovelvollisuudesta.<sup>72</sup> Lojaliteettivelvollisuus korostuu editiovaatimuksen yhteydessä, jolloin erityisesti sellaiset seikat, jotka ovat osana menettelyä vain toisen pyynnöstä, on pidettävä salassa.

#### **4 Välimiesmenettelyssä tietoon tulleiden yrityssalaisuuksien suoja**

Kuten aikaisemmin jo todettiin, jos henkilöä sitoo lakiin tai sopimukseen perustuva salassapitovelvollisuus, välimiesmenettely ei poista tätä velvollisuutta. Tässä luvussa ei tarkastella kaikkia mahdollisia salassapitovelvollisuuden perustavia säännöksiä, vaan keskitytään niihin, joiden soveltuminen riippuu siitä, miten luottamuksellinen tieto on saatu. Tarkasteltavana ovat tavanomaisimmat ja tulkinnanvaraisimmat tilanteet, kun yrityssalaisuus on tullut ilmi välimiesmenettelyssä.<sup>73</sup>

##### **4.1 Rikosoikeudellinen vastuu**

Rikoslaki (19.12.1889/39) sisältää useita yrityssalaisuuksien suojasäännöksiä, mutta arvioitaessa salassapitovelvollisuutta välimiesmenettelyssä, olennaisimpana voidaan pitää 30 luvun 5.1 §:n 3 kohtaa.<sup>74</sup> Sen mukaan yrityssalaisuuden rikkomisesta on tuomittava se, ”joka hankkiiakseen itselle tai toiselle taloudellista hyötyä tai toista vahingoittaakseen oikeudettomasti ilmaisee toiselle kuuluvan yrityssalaisuuden tai oikeudettomasti käyttää täl-

69 Ks. Kotiranta – Ylikantola 2005, s. 319.

70 Ks. myös *NJA 2000 s. 538*, jossa Svean hovioikeus oli viitannut lojaliteettivelvollisuuteen. Ks. myös Kurkela – Uoti 1995, s. 72. Heidän mukaansa tietoja ei tulisi luovuttaa ilman oikeudellista perustetta, mutta he eivät perustele kantaansa. Ks. myös alaviite 14.

71 Kotiranta – Ylikantola 2005, s. 319. Heidän mukaan haitallisen tiedon täsmentämiseen voidaan käyttää hyväksi lain sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (1061/1978) 1 §:n yleislauseketta. Yleislauseketta käsitellään jäljempänä tarkemmin (luku 4.2). Ks. myös Liljeström 2011, s. 514.

72 Kotiranta – Ylikantola 2005, s. 319.

73 Tarkastelun ulkopuolelle jäävät esimerkiksi työsopimuslain (55/2001) liike- ja ammattisalaisuuksia koskeva 3:4 sekä immateriaalioikeuksia koskevat säännökset. Immateriaalioikeudet säilyvät siitä riippumatta, miten toinen henkilö on saanut niitä koskevista seikoista tiedon. Ks. tarkemmin Peltonen 2005, s. 91.

74 Ks. Peltonen 2005, s. 89.



laista yrityssalaisuutta, jonka hän on saanut tietoonsa suorittaessaan tehtävää toisen puolesta tai muuten luottamuksellisessa liikesuhteessa”. Rikoslain säännöksiä tulkittaessa lähtökohtana on sanamuodon mukainen tulkinta. Ei täten ole todennäköistä, että välimiesmenettelyssä ilmi tulleet yrityssalaisuudet voitaisiin katsoa tulleen tietoon *suorittaessaan tehtävää toisen puolesta*, vaikka välimiesmenettely perustuisikin tähän tehtävään liittyviin riitoihin.

*Muuten luottamuksellinen liikesuhde* voi perustua esimerkiksi sopimukseen, sopimusneuvotteluihin tai neuvonpitoon.<sup>75</sup> Välimiesmenettelyä käytetään usein liikesuhteissa ilmeneviin riitoihin, joten asianosaisella saattaa rikoslain perusteella olla velvollisuus pitää välimiesmenettelyssä ilmi tulleet yrityssalaisuudet salassa. Luottamuksellinen liikesuhde voi perustua joko suoraan välityssopimukseen tai vaihtoehtoisesti muuhun osapuolten väliseen sopimukseen, josta välimiesmenettely johtuu. Lain sanamuodon mukainen tulkinta ei siis välttämättä rajaa välimiesmenettelyä säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle.<sup>76</sup>

#### 4.2 Sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa

Laissa sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (22.12.1978/1061, SopMenL) on useita yrityssalaisuuksien suoja-säännöksiä, mutta arvioitaessa salassapitovelvollisuutta välimiesmenettelyssä, erityisesti 4.3 § ja 1 §:n yleislauseke ovat olennaisia.<sup>77</sup>

SopMenL:n 4.3 §:n mukaan se, joka ”elinkeinonharjoittajan puolesta tehtävää suorittaessaan on saanut tiedon liikesalaisuudesta tai jolle työn tai tehtävän suorittamista varten taikka muuten liiketarkoituksessa on uskottu tekninen esikuva tai tekninen ohje, ei saa sitä oikeudettomasti käyttää eikä ilmaista”. Sanavalinta *tehtävää suorittaessa* viittaa toimeksiannon suorittamista varten saatuihin tietoihin, joten se ei liene sovellettavissa välimiesmenettelyyn. Teknisen esikuvan tai ohjeen oikeudeton käyttäminen tai ilmaiseminen koskee myös tilanteita, joissa ne on uskottu toiselle liiketarkoituksessa. Tietojen antamista välimiesmenettelyssä ei voida katsoa tapahtuvan lii-

75 Ks. HE 66/1988, s. 86 ja Vapaavuori 2005, s. 98–99. Vapaavuoren mukaan *suorittaessaan tehtävää toisen puolesta* viittaa vain toimeksiantosopimuksiin, mutta *muuten luottamuksellinen suhde* voi perustua muuhunkin sopimukseen.

76 Vrt. Liljeström 2011, s. 512–513.

77 Ks. myös Peltonen 2005, s. 88–89 ja Liljeström 2011, s. 512–513.

ketarkoituksessa, ja tekninen esikuva tai ohje on huomattavasti suppeampi käsite kuin yrityssalaisuus. Näin ollen SopMenL:n 4.3 §:stä ei voida johtaa asianosaiselle salassapitovelvollisuutta välimiesmenettelyssä ilmi tulleiden seikkojen osalta.<sup>78</sup>

Yrityssalaisuuden loukkaaminen saattaa – erityisesti karkeissa väärinkäytös-tilanteissa – olla SopMenL:n 1 §:n yleislausekkeen vastainen.<sup>79</sup> Sen mukaan ”elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää hyvän liiketavan vastaista tai muutoin toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimatonta menettelyä”. Olen- naista on, että välimiesmenettely tai sitä koskevien seikkojen ilmaiseminen liittyy jollakin tavalla elinkeinotoimintaan. Yleislausekkeen soveltuminen lienee kuitenkin varsin poikkeuksellista. Se edellyttäisi esimerkiksi tietojen julkaisemista pelkästään toisen vahingoksi, eli siten, että julkaisija ei hyödy siitä itse mitään ja samalla toinen osapuoli kärsii tietojen julkaisemisesta.<sup>80</sup>

## 5 Salassapitovelvollisuuden hyödyt ja haitat

Lopuksi on perusteltua lyhyesti tarkastella salassapitovelvollisuuden tarkoi- tuksenmukaisuutta. Salassapitovelvollisuuden hyötyjä ja haittoja voidaan nimittäin käyttää reaalisisina argumentteina tulevaisuuden kehitystarpeita ar- vioitaessa sekä lain tai sopimuksen tulkinnassa.<sup>81</sup> Salassapitovelvollisuuden yhteydessä mainitut hyödyt ja haitat ovat usein pitkälti yhteneviä julkisuu- den ja ei-julkisuuden yhteydessä esitettyjen väitteiden kanssa.

Salassapitovelvollisuuden puolesta voidaan mainita muutama yleisesti esi- tetty väite. Salassapitovelvollisuuden puuttuminen voi vaarantaa joitakin ei-julkisuuden etuja, kuten yrityssalaisuuksien ja yhteistyösuhteiden salassa pysymistä sekä maineen säilymistä. Kun välimiesmenettelyä koskevat sei- kat on pidettävä salassa, toinen osapuoli ei voi esimerkiksi käyttää mediaa

---

78 Ks. myös Peltonen 2005, s. 90.

79 Ks. Castrén 1980, s. 424–426.

80 Ks. myös Peltonen 2005, s. 90. Peltosen mukaan vaikutusta voi olla myös sillä, millaiseen sopimussuhteeseen menettelyn riitakysymys liittyy ja onko sopimussuhde vielä voimassa sekä sillä, onko asianosainen vaatinut antamaan yrityssalaisuudet välimiesmenettelyn aineistoon toisen osapuolen suostuessa siihen samalla korostaen salassapidon merkitystä.

81 Ks. reaalisisista oikeuslähteistä ja reaalisesta harkinnasta tarkemmin esimerkiksi Tolonen 2003, s. 50–66 ja 152–164.

painostusvälineenä.<sup>82</sup> Usein todetaan, että luottamuksellisuus on olennainen osa välimiesmenettelyn luonnetta, joten osapuolten oletusarvona lienee useimmiten menettelyn salassa pitäminen. Osapuolten perusteltuja odotuksia tätä koskien on hyvä suojata, koska se on voinut vaikuttaa menettelyn valintaan. Mikäli välimiesmenettelyssä vallitsisi pelko tietojen pääsystä julkisuuteen, tämä voisi vaikuttaa menettelyn vapaamuotoisuuteen ja mahdollisen sovinnon saavuttamiseen.<sup>83</sup> Lisäksi asianosaisten pitäisi tarkemmin miettiä, mitä he uskaltavat esittää väitteidensä tueksi menettelyn aikana.<sup>84</sup> Välimiehet eivät voisi perustella tuomioitaan yhtä vapaasti, koska heidän pitäisi varoa, että liike- tai muita salaisuuksia ei päädy ratkaisuun.

Salassapitovelvollisuutta voi kritisoida lukuisin perustein. Merkittävä käytännön ongelma on, että salassapitovelvollisuuden ulottuvuutta on vaikea määritellä tarkkarajaisesti ja siitä on joskus poikettava muun tärkeän edun suojelemiseksi. Salassapitovelvollisuus saattaa joissakin tilanteissa esimerkiksi rajoittaa liikaa perustuslain suomaan sananvapautta. Välimiesmenettelyn luottamuksellisuus mainitaan usein menettelyn etuna, mutta ei ole selvää, miten paljon luottamuksellisuus vaikuttaa käytettävän riidanratkaisukeinon valintaan.<sup>85</sup> Empiiristen tutkimusten tekeminen välimiesmenettelyistä on hankalaa, koska niiden lukumäärästä ja sisällöstä ei ole tarkkaa tietoa. Julkisen välimieskäytännön puuttuminen voi johtaa ennakoimattomuuteen, eli toisin sanoen samaan oikeudelliseen ongelmaan voi muodostua tarpeettomasti erilaisia ratkaisuja ja välimiesten asiantuntemusta sekä ratkaisujen laatua voi olla vaikea arvioida etukäteen.<sup>86</sup> Aikaisempia välitystuomioita

82 Ks. myös Nisja 2008, s. 189. Ns. *trial by newspaper*, eli asian käsitteleminen julkisuudessa toisen osapuolen (tai hänen asiamiehensä tai avustajansa) aloitteesta ja hänen etuja korostavalla tavalla ennen ratkaisua ei siis ole mahdollista, joten välimiehet saavat työrauhan. Painostuksen kohteena voivat myös olla esimerkiksi toinen osapuoli, todistajat tai heidän läheisensä.

83 Ks. myös Heuman 2003, s. 13.

84 Ks. myös Heuman 2003, s. 13 ja Liljeström 2011, s. 515.

85 Ks. esimerkiksi International Arbitration Study 2010, s. 29–31; Young – Chapman 2009, s. 30; Nisja 2008, s. 188–189; Liljeström 2009, s. 32; Liljeström 2011, s. 509–510 ja SOU 1995:65, s. 177–178.

86 Ks. Bhatia – Candlin – Sharma 2009, s. 11–12 ja International Arbitration Study 2010, s. 27–28 ja 31. Tämä ongelma ei ole niin suuri silloin, kun välimiesmenettely käydään Keskuskauppakamarin sääntöjen mukaan, koska välityslautakunta voi arvioida annettujen tuomioiden laatua jälkikäteen. Kaikki välitystuomiot on nimittäin talletettava välityslautakunnan arkistoon (Keskuskauppakamarin säännöt 43.1 §). On tosin huomattava, että tämä ei edelleenkään anna asianosaisille mahdollisuutta arvioida välimiesten asiantuntemusta ja ratkaisujen laatua, vaan pelkästään välityslautakunta voi ottaa aikaisemmat tuomiot huomioon valitessaan välimiestä.

voisi myös käyttää välimiesten kouluttamiseen.<sup>87</sup> Välimiehet voisivat olla motivoituneempia tutkimaan ja perustelevaan menettelyssä käsiteltyjä asioita huolellisemmin, jos he tietäisivät, että välitystuomiot päätyvät muiden tarkasteltavaksi.<sup>88</sup>

Salassapitovelvollisuuden kritisoinnin yhteydessä esitetyt perustelut eivät toisaalta ole aina kaikilta osin puolustettavissa. Voidaan esimerkiksi kysyä, onko aikaisempien välitystuomioiden tarkastelemisesta oikeasti hyötyä? Välitystuomioiden oikeuslähdeopillinen asema ei ole selvä – sitä voidaan pitää korkeintaan sallittuna oikeuslähteenä.<sup>89</sup>

Mikäli jollain erityisalalla, kuten esimerkiksi rakennusurakoissa, käytetään enimmäkseen välimiesmenettelyä riidanratkaisukeinona, alalla ei muodostu ohjaavaa oikeuskäytäntöä, jos välitystuomiot pidetään salassa.<sup>90</sup> Kun välimiesmenettelyssä oleva riita koskee jotain tiettyä kapeaa erityisalaa, aikaisempien alalla annettujen välitystuomioiden huomioiminen voi olla tarpeen.<sup>91</sup> Vaikka kyseessä olisi jokin erityisala, jossa käytetään riidanratkaisukeinona enimmäkseen välimiesmenettelyä, ongelmaksi muodostuu ratkaisujen saatavuus.<sup>92</sup> Kun kaikkia annettuja välitystuomioita ei ole kootusti saatavilla, välimiehet eivät voi tietää, ovatko heidän tiedossa olevat ratkaisut hyviä vai huonoja ja mihin lopputulokseen muissa tuomioissa on päädytty. Valtaosa välimiesmenettelyistä ei koske mitään erityisalaa, vaan käsiteltävänä on erittäin laaja kirjo oikeusongelmia. Näissä tapauksissa muiden välitys-

87 Ks. Bhatia – Candlin – Sharma 2009, s. 11.

88 Ks. Heuman 2003, s. 13 ja Turunen 2007, s. 53.

89 Ks. myös Turunen 2007, s. 59.

90 Heuman 2003, s. 13–14.

91 Esimerkiksi osakeyhtiölain mukaisissa lunastusriidoissa käsitellään aina samaa oikeuskysymystä. Kun vain tosiseikat vaihtelevat, välitystuomioissa vakiintuneita tulkintoja on yleensä perusteltua seurata muissakin välitystuomioissa. Lisäksi lunastusriitoja koskevat välitystuomiot ovat julkisia, ja ne säilytetään Patentti- ja rekisterihallituksessa, joten välimiehillä on pääsy kaikkiin aikaisempiin ratkaisuihin. Välimiesten vakiintuneet käytännöt ja tulkinnot antavat osakeyhtiön toimijoille aiheen odottaa, että vastaavaa käytäntöä noudatetaan jatkossakin. Kun alalla aletaan toimia ratkaisujen osoittamalla tavalla, menettely muodostuu alan käytännöksi pelkän välimieskäytännön sijaan.

92 Tämä ongelma on myös Keskuskauppakamarin sääntöjen mukaan käytävässä menettelyssä. Vaikka välityslautakunnalle toimitetaan asiasta annettu tuomio, kyseinen tuomio on kuitenkin pidettävä salassa (Keskuskauppakamarin säännöt 43 §), eikä sitä näin ollen voida antaa muille välimiehille. Vrt. ICC-sääntöjen liite II Art. 1, jonka mukaan tutkijalle voidaan joskus antaa oikeus tutustua tuomioon. ICC myös julkaisee tuomioita anonyymeinä, joten ratkaisujen saatavuus ei tuota ongelmia. Suomen kaltaisessa pienessä maassa asianosaiset voisi olla helposti tunnistettavissa siitä huolimatta, että tuomiot julkaistaisiin anonyymeinä.

tuomioiden hyödyntäminen vaikuttaa vähemmän perustellulta, koska asianosaiset haluavat nimenomaan *kyseisten välimiesten asiantuntemukseen* perustuvan ratkaisun. Jos muita tuomioita seurattaisiin tarkasti, välimiehen valinta menettäisi merkitystään.

Edellä esitetyn perusteella, välitystuomioiden käyttämiseen oikeuslähteenä on suhtauduttava pidättyvästi,<sup>93</sup> eikä salassapitovelvollisuus aiheuta erityisiä ongelmia tässä suhteessa. Mainittujen seikkojen lisäksi löytyy varmasti useita muitakin perusteluja sekä puolesta että vastaan, mutta jo lyhyt katsaus salassapitovelvollisuuden tarkoituksenmukaisuuden yhteydessä esitettyihin yleisimpiin väitteisiin osoittaa, että perusteluja on kumpaankin suuntaan. Tarkoituksenmukaisuus ratkeaa näin ollen parhaiten tapauskohtaisessa tarkastelussa, jolloin perusteluiden painoarvoa voi punnita keskenään.

Salassapitovelvollisuuden puolesta esitetyt väitteet korostavat pääasiassa asianosaisten näkökulmaa ja vastaväitteet korostavat yleistä etua. Toisaalta välimiesmenettelyn luonne on aivan erilainen kuin esimerkiksi yleisen tuomioistuinmenettelyn, koska välimiesmenettely on *yksityistä* lainkäyttöä. Näin ollen voidaan pohtia, onko välimiesmenettelyn päätarkoitus ylipäänsä palvella yleistä etua vai välimiesmenettelyn käyttäjiä, eli pääasiassa yrityksiä. Antamalla yksityisille toimijoille vapaat kädet ratkoa riitansa haluamallaan tavalla, myös yleinen etu voi itse asiassa tulla parhaiten otetuksi huomioon.

## 6 Päätelmät

Suomessa salassapitovelvollisuutta on vaikea perustella välimiesmenettelyn luonteeseen liittyvällä luottamuksellisuudella. Myös useissa muissa valtioissa on päädytty samaan ratkaisuun. Asianosaiset voivat sopia salassapidosta, jolloin velvollisuus voi perustua joko välityssopimukseen tai muuhun asianosaisten väliseen sopimukseen. Sopimusoikeudelliset periaatteet ja sopimuksen tulkinta voivat myös muodostaa asianosaisille tapauskohtaisen salassapitovelvollisuuden. Lisäksi erilaiset yrityssalaisuuksien suojaäännökset voivat johtaa salassapitovelvollisuuteen, mutta niiden soveltuminen ei liene useimmissa tapauksissa kovin todennäköistä.

---

93 Pois lukien lunastusriitoja koskevat välimiesmenettelyt, joissa edellä selostettuja ongelmia ei ole.

Asianosaisten oletus luottamuksellisuudesta saattaa perustua esimerkiksi ei-julkisuuteen, käsitykseen yleisestä käytännöstä tai pitkäaikaiselta sopimuskumppanilta odotettavaan lojaaliin käytökseen. Usein oletus on kuitenkin vain harhaluulo. Asianosaisilla ei yleensä ole salassapitovelvollisuutta välimiesmenettelyssä. Tietyissä tapauksissa osapuolilla on kuitenkin velvollisuus pitää välimiesmenettelyä koskevia seikkoja salassa. Salassapitovelvollisuus on herkemmin johdettavissa yrityssalaisuuksia ja muita riidan kohdetta koskeviin seikkoihin kuin menettelyn prosessuaalisiin kysymyksiin. Välityssopimuksiin ja -lausekkeisiin otetaan luultavasti tulevaisuudessa yhä useammin varmuuden vuoksi määräys salassapidosta.

*De lege ferenda* -näkökulmasta tarkasteltuna lakiin välimiesmenettelystä olisi syytä lisätä olettam säännös salassapidosta. VML:iin on tarkoituksenmukaista ottaa säännös, jonka mukaan välimiesmenettely olisi pidettävä salassa, ellei toisin ole sovittu.<sup>94</sup> Salassapitovelvollisuuden asettamista tukee olettama välimiesmenettelyn luottamuksellisesta luonteesta ja tähän liittyvistä asianosaisten perustelluista odotuksista sekä salassapitovelvollisuuden tarkoituksenmukaisuus. Tämä selkeyttäisi vallitsevaa oikeustilaa, eikä välityssopimuksen laadinnassa noudatettuja käytäntöjä tarvitsisi muuttaa. Nykyisinhän välityssopimuksissa ei yleensä ole mainintaa salassapidosta, koska menettelyn oletetaan olevan luottamuksellinen. Sopimusvapautta ei missään nimessä pidä rajoittaa, vaan asianosaisilla täytyy säilyä oikeus sopia asiasta toisin.

---

94 Ks. Liljeström 2011, s. 510 ja 519. Liljeströmin mukaan käytännön ongelmaksi muodostuu salassapitovelvollisuuden laajuuden ratkaiseminen ja jopa lainsäätäjän kiinnostuksen puute. Hän toteaa, että lainsäätäjän ei voida olettaa olevan kiinnostunut aiheesta ja että todennäköisemmin kehitys riippuu välitysinstituuttien linjauksista. Mikäli oletus osuu oikeaan, se on kieltämättä melko suuri käytännön ongelma etenkin *ad hoc* -menettelyssä, jolloin ainoaksi ratkaisuksi jää asianosaisten oikeus sopia salassapidosta; tämän oikeuden lisäksi asianosaisten pitäisi vielä tajuta käyttää sitä.

## Lähteet

### Kirjallisuus

Bhatia, Vijay – Candlin, Christopher N. – Sharma, Rajesh: Confidentiality and Integrity in International Commercial Arbitration Practice. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 2009, Volume 75, Number 1, s. 2–13. (Bhatia – Candlin – Sharma 2009)

Castrén, Martti: Liikesalaisuus, tekninen esikuva ja ohje uusien lakien valossa. *Defensor Legis* 1980, s. 410–434. (Castrén 1980)

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I. Talentum Media Oy. Helsinki 2003. (Hemmo 2003)

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus III. Talentum Media Oy. Helsinki 2005. (Hemmo 2005)

Heuman, Lars: *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*. Juris Publishing. New York 2003. (Heuman 2003)

Karhu, Juha: Lojaliteettiperiaate sopimusoikeudessa – oikeudellista peruskartoitusta. Teoksessa Vihervuori, Pekka – Hemmo, Mika – Tammi-Salminen, Eva (toim.), *Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 2008*, s. 101–116. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2008. (Karhu 2008)

Kotiranta, Kai – Ylikantola, Timo: Kansainvälisen välimiesmenettelyn salassapitovelvollisuudesta. *Defensor Legis* 2/2005, s. 303–330. (Kotiranta – Ylikantola 2005)

Koulu, Risto: Välytys sopimus välimiesmenettelyn perustana. Edita Publishing Oy. Helsinki 2008. (Koulu 2008)

Kurkela, Matti S. – Uoti, Petteri: Välimiesmenettelystä. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1995. (Kurkela – Uoti 1995)

Liljeström, Robert: Confidentiality in Arbitration; A Finnish Perspective. *JFT* 4–5/2011, s. 509–521. (Liljeström 2011)

Liljeström, Robert: Välimiehen tutkimustoiveita. Teoksessa Lindfors, Heidi (toim.), *Välimieslainkäyttö murroksessa – tutkimus vai välimiesmenettely muuttumassa?*, s. 31–42. Edita Publishing Oy. Helsinki 2009. (Liljeström 2009)

Nisja, Ola Ø.: Confidentiality and Public Access in Arbitration – the Norwegian Approach. *International Arbitration Law Review* 2008, Volume 11, Issue 5, s. 187–192. (Nisja 2008)

Ovaska, Risto: Välimiesmenettely – kansallinen ja kansainvälinen riidanratkaisukeino. Edita. Helsinki 2007. (Ovaska 2007)

Peltonen, Jukka: Salaisuuksista välimiesmenettelyssä. *Defensor Legis* 1/2005, s. 59–94. (Peltonen 2005)

Rahnasto, Ilkka: Salassapitosäännökset aineettomien oikeuksien täydentäjänä – keskeisimmät uudet konseptit sopimuksen laatijan kannalta. Teoksessa Mylly, Tuomas (toim.), *Immateriaalioikeudet kansainvälisessä kaupassa*, s. 79–94. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2001. (Rahnasto 2001)

Ritz, Philipp: Privacy and Confidentiality Obligation on Parties in Arbitration under Swiss Law. *Journal of International Arbitration* 2010, Volume 27, Issue 3, s. 221–245. (Ritz 2010)

Tirkkonen, Tauno: Välimiesmenettely – Prosessioikeudellinen tutkimus. WSOY. Helsinki 1943. (Tirkkonen 1943)

Tolonen, Hannu: Oikeuslähdeoppi. WSOY lakitieto. Helsinki 2003. (Tolonen 2003)

Turunen, Santtu: Välitustuomioiden julkisuudesta ja hyödyntämisestä. Teoksessa Turunen, Santtu (toim.), Välimiesmenettely lainkäyttönä ja lainkäytössä, s. 45–61. Edita Publishing Oy. Helsinki 2007. (Turunen 2007)

Vapaavuori, Tom: Yrityssalaisuudet ja salassapitosopimukset. Talentum Media Oy. Helsinki 2005. (Vapaavuori 2005)

Young, Michael – Chapman Simon: Confidentiality in International Arbitration: Does the exception prove the rule? Where now for the implied duty of confidentiality under English law? *ASA Bulletin* 2009, Volume 27, Issue 1, s. 26–47. (Young – Chapman 2009)

### **Virallislähteet**

Hallituksen esitys laiksi välimiesmenettelystä. HE 10/1927 vp. (HE 10/1927)

Hallituksen esitys eduskunnalle Rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsitteväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi. HE 66/1988 vp. (HE 66/1988)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi välimiesmenettelystä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi. HE 202/1991 vp. (HE 202/1991)

Ehdotukset oikeudenkäyntilaitoksen uudistukseksi. II Ehdotus laiksi riita-asiain oikeudenkäynnistä ynnä perustelmat. Laatinut sitä varten asetettu komitea., Komiteanmietintö 1901:9. (Komiteanmietintö 1901:9)

Näringslivetvts tvistöstning. Slutbetänkande av Skiljedomsutredningen. SOU 1995:65. (SOU 1995:65)

### **Muut lähteet**

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Adopted by a resolution of the IBA Council 29 May 2010. International Bar Association. (IBA-säännöt)

International Arbitration Study 2010, Choices in International Arbitration. Queen Mary University of London, School of International Arbitration. Saatavilla osoitteesta <http://www.arbitrationonline.org/research/2010/index.html>, vierailtu 21.11.2011. (International Arbitration Study 2010)

International Chamber of Commerce Rules of Arbitration. In force as from 1 January 1998. (ICC-säännöt)

Keskuskauppakamarin välityslautakunnan säännöt. Vahvistettu Keskuskauppakamarin valtuuskunnan syyskokouksessa 16. päivänä joulukuuta 1992. Nämä säännöt ovat tulleet



voimaan 1. päivänä tammikuuta 1993. Sääntöjä on muutettu viimeksi 27.4.2005. (Keskuskauppakamarin säännöt)

UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings 1996. (UNCITRAL-nootit)

UNCITRALin kotisivujen tiedot mallilakia käyttäneistä valtioista: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html), vierailtu 21.11.2011. (UNCITRALin kotisivut)

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985. With amendments adopted in 2006. (UNCITRALin mallilaki)

### **Oikeuskäytäntö**

Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir [1998] 2 All ER 136

Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd v European Reinsurance Co of Zurich [2003] 1 WLR 1041

Cour d'appel de Paris, 18 février 1986, G. Aïta c/ Ojeh

Cour d'appel de Paris, 22 janvier 2004, Société National Company for Fishing and Marketing "Nafimco" c/ Société Foster Wheeler Trading Company AG

Dolling-Baker v Merrett [1991] 2 All ER 890

Emmott v Michael Wilson & Partners [2008] EWCA Civ 184

KKO 1993:130

NJA 2000 s. 538



# The Liability of the Pilotage Company and the Individual Pilot

Keywords: pilot, pilotage company, compensation for damage, liability, vicarious liability, ship owner

**Åsa Henriksson**

---

## *English abstract*

*The purpose of this article is to examine the liability of the Finnish pilotage company as well as the liability of the individual pilot. These two are practically indivisible. Before 2011, the state had no liability for damages caused by the pilot. Due to recent changes in legislation, the liability of the pilotage company has been expanded. This expansion of liability is a highly topical issue. The pilotage company is a limited liability company that aims for financial profit. Consequently, it should also be responsible for the damages it causes. It is, however, uncertain whether this expansion is sufficient. The pilotage company is today only liable for damages that occur when certain specific conditions prevail, and only to a maximum amount of EUR 100.000 per occurrence. The article also contains a comparison between the regulations of the liability of pilots in the Nordic countries. The liability of the pilots is regulated quite differently in the Nordic countries, although this regulation is grounded on similar laws.*

## *Full article in Swedish*

## **Lotsningsbolagets samt den enskilda lotsens skadeståndsansvar**

Nyckelord: lots, lotsningsbolag, skadestånd, skadeståndsansvar, principalansvar, redare

## **1 Inledning**

Sjöfarten är såväl historiskt som ännu i denna dag av stor betydelse för utrikeshandeln i Finland. I takt med att utrikeshandeln under de senaste decen-

nierna kraftigt har ökat har även trafiken i våra vatten gjort det.<sup>1</sup> Flertalet fartyg trafikerar varje dag i de finska vattnen. De finska vattnen med dess rika skärgård är grunt och förhållandevis farligt på grund av det stora antalet grynnor. Det är här lotsen kommer in i bilden. Lotsens främsta uppgift är att främja säkerheten i sjötrafiken och förebygga miljöolägenheter.

En lots är enligt lotsningslagen (21.1.2003/940, LL) 2 § en person som Trafiksäkerhetsverket har godkänt att verka som lots på finska farvatten. Lotsens uppgift är enligt LL 2 § att vid manövrering av fartyg fungera som befälhavarens rådgivare. Lotsen är sakkunnig i fråga om vattenområden samt gällande sjöfarten i Finland. Förenklat kan sägas att lotsen hjälper befälhavaren att styra fartyget i finska farvatten. I detta skede bör även påpekas att det i Finland råder ett lotstväng. Enligt LL 5 § har fartyg, då vissa förutsättningar uppfylls, en direkt skyldighet att anlita finsk lots.

Det har från och med början av år 2011 skett stora förändringar inom lotsväsendet. Lotsningsverksamheten i Finland sköts från och med den 1 januari 2011 av ett statsägt bolag i stället för av det statliga affärsverket Lotsverket.<sup>2</sup> Bolagiseringen skedde med stöd av lagen om ombildning av lotsverket till aktiebolag 26.11.2010/1008. Orsaken till bolagiseringen är avskaffandet av statliga affärsverk i Finland, på grund av EU-rättsliga hänsyn.<sup>3</sup> Idag sköts lotsningen i Finland därmed av det statsägda lotsningsbolaget Finnipilot Pilotage Oy. Lotsningsbolaget innehar enligt lag en statlig specialuppgift.<sup>4</sup> Bolaget har enligt lagen om ombildning av lotsverket till aktiebolag 1 § till uppgift att tillhandahålla lotsningstjänster samt att fullgöra lotsningsrelaterade uppgifter och skyldigheter stadgade i LL. Det nybildade statsägda lotsningsbolaget har monopol på lotsningen i Finland.<sup>5</sup>

Skadeståndsrättsliga frågor är av stor vikt vid lotsningsverksamhet. Vid lotsningsverksamhet är risken för skador nämligen ytterst stor.<sup>6</sup> Till exempel

1 Statistik över utrikes sjöfart 2009, s. 9; EU Maritime Pilotage Study 1995, s. 19.

2 RP 214/2010, s. 3.

3 RP 130/2010, s. 3.

4 RP 130/2010, s. 4.

5 En arbetsgrupp på kommunikationsministeriet har dock i sitt utlåtande KM 10/2011, s.1 och 14, konstaterat att det varken finns lagstiftningssmässiga eller faktiska hinder för att öppna lotsningsverksamheten för konkurrens. Ifall verksamheten öppnas för konkurrens krävs dock enligt arbetsgruppen ett utvidgat skadeståndsansvar.

6 RP 214/2010, s. 6.

då ett fartyg stöter på grund uppstår i regel betydande skador. I samband med att lotsverket ombildades till ett aktiebolag ändrades även den finska regleringen gällande lotsningsbolagets skadeståndsansvar. Lotsningsbolagets skadeståndsansvar vid lotsning regleras skilt från det allmänna skadeståndsansvaret enligt skadeståndslagen (31.5.1974/412, SkL). I denna artikel kommer jag att utreda i vilka situationer lotsen eller lotsningsbolaget är skadeståndsansvarig.

### **1.1 Syfte, uppläggning och avgränsning**

Syftet med denna artikel är att utreda och beskriva lotsningsbolagets och lotsens skadeståndsansvar, samt analysera hur detta har ändrats i och med lagändringen. Jag kommer att granska rättsläget både innan lagändringen 2011 samt efter ändringen. Artikeln behandlar såväl lotsningsbolagets som den enskilda lotsens ansvar. Eftersom regleringen inom sjörätt i viss mån är likartad inom Norden, klarläggas även lotsens och lotsningsbolagets skadeståndsansvar i de övriga nordiska länderna. Därtill behandlas problem som uppstått i samband med lagändringen. Särskilt kommer jag att fokusera på utvidgningen av lotsningsbolagets skadeståndsansvar i samband med den nya regleringen och diskutera huruvida utvidgningen varit tillräcklig.

I artikeln fokuserar jag på lotsningsbolagets skadeståndsansvar främst gentemot redaren, men även lotsningsbolagets regressrätt gentemot den enskilda lotsen behandlas i viss mån. Jag avgränsar mig till att behandla lotsningsverksamhet enbart till den del den utgör myndighetsutövning.

### **1.2 Lotsens skadeståndsansvar i ett nordiskt perspektiv**

Lotsens och lotsningsbolagets, eller alternativt statens, skadeståndsrättsliga ansvar är reglerat på olika sätt i de nordiska länderna. I detta kapitel kommer jag att granska skadeståndsansvaret i Sverige, Norge och Danmark. Jag kommer att i stora drag redogöra för hur lotsens skadeståndsansvar är reglerat i samtliga länder. Däremot finns det än så länge inga EU rättsliga bestämmelser om lotsningsverksamhet.<sup>7</sup> Det har ändå länge diskuterats inom EU om behovet av gemensamma regelverk gällande lotsning.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> SOU 2008:53, s. 198.

<sup>8</sup> EU Maritime Pilotage Study 1995, s. 152.

Både skadeståndslagarna och sjölagarna i de nordiska länderna är grundade på nordiskt lagstiftningsarbete och är därför avsevärt likadana. Sjölagarna i Finland, Sverige, Norge och Danmark har nämligen beretts i samstämmighet och är därmed nästan identiska.<sup>9</sup> Skadeståndslagarna i de nordiska länderna är likaså ett resultat av nordiskt lagstiftningsarbete. Dessa är inte fullt så likartade, men innehåller samma slags element.<sup>10</sup> Då både sjölagarna och skadeståndslagarna i hög grad påverkar regleringen av lotsningsverksamhet är en granskning av rättsläget i de övriga nordiska länderna ytterst motiverad. Exempelvis vid tolkning av den nationella rätten kan nordisk praxis användas som stöd.

### *1.2.1 Sverige*

I Sverige har sjöfartsverket monopol och ensamrätt att utföra lotsning. Ansvaret för att tillhandahålla lotsningsverksamhet ligger i sin tur på sjötrafikavdelningen, som samordnar och styr lotsningsverksamheten i Sverige.<sup>11</sup> I Sverige, så som även i Finland, anses lotsning utgöra myndighetsutövning.<sup>12</sup>

I Sverige regleras lotsens skadeståndsansvar vid lotsning i den svenska skadeståndslagen (1972:207) 3 kap. 9 §. Enligt detta stadgande har staten och kommunen inget skadeståndsansvar då skada uppkommit genom fel eller försummelse vid lotsning. Denna regel uttrycker en internationellt erkänd princip som tillämpas utbrett i världen.<sup>13</sup> En motsvarande paragraf fanns även i SkL innan lagändringen 2011. På samma sätt som i Finland gäller specialregeln om begränsningen av ansvaret enbart skador som vållats under själva lotsningen, vid den övriga lotsningsverksamheten tillämpas de normala skadeståndsrättsliga reglerna om det allmännas skadeståndsansvar. Då stat eller kommun inte ansvarar blir i stället redaren ansvarig enligt 7 kap. 1 § i den svenska sjölagen (1994:1009).

9 RP 62/1994, s. 7.

10 Bengtsson – Strömbäck 2011, s. 17.

11 SOU 2008:53, s. 197.

12 SOU 2008:53, s. 197; SOU 2007:106, s. 102; Bull 2007, s. 355. Se även Hellner – Radetzki 2006, s. 447. De anser att det är likgiltigt huruvida lotsningsverksamheten kan anses som myndighetsutövning eller inte, då specialregeln i skadeståndslagen ändå avlägsnar skadeståndsansvaret för stat och kommun.

13 Bengtsson – Strömbäck 2011, s. 144.

Man har även i Sverige utrett ifall en bolagisering av lotsningsverksamheten vore möjlig, samt hur detta i så fall lagstiftningsmässigt skulle verkställas.<sup>14</sup> I betänkandet SOU 2008:53 föreslås att man i en ny lotsningslag skall inta en motsvarande ansvarsfrihet för lotsningsföretag som staten har idag.<sup>15</sup> En sådan regel skulle i viss mån påminna om de nya reglerna gällande lotsens skadeståndsansvar i den finska LL. Lagstiftaren i Sverige vill inte gå in för fri konkurrens.<sup>16</sup> Rättsläget är således för närvarande i Sverige det samma som i Finland innan lagändringen 2011. Det är däremot sannolikt att man i Sverige inom en snar framtid övergår till en motsvarande modell för lotsningsverksamheten som i Finland.

### *1.2.2 Norge*

I Norge ansvarar Kystverket enligt den norska lotslagen, lov om lostjensten (losloven 1989-06-16 nr 59), för utförandet och organisation av lotsningsverksamheten. Den norska staten har en skyldighet att erbjuda lotsningstjänster, men även privata företag kan göra detta. Även i Norge anses lotsningsverksamheten utgöra myndighetsutövning.<sup>17</sup>

Regleringen av lotsens skadeståndsrättsliga ansvar är strukturerad på ett annat sätt i Norge, än i exempelvis Finland och Sverige. Loslovens 24 § reglerar lotsens skadeståndsansvar. I det första momentet stadgas att lotsen under lotsningen anses vara i fartygets tjänst. Här hänvisar lagstiftaren till lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven 1969-06 nr 26) 2 kap.1 §, vilken reglerar arbetsgivarens ansvar för skador uppkomna i arbetet. Arbetsgivaren är enligt denna regel ansvarig för skada som arbetstagaren förorsakat uppsåtligt eller av oaktsamhet. Med stöd av denna regel ansvarar redaren i fartyget för skador som lotsen vållat vid lotsning, då lotsen anses vara i fartygets tjänst under lotsningen. Begreppet redare definieras varken i den finska SjöL eller i någon av de övriga nordiska sjölagarna. I rättspraxis samt i doktrinen har man emellertid utvecklat en etablerad definition av begreppet redare. Redaren är den fysiska eller juridiska person som utrustar och bemannar ett

<sup>14</sup> SOU 2008:53.

<sup>15</sup> Bengtsson – Strömbäck 2011, s. 144.

<sup>16</sup> Andersson 2008, s. 377.

<sup>17</sup> Lødrup 2009, s. 202; Hagstrøm 1987, s. 390.

fartyg samt driver sjöfart med det.<sup>18</sup> Jag behandlar redaransvaret utförligare nedan i kapitel 2. Regeln i loslovens 24 § motsvarar regeln om redaransvaret i den norska sjölagen, lov om sjøfarten (sjøloven 1994-06-24 nr 39) 151 §. Redaren ansvarar enligt denna regel för skada som förorsakats av lots genom fel eller försummelse i tjänst. I det andra momentet i loslovens 24 § stadgas att lotsen är skyldig att ersätta skada som han vållat genom fel eller försummelse i tjänsten enligt normala skadeståndsrättsliga regler. Här hänvisas till skadeserstatningslovens 2 kap. 3 §, som reglerar jämkning av arbetstagarens ansvar.

I den norska regleringen fattas således den ansvarsbegränsning som finns både i Finland och i Sverige. Ingenstans i lag stadgas explicit om någon ansvarsbegränsning gällande skada uppkommen vid lotsning. Den norska lagstiftningen gällande lotsens skadeståndsansvar vilar således på redaransvaret. Redaren har ett utvidgat principalansvar och genom kanaliseringsregeln ansvarar redaren primärt för de uppkomna skadorna. Även i Norge utreds som bäst en förnyelse av lagstiftning gällande lotsverksamhet.<sup>19</sup>

I ett färskt rättsfall från februari 2011 tog Borgarting lagmannsrett ställning till lotsens skadeståndsrättsliga ansvar.<sup>20</sup> I fallet var det fråga om statens skadeståndsansvar efter att ett skepp hade förlist. Lotsen ombord hade använt sig av ett äldre sjökort, trots att ett nyare hade utkommit och han var medveten om detta. Det nya sjökortet fanns på lotsstationen och således hade kystverket handlat riktigt. Domstolen fastställde att rederiet med stöd av sjølovens 151 § ansvarar för skadan som uppkommit, trots att den förorsakats av lotsens fel eller försummelse. Domstolen ansåg att orsakssamband inte förelåg mellan kystverkets sätt att organisera lotsningen och själva olyckan. Staten kunde således inte anses vara skadeståndsrättsligt ansvarig.

### *1.2.3 Danmark*

I Danmark är lotsningen sedan den 1 december 2006 öppen för konkurrens. Tidigare hade danska staten monopol på lotsningen, men numera är

18 Wetterstein 2004, s. 34.

19 Regjeringens sjøtransportpolitikk 20.10.2011 – www.regjeringen.no (Departementene -> Fiskeri- og kystdepartementet -> Taler og artiklar -> Ministerens taler og artiklar -> Regjeringens sjøtransportpolitikk), besøksdag 25.10.2011.

20 LB 2009-163221.



lotsningsverksamheten öppen även för privata lotsar. Lotsningen i Danmark sköts av Farvandsvæsenet, som lyder under Försvarsministeriet. Lodsvæsen, även kallad Danpilot, utför den statliga lotsningen.

Konkurrensen öppnades genom den nya danska lotslagen, lodsloven (nr 567 af 09/06/2006). I samband med avregleringen bildades en tillsynsmyndighet med uppgift att övervaka lotsningsverksamheten i Danmark, Lodstilsynet.<sup>21</sup> Enligt den danska lotslagen har Lodstilsynet flera uppgifter, bland annat att examinera lotsar, fastställa krav för privata lotsföretag samt utge lotscertifikat.

Den danska lotslagen innehåller inga bestämmelser om skadeståndsansvaret. Den danska sjölagen, søloven (nr 39 af 20/01/1998) 151 § innehåller ett likadant stadgande som i de övriga nordiska länderna om redaransvaret, det vill säga att redaren ansvarar för skador som lotsen vållat genom fel eller försummelse. I dansk lag finns ingen explicit ansvarsbegränsning för lotsning, utan ansvaret bedöms enligt sjölagen samt med stöd av principalansvaret, stadgat i den danska skadeståndslagen, lov om erstatningsansvar (nr 885 af 20/09/2005).<sup>22</sup>

Den öppna konkurrensen i Danmark har kritiserats, bland annat av förbundet Danske Lodser. De anser att lotsningsverksamheten sker i så liten grad i Danmark att det inte finns utrymme för flera aktörer på marknaden. Marknaden för lotsning är inte lönsam, såväl den statliga lotsverksamheten som den privata har lidit ekonomiska förluster. Danske Lodser är därmed emot den konkurrensutsatta marknaden för lotsning och önskar återgå till enbart statslotsning med säkerhet som högsta prioritet.<sup>23</sup>

#### *1.2.4 Nordisk jämförelse*

Lotsningsverksamheten och dess uppbyggnad är på ovanstående grunder rätt olika i de nordiska länderna. I grund och botten ser skadeståndsansvaret relativt likadant ut, men lagstiftaren har valt att på lagstiftningsmässigt varierande sätt lösa frågan. Sjölagen och redarens primära ansvar är den sam-

<sup>21</sup> Lodstilsynets Årsrapport 2007, s. 2.

<sup>22</sup> von Eyben – Isager 2007, s. 117.

<sup>23</sup> Maritime Danmark: "Lodser: Konkurrencen er ødelæggende", 24.4.2010 – [www.maritimedanmark.dk/?Id=7751](http://www.maritimedanmark.dk/?Id=7751), besöksdag den 24.10.2011.

mankopplande faktorn. Den största skillnaden är att Sverige och Finland har särskilda regler som begränsar ansvaret för den som tillhandahåller lots-tjänster, medan frågan i Norge och Danmark regleras genom de allmänna reglerna i sjölagen och skadeståndslagen i respektive land. Lotsningsverksamheten är dock en verksamhet som av naturliga skäl är olika i olika länder. Sjöförhållandena påverkar lotsningsverksamheten och sjöförhållandena varierar stort även inom Norden.

En granskning av de nordiska regleringarna är befogad även med tanke på utvecklingen i framtiden. I flera länder, även i Finland, utreds som bäst huruvida man kunde konkurrensutsätta lotsningsverksamheten.<sup>24</sup> Enligt arbetsgruppen som utrett frågan finns det inga hinder för att konkurrensutsätta lotsningsverksamheten i Finland, men ifall det görs så måste skadeståndsregleringen ses över och regleras strängare. Vid bedömningen av detta är det motiverat att granska systemen i de övriga nordiska länderna, exempelvis hur det danska systemet med öppen konkurrens fungerat.

## **2 Lotsens och lotsningsbolagets sekundära ansvar enligt SjöL**

Nedan kommer jag att redogöra för lotsens och lotsningsbolagets ansvar enligt sjölagen (15.7.1994/674, SjöL). SjöL är den centrala lagen i Finland då det gäller sjöfart och innehåller i viss mån även regler om lotsens skadeståndsrättsliga ansvar. SjöL har fungerat som grund för specialregleringen gällande exempelvis lotsningsbolagets skadeståndsansvar.<sup>25</sup> Således är det motiverat att i korthet beskriva de relevanta bestämmelserna i SjöL.

### **2.1 Redarens primära ansvar**

SjöL, som till stor del baserar sig på internationella konventioner, innehåller bestämmelser om redarens ansvar, det vill säga redaransvaret.<sup>26</sup> Redarens ansvar är primärt i förhållande till lotsningsbolagets ansvar.<sup>27</sup> Enligt 7 kap. 1 § i SjöL är redaren ansvarig för skada som genom fel eller försummelse orsakats av en lots som utför arbete i fartygets tjänst. Denna allmänna

---

<sup>24</sup> KM 6/2009; KM 10/2011; SOU 2008:53.

<sup>25</sup> RP 214/2010, s. 4.

<sup>26</sup> RP 214/2010, s. 4.

<sup>27</sup> KoUB 18/2010, s. 3.

regel innebär att det är redaren som skall ersätta skadan, trots att skadan förorsakats av lotsen. Redaren ansvarar enligt SjöL för miljö-, person- och saksador som uppkommit genom fartygets verksamhet, trots att skadan förorsakats av lotsens misstag eller försummelse.<sup>28</sup>

I SjöL anges uttryckligen lotsen, inte lotsningsbolaget. Enligt förarbetena till LL skall trots allt begreppet ”lotsen” vid tolkning av SjöL 7 kap. 1 § anses innefatta även lotsningsbolaget.<sup>29</sup> Redarens ansvar är följaktligen primärt i förhållande till lotsen och lotsningsbolaget.

## 2.2 Redarens vidsträckta principalansvar

Redaren innehar med stöd av SjöL 7 kap. 1 § ett omfattande principalansvar i förhållande till lotsen.<sup>30</sup> Det allmänna principalansvaret enligt SkL 3 kap. 1 § innebär att arbetsgivaren ansvarar för skador som uppkommit i arbete då skadan orsakats av en anställd persons vållande.<sup>31</sup> I detta skede bör påpekas, att redarens principalansvar enligt SjöL 7 kap. 1 § är betydligt mera vidsträckt än det allmänna principalansvaret uttryckt i SkL.<sup>32</sup> Redaren ansvarar som känt även för skador som lotsen eller annan på redarens uppdrag utför under arbete på fartyget. Redaransvaret omfattar inte enbart lotsar som redaren frivilligt anlitat, utan även så kallade tvångslotsar som redaren inte kan avvisa.<sup>33</sup> Detta illustrerar redaransvarets stränga karaktär i förhållande till det allmänna principalansvaret enligt SkL.

SjöL 7 kap. 1 § innehåller en kanaliseringsregel, som kanaliserar ansvaret från lotsningsbolaget och lotsen till redaren. Detta innebär att redaren i första hand ansvarar för de uppkomna skadorna. I SjöL stadgas att ifall även skadevällaren utöver redaren är ansvarig för skadan, svarar han endast till det belopp som inte kan fås av redaren. I 7 kap. 1 § 2 mom. stadgas att en redare, som betalt ersättning för skada på basis av redaransvaret, har rätt att kräva det betalda beloppet av den som orsakat skadan, enligt de grunder som gäller för dennas skadeståndsansvar.

28 RP 214/2010, s. 4.

29 JM 150/43/2010, s. 3.

30 Wetterstein 2004, s. 31.

31 Hakalehto-Wainio 2008, s. 214.

32 Hellner – Radetzki 2006, s. 164.

33 Wetterstein 2004, s. 58; Blom 1985, s. 39.

Eftersom redaren med stöd av redaransvaret innehar det primära skadeståndsansvaret, är frågan om lotsningsbolagets ansvar i praktiken en fråga om redarens regressrätt gentemot lotsningsbolaget. Innan den nya LL trädde i kraft 2011 kunde redaren med stöd av sin regressrätt, i situationer där lotsen handlat uppsåtligt eller av grov vårdslöshet, kräva ersättning av den enskilda lotsen på basis av regeln i SjöL 7 kap. 1 § 2 mom. Med begreppet ”allmänna skadeståndsrättsliga regler” i SjöL 7 kap. 1 § 2 mom. avsågs vid den tidpunkten reglerna om arbetstagares ansvar.<sup>34</sup> I dagens läge svarar lotsningsbolaget genom den nya LL med stöd av principalansvaret gentemot redaren för skada som lotsen förorsakat.<sup>35</sup> Med stöd av den nya LL kan redaren i denna situation kräva ett belopp på maximalt 100 000 euro av lotsningsbolaget. Redarens ställning har förbättrats, åtminstone teoretiskt, eftersom möjligheterna att få ersättning av lotsningsbolaget vanligtvis är betydligt bättre än att erhålla det av den enskilda lotsen.

### 3 Lotsningsbolagets skadeståndsrättsliga ansvar

Efter att ha granskat rättsläget i de övriga nordiska länderna samt de grundläggande reglerna i SjöL övergår jag nu till att redogöra för regleringen av lotsningsbolagets ansvar. Innan lagändringen 2011 fanns det ännu inget lotsningsbolag, utan lotsningsverket ansvarade för lotsningsverksamheten. Lotsningsbolagets skadeståndsrättsliga ansvar regleras på olika sätt inom finsk rätt, beroende på genom ett hurtant fel en skada har uppkommit. Huvudsakligen råder ett allmänt skadeståndsansvar för myndighetsutövaren, i detta fall lotsningsbolaget, enligt SkL. Undantagsregler reglerar i sin tur om lotsningsbolagets skadeståndsansvar vid den uttryckliga *lotsningen*. Ett fel som orsakar en skada kan därmed ske på två relevanta sätt; antingen vid lotsningsbolagets övriga verksamhet eller vid själva lotsningen.

För det första råder för lotsningsbolaget ett allmänt skadeståndsrättsligt ansvar, enligt reglerna för det offentliga samfundets ansvar enligt SkL 3 kap. 2 §. Lotsningsverksamheten utgör myndighetsutövning och därmed tillämpas den så kallade standardregeln på lotsningsbolagets verksamhet. För det andra existerar specialbestämmelser om lotsningsbolagets ansvar vid skador

<sup>34</sup> Blom 1985, s. 39.

<sup>35</sup> JM 150/43/2010, s. 3.

som förorsakats vid lotsning. Dessa undantagsbestämmelser om lotsningsbolagets skadeståndsansvar gäller enbart då skadan förorsakats uttryckligen vid lotsningen.

### 3.1 Lotsningsverksamhet utgör myndighetsutövning

Då man granskar ett offentligt samfunds skadeståndsansvar måste man först bedöma huruvida det är fråga om myndighetsutövning eller inte.<sup>36</sup> Detta på grund av att SkL innehåller skilda regler för det offentliga samfundets ansvar, beroende på ifall det är fråga om myndighetsutövning eller inte.

Det är entydigt att lotsningsverksamheten, trots att den idag sköts av ett privaträttsligt aktiebolag, *de facto* ombesörjs av det offentliga samfundet.<sup>37</sup> I fallet HD 1995:61 fastställde domstolen klart att lotsningsverksamhet utgör myndighetsutövning. Domstolen tillämpade i fallet reglerna i SkL 3 kap. 2 §, som explicit gäller myndighetsutövning. I förarbeten till den nya LL uttrycks även att lotsningsverksamheten utgör myndighetsutövning.<sup>38</sup> Då det gäller lotsningsbolagets verksamhet tillämpas därmed reglerna om offentliga samfunds skadeståndsansvar vid myndighetsutövning, stadgade i SkL 3 kap. 2 §. Enligt denna regel skall ett offentligt samfund ersätta skada som förorsakats genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Även ett privaträttsligt bolag kan bli ersättningskyldigt enligt denna regel då det sköter en offentlig uppgift.<sup>39</sup>

Detta stadgande gäller såväl det offentligas eget vållande som ansvaret för arbetstagares och tjänstemäns vållande. Den som utövar myndighetsverksamhet ansvarar för det första för sitt eget vållande, detta kallas organansvaret. För det andra ansvarar det offentliga organet på basis av principalansvaret även för sina anställdas vållande av skada.<sup>40</sup>

36 Hemmo 2005, s. 79.

37 RP 251/2009, s. 8.

38 KoUB 18/2010, s. 2; RP 214/2010, s. 9; GrUU 12/2010.

39 Hakalehto-Wainio 2008, s. 70; JM 59/2010, s. 17.

40 Hakalehto-Wainio 2008, s. 31.

### 3.2 Lotsningsbolagets ansvar för fel i lotsningsverksamheten

I detta kapitel redogör jag för ansvaret i situationer där skada uppkommit på grund av fel i den övriga lotsningsverksamheten, som sålunda inte omfattar utförandet av själva lotsningen. Lotsningsbolaget har en plikt enligt LL 4 § att tillhandahålla lotsningstjänster och bedriva lotsningsverksamhet. Lotsningsbolagets ansvar för dess övriga verksamhet bedöms enligt SkL.

Det offentliga skadeståndsansvar har begränsats i SkL. Vid bedömningen av huruvida skadeståndsansvar föreligger, tillämpas den så kallade standardregeln, stadgad i SkL 3 kap. 2 § 2 moment. Standardregeln, som definierar culpaansvaret, anger att samfundet endast ansvarar då de krav åsidosatts som skäligen kan ställas med hänsyn till verksamhetens art och ändamål, för att fullgöra åtgärden eller uppgiften organet har. Standardregeln innehåller två krav för att skadeståndsansvar skall föreligga. Dels krävs att skadan skall ha orsakats genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Därtill krävs att den grad av omsorgsfullhet – de krav som skäligen kan ställas för verksamheten – inte har uppfyllts.<sup>41</sup> Standardregeln tillämpas vid bedömningen av lotsningsbolagets skadeståndsansvar.

Lotsningsbolaget kan bli ersättningsskyldigt på grund av organansvaret. Juridiska personer som utför myndighetsutövning ansvarar för sådana skador som de själva, som juridiska personer, har förorsakat. Detta har i doktrinen kallats för organansvaret.<sup>42</sup> Vid bedömningen av detta bedöms huruvida den juridiska personen i fråga har uppfyllt de krav på kvalitet och ändamål som uppställts för dennas verksamhet, det vill säga standardregeln tillämpas.<sup>43</sup> Den juridiska personens vårdslöshet kan komma till uttryck till exempel i hur denna övervakar sina arbetstagare, hur verksamheten är organiserad samt hur riskerna är kartlagda och bedömda.<sup>44</sup>

För vilka situationer tillämpas då lotsningsbolagets ansvar med stöd av organansvaret? I fråga om lotsningsverksamheten kan man med stöd av rättspraxis nämna några exempel på frågor som staten, eller numera lotsnings-

---

41 *Ibid.*, s. 33.

42 *Ibid.*, s. 31; JM 59/2010, s. 9–10.

43 *Ibid.*, s. 214.

44 *Ibid.*, s. 215–218.

bolaget, skall ansvara för. För det första skall lotsningsbolaget ansvara för lotsens kompetens. Lotsningsbolaget bör ansvara för att ordna tillräckliga och kompetenta lotsningstjänster och se till att sådana alltid finns tillgängliga.<sup>45</sup> För det andra skall lotsningsbolaget förse lotsarna med tillräcklig information gällande till exempel farledernas säkerhet.<sup>46</sup> För det tredje skall lotsningsbolaget också svara för lotsarnas lotsningsskick, det vill säga övervaka lotsarnas arbetskon­dition och arbetsförhållanden.<sup>47</sup> Även situationer där lotsen exempelvis underlåter att vid kallelse åka ut till ett fartyg för att bistå detta faller under ansvaret enligt skadeståndslagen 3 kap 2 §.<sup>48</sup> Ersättnings­skyldighet uppkommer därmed i situationer där lotsningsverksamheten inte har organiserats på ett rättmätigt sätt, skada har uppkommit och handlandet uppfyller de två kraven i standardregeln. Då skada uppkommer i den övriga lotsningsverksamheten aktualiseras alltså organansvaret och standardregeln tillämpas.<sup>49</sup>

I det intressanta avgörandet HD 1995:61 fastställde domstolen att detta ansvar kan uppstå till exempel då staten underlåter att upprätthålla lotsnings­verksamheten på ett skäligt sätt. Staten skall ordna och övervaka kompetent och tillräcklig lotsningsverksamhet och värna om att den finns tillgänglig. Omfattningen och innehållet av statens skyldigheter varierar dock och är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. I HD-fallet 1995:61 hade ett fartyg vid lotsning orsakat stora skador. Skadorna hade orsakats som en följd av lotsens handlingar. Lotsen som befunnit sig på fartyget hade varit kraftigt berusad. Frågan i detta fall var ifall staten i egenskap av upprätthållare av lotsväsendet var skadeståndsskyldig på den grund att denna underlåtit att övervaka lotsarnas arbete och arbetsskick. I fallet ansåg domstolen att staten dock i tillräcklig mån hade följt upp och övervakat lotsverksamheten, trots att den enskilda lotsen i berusad tillstånd hade vållat en skada. Staten blev således inte ersättnings­skyldig.

---

45 ND 1990, s. 71.

46 ND 1982, s. 135; LB 2009-163221.

47 HD 1995:61.

48 Bengtsson – Strömbäck 2011, s. 144.

49 Saarnilehto 2007, s. 104.

### 3.3 Lotsningsbolagets ansvar för fel vid lotsning

Ovan har behandlats de grundläggande reglerna enligt SkL för lotsningsbolagets skadeståndsansvar. För skador uppkomna vid själva lotsningen finns det däremot särskilda specialregler i LL gällande lotsningsbolagets skadeståndsansvar. I detta avsnitt behandlas lotsningsbolagets skadeståndsansvar för en skada som uppkommit vid den uttryckliga lotsningen. Det är skäl att inledningsvis definiera vad begreppet lotsning omfattar. Enligt LL 2 § avses med begreppet lotsning verksamhet som är ansluten till manövrering av fartyget. Lotsning innebär situationer då lotsen är ombord och hjälper befälhavaren att styra fartyget genom råd och anvisningar. Begreppet lotsning innefattar endast den regelrätta lotsningen, däremot inte situationer då lotsen till exempel försummar att ta sig ut till fartyget.<sup>50</sup>

Bestämmelserna om lotsningsbolagets ansvar vid lotsning finns i specialbestämmelser, i dagens läge i LL. Lagstiftaren har valt att begränsa lotsningsbolagets skadeståndsansvar vid själva lotsningen. Motiveringen till detta är den stora risk för ekonomiska skador som uppstår i samband med denna typ av verksamhet. Lotsningsverksamheten är därtill enbart bistående; den har i uppgift att bistå den egentliga sjöfarten.<sup>51</sup> Vidare har ansvarsbegränsningen motiverats med internationell praxis samt det faktum att fartygen ofta är försäkrade.<sup>52</sup>

Då rättsläget nyligen ändrats, kommer jag att granska både det tidigare och det nuvarande rättsläget. Idag finns specialbestämmelserna för denna typ av ansvar i LL. Den nya LL trädde i kraft den 1 januari 2011. Genom denna lag ändrades reglerna om lotsningsbolagets skadeståndsansvar för skador förorsakade vid lotsning. Innan den nya LL infördes innehöll 3 kap. 7 § i SkL regler om statens och kommunens skadeståndsansvar vid lotsning.

#### 3.3.1 Historisk överblick av det tidigare rättsläget

De tidigare ansvarsbestämmelserna för lotsar fanns dels i SjöL, dels i SkL. Reglerna i SjöL kvarstår oförändrade, trots att rättsläget gällande lotsnings-

50 Saarnilehto 2007, s. 104.

51 RP 214/2010, s. 6.

52 RP 187/1973, s. 21.



bolagets skadeståndsansvar vid lotsning i övrigt ändrats. Det allmänna principalsvaret, det vill säga arbetsgivarens ansvar över skada som dess anställd vållat, stadgas i SkL.<sup>53</sup> Till denna regel fanns emellertid tidigare ett undantag. I den numera upphävda regeln i SkL 3 kap. 7 § stadgades att staten och kommunen inte svarar för skada som uppkommit vid lotsning.<sup>54</sup> Denna absoluta regel innehöll inga undantag.<sup>55</sup>

Bakgrunden till regeln i SkL 3 kap. 7 § var internationell praxis. Lagstiftaren ansåg att det vore oskäligt att finska staten och kommuner ansvarar för skada uppkommen vid lotsning, då ett sådant ansvar inte heller existerar i de flesta av världens länder.<sup>56</sup> Vidare motiverades regeln med att fartygen och lasten i regel är försäkrade samt det oskäligt stora ansvaret med hänsyn till den stora skaderisken.<sup>57</sup>

Högsta domstolen har tillämpat regeln i SkL 3 kap. 7 § i bland annat de ovan nämnda fallet HD 1995:61. I detta fall fastställde HD att staten inte ansvarar för skada uppkommen vid lotsningen då orsaken till skadan var lotsens fel eller försummelse på grund av att denna varit ordentligt berusad. Med stöd av SkL 3 kap. 7 § ansvarade inte staten för den skada som lotsens försummelse gett upphov till, trots att lotsen varit ordentligt berusad och därmed handlat grovt vårdslöst. Detta fall illustrerar denna tidigare regels absoluta karaktär. Regeln i SkL 3 kap. 7 § var således absolut, innehöll inga undantag och var oberoende av orsaken till skadans uppkomst vid lotsning.<sup>58</sup> Detta tidigare rättsläge motsvarar till stort det nuvarande rättsläget i Sverige.

### *3.3.2 Rättsläget idag*

I och med bolagiseringen av lotsverket uppstod ett behov att förnya regleringen gällande lotsningsbolagets skadeståndsansvar. Den tidigare specialregeln i 3 kap. 7 § i SkL gällde enbart för staten och kommunen. Då lotsverksamheten i fortsättningen skulle skötas av ett aktiebolag krävdes

53 RP 214/2010, s. 4.

54 Denna regel upphävdes genom lagen om upphävande av 3 kap. 7 § i skadeståndslagen 1051/2010.

55 Saarnilehto 2007, s. 104.

56 Saarnilehto 2007, s. 104.

57 RP 187/1973, s. 21.

58 HD 1995:61.

nya specialbestämmelser. Utan några nya bestämmelser skulle lotsningsbolagets ansvar endast regleras med de allmänna bestämmelserna i SkL. Detta skulle i sin tur medföra en betydande utvidgning av ansvaret. Ett så brett ansvar ansåg lagstiftaren inte vara skäligen med tanke på de stora skaderisker som hänför sig till lotsning samt i förhållande till de avgifter som tas ut för verksamheten.<sup>59</sup> Specialregeln i SkL har borttagits genom lagen om upphävande av 3 kap. 7 § i SkL (1051/2010). För tillfället är lotsningsbolagets skadeståndsansvar vid lotsning begränsat på två sätt. För det första krävs att skadan orsakats uppsåtligen eller av grov vårdslöshet och med insikt om att sådan skada sannolikt uppkommer. För det andra är ansvaret begränsat till 100 000 euro per skadefall.

Idag regleras lotsningsbolagets skadeståndsansvar i LL 4 a § och 4 b §. De nya reglerna har väsentligen förändrats till sin yttre formulering. Regeln om lotsningsbolagets skadeståndsskyldighet, LL 4 a § 1 moment, lyder:

Lotsningsbolaget är skyldigt att ersätta skada som förorsakats vid lotsning, om skadan har orsakats uppsåtligen eller av grov vårdslöshet och med insikt att sådan skada sannolikt skulle uppkomma.

Lotsningsbolagets ansvar aktualiseras således endast då skadan orsakats uppsåtligen eller av grov vårdslöshet. För att ansvaret skall aktualiseras krävs därtill att lotsen skall ha haft insikt i att sådan skada sannolikt skulle uppkomma. Ansvaret är därmed betydligt mera begränsat, än exempelvis det allmänna skadeståndsansvaret i SkL 2 § 1 moment.<sup>60</sup> Modellen för konstruktionen av denna ansvarsregel, med uttryckligen dessa krav, härstammar från SjöL.<sup>61</sup>

I LL 4 a § tredje och sista moment finns hänvisningar till SkL och SjöL. I regeln stadgas att dessa i övrigt skall tillämpas på lotsningsbolagets verksamhet. Hänvisningen till SjöL syftar på grundregeln om redarens primära ansvar, det vill säga att redaransvaret går före lotsens.<sup>62</sup> Eftersom kraven för att ansvar skall uppstå enligt LL 4 a § är de samma som i somliga regler i SjöL,

59 RP 214/2010, s. 6.

60 Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006, s. 83. Det allmänna skadeståndsansvaret anger att även skador förorsakade genom oaktsamhet skall ersättas.

61 Motsvarande formulering används på tre olika ställen i SjöL, bland annat SjöL 10 kap. 4 §.

62 KoUB 18/2010, s. 3.

borde man enligt mig iakttä tolkningen av reglerna i SjöL då man tillämpar LL. Vid bedömningen av vad som åsytas med *uppsåtliga eller av grov vårdslöshet och med insikt att sådan skada sannolikt skulle uppkomma*, kan praxis och tolkning av SjöL vara till hjälp. Tolkningen av detta rekvisit är inte helt entydig. Med detta rekvisit tar man sikte på uppsåtliga handlingar eller på vårdslöshet som är så grov att den ligger på gränsen till uppsåt.<sup>63</sup> Vårdslösheten bör vara därmed vara minst grovt klandervärd. Insiktskravet i SjöL innebär att skadevällaren medvetet tagit en risk.<sup>64</sup> Med sannolikhetskravet krävs inte en övervägande sannolikhet, men sannolikhetsgraden måste vara högre än vid den vanliga aktsamhetsbedömningen.<sup>65</sup> Detta innebär alltså att den som orsakade skadan insåg att hans handlande sannolikt skulle resultera i en skada. Tolkningen enligt SjöL bör definitivt iakttas då vi tolkar det motsvarande rekvisitet i LL.

Enligt min tolkning har hänvisningen till SkL i sin tur två bemärkelser. För det första hänvisar den till att SkL skall tillämpas i situationer som berör övrig lotsverksamhet, som inte utgör regelrätt lotsning och därmed inte omfattas av specialregeln. En sådan tolkning motsvarar även det tidigare rättsläget.<sup>66</sup> För det andra innebär hänvisningen att SkL och rättspraxis grundat på denna skall beaktas då man tillämpar och tolkar LL 4 a §. SkL är exempelvis till hjälp vid tolkning av vad begreppen uppsåtliga och grov vårdslöshet innebär, samt vilka skador som skall ersättas enligt 5 kapitlet i SkL. Hänvisningen innebär även att bland annat jämkningsreglerna kan tillämpas på ansvarsreglerna i LL.<sup>67</sup>

LL 4 a § 2 moment anger att maximibeloppet för lotsningsbolagets skadeståndsansvar skilt anges i LL 4 b §. LL 4 b § reglerar det högsta skadeståndsbeloppet:

Lotsningsbolagets ansvar för skada som uppstår vid lotsning är högst 100 000 euro per skadefall.

63 Wetterstein 2004, s. 290.

64 Wetterstein 2004, s. 294; Blom 1985, s. 100.

65 Wetterstein 1991, s. 432.

66 HD 1995:61.

67 RP 214/2010, s. 9.

På grund av de stora skaderiskerna samt lotsningsverksamhetens karaktär valde lagstiftaren att begränsa skadeståndet till ett maximibelopp.<sup>68</sup> Detta begränsade ansvar motiverade lagstiftaren med att lotsningsbolagets ansvar trots allt är sekundärt i förhållande till redarens. Ett högre belopp än detta kunde innebära stora effekter för till exempel lotsningsbolagets försäkringspremier, vilket i sin tur kunde kräva en höjning av lotsningsavgifterna.<sup>69</sup>

Dessa nya stadganden om lotsningsbolagets skadeståndsansvar vid lotsning har genom de mera omfattande formuleringarna förtydligat rättsläget. Reglerna om lotsningsbolagets skadeståndsriktiga ansvar i LL är sekundära, det vill säga de är undantag till det allmänna stadgandet om offentliga samfunds skadeståndsansvar i SkL 3 kap. 2 §. Reglerna i LL 4 a § och 4 b § utgör därmed *lex specialis* i förhållande till standardregeln. Man bör dock anse att dessa regler trots allt kompletterar varandra, vilket även hänvisningen i LL 4 a § till SkL antyder.

Gällande lotsningsbolagets skadeståndsansvar kan kort sammanfattas följande; lotsningsbolaget ansvarar huvudsakligen enligt de allmänna reglerna för offentliga samfunds skadeståndsansvar i SkL 3 kap. 2 §, men är med stöd av undantagsregler begränsat skadeståndsansvarig för skador uppkomna vid lotsning.

### 3.4 Principalansvar

Principalansvaret har en betydande roll då man granskar lotsningsbolagets skadeståndsansvar. Detta ansvar påverkar lotsningsbolagets skadeståndsansvar såväl vid lotsning som vid övrig lotsningsverksamhet. Nedan granskas principalansvarets inverkan på lotsningsbolagets ansvar.

Principalansvaret innebär att det offentliga samfundet ansvarar för skador som uppkommit vid myndighetsutövning då skadan orsakats av en anställd persons vållande.<sup>70</sup> I lotsningsverksamheten innebär principalansvaret att lotsningsbolaget svarar för de skador som dess anställda, exempelvis lotsen, genom vållande förorsakar i sitt arbete. Principalansvarets uppgift är att

68 RP 214/2010, s. 10.

69 RP 214/2010, s. 10.

70 Hakalehto-Wainio 2008, s. 214.

koncentrera ansvaret på lämpliga ansvarsbärare. Arbetsgivaren, ett företag eller det offentliga samfundet, får bära ansvaret i stället för den enskilda arbetstagaren som vållat skadan. På detta vis lämnas inte den skadelidande utan ersättning, vilket ofta i praktiken kan ske om skadeståndet skall utges direkt av arbetstagaren.<sup>71</sup>

I 3 kap 1 § i SkL stadgas om arbetsgivares och det offentliga samfundets skadeståndsansvar. Denna regel uttrycker det så kallade principalansvaret. Principalansvaret innebär att ett skadeståndsansvar uppstår för arbetsgivaren eller det offentliga samfundet oberoende av arbetsgivarens eget handlande, på grund av skada som arbetstagaren genom vållande har förorsakat.<sup>72</sup> I detta skede bör observeras, att principalansvaret enligt detta stadgande aktualiseras då det offentliga samfundet handlar i sådan verksamhet som inte kan klassificeras som myndighetsutövning. Man har däremot inom rättslitteraturen klarlagt att ett principalansvar även föreligger för ett offentligt samfund vid myndighetsutövning, trots att SkL 3 kap. 1 § inte är direkt tillämplig.<sup>73</sup>

I praktiken innebär principalansvaret att lotsningsbolaget ansvarar för de skador som lotsen och övriga anställda förorsakat i sitt arbete. Detta klagros även direkt i regeln om lotsningsbolagets skadeståndsansvar vid lotsning i LL 4 a §. Denna regel anger explicit att det är lotsningsbolaget, och inte själva lotsen, som ansvarar för skada förorsakad vid lotsning, uppsåtligen eller av grov vårdslöshet och med insikt om att sådan skada sannolikt skulle uppkomma. Men regeln i LL 4 § täcker inte skada vållad av anställd vid övrig lotsningsverksamhet. Dessa skador omfattas därmed direkt av principalansvaret stadgat i SkL. Principalansvaret är därmed av stor vikt då man bedömer lotsningsbolagets skadeståndsansvar.

#### **4 Den enskilda lotsens skadeståndsrättsliga ansvar**

Med stöd av principalansvaret är det följaktligen arbetsgivaren, lotsningsbolaget, som är ersättningsskyldig för skador som dess anställda vållat genom fel eller försummelse. Arbetstagaren eller tjänstemannen kan däremot i vissa

71 Hellner – Radetzki 2006, s. 189.

72 Hemmo 2005, s. 53.

73 Hakalehto-Wainio 2008, s. 31; JM 59/2010, s. 17.

situationer förpliktas att åt lotsningsbolaget ersätta den skada som denna orsakat. Genom bolagiseringen har lotsverkets tidigare tjänstemän övergått till att vara i anställningsförhållande till ett aktiebolag.<sup>74</sup> Det är enbart lotsarna som fortfarande är tjänstemän med stöd av LL 8 §. Lotsarna innehar därmed straffrättsligt tjänsteansvar för sina handlingar. Lotsen och de övriga anställda ansvarar för skador som de har vållat.<sup>75</sup> I dessa situationer tillämpas reglerna i SkL om arbetstagares och tjänstemäns ansvar.

SkL 4 kap. reglerar arbetstagares och tjänstemäns ansvar. SkL 6 kap. 2 § innehåller den så kallade kanaliseringsregeln, vilken innebär att ansvaret för skada som arbetstagare eller tjänsteman åstadkommit i första hand skall krävas av arbetsgivaren.<sup>76</sup> Endast den ersättning som inte kan erhållas av arbetsgivaren kan sedan krävas av den enskilda skadevällande arbetstagaren. Arbetsgivaren har sedan i sin tur med stöd av SkL 4 kap. 3 § en regressrätt gentemot arbetstagaren eller tjänstemannen.<sup>77</sup>

Arbetsgivarens regressrätt gentemot en arbetstagare kan aktualiseras då arbetstagare i sitt arbete vållar skada genom fel eller försummelse enligt SkL 4 kap. 1 §. Om skadan uppkommit på grund av lindrigt vållande är arbetstagaren inte ersättningsskyldig. Ansvaret för tjänstemän regleras i sin tur i SkL 4 kap. 2 §. Då tjänsteman i tjänst vållat skada genom fel eller försummelse är denna ersättningsskyldig. I denna paragraf hänvisas direkt till stadgandet i SkL 4 kap. 1 § om arbetstagares ansvar. Därmed tillämpas dessa två regler i praktiken på likartat sätt.<sup>78</sup>

Av detta framgår att lots eller annan arbetstagare vid lotsningsbolaget kan tvingas ersätta skada som denna vållat. Huvudsakligen ersätter redaren dock direkt den skadelidande, men kan sedan kräva ersättning av lotsningsbolaget med stöd av sin regressrätt. Lotsningsbolaget kan sedan i sin tur, då ovan nämnda förutsättningar uppfylls, kräva ersättning av arbetstagaren eller lotsen med stöd av sin regressrätt. Kanaliseringsregeln ger således ett brett skydd från skadeståndsansvar åt den enskilda lotsen. I detta skede bör dock

74 KoUB 18/2010, s. 2.

75 Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006, s. 236.

76 Saarnilehto 2007, s. 109.

77 Hemmo 2005, s. 61.

78 Saarnilehto 2007, s. 110.

påpekas att skadeståndet enligt SkL 6 kap. 1 § och 3 kap. 6 § kan jämkas, både för lotsningsbolagets samt för de anställdas del. Vid granskning av rättspraxis gällande den enskilda lotsens skadeståndsansvar åskådliggörs att det är vanligt att skadeståndet jämkas i fall då lotsens dömts skadeståndsskyldig.<sup>79</sup>

## 5 Lotsningsbolagets utvidgade ansvar efter lagändringen

Då man jämför rättsläget innan lagändringen med det nuvarande rättsläget är det påtagligt att den största ändringen genom den nya LL är att en viss utvidgning av lotsningsbolagets skadeståndsansvar vid lotsning har skett. I detta avsnitt diskuteras utvidgningen av lotsningsbolagets skadeståndsansvar i samband med införandet av reglerna om skadestånd i LL 4 a § och 4 b §. Därtill diskuteras huruvida utvidgningen varit tillräcklig.

En utvidgning av lotsningsbolagets skadeståndsansvar har åtminstone på ett teoretiskt plan skett.<sup>80</sup> Detta eftersom det maximala ersättningsbeloppet enligt LL är 100 000 euro, medan det i den tidigare regeln i skadeståndslagen stadgades att staten och kommunen inte bär något som helst ansvar för skador uppkomna vid lotsning. Från total ansvarsfrihet har lagstiftningen således nu gått över till ett mycket begränsat skadeståndsansvar med ett övre tak på 100 000 euro.

### 5.1 Grundlagsenliga hänsyn krävde lagändringen

Lagstiftaren motiverade det begränsade ansvaret med att de nya reglerna måste motsvara en situation där lotsningen sköts av ett statsägt aktiebolag i stället för av staten. Enligt GL (Finlands grundlag 11.6.1999/731) 124 § måste lotsningsbolaget, som sköter offentliga förvaltningsuppgifter, skadeståndsrättsligt ansvara för skador som uppstår vid utförandet av förvaltningsuppgifterna.<sup>81</sup> Lotsningsverksamheten bedömdes således ur GL 124 §, som reglerar överförande av förvaltningsuppgifter på andra än myndigheter. Lagstiftaren beaktade grundlagsutskottets utlåtanden, i vilka utskottet fastslog att privata aktörer som sköter offentliga förvaltningsuppgifter,

79 HD 1960 II 86; HD 1945 II 195.

80 KoUB 18/2010, s. 3.

81 RP 214/2010, s. 12.

exempelvis lotsningsbolaget, skall ansvara för eventuella skador orsakade av verksamheten.<sup>82</sup>

På grund av dessa orsaker infördes således ett skadeståndsrättsligt ansvar för lotsningsbolaget. Det begränsade ansvaret motiverades i sin tur med att redaren i vilket fall som helst är primärt ansvarig för skadorna. Ifall redaren drabbas av en större skada än detta maximibelopp, till exempel på grund av att redaren inte har en tillräcklig försäkring, kan inte lotsningsbolaget påverka en sådan tilläggsskada eller förhindra den. Med dessa argument menade lagstiftaren att maximibeloppet för ansvaret var motiverat.<sup>83</sup>

## 5.2 Kritik mot lotsningsbolagets begränsade skadeståndsansvar

Trots att det maximala beloppet vid skadeståndsansvar är relativt lågt, så har ändå en teoretisk utvidgning av ansvaret skett. Lotsningsbolaget har idag ett större skadeståndsrättsligt ansvar än vad lotsverket hade tidigare. Lotsningsbolaget är dock, till skillnad från det tidigare lotsverket, ett privaträttsligt aktiebolag med syfte att göra ekonomisk vinst. I min mening bör kritik riktas mot det faktum att ett aktiebolag som lotsningsbolaget innehar ett såpass begränsat ansvar.

Det är ytterst motiverat att införa ett skadeståndsansvar för lotsningsbolaget. En grundläggande princip inom skadeståndsrätten är att den som orsakar skada genom vållande även skall ersätta skadan. Lotsningsbolagets ansvar är dock i dagens läge, i strid med denna grundläggande tanke, väldigt begränsat. Det maximala ersättningsbeloppet för lotsningsbolaget är ytterst litet i förhållande till de skador som kan uppkomma. Bland annat Justitieministeriet anser att ansvaret i sin nuvarande form är för lindrigt och att det maximala ansvarbeloppet borde höjas.<sup>84</sup> För skadelidaren kan det begränsade ansvaret leda till att denna av processekonomiska skäl inte vid stora ekonomiska skador kräver ersättning, eftersom kostnaden för processen skulle bli betydligt dyrare än beloppet som slutligen skulle erhållas av lotsningsbolaget.

---

82 GrUU 2/2002, GrUU, 12/2010.

83 RP 214/2010, s. 6.

84 OM/150/43/2010, s. 2.



Sedan 1974, då SkL 3 kap. 7 § infördes, har endast ett fall förekommit var skada förorsakats av lotsens grova vårdslöshet, medan inte ett endaste fall förekommit där skadan skulle ha orsakats uppsåtligt.<sup>85</sup> Av detta kan man dra slutsatsen att i de situationer skador uppkommer vid lotsning sker detta genom oaktsamhet. Eftersom vanlig oaktsamhet inte omfattas av ansvarsregeln i LL 4 a §, kommer denna således i framtiden att tillämpas synnerligen sällan. Då ansvarsregeln såpass sällan kommer i fråga, kan man skäligen ifrågasätta dess mening och innebörd. Därtill ifrågasätter jag huruvida ett aktiebolag som strävar efter vinst kan inneha ett så inskränkt skadeståndsrättsligt ansvar. Strävande efter vinst genom näringsverksamhet brukar vanligtvis gå hand i hand med ett skadeståndsrättsligt ansvar. Den nuvarande situationen kan leda till att lotsningsbolaget, som även själv beslutar om sina priser, uppnår stora vinster utan risk för att tvingas ta ansvar för sin verksamhet.

Den nya LL och dess skadeståndsbestämmelser har beretts i stor hast, utan noggranna utredningar. Justitieministeriet har bland annat kritiserat Regeringens proposition 214/2010, samt det faktum att justitieministeriet endast hade en vecka på sig att skriva ett utlåtande vid lagberedningen.<sup>86</sup> Regeringens proposition är inte tydlig och det är uppenbart att lagstiftaren inte funderat i tillräcklig mån på de skadeståndsrättsliga aspekterna. Skadeståndsrättsliga hänsyn behandlas nämligen endast mycket ytligt i propositionen. Dessa frågor borde i mitt tycke ha beaktats i större mån.

I mitt tycke är det motiverat att vanlig oaktsamhet inte täcks av reglerna i LL gällande lotsningsbolagets skadeståndsskyldighet. Detta är grundat med tanke på lotsens biträdande roll, prissättningen på lotsningstjänsterna samt de stora skador som *de facto* kan uppkomma vid lotsning. Ifall vanlig oaktsamhet skulle täckas av ansvarsregeln skulle lotsningsbolaget ansvara i beaktansvärt flera fall. Ett så brett ansvar skulle inte gå ihop med lotsens roll som rådgivare, utan redaren skulle i dessa situationer dra nytta av att lotsen vållar fel vid lotsningen, eftersom lotsningsbolaget i dessa situationer skulle ersätta skadan.

---

85 Trafiksäkerhetsverkets utlåtande 2010, s. 1.

86 OM/150/43/2010, s. 3.

Det nuvarande rekvisitet, att skadan har orsakats uppsåtligen eller av grov vårdslöshet och med insikt att sådan skada sannolikt skulle uppkomma, är däremot väldigt strängt och kommer sannolikt att uppfyllas oerhört sällan. Rekvisitetet kräver att skadan orsakats uppsåtligen eller av sådan vårdslöshet som nästintill uppfyller uppsåtskravet, samt att skadevållaren skall anse det sannolikt att skadan uppkommer. Regeln i LL kommer sannolikt att bli en död regel, som tillämpas ytterst sällan, om den överhuvudtaget någonsin tillämpas. Därtill är ansvaret begränsat till ett såpass lågt belopp som 100 000 euro. Det är därmed entydigt att ansvaret borde utvidgas. Detta kunde göras genom att lätta på kraven i rekvisitetet för lotsningsbolagets skadeståndsskyldighet samt genom att höja det maximala ansvarsbeloppet, om det överhuvudtaget krävs ett maximalt ansvarsbelopp. Ett obegränsat ansvar eller ett maximalt ansvarsbelopp som är beaktansvärt högre än idag skulle motiveras med att skadeståndsansvaret aktualiseras sällan och att ansvaret i vilket fall som helst kan jämkas med stöd av de allmänna jämningsreglerna i SkL.

Vad de direkta följderna av lagändringen blir är fortfarande osäkert. På grund av det utvidgade ansvaret kommer lotsningsbolaget bland annat att tvingas ta allt större försäkringar, vilket i sin tur möjligtvis kan höja priserna på lotsningen. För närvarande är en ersättningstalan anhängig i domstolen gentemot lotsningsbolaget.<sup>87</sup> Ersättningskravet är 0,5 miljoner euro. Processen är däremot fortfarande i ett tidigt skede. På fallet tillämpas den gamla lagstiftningen med reglerna om statens ansvarsfrihet, så fallet är inte intressant ur den nya lagstiftningens hänseende.

## 6 Avslutning

Syftet med denna artikel har varit att åskådliggöra lotsningsbolagets skadeståndsrättsliga ansvar samt analysera hur den nya lagstiftningen påverkat ansvaret. Redaransvaret samt den enskilda lotsens skadeståndsansvar har beaktats i samband med detta. Syftet med artikeln har likväl varit att bedöma och analysera den nya lagstiftningen.

---

<sup>87</sup> Finnpilots årsrapport 2010, s. 12.

För lotsningsbolagets del uppkommer skadeståndsansvaret enligt huvudregeln med stöd av de allmänna reglerna i SkL om offentliga samfunds skadeståndsansvar. Vid bedömningen av detta tillämpas standardregeln. Lotsningsbolaget skall bedriva lotsningsverksamhet och se till att den är fungerande och tillgänglig. För fel i tillhandahållandet av lotsningstjänster och för fel i övrig lotsningsverksamhet ansvarar lotsningsbolaget därmed med stöd av reglerna i SkL. Till denna huvudregel finns dock undantagsregler i LL. Enligt dessa är lotsningsbolaget endast begränsat ersättningskyldig då skada förorsakats vid regelrätt lotsning. Lotsningsbolaget skall ersätta skada som lotsen orsakat uppsåtligt eller av grov vårdslöshet samt med insikt om att sådan skada sannolikt skulle uppstå. Det totala ersättningsbeloppet uppgår i dessa situationer till 100 000 euro. Då man diskuterar lotsningsbolagets skadeståndsansvar är det nödvändigt att granska redaransvaret. Sammanfattningsvis kan konstateras att redaren genom kanaliseringsregeln bär det primära ansvaret för skador som uppkommit i samband med lotsning.

En utvidgning av lotsningsbolagets skadeståndsansvar, i förhållande till statens tidigare ansvarsfrihet, har genom förnyandet av lagstiftningen skett. Denna utvidgning är motiverad då lotsningsbolaget är ett privaträttsligt aktiebolag som även bör ansvara för de skador denna förorsakar. Utvidgningen verkar däremot endast vara teoretisk. Rekvisitet i LL 4 a § är ytterst strängt och kommer sannolikt att uppfyllas oerhört sällan. Att ansvaret dessutom är ekonomiskt begränsat till en låg summa i förhållande till de skador som kan uppstå, ter sig problematiskt då man beaktar lotsningsbolagets ställning som ett företag med syfte att göra ekonomisk vinst. Det är sålunda oerhört tveksamt ifall skadeståndsansvaret är tillräckligt stort i sin nuvarande form. Det begränsade ansvaret strider i viss mån med den allmänna juridiska ansvarsuppfattningen.

## Källförteckning

### Litteratur

Andersson, Peter: Teoretiska och praktiska perspektiv på lotsningens och isbrytningens organisation och prissättning. SOU 2008:53, bilaga 4. Stockholm 2008. (Andersson 2008)

Bengtsson, Bertil – Strömbäck, Erland: Skadeståndslagen – En kommentar. Fjärde upplagan. Nordstedts juridik. Stockholm 2011. (Bengtsson – Strömbäck 2011)

Blom, Birgitta: Sjölagens bestämmelser om redaransvar. P A Nordstedt & Söners Förlag. Stockholm 1985. (Blom 1985)

Bull, Thomas: Myndighetsutövning vid lotsverksamhet? SOU 2007:106, bilaga 6. Stockholm 2007. (Bull 2007)

von Eyben, Bo – Isager, Helle: Lærebog i erstatningsret. Sjätte upplagan. Jurist. og Økonomforbundets Forlag. Köpenhamn 2007. (von Eyben – Isager 2007)

Hagström, Viggo: Offentligrettslig erstatningsansvar. TANO. Oslo 1987. (Hagström 1987)

Hakalehto-Wainio, Suvianna: Valta ja vahinko – julkisen vallan käyttäjän vahingonkorvausvastuu vahingonkorvauslaissa. Talentum Media Ab. Helsingfors 2008. (Hakalehto-Wainio 2008)

Hellner, Jan – Radetzki, Marcus: Skadeståndsrätt. Sjunde upplagan. Nordstedts juridik. Stockholm 2006. (Hellner – Radetzki 2006)

Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus. WSOYpro. Helsingfors 2005. (Hemmo 2005)

Lødrup: Lærebok i erstatningsrett. Sjätte upplagan. Gyldendal Akademisk. Oslo 2009. (Lødrup 2009)

Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha: Suomen vahingonkorvausoikeus. Talentum Media Ab. Helsingfors 2006. (Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006)

Saarnilehto, Ari, Vahingonkorvauslaki – Käytännön kommentaari, Edita Publishing Ab. Helsingfors 2007. (Saarnilehto 2007)

Wetterstein, Peter, Redarens miljöskadeansvar, Åbo Akademis förlag, Åbo 2004. (Wetterstein 2004)

Wetterstein, Peter, ”Wilful misconduct” och redarens globalbegränsningsrätt, Festskrift till Kurt Grönfors, Nordstedts Juridikförlag, Stockholm 1991, s. 427–444. (Wetterstein 1991)

### Offentligt tryck

Europeiska kommissionen: EU Maritime Pilotage Study. Final report. Directorate-general for transport DG VII/D3. July 1995. (EU Maritime Pilotage Study 1995)

Finnpilot: Luotsausliikelaitoksen vuosikertomus 2010. Helsingfors 2011. (Finnpilots årsrapport 2010)

Grundlagsutskottets utlåtande gällande Regeringens proposition RP 197/2001. GrUU 2/2002. Helsingfors 2002. (GrUU 2/2002)

Grundlagsutskottets utlåtande gällande Regeringens proposition RP 251/2009. GrUU 12/2010. Helsingfors 2010. (GrUU 12/2010)

Justitieministeriet: Lausunto luonnoksesta hallituksen esitykseksi laeiksi luotsauslain muuttamisesta ja vahingonkorvauslain 3 luvun 7 §:n kumoamisesta. Justitieministeriets utlåtande 150/43/2010. Helsingfors 2010. (JM 150/43/2010)

Justitieministeriet: Det offentliga samfundets skadeståndsansvar. Justitieministeriets utredningar och anvisningar 59/2010. Helsingfors 2010. (JM 59/2010)

Kommunikationsministeriet: Alternativen för öppnandet av lotsningen för konkurrens – Arbetsgruppens slutrapport. KM 6/2009. Helsingfors 2009. (KM 6/2009)

Kommunikationsministeriet: Konkurrensutsatt lotsning – förutsättningar och följder. KM 10/2011. Helsingfors 2011. (KM 10/2011)

Kommunikationsutskottets betänkande gällande Regeringens proposition RP 214/2010. KoUB 18/2010. Helsingfors 2010. (KoUB 18/2010)

Lodstilsynet: Årsrapport 2007. Juni 2009. (Lodstilsynets årsrapport 2007)

Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ”ny skadeståndslag”. RP 187/1973. (RP 187/1973)

Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ny sjölag och därtill hörande bestämmelser. RP 62/1994. (RP 62/1994)

Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av lotsningslagen. RP 251/2009. (RP 251/2009)

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ombildning av Lotsverket till aktiebolag. RP 130/2010. (RP 130/2010)

Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av lotsningslagen och upphävande av 3 kap. 7 § i skadeståndslagen. RP 214/2010. (RP 214/2010)

SOU 2007:106. Lotsa rätt! Delbetänkande av Lotsutredningen. Stockholm 2007. (SOU 2007:106)

SOU 2008:53. Styra rätt! Förslag om sjöfartsverkets organisation, slutbetänkande av Lotsutredningen. Stockholm 2008. (SOU 2008:53)

Statistik från trafikverket 5/2010. Statistik över utrikes sjöfart 2009. Finlands officiella statistik. Helsingfors 2010. (Statistik över utrikes sjöfart 2009)

Trafiksäkerhetsverket: Utlåtande 1.9.2010. Helsingfors 2010. (Trafiksäkerhetsverkets utlåtande 2010)

## **Rättsfall**

HD 1945 II 195

HD 1960 II 86

HD 1995:61

LB 2009-163221

ND 1982, s. 135

ND 1990, s. 71







## The European Court of Human Rights, Islam and Foucauldian Biopower

Keywords: foucault, biopower, islam, muslim, European Court of Human Rights

**Ukri Soirila**

---

### *Abstract*

*This article studies the Islam-related cases of the European Court of Human Rights through the lens of Foucauldian theory of biopower and governmentality. It is argued that Muslims, and especially the veiled Muslim woman, are profiled as risks to the Western neoliberal societies by different biopolitical risk technologies. As such they must be either 'normalized' – shaped into unattached, non-particularistic subjects through different disciplinary techniques – so that they disappear into the mass of the mainstream population, or be excluded from the society. This biopolitical aim is accomplished through an impenetrable net of seemingly insignificant practices and discourses that not even the participants to the practices are aware of. It is, therefore, argued that the judges of the Strasbourg Court are sincere in their attempts to balance conflicting interests in the difficult Islam cases, but that they cannot avoid being affected by myriad non-judicial norms, executing biopolitical aims, that penetrate the judicial defence mechanisms especially through discourses that they judges partake of and in cases where the margin of discretion of the Strasbourg judges or the national authorities are increased.*

## *Full Article*

### **1 Introduction<sup>1</sup>**

The Islamic headscarf has been a topic of fierce debate in European liberal societies for at least the past two decades.<sup>2</sup> It has, as such, also been the topic of much academic interest. This article aims, nevertheless, to provide one more contribution to the debate. Instead of trying to tackle the whole discussion, however, I take a much more narrow approach and focus solely on studying the European Court of Human Rights' (ECtHR) rulings in the cases dealing with Islam and Muslims through the lens of the Foucauldian theory of biopower – even though the term 'Foucauldian' must be interpreted widely in this context, for I draw also from other thinkers, such as Giorgio Agamben and Judith Butler, who have developed Foucault's theories further, but also extended them to areas that Foucault probably would not have wanted to go. The text also lacks, because of the limitations set for a single article, the genealogical approach typical for Foucault's studies and should therefore be treated, first and foremost, as a hypothesis of blurring of different forms of power in the ECtHR's jurisprudence – a hypothesis that could later be developed into a proper genealogical study by the author or someone else interested in the topic.

The article begins, in Chapter 2, with a short, general overview of the Strasbourg Court's Islam cases. It is my aim to show that the cases give a sign of mistrust towards Islam, especially if the outcome of the cases is compared to that of the cases dealing with Christianity. I do not believe, however, that it has been the aim of the judges of the Court to consciously discriminate against Muslims – in fact courts all over Europe have played a crucial part in restricting measures that could be seen to discriminate against Muslims.<sup>3</sup>

---

1 The author would like to thank Jarna Petman, from whose work and lectures on the ECtHR a bulk of this article draws inspiration from; Miia Halme-Tuomisaari for her comments on an earlier version of the article and for all other help; Tapio Rasila and Matti Keinänen for their help and ideas in editing; and the two unanimous referees who provided several insightful comments on improving the article. Not all of the suggestions could be carried out within the limits set for the length of the article and the time set for editing it, but the author will certainly take advantage of them in his later studies.

2 Joppke 2009, p. 108.

3 See Joppke 2009, *passim*.

It seems, rather, that the judges have not been able to find an optimal way of balancing competing interests in difficult and politically important cases, despite honest attempts. I argue, therefore, that in order to understand the twisted outcome of the cases, we must study the Foucauldian theories of biopower and governmentality. The theories are explained in Chapter 3, in which I aim to demonstrate how Islam is profiled as a threat to our neo-liberal societies – a threat that must be either neutralized by absorbing it into the mainstream, or by eliminating or excluding it. The operation of biopower, acting non-subjectively through seemingly insignificant discourses and practices, is studied in Chapter 4. The margin of appreciation doctrine and the proportionality test play an important role in this respect, opening room for these discourses and practices to influence the Court’s decisions. The article ends with a Conclusion.

## 2 An Overview of the Islam Cases

In 2003, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR) decided that Turkey had not violated its human rights obligations by abolishing the Islamic Refah Partisi Welfare Party,<sup>4</sup> which seemed poised to win the upcoming Turkish parliamentary elections. The court held that the party – which, according to Turkish authorities, supported a pluralist legal system where *sharia* law would be applied to Muslim citizens, and demanded the freedom to wear the Islamic scarves, *hijabs*, in schools – constituted a threat to democracy and pluralism and thus could not be allowed to seize power. The abolition of the party was, therefore, “necessary in a democratic society” and in accordance with the principle of proportionality. It did not, consequently, violate Turkey’s obligations under the European Convention on Human Rights (ECHR).<sup>5</sup>

By declaring that “the [Turkish] Constitutional Court was justified in holding that Refah’s policy of establishing *sharia* was incompatible with democracy”,<sup>6</sup> and by emphasizing terms such as “religious fundamental-

---

4 *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, 13 February 2003.

5 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953), Council of Europe Treaty Series – No. 005, Finnish Treaty Series 19/1990 .

6 *ibid.*, para 125.

ism” and “totalitarian movement”,<sup>7</sup> the Court seems to have given a signal of mistrust towards Islam: the *Refah* decision seems to declare that Islam is not compatible with the values of the Convention. A similar conclusion could be drawn from the Court’s decisions in the ‘veil cases’, namely *Dahlab v. Switzerland*<sup>8</sup>, *Leyla Sabin v. Turkey*,<sup>9</sup> *Dogru v. France*<sup>10</sup> and *Kervanci v. France*,<sup>11</sup> in all of which it held that the state authorities had not violated their human rights obligations in prohibiting the Islamic scarf, *hijab*, in schools. In *Dahlab* the court stated that the scarf worn by a teacher could have a “proselytizing effect” on the students, and that it would give a negative sign on gender equality. Quite similarly, in *Sabin* it came to the conclusion that the banning of the veil in a Turkish university was necessary in a democratic society for the guarantee of pluralism, tolerance and equality. Finally, in *Dogru*, where the applicant was forced to remove the veil in sports class, it changed tone and emphasized the dangers that the veil could have in doing sports and the alleged unwillingness of *Dogru* to cooperate with authorities – a curious claim seeing that *Dogru* had herself suggested that she could replace the scarf with some kind of hat or a balaclava in sports class.

These cases are especially interesting when compared to those dealing with the Christian fate, as Jarna Petman notes.<sup>12</sup> In *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, where the authorities had confiscated a film portraying God as an old senile man, Jesus as a mentally challenged ‘momma’s boy’ and Maria as a wanton, before it could be shown, the ECtHR came to the conclusion that the authorities should be afforded a wide margin of appreciation. The authorities had not, therefore, violated the principle of proportionality, nor their obligations under the Convention, as the confiscation of a film that could offend the majority of the population, had been necessary for the protection of the freedom of religion. This was despite the facts that the film was supposed to be shown only in a small movie theatre meant for art films, that the audience had been warned in advance of the content of the film,

7 On the critique of the utilization of these terms, see especially the Concurring Opinion of Judge Kovler.

8 *Dahlab v. Switzerland*, 15 February 2001.

9 *Leyla Sabin v. Turkey*, 29 June 2004 and *Leyla Sabin v. Turkey*, 10 November 2005.

10 *Dogru v. France*, 4 December 2008.

11 *Kervanci v. France*, 4 December 2008.

12 Petman 2006, p. 83.

and that the film had an age limit of 17.<sup>13</sup> The result was the same in *Wingrove v. United Kingdom*, where the authorities had again confiscated a film that could offend Christians – portraying this time Saint Teresa of Avila’s ecstatic religious experience, including erotic interaction first between Teresa and a woman representing apparently her psyche, and later with a statue of the Christ that for a moment seemed to respond to Teresa’s kisses.<sup>14</sup> The only significant difference between this case and *Otto-Preminger-Institut* is that the case was decided solely on the grounds of the freedom of speech, whereas in OPI the freedom of speech was mixed with freedom of religion.

Thus we can see that although both in the Islam and Christianity cases the ECtHR came to the conclusion that the freedom of religion and pluralism must be protected, they were guaranteed in a very different way. In the *Refah* case the court achieved this result by allowing the abolishment of Turkey’s largest Islamic party, and in the veil cases pluralism was protected through banning the wearing of the *hijab*. In fact, in both *Dahlab* and *Sahin*, the veil was put explicitly in a different position than other religious symbols. In *Dahlab* the Swiss courts came to the conclusion that wearing the *hijab* is not directly comparable to wearing a cross necklace or having a crucifix on the class room wall, and the court found no reason to meddle in this conclusion,<sup>15</sup> and in *Sahin* no other religious symbols than the veil and a beard were forbidden at the university.<sup>16</sup> In other words, Islam was perceived as a threat that makes free exercising of one’s religion impossible through its strangely proselytizing effect.<sup>17</sup> In the cases dealing with Christianity, on the contrary, pluralism was guaranteed through hindering the presentation of a film meant for a very limited audience and through confiscating a questionable ‘art film’. The underlying understanding behind these rulings, then, seems to be that offending Christians hinders the exercising of their religion – and therefore violates pluralism – in such a dramatic way that preventing these offences is necessary in a democratic society. It is not difficult, therefore, to agree with Jarna Petman’s conclusion that “[w]hile the Court has

13 *Otto Preminger Institut v. Austria*, 20 September 1994.

14 *Wingrove v. United Kingdom*, 25 November 1996.

15 Evans 2006, p. 60.

16 *Leyla Sahin v. Turkey*, Court (Fourth Section), para 88.

17 See Evans 2006, p. 71–73; Gozdecka 2009, p. 224.

deemed Islamic Faith a threat to pluralistic values in a democratic society, it has deemed pluralistic values a threat to the Christian faith.”<sup>18</sup>

There is an important caveat, however. It must be noted that the time-span between the cases is quite long. Where the cases dealing with the Christian faith are from the late 1990s, all of the Islam cases have been decided in the 21st century. Furthermore, it could be claimed that the court’s jurisprudence has recently taken a big leap towards a more equal approach by taking a stricter policy towards measures and policies that seem to favor the Christian faith in detriment of other religions. In *Folgero and Others v. Norway*<sup>19</sup> it held that Norway’s school system that had the teaching of Lutheran values as one of its primary goals was not in accordance with the Convention. Furthermore, in the first judgment on the recent case *Lautsi v. Italy*,<sup>20</sup> the Second Section of the Court decided that a crucifix hanging on the classroom wall violates the principle of neutrality required in public schools. It should also be noted that there is nothing scandalous in any of these decisions. Although there are some details in each of these cases that have been deservedly critiqued (I will return to this later), the cases are still quite well argued and legally totally plausible. In trying to combine the universality and relativity of human rights, the ECtHR had to do some careful balancing and it is clear that its decisions could not please everyone.

There is, therefore, no great conspiracy behind these decisions. But despite ECtHR’s more neutral approach in *Folgero* and its first decision in *Lautsi*, and its alleviated use of language in *Dogru* and *Kervanci*, in comparison to the former veil decisions, it is clear that the case law has not been positive from a Muslim point of view. This is not simply because of the completely changed opinion of the ECtHR in the Grand Chamber in *Lautsi*,<sup>21</sup> but also – and much more so – because of the religious differences between Muslims and Christians. It could be argued that the external part of the religious exercise is simply much more important for Muslims than for Christians, especially in the context of Europe, where Muslims are continuously surrounded by Christian values and practices. Secularism does not,

---

18 Petman 2006, p. 83.

19 *Folgero and Others v. Norway*, 29 June 2007.

20 *Lautsi v. Italy*, 3 November 2009

21 *Lautsi and Others v. Italy*, 18 March 2011.

therefore, affect these believers in the same way. Perhaps the ECtHR could have grasped the positive aspects of universalism and relativism – equality and tolerance, respectively – more effectively through emphasizing openness towards different cultures and religions, rather than through secularism that, despite its admirable goal, has the danger of igniting the ‘dark sides’ of universalism: intolerance towards different cultural practices.

But what could explain this incapability of the ECtHR to take the needs of Muslims into consideration, then? As I have already stated, I do not find it plausible that the judges would consciously discriminate against Muslims. A much more compelling answer to this puzzle would approach these rulings, rather, a result of almost unnoticeable practices, discourses and mistakes. Hence below I will suggest that in order to fully understand the Court’s Islam decisions and to alleviate the difficult situation of Muslims in Europe, it could be useful to study Michel Foucault’s theories of biopower and governmentality.

### **3 Foucauldian Biopower**

Foucault developed his theory on biopolitics and biopower especially in his work *The History of Sexuality: An Introduction*,<sup>22</sup> and during his lecture series *Society Must Be Defended* in the Collège de France. Foucault observes that as the birth of capitalism changed the requirements of production, and advancements in medicine, biology and statistics increased the possibility of the sovereign to control its subordinates, a new form of power started to replace the traditional sovereign power that had been interested in them mainly as tax payers and military force, and which did not have the means nor the desire to control their lives in detail. This form of power, emerging first as disciplinary power that concentrated in the shaping of individuals, and developing later into biopower, saw its subordinates as biological, living creatures, and concentrated on the detailed control of *human life*. Where sovereign power could be described as the power to take the life of his subordinates – a power demonstrated in grandiose punishment shows, where disobedient subjects were horribly tortured or executed in order to arouse

---

22 Foucault 1978.

fear and respect – or to let them live, biopower could be described as the power to make life live, or let it die: it fosters life or disallows it to the point of death.<sup>23</sup> As Foucault himself puts it:

Power would no longer be dealing simply with legal subjects over whom the ultimate dominion was death, but with living beings, and the mastery it would be able to exercise over them would have to be applied at the level of life itself; it was the taking care of life, more than the threat of death, that gave power its access even to the body.<sup>24</sup>

Through the application of statistics, medicine and biology, this biopower concentrates on shaping the population as a whole in order to maximize its capacities, effectivity and productivity. By ‘massifying’ its citizens, biopower can treat them as a species instead of mere individuals. It has not completely replaced other forms of power, such as sovereign power and disciplinary power, however, as these other forms still live alongside, or inside, biopower. Especially disciplinary power is an extremely important tool from a biopolitical perspective. Like sovereign power, disciplinary power also focuses on the individual, but it has a differing aim. Where sovereign power punished to arouse fear, disciplinary power, born in the 19<sup>th</sup> century, uses punishments to shape individuals into functional parts of the society. The aim of disciplinary techniques is not, thus, punishment as such, but controlling individuals in order to build a perfect machine. Disciplinary power and biopower are therefore very similar to each other, but disciplinary power focuses on individuals, whereas biopower centers its attention on the population as a whole. These forms of power are, thus, more complementary than mutually exclusive: they need each other in order to be perfect. Disciplinary power shapes individuals into functional parts of the society in different institutions, such as kindergartens, schools, prisons and the army, while biopower maintains and manipulates the thus formed machine or biomass at the national (or nowadays perhaps global<sup>25</sup>) level.<sup>26</sup> In fact, biopower has become so successful in this that an individual can no longer materially survive without the societal institutions taking care of her health, livelihood and well-being.

---

23 Foucault 1978, p. 138; C. Taylor 2011, p. 41, 43.

24 Foucault 1978, p. 142–143.

25 For a critical assessment of this topic, see Chandler 2009.

26 Foucault 2004, p. 107–110; C. Taylor 2011, p. 44–45; Alhanen 2007, p. 141–142; Tuori 2002, p. 3–5, 15–16; Dillon – Reid 2009, p. 84–85; Hardt – Negri 2001, p. 24.



Perhaps an example drawn from cinema could be illuminating here. Does not the Wachowski brothers' movie *The Matrix* depict biopower in its extreme form? In the movie, humans have been enslaved into energy sources for highly sophisticated machines. Humans 'live' plugged in machines in massive bio fields, where every bodily function, nourishment and reproduction of each individual is in the precise surveillance of a computer. Humans are not aware of the situation, however, for the computer controlling them has programmed the 'Matrix', where people 'live' their virtual lives without realizing that they are simply virtual figures in a complicated computer program. Humans are, therefore, under the strict surveillance that biopower aims for, and their productivity is at its peak. Moreover, the identity of each individual is carefully shaped and their apparently free choices are predefined by the rules and structures of the program.

What does all this have to do with Muslims or the ECtHR, then? In order to answer this question, we need to consider Foucault's theory a bit further. Especially two matters require closer examination. First, we must understand the protective mechanisms of the society: biopower can also take a violent and racist form in order to protect the population, which can help us explain the mistreatment of Muslims. Secondly, we must examine how biopower actually functions. Only then can we understand how the aforementioned protective mechanisms reject Muslims, while authorities at all levels of administration think that they are protecting them.

Although the primary objective of biopower is to foster life, this does not mean that a biopolitical society would not be violent.<sup>27</sup> Violence has changed its form which makes it more difficult to observe. But how can a society fostering life justify violence? Foucault's answer is racism.<sup>28</sup> Racism must be understood widely in this context however. By controlling the population and by maximizing its functionality, biopower must also carefully assess all the risks facing the society. When the biopolitical society detects a risk facing the population, it reacts by trying to neutralize this risk factor. The best way to achieve this is "to fragment, to create caesuras within the biological

---

27 Dillon 2005, p. 41; Oksala 2010, p. 38.

28 See Foucault 2003, p. 254–258; Dillon – Reid 2009, p. 32, 87.

continuum addressed by biopower.”<sup>29</sup> A biopolitical society necessarily becomes racist, although this racism is not necessarily related to race in such a sense that the word ‘racism’ is usually interpreted to mean: humans are classified into different groups and those groups that constitute a threat to the population as a whole must be eliminated. The exclusion of this part of the society makes the remaining population stronger and guarantees it more room and resources to live.<sup>30</sup>

The elimination of an entire part of the society may sound dramatic, and it surely can be – the most extreme example of biopolitical racism is the holocaust.<sup>31</sup> As was already mentioned, however, biopolitical violence is often more discreet and difficult to detect. Risks that do not threaten the genetics of the population can be shaped through disciplinary power into functional parts of the society in different institutions, making these threats ‘disappear’ into the mass.<sup>32</sup> Biopower is, therefore, fundamentally productive: it deploys law and practices as a tactic, producing the kinds of subjects that the society needs. But not everyone can be shaped into this mold and sometimes the biopolitical practices may lead to unwelcome consequences, nurturing life that threatens the population. In these kinds of situations the practices must be renewed and reproduced. If an individual is irreparable (s) he must be excluded from the society or otherwise eliminated. It is on these occasions that we see how biopower is actually linked not only to disciplinary power but also to sovereign power. This aspect of sovereign power and biopower is absent from – even against – Foucault’s theories, but has been studied by other thinkers, such as Giorgio Agamben and Judith Butler, who have combined Foucault’s thought with that of Walter Benjamin and Carl Schmitt.<sup>33</sup> Sovereign power, operating primarily by constituting states of exception where the sovereign enjoys an unlimited margin of discretion, allows biopower to suspend the law that no longer fulfills biopolitical aims:<sup>34</sup> to “step outside the law in order to (re)establish the biopolitical regularity

---

29 Foucault 2003, p. 255.

30 *ibid.* See also Oksala 2010, p. 38–39; C. Taylor 2011, p. 50; Dillon 2005, p. 41–42, 44.

31 On Nazis, the Camp and biopolitics, see Agamben 1998, p. 166–180 and Foucault 2003, p. 259–260. See also C. Taylor 2011, p. 50.

32 See Hardt – Negri 2001, p. 23.

33 See Agamben 1998; Butler 2004, p. 50–100.

34 See Butler 2004, p. 55.

or normalcy of life – –<sup>35</sup> The state of exception, characteristic of sovereign power, becomes therefore an important tool also for biopower, allowing it to diverge from its regular practices, aimed to make life live, and to eliminate threats to the population. In this sense, the sovereign, pushed away by different governmental techniques, emerges again, but this time from within, intertwined with, the practices of managing the population.

If we return to our primary topic, i.e. Muslims, it is not difficult to deduct that they constitute a risk to the society from a biopolitical perspective. Especially since the 9/11 terrorist attacks, Islam has been pictured as a violent ideology that threatens Western values and way of life. As Jacobsen and Stenvoll explain, Islam has come “to fill some of the Soviet empire’s functions as the ‘other’ to the liberal West – –”.<sup>36</sup> It is this kind of creation of a threatening enemy, of course, that opens the space for the state of exception that allows the diminishing of the rule of law and the increased margin of discretion for authorities.<sup>37</sup>

We must also remember that a major rationale behind biopower is economical productivity. Biopower is, therefore, deeply embedded in the global neoliberalism supporting the current capitalist system. A necessary prerequisite for this kind of system is an “unattached, nonparticularist and spaceless subject”<sup>38</sup> capable of operating rationally in accordance with market signals. These kinds of subjects are produced through countless regulative and disciplinary techniques in various state institutions and myriad societal processes and practices outside them.<sup>39</sup> These disciplinary techniques are not as effective against Muslims, however, for Muslims are bound by other, religious laws that they believe to stand above state regulation or mundane social customs.<sup>40</sup> Moreover, Islam is fundamentally at odds with secularism that

---

35 Hannah 2008, p. 59.

36 Jacobsen – Stenvoll 2010, p. 271. See also Petman 2006, p. 77.

37 See Hardt – Negri 2006, p. 6–7; Agamben 2001; Agamben 2005; Goldstein 2007, p. 54; Dillon – Reid 2009, p. 89.

38 Gökariksel – Mitchell 2005, p. 149

39 *ibid.* Schools are very important in this respect and as such natural sites of conflict, for example in France (see Joppke 2009, p. 42–43).

40 See Joppke 2009, p. 111–112.

has, according to Gökariksel and Mitchell, become “a contemporary political ideology with which to cultivate and regulate ‘modern’ state subjects.”<sup>41</sup>

The schism between global (biopolitical) neoliberalism and Islam is emphasized especially in the figure of the veiled Muslim woman. To quote Gökariksel and Mitchell again:

From the secularist point of view religious symbols mark religious, ethnic or cultural differences onto bodies that are supposed to be neutral, rational, equal and competent in neoliberal terms.<sup>42</sup>

If the aim of biopower is to shape free-floating and universal bourgeois subjects “free of any particularist spatial ties that prevent him or her from competing effectively in the global marketplace”,<sup>43</sup> represented by the Western male figure, it is not difficult to see that the veiled Muslim woman is the antithesis of this ideal. And not only do the veiled women not partake sufficiently of the circulation of goods and capital, but they are also not a part of the circulation of bodies and genes – as covered they are outside the governmental technologies centered on desire, on the one hand, and repression, on the other. As Slavoj Žižek explains:

[W]hen the French state prohibits Muslim girls from wearing the veil in school, one can claim that they are thus enabled to dispose of their bodies as they wish. But one can also argue that the true traumatic point for critics of Muslim ‘fundamentalism’ was that there were women who did not participate in the game of making their bodies available for sexual seduction, or for the social exchange and circulation involved in this.<sup>44</sup>

Escaping sexual control techniques is especially troublesome from a biopolitical perspective, for sex is “a means of access both to the life of the body and the life of the species.”<sup>45</sup> This leads us to the second question under examination, the functioning of biopower. As already mentioned, I do not find believable that individual ECtHR judges, or other authorities for that matter, would consciously discriminate against Muslims. It seems much

---

41 Gökariksel – Mitchell 2005, p. 150. See also Joppke 2009, p. 115. This is, of course, in an interesting contrast to Soviet times, when Christianity was used to combat communism.

42 *ibid.*

43 *ibid.*

44 Žižek 2005, p. 119.

45 Foucault 2003, p. 32–33.

more likely that they want to achieve a society of tolerance and equality, while Muslims continue to experience mistreatment, which remains largely unnoticed. To be able to comprehend this result, we must further explore Foucault's notions of power and governmentality. According to Foucault:

Power must be understood in the first instance as the multiplicity of force relations immanent in the sphere in which they operate and which constitute their own organization; as the process which, through ceaseless struggles and confrontations, transforms, strengthens, or reverses them – – Power is everywhere, not because it embraces everything, but because it comes from everywhere – – It is simply the over-all effect that emerges from – – mobilities, the concatenation that rests on each of them and seeks in turn to arrest their movement – – Power is the name that one attributes to a complex strategical situation in a particular society.<sup>46</sup>

Power is not, therefore, a personal skill or a capacity of an individual, nor is it an institution or a structure. Power is rather a complicated ratio of different forces.<sup>47</sup> *Force* means the ability to carry out different tasks – labor force or coercive force are good examples – and *power* is therefore an attempt to manage and control these forces in order to achieve some aim.<sup>48</sup> When this kind of situational power becomes settled, it transforms into planned, calculated governmentality.<sup>49</sup> Kai Alhanen has clarified this abstruse, even mystical, notion of power by interpreting Foucault's analysis of power from the perspective of practices.<sup>50</sup> According to Alhanen, "the use of power transforms into governmentality when practices generate and maintain planned and long-span relations of power."<sup>51</sup> Governmentality is, thus, possible because different practices maintain and renew relations of power. For example, prisoners are constantly exposed (often without noticing) to the power of the prison guards, and this maintains power, and allows the result that a small group of prison guards are capable of governing a significantly larger number of prisoners.<sup>52</sup>

---

46 Foucault 1978, p. 92–93.

47 Lynch 2011, p. 21.

48 Douzinas – Gearey 2005, p. 59; Alhanen 2007, p. 119–120.

49 Alhanen 2007, p. 124.

50 *ibid.*, p. 102–150. Different practices were a vital part of Foucault's historical studies (See Alhanen 2007, p. 34–47).

51 Alhanen 2007, p. 125. Translated by me from Finnish. The quote goes in original language as follows: "vallankäyttö muuttuu hallinnaksi, kun käytännöt synnyttävät ja pitävät yllä suunnitelmallisia ja pitkäjännitteisiä valtasuhteita."

52 Alhanen 2007, p. 126–127.

When relations of power are transformed, through practices, into governmentality, they become relatively independent of the aims of the subjects partaking of the practices. Foucault himself came to the conclusion that power, and especially governmentality, is fundamentally non-subjective. Governmentality certainly has its aims (as we have learned), but it is not dependent on the will of its executor. Foucault explains that large strategies of power are “anonymous, almost unspoken strategies which coordinate the loquacious tactics whose ‘inventors’ or decision makers are often without hypocrisy.”<sup>53</sup> Richard A. Lynch illuminates this complex conclusion with an apt example. What kind of clothes a youngster wears in school tells a lot about that person and her status in school. How she dresses in the morning is part of a complicated strategy or tactic, a very conscious and rational decision, and guided by power relations. Clothes are part of power and governmentality, but the crucial notion is that no single student, group or supervisor can choose what is to be interpreted as ‘cool’ or ‘geeky’. That which is ‘in’ today can be ‘out’ tomorrow, which again affects the status of different groups of people.<sup>54</sup>

The contemporary society is based on governmentality. Through governmentality, the (bio)political power governs, arranges, maintains and controls the population and goods. Governmentality, therefore, enables biopolitics. States have become dependent on governance that is actualized through different practices, rituals, norms and tactics, not through clear political decisions or laws.<sup>55</sup> This replacement of clear rules with *norms* – a term which in Foucauldian studies refers to the regulative power of normal (the way people normally act) that tries to absorb all ‘otherness’ inside it, instead of a judicial norm that separates legal from illegal – generates areas of discretion gives biopower more room to operate. The power of the normal rises out of the community and is therefore more internalized by different actors, more difficult to detect, and more saturated by biopower than judicial rules.<sup>56</sup>

---

53 Foucault 1978, p. 95.

54 Lynch 2011, p. 23.

55 Foucault 2004, p. 99, 104–110; Butler 2004, p. 51–53.

56 My gratitude to an unanimous referee who encouraged me to make this clarification regarding Foucauldian norms, lacking from the original manuscript, and helped therefore to make the article more accessible.

Having studied how Muslims have become profiled as risks from a biopolitical perspective and how power operates, we can finally comprehend, on a very general level, the difficult situation of Muslims in the West, even if it is important to acknowledge that how the problems materialize on a particular level will certainly vary place by place and community by community.<sup>57</sup> Although judges and other authorities are consciously discriminating against Muslims, this often becomes inevitable in practice, since power is fundamentally non-subjective. An individual or even a group does not really have much power, but power is actualized through different practices aiming for governance. This governmentality executes biopolitical aims, and since Muslims constitute a risk to the society from the biopolitical perspective, different control mechanisms try to fuse them into the mainstream population or to exclude them from the society. This non-subjectivity is illustrated bluntly by revisiting a scene in *The Matrix*, which begins with people standing in red lights, although cars are nowhere to be seen. The rebel leader Morpheus (Laurence Fishburne) is trying to describe Neo (Keanu Reeves), the protagonist of the story, how the Matrix operates:

The Matrix is a system, Neo. That system is our enemy. When you are inside [the Matrix] and look around, what do you see? Businessmen, teachers, lawyers, carpenters. The very people whose minds we are trying to save. But until we do, these people are still our enemies. You must understand that most of these people are not ready to be unplugged, and many of them are so hopelessly dependent on the system that they will fight to protect it.

The scene ends when a woman, who Neo was eyeing during Morpheus' monologue, suddenly transforms into one of the 'Agents' that act as the guardians of the Matrix and points a gun at Neo. The point is made clear: anyone can become an 'Agent', anytime, and without even realizing it. The effect is repeated throughout the movie, emphasizing that, in the 'Matrix', the Agent is no one and yet anyone.

---

57 See Joppke 2009 in which it is demonstrated, in a brilliant way, how the schism between Western liberalism and Islam is approached in a differing way in France, Germany and The United Kingdom, even though the problem and the suggested solution — normalization of Muslims — is fundamentally the same. A similar study, but from a Foucauldian perspective, would be extremely interesting, but unfortunately out of the scope of a single article.

The non-subjectivity of power is also a key to reconciling a fundamental problem inherent in the article, namely the fact that there seems to be a clear conflict between the juridical case law approach taken, and the socio-theoretical framework utilized. Although both relate to control and individual freedom, the juridical question posed is ‘to what extent can the state limit the freedom of the individual in name of secularism or the rights of others’, whereas Foucault and other social theorists aim to study how power operates and to apply this knowledge say something about the society. However, because of the non-subjectivity of power, operating through normalizing practices and norms, it can be concluded that even judges and other legal actors cannot escape from being shaped by biopower. It is, therefore, argued that the approaches obtained are not mutually exclusive, since through certain norms and ways of thinking, internalized and naturalized by judges and reflected also in certain legal practices, biopower has penetrated legal defence mechanisms and operates silently from within legal institutions, especially in those cases where clear rules are blurred and the margin of discretion of the authorities increased. Studying how this happens in practice, and has affected also the ECtHR in the Islam cases, is the aim of the following Chapter.

#### **4 Biopower in Action: Discourses and the Islam Cases from a Foucauldian Perspective**

As noted above, non-subjective biopower operates through discourses and practices. Small, seemingly insignificant details accumulate and multiply, creating an impenetrable and inescapable whole. It is not difficult to detect these small details in the ECtHR’s Islam decisions and in the whole discussion on THB, if one knows what to search for – although it is near impossible to predict how each of these details links up with others and what kind of consequences this may have.

It is perhaps the easiest to start from discourses, for according to Foucault, discourses function as a way of exercising power. They articulate and distribute all of the norms and practices that we follow in our day-to-day actions.<sup>58</sup>

---

58 See Weedon, 1997, p. 105.



Regarding Islam, it is easy to detect at least two large discourses that combine to generate a harmful picture of Islam. On the one hand, we have the security discourse. In this paradigm, Islam is seen as a security threat to the state and the individuals inhabiting it: the population. Terrorist attacks, and other security problems, such as alleged rapes, and the general inequality of women are put into the center of the discussion. The language invoked is that of panic. It is described how a never-ending flow of migrants from the East engulfs our national identities and crime increases. Shocking expressions, such as ‘fundamentalism’ and ‘terrorism’ are utilized. This is highlighted especially outside the mainstream media, for example in different Internet message boards and forums, but it should be noted that, because of their function, the mainstream newspapers and news broadcasts also report on Islam mostly in the context of terrorism, fundamentalism, honor killings and other shocking topics.<sup>59</sup>

On the other hand, there is the more humanitarian victim discourse. In this discourse, “produced and circulated across many sites, including governmental institutions, NGOs, the media, art and literature, as well as health, pedagogy, and law”,<sup>60</sup> attention is directed away from the security paradigm and concentrated on individuals, the victims of Islam – the oppressed veiled women. Instead of a language of risk and panic, a language of pity is invoked. The sufferings of individual Muslim women are emphasized and every horrible detail is highlighted. The stories of corporal punishments, domestic violence, honor killings, genital mutilation and forced marriages are retold and retold again. Alternatively, individual success stories, such as that of Hirsi Ali, who, after a close escape from forced marriage to her cousin and hardships as an asylum seeker, is now listed among The Times’ hundred most influential persons in the world, are celebrated.<sup>61</sup> As Jacobsen and Stenvoll explain, this kind of success story is then immediately contrasted with the faceless, generalized Muslim woman who is portrayed in the following way by Ali in one article written about her:

59 See generally Richardson 2004, Jacobsen – Stenvoll 2010, *passim.*; von Kemnitz 2002, p. 20–21; Heine 2002, p. 40; Beck 2002, p. 64; Schmidt di Friedberg 2002, p. 98; Martin – Phelan 2002; Hussain 2010. Bankoff 2003, p. 420–424; Korteweg – Yurdakul 2009; Joppke 2009, p. 47.

60 Jacobsen – Stenvoll 2010, p. 276.

61 For a much more detailed analysis of the portrayal of Hirsi Ali in public, see Jacobsen – Stenvoll 2010, p. 277–278.

[Muslim] Women are not at all free. Religious people and especially Muslims do not think independently. They do not create their own future. They are always dependent on Allah and the Prophet.

The message here is clear: any Muslim woman could be like Hirsi Ali, were they not oppressed by Islamist fundamentalists and patriarchal males. Through the victim discourse, then, different groups can gain recognition, sympathy and rights. On the other hand, this kind of discourse can also mark certain groups “as groups different from the norm and as permanent victims.”<sup>62</sup>

It must be noted that despite their almost opposite starting points – the security discourse aiming to protect the society from external threats and the victim discourse striving for the protection of suffering ‘Others’ – the security and victim discourses are by no means contradictory. In fact, they seem mutually reinforcing and intertwined. The stories told of violent Muslim terrorists serve to emphasize the plight of Muslim women, whereas the stories of innocent Muslim women at the hands of their oppressors instigate panic of barbaric Muslim men. It is also important for the security discourse that it is seen to lead to the protection of innocent victims, and the suffering of these poor souls can be used to “legitimate interventionist policies in the name of universal rights.”<sup>63</sup>

Together these discourses create a stereotypic myth of Islam, consisting of mindless religious fundamentalism, barbaric terrorists, and oppressed, innocent victims. This creation of stereotypes, of course, corresponds to the more general paternalistic symbolism criticized in international law and politics.<sup>64</sup> It is common, especially in the context of human rights, to picture the perpetrators as vicious savages, the victims as innocent and completely helpless creatures, and the saviors as virtuous white knights who gallop to the scene to save the day. In this process, both the victims and the savior are depoliticized. In stark contrast to the active villains, victims are pictured as non-autonomous subjects who are acted upon and that have in no way impacted their distress (for it is a well known fact that “[p]ity cannot work

---

62 Jacobsen – Stenvoll 2010, p. 275

63 *ibid.*, p. 274.

64 See for example Mutua 2001.

for those who are deemed responsible for the ills that have befallen them or those who are considered dangerous to the community”<sup>65</sup>). They are not, therefore, political subjects, but closer to what Giorgio Agamben calls *homo sacer* – a term borrowed from archaic Roman law where it described someone who could not be sacrificed, yet (s)he who killed this person was not condemned for homicide –<sup>66</sup>, meaning life reduced to bare life, “biological life that has been politicised in being included in the political community, but only through its exclusion.”<sup>67</sup> The humanitarian saviors, in turn, observe the situation from a universal position, with no political interests or cultural biases.

These stereotypes are embodied sometimes in smaller scale discourses that can take interesting forms. One such example is the beauty discourse in the context of Muslim women, studied by Mimi Thi Nguyen.<sup>68</sup> Shocked by the undeserved ‘ugliness’ of the oriental ‘Other’, that acted as a clear sign of their oppression, fashion industries decided to do something in the enthusiasm in the wake of freeing the Afghans. As Nguyen puts it: “[a]cting on the hope that beauty can engender a new world order, in 2003, the new nongovernmental organization – – Beauty without Borders opened the Kabul Beauty School, administered by North American and European fashion industry and nonprofit professionals.” This endeavor was tightly connected to the human rights discourse picturing the *burqa* “as anticivilizational, a life-negating deindividuation that renders the Afghan woman passive and unwhole”, with the result that beauty came to be seen as “a life-affirming pathway to modern, even liberated, personhood.”<sup>69</sup> This is reflected, for example, on a speech given by the First Lady Bush, who insisted that “the fight against terrorism is also a fight for the rights and dignity of women,” a fight, in other words, against the monsters who want to “pull out women’s fingernails for wearing nail polish” and “impose their world on the rest of us”.<sup>70</sup> But as Nguyen notes, these kinds of missions, discourses and practices

65 Aradau 2004, p. 258.

66 Agamben 1998, p. 71.

67 Oksala 2010, p. 30. According to Agamben, this exclusion is what constitutes sovereignty by creating a zone of indistinction where the sovereign power can operate as the one who decides on the exception.

68 Nguyen 2011.

69 *ibid.*, p. 367.

70 Quoted in *ibid.*, p. 365.

are by no means innocent (although the individuals taking part in them can surely be sincerely willing to help). Instead, they work as biopolitical disciplinary techniques *par excellence*. Through the import of presumed expert knowledge, these charitable projects serve to “programmatically train targeted population to transform their conduct as well as their sensibilities.”<sup>71</sup> The end-result is a Western, liberal, feminist figure that achieves its “status as a subject only through a civilizing process defined by twinned, and entwined, attachments to beauty as a politics of life.”<sup>72</sup> Only when she meets certain prescriptions for gender and sexuality does she realize her human wholeness and dignity. And only then can she extend this external and internal beauty also to others. Beauty – or rather, the Western perception of beauty – becomes a form of right living.<sup>73</sup>

When these stereotypes and myths are repeated enough, they come to seem like self-evident truths and begin to live their own lives through different discourses, processes and practices. None of us can truly escape from this in Western societies, not even the judges of the ECtHR, willing to find the right balance in extremely complicated and open-ended cases. It is, therefore, no wonder that these stereotypes are clearly visible also in the Court’s Islam decisions. The choice of terminology was, indeed, perhaps the most criticized aspect of the *Refah* case. Even some of the judges objected to the phrasing of the verdict. Judge Kovler writes in his concurring opinion, for example, that he

would prefer an international court to avoid terms borrowed from politico-ideological discourse, such as “Islamic fundamentalism” (paragraph 94 of the judgment), “totalitarian movements” (paragraph 99 of the judgment), “threat to the democratic regime” (paragraph 107 of the judgment), etc., whose connotations, in the context of the present case, might be too forceful.<sup>74</sup>

In a similar vein, Carolyn Evans and Christopher A. Thomas note that the Court used the terms ‘legal pluralism’ and ‘*sharia*’ as catch-words that immediately proved the incompatibility of the party’s political line with the values of the Convention, without studying the use and meaning given to

---

71 *ibid.*, p. 373.

72 *ibid.*, p. 376.

73 *ibid.*, p. 364.

74 *Refah*, concurring opinion of Judge Kovler.

these terms by the party, or the way that such systems work in different societies in the world at the moment.<sup>75</sup> Finally, Jarna Petman criticizes the ECtHR for having given *jihad* the meaning of a holy war for spreading Islam, even though this is only one, very extreme and controversial, interpretation of the term.<sup>76</sup>

In the scarf decisions, again, the ECtHR has emphasized the veil's political symbolism, its connection to an "Islamic' subjectivity, and implicitly to 'extremist political movements ... which [seek] to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts'."<sup>77</sup> As Anastasia Vakulenko demonstrates, in *Dahlab* the court did not interfere with the Swiss Federal Court's interpretation that there was "no doubt that the appellant wears the headscarf and loose-fitting clothes not for aesthetic reasons but in order to obey a religious precept which she derives from . . . the Koran." The lack of interest concerning this matter is especially puzzling, she continues, taking in consideration that it was the applicant's main argument that "her clothing . . . should be treated not as a religious symbol but in the same way as any other perfectly inoffensive garments that a teacher may decide to wear for his or her own reasons."<sup>78</sup>

Furthermore, the court's main argument, that the veil could have a proselytizing effect on her students, who were in a vulnerable age, is not very convincing. First, the court did not give any evidence to claim that Dahlab would have tried to proselytize her pupils. In fact, when the students had asked her about her veil, she had not mentioned her religious beliefs, but had told that she wears the scarf to keep her ears warm. There were also no other signs of any political agendas, and Dahlab had, indeed, never received any complaints from the parents of her students.<sup>79</sup> Secondly, neither were there any evidence of any unintentional proselytizing effects. As Carolyn Evans notes, the mere fact that the court uses expressions such as "'it cannot be denied' (rather than it is true) that there 'might' be 'some kind' of proselytizing effect -- is a roundabout way of saying that there was no evidence

---

75 Evans – Thomas 2006, p. 710–712. See also Ssenyonjo 2007, p. 663; Petman 2006, p. 80.

76 Petman 2006, p. 80.

77 Gökarıksel – Mitchell, p. 158. See also Gozdecka 2009, p. 260.

78 Vakulenko 2007, p. 188.

79 Cumper – Lewis 2008–2009, p. 609.

whatsoever presented to the Court – –”<sup>80</sup> Finally, it must be wondered why the Court was not willing to even consider the possibility that perhaps a veil-wearing teacher could in fact have a positive, instead of negative, effect on tolerance and pluralism: a Muslim teacher in a school full of Christians could have provided the students a valuable channel to learn more about other cultures and religions.<sup>81</sup>

*Sahin* was quite similar in this respect. If anything, the veil is contrasted even more harshly to enlightenment and tolerance. The Grand Chamber cited approvingly the earlier Chamber decision that gave the following statement:

The Court does not lose sight of the fact that there are extremist political movements in Turkey which seek to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts – – It has previously said that each Contracting State may, in accordance with the Convention provisions, take a stance against such political movements, based on its historical experience (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 124). The regulations concerned have to be viewed in that context and constitute a measure intended to achieve the legitimate aims referred to above and thereby to preserve pluralism in the university.<sup>82</sup>

The veil, and those wearing it, were, therefore, associated with religious fundamentalism.<sup>83</sup> This is especially striking, taking in consideration that “non-Muslim students had not been subjected to disciplinary proceedings; since Christian students were not prohibited from wearing the crucifix or Jewish students the skullcap, the Court in effect affirmed a discriminatory practice against Muslim women”.<sup>84</sup> A key argument of the court was that the banning of the veil was necessary for the protection of gender equality. But just like in *Dahlab*, the term ‘gender equality’ was not defined in any way, neither was it stated who this equality seeks to protect. Clearly the applicant did not believe that it protected hers, for she was ready to take the case all the way to the Strasbourg court.<sup>85</sup> The gender equality defended,

---

80 Evans 2006, p. 63.

81 Evans 2006, p. 64–65; Petman 2006, p. 82.

82 *Leyla Sahin v. Turkey*, 10 November 2005, para 115: the Grand Chamber citing the former decision of the ECtHR in *Sahin* (approvingly).

83 See Gozdecka 2009, p. 224, 260; Evans 2006, p. 71–73.

84 Petman 2006, p. 83.

85 On the veil as an identity choice, see generally Weldmölder 2007, p. 155–165; Gozdecka 2009, p. 224–225.

therefore, an abstract concept of woman, separated from the true identity of the applicant.<sup>86</sup>

What these rulings seem to imply, then, is that the women could not have made the choice to wear the veil completely voluntarily. Instead, these women are victims that simply do not understand that their actions add to their own oppression. Their actions are therefore depoliticized. But at the same time as they are pictured as passive victims, they also have a dangerous dual nature. Until they are freed, until they cast of the veil, they act as beacons of religious fundamentalism with a strange, disturbing proselytizing effect: the political surplus left from the neutralization of women is transferred to the faceless enemy. The Court, therefore, reproduced the view of veiling “as a patriarchal practice that limits and enslaves women”,<sup>87</sup> as noted by Gökariksel and Mitchell. But, as they add, “it also went one step further, presenting the veil as inherently threatening to the rights and freedoms of unveiled [women]” – the veil was pictures as a “tool of oppression that extends beyond patriarchal family ties and religious connections to comprise an outside pressure on others.”<sup>88</sup>

But there is more than stereotypes and discourses at work here. These stereotypes also create important biopolitical consequences, generated through different seemingly insignificant practices and processes – partly the same ones that allow these stereotypes to enter the judgments in the first place. As we have learned, the operation of biopower is dependent on spaces of exception and discretion, where the rules binding on authorities are blurred and the rule of law diminished. In this respect, the most interesting element of the ECtHR’s jurisprudence are the doctrine of margin of appreciation and the principle of proportionality, both of which have been developed in the Court’s case law. The margin of appreciation is the Court’s way of guaranteeing solidarity and subsidiarity in its case law by showing a certain amount of latitude towards the decisions of the authorities of Member States.<sup>89</sup> It is based on the idea, spelled first in the *Handyside* case, that

---

86 See Vakulenko 2007, p. 192.

87 Gökariksel – Mitchell 2005, p. 158.

88 *ibid.*

89 Bakircioglu 2007, p. 711, 717–719; Brauch 2005, p. 115–116; Yourow 1987–1988, p. 153–154; Benvenisti 1999, p. 846.

By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content [of varying requirements of morals] as well as on the “necessity of a “restriction” or “penalty” intended to meet them – – It is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of “necessity” in this context.<sup>90</sup>

The doctrine is, therefore, linked mainly (but not solely) to the Articles of the Convention that have accommodation clauses, i.e. articles 8–11 which allow the limiting of individuals rights, when such a limitation is “necessary in a democratic society”.<sup>91</sup> But the doctrine is very fluid, the width of the margin being determined especially by the following factors: the importance of the protected right; the background of the protected society; whether there exists a European consensus (unanimity leads to a narrow margin, but the lack of consensus leads to a wide margin); and which rights the possible limitations protect. It should be noted, according to Harris, O’Boyle and Harris, that individual factors cannot be given too much weight, but the width of the margin of appreciation must be decided with an overall assessment.<sup>92</sup>

The principle of proportionality is inextricably linked to the margin of appreciation doctrine. It is not enough for the national authorities to show that the infringement of a right was necessary, the restriction must also be proportionate in relation to the aim pursued.<sup>93</sup> As Clare Ovey and Robin White explain, the margin of appreciation has to do with the legitimacy of the aim pursued with the restriction of an individual’s rights, whereas the principle of proportionality deals with the actual measures taken to achieve this aim. These doctrines have become so intertwined, however, that the principle of proportionality is often used to study, whether a state has exceeded its margin of appreciation.<sup>94</sup> With the help of the proportionality test, the Court holds back the ultimate power to decide, whether the restriction can be justified or not.<sup>95</sup> It is easy to agree with Christopher E.

---

90 *Handyside v. United Kingdom*, 7 December 1976, para 48

91 See Arai-Takahashi 2002, p. 8; Brauch 2005, p. 125.

92 Harris – O’Boyle – Warbrick 1995, p. 293–299. See also Macdonald 1993, p. 123; Bakircioglu 2007, p. 716–717 ; Hutchinson 1999, p. 640.

93 Pellonpää 2005, p. 231–232.

94 Ovey – White 2006, p. 240.

95 Harris – O’Boyle – Warbrick 1995, p. 300.



Belelieu, when he asserts that “the principle of proportionality exists as an undeveloped and, somewhat ‘crude’, concept in [ECtHR] jurisprudence”, noting that “proportionality has taken different forms and meanings as a judicial construct of the court, being “an inherent concept of the Court when evaluating and individual’s right and the general public interest at issue”, while also playing “ a role in evaluating the necessity of a measure within ‘democratic society.’”<sup>96</sup>

Both the margin of appreciation and the principle of proportionality are, thus, quite ill-defined judicial concepts that leave a lot to the discretion of the court.<sup>97</sup> The width of the margin of appreciation varies case by case, whereas the whole meaning and form of the proportionality test remains vague. It should be noted, in particular, that the Court has not settled on a clear understanding of what the proper balance between the measures taken and the aim pursued is regarding proportionality. Sometimes the principle is taken to mean that the interference with the restricted right was the minimum needed for the achievement of the aim pursued. But sometimes the principles is taken to only require a reasonable relationship between the aims and the means.<sup>98</sup> At times, the proportionality test seems like a mere rhetorical device for the Court to argue its decisions. This can allow an excessively wide margin of appreciation for state authorities in individual cases, as well as cause contradiction between the Court’s decisions.

This vagueness is completely understandable, taking in consideration the fact that the ECtHR must be able to apply these concepts into a very wide array of different cases, involving complicated balancing acts between hierarchically equal rights,<sup>99</sup> but is also particularly intriguing from a Foucauldian perspective. As we have noted, wide margins of discretion and spaces of exception, where the rule of law has diminished, and the role of different discourses, norms and practices emphasized, are absolutely necessary for biopower to operate. If we accept the central arguments of this article, namely that Islam has been profiled as a threat to our societies that biopolitical de-

---

96 Belelieu 2005–2006, p. 592–593.

97 Brauch 2005, p. 126–150; Hutchinson 1999, p. 641, 649; Yourow 1987–1988, p. 153–154. See also Mahoney 1998, Shany 2005; Benvenisti 1999, p. 853–854.

98 Belelieu 2005–2006, p. 593–594.

99 See Bakircioglu 2007, p. 732–733.

fense mechanism aim to eliminate, and that these biopolitical mechanisms necessarily operate also within the Strasbourg court, then it is no surprise that the margin of appreciation and the principle of proportionality have played a decisive role in the Islam cases in forming a negative outcome from the applicant's perspective. This is perhaps most visible in *Sahin*.

In *Sahin*, the Court assessed whether there existed a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate objectives pursued by the interference.”<sup>100</sup> It therefore only adopted the mildest version of the proportionality test, which it utilized to determine, whether the government measures were “necessary in a democratic society”. This means, according to Belelieu, that “necessity as an element of proportionality disappears from the test; instead proportionality becomes part of the larger test as to whether the limitations on the freedom manifest one's religion are ‘necessary in a democratic society.’”<sup>101</sup> Furthermore, the Court “does not once cite its previous cases law for precedential value”, but “relies entirely on Turkey's case law in assessing the proportionality of the university measures”, which is strange, taking in consideration that the Court had started the case by declaring that Turkey should be afforded a wide margin of appreciation. In fact, as Carolyn Evans notes, “the Court seemed to extend the margin in *Sahin* beyond respecting the decisions of democratically elected governments to respecting university authorities who are also –or so the Court found – better able to understand the needs of their education community than the Court”, meaning that, “the Court effectively defers twice – first to the views of the Government and then to the views of the university –”<sup>102</sup> The proportionality test does not, therefore, act as a counterweight to the margin of appreciation doctrine, but becomes merely a rhetorical tool, indistinguishable in practice from the latter. This is naturally problematic, since a wide margin of appreciation does not guarantee that the actual measures taken are proportionate to the objectives pursued. It is also in clear contradiction to its earlier decision in *Gündüz*, where the Court used a tripartite proportionality test that allowed it to restrict the utilization of the margin of appreciation doctrine, as noted also by Judge Tulkens, who

---

100 *Leyla Sahin v. Turkey*, 10 November 2005, para 117.

101 Belelieu 2005–2006, p. 609.

102 Evans 2006, p. 58–59.

in his dissenting opinion demanded the Court to use a tripartite test (although his test differed slightly from that in *Gündüz*).<sup>103</sup> Finally, it should be noted that ECtHR's central argument justifying the wide margin of appreciation, i.e. that there is no common European standard on the veil in universities, is not very convincing. In fact the overwhelming majority of the Member States does not restrict one's choice of outfit on the university in any way.<sup>104</sup>

The end-result of the utilization of stereotypes and the wide margin of appreciation given to state authorities is that the threat of Islam creates an exceptional circumstance, a state of exception, where exceptional measures can be taken in the name of democracy, "public safety," "public order," "health" or "morals," or the "rights and freedoms of others, and where the rule of law has diminished, further increasing the discretion of authorities. In this state, threats to public order require elimination by any means necessary. Governmentality uses, therefore, as Judith Butler demonstrates, laws and jurisprudence, as part of its tactic. When the interpretation of laws becomes part of the bureaucratic machine and into the hands of different experts, clear rules are vanished and the discretion of the authorities is increased.<sup>105</sup> Since the authorities are still guided by biopolitical practices and structural biases, the blurring of rules leads to the vanishing of the rights of the threats to the population. The diminishing of the rule of law combines sovereignty with governmentality and opens them more space to operate. Laws are either narrowed in the name of the sovereign or used to control the population. And the stronger the sovereign grows, the weaker the laws protecting the rights of its subjects become, and the more governance there is, for the ultimate goal of sovereignty is always to strengthen itself, and this is possible (in the contemporary society) only through biopolitics. As already stated, the replacement of sovereign power with biopower and governmentality does not mean the evanescence of sovereignty or the decline of the state. It is exactly the diminishing of the rule of law that enables the revival of sovereignty inside governmentality.<sup>106</sup>

103 *Gündüz v. Turkey*, 4 December 2003.

104 *ibid.*, p. 57–58.

105 See also Petman 2011.

106 Butler 2004, p. 53–67. On the relation between governance and laws, see also Tuori 2002, p. 18–19.

But interestingly, and fittingly for our neo-liberal biopolitical societies, this state of exception will not lead to a war for the eradication of the enemy. Rather, it simply leads to a situation, where the Muslims will need to make a choice: either they adopt the Western way of life and perceptions of freedom and beauty, or they are excluded from the society. This Sophie's choice is masked as a freedom: the freedom for everyone to dress and exercise their religion as they want. But there is really no such freedom, for as Jacobsen and Stenvoll explain, “[t]hose who go against the prevailing norms of unmarked femininity may be construed as oppressed, whereas choices made in line with these norms are understood as manifestations of one’s freedom.”<sup>107</sup> ‘We’ make rational choices, whereas ‘their’ decisions are predetermined by their oppressive cultural practices, i.e. irrational and forced. This is framed best by Slavoj Žižek, who explains the pseudo-choice of wearing the veil in the following way, and deserves to be quoted in some length:

[According to the liberal view, the wearing of the veil is] acceptable if it is [the Muslim women’s] own free choice rather than imposed on them by husbands or family. However, the moment a woman dons the veil as the result of personal choice, its meaning changes completely: it is no longer a sign of belonging to the Muslim community, but an expression of idiosyncratic individuality. In other words, a choice is always a meta-choice, a choice of the modality of the choice itself: it is only the woman who does not choose to wear a veil that effectively chooses a choice. This is why, in our secular liberal democracies, people who maintain a substantial religious allegiance are in a subordinate position: their faith is ‘tolerated’ as their own personal choice, but the moment they present it publicly as what it is for them—a matter of substantial belonging—they stand accused of ‘fundamentalism’. Plainly, the ‘subject of free choice’, in the ‘tolerant’, multicultural sense, can only emerge as the result of an extremely violent process of being uprooted from one’s particular life-world.<sup>108</sup>

This sentiment of pseudo-choice, created through the accidental utilization of stereotypes and through the areas of discretion and exception, managed with the margin of appreciation and principle of proportionality, is, indeed, what permeates the veil decisions, as well. In no point of the decisions did the ECtHR consider the cases as having to do with the freedom of independent women to dress as they like, although this seemed to be the argument of the applicants, but the court focused all their attention to the veil as a fundamentalist, religious symbol, with a potentially proselytizing, and

---

107 Jacobsen – Stenvoll 2010, p. 283–284.

108 Žižek 2005, p. 118.

certainly disturbing, effect. This politicization of the Court's jurisprudence is, of course, far from unique for human rights jurisprudence, but permeates all juridical functions. It is especially troublesome regarding human rights, however, for through the expansion of the human rights phenomenon and the human rights rhetoric, previously non-judicial areas of life are becoming judicial and included in the jurisdiction of courts.

## 5 Conclusion

What should we conclude, then? If not even the ECtHR can escape biopower, have human rights become useless for Muslims? I do not think that the situation is this bleak. As Foucault puts it, "where there is power, there is resistance."<sup>109</sup> As long as human rights allow us to wage emancipator struggles, there is hope. What human rights provide, then, is, as Jacques Rancière explains, formal equality, something to base substantive claims on. As Rancière notes, they are, as written rights, more than just "predicates of a nonexisting being." They are not only "an abstract ideal", but also "part of the configuration of the given", and therefore provide "a form of visibility of equality".<sup>110</sup> It is my opinion that the decision of the Second Section of the ECtHR in the *Lautsi* decision demonstrates that this visibility has paid off, and that the Court has started to reconsider its previous policies. The first *Lautsi* decision was, therefore, a brave step towards change. It was a misstep, of course, emphasizing secularism and leading therefore to an even more difficult situation for non-Christian believers, despite its contradictory aim, and the Grand Chamber decision should not, therefore, be condemned as treachery in part of the Court, but celebrated as a necessary corrective move. But it showed, nevertheless, that human rights can bring change, and that the ECtHR is sincerely trying its best in balancing conflicting rights in a fair, just way. Perhaps already the next attempt is more successful, although it must also be considered carefully, whether the changes in the Court's practice could also be an outcome of a changing approach towards Muslims within biopolitical strategies, resulting perhaps from a westernization of

---

109 Foucault 1978, p. 95.

110 Rancière 2004, p. 302–303.

Muslim women who are increasingly accessing the labor market and thus increasing their productivity.<sup>111</sup>

There is an inherent paradox in human rights. They are a vital tool for resisting biopower – not because they reflect some divine power or the core of humanity (at least in their written form), but because they provide us the means to challenge power. Yet, every time the victims invoke their rights, they set in motion biopolitical practices through invoking expert power and bureaucratic mechanisms. It is pointless, however, to reject human rights because of this paradox. As Martti Koskenniemi explains “[h]uman rights are like love, both necessary and impossible.”<sup>112</sup> We have, therefore, only one possibility: to hold on to rights, but to examine them critically. We must resist discourses that claim that more human rights make everything good and ponder every decision carefully. Human rights must be approached as a useful, yet dangerous tool. We need, therefore, an “ethic of critical engagement with human rights, with-in and against human rights, in the name of an unfinished humanity”:<sup>113</sup> a never-ending cycle of protest, activism and critique for the continuous interrogation of the limits of the human of rights. If we stay sincere, alert and open-minded in this process, we can approach, step by step, the raw emancipatory potential that human rights may possess.

---

111 I owe this last point to Tapio Rasila

112 Koskenniemi 2001, p. 33.

113 Golder 2010, p. 356. It is his claim that this is what Foucault was aiming at, during his last years, instead of rejecting his former views and becoming suddenly a great humanist, as it is often claimed.

## Bibliography

### Literature

Agamben, Giorgio: *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford University Press. Stanford 1998. (Agamben 1998)

Agamben, Giorgio: *Security and Terror*. Vol. 5, No.4, *Theory and Event* 2001. Available at [http://muse.jhu.edu.libproxy.helsinki.fi/journals/theory\\_and\\_event](http://muse.jhu.edu.libproxy.helsinki.fi/journals/theory_and_event) (last visited 1.8.2011). (Agamben 2001)

Agamben, Giorgio: *State of Exception*. University of Chicago Press. Chicago and London 2005. (Agamben 2005)

Alhanen, Kai: *Käytännöt ja ajattelu Michel Foucault'n filosofiasa*. Gaudeamus. Helsinki 2007. (Alhanen 2007)

Aradau, Claudia: *The Perverse Politics of Four-Letter Words: Risk and Pity in the Securitisation of Human Trafficking*, Vol. 33, No. 2, *Millenium: Journal of International Studies* 2004, p. 251–277. (Aradau 2004)

Arai-Takahashi, Yutaka: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia. Antwerpen 2002. (Arai-Takahashi 2002)

Bakircioglu, Onder: *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, Vol. 8, No. 2, *German Journal of International Law*, 2007, p. 711–734. (Bakircioglu 2007)

Bankoff, Greg: *Regions of Risk, Western Discourses on Terrorism and the Significance of Islam*, Vol. 26, *Studies in Conflict & Terrorism*, 2003, p. 413–428. (Bankoff 2003)

Beck, Herman: *A Hidden Agenda or Hidden Prejudices? Building a Turkish Mosque in Tilburg*, in *Intercultural Relations and Religious Authorities: Muslims in the European Union* (Shadid, W.A.R. – van Koningsveld, P.S. (eds.). Peeter. Leuven, Paris and Dudley 2002, p. 49–66. (Beck 2002)

Belelieu, Christopher D.: *The Headscarf as a Symbolic Enemy of the European Court of Human Rights' Democratic Jurisprudence: Viewing Islam through a European Legal Prism in Light of the Sahin Judgment*, Vol. 12, No. 2, *Columbia Journal of European Law*, 2005–2006, p. 573–624. (Belelieu 2005–2006)

Benvenisti, Eyal: *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, Vol. 31, *International Law and Politics*, 1999, p. 843–854. (Benvenisti 1999)

Brauch, Jeffrey A.: *The Margin of Appreciation and the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, Vol. 11, *Columbia Journal of European Law*, 2005, p. 113–150. (Brauch 2005)

Butler, Judith, *Precarious Life: The Power of Mourning and Violence*. Verso. London and New York 2004. (Butler 2004)

Chandler, David: *Critiquing Liberal Cosmopolitanism? The Limits of the Biopolitical Approach*, Vol. 3, No.1, *International Political Society*, 2009, p. 53–70. (Chandler 2009)

Cumper, Peter – Lewis, Tom: 'Taking Religion Seriously'? Human Rights and Hijab in Europe – Some Problems of Adjudication, Vol. 24, No. 2, *Journal of Law and Religion*, 2008–2009, p. 599–627. (Cumper – Lewis 2008–2009)

Dillon, Michael, Cared to Death: The Biopoliticised Time of Your Life, No. 2, *Foucault Studies* 2005, p. 37–46. (Dillon 2005)

Dillon, Michael – Reid, Julian: *The Liberal Way of War: Killing to make life live*. Routledge. London and New York 2009. (Dillon – Reid 2009)

Douzinas, Costas – Gearey, Adam: *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*. Hart Publishing. Oxford, Portland and Oregon 2005. (Douzinas – Gearey 2005)

Evans, Carolyn: The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights. Vol.7, No.1, 2006, *Melbourne Journal of International Law*, p. 52–73. (Evans 2006)

Evans, Carolyn – Thomas, Christopher A.: Church-State Relations in the European Court of Human Rights. Vol. 1 *Brigham Young University Law Review*, 2006, p. 699–725. (Evans – Thomas 2006)

Foucault, Michel: *The History of Sexuality, Vol. 1: An Introduction*. Penguin Books. Hammonsworth 1978. (Foucault 1978)

Foucault, Michel: *Society Must Be Defended: Lectures at the Collège de France, 1975–1976*. Picador. New York 2003. (Foucault 2003)

Foucault, Michel: *Security, Territority, Population: Lectures at the Collège de France, 1977–1978*. Palgrave Macmillan. New York 2004. (Foucault 2004)

Foucault, Michel: *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978–1979*. Palgrave Macmillan. New York 2008. (Foucault 2008)

Golder, Ben: Foucault and the Unfinished Human of Rights, Vol. 6, No. 3, *Law, Culture and the Humanities* 2010, p. 354–374. (Golder 2010)

Goldstein, Daniel M.: Human Rights as Culprit, Human Rights as Victim: Rights and Security in the State of Exception, in Goodale, Mark – Merry, Sally-Engle (eds.): *The Practice of Human Rights: Tracking Law between the Global and the Local*, p. 49–77. Cambridge University Press. Cambridge 2007. (Goldstein 2007)

Gozdecka, Dorota Anna: *Religions and Legal Boundaries of Democracy in Europe: European Commitment to Democratic Principles*. Helsinki 2009. Available at <http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-10-5803-5> (last visited 29.11.2011). (Gozdecka 2009)

Gökariksel, Banu – Mitchell, Katharyne: Veiling, secularism, and the neoliberal subject: national narratives and supranational desires in Turkey and France, Vol. 5, No. 2, *Global Networks*, 2005, p. 147–165. (Gökariksel – Mitchell 2005)

Hannah, Matthew: Spaces of Exception and Unexceptionality, in Cowen, Deborah – Gilbert, Emily (eds.): *War, Citizenship, Territory*, p. 57–72. Oxon, Routledge. New York and Abingdon 2008. (Hannah 2008)

Hardt, Michael – Negri, Antonio: *Empire*. Harvard University Press. Cambridge and London 2001. (Hardt – Negri 2001)



Hardt, Michael – Negri, Antonio: *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*. Penguin Books. London 2006. (Hardt – Negri 2006)

Harris D.J. – O’Boyle, M. – Warbrick, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths. London, Dublin, Edinburgh 1995. (Harris – O’Boyle – Warbrick 1995)

Heine, Susanne: *Islam in Austria: Between Integration Politics and Persisting Prejudices*, in Shadid, W.A.R. – van Koningsveld, P.S. (eds.): *Intercultural Relations and Religious Authorities: Muslims in the European Union*, p. 27–48. Peeter. Leuven and Paris and Dudley 2002. (Heine 2002)

Hussain, Amir, (Re)presenting: *Muslims on North American Television*, Vol. 4, No. 1 *Contemporary Islam*, 2010, p. 55–75. (Hussain 2010)

Hutchinson, Michael R.: *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, Vol. 48, *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 638–650. (Hutchinson 1999)

Jacobsen, Christine M. – Stenvoll, Dag: *Muslim Women and Foreign Prostitutes: Victim Discourse, Subjectivity, and Governance*, Vol. 17, No. 3, *Social Politics: International Studies in Gender, State and Society*, 2010, p. 270–294. (Jacobsen – Stenvoll 2010)

von Kemnitz, Eva Maria: *Muslims as Seen by the Portuguese Press 1974–1999: Changes in the Perception of Islam*, in Shadid, W.A.R. – van Koningsveld, P.S. (eds.): *Intercultural Relations and Religious Authorities – Muslims in the European Union*, p. 7–26. Peeter. Leuven, Paris and Dudley 2002. (von Kemnitz 2002)

Korteweg, Anna – Yurdakul, Gökçe: *Islam, Gender, and Immigrant Integration: Boundary Drawing in Discourses on Honour Killing in the Netherlands and Germany* Vol. 32, No. 2 *Ethnic and Racial Studies*, 2009, p. 218–238. (Korteweg – Yurdakul 2009)

Koskenniemi, Martti: *Human Rights, Politics, and Love*, *Mennesker & Rettigheter* 4/2001, p. 33–45. (Koskenniemi 2001)

Koskenniemi, Martti: *Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power*, Vol. 1, No. 1, *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, 2010, p. 47–59. (Koskenniemi 2010)

Lynch, Richard A.: *Foucault’s Theory of Power*, in Taylor, Dianna (ed.): *Michel Foucault: Key Concepts*, p. 13–26. Acumen. Durham 2011. (Lynch 2011)

Macdonald, Ronald St. John: *The Margin of Appreciation*, in MacDonald, Ronald St. John – Matscher, Franz – Petzold, Herbert (eds.): *The European System for the Protection of Human Rights*, p. 83–124. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht 1993. (MacDonald 1993)

Mahoney, Paul: *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism*, Vol. 19, *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 1–6. (Mahoney 1998)

Martin, Patrick – Phelan, Sean: *Representing Islam in the Wake of September 11: A Comparison of US Television and CNN Online Messageboard Discourses*, Vol. 20, No. 3, *Protheus*, 2002, p. 263–269. (Martin – Phelan 2002)

Merry, Sally Engle: Introduction: Conditions of Vulnerability, in *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local* (Goodale, Mark & Merry, Sally Engle eds), Cambridge, Cambridge University Press 2007, 195–203. (Merry 2007)

Mutua, Makau: Savages, Victims and Saviors: The Metaphor of Human Rights, Vol. 42, No. 1 *Harvard International Law Journal*, 2001, p. 201–245. (Mutua 2001)

Nguyen, Mimi Thi: The Biopower of Beauty: Humanitarian Imperialism and Global Feminism in an Age of Terror, Vol. 36, No. 2, *Signs*, 2011, p. 359–383. (Nguyen 2011)

Oksala, Johanna: Violence and the Biopolitics of Modernity, No. 10, *Foucault Studies*, 2010, p. 23–43. (Oksala 2010)

Ovey, Clare – White, Robin: *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights, Fourth Edition*, Oxford, Oxford University Press 2006. (Ovey – White 2006)

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus, 4. uudistettu painos, Helsinki, Talentum 2005. (Pellonpää 2005)

Petman, Jarna: Human Rights, Democracy and the Left. Vol. 2 *Unbound: Harvard Journal of the Legal Left* 2006, p. 63–90. (Petman 2006)

Petman, Jarna: Deformalization of International Organizations Law, in Klabbers, Jan – Wälendahl, Åsa (eds.): *Research Handbook on the Law of International Organizations*, p. 398–430. Edward Elgar. Cheltenham and Northampton 2011. (Petman 2011)

Rancière, Jacques: Who Is the Subject of the Rights of Man?, Vol. 103, No. 2, *The South Atlantic Quarterly*, 2004, p. 297–310. (Rancière 2004)

Richardson, John E.: (Mis)Representing Islam: The Racism and Rhetoric of British Broad-sheet Newspapers. John Benjamins. Amsterdam and Philadelphia 2004. (Richardson 2004)

Schmidt di Friedberg, Ottavia: Being Muslim in the Italian Public Sphere: Islamic Organisations in Turin and Trieste, in Shadid, W.A.R. – van Koningsveld, P.S. (eds.): *Intercultural Relations and Religious Authorities: Muslims in the European Union*, p. 87–106. Peeter. Leuven, Paris and Dudley 2002. (Schmidt di Friedberg 2002)

Shany, Yuval: Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? Vol. 16, *The European Journal of International Law*, 2006, p. 907–940. (Shany 2006)

Ssenyonjo, Manisuli: The Islamic Veil and Freedom of Religion, the Rights to Education and Work: a Survey of Recent International and National Cases, Vol. 6, No. 3, *Chinese Journal of International Law*, 2007, p. 653–710. (Ssenyonjo 2007)

Taylor, Chloë: Biopower, in Taylor, Dianna (ed.): *Michel Foucault: Key Concepts*, p. 41–54. Acumen. Durham 2011. (C. Taylor 2011)

Taylor, Dianna: Introduction: Power, freedom and subjectivity, in Taylor, Dianna (ed.): *Michel Foucault: Key Concepts*, p. 1–9. Acumen. Durham 2011. (D. Taylor 2011)

Tuori, Kaarlo: Foucault'n oikeus: Kirjoituksia oikeudesta ja sen tutkimisesta. WSOY Lakitieto. Helsinki 2002. (Tuori 2002)

Vakulenko, Anastasia: 'Islamic Headscarves' and the European Convention on Human Rights: An Intersectional Perspective, Vol. 16, No.2, *Social and Legal Studies*, 2007, p. 183–199. (Vakulenko 2007)

Weedon, Chris: *Feminist Practice and Poststructuralist Theory*. Blackwell Press. Cambridge 1997. (Weedon 1997)

Weldmolder, Hans: *Headscarves at Public Schools: The Issue of Neutrality Reconsidered*, in Goldschmidt, J.E. – Loenen, M.L.P. (eds.): *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?* Intersentia. Antwerpen and Oxford 2007. (Weldmolder 2007)

Yourow, Howard Charles: *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Vol. 3 *Connecticut Journal of International Law*, 1987–1988, p. 111–159. (Yourow 1987–1988)

Žižek, Slavoj: *Against Human Rights*, Vol. 34 *New Left Review*, 2005, p. 115–131. (Žižek 2005)

### Cases

*Handyside v. United Kingdom* (Application 5493/72), European Court of Human Rights, Court (Plenary), 7 December 1976.

*Otto Preminger Institut v. Austria* (Application 13470/87), European Court of Human Rights, Court (Chamber), 20 September 1994.

*Wingrove v. United Kingdom* (Application 17419/90), European Court of Human Rights, Court (Chamber), 25 November 1996.

*Dahlab v. Switzerland* (Application 42393/98), European Court of Human Rights, 15 February 2001.

*Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* (Applications 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98), European Court of Human Rights, Court (Grand Chamber), 13 February 2003.

*Gündüz v. Turkey* (Application 35071/97), European Court of Human Rights, Court (First Section), 4 December 2003.

*Leyla Sahin v. Turkey* (Application 44774/98), European Court of Human Rights, Court (Fourth Section), 29 June 2004 (Fourth Section).

*Leyla Sahin v. Turkey* (Application 44774/98), European Court of Human Rights, Court (Grand Chamber), 10 November 2005.

*Folgero and Others v. Norway* (Application 15472/02), European Court of Human Rights, Court (Grand Chamber), 29 June 2007.

*Dogru v. France* (Application 27058/05), European Court of Human Rights, Court (Fifth Section), 4 December 2008.

*Kervanci v. France* (Application 31645/04), European Court of Human Rights, Court (Fifth Section), 4 December 2008.

*Lautsi v. Italy* (Application 30814/06), European Court of Human Rights, Court (Second Section), 3 November 2009.

Lautsi and Others v. Italy (Application 30814/06), European Court of Human Rights, Court (Grand Chamber), 18 March 2011.

**Treaties**

Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953), Council of Europe Treaty Series – No. 005, Finnish Treaty Series 19/1990 (ECHR).



