

HELSINKI LAW REVIEW

**Rahanpesijän tietoisuus
varojen laittomasta alkuperästä
tahallisuusvaatimuksena.**

— *Jenna Piippo*

**Ehdolliset saatavat ja
konkurssinvarainen sopiminen**

— *Lauri Säilä*

**Ajan vääjäämätön kuluminen –
Euroopan unionin tuomioistuimen
ratkaisun A ja S vaikutus
Suomeen yksin tulevien lasten
perheenyhdistämiseen**

— *Atlas Saarikoski*

**Pakkoavioliiton
kriminalisointi Suomessa**

— *Nanni Olsson*

**Leniency-asiakirjojen
suoja Suomessa -
Eryteisesti suhteessa
kilpailuoikeudelliseen
vahingonkorvaukseen**

— *Saana Ruottu*

**The CCCTB Initiative as a
Possible Solution to the Conflict
between the Internal Market and
National Tax Autonomy**

— *Juho Mäki-Lohiluoma*

**Katsaus Kansainvälisen
rikostuomioistuimen
hyökkäysrikosta koskevan
toimivallan aktivointiin**

— *Aaron Fagerholm*

Helsinki Law Review 1/2019

BOARD OF EDITORS

EDITOR-IN-CHIEF

Iris Lampela

DEPUTY EDITORS-IN-CHIEF

Helinä Teittinen

Tuomas Tiihonen

EDITORS

Maija Heinonen

Kari Kivioja

Laura Kuusela

Enni Lehto

Ville Linna

Taina Metso

Merilii Mykkänen

Maiju Mäkinen

Anneli Nurminen

Sebastian Pohja

Helinä Pohto

Karol Ruutu

Jaakko Seppänen

Heidi Storberg

Valpuri Tarkka

ACADEMIC COUNCIL

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen LL.D.

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

Professor Päivi Korpisaari LL.D., trained on the bench

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

Professor Olli Norros LL.D.

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ville Pönkä LL.D., trained on the bench

AUTHORS

PEER-REVIEWED ARTICLES

Jenna Piippo
Lauri Säilä
Atlas Saarikoski
Nanni Olsson
Saana Ruottu
Juho Mäki-Lohiluoma

DISCUSSION

Aaron Fagerholm

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2019, 13th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

CONTACT INFORMATION

Board of Editors: *hlr-toimitus@pykala.fi*
Editor-in-Chief: *iris.lampela@helsinki.fi*
Deputy Editors-in-Chief: *tuomas.tiihonen@helsinki.fi*
helina.teittinen@helsinki.fi

Submissions via Journal.fi online service:

<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

Publisher: Pykälä ry, the law students association of the University of Helsinki (est. 1935).

Address: Mannerheimintie 3B, 00100 Helsinki, Finland.

Email: *tilaus@helsinkilawreview.fi*.

Graphic design: Tuomas Tofferi

Layout: Janne Kuisma

ISSN 1797-6251 (Print)

ISSN 2489-687X (Online)

PÄÄKIRJOITUS

Kerralla kahden normaalin numeron verran artikkeleita sisältävän julkaisun selkein teema on lainsäädännön harmonisointi Euroopan unionissa. Kokonaista kolme artikkelia pureutuu kehityskaarensa eri vaiheissa oleviin unionin lainsäädäntöhankkeisiin, niiden vastaanottoon jäsenvaltioissa sekä EUT:n oikeuskäytäntöön.

Juho Mäki-Lohiluoma perkaa artikkelissaan EU:n verolainsäädännön todellisen merkkipaaluun, jatkuvassa ylämäessä etenevän yhteisen yhdistetyn yhteisöveropohjan (CCCTB) nykytilaa ja esittää analyysinsä mahdollisista etenemistavoista. Yhteisöveropohjan harmonisointi on useiden jäsenvaltioiden mielestä ylisääntelyä unionin taholta etenkin läheisyysperiaatteen toteutumisen ja fiskaalisen kompetenssin unionille lipeämisen näkökulmista.

Harmonisaation hyötyjä ja haittoja käsittelee myös Saana Ruottu *leniency*-asiakirjojen suojaa koskevassa tekstissään. Ei ole selvää, että suojan yhtenäistäminen parantaa kannusteita paljastaa kartelleja, jos kaikki tietonsa luovuttava kartellin jäsen altistuu muita herkemmin yksityisoikeudelliselle vahingonkorvausvastuulle *leniency*-prosessissa toimittamiensa asiakirjojen editiovaatimusten kautta.

Atlas Saarikosken artikkeli alaikäisenä yksin maahan tulleen oikeudesta perheenyhdistämiseen pureutuu pirstaloituneen sääntelyn vaikutuksiin mikrotasolla. Keskiössä on kysymys EUT:n alaikäisen suojaa korostavan tulkinnan vesittymisestä yksinomaan kansallisen suojan varaan jäävillä lapsilla.

Nanni Olsson esittää perusteltua kritiikkiä pakkoavioliittojen erilliskriminalisoinnin puutteesta. Rikosoikeuden ultima ratio -periaatteen innokas soveltaminen on Olssonin mukaan pitänyt pakkoavioliitot pitkälti näkymättöminä rikosoikeudelle.

Jenna Piippo jatkaa rikosoikeudellisten artikkeleiden sarjaa pohtimalla rahanpesijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä tahallisuusvaatimuksena. Piipon kuvaama selonottovelvollisuuden dynaaminen laajuus korostaa rahanpesijän objektiivisesti havaittavissa olevista seikoista johtuvaa lisätaakkaa alkuperän riittävässä selvittämisessä.

Lauri Säilän konkurssinvaraisten sopimusehtojen kieltoa ja kiellon kiertoa käsittelevä artikkeli keskittyy tapaukseen KKO 2016:100, jossa tehottomaksi väitetyn ehdon asettajana toimi Kansaneläkelaitos. Monimutkaisen kokonaisuuden analyysiä sävyttää mahdollisuus julkisen ja yksityisen osapuolen välisten sopimusehtojen vaihtoehtoihin tulkintoihin julkis- ja yksityisoikeudellisten kehysten kautta.

Aaron Fagerholmin katsaus ICC:n hyökkäysrikosta koskevan toimivallan aktivointiin täydentää numerossa käsiteltävien oikeudenalojen kattausta kansainvälisen oikeuden tasolla.

Diplomaattisia intriigejä sisältävä opt out –malli toimivallan rajaajana muodostaa ulkopuolelle jättäytyvien, valtioiden kannalta kiusallisen maineriskin.

Helsinki Law Review on siirtynyt käyttämään Tieteellisten seurain valtuuskunnan ylläpitämää Journal.fi-palvelua sisältönsä digitaalisena julkaisukanavana. Uusi alusta palvelee ensisijaisesti Law Review'n sisältöjen löydettävyyttä, johon tapahtunut parannus on helposti havaittavissa esimerkiksi Google Scholarin hakutuloksista jo nyt. Artikkelikohtaisten metatietojen syöttäminen automaattisesti indeksoitavaan muotoon on mahdollistanut jo nyt DOI-tunnisteiden käyttöönnoton, joka tapahtuu tästä numerosta alkaen kaikelle uudelle sisällölle, sekä piakkoin kaikelle julkaistulle sisällölle. Yhdessä ORCID-tutkijatunnuksen metatietoihin lisäämisen kanssa tämä tarkoittaa sekä kirjoittajille että lukijoille tehokkaampia tapoja hyödyntää kaikkea Helsinki Law Review'n sisältöä.

Uusi alusta mahdollistaa myös toimitusprosessin läpiviennin ja dokumentoinnin aiempaa yhtenäisemmin, mutta säilyttäen toimitusryhmien vapauden järjestää työnsä haluamallaan tavalla. Käsikirjoitusten vastaanotto siirtyy kokonaisuudessaan Journal.fi:n kautta tapahtuvaksi, mikä parantaa kirjoittajien automaattista infromointia julkaisuprosessin edistymisestä. Tieteellisten seurain valtuuskunnan Law Review'lle myöntämän vertaisarviointitunnuksen, joka muuten on käytössä ensimmäistä kertaa tämän numeron artikkeleissa, sisältämät dokumentointivelvoitteet täytyvät niin ikään automaattisesti uutta julkaisujärjestelmää käytettäessä.

Yhteistyömme Talentumin Edilex-palvelun kanssa julkaisun sisältöjen saattamisessa laajimmalle mahdolliselle kotimaiselle kohdeyleisölle jatkuu hedelmällisenä.

BRIEFLY IN ENGLISH

This issue of the Helsinki Law Review contains almost double our normal number of articles. It is therefore clear that the authors cover a wide variety of topics. A common theme of legislative harmonisation in the European Union emerges from the submissions of Mäki-Lohiluoma, Ruottu, and Saarikoski. While the authors research different areas of law and the stages of the respective legislative projects vary from established CJEU practice to commentary of the Commission's proposal, a common thread can be found by looking at the diverging implementation of Union law in the Member States, which has led to possibly discriminatory but jurisdictionally possible outcomes or acted as impetus for legislative activity in an area of currently national legislation. The teleological interpretative framework used by the Luxembourg Court is rarely considered by the domestic courts in cases that fall outside the application of Union law by a meagre margin.

Other contributions in this issue include topics ranging from the activation of ICC jurisdiction over the crime of aggression, analysis of the requirement to know the source of funds as circumstantial evidence of intent in money laundering crimes, critique of the lack of a distinct criminalisation of forced marriages in Finland, and recent developments in circumventing the prohibition of bankruptcy clauses in contracts.

Helsinki Law Review has moved its digital publishing to Journal.fi, a platform administered by the Federation of Finnish Learned Societies. Main objectives of the move, which took place gradually over the past six months for old content, were to increase the reachability of the contents in search engines. Full metadata records for articles have also made it possible to assign DOI handles to them and bind the contributions to their authors using ORCID, which together will improve the attribution of research published in the Review for both our readers and our authors.

We have also moved the submission and editing process to use the new platform. For authors wishing to submit a manuscript for consideration, this will result in better communication throughout the publishing process while retaining the freedom of our editorial teams to organise their activities as they see fit.

Tuomas Tiihonen

Varapäätoimittaja

Deputy Editor-in-Chief

SUBMISSIONS

Articles and other contributions may currently be submitted to the Board of Editors via Journal.fi online service. You can find the instructions and submission tool at <https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>.

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue. Helsinki Law Review accepts articles and other writings in English, Swedish and Finnish. 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 two referees 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 at hlr-toimitus@pykala.fi. Thank you for your submission!

Subscriptions

Helsinki Law Review is currently available for free subscription at 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.

SISÄLLYSLUETTELO

Rahanpesijän tietoisuus varojen laittomasta alkuperästä
tahallisuusvaatimuksena.

Money Launderer's Awareness of the Illegal Origin of Property
as a Requirement of Intent

Jenna Piippo 

10

Ehdolliset saatavat ja konkurssinvarainen sopiminen
Conditional Claims and *Ipsa Facto* Clauses in Bankruptcy

Lauri Säilä 

34

Ajan vääjäämätön kuluminen –

Euroopan unionin tuomio-istuimen ratkaisun *A ja S* vaikutus
Suomeen yksin tulevien lasten perheenyhdistämiseen

The Inexorable Passage of Time –

the Impact of the ECJ Ruling *A and S* on the Family Reunification
of Unaccompanied Minors Arriving to Finland

Atlas Saarikoski 

56

Pakkoavioliiton kriminalisointi Suomessa

The Criminalisation of Forced Marriage in Finland

Nanni Olsson 

92

Leniency-asiakirjojen suoja Suomessa -

Erityisesti suhteessa kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen
Confidentiality of Leniency Documents in Finnish Law,

Especially in Relation to Actions for Antitrust Damages

Saana Ruottu 

122

The CCCTB Initiative as a Possible Solution to the Conflict
between the Internal Market and National Tax Autonomy

Juho Mäki-Lohiluoma 

150

Katsaus Kansainvälisen rikostuomioistuimen hyökkäysrikosta
koskevan toimivallan aktivointiin

Review of the Activation of the International Criminal Court's
Jurisdiction over the Crime of Aggression

Aaron Fagerholm

180

RAHANPESIJÄN TIETOISUUS VAROJEN LAITTOASTA ALKUPERÄSTÄ TAHALLISUUSVAATIMUKSENA

MONEY LAUNDERER'S AWARENESS OF THE ILLEGAL ORIGIN OF PROPERTY AS A REQUIREMENT OF INTENT

Jenna Piippo¹

Helsinki Law Review, 1/2019, pp. 10–33

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Avainsanat:

rikosoikeus, tahallisuusvaatimus, olosuhdetahallisuus, rahanpesu, selonottovelvollisuus

Keywords:

criminal law, requirement of intent, circumstantial intent, money laundering, duty to investigate

ABSTRACT

This article discusses a money launderer's awareness of the illegal origin of property as a requirement of intent. The aim of the research is to find out what is required for fulfilling the requirement of intent. A money launderer's awareness of the illegal origin of property has been assessed in this article from the perspectives of theory and earlier legal practice.

The object of intent in money laundering is the property's illegal origin, to which the intent of the perpetrator must extend at the time of the act. The requirement of intent is fulfilled when the perpetrator perceives the illegal origin of the property to be a more likely alternative than its noncriminal origin. However, in some situations intent can also be based on negligence of the duty to investigate, even if the perpetrator had not perceived the property to be criminally obtained with a more than 50% certainty. The duty to investigate leads to a punishment for an intentional act especially in situations where the perpetrator, in order to avoid criminal liability, has not attempted to ascertain the origin of the property to a sufficient degree.

In practice, the fulfillment of the requirement of intent is based on the circumstances of the act, which means that the factors to be considered depend on each case.

¹ Jenna Piippo is a third-year student at the Faculty of Law of the University of Lapland. This article is based on her Bachelor's Thesis.

I. JOHDANTO

I.1 Kirjoituksen lähtökohdat

Tämä kirjoitus käsittelee rahanpesijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä tahallisuusvaatimuksena. Tahallisuus on yksi keskeisimmistä ja moniulotteisimmista rangaistusvastuuta määrittävistä rikosoikeudellisista käsitteistä.² Se kuuluu rikosoikeuden yleisiin oppeihin, ja sillä on teoreettisen ulottuvuutensa lisäksi tärkeä sija käytännön lainsoveltamistoiminnassa. Tietämisellä voidaan tarkoittaa tahallisuutta yleensä.³

Tutkimus keskittyy rikoslain (39/1889) 32 luvun 6 §:n rahanpesusäännökseen, jonka täytyminen edellyttää tekijältä tahallisuutta. Tutkimuskysymys on: "Mitkä ovat rahanpesijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä koskevan tahallisuusvaatimuksen täyttymisen edellytykset?". Tutkimuksellisenä tarkoituksena on siis selvittää, mitä kyseisen tahallisuusvaatimuksen täytyminen edellyttää. Arvioin kirjoituksessa lainopillisesta näkökulmasta rahanpesijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä yhtäältä teoreettisessa viitekehyksessä ja toisaalta miten sitä on tulkittu oikeuskäytännössä. Tahallisuutta ja sen täyttymistä rahanpesussa arvioidaan kansallisista lähtökohdista⁴, ja kirjoituksen rajallisen pituuden vuoksi rahanpesijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä onkin tarkasteltu vain kotimaisen tahallisuuskeskustelun näkökulmasta.

Kirjoitus jakaantuu kolmeen pääluukuun, joista kahdessa ensimmäisessä pääluvussa tutkin rahanpesijän tietoisuusvaatimusta teoreettisesta näkökulmasta. Näissä luvuissa käsitelen rahanpesijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä yleisesti tahallisuuden elementtinä sekä olosuhdetahallisuuden alarajasta käydyin keskustelun kautta. Käsitelen myös rikoslain 4 luvun 1 §:n tunnusmerkistöerehdystä sekä selonottovelvollisuutta ja sen laiminlyönnin merkitystä rahanpesussa. Viimeisessä eli kolmannessa pääluvussa tarkastelen rahanpesun tahallisuusarviointiin vaikuttavia seikkoja etenkin aikaisempien tuomioistuinratkaisujen valossa.

I.2 Rahanpesu ja tahallisuus yleisesti

Rahanpesu kriminalisoitiin rikoslaissa omana rikostunnusmerkistönään 1.4.2003 voimaan tulleella lailla (61/2003).⁵ Tätä aikaisemmin rahanpesusta rangaistiin rikoslain 32 luvun 1 §:n

² *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 197. Ks. myös *Matikkala* 2005 ja *Vihriälä* 2012.

³ *Matikkala* 2005, s. 22.

⁴ *Sahavirta* 2008, s. 165.

⁵ Rikoslain 32 luvun 6 §:n nojalla rahanpesusta tuomitaan se, joka ottaa vastaan, käyttää, muuntaa, luovuttaa, siirtää, välittää tai pitää hallussaan rikoksella hankittua omaisuutta, rikoksen tuottamaa hyötyä tai näiden tilalle tullutta omaisuutta hankkiakseen itselleen tai toiselle hyötyä, peittääkseen tai häivyttääkseen hyödyn tai omaisuuden laittoman alkuperän tai avustaakseen rikosentekijää välttämään rikoksen oikeudelliset seuraamukset. Rahanpesusta tuomitaan saman lainkohdan nojalla myös se, joka peittää tai häivyttää rikoksella hankitun omaisuuden, rikoksen tuottaman hyödyn taikka näiden tilalle tulleen omaisuuden todellisen luonteen, alkuperän, sijainnin tai siihen kohdistuvat määräämistoimet tai oikeudet, tai avustaa toista tällaisessa peittämisessä tai häivyttämisessä.

2 momentin nojalla kätkemisrikoksena. Nykyisen rahanpesun kriminalisoinnin perusta löytyy Suomelle asetetuista kansainvälisistä velvoitteista.⁶

Rahanpesulla tarkoitetaan toimia, joilla pyritään siirtämään rikoksella hankittu omaisuus tai rikoksen tuottama hyöty lailliseen talousjärjestelmään. Rahanpesutoimien tarkoituksena on saada laittomasti hankitut varat näyttämään laillisilta.⁷ Kyse voi olla periaatteessa millä tahansa rikoksella saadusta omaisuudesta, sillä esirikosten joukkoa ei ole rahanpesussa rajoitettu. Rahanpesun rangaistavuus edellyttää kuitenkin aina sitä, että esirikos on tehty ja sillä on saatu taloudellista hyötyä.⁸ Esirikoksen tapahtuminen on välttämätöntä, sillä rahanpesutoimet kohdistuvat juuri esirikoksella saatuihin varoihin. Ilman esirikosta varojen alkuperä ei voi siten olla rahanpesusäännöksen edellyttämällä tavalla laiton.⁹ Säännöksessä on asetettu lisäksi vaatimuksia tekijän tahallisuudelle. Tahallisuusvaatimukset ovat osittain erilaiset 1 kohdan tarkoitusta korostavassa ja 2 kohdan seurausta edellyttävässä tekemuodossa, mutta yhteistä niille on se, että tekijän edellytetään kaikissa tapauksissa mieltäneen omaisuuden rikoksella saaduksi tai sen sijaan tullee omaisuudeksi.

Tahallisuus on jaettu Suomen rikosoikeustieteessä kahteen lajiin. Rikoslain yleisten oppien 1.1.2004 voimaan tulleen lainuudistuksen (515/2003) vuoksi rikoslain 3 luvun 6 §:n tahallisuusmääritelmä koskee ainoastaan seuraustahallisuutta, kun taas olosuhdetahallisuuden sisältö jätettiin täsmentymään tarkemmin oikeuskäytännössä. Olosuhdetahallisuuden määrittämisen koettiin olevan seuraustahallisuutta haastavampaa ja sen vuoksi olosuhdetahallisuuden määritelmää ei otettu lainkaan rikoslakiin. Lakivaliokunta antoi ohjeistukseksi, että olosuhdetahallisuutta arvioitaessa on otettava oikeuskäytännön lisäksi huomioon rikoslain 4 luvun 1 §:n tunnusmerkistöerehdysäännös. Tähän lainsäädännölliseen ratkaisuun päädyttiin lähinnä sen vuoksi, että lakivaliokunta pelkäsi tahallisuuskyynnyksen nousevan talousrikoksissa, jos niiden olosuhdetunnusmerkkeihin sovellettaisiin legaalimääritelmän mukaista todennäköisyystahallisuutta.¹⁰ Tahallisuusjaottelun vuoksi myös rikostunnusmerkistöt koostuvat seurausta edellyttävistä ja muista tunnusmerkistötekijöistä eli olosuhteista. Rikoslain 32 luvun 6 §:n rahanpesussa rikoksella hankitun omaisuuden laittoman alkuperän häipyminen tai peittyminen on seuraus, kun taas varojen laiton alkuperä on olosuhde.¹¹ Myös tahallisuus

arvioidaan erikseen jokaisen tunnusmerkistötekijän kohdalla.¹² Rahanpesussa tämä tarkoittaa sitä, että tahallisuuden arvioinnissa on käytössä käytännössä kaksi tahallisuuden astetta. Varojen laittomaan alkuperään soveltuu olosuhdetahallisuus, jolloin sovellettavana tahallisuuden asteena on todennäköisyystahallisuus, jossa tekijän edellytetään mieltäneen varojen laittoman alkuperän varsin todennäköiseksi.¹³ Todennäköisyystahallisuutta sovelletaan myös seuraukseksi luokiteltavaan varojen peittymiseen ja häipymiseen, kun taas säännöksen 1 kohdan korotettu tahallisuusvaatimus edellyttää tekijältä tarkoitustahallisuutta, joka on tahallisuuden ankarin aste.¹⁴ Rahanpesutahallisuus edellyttää siten ensinnäkin sitä, että tekijä on ollut tietoinen varojen laittomasta alkuperästä. Tämän lisäksi hänellä on täytynyt olla tarkoitus hankkia itselle hyötyä tai hänen on täytynyt muutoin peittää tai häivyttää rikoksella hankitun omaisuuden alkuperä.

Tarkasteltaessa tekijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä kyse on olosuhde-tahallisuuden arvioinnista. Tällöin merkitystä onkin erityisesti tiedollisilla kriteereillä.¹⁵ Niinpä tekijän tekohetkellä oleva tietoisuus varojen laittomasta alkuperästä ratkaisee tahallisuusvaatimuksen täyttymisen. Tekijän tietoisuuden taso olosuhteiden vallitsemisesta on lopulta se, joka määrittelee, onko kyseessä tahallisenä rangaistava rahanpesu.

2. RAHANPESIJÄN TIETOISUUS TUNNUSMERKISTÖN TÄYTTÄVISTÄ OLOSUHTEISTA

2.1 Tietoisuus tahallisuuden elementtinä rahanpesussa

Rikoslain 32 luvun 6 §:n rahanpesusäännös sisältää rahanpesun rangaistavuuden edellytykseksi asetetun tahallisuusvaatimuksen, jonka mukaan rahanpesijän on tiedettävä omaisuuden olleen rikoksella hankittua tai rikoksen tuottamaa hyötyä. Tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä edellytetään molemmissa rahanpesun tekemuodoissa.¹⁶

Tietoisuusedellytys ei ilmene suoraan rikoslain 32 luvun 6 §:n rahanpesusäännöksestä. Aikaisemmin rikoslain 32 luvun 1 §:n kätkemisrikossäännös, jonka perusteella rahanpesusta rangaistiin ennen 1.4.2003 voimaan tullutta lainuudistusta (61/2003), sisälsi lakiin kirjoitetun tietoisuusvaatimuksen. Lainuudistuksessa rahanpesun erilliseen tunnusmerkistöön ei

6 Ks. tarkemmin HE 180/1992 vp, s. 17–19 sekä HE 138/2011 vp, s. 7. Rahanpesua koskevia velvoitteita on asetettu muun muassa Yhdistyneiden Kansakuntien huumausaineiden ja psykotrooppisten aineiden laitonta kauppaa vastaan vuonna 1988 tehdyssä yleissopimuksessa (SopS 44/1994) sekä Euroopan neuvoston rikoksen tuottaman hyödyn rahanpesua, etsintää, takavarikkoa ja menetetyksi tuomitsemista koskevassa vuoden 1990 yleissopimuksessa (SopS 53/1994). Myös esimerkiksi Yhdistyneiden Kansakuntien kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastainen yleissopimus (SopS 20/2004) vuodelta 2000 sisältää rahanpesuun liittyviä velvoitteita.

7 *Sahavirta* 2008, s. 21–24.

8 HE 53/2002 vp, s. 34 ja 37.

9 *Hyttinen* 2017, s. 834 sekä *Tapani* 2013, s. 790.

10 LaVM 28/2002 vp, s. 9–10.

11 Näin *Sahavirta* 2008, s. 173.

12 *Koponen* 2007, s. 46. Koposen mukaan tunnusmerkistötekijäkohtaista tahallisuuden arviointia vaikeuttaa se, että rikoslain erityisen osan rangaistussäännöksiä ei ole välttämättä laadittu niin tarkkarajaisia arviointia varten kuin mitä rikoslain yleisen osan uudistuksen jälkeinen tahallisuuden osittainen legaalimääritelmä edellyttää.

13 Vrt. *Sahavirta* 2008, s. 172–174, jonka mukaan lainkäyttäjät ei ole olosuhdetahallisuudessa sidottu mihinkään tiettyyn tahallisuuden asteeseen.

14 Ks. korotetusta tahallisuusvaatimuksesta tarkemmin *Koponen* 2004, s. 232–238 sekä *Matikkala* 2005, s. 545–546.

15 HE 44/2002 vp, s. 73.

16 *Sahavirta* 2007, s. 157.

kuitenkaan kirjattu tietoisuusvaatimusta näkyville.¹⁷ Rikoslain kokonaisuudistuksen vuoksi teot ovat lähtökohtaisesti vain tahallisen rangaistavia. Siksi tuottamuksen rangaistavuus edellyttää säännökseen otettua selkeää mainintaa, eikä yleisiä tahallisuutta ilmentäviä vaatimuksia ole tarpeellista mainita erikseen säännöksissä.¹⁸ Tästä voidaankin päätellä, että rahanpesijän tietäminen on tavallista tahallisuutta, eikä rahanpesijän tietoisuudelle ole annettavissa erityismerkitystä.¹⁹ Tämä johtuu siitä, että rikossäännöksissä, jotka sisältävät esimerkiksi maininnan ”tietoisena” tai ”tietäen”, tekijältä edellytetään kvalifioitua tietoa. Tällöin teon rangaistavuus edellyttää korkeampaa tahallisuuden astetta kuin todennäköisyystahallisuutta.²⁰ Jos rahanpesijän tietoisuus haluttaisiin ymmärtää erityismerkityksen mukaisesti, edellyttäisi se lakiin kirjattua erillistä mainintaa. Tällaisen nimenomaisen maininnan puuttuessa nykyisestä rahanpesun tunnusmerkistöstä onkin perusteltua ymmärtää rahanpesijän tietämisellä tarkoitettavan tavallista tahallisuuden vaatimusta, mikä rajoittaa erityismerkityksellä operoimista rahanpesun tunnusmerkistöä tulkittaessa.

Rikoslain 32 luvun 6 §:n rahanpesutunnusmerkistön täytyminen ei edellytä tekijän tahallisuudelta, että tekijä tietäisi tarkemmin esirikoksen yksityiskohdista. Rahanpesijältä ei edellytetä tarkkaa tietoa esimerkiksi esirikoksen lajista tai siitä, kuka on esirikoksen tekijä tai milloin esirikos on ylipäättään tehty. Sen sijaan tahallisuuden täyttymiseksi riittää, että tekijä on mieltänyt omaisuuden rikoksella hankituksi tai tällaisen omaisuuden surrogaatiksi.²¹ Oikeuskäytännössä tällaisesta tilanteesta oli kyse tapauksessa, jossa syytetty oli lähettänyt ranskalaiselle tulliviranomaiselle rahavaroja sisältävät kaksi kirjettä. Lisäksi hän oli osallistunut kirjeiden laatimiseen allekirjoittamalla ne sekä antamalla käyttöön henkilötietonsa ja tilinumeronsa. Kirjeissä syytetty oli ilmoittanut olevansa 246 000 euron suuruisen rahamäärän omistaja ja rahojen olevan peräisin pankkitililtään. Käräjäoikeus katsoi huomattaviin käteisvaroihin kohdistuvan poikkeuksellisen käsittelytavan, syytetyn väittämän häneen kohdistetun uhkan kirjeiden laatimisen yhteydessä sekä sen, että varojen omistajana syytettylle esiintynyt taho ei ollut halunnut tuoda itseään julki, osoittavan omaisuuden olleen rikoksella hankittua tai sen tuottamaa hyötyä, mikä myös syytetyn oli täytynyt mieltää. Käräjäoikeus katsoikin syytetyn osallistuneen kirjeiden laatimiseen tietoisena siitä, että niissä tarkoitettu omaisuus oli rikoksella saatua.²² Tahallisuuden täyttymisessä merkitystä ei ollut siis sillä, että esirikoksen tekijää ei ollut saatu selville, eikä tekijä ollut tiennyt varojen olevan peräisin mistään tietystä esirikoksesta.

Jos tahallisuuden vaatimus ulotettaisiin liian yksityiskohtaisiin tietoihin esirikoksesta, rangaistukseen tuomitseminen vaikeutuisi huomattavasti. Tällöin tekijän varojen laitonta

17 HE 53/2002 vp, s. 34.

18 HE 44/2002 vp, s. 73–74.

19 Ks. *Matikkala* 2005, s. 25.

20 HE 44/2002 vp, s. 74 sekä *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 228. Ks. aiheesta myös *Frände* 2012, s. 129–130.

21 *Sahavirta* 2007, s. 159 sekä *Heikinheimo* 1998, s. 136.

22 Länsi-Uudenmaan käräjäoikeus 17.4.2015 nro 115766.

alkuperää koskevan tietoisuuden toteennäyttäminen saattaisi olla joissakin tapauksissa lähes mahdotonta.²³ Sen vuoksi pelkkä varojen mieltäminen laittomiksi olosuhteiden perusteella ilman tarkempia esirikokseen liittyviä tietoja mahdollistaa joustavammin teon tahallisenä syyksilukemisen.

2.2 Varojen laitton alkuperä tahallisuuden kohteena

Tahallisuuden kohteella viitataan siihen, mihin tahallisuuden on ulotettava tahallisuusvaatimuksen täyttymiseksi. Tahallisuuden kohteena voivat olla tunnusmerkistön mukaiset seuraukset ja olosuhteet.²⁴ Olosuhdetahallisuudessa merkitystä on niillä rikosoikeudellisesti relevanteilla seikoilla, jotka toteuttavat muun kuin seuraustunnusmerkin.²⁵ Rikoslain 32 luvun 6 §:n rahanpesussa tämä tarkoittaa sitä, että tahallisuuden tulee ulottua muiden rahanpesusäännöksen tunnusmerkistökäsitteiden lisäksi varojen laittomaan alkuperään. Tekijän tahallisuuden kohteena on tällöin siis varojen laitton alkuperä.

Tahallisuuden ulottumisessa kaikkiin tunnusmerkistökäsitteisiin on täsmällisemmin kysymys niin sanotusta peittämisperiaatteesta. Peittämisperiaate edellyttää, että tekijän tahallisuus kattaa koko oikeudenvastaisen teon eli toisin sanoen teko hetken olosuhteet sekä teon seuraukset.²⁶ Olosuhteilla tarkoitetaan puolestaan tosiasiallisia ja oikeudellisia seikkoja, joiden on täytyttävä tunnusmerkistön objektiivisen puolen toteutumiseksi.²⁷ Rahanpesussa siis vaaditaan, että omaisuus on saatu rikoksella. Varojen laitton alkuperä voikin olosuhteena olla joko olemassa tai vaihtoehtoisesti se ei ole. Olosuhteiden vallitseminen on sinänsä riippumatonta tekijästä ja hänen tahdostaan, eikä rahanpesijä voi sen vuoksi asettaa varojen rikollista alkuperää toimintansa tavoitteeksi. Tämän vuoksi tarkoitustahallisuus ei sovellu olosuhdetahallisuuden muodoksi. Tekijän tahallisuus suhteessa varojen laittomaan alkuperään ratkaistaan siis tiedollisten kriteerien avulla.²⁸

Tahallisuuden täyttymisessä merkitystä ei ole sen sijaan tekijän virheellisillä uskomuksilla olosuhteen olemassaolosta.²⁹ Jos rahanpesijä uskoo asioiden todellisesta tilasta poiketen

23 HE 180/1992 vp, s. 18. Ks. lisäksi esim. HE 66/1988 vp, s. 106, jonka mukaan kätkemisrikoksissa rangaistavuuden edellytyksenä on se, että omaisuuden omistaja on tiedossa ja esirikoksen teko aika ja -paikka on riittävästi selvitetty, jotta esirikos voidaan yksilöidä. Sen sijaan teon rangaistavuus ei välttämättä edellytä sitä, että tarkka rikoksen teko aika tai -paikka kyettäisiin ilmoittamaan. Myöskään esirikoksen tekijän ei edellytetä kaikissa tapauksissa olevan tiedossa. Sanottu lähtökohta vaikuttaisi omaksuttaneen myös rahanpesurikoksissa.

24 *Matikkala* 2005, s. 529–532 sekä s. 544. Tahallisuuden kohteena ovat Matikkalan mukaan siis ne tosiseikat (oliot), se asiantila, joka toteuttaa kyseisen tunnusmerkistön.

25 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 220.

26 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 198 ja Nuutila 1997, s. 227–232. Ks. peittämisperiaatteesta myös *Matikkala* 2005, s. 543–571, joka kuvaa peittämisperiaatetta siten, että ”subjektiivisen tulee peittää objektiivinen”.

27 HE 44/2002 vp, s. 73.

28 HE 44/2002 vp, s. 73–74.

29 Ks. *Koponen* 2002, s. 274.

varojen olevan rikoksella saatuja, vaikka ne eivät oikeasti ole, ei rahanpesun tunnusmerkistö voi täyttää olosuhdetta koskevan tunnusmerkistökäytännön puuttumisen vuoksi.

2.3 Rahanpesijän tietoisuuden ajankohta

Tahallisuuden täyttymisessä merkitystä on tekijän tietoisuuden ajankohdalla. Kysymys on siitä, milloin peittävyys on oltava olemassa.³⁰ Tietoisuuden ajankohta vaikuttaa siis olennaisesti siihen, onko tekijällä rikoslain 32 luvun 6 §:n edellyttämä tahallisuus.

Lähtökohtana tahallisuuden täyttymisen arvioinnissa on tekijällä olevat tiedot varojen rikollisesta alkuperästä tekohetkellä.³¹ Sinänsä estettä ei ole sille, etteikö arvioinnissa voitaisi ottaa huomioon rahanpesijän tietoisuuteen ennen teon suorittamista kuuluneita tietoja, jos samat tiedot ovat kuuluneet rahanpesijän tietoisuuteen tekohetkelläkin ja ovat siten olleet yhä hänen käytettävissään. Rahanpesijällä ennen tekohetkeä olleet tiedot vaikuttavat ainakin hänen kykyynsä säädellä käyttäytymistään kuten tehdä päätös rahanpesutoimiin ryhtymisestä tai vaihtoehtoisesti pidättyä niiden tekemisestä.³² Olennaista tahallisuuden toteutumisessa on siis se, että tekijä on tekohetkellä käsittänyt varojen olevan rikoksella saatuja ja siitä huolimatta ryhtynyt omaisuuteen.

Sen sijaan tahallisuuden täyttymisessä merkitystä ei ole sillä, että tekijän tahallisuus täydentyy vasta teon tekemisen jälkeen. Kysymys on toisin sanoen jälkeinpäin täydentyvästä tahallisuudesta.³³ Rahanpesussa jälkeinpäin täydentyvä tahallisuus saattaisi tulla kyseeseen esimerkiksi silloin, kun tekijä on ottanut vastaan tai pitänyt hallussaan rikoksella saatuja varoja ja saanut vasta jälkikäteen tietää varojen olevan peräisin rikollisesta menettelystä. Jos rahanpesijällä ei tekohetkellä ollut tietoa siitä, että omaisuus oli rikoksella hankittua, tai rikoksen tuottamaa hyötyä, eikä hän sen vuoksi kyennyt mieltämään varoja rikoksella saaduiksi, ei hänen tahallisuutensa voi siis täyttyä.

30 *Matikkala* 2005, s. 531.

31 *Matikkala* 2005, s. 531.

32 Ks. *Koponen* 2002, s. 299–302. Vrt. kuitenkin *Matikkala* 2005, s. 531, jonka mukaan niin sanottu etukäteinen tahallisuus (*dolus antecedens*) ei riitä tahallisuuden kohteen peittymiseen.

33 *Nuutila* 1997, s. 228–229 sekä *Frände* 2012, s. 108. Jälkeinpäin täydentyvästä tahallisuudesta voidaan käyttää myös nimitystä *dolus subsequens*.

3. OLOSUHDETAHALLISUUDEN SISÄLTÖ RIKOSLAIN 32 LUVUN 6 §:N RAHANPESUSSA

3.1 Tahallisuusmallit ja niiden soveltuminen rahanpesuun

Olosuhdetahallisuuden oikeustila oli rikoslain vuoden 2004 yleisen osan uudistuksen jälkeen oikeustieteilijöiden keskuudessa pitkään kiistanalainen, ja sen sisällöstä esitettiin eriäviä näkemyksiä.³⁴ Olosuhdetahallisuuden alarajalla on merkitystä myös rahanpesussa, koska se määrittää tekijältä edellytettävän tietämisen tason varojen rikollisesta alkuperästä.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty ennen todennäköisyystahallisuusmäärittelyn vakiintumista erilaisia tahallisuusmalleja tahallisuuden ja tuottamuksen välistä rajanvetoa varten. Ne voidaan jakaa mieltämis- ja tahtoteorioihin³⁵, jotka korostavat tekijältä vaadittavaa tahallisuutta eri tavalla. Tahtoteorian mukaisessa olosuhdetahallisuuden alarajan määrittelyssä tekijältä vaadittava mieltämisen taso on alempana kuin todennäköisyystahallisuudessa ja merkitystä annetaan myös tekijän hyväksyvälle tai välinpitämättömälle suhtautumiselle. Käytännössä tekijän olosuhdetahallisuus täyttyy tällöin helpommin kuin sovellettaessa todennäköisyystahallisuutta.³⁶ *Sahavirran* mukaan rahanpesurikoksessa tahallisuus täyttyy rikostunnusmerkistön olosuhteiden osalta silloin, kun tekijä suhtautuu hyväksyvästi tai ilmeisen välinpitämättömästi siihen mahdollisuuteen, että hänen vastaanottamansa omaisuus on rikoksella saatu.³⁷ Samoilla linjoilla on ollut myös *Koponen*, joka on katsonut, että tahallisuusarvioinnissa merkitystä tulisi antaa tekijän hyväksyvälle tai kvalifoidun välinpitämättömälle suhtautumiselle.³⁸ Sen sijaan *Tapani* ja *Tolvanen* ovat aikaisemmin kannattaneet olosuhdetahallisuuden määrittelyä varten otettavana mahdollisuutena pitämisen perusteella.³⁹ Toisenlaista näkökantaa on edustanut *Frände*, jonka mukaan olosuhdetahallisuus olisi kuulunut määritellä niin sanottuna

34 Kysymys olosuhdetahallisuudesta ei ole kuitenkaan enää samalla tavalla epäselvä kuin aikaisemmin, sillä korkein oikeus on soveltanut rikoslain yleisen osan uudistuksen jälkeen ainoastaan todennäköisyystahallisuutta olosuhdetahallisuutta koskevilla ratkaisuisaan. Olosuhdetahallisuutta on arvioitu todennäköisyyskriteerin perusteella ratkaisuisissa KKO 2006:64, KKO 2010:88, KKO 2012:66, KKO 2013:17, KKO 2013:55, KKO 2014:54 sekä KKO 2015:66.

35 HE 44/2002 vp, s. 73. Ks. aiheesta lisää *Matikkala* 2005, s. 459–475.

36 *Hyttinen* 2017, s. 843.

37 *Sahavirta* 2008, s. 174.

38 *Koponen* 2004, s. 112 ja *Koponen* 2002, s. 283–286.

39 *Tapani – Tolvanen* 2008, s. 234. Toisin *Tapani* 2012, s. 613–615, joka on muuttanut kantaansa ja pitää todennäköisyystahallisuutta ainoana loogisesti perusteltavana tahallisuuden ja tuottamuksen välisenä rajanvetomallina.

tasapainotahallisuutena.⁴⁰ Tahallisuus olisi täytynyt tasapainotahallisuusmallissakin siis helpommin kuin todennäköisyystahallisuudessa. *Matikkala* on puolestaan osoittanut, että ”varsin todennäköisenä pitämistä” ja ”selvillä olon” merkitystä voidaan pitää toisiinsa rinnasteisina, jolloin todennäköisyystahallisuus soveltuu myös tunnusmerkistön olosuhteisiin.⁴¹

Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksillä on huomattava merkitys olosuhdetahallisuuden sisältöä arvioitaessa, koska olosuhdetahallisuudesta ei ole säädetty erikseen laissa. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä voidaankin nyt jo lähes kiistatta päätellä, että todennäköisyystahallisuutta on tarkoitettu sovellettavan rikostunnusmerkistöjen seurausten lisäksi myös olosuhteisiin. Esimerkiksi Tapani on katsonut ratkaisujen KKO 2012:66 sekä KKO 2013:17 vahvistavan, että olosuhdetahallisuuden alaraja määräytyy todennäköisyystahallisuusmallin perusteella.⁴² Vaikuttaa melko selvältä, että sama lähtökohta koskee myös talousrikoksia. Tämä tarkoittaa sitä, että myös rahanpesussa tekijän tahallisuudelta edellytetään, että hän on mieltänyt varojen rikollisen alkuperän yli 50 prosentin todennäköisyydellä. Todennäköisyyskriteerin soveltaminen muihin olosuhteisiin on jokseenkin ristiriidassa lakivaliokunnan mietinnön kanssa, jossa legaalimääritelmän mukaisen todennäköisyystahallisuuden soveltaminen talousrikosten muihin tunnusmerkistötekijöihin pyrittiin välttämään.⁴³ Herääkin kysymys, olisiko olosuhdetahallisuudesta voitu jo alun perin säätää rikoslaissa. *Hyttisen* kantaan siitä, että tämä olisi ollut myös rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen näkökulmasta tyydyttävämpi ratkaisu, on helppo yhtyä.⁴⁴ Jos olosuhdetahallisuuden määritelmä olisi otettu rikoslakiin, olisi tulkintavaikkeitakin ja -erimielisyyksiä voitu tässä laajuudessa välttää.

Todennäköisyystahallisuusmallin käyttäminen kaikissa rikostyypeissä on sinänsä perusteltua rikoslain soveltamisen ennakoitavuuden vuoksi. Korkein oikeus on lisäksi todennut ratkaisun KKO 2012:66 perustelujen kohdassa 14 rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen edellyttävän, että tahallisuuden ja tuottamuksen välinen raja ei saa hämärtyä tekijän tietoisuuden mittaamista koskevan tason laskemisen vuoksi. Todennäköisyystahallisuuden perusteella tehtävää olosuhdetahallisuuden alarajan määrittämistä kritisoitiin aikaisemmassa oikeuskirjallisuudessa etenkin sen vuoksi, että tällöin tarkoituksellisesti tietämättömästi menettelevän tekijän

40 Ks. *Frände* 2005, s. 131–136 sekä *Frände* 2012, s. 127. *Frände* on päätyntä tasapainotahallisuusmalliin, koska hänen mukaan tunnusmerkistöerehdysäänöksen ”olla selvillä” -vaatimusta ja ”varsin todennäköinen” -kriteeriä ei olisi tarvinnut rinnastaa toisiinsa. Rahanpesussa tekijä olisi tällöin menetellyt tahallaan, jos hän olisi pitänyt yhtä todennäköisenä vaihtoehtona sitä, että varat ovat rikoksella saatuja kuin sitä, että ne eivät ole peräisin rikollisesta menettelystä

41 *Matikkala* 2007, s. 110–111.

42 Ks. tarkemmin *Tapani* 2012, s. 607–619 ja *Tapani* 2013, s. 786–798.

43 LaVM 28/2002 vp, s. 9–10.

44 Ks. *Hyttinen* 2016, s. 919.

tuomitseminen saattaisi vaikeutua huomattavasti tai joissakin tilanteissa jopa estyä kokonaan.⁴⁵ Vaikka todennäköisyystahallisuudessa tahallisenä rangaistavan menettelyn taso onkin korkeammalla kuin tahtotahallisuudessa, ei rahanpesun tahallisuusarvioinnissa ole kysymys kuitenkaan rangaistavan ja rankaisemattoman menettelyn välisestä rajankäynnistä⁴⁶, koska rahanpesu on säädetty rangaistavaksi myös tuottamuksellisena. Sen vuoksi tekijä ei välttämättä vapaudu kokonaan rangaistusvastuusta, vaikka tahallisuus ei yltaisikään todennäköisyystahallisuuden tasolle. Tällöin syyksilukemistilanteet eivät ole niin ongelmallisia kuin ehkä joissakin muissa rikostyypeissä saattaisivat olla tällaisessa tilanteessa.

Vasta-argumentaatio todennäköisyystahallisuuden soveltumisesta joidenkin rikostyyppien olosuhdetahallisuuteen saattaisi olla mahdollista ainoastaan sillä perusteella, että korkein oikeus ei ole antanut vielä talousrikosten ydinalueelle sijoitettavaa ratkaisua olosuhdetahallisuudesta.⁴⁷ Lisäksi voidaan kiinnittää huomiota siihen, että korkein oikeus totesi yrityssalaisuuden väärinkäyttöä koskevan ratkaisun KKO 2013:17 perustelujen kohdassa 33, että tekijän tahallisuuden tarkastelua jollakin muulla tavalla kuin todennäköisyystahallisuuden perusteella ei voida sulkea täysin pois tilanteiden monimuotoisuuden vuoksi. Kuitenkin korkein oikeus totesi jäljempänä samassa perustelujen kohdassa, että tahallisuuden alarajaa ei saa asettaa korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä vakiintuneesta tasosta alemmaksi siten, että se merkitsisi tosiasiaa rangaistavuuden alan laajentamista. Tästä lausumasta päätellen jonkin muun rajanvetoteorian kuin todennäköisyystahallisuuden soveltamisen mahdollisuutta on pidetty epätodennäköisenä ja lähestulkoon teoreettisena.⁴⁸

Sanottu lähtökohta, jonka mukaan todennäköisyystahallisuutta alemman rajanvetoteorian soveltamisen mahdollisuus on vain teoreettinen, koskee myös rahanpesua. Tähän näkökantaan voidaan hakea lisätukea lakivaliokunnan mietinnöstä, jonka mukaan rahanpesusta olisi kysymys silloin, jos kuluttamiseen osallistuva esirikoksen tekijän lähipiiri tietää tai pitää varsin todennäköisenä, että varat ovat rikoksella saatuja.⁴⁹ Lakivaliokunnan mietinnöstä voidaan päätellä, että todennäköisyystahallisuutta alemmat tahallisuuden asteet eivät sovi rahanpesun

45 Ks. esim. *Koponen* 2004, s. 112–115 sekä *Sahavirta* 2008, s. 174. Korkein oikeus on kuitenkin linjannut ratkaisukäytännössään, että tarkoituksellinen tietämättömyys tunnusmerkistön täyttävistä olosuhteista ei poista tahallisuutta rikoslain 4 luvun 1 §:n nojalla, eikä sen kaltaista tietämättömyyttä ole näin ollen perusteltua tulkita siten, että se johtaisi tekijän kannalta edulliseen lopputulokseen. Tekijän tuomitseminen ei siis esty, vaikka hän olisi menetellyt tarkoituksellisesti tietämättömästi ja hän ei ole sen vuoksi pitänyt olosuhteiden käsilläoloa varsin todennäköisenä. Ks. esim. KKO 2006:64, kohta 7.

46 Ks. *Koponen* 2007, s. 43, jonka mukaan talousrikoksissa vaihtoehtoina ovat yleensä joko teon tahallisenä syyksilukeminen tai kokonaan rankaisematta jättäminen. Kopsen kritiikki kohdistuu siis siihen, että todennäköisyystahallisuusmallin soveltaminen voi johtaa ongelmallisiin tilanteisiin niiden rikosten kohdalla, joiden tuottamuksellista tekemystä ei ole kriminalisoitu.

47 *Tapani* 2013, s. 798.

48 *Tapani* 2013, s. 794.

49 LaVM 31/2010 vp, s. 2.

olosuhdetahallisuuden alarajaksi. Kysymys on siis tuottamuksellisesta rahanpesusta, jos tekijän mieltäminen varojen laittomasta alkuperästä ei yllä varsin todennäköisenä pitämisen tasolle. Näin ollen tietoisuutta ja tahallisuutta arvioidaan rahanpesussakin sen mukaan, onko tekijä pitänyt varsin todennäköisenä, että omaisuus on rikoksella saatua tai rikoksen tuottamaa hyötyä.⁵⁰

3.2 Rahanpesijän tietoisuusvaatimuksen ja rikoslain 4 luvun 1 §:n tunnusmerkistöerehdyssäännöksen välinen suhde

Tunnusmerkistöerehdyksestä on säädetty rikoslain 4 luvun 1 §:ssä. Kysymys on vastuuvapausperusteesta, joka sulkee tietyn edellytyksen tahallisuuden pois. Se on ikään kuin tahallisuuden kääntöpuoli.⁵¹ Tunnusmerkistöerehdyksellä ei ole vaikutusta teon huolimattomuuteen, joten rahanpesu voi tulla rangaistavaksi silti tuottamuksellisena, vaikka tunnusmerkistöerehdyssäännös olisi poistanut tahallisuuden.

Erehtyminen tarkoittaa tiedon puutetta ja väärää tietoa.⁵² Tunnusmerkistöerehdyksen soveltamistilanteet voidaan jakaa kahteen ryhmään. Tunnusmerkistöerehdys poistaa tekijän tahallisuuden ensinnäkin silloin, kun tekijä ei ole ollut selvillä niiden seikkojen olemassaolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää. Selvillä oloa tulkitaan yhdenmukaisesti olosuhdetahallisuuden alarajan määräytymisen kanssa, joten rahanpesussa tekijä ei ole selvillä varojen laittomasta alkuperästä silloin, kun hän ei ole pitänyt varojen laittoman alkuperän olemassaoloa varsin todennäköisenä. Toinen tunnusmerkistöerehdyksen soveltamistilanne koskee puolestaan tapauksia, joissa tekijä puhtaasti erehtyy niiden seikkojen olemassaolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää.⁵³ Rahanpesussa tekijä siis erehtyy siitä, ovatko varat rikoksella hankittuja. Tiedolliset vaatimukset ratkaistaan lähtökohtaisesti tahallisuusoppien avulla. Sen sijaan erehdysoppien soveltamiseen turvautumisen on katsottu olevan tarpeellista ainoastaan poikkeuksellisesti.⁵⁴

Oikeuskäytännössä syytetyn katsottiin erehtyneen, kun hän oli etsinyt kokopäivätyönsä ohelle lisätyötä ja ottanut yhteyttä internetissä olleen työpaikkailmoituksen perusteella käytettyjen autojen ja varaosien myyntiä harjoittaneeseen yhtiöön. Syytetty oli useiden puhelinkeskustelujen jälkeen palkattu yhtiön rahaliikenteenhoitajaksi ja hänen tehtävikseen olivat tulleet rahansiirrot yhtiön eri maissa oleville myyntiedustajille sekä rahansiirroista tehtävä kirjanpito ja raportointi yhtiölle. Yhtiö oli ilmoittanut rahansiirtojen suuruudeksi 1 000–10 000 euroa, joista vastaajalle maksettaisiin 5 prosentin palkkio. Syytetyn tehtävänä oli

kuitenkin itse huolehtia veron maksamisesta suoritetusta palkkiosta. Lisäksi työsopimuksen ehtona oli, että auton ostaja siirtää syytetyn tilille rahan, jonka syytetty puolestaan siirtää yhtiön myyntiedustajalle. Tätä varten syytetty oli avannut pankkitilin, johon välitettävä raha voitiin siirtää. Pian työsopimuksen solmimisen jälkeen syytetylle olikin ilmoitettu, että auton ostaja siirtää hänen tililleen rahaa, joka syytetyn tulee siirtää myyntiedustajalle. Syytetty oli tämän jälkeen siirtänyt kyseisen rahasumman toiselle tililleen ja sieltä Western Unionin kautta Ukrainaan kahdelle henkilölle, joiden hän oli uskonut olevan yhtiön myyntiedustajia. Syytetty oli kuitenkin alkanut epäillä tulleen erehdyttyksi, kun häneen oltiin oltu yhteydessä pankista, eikä hän ollut enää saanut yhteyttä yhtiön edustajaan. Käräjäoikeus katsoi, että työsopimuksen tekemiseen ei sinänsä liittynyt mitään tavanomaisesta poikkeavaa. Syytetyllä ei ollut myöskään syytä epäillä työsopimuksen aitoutta, koska tehty rahasiirto oli vastannut työsopimuksessa sovittuja tehtäviä. Näin ollen syytetyn ei katsottu mieltäneen lähettämiensä rahojen olleen rikoksella saatuja ja syyte rikoslain 32 luvun 6 §:n rahanpesusta hylättiin.⁵⁵

Tunnusmerkistöerehdyksen soveltamistilanteista on syytä erottaa tapaukset, joissa tekijä menettelee tarkoituksellisesti tietämättömästi suhteessa varojen laittomaan alkuperään rikosvastuun välttämiseksi. Korkein oikeus on linjannut törkeää huumausainerikosta ja sukupuoliseellisyyttä loukkaavan kuvan levittämistä koskevissa ratkaisussaan KKO 2006:64 ja KKO 2013:55, että tunnusmerkistöerehdys ei poista tekijän tahallisuutta tilanteissa, joissa tekijä ei ole tarkoituksellisesti tai laista johtuvan selvitysvelvollisuuden laiminlyönnin vuoksi ollut selvillä olosuhteista. Vastaavanlainen tietämättömyys varojen laittomasta alkuperästä ei rahanpesussakaan voi tulla siis kyseeseen rikoslain 4 luvun 1 §:n tunnusmerkistöerehdyksenä.

3.3 Selonottovelvollisuus rahanpesussa ja sen laiminlyönti

Tahallisena rangaistavaan rahanpesuun liittyy myös tekijän omaisuuden alkuperää koskeva selonottovelvollisuus.⁵⁶ Rahanpesijän selonottovelvollisuudesta ei ole säädetty erikseen laissa, mutta oikeuskäytännössä tekijältä on toisinaan edellytetty omaisuuden alkuperään liittyviä selvittämistoimia.

Tulkintatukea rahanpesijän selonottovelvollisuudelle voidaan hakea esimerkiksi väärennystä koskevista rikoslain 33 luvun 1 §:n esitöistä. Väärennyksessä tahallisuuden täytyminen edellyttää tekijän tietoisuutta todistuskappaleen epäaitoudesta. Lain esitöissä viitataan tilanteisiin, joissa väärennetyn asiakirjan esittänyt henkilö usein kiinnijäämisen jälkeen väittää toimineensa hyvässä uskossa tuntemattoman miehen puolesta, jolta hän on saanut asiakirjan. Todistuskappaleen käyttäjälle onkin asetettu tällaisia tilanteita silmällä pitäen yleiseen

50 Näin myös *Tapani* 2014, s. 727.

51 LaVM 28/2002 vp, s. 10.

52 HE 44/2002 vp, s. 105.

53 Ks. *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 238–241.

54 Näin *Koponen* 2007, s. 45.

55 Espoon käräjäoikeus 29.8.2014 nro 134991.

56 Ks. *Heikinheimo* 1998, s. 139–141, joka pohtii, voidaanko rahanpesijälle asettaa selonottovelvollisuus varojen alkuperästä. Hän päätyy kuitenkin silloisen oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden perusteella lopputulokseen, jonka mukaan kysymykseen on mahdotonta vastata.

elämäkokemukseen perustuva selonottovelvollisuus.⁵⁷ Lähtökohtaisesti rahanpesussakin tekijän selonottovelvollisuus voitaneen kytkeä yleiseen elämäkokemukseen. Tällöin voidaan nähdäkseni lähteä siitä, että tekijän on pyrittävä varmistumaan omaisuuden alkuperästä aina, kun hän voi yleisen elämäkokemuksen perusteella havaita olosuhteissa olevan jotain epäilyttävää tai poikkeuksellista.

Oikeuskäytännössä ammattimaista jalometallikauppaa harjoittaneella henkilöllä katsottiin olevan velvollisuus selvittää vastaanottamiensa jalometallien alkuperä. Selonottovelvollisuuden olemassaoloa tukivat tapauksessa elinkeinotoiminnan harjoittajan aseman lisäksi tapauksessa vallinneet epäilyttävät kaupanteko-olosuhteet. Epäilyttävillä olosuhteilla hovioikeus viittasi ammattimaisen jalometallikaupiaan tietoisuuteen jalometallien myyjän rikollisesta menneisyydestä sekä siihen, että jalometallien myyjä ei ollut suostunut kaupantekoon muutoin kuin käteistä vastaan sekä ilman kuittia. Perusteluissaan hovioikeus ei katsonut riittäväksi jalometallikaupiaan internetissä sekä tuttavilleen esittämiä kyselyjä siitä, oliko omaisuus mahdollisesti anastusrikoksella hankittua. Tietoisuutta jalometallien laittomasta alkuperästä puoltavina seikkoina pidettiin myös sitä, että jalometallikauppias ei ollut varmistanut jalometallien alkuperää poliisilta eikä kultasepältä, jonka velkojen panttina hän oli arvellut jalometallien olleen. Hovioikeuden mukaan tapauksessa voitiin edellyttää, että hän olisi epäilyttävien kaupanteko-olosuhteiden sekä jalometallien suuren määrän vuoksi tällaiset varmistukset tehnyt, vaikka olisi pitänyt myyjän kertomusta omaisuuden alkuperästä lähtökohtaisesti uskottavana.⁵⁸ Tämän perusteella tahallisuus voinee siis täytyä jonkinasteisista alkuperän varmistuksista huolimatta, jos hän on kuitenkin tehoketkellä vallinneiden olosuhteiden vuoksi voinut päätellä omaisuuden olleen rikoksella saatua. Kun tekijällä on ollut tietty yksilöity velvollisuus varmistua seikkojen oikeasta asiantilasta, hänen selonottovelvollisuutensa voidaan katsoa olevan sitä korkeammalla, mitä merkityksellisemmästä ja yksilöidymmästä tiedosta on kysymys. Ainakin liike-elämässä toimivalla on jo lähtökohtaisesti velvollisuus tietää esimerkiksi toimialaansa koskevasta lainsäädännöstä tai taloudellisesta asemastaan.⁵⁹

Hyttisen mukaan selonottovelvollisuuden korostaminen on kriminaalipoliittisesta näkökulmasta perusteltua, ja se mahdollistaa olosuhdetahallisuutta koskevien ratkaisujen tekemisen joustavasti.⁶⁰ Tähän kantaan on helppo yhtyä, sillä tekijän tahallisuus voidaan Hyttisen osoittamalla tavalla perustaa tarvittaessa selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin, vaikka hän ei olisi mieltänytkaan varojen rikollista alkuperää varsin todennäköiseksi. Tahallisuuden täyttymiseksi on tällöin riittävää, että rahanpesijä on laiminlyönyt omaisuuden

alkuperää koskevat selvittämistoimet. Selonottovelvollisuuden korostaminen on tärkeää etenkin tilanteissa, joissa tekijä on pyrkinyt tarkoituksellisesti välttämään rikosvastuun. Hyttinen huomauttaa kuitenkin osuvasti, että selonottovelvollisuuden korostamisen seurauksena olosuhdetahallisuudella ei ole enää tosiasiallista alarajaa. Perustettaessa tekijän tahallisuusvastuu selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin, häneltä ei siis edellytetä varsinaisesti olosuhdetahallisuuden alarajana olevaa ”varsin todennäköiseksi mieltämistä” varojen laittomasta alkuperästä. Merkitystä on ennen kaikkea sillä, onko hän pyrkinyt selvittämään varojen alkuperän.⁶¹ Teko voidaan syyksi lukea tällöin joko tekijän passiivisen menettelyn perusteella tai vaihtoehtoisesti tekijä voi joissakin tilanteissa vapautua vastuusta, jos hän on pyrkinyt riittävästi selvittämään varojen alkuperää.

4. OLOSUHTEISTA PÄÄTELTÄVÄN RAHANPESIJÄN TIE TOISUUDEN TOTEENNÄYTTÄMINEN

Rikoslain 32 luvun 6 §:n rahanpesussa tekijän tahallisuus päätellään teon olosuhteista.⁶² Syynä tahallisuusarvioinnin perustamiselle lähtökohtaisesti objektiivisten tosiseikkojen varaan on ollut käytännössä ennakoitavat näyttöongelmat.⁶³ Tekijän tahallisuutta arvioitaessa huomiota kiinnitetään seikkoihin, jotka osoittavat hänen tietoisuutensa yltävän ”varsin todennäköisenä pitämisen” tasolle. Tuomioistuimet tukeutuvat lisäksi tahallisuusvaatimuksen täyttymistä arvioidessaan usein pakottavaan päättelyyn, jossa ratkaistaan, mitä tekijän on täytyntä käsittää tai ymmärtää olosuhteiden perusteella.⁶⁴

Tekijä saattaa ensinnäkin mieltää varojen olevan rikoksella saatuja hänellä esirikoksen tekijästä olevien tietojen perusteella.⁶⁵ Näin oli esimerkiksi ratkaisussa, jossa tahallisuuden katsottiin täytyvän, kun syytetty oli antanut esirikoksen tekijän siirtää yhteensä 8 955 euroa huumausainekaupasta saatuja varoja tililleen. Tämän jälkeen syytetty oli nostanut tilille siirretyt varat käteisenä ja luovuttanut käteisvarat esirikoksen tekijälle. Tahallisuuden täyttymistä puolsi tapauksessa se, että syytetty oli ollut tietoinen esirikoksen tekijän pääosin eläkkeestä ja lainaamalla kertyvistä tuloista sekä siitä, että esirikoksen tekijä oli velkajärjestelyssä. Lisäksi tahallisuuden täyttymistä tuki se, että syytetty tiesi esirikoksen tekijän harjoittamasta huumausainekaupasta, koska hän oli aikaisemmin itsekin välittänyt huumausaineita tämän puolesta.⁶⁶ Ratkaisusta voidaan päätellä, että rahanpesijällä olevat tiedot esirikoksen tekijän taloudellisesta asemasta, kuten velkajärjestelyssä olemisesta ja tulojen muodostumisesta

57 HE 66/1988 vp, s. 113.

58 Turun hovioikeus 13.1.2017 nro 101426.

59 Koponen 2004, s. 118–120. Koposen mukaan selonottovelvollisuus olisi ollut paremmin yhteensovitettavissa tekijän hyväksyvän tai kvalifioitun välinpitämättömän suhtautumisen kuin todennäköisyystahallisuuden kanssa.

60 Hyttinen 2016, s. 927.

61 Hyttinen 2016, s. 928–929, joka pohtii myös sitä, onko olosuhdetahallisuuden alaraja ennemmin pelkkää retoriikkaa vai tuomioistuintuimia tosiasiaa sitova ohje.

62 Sahavirta 2007, s. 162.

63 Sahavirta 2008, s. 169.

64 Neira – Perämaa – Vasara 2003, s. 30–31.

65 Näin Neira – Perämaa – Vasara 2003, s. 32.

66 Lapin kärjäoikeus 10.10.2014 nro 143076.

lähinnä yhteiskunnan tuista, sekä tietoisuus esirikoksen tekijän rikollisesta elämäntyylistä, voivat osoittaa tekijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä. Tietoisuutta saattaisi joissakin tapauksissa osoittaa myös tekijällä oleva tieto esirikoksen tekijän luottotietojen menettämisestä, joka kuvastaa esirikoksen tekijän taloudellista asemaa. Näiden tietojen perusteella tekijä voi ainakin varmemmin mieltää varat rikoksella saaduiksi.

Tahallisuuden täyttymistä tukee myös rahanpesijän tietoisuus esirikoksen tekijän aikaisemmasta rikostuomiosta. Näin oli korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2009:59, jossa rahanpesun esirikoksena oli törkeä huumausainerikos. Tapauksessa perheen käyttöön oli hankittu 42 000 euron arvoinen auto sekä 7 700 euron arvoinen mönkijä, joita oli maksettu osamaksuilla. Lisäksi perheen tileille oli tehty käteispanoja yhteensä 12 917 euron verran. Sekä esirikoksen tekijä että hänen syytettynä oleva avopuolionsa olivat eläneet yhteiskunnan tuilla, eikä heillä ollut muita laillisia tulonlähteitä. Perheen käteisvaroja oli säilytetty kassakaapissa ja tilillepanoja oli suoritettu silloin, kun perheellä oli ollut laskuja maksettavana. Esirikoksen tekijä oli maksanut käteisvaroilla muun muassa perheen lomamatkan Thaimaahan sekä antanut syytetylle käteisvaroja päivittäisiin kulutusmenoihin. Syytetyn tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä osoitti korkeimman oikeuden mukaan se, että hän oli tiennyt esirikoksen tekijän aiemmin huumausainerikoksesta saamasta tuomiosta. Lisäksi syytetyn oli täytynyt käsittää, että sosiaalietuuksilla eläneen perheen käyttöön lyhyessä ajassa tullut suuri määrä käteisvaroja on ollut peräisin rikollisesta menettelystä. Näiden seikkojen perusteella korkein oikeus katsoi syytetyn olleen tietoinen varojen laittomasta alkuperästä. Hieman samansuuntaisesti tahallisuusarvioinnissa tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä tukevana seikkana voitaneen ottaa huomioon myös se, että rahanpesijä on tiennyt esirikoksen tekijän olleen vankilassa.⁶⁷

Läheissuhde on ulkoisesti havaittava olosuhde, johon voidaan kiinnittää huomiota tahallisuusarvioinnissa.⁶⁸ Kyse voi olla esimerkiksi avio- tai avopuolisoiden välisestä suhteesta tai vanhempien ja lasten välisestä suhteesta. Sen perusteella voidaan toisinaan päätellä, että tekijä on tiennyt varojen laittomasta alkuperästä paremmin kuin täysin ulkopuolinen henkilö. Oikeuskäytännössä tahallisuuden katsottiin täytyvän, kun syytetyt olivat ottaneet esirikoksen tekijältä vastaan maksuvälinepetoksella saatuja varoja yhteensä 4000 euron verran. Käräjäoikeus katsoi syytettujen ja esirikoksen tekijän välisen läheissuhteen perusteella olevan todennäköistä, että syytetyt olivat tunteneet esirikoksen tekijän taloudellisen tilanteen sekä sen, että esirikoksen tekijän heidän tileilleen siirtämä rahamäärä on ollut huomattava hänen tavanomaisiin käyttövaroihinsa nähden. Toisena tahallisuutta tukevana seikkana tapauksessa oli se, että syytetyt olivat olleet pankissa rahansiirtojen tapahtuma-aikaan eikä rahansiirroille ollut olemassa asiallista syytä.⁶⁹ Syytetyn ja esirikoksen tekijän läheinen suhde ei kuitenkaan

välttämättä aina tarkoita sitä, että syytetyllä olisi tosiasiallisesti tietoa varojen laittomasta alkuperästä. Oikeuskäytännössä tahallisuusvaatimuksen ei nimittäin katsottu täytyneen, kun tytär oli ottanut peliriippuvaiselta äidiltään vastaan kavallus- ja kirjanpitorikoksilla saatuja varoja reilun 10 vuoden ajan. Tapauksessa esirikoksen tekijän tytär oli täyttänyt 19 vuotta vuonna 2001 ja ollut esirikoksen tekijän ainoa lapsi. Lisäksi hänen terveydentilansa ja ansaintamahdollisuutensa eivät olleet tuohon aikaan kovin hyvät. Käräjäoikeus lähti perusteluissaan siitä, että vanhemman tekemät tulonsiirrot omalle lapselle tavanomaisessa elatus- ja avustusmielessä eivät lähtökohtaisesti täytä rahanpesutunnusmerkistöä, eikä tyttären terveydentilan vuoksi huomattavaakaan taloudellista avustamista lähtökohtaisesti voida pitää epätavanomaisena. Käräjäoikeus viittasi ratkaisussaan tyttären tahallisuuden poissulkevana tekijänä myös tehtyjen tilisiirtojen tavanomaisuuteen kertasuorituksina ja vuositasolla, joita melko hyvin palkatussa työssä käyvä henkilö tavallisesti pystyy suorittamaan. Lisäksi käräjäoikeus tukeutui kokemussääntöihin todetessaan jo ”yleisen elämäkokemuksen” perusteella olevan mahdollista, että pitempään työelämässä olleelle henkilölle on voinut kertyä säästöjä, joiden vuoksi suorituksia ei voitu pitää poikkeuksellisina osapuolten asemiin nähden. Käräjäoikeuden mukaan ulkopuolisella henkilöllä tai välttämättä edes läheiselläkään henkilöllä ei ollut mahdollisuutta tehdä päätelmiä tyttären äidillä olleen rikollisia tulonlähteitä tai menoeriä.⁷⁰

Rahanpesijän ja esirikoksen tekijän läheinen suhde ei siis kaikissa tapauksissa tarkoita sitä, että rahanpesijä voisi mieltää varat rikoksella saaduiksi. Tällöinkin tapauksessa vallinneilla muilla teko-olosuhteilla ja tekijällä tiedossa olleilla seikoilla on merkitystä tahallisuuden täyttymisessä. Vertailtaessa esimerkiksi jälkimmäistä ratkaisua sitä edeltäneisiin kahteen ratkaisuun, joissa muiden seikkojen ohella läheissuhteeseen kiinnitettiin huomiota tahallisuusarvioinnissa, voidaan havaita, että teko-olosuhteet olivat näissä kahdessa muussa ratkaisussa erilaiset muun muassa epätavallisten järjestelyiden vuoksi. Lisäksi molemmissa tapauksissa tekijät olivat tienneet joko esirikoksen tekijän taloudellisista vaikeuksista tai aikaisemmasta rikostuomiosta. Sen sijaan jälkimmäisessä tapauksessa kysymys oli sinänsä normaalista tyttären taloudellisesta avustamisesta, jota vanhemmat voivat lähtökohtaisesti tehdä ilman, että se herättää epäilyksiä toiminnan laittomuudesta. Tapauksen teko-olosuhteet olivat siis hyvin tavanomaiset eikä tyttärellä ollut tietoa äitinsä rikollisista toimista, joiden perusteella hän olisi voinut päätellä varojen olleen rikoksella hankittuja. Sen vuoksi tahallisuuden täyttymättä jääminen kyseisessä tapauksessa oli perusteltua.

Tahallisuusvaatimuksen täyttymistä arvioitaessa voidaan kiinnittää huomiota muihinkin objektiivisesti havaittaviin seikkoihin kuten tekijän toimien epätavallisuuteen tai toiminnan poikkeuksellisuuteen yleensäkin.⁷¹ Tahallisuuden katsottiin täytyvän esimerkiksi tapauksessa, jossa syytetyn tilille oli siirretty törkeällä petoksella saatuja varoja, minkä jälkeen syytetty oli

67 Etelä-Pohjanmaan käräjäoikeus 29.1.2014 nro 104205.

68 Ks. myös *Neira – Perämaa – Vasara* 2003, s. 34.

69 Kemi-Tornion käräjäoikeus 18.11.2016 nro 148566.

70 Helsingin käräjäoikeus 19.12.2014 nro 156229.

71 Ks. myös *Neira – Perämaa – Vasara* 2003, s. 34–36.

nostanut kyseiset varat tililtä kuudella automaattinostolla sekä loppuosan varoista kahdella käteisnostolla. Käräjäoikeus katsoi, että laillisessa toiminnassa kyseiselle menettelylle, jossa rahavaroja kierrätetään toisen henkilön tilin kautta ja välittömästi talletusten jälkeen nostetaan rahavarat pois tililtä, ei ole mitään järkevää perustetta. Lisäksi käräjäoikeus otti huomioon syytetyn tahallisuuden olemassaoloa puoltavana tekijänä sen, että syytetty oli nostanut osan varoista ulkomaanvaluuttana.⁷² Ratkaisusta voitaneen päätellä, että tekijän suorittamat poikkeukselliset tilisiirrot ja -nostot voivat osoittaa hänen tienneen omaisuuden olleen rikoksella saatua. Myös tilin antaminen tuntemattoman henkilön käyttöön voi osoittaa tekijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä. Oikeuskäytännössä on esimerkiksi katsottu, että rahanpesijän oli täytynyt tietää rahojen olevan peräisin rikollisesta menettelystä, kun hän oli suostunut torilla entuudestaan tuntemattoman henkilön ehdotukseen, jossa rahanpesijä antaa tilinumeronsa ja tämän jälkeen hänen tilille siirretään rahaa. Lisäksi rahanpesijälle oli luvattu järjestelystä 400 euron palkkio.⁷³

Syytetyn on katsottu olleen tietoinen varojen laittomasta alkuperästä myös tapauksessa, jossa hänen liiketoimintansa tarkoituksena oli siirtää yhteistyökumppaneidensa saatavat Viroon käteiseksi muuttamista varten. Varojen siirtäminen oli toteutettu siten, että syytetty oli laatinut kolmen muun yhtiön nimissä laskut yhteistyökumppaneidensa urakkasaatavista. Tahallisuuden katsottiin täyttyvän sillä perusteella, että laillisesti toimivilla ja lakisääteisiä velvoitteita noudattavilla yhtiöillä ei olisi ollut tarvetta salata työurakoitaan, vaan ne olisivat voineet itse perustaa yhtiön tai laskuttaa urakan omalla nimellä.⁷⁴ Toisessa tapauksessa syytetyn katsottiin olleen tietoinen miehensä elinkeinotoimintaan liittyvistä veropetosrikoksilla saaduista varoista, kun hän oli huolehtinut käytännössä kaikesta elinkeinotoiminnan rahaliikenteestä. Tahallisuuden täyttymistä tuki lisäksi se, että verovirasto oli syytetylle aikaisemmin lähettämässään selvityspyynnössä antanut yksityiskohtaista informaatiota elinkeinotoimintaan liittyvästä kirjanpito- ja ilmoittamisvelvollisuudesta. Syytetyn katsottiin tämän seikan sekä jo yleisen elämäkokemuksen perusteella täytyneen tietää, että elinkeinotoiminnasta saaduista tuloista on maksettava veroa. Lisäksi syytetyn oli täytynyt myös havaita, että veronmaksuvelvollisuus oli kyseisessä elinkeinotoiminnassa täysin laiminlyöty.⁷⁵ Sen sijaan tahallisuuden ei katsottu täyttyneen tapauksessa, jossa tekijä oli antanut paikkansapitämättömän esitutkintakertomuksen esirikoksen tekijän kiinteistökauppaan ja sen rahoittamiseen liittyvistä seikoista. Virheellisen esitutkintakertomuksen antamista ei pidetty riittävänä näyttönä tekijän tietoisuudesta, koska hänellä oli ollut perusteltu syy uskoa kiinteistön olleen rahoitettu pelivoitoilla. Tätä tuki erityisesti se seikka, että tekijä tiesi ulosottoviraston aikaisemmin hyväksyneen riittäväksi selvityksen siitä, että kiinteistön kauppahinta oli maksettu pelivoitoista saaduilla varoilla.⁷⁶

72 Pirkanmaan käräjäoikeus 9.6.2017 nro 123861.

73 Pirkanmaan käräjäoikeus 27.3.2015 nro 114281.

74 Vaasan hovioikeus 11.1.2013 nro 21.

75 Pohjois-Karjalan käräjäoikeus 28.9.2012 nro 1757.

76 Jyväskylän käräjäoikeus 4.12.2009 nro 2548.

Toisentyypisessä tapauksessa arvioitiin vastaajien tietoisuutta anastusrikoksilla saadun omaisuuden alkuperästä. Tapauksessa vastaajien X ja Y tietoisuutta anastusrikoksilla saaduista elektroniikkalaitteista osoitti ensinnäkin se, että laitteita oli luovutettu melko kaukana Helsingin keskustasta sijaitsevilla parkkipaikoilla, jonne vastaajat ja esirikoksen tekijä olivat erikseen sopineet tapaamiset, vaikka he olivat tavanneet jo aikaisemmin samana päivänä joko laivalla tai satamassa. Käräjäoikeus hyödynsi siis myös tässä tapauksessa toiminnan epätavallisuutta tahallisuuden täyttymistä tukevana seikkana. Lisäksi vastaajan X tietoisuutta arvioitaessa otettiin huomioon myös se seikka, että hän oli syyllistynyt avunantoon esirikoksen tekijän suorittamaan törkeään varkauteen ja kieltäytynyt tämän jälkeen kuljettamasta iPad-laitteita sisältävää kassia autossaan. Vastaajan Y tietoisuutta arvioitaessa huomiota kiinnitettiin Y:n väitteeseen, jonka mukaan elektroniikkalaitteiden hinta ei ollut normaalihintaa paljon alhaisempi, kun hinnasta vähennettiin kaupasta ostettujen tuotteiden arvonlisävero. Käräjäoikeuden mukaan arvonlisäverotonta hintaa ei voitu kuitenkaan käyttää arvioitaessa hänen tietoisuutta laitteiden alkuperästä, koska vastaaja Y oli ollut tietoinen siitä mahdollisuudesta, että olisi pystynyt itsekin hankkimaan vastaavia laitteita laillisesti arvonlisäveroa maksamatta. Tämä näkökohta sekä se, että hänen laitteista esirikoksen tekijälle maksama hinta toisen vastaajan läsnä ollessa oli ollut noin puolet niiden käyvistä hinnoista, osoitti edellä mainittujen seikkojen lisäksi vastaajien olleen tietoisia laitteiden laittomasta alkuperästä.⁷⁷ Anastusrikosten ollessa esirikoksina voidaan kiinnittää huomiota myös anastetun kaltaisen omaisuuden yleisyyteen kuluttajien keskuudessa. Näin oli esimerkiksi tapauksessa, jossa syytetty oli pitänyt hallussaan anastusrikoksilla saatuja valvontakameroita sekä videokameraa, jonka hän oli saanut haltuunsa ystävältään. Valvontakameroiden osalta syytetty oli tunnustanut aavistaneensa niiden olevan anastusrikoksella saatuja. Sen sijaan syytetyn tietoisuutta videokameran laittomasta alkuperästä osoitti se, että se oli arvokas alan koulutuksessa käytettävä kamera, joka oli kokonsakin puolesta selvästi erilainen kuin kuluttajien käytössä tavallisesti olevat kamerat. Sen vuoksi käräjäoikeus katsoikin, että syytetyn oli täytynyt mieltää kamera rikoksella hankituksi saadessaan sen ystävältään.⁷⁸

Ratkaisuja tarkastelemalla voidaan havaita, että tekijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä voivat osoittaa erilaiset objektiivisesti havaittavat tekijän toimet sekä ulkoiset olosuhteet. Usein ratkaisuisissa on kiinnitetty huomiota esimerkiksi toiminnan poikkeuksellisuuteen, jolle ei sinänsä ole laillisessa menettelyssä perusteltua syytä. Toisaalta jonkinlaisena lähtökohtana voidaan myös pitää sitä, että mitä läheisempiä rahanpesijä ja esirikoksen tekijä ovat, sitä helpommin rahanpesijän on katsottu voivan mieltää varat rikoksella saaduiksi.⁷⁹ Tekijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä voivat osoittaa myös hänellä tiedossa olleet seikat, jotka koskevat usein muun muassa esirikoksen tekijän taloudellisia vaikeuksia sekä aikaisempaa rikollisuutta. Toisaalta kyse voi olla yhtä hyvin sellaisista tekijän tiedossa olleista seikoista,

77 Pohjanmaan käräjäoikeus 8.7.2014 nro 129014.

78 Oulun käräjäoikeus 6.2.2017 nro 104989.

79 Näin myös Sahavirta 2007, s. 162.

jotka on mahdollista omaksua jo yleisen elämäkokemuksen perusteella. Tätä kuvastaa hyvin esimerkiksi edellä selostettu ratkaisu, jossa tekijän katsottiin jo yleisen elämäkokemuksen vuoksi täytyneen tietää, että elinkeinotoiminnasta saaduista tuloista täytyy suorittaa veroa. Kysymys on siis hyvin perustavanlaatuisesta tietämyksestä, joka jokaisen tulisi hallita.

5. JOHTOPÄÄTÖKSET

Kirjoituksessa tarkastelin rahanpesijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä tahallisuusvaatimuksena. Tavoitteenani oli selvittää, mitä kyseisen tahallisuusvaatimuksen täytyminen edellyttää. Olen arvioinut tekijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä yhtäältä teoreettisesta näkökulmasta ja toisaalta aikaisemman rahanpesua koskevan oikeuskäytännön kautta pyrkien konkretisoimaan tahallisuusarviointiin vaikuttavia seikkoja.

Päädyn siihen, että rahanpesijän tietoisuudessa varojen laittomasta alkuperästä on kyse tekijän tietoisuudelle asetetusta tahallisuusvaatimuksesta. Tekijän tahallisuuden kohteena on varojen laitton alkuperä, johon tahallisuuden täytyy teko hetkellä peittämisperiaatteen mukaisesti ulottua. Tekijältä ei edellytetä yksityiskohtaisia tietoja varojen alkuperästä, vaan teko voidaan syyksilukea tahallisuutta silloin, kun tekijä on ylipäätään mieltänyt omaisuuden olevan varsin todennäköisesti jollakin rikoksella hankittua. Jos tekijän mieltäminen varojen laittomasta alkuperästä ei ole yltänyt ”varsin todennäköisenä pitämisen” tasolle, tahallisuus ei täyty, vaan kyseessä voi olla korkeintaan tuottamuksellinen rahanpesu. Nähdäkseni joissakin tilanteissa tekijän tahallisuus voi kuitenkin olla mahdollista perustaa selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin, vaikka tekijä ei olisi mieltänyt varoja rikoksella saaduiksi yli 50 prosentin todennäköisyydellä. Selonottovelvollisuus mahdollistaa tahallisuutta rankaisemisen joustavasti etenkin sellaisissa tilanteissa, joissa tekijä ei ole rikosvastuun välttämiseksi halunnut ottaa selvää hänen kannaltaan epäedullisista seikoista lainkaan tai mikäli tekijä ei ole riittävästi pyrkinyt varmistumaan varojen alkuperästä. Näkemykseni on, että tekijällä on velvollisuus pyrkiä selvittämään omaisuuden alkuperä aina, kun hän voi yleisen elämäkokemuksen perusteella havaita teko-olosuhteiden olevan epäilyttävät. Perustettaessa tahallisuus selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin olosuhdetahallisuudella ei ole tosiasiallista alarajaa, vaan ratkaisun syyksilukeminen perustuu tekijän täysin passiiviseen menettelyyn tai riittämättömiin selvittämistoimenpiteisiin.

Tahallisuusvaatimus ei välttämättä täyty kaikissa tilanteissa. Tekijän tahallisuuden voi nimittäin erehdystilanteissa poistaa rikoslain 4 luvun 1 §:n tunnusmerkistöerehdyssäännös, mikäli tekijä ei ole ollut selvillä varojen laittomasta alkuperästä tai hän on erehtynyt siitä, ovatko varat rikoksella hankittuja. On kuitenkin huomattava, että tekijän tarkoituksellinen tietämättömyys varojen laittomasta alkuperästä ei voi tulla kysymykseen rikoslain 4 luvun 1 §:n tunnusmerkistöerehdyksenä. Kysymys on tällöin tekijän tietoisesta päätöksestä pysyä tietämättömänä rahanpesutunnusmerkistön täyttävistä olosuhteista, minkä voidaan katsoa osoittavan tekijän tahallisuutta.

Käytännössä tahallisuutta suhteessa varojen laittomaan alkuperään arvioidaan siten, onko tekijä voinut pitää varoja rikoksella saatuna hänellä tiedossa olleiden sekä muiden objektiivisesti havaittavien seikkojen perusteella. Nähdäkseni tahallisuusvaatimuksen täyttymistä arvioitaessa voidaan kiinnittää huomiota osin erilaisiin seikkoihin, kun kyse on eri esirikoksista. Esimerkiksi ratkaisussa, joissa rahanpesun esirikoksena oli törkeä huumausainerikos, tahallisuuden täyttymistä perusteltiin muiden seikkojen ohella sillä, että tekijä oli tiennyt esirikoksen tekijän huumausainerikostuomiosta. Tähän rinnastettavana tietona voitaisiin toisaalta pitää myös esirikoksen tekijän vankilassaoloa, jonka perusteella rahanpesijä voi varmemmin mieltää varat rikoksella saaduiksi. Sinänsä näiden seikkojen avulla tekijän tietoisuutta varojen laittomasta alkuperästä voidaan osoittaa muidenkin rahanpesun esirikosten kohdalla. Sen sijaan tekijän tietoisuudella veropetoksella saaduista varoista merkitystä oli yleiseen elämäkokemukseen perustuvalla tiedolla siitä, että elinkeinotoiminnasta saaduista tuloista on maksettava veroa, ja tekijän havainnolla, että tällainen velvollisuus oli laiminlyöty. Elinkeinotoimintaan liittyvien rikosten kohdalla on voitu ottaa huomioon toisaalta sekin, että varoihin liittyvillä järjestelyillä ei ole ollut mitään järkevää perustetta kyseisessä toiminnassa. Anastusrikosten ollessa esirikoksina huomioon on voitu ottaa esimerkiksi anastettua omaisuutta vastaavan omaisuuden yleisyys kuluttajien keskuudessa. Tekijän tietoisuutta omaisuuden rikoksella hankitusta luonteesta voikin tekemieni havaintojen perusteella osoittaa tällöin esimerkiksi se, että kyse on tavallista arvokkaammasta tai harvinaisemmasta omaisuudesta, jota esirikoksen tekijä ei ole voinut saada haltuunsa muuten kuin rikoksella.

Rahanpesussa tekijän tietoisuus varojen laittomasta alkuperästä merkitsee siis tahallisuutta olosuhdetahallisuusarvioinnin kannalta. Tahallisuusvaatimus täytyy tekijän mieltäessä varojen laitton alkuperän todennäköisemmäksi vaihtoehdoksi kuin sen, että varat eivät ole rikoksella saatuja. Käytännössä tahallisuus päätellään teon olosuhteista, jolloin huomiota kiinnitetään tapauksesta riippuen eri seikkoihin.

LÄHTEET

Kirjalliset lähteet

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Suomentanut Markus Wahlberg. Helsinki, Edita 2005. (Frände 2005)

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Suomentanut ja seuraamusosan päivittänyt Markus Wahlberg. 2. uudistettu painos. Helsinki, Edita 2012. (Frände 2012)

Heikinheimo, Sanna: Rahanpesu, erityisesti kriminalisoinnin ja konfiskaation näkökulmasta. Helsinki, Helsingin yliopisto 1998. (Heikinheimo 1998)

Hyttinen, Tatu: Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – Oikeusturvaa vai korkeimman oikeuden retoriikkaa. Defensor Legis N:o 6/2016 s. 916–933. (Hyttinen 2016)

Hyttinen, Tatu: Rahanpesun esirikoksen toteennäyttämiskynnys. Defensor Legis N:o 6/2017 s. 833–851. (Hyttinen 2017)

Keskeiset rikokset: Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg. 3., uudistettu ja laajennettu laitos. Helsinki, Edita 2014. (Tapani 2014)

Koponen, Pekka: Tahallisuudesta talousrikoksissa. Oikeustiede – Jurisprudentia 35/2002 s. 237–342. (Koponen 2002)

Koponen, Pekka: Talousrikokset rikos- ja prosessioikeuden yhtymäkohdassa. Erityisesti tahallisuuden ja syytesidonnaisuuden kannalta tarkasteltuna. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 249. Helsinki, Suomalainen lakimiesyhdistys 2004. (Koponen 2004)

Koponen, Pekka: Ongelmallinen olosuhdetahallisuus meillä ja Yhdysvalloissa – ovatko systematiikka ja yhdenvertaisuus ylläpidettävissä? Defensor Legis N:o 1/2007 s. 37–53. (Koponen 2007)

Matikkala, Jussi: Tahallisuudesta rikosoikeudessa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 263. Helsinki, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005. (Matikkala 2005)

Matikkala, Jussi: KKO 2006:64 – tahallisuus ja huumausaineen laatu. Lakimies 1/2007 s. 109–118. (Matikkala 2007)

Neira, Taina – Perämaa, Juha – Vasara, Pekka: Rahanpesurikokset oikeuskäytännössä II. Keskusrikospoliisi. Rahanpesun selvittelykeskus. 2/2003. (Neira – Perämaa – Vasara 2003)

Nuutila, Ari-Matti: Rikoslain yleinen osa. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus 1997. (Nuutila 1997)

Sahavirta, Ritva: Rahanpesurikokset. Teoksessa: Lahti, Raimo – Koponen, Pekka (toim.): Talousrikokset. Helsinki, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007 s. 145–176. (Sahavirta 2007)

Sahavirta, Ritva: Rahanpesu rangaistavana tekona. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 286. Helsinki, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008. (Sahavirta 2008)

Tapani, Jussi: Olisiko nyt sanottu viimeinen sana olosuhdetahallisuuden alarajasta? – KKO 2012:66 ja seksuaalipalveluiden ostamisen rangaistavuus. Defensor Legis N:o 5/2012 s. 607–619. (Tapani 2012)

Tapani, Jussi: Esirikoksen yksilöitävyys ja olosuhdetahallisuus. Defensor Legis N:o 5/2013 s. 786–798. (Tapani 2013)

Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi. Helsinki, Talentum 2008. (Tapani – Tolvanen 2008)

Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi. 2. uudistettu painos. Helsinki, Talentum 2013. (Tapani – Tolvanen 2013)

Vihriälä, Helena: Tahallisuuden näyttäminen. Helsinki, Forum iuris – Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut 2012. (Vihriälä 2012)

Virallislähteet

HE 66/1988 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

HE 180/1992 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain täydentämisestä huumausainerikoksia koskevilla säännöksillä.

HE 53/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden rikoslain talousrikossäännösten ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi.

HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

LaVM 28/2002 vp. Lakivaliokunnan mietintö n:o 28 koskien hallituksen esitystä rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi (HE 44/2002 vp).

LaVM 31/2010 vp. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laeiksi rikoslain 32 luvun 6 §:n ja 14 §:n sekä kansainvälisestä oikeusavusta rikosasioissa annetun lain 15 §:n muuttamisesta.

Oikeuskäytäntö

KKO 2006:64

KKO 2009:59

KKO 2012:66

KKO 2013:17

KKO 2013:55

Turun hovioikeus 13.1.2017 nro 101426

Vaasan hovioikeus 11.1.2013 nro 21

Espoon kärjäoikeus 29.8.2014 nro 134991

Etelä-Pohjanmaan kärjäoikeus 29.1.2014 nro 104205

Helsingin kärjäoikeus 19.12.2014 nro 156229

Jyväskylän kärjäoikeus 4.12.2009 nro 2548

Kemi-Tornion kärjäoikeus 18.11.2016 nro 148566

Lapin kärjäoikeus 10.10.2014 nro 143076

Länsi-Uudenmaan kärjäoikeus 17.4.2015 nro 115766

Oulun kärjäoikeus 6.2.2017 nro 104989

Pirkanmaan kärjäoikeus 9.6.2017 nro 123861

Pirkanmaan kärjäoikeus 27.3.2015 nro 114281

Pohjanmaan kärjäoikeus 8.7.2014 nro 129014

Pohjois-Karjalan kärjäoikeus 28.9.2012 nro 1757

EHDOLLISET SAATAVAT JA KONKURSSINVARAINEN SOPIMINEN

CONDITIONAL CLAIMS AND IPSO FACTO CLAUSES IN BANKRUPTCY

Lauri Säilä¹

Helsinki Law Review, 1/2019, pp. 34–55

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Avainsanat:

Konkurssioikeus, ehdollinen saatava, konkurssinvarainen sopimus, soveltamisala, KKO 2016:100, sopimussakko

Keywords:

Bankruptcy law, conditional claim, *ipso facto* clause, scope of application, KKO 2016:100, contractual penalty

ABSTRACT

According to the Finnish Bankruptcy Act (120/2004, as amended) Chapter 1, Section 5, conditional claims are generally considered as acceptable claims in bankruptcy. However, these claims may sometimes contradict with primary bankruptcy law principles, if they seem to be only applicable in bankruptcy. In these situations, conditional claims can be considered to be caused by so called *ipso facto* clauses, meaning contracts (or single terms) that have the sole purpose of affecting the rights of debtors in case of a bankruptcy. Courts and legal scholars have consistently found such agreements unenforceable but the detailed functioning of the doctrine has long been quite unclear.

In response, this article aims to clarify the assessment, giving main emphasis to the critical analysis of a fairly recent case, KKO 2016:100, resolved by the Supreme Court of Finland in December 2016. According to the case analysis, the scope of the clause is found to be the decisive factor, concluding a rather problematic rule that conditional claims may only be regarded as *ipso facto* clauses, if they apply in virtually no other situations than bankruptcy.

¹ Lauri Säilä (LL.B.) is an LL.M. student at the University of Helsinki and M.Sc. student (Business Law) at Aalto University School of Business. This article is based on the author's Bachelor's Thesis.

I. JOHDANTO

I.1 Määritelmät

Konkurssissa huomioitavien saatavien, *konkurssisaatavien*, määritelmä tulee suoraan lainsäädännöstä. Konkurssilain (KonkL, 120/2004) 1:5:n mukaan konkurssisaatavalla tarkoitetaan sellaista velalliselta olevaa saatavaa, jota koskeva velallisen sitoumus tai muu oikeusperuste on syntynyt ennen konkurssin alkamista. Lisäksi täsmennetään, että hyväksyttäviä konkurssisaatavia ovat myös niin sanotut *ehdolliset saatavat*, joiden peruste tai määrä riippuu jostain mahdollisesti vielä realisoitumattomasta ehdosta tai seikasta.²

Tämän artikkelin ydinaiheena ovat sellaiset ehdolliset saatavat, joiden kohdalla on sovittu, että tietyn ehdon täytyessä jo maksettu suoritus tulee palauttaa maksajalle. Käytetään näistä saatavista edellä esitettyä termistöä mukaillen termiä *palautusehtoiset saatavat*.³

I.2 Tutkimuskohde

Ehdolliset saatavat voidaan siis KonkL 1:5:n mukaan valvoa ja selvittää muiden saatavien tavoin. Varsinkin näiden saatavien kohdalla tulee kuitenkin huomata, että sinänsä siviilioikeudellisesti pätevät sopimukset eivät aina voi sitoa sopijapuolen konkurssipesää, mikäli ne on solmittu esimerkiksi yksinomaan mahdollisen konkurssin varalta. Aihetta tullaan jäljempänä käsittelemään syvemmin, mutta sitä voidaan jo havainnollistaa seuraavilla esimerkeillä:

Esimerkki 1.

Yhtiö A antaa yhtiölle B miljoona euroa ehdoin, että summa tulee palauttaa, mikäli B asetetaan konkurssiin. Myöhemmin konkurssi tapahtuu ja palautusehto täyttyy. A:lle syntyy ikään kuin tyhjästä miljoonan euron saatava, jonka olemassaolo luonnollisesti pienentää muille velkojille tulevaa osuutta. Tällaisen saatavan aikaansaava sopimus asettaa velkojat selvästi eriarvoiseen asemaan ja on siten konkurssissa tehoton.

Esimerkki 2.

Yhtiö A antaa yhtiölle B miljoona euroa ehdoin, että summa tulee palauttaa B:n rikkoessa sopimusehtoja, joilla määritellään miten varat voidaan käyttää. Tämän tilanteen kohdalla ei selvästikään ole mitään perustavanlaatuista konkurssioikeudellista ongelmaa. Saatava tulee perittäväksi, mikäli ennen tai jälkeen konkurssiin asettamisen huomataan, että sopimusrikkomus on tapahtunut.

² Nämä saatavat sisältyvät toki edellä mainittuun yleismääritelmään, mutta erityismaininta on otettu lakiin selvytyden vuoksi, ks. HE 26/2003 vp, s. 35.

³ Palautusehtoiset saatavat voidaan sijoittaa ehdollisten saatavien alajaottelussa lykkääväehtoisiin saataviin. Jaosta ks. Kõnkkõlõ – Linna 2013, s. 350.

Ehdollisten saatavien kohdalla tulee näin ollen ottaa huomioon yleinen lähtökohta siitä, että saatavan syntyminen ei saa olla nimenomaan konkurssiin kytkeytyvä, vaan sen tulee voida aktualisoitua myös ilman ajautumista konkurssiin.⁴ Käytettävän terminologian yhdenmukaistamiseksi voidaan siis todeta, että ehdollisen saatavan aiheuttava oikeustoimi ei saa olla *konkurssinvarainen sopimus*.⁵

Vaikeita tulkinnallisia ongelmia aiheutuu kuitenkin silloin, kun ehto voi täytyä näennäisesti monin tavoin, mutta konkurssi muodostaa sen soveltamisalasta olennaisen osan.

Esimerkki 3.

Yhtiö A antaa yhtiölle B miljoona euroa ehdoin, että summa tulee palauttaa, mikäli B:n toiminta lopetetaan. Rahat täysin sovittuun tapaan käytettyään B ajautuu konkurssiin ja sen toiminta loppuu. Näin ollen palautusehto täyttyisi, ja A:lle syntyisi miljoonan euron saatava. Tällaisen saatavan kohdalla on syytä pohtia, onko kyseessä konkurssinvarainen sopimus.

Esimerkissä 3 havainnollistettu jännitteinen tila tietyn tyyppisten ehdollisten saatavien ja konkurssioikeuden yleisten periaatteiden välillä esittää tämän artikkelin ydinaluetta. Aihetta on käsitelty oikeuskäytännössä sekä konkurssioikeudellisessa kirjallisuudessa hyvin vähän, minkä vuoksi arvioinnin selkeyttämiseksi on todellinen tarve. Pääasialliseksi oikeusdogmaattiseksi tutkimuskysymykseksi täsmentyy näin ollen *se, millä edellytyksillä konkurssissa ilmenevä ehdollinen saatava on konkurssinvarainen sopimus ja siten tehoton*.

1.3 Rakenne

Artikkelin alussa käydään läpi yleisesti konkurssinvaraisia sopimuksia oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä luotujen oppien avulla. Tämän jälkeen siirrytään itse palautusehtojen tarkasteluun tästä näkökulmasta tutkimalla kohtuullisen tuoretta ennakkopäätöstä KKO 2016:100. Yleisen katsauksen pohjalta rakennetaan laajempi ja yksityiskohtaisempi analyysi ratkaisusta ja testataan sen kestävyyttä vasta-argumentein.

Lopuksi oikeuskäytännön ja sen kriittisen arvioinnin kautta luodaan yleisemmän tason konstruktio palautusehtojen saatavien ja laajemmin myös konkurssinvaraisten sopimusten konkurssioikeudellisesta arvioinnista. Lopputuloksenaan artikkeli tarjoaa varsin hyvän käsityksen konkurssinvaraisen sopimisen arvioinnin nykytilasta ja siihen liittyvistä ongelmista.

4 KKO 1995:35; Havansi 1992, s. 136; Tuomisto 2010, s. 61–62.

5 Konkurssinvaraisten sopimusten käsitteeseen sisältyvät siis ensinnäkin kaikki sopimukset, mutta myös yksittäiset sopimusehdot, jotka on laadittu konkurssin varalta tai lähinnä vain sitä varten. Synonyymeina tässä valitulle käsitteelle ovat eri kirjallisuuslähteissä muun muassa *konkurssin varalta solmitut sopimukset*, *konkurssin varalta sovitut sopimukset* ja *konkurssin varalta tehdyt sopimukset*. Kansainvälisesti lähimpänä terminä voidaan pitää niin kutsuttuja *ipso facto* -ehtoja.

2. KONKURSSINVARAISTEN SOPIMUSTEN YLEINEN ARVIOINTI

2.1 Konkurssilain sääntely

Konkurssilaissa ei nimenomaisesti säädetä suhtautumisesta konkurssinvaraisiin sopimuksiin. Näiden oikeusvaikutukset konkurssimenettelyssä ovat siten jääneet lain säännösten varsin pitkälle menevän tulkinnan varaan. Tilanne on hieman kummallinen, sillä konkurssinvaraiset sopimukset voivat olla merkittäviä konkurssivelkojille lopulta maksettavan jako-osuuden suuruuden kannalta.⁶

Ei olekaan yllättävää, että muun muassa konkurssiasiaain neuvottelukunta on ehdottanut, että konkurssilaissa olisi hyvä säätää konkurssin varalta tehdystä sopimusmääräyksistä.⁷ Nimenomainen sääntely luonnollisesti linjaisi selkeämmin näiden sopimusmääräysten tulkittamista menettelyn aikana. Muutoksia ei ole kuitenkaan näköpiirissä, minkä johdosta oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on täytynyt luoda asiaan liittyviä oppeja.

Nykyiset näkemykset konkurssinvaraisista sopimuksista juontavat juurensa etenkin velkojien yhdenvertaisuuden periaatteesta, jota pidetään usein konkurssin johtavana arvoperiaatteena.⁸ Nykyisen konkurssilain aikaan ainakin osittaista tukea konkurssinvaraisen sopimisen kiellettyisyydelle saa myös laista esitöineen.

2.2 Konkurssipesän yleinen oikeus vetäytyä sopimuksista

KonkL 3:8:ssä säädetään konkurssipesän oikeudesta sitoutua velallisen sopimukseen. Säännöksen ensimmäisen momentin mukaan konkurssipesä voi halutessaan sitoutua tällaiseen sopimukseen, mikäli se ilmoittaa tästä kohtuullisessa ajassa ja asettaa hyväksyttävän vakuuden sopimuksen täyttämiseksi. Vastapainoksi tälle konkurssipesän ehdolliselle mahdollisuudelle sitoutua sopimukseen, voidaan loogisesti johtaa yleinen oikeus myös kieltäytyä täyttämästä velallisen ennen konkurssia solmimia sopimuksia.⁹

Konkurssipesän yleinen vetäytymisoikeus on itse asiassa koko konkurssimenettelyn perusajatuksen edellyttämä sääntö. Mikäli konkurssipesän olisi sitouduttava suorittamaan vielä keskeneräisen sopimussuhteen mukainen velvoite loppuun, antaisi tämä kyseisen saatavan velkojalle etusijan muihin velkoihin nähden. Kyseinen velkoja saisi nimittäin suorituksensa

6 Näin mm. jäljempänä käsitelty KKO 2016:100, jossa palautusehtoinen saatava oli ylivoimaisesti suurin konkurssissa valvotuista saatavista. Pesänhoitajan arvion mukaan saatavan hyväksyminen kokonaisuudessaan olisi johtanut jako-osuusprosentiksi noin 9,2 %, ja toisaalta, jos sitä ei hyväksyttäisi lainkaan, olisi jako-osuusprosentti ollut noin 43 %.

7 Neuvottelukunnan muistio 11.12.2014, s. 6. Periaatteen perustavanlaatuisuudesta kertoo myös, että siitä on puhuttu jo Konkurssioikeuden kehittämiskomitean mietinnössä 1978:37, s. 555–556.

8 Ks. esim. Koulu 2009, s. 41, 53 sekä konkurssin yleisesti kollektiivisesta luonteesta Koulu – Lindfors 2016, s. 81.

9 Havansi 2005, s. 178–179.

kokonaan, kun muut joutuisivat tyytymään jako-osaansa.¹⁰ Tämä ei olisi konkurssin kollektiivisuuden vaatimuksen ja velkojen yhdenvertaisuuden periaatteen mukaan sallittua. Lähtökohtana täytyy siten olla, että konkurssipesällä on suorastaan velvollisuus vetäytyä sopimuksista, joiden täyttäminen ei olisi kaikkien velkojen kannalta yhteinen etu.¹¹

Kun konkurssipesä käyttää oikeuttaan vetäytyä velallisen solmimasta (ja vielä täyttämättömästä) sopimuksesta, aiheuttaa tämä yleensä sopimusosapuolille saatavan, esimerkiksi vahingonkorvauksen muodossa. Kuten edellä esitetystä konkurssisaatavien määritelmästä voi todeta, tällainen saatava katsotaan konkurssioikeudellisesti relevantissa jaottelussa tavalliseksi konkurssisaatavaksi.¹² Näin sopimussuhteen osapuolesta on tullut muiden konkurssivelkojen kaltainen velkoja ja velkojen yhdenvertaisuuden periaate toteutuu.

2.3 Konkurssinvaraiset sopimukset erityistapauksina

Jos velallinen on kuitenkin ennen konkurssiaan sopinut jotakin nimenomaan konkurssin aikaansaamista vaikutuksista, ei tällaisen sopimuksen ole katsottu voivan sitoa konkurssipesää lainkaan. Laissa tämä käy ilmi selvimmin edellä mainitusta säännöksestä KonkL 3:8, jonka mukaiset konkurssipesän oikeudet on määritelty esitöissä pakottaviksi, eikä niitä näin ollen voi sopimuksin heikentää.¹³ Näin konkurssissa tehottomiksi jäävät esimerkiksi sopimusehdot, joiden mukaan sopimus voidaan purkaa toisen osapuolen konkurssin perusteella.

Myös muut kuin konkurssipesän sijaantulo- tai vetäytymisoikeuteen suoraan vaikuttavat sopimusmääräykset aiheuttavat periaatteellisia jännitteitä, mikäli ne kaventavat pesän lakisääteisiä mahdollisuuksia reagoida konkurssin alkamiseen. Olisi yleisesti ongelmallista, mikäli velallinen ja tämän sopimusosapuolittain voisivat etukäteisesti määräämistöimillään huonontaa konkurssipesän oikeusasemaa.¹⁴ Konkurssin lähtökohtaiseen ideaan nimittäin kuuluu, että pesällä tulee olla toimintavaltuudet, joiden avulla se voi minimoida velkojille koituvat tappiot konkurssissa paremmin kuin mihin velallinen itse kykenee. Siksi näiden toimivaltuuksien rajoittamiseen tarkoitettuja määräyksiä on pidettävä tehottomina.¹⁵

Konkurssinvaraiset sopimukset voivat siis rajoittaa pesän mahdollisuuksia toimia konkurssivelkojen yhtäläisen edun mukaisesti, jolloin ne toimivat vastoin konkurssin nimenomaista tarkoitusta.¹⁶ Tämä on havaittavissa ennen kaikkea edellä esitetyissä tilanteissa, joissa pesää estetään käyttämästä sille laissa annettuja oikeuksia. Sääntö voidaan kuitenkin

yleistää kaikkiin tilanteisiin, joissa konkurssinvarainen sopimus vaikuttaa konkurssivelkojen oikeuksiin, eli perustaa esimerkiksi sinänsä pätevältä vaikuttavan saatavan.¹⁷ Tällaisen saatavan aikaansaavat sopimusmääräykset rajoittaisivat velkojen yhdenvertaisuuden toteutumista täysin samoin, kuin edellä käsitellyt pesän toimintamahdollisuuksia rajoittavat sopimusehdot.¹⁸

Kieltävä suhtautuminen voidaan perustella myös sopimuksen syntyhetkellä vaikuttavan mielekkyyden kautta. Alkuperäisellä velallisella ja tämän sopimuspuolella ei ole käytännössä mitään syytä ottaa huomioon konkurssipesässä määräysvaltaa käyttävien konkurssivelkojen etuja sopiessaan ehdoista, joiden mukaisesti toimittaisiin konkurssin tapahtuessa.¹⁹ Sopijapuolet voivat näin ollen vaikeuksitta hyväksyä kaikki toistensa vaatimukset konkurssia koskien. Tämän vuoksi konkurssinvaraiset sopimukset voidaan lähtökohtaisesti olettaa konkurssipesän kannalta haitallisiksi.²⁰

Huomattavaa kuitenkin on, että oppi konkurssinvaraisten sopimusten sitomattomuudesta perustuu siihen, että niissä sopijapuolet sopivat sivullistahon, eli konkurssivelkojen oikeuksista.²¹ Näin ollen sellaiset sopimukset, jotka ovat relevantteja myös itse sopijapuolten välillä, eivät tule doktriinin piiriin, vaan niitä on pidettävä sitovina myös konkurssissa. Merkityksellisiä arvioinnissa ovat sopimuksen tosiasialliset seuraukset, minkä vuoksi tilanne vaatii paljon tapauskohtaista harkintaa. On esimerkiksi varsin tulkinnanvaraista, milloin sopimus on sopijapuolten välillä niin vähämerkityksinen, että tosiasiallisesti kyseessä on konkurssinvarainen sopimus.

2.4 Konkurssinvaraiset sopimukset KKO:n käytännössä

Edellä esitettyä konstruktiota voidaan yrittää havainnollistaa oikeuskäytännön avulla, vaikkakin KKO:n tasoista käytäntöä on asiaan liittyen olemassa hyvin vähän. Ratkaisussa KKO 1995:35 on kuitenkin käsitelty konkurssinvaraisia sopimuksia ehdollisen saatavan kohdalla.²²

Tapauksessa työntekijä A ja yhtiö B olivat solmineet työsopimuksen, johon sisältyi ehto työnantajasta johtuvan työsuhteen katkeamisen varalta. Ehdon yhteydessä oli nimenomaisesti lueteltu, että se soveltuisi muun muassa yrityksen myynnin tai konkurssin kohdalla. Tällaisen tilanteen varalle työnantajalle annettiin kolme vaihtoehtoa: 1. työnantaja suorittaa 24 kuukauden lisäpalkan; 2. työsuhdetta jatketaan muissa yrityksissä; tai 3. työsuhde siirretään esimerkiksi

10 Niemi-Kiesiläinen 1989, s. 99–100.

11 Tuomisto 2010, s. 25–26.

12 Tarkemmin ks. HE 26/2003, s. 35; Havansi 1992, s. 193.

13 HE 26/2003 vp, s. 54.

14 Havansi 1992, s. 136.

15 Tuomisto 2010, s. 126.

16 Könkkölä – Linna 2013, s. 3; Ovaska 1992, s. 73.

17 Könkkölä – Linna 2013, s. 348; Laajaa sovellettavuutta kuvaa myös lainvalintasopimuksia koskien Kontturi DL 2013, s. 1004.

18 Ks. velkojen maksunsaantijärjestyksestä annetun lain (1578/1992, MJL) 2 §:n asettama pääsääntö ja edellä esitetyt *esimerkit 1–3*.

19 Koulu 2003, s. 99; Sopimus ei ole näissä tilanteissa mielekäs sääntelyväline, Tuomisto 2017, s. 454.

20 Tuomisto 2004, s. 249.

21 Ks. ao. ratkaisu KKO 1995:35, Tuomisto 2010, s. 127.

22 KKO 1995:35 ohella konkurssinvaraista sopimista on käsitelty myös prejudikaateissa KKO 1990:130 sekä KKO 2001:1. Nämä ratkaisut eivät kuitenkaan vaikuta tämän artikkelin substanssiin, sillä ne koskevat saatavien sijaan konkurssinvaraisia purkuehtoja. Tällaiset ehdot jäisivät edellä mainitusti uuteen lakiin sisällytetyn KonkL 3:8 nojalla suoraan tehottomiksi, ks. HE 26/2003 vp s. 54.

yrittäjäkaupan mukana ostajaosapuolelle. Kohdat 2. ja 3. eivät olleet A:sta riippumattomista seikoista johtuen toteutuneet, minkä vuoksi hän valvoi konkurssissa 1 kohdan mukaista 24 kuukauden lisäpalkkaansa.

Sekä Vantaan kihlakunnanoikeus että Helsingin hovioikeus tulkitsivat ehdon konkurssipesää sitovaksi siten, että A saattoi konkurssissa valvoa 1 kohdan mukaisen korvaussaatavansa. KKO tuli kuitenkin toisenlaiseen lopputulemaan. Sen perusteluna oli, että työsopimuslain 41.1 § (320/1970) mukaan työsopimus voitiin työnantajan konkurssin johdosta irtisanoa päättymään 14 päivän kuluttua irtisanomisesta, vaikka irtisanomis- tai työsopimusaika olisikin pidempi. Tähän rinnastuen ehto, jolla kierrettiin tätä pakottavaa säännöstä, oli tehty konkurssin varalta, ja se koski siten kolmannen eli konkurssivelkojen oikeutta.²³

Perustelujen mukaan yhtiön konkurssivelkojat olisivat joutuneet ehdon hyväksymisen johdosta huonompaan asemaan kuin missä he lain mukaan muutoin olisivat. Sen vuoksi mainittu sopimusmääräys oli tehoton suhteessa yhtiön konkurssivelkoihin, eikä siinä sovittua lisäpalkkaa voitu vahvistaa maksettavaksi.

3. KONKURSSINVARAISUUDEN ARVIOINTI RATKAISUSSA KKO 2016:100

3.1 Ratkaisun taustatilanne ja yleinen arviointi

Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisussa KKO 2016:100 tulivat arvioitavaksi edellä esitetyt opit konkurssinvaraisista sopimuksista. Tapauksessa oli kyse säätiön ylläpitämälle sairaalalle myönnettyistä Kelan avustuksista, ja niiden sitovuudesta säätiön konkurssipesän suhteen.

Ongelman asiassa aiheutti avustuspäätöksiin sisällytetty palautusehto:

”Jos avustuksen saanut laitos siirtyy toiselle omistajalle, sen toiminta lopetetaan tai sitä olennaisesti muutetaan tai jos kysymyksessä olevia varoja ei käytetä avustuspäätöksen mukaiseen tarkoitukseen, on varat palautettava Kansaneläkelaitokselle.”

Tapauksessa konkurssipesä ja pesän velkojana ollut pankki eivät hyväksyneet Kelan valvomaa saatavaa, minkä perusteluiksi esitettiin muun muassa sopimuksen tulkintaan, saatavien vanhentumiseen sekä kohtuuttomuuteen liittyviä seikkoja. Tapauksen kannalta olennaisinta kuitenkin oli, että tilanteessa siihen, että kyseessä on konkurssinvarainen sopimus ja siten muita velkoja kohtaan tehoton saatava, jota ei voisi lainkaan valvoa konkurssissa.²⁴

²³ Ks. Jäljempänä kohdassa 5.2 tarkempaa analyysia sen osalta, oliko tässä kyseessä kuitenkin varsinainen konkurssinvarainen sopimus.

²⁴ Ks. KKO 2016:100 kappaleet 4-5 ja kappaleesta 15 eteenpäin.

Käräjäoikeus ja hovioikeus olivat aiemmin katsoneet, että Kelan saatava ei ollut valvottavissa konkurssissa. Tämän perusteeksi etenkin hovioikeus oli katsonut tukipäätöksen sisältämän palautusehdon konkurssinvaraiseksi, kun taas käräjäoikeuden perusteena oli pitkälti sopimuksen tulkintaan liittyvät seikat. Molemmat oikeusasteet olivat joka tapauksessa suhtautuneet palautusehdon aktualisoimaan saatavaan hyvin kriittisesti.

Taustoitusta ratkaisuaan KKO lähti liikkeelle siitä, että ehdolliset saatavat on yleisesti katsottu konkurssisaataviksi, kuten on tässäkin edellä todettu. Sen arvion mukaan palautusehdosta johtuva saatava rinnastuu muihin lykkäävästi ehdollisiin saataviin, joissa ehto ei ole täyttynyt vielä ennen konkurssin alkamista.²⁵

Tämän jälkeen tuomion kappaleessa 15 KKO toteaa lähtökohdan, että sopijapuolen ei pidä joutua oikeudellisesti aiempaa huonompaan asemaan vain sen vuoksi, että toinen sopijapuoli joutuu konkurssiin. Tähän poikkeuksena esitetään kuitenkin velkojen suojaan liittyvät seikat, joiden lainsäädännöllinen pakottavuus estää sopijapuolia tehokkaasti sopimasta velkojen aseman heikennyksistä. Näin ollen tehottomiksi jäävät myös konkurssinvaraiset sopimukset, joiden johdosta konkurssipesä olisi velallista itseään huonommassa asemassa.

Konkurssinvaraisten sopimusten arviointi tapahtuu perustelujen mukaan lähtökohtaisesti sopimuksen tosiasiallisten vaikutusten, eikä esimerkiksi osapuolten tarkoituksen perusteella. Tällaisina sitomattomuuteen viittaavina ehtoina mainitaan ehdot, jotka ovat velkojen kannalta epäedullisia ja realisoituvat vain konkurssissa tai tosiasiallisesti lähinnä vain siinä. KKO kuitenkin toteaa, että jos sen sijaan ehdoilla on hyväksyttävä merkitys myös sopijapuolten välillä, niitä on yleensä pidettävä tehokkaina.

3.2 Yleisten oppien soveltuminen kyseessä olleeseen tilanteeseen

KKO joutui siis tilanteessa arvioimaan, onko edellä esitetty palautusehto ollut tapauksessa tosiasiaa konkurssinvarainen ehto, jonka tulee jäädä tehottomaksi.

Tämän arvioinnin osalta KKO toteaa ensinnäkin, että on ilmeistä, ettei palautusehtoa ole tapauksessa tehty säätiön maksukyvyttömyyden varalta, ja siten konkurssin vaikutusten kiertämiseksi. Ehdolla on ratkaisun mukaan ollut sopijapuolten välillä järkevä ja hyväksyttävä tarkoitus, joka on todettavissa monien muidenkin avustussaatavien kohdalla tavanomaisesta lakisääteisestä palautusvelvollisuudesta konkurssitilanteissa. Tämän tueksi vielä todetaan, että ehdon hyväksyttävyyden puolesta puhuu sen sittemmin tapahtunut lakiin sisällyttäminen.²⁶

²⁵ Ratkaisun kappale 14.

²⁶ KKO ei tarkalleen ottaen nimeä, missä säännöksessä näin on tehty. Ilmeisesti asiassa tarkoitetaan kuitenkin lakia Kansaneläkelaitoksen kuntoutusetuuksista ja kuntoutusrahaetuksista (566/2005), ja sen 12 §:ään vuonna 2010 tehtyä muutosta (HE 22/2010 vp), jonka voimaantulosäännöksessä säädetään mahdollisuudesta määrätä lain nojalla myönnetty avustus palautettavaksi samanlaisin ehdoin, kuin tässä tapauksessa on sovittu.

Toisekseen KKO toteaa, että palautusehto ei tosiasiaassa tule sovellettavaksi lähinnä vain konkurssissa. Tätä tukee etenkin se, että ehto voi täyttyä konkurssin ohella myös monissa muissa tilanteissa, joissa säätiön toiminta lopetetaan. Samoin pidetään selvänä, että pelkkä konkurssiin asettaminen ei edes saa sellaisenaan aikaan ehdon täyttymistä.²⁷

Näiden seikkojen nojalla KKO päättää arviointinsa toteamalla yksioikoisesti:

”kysymys ei ole konkurssin varalta tehdystä tai vaikutuksiltaan sellaiseen rinnastuvasta ehdosta. Palautusehto on siten tehokas säätiön konkurssivelkoihin nähden. Kelalla on palautusehtoon perustuva saatava, jonka se voi valvoa säätiön konkurssissa.”

3.2 Yleisten oppien soveltuminen kyseessä olleeseen tilanteeseen

Läpikäyty ennakkopäätös ei ole herättänyt juurikaan huomiota konkurssioikeudellisessa oikeuskirjallisuudessa, osin varmasti suhteellisen tuoreesta iästään johtuen.²⁸

Ratkaisuun liittyen on löydettävissä ainoastaan Risto Koulun lyhyt kommenttikirjoitus, jossa konkurssioikeudellisia seikkoja hieman sivutaan.²⁹ Ratkaisussa esiintuotua arviointia pidetään kommentissa ongelmattomana ja perusteltuna. KKO tukeutuu Koulun mukaan tutkimuksessa kehitettyyn jaotteluun, jossa merkityksellistä on se, tuleeko sopimusehto sovellettavaksi vain konkurssissa vai onko sillä myös alkuperäisten sopimuskumppaneiden kannalta järkevä funktio. Tämän osaltahan KKO päätyi selvästi jälkimmäiseen vaihtoehtoon.

Ratkaisua pidetään näin ollen perusteltuna ja oikeuskirjallisuudessa luotujen oppien mukaisena. Kommentissa kuitenkin myös huomautetaan, että KKO ei juurikaan tuo esille ratkaisua vastaan puhuvia seikkoja.³⁰ Tämän *pro et contra* -argumentoinnin puuttuminen antaa siten ymmärtää ehkä liian suoraviivaisia linjauksia konkurssinvaraisten sopimusten arvioinnista.

Tässä artikkelissa pyritäänkin seuraavaksi arvioimaan ratkaisun perusteluja kriittisemmin.³¹ KKO:n ratkaisussaan esittämiä seikkoja analysoidaan yksi kerrallaan, minkä tarkoituksena on auttaa ymmärtämään paremmin ratkaisun lopputulosta. Lisäksi arvioidaan ratkaisussa

27 Kappale 21.

28 Varsinaisessa oikeuskirjallisuudessa ratkaisusta on kirjoitettu ainoastaan sopimusoikeudellisesta, sopimusehtojen sisällön määrittämiseen ja tulkintaan keskittyvästä näkökulmasta, ks. Karhu 2017, s. 72. Samoin ratkaisuun on viitattu yleisemmällä tasolla kolmansien oikeutta koskevien sopimusehtojen arvioinnin yhteydessä, ks. Tuomisto 2017, s. 454.

29 Koulun 2017, s. 457–459.

30 Koulun 2017, s. 456.

31 Kriittisen arvioinnin tarpeen osoittamiseksi voidaan sivuhuomiona todeta, että molemmat kyseisen KKO:n ratkaisun osapuolet olivat riidan alussa hankkineet asiantuntijalausunnot korkean akateemisen tason oikeusoppineilta. Näissä lausunnoissa lopulliseen ratkaisuun nähden täysin päinvastaiseen kantaan on päätenyt Turun yliopiston prosessioikeuden professori (silloinen dosentti, yliopistonlehtori) Tuomas Hupli, kun taas Helsingin yliopiston prosessioikeuden professori Risto Koulun on päätenyt KKO:n ratkaisun kanssa yhtenevään näkemykseen.

käsiteltyä tilannetta havainnollistavista näkökulmista, joita KKO ei lainkaan tuo ratkaisussaan esille. Tämä tuonee konkurssinvaraisten sopimusten arvioinnille yleisiä suuntaviivoja.

3.4 Tapauksen mahdollinen julkisoikeudellinen erityislaatuisuus

Ennen kriittistä arviointia on vielä todettava, että tapauksen KKO 2016:100 tilannetta voinee pitää myös peruslähdekohtiltaan erilaisena tavanomaiseen konkurssinvaraiseen sopimiseen nähden.³² Tämän näkemyksen mukaan valtion maksamien avustusten takaisinperintä konkurssitilanteissa on ollut mahdollista lainsäädännössä jo vakiintuneesti, ja siten tapauksessa olisi kysymys vain yksittäisen epäloogisen lainsäädännöllisen aukon tukkimisesta.³³

Tässä artikkelissa lähdetään kuitenkin toisenlaisesta tulkinnasta. On epäilemättä niin, että lainsäädännössä vakiintuneet käytännöt takaisinperinnästä konkurssissa eroavat nimenomaisesta konkurssinvaraisesta sopimisesta, mutta tällaista sääntelyä ei ollut vielä tapauksessa relevanttien avustusten aikaan voimassa. Tämän vuoksi tapauksen rinnastaminen yleistetymin konkurssinvaraiseen sopimiseen katsotaan artikkelissa perustelluksi.

Myöskään KKO ei oletettavasti ole jakanut näkemystä tilanteen täydellisestä poikkeuksellisuudesta, vaikka ratkaisun kappaleesta 20 voikin tämän suuntaista johtaa. Mikäli analogisesti katsottaisiin, että kyseessä on lainmukainen avustussaatavan takaisinperintä ja siten konkurssissa sitova saatava, voisi argumentoinnin käytännössä lopettaa ratkaisun kappaleeseen 20. KKO jatkaa argumentointiaan kuitenkin huomattavasti tästä eteenpäin, mikä osaltaan näyttää, että asian on katsottu kuuluvan ainakin osittain tavanomaisten konkurssinvaraisen sopimisen soveltamisalaan.

Joka tapauksessa on hyvä tiedostaa, että avustussaatavien takaisinperintää voi lakiin perustuvana oikeutena pitää tavallisista konkurssinvaraisista sopimuksista poikkeavana tilanteena, joka on yleisesti katsottu konkurssissa hyväksyttäväksi.³⁴ Edellä mainituista syistä tätä näkökulmaa ei kuitenkaan jäljempänä korosteta, vaan käytännössä tilannetta tullaan käsittelemään puhtaasti sopimuksena Kelan ja sairaalan välillä.³⁵

32 Esimerkiksi professori Koulun rinnastaa oikeuteen toimitetussa lausunnossaan tapauksen hallintolupaan sisällytettyyn lupaehtoon, eikä siis lainkaan pidä tilannetta osapuolten välisenä sopimisena.

33 Tämä näkemys johtaa hieman kyyniseen olettamaan, että samaan ratkaisuun ei olisi päädytty, mikäli tilanteen osapuolena olisi ollut Kelan sijaan puhtaasti yksityinen toimija. Tämä luonnollisesti pienentäisi mahdollisuutta tehdä tapauksesta pidemmälle vietyjä johtopäätöksiä.

34 Tämä voidaan todeta varsinaisen lainsäädännön lisäksi myös käytännössä esimerkiksi Helsingin kärjäoikeuden päätöksestä 08/12809, jolla Epilepsiasäätiön (0201114-1) konkurssin jakoluettelo on hyväksytty. Siinä jakoluetteloon on hyväksytty Sosiaalija- ja terveysministeriön takaisin perimä avustus, mikä on perustunut raha-automaattivastuksista annetun lain (1056/2001) 5 lukuun.

35 Toisenlaiseen tulkintaan päätyminen ei poistaisi ratkaisun kriittisen arvioinnin tarvetta, sillä kokonaisuutena on ilmeisesti ollut institutionaalisille velkojillekin täysin yllättävä. Tämä ilmenee esimerkiksi KKO:lle toimitetusta vastauksesta (Nordea Pankki Suomi Oyj, 8.9.2016, s. 3): ”Mikäli Reumasäätiöllä olisi ollut vastuullaan yli 20.000.00 euron piilevä velkataakka, eivät rahoituslaitokset – olisi rahoittaneet säätiön toimintaa.”

4. RATKAISUN KKO 2016:100 KRIITTINEN ARVIOINTI

4.1 Ehdon sopimisen tarkoitus ja julkisoikeudellinen tausta

Lähdetään arvioinnissa liikkeelle ratkaisun kappaleista 19 ja 20, joissa KKO korostaa sitä, että palautusehtoa ei selvästikään ole tehty konkurssin vaikutusten kiertämiseksi. Tämän tueksi todetaan, että ehto on nykyään itse asiassa sisällytetty lainsäädäntöön.

Argumentin tulkinnassa on huomioitava konkurssioikeudelliset lähtökohdat velkojen yhdenvertaisuudesta. Periaate tarkoittaa konkurssioikeudessa muun muassa sitä, että julkisoikeudellisille saataville ei voi antaa tulkinnallista etua yksityisoikeudellisiin saataviin nähden, mikäli ne ovat etusijaltaan samanarvoisia.³⁶ Näin ollen ratkaisun tulkinnassa ei tule antaa merkittävää arvoa sille seikalle, että kyseessä oleva saatava voi nykyisin aktualisoitua suoraan lainsäädännön perusteella, vaan arviointi voidaan ulottaa koskemaan kaikkia samanehtoisia siviilioikeudellisia sopimuksia.³⁷

Sopimusehdon julkisoikeudellinen tausta voidaan siten ottaa huomioon käytännössä vain sen osoittamiseksi, että ehto ei ole ollut suoranaisesti lainvastainen tai taustatarkoituksiltaan vilpillinen.³⁸ Tämä onkin varmasti totta, mutta väärinkäsitysten välttämiseksi on todettava, että myöskään sopimisen tarkoituksen kohdalla julkisoikeudellisuukselle tai legaalisuudelle ei saa antaa merkitystä. Julkisen edun ohella ehdon tarkoituksena olisi kahden yksityisen toimijan välillä voinut olla myös moni muu, kuten jokin rahoitusehtoihin tai vaikkapa osapuolten henkilöllisiin ominaisuuksiin liittyvä seikka.³⁹

Konkurssioikeudelliselta kannalta kohtalokasta ei oletettavasti edes olisi, että ehdosta olisi sovittu nimenomaan vilpillisessä tarkoituksessa, jos tällaisia vaikutuksia ei tosiasiallisesti kuitenkaan olisi.⁴⁰ Ainoastaan tosiasiallisilla seurauksilla on konkurssin kannalta merkitystä.⁴¹ Näin ollen KKO:n toteamus ehdon sopimisen tarkoituksesta ja julkisoikeudellisesta taustasta on pitkälti tarpeeton konkurssinvaraisten sopimusten arvioinnissa.

36 Tämä voidaan todeta lainsäädännöstä, MJL 2 §, ks. Tammi-Salminen 2001, s. 127.

37 Kappaleessa 3.5 todetusti nykytilanteessa, jossa takaisinperinnän mahdollistava lainsäädännös on tullut voimaan, tätä rinnastusta ei kuitenkaan voisi ongelmitta tehdä.

38 Tämä voidaan johtaa myös sittemmin lakiin otetun säännöksen perusteluista, joissa tavoitteeksi asetetaan, että avustusvarojen päätyminen oikeaan käyttötarkoitukseen, ks. HE 22/2010 vp, s. 4–5.

39 Esimerkiksi tapauksessa KKO 1995:35 ehdon sopimisen tarkoituksena oli kihlakunnanoikeuden mukaan se, että työntekijä oli saatu näin houkuteltua vaihtamaan pois vakiintuneesta työpaikastaan. Tarkoitusta korosti myös, että työntekijällä oli ollut suurehko perhe huollettavanaan. Ks. Vantaan kihlakunnanoikeuden päätös S 92/237, 10.12.1992, s. 9–10.

40 Tällöin voitaisiin toki arvioida ehdon mielekkyyttä yleisten siviilioikeudellisten periaatteiden kannalta. Ks. esim. Hemmo 2003, s. 407.

41 Tämänhän KKO itsekään toteaa aiemmin ratkaisunsa kappaleessa 15.

4.2 Konkurssi palautusehdon laukaisijana

Sopimisen laillisen tarkoituksen ohella KKO pitää ratkaisussa huomionarvoisena sitä, että konkurssiin asettaminen ei sellaisenaan toteuta yhtäkään ehdoista.⁴² Tämän toteamuksen arvioinnissa tulee myös käyttää tiettyä kriittisyyttä.

Ensinnäkin ratkaisun kohdan voisi ymmärtää siten, että konkurssin nimenomainen mainitseminen olisi jollain tapaa voinut muuttaa arviointia. Tämä ei kuitenkaan voi pitää paikkaansa, sillä tällöin mahdollistettaisiin sopimusten sanamuotojen muodollinen järjestely siten, että konkurssi ei varsinaisesti laukaisisi sopimuksen ehtoja, vaikka tosiasiallisesti näin tapahtuisikin. Tämä ei luonnollisesti olisi hyväksyttävä tilanne.⁴³

Toisekseen on huomioitava, mitä tosiasiallisesti seuraa, kun palautusehdon täyttymistä arvioidaan konkurssin kaikkien erilaisten tyyppien kohdalla:⁴⁴

Likvidaatiokonkurssi: konkurssin seurauksena yhtiön liiketoiminta päättyy kokonaisuudessaan, kun kaikki liiketoimintaan käytetty omaisuus realisoidaan esineittäin myymällä.

Saneerauskonkurssi: velallisen liiketoimintaan käyttämä omaisuus myydään toimivana kokonaisuutena eteenpäin.

Jatkamiskonkurssi: konkurssipesä jatkaa omissa nimissään liiketoimintaa, jota velallinen on ennen konkurssia harjoittanut.

Luetelluista konkurssityypeistä ainoastaan niin kutsutussa jatkamiskonkurssissa palautusehdon kohdista yksikään ei konkurssin myötä toteutuisi.⁴⁵ Kuitenkin, koska konkurssipesän nimissä tapahtuva liiketoiminnan jatkaminen ei todellisuudessa voi olla pysyvä asiantila⁴⁶, johtaa konkurssi *de facto* aina palautusehdon täyttymiseen, joko likvidaatio- tai saneerauskonkurssin kautta.

Edellä kuvatun perusteella voidaankin todeta, että asian arvioinnin kannalta olisi yhdentekevää, olisiko palautusehdon sanamuotoon kuulunut lisäys: ”tai laitos asetetaan konkurssiin”. Tämän huomioiminen korostanee ratkaisussa tehtyjen linjausten merkitystä, vaikka lisäys ei tosiasiallisesti johtaisi millään tavalla eri tilanteeseen. Samalla KKO:n argumentti siitä, että konkurssi sellaisenaan ei toteuta palautusehtoa, jää jokseenkin kyseenalaiseksi.⁴⁷

42 Ratkaisun kappale 21.

43 Tämän toteaa esim. Tuomisto 2010, s. 62–63.

44 Konkurssityyppien lajittelusta ks. esim. Koulumäki 2009, s. 17.

45 Likvidaatiokonkurssissa toiminta lopetetaan ja saneerauskonkurssissa laitos siirtyy toiselle omistajalle, eli molemmissa tilanteissa palautusehto laukeaa aina.

46 Tämä seuraa käytännössä KonKL 14:1:n asettamasta konkurssin joutuisuuden vaatimuksesta.

47 On kiistatonta, että vielä konkurssiin asettaminen ei suoranaisesti laukaise palautusehtoa, mutta tämän argumentin korostaminen olisi edellä todetulla tavalla kestävämpiä.

4.3 Saatavan olemassaolo konkurssista riippumatta

Kun on edellä todettu, että konkurssi toimii aina palautusehdon laukaisijana, yhtenä konkurssinvaraisuuden arvioinnin yleisenä kriteerinä on luonnollisesti sen arvioiminen, olisiko velkojalla oikeus valvomaansa määrään konkurssista riippumatta.⁴⁸ Tämän arvioinnin KKO jättää ratkaisussaan täysin tekemättä.

Tapauksessa konkurssista riippumatonta saatavaa ei ole ilmeisesti edes väitetty olevan. Ennen konkurssia säätiö on siis toiminut jatkuvasti palautusehtoa rikkomatta. Kun mikään palautusehdon kohdista ei ole täyttynyt, Kelalla ei ole ollut konkurssia ennen minkäänlaista saatavaa säätiöltä.⁴⁹ Asiantilaa voidaan havainnollistaa siltä kannalta, miten asiaa tulkittaisiin palautusehdon puuttuessa.

Mikäli palautusehdosta ei olisi sovittu, tilannetta arvioitaisiin ennen kaikkea perusteettoman edun palautusta koskevien normien mukaan.⁵⁰ Tässä arvioinnissa olennaista olisi esimerkiksi se, onko säätiö käyttänyt varansa siten kuin avustuspäätöksessä on sovittu.

Perusteettoman edun palautukseen perustuva saatava olisi selvästikin valvottavissa konkurssisaatavana. Tilanteessahan on ollut konkurssin alkaessa jo tapahtunut ei-tahdonilmaisullinen teko tai laiminlyönti, joka suoraan lain nojalla johtaa maksuvelvollisuuteen.⁵¹ Asia on havaittavissa myös vanhassa korkeimman hallinto-oikeuden käytännössä, kun ratkaisussa KHO 1951 I 2 on viitattu konkurssisaatavana pidettyyn valtionavun palautussaatavaan, kun avustusta oli käytetty sen ehdoissa määrätyn tarkoituksen vastaisella tavalla.⁵²

Kun Kelalla ei tässä kuitenkaan olisi konkurssista riippumatonta saatavaa, on tilanne epätavanomainen. Klassinen konkurssioikeuden taustalla vaikuttava ajatus siitä, että konkurssipesän velkojat ovat tietynlaisesta kollektiivisesta tappion kärsijän asemassa, ei nimittäin tunnu soveltuvan. Kelahan käytännössä saa konkurssin seurauksena saatavan, jota sille ei muutoin kuuluisi.

Käytännössä poikkeukselliselta vaikuttava tilanne voisi pikaisesti arviotuna viitata kiellettyyn konkurssinvaraisuuteen. Ominaisuuksiltaan lähimmäksi siviilioikeudelliseksi konstruktioksi voidaan

48 Onhan jo määritelmällisestikin selvää, että sopimus ei voi käytännössä olla konkurssinvarainen, jos se soveltuu muutoinkin.

49 Oletus voidaan tehdä, sillä esimerkiksi perusteettoman edun palautukseen vedottaisiin oletettavasti vähintään toissijaisena vaatimuksena, varsinkin ottaen huomioon, että ensisijaisen vaatimuksen menestyminen ei selvästikään ole varmaa. Vaikka tilanne kuitenkin olisi mahdollisesti ollut tapauksessa toinen, on tässä teoreettisen mielenkiinnon kannalta syytä ottaa tämä asetelma.

50 Mäenpää 2003, s. 424; Norros 2012, s. 83.

51 HE 26/2003, s. 35; Havansi 1992, s. 193.

52 KHO 1951 I 2 ja Viikkonen 1973, s. 49.

kuitenkin nostaa sopimussakko. Sopimussakon kohdalla tilanne voi nimittäin faktisesti muistuttaa suuresti tätä, mikäli sakon suuruus on syystä tai toisesta asetettu huomattavasti todellista vahingon osuutta suuremmaksi.⁵³ Kun tilanne edellä mainitusti tulee voida rinnastaa myös julkisoikeudellisten tilanteiden ulkopuolelle, on hyödyllistä vielä tarkastella asiaa sopimussakon näkökulmasta.

4.4 Sopimussakkosaatavan sitovuus konkurssissa

Kuten edellä on todettu, klassisia esimerkkejä konkurssinvaraisista sopimuksista ovat erinäiset oikeustoimet, joilla rajoitetaan KonkL 3:8:ään perustuvaa konkurssipesän yleistä oikeutta vetäytyä velallisen sopimussuhteista. Tällaisia voivat olla muun muassa sopimukset vahingonkorvauksista, sopimussakoista tai muista sopimusrikkomuksen seurauksista. Jotta näitä sopimusehtoja pidettäisiin konkurssinvaraisina, ja siten pesää sitomattomina, määräysten tulee kuitenkin koskea ainoastaan konkurssitilanteita.⁵⁴

Jos taas sopimusrikkomuksen seuraamuksia koskevat ehdot koskevat myös muita tilanteita kuin konkurssia, on tällaisia ehtoja pidetty sitovana myös korvauksen sovittu suuruus mukaan lukien.⁵⁵ Näin ollen myös tällaisen sopimuksen irtisanomiseen sidottua sopimussakkoa, jonka suuruus on huomattavasti kärsittyä vahinkoa suurempi, voidaan lähtökohtaisesti pitää konkurssipesää sitovana. Tämä on tavallaan luonnollista, sillä kyseinen sopimussakkosaatava on yksinkertaisesti seurausta velallisen tekemästä hänelle itselleen epäedullisesta oikeustoimesta, jonka kohtuullistaminen ei ole konkurssioikeudellisen arvioinnin asia.⁵⁶

Oikeuskäytännönkin perusteella voidaan päätyä siihen, että Suomen oikeusjärjestyksessä konkurssissa sitoviksi oletetaan lähtökohtaisesti myös sellaisten sopimuslausekkeiden aiheuttamat saatavat, jotka johtavat sopijapuolelle aiheutuneiden vahinkojen ylikompensointiin.⁵⁷ Näin pesän suojakeinoksi jää lähinnä mahdollisuus vedota sopimuksen sovitteluun, vaikkakin tähän sillä on vain samat edellytykset kuin velallisella itsellään.⁵⁸

Näin ollen, kun edellisessä kappaleessa on todettu arvioitavana olevan palautusehdon rinnastuminen sopimussakkotilanteeseen, voidaan myös tapauksen KKO 2016:100 palautusehdon aiheuttaman saatavan arviointi jälleen kerran tyypistää siihen, tuleeko palautusehto sovellettavaksi oleellisesti vain konkurssitilanteessa.

53 Esimerkki: A:n tulee toimittaa B:lle tuhannen euron arvosta hyödykkeitä tiettyä ajankohtana, tai hänen maksettavakseen tulee miljoonan euron sopimussakko. A ajautuu yllättäen konkurssiin eikä kykene toimittamaan hyödykkeitä. Näin B:lle syntyy miljoonan euron saatava konkurssipesältä, vaikka varsinaista vahinkoa ei ole läheskään tuota määrää.

54 Tuomisto 2010, s. 61.

55 Tuomisto 2010, s. 62.

56 Muissa oikeusjärjestyksissä tähän hieman jännitteeseen asiantilaa on reagoitu ilmeisesti siten, että todellisen vahingon ylittävälle korvaussuhteelle jaetaan osinkoa vasta tavallisten konkurssisaamisten jälkeen. Näin on ainakin ollut esimerkiksi Tanskassa ja Norjassa, ks. Tuomisto 1991, s. 277.

57 Tuomisto 1991, s. 278.

58 Tuomisto 1991, s. 277.

5. RATKAISUN YDINASIAT KRIITTISEN ARVIOINNIN PERUSTEELLA

5.1 Ehdon soveltamisalan konkurssinvaraisuus

Edellä esitettyjen seikkojen perusteella voidaan todeta, että ratkaisun KKO 2016:100 ylivoimaisesti olennaisimmaksi seikaksi nousee ratkaisun kappaleen 21 kaksi ensimmäistä virkettä: ”Ehto ei myöskään tosiasiasa tule sovellettavaksi lähinnä vain konkurssissa. Palautusehto voi täytyä eri tilanteissa, ja myös laitoksen toiminta voidaan lopettaa muusta syystä kuin konkurssin vuoksi.”

Tämän KKO:n linjauksen taustalla on ilmeisesti ennen kaikkea tarkasteltavana olevan palautusehdon moniosaisuus. Palautusehto voi nimittäin aktualisoitua käytännössä neljällä eri tavalla:

1. toiminta siirtyy toiselle omistajalle;
2. toiminta lopetetaan;
3. toimintaa olennaisesti muutetaan; tai
4. kysymyksessä olevia varoja käytetään väärin.

Arvioinnissa ratkaisevaa on siis juuri se, että myös muut seikat kuin säätiön ajautuminen konkurssiin olisivat hyvin voineet laukaista palautusehdon soveltumisen. Tämä on epäilemättä totta, sillä yhtiön toiminnan päätyminen konkurssiin ei liene ainakaan todennäköisempi vaihtoehto säätiön toiminnan loppumiselle, kuin toiminnan lopettaminen muusta syystä tai sen toiminnan myyminen toiselle omistajalle. Lisäksi varojen väärinkäyttö on oletettavasti avustusvarojen tapauksessa jopa tyypillinen palautusvelvollisuuden aiheuttaja.

Palautusehdon osalta voidaankin katsoa, että ehdon soveltamisala on niin laaja myös konkurssitilanteiden ulkopuolella että se ei käytännössä voi olla konkurssinvarainen ehto sanan varsinaisessa merkityksessä.⁵⁹ Tällä perusteella voidaan KKO:n tavoin todeta, että ehto rinnastuu mihin tahansa muuhun lykkäävästi ehdolliseen saatavaan, joka aktualisoituu konkurssin seurauksena ja aiheuttaa Kelalle valvontakelpoisten konkurssisaatavan.

5.2 Vertailu aiempaan käytäntöön

Ratkaisun osalta on huomattava kuitenkin vielä edellä käsitellyssä ratkaisussa KKO 1995:35 tehty linjaus. Siinähan konkurssinvaraiseksi tulkittiin ehto, jonka soveltamisala oli myös laajempi kuin pelkkä konkurssi. Tarkalleen ottaen ehdon soveltamisala oli kirjattu seuraavasti: ”Työnantajasta johtuva työsuhteen katkeaminen (yrityksen myynti, konkurssi tai jokin vastaava)”. Näin ollen

59 Ks. esim. Tuomisto 2010, s. 63 tästä arvioinnista.

tässäkin tapauksessa ehdon soveltamisala ulottui paljon konkurssia laajemmalle, mutta silti se katsottiin konkurssin varalta tehdyksi.

Olenneista ratkaisussa on kuitenkin ollut työsopimuslain nimenomainen säännös, joka on estänyt sopimuksen sitovuuden konkurssissa. Tämän johdosta ehto, jolla pyrittiin rajoittamaan säännöksen konkurssipesälle antamia oikeuksia, oli KKO:n mukaan tehty tosiasiallisesti konkurssinvaraisesti.

Tässä artikkelissa esitetyn konstruktion mukaan tätäkään ehtoa ei kuitenkaan olisi pidetty varsinaisena konkurssinvaraisena sopimisena, sillä myös tässä tapauksessa ehdolla on epäilemättä ollut todellista merkitystä myös alkuperäisten sopijapuolten välillä ja konkurssitilanteen ulkopuolella. Ehdon sitomattomuus konkurssissa olisi sen sijaan voitu johtaa suoraan työsopimuslain sääntelyn indispositiivisuudesta.⁶⁰

6. RATKAISUN SEURAUKSET

6.1 Ehdollisten saatavien sitovuus

Edellä tarkasteltu ratkaisu KKO 2016:100 ei sinänsä muuta vakiintunutta konkurssioikeudellista näkemystä palautusehtoisten saatavien kohdalla.⁶¹ Tämä onkin tavallaan luonnollista, sillä kyseisen kaltaisia ehtoja käytetään erinäisten avustusvarojen yhteydessä laajalti. Toisensuuntainen ratkaisu olisi mahdollisesti aiheuttanut epävarmuutta oikeustilaa ja erinäisten avustusvarojen väärinkäyttöä.

Merkittävämpi seuraus ratkaisusta on kuitenkin yleisesti ehdollisten saatavien konkurssinvaraisuuden tulkinnan selkeytyminen. Aiemman, hieman epäselvän ratkaisun KKO 1995:35 rinnalle on nyt saatu uusi, paremmin kirjallisuudessa esitettyjä näkemyksiä vastaava ennakkoratkaisu konkurssinvaraisesta sopimisesta. Kuten edellä todettu, myös tämän ratkaisun perustelujen kohdalla tulee kuitenkin noudattaa tiettyä kriittisyyttä.⁶²

6.2 Ratkaisun kohtuullisuus

Ratkaisun lopputuloksena olevassa tilanteessa on kuitenkin edellä esitetysti huomattavaa, että minkäänlaista saatavaa ei normaalien siviilioikeudellisten käytäntöjen mukaan olisi, mikäli palautusehtoa ei tilanteessa olisi ollut. Näin ollen palautusehdon sitovuus on muiden

60 Ks. Havansi 1992, s. 142. Samanlainen tilanne olisi katsoakseni myös jos tapauksen KKO 2016:100 avustussaatavia perittäisiin takaisin nyt, tarvittavan lainsäädännön tultua voimaan.

61 Edellä todetusti avustussaatavien takaisinperintä konkurssissa on käytännössä vakiintuneesti lainsäädäntöönkin sisällytetty asiantila. Ratkaisu näyttää kuitenkin sen, että takaisinperintä on perusteltavissa myös yleisten konkurssinvaraisten sopimisen oppien kautta.

62 Samoin tulee muistaa artikkelin kappaleessa 3.5 esitetty mahdollisuus päätöksen toisenlaisesta tulkinnasta, vaikka siihen ei tässä päädytäkään.

velkojen kannalta erityisen raskas seikka, ja voisi näin ollen vaikuttaa johtavan kohtuuttomaan tilanteeseen.

Kohtuuttomuuskysymysten kohdalla on kuitenkin huomattava se, mihin KKO ratkaisussaan päätyy. Tuomion viimeisessä kappaleessa 24 nimittäin todetaan, että koska käräjäoikeus ja hovioikeus olivat hylänneet Kelan kanteen palautusehdon tehottomuuden perusteella, saatavien vanhentumista ja kohtuullistamista koskevien vaatimusten osalta asia tuli palauttaa asianmukaisesti käräjäoikeuden käsiteltäväksi.

Tässä tutkielmassa ei tarkastella syvällisemmin näitä saatavien kohtuullistamista ja vanhentumista koskevia seikkoja, mutta oletettavaa on, että alkuperäinen yli 20 miljoonan euron saatava pienentyisi merkittävästi tässä arvioinnissa.⁶³ Tämä ei kuitenkaan poista sitä seikkaa, että näiden asioiden arviointi ei kuulu itse saatavan valvontakelpoisuuden arvioimiseen siltä osin, onko kyseessä konkurssinvarainen sopimus.⁶⁴

KKO:n tehdessä ratkaisunsa 28.12.2016, kyseinen riita-asia oli ollut vireillä yli kuuden vuoden ajan.⁶⁵ Kun ratkaisun seurauksena asia palautettiin jälleen käräjäoikeuden käsittelyyn, asian osapuolet ovat varsin ymmärrettävästikin päätyneet sovintoratkaisuun pitkittyneen käsittelyn lopettamiseksi.

Mielenkiinnon vuoksi todettakoon sovinnon lopputulemana olleen, että Kelan saatavan määräksi jakoluetteloon hyväksyttiin ja vahvistettiin 7 miljoonaa euroa, eli se soviteltiin noin kolmasosaan. Tämän lopputuleman mahdolliseen oikeasuhtaisuuteen ei kuitenkaan oteta tässä kantaa.

7. PÄÄTELMÄT JA YHTEENVETO

7.1 Ehdolliset saatavat ovat lähtökohtaisesti valvottavissa konkurssissa

Artikkelin lopputulemana voidaan varsin perustellusti todeta, että mitään lähtökohtaista ongelmaa ei ole sille, että ehdolliset saatavat ovat sitovia myös konkurssitilanteessa.

Huomioon tulee kuitenkin ottaa yleinen lähtökohta siitä, että velallisen tekemät konkurssinvaraiset sopimukset eivät sido konkurssipesää. Ehdollisten saatavien kohdalla tällainen tilanne voi luonnollisesti tulla kyseeseen, mutta tällöin vaaditaan erityisen oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä syntyneen kriteeristön täyttymistä.

63 Esimerkiksi käsitellyssä ratkaisussa KKO 1995:35 kihlakunnanoikeus ja hovioikeus pitivät saatavaa todetusti konkurssisaatavana, mutta sen suuruus soviteltiin neljäsosaan sopimusehdon mukaisesta.

64 Ks. esim. Koulu 2009, s. 54, KKO 2016:100 k. 22.

65 Oikeudenkäynti oli käynnistynyt riitautuksen johdosta 20.12.2010, ja Päijät-Hämeen käräjäoikeus oli päätöksellään 23.3.2011 vahvistanut konkurssin jakoluettelon ja siirtänyt riitautuksen käsittelyn riita-asian käsittelyjärjestykseen. Itse konkurssiin asettamispäätös on sen sijaan annettu jo 30.3.2010.

7.2 Yleiset päätelmät konkurssinvaraisesta sopimisesta

Ratkaisusta KKO 2016:100 voidaan johtaa päätelmiä ehdollisten saatavien konkurssinvaraisuudesta. Edellä näytetysti olennaisinta ratkaisussa on KKO:n suorittama arviointi siitä, koskeeko palautusehto todellisesti myös muita kuin konkurssitilanteita. Tähän vastaaminen voi käytännössä aiheuttaa haasteita, koska sopimuskumppaneiden on käytännössä varsin helppo saada sopimusehto muodollisesti vaikuttamaan siltä, ettei sitä ole sovittu ainoastaan konkurssia varten.⁶⁶

Arvioinnin perustana pitää siten olla palautusehdon täyttymismahdollisuuksien tosiasiallinen relevanssi. Esimerkiksi Tuomisto on käyttänyt tämän osalta erotteluperusteena ajatusta siitä, voidaanko velallisen todella olettaa antaneen sopimuksen hyväksyttävyyttä punnitessaan painoa kyseiselle sopimusehdolle.⁶⁷ Näin ollen konkurssin varalta sovitun sopimusehdon merkitys pelkistyy sellaisiin sopimusehtoihin, joilla ei faktisesti ole itse velalliselle juurikaan riskiä tai merkitystä, koska näiden kohdalla aktualisoituminen tapahtuu käytännössä vain konkurssitilanteessa. Jos velallisen on taas tullut antaa merkitystä sopimusehdolle siitä sopiessaan, ei kyseessä ole konkurssinvarainen sopimus.⁶⁸

Tutkitussa ratkaisussa KKO on antanut merkitystä myös monille muille seikoille, mutta artikkelin jakson 4 mukaisesti niiden painoarvo asiassa on ollut lähes mitätön. Esimerkiksi osapuolten tekemän sopimuksen tosiasiallisen tarkoituksen arvioinnilla tulee olla konkurssioikeudellisessa arvioinnissa vain välillistä arvoa.

Ratkaisun perusteella konkurssinvaraisen sopimisen arviointi voidaankin pelkistää seuraavasti kahteen kohtaan:

1. Soveltamisala: konkurssinvarainen sopimus on soveltamisalaltaan sellainen, että se soveltuu vain konkurssissa tai tosiasiallisesti lähinnä vain siinä.⁶⁹
2. Asiallinen lopputulos: konkurssinvaraisen sopimuksen johdosta konkurssipesän asema tosiasiallisesti heikkenee verrattuna siihen, mikä se olisi lain mukaan.⁷⁰

66 Tästä syystä on katsottu, että konkurssinvaraisuuden tulee olla mahdollista laajemminkin, ks. Könkkölä – Linna 2013, s. 349.

67 Tuomisto 2010, s. 63.

68 Sillä, että kyseessä voi olla yksinkertaisesti velallisen huonon sopimisen aiheuttama totaalisen epäedullinen sopimus, ei ole konkurssissa merkitystä. Ks. esim. Tammi-Salminen 2001, s. 128–129, koskien luotonantajalle aina jäävää riskiä.

69 KKO 2016:100 kappale 16, viimeinen virke.

70 Asiallisen lopputuloksen vaatimusta ei tässä artikkelissa ole edellä käsitelty kuin ohimennen, sillä tiukan soveltamisalavaatimuksen vuoksi se jää ehdollisten saatavien kohdalla hyvin teoreettiseksi seikaksi. Ratkaisun kappaleen 15 perusteilla voidaan kuitenkin KKO:n tavoin todeta, että positiivisesti vaikuttavan ehdon tilanteessa velkojen suojaan liittyvät konkurssioikeudelliset periaatteet eivät samaan tapaan sovellu. Tämän vuoksi konkurssinvaraisen sopimuksen tulee tosiasiallisesti myös heikentää konkurssipesän lainmukaista asemaa. Tällaista asiallisen lopputuloksen lisävaatimusta käyttää oikeuteen toimitetussa lausunnossaan myös professori Koulu.

7.3 Lopuksi

Artikkelin edetessä on tullut selväksi, että konkurssinvaraisten sopimusten arviointi on varsin vaikeasti tulkittava osa konkurssioikeutta. Sekä ratkaisussa KKO 1995:35 että KKO 2016:100 huomionarvoista on se, että KKO on päätenyt käytännössä täysin päinvastaiseen lopputulokseen kuin alemmat oikeusasteet. Lisäksi edellä esitetyn perusteella voidaan myös KKO:n perusteluissa havaita tiettyjä epäselvyyksiä, jotka voivat olla omiaan hankaloittamaan asian tulkintaa.

Tilanteiden tulkinnallisuus osaltaan johtaa oletettavasti siihen, että käytännössä tapaukset usein sovitaan, eikä hitaaseen ja raskaaseen oikeudenkäyntiprosessiin ryhdytä. Tähän kannustaa tietysti myös se, että prosessi saattaa vielä päättyä ensimmäisellä kierroksella tietynlaiseen tuloksettomuuteen, kuten tapauksessa KKO 2016:100. Mainituista asioista seuraava ratkaisuiden vähäisyys ei ainakaan helpota tilanteiden yhtenäistä tulkintaa.

Tässä artikkelissa on KKO:n käytännön pohjalta pyritty esittämään ehdollisten saatavien konkurssinvaraisuuden arviointiin yhteisiä perusteita, mutta tilanne jää edelleen hyvin avoimeksi. Edellä johdettu, yksinomaan sopimuksen tosiasialliseen *inter partes* järkevyyteen perustuva sääntö voi yksinkertaisuudessaan vaikuttaa mielekkäältä, mutta todellisuudessa linjaus avaa näyttövaikkeuksien johdosta huomattavia mahdollisuuksia keinottelulle.

Tämän vuoksi voidaan lopuksi todeta *de lege ferenda*, että konkurssinvaraisten sopimusten yhtenäisen tulkinnan kannalta olisi hyödyllistä, mikäli niistä olisi huolellisesti valmisteltua yleistä lainsäätelyä. Näinhän on edellä todetusti myös alan toimijoiden puolelta toivottu.⁷¹

71 Ks. Kappale 2.1.

LÄHDELUETTELO

Virallislähteet

HE 26/2003 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle konkurssilainsäädännön uudistamiseksi

HE 22/2010 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Kansaneläkelaitoksen kuntoutusetuuksista ja kuntoutusrahaetuuksista annetun lain 12 §:n muuttamisesta

Konkurssioikeuden kehittämiskomitean mietintö 1978:37

Konkurssiainain neuvottelukunta, 11.12.2014. Muistio oikeusministeriölle 277/51/14, Konkurssilain muutostarpeet

Kirjallisuus

Havansi, Erkki: Suomen konkurssioikeus. 3. uudistettu painos, Helsinki, Lakimiesliiton kustannus 1992 (Havansi 1992)

Havansi, Erkki: Konkurssin alkamisen varallisuus oikeudelliset vaikutukset. Teoksessa: Risto Koulu et. al. Insolvenssioikeus. 2. uudistettu painos, Helsinki, WSOYpro 2005 s. 169-190 (Havansi 2005)

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus II. 2. uudistettu painos, Helsinki, Talentum 2003 (Hemmo 2003)

Karhu, Juha: Vahingonkorvausoikeuden ja sopimusoikeuden perusteet. Turku, Turun yliopisto 2017 (Karhu 2017)

Kontturi, Mikko: Konkurssitakaisinsaannista Euroopan unionissa. Defensor Legis, 6/2013, s. 1000-1013. 2013 (Kontturi DL 2013)

Koulu, Risto: Immateriaalinen varallisuus konkurssissa. Helsinki, WSOY Lakitieto 2003 (Koulu 2003)

Koulu, Risto: Konkurssioikeus. 2. uudistettu painos, Helsinki, WSOYpro 2009 (Koulu 2009)

Koulu, Risto – Lindfors, Heidi: Velkavastuun toteuttaminen luottoyhteiskunnassa. 2. uudistettu painos Helsinki, Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2016 (Koulu – Lindfors 2016)

Koulu, Risto: KKO 2016:100 - Konkurssilain pakottavuus. Teoksessa: P. Timonen, toim. KKO:n ratkaisut kommentein 2016 II. Helsinki, Alma Talent 2017 s. 457-459 (Koulu 2017)

Könkkölä, Mikko – Linna, Tuula: Konkurssioikeus. Helsinki, Talentum 2013 (Könkkölä – Linna 2013)

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. 4 laitos. Helsinki, WSOY lakitieto 2003 (Mäenpää 2003)

Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Massavelat konkurssissa. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus 1989 (Niemi-Kiesiläinen 1989)

Norros, Olli: Velvoiteoikeus. Helsinki, Sanoma Pro 2012 (Norros 2012)

Ovaska, Risto: Konkurssivelallisen liiketoiminnan jatkaminen. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus 1992 (Ovaska 1992)

Tammi-Salminen, Eva: Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Helsinki, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001 (Tammi-Salminen 2001)

Tuomisto, Jarmo: Vuokranantaja ja vuokralaisen konkurssi. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus 1991 (Tuomisto 1991)

Tuomisto, Jarmo: Konkurssin vaikutuksista velallisen sopimussuhteisiin erityisesti uuden konkurssilain valossa. Teoksessa: Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Turku, Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2004 s. 227-250 (Tuomisto 2004,)

Tuomisto, Jarmo: Sopimus ja insolvenssi. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus 2010 (Tuomisto 2010)

Tuomisto, Jarmo, 2017. Sopimus vai traditio? Teoksessa: J. Riekinen, toim. Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon: Juhlajulkaisu Tuula Linna. Helsinki, Alma Talent 2017 s. 442-456. (Tuomisto 2017)

Vilkkonen, Eero: Hallintolainkäytön alasta. Helsinki, Suomalainen lakimiesyhdistys 1973 (Vilkkonen 1973)

Oikeuskäytäntö

KHO 1951:2

KKO 1990:130

KKO 1995:35

KKO 2003:1

KKO 2016:100

Helsingin kärjäoikeus, päätös 08/12809, asia K 08/11535, 15.2.2009

AJAN VÄÄJÄÄMÄTÖN KULUMINEN – EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIMEN RATKAISUN A JA S VAIKUTUS SUOMEEN YKSIIN TULEVIEN LASTEN PERHEENYHDISTÄMISEEN

THE INEXORABLE PASSAGE OF TIME – THE IMPACT OF THE ECJ RULING A AND S ON THE FAMILY REUNIFICATION OF UNACCOMPANIED MINORS ARRIVING TO FINLAND

Atlas Saarikoski¹

Helsinki Law Review, 1/2019, pp. 56–91

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Hakusanat:

Eurooppaoikeus, syrjintä, perheenyhdistäminen, perhe-elämän suoja, lapsen edun ensisijaisuus, yksin maahan tulevat lapset, edellytys lapsen alaikäisyydestä

Keywords:

European law, discrimination, family reunification, best interest of the child as a primary consideration, unaccompanied minor, attaining the age of majority

Abstract

On 12 April 2018, the European Court of Justice (ECJ) ruled that refugee children have the right to be reunited with their parents when they enter a Member State as minors and attain the age of 18 during their asylum procedure. The ECJ judgment forced Finland to amend its Alien Act according to which unaccompanied children lose their right to be united with their parents if they turn 18 before the family reunification decision is made.

According to the newly accepted Finnish government proposal, the right to family reunification of an unaccompanied child arriving to Finland will differ depending on the child's residence permit. This article asks whether such practice is discriminatory. To answer the question, the article examines the requirement of minority set in Finnish Aliens Act in light of the recent practice of the ECJ and the ECtHR.

The argument is that the legal status and the obstacles for enjoying family life of unaccompanied children with different residence permits are rather similar. Therefore, the different treatment enabled by the newly amended Aliens Act discriminates children with weaker residence permits who lose their right to family reunification without an acceptable reason.

Unaccompanied children can only enjoy their right to family life through family reunification. Their vulnerable position and the State's obligation to primarily consider the best interest of the child in all actions concerning children also play a decisive role. The article concludes that guaranteeing an effective right to family reunification for all unaccompanied children is most in line with fundamental rights, human rights and EU law.

1 Kirjoittaja opiskelee Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Artikkelin perustuu osin kirjoittajan notaariryhmän. Kirjoittaja kiittää sydämellisesti kaikkia kirjoitustyössä kannustaneita!

I. JOHDANTO – YKSIN MAAHAN TULEVAT LAPSET

Euroopan unionin tuomioistuin (EUT) antoi 12.4.2018 ratkaisun asiassa A ja S vastaan *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*², jolla se vahvisti pakolaisaseman saaneen alaikäisen lapsen oikeuden perheenyhdistämiseen niissäkin tapauksissa, joissa lapsi on ehtinyt täyttää 18 vuotta oleskelulupaprosessin aikana. Oikeustapauksessa oli kyse Eritreasta kotoisin olevasta A:n ja S:n tyttärestä, joka oli tullut Alankomaihin yksin alaikäisenä hakemaan turvapaikkaa. Tytär täytti 18 vuotta oleskelulupaprosessinsa aikana. Alankomaat myönsi hänelle oleskeluluvan, ja hän haki perheenyhdistämistä vanhempiensa ja kolmen alaikäisen veljensä kanssa. Alankomaat hylkäsi hänen perheenyhdistämishakemuksensa, koska hän oli täysi-ikäinen perheenyhdistämishakemuksen jättämisaikana.³

EUT vastasi tapauksessa Haagin alioikeuden pyytämään ennakkoratkaisupyyntöön EU:n perheenyhdistämisdirektiivin (2003/86/EY) alaikäisyysedellytyksen tulkinnasta. Direktiivin mukaan jäsenvaltioiden on sallittava lapsen vanhempien maahantulo ja maassa oleskelu perheenyhdistämisen perusteella ”jos pakolainen on *ilman huoltajaa tuleva alaikäinen*”.⁴ Oikeus ei ole riippuvainen jäsenvaltioiden harkintavallasta.⁵

Lapsen on direktiivin mukaan oltava alle 18-vuotias saadakseen vanhempansa luokseen, mutta EUT joutui pohtimaan, mikä päivämäärä ratkaisee sen, onko lapsi alaikäinen: onko hänen oltava alle 18-vuotias, kun hän tulee yksin maahan, kun hän hakee turvapaikkaa vai päivänä, jolloin hakemus ratkaistaan? EUT vahvisti, että ratkaiseva päivä on oleskeluluvan hakemisen päivä.⁶ Tuomioistuimen mukaan yksin maahan tullut lapsi on perheenyhdistämisen näkökulmasta lapsi riippumatta hänen oleskelulupahakemustensa käsittelyajasta.⁷ Ratkaisuehdotuksessaan julkisasiamies Yves Bot kehotti tuomioistuinta ottamaan huomioon ”ajan vääjäämättömän

kulumisen” sellaisen henkilön elämässä, joka ehtii tulla täysi-ikäiseksi turvapaikkahakemuksensa käsittelyn aikana ja pakolaisaseman saatuaan haluaa saada vanhempansa luokseen.⁸

Yksin Eurooppaan tulevien lasten perheenyhdistäminen liittyy tuhansien lasten perhe-elämän suojan turvaamiseen.⁹ Oikeus saada vanhemmat luokseen perheenyhdistämisen kautta toteutuu Suomessa yksin maahan tulleiden lasten kohdalla harvoin.¹⁰ Perheensä luokseen saaneiden lasten määrä on lähes olematon suhteessa Suomeen viime vuosina yksin tulleiden lasten määrään.¹¹ Lähes kaikki yksin tulleet lapset jäävät uuteen maahan vailla vanhempiaan.

EUT:n ratkaisu on Suomea velvoittava eurooppaoikeuden ensisijaisuuden takia.¹² Ratkaisun jälkeen Suomen ulkomaalaislain (2004/31, UlkL) 38.1 §:n alaikäisyysedellytys oli ristiriidassa perheenyhdistämisdirektiivin kanssa, sillä UlkL 38.1 §:n mukaan alaikäisen perheenkokoajan oli oltava alaikäinen vielä päivänä, jolloin perheenjäsenen oleskelulupahakemus ratkaistiin. Saadakseen vanhempansa luokseen on lapsen oli siis Suomessa oltava alaikäinen pidempään kuin miten EUT ratkaisussaan tulkitsi perheenyhdistämisdirektiiviä.

Ulkomaalaislain alaikäisyyskriteerin muuttamiseksi on tämän artikkelin kirjoittamisen aikana annettu ensin luonnos hallituksen esityksestä¹³ ja tämän jälkeen hallituksen esitys ulkomaalaislain muuttamiseksi.¹⁴ Artikkelin viimeistelyn viime hetkinä, 27. helmikuuta 2019, eduskunta äänesti ulkomaalaislain muutoksesta, ja hyväksyi hallituksen esitykseen sisältyvän lakiesityksen äänin 145 – 33.¹⁵

EUT:n ratkaisun A ja S turvaama oikeus perheenyhdistämiseen 18 vuotta oleskelulupaprosessin aikana täyttävillä lapsilla ei tule koskemaan kaikkia yksin Suomeen tulevia lapsia. Jatkossa

2 Tuomio 12.4.2018, A ja S vastaan *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-550/16, EU:C:2018:248.
3 A:n ja S:n tytär oli hakenut turvapaikkaa 26.2.2014 ja täyttänyt 18 vuotta 2.6.2014. 21.10.2014 hänelle oli myönnetty turvapaikka viideksi vuodeksi turvapaikkahakemuksen jättämisestä lähtien. 23.12.2014 tytär oli jättänyt perheenyhdistämishakemuksen, joka hylättiin 27.5.2015 sillä perusteella, että tytär oli ollut täysi-ikäinen hakemuksen jättämisaikana. C 550/16, kohta 20–23.
4 Neuvoston direktiivi 2003/86/EY, annettu 22.9.2003, oikeudesta perheenyhdistämiseen, EUVL L 251, s. 12, 10 artikla, 3 kohta, a alakohta, kursiivi lisätty.
5 C 550/16, kohta 34.
6 Tuomioistuimen ratkaisu ei ota huomioon tilanteita, joissa lapsi saapuu jäsenvaltioon alaikäisenä, mutta ei pysty hakemaan turvapaikkaa ennen kuin hän on täyttänyt 18 vuotta, ja menettää näin oikeutensa perheenyhdistämiseen. Ratkaisu ei ole lapsen oikeuksien kannalta paras mahdollinen ottaen huomioon vaikeudet, joita turvapaikanhakijat kohtaavat rajoilla pyrkiessään hakemaan turvapaikkaa tai/ja kun he joutuvat säilöönnetuiksi. Ecre 2018, s. 9.
7 Tuomioistuimen ratkaisu kiteytyy tuomion kohtaan 64: ”[K]olmannen maan kansalaista tai kansalaisuudetonta henkilöä, joka oli alle 18-vuotias saapuessaan jäsenvaltion alueelle ja jättäessään turvapaikkahakemuksen tässä valtiossa mutta joka turvapaikkamenettelyn kuluessa tulee täysi-ikäiseksi ja jolle myönnetään tämän jälkeen pakolaisasema, on pidettävä tässä säännöksessä tarkoitettuna alaikäisenä.” C 550/16, kohta 64.

8 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus (2017:824), johdanto, kohta 3. EUT:n ratkaisu C-550/16 oli julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen mukainen.
9 Vuonna 2015 Euroopan unionin alueelle saapui 95 000 yksin tullutta lasta. Sitten yksin tulevien lasten määrä on vähentynyt, mutta edelleen vuonna 2017 unionin alueelle saapui 32 000 lasta ilman perhettään. Eurostat EU:n tilastopalvelu/ Asylum applicants considered to be unaccompanied minors - annual data. Lukumäärät pyöristetty seuraavaan tuhanteen.
10 Vuonna 2017 yhdeksätoista kansainvälistä suojelua saaneen huoltajaa sai Suomeen oleskeluluvan perhesiteen perusteella. Vain kaksi lasta, jotka olivat saaneet oleskeluluvan muulla kuin kansainvälisen suojelun perusteella, sai perheensä luokseen. 9/2018 mennessä 20 kansainvälistä suojelua saanutta lasta oli saanut huoltajan luokseen. Sen sijaan yksikään muun oleskeluluvan saanut ei saanut myönteistä perhesidepäätöstä. Maahanmuuttoviraston tilastopalvelu: päätökset/oleskelulupa/ensimmäinen oleskelulupa Suomeen/perhe/kv. suojelua saaneen huoltaja ja muun ulkomaalaisen huoltaja.
11 Vuonna 2015 3000 yksin tullutta alaikäistä jätti oleskelulupahakemuksen Suomeen. Vuonna 2016 määrä oli 292, vuonna 2017 142. Maahanmuuttoviraston tilastopalvelu: hakemukset/kansainvälinen suojelu/turvapaikkahakemukset/2015/2016 ja 2017.
12 Raitio 2016, s. 223. Eurooppaoikeuden ensisijaisuuden periaatetta on viime aikoina myös haastettu. Esimerkiksi Ajos-tapauksessa Tanskan Højesterett nousi vastustamaan EUT:n ennakkoratkaisupyyntöä tulosta, jonka mukaan Tankan lainsäädäntö oli EU-oikeuden vastaista. Ks. Madsen et al. 2017, s. 140–150.
13 Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta (luonnos), 5.10.2018.
14 Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta HE 273/2018 vp, annettu 5.12.2018.
15 www.eduskunta.fi -> valtiopäiväasiat ja -asiakirjat -> HE 273/2018 vp. Ks. myös PTK 166/2018 vp, s. 3–4.

yksin maahan tulevan lapsen perheenyhdistämisoikeuden säilyminen riippuu siitä, minkälaisen oleskeluluvan lapsi saa. Oikeus säilyttää lapselle kuuluva perheenyhdistämisoikeus oleskelulupaprosessin aikaisesta täysi-ikäistymisestä huolimatta on ulkomaalaislain muutoksen myötä annettu kansainvälistä suojelua saaville lapsille, eli lapsille, jotka saavat turvapaikan tai toissijaista suojelua, mutta ei lapsille, jotka saavat oleskeluluvan yksilöllisestä inhimillisestä syystä. Osa yksin tulleista lapsista katsotaan jatkossa lapsiksi siihen asti, että heidän vanhempiensa oleskelulupapäätös on tehty – osa menettää lapsille kuuluvat oikeudet täyttäessään 18 vuotta oman tai vanhempiensa oleskelulupaprosessin aikana.

Tämän metodiltaan lainopillisen¹⁶ työn keskeinen kysymys on, onko yksin maahan tulleiden lasten asettaminen keskenään eri asemaan syrjinnän kiellon vastaista, ja toisaalta minkälainen lainsäädäntöratkaisu ottaisi huomioon lapsen edun ensisijaisuuden ja turvaisi parhaiten lasten perhe-elämän suojaa. Työn aineisto koostuu EUT:n ratkaisusta *A ja S*, hallituksen esitysluonnoksesta ja hallituksen esityksestä ulkomaalaislaiksi. Käyn työssä läpi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ja EUT:n viimeaikaista syrjintää koskevaa oikeuskäytäntöä, jonka pohjalta vastaan tutkimuskysymykseen. Yksin maahan tulevan lapsen perheenyhdistämiseen liittyy keskeisesti perhe-elämän suoja ja lapsen etu. Näiden käsitteiden lisäksi esittelen pääpiirteittäin oikeudellisesti pirstaloituneen kentän, johon perheenyhdistämisoikeus Euroopassa sijoittuu. *A ja S* -ratkaisun perustelujen jälkeen tarkastelen ulkomaalaislain alaikäisyyskriteerin muutosta. Syrjintää koskevassa luvussa pohdin, onko perheenyhdistämisoikeuden liittäminen lapsen oleskelulupaperusteeseen erilaista kohtelua, jolla on hyväksyttävä päämäärä, vai onko lasten asettaminen keskenään eri asemaan syrjintää.

Rajaan työn ulkopuolelle pääosin muut ulkomaalaislakiin viime vuosina tehdyt muutokset, kuten toimeentuloedellytyksen laajenemisen koskemaan myös lapsia.¹⁷ On kuitenkin tärkeä panna merkille, että ulkomaalaislakia on kiristetty useaan otteeseen 2010-luvulla¹⁸, ja muutokset vaikuttavat yhdessä lasten perhe-elämän suojan toteutumiseen. Muutosten vaikutukset tulevat kokonaisuudessaan tarkasteltavaksi arvioitaessa Suomen kansainvälisten veloitteiden täyttymistä esimerkiksi YK:n lapsen oikeuksien sopimuksen (SopS 59/1991, LOS) tai

16 Hirvonen 2011, s. 21–26.

17 1.7.2016 asti voimaan myös lapsia koskeva perheenyhdistämisen toimeentuloedellytys. Toimeentuloedellytys koskee yksintulleista lapsista toissijaista suojelua ja oleskeluluvan yksilöllisestä inhimillisestä syystä saaneita lapsia. Ainoastaan turvapaikan saaneet lapset on vapautettu edellytyksestä, jos he saavat perheenyhdistämishakemuksen vireille kolmen kuukauden sisällä turvapaikan saamisesta. Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan kiinnittänyt huomiota siihen, että "alikäisellä perheenkokoajalla on tosiasiallisesti vain vähäinen mahdollisuus täyttää toimeentuloedellytys". PeVL 27/2016 vp. Sormusen mukaan toimeentulo vaatimuksen laajentaminen oli ongelmallinen muutos perhe-elämän suojan kannalta: vuonna 2016 säädetyt ulkomaalaislain rajoitukset eivät täyttäneet perusoikeuksien rajoittamisedellytyksiä. Sormunen 2017, s. 387–408.

18 Ks. perheenyhdistämisen kiristysten vaikutuksista Hiitola et al. 2016 tai Miittinen et al. 2016.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 19/1990, EIS) osalta. EIS edellyttää, että sen turvaamat oikeudet ovat käytännöllisiä ja tehokkaita.¹⁹

Myös *A ja S* -ratkaisun taannehtivuus on tämän työn ulkopuolelle jäävä tärkeä kysymys, jota tulisi tutkia tarkemmin. Peers huomauttaa, että koska EUT ei rajoittanut ratkaisunsa vaikutuksia ajallisesti, ei direktiivin tulkintakysymys rajoitu vain ratkaisun jälkeiseen aikaan. Siksi oikeus perheenyhdistämiseen turvata myös niille yksin tulleille lapsille, jotka ovat menettäneet tämän oikeuden ennen ratkaisun voimaantuloa.²⁰

Tämä artikkelia on kirjoitettu samanaikaisesti ulkomaalaislain alaikäisyyskriteeriä koskevan lainvalmisteluprosessin kanssa ja artikkeli on toimitettu vaalikauden lopulla, ulkomaalaislakia koskevan asian eduskuntakäsittelyn edelleen vireillä ollessa. Artikkelin julkaisuprosessin aikataulu on asettanut reunaehdoja sille, mihin saakka lainmuutosprosessin vaiheet on voitu ottaa tässä artikkelissa huomioon.

2. PERHE-ELÄMÄN SUOJA PERUS- JA IHMISOIKEUTENA JA LAPSEN ETU

Perheenyhdistämisen oikeusperusta on kansallisesti ja kansainvälisesti suojattu oikeus perhe-elämän suojaan.²¹ Perhe-elämän suojaan sisältyy perheen yhtenäisyyden periaate.²² Perhe-elämän suoja suoja perheitä viranomaisen mielivaltaiselta puuttumiselta perhe-elämään.²³ Lapsilla on EIT:n oikeuskäytännön mukaan vanhempiensa pysyvä perheside²⁴, jonka katkeaminen on poikkeus.²⁵ Sopimusvaltiolla on myös positiivinen velvollisuus ylläpitää lapsen suhdetta vanhempiinsa, kuten EIT:n tuore tapaus *Jansen v. Norja* vahvisti.²⁶

Perhe-elämän suoja turvaavan EIS 8 artiklan²⁷ tulkinna punnitaan yksilön oikeutta viettää perhe-elämää ja toisaalta yhteiskunnan etua.²⁸ EIS 8 artikla ei merkitse "yleistä velvoitetta

19 "The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective." *Airey v. Ireland*, kohta 24.

20 Peers 2018.

21 Perhe-elämän suoja on perus- ja ihmisoikeutena turvattu Suomen perustuslain 731/1999 (PL) 10 §:ssä, EIS 8 artiklassa, ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan 2012/C 326/02 (EUVL C 326, s. 391, myöhemmin POK) 7 artiklassa. Perheenyhdistämisestä ks. Sormunen 2017, s. 399–400.

22 Palander 2018, s. 397.

23 Heikkilä – Hirvelä 2017, s. 757–758.

24 *Berrehab*, kohta 21.

25 *Gül*, kohta 5.

26 *Jansen v. Norja*, kohta 104.

27 8 artiklan merkityksestä ulkomaalaisoikeudessa, ks. Pellonpää et al. 2012, s. 680–688 ja Ecre 2016, s. 11. EIS:n turvaamien oikeuksien rajoittamisesta ja valtion harkintamarginaalista, ks. Pellonpää et al. 2012, s. 299 ss.

28 Perinteiselle oikeudelliselle tulkinnalle, jossa yksilön oikeus viettää perhe-elämää ja yhteiskunnan etu nähdään vastakkaisina, olisi myös löydettävissä perus- ja ihmisoikeusoikeusmyönteisempi tulkinta, jossa yhteiskunnan etu olisi turvata yksilöiden perhe-elämän suoja.

valtioille kunnioittaa aviopuolisoiden asuinpaikan osalta tekemää valintaa ja hyväksyä maan kansalaisuutta vailla olevan puolison maahanmuutto”.²⁹ Mikäli henkilöillä on este viettä perhe-elämää kotimaassaan, valtiolle saattaa kuitenkin syntyä velvollisuus turvata perhe-elämän vietto myös alueellaan.³⁰ Perheenyhdistämisoikeutta rajaa valtioiden suvereeni oikeus päättää, ketkä pääsevät niiden rajojen sisäpuolelle. Tätä suvereenia valtaa rajaavat puolestaan ihmisoikeudet, perheenyhdistämisen osalta erityisesti perhe-elämän suoja.³¹

Euroopan unionin oikeudessa POK 7 artiklassa turvattu perhe-elämän suoja konkretisoituu perheenyhdistämisdirektiivissä. Direktiivi takaa oikeuden perheenyhdistämiseen subjektiivisena oikeutena pakolaisaseman saaneille henkilöille, jotka täyttävät direktiivin edellytykset perheenyhdistämiselle.³² Toissijainen suojelu on rajattu perheenyhdistämisdirektiivin ulkopuolelle.

Euroopan parlamentin ja neuvoston määrätelmädirektiivin (2011/95/EU) perheenyhdistämisartikla koskee puolestaan sekä pakolaisaseman saaneita että toissijaista suojelua saavia.³³ Vaikka toissijaisen suojeluaseman saaneiden perheenyhdistämisoikeuden täsmentäminen on artiklassa jätetty kansallisen oikeuden varaan, velvoittaa säännös soveltamaan EU:n perusoikeuksia³⁴ kun toissijaista suojelua saavan perheenyhdistämisestä päätetään.³⁵

Suomessa yksin maahan tuleville lapsille myönnetään usein oleskelulupa UlkL 52 §:n perusteella yksilöllisestä inhimillisestä syystä.³⁶ Kyseisen kansallisen oleskeluluvan osalta

perheenyhdistämisoikeus määräytyy suhteessa perustuslain 10 §:n turvaamaan perhe-elämän suojaan ja Suomen kansainvälisiin sitoumuksiin, erityisesti EIS 8 artiklan soveltamiskäytäntöön, ei suhteessa EU-oikeuteen.

Yksin maahan tulevien lasten perheenyhdistämisessä on korostetusti kyse lapsen edusta. Hakalehto ja Sovela toteavat lapsen edun toteutuvan ratkaisussa, ”kun se toteuttaa kaikki lapselle lapsen oikeuksien sopimuksessa turvatut oikeudet”.³⁷ Lapsen oikeudet turvaavat lapselle erityisaseman ulkomaalaisoikeudessa.³⁸ Hakalehdon ja Sovelan mukaan ”maahanmuuton kontrolliin liittyville näkökohdille ei voi lähtökohtaisesti antaa lapsia koskevassa päätöksenteossa täysin samanlaista merkitystä kuin pelkästään aikuisia koskevissa ratkaisuisa”.³⁹ Maahan yksin tulevien lasten oikeussuojan tarve on erityisen korostunut, sillä heillä ei ole vanhempia turvanaan. Lapsen edun ensisijaisuus rajaa perhe-elämän suojan lailla valtion suvereenia valtaa päättää perheenyhdistämisestä.

3. PERHEENYHDISTÄMISOIKEUDEN PIRSTALOITUMINEN EUROOPASSA

3.1 Perheenyhdistämisdirektiivin ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen suhde

EUT ottaa *A ja S* -ratkaisussa kantaa vain pakolaisaseman saaneisiin lapsiin, sillä tuomioistuimelta pyydettiin tulkintaa perheenyhdistämisdirektiivin tulkinnasta, ja tuomioistuin vastaa vain siihen oikeudelliseen kysymykseen eurooppaoikeuden sisällöstä, josta siltä pyydetään tulkintaa. Ratkaisun oikeudellisen päättelyn laajentamista muihin vastaaviin tilanteisiin, joissa lapsi ehtii hallinnollisen prosessin aikana täyttää 18 vuotta ja menettää lapselle kuuluvat oikeutensa, on tosin esitetty.⁴⁰ Jäsenvaltiot voivat kuitenkin vedota siihen, että perheenyhdistämisdirektiivi koskee vain pakolaisasemaa ja muuttaa lainsäädäntöään *A ja S* -ratkaisun mukaiseksi vain

29 *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 68.

30 Ibid. Tällainen tilanne voisi olla käsillä, jos henkilö ei voi palata kotimaahansa esimerkiksi vainon tai väkivallan uhan vuoksi. Palander tulkitsee EIT:n muotoilemaa ns. *elsewhere*-periaatetta kääntäen: ”[J]os perhe-elämää ei voi turvallisesti viettää muualla, on valtiolla positiivinen toimintavelvoite edistää perheenyhdistämistä ja sallia se alueellaan.” Palander 2017.

31 Palander 2018, s. 397.

32 C 550/16, *A ja S*, kohta 43 ja 54.

33 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/95/EU, annettu 13.12.2011, vaatimuksista kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden määrittelemiseksi kansainvälistä suojelua saaviksi henkilöiksi, pakolaisten ja henkilöiden, jotka voivat saada toissijaista suojelua, yhdenmukaiselle asemalle sekä myönnetyn suojelun sisällölle (uudelleenlaadittu), EUVL L 337, s. 9. Määrätelmädirektiivin 23 artiklan mukaan ”jäsenvaltioiden on varmistettava, että perheen yhtenäisyys voidaan säilyttää” ja että niillä kansainvälistä suojelua saavien henkilön perheenjäsenillä, jotka eivät itse voi saada suojelua, on oikeus hakea oleskelulupaa.

34 POK 24 artiklan 3 kohdan mukaan ”jokaisella lapsella on oikeus ylläpitää henkilökohtaisia suhteita ja suoria yhteyksiä kumpaankin vanhempansa säännöllisesti, jollei se ole lapsen edun vastaista”. POK 24 artiklan 2 kohdan mukaan ”kaikissa lasta koskevissa viranomaisten tai yksityisten laitosten toimissa on ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu”. Ks. myös Lodder 2014, s. 148.

35 Perusoikeuskirjan säännökset ovat velvoittavia silloin, kun oikeuskysymys kuuluu unionin oikeuden alaan. Raitio 2016, s. 327.

36 Vuonna 2016 oleskeluluvan sai muulla perusteella 883 yksin maahan tullutta lasta. Heistä 867 sai oleskeluluvan UlkL 52 §:n mukaan yksilöllisestä inhimillisestä syystä. Vuonna 2017 vastaavat luvut olivat 68 ja 65. Maahanmuuttoviraston vastaus sähköpostitiedusteluun 9.5.2018. UlkL 52 §:n mukaan ”Suomessa olevalle ulkomaalaiselle myönnetään jatkuva oleskelulupa, jos oleskeluluvan epäminen olisi ilmeisen kohtuutonta hänen terveydentilansa, Suomeen syntyneiden siteiden tai muun yksilöllisen inhimillisen syyn vuoksi, kun erityisesti otetaan huomioon olosuhteet, joihin hän joutuisi kotimaassaan, tai hänen haavoittuva asemansa.”

37 Hakalehto – Sovela 2018, s. 408. LOS 3(1) artikla velvoittaa ottamaan huomioon lapsen edun kaikessa toiminnassa. LOS:ssa turvataan lapsen oikeus tuntea vanhempansa ja olla heidän hoidettavanaan (7 artikla). LOS:n mukaan lasta ei saa erottaa vanhemmistaan heidän tahtonsa vastaisesti, paitsi jos se on lapsen edun mukaista (9 artikla). Edelleen lapsen tai hänen vanhempansa hakemukset, jotka koskevat sopimusvaltioon saapumista tai sieltä lähtemistä perheen jälleenyhdistämiseksi on käsiteltävä myönteisesti, humanisti ja kiireellisesti (10 artikla). Sopimusvaltioiden on myös ryhdyttävä tarpeellisiin toimiin taatakseen, että pakolaisen asemaa anova lapsi tai lapsi, jota pidetään pakolaisena, saa asianmukaista suojelua ja humanitaarista apua voidakseen nauttia kansainvälisten ihmisoikeussopimusten suoja (22 artikla). Sormunen käsittelee vuonna 2016 säädettyjen ulkomaalaislain kiristysten vaikutusta lasten perus- ja ihmisoikeuksiin Lakimies-lehden artikkelissaan 3–4/2017. Sormunen 2017. Ks. myös YK:n lapsen oikeuksien komitean yleiskommentti CRC/C/GC/14, kohta 4.

38 Ks. esim. Lapsen oikeuksien komitean ja siirtotyöläisten oikeuksia käsittelevän komitean yhteinen yleiskommentti nro 3(2017) ja 22(2017), kohta 11: ”States should ensure that children in the context of international migration are treated first and foremost as children.”

39 Hakalehto – Sovela 2018, s. 448.

40 Ecre 2018, s. 9.

pakolaisaseman saaneiden lasten osalta.⁴¹ Tämä johtanee entistä suurempiin eroavaisuuksiin eri jäsenvaltioiden perheen yhdistämiskäytännöissä.

Tapaus *A ja S* osoittaa myös, kuinka EU-oikeus voi periaatteessa vaikuttaa suoraan jäsenvaltioiden sopimusvastuuseen EIT:n edessä. EU-oikeuden velvoittamat lakimuutokset voivat jopa johtaa EIS:n sopimusvelvoitteiden rikkomiseen, mikäli lasten oikeutta perhe-elämään ei jäsenvaltioissa turvata yhdenvertaisesti. EU ei kuitenkaan voi vastata EIT:n edessä mahdollisesta EIS:n rikkomisesta, vaan EU:n jäsenvaltio joutuu sen tekemään EIS:n sopimusvaltiona, vaikka se olisi tehnyt lakimuutokset EU-oikeuden ensisijaisuuden velvoittamana. EIT on kuitenkin toistaiseksi ollut pidättyväinen arvioimaan Euroopan unioniin liittyviä ihmisoikeuskysymyksiä.⁴²

EU:n perusoikeusjärjestelmä on kytketty EIS:n tulkintaan.⁴³ Perheen yhdistämisdirektiivin suhdetta Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan turvaamaan perhe-elämän suojaan on täsmennetty useita kertoja. Vain muutama vuosi perheen yhdistämisdirektiivin voimaantulon jälkeen EUT ratkaisi kumoamiskanteen, jonka mukaan direktiivi oli EIS 8 artiklan vastainen. EUT:n mukaan direktiivi ei rikkonut EIS 8 artiklaa, sillä sen sallima laaja harkintavalta ei estänyt jäsenvaltioita soveltamasta direktiiviä ”tavalla, joka on perusoikeuksien suojelusta johtuvien vaatimusten mukainen”.⁴⁴ EUT on sittemmin rajannut tätä harkintavaltaa toistuvasti. Ratkaisu *A ja S* sijoittuu joukkoon ratkaisuja, joissa EUT vahvistaa perheen yhdistämisoikeutta täsmentämällä direktiivin tulkintaa. *Chakroun*-tapauksessa EUT vahvisti perheen yhdistämisen sallimisen pääsäännöksi, jonka rajoituksia on tulkittava suppeasti. Jäsenvaltio ei saa käyttää harkintavaltaa tavalla, joka on ”vastoin direktiivin tavoitetta, eli perheen yhdistämisen edistämistä, ja direktiivin tehokasta vaikutusta”.⁴⁵ Direktiivi ei mahdollista jäsenvaltioille harkintavallan käyttämistä tavalla, joka ei kunnioita perusoikeuksia.⁴⁶

Direktiivin tiukkakaan tulkinta ei kuitenkaan ratkaise eurooppalaisen perheen yhdistämisyjärjestelmän epäyhtenäisyyden ongelmaa, joka seuraa siitä, että direktiivi koskee vain pakolaisaseman saaneiden turvapaikanhakijoiden perheen yhdistämistä.

41 Tämä kanta löytyi ulkomaalaislain hallituksen esitysluonnoksesta. Tulkintaa muutettiin lausuntokierroksen jälkeen ja eduskunta hyväksyi 27.2.19 lakiesityksen, jossa *A ja S* -ratkaisun oikeussuoja turvattiin kansainvälistä suojelua saaville lapsille. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta (luonnos), 5.10.2018. Ks. myös HaVM 32/2018 vp, s. 8–10. Äänestystuloksesta, ks. PTK 166/2018 vp, s. 3.

42 EU ei ole liittynyt EIS:een, vaikka sen liittyminen on kirjattu EU:n perussopimukseen ja kaikki EU:n jäsenvaltiot ovat EIS:n sopimusvaltioita. Tästä kiinnostavasta kehityksestä ks. Raitio 2016, s. 319–323.

43 POK 52(3) artiklan mukaan perusoikeuskirjan oikeudet vastaavat vähintään vastaavia EIS:n turvaamia oikeuksia.

44 Tuomio 27.6.2006, *parlamentti v neuvosto*, C-540/03, EU:C:2006:429, kohta 104.

45 Tuomio 4.3.2010, *Chakroun*, C-578/08, EU:C:2010:117, kohta 43–44 ja Lodder 2014, s. 142.

46 Lodder 2014, s. 131. Perheen yhdistämisdirektiivin soveltamista koskevasta EUT:n ratkaisukäytännöstä tarkemmin ks. *ibid.*, s. 129–157.

EUT:n toivomaa yhtenäistä tulkintaa perheen yhdistämisestä on vaikea saada aikaan ilman yhtenäistä lainsäädäntöä. Tällä hetkellä jäsenvaltioiden oleskelulupien myöntämis- ja perheen yhdistämiskäytännöt vaihtelevat suuresti. Perheen yhdistäminen on Euroopassa eriytynyt sovellettavan oikeusjärjestyksen mukaan.⁴⁷

3.2 Toissijaisen suojeluaseman jättäminen perheen yhdistämisdirektiivin ulkopuolelle

YK:n pakolaisen oikeusasemaa koskeva yleissopimus (SopS 77/1968, pakolaissopimus) ei kata kaikkia tilanteita, joissa henkilöt tarvitsevat suojaa paettuaan konflikteja toisiin valtioihin.⁴⁸ Euroopassa on siksi luotu toissijaisen suojelun käsite, josta säädetään määritelmädirektiivissä. Direktiivi kattaa ”kaikki henkilöt, jotka ovat Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaisen palautuskiellon piirissä”.⁴⁹

Euroopassa perheen yhdistämisoikeutta on viime vuosina rajattu erityisesti toissijaisen suojelun kautta.⁵⁰ Toissijaisen suojeluaseman heikompi asema pakolaisasemaan verrattuna on merkittävä este perheen yhdistämisoikeuden toteutumiselle.⁵¹ Perheen yhdistämisdirektiivin oikeuksien laajentamisen koskemaan toissijaisen suojeluaseman saaneita olisi paremmin linjassa kansainvälisten velvoitteiden kanssa kuin nykytila, jossa perheen yhdistämisdirektiivi turvaa perheen yhdistämisoikeuden vain turvapaikan saaneille.⁵²

Pakolaisasemalla on erityinen suoja kansainvälisessä oikeudessa. Yksin maahan tulevien lasten osalta pakolaisaseman korostuminen perhe-elämän suojan edellytyksenä on kuitenkin ongelmallista. Lapset ovat harvoin toimittajia tai poliitikkoja, joihin kohdistuisi henkilökohtaista vainoa pakolaissopimuksen tarkoittamalla tavalla. Silti lapsilla tulisi olla oikeus perheeseensä. Euroopan muuttoliikeverkoston Yksintulleet-tutkimuksessa todetaan, että on asian luonteesta johtuen harvinaista, että yksin tullut alaikäinen todetaan pakolaiseksi: ”Pakolaisuus edellyttää

47 Palander 2018, s. 359–361.

48 Pakolaiskäsite viittaa ensi sijassa poliittisiin pakolaisiin. Aer 2016, s. 216.

49 *Ibid.*

50 Council of Europe 2017, s. 33–35.

51 Ecre 2016, s. 13.

52 Lodderin mukaan on vaikea oikeuttaa toissijaisen suojelun ulossulkemista perheen yhdistämisdirektiivin piiristä. Hän viittaa EU:n turvapaikkaoikeuden uusimpiin lainsäädäntöinstrumentteihin: menettelydirektiivi tai vastaanottodirektiivi eivät enää tee eroa pakolaisaseman ja toissijaisen suojelun välillä. Vuonna 2011 säädetyn määritelmädirektiivin tarkoituksena on ollut tuoda kansainvälisen suojelun perusteita toisiaan lähemmäksi. Vuonna 2013 uudelleenlaaditun vastaanottodirektiivin johdanto-osassa perustellaan direktiivin soveltamisalan laajentamista koskemaan toissijaista suojelua: ”jotta voidaan *varmistaa kaikkien kansainvälistä suojelua hakevien henkilöiden yhtäläinen kohtelu* ja taata johdonmukaisuus EU:n voimassa olevan turvapaikkasäännöston kanssa”. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2013/33/EU, johdanto-osa, kohta 13, kursiviivä lisätty. Lodder 2014, s. 151–154. Ks. myös määritelmädirektiivin johdanto-osa, kohta 39.

yksilöllisiä henkilöön liittyviä uhkia vainotuksi joutumisesta, joita etenkin hyvin pienillä lapsilla ei yleensä ole.”⁵³ Perheen yhdistämisoikeuden kytkeminen pakolaisasemaan rajaa oikeuden perhe-elämään yksin tulevien lasten vähemmistölle. Ulkomaalaisoikeutta onkin kritisoitu paremmin aikuisten kuin lasten oikeuksia suojaavana oikeudenalanana.⁵⁴

Perheen yhdistämisdirektiivi on minimidirektiivi, joka antaa jäsenvaltioille mahdollisuuden tarjota suotuisampaa suojaa perheen yhdistämiselle.⁵⁵ Euroopan komissio julkaisi soveltamisohjeet perheen yhdistämisdirektiiville vuonna 2014. Niissä komissio toteaa, että ”toissijaista suojelua saavan henkilön humanitaarisen avun tarve ei eroa pakolaisten tarpeesta”, ja kehottaa jäsenvaltioita ottamaan käyttöön säännöt, joilla pakolaisille sekä väliaikaista ja toissijaista suojelua saaville henkilöille myönnetään samanlaiset oikeudet.” Komission mukaan jäsenvaltioiden on noudatettava EIS 14 ja 8 artikloja: ”Perheen yhdistämiskäytännöt eivät saa olla syrjiviä.”⁵⁶

Vaikka perheen yhdistämisdirektiivi ei koskekaan toissijaista suojelua, on EUT joutunut ottamaan kantaa siihen, miten jäsenvaltioiden on toimittava, kun jäsenvaltio soveltaa direktiiviä myös toissijaista suojelua saaviin henkilöihin. Tällaisessa tilanteessa EUT on viitannut yhtenäisen tulkinnan tarpeeseen ja katsonut olevansa toimivaltainen käsittelemään asiaa koskevan ennakkoratkaisupyynnön.⁵⁷ Puhtaasti kansalliset oleskeluluvat, kuten UuK 52 §:n oleskelulupa yksilöllisestä inhimillisestä syystä, jäävät tässäkin tapauksessa EUT:n tulkintavallan ulkopuolelle.

Eduskunnan hyväksymässä ulkomaalaislain muutosesityksessä toissijainen suojelu oli viisaasti sisällytetty muutoksen piiriin pakolaisaseman lisäksi. Valtaosa yksin maahan tulleista lapsista on kuitenkin saanut vuoden 2015 jälkeen oleskeluluvan yksilöllisestä inhimillisestä syystä.⁵⁸ Heidän jättäminen perheen yhdistämisoikeuden ulkopuolelle tarkoittaa sitä, että suuri osa yksintulevista lapsista menettää edelleen oikeuden perheen yhdistämiseen täyttäessään 18 vuotta oleskelulupaprosessin aikana.

53 Yksintulleet 2009, s. 17.

54 Ks. Thronson 2002 ja Hakalehto – Sovela 2018, s. 431.

55 Lodder 2014, s. 133.

56 Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle oikeudesta perheen yhdistämiseen annetun neuvoston direktiivin 2003/86/EY soveltamista koskevista ohjeista, kohta 6.2. Ks. myös Babicka 2018, joka huomioi, että komissio olisi antamansa soveltamisohjeen kanssa ristiriitaisesti tuomioissa *A ja S* asettanut alaikäisyyden ratkaisevaksi päivämääräksi perheen yhdistämishakemuksen tekemisen päivämäärän.

57 Tuomio 7.11.2018, *K ja B v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-380/17, EU:C:2018:877, kohta 67(1).

58 Maahanmuuttoviraston tilastopalvelu/päätökset/turvapaikkahakemukset/yksintullut alaikäinen.

4. EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIMEN RATKAISUN A JA S PERUSTELUT

A ja S -ratkaisussa EUT tulkitsee perheen yhdistämisdirektiivin 2 artiklan f-alakohdan ”ilman huoltajaa tuleva alaikäinen” -käsitettä. Tuomioistuin toteaa, että direktiivin sanamuodosta voi päätellä ainoastaan, että alaikäinen on alle 18-vuotias, ei suoraan sitä, mikä *ajankohta* on ratkaiseva sen arvioimiseksi, onko henkilö alle 18-vuotias.⁵⁹ Siksi tuomioistuin ratkaisee oikeuskysymyksen muiden tulkintaperiaatteiden avulla. Tuomioistuin korostaa sääntelyn tehokkuuden ja systeemisen tulkinnan lisäksi sääntelyn eurooppaoikeudellista tavoitetta.⁶⁰ Tuomioistuin viittaa ratkaisussa direktiivien tavoitteeseen useasti.⁶¹ Direktiivi on jäsenvaltioita velvoittavaa oikeutta, joka ohjaa jäsenvaltioiden lainsäädännön harmonisoimista. Siksi direktiivien tavoitteilla on korostettu merkitys.⁶²

Perheen yhdistämisdirektiivin tavoite on EUT:n mukaan ”perheen yhdistämisen edistäminen” ja tältä osin ”erityisen suojelun antaminen pakolaisille, erityisesti ilman huoltajaa tuleville alaikäisille”.⁶³ Tuomioistuin huomauttaa, että jäsenvaltioilla on mahdollisuus käsitellä ”etusijaisina ilman huoltajaa tulevien alaikäisten kansainvälistä suojelua koskevat hakemukset, jotta heidän erityisen haavoittuva asemansa otettaisiin huomioon”.⁶⁴ EUT viittaa lapsen edun ensisijaisuuden turvaavaan POK 24(2) artiklaan⁶⁵, joka on yhteneväinen LOS 3 artiklan kanssa. Lapsen edun ensisijaisuus on tuomioistuimen mukaan perheen yhdistämisdirektiivin lisäksi myös muiden turvapaikkaa koskevien direktiivien, eli menettelydirektiivin ja määritelmädirektiivin 2011/95, tavoite.⁶⁶ Tuomioistuin laajentaa tässä katsantokantaansa ja ottaa kantaa toissijaisen suojeluaseman saaneiden lasten perheen yhdistämisoikeuteen, sillä määritelmädirektiivin perheen yhdistämistä koskeva 23 artikla koskee myös toissijaisen suojeluaseman saaneita turvapaikanhakijoita.

59 C 550/16, kohdat 38, 39 ja 49.

60 EUT C 550/16, kohta 48: ”Kysymykseen [–] on vastattava kyseisen direktiivin sanamuodon, rakenteen ja tavoitteen perusteella ja siten, että otetaan huomioon direktiivin lainsäädännöllinen asiayhteys sekä unionin oikeuden yleiset periaatteet.” Eurooppaoikeuden tulkintaperiaatteista Talus – Penttinen 2016, s. 236–244.

61 C 550/16, kohdat 31, 45 ja 58.

62 Direktiiveistä unionin lainsäädäntöinstrumentteina ks. Raitio 2016, s. 204–205.

63 C 550/16, kohta 55.

64 Direktiivin 2013/32 (menettelydirektiivi) 31 artiklan 7 kohdan b alakohta.

65 ”Kaikissa lasta koskevissa viranomaisten tai yksityisten laitosten toimissa on ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu.” POK 24(2).

66 ”[Menettelydirektiivin, perheen yhdistämisdirektiivin ja määritelmädirektiivin tavoite] on sen varmistaminen, että perusoikeuskirjan 24 artiklan 2 kohdan mukaisesti lapsen etu on jäsenvaltioille tosiasiallisesti ensisijainen seikka, kun ne soveltavat näitä direktiivejä.” C 550/16, kohta 58.

Pakolaisaseman myöntäminen pakolaissopimuksen mukaisesti on toteava toimenpide.⁶⁷ Tästä seuraa, että pakolaisasemaan liittyvät oikeudet tulee turvata vähintään kansainvälistä suojaa koskevan hakemuksen hakemispäivästä lähtien.⁶⁸ Tämä on myös EUT:n kanta ratkaisussa *A ja S*.⁶⁹ Julkiasiamies toteaa ratkaisuehdotuksessaan, että jos kaikkia pakolaisasemaan liittyviä oikeuksia ei myönnettäisi taannehtivasti, ”toimittaisiin selkeästi vastoin sellaisen lapsen etua, joka on hakenut turvapaikkaa ennen kuin hän on tullut täysi-ikäiseksi”.⁷⁰

Tuomioistuimien kiinnittää huomiota myös eurooppaoikeuden yhtenäiseen soveltamiseen, tehokkuuteen ja päätösten oikeusvarmuuteen.⁷¹ Unionioikeuden säännöstä on tulkittava itsenäisesti ja yhtenäisesti koko unionissa ja tulkinnassa on otettava huomioon säännöksen asiayhteys ja päämäärä.⁷² Yhtenäinen soveltaminen tarkoittaa myös sitä, että jäsenvaltiot eivät saa kiertää direktiivin säännöksiä, sen tavoitteet mukaan lukien, kansallisella lainsäädännöllä tai soveltamiskäytännöllä. EUT korostaa unionin oikeusperiaatteiden mukaista ratkaisua viitatessaan yhdenvertaisuusperiaatteeseen ja oikeusvarmuuteen.⁷³

Kiinnostavaa tuomioistuimien perusteluissa on, että tuomioistuimien puuttuu jäsenvaltioiden mahdollisiin tapoihin kiertää perheen yhdistämisdirektiivin tavoite, joka on perheen yhdistämisen edistäminen ja lapsen edun turvaaminen.⁷⁴ Groenendijk ja Guild toteavat, että EUT ei ratkaisussaan keskity abstraktiin oikeusdogmatiikkaan, vaan huomioi tarkkanäköisesti perheen yhdistämisoikeuden soveltamiskäytäntöjen eri tulkintojen käytännön vaikutuksia.⁷⁵ EUT:n kiinnostavimmat perustelut ovatkin reaaliargumentteja, joissa tuomioistuimien ottaa huomioon jäsenvaltioiden mahdollisen kurittomuuden eurooppaoikeuden soveltamisessa. EUT kiinnittää huomiota ulkomaalaisoikeutta käsittelevän hallinnon kuormittuneisuuteen

67 Aer 2016, s. 241: ”Pakolaisasemalla tarkoitetaan kolmannen maan kansalaisen tai kansalaisuudettoman henkilön tunnustamista pakolaiseksi jäsenvaltiossa. Tunnustaminen (*inclusion*) merkitsee oikeudellisesti sitä, että valtio vahvistaa turvapaikanhakijan olevan pakolainen. Tunnustamisella on pakolaisasemaan nähden yksinomaan deklaraatiivinen vaikutus, pakolaisasemaa ei perusteta tunnustamistoimella. Pakolaisasemalla ei tarkoiteta siten turvapaikan tai oleskeluluvan myöntämistä kansainvälisen suojelun perusteella.”

68 Ajatusta voidaan viedä pidemmälle ja todeta, että pakolaisasemaan liittyvä erityinen suoja ja oikeudet ovat voimassa siitä lähtien kun henkilö on lähtenyt kotimaastaan. Ks. Punto 2017.

69 C-550/16, kohta 52–57.

70 Julkiasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-550/16, kohta 28.

71 C 550/16, kohdat 41, 55 ja 59.

72 C 550/16, kohta 4. EUT on toistanut tämän soveltamissäännön lukuisissa tuomioissa 1980-luvun alusta lähtien. Ks. esim. tuomio 18.5.2017, *Mossa Ouhrami*, C-255/16, EU:C:2017:398, kohta 38 ja tuomio 18.1.1984, *Ekro*, C-327/82, EU:C:1984:11, kohta 11.

73 Oikeusvarmuuden ja syrjimättömyyden periaatteista EU-oikeudessa ks. Raitio 2016, s. 267–315.

74 C 550/16, kohta 58.

75 Groenendijk – Guild 2018.

ja viittaa turvapaikanhakijoiden tämänhetkiseen määrään Euroopassa. Tuomioistuimien huomauttaa, että aikoina, jolloin kansainvälistä suojaa hakevien määrä on merkittävä, turvapaikkamenettely voi kestää pitkään ja unionin oikeudessa säädetyt määräajat ylitetään. Jos oikeus perheen yhdistämiseen tehdään riippuvaiseksi ajankohdasta, jolloin turvapaikkamenettely päätetään,

”voitaisiin sillä [--] riistää huomattavalta osalta pakolaisia, jotka ovat tehneet kansainvälistä suojelua koskevan hakemuksensa ilman huoltajaa tulevana alaikäisinä, mahdollisuus saada tämä oikeus ja se suojele, joka [heille] on tarkoitettu [--] antaa.”⁷⁶

EUT kiinnittää huomiota siihen, että jäsenmaat voivat viivytellä yksin tulevien lasten hakemusten käsittelyssä niin, että he ehtivät täyttää 18 vuotta oleskelulupaprosessin aikana ja täten menettää oikeutensa perheen yhdistämiseen.⁷⁷ Tuomioistuimien huomauttaa, että oikeus perheen yhdistämiseen ei voi riippua ”kyseessä olevien tilanteiden monitahoisuudesta”, ”toimivaltaisten viranomaisten työmäärästä” tai ”jäsenvaltioiden tekemistä poliittisista valinnoista näiden viranomaisten käyttöön asetettavan työvoiman ja etusijaisina käsiteltävien tapausten suhteen”.⁷⁸ Tulkinta, jonka mukaan oikeus perheen yhdistämiseen tehdään riippuvaiseksi turvapaikkamenettelyn päättämisestä, horjuttaa direktiivien tavoitetta.⁷⁹

Groenendijk ja Guild tulkitsevat tuomioistuimien huomioita varoitukseksi siitä, että tuomioistuimien on tietoinen jäsenvaltioiden direktiivin *mala fide* soveltamiskäytännöistä, jotka mahdollistuvat, jos jäsenvaltio saa itse päättää mikä päivämäärä ratkaisee sen, onko lapsi enää lapsi. Groenendijk ja Guild huomauttavat, että jäsenvaltioille jää vielä mahdollisuus kiertää perheen yhdistämisoikeus *oleskelulupakäytännön soveltamisen kautta*, esimerkiksi myöntämällä toissijaista suojelua pakolaisaseman sijaan.⁸⁰ Groenendijk ja Guild kysyvät, olisiko käytäntö, joka viittaisi jäsenvaltioiden piilotettuun motiiviin kiertää perheen yhdistämisoikeutta, laillinen pakolaisoikeuden mukaan, ja miten direktiivin ja kansallisen oikeuden mahdollistama erilainen kohtelu sopii yhteen perhe-elämän suojaan turvaavan EIS 8 ja syrjinnän kiellon sisältävän 14 artiklan kanssa.⁸¹ Heidän kysymyksensä ovat samansuuntaisia tämän työn tutkimus- kysymyksen kanssa.

76 C 550/16, kohta 57.

77 Ibid., kohta 56–58.

78 Ibid., kohta 56.

79 Ibid., kohta 57–58.

80 Groenendijk – Guild 2018.

81 Ibid.

5. ULKOMAALAISLAIN ALAIKÄISYYSKRITEERI

5.1 Alaikäisyyden määrittely ulkomaalaislaissa

Perheenyhdistämisestä säädetään ulkomaalaislaissa, johon on implementoitu Euroopan unionin perheenyhdistämisdirektiivin perheenyhdistämistä koskevat säännökset.⁸² EUT:n ratkaisun myötä UlkL 38.1 §:n edellytys lapsen alaikäisyydestä oli ristiriidassa perheenyhdistämisdirektiivin kanssa. UlkL 38.1 §:ssä oli tähän asti edellytetty, että alaikäisen perheenkokoajan on oltava alle 18 vuotta, kun hänen vanhempansa perhesiteen perusteella myönnetty oleskelulupa ratkaistaan. EUT:n mukaan se, että Alankomaat ei myöntänyt tyttärelle oikeutta perheenyhdistämiseen, kun hän oli täyttänyt 18 jättäessään perheenyhdistämishakemuksen, oli perheenyhdistämisdirektiivin vastaista.⁸³

Eduskunta on tätä kirjoitettaessa juuri äänestänyt lakimuutoksesta, jossa muun muassa UlkL 38 §:ää muutetaan niin, että kansainvälistä suojelua saavien lasten osalta UlkL 38 §:ään lisätään kolmas momentti. Muutoksen myötä kansainvälistä suojelua saavat lapset eivät menetä oikeuttaan perheenyhdistämiseen vanhempiensa kanssa, vaikka he täyttäisivät 18 vuotta haettuaan kansainvälistä suojelua. Lakimuutos ei tätä kirjoitettaessa vielä 2.3.19 ollut tullut voimaan.⁸⁴ Käsittelen tässä kappaleessa ensin ulkomaalaislain alaikäisyydedellytystä, sellaisena kun se on voimassa tällä hetkellä ennen lakimuutoksen voimaan tuloa, ja esittelen sen jälkeen lakimuutoksen sisällön.

Suomessa olevan alaikäisen lapsen perheenjäsen on ulkomaalaislain 37.1 §:n mukaan hänen huoltajansa.⁸⁵ Vain lapsella on oikeus saada huoltajansa luokseen. Kun lapsi täyttää kahdeksantoista, hän menettää lapsen oikeuden saada vanhempansa luokseen.⁸⁶

82 Perheenyhdistämisdirektiivin 5(5) artiklan mukaan perheenyhdistämishakemusta käsitellessään jäsenvaltiot ottavat asianmukaisesti huomioon alaikäisen lapsen edun. UlkL:n 6 §:n mukaan lapsen etuun sekä hänen kehitykseensä ja terveyteensä "on kiinnitettävä erityistä huomiota". Huomion kiinnittäminen ei ole yhtä vahva lakisääteinen velvoite kuin huomioon ottaminen. Sanamuoto poikkeaa LOS 3 artiklasta, jonka mukaan kaikissa lapsia koskevissa toimissa on "ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu". Hakalehto ja Sovela huomauttavat, että "lapsen oikeus saada etunsa ensisijaisesti huomioon otetuksi on lapselle kuuluva ihmisoikeus, jonka rajoittaminen vaatisi ihmisoikeuksien rajoittamiseen mahdollistavia perusteluja". Hakalehto – Sovela 2018, s. 421. Merkitystä on myös PL 22 §:llä, jonka mukaan "julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen". Perustuslain lapsen oikeuksia koskeva PL 6.3 § "antaa [--] perustan lainsäädännön kehittämiselle lasten tasa-arvoisen aseman turvaamiseksi aikuisväestöön nähden". Hallberg 2011, s. 43.

83 "Unionin tuomioistuimella on tässä tilanteessa ainakin kolme vaihtoehtoa, eli se voi katsoa, että määriteltäessä asianomaisen henkilön oikeutta hyötyä direktiivin 2003/86 säännöksistä ilman huoltajaa tulevana alaikäisenä ratkaiseva on asianomaisen henkilön jäsenvaltion alueelle saapumisen päivämäärä, turvapaikkahakemuksen jättämisen päivämäärä tai vielä perheenyhdistämistä koskevan hakemuksen jättämisen päivämäärä." Julkisasiamiehen ratkaisu ehdotus tapauksessa C-550/16, kohta 25. UlkL 38.1 § on näitä kaikkia kolmea vaihtoehtoa ankarampi.

84 PTK 166/2018 vp, s. 3–4. Kokoavasti, ks. HaVM 32/2018 vp.

85 Lapsen alaikäiset sisarukset on rajattu määritelmän ulkopuolelle. Perhe-käsitteen kriittistä ks. Nykänen 2008, s. 352–355.

86 Tällöin sovelletaan UlkL 115 §:ää, joka koskee oleskeluluvan myöntämistä muulle omaiselle kuin perheenjäsenelle. Luvan myöntämisedellytykset ovat tiukat.

Ulkomaalaislain 38 §:n toinen momentti täydentää 38.1 §:n pääsääntöä. Sen mukaan oleskelulupaa perhesiteen perusteella ei voida evätä, "jos hakemuksen käsittely on merkittävästi viivästynyt hakijasta tai perheenkokoajasta riippumattomasta syystä ja tämä on myötävaikuttanut asian selvittämiseen".⁸⁷

Saadakseen vanhempansa luokseen on lapsen siis tähän asti Suomessa tullut olla alle 18-vuotias päivänä, jolloin hänen vanhempansa oleskelulupa perhesiteen perusteella ratkaistaan. Yksin maahan tulevat lapset ovat useimmiten 15–17-vuotiaita.⁸⁸ Oleskelulupa- ja perheenyhdistämisprosessin keston takia lapset ehtivät monesti täyttää 18 vuotta ennen kuin heidän vanhemmilleen on myönnetty oleskelulupa perhesiteen perusteella. Prosessiin voi laskea menevän vähintään 1,5 vuotta. Jos esimerkiksi lapselle myönnetään 6 kuukauden⁸⁹ jälkeen turvapaikka, on hänellä 3 kuukautta aikaa hakea perheenyhdistämistä ilman toimeentuloedellytyksen soveltumista.⁹⁰ Perheenyhdistämisen lakisääteinen käsittelyaika on 9 kuukautta.⁹¹ Käytännössä oleskelulupaprosessit ovat pidempiä.⁹² Näin laskien ei lapsi siis ole saanut olla 16 vuotta vanhempi saapuessaan yksin maahan, jotta hän on voinut ehtiä saada vanhempansa luokseen. Nuoren lapsen kohdalla Maahanmuuttovirasto on puolestaan saattanut katsoa, että lapsi on tahallaan lähetetty yksin maahan ja evännyt perheenyhdistämisoikeuden UlkL 35.2 §:n nojalla.⁹³ Se, että

87 Maahanmuuttoviraston perheenyhdistämistä koskevan ohjeen mukaan merkittävällä viivästymisellä tarkoitetaan yhdeksää kuukautta. Maahanmuuttoviraston ohje. Oleskelulupa perhesiteen perusteella, s. 48. Ohjetta ollaan päivittämässä. Ohje valmistuu "alkuvuonna 2019". Maahanmuuttoviraston vastaus sähköpostitiedusteluun 24.10.2018.

88 Ks. Yksintulleet 2009, s. 6. ja Ecre 2018, s. 4.

89 UlkL 98a §:n mukaiset käsittelyajat ovat 6 kuukautta, 15 kuukautta, 18 kuukautta ja 21 kuukautta, riippuen mm. tarvittavan tutkinta-ajan tarpeesta.

90 UlkL 114.4 §, kohta 1.

91 UlkL 69a §.

92 Sisäministeriön maahanmuuton ja kotoutumisen suuntaa käsittelevän julkaisun 2/2015 mukaan "perheenyhdistämishakemusten käsittelyssä jatkuvana haasteena ovat olleet pitkät käsittelyajat. Lain mukainen enimmäiskäsittelyaika on yhdeksän kuukautta, mutta etenkin edustustoissa järjestettävät suulliset kuulemiset ovat monissa tapauksissa viivästyttäneet asian ratkaisua." Sisäministeriön julkaisu 2015, s. 40.

93 Maahanmuuttoviraston perhesideohjeessa luvussa "Vailla huoltajaa oleva alaikäinen perheenkokoajana" ensimmäisen alaluvun otsikko on "Ns. ankkuri-lapsi ilmiö". Yksin tulevaa lasta koskevan perheenyhdistämisluvun alta ei löydy alalukua, jossa ohjeistettaisiin perheenyhdistämisen turvaamiseen. Ohjeen mukaan "lapsen osoittautuminen ns. ankkurilapseksi ei saa automaattisesti johtaa oleskeluluvan epäämiseen", mutta "alaikäisen perheenkokoajan vanhempien ja muiden perheenjäsenten/omaisten oleskelulupahakemukset voidaan tapauskohtaisesti evätä ulkomaalaislain 36 §:n 2 momentin nojalla, maahantulosäännösten kiertämisen perusteella, jos ilmenee, että alaikäinen perheenkokoaja on lähetetty Suomeen siinä tarkoituksessa, että muu perhe voisi myöhemmin seurata perässä". Ohje on ongelmallinen, sillä se kieltää julkilausutusti ainoastaan perheenyhdistämisoikeuden automaattisen epäämisen. Lisäksi lapsen oikeus perheenyhdistämiseen sivuutetaan lapsen näkökulmasta punitiivisellä käytännöllä, jonka ilmeisesti toivotaan yleisestävyyden kautta estävän vanhempia lähettämästä lapsiaan Suomeen. Ohjeessa todetaan, että "julkinen etu edellyttää, että lasten käyttöä maahanmuuton välineenä ehkäistään, mikä on myös lasten edun mukaista." Maahanmuuttoviraston ohje Oleskelulupa perhesiteen perusteella, s. 53–58. Ohje on ristiriidassa LOS 3 artiklan lapsen edun ensisijaisuuden kanssa. Lapsen etua ei tulisi käyttää perustelemaan ratkaisua, joka on lapsen oikeuksien vastainen.

alaikäisenä maahan tullut lapsi saisi perheensä luokseen, on nykyisin mukaan ollut lähes mahdotonta.

Nykyinen UlkL 38.1 §:n alaikäisyysedellytys otettiin ulkomaalaislakiin vuonna 2010, jolloin alaikäisyysedellytystä tiukennettiin. Sitä ennen perheenkokoajan tuli olla alle 18 vuotta vanhempien hakemusten vireilletulopäivänä. Muutosta perusteltiin sillä, että lapsen edun periaate koskisi vain alle 18-vuotiaita, ja kun perheenyhdistäminen koskee myös 18 vuotta oleskelulupaprosessin aikaan täyttäneitä se ”ei aina perustu todelliseen tarpeeseen yhdistää huollossa oleva lapsi vanhempiinsa”.⁹⁴ Käsitys on ristiriidassa julkisasiamies Yves Botin ratkaisuehdotuksen kanssa, jonka mukaan ”perheenyhdistäminen edellyttää riippuvuuden sekä tunne- ja aineellisten siteiden arviointia. Onkin mahdotonta olettaa, etenkin nyky-yhteiskunnassa, että vanhempien ja lasten välinen riippuvuusuhde päättyisi välittömästi, kun lapsi tulee täysi-ikäiseksi, eikä häntä voitaisi siis sen jälkeen enää pitää alaikäisenä lapsena.”⁹⁵ Ratkaisuehdotuksessa todetaan, että ”olisi unionin lainsäätäjän tavoittelemien päämäärien vastaista kiistää Eritreasta alaikäisenä jäsenvaltion alueelle saapuneen ja pakolaisaseman saaneen henkilön haavoittuvuus, vaikka tämä olisi ehtinyt menettelyn aikana tulla täysi-ikäiseksi”.⁹⁶

Ero nuoren henkilön riippuvuuden ja haavoittuvuuden tulkinnassa on syytä huomioida nyt, kun Suomi muuttaa lainsäädäntöään niin, että jatkossa merkittävä osa yksin maahan tulevista lapsista menettää yhä lapselle kuuluvan perheenyhdistämisoikeuden täyttäessään 18 vuotta. Julkisasiamies korostaa, että (A ja S -)ratkaisu ei tarkoita sitä, että ”täysi-ikäisyyden saavuttamisen oikeudellisia vaikutuksia” kielletäisiin. Sen sijaan tuomioistuimen on mahdollista ulottaa perheenyhdistämisdirektiivin ”suojaavien säännösten hyödyt hyvin nuoriin aikuisiin, kun otetaan huomioon perättäiset menettelyt, täysi-ikäisyyden lähestyminen ja perheenyhdistämisen mahdollistamisen mielekkyys”.⁹⁷

5.2 Ulkomaalaislain vireillä oleva muutos

A ja S -ratkaisun jälkeen Maahanmuuttovirasto ilmoitti soveltavansa ratkaisua vain yksin tullessiin pakolaisaseman saaneisiin lapsiin.⁹⁸ Tämän artikkelin kirjoittamisen aikana on annettu hallituksen esitys⁹⁹, jossa tehdään ulkomaalaislakiin A ja S -ratkaisun velvoittamat muutokset ja aivan artikkelin kirjoittamisen loppusuoralla eduskunta on hyväksynyt hallituksen esitykseen sisältyneen lakiesityksen.

94 HE 240/2009 vp, s. 24.

95 EUT C 550/16 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus tapauksessa C-550/16, kohta 56.

96 Ibid., kohta 57.

97 Ibid., kohta 47.

98 Maahanmuuttoviraston vastaus kirjoittajan sähköpostitiedusteluun 27.4.2018: ”Maahanmuuttovirasto tulee soveltamaan tuomioistuimen päätöstä pakolaisaseman saaneiden lasten perheenjäsenien hakemuksiin.”

99 HE 273/2018, passim.

Hallituksen esitysluonnoksessa perheenyhdistämisoikeuden säilyttäminen säädettiin vain yksin tulleita pakolaisaseman saaneita lapsia koskevaksi poikkeussäännökseksi.¹⁰⁰ Lausuntokierroksen jälkeen oikeus laajennettiin hallituksen esityksessä koskemaan myös toissijaista suojelua saavia lapsia.¹⁰¹ Tämä ratkaisu sai eduskunnan kannatuksen 27.2.2019. Tällöin hyväksytyyn lakiesitykseen mukaan lapset, jotka saavat oleskeluluvan muulla perusteella, ovat jatkossa UlkL:n 38.1 §:n alaikäisyysedellytyksen piirissä. He menettävät perheenyhdistämisoikeutensa, jos he täyttävät 18 vuotta oleskelulupaprosessin tai perheenyhdistämisprosessin aikana.¹⁰²

Lakimuutoksen mukaan pakolaisaseman tai toissijaista suojelua saaneen lapsen on oltava alaikäinen sinä päivänä, kun hän hakee turvapaikkaa. Lapsen, joka saa oleskeluluvan muulla perusteella, on oltava alaikäinen vielä sinä päivänä, kun hänen vanhempiansa oleskelulupa ratkaistaan, kuten nykyinen UlkL 38.1 § edellyttää. Ajallinen ero kahden päivämäärän välillä voi olla merkittävä.

Kun lakiesitys oli vielä valmistelussa sisäministeriössä, suosittelivat Pakolaisneuvonta ja Suomen Punainen Risti lausunnoissaan perheenyhdistämisoikeuden turvaamista kaikille yksin maahan tuleville lapsille. Pakolaisneuvonta perusteli tätä yhdenvertaisuudella, direktiivin tavoitteella ja lapsen edun mukaisella perhe-elämän suojan toteutumisella. Amnesty kehotti ulottamaan ratkaisun toissijaista suojelua saaviin. Yhdenvertaisuusvaltuutettu huomautti, että toissijaista suojelua saaneet lapset joutuvat valittamaan turvapaikkapäätöksistään toimeentulo-edellytyksen vuoksi.¹⁰³

Ulkomaalaislain muutoksessa EUT:n A ja S -ratkaisun edellyttämä muutos toteutetaan lisäämällä UlkL 38 §:ään kolmas momentti:

”Sen estämättä, mitä 1 momentissa säädetään oleskeluluvan myöntämisen edellytyksistä alaikäisen perheenkokoajan perheenjäsenelle, oleskeluluvan myöntäminen kansainvälistä suojelua saaneen ilman huoltajaa tulleen alaikäisen perheenkokoajan perheenjäsenelle edellyttää, että perheenkokoaja on ollut alaikäinen

100 A ja S -ratkaisua koskevat muutokset tehdään osana lakiesitystä, joka koskee mm. uusintahakemusten tutkittavaksi ottamisen edellytysten tiukentamista: ”Esityksessä ehdotetaan myös toteutettavaksi Euroopan unionin tuomioistuimen asiassa C-550/16 antaman ratkaisun edellyttämät muutokset pakolaisaseman saaneen ilman huoltajaa saapuneen alaikäisen perheen yhdistämistä koskevaan sääntelyyn.” Lausuntopyyntö 8.10.2018 ja hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta (luonnos), 5.10.2018. Hallituksen esitysluonnoksen asiakirjat ks. Sisäministeriö 2018a.

101 ”Lausuntopalautteen perusteella ehdotetun poikkeussäännöksen soveltamisalaa päädyttiin laajentamaan kansainvälistä suojelua saaneisiin perheenkokoajiin.” HE 273/2018, s. 26.

102 Lakiesitys ei myöskään koske tilannetta, jossa pakolaisaseman saanut vanhempi hakee ulkomailla olevaa alaikäistä lasta luokseen perheenyhdistämisen kautta. Tällöin edellytetään edelleen, että lapsi on alle 18 vuotta sinä päivänä, jolloin perheenyhdistämishakemus ratkaistaan. Kiitän huomiosta Pakolaisneuvonta ry:n vastaava lakimies Hanna Laaria.

103 Pakolaisneuvonnan, Suomen Punaisen Ristin, Amnesty:n ja Yhdenvertaisuusvaltuutetun lausunnot luonnoksesta hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta. 23.10.2018.

sinä päivänä, jolloin hän jätti kansainvälistä suojelua koskevan hakemuksensa. Oleskeluluvan myöntäminen edellyttää lisäksi, että oleskelulupahakemus perhesiteen perusteella jätetään kolmen kuukauden kuluessa siitä, kun perheenkokoaja sai tiedoksi päätöksen kansainvälisen suojelun antamisesta. Aikarajasta voidaan yksittäisessä tapauksessa poiketa, jos siihen on poikkeuksellisen painava syy.¹⁰⁴

A ja S -ratkaisun edellyttämät muutokset säädettiin siis *poikkeukseksi* nykyisen UlkL 38.1 §:n muodostamaan pääsääntöön.¹⁰⁵ Alaikäisyyttä koskeva pääsääntö jää voimaan ankarampana kuin EUT:n *A ja S* -ratkaisussa eurooppaoikeuden vastaiseksi arvioima tilanne, jossa A:n ja S:n tytär menetti perheenyhdistämisoikeutensa täytettyään 18 vuotta ennen perheenyhdistämishakemuksen tekemistä. Eurooppaoikeuden vastaiseksi todettu pääsääntö jäi näin koskemaan suurta osaa yksin tulevista lapsista. Se on oikeudellisesti mahdollista, koska pääsääntö koskee jatkossa käytännössä UlkL 52 §:n mukaan yksilöllisen inhimillisen syyn perusteella oleskeluluvan saaneita lapsia, ja kyseisen luvan ollessa kansallinen oleskelulupa, se jää EU-oikeuden kouran ulottumattomiin.

Muutosten säätäminen poikkeussäännöksenä on ongelmallista suhteessa EUT:n kantaan, jonka mukaan perheenyhdistämisen salliminen on *pääsääntö*, jonka rajoituksia on tulkittava suppeasti.¹⁰⁶ Poikkeussäännös sopii myöskin huonosti yhteen sen kanssa, että perheenyhdistämisen edistäminen on EUT:n mukaan perheenyhdistämisdirektiivin *tavoite*.¹⁰⁷ Jäsenvaltiot eivät saa käyttää harkintavaltaansa direktiivin tavoitetta, eli perheenyhdistämisen edistämistä, vastaan.¹⁰⁸ Lisäksi EUT on muistuttanut jäsenvaltioita perhe-elämän kunnioittamisesta, joka on turvattu EIS:ssa ja POK:ssa, ja korostanut, että POK:lla on ”sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla”.¹⁰⁹ Se, että nykyinen alaikäisyydedellytys jää voimaan pääsääntönä, korostaa EUT:n ratkaisussaan esiin nostamaa ongelmaa jäsenvaltioiden haluttomuudesta noudattaa unionin yhteistä turvapaikkapolitiikkaa. Jatkuvasti kiristyvän maahanmuuttopolitiikan myötä jyrkkä jako lasten perheenyhdistämisoikeudessa voi houkutella viranomaisia myöntämään lapsille yhä vähemmän sellaisia oleskelulupia, jotka tosiasiallisesti mahdollistavat perheenyhdistämisen.¹¹⁰

104 HaVM 32/2018 vp, s. 10–11.

105 Kansainvälistä suojelua saaneiden ilman huoltajaa tulleiden alaikäisten osalta ehdotetaan poikkeussäännöstä, jonka mukaan perheenkokoajana alaikäiseksi katsottaisiin se, joka on jättänyt kansainvälistä suojelua koskevan hakemuksensa alaikäisenä, vaikka päätös perhesidehakemukseen tehtäisiin sen jälkeen, kun hän on tullut täysi-ikäiseksi.” HE 273/2018, s. 27.

106 C-578/08, *Chakroun*, kohta 43.

107 C-550/16, kohta 55, ks. myös kohta 58.

108 Ibid.

109 Ibid., kohta 43–44.

110 Maahanmuuttoviranomaisten linjan kiristymistä on arvioitu mm. Turun yliopiston, Åbo Akademin ja Yhdenvertaisuusvaltuutetun tutkimuksessa, jossa tutkijat osoittivat Maahanmuuttolinjan oleskelulupia soveltamiskäytäntöä koskevan linjan kiristyneen vuodesta 2015 vuoteen 2017. Muutos ei tutkijoiden mukaan selity lainsäädännön muutoksilla, vaan syitä voi hakea ”poliittisen ja hallinnollisen ohjauksen ja turvapaikanhakijoiden oikeusturvan heikentymisen suunnilta”. Saarikkomäki et al. 2018, s. 35.

Tämän välttämiseksi EUT:n oikeusohje alaikäisyyden tulkinnasta tulisikin ulottaa kaikkiin yksin maahan tuleviin lapsiin.

Ulkomaalaislain muutoksen mukaan perheenyhdistämistä on haettava kolmen kuukauden sisällä siitä, kun perheenkokoaja sain tiedon kansainvälisen suojelun myöntämisestä. Hallintovaliokunta on toisessa yhteydessä huomauttanut, että vastaava toimeentuloedellytykseen liittyvä kolmen kuukauden määräaika ”perheenyhdistämishakemuksen vireillepanoon Suomen ulkomaan edustustossa voi ylittyä esimerkiksi sen johdosta, että jokin edustusto ei kykene tarjoamaan aikoja asiointia varten”.¹¹¹ Ulkomaalaislain käsillä olevan muutoksen yhteydessä hallintovaliokunta ei lausunut kolmen kuukauden määräajasta.¹¹² Ratkaisun *A ja S* mukaan perheenyhdistämisoikeutta koskeva hakemus olisi tehtävä ”*kohtuullisessa ajassa*”, sillä sen mukaan olisi perheenyhdistämisdirektiivin perheenyhdistämisoikeuden tavoitteen vastaista¹¹³, että säännökseen voitaisiin vedota ”*ilman minkäänlaista ajallista rajoitusta*”.¹¹⁴ Tuomioistuimien ehdottaa kolmen kuukauden määräaika, joka ”voi toimia ohjeena siten, että – perheenyhdistämistä koskeva hakemus on *lähtökohtaisesti* tällaisessa tilanteessa esitettävä kolmen kuukauden kuluessa siitä päivästä, jolloin asianomaiselle alaikäiselle on tunnustettu pakolaisasema”.¹¹⁵ Tuomioistuimen muotoilu antaa ymmärtää, että kohtuusarviolle on syytä antaa tilaa. Sitä on niukalti juuri hyväksytyyn lakiesityksen muotoilussa, jossa kolmen kuukauden aikarajasta voidaan ”yksittäisessä tapauksessa poiketa, jos siihen on poikkeuksellisen painava syy”.¹¹⁶

Poikkeuksellisen painava syy on lakiesityksessä ainut peruste poiketa aikarajoituksesta. Lakiesitykseen ei ole sisällytetty mahdollisuutta poiketa kolmen kuukauden aikarajasta lapsen edun vuoksi. Poikkeamismahdollisuus on tiukempi kuin UlkL 39.1 §:n toimeentuloedellytyksestä poikkeaminen, josta voidaan poiketa myös jos lapsen etu sitä vaatii.¹¹⁷ Ratkaisu on ankara, sillä lakiesitys koskee yksin tulleiden kansainvälistä suojelua saavien lasten oikeutta perheeseen.

111 HaVM 11/2016 vp, s. 12.

112 HaVM 32/2018 vp.

113 Tuomioistuimien ei tarkemmin täsmennä mikä se tavoite on, jonka vastaisena se tässä pitää mahdollisuutta vedota oikeuteen ilman minkäänlaista ajallista rajoitetta.

114 C-550/16, kohta 61, kursiivi lisätty.

115 Ibid., kursiivi lisätty.

116 HE 273/2018, s. 43 ja HaVM 32/2018 vp, s. 9–10. Poikkeuksellisen painavaa syytä ei määritellä säädöstekstissä eikä hallituksen esityksessä. Perustuslakivaliokunta arvosteli toimeentuloedellytyksen laajentamisen yhteydessä vastaavaa poikkeuksellisen painavan syyn käsitettä siitä, että sen merkitys jäi avoimeksi. Valiokunta korosti, että poikkeamisen edellytyksiä on arvioitava Suomea sitovien kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden mukaisesti. PeVL 27/2016 vp, s. 4.

117 UlkL 39.1 §: ”Oleskeluluvan myöntäminen edellyttää, että ulkomaalaisen toimeentulo on turvattu, jollei tässä laissa toisin säädetä. Toimeentuloedellytyksestä voidaan yksittäisessä tapauksessa poiketa, jos siihen on poikkeuksellisen painava syy tai lapsen etu sitä vaatii. Toimeentuloedellytyksestä ei sovelleta myönnettäessä oleskelulupa 6 luvun perusteella, jollei 114 §:n 4 momentista tai 115 §:n 2 momentista muuta johdu.” Kursiivi lisätty.

Perheenyhdistämisdirektiivi edellyttää lapsen edun asianmukaista huomioon ottamista.¹¹⁸ A ja S -ratkaisussa EUT viittaa suoraan POK 24 artiklan 2 kohtaan, joka vahvistaa lapsen edun ensisijaisuuden. EUT toteaa, että ”lapsen etu on jäsenvaltioille tosiasiallisesti ensisijainen seikka, kun ne soveltavat näitä direktiivejä”.¹¹⁹ Unionin tuomioistuimen ottaessa suoraan kantaa lapsen edun merkitykseen perheenyhdistämisessä voidaan lapsen edun ensisijaisuuden täydellistä puuttumista hallituksen esityksestä ja säädöstekstistä pitää jopa EU-oikeuden vastaisena.

Kolmen kuukauden sääntöön on hallituksen esityksessä liitetty tiedonantovelvollisuus. Sen mukaan ”tieto edellytyksestä hakea perheenyhdistämistä kolmen kuukauden määräajassa olisi annettava momentin soveltamisalaan kuuluville henkilöille selkeästi, oikea-aikaisesti ja ymmärrettävällä tavalla viimeistään kansainvälistä suojelua koskevan päätöksen tiedoksi antamisen yhteydessä”.¹²⁰ Nykyistä perheenyhdistämisen hallinnollista prosessia on arvosteltu vaikeaselkoiseksi, monimutkaiseksi ja hakijalle kalliiksi. Hiitolan mukaan ”edes monet pakolaisaseman saaneet ihmiset eivät saa perhettään Suomeen, sillä kukaan ei neuvo heitä monimutkaisten hakemusten aloittamisessa vaaditussa ajassa”.¹²¹ Hallituksen esityksessä esitetty tiedonantovelvollisuus merkitsee huomattavaa muutosta nykyiseen tiedoksiantotapaan.¹²² Hallintovaliokunnalle esitettyssä lausunnossaan Pakolaisneuvonta huomauttaa, että määräaikaa ja sen noudattamatta jättämisen oikeusvaikutuksien tiedoksi antamista ei ole turvattu asianmukaisesti.¹²³

6. SYRJINTÄ

Ulkomaalaislain uuden alaikäisyysedellytyksen koskiessa yksin maahan tulevia lapsia hyvin eri tavoin riippuen heidän oleskeluluvastaan, on yksin maahan tulevien lasten asettamista eri asemaan perheenyhdistämisen suhteen tärkeää tarkastella yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjinnän kiellon näkökulmasta.¹²⁴ Suomeen yksin tuleville lapsille myönnetään pääsääntöisesti

turvapaikka tai oleskelulupa toissijaisen suojelun tai yksilöllisen inhimillisen syyn perusteella. Viime vuosina yksin tuleville lapsille on myönnetty eniten oleskelulupia yksilöllisestä inhimillisestä syystä (yli puolet myönnteisistä oleskeluluvista) ja seuraavaksi eniten toissijaista suojelua. Vähiten lapsille on myönnetty turvapaikkoja: esimerkiksi vuonna 2016 ja 2017 yksin tuleville lapsille annettiin lähes yhtä usein kielteinen turvapaikkapäätös kuin turvapaikka.¹²⁵ Lapset tulevat Suomeen lupaperusteesta riippumatta samoilta konfliktialueilta, joissa tilanne voi muuttua nopeastikin. Esimerkiksi vuonna 2015, jolloin Suomeen tuli tuhansia lapsia yksin, tulivat lapset useimmiten Afganistanista, Irakista, Somaliasta ja Syyriasta.¹²⁶ Maat kuuluvat maailman viiteen vaarallisimpaan maahan *Global Peace Indexin* mukaan.¹²⁷

Sisäministeriö perusteli hallituksen esityksen rajausta kansainvälistä suojelua saaviin lapsiin sillä, että kansainvälisen suojeluaseman saaneilla henkilöillä ”ei vainon tai muun vakavan haitan vaaran takia ole mahdollisuutta palata kotimaahansa ja näin ollen elää siellä perheenjäsentensä kanssa”.¹²⁸ Käänteisesti tämä tarkoittaa sitä, että yksilöllisestä inhimillisestä syystä oleskeluluvan saaneella lapsella olisi mahdollisuus palata kotimaahansa ja elää siellä perheenjäsentensä kanssa. Väite on ristiriidassa yksilöllisen inhimillisen syyn myöntämisedellytysten ja soveltamiskäytännön kanssa, eikä siksi toimi perusteena rajata yksilöllisen inhimillisen syyn perusteella oleskeluluvan saaneen lapsen perheenyhdistämistä.

Oleskelulupa yksilöllisestä inhimillisestä syystä myönnetään, jos katsotaan, että palaaminen kotimaahan olisi henkilölle kohtuutonta. Oleskelulupa lasketaan täydentäväksi suojeluksi.¹²⁹ Lainvalmisteluasiakirjojen mukaan UIKL 52 §:n säännös koskee ”usein turvapaikanhakijaa, jolle ei myönnettäisi oleskelulupaa kansainvälisen suojelun perusteella, mutta kuitenkin inhimillisesti ajatellen ei voitaisi edellyttää hänen palaavan kotimaahansa”.¹³⁰ Erityisesti yksin tulleelle alaikäiselle lapselle, joka ei ole kansainvälisen suojelun tarpeessa, mutta jonka vanhemmat ovat kuolleet tai heidän olinpaikastaan ei ole tietoa, voidaan hallituksen esityksen mukaan

118 Perheenyhdistämisdirektiivi 5 artiklan 5 kohta.

119 C-550/16, kohta 58.

120 HE 273/2018 vp, s. 36.

121 Helsingin Sanomien (HS) artikkeli: ”Järjestö syyttää Migriä: Alaikäisille turvapaikanhakijoille myönnetään ”minilupia”, jotta heidät voitaisiin myöhemmin karkottaa”, 10.8.2017. www.hs.fi -> kotimaa, vierailupäivä 9.12.2018.

122 Maahanmuuttovirasto antaa nykyään päätökset tiedoksi postitse saantitodistusta vastaan tai, jos tämä ei ole mahdollista, luovuttamalla päätöksen hakijalle Maahanmuuttovirastossa, jolloin päätöstä ei tulkata hakijalle. Mikäli myönteinen päätös tulee hallinto-oikeudesta, se lähetetään tiedoksi asiamiehelle. Mikäli asiamies ei ilmoiteta päätöksestä hakijalle, menettää hakija oikeuden perheenyhdistämiseen määräajan umpeuduttua. Maahanmuuttoviraston selvityksessä todetaan, että ”hakijoiden tavoittaminen tiedoksiantoa varten voi olla vaikeaa ja osa tiedoksiannoista jää tekemättä, jolloin ne siirtyvät yleistiedoksiantoon”. Maahanmuuttovirasto 2018b, s. 40–41.

123 Pakolaisneuvonnan lausunto eduskunnan hallintovaliokunnalle 22.1.2019. HE 273/2018 vp HaV 29.01.2019 Pakolaisneuvonta ry Asiantuntijalausunto

124 Syrjinnän kieltä sisältävä kansainvälisiin sopimuksiin, kuten YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (SopS 7-8/1976) 26 artiklaan, POK 21 artiklaan sekä EIS 14 artiklaan ja EIS:n kahdenteentoista lisäpöytäkirjaan. Suomessa PL 6.2 § sisältää laajan syrjintäkiellon.

125 Vuonna 2016 myönnteisiä oleskelulupapäätöksiä yksin maahan tulleille lapsille tehtiin 1515. Näistä 196 oli turvapaikkapäätöksiä, 434 toissijaisen suojelun perusteella tehtyjä päätöksiä, 2 sittemmin laista poistetulla humanitaarisella perusteella tehtyjä päätöksiä ja valtaosa, 883, muulla perusteella, eli käytännössä yksilöllisen inhimillisen syyn perusteella tehtyjä päätöksiä. Kielteisiä päätöksiä yksin tulleille lapsille tehtiin 141. Vuonna 2017 myönnteisiä lupapäätöksiä oli 187: pakolaisaseman sai 32 yksin maahan tullutta lasta, 85 sai oleskeluluvan toissijaisen suojelun perusteella, ja 70 muulla perusteella. Kielteisen päätöksen sai 21 lasta. Maahanmuuttoviraston tilastopalvelu: päätökset/kansainvälinen suojelu/turvapaikkahakemukset/yksintullut alaikäinen/2017. 11.2018–30.9.2018 tehdyt päätökset: 78 myönnteistä, joista 21 turvapaikkaa, 41 toissijaista suojelua ja 16 muuta oleskelulupa, 1 kielteinen, 11 rauennut ja 3 jätetty tutkimatta. Tieto vuoden 2018 oleskelulupapäätöksistä on Maahanmuuttoviraston esittämä Kuka päättää, mikä on lapsen etu? -seminaarissa 24.10.2018.

126 Valtaosa lapsista oli Afganistanin (1911) ja Irakin kansalaisia (692), Somalian kansalaisia oli 251, Syyrian 40. Muita kansallisuuksia oli Iran (36), Bangladesh, (26), Marokko (18) ja tuntematon (15). Maahanmuuttoviraston tilastopalvelu/hakemukset/kansainvälinen suojelu/ turvapaikkahakemukset/yksintullut alaikäinen/2015.

127 Global peace index 2018.

128 Sisäministeriö 2018b.

129 Ecre 2009, s. 34.

130 HE 28/2003 vp, s. 151.

myöntää oleskelulupa yksilöllisestä inhimillisestä syystä.¹³¹ KHO on vahvistanut edellytykset lapsen palauttamiselle hänen kotimaahansa useissa ratkaisuisaan. Ratkaisujen mukaan lapsi voidaan palauttaa vain yhteistyössä hänen kotimaassaan olevien vanhempiensa kanssa niin, että palautusolosuhteiden asianmukaisuudesta on varmistuttu.¹³² Maahanmuuttoviraston turvapaikkayksikön johtajan mukaan ”jos palautusolosuhteista ei pystytä varmistumaan, alaikäinen saa ulkomaalaislain 52 pykälän perusteella yksilöllisen inhimillisen syyn perusteella oleskeluluvan.”¹³³

Ristiriita sisäministeriön perusteluiden ja yksilöllisen inhimillisen syyn myöntämiskäytännön välillä on tärkeä selvittää, nyt kun yksilöllisen inhimillisen syyn perusteella oleskeluluvan saaneet yksin tulleet lapset jäävät EUT:n turvaaman perheen yhdistämisoikeuden säilyttämisen ulkopuolelle ulkomaalaislain muutoksen myötä. Sillä, voiko lapsi palata kotimaahansa viettämään perhe-elämää vai ei, on lisäksi erityistä merkitystä arvioitaessa, rikkooko perheen yhdistämisoikeuden epääminen tältä lapsiryhmältä syrjinnän kieltoa.

Palander on kirjoittanut syrjinnän kiellosta perheen yhdistämisen edellytysten osalta; aivan viime aikoina EIT on alkanut nähdä oleskelulupaperusteen EIS:n 14 artiklan mukaisena *muuna asemana*¹³⁴, jonka myötä eri lupaperusteiden välistä erilaista kohtelua voidaan tarkastella syrjinnän näkökulmasta.¹³⁵ Palander luettelee EIT:n soveltamiskäytännöstä johdettavia keskenään verrattavia ryhmiä ja toteaa, että ryhmien ”pakolainen – muu kansainvälinen suojelustatus” vertaaminen toisiinsa on toistaiseksi kysymysmerkki.¹³⁶ Palanderin mukaan ”EIT on valmis arvioimaan yhdenvertaisuuden toteutumista perheen yhdistämislainsäädännössä ja se on antanut langettavia tuomioita erityisesti syrjintäkieltoa soveltamalla.”¹³⁷ Tämä kansainvälisen oikeuden kehitys tekee *A ja S* -ratkaisusta seuraavasta oikeustilasta Euroopassa ajankohtaisen syrjintää koskevan kansainvälisoikeudellisen kysymyksen. Yksin maahan tulevien lasten perheen yhdistämisoikeuden syrjintään liittyvä ulottuvuus liittyy juuri oleskelulupaan perustuvaan erilaiseen kohteluun ja sen oikeuttamiseen.

EIT:n *Bah v. Yhdistynyt kuningaskunta* -tapauksen mukaan ”statusryhmien välinen erilainen kohtelu voi olla syrjintää, jos ryhmät ovat verrattain samanlaisessa tilanteessa ja jos erilainen

kohtelu ei ole objektiivisesti ja järkevästi perusteltua.”¹³⁸ Tapauksessa Yhdistynyt kuningaskunta ei ollut myöntänyt asuntoa vanhemmalle hänen lapsensa oleskelulupastatuksen takia. EIT vahvisti ratkaisussaan, että oleskelulupaperuste voi olla EIS:n 14 artiklan mukainen *muu asema*, vaikkakaan se ei pitänyt tapauksen erilaista kohtelua syrjintänä.¹³⁹

Tapauksessa *Hode ja Abdi v. Yhdistynyt Kuningaskunta* oli kyse EIS 8 artiklan oikeudesta perhe-elämään ja EIS 14 artiklan syrjintäkiellosta. Tapauksessa pariskunta oli mennyt naimisiin sen jälkeen, kun toinen heistä oli saanut turvapaikan. He saivat kielteisen päätöksen perheen yhdistämiseen. EIT vertasi pakolaisten perheen yhdistämisoikeutta työntekijöiden ja opiskelijoiden oikeuteen saada perhe luokseen. Lisäksi tuomioistuimien vertasi ns. vanhoja ja uusia perheitä keskenään, ja pohti sitä, saako perheen perustamisen ajankohta vaikuttaa perheen yhdistämisoikeuteen. EIT:n oli ratkaistava, oliko erilainen kohtelu perheen yhdistämisasiassa näiden ryhmien välillä oikeutettua. Tuomioistuimien kysyi ensin, ovatko tapauksen ryhmät toisiinsa rinnastuvia ryhmiä, joita on kohdeltava yhdenvertaisesti. Tuomioistuimien näki eri ryhmät, kuten pakolaiset, opiskelijat ja työntekijät ja toisaalta eri aikaan naimisiin menneet parit toisiinsa rinnastuvina. Ratkaisun mukaan EIS 8 artikla ei takaa perheille oikeutta valita asuinvaltiotaan, mutta jos sopijavaltio kuitenkin sallii joidenkin maahanmuuttajakategorioiden perheen yhdistämisen, se ei saa rikkooa EIS 14 artiklan syrjintäkieltoa.¹⁴⁰ Jotta erilainen kohtelu ei olisi syrjintää, sopijavaltion on annettava hyväksyttävä syy kohtelulle. Tapauksessa *Hode ja Abdi* tällaista syytä ei ollut.

Ryhmien rinnastumisen jälkeen selvitettäväksi tulee erilaisen kohtelun hyväksyttävyyttä.¹⁴¹ EIT edellyttää, että erilaiselle kohtelulle on annettava hyväksyttävä syy.¹⁴² EIT totesi *Bah*-tapauksessa, että hyväksyttävyyteen vaikuttaa se, onko henkilöllä ollut mahdollisuutta tehdä *valintaa* tilanteessa.¹⁴³ EUT viittasi *A ja S* -tuomiossaan direktiivin pakolaisille suomaan erityiseen suojaan.¹⁴⁴ Olisiko pakolaisaseman erityinen luonne kansainvälisen oikeuden turvaamana asemana hyväksyttävä syy, joka oikeuttaa erilaisen kohtelun? Tapauksessa *Bah* EIT kiinnitti huomiota pakolaisaseman ja muun oleskelulupaperusteen eroon siltä osin, että pakolaisaseman saanut ei voinut palata kotimaahansa.¹⁴⁵ Yksin tulleiden lasten osalta on vaikea nähdä, että pakolaisaseman korostettu suoja oikeuttaisi suoraan lasten erilaisen kohtelun perhe-elämän oikeuden turvaamisen suhteen, sillä yksin maahan tulleilla lapsilla on harvoin mahdollisuuksia päästä nauttimaan perhe-elämän suojasta muuten kuin perheen yhdistämisen kautta. Tällöin kyseessä ei ole aito valintatilanne.

131 Hallituksen esityksessä viitataan tässä kohtaa LOS 3 artiklan lapsen edun ensisijaisuuteen. Ibid., s. 152.

132 KHO 2017:172, KHO 2017:173 ja KHO 2018:138.

133 HS 10.8.2017.

134 EIS 14 artiklassa on lueteltu erikseen mainittujen kiellettyjen syrjintäperusteiden, kuten sukupuolen, ihonvärin tai kansalliseen vähemmistöön kuulumisen lisäksi muu asema. EIT täsmentää oikeuskäytännössään, mitä ominaisuuksia voidaan pitää muuna asemana, jonka perusteella syrjintä on kiellettyä.

135 Palander 2018, s. 404.

136 Ibid. s. 404–405.

137 Palander 2018, s. 406.

138 Ibid., s. 404.

139 *Bah v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 46.

140 *Hode ja Abdi*, kohta 43.

141 Erilaisesta kohtelusta ja syrjinnän kiellosta ks. Ojanen – Scheinin 2011, s. 238–260.

142 Palander 2018, s. 402. Ks. myös Boeles et al. 2014, s. 19–21.

143 *Bah v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 45 ja 47.

144 C-550/16, kohta 44.

145 *Bah*, kohta 47.

Babicka vertaa ratkaisun *A ja S* jälkeistä oikeustilaa EUT:n ratkaisuun *Alo ja Osso*.¹⁴⁶ Tapauksessa määritelmädirektiivin liikkumisvapautta koskeva artikla 33 ei sallinut erilaista kohtelua pakolaisaseman ja toissijaisen suojelun välillä. EUT johti erilaisen kohtelun kiellon unionin yhteisen turvapaikkajärjestelmän tavoitteesta.¹⁴⁷ EUT:n mukaan kansallinen lainsäädäntö, joka erotteli toissijaisen suojeluaseman ja pakolaisaseman saaneet, oli hyväksyttävää vain, jos nämä ryhmät *eivät objektiivisesti ottaen olleet verrannollisessa tilanteessa suhteessa lainsäädännön tavoitteeseen*.¹⁴⁸ Babickan mukaan sama johtopäätös koskee sekä pakolaisasemaan että toissijaiseen suojeluun soveltuva määritelmädirektiivin 23 artiklaa, joka koskee perheen yhtenäisyyden säilyttämisen velvoitetta. Määritelmädirektiivin 23 artiklan soveltamisen kautta EU-oikeuden perusoikeuskirjan artiklat aktivoituvat.¹⁴⁹ Babicka tulkitsee oikeuskysymystä niin, että yksin maahan tulleita lapsia, jotka saavat oleskeluluvan pakolaissopimuksen mukaan, ja lapsia, jotka saavat toissijaista suojelua, tulisi kohdella samalla tavoin, sillä artikla 23 ei nimenomaisesti salli erilaista kohtelua lasten välillä.¹⁵⁰

Suuri osa Suomeen yksin tulevista lapsista saa oleskeluluvan muun kuin kansainvälisen suojelun (pakolaisasema, toissijainen suojelu) perusteella, yleensä UlkL 52 §:n yksilöllisestä inhimillisestä syystä. Ulkomaalaislain muutoksen jälkeen nämä lapset eivät jatkossa säilytä perheenyhdistämisoikeuttaan täyttäessään 18 vuotta, kuten kansainvälistä suojelua saavat lapset.

Tällöin on pohdittava, miten lasten erilainen kohtelu suhtautuu Suomen perustuslain (731/1999, PL) yhdenvertaisuutta, lasten asemaa ja kansainvälisiä sitoumuksia koskeviin lainkohtiin.¹⁵¹ Yksin maahan tulevat lapset ovat siinä määrin samassa tilanteessa, että erilainen kohtelu perustuslain näkökulmasta vaatisi hyväksyttävää perustetta, josta täsmällisesti ja tarkkarajaisesti säädettäisiin laissa.¹⁵² Nyt ulkomaalaislain muutoksen myötä itse laissa säätämisen vaatimus täytyy. Silti ratkaisu ei saa olla Suomen kansainvälisten velvoitteiden, kuten EIS:n ja LOS:n, tai EU-oikeuden vastainen. Nykyinen UlkL:n 38.1 §:n alaikäisyysedellytys koskee ulkomaalaislain muutoksen myötä muita kuin kansainvälisen suojelun perusteella

oleskeluluvan saaneita lapsia. UlkL 38. §:n alaikäisyysedellytyksen peruste on kirjattu hallituksen esitykseen ulkomaalaislaista, jolla perheenkokoajan alaikäisyyden edellytystä kiristettiin vuonna 2010. Tiukennusta perustellaan hallituksen esityksessä *maahanmuuton kontrollilla*.¹⁵³ Hallituksen esityksessä mainittu tarkoitus *vähentää ilman huoltajaa tulevien turvapaikanhakijoiden määrää* ei ole perustuslakivaliokunnan edellyttämä erilaisen kohtelun oikeuttava hyväksyttävä peruste.¹⁵⁴

27.2.19 hyväksytyssä ulkomaalaislain muutoksessa UlkL 38 §:n alaikäisyysedellytyksen oikeudelliset perusteet jakautuvat kahtia: yksilöllisen inhimillisen syyn osalta peruste on HE:stä löytyvä ilman huoltajia tulevien turvapaikanhakijoiden määrän vähentäminen, kansainvälisen suojelun osalta se on EU-oikeuden ensisijaisuus ja sen kautta *A ja S* -tuomiossa julkilausutut direktiivin tavoitteet, kuten lapsen edun ensisijaisuus ja perheenyhdistämisen edistäminen. Alaikäisyysedellytyksen oikeudellisten perusteiden jyrkkää kahtiajakoa ei voi pitää yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisena.

Koska toissijainen suojelu sisällytettiin ulkomaalaislain muutokseen, vältettiin ilmeisin syrjintäkysymys kahden kansainväliseen suojeluun kuuluvan oleskeluluvan välillä. Tällöin syrjintäkysymys olisi ollut vielä selvempi kuin yksilöllisen inhimillisen syyn ja kansainvälisen suojelun välillä, sillä pakolaisasema ja toissijainen suojelu ovat kansainvälisen suojelun muotoina hyvin lähellä toisiaan. Mikäli toissijainen suojelu olisi jätetty lakiesityksessä perheenyhdistämisoikeuden ulkopuolelle, olisi myös EUT:lta voitu pyytää ennakkoratkaisupyyntöä syrjinnästä, lasten oikeuksista ja perhe-elämän suojasta, kysymällä esimerkiksi määritelmädirektiivin 23 artiklan tulkinnasta. *A ja S* -ratkaisun turvaama perheenyhdistämisoikeuden säilyminen saattaa lakimuutoksen ratkaisusta huolimatta jäädä toissijaista suojelua saavien lasten näkökulmasta heikoksi tai jopa näennäiseksi oikeudeksi: 18 vuotta oleskelulupaprosessin aikana täyttäneet toissijaista suojelua saavat lapset eivät luultavasti joka tapauksessa voi hyödyntää heille suotua perheenyhdistämisoikeutta toimeentuloedellytyksen vuoksi.¹⁵⁵

Vaikka valtioiden on katsottu suvereniteettinsa perusteella saavan pitkälti määrätä maahanmuutosta, ovat lapset kansainvälisen oikeuden ja EU-oikeuden mukaan erityisen suojan tarpeessa: mm. lapsen edun ensisijaisuus turvaa lapsen oikeuksien tosiasiallista toteutumista. Lapsen edun ensisijaisuus tasapainottaa sitä, että ulkomaalaisyhteisö on pitkälti aikuisten oikeutta. Esimerkiksi pakolaissopimus antaa turvaa erityisesti aikuisten kokemaa poliittista

146 Babicka 2018.

147 Tuomio 1.3.2016, *Alo ja Osso*, yhdistetyt asiat C-443/14 ja C-444/14, EU:C:2016:127, kohta 32.

148 Ibid., kohta 54 ja 61. Ks. myös Ecre 2016, s. 15.

149 POK 51.1 artikla. Ks. myös Babicka 2018. Tälle kannalle päädyttiin myös eduskunnan hyväksymässä hallituksen esityksessä.

150 Babicka 2018.

151 PL 6.1 §:n perusteella "ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä". PL 6.2 §:n mukaan "[k]etään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella". PL 6.3 § koskee lapsia: "Lapsia on kohdeltava tasa-arvoisesti yksilöinä, ja heidän tulee saada vaikuttaa itseään koskeviin asioihin kehitystään vastaavasti." Kaikki erilainen kohtelu ei ole syrjintää, vaan syrjintää on erilainen kohtelu, jolla ei ole perusoikeusjärjestelmän ja Suomen kansainvälisten velvoitteiden näkökulmasta hyväksyttävää perustetta. Ks. Ojanen – Scheinin 2011, s. 249.

152 PeVM 25/1994 vp, s. 4–5.

153 "Ehdotuksen tarkoituksena on vähentää Suomen houkuttelevuutta turvapaikanhakumaana sekä erityisesti ilman huoltajaa tulevien turvapaikanhakijoiden määrää." HE 240/2009 vp, s. 27, myös s. 24, 31, 26–27.

154 Ibid.

155 Tilanteeseen saattaa olla tulossa muutos. Työelämä- ja tasa-arvovaliokunta antoi 21.2.19 kannanottoehdotuksen, jossa esitetään, että eduskunta edellyttää valtioneuvoston laativan tarvittavat lainsäädäntömuutokset sen mahdollistamiseksi, että pakolaisaseman ja toissijaisen suojeluaseman saaneiden perheenyhdistämishakemuksiin ei sovelleta toimeentuloedellytystä. TyVM 14/2018 vp.

vainoa vastaan. Tämä tulee huomioida, kun valtion sopimusvastuuta arvioitaessa tehdään valtion edun ja lapsen oikeuksien välistä intressipunnintaa. Yksin maahan tulleiden lasten tarvitsema valtiollinen suoja on myös erilaista kuin aikuisten. Lapsi tarvitsee suojaa paitsi henkilökohtaisen vainon ja konfliktialueen erittelemättömän väkivallan tason takia myös ikänsä ja asemansa puolesta: siksi, että hän on yksin maahan tullut lapsi.

On toivottavaa, että yksin tulevien lasten syrjintää koskevaan perheenyhdistämiskysymykseen haetaan selvyyttä oikeusteitse kansainvälisistä tuomioistuimista. Esimerkiksi alaikäisenä maahan tullut, oleskeluluvan yksilöllisestä inhimillisestä syystä saanut lapsi, joka menettää perheenyhdistämisoikeuden täytettyään 18 vuotta, voisi valittaa asiassaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen. Hän voisi vedota EIS:n artikloihin 8 ja 14, ja pyytää tuomioistuinta ratkaisemaan, onko perheenyhdistämisoikeuden menettäminen oleskelulupaperusteen vuoksi syrjintää. EIT:n näkökulmasta tapaus olisi luultavasti *Bah*-tapauksen kriteerien mukainen: Perheenyhdistäminen liittyy kiinteästi 8 artiklan perhe-elämän suojaan, riippumatta siitä katsotaanko, että Suomi varsinaisesti rikkoo kyseistä artiklaa. Yksin maahan tulevat lapset ovat EIT:n *Bah*-tapauksessa edellyttämässä *verrattain samanlaisessa* ja näin keskenään verrattavassa tilanteessa. EIT voi joutua ratkaisemaan, oikeuttaako pakolaisasemaan liittyvä erityinen suoja esimerkiksi sen, että kahdesta Afganistanista tulleesta lapsesta, joista toiselle on myönnetty turvapaikka ja toiselle oleskelulupa yksilöllisestä inhimillisestä syystä, vain toinen saa perheen luokseen.¹⁵⁶

EIT joutuisi tällöin ratkaisemaan, onko Suomen ulkomaalaislain 38.1 §:stä johtuva lasten erilainen kohtelu EIS:n salliman harkintamarginaalin mukainen, vai onko lasten erilainen kohtelu syrjintää. Tapauksessa *Bah* EIT korostaa *valinnan* merkitystä. Kun kyseessä on ominaisuus, jota ei voi valita, kuten kansalaisuus tai sukupuoli, on valtion harkintamarginaali kapeampi. *Bahin* kaltaisessa tapauksessa, jossa kyseessä oli kansainvälistä suojelua vaille jäänyt maahanmuuttaja lapsineen, EIT katsoi, että oli äidin valinta ottaa lapsi luokseen, ja näin valtion harkintamarginaali oli laajempi.¹⁵⁷

Hode ja Abdi -tapauksen argumentti, jossa EIT kehottaa sopimusvaltioita turvaamaan tietyille ryhmille sallimansa oikeudet muillekin verrattain samanlaisessa asemassa oleville ryhmille, ei

156 On oletettavaa, että useat jäsenvaltiot muuttavat lainsäädäntöään *A ja S* -ratkaisun johdosta niin, että perheenyhdistämisoikeuden säilyttäminen turvataan vain pakolaisaseman saaneille lapsille. Tällöin EIT voi myös joutua pohtimaan, syrjintäänkö toissijaista suojelua saavaa lasta, joka menettää perheenyhdistämisoikeuden täyttäessään 18 vuotta oleskelulupaprosessien aikana. Tässä syrjintäkysymys on vieläkin selkeämpi kuin esimerkissäni, sillä toissijainen suojeleminen ja pakolaisasema ovat kansainvälisen suojelun muotoina niin lähellä toisiaan.

157 Moni vanhempi saattaisi olla EIT:n kanssa eri mieltä siitä, onko oman 13-vuotiaan lapsen saaminen seitsemän vuoden odotuksen jälkeen luokseen tai jättäminen toiseen maahan todellinen valintatilanne vai ei. EIS:n harkintamarginaalista, ks. ks. Pellonpää et al. 2012, passim.

puolestaan täysin sovi yhteen tähän *A ja S* -ratkaisusta seuraavaan yhdenvertaisuusongelmaan. Alaikäisinä maahan tulleet lapset rinnastuvat toisiinsa ryhminä, mutta ainakaan pakolaisaseman saaneiden lasten osalta Suomi ei vapaaehtoisesti ole parantamassa yksin maahan tulevien lasten perheenyhdistämisoikeutta, vaan muutos johtuu eurooppaoikeuden ensisijaisuudesta. EIT:n mahdollinen kehoitus syrjimättömyyteen tulisi periaatteessa viedä Euroopan unionille saakka, sillä yksin maahan tulevien lasten erilainen oikeus perheenyhdistämiseen on peräisin Euroopan unionin tekemistä lainsäädäntöratkaisista, kuten perheenyhdistämisdirektiivistä, jossa pakolaisaseman saaneita turvapaikanhakijoita on päätetty perheenyhdistämisen osalta kohdella suotuisemmin. EU:n velvoittaminen ei tietysti ole mahdollista, sillä EU ei ole liittynyt Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Lisäksi Suomi on sitoutunut EIT:n sopimusvaltioon noudattamaan EIS:n velvoitteita, eikä voi yksiselitteisesti väistää vastuutaan asiassa viittamalla Brysseliin.¹⁵⁸

7. JOHTOPÄÄTÖKSET

Oikeus perhe-elämään, lapsen edun ensisijaisuus ja yhdenvertaisuusperiaate huomioon ottaen lapsen oleskeluluvan ei tule ratkaista hänen oikeuttaan saada perheensä luokseen. On vaikea oikeuttaa sitä, että kansainvälistä suojelua saavat lapset saisivat paremman suojan hallinnon hitautta vastaan kuin lapset, jotka saavat oleskeluluvan yksilöllisestä inhimillisestä syystä. Pakolaisaseman saaneet lapset ja toissijaista suojelua saavat lapset saavat molemmat kansainvälistä suojelua, eivätkä voi palata kotimaihinsa perheidensä luokse nauttimaan perhe-elämän suojasta. Myös yksilöllisen inhimillisen syyn perusteella oleskeluluvan saaneet lapset tulevat valtaosin samoista konfliktimaista Suomeen kuin kansainvälistä suojelua saavat, eikä heillä ole todellista mahdollisuutta palata perheensä luo.

Yksin maahan tulevan lapsen perheenyhdistämisessä on kyse lapsen edun ja valtion edun välisestä punninnasta. *A ja S* -ratkaisussa vaaka lapsen oikeuksien ja hallinnon edun välillä kallistuu lapsen oikeuksien puolelle. EUT:n argumentointi on sisällöllistä, ja sen tärkeimmät perustelut soveltuvat kaikkiin yksin maahan tuleviin lapsiin. Lapsen edun ensisijainen huomioiminen kaventaa myös EIS:n mukaista valtion harkintamarginaalia. Näin tekee lisäksi se, että yksin konfliktialueelta maahan tulevalla lapsella ei tosiasiallisesti ole mahdollisuuksia tehdä valintoja perhe-elämästään.

Eurooppaoikeuden näkökulmasta yksin maahan tulevien lasten erilainen kohtelu oleskelulupaperusteesta riippuen jättää jäsenvaltioille liikkumavaraa, joka on vastoin EUT:n ratkaisun tarkoitusta. *A ja S* -ratkaisun suojan ulottaminen koskemaan kaikkia yksin

158 EIT:n ja EUT:n kimurantista suhteesta sekä EU:n jäsenvaltioiden ja EIS:n sopimusvaltioiden välisestä vastuusuhteesta ks. Fabbrini – Larik 2016.

maahan tulevia lapsia estäisi jäsenvaltion mahdollisuuden kiertää EUT:n pyrkimyksen suojata juuri 18 vuotta täyttäneitä nuoria turvapaikanhakijoita. EUT halusi tuomioissa *A ja S* rajata jäsenvaltioiden mahdollisuuksia kiertää direktiivin turvaamaa perheenyhdistämisoikeutta. Ei ole tarkoituksenmukaista, että tämä mahdollisuus siirtyy nyt kysymykseksi siitä, minkälaisia oleskelulupia yksin maahan tuleville lapsille myönnetään. Nykyisellään kuitenkin unionin lainsäädäntö mahdollistaa myös tämän tulkinnan. Euroopan pirstaloitunut sääntely yksin maahan tulevien lasten perheenyhdistämisestä johtaa tilanteeseen, jossa lapsen oikeus perheeseensä riippuu paitsi oleskeluluvasta myös siitä, missä jäsenvaltiossa hän on.

Vaikka *A ja S* -ratkaisun edellyttämät muutokset parantavat yksin maahan tulevien lasten oikeutta perheenyhdistämiseen ja perhe-elämän suojaan, toteutuu suoja hallinnon hitautta vastaan 27.2.19 hyväksytyin ulkomaalaislain muutoksen myötä muodollisestikin vain osalle yksin maahan tulevista lapsista. Käytännössä toimeentuloedellytys voi tehdä oikeuden toissijaista suojelua saaville lapsille tyhjäksi. Kolmen kuukauden tiukan aikarajan takia myös pakolaisaseman saaneet lapset voivat menettää oikeuden saada vanhempansa luokseen.

Perheenyhdistämistä koskevat säännökset tekevät yksin maahan tulevan lapsen oikeuden perhe-elämään lapsen näkökulmasta lähes mahdottomaksi. Vaikka perheenyhdistämisen sallimisen tulisi EUT:n mukaan olla pääsääntö, on vanhempansa Suomeen saanut yksin tullut lapsi harvinainen poikkeus. Kaikkien yksin maahan tulevien lasten perheenyhdistämisen tehokas ja tosiasiallinen mahdollistaminen on eniten sopusoinnussa perusoikeuksien, kansainvälisen oikeuden ja unionioikeuden kanssa.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aer, Janne: Ulkomaalaisoikeuden perusteet. Helsinki, Alma Talent Oy 2016. (Aer 2016)

Boeles, Pieter – den Heijer, Maarten – Lodder, Gerrie – Wouters, Kees: European Migration Law. 2nd edition. Cambridge, Intersentia 2014. (Boeles et al. 2014)

Fabbrini, Federico – Larik, Joris: The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Yearbook of European Law (2016), s. 1–35. (Fabbrini – Larik 2016)

Hakalehto, Suviaanna – Savela, Katariina: Lapsen etu ja sen ensisijaisuus ulkomaalaisasioita koskevassa päätöksenteossa. Teoksessa Kallio, Heikki – Kotkas, Toomas – Palander, Jaana (toim.): Ulkomaalaisoikeus. Helsinki, Alma Talent Oy 2018. (Hakalehto – Savela 2018), s. 407-448.

Hallberg, Pekka: Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeudet. Toinen, uudistettu painos. Helsinki, WSOYpro 2011. (Hallberg 2011)

Heikkilä, Satu – Hirvelä, Päivi: Ihmisoikeudet – käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. Toinen, uudistettu painos. Helsinki, Alma Talent Oy 2017. (Heikkilä – Hirvelä 2017)

Hirvonen, Ari: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan 2011. E-kirja. Yleisen oikeustieteen julkaisu 17. Helsinki, 2011. (Hirvonen 2011)

Lodder, Gerrie: Movement and residence rights of third-country nationals. Teoksessa Boeles, Pieter – den Heijer, Maarten – Lodder, Gerrie – Wouters, Kees: European Migration Law. 2nd edition. Cambridge, Intersentia 2014, s. 127-198. (Lodder 2014)

Maahanmuuton ja kotouttamisen suunta 2011–2014, Sisäministeriön julkaisu 2/2015. (Sisäministeriön julkaisu 2015)

Madsen, Mikael Rask – Olsen Henrik Palmer – Šadl, Urška: Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: the Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation, European Law Journal, Vol. 23, No. 1– 2, August 2017, s. 140–150. (Madsen et al. 2017)

Miettinen, Anneli – Paavola, Juho-Matti – Rotkirch, Anna – Säävälä, Minna – Vainio, Arttu: Perheenyhdistämisen edellytysten tiukentaminen ja sen vaikutukset Suomessa sekä kokemuksia viidestä Euroopan maasta. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 55/2016. Valtioneuvoston kanslia 2016. (Miettinen et al. 2016)

Nykänen, Eeva: Luvallista, luvatonta ja jotain siltä väliltä -- ulkomaalaislaki ja turvapaikanhakijataustaisten maahanmuuttajien jäsenyys. Oikeus 2008 (37); 3, s. 345–364. (Nykänen 2008)

Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeudet. Toinen, uudistettu painos. Helsinki, WSOYpro 2011, s. 227–279. (Ojanen – Scheinin 2011)

Palander, Jaana: Perheenyhdistäminen ja perhe-elämän suoja. Teoksessa Kallio, Heikki – Kotkas, Toomas – Palander, Jaana (toim.): Ulkomaalaisoikeus. Helsinki, Alma Talent Oy 2018, s. 357–406. (Palander 2018)

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki, Talentum 2012. (Pellonpää et al. 2012)

Raitio, Juha: Euroopan unionin oikeus. Helsinki, Talentum Pro 2016. (Raitio 2016)

Saarikkomäki, E. – Oljakka, N. – Vanto, J. – Pirjatanniemi, E. – Lavapuro, J. – Alvesalo Kuusi, A:

Kansainvälistä suojelua koskevat päätökset Maahanmuuttovirastossa 2015–2017, Pilottitutkimus 18–34 vuotiaita Irakin kansalaisia koskevista myönteisistä ja kielteisistä päätöksistä.

Oikeustieteellisen tiedekunnan tutkimusraportteja ja katsauksia 1/2018. (Saarikkomäki et al. 2018)

Sormunen, Milka: Ulkomaalaislain muutokset lasten perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Lakimies 3–4/2017, s. 387–408. (Sormunen 2017)

Talus, Kim – Penttinen, Sirja-Leena: Eurooppaoikeudelliset oikeuslähteet ja niiden tulkinta oikeustieteellistä opinnäytettä kirjoitettaessa. Teoksessa Miettinen, Tarmo (toim.): Oikeustieteellinen opinnäyte. Edita Publishing Oy 2016, s. 223–245. (Talus – Penttinen 2016)

Thronson, David B.: Kids Will Be Kids - Reconsidering Conceptions of Children's Rights Underlying Immigration Law. 63 Ohio St. Law Journal 979 2002, s. 979–1016. (Thronson 2002)

Yksintulleet – näkökulmia ilman huoltajaa maahan saapuneiden lasten asemasta Suomessa, European Migration Network 2009. (Yksintulleet 2009)

Euroopan unionin oikeus

Euroopan unionin perusoikeuskirja 2012/C 326/02.

Neuvoston direktiivi 2003/86/EY, annettu 22 päivänä syyskuuta 2003, oikeudesta perheenyhdistämiseen (perheenyhdistämisdirektiivi).

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/95/EU, annettu 13 päivänä joulukuuta 2011, vaatimuksista kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden määrittelemiseksi kansainvälistä suojelua saaviksi henkilöiksi, pakolaisten ja henkilöiden, jotka voivat saada toissijaista suojelua, yhdenmukaiselle asemalle sekä myönnetyn suojelun sisällölle (uudelleenlaadittu määritelmädirektiivi).

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto 2012/C 326/01, 26.10.2012.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2013/32/EU, annettu 26 päivänä kesäkuuta 2013, kansainvälisen suojelun myöntämistä tai poistamista koskevista yhteisistä menettelyistä

(uudelleenlaadittu menettelydirektiivi).

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2013/33/EU, annettu 26 päivänä kesäkuuta 2013, kansainvälistä suojelua hakevien henkilöiden vastaanottoa jäsenvaltioissa koskevista vaatimuksista (vastaanottodirektiivi).

Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle oikeudesta perheenyhdistämiseen annetun neuvoston direktiivin 2003/86/EY soveltamista koskevista ohjeista, 3.4.2014.

Kansainvälinen oikeus

YK:n pakolaisten oikeusasemaa koskeva yleissopimus (pakolaissopimus), Sops 77/1968.

YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus ja valinnainen pöytäkirja valitusmenettelystä (1966) (KP-sopimus), SopS 7/1976.

Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi sellaisena kuin se on muutettuna yhdennellätoista pöytäkirjalla (Euroopan ihmisoikeussopimus) 63/1999, SopS 18- 19/1990.

YK:n yleissopimus lapsen oikeuksista (lapsen oikeuksien sopimus), SopS 59s/1991.

YK:n lapsen oikeuksien komitean yleiskommentti nro 14 (2013) lapsen oikeudesta saada etunsa otetuksi ensisijaisesti huomioon, CRC/C/GC/14.

YK:n lapsen oikeuksien komitean ja siirtotyöläisten oikeuksia käsittelevän komitean yhteinen yleiskommentti Joint general comment No. 3(2017) of the Committee on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, CRC/C/GC/22.

Kansalliset virallislähteet ja lausunnot

Amnestyn lausunto. Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta. 23.10.2018.

Hallintovaliokunnan mietintö HaVM 11/21016 vp HE 43/2016 vp.

Hallintovaliokunnan mietintö HaVM 32/2018 vp HE 273/2018 vp

HE 28/2003 vp Hallituksen esitys Eduskunnalle ulkomaalaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 240/2009 vp Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta.

HE 273/2018 vp Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta.

HE 273/2018 vp HaV 29.01.2019 Pakolaisneuvonta ry Asiantuntijalausunto

Pöytäkirja PTK 166/2018 vp

Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta, 5.10.2018.

Maahanmuuttoviraston ohje. Oleskelulupa perhesiteen perusteella. MIG/2012/161.

Maahanmuuttoviraston selvitys sisäministerille turvapaikkapäätöksentekoon ja –menettelyyn liittyen, 13.6.2018. (Maahanmuuttovirasto 2018b)

Pakolaisneuvonta ry:n lausunto. Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta. 23.10.2018.

Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 1994 vp – PeVM 25–HE 309/1993 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta. Valiokunnan lausunto PeVL27 2016 vp HE 43/2016 vp.

Suomen punaisen ristin lausunto 23.10.2018. Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta. Sisäministeriön lausuntopyyntö SM1830541.

Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö TyVM 14/2018 vp – K 6/2018 vp

Yhdenvertaisuusvaltuutetun lausunto. Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta. 23.10.2018.

Oikeustapaukset

EIT *Airey v. Irlanti*, 6289/73, 9.10.1979.

EIT *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.5.1985.

EIT *Hode ja Abdi v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 22341/09, 6.11.2012.

EIT *Jansen v. Norja*, 2822/16, 6.9.2018.

EUT, tuomio 18.1.1984, *Ekro*, C-327/82, EU:C:1984:11

EUT, tuomio 27.6.2006, *parlamentti v neuvosto*, C-540/03, EU:C:2006:429

EUT, tuomio 4.3.2010, *Chakroun*, C-578/08, EU:C:2010:117

EUT, Tuomio 1.3.2016, *Alo ja Osso*, yhdistetyt asiat C-443/14 ja C-444/14, EU:C:2016:127

EUT, Tuomio 18.5.2017, *Mossa Ouhrami*, C-255/16, EU:C:2017:398

EUT, Tuomio 12.4.2018, *A ja S vastaan Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-550/16, EU:C:2018:248

EUT, Tuomio 7.11.2018, *K ja B v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-380/17, EU:C:2018:877

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus tapauksessa C-550/16, Yves Bot 26.10.2017.

KHO 2017:172

KHO 2017:173

KHO 2018:138.

Internetlähteet

Babicka, Karolina: CJEU Confirms That EU Law on Family Reunification Should Be Accessible and Effective for Unaccompanied Children, 25.4.2018 <http://opiniojuris.org/2018/04/25/cjeu-confirms-that-eu-law-on-family-reunification-should-be-accessible-and-effective-for-unaccompanied-children/>, vierailupäivä 7.5.18. (Babicka 2018)

Council of Europe – Commissioner for Human Rights: Realising the right to family reunification of Refugees in Europe. June 2017. <https://rm.coe.int/prems-052917-gbr-1700-realising-refugees-160x240-web/1680724ba0>, vierailupäivä 4.1.19. (Council of Europe 2017)

ECRE/ELENA Complementary protection in Europe, July 2009, <https://www.refworld.org/pdfid/4a72c9a72.pdf>, vierailupäivä 14.12.18. (Ecre 2009)

ECRE/ELENA Legal note on ageing out and family reunification. The right of unaccompanied children who 'age out' to family reunification in the light of international law and EU law. June 2018. <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/06/Legal-Note-4.pdf>, vierailupäivä 9.12.18. (Ecre 2018)

European council on refugees and exiles ECRE /European legal network for asylum ELENA, Information Note on Family Reunification for Beneficiaries of International Protection in Europe, 2016 s. 1–41. https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-ELENA-Information-Note-on-Family-Reunification-for-Beneficiaries-of-International-Protection-in-Europe_June-2016.pdf, vierailupäivä 10.5.18. (Ecre 2016)

Eurostat EU:n tilastopalvelu: Asylum applicants considered to be unaccompanied minors - annual data, <http://ec.europa.eu/eurostat/>, vierailupäivä 10.5.18.

Global Peace Index 2018: Measuring Peace in a Complex World, Institute for Economics & Peace, Sydney 6/2018 <http://visionofhumanity.org/reports>, vierailupäivä 21.10.18. (Global Peace Index 2018)

Groenendijk, Kees – Guild, Eslpeth: Children are entitled to Family Reunification with their Parents C-550/16 A & S Court of Justice of the European Union. <http://eumigrationlawblog.eu/children-are-entitled-to-family-reunification-with-their-parents-c-550-16-a-s-court-of-justice-of-the-european-union>, vierailupäivä 6.5.2018. (Groenendijk – Guild 2018)

Hiitola, Johanna: Kenellä on vastuu pakolaisten epäonnistuneista perheenyhdistämisistä?

Erityisesti alaikäiset yksin tulleet turvapaikanhakijanuoret ovat täysin riippuvaisia heitä auttavista ammattilaisista. HS 26.11.18. https://www.hs.fi/mielipide/art-2000005911274.html?fbclid=IwAR2UzphpCMCENwvAZ4xmcT7rLvqdEU9OUGC-ou3s2PcOj2_tN9KxXFOZi-c, vierailupäivä 23.12.2018. (HS 26.11. 2018)

Hiitola, Johanna – Repo, Hanna – Vuolajärvi, Niina – Tapaninen, Anna-Maria – Pellander, Saara – Sotkasiira, Tiina – Peltola, Marja – Katisko, Marja – Hirsjärvi, Irma – Fingerroos, Outi – Helén, Ilpo – Suoranta, Juha – Tiilikainen, Marja – Turtiainen, Kati, Creutz, Karin: Kenellä on oikeus perheeseen? 8.2.2016, <https://raster.fi/2016/02/08/kenella-on-oikeus-perheeseen/#more-406>, vierailupäivä 20.10.18. (Hiitola et. al. 2016)

Maahanmuuttoviraston tilastopalvelu. <http://tilastot.migri.fi/>, vierailupäivät 10.5.18, 14.5.17, 14.10.18, 21.10.18 ja 14.3.2019.

Palander, Jaana: Polttopalloa ihmisoikeuksilla perheenyhdistämisissä? 23.5.2017, <https://glase.fi/polttopalloa-ihmisoikeuksilla-perheenyhdistamisissa/>, vierailupäivä 20.10.18. (Palander 2017)

Peers, Steve: Childhood's End? The Court of Justice upholds unaccompanied child refugees' right to family reunion, 13.4.2018. <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/childhoods-end-court-of-justice-upholds.html>, vierailupäivä 9.12.18. (Peers 2018)

Punto, Ville: Kansainvälisen suojelun myöntämiseen liittyy monia tulkintakysymyksiä, muistuttaa Ville Punto, 15.11.2017. <https://pakolaisapu.fi/2017/11/15/blogi-kansainvalisen-suojelun-myontamiseen-liittyy-monia-tulkintakysymyksiä-muistuttaa-ville-punto/>, vierailupäivä 10.5.18. (Punto 2017)

Sisäministeriö, hankesivu: Uusintahakemuksia koskevien säännösten muuttaminen, SM018:00/2018 Säädösvalmistelu, <https://intermin.fi/hankkeet/hankesivu/-/hankesivu/hanke?tunnus=SM018%3A00%2F2018#lainvalmistelu>, vierailupäivä 14.10.18. (Sisäministeriö 2018a)

Sisäministeriö: Usein kysytyt kysymykset turvapaikanhakijoiden uusintahakemuksista <https://intermin.fi/maahanmuutto/turvapaikanhakijat-ja-pakolaiset/ukk-uusintahakemuksista>, vierailupäivä 9.12.18. (Sisäministeriö 2018b)

Muut lähteet

Maahanmuuttoviraston vastaukset sähköpostitiedusteluun 27.4.2018, 9.5.2018 ja 24.10.2018.

Maahanmuuttoviraston alustus: Kuka päättää, mikä on lapsen etu? -seminaarissa, Helsingin yliopisto, Porthania. 24.10.2018.

Puhelinkeskustelu Pakolaisneuvonta ry:n vastaava lakimies Hanna Laarin kanssa 26.10.2018.

Nanni Olsson¹

Helsinki Law Review, 1/2019, pp. 92–121

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Asiasanat:

pakkoavioliitto, Istanbulin sopimus, kriminalisointi, rikosoikeus, ihmisoikeudet

Keywords:

forced marriage, the Istanbul Convention, criminalisation, criminal law, human rights

ABSTRACT

Every year, dozens of forced marriages are discovered in Finland. However, none of these have been prosecuted. In 2015, Finland ratified the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, known as the 'Istanbul Convention', which explicitly requires States to criminalise intentional conduct forcing an adult or a child to enter into a marriage. This article evaluates the legislative measures made by the Finnish legislator in order to implement the Istanbul Convention, the potential need to criminalise forced marriage as a specific offence and the need for the crime to be subject to public prosecution. At the time of writing, forcing a person to enter into a marriage can be prosecuted as trafficking in human beings or as coercion. This article aims to show that these measures are insufficient. The findings indicate that criminalisation of forced marriage as a specific offence would be justified taking into account the principle of legality as well as Finland's treaty obligations and duties to protect and to fulfil human rights.

¹ The author is an LL.M. student at the University of Helsinki. This article is based on her bachelor's thesis.

I. JOHDANTO

”[Suomessa asuva maahanmuuttajamies] lähti etsimään kotimaasta vaimoa. Hän löysi kauniin tytön ja päätti, että hänen kanssaan hän menee naimisiin. Ja hänen vanhemmat menevät tytön vanhempien luokse ja keskustelivat. Tyttö eikä hänen vanhempansa halunneet, että tyttö menisi naimisiin. Mutta mies kuitenkin halusi sitä. Hän löysi sen hetken, että raiskasi sen tytön ja sen kautta hän pääsi naimisiin. [...] Hänet [tyttö] oli raiskattu, jottei hänellä olisi vaihtoehtoa. Ne suvut sopivat siellä, että kyllä lähtevät tänne Suomeen ja tyttö menee opiskelemaan ja kaikki järjestyy hyvin. Mutta kun tyttö tuli tänne, hän oli jo raskaana, hän ei päässyt mihinkään opiskelemaan ja mies piti häntä kurissa. Jos kysyt, mikä tässä on kunniaa. Kunniaa tässä on raiskaus. Silloin ei ole vaihtoehtoa, kun kunnia on menetetty, että se oli käyttänyt sitä keinoa.”²

Yllä oleva haastattelu on osa Ihmisoikeusliiton selvitystä kunniaan liittyvästä väkivallasta ja siihen puuttumisesta Suomessa. Kansainvälinen työjärjestö ILO on modernia orjuutta koskevassa raportissaan arvioinut 15,4 miljoonan ihmisen eläneen pakkoavioliitossa maailmanlaajuisesti vuonna 2016. Heistä noin 340 000 ihmisen arvioidaan eläneen pakkoavioliitossa Euroopassa ja Keski-Aasiassa.³ Maahanmuuton lisääntyessä Suomi on uudenlaisten haasteiden edessä ihmisoikeuksien toteuttamiseksi. Väestöliiton julkaisussa maahanmuuttajanaisten kotoutumisesta havaitaan tyttöjen ja naisten seksuaalisuuden ja maineen tulevan Suomessa vielä tiukemman kontrollin alaisiksi kuin entisessä kotimaassa.⁴ Näin ollen pakkoavioliitot ovat Suomessakin uhka, johon yhteiskunnan tulee vastata.

Artikkelissani tarkastelen avioliittoon pakottamisen kriminalisointia Suomessa suhteessa velvoitteisiin, joita Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta (Sops 53/2015, jäljempänä Istanbulin sopimus) sopimusosapuolille asettaa. Tavoitteena on punnita Suomen lainsäädännöllisiä valintoja rikosoikeuden kentällä Istanbulin sopimusta ratifioitaessa, mahdollisen erilliskriminalisoinnin tarkoituksenmukaisuutta sekä virallisen syytteen alaisuutta.

Pakkoavioliitto on luokiteltu naisiin kohdistuvan väkivallan muodoksi, joka tuomitaan useissa kansainvälisissä instrumenteissa.⁵ Muiden instrumenttien tarkastelu Istanbulin sopimuksen rinnalla ei kuitenkaan toisi kriminalisointivelvoitteen käsittelylle juurikaan lisäarvoa. Istanbulin sopimusta voidaan pitää ihmisoikeusnäkökulmasta kattavana – siinä on otettu huomioon niin

² Hansen ym. 2016, s. 87.

³ Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage 2017, s. 43–44.

⁴ Martikainen & Tiilikainen 2007, s. 28.

⁵ Ks. esim. CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against women. UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 1992, Declaration on the Elimination of Violence against Women. United Nations General Assembly, 20.12.1993, Pekingin julistus ja toimintaohjelma. Neljäs naisten asemaa käsittelevä maailmankonferenssi 15.9.1995.

relevantit Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut kuin CEDAW-sopimuksen (SopS 67/1986) noudattamista valvovan komitean keskeiset suositukset ja käytännötkin.⁶ Näin ollen tarkastelu keskittyy Istanbulin sopimukseen, joka selkeimmin vaatii jäsenmailta pakkoavioliiton säätämistä rangaistavaksi.

Työssä on ollut tarpeen tehdä useita rajauksia. Erityisesti lapsiavioliitot nivoutuvat vahvasti pakkoavioliittoihin, sillä kansainvälisten tutkimusten mukaan jopa kolmannes länsimaissa esiin tulevista pakkoavioliitoista on lapsiavioliitto.⁷ Lapsiavioliittoihin sisältyy kuitenkin myös erityispiirteitä, joita ei tässä työssä voida käsitellä. Rajauksesta huolimatta on tärkeää pitää mielessä, että uhrin heikompaan asemaan vaikuttaa usein myös tämän ikä. Artikkelin perehtyvä maahanmuuttajaväestöstä koskeviin pakkoavioliittoihin, sillä niistä on tarjolla tutkimustietoa.⁸ Lisäksi tarkastelu rajataan Suomeen, vaikka pakkoavioliitto on täällä korostetusti kulttuuri- ja valtiorajat ylittävä ilmiö. Oikeusvertaileviin näkökohtiin ei ole tässä työssä mahdollista kuitenkaan paneutua. Mainitsemisen arvoista kuitenkin on, että useissa länsimaissa, Ruotsi mukaan lukien, pakkoavioliitto on nimenomaisesti kriminalisoitu.⁹

Artikkelin lähdeaineistona on käytetty lainvalmisteluaineiston ja oikeuskirjallisuuden ohella etenkin viimeaikaisia Ihmisoikeusliiton sekä Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin tekemiä selvityksiä pakkoavioliitoista Suomessa. Ne ovat osoittautuneet arvokkaiksi lähteiksi konkreettisesti tarkastelussa, sillä ilmiötä on tutkittu Suomessa toistaiseksi varsin vähän. Pakkoavioliitot eivät juuri näy suomalaisessa oikeuskäytännössä, joten asian parissa työskentelevien järjestöjen havainnot ilmiöstä saavat painoarvoa.

Aiheen tarkastelu aloitetaan keskeisten käsitteiden määrittelyllä, minkä jälkeen siirrytään tarkastelemaan pakkoavioliittojen esiintymistä Suomessa sekä vaarassa olevia oikeushyviä. Sitä säätelevistä kansainvälisistä instrumenteista perehdytään tarkemmin Istanbulin sopimuksen osapuolille asettamiin velvoitteisiin. Näiden sopimusvelvoitteiden esittelyn jälkeen arvioidaan kansallisen lainsäätäjän valintoja niiden täyttämiseksi. Artikkelissa tuodaan esiin sekä ihmiskauppasääntelyyn että pakottamisen soveltumiseen liittyvä ongelmallisuus, minkä seurauksena arvioidaan mahdollisen erilliskriminalisoinnin hyötyjä ja haittoja. Ongelmat ovat monisyisiä, joten tarkastelu kohdistuu niin periaatteelliselle kuin käytännön tasolle. Johtopäätöksissä pyritään kiteyttämään arvioinnin tulokset ja siten ottamaan kantaa pakkoavioliiton kriminalisointiin Suomessa *de lege ferenda*.

6 Oksanen 2012, s. 619. CEDAW-sopimus on YK:n kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus.

7 Ks. esim. Forced Marriage Unit Statistics 2016, s. 7.

8 Ks. esim. Hansen ym. 2016 s. 83–87. Huomionarvoista on kuitenkin, ettei pakkoavioliitoista ole tilastoja. Ongelmalliseksi ilmiön tekee myös se, että vain osa tapauksista tulee julki. Näin ollen ei ole poissuljettua, ettei pakkoavioliittoja esiintyisi myös kantaväestön tai muiden vähemmistöryhmien keskuudessa.

9 Brottsbalk (1962:700) 4 kap. 4 c §.

2. TARKASTELUN LÄHTÖKOHTIA

2.1 Keskeisiä käsitteitä

Pakkoavioliitto. Pakkoavioliitolle ei ole olemassa yhtä, yleisesti hyväksyttyä määritelmää. Tässä artikkelissa noudatetaan Euroopan neuvoston määritelmää johtuen artikkelin kytkeytymisestä Istanbulin sopimukseen. Näin ollen pakkoavioliitolla tarkoitetaan liittoa, johon vähintään toinen osapuolista ei ole antanut vapaata ja täyttä suostumustaan.¹⁰ Liitolla voidaan viitata myös esimerkiksi sellaiseen uskonnolliseen avioliittoon, jota ei ole laadittu Suomen lainsäädännön mukaisesti ja jota ei siten tunnusteta täällä virallisesti avioliitoksi.

Järjestetty avioliitto. Pakkoavioliiton ja järjestetyn avioliiton välinen raja voi olla vaikea hahmottaa ja vielä vaikeampi näyttää toteen. Avioliitto on molemmissa tapauksissa ulkopuolisen järjestämä, mutta puolisoiden vapaaehtoinen suostumus tai sen puute erottaa ne toisistaan.¹¹ Markku Helin käsittelee tätä rajanvetoa nostamalla esiin sen, että myös järjestetyissä avioliitoissa voi puolisoiden suostumuksen taustalla olla omia valintoja vahvemmin sosiaalinen paine. Huomionarvoista on, ettei omassa lainsäädännössämme ole määritelty sitä, mihin motiiveihin avioitumisen tulee perustua.¹² Artikkelin tarkoitus ei ole arvottaa länsimaisia ”rakkausavioliittoja” suhteessa järjestettyihin avioliittoihin, vaan keskittyä näistä erillisiin pakkoavioliittoihin.

Istanbulin sopimus. Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tunnetaan Istanbulin sopimuksena, ja se on Euroopassa ensimmäinen oikeudellisesti sitova sopimus naisten suojelemiseksi väkivallalta.¹³ Sopimus suojelee myös miehiä ja poikia perheväkivallalta. Sopimuksen mukaan rangaistavaa on muun muassa aikuisen tai lapsen pakottaminen avioliittoon.

Kriminalisointi. Kriminalisoinnilla tarkoitetaan lainsäätäjän päätöstä liittää tiettyyn käyttäytymiseen rangaistusuhka, eli teon säätämistä rikoslaisissa (39/1889) rangaistavaksi.¹⁴ Tässä artikkelissa painopiste on pakkoavioliiton erilliskriminalisoinnissa, eli sen nimenomaisessa säätämisessä rangaistavaksi. Tällöin teko olisi rikoslaisa yksilöity, eikä siitä rankaiseminen riippuisi muiden rikosnimikkeiden soveltumisesta. Tässä artikkelissa kiinnostuksen kohteena on myös se, onko rikos virallisen syytteen alainen vaiko asianomistajarikos.

2.2 Pakkoavioliittojen esiintyminen Suomessa

Nojautuen Virve Toivosen oikeusministeriön pyynnöstä laatimaan selvitykseen *Pakkoavioliittojen esiintyminen ja ilmitulo Suomessa* voidaan Suomessa katsoa esiintyvän kolmen tyyppisiä

10 Parliamentary Assembly Resolution 1468 5.10.2005.

11 Rude-Antoine 2005, s. 17–18.

12 Helin 2013, s. 178.

13 Ulkoministeriö 17.4.2015.

14 Ks. esim. Frände 2005, s. 21.

pakkoavioliittotapauksia. Ensimmäisessä tyypissä on kyse ulkomailla solmitusta, ulkomaalaisten välisestä liitosta, joka voi tulla Suomessa esiin esimerkiksi Maahanmuuttoviraston turvapaikkaselvityksissä. Toisessa tyypissä Suomessa asuva maahanmuuttajataustainen tyttö tai nuori nainen pakotetaan avioliittoon ulkomailla asuvan miehen kanssa. Pariskunnan ikäero voi olla suurikin, ja syynä liittoon voivat olla niin oleskeluluvan saaminen kuin kulttuuriset tekijät. Nämä liitot vaikuttavat edellä mainittuun selvitykseen koottujen haastattelujen perusteella yleisimmiltä. Kolmas pakkoavioliittotyyppi käsittää tapaukset, joissa Suomessa asuva Suomen kansalainen solmii yhteisymmärryksessä liiton ulkomaalaisen naisen kanssa. Alun yhteisymmärryksestä huolimatta ulkomainen vaimo joutuu liitossa hyväksikäytetyksi, eikä hänellä ole alistamisen seurauksena tosiasiallista mahdollisuutta lopettaa avioliittoa.¹⁵ Huomionarvoista tässä luokittelussa on jokaisen tyyppin kytkös ulkomaille – kantasuomalaisten välisiä pakkoavioliittoja ei selvityksessä ilmennyt, mikä ei kuitenkaan sulje pois niiden mahdollisuutta.

Pakkoavioliittojen yleisyyttä Suomessa on vaikea arvioida monestakin syystä. Vain osa niistä tulee viranomaisten tietoon eivätkä viranomaiset tai järjestöt ole pitäneet näistäkään tapauksista tilastoja. Lisäksi osa pakkoavioliitoista on solmittu siten uskonnollisin menoin, ettei Suomen oikeusjärjestelmä edes tunnusta niitä avioliitoina.¹⁶ Pakkoavioliitot näkyvät kuitenkin järjestöjen työssä, ja näiden arviot auttavat antamaan osviittaa ilmiön esiintymisestä Suomessa. Esimerkiksi Monika-Naiset liitto ry:llä on pitkä historia tuki- ja kriisipalveluiden tarjoajana maahanmuuttajanaishille ja heidän lapsilleen. Vuonna 2015 liiton tietoon tuli 25 pakkoavioliittotapausta, ja vuonna 2016 tämä lukumäärä saavutettiin jo kevään aikana.¹⁷ Lisääntyneen maahanmuuton myötä ilmiö vaikuttaakin olevan jatkuvasti yleistymässä myös Suomessa.¹⁸ Varmoja johtopäätöksiä ei kuitenkaan voida vetää. Asiassa on otettava huomioon muun muassa ”kunniaan”¹⁹ liittyvää väkivaltaa koskeva uutisointi ja lisääntynyt julkinen keskustelu, jotka saattavat auttaa nostamaan tapauksia myös viranomaisten ja järjestöjen tietoon. Luonnollisesti vain osa tapauksista tulee ylipäättään esille.

Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin laatimasta selvityksestä ilmenee, että vaikka järjestöt ja suorittavat viranomaiset työskentelevät pakkoavioliittojen parissa, ei tapauksia juuri ilmene rikosprosessissa. Tieto tapauksista ei myöskään välity sujuvasti viranomaisten välillä. Selvityksessä hyödynnettiin poliisi- ja tuomioistuintilastoja tapauksista, joissa ilmoitettu tai tuomittu teko oli ollut jokin kolmesta vaihtoehdosta, joina avioliittoon pakottaminen voi

tällä hetkellä tulla Suomessa tuomituksi. Nämä ovat ihmiskauppa, törkeä ihmiskauppa ja pakottaminen, joihin palataan myöhemmin. Tilastojen perusteella avioliittoon pakottamista koskevia tapauksia on ollut vain muutamia viime vuosina.²⁰ Kuten sanottua, järjestöt ja muut tahot kohtaavat avioliittoon pakottamista kuitenkin huomattavasti enemmän. Näin ollen ilmiön esiintyminen rikosprosessissa on räikeässä epäsuhteessa sen tosiasialliseen esiintymiseen Suomessa.

3. PAKKOAVIOLIITTO IHMISOIKEUSLOUKKAUKSENA

Suomen perustuslain (731/1999) 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen myös yksityisten toimijoiden välisissä suhteissa. Avioliittoon pakottaminen itsessään on määritelty ihmisoikeusloukkaukseksi useissa kansainvälisissä instrumenteissa, ja se loukkaa useita oikeudellisesti turvattuja oikeushyviä. Istanbulin sopimuksen kohteena on naisiin kohdistuva väkivalta, jonka muodoksi avioliittoon pakottaminen lukeutuu. Kansainvälisen työjärjestö ILO:n mukaan noin 13 miljoonaa, eli 84 % kaikista pakkoavioliiton uhreista oli naisia tai tyttöjä vuonna 2016.²¹ Siten avioliittoon pakottaminen loukkaa oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun ja miesten ja naisten väliseen tasa-arvoon.

Pakkoavioliitto loukkaa myös yksityiselämän suojaa. Suojan piiriin kuuluu oikeus yksityiselämään kodissa, ihmissuhteiden luomiseen kodin ulkopuolella, perhe-elämään sekä oikeus määrätä itsestään ja ruumistaan.²² Avioliiton merkitys yksityiselämän kannalta on kiistaton, ja siihen pakottaminen loukkaa henkilön autonomiaa vakavasti. Myös loukkauksen ajallinen kesto on merkittävä – vastentahtoinen liitto voi kestää kauankin. Pitkäaikainen pakkoavioliitto voi johtaa tilanteeseen, jossa rajoitetaan yksilön oikeutta päättää paitsi avioitumisesta myös seksuaalisuudestaan ja lasten hankkimisesta. Lisäksi avioliittoon pakottaminen voi loukata myös yksilön oikeutta koulutukseen ja työntekoon.

Loukkauksen kohteena on myös oikeus henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen. Toivonen kuvaa avioliittoon pakottamiseen liittyvää monenlaista väkivaltaa. Väkivalta voi olla niin fyysistä, taloudellista kuin henkistäkin. Ilmiölle on ominaista myös se, että uhuriin kohdistuva uhka on usein luonteeltaan kollektiivista, eli painostamassa voi olla esimerkiksi koko lähiyhteisö. Lisäksi pakottamalla solmitussa avioliitossa luodaan pohja mahdolliselle jatkuvalla väkivallalle liiton kestäessä, sillä liitto ei lähtökohtaisesti perustu molemminpuoliseen kunnioitukseen vaan vallankäyttöön. Myös avioliiton lopettaminen voi olla uhrille vaarallista.²³

15 Toivonen 2017, s. 9.

16 Hansen ym. 2016, s. 83.

17 Monika-Naiset liitto ry 17.6.2016.

18 Hansen ym. 2016, s. 79.

19 Käytän termiä ”kunniaan” lainausmerkeissä johtuen sen kyseenalaisesta merkityksestä. Kaiken kaikkiaan ”kunniaan” liittyvässä väkivallassa on nähdäkseni kyse patriarkaalisesta kunnikäsituksesta ja ennen kaikkea väkivallasta etenkin naisia kohtaan. Uhrin syyllistäminen ja väkivallan verhoaminen kulttuurisidonnaiseen kunnikäsitukseen ei tee oikeutta uhreille. Ks. aiheesta esim. Gill, Aisha: Honor Killings and the Quest for Justice in Black and Minority Ethnic Communities in the United Kingdom. United Nations 2009.

20 Toivonen 2017, s. 3, 6. Poliisille tehtyjä rikosilmoituksia tarkasteltiin ajalta 1.1.2015–31.12.2016 ja tuomioistuintilastoja ajalta 1.5.2013 – 31.12.2016. Toivonen kuitenkin huomauttaa, ettei esimerkiksi seksuaalirikoksia koskevia ilmoituksia tutkittu selvityksessä, vaikka myös näissä voisi avioliittoon pakottaminen tulla ilmi.

21 Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage 2017, s. 45.

22 HE 309/1993 vp, s. 52–53.

23 Toivonen 2017, s. 9–14.

Mannerheimin Lastensuojeluliiton Amoral-hankkeen loppujulkaisussa annetaan esimerkkejä erilaista pakkoavioliiton muodoista. Usein vaikuttimina ovat taloudelliset syyt sekä kunniakäsitteet. Karuimmillaan pakkoavioliitossa voi kuitenkin olla kyse siitä, että raiskattu nainen pakotetaan avioitumaan raiskaajansa kanssa suvun ”kunnian” säilyttämiseksi.²⁴ Ihmisarvon loukkaamattomuus voi siten myös olla pakkoavioliittotilanteissa vaarassa.

Oikeus solmia avioliitto ja perustaa perhe on turvattu monissa kansainvälisissä ihmisoikeusnormistoissa. Avioliittoa tutkineen Maja Kirilova Erikssonin mukaan tämä synnyttää valtioille sekä negatiivisen että positiivisen veloitteen: valtioiden tulee yhtäältä pidättäytyä toimista, jotka voisivat loukata oikeutta avioliittoon, ja toisaalta aktiivisin toimin edistää tämän oikeuden toteutumista. Tämä ei Erikssonin mukaan kuitenkaan tarkoita sitä, että valtiot voisivat asettaa yksilöille velvollisuuden mennä naimisiin.²⁵ Valtioiden tulee turvata yksilön oikeus solmia avioliitto, ja vaikka avioitumis päätöksen motiivina voi olla muutakin kuin rakkaus, pakkoavioliitto on aina ristiriidassa suhteessa henkilön oikeuteen avioitua. Pakkoavioliittoa ei koskaan solmita henkilön sisäisistä motiiveista käsin, vaan kyseessä on ulkopuolelta tuleva velvollisuus, joka estää yksilön oikeuden vapaan käytön.

Pakkoavioliitot voivat olla myös orjuuden muoto. Orjuus on kielletty useissa kansainvälisissä sopimuksissa, kuten Kansalaisyhteiskunnallisten oikeuksien yleissopimuksessa (SopS 8/1976). Modernia orjuutta tutkiva Jean Allain esittää, että pakkoavioliitossa on kyse orjuudesta silloin, kun henkilö on toisen lähes täydellisessä kontrollissa siten, että se mahdollistaa tämän hyväksikäytön. Kyseessä on omistussuhde, jossa uhrin henkilökohtainen autonomia ja vapaa tahto on evätty siten, että häntä kohdellaan kuin omaisuutta. Näin ollen häntä voidaan käyttää hyväksi niin seksuaalisesti, taloudellisesti kuin työvoimana puolisojen kodissa.²⁶ Myös kansainvälinen työjärjestö ILO on modernia orjuutta koskevassa raportissaan luokitellut pakkoavioliitot orjuuden muodoksi. Raportin mukaan vuonna 2016 kaikista modernin orjuuden uhreista 71 % oli naisia ja tyttöjä.²⁷

4. ISTANBULIN SOPIMUS JA SUOMEN KANSALLINEN LAI- SÄÄDÄNTÖ

4.1 Suomen liittyminen Istanbulin sopimukseen

Suomi allekirjoitti Euroopan neuvoston yleissopimuksen naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta (Istanbulin sopimus, OETS n:o. 210) vuonna 2011, ja se tuli voimaan Suomessa 1.8.2015. Sopimus sisältää määräykset naisiin kohdistuvan

väkivallan sekä perheväkivallan ehkäisemisestä ja poistamisesta, väkivallan uhrien suojelemisesta sekä väkivallan tekijöiden saattamisesta edesvastuuseen teoistaan. Sopimuksen johdanto-osassa todetaan, että naisiin kohdistuva väkivalta sukupuoleen perustuvana on yksi ratkaisevista yhteiskunnallisista rakenteista, joilla naiset asetetaan alistettuun asemaan miehiin verrattuna. Sitä pidetään myös historiallisena tekijänä, joka on osaltaan estänyt naisten täysmittaista etenemistä.²⁸ Istanbulin sopimuksen 5 artikla velvoittaa jäsenvaltioita pidättymään osallistumasta naisiin kohdistuviin väkivallantekoihin, sekä varmistamaan, että näin tekevät myös niiden puolesta toimivat tahot. Samassa artiklassa asetetaan valtioille huolellisuusvelvoite turvata oikeuksien toteutuminen myös ei-valtiollisten toimijoiden välisissä suhteissa toteuttamalla tarvittavat lainsäädäntö- ja muut toimet.

4.2 Pakkoavioliiton kriminalisointivelvoite – 37 artikla

Jo sopimuksen johdannossa pakkoavioliitto asetetaan rinnasteiseen asemaan muun muassa raiskausten ja sukuelinten silpomisen kanssa, mikä kuvastaa ilmiön vakavuutta.²⁹ Sopimuksessa siihen pyritään puuttumaan siviilioikeudellisesti varmistamalla uhreille mahdollisuus avioliiton purkamiseen tai mitätöintiin ilman kohtuutonta taakkaa. 37 artikla asettaa myös nimenomaisen pakkoavioliiton kriminalisointivelvoitteen:

”Osapuolet toteuttavat tarvittavat lainsäädäntö- tai muut toimet varmistaakseen, että aikuisen tai lapsen tahallinen pakottaminen avioliittoon säädetään rangaistavaksi.

Osapuolet toteuttavat tarvittavat lainsäädäntö- tai muut toimet varmistaakseen, että aikuisen tai lapsen tahallinen houkutteleminen muun kuin sen osapuolen tai valtion alueelle, jossa hän asuu, tarkoituksena pakottaa hänet avioliittoon säädetään rangaistavaksi.”³⁰

Istanbulin sopimuksen selitysmuistiossa pakottamisella tarkoitetaan fyysistä ja psykologista voimankäyttöä, jossa käytetään pakkoa. Rikos on viety loppuun, kun avioliitto on solmittu siten, että vähintään toinen osapuoli ei ole vapaaehtoisesti suostunut siihen, vaan hänet on siihen pakotettu. Selitysmuistiossa todetaan myös monien pakkoavioliiton uhrien joutuvan

24 Suomenaro 2009, s. 168–170.

25 Eriksson 1990, s. 196.

26 Allain 2013, s. 311–312.

27 Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage 2017, s. 5.

28 Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta, s. 3.

29 Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta, s. 3–4: ”Euroopan neuvoston jäsenvaltiot ja muut tämän yleissopimuksen allekirjoittajat, jotka - - tiedostavat syvästi huolestuneina, että naiset ja tytöt altistuvat usein vakaville väkivallan muodoille, kuten perheväkivallalle, seksuaaliselle häirinnälle, raiskauksille, pakkoavioliitoille, niin sanotun ”kunnian” nimissä tehtävälle väkivallalle ja sukuelinten silpomiselle, jotka loukkaavat vakavasti naisten ja tyttöjen ihmisoikeuksia ja estävät olennaisesti naisten ja miesten välisen tasa-arvon saavuttamista”.

30 Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta, s. 14. Paitsi avioliiton purkamissääntelyllä ja pakottamisen kriminalisoinnilla, pyritään yleissopimuksessa parantamaan uhrien asemaa pakkoavioliittotapauksissa myös kotipaikka- ja oleskelulupa-asioita koskevilla määräyksillä.

ensin toiseen valtioon, jossa heidät pakotetaan naimisiin kyseisen valtion asukkaana kanssa. Tästä johtuen sopimuksessa on haluttu kriminalisoida paitsi avioliittoon pakottaminen, myös uhrin houkuttelemineen toiseen valtioon tässä tarkoituksessa.³¹ Näin tapahtuu Ihmisoikeusliiton haastatteluaineiston perusteella valtaosa Suomea koskettavista pakkoavioliitoista.³² Edellä kuvattu tunnusmerkistö voi täytyä, vaikkei avioliittoa solmittaisi. Houkuttelemisella tarkoitetaan mitä tahansa käytöstä, jolla tekijä houkuttelee uhrin matkustamaan toiseen valtioon tarkoituksenaan pakottaa tämä avioliittoon. Selitysmuistiossa mainitaan esimerkkinä sukulaisten tapaaminen tekosyynä matkalle. Tahallisuuden on katettava sekä uhrin houkuttelemineen ulkomaille että tarkoitus pakottaa uhri siellä avioliittoon. Selitysmuistiossa nostetaan esiin tarve säätää tällainen toiminta rangaistavaksi jäsenvaltioiden rikoslaissa, jotta otetaan huomioon muissa oikeudellisesti sitovissa kansainvälisissä instrumenteissa asetetut standardit.³³

4.3 Virallisen syytteen alaisuus – 55 artikla

Istanbulin sopimuksen 55 artikla koskee asianosaisen vireille panemia ja viran puolesta vireille pantavia oikeudenkäyntejä. Siinä asetetaan osapuolille velvollisuus varmistaa, ettei esimerkiksi pakkoavioliittotapausten tutkinta tai syytteesenpano riipu kokonaan uhrin rikosilmoituksesta tai muusta ilmoituksesta, mikäli rikos on tehty kokonaan tai osittain tämän jäsenvaltion alueella. Lisäksi artiklassa velvoitetaan varmistamaan oikeudenkäynnin jatkamisen mahdollisuus, vaikka uhri peruuttaisi lausuntonsa tai ilmoituksensa.³⁴ Sopimuksessa on näin huomioitu uhrin riippuvainen asema tekijästä tietyissä rikostyypeissä, joihin lukeutuvat muun muassa pakkoavioliitto ja naisten sukuelinten silpomineen. Näissä rikoksissa tekijänä on usein uhrin lähiomainen, ja kynnys syytteen nostamiseen voi olla korkea. Tähän problematiikkaan perehdytään tarkemmin erilliskriminalisoinnin hyötyjä ja haittoja punnittaessa luvussa 5.

Velvollisuutta asettaa tietyt teot yleisen syytteen alaisiksi käsitellään myös hallituksen esityksessä eduskunnalle naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta, rikoslain 1 luvun 11 §:n muuttamisesta ja ulkomaalaislain 54 §:n muuttamisesta (HE 155/2014 vp). Esityksessä kiinnitetään huomiota siihen, ettei syytteesenpano saa riippua *kokonaan* uhrin rikosilmoituksesta. Näin ollen

31 Explanatory report CETS 210, s. 34: “The term “forcing” refers to physical and psychological force where coercion or duress is employed. The offence is complete when a marriage is concluded to which at least one party has – due to the above circumstances - not voluntarily consented to.” Suomen kielen sana “pakko” ei kuvasta täydellisesti niitä sävyeroja, jotka sanoilla “coercion” ja “duress” on. Alkuperäisteksti sisältää siten niin varsinaisen pakottamisen kuin tietynlaisen pakkotilan.

32 Hansen ym. 2016, s. 84.

33 Explanatory report CETS 210, s. 34.

34 Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta, s. 19.

velvoitteen virallisen syytteen alaisuudesta ei katsota olevan täysin ehdoton.³⁵ Tämä kanta näkyy seuraavaksi käsiteltävässä Suomen kansallisessa lainsäädännössä.

4.4 Kansallisen lainsäädännön lähtökohtia

Pakkoavioliittoa ei ole Istanbulin sopimuksen velvoitteista huolimatta nimenomaisesti kriminalisoitu Suomessa. Sopimuksen implementointia koskevissa kansallisissa esitöissä todetaan, että Suomen lainsäädäntö kattaa jo entuudestaan 37 artiklan kriminalisointivaatimuksen. Perusteluissa todetaan avioliittoon pakottamisen voivan täyttää ihmiskaupan tunnusmerkistön ja olevan siten jo rangaistavissa. Näin ollen ihmiskaupan kriminalisoinnin katsotaan olevan riittävä toimi sopimusvelvoitteiden täyttämiseksi, mutta artiklaa koskevien perusteluiden lopussa nostetaan kuitenkin esille mahdollinen tarve myöhemmin harkita, onko lainsäädännön tarkemmalle arvioimiselle tarvetta. Tässä viitataan Ruotsiin, Englantiin ja Walesiin, joissa lainsäädäntöön on lisätty pakkoavioliittoa koskeva rangaistussäännös.³⁶

Rikoslaki mahdollistaa tällä hetkellä avioliittoon pakottamisesta tuomitsemisen ihmiskauppana, törkeänä ihmiskauppana tai pakottamisena. Istanbulin sopimusta ratifioitaessa rikoslakiin sisällytettiin pakottamisen yhteyteen maininta avioliittoon pakottamisesta, mutta itsenäistä rikosnimikettä ei luotu.³⁷ Seuraavaksi tarkastellaan ensin ihmiskauppalainsäädäntöä suhteessa pakkoavioliittoihin, sitten pakottamissääntelyn soveltumista ja lopuksi esitetään vielä lyhyt huomio kaksoisrangaistavuudesta.

4.5 Ihmiskauppalainsäädännön soveltuminen

Ihmiskauppa kielletään rikoslain 25 luvun 3 §:ssä. Tiivistetysti säännöksen mukaan ihmiskaupasta tuomitaan muun ohella se, joka käyttämällä hyväkseen toisen riippuvaista asemaa tai painostamalla ottaa toisen määräysvaltaansa tai luovuttaa hänet hänen saattamisekseen parituksen tai siihen rinnastettavan seksuaalisen hyväksikäytön kohteeksi tai muihin ihmisarvoa loukkaaviin olosuhteisiin. Törkeää ihmiskaupaa koskee saman luvun 3 a §, jonka mukaisesti tekoa voidaan pitää törkeänä muun muassa mikäli 3 §:ssä mainittujen keinojen sijasta tai lisäksi käytetään väkivaltaa, uhkausta tai kavaluutta ja rikos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Kuten edellä on todettu, lainsäätäjät katsoi Istanbulin sopimusta voimaan saatettaessa (HE 155/2014 vp) tämän sääntelyn kattavan myös avioliittoon pakottamisen, eikä nähnyt siten tarvetta pakkoavioliiton erilliskriminalisoinnille. Kuitenkin Ihmisoikeusliitto

35 HE 155/2014 vp, s. 66. Perusteluna vedotaan vuonna 2007 tehtyyn lasten seksuaalisen riiston ja seksuaalisen hyväksikäytön torjumista koskevassa Euroopan neuvoston yleissopimukseen (CETS 201), jossa on samankaltainen määräys, mutta josta puuttuu sana “kokonaan”. Näin ollen tämän nähdään olevan tiukempi velvoite, kuin mikä Istanbulin sopimuksessa osapuolille asetetaan.

36 HE 155/2014 vp, s. 51–52.

37 Oikeusministeriö 18.10.2017.

arvioi sääntelyn olevan tällä hetkellä puutteellista ja soveltamisen olevan hankalaa.³⁸ Samaan lopputulokseen päätyi myös Toivonen oikeusministeriön pyynnöstä tekemässään selvityksessä. Ihmiskaupan tunnusmerkistöä pidetään monimutkaisena, eikä pykälän katsota kattavan kaikkia pakkoavioliittotapauksia.³⁹ Seuraavaksi tarkastellaan tarkemmin eriäviä mielipiteitä herättävää ihmiskauppalainsäädännön soveltamisalaa.

Ihmiskauppasääntelyä on perusteltu yksityiskohtaisesti hallituksen esityksessä eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 34/2004 vp). Pykälää koskevissa perusteluissa painotetaan korkeaa tahallisuusvaatimusta: tahallisuuden on katettava kaikki säännöksen osatekijät, eli keinot, tekotavat ja tarkoitus. Tekijän tarkoituksena on täytynyt nimenomaisesti olla uhrin saattaminen ihmisarvoa loukkaaviin olosuhteisiin.⁴⁰ Pakkoavioliittotapauksissa lainsäätäjän asettama vaatimus keinoista, eli esimerkiksi toisen riippuvaisen aseman hyväksikäyttö, täyttynee melko usein, sillä monesti tekijänä ovat uhrin lähisukulaiset. Myös tekotavat, eli esimerkiksi uhrin ottaminen valtaan, luovuttaminen tai kuljettaminen vaikuttavat ihmisoikeusliiton suorittamien haastattelujen perusteella toteutuvan monessa tapauksessa.⁴¹ Ongelmalliseksi ihmiskauppalainsäädännön soveltumisessa näyttääkin muodostuvan tahallisuus teon tarkoituksen suhteen. Rikoslain 25 luvun 3 §:n 1 momentin teon tarkoitusta koskeva kohta kuuluu: ”- hänen saattamisekseen 20 luvun 9 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettun tai siihen rinnastettavan seksuaalisen hyväksikäytön kohteeksi, pakkotyöhön tai muihin ihmisarvoa loukkaaviin olosuhteisiin taikka elimien tai kudoksien poistamiseksi -”. Teon tarkoituksen arvioinnissa tulee muistaa edellä esitetty tahallisuuden vaatimus: tekijän tarkoituksena on nimenomaisesti pitänyt olla uhrin saattaminen ihmisarvoa alentaviin olosuhteisiin. Tämä tarkoitusta koskeva tahallisuuden vaatimus muodostuukin Toivosen selvityksen mukaan usein ihmiskauppalainsäädännön soveltamisen kompastuskiveksi. Vanhemmat tai lähisukulaiset kokevat usein toimivansa uhrin parhaaksi valitessaan tälle mielestään sopivimman kumppanin eikä tahallisuuden vaatimus siten täyty.⁴²

Asiaa koskevissa hallituksen esityksissä nostetaan kuitenkin esiin vastakkainen kanta. Jo tahallisuus koskien pelkkää tarkoitusta saattaa toinen pakkoavioliittoon voi riittää, sillä pakkoavioliitot ovat tietyin edellytyksin katsottavissa itsessään ihmisarvoa loukkaaviksi olosuhteiksi. Ihmiskauppasäännöstä lakiin kirjattaessa näkemys oli vielä varsin suppea, eikä rikosnimikkeen perusteluissa juuri pohdittu soveltamista pakkoavioliittoihin. Hallituksen esityksessä katsotaan, että käsite *ihmisarvoa loukkaava olosuhde* on sidoksissa kulloiseenkin ajankohtaan ja kulttuuriin. Tällaisina olosuhteina voidaan perusteluiden mukaan pitää ainakin niitä orjuuteen verrattavia järjestelmiä ja käytäntöjä, jotka on mainittu Yhdistyneiden kansakuntien

38 Hansen ym. 2016, s. 20.

39 Toivonen 2017, s. 16.

40 HE 34/2004 vp, s. 93.

41 Hansen ym. 2016 s. 84–86.

42 Toivonen 2017, s. 16.

lisäsopimuksessa orjuuden, orjakaupan ja orjuuteen verrattavien järjestelmien ja käytännön tukahduttamisesta (SopS 17/1959). Orjuuteen verrattavia ovat kyseisen sopimuksen 1 artiklan c-kohdassa mainitut pakkoavioliiton muodot.⁴³ Näin ollen ihmiskauppaa koskevan pykälän valmistelussa pakkoavioliitot on mainittu lähinnä sivulauseessa, eikä varsinaista soveltamista ilmiöön ole tarkemmin pohdittu.

Esitöiden tekstissä ei myöskään avattu, mitä nämä viitatuksi pakkoavioliiton muodot ovat. Lisäsopimuksessa orjuuteen rinnastetaan seuraavat avioliittokäytännöt: 1) nainen pakotetaan avioliittoon muulle henkilölle tai henkilöryhmälle suoritettavaa raha- tai luontaisuuksista vastaan tai 2) aviomiehellä tai tämän sukulaisilla on oikeus luovuttaa nainen kolmannelle tai 3) nainen voidaan luovuttaa perintönä kolmannelle aviomiehen kuoleman jälkeen.⁴⁴ Näitä edellytyksiä tutkiessa voidaan todeta, etteivät ne kata kaikkia pakkoavioliittoja. Esimerkiksi naisen vastikkeeton luovutus perheeltä aviomiehelle ei tulisi sääntelyn piiriin. Tämän aukollisuuden huomasi myös lainsäätävä Istanbulin sopimusta ratifoidessaan. Näin ollen vuonna 2014 laaditussa sopimuksen voimaansaattamista koskevassa hallituksen esityksessä myös muunlaisten pakkoavioliiton muotojen katsottiin kuuluvan sääntelyn piiriin, kunhan tunnusmerkistön vaatimus keinoista ja tekotavasta täyttyvät.⁴⁵

Hallituksen esityksessä puhutaan *muunlaisista* pakkoavioliiton muodoista, muttei kaikista muodoista. Voidaan kysyä, mitä kaikkea sääntely siis lopulta kattaa. Tähän ei saada vastausta asiasta lausuneen työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietinnöstä⁴⁶ eikä hallituksen esityksessä viitatuksi ihmiskauppatyöryhmän mietinnöstä⁴⁷. Kenties sanamuoto on jätetty tarkoituksella avoimeksi, sillä ihmisarvoa loukkaavan olosuhteen katsotaan kuten sanottua riippuvan ajankohdasta ja kulttuurista. Vaikuttimena voisi olla myös lähdemateriaalissa korostuva tiedon puute; rajauksia on vaikea tehdä, jollei tarkalleen tiedä, mitä muotoja on olemassa. Vaikuttaa siltä, että ajan kuluessa säädöksen soveltamisalaa on uusien esitöiden avulla pyritty laajentamaan alkuperäisestä tarkoituksesta ja sekin on tehty melko epätasaisesti.

Tällainen soveltamisalan laajentaminen voidaan nähdä ongelmalliseksi suhteessa Suomen perustuslain 1 luvun 8 §:ssä säädettyyn rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen: rangaistavan teon tulee olla tekohetkellä säädetty laissa rangaistavaksi. Rikoslain 3 luvun 1 §:ään laillisuusperiaate on kirjattu vielä tarkemmin: teon tulee olla tekohetkellä laissa *nimenomaan* säädetty rangaistavaksi. Tähän vaatimukseen sisältyy epätasaisuuskielto, jonka mukaisesti kriminalisoinnin tulee olla riittävän selkeä, jotta lakia lukemalla on ennakoitavissa

43 HE 34/2004 vp, s. 97.

44 SopS 17/1959

45 HE 155/2014 vp, s. 51. Tarkka muotoilu kuuluu: ”Ihmisarvoa loukkaaviin olosuhteisiin saattamisena voidaan ihmiskauppasäännöksen tarkoittamalla tavalla pitää myös muunlaisia pakkoavioliiton muotoja, kunhan ihmiskauppasäännöksen muut edellytykset, eli jokin mainituista keinoista ja tekotavoista, täyttyvät.”

46 TyVM 15/2014 vp.

47 Oikeusministeriön julkaisu 63/2012.

teon rangaistavuus. Tällä hetkellä pakkoavioliiton rangaistavuus on luettavissa esitöiden muutoksissa, mitä ei voida pitää riittävänä. Sekä Ihmisoikeusliiton että Toivosen selvityksessä haastatellut korostavatkin lainsäädännön vaikeaselkoisuutta, mikä vaikeuttaa pakkoavioliittoihin puuttumista.⁴⁸

Sääntelyn soveltumisen arvioinnissa on pantava merkille myös syyteoikeus. Laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (689/1997) asettaa 1 luvun 6 §:ssä syyttäjälle ensisijaisen syyteoikeuden. Antti Jokela katsoo Suomen oikeusjärjestelmässä olevan edelleen pääsääntönä legaliteettiperiaate eli syytepakko-periaate, vaikka myös syyteharkintaperiaate voi tulla sovellettavaksi.⁴⁹ Ihmiskauppa on rikoslain 25 luvun mukaan virallisen syytteen alainen rikos. Näin ollen syyttäjällä on syytekynnyksen ylittyessä velvollisuus nostaa syyte. Tällöin asianomistajan halulla käynnistää rikosprosessi ei ole merkitystä. Tätä avioliittoon pakottamisen virallisen syytteen alaisuutta punnitaan erilliskriminalisoinnin hyötyjä ja haittoja käsittelevässä osiossa.

4.6 Pakottamisen tunnusmerkistön soveltuminen

Pakottamisen kieltävän rikoslain 25 luvun 8 § mukaan:

”Joka oikeudettomasti väkivallalla tai uhkauksella pakottaa toisen tekemään, sietämään tai tekemättä jättämään jotakin, on tuomittava, jollei teosta muualla laissa säädetä ankarampaa rangaistusta, pakottamisesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.”

Rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä tarkistettiin myös pakottamisen tunnusmerkistöä. Hallituksen esityksessä eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi väkivallan tai uhkauksen vaatimuksen katsottiin käsittävän monenlaiset oikeudettomat painostuskeinot, kuten taloudelliset keinot. Hallituksen esityksen mukaan vaadittu oikeudettomuus koskee tätä pakotuskeinoja, sitä mihin pakotetaan tai näiden suhdetta. Pakkoavioliittojen kannalta merkille pantavaa on perustelujen seuraava kohta:

”Rajat riippuvat siitä, mitkä keinot kulttuurimme toisen tahdon taivuttamiseksi missäkin asiassa hyväksyy. On huomattavan paljon sellaista painostusta, esimerkiksi lapsien ja vanhempien välisissä suhteissa, jota ei pidetä oikeudettomana pakottamisena.”⁵⁰

48 Ks. esim. Hansen ym. 2016, s. 90 ja Toivonen 2017, s. 16.

49 Jokela 2008, s. 211

50 HE 94/1993 vp, s. 111.

Tämä osoittaa rajanvedon kulttuurisidonnaisuuden; vaikka hyväksyttävän painostuksen ja hyväksyttävien päämäärien rajat voivat näyttäytyä erilaisina tekijän ja uhrin kulttuuritaustasta riippuen, lienee selvää, ettei suomalainen kulttuuri hyväksy avioliittoon pakottamista.⁵¹

Pakottaminen on rikoslain 25 luvun 9 §:ssä säädetty asianomistajarikokseksi. Syyttäjä ei siten saa nostaa siitä syytettä, ellei asianomistaja ilmoita sitä syytteeseen pantavaksi. Pääsäännöstä poiketaan, mikäli pakottamisessa on käytetty hengenvaarallista välinettä tai erittäin tärkeä yleinen etu vaatii nostamaan syytteen. Toivosen mukaan pakottaminen voi yhteisöllisessä kontekstissa olla paljon muutakin kuin fyysistä pakottamista. Keinot voivat olla hienovaraisia ja abstrakteja.⁵² Tällöin syyttäjälle ei muodostu itsenäistä syyteoikeutta. Hongin mukaan soveltamiskäytännön valossa pakottamisääntely edustaakin pitkälti perinteistä tekoricokosoikeudellista ajattelua, johon liittyvää problematiikkaa käsitellään tarkemmin jäljempänä. Näin ollen yksittäisen teon tulee lähtökohtaisesti täyttää laissa asetetut edellytykset ollakseen rangaistava. Pakkoavioliittotapauksissa yksittäinen pakottamiseen liittyvä teko ei välttämättä kuitenkaan riitä täyttämään rangaistavuudelle asetettavia vaatimuksia. Tekoa tulisivin Hongin mielestä tutkia osana kontekstia ja pidempää jatkumoa, jonka kokonaisuuden summana yksilö päätty vasten tahtoaan avioliittoon.⁵³

Lisäksi tulee ottaa huomioon, että edellä käsitelty Istanbulin sopimuksen 55 artikla edellyttää, ettei syytteen nostamisen tule riippua kokonaan uhrin rikosilmoituksesta. Mikäli avioliittoon pakottamista arvioidaan pakottamisäännöksen nojalla, on lähtökohtana asianomistajan velvollisuus nostaa syyte. Näin ollen voidaan argumentoida kansallisen säännöksen soveltamisen olevan ristiriidassa artiklan tarkoituksen kanssa. Sana *kokonaan* nousee tästä näkökulmasta katsottuna merkittäväksi. Sovellettavaksi voi edellä esitetyn mukaisesti tulla myös ihmiskauppalainsäädäntö ja pakottaminenkin voi tietyissä tapauksissa kuulua virallisen syytteen alaisuuteen, joten syytteen nostaminen ei *kokonaan* riipu uhrin toimista.

4.7 Kaksoisrangaistavuudesta

Kaksoisrangaistavuuden vaatimuksella tarkoitetaan rikoslain 1 luvun 11 §:ssä sitä, että vieraan valtion alueella tehtyyn rikokseen voidaan soveltaa Suomen lakia vain, mikäli rikos on myös tekopaikan lain mukaan rangaistava ja siitä olisi voitu tuomita rangaistus myös kyseisen maan tuomioistuimessa. Tästä pääsäännöstä on kuitenkin useita poikkeuksia. Istanbulin sopimuksen selitysmuistion mukaan puutteet lainsäädännössä ja resurssissa sekä haluttomuus tutkia voivat muodostaa esteen naisten oikeuksien toteutumisessa osassa valtioista, joissa teot tapahtuvat.

51 Ks. tästä esim. Oikeusministeriö 18.10.2017.

52 Toivonen 2017, s. 13.

53 Hong 2017, s. 385.

Näin ollen sopimuksessa edellytetään mahdollisuutta syyttää ja rangaista jäsenvaltioissa näistä teoista, vaikkei niitä olisi tekovaltiossa säädetty rangaistaviksi.⁵⁴

Ihmiskauppa luokitellaan kansainväliseksi rikokseksi rikoslain 1 luvun 7 §:ssä, joten Suomen lakia voidaan soveltaa myös Suomen ulkopuolella tehtyyn rikokseen tekopaikan laista riippumatta. Sen sijaan pakottamista koskee pääperiaatteena edellä esitetty kaksoisrangaistavuuden vaatimus. Istanbulin sopimuksen voimaansaattamisessa lausuntovaliokuntana toiminut eduskunnan työelämä- ja tasa-arvovaliokunta nosti tämän ongelman esiin mietinnössään (TyVM 15/2014 vp) ja esitti kaksoisrangaistavuuden vaatimusta koskevan rikoslain 1 luvun 11 §:ään lisättävän viittauksen avioliittoon pakottamisesta.⁵⁵ Lisäys tehtiin, minkä johdosta tekovaltion lainsäädäntö tai sen puute ei vaikuta myöskään pakottamisääntelyn soveltamiseen. Soveltamisongelmat viriävätkin muista syistä, kuten edellä luvuissa 4.5 ja 4.6 on esitetty.

5. PAKKOAVIOLIITON ERILLISKRIMINALISOINNIN ARVIOINTIA

Kriminalisoinnilla inhimilliseen tekoon liitetään rangaistusuhka, ja näin pyritään vaikuttamaan henkilöiden käyttäytymiseen. Tavoitteena on suojella jotakin tiettyä oikeushyvää. Dan Fränden mukaan Suomessa demokraattisena ja moniarvoisena yhteiskuntana suojeltavien arvojen tulee liittyä yksilön itsemääräämisoikeuden ja vapauspiirin toteuttamiseen. Usein nämä suojeltavat arvot sisältyvät jollain lailla perus- ja ihmisoikeuksiin.⁵⁶ Fränden näkemykseen nojaten voidaan argumentoida, että yksilön vapaus valita itse kumppaninsa on suojeltavien arvojen ydinalueella ja että pakkoavioliiton kriminalisointi on siten aiheellista. Tätä johtopäätöstä tukee myös se, että pakkoavioliitto on jo ennestään rangaistavissa muiden rikosnimikkeiden alla.

Onko mahdollisuus rangaista muiden kriminalisointien nojalla kuitenkin riittävästi? Monien tahojen mukaan ei. Kevät Nousiainen ja Merja Pentikäinen tarkastelivat vuonna 2013 kriittisesti Istanbulin sopimuksen ratifointia Suomessa. He katsovat sopimuksen yhdistävän ihmisoikeudet ja rikosoikeudelliset kysymykset ja asettavan valtioille useita selviä velvoitteita. Kuitenkaan kansallisiin muutostarpeisiin ei ole heidän arvionsa mukaan riittävästi perehdytty ratifointia koskevassa mietinnössä, vaan mietintö on ymmärrettävissä jopa niin, ettei Suomen tarvitsisi tehdä merkittäviä muutoksia sopimusvelvoitteidensa täyttämiseksi.⁵⁷ Kuten artikkelin 4.4 luvussa on esitetty, naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietinnössä pakkoavioliitonkin on katsottu kuuluvan ihmiskauppalainsäädännön soveltamisalaan ja erilliskriminalisoinnin olevan siten tarpeeton. Mahdollinen tarve lainsäädännön

tarkemmalle arvioimiselle nousi kuitenkin esiin.⁵⁸ Tämä tarve realisoitui vuosia myöhemmin, ja muutostarpeiden arviointi on oikeusministeriössä tätä artikkelia kirjoitettaessa parhaillaan käynnissä.⁵⁹ Seuraavaksi onkin syytä punnita mahdollisen erilliskriminalisoinnin hyötyjä ja haittoja. Arvioinnin taustaoletuksena on, että rikos olisi virallisen syytteen alainen, eikä asianomistajarikos kuten edellä esitelty pakottaminen.

5.1 Rikosoikeuden funktioista

Yleisestäävyys on nähty rikoslain tärkeäksi funktioksi. Rikoslaki erittelee moittittavan käyttäytymisen ja siten ihmisten odotetaan pidättäytyvän siitä. Rangaistuksen uhalla pyritään estämään tietynlaista käytöstä ja toisaalta kannustamaan toista.⁶⁰ Jotta yleisestäävyys toteutuisi, tulisi rangaistavan teon kuitenkin käydä riittävän selvästi ilmi laista: ihmisen ei yleisestäävyyden valossa voida odottaa pidättäytyvän teosta, jonka tämä ei tiedä olevan kielletty. Nousiainen ja Pentikäinen peräänkuuluttavat tämän funktion soveltamista myös Istanbulin sopimuksessa määriteltiin naisiin kohdistuvaan väkivaltaan nähden. Mikäli siis yleisestäävyyteen ollaan valmiita vetoamaan, tulee myös naisiin kohdistuva väkivalta saattaa yleisestäävyyden piiriin tuomitsemalla teot rikoslaisissa.⁶¹ Tekojen piilottaminen toisten rikosnimikkeiden taakse hallituksen esityksiin ei edesauta yleisestäävyyden toteutumista. Pakkoavioliiton kriminalisoinnilla olisi myös symbolinen painoarvo. Kyseessä on ihmisoikeusloukkaus, joka on täysin Suomen oikeusjärjestelmän arvojen vastainen. Erillisellä rikosnimikkeellä Suomi lähettäisi selvän viestin, ettei se hyväksy avioliittoon pakottamista missään olosuhteissa.

Suomessa rikosoikeutta on vanhastaan pidetty myös moraalien luojana: sillä pyritään yhtäältä vahvistamaan yhteiskunnan hyvänä pitämiä tapanormeja ja toisaalta syventämään mielikuvia epäoivottavien tekojen moraalittomuudesta. Näin ollen yksilö sisäistäisi yhteisön rikoslakiin kirjaaman normin osaksi omaa moraalikäsitystään. Tapani ja Tolvanen tuovat edellä esitetyn lisäksi esiin ajatuksen siitä, että demokraattisessa yhteiskunnassa rikoslaki vastaa yleensä tietyn määrin myös kansalaisten käsitystä oikeasta ja väärästä. Tätä tukee perusoikeuksiin sidottu ja monet näkemykset huomioon ottava lainsäädäntöprosessi. Tämän seurauksena kansalaiset suhtautuvat lähtökohtaisesti myönteisesti lakiin, joka on demokraattisesti säädetty.⁶² Moraalin luomista pohdittaessa tulee kuitenkin ottaa huomioon, että pakkoavioliitto vaikuttaa Suomessa olevan pääosin maahanmuuttajiin kohdistuva ilmiö. Relevanteilla ihmisryhmillä on usein tausta toisenlaisissa oikeuskulttuureissa, joissa muun muassa uskonto ja perinteet voivat näytellä demokraattista päätöksentekoa suurempaa roolia. Niinpä voidaan kysyä, missä määrin lähtökohtaisesti ulkopuolelta tuleva moraaliohje vaikuttaa ihmisten sisäiseen moraaliiin. Toisaalta

54 Explanatory report CETS 210, s. 38.

55 TyVM 15/2014 vp.

56 *Frände* 2005, s. 21–23.

57 *Nousiainen & Pentikäinen* 2013, s. 456.

58 Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietintö 28.3.2013, s. 65–66.

59 Ihmisoikeusliitto ry 5.4.2018.

60 Ks. esim. *Frände* 2005, s. 21–22.

61 *Nousiainen & Pentikäinen* 2013, s. 457.

62 *Tapani & Tolvanen* 2013, s. 46–47.

Suomessa kasvaviin nuoriin ja lapsiin kansallisella oikeusjärjestelmällä saattaa olla suurempi vaikutus kuin heidän vanhempiinsa. Tämä on merkityksellistä, sillä juuri lapset ja nuoret ovat suurimmassa riskissä joutua pakotetuiksi avioliittoon.

Suomalainen rikosoikeus on lähtökohdiltaan tekorikosoikeutta.⁶³ Yksittäisen teon tulee siis lähtökohtaisesti täyttää laissa asetetut edellytykset ollakseen rangaistava. Oksasen mukaan naisten itsemääräämisoikeuteen puuttuvat rikokset ovat kuitenkin usein prosesseja, jotka eivät sovi tekorikosoikeuden rajattuun kehikkoon.⁶⁴ Saman kannan jakaa Hong, jonka mukaan nykyään tekorikosoikeudellisessa ajattelussa on kuitenkin alettu ottaa tekojen konteksti yhä paremmin huomioon. Tästä toimii esimerkkinä muuttunut lainsäädäntö vainoamista ja seksuaalista ahdistelua koskien. Hong on kuitenkin tyytymätön siihen, ettei suomalainen rikosoikeus edelleenkaan riittävästi huomioi yhteisöllisyyden aiheuttamia rajoituksia yksilön toimintaan. Yhteisöllisessä kulttuurissa esiintyy individualistisesta kulttuurista poiketen useita sisäisiä käytäntöjä, jotka estävät naista hakemasta apua viranomaisilta.⁶⁵ Erilliskriminalisoinnilla voitaisiin kenties ottaa teon yhteisöllinen konteksti paremmin huomioon kuin mikä on mahdollista monenlaisia tekoja kattavissa yleisemmissä säännöksissä.

Ongelmalliseksi muodostuu kuitenkin rikosoikeuden kriminalisointiperiaatteisiin kuuluva *ultima ratio* -periaate, jonka mukaisesti rikoslain tulee olla viimeinen käytettävä keino. Muut suojaavat järjestelyt saavat etusijan suhteessa siihen ja rikosoikeuden käyttö tulee rajoittaa pienimpään perusteltavissa olevaan minimiin.⁶⁶ Kriminalisointiin ei tulisi turvautua ennen kuin muut yhteiskunnan keinot ongelman ratkaisemiseksi osoittautuvat tehottomiksi. Tapani ja Tolvanen korostavat tätä velvollisuutta todeten, ettei kriminalisointiin saa turvautua vain varmuuden vuoksi, mikäli muiden yhteiskuntapoliittisten keinojen tehokkuudesta on vain puutteellista tietoa. *Ultima ration* ulkoisella tasolla rikosoikeutta tarkastellaan suhteessa muuhun oikeusjärjestykseen, kuten sosiaalipolitiikan keinoihin. Sisäisellä tasolla tarkastellaan rikosoikeudelliseen järjestelmään itseensä lukeutuvia kriminalisointeja ja niiden suhdetta toisiinsa. Näin ollen kriminalisointia ei pidetä periaatteen mukaisena, mikäli jo olemassa olevat rikossäännökset kattavat kyseessä olevan menettelyn.⁶⁷ Sekä Ihmisoikeusliiton että Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin selvitysten perusteella on kiistatonta, ettei muiden yhteiskuntapoliittisten keinojen tehottomuudesta ole varmaa tietoa. Selvityksistä käy ilmi, että viranomaisilla ja muilla ammattilaisilla on puutteelliset tiedot ja ohjeet pakkoavioliitoista

sekä niihin puuttumisesta. Tämä koskee muun muassa terveydenhoito- ja opetustyötä.⁶⁸ Näin ollen *ultima ration* ulkoisella tasolla kriminalisoinnin edellytykset eivät täyty, sillä pakkoavioliittojen estäminen saattaisi toteutua myös muita yhteiskuntapoliittisia keinoja kehittämällä. Tämä tarkastelu on kuitenkin sikäli turha, että Istanbulin sopimus yksiselitteisesti vaatii pakkoavioliittojen säätämistä rangaistavaksi, ja Suomi on sitoutunut tähän. Sisäisellä tasolla taas voidaan vedota samoihin perusteisiin, kuin millä kriminalisointivelvoite sivuutettiin hallituksen esityksessä Istanbulin sopimuksen voimaan saattamiseksi (HE 155/2014 vp): jo olemassa olevien ihmiskaupan ja pakottamisen kieltävien säännösten voidaan katsoa kattavan myös avioliittoon pakottamisen.

Kuitenkin sekä Dan Frände että Sakari Melander toteavat, ettei lainsäätäjät aina ota *ultima ratio* -periaatetta vakavasti, vaan rikosoikeudellinen rangaistusseuraamus saatetaan ottaa käyttöön kevyemminkin perustein. Vaikka rikoslain viimesijaisuus tulee olla tavoitteena, on kriminalisoinnin arvioinnissa otettava huomioon sääntelyn suojeluintressin painavuus.⁶⁹ Tässä tapauksessa kyseessä on teko, joka on katsottu rikosoikeuden alaan kuuluvaksi, eli edellä mainittua *ultima ration* ulkoista tasoa ei tarvitse pohtia. Sen sijaan sisäisen tason ongelmallisuutta voidaan verrata sekä järjestäytyneen rasmin kieltämisestä että ihmiskauppasääntelyn lisäämisestä rikoslakiin käytyyn keskusteluun. Melander kirjoittaa näistä Perustuslakiblogissa todeten, että rassistisia ryhmiä koskevan sääntelyn piilottaminen järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan osallistumista koskevan sääntelyn alle ei ole perusteltua ottaen huomioon Suomelle asetettu selkeä kriminalisointivelvoite ja toisaalta sääntelyn ennustettavuus. Sääntelyn selkeys rikosnimikkeet mukaan lukien lisäisi ennakoitavuutta ja myös sääntelyn preventiivistä tehoa.⁷⁰ Näin historia toistaa itseään, sillä olosuhteet ovat verrattavissa pakkoavioliittoa koskevaan sääntelyyn; rikoslaki periaatteessa kattaa teon, mutta omaa rikosnimikettä ei ole luotu vaan sääntely on epäselvää.

Tärkeänä erilliskriminalisoinnin puolestapuhujana voidaan pitää Suomen perustuslain 2 luvun 8 §:ssä säädettyä rikosoikeuden laillisuusperiaatetta, jota on käsitelty jo luvussa 4.5 ihmiskauppalainsäädännön soveltuvuutta arvioitaessa. Nykytilanteessa ongelmallisiksi muodostuvat laillisuusperiaatteen sisältämät epätasällisyys- ja analogiakielto. Nykyisen sääntelyn epätasällisyys on ongelma, joka haittaa ennakoitavuuden toteutumista. Fränden mukaan analogiakieltoon sisältyy oletus, että sekä lain esityöt että KKO:n oikeuskäytäntö pysyvät

63 Ks. aiheesta esim. Tapani & Tolvanen 2013, s. 177.

64 Oksanen 2012, s. 619.

65 Hong 2017, s. 371.

66 Lappi-Seppälä 2008, Rangaistus kriminaalipolitiikan keinona; Kriminalisointiperiaatteet.

67 Tapani & Tolvanen 2013, s. 91.

68 Ks. Hansen ym. 2016, s. 89–90 ja Tolvanen 2017, s. 11. Ihmisoikeusliiton selvityksessä todetaankin, ettei pakkoavioliittojen tunnistamiseen ja uhrien auttamiseen ole riittävästi toimintamalleja. Viranomaisten kouluttaminen ja ohjeistus sekä maahanmuuttajayhteisöissä tehtävä asennemuutostyö olisivat myös tarpeellisia toimia.

69 Frände 2005, s. 25 ja Melander 18.9.2016.

70 Melander 18.9.2016.

lain sanamuodon rajoissa.⁷¹ Kuten edellä on todettu, ei lain sanamuoto ihmiskaupparikoksissa ole niin selvä, että sen perusteella olisi mahdollista ennakoita, mikä on rangaistavaa käytöstä. Periaatteen mukaista olisikin säätää uusi täsmällinen rikosnimike, eikä hallituksen esitysten välityksellä keinotekoisesti laajentaa ihmiskauppalainsäädännön soveltamisalaa.

5.2 Lisää tehokkuutta vai tehostumutta?

Pakkoavioliittoa koskeva lainsäädäntö on tällä hetkellä monitulkintaista ja haastavaa, mikä Ihmisoikeusliiton haastattelemien ammattilaisten mukaan hankaloittaa ilmiöön puuttumista.⁷² Tulkinnanvaraisuutta voidaan vähentää selkeällä ja helposti löydettävällä lainsäädännöllä. Tällä hetkellä avioliittoon pakottamisen rangaistavuuden selvittämiseksi uhrin tulisi osata etsiä tietoa lain esitöistä asti, mikä ei ole realistinen odotus edes kantaväestölle. Lisäksi maahanmuuttajien kannalta ongelmalliseksi muodostuu sekä kielimuuri että koko oikeusjärjestelmän vieraus. Sosiaali- ja terveysministeriön oppaassa ”*Maahanmuuttajanaiset ja väkivalta*” vuodelta 2005 korostetaan kieli- ja kansalaistaidon puutetta esteenä avun hakemiselle. Naisilla ei välttämättä ole riittävästi tietoa oikeuksistaan eikä tarjolla olevista palveluista.⁷³ Myös poliisiammattikorkeakoulun selvityksen mukaan maahanmuuttajanaiset ovat erityisen heikossa asemassa yhteiskunnassa johtuen muun muassa kielivaikeuksista, rasismista ja kulttuurisista uskomuksista. Myös täydellinen riippuvuus miehestä voi vaikeuttaa avun hakemista väkivaltatilanteissa.⁷⁴ Selvityksessä esitetty soveltunee myös tilanteisiin, joissa nainen on riippuvainen lähisuvusta, kuten vanhemmista tai miespuolisista sukulaisista. Tietoisuus omasta oikeudesta päättää avioliitosta voi olla edellä esitettyjen kielivaikeuksien ja kulttuuristen uskomusten johdosta puutteellinen. Vaikka lain soveltaminen on aina tulkintaa, voisi erillis-kriminalisointi helpottaa tätä tehtävää niin uhrin, tekijän kuin viranomaisenkin näkökulmasta.

Pakkoavioliittojen esiintyminen Suomessa, mutta näkymättömyys rikosprosessissa indikoivat, etteivät nykyiset rangaistussäännökset tai niiden soveltamiskäytäntö todellisuudessa sovellu kovinkaan hyvin pakkoavioliittotapauksiin. Lausunnossaan työvaliokunnalle yhteenvedosta Istanbulin sopimuksen toimeenpano-ohjelmaan esitetyistä toimenpiteistä Monika-Naiset liitto ry esitti huolensa toimenpiteiden riittämättömyydestä varmistamaan pakkoavioliiton rangaistavuus ja vaati erilliskriminalisointia.⁷⁵ Oikeusministeriön mukaan tuomioistuimissa tai esitutkinnassa käsiteltävissä ihmiskauppaa, törkeää ihmiskauppaa tai pakottamista koskevissa tapauksissa ei ole lähes koskaan kyseessä avioliittoon pakottaminen.⁷⁶ Toivonen on käyttänyt

selvityksessään lähteinä poliisi- ja tuomioistuintilastoja, joista selviää ihmiskauppataapausten olevan lähinnä työ- tai prostituutioperäisiä ja pakottamisen liittyvän vain harvoin parisuhde- tai avioliittoasioihin ylipäänsä. Myöskin syyteharkinnassa avioliittoon pakottamista esiintyy vain täysin satunnaisesti, ja nämäkin tapaukset ovat usein vain eriasteisia epäilyjä.⁷⁷ Näin ollen rikosoikeudellinen puuttuminen tapauksiin ei ole oikeassa suhteessa ilmiön laajuuteen. Sama koskee Venla Rothin väitöstutkimuksen mukaan koko ihmiskauppasäätelyä. Ihmiskauppa on määritelty laajasti ja monitulkintaisesti, mutta säätelyn soveltaminen ja tulkinta on toisaalta suppeaa, minkä johdosta suurin osa ihmiskaupan uhreista jää Suomessa tunnistamatta.⁷⁸ Ihmiskauppasäätelyn riittävyttä arvioitaessa voidaan kärjistäen jopa väittää pakkoavioliiton olevan näkymätön osa-alue laajempaa piilorikollisuutta.

Säätelyn soveltamisongelmat eivät myöskään liity ainoastaan poliisiin tai tuomioistuimiin, vaan alkavat jo ns. ruohonjuuritasolta. Ihmisoikeusliiton haastattelemat eri alojen ammattilaiset kokevat epävarmuutta ottaa pakkoavioliitto puheeksi asiakkaiden kanssa. Osa myös kokee, ettei se kuulu heidän tehtäviinsä. Kuitenkin tehokas ilmiöön puuttuminen vaatii useiden viranomaistahojen yhteistyötä.⁷⁹ Ammattilaisten aktiivista puuttumista voisi lisätä, mikäli avioliittoon pakottaminen olisi nimenomaisesti säädetty rangaistavaksi rikoslaisissa. Tällöin asiantilan aktiivisempi selvittäminen voitaisiin kokea enemmän ihmisoikeusloukkauksen estämisenä kuin toisten henkilökohtaiseen perhe-elämään puuttumisena.

Pakkoavioliittotapauksissa uhrilla on usein korkea kynnyks nostaa syyte läheisiään vastaan. Useat uhrin eivät toivo rikosprosessia, vaan esimerkiksi vain avioeroa tai puolison oleskeluluvan epäämistä.⁸⁰ Rikosprosessin esteenä onkin painostuksen ja uhkien kollektiivisuus ja moninaisuus. On mahdollista, että uhrin koko lähiyhteisö hylkäisi uhrin, jos tämä nostaisi syytteen. Osa Toivosen haastattelemista ammattilaisista kokeekin, ettei rikosprosessiin vaikuta olevan edes mahdollisuutta, ellei tapaukseen liity fyysistä väkivaltaa.⁸¹ Yhteisölliseen väkivaltaan liittyy Hongin mukaan kahdella tasolla ilmenevää kontrollointia. Yhteisöllisessä kontekstissa kasvaneet yksilöt ovat sisäistäneet ryhmänsä arvot ja vaatimukset hyväksyttävän käytöksen perustaksi. Siten he arvioivat ja laskelmoivat, millaisia seurauksia yhteisön kieltämistä teoista voisi pahimmillaan tulla. Näin ollen yhteisön kontrollin lisäksi ilmenee myös itsekontrollia, ja nämä molemmat rajoittavat yksilön toimintamahdollisuuksia.⁸² Tällöin virallisen syytteen alaisuus toisi tekijät varmemmin oikeuden eteen kuin syytteen riippuminen asianomistajasta. Tämä taas on tilanne silloin, jos teko katsotaan rikoslain 25 luvun 8 §:n mukaiseksi pakottamiseksi.

71 *Frände* 2005, s. 56.

72 *Hansen ym.* 2016, s. 90.

73 *Kyllönen-Saarnio & Nurmi* 2005, s. 46–47.

74 *Korhonen & Ellonen* 2007, s. 21.

75 Monika-Naiset liitto ry 26.10.2017.

76 Oikeusministeriö 18.10.2017.

77 *Toivonen* 2017, s. 12.

78 *Roth* 2012, s. 289. Uhrin heikko tunnistaminen liittyy tutkimuksen mukaan myös auttamisjärjestelmän ehdollisuuteen ja kytkökseen rikosprosessin etenemiseen.

79 *Hansen ym.* 2016, s. 88.

80 *Toivonen* 2017, s. 11.

81 *Toivonen* 2017, s. 9.

82 *Hong* 2017, s. 367–368.

Toisaalta näyttökysymysten vaikeus saattaisi tehdä kriminalisoinnista kuolleen kirjaimen. Liisa Nieminen toteaa yksittäistapauksessa olevan vaikeaa selvittää, onko kyse ollut pakkoavioliittoon vihkimisestä.⁸³ Ero järjestetyn avioliiton ja pakkoavioliiton välillä voi olla vaikea näyttää toteen etenkin tilanteissa, joissa esiintynyt pakottaminen on ollut hienovaraista. Ero voi Tuulikki Mikkolan mukaan hämärtyä myös avioliiton osapuolten silmissä, sillä painostus suvun osalta voi olla voimakasta. Tällöin suvun järjestämän avioliiton vastustaminen ei välttämättä yksilön silmissä näyttäytyä aitona mahdollisuutena.⁸⁴ Sana vastaan sanaa -tilanteissa voimakkaan suostuttelun ja pakottamisen välistä rajaa voi olla mahdoton näyttää toteen. Kuolleen kirjaimena säännös ei hyödytä ketään vaan pikemminkin köyhdyttää rikoslain auktoriteettia.

Erilliskriminalisoinnin potentiaaliseen tehottomuuteen liittyy myös mahdollisuus siitä, että poliisin ja syyttäjän lisäksi ilmiöjäisi entisestään piiloon myös muilta toimijoilta. Poliisiammattikorkeakoulun selvityksessä vuodelta 2007 kartoitetaan poliisin tietoon tullutta maahanmuuttajain kohdistuvaa väkivaltaa. Tarkastelussa ovat niin fyysinen kuin seksuaalinenkin väkivalta sekä väkivallalla uhkaaminen. Selvityksen mukaan maahanmuuttajain eivät vaatineet tekijälle rangaistusta suurimmassa osassa parisuhdeväkivaltatapauksista. Mikäli nainen kuitenkin vaati rangaistusta, perui hän yleensä vaatimuksen muutaman päivän kuluessa ja toivoi käsittelyn keskeyttämistä. Näin ollen poliisi haluttiin lähinnä rauhoittamaan akuutti tilanne.⁸⁵ Tämä ilmiö on samansuuntainen kuin edellä esitetty Toivosen selvityksen tulos, jonka mukaan pakkoavioliiton uhrit eivät useinkaan halua läheisiään rikosprosessiin.⁸⁶ Näin ollen erilliskriminalisointi ja virallisen syytteen alaisuus saattaisi viedä ilmiön vielä entistä enemmän piiloon. Uhrit eivät välttämättä uskaltaisi hakea itselleen apua edes sosiaaliviranomaisilta siinä pelossa, että tieto asiasta kulkeutuu syyttäjälle ja läheiset voivat joutua rangaistusvastuuseen.

5.3 Yksilön ja kulttuurin kunnioittamisen problematiikka

Mikäli syyttäjälle annettaisiin kriminalisoinnilla oikeus nostaa syyte asianomistajasta riippumatta, voitaisiin tämän katsoa rajoittavan uhrin itsemääräämisoikeutta. Monien filosofien ja oikeusteoreetikkojen mukaan valtion olemassaolon edellytys on valtion väkivaltakoneisto.⁸⁷ Hallinnolla ja viranomaisilla tulee olla legitiimi oikeus käyttää väkivaltaa ja toisaalta kieltää sen käyttö muilta. Rikoksentehtäjän katsotaan oikeudenloukkauksella aiheuttaneen itsensä ja yhteiskunnan välille konfliktin, joka sovitetään rangaistuksella.⁸⁸ Tämän voidaan katsoa etäännyttävän uhri omista oikeuksistaan – loukkausta ei enää nähdäkään häneen, vaan yhteiskuntaan kohdistuvana. Mikäli edellä esitettyjen selvitysten katsotaan edustavan uhrien

83 Nieminen 2013, s. 157.

84 Mikkola 2013, s. 857.

85 Korhonen & Ellonen 2007, s. 53.

86 Toivonen 2017, s. 11.

87 Ks. Esim. Weber, *Max: Politics as a Vocation* 1919 tai *Hobbes, Thomas: Leviathan* 1651

88 Tapani & Tolvanen 2013, s. 53.

aitoa ja vapaaehtoista kantaa siitä, etteivät he halua pakottamiseen osallistuneita läheisiään rangaistavan, voisi virallisen syytteen alaisuus loukata uhrin oikeuksia toistamiseen. Uhrin omaa tahtotilaa ei tällöin kunnioitettaisi. Ihmisoikeusliiton maahanmuuttajien parissa tekemän työn yhteydessä on käynyt ilmi, että yhteisöllisemmissä kulttuureissa myös avioliittoon liittyviä ongelmia ratkotaan yhteisöllisesti eikä luottamus poliisiin tai viranomaisiin välttämättä ole korkealla.⁸⁹ Oikeusvaltion toimivuuden kannalta yksilön tai yhteisön käsiin jätetty oikeus näyttäytyisi kuitenkin hyvin ongelmallisena. Lisäksi Istanbulin sopimuksen 55 artikla nimenomaisesti kieltää jättämästä syytteesenpanoa yksinomaan uhrien toimien varaan.

Kriminalisointi voi toisaalta leimata etnisiä vähemmistöjä, sillä kyseessä on vahvasti kulttuurisidonnainen ilmiö. Tämä vaikuttaisi negatiivisesti jo valmiiksi kantaväestöön nähden huonommassa asemassa oleviin ihmisryhmiin.⁹⁰ Irakin Naisten Yhdistyksen varapuheenjohtaja Ala Saeedin mukaan kulttuurikäsitykset riippuvat perheestä, eikä esimerkiksi arabikulttuuri ole yksi yhtenäinen konsepti. Hän myös kokee, etteivät viranomaiset suhtaudu yhtä vakavasti maahanmuuttajaperheiden asioihin kuin kantasuomalaisten.⁹¹ Ihmisoikeusliiton selvityksessä ilmaistaan myös huoli siitä, että puhe kunniaan liittyvästä väkivallasta ylipäättään voi korostaa oletusta siitä, ettei sukupuolten välinen tasa-arvo koskaan toteudu maahanmuuttajataustaisissa perheissä.⁹² Pakkoavioliiton kriminalisointia koskevaan keskusteluun liittyy riski tiettyjen kulttuurien leimaamisesta. Toisaalta on kuitenkin otettava huomioon Istanbulin sopimuksen 4(3) artiklan syrjinnän kieltö: toimet uhrien oikeuksien suojelemiseksi on varmistettava syrjimättä ketään mm. maahanmuuttajataustan tai alkuperän perusteella. Näin ollen leimaamisen pelkoa suurempi pelko tulisi kenties olla vähemmistöihin kuuluvien naisten ja tyttöjen oikeuksien heikompi toteutuminen kantaväestöön verrattuna.

Suomen perustuslain 2 luvun 11 §:ssä on turvattu uskonnon ja omantunnon vapaus ja 17 §:ssä ryhmien oikeus ylläpitää ja kehittää omaa kulttuuriaan. On kiistatonta, että järjestetyt avioliitot kuuluvat olennaisena ja hyväksyttävänä osana moneen kulttuuriin. Ero järjestetyn ja pakotetun välillä onkin tärkeää pitää selvänä kriminalisointikeskustelussa. Keskustelua pidemmälle vietäessä voidaan jopa argumentoida ihmisoikeuksien taustan olevan länsimaisessa, individualistisessa kulttuurissa, minkä johdosta ne eivät ota riittävästi huomioon yhteisöllisiä seikkoja. Perustuslakia uudistettaessa lainsäätäjät kuitenkin linjasi, ettei uskonnon ja omantunnonvapauteen vedoten voida oikeuttaa toimia, jotka loukkaavat ihmisarvoa tai muita perusoikeuksia tai ovat oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisia. Hallituksen esityksessä käytettiin esimerkkinä tästä moniavioisuutta.⁹³ Perustuslain esitöiden lisäksi myös Istanbulin sopimuksessa asetetaan samankaltainen linjaus. Artiklan 42 mukaan kulttuurin, tavan, uskonnon,

89 Hansen ym. 2016, s. 87.

90 Toivonen 2017, s. 15.

91 Helander 23.3.2018.

92 Hansen ym. 2016, s. 1 ja 36.

93 HE 309/1993 vp s. 56.

perinteen tai niin sanotun ”kunnian” ei voida rikosoikeudenkäynnissä katsoa oikeuttavan yleissopimuksen soveltamisalaan kuuluvia väkivallantekoja.

Edellä esitetylle on saatavissa tukea myös oikeuskäytännöstä. Korkein hallinto-oikeus on oleskelulupaa ja lapsena solmittua avioliittoa käsittelevässä ratkaisussaan KHO 2005:87 korostanut yksilön oikeutta avioliittoon suhteessa yhteisön oikeuksiin. Korkein hallinto-oikeus lausui seuraavaa: ”Myös maahanmuuttajatyöillä on kulttuuritaustasta ja uskonnosta riippumatta oikeus täyttää ja vapaaehtoista suostumusta ilmentävään aviopuolison valintaan”. Tapauksessa uhrin kulttuuritaustalla ei voitu oikeuden mukaan puolustaa sitä, että hänet oli viety lapsena kolmanteen maahan ja siellä naitettu serkulleen, jota hän ei ollut tavannut varhaislapsuuden jälkeen.⁹⁴ Tapauksessa oikeudellisen punninnan pääpaino on lapsen etua koskevissa kysymyksissä. Kuitenkin ennakkoratkaisun viesti myös yksilön ja yhteisön oikeuksien punninnan välillä on selvä: yksilön oikeus valita puolisonsa on vahvempi kuin kulttuurin ja uskonnon vastakkaiset arvot.

6. JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Ei pitäisi olla mahdollista, että Suomessa tulee vuosittain ilmi kymmenittäin kriminalisointivaateen alaisia ihmisoikeusloukkauksia siten, että ne pysyvät kuitenkin rikosoikeuden ulottumattomissa. Istanbulin sopimuksen kansallisessa voimaansaattamisessa lainsäätäjän lähtökohtana oli senhetkisen lainsäädännön riittävyys pakkoavioliiton kriminalisoimiseksi. Työryhmän mietintö kirvoitti kuitenkin eriäviä mielipiteitä, joissa kritisoitiin mietinnön laatua, yleispiirteisiä lausumia sekä ylimalkaisuutta⁹⁵. Lisäksi edellä käsiteltyjen ihmisoikeusliiton ja Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin tekemien selvitysten perusteella on ilmeistä, ettei pakkoavioliittoon puuttuminen ole käytännössä Suomessa tehokasta. Pakottamissääntelyn soveltumisen ongelmana on se, että kyseessä on asianomistajarikos, joka ei ota huomioon uhrin riippuvuussuhdetta tekijöistä ja siten tämän haavoittuvaista asemaa. Ihmiskauppasääntelyn soveltamisongelmat taas kulminoituvat sen epäselvyyteen ja tulkintavaikkeuksiin⁹⁶.

Olisiko avioliittoon pakottamisen erilliskriminalisointi näin ollen aiheellista? Periaatetasolla suurin punninta tapahtuu edellä esitettyjen *ultima ratio* -periaatteen ja laillisuusperiaatteen välillä. Rikoslakiin ei tulisi lisätä uusia kieltoja, jos teko on jo entuudestaan sääntelyn piirissä,

94 KHO 2005:87.

95 Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietintö 28.3.2013. Mietinnön liitteenä löytyvät Vähemmistövaltuutetun eriävä mielipide, Monika-Naiset liitto ry:n eriävä mielipide ja Amnesty International Suomen osasto ry:n eriävä mielipide.

96 Ks. lisäksi Roth 2012, s. 288. Roth argumentoi, että oikeudelliset rakenteet ja käytännöt aiheuttavat sen, että ihmiskauppalainsäädäntö ylipäättään on epäsuorasti naisia syrjivä.

mutta toisaalta sääntelyn pitäisi olla riittävän täsmällistä ja ennakoitavaa. Istanbulin sopimuksen asettama kriminalisointivelvoite on niin selkeä, ettei Suomen lainsäädäntö soveltamisvaikeuksineen tee sille oikeutta. Rangaistavuus periaatteessa on eri asia kuin rangaistavuus käytännössä.

Melander nimeää laillisuusperiaatteen rikosoikeuden tärkeimmäksi periaatteeksi ja täsmällisyys on kiistatta sen keskeinen osatekijä. Hän esittää laillisuusperiaatteen ytimeksi muodostuneen perustuslakivaliokunnan käytännössä sen, että rikoksen tunnusmerkistön on oltava riittävän täsmällinen siten, että teon tai laiminlyönnin rangaistavuus on ennakoitavissa sanamuodon perusteella.⁹⁷ Lainsäädännön sisältö ihmisoikeusloukkauksen suhteen ei saisi olla epäselvä. Ottaen huomioon nämä seikat sekä sen, ettei avioliittoon pakottamisen rikosoikeudellisen rangaistavuuden tarpeellisuutta itsessään ole kyseenalaistettu, voitaisiin erilliskriminalisoinnin katsoa lähinnä selkeyttävän oikeustilaa ja olevan siten perusteltua ja laillisuusperiaatteen mukaista.

Käytännön tasolla erilliskriminalisointi voisi helpottaa ilmiöön puuttumista, sillä selkeä lainsäädäntö poistaisi tulkinnallista epävarmuutta. Toisaalta edellä on esitetty riski ilmiön menemisestä entisestään piiloon sekä mahdolliset näyttövaikeudet. Luonnollisesti teon nimeäminen rikokseksi voi saattaa sen entisestään piiloon, sillä yhteiskunta suhtautuu siihen tällöin selvän kielteisesti. Kuitenkin avioliittoon pakottaminen on tällä hetkellä lähes näkymätön ilmiö rikosprosessissa Suomessa, joten sillä saralla ei voida väittää olevan paljon hävittävää. Toki tämäkin mahdollisuus tulee ottaa huomioon lainsäädäntöä ja viranomaisten toimintaa suunniteltaessa. Näyttökysymyksiin liittyvät vaikeudet on myös nostettu tarkastelussa esiin. Ei ole tarkoituksenmukaista säätää rikoslakiin ”kuollutta kirjainta”, mutta samat näyttövaikeudet ovat nyt jo olemassa, kun sääntely on piilotettu toisten rikosnimikkeiden ja hallitusten esitysten taakse. Toisaalta teon kontekstuaalisuus ja erityispiirteet saattaisi olla mahdollista ottaa erilliskriminalisoinnissa paremmin huomioon, kuin mikä on mahdollista useita tekotyyppisiä kattavissa säädöksissä. Näin voitaisiin myös välttää tiettyjen tekomuotojen tippuminen pois virallisen syytteen alaisuudesta.

Pakkoavioliittoa nimenomaisesti koskevalla rangaistussäännöksellä voitaisiin mahdollisesti myös välittää sekä uhrille että tekijälle voimakkaampi viesti siitä, ettei teko ole hyväksyttävä. Näin rikosoikeuden yleisestäävyys ja ennakoitavuus voisivat paremmin toteutua. Keskustelussa ja tapauksiin puuttumisessa on kuitenkin tärkeää muistaa yksilön ja yhteisön oikeuksien kunnioittaminen. Näihin seikkoihin liittyvät mahdolliset ongelmat tuskin koituisivat kuitenkaan kompastuskiviksi ottaen huomioon päämäärän merkittävyys – ihmisoikeuksien ja Suomen kansainvälisten velvoitteiden menestyksekkäämpi toteuttaminen.

97 Melander 2015, s. 646.

Kriminalisointi itsessään ei kuitenkaan riitä estämään pakkoavioliittoja, vaan monisyiseen ilmiöön puuttuminen vaatii monenlaisia toimenpiteitä. Ihmisoikeusliiton haastattelussa kannatusta saikin palvelupainotteisuus suhteessa rangaistustilanteeseen.⁹⁸ Niin kauan, kun uhrien tukipalvelut eivät ole kunnossa, on rikosoikeudellisen rangaistavuuden hyöty tekijästä riippuvaiselle uhrille vähäinen. Esimerkiksi turvakotien suhteen tilanne Suomessa on heikko: Ensi- ja turvakotien liiton yhdistysten mukaan turvakotipaikkoja on riittänyt vain noin puolelle hakijoista.⁹⁹ Näin ollen pakkoavioliittoihin puuttumista tulee Suomessa kehittää kokonaisvaltaisesti, jotta eri sektorit tukevat toisiaan ja uhrilla on todellinen pääsy oikeuksiinsa.

Istanbulin sopimusta ratifioitaessa nostettiin esiin mahdollinen tarve lainsäädäntömme riittävyyden uudelleenarviointiin. Nyt vuosia myöhemmin tämä arviointi on käynnissä oikeusministeriössä. Ihmisoikeusliitto toimitti 5.4.2018 pakkoavioliittojen kriminalisointia vaativan vetoituksen oikeusministeri Antti Häkkäselle, joka kertoi oikeusministeriön selvittävän parhaillaan lainsäädännön mahdollisia muutostarpeita.¹⁰⁰ Oman selvitykseni perusteella väittäisin tämän muutostarpeen olevan olemassa. Sääntely ei ole nykyisellään riittävää, jotta ilmiöön puuttuminen olisi tehokasta. Ongelmistaan huolimatta katson edellä esitettyjen seikkojen puoltavan erilliskriminalisointia.

98 Toivonen 2017, s. 17.

99 Ensi- ja turvakotien liitto 23.11.2017.

100 Ihmisoikeusliitto ry 5.4.2018.

LÄHTEET

Lainvalmisteluaineisto

HE 155/2014 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta, rikoslain 1 luvun 11 §:n muuttamisesta ja ulkomaalaislain 54 §:n muuttamisesta.

HE 103/2014 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 34/2004 vp – Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta

ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 309/1993 vp – Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 94/1993 vp – Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

TyVM 15/2014 vp – Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö 15/2014 vp. Helsinki 17.2.2015.

Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn

Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietintö. Ulkoministeriö. Helsinki 28.3.2013.

Oikeusministeriön julkaisu 63/2012: Ihmiskauppatyöryhmän mietintö. Helsinki 28.9.2012.

Oikeuskäytäntö

KHO 2005:87

Muu virallisaaineisto

Explanatory Report CETS 210. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. Council of Europe Treaty Series - No. 210. Istanbul 2011.

Forced Marriage Unit Statistics 2016. Home Office 9.3.2017.

Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage. International Labour Organization and Walk Free Foundation. Geneva 2017.

Parliamentary Assembly Resolution 1468 (2005). Forced marriages and child marriages. Council of Europe. 5.10.2005

Tutkimuskirjallisuus

Allain, Jean: Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers 2013. (Allain 2013)

Eriksson, Maja Kirilova: The Right to Marry and to Found a Family: A World-Wide Human Right. Uppsala, Almqvist & Wiksell Internat. 1990. (Eriksson 1990)

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Suomentanut Markus Wahlberg. Helsinki, Edita 2005. (Frände 2005)

Hansen, Saana – Sams, Anni – Jäppinen, Maija – Latvala, Johanna: Kunniakäsitykset ja väkivalta – selvitys kunniaan liittyvästä väkivallasta ja siihen puuttumisesta Suomessa. Helsinki, Ihmisoikeusliitto 2016. (Hansen ym. 2016)

Helin, Markku: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus. Helsinki, Talentum 2013. (Helin 2013)

Hong, Tuuli: Yhteisö, kontrolli ja oikeuden konteksti – suojaako rikoslaki yhteisöllisen väkivallan uhria? Lakimies 3–4/2017, s. 362–386. (Hong 2017)

Jokela, Antti: Rikosprosessi. Helsinki, Talentum 2008. (Jokela 2008)

Korhonen, Kaija – Ellonen, Noora: Maahanmuuttajanaiset väkivallan uhrina. Poliisiammattikorkeakoulun tiedotteita 60/2007. Helsinki 2007. (Korhonen & Ellonen 2007)

Kyllönen-Saarnio, Eija – Nurmi, Reet: Maahanmuuttajanaiset ja väkivalta: Opas sosiaali- ja terveysalan auttamistyöhön. Sosiaali- ja terveysministeriön oppaita 2005:15. Helsinki 2005. (Kyllönen-Saarnio & Nurmi 2005)

Lappi-Seppälä, Tapio: 4. Rangaistus kriminaalipolitiikan keinona. Teoksessa Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Ojala, Timo – Rautio, Ilkka: Rikosoikeus. Alma Talent Oy, Helsinki 2008. Verkkojulkaisu, saatavissa Alma Talent Fokus -palvelussa, tarkistettu 16.1.2019. (Lappi-Seppälä 2008)

Martikainen, Tuomas – Tiilikainen, Marja: Maahanmuuttajanaiset: käsitteet, tutkimus ja haasteet. Teoksessa Maahanmuuttajanaiset: kotoutuminen, perhe ja työ. Väestöntutkimuslaitoksen julkaisusarja, D 46/2007. Helsinki 2007. (Martikainen & Tiilikainen 2007)

Mikkola, Tuulikki: Ulkomaisten avioliittojen tunnustaminen Suomessa: kansainvälisen yksityisoikeuden ja oikeusvertailun näkökulmia. Lakimies 5/2013 s. 844-861. (Mikkola 2013)

Melander, Sakari: Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja rikosoikeudellinen tulkinta. Defensor Legis N:o 4/2015 s. 644-661. (Melander 2015)

Nieminen, Liisa: Perus- ja ihmisoikeudet ja perhe. Helsinki, Talentum 2013. (Nieminen 2013)

Nousiainen, Kevät – Pentikäinen, Merja: Väkivallan vastaisen sopimuksen kivinen ratifointi Suomessa. Oikeus 4/2013, s. 455–462. (Nousiainen & Pentikäinen 2013)

Oksanen, Pia Puu: Naisiin kohdistuva väkivalta ihmisoikeuskysymyksenä: tekojen aika? Oikeus 4/2012, s. 618-623. (Oksanen 2012)

Roth, Venla: Defining human trafficking and identifying its victims: a study on the impact and future challenges of international, European and Finnish legal responses to prostitution-related trafficking in human beings. Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2012. (Roth 2012)

Rude-Antoine, Edwige: Forced marriages in Council of Europe member states: A comparative study of legislation and political initiatives. Directorate General of Human Rights. Strasbourg, Council of Europe 2005. (Rude-Antoine 2005)

Suomenaro, Eeva: Pakkoavioliitot. Teoksessa Tanja Tauro & Marjo van Dijken (toim.): Kunnia konfliktina: Näkökulmia ilmiön tunnistamiseen ja ennaltaehkäisyyn. Amoral-hankkeen loppujulkaisu. Helsinki, Mannerheimin Lastensuojeluliiton Uudenmaan piiri 2009. (Suomenaro 2009)

Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeuden yleinen osa: Vastuuoppi. Helsinki, Talentum 2013. (Tapani & Tolvanen 2013)

Toivonen, Virve: Pakkoavioliittojen esiintyminen ja ilmitulo Suomessa. Selvitysmuistio. Helsinki, Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti 2017. (Toivonen 2017)

Internet-lähteet

Ensi- ja turvakotien liitto: Tiedote: Neljä uutta turvakotia avataan kipeään tarpeeseen. 23.11.2017. [<https://ensijaturvakotienliitto.fi/nelja-uutta-turvakotia-avataan-kipeaan-tarpeeseen/>] (vierailtu 2.4.2018).

Helander, Reetta: ”Jos et suostu avioliittoon, et ole enää meidän tytär”- Irakin Naisten Yhdistys auttaa pakkoavioliitossa eläviä ja sitä pelkääviä. Ihmisoikeusliiton artikkeli. 23.3.2018. [<https://ihmisoikeusliitto.fi/irakin-naisten-yhdistys-auttaa-pakkoavioliitossa-elavia/>] (vierailtu 6.4.2018).

Ihmisoikeusliitto ry: Lähes 5500 vetoaa pakkoavioliiton kriminalisoimiseksi Suomessa – Ihmisoikeusliitto luovutti vetoamuksen oikeusministerille tänään. 5.4.2018. [<https://ihmisoikeusliitto.fi/yli-5000-vetooa-pakkoavioliiton-kriminalisoimiseksi/>] (vierailtu 6.4.2018).

Melander, Sakari: Miksi järjestäytyntä rasismia ei kriminalisoitaisi? Perustuslakiblogi. 18.9.2016. [<https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2016/09/18/sakari-melander-miksi-jarjestaytyntta-rasismia-ei-kriminalisoitaisi/>] (vierailtu 21.4.2018).

Monika-Naiset liitto ry: Lausunto työvaliokunnalle yhteenvedosta Istanbulin sopimuksen toimeenpano-ohjelmaan esitetyistä toimenpiteistä. 26.10.2017. [<https://monikanaiset.fi/lausunnot/lausunto-tyovaliokunnalle-yhteenvedosta-istanbulin-sopimuksen-toimeenpano-ohjelmaan-esitetyista-toimenpiteista/>] (vierailtu 29.3.2018).

Monika-Naiset liitto ry: Tiedote: Euroopan neuvoston valtuuskunta kiirehtii pakkoavioliittojen kriminalisointia. 17.6.2016. [<https://monikanaiset.fi/uutiset/tiedote-euroopan-neuvoston-valtuuskunta-kiirehtii-pakkoavioliittojen-kriminalisointia/>] (vierailtu 26.3.2018).

Oikeusministeriö: Tiedote: Selvitys: Pakkoavioliitot ovat todellisuutta myös Suomessa, viranomaisten koulutusta ja yhteistyötä vahvistettava. 18.10.2017. [http://oikeusministerio.fi/artikkeli/-/asset_publisher/selvitys-pakkoavioliitot-ovat-todellisuutta-myos-suomessa-viranomaisten-koulutusta-ja-yhteistyota-vahvistettava] (vierailtu 4.4.2018).

Ulkoministeriö: Lehdistötiedote 105/2015: Suomi hyväksyi naisiin kohdistuvan väkivallan ehkäisemistä ja torjumista koskevan sopimuksen. 17.4.2015

[<http://formin.finland.fi/public/default.aspx?contentId=325100&nodeId=49150&contentlan=1&culture=fi-FI>] (vierailtu 26.3.2018).

LENIENCY-ASIAKIRJOJEN SUOJA SUOMESSA - ERITYISESTI SUHTEESSA KILPAILUOIKEUDELLISEEN VAHINGONKORVAUKSEEN

CONFIDENTIALITY OF LENIENCY DOCUMENTS IN FINNISH LAW, ESPECIALLY IN RELATION TO ACTIONS FOR ANTITRUST DAMAGES

Saana Ruottu¹

Helsinki Law Review, 1/2019, pp. 122–149

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Asiasanat:

leniency-menettely, kilpailuoikeudellinen seuraamusmaksu, seuraamusmaksun alentaminen, seuraamusmaksusta vapautuminen, kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus, salassapito, asiakirjajulkisuus, editiosäännöt

Keywords:

leniency, fines in cartel cases, immunity from fines, reduction of fines, Antitrust Damages, confidentiality, publicity of documents, disclosure of evidence

ABSTRACT

During leniency procedure, the participating companies are obliged to give self-incriminating statements to antitrust authorities. There is a risk that those statements will be utilized as evidence in a court of law by a party who was damaged by the spoken trust arrangement. These actions for damages can impose heavy financial losses to the participating companies. Therefore, to secure the attractiveness of the leniency procedure, the self-incriminating documents should be exempted from the disclosure of evidence or discovery. The purpose of this article is to scrutinize the effects of the new EU directive 2014/104/EU on national regulations

which are located in the Finnish Act of Antitrust Damages Actions (*laki kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista*, 1077/2016), and review what this means for the incentives to participate in leniency procedure. The Directive made the rules of disclosure of leniency documentation more stringent in comparison with the preceding legislation. Therefore, the legal position of the participating company has weakened. These are the main findings.

¹ The author is a fourth-year student at the Faculty of Law of the University of Helsinki. This article is based on her seminar paper on competition law.

I. JOHDANTO

Leniency-menettely perustuu siihen, että kartellin osapuolelle luodaan kannustimet ilmiantaa kartelli, kun tämä voi vastineeksi saada joko täyden vapautuksen tai alennuksen kartellista määrättävästä seuraamusmaksusta. Seuraamusmaksusta vapautuminen tai siitä alennuksen saaminen ei kuitenkaan vapauta yritystä mahdollisista yksityisoikeudellisista velvoitteista, eli yritys on edelleen vastuussa kartellin mahdollisesti aiheuttamasta vahingosta.² Kartellin ilmiantanut yritys joutuu käytännössä *leniency*-menettelyn aikana myöntämään osallisuutensa kartelliin. Tämän vuoksi kilpailuviranomaisen hallussa on asiakirjamateriaalia, joka suoraan osoittaa yrityksen osallisuuden kilpailurikkomukseen. Tällaisten yrityksen syyllisyyttä tukevien asiakirjojen esittämisvelvollisuus kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä aiheuttaa riskin siitä, että seuraamusmaksusta vapauttamista tai sen lieventämistä hakenut yritys joutuu siviiliprosessissa huonompaan asemaan kuin muut rikkomukseen osallistuneet yritykset, jotka eivät ole tehneet yhteistyötä viranomaisen kanssa. Tämän kaltainen riski saattaa olennaisesti heikentää yritysten kannustimia ilmiantaa kartelli, mikä taas aiheuttaa sen, että terveelle kilpailulle haitallisia kartelleja saattaa jäädä paljastumatta. Tästä näkökulmasta *leniency*-menettelyyn liittyvien asiakirjojen suojaaminen kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä on tärkeää.

Toisaalta kilpailuoikeudellisille vahingonkorvausoikeudenkäynneille on tunnusomaista tietojen epäsymmetrinen jakautuminen kantajan ja vastaajan välillä.³ Monia vahingonkorvauskanteen kannalta merkityksellisiä todisteita ei välttämättä ole saatavilla, sillä ne ovat joko vastaajien tai kolmansien hallussa.⁴ Koska vahingonkorvauskanne helposti kaatuu näytön puutteeseen⁵, on näytön hankkimista koskevalla sääntelyllä suora yhteys siihen, miten yksittäisten toimijoiden oikeussuoja toteutuu ja miten kilpailulainsäädännön yksityisoikeudellinen soveltaminen ylipäänsä toimii.⁶ Vahingonkärsijän näkökulmasta olisi siten tärkeää, että editiovaatimus voitaisiin kohdistaa myös *leniency*-asiakirjoihin.⁷ *Leniency*-menettelyn houkuttelevuuden säilyttäminen ja toisaalta vahingonkärsijän oikeusaseman turvaaminen edellyttävät siten toisinaan keskenään ristiriitaisten intressien punnintaa.

Leniency-asiakirjojen käytettävyys todisteena kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvauksessa on pitkään ollut unionin alueella sääntelemättä. Tähän tuli muutos vuonna 2014, kun

EU:ssa annettiin kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskeva direktiivi⁸. Direktiivin implementointi aiheutti muutoksia kansalliseen lakiin. Tämän artikkelin tarkoituksena on tutkia, miten *leniency*-asiakirjoja koskevien editiosääntöjen muutos direktiivin ja sen kansallisen implementoinnin myötä vaikuttaa *leniency*-menettelyn houkuttelevuuteen kartelliin osallistuvien yritysten näkökulmasta Suomessa. Tarkoitus on verrata ennen direktiiviä voimassa olleita editiosääntöjä niihin editiosääntöihin, joiden perusteella *leniency*-asiakirjoja voidaan direktiivin jälkeisessä oikeustilassa vaatia esitettäväksi todisteena kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä.

Vaikka tarkastelu on rajattu Suomen oikeuteen, on aihealue unionin alueella harmonisoitua oikeutta, joten tässä yhteydessä aihetta on tarpeen tarkastella myös EU:n kilpailupolitiikan ja -oikeuden näkökulmasta. Tarkasteltavaksi tulee se, minkälaiset mahdollisuudet unionin oikeus antaa tutustua näihin asiakirjoihin ja lyhyesti myös se, mikä on tämän sääntelyn historia EU-tasolla. Tässä yhteydessä tulee huomata, että kilpailurikkomuksista määrättävästä seuraamuksesta käytetään Suomen oikeudessa termiä seuraamusmaksu, kun taas EU-oikeudessa puhutaan sakoista. Tämän vuoksi tässä artikkelissa sakon ja seuraamusmaksun käsitteitä käytetään lomittain asiayhteydestä riippuen.

Tarkastelu asiakirjajulkisuuden osalta keskittyy asiakirjajulkisuuteen Kilpailu- ja kuluttajavirastossa (jäljempänä KKV), sillä artikkelissa on kyse editiovaatimusten kohdistamisesta KKV:n hallussa oleviin *leniency*-asiakirjoihin kilpailuoikeudellisen vahingonkorvausoikeudenkäynnin yhteydessä, eikä tarkoituksena ole tarkastella näiden asiakirjojen suoja yleensä. KKV:ssa tietopyynnöt ratkaistaan julkisuuslain perusteella⁹, joten tarkastelun kohteena on laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999, jäljempänä julkisuuslaki tai JulkL). Muut julkisuutta (esimerkiksi tuomioistuimissa) sääntelevät lait on rajattu tarkastelun ulkopuolelle. Myös editiovaatimuksen kohdistaminen komissioon on rajattu artikkelin tarkastelun ulkopuolelle.

Artikkelissa tutustutaan ensiksi *leniency*-menettelyn ja kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen suhteeseen ja näiden välillä vallitsevaan ristiriitaan. Toiseksi tarkastellaan asiakirjajulkisuutta KKV:ssa julkisuuslain perusteella ja editiosääntöjä, jotka sääntelevät yleisesti sitä, millaista

2 Komission *leniency*-tiedonanto 2006, kohta 39.

3 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa kohdat 14–15.

4 Forrester 2017, s. 70.

5 Kulms 2017, s. 212.

6 Aine 2016a, s. 580.

7 Oikeudenkäymiskaaren mukaisesta editiovelvollisuudesta katso tarkemmin luku 3.

8 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/104/EU, annettu 26 päivänä marraskuuta 2014, tietyistä säännöistä, joita sovelletaan jäsenvaltioiden ja Euroopan unionin kilpailuoikeuden säännösten rikkomisen johdosta kansallisen lainsäädännön nojalla nostettuihin vahingonkorvauskanteisiin, EUVL L 349/1, 5.12.2014.

9 Hallintolaki (434/2000, jäljempänä HL) koskee sen 2 §:n perusteella KKV:ta. HL 24 §:n mukaan asiakirjojen julkisuudesta ja asianosaisen tiedonsaantioikeudesta säädetään julkisuuslaissa. Esimerkiksi päätöksessä KHO 2006:891 katsottiin kuultujen henkilöiden kertomukset sisältävät nauhoitteet viranomaisen asiakirjoiksi ja päätöksessä KHO 2006:895 kartellitutkimukseen liittyvien haastattelunauhoitteiden antamista yrityksen tietopyynnön perusteella arvioitiin puhtaasti julkisuuslain lähtökohdista.

asiakirjatodistelua oikeudenkäynnissä voidaan vaatia esitettäväksi ja millainen asiakirja-aineisto tähän käyttöön on velvollisuus luovuttaa. Näiden kysymysten käsittelyn jälkeen voidaan tutkia sitä, miten *leniency*-asiakirjoja suojataan Suomessa, millä edellytyksillä niitä voidaan käyttää todisteena vahingonkorvausoikeudenkäynnissä ja miten nämä säännökset toteuttavat tavoitetta *leniency*-menettelyn houkuttelevuuden säilyttämisestä.

2. LENIENCY-ASIAKIRJOJEN SUOJAN TARVE

2.1 Tehokkaan leniency-menettelyn edellytykset

Leniency-menettelyn tarkoituksena on lisätä kartellien sisäistä epävarmuutta ja saada kartellin jäsen ilmiantamaan kartelli kilpailuviranomaiselle. Ilmiannon tehnyt kartellin jäsen saa ilmiannosta vastineeksi täyden vapautuksen tai osittaisen alennuksen kilpailurikkomuksen perusteella määrätystä seuraamusmaksusta. Menettely otettiin EU:ssa käyttöön vuonna 1996 annetun komission *Leniency*-tiedonannon myötä¹⁰. Tiedonannosta annettiin uudistetut versiot vuosina 2002¹¹ ja 2006¹². Suomessa menettelyä koskevat säännökset implementoitiin ensiksi kilpailunrajoituslakiin (480/1992), kunnes säännökset sisällytettiin lopulta kilpailulain (948/2011) 14–18 §:iin. Säännösten sisältö vastaa sekä komission tuoreimman *Leniency*-tiedonannon että Euroopan kilpailuviranomaisten verkoston (EKV) laatiman *Leniency*-malliohjelman¹³ sisältöä.¹⁴

Kilpailulain 14 §:n mukaan täyden vapautuksen seuraamusmaksusta voi saada yritys, joka toimittaa säännöksen mukaiset tiedot ja todisteet, joiden perusteella KKV voi toimittaa tarkastuksen ja todeta, että kilpailulain 5 §:ää tai SEUT 101 artiklaa on rikottu. Kilpailulain 15 §:n mukaan alennuksen seuraamusmaksusta voi saada se yritys, joka toimittaa KKV:lle tietoja ja todisteita, jotka ovat merkityksellisiä kilpailunrajoituksen tai sen koko laajuuden ja luonteen toteamiseksi. Edellytyksenä molemmissa on, ettei KKV ole saanut tietoja muuta kautta aiemmin. Ensimmäisenä tiedot toimittanut yritys saa suuremman alennuksen kuin toisena tiedot toimittanut ja niin edelleen. Lisäedellytyksenä seuraamusmaksusta vapautumiselle tai sen alentamiselle on, että vapautusta tai alennusta hakenut yritys lopettaa osallisuutensa kilpailunrajoitukseen, toimii yhteistyössä KKV:n kanssa, säilyttää tutkintaan liittyviä todisteita ja pitää salassa hakemuksen tekemisen ja sen sisällön.¹⁵ Kilpailulain 17 §:ssä säädetään menettelystä *leniency*-ohjelman aikana.¹⁶

Leniency-menettelyllä on tärkeä merkitys unionin ja Suomen kilpailuoikeuden julkis-oikeudellisessa täytäntöönpanossa (*public enforcement*¹⁷), sillä se edistää vakavimpien kilpailurikkomusten havaitsemista sekä tehokasta syytteenpanoa ja seuraamusten määräämistä. Tämän lisäksi *leniency*-menettelyllä on preventiivinen tavoite, sillä sen tarkoitus on myös lisätä kartellien sisäistä epävakautta, tehdä niihin osallistumisesta epäkantavaa ja ennaltaehkäistä niiden syntymistä.¹⁸ Samalla kartellin jäsenten osallisuuden toteennäyttäminen helpottuu ja lainvalvonnan kustannukset alenevat.

Jotta *leniency*-menettelyllä saavutettaisiin sille asetetut tavoitteet, on menettelylle asetettava ennen kaikkea avoimuuteen ja ennustettavuuteen liittyviä vaatimuksia.¹⁹ Yritysten kannustimet osallistua *leniency*-menettelyyn vähenevät, jos ne eivät etukäteen pysty riittävällä tarkkuudella arvioimaan osallistumisesta aiheutuneita hyötyjä ja haittoja. Yritysten tulisi pystyä arvioimaan oikeusasemaansa menettelyn jälkeen ja kilpailunrajoituksen jatkamisesta aiheutuvia seuraamuksia suhteessa seuraamukseen, joka aiheutuu *leniency*-menettelyyn osallistumisesta. Tämä sisältää myös arvioinnin mahdollisista siviilioikeudellisista sanktioista, sillä vahingonkorvausvaade on *leniency*-menettelyä hakeneen yrityksen oikeusvarmuutta heikentävä epävarmuustekijä.²⁰ Päätös osallistua kartelliin samoin kuin päätös ilmiantaa kartelli pohjautuvat nimittäin yrityksen näkökulmasta useimmiten niistä koituvien taloudellisten hyötyjen ja haittojen arviointiin.²¹ Tämän vuoksi yrityksen tulisi ennakoita tietää, millaiset menettelysäännöt koskevat *leniency*-asiakirjojen suojaa menettelyn aikana ja sen jälkeen. Tästä näkökulmasta asiakirjojen julkisuussuojalla on yrityksen yhteistyöhalukkuuden kannalta tärkeä merkitys, sillä asiakirjojen käytön rajoittaminen yksityisoikeudellisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä lisää osaltaan järjestelmän läpinäkyvyyttä yrityksen suuntaan ja auttaa yrityksiä ennakoita arvioimaan ilmiantoon liittyviä seurauksia.

Leniency-järjestelmän käyttöönoton jälkeen yhä kasvava osa kartelleista on tullut kilpailuviranomaisten tietoon nimenomaan seuraamusmaksusta vapauttamista tai sen lieventämistä koskevien hakemusten perusteella.²² Kilpailuviraston hakemuksen perusteella antama päätös sen sijaan toimii usein vahingonkorvauskanteiden perustana. Tämä *leniency*-menettelyn merkitys myös kilpailuoikeudellisten vahingonkorvauskanteiden tehokkuuden kannalta on huomioitu myös kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevassa direktiivissä. Direktiivissä todetaan, että yritykset eivät ole halukkaita ryhtymään kilpailuviranomaisten kanssa yhteistyöhön kartellien selvittämiseksi, jos kilpailuviranomaisten

10 Komission *leniency*-tiedonanto 1996.

11 Komission *leniency*-tiedonanto 2002.

12 Komission *leniency*-tiedonanto 2006.

13 ECN Model Leniency Programme, as revised in November 2012.

14 Wikberg 2011, s. 413.

15 Kilpailulaki 16 §.

16 *Leniency*-menettelystä tarkemmin ks. esim. Wikberg 2009a.

17 Julkisoikeudellisella täytäntöönpanolla tarkoitetaan komission ja kansallisten kilpailuviranomaisten toteuttamaa markkinoiden valvontaa, kilpailurikkomusten tutkintaa ja näistä rikkomuksista määrättäviä seuraamuksia, ks. Aine 2008, s. 503.

18 Wikberg 2011, s. 412.

19 Ks. muista onnistuneen *leniency*-politiikan edellytyksistä OECD Hard Core Cartels 2003, s. 22–23.

20 Virtanen 2008, s. 527.

21 Leivo ym. 2012, s. 319.

22 Leivo ym. 2012, s. 317.

asiakirjojen julkisuus ja esittämisvelvollisuus ulotetaan hakijan syyllisyyttä tukeviin lausuntoihin.²³ *Leniency*-menettelyyn osallistumista harkitseva yritys voi tällöin katsoa, että riski siviilioikeudellisista kanteista on suurempi kuin itse menettelyyn osallistumisesta aiheutuva hyöty. Tästä näkökulmasta hakijan syyllisyyttä tukevat asiakirjat tulisi jättää todisteiden esittämisvelvollisuuden ulkopuolelle, jotta *leniency*-menettelyn houkuttelevuus voidaan varmistaa.²⁴

2.2 Kilpailuoikeuden julkisoikeudellinen ja yksityisoikeudellinen täytäntöönpano

Leniency-asiakirjojen suojan tarve juontaa juurensa kilpailuoikeuden julkisoikeudellisen täytäntöönpanon (*public enforcement*) ja yksityisoikeudellisen täytäntöönpanon (*private enforcement*)²⁵) tavoitteiden eroon. Julkisoikeudellisen täytäntöönpanon päätavoitteina ovat yleis- ja erityisestävän vaikutuksen luominen²⁶ ja markkinoilla tapahtuneisiin häiriöihin puuttuminen.²⁷ Nämä tavoitteet ovat sen sijaan yksityisoikeudelliselle täytäntöönpanolle vain toissijaisia sen päätavoitteeseen, vahinkoa kärsineen oikeuteen saada korvausta kärsimästään vahingosta, nähden. Tämä vahingonkorvaukselle tyypillinen tavoite on vastaavasti tavoitteena toissijainen julkisoikeudelliselle täytäntöönpanolle. Tämä aiheuttaa ristiriidan näiden täytäntöönpanotasojen välille.²⁸ Ristiriita näkyy myös *leniency*-menettelyn ja kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen tavoitteissa. Vahingonkorvauksen tavoitteet ovat pääasiassa reparatiivisia: vahingonkärsijä pyritään saattamaan siihen asemaan, jossa tämä oli ennen kilpailunrikkomusta. *Leniency*-menettelyn tavoite sen sijaan on yllä kuvatulla tavalla korostetun preventiivinen.

23 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa kohta 26.

24 Katso esimerkiksi European Competition Networkin (ECN) *Leniency*-menettelyä koskeva malliohjelma s. 9–10.

25 Yksityisoikeudellinen täytäntöönpano tapahtuu tuomioistuimissa ja välimiesoikeuksissa ja sillä tarkoitetaan kilpailulainsäädännön soveltamista yksityisten toimijoiden välisissä, horisontaalisissa suhteissa. Jaottelu julkisoikeudelliseen ja yksityisoikeudelliseen täytäntöönpanoon perustuu siten siihen, keiden välisiin suhteisiin kilpailulainsäädäntöä sovelletaan (ks. Aine 2008, s. 503). Tarkemmin yksityisoikeudellisen täytäntöönpanon merkityksestä kilpailuoikeudessa ks. ICN Cartel Report 2007, s. 33–35.

26 Komission tiedonanto vahingon määrittämisestä Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisesta johtuvissa vahingonkorvauskanteissa, EUVL, N:o 167, 13.6.2013, kohta 1.

27 Dunne 2014, s. 3–4 ja Castrén – Puskala 2015, s. 382. Julkisoikeudellisen täytäntöönpanon keinoista ks. Wils 2005, s. 116.

28 Wikberg 2009a, s. 367.

Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskeva direktiivi²⁹ pyrkii puuttumaan tähän ristiriitaan antamalla jäsenmaita sitovaa sääntelyä, jolla näiden kahden täytäntöönpanomuodon keskinäinen yhteensovittaminen voidaan turvata, jäsenmaissa sovellettavien sääntöjen erilaisuus välttää ja sisämarkkinoiden moitteeton toiminta tältä osin turvata.³⁰ Tämän vuoksi direktiivin on sanottu perustuvan niin sanottuun ”kahden pilarin malliin”, sillä se pyrkii optimoimaan näiden kahden täytäntöönpanotason keskinäistä vuorovaikutusta.³¹ Direktiivin taustalla onkin vahvasti ajatus siitä, että nämä täytäntöönpanon tasot edellyttävät toimiakseen myös niiden välistä yhteistyötä.³² Molempien tavoitteena on kilpailulain (938/2011) 1 §:n mukaisesti turvata tervettä ja toimivaa taloudellista kilpailua vahingollisilta kilpailunrajoituksilta. Myös *leniency*-järjestelmällä ja kilpailuoikeudellisella vahingonkorvauksella voidaan nähdä olevan yksi yhteinen päämäärä: kartellien paljastuminen ja niiden väheneminen. Tässä on taustalla ajatus vahingonkorvauksen preventiivisestä funktiosta: uhka vahingonkorvausvaatimuksista ennaltaehkäisee rikkomuksia.³³ Lopulta yhdeksi direktiivin keinoksi parantaa näiden kahden oikeudellisen instrumentin vuorovaikutusta valikoitui kilpailuviranomaisen hallussa olevien asiakirjojen julkisuuden ja sen rajoittamisen sääntely.

2.3 Oikeustila ennen direktiivin voimaantuloa

Ennen kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin voimaantuloa unionin oikeuteen ei sisällynyt voimassa olevaa ylikansallista sääntelyä koskien todisteiden esittämisvelvollisuutta kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvausprosessissa. Euroopan unionin tuomioistuin (EUT) otti ensimmäistä kertaa kantaa tähän kysymykseen tapauksessa *Pfleiderer*³⁴. Tuomioistuin totesi, etteivät unionin oikeuden säännökset ja määräykset sekä erityisesti komission täytäntöönpanoasetus 1/2003 ole esteenä sille, että kilpailunrikkomuksen johdosta vahinkoa kärsinyt saa oikeuden tutustua *leniency*-menettelyyn liittyviin asiakirjoihin. Ratkaisussa jätettiin jäsenvaltioiden tuomioistuinten asiaksi määrittää kansallisen oikeuden perusteella ne edellytykset, joiden mukaisesti tällainen oikeus annetaan tai evätään.³⁵

29 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/104/EU, annettu 26 päivänä marraskuuta 2014, tietyistä säännöistä, joita sovelletaan jäsenvaltioiden ja Euroopan unionin kilpailuoikeuden säännösten rikkomisen johdosta kansallisen lainsäädännön nojalla nostettuihin vahingonkorvauskanteisiin, EUVL L 349/1, 5.12.2014.

30 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa kohta 26.

31 Rizzo 2015, s. 128.

32 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa kohta 6.

33 Ståhlberg – Karhu 2013, s. 7–8.

34 Tuomio 14.6.2011, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, C-360/09, EU:C:2011:389.

35 Ibid., kohta 32.

Erityisesti huomiota tuli kiinnittää *leniency*-menettelyn merkitykseen toimivan kilpailun kannalta ja menettelyn houkuttelevuuteen sekä toisaalta jokaisen oikeuteen saada hyvitystä kielletyn kilpailunrajoituksen aiheuttamasta vahingosta.³⁶ Tuomioistuin ei näin lausueessaan ottanut selkeästi kantaa näiden intressien väliseen punnintaan, vaan toi esille niiden välillä vallitsevan intressiristiriidan ja jätti punninnan tehtäväksi tapauskohtaisesti kansallisissa tuomioistuimissa.³⁷ Ratkaisu aiheuttikin jäsenmaissa varsin erilaisia lähestymistapoja *leniency*-asiakirjojen suojaamiseen. Tuomioistuin vahvisti kantansa myöhemmin tapauksen *Donau Chemie* yhteydessä.³⁸

Suomessa oikeus vahingonkorvaukseen kilpailuoikeuden rikkomisen johdosta perustui ennen direktiivin voimaantuloa kilpailulain 20 §:ään, joka ei kuitenkaan sisältänyt todistelua koskevaa sääntelyä.³⁹ Kanteita käsiteltiin Suomessa yleisissä tuomioistuimissa kansallisten prosessisääntöjen ja -periaatteiden mukaisesti, kuten kaikkia muitakin vahingonkorvauskanteita. Kilpailulain vuoden 2010 uudistuksen yhteydessä kilpailulain 17 §:n 4 momenttiin sisällytettiin *leniency*-asiakirjojen julkisuutta rajoittava säännös, jonka mukaan *leniency*-asiakirjoja saa käyttää ainoastaan säännöksessä tarkoitettuihin julkisoikeudellisiin tarkoituksiin, joihin ei kuulu niiden käyttäminen todisteena vahingonkorvausoikeudenkäynnissä. Huomattavaa on, että säännös koskee *Pfleiderer*-ratkaisun tavoin kaikkia *leniency*-menettelyyn liittyviä asiakirjoja ja kieltää siten täysin *leniency*-asiakirjojen käytön todisteena kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä. Julkisuuslaki sen sijaan ei sisällä erillistä *leniency*-asiakirjoja suojaavaa säännöstä.

Tarve kilpailuoikeudellista vahingonkorvausta koskevalle unionin tasoiselle sääntelylle heräsi vuonna 2004 valmistuneen komission tilaaman kilpailuoikeudellisten vahingonkorvauskanteiden tilaa EU:ssa käsittelevän tutkimuksen, ns. *Ashurst reportin*, myötä.⁴⁰ Raportin mukaan kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus oli seuraamuksena unionin alueella varsin kehittymätön, mikä herätti EU:ssa tarpeen alkaa selvittää järjestelmän kehittämismahdollisuuksia. Lisäksi eriytyneet kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevat menettelyt olivat unionissa

muodostuneet jopa esteeksi kilpailunrajoituksesta aiheutuneiden vahinkojen korvaamiselle.⁴¹ Kehittämistyön myötä komissio antoi vuonna 2005 vihreän kirjan⁴² ja vuonna 2008 valkoisen kirjan⁴³ kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista ja lopulta pitkän valmistelun jälkeen marraskuussa 2014 kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauskanteita koskevan direktiivinsä 104/2014/EU.⁴⁴ Direktiivi vakiinnutti EU:ssa *leniency*-asiakirjojen editiosäännökset kaikkia jäsenvaltioita sitoviksi, ja *Pfleiderer*-ratkaisun mukaisesta tapaus- ja jäsenvaltiokohtaisesta arvioinnista luovuttiin.⁴⁵ Suomessa direktiivi johti kokonaan uuden lain, kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain (1077/2016), säätämiseen.

3. ASIAKIRJAT TODISTEENA OIKEUDENKÄYNNISSÄ

3.1 Julkisuusperiaate ja asianosaisjulkisuus viranomaisissa

Jotta voidaan ymmärtää *leniency*-asiakirjoja koskevia editiosäännöksiä, on ensin tutustuttava niihin sääntöihin, jotka yleisesti sääntelevät oikeutta tutustua viranomaisen asiakirjoihin ja yleisiä editiosääntöjä. Oikeus tutustua viranomaisen hallussa oleviin asiakirjoihin ja muihin tallenteisiin turvataan jokaiselle kuuluvana perusoikeutena perustuslain (731/1999, jäljempänä PL) 12 §:n 2 momentissa. Julkisuusperiaatteen mukaan: ”Viranomaisen hallussa olevat asiakirjat ja muut tallenteet ovat julkisia, jollei niiden julkisuutta ole välttämättömien syiden vuoksi lailla erikseen rajoitettu. Jokaisella on oikeus saada tieto julkisesta asiakirjasta ja tallenteesta.” Julkisuusperiaatteella on vahva perusoikeuskytkentä myös sen vuoksi, että sillä on sen tavoitteiden vuoksi kiinteät liittynät osallistumisoikeuksiin ja oikeusturvaan.⁴⁶

Julkisuutta yleislakina sääntelee julkisuuslaki, jonka 1 § turvaa jokaiselle oikeuden saada tiedon viranomaisen asiakirjasta.⁴⁷ Säännöksen mukaan kaikki viranomaisten asiakirjat ovat julkisia, jollei erikseen toisin säädetä. Myös Kilpailu- ja kuluttajavirasto on julkisuuslain 4 §:n perusteella viranomainen, jota sen toiminnassa sitoo julkisuusperiaate. Viranomaisen asiakirjalla tarkoitetaan viranomaisen hallussa olevaa asiakirjaa, jonka viranomainen tai sen palveluksessa oleva on laatinut taikka joka on toimitettu viranomaiselle asian käsittelyä varten tai muuten sen toimialaan tai tehtäviin kuuluvassa asiassa. Tämän määritelmän perusteella

36 Ibid., kohdat 25–31.

37 Vertaa julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus, jossa *leniency*-menettelyn houkuttelevuuden turvaaminen laitettiin etusijalle suhteessa vahingonkärsijän oikeuteen saada korvausta kärsimästään vahingosta. Mazákin mukaan *leniency*-asiakirjojen suojaaminen voitaisiin perustella tavoitteella varmistaa SEUT 101 artiklan tehokas täytäntöönpano (kohta 44). Lisäksi huomionarvoista on se, että toisin kuin tuomioistuin, Mazák teki ratkaisusuosituksessaan eron yrityslausuntojen ja muiden *leniency*-asiakirjojen julkisuuden välillä. Tämä vastaa pitkälti sitä systematiikkaa, johon päädyttiin myöhemmin kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin säätämisen yhteydessä.

38 Tuomio 6.6.2013, *Bundeswettbewerbssbehörde v. Donau Chemie AG*, C-536/11, EU:C:2013:366.

39 Kilpailuoikeuden rikkomisella tarkoitetaan tässä yhteydessä SEUT 101 tai 102 artiklan taikka kansallisen kilpailuoikeuden rikkomista.

40 Study on conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, comparative report, Ashurst, 31.8.2004.

41 Ojala 2011, s. 344.

42 Vihreä kirja yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista, Bryssel 19.12.2005, KOM (2005) 672 lopullinen.

43 Valkoinen kirja yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista, Bryssel 2.4.2008, KOM (2008) 165 lopullinen.

44 Komissio katsoi jo vuonna 2015 selväksi, että direktiivi tulee helpottamaan korvauksen saamista vahingoista, jotka ovat seurausta kilpailusääntöjen rikkomisesta. Ks. Kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus 2014 s. 3.

45 Forrester 2017, s. 72.

46 HE 30/1998, s. 48–49.

47 Mäenpää 2016, s. 1.

KKV:lle *leniency*-menettelyn aikana toimitettu kaikki materiaali olisi viranomaisen asiakirja-aineistoa ja siten julkista. Koska julkisuusperiaate lisäksi on luonteeltaan yleisöjulkisuutta, olisi *leniency*-asiakirjoihin tutustuminen kaikille kuuluva oikeus.

Vaikka julkisuus on selkeä viranomaisen toimintaa koskeva pääsääntö, siitä voidaan joutua poikkeamaan tärkeiden, sen kanssa ristiriidassa olevien intressien vuoksi. Poikkeuksista on kuitenkin säädettävä lailla.⁴⁸ Julkisuusperiaatteesta poikettaessa tulee lisäksi aina ottaa huomioon julkisuuslain 3 §:n mukainen julkisuuslain tarkoitus, joka korostaa avoimuutta, hyvää tiedonhallintatapaa sekä yksilöiden ja yhteisöjen valvonta- ja vaikutusmahdollisuuksia. Lisäksi tulee huomioida yleiset oikeusperiaatteet, kuten suhteellisuusperiaate, yhdenvertaisuusperiaate ja tarkoitussidonnaisuuden periaate.⁴⁹

Viranomaisen hallussa olevaa asiakirja-aineistoa voidaan suojata siihen kohdistuvilta asiakirjapyyntöiltä julkisuuslain 22 §:n mukaisissa tilanteissa. Säännöksen mukaan viranomaisen asiakirja on pidettävä salassa, jos se julkisuuslaissa tai muussa laissa on säädetty salassa pidettäväksi tai jos viranomaisen lain nojalla on määrännyt sen salassa pidettäväksi taikka jos se sisältää tietoja, joista on lailla säädetty vaitiolovelvollisuus. Salassapitovelvollisuus koskee kuitenkin vain sitä osaa asiakirjasta, jossa salassa pidettävä tieto on. Tieto on annettava asiakirjan julkisesta osasta, jos se on mahdollista niin, ettei salassa pidettävä osa tule tietoon.⁵⁰ Salassapito ei siten kohdistu itse asiakirjaan, vaan pikemminkin siinä olevaan yksittäiseen tietoon (niin sanottu osajulkisuus). Osajulkisuutta ei voida pitää varsinaisena poikkeamisena salassapitovelvoitteista, vaan se on pikemminkin sääntö, jolla pyritään takaamaan julkisuusperiaatteen mahdollisimman laaja toteutuminen.⁵¹

Julkisuuslain 24 § sisältää viranomaisten asiakirjojen salassapitoperusteita. *Leniency*-asiakirjojen kannalta tärkeä salassapitoperuste on esimerkiksi säännöksen 1 momentin 15 kohta. Sen mukaan salassa pidettäviä ovat asiakirjat, jotka sisältävät tietoa viranomaisen tehtäväksi säädetystä tarkastuksesta tai muusta valvontatoimeen liittyvästä seikasta, jos tiedon antaminen niistä vaarantaisi valvonnan tai sen tarkoituksen toteutumisen tai ilman painavaa syytä olisi omiaan aiheuttamaan vahinkoa asiaan osallisille. Kilpailunrajoituksen tutkinnan menestyksellisyys voi edellyttää, että asiaa koskevien asiakirjojen julkisuutta rajoitetaan siihen

48 Myös julkisuusperiaatteen asema jokaiselle kuuluvana perusoikeutena asettaa edellytyksiä siitä poikkeamiselle. Rajoitusedellytykset liittyvät mm. rajoitusten tarkkarajaisuuteen, niiden tarpeeseen, laajuuteen ja kykyyn saavuttaa päämäärä, jota niillä tavoitellaan. Perusoikeuksien yleiset rajoitusperusteet laadittiin kootusti perustusvaliokunnan toimesta mietinnössä PeVM 25/1994 vp. Mietinnön mukaiset rajoitusedellytykset vahvistettiin vuoden 2000 perustuslakiuudistusta koskevassa mietinnössä PeVM 10/1998 vp. Katso myös Viljanen 2001, passim.

49 Ks. tarkemmin Mäenpää 2007, s. 110–112.

50 Ks. julkisuuslaki 10 §.

51 Mäenpää 2007, s. 113.

asti, että tutkinta päättyy.⁵² Jos kartellin osalliset saavat ennen tutkinnan päättymistä tiedon *leniency*-menettelystä, vaarantuu tutkinta esimerkiksi asiakirjojen tuhoamisen ja haitallisen menettelyn keskeyttämisen vuoksi. Tutkimusrauhaa *leniency*-menettelyn osalta ja sitä koskevaa uutta sääntelyä käsitellään tarkemmin jaksossa 4.1.2.

Toiseksi *leniency*-asiakirjoja voidaan suojata esimerkiksi julkisuuslain 24 §:n 1 momentin 2 kohdan perusteella. Vakavat kilpailunrajoitukset ovat usein rajat ylittäviä ja niiden selvittäminen edellyttää kansallisten kilpailuviranomaisten yhteistyötä. Tätä yhteistyötä toteutetaan kilpailuviranomaisten yhteistyöverkoston kautta.⁵³ Verkoston toiminta edellyttää, että toisessa valtiossa salassa pidettäväksi luokiteltu asiakirja tai tieto on sitä myös siinä valtiossa, jonka kilpailuviranomaiselle se luovutetaan. Siten julkisuuslain 24 §:n 2 kohdan perusteella EKV:n kautta Suomen kilpailuviranomaiselle saapuneen asiakirjan julkisuutta voidaan rajoittaa sillä perusteella, että tiedon antaminen niistä aiheuttaisi vahinkoa tai haittaa edellytyksille toimia kansainvälisessä yhteistyössä EKV-verkostossa. Kolmas *leniency*-asiakirjojen kannalta tärkeä salassapitosäännös on julkisuuslain 24 §:n 1 momentin 20 kohta, jonka perusteella salassa pidettäviä ovat sellaiset asiakirjat, jotka sisältävät tietoa liike- tai ammattisalaisuudesta.

Jos *leniency*-asiakirjojen julkisuus ratkaistaisiin viranomaisen asiakirjoja koskevien julkisuuslain säännösten mukaan, tulisi asiakirjojen salassapidolle olla jokin julkisuuslain mukainen peruste ja tällöinkin salassapito kohdistuisi vain tiettyyn tietoon, ei koko asiakirjaan. Tällöin *leniency*-asiakirjat olisivat lähtökohtaisia julkisia, niihin voisi kohdistaa editiovaatimuksia ja jokaisen asiakirjan sisältämän tiedon salassapidosta tulisi päättää erikseen. Tämä ei olisi aika- eikä kustannustehokasta, sillä *leniency*-menettelyn asiakirja-aineisto on usein hyvinkin laaja.

Asianosaisen oikeus tiedonsaantiin on tavallista julkisuusperiaatettakin laajempi. Asianosaisella on nimittäin julkisuuslain 11 §:n perusteella oikeus saada asiaansa käsittelevältä tai käsitelleeltä viranomaiselta tieto muunkin kuin julkisen asiakirjan sisällöstä. Lisäedellytyksenä on kuitenkin, että tämä sisältö voi tai on voinut vaikuttaa hänen asiansa käsittelyyn. Tosiasiallista vaikutusta ei edellytetä. Täten kilpailunrajoituksesta vahinkoa kärsineellä olisi puhtaasti julkisuuslakiin perustuen oikeus saada tieto myös kaikista *leniency*-menettelyyn liittyvistä asiakirjoista, sillä kartelliin osallistuneen yrityksen syyllisyyden toteennäyttävää asiakirjaa tuskin voitaisiin pitää asian käsittelyn kannalta merkityksettömänä. Tämä ei olisi *leniency*-menettelyn houkuttelevuuden kannalta toivottavaa, sillä edellä kuvatulla tavalla tämä altistaisi kilpailuviranomaisen kanssa yhteistyötä tehneen yrityksen yksityisoikeudellisissa prosesseissa muita kartellin jäseniä huonompaan asemaan.

52 Wikberg 2011, s. 359–360.

53 Kansallisten kilpailuviranomaisten yhteistyöstä tarkemmin Komission tiedonanto yhteistyöstä kilpailuviranomaisten verkostossa (2004/C 101/03), EUVL C 101/43, 27.4.2004 tai Wikberg 2011, s. 116–122.

Asianosaisen oikeus saada tieto asiakirjan sisällöstä koskee sekä salassa pidettäviä asiakirjoja että niitä asiakirjoja, jotka eivät ole vielä tulleet julkiseksi.⁵⁴ On huomattava, ettei säännöksellä ole kuitenkaan tarkoitus laajentaa asianosaisen tiedonhankintakeinojen valikoimaa suhteessa oikeudenkäymiskaaren (4/1734, jäljempänä myös OK) editiosääntöihin.⁵⁵ Asianosaisen tiedonsaantioikeus ei myöskään ole rajoittamaton, vaan sen poikkeuksista säädetään 11 §:n 2 momentissa. Asianosaisen tiedonsaantioikeus ei esimerkiksi koske asiakirjaa, josta tiedon antaminen olisi vastoin erittäin tärkeää yleistä etua.⁵⁶ Esimerkiksi KHO on päätöksessään Metsäliitto Osuuskunta v. Kilpailuvirasto⁵⁷ katsonut, että kartellitutkinnan tutkimusrauhan ylläpitäminen oli sellainen erittäin tärkeä yleinen etu, joka oikeutti poikkeamaan asiaosaisen tiedonsaantioikeudesta *leniency*-asiakirjojen osalta.⁵⁸

3.2 Todisteiden esittäminen oikeudenkäynnissä

Ennen kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin voimaantuloa kotimainen editiovelvollisuutta koskeva sääntely sijaitsi kokonaisuudessaan oikeudenkäymiskaareissa. Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan työryhmän mietinnön⁵⁹ mukaan direktiivin myötä tähän ei ollut tarvetta tehdä olennaista muutosta, vaan todisteiden ja niiden ryhmien esittämiseen sovelletaan myös uuden lain voimaantulon jälkeen pääasiassa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun todistelua koskevia säännöksiä. Kuitenkin tiettyjen todisteiden osalta hyödyntämiskiellosta ja tutkimusrauhasta säädetään laissa kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista.⁶⁰ Ennen näiden säännösten tarkastelua tulee kuitenkin tutustua edition taustalla oleviin oikeudenkäymiskaaren säännöksiin, joista *leniency*-asiakirjojen edition kannalta tärkeimpiä ovat 17 luvun 9 §:n (velvollisuus luovuttaa asiakirja tuomioistuimelle), 17 luvun 38 §:n (käyttökelpoisen näytön määrittely) ja 17 luvun 40 §:n (editiovelvollisuus).

OK 17 luvun 9 §:n mukaan jokaisella on velvollisuus luovuttaa esine tai asiakirja tuomioistuimelle todisteeksi, jollei laissa toisin säädetä. OK 17 luvun 38 §:n mukaan näyttönä tuomioistuimelle voidaan esittää esine tai asiakirja. Säännöksen 2 momentin mukaan näyttöä voidaan esittää tai hankkia siitä huolimatta, että asiakirjasta ilmenee salassa pidettävää tai vaitiolo-oikeuden alaista tietoa, jos todistetta voidaan ilman kohtuutonta haittaa käsitellä niin, ettei tällainen tieto tule ilmi. Lähtökohtana tuomioistuimissa on siten asiakirja-aineiston käytettävyyden todistelutarkoituksessa ja jokaisen velvollisuus luovuttaa asiakirja tuomioistuimelle todisteeksi. Tämä lähtökohta koskee myös kaikkea *leniency*-aineistoa eli myös yrityksen syyllisyyttä tukevia yrityslausuntoja.

Tärkeä säännös asianosaisen näytön hankkimismahdollisuuden kannalta on oikeudenkäymiskaaren asiakirjan esittämistä eli editiovelvollisuutta (*editio instrumentorum*) koskeva säännös. Tuomioistuin voi lain 17 luvun 40 §:n nojalla määrätä asianosaisella tai kolmannella olevan asiakirjan tuotavaksi tuomioistuimeen, jos asiakirjalla voi olla merkitystä näyttönä. Editiovelvollisuuden tavoitteena on varmistaa, että tuomioistuimilla on mahdollisuus hankkia käyttöönsä ne asiakirjat, jotka voivat olla merkityksellisiä asian ratkaisemisen kannalta.⁶¹ Esitöiden mukaan editiovelvollisuus koskee myös viranomaista, eli myös KKV:ta, ja sen hallussa olevia *leniency*-asiakirjoja. Ensisijaiseksi keinoksi hankkia tällainen todiste on asetettu sen pyytäminen suoraan asianomaiselta viranomaiselta.⁶²

Editiovelvollisuuden laajuutta rajoittaa editiovaatimuksen yksilöintivaatimus. Ensinnäkin editiota vaativan on näytettävä, että asiakirjan sisällöllä voi olla merkitystä todisteena.⁶³ Tämä edellyttää sen todistusteeman yksilöimistä, jonka kannalta asiakirja on tarpeellinen.⁶⁴ Toiseksi tulee osoittaa, että asiakirja on sen henkilön hallussa, johon esittämisvaatimus kohdistetaan.⁶⁵ Asiakirjan yksilöimiseksi asianosaisen on ilmoitettava sen todistusteema, asiakirjatyyppejä ja laatimisajankohta.⁶⁶ Editiovaatimus ei täten lähtökohtaisesti voi kohdistua esimerkiksi kaikkiin tiettyyn asiakirjaryhmään kuuluviin todisteisiin. Editiovelvollisuutta ei kuitenkaan voida ulottaa koskemaan sellaisia esineitä tai asiakirjoja, jotka sisältävät salassa pidettävää tai vaitiolo-oikeuden alaista tietoa.⁶⁷ Tästä on nimenomainen säännös OK 17 luvun 9 §:n 2 momentissa, jossa oikeus olla luovuttamatta asiakirjaa käytettäväksi todisteena linkitetään oikeuteen olla todistamatta.

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 40 §:n mukaisen editiovaatimuksen yksilöintivaatimus johtaa käytännössä siihen, että editiota vaativan tulisi tietää ennalta, millaista asiakirjamateriaalia se tarvitsee ja millainen merkitys tällä asiakirjamateriaalilla on todisteena. Kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen toimivuuden ja tehokkuuden kannalta tämä on merkittävää, sillä kantajalla ei useinkaan ole tarkkaan tiedossa, millaisia juuri vahingonkorvausasian kannalta relevantteja asiakirjoja vastaajalla on hallussaan tai millaisia asiakirjoja ylipäänsä on olemassa, vaan pikemminkin tietoisuus liittyy vahingonkorvauksen kannalta relevantteihin asiakirjaryhmiin.⁶⁸

Oikeudenkäymiskaari ei sisällä sääntelyä todisteiden ryhmien esittämisestä, mutta ne mainitaan kuitenkin kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain 8 §:ssä, joka viittaa niiden osalta oikeudenkäymiskaareen.⁶⁹ Direktiivin vaatimuksena on, että myös

54 HE 30/1998 vp., s. 65.

55 HE 30/1998 vp., s. 66.

56 Yleisenä etuna pidetään lainkohtaa koskevissa esitöissä esimerkiksi valtion turvallisuuden ylläpitoa tai ulkopolitiittisten suhteiden hoitoa. Ks. HE 30/1998 vp., s. 67.

57 KHO 2006:883, annettu 12.4.2006.

58 KHO 2006:883, annettu 12.4.2006, s. 7 ja 14.

59 TEM 46/2015.

60 TEM 46/2015, s. 36, myös HE 83/2016 vp, s. 27.

61 Mäenpää 2007, s. 15.

62 HE 46/2014 vp, s. 101.

63 Lappalainen – Rautio 2017, s. 639.

64 Aine 2016a, s. 583.

65 Lappalainen – Rautio 2017, s. 639.

66 HE 83/2016 vp, s. 55.

67 Editiovelvollisuuden laajuudesta tarkemmin esimerkiksi Lappalainen 2001, s. 189–193.

68 Aine 2016a, s. 584.

69 Oikeudenkäymiskaaren yksilöintivaatimus ei täysin täytä direktiivin edellytyksiä, ks. Aine 2016b, s. 601 ja Kuoppamäki 2015, s. 1083–1084.

todisteiden ryhmiä voidaan editiosäännösten avulla pyytää esitettäväksi. Tässä kansallinen lakimme ei siis vastaa direktiivissä laille asetettuja vaatimuksia. Direktiivin mukaan näissä todisteiden ryhmiin kohdistetuissa pyynnöissä tulisi yksilöidä kyseinen ryhmä viittaamalla sen muodostavien osatekijöiden yhteisiin piirteisiin, kuten luonteeseen, tavoitteeseen tai sisältöön, laatusajankohtaan tai muihin perusteisiin. Ryhmät olisi määriteltävä mahdollisimman täsmällisesti ja kapea-alaisesti sekä kohtuudella käytettävissä olevien tosiseikkojen perusteella.⁷⁰

Kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain esitöiden mukaan oikeudenkäymiskaaren todisteiden esittämiseen liittyviä pykälä tulisi kilpailuoikeudellisissa vahingonkorvausasioissa tulkita direktiivin tavoitteiden valossa. Tämä saattaa joissain tapauksissa synnyttää kansalliselle tuomioistuimelle velvollisuuden hyväksyä oikeudenkäymiskaaren mukaisesta pääsäännöstä poikkeava, epätasällisempi editiovaatimus, jonka perusteella myös todisteiden ryhmä voidaan vaatia esitettäväksi editiovelvollisuuden perusteella.⁷¹ Tämä tukee direktiivin tavoitteita näytön hankkimisen ja sen esittämisen helpottamisesta sekä edistää jokaisen oikeutta saada korvausta kärsimästään vahingosta. Ratkaisu ei kuitenkaan ole oikeusvarmuuden kannalta ihanteellinen, sillä käytännössä lakia alemman tasoisella sääntelyllä valtuutetaan tuomioistuin poikkeamaan laista. Lisäksi ratkaisu jättää tuomioistuimelle laajan harkintavallan sen suhteen, milloin tällainen epätasällisempi editiovaatimus voidaan hyväksyä. Tämä ei ole toivottavaa myöskään *leniency*-menettelyn houkuttelevuuden takaamisen näkökulmasta. Yritys ei pysty riittävällä tavalla ennakoimaan oikeusasemaansa menettelyssä, jos tuomioistuimelle jätetään tapauskohtainen ja laaja harkintavalta sen suhteen, millä edellytyksillä *leniency*-menettelyyn liittyviä asiakirjoja voidaan määrätä käytettäväksi todisteena vahingonkorvausoikeudenkäynnissä, jossa vaatteet kohdistuvat yritykseen itseensä. Tämän ei voida katsoa edistävän onnistuneen *leniency*-menettelyn edellytyksiä menettelyn avoimuudesta ja ennustettavuudesta.

4. LENIENCY-ASIAKIRJAT TODISTEENA KILPAILU-OIKEUDELLISESSA VAHINGONKORVAUSOIKEUDENKÄYNNISSÄ

4.1 Viranomaisen hallussa olevat asiakirjat

Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin 6 ja 7 artiklat koskevat kilpailuviranomaisen velvollisuutta esittää asiakirja-aineistoaan todisteena. Ensiksi tulee huomata, että direktiivin 6(10) artiklaa vastaavan kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain 8 §:n 2 momentin mukaan tuomioistuin voi määrätä KKV:n esittämään sen asiakirja-aineistoon kuuluvat todisteet vain, jos mikään osapuoli tai kolmas osapuoli ei kohtuudella voi

toimijoihin.¹ Kilpailuviranomaisia ei kuitenkaan ole rajattu editiovelvollisuuden ulkopuolelle, mikä on linjassa myös oikeudenkäymiskaaren editiosäännösten kanssa. Lisäksi direktiivin mukaan viranomaiselle asetettu todisteiden esittämisvelvollisuus ei saisi kohtuuttomasti vaikuttaa kilpailuviranomaisen suorittamaan kilpailuoikeuden täytäntöönpanoon.² Direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle on lisäksi rajattu kilpailuviranomaisten sisäisten asiakirjojen tai niiden välisen kirjeenvaihdon esittäminen.

Direktiivin 6 artiklassa asiakirjat jaotellaan kolmeen luokkaan: Ensinnäkin niihin, jotka voidaan määrätä esitettäväksi milloin tahansa vahingonkorvausoikeudenkäynnin aikana. Toisekseen niihin, jotka voidaan määrätä esitettäväksi vasta, kun kilpailuviranomainen on päättänyt menettelynsä; ja kolmanneksi niihin, joita ei voida missään vaiheessa määrätä esitettäväksi. Seuraavassa tutustutaan näihin kaikkiin asiakirjatyyppeihin aloittaen niistä, joiden määrääminen esitettäväksi ei ole sallittua missään vaiheessa viranomaisen menettelyä. Tällaista eri asiakirjatyyppisiä ja niiden suojan tasoa koskevaa sääntelyä ei Suomessa ennen direktiiviä voimassa olleessa lainsäädännössä ollut, eli direktiivin voimaantulo aiheutti esimerkiksi niiden osalta muutostarpeita voimassa olevaan lakiin.³ *Leniency*-asiakirjojen käytettävyyttä todisteena vahingonkorvausoikeudenkäynnissä voidaan tiivistää seuraavaan kaavioon (ks. kuva 1).

	Yrityslausunnot	Vastaukset KKV:n tietopyyntöihin, <i>leniency</i> -menettelyä varten valmistettu aineisto, KKV:n menettelynsä aikana laatima ja osa-puolille lähetetty aineisto	Muut <i>leniency</i> -asiakirjat
Ei voi määrätä esitettäväksi missään vaiheessa prosessia	X		
Voi määrätä esitettäväksi kilpailuviranomaisen lopetettua menettelynsä		X	
Voi määrätä esitettäväksi missä tahansa vaiheessa menettelyä *			X

* Todisteiden esittämisen oikeasuhteisuuden vaatimukset ja editiovaatimuksen yksilöintivaatimus saattavat kuitenkin rajoittaa editiovelvollisuuden laajuutta.

70 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa, kohta 16. Määritelmä jättää todisteryhmien yksilöintiedellytykset osittain avonaisiksi ja tarkemmin myöhemmässä oikeuskäytännössä määriteltäväksi.

71 HE 83/2016 vp, s. 56.

1 Aine 2016a, s. 593.

2 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa kohta 21.

3 ks. HE 83/2016 vp, s. 24.

4.1.1 Yrityslausuntojen hyödyntämiskielto

Yhtenä direktiivin säätämisen julkilausuttuna tavoitteena oli yhdenmukaistaa todisteiden saamista koskevaa sääntelyä jäsenmaissa ja parantaa näin kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen käytettävyyttä kilpailurikkomuksesta aiheutuvana seurauksena. Koska vahingonkorvauksen ja *leniency*-menettelyn tavoitteiden välillä vallitseva ristiriita kuitenkin tunnistettiin, haluttiin direktiivillä myös suojella seuraamusmaksusta vapauttamista tai sen lieventämistä koskevia järjestelmiä, kilpailuviranomaisten suorittamaa tutkintaa ja kilpailuoikeuden tehokasta toteuttamista unionin alueella.⁷² Yrityksen syyllisyyttä tukevien asiakirjojen ja *leniency*-järjestelmien houkuttelevuuden suojaamiseksi direktiivin lisättiin 6(6) artikla, jonka mukaan jäsenvaltioiden tuli varmistaa, että kansalliset tuomioistuimet eivät missään vaiheessa vahingonkorvausoikeudenkäyntiä voi määrätä osapuolta tai kolmatta esittämään sakoista vapauttamista tai niiden lieventämistä koskevia lausuntoja tai sovintoehdotuksia todisteina.⁷³ Tuomioistuimelle tulisi kuitenkin toimittaa myös sellainen aineisto, jonka osalta tähän poikkeukseen vedotaan, jotta se voi varmistaa, että asiakirjat todella ovat poikkeuksen piiriin kuuluvia asiakirjoja. Kaikki se sisältö, joka jää poikkeuksen ulkopuolelle, pitäisi olla esitettävissä.⁷⁴

Direktiivin 6(6) artiklaa vastaava säännös sisällytettiin Suomessa lakiin kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista. Lain 8 §:n 3 momentin mukaan:

Tuomioistuin ei saa hyödyntää oikeudenkäynnissä todisteena tietoa komissiolle tai EU:n jäsenvaltion kilpailuviranomaiselle tehdystä sakoista vapauttamista tai niiden lieventämistä koskevan lausunnon sisällöstä eikä sovintoehdotuksesta. Jos vain osa todisteesta on tässä momentissa tarkoitettua lausuntoa, tuomioistuin voi hyödyntää todisteena muita osia.

Kilpailulakiin lisättiin myös direktiivin kanssa samansisältöinen yrityslausunnon käsite (*corporate statement*). Direktiivin mukaan tällä lausunnolla tarkoitetaan kilpailuviranomaiselle vapaaehtoisesti annettua selostusta, jossa esitetään hakijayrityksellä tai luonnollisella henkilöllä olevat kartellia koskevat tiedot ja sen rooli kartellissa, eli tunnustetaan osallistuminen kilpailunrajoitukseen.⁷⁵ Säännöksessä seuraamusmaksusta vapauttamista tai sen lieventämistä koskevalla lausunnolla tarkoitetaan kuitenkin ainoastaan Kilpailu- ja kuluttajavirastolle sekä komissiolle tai muun EU:n jäsenvaltion kilpailuviranomaiselle tehtyä yrityslausuntoa.⁷⁶ Suojan

72 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa kohdat 6, 23 ja 26.

73 Suomen kilpailulaki ei tunne kartellien sovintomenettelyä. Komission ja joidenkin valtioiden toteuttamasta sovintomenettelystä ks. esim. Wikberg 2009b

74 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa kohta 27.

75 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin 2(16) artikla.

76 HE 83/2016 vp, s. 57.

ulkopuolelle jäävät siten kaikki muut *leniency*-menettelyn yhteydessä viranomaiselle toimitetut asiakirjat. Tässä onkin olennainen ero ennen direktiiviä Suomessa vallinneeseen oikeustilaan, jossa kilpailulain 17 §:n 4 momentin mukaan kaikkia kilpailuviranomaiselle *leniency*-menettelyn yhteydessä toimitettuja tietoja ja todisteita tuli suojata. Ristiriita uuden ja vanhan sääntelyn välillä korjattiin lisäämällä kilpailulain 17 §:ään 5 momentti, jonka mukaan 4 momentissa mainittuja tietoja ja todisteita voidaan kuitenkin käyttää kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain nojalla nostettujen korvauskanteiden käsittelyssä.

Huomionarvoista kuitenkin on, että 8 §:n 5 momentin mukaan yrityslausuntoa saa 3 momentista huolimatta käyttää todisteena, jos asianosainen vetoaa todisteena tähän itseään koskevaan lausuntoon. Näissä tapauksissa KKV:lle on kuitenkin varattava mahdollisuus lausua siitä, voidaanko lausuntoa hyödyntää vahingonkorvausoikeudenkäynnissä todisteena ilman, että kilpailuoikeuden julkisen täytäntöönpanon tehokkuus ja kilpailuviranomaisen selvitykset vaarantuisivat.⁷⁷ Tuomioistuin voi säännöksen 2 momentin mukaan pyytää lausunnon luonteen arvioinnissa apua vain kilpailuviranomaiselta, jolle lausunto on tehty, eikä muille osapuolille tai kolmansille saa antaa pääsyä kyseisiin todisteisiin.⁷⁸ Tämä korostaa tavoitetta suojata yrityslausuntoja viimeiseen asti ja osoittaa, että vaikkakin kyseessä on poikkeus pääsäännöstä, eli *leniency*-asiakirjojen käytettävyydestä todisteena, on kyse toimivan kilpailun kannalta erittäin tärkeästä poikkeuksesta. Yrityslausunnosta tiedon antamisen ei haluta aiheuttavan vahinkoa kilpailunrajoituksen tutkinnalle. Todisteen hyödyntämiskieltoa koskevan 8 §:n 3 momentin säännöksen merkitys onkin suuri kilpailuoikeuden julkisoikeudellisen täytäntöönpanon kannalta, sillä sen myötä *leniency*-menettelyyn osallistumista harkitsevat yritykset voivat luottaa siihen, että heidän menettelynsä yhteydessä antamansa yrityslausunto ei päädy todisteeksi vahingonkorvausoikeudenkäyntiin.⁷⁹

4.1.2 Tutkimusrauha

Direktiivin mukaan todisteiden esittämisvelvollisuus ei saisi vaikuttaa kohtuuttomasti kilpailuviranomaisen suorittamaan kilpailuoikeuden täytäntöönpanoon. Tästä syystä yleisestä asiakirjojen esittämisvelvollisuudesta olisi aina poikettava, jos esittämisvelvollisuuden määrääminen haittaisi aiheettomasti käynnissä olevaa kilpailuviranomaisen tutkimusta, joka koskee unionin tai kansallisen kilpailuoikeuden rikkomista.⁸⁰ Toisen direktiivin mukaisen asiakirjojen ryhmän muodostavatkin direktiivin 6(5) artiklan perusteella sellaiset asiakirjat, jotka saa määrätä esitettäväksi vasta kilpailuviranomaisen päätettyä menettelynsä tekemällä päätöksen tai muulla tavalla.

77 HE 83/2016 vp, s.58.

78 HE 83/2016 vp, s. 57.

79 HE 83/2016 vp, s. 34.

80 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa kohta 25.

Suomen oikeuteen ei ennen direktiivin voimaansaattamista sisältynyt laintasoista säännöstä, joka koskisi asiakirjojen antamista vasta kilpailuviranomaisen päätettyä menettelynsä. Vaikka varsinainen tutkimusrauhan turvaava säännös on puuttunut, oikeuskäytännössä on jo aikaisemmin mahdollistettu asiakirjojen julkisuuden rajoittaminen sillä perusteella, että asiakirjojen antaminen olisi vaarantanut kartellitutkinnan toteutumisen. Esimerkiksi KHO on päätöksessään Metsäliitto Osuuskunta v. Kilpailuvirasto⁸¹ todennut, että kartellitutkinnan tutkimusrauhan ylläpitämistä voidaan pitää sellaisena erittäin tärkeänä yleisenä etuna, joka oikeuttaa poikkeamaan julkisuusperiaatteesta JulkL 11.2 §:n 3 kohdan mukaisesti, eikä tällöin ole merkitystä edes sillä, annettaisiinko tietoja asianosaiselle vai muulle taholle.⁸² Tutkimusrauhaa on myös suojellut esimerkiksi julkisuuslain 11 §, jonka mukaan asianosaisen tiedonsaantioikeudesta voidaan poiketa esimerkiksi asian valmistelua varten viranomaisen laatiman asiakirjan osalta ennen kuin asian käsittely on kysymyksessä olevassa viranomaisessa päättynyt (JulkL 11.2 § 3k). Myös julkisuuslain 24 §:n salassapitosäännös on osaltaan ollut suojaamassa tutkimusrauhaa suojaamalla esimerkiksi kanteluasiakirjoja ennen asian ratkaisua (JulkL 24.1 § 3k), asiakirjoja, jotka sisältävät tietoja viranomaisen tarkastuksesta (JulkL 24.1 § 15k) ja viranomaisen oikeudenkäynnin osapuolena oikeudenkäyntiin valmistautumista varten laatimia ja hankkimia asiakirjoja (24.1 § 19k).

Direktiivin 6(5) artiklaa vastaava säännös implementoitiin kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain 8 §:n 4 momenttiin. Sen mukaan:

Ennen kuin Kilpailu- ja kuluttajavirasto on tekemällä kilpailulain 9–11, 30 c tai 32 §:ssä tarkoitettua päätöksen tai 12 §:ssä tarkoitettua esityksen taikka muulla tavalla päättänyt menettelynsä, tuomioistuimien ei saa hyödyntää todisteena myöskään tietoa:

- 1) vastauksesta Kilpailu- ja kuluttajaviraston tietopyyntöön tai muusta erityisesti kilpailuviranomaisen menettelyä varten valmistellusta aineistosta;
- 2) päätösluonnoksesta tai muusta Kilpailu- ja kuluttajaviraston menettelynsä aikana laatimasta ja osapuolille lähetetystä aineistosta; eikä
- 3) peruutetusta sovintoehdotuksesta.

Säännös turvaa kilpailuviranomaiselle tutkimusrauhan siihen asti, kunnes se saa menettelynsä päätökseen. Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan työryhmän mietinnön mukaan kilpailuviranomaisen katsotaan päättäneen menettelynsä silloin, kun asianosaista kuullaan esitys- tai päätösluonnoksesta kilpailulain 38 §:n mukaisesti.⁸³

Esimerkiksi bussikartellia koskevassa päätöksessä MAO 781/17 katsottiin KKV:n tutkimusrauhan päättäneen esitysluonnoksen kuulemismenettelyn yhteydessä.⁸⁴

81 KHO 2006:883, annettu 12.4.2006.

82 KHO 2006:883, annettu 12.4.2006, s. 7 ja 14.

83 TEM 46/2015, s. 64, HE 83/2016 vp, s. 53.

84 MAO 781/17, kohta 1024.

Säännös on tärkeä muiden *leniency*-menettelyyn liittyvien asiakirjojen kuin yrityslausuntojen kannalta. Sillä voidaan nimittäin suojata kartellitutkinnan päättymiseen asti niitä asiakirjoja, joiden luovuttaminen voisi vaarantaa tutkimuksen tuloksen. Sen tarpeellisuus voidaan kuitenkin kyseenalaistaa sillä perusteella, että niin sanottujen *stand alone* -vahingonkorvauskanteiden, joiden perustana ei ole kilpailuviranomaisen kilpailurikkomusasiassa antamaa päätöstä, menestyminen on käytännössä hankalaa, eikä vahingonkorvauskanteen nostaminen ennen KKV:n antamaa päätöstä ole vahinkoa kärsineen kannalta siten kannattavaa.⁸⁵ Siksi tarkoituksenmukaisempaa voitaisiin pitää tutkimusrauhan takaamista siihen asti, että markkinaoikeus antaa seuraamusmaksua koskevan päätöksensä.

4.1.3 Muut asiakirjat

Todisteiden esittämisvelvollisuuden rajaaminen ei edellä kuvatuista rajoituksista huolimatta saisi heikentää vahinkoa kärsineiden mahdollisuutta saada korvausta kärsimästään vahingosta, vaan vahinkoa kärsineellä osapuolella tulisi edelleen olla riittävästi keinoja saada todisteita vahingonkorvauskanteensa tueksi. Tämän takia muiden kuin seuraamusmaksusta vapauttamista tai sen lieventämistä koskevien lausuntojen käytettävyyttä todisteena yksityisoikeudellisissa prosesseissa ei voida rajoittaa, vaan niiden esittämisvelvollisuus tulee turvata.⁸⁶

Kolmas asiakirjojen ryhmä on direktiivin mukaan ne asiakirjat, jotka saa määrätä esitettäväksi missä tahansa vaiheessa kilpailuviranomaisen menettelyä. Tähän kategoriaan sisältyvät kaikki ne viranomaisen asiakirja-aineistoon kuuluvat todisteet, jotka eivät sisälly kahteen muuhun kategoriaan. Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdannon mukaan esimerkiksi jo olemassa olevat tiedot tulisi kansallisten tuomioistuimien voida määrätä esitettäväksi milloin tahansa vahingonkorvauskanteen yhteydessä.⁸⁷ Jo olemassa olevilla tiedoilla tarkoitetaan direktiivin 2(17) artiklan mukaan todisteita, joiden olemassaolo ei ole yhteydessä kilpailuviranomaisen menettelyyn, riippumatta siitä, ovatko nämä tiedot kilpailuviranomaisen asiakirja-aineistossa. Tällaisia todisteita voivat olla esimerkiksi sähköpostiviestit tai kokousmuistiot.⁸⁸

Tässä yhteydessä tulee kuitenkin huomata direktiivin johdannossa todettu lähtökohta, jonka mukaan tehokkaasti suojattu oikeus korvaukseen vahingosta ei edellytä jokaisen SEUT 101 ja 102 artiklan mukaiseen menettelyyn liittyvän asiakirjan luovuttamista kantajalle

85 *Stand alone* -kanteiden menestymisen tekee lähes mahdottomaksi vaikeus saada todisteita toisen osapuolen tai kolmansien hallusta. Tilanne on erilainen niin sanotuissa *follow on* -kanteissa, eli kanteissa, jotka nostetaan vasta kilpailuviranomaisen antaman päätöksen jälkeen, sillä tällöin kantajalla on mahdollisuus vedota kilpailurikkomuksen toteavaan päätökseen. On kuitenkin huomattava, että kansallisten kilpailuviranomaisten antamilla päätöksillä ei ole sitovaa vaikutusta. Eri asia on, että kilpailurikkomuksen toteavalla kilpailuviranomaisen päätöksellä on kuitenkin usein käytännössä todistusarvoa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä. Ks. esim. Wikberg 2009a, s. 391–392.

86 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa kohta 27.

87 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa, kohta 28.

88 Vandenborre – Goetz 2014, s. 650.

ainoastaan sillä perusteella, että tällä on aikomuksena nostaa vahingonkorvauskanne.⁸⁹ Vahingonkorvauskanteen menestymiseksi sen on harvoin perustuttava kaikkeen menettelyyn liittyvään asiakirja-aineistoon. Elinkeinoharjoittaja ei kuitenkaan voi direktiivin 5(5) artiklan mukaan perustella asiakirjan antamatta jättämistä sillä, että asiakirjaa käytettäisiin todisteena vahingonkorvausoikeudenkäynnissä.⁹⁰

Lähtökohtana on, että myös liikesalaisuuksia tai muita luottamuksellisia tietoja sisältäviä asiakirjoja voidaan käyttää todisteena kilpailuoikeudellisissa vahingonkorvauskanteissa. Tällaisia tietoja tulee kuitenkin suojata asianmukaisella tavalla.⁹¹ Liikesalaisuuksien tai muun salassa pidettävä tiedon suojaaminen ei kuitenkaan saisi haitata jokaiselle kuuluvan korvausoikeuden käyttöä.⁹²

4.2 Uuden sääntelyn vaikutus leniency-menettelyn houkuttelevuuteen Suomessa

Ennen direktiivin perusteella implementoidun uuden sääntelyn voimaantuloa Suomessa *leniency*-asiakirjoihin kohdistettavat editiovaatimukset ratkaistiin puhtaasti oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevien säännösten nojalla. Näitä säännöksiä rajoitti kilpailulain 17 §:n 4 momentti, jonka mukaan *leniency*-asiakirjoja ei saanut käyttää muihin kuin kyseisen säännöksen sallimiin tarkoituksiin. Näitä tarkoituksia olivat 9 §:ssä tarkoitettu määräys lopettaa kilpailunrajoitus tai velvollisuus toimittaa hyödyke, 10 §:ssä tarkoitettu sitoumuspäätös, 11 §:ssä tarkoitettu ryhmäpoikkeuksen edun peruuttaminen tai 12 §:ssä tarkoitettu seuraamusmaksuesitystä koskevan asian käsittely Kilpailu- ja kuluttajavirastossa, markkinaoikeudessa tai korkeimmassa hallinto-oikeudessa.

Tältä osin voidaan katsoa, että kartelliin osallistuvan yrityksen kannustimet osallistua *leniency*-ohjelmaan ovat heikentyneet, sillä todisteena kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä voidaan lähtökohtaisesti käyttää *leniency*-menettelyn asiakirjamateriaalia. Kun aikaisemmin kaikki *leniency*-menettelyyn liittyvä aineisto oli rajattu editiosäännösten ulkopuolelle, nyt tästä aineistosta vapautettiin käyttöön kaikki muu, paitsi kartellin ilmiantaneen yrityksen syyllisyyden kartelliin todistavat yrityslausunnot. Kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain todisteiden esittämis- ja hyödyntämiskieltoa koskevan 8 §:n 3 momentin toinen virke ilmentääkin hyvin direktiivissä asetettua lähtökohtaa, jonka mukaan *leniency*-menettelyyn liittyvistä editiosäännösten poikkeuksista huolimatta tulee varmistaa, että vahinkoa kärsineellä osapuolella on keinoja saada

todisteita, joita se tarvitsee vahingonkorvauskanteensa valmistelemiseksi. Lähtökohdan mukaan kaikki poikkeuksen ulkopuolelle jäävä sisältö tulee nimittäin olla käytettävissä. Yrityslausuntojen suojaaminen on tämän perusteella selvä poikkeus pääsäännöstä, *leniency*-asiakirjojen käytettävyydestä todisteena kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä.

Myös tutkimusrauhan turvaavan säännöksen, samoin kuin edellä yrityslausuntojen osalta, voidaan todeta säännöksen heikentäneen Suomessa *leniency*-menettelyyn osallistumisen kannustimia. Kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain 8 §:n 4 momentissa mainitut asiakirjat ovat nimittäin julkisia ja niihin voidaan kohdistaa editiovaatimuksia, kuten viranomaisten asiakirjoihin yleensäkin. Niiden julkiseksi tulemisen ajankohtaa vain on rajoitettu. Tämä on *leniency*-ohjelmaan hakevan yrityksen kannalta heikennys ennen direktiivin implementointia vallinneeseen oikeustilaan, jossa kaikkien *leniency*-asiakirjojen käyttö todisteena oli kielletty kilpailulain 17 §:n 4 momentin perusteella. Tutkimusrahasäännöksen tarkoituksena ei olekaan *leniency*-menettelyn houkuttelevuuden säilyttäminen, vaan kilpailulle haitallisten järjestelyjen tutkimisen turvaaminen.

Vaikka säännökset merkitsevät käytännössä Suomessa *leniency*-menettelyyn osallistuneen yrityksen aseman heikkenemistä yksityisoikeudellisten vaateiden osalta, jättää direktiivi periaatteessa mahdollisuuden rajata *leniency*-asiakirjat todistelun ulkopuolelle. Direktiivin mukaan todisteita hankittaessa tulee ottaa huomioon direktiivissä asetetut oikeasuhteisuuden vaatimukset.⁹³ Direktiivin johdanto-osan 23 kohdan mukaan oikeasuhteisuusarviointiin tulee kiinnittää erityistä huomiota silloin, kun todisteiden esittämisestä on vaarana seurata, että kilpailuviranomaisen tulkintastrategia tulee ilmi, tai että yritysten halukkuus tehdä yhteistyötä kilpailuviranomaisen kanssa heikkenee. Tällä perusteella voitaisiin siis periaatteessa katsoa, ettei minkään *leniency*-asiakirjojen käyttö todisteena vahingonkorvausoikeudenkäynnissä ole oikeasuhteista ottaen huomioon kaikkien osapuolten ja asiaan liittyvien kolmansien osapuolten oikeudet.

Vaikka oikeasuhteisuusarviointi voi periaatteessa parantaa yrityksen kannustimia osallistua *leniency*-menettelyyn, on säännöksen käytännön merkitys vielä avoin, eikä säännöksen kannustimia lisäävää merkitystä voida arvioida kovin korkeaksi ennen kuin käytännön perusteella on selvää, millaisissa tilanteissa tätä mahdollisuutta voidaan hyödyntää. *Leniency*-asiakirjojen käytön rajaamisen oikeasuhteisuusarvioinnin perusteella on joka tapauksessa jätävä poikkeukseksi, sillä muuten *leniency*-asiakirjojen suoja koskeva muu sääntely jäisi tyhjäksi kirjaimiksi.

89 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa, kohta 22.

90 HE 83/2016 vp., s. 56.

91 Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan direktiivin johdanto-osa, kohta 18.

92 Ibid.

93 Direktiivin 5(3) artiklan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että todisteiden esittäminen rajoitetaan siihen, mikä on oikeasuhteista ottaen huomioon kaikkien osapuolten ja asiaan liittyvien kolmansien osapuolten oikeudet. Oikeasuhteisuuden määrittelevää sääntelyä ei ennen direktiiviä sisällynyt Suomessa voimassa olleeseen lainsäädäntöön, joten artiklaa vastaava säännös otettiin kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain 9 §:n 1 momenttiin.

5. LOPUKSI

Artikkelin tarkoituksena oli selvittää, onko kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun direktiivin implementointi kansallisesti mahdollisesti vaikuttanut *leniency*-ohjelmien houkuttelevuuteen kartelliin osallistuvien yritysten näkökulmasta. Ensiksi voidaan todeta *leniency*-asiakirjojen erityisluonteen edellyttävän normaaleista oikeudenkäymiskaaren editiosäännöksistä poikkeavaa sääntelyä. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 40 §:n editiosääntöjen soveltaminen *leniency*-asiakirjoihin saattaisi kilpailuviranomaisen kanssa yhteistyötä tehneen yrityksen yksityisoikeudellisten vaateiden osalta muita kartellin jäseniä huonompaan asemaan, sillä vahinkoa kärsineen ei tarvitsisi erikseen näyttää toteen yrityksen osallisuutta kartelliin. Tätä ei edellä kuvatulla tavalla voida pitää *leniency*-menettelyn houkuttelevuuden kannalta hyvänä asiana.

Kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun direktiivin editiosäännökset ovat kuitenkin Suomessa johtaneet *leniency*-menettelyyn osallistuneen yrityksen aseman huonontumiseen. Kun aikaisemmin kilpailulain 17 §:n 4 momentin perusteella kaikkien *leniency*-asiakirjojen käyttö todisteena kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä oli kielletty, nyt editiovaatimus voidaan kohdistaa lähtökohtaisesti kaikkiin muihin *leniency*-asiakirjoihin kuin yrityslausuntoihin. Pyrkimys parantaa vahinkoa kärsineen osapuolen oikeussuojaa on uuden sääntelyn myötä osittain johtanut *leniency*-ohjelmien houkuttelevuuden teoreettiseen heikkenemiseen. Vaikka direktiivi mahdollistaakin oikeasuhteisuusnäkökohtien huomioon ottamisen todisteiden hankinnassa, ei oikeasuhteisuusarvioinnin voida katsoa parantavan kartelliyrityksen oikeusvarmuutta ennen kuin arvioinnin perusteet ovat täsmentyneet esimerkiksi oikeuskäytännössä.

Myöskään kansallisen lain ristiriitainen suhtautuminen editiovaatimuksen kohdentamisesta todisteiden ryhmiin ei ole *leniency*-ohjelmaan osallistuvan yrityksen yhteistyöhalukkuutta parantava seikka, sillä yrityksellä ei ole varmuudella tietoa siitä, millä perusteella *leniency*-menettelyn asiakirjoja voidaan määrätä käytettäväksi todisteena kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä, ja millä perusteella niiden käyttö sitä vastoin voidaan kieltää. Kansallinen sääntely ei tältä osin myöskään vastaa direktiivin vaatimuksia. *Leniency*-menettelyt ovat käyttöönottonsa jälkeen osoittaneet tehokkuutensa, ja siksi niiden houkuttelevuuden takaaminen on toimivan ja terveen kilpailun kannalta tärkeää. Tulevaisuus näyttää, mikä on uuden sääntelyn vaikutus *leniency*-hakemusten lukumäärään ja sitä kautta haitallisten kilpailunrajoitusten havaitsemistehokkuuteen.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aine, Antti: Kilpailunrajoitusvahinko. Helsinki, Talentum Media Oy 2016 (Aine 2016a)
- Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus II. Helsinki, Talentum Media Oy, 2001 (Lappalainen 2001)
- Leivo, Kirsi – Leivo, Timo – Huimala, Hannele – Huimala, Mikko: EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. Helsinki, Talentum Media Oy 2012 (Leivo ym. 2012)
- Mäenpää, Olli: Oikeudenkäynnin julkisuus hallintotuomioistuimissa. Helsinki, Edita Publishing Oy 2007 (Mäenpää 2007)
- Mäenpää, Olli: Julkisuusperiaate. Helsinki, Talentum Media Oy 2016 (Mäenpää 2016)
- Ojala, Marjo: EU-kilpailuoikeus. Helsinki, Edita Publishing Oy 2011 (Ojala 2011)
- Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha: Suomen vahingonkorvausoikeus. Helsinki, Alma Talent 2013 (Ståhlberg – Karhu 2013)
- Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Helsinki, Sanoma Pro Oy 2001 (Viljanen 2001)
- Wikberg, Olli: *Leniency* v. Kartellit – kilpailuoikeudellinen ja – poliittinen tutkimus kartellien vastaisesta toiminnasta Euroopan Unionissa. Helsinki, Forum Iuris, Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut 2009 (Wikberg 2009a)
- Wikberg, Olli: Johdatus kilpailuoikeuteen. Helsinki, Talentum Media Oy 2011 (Wikberg 2011)
- Wils, Wouter: Principles of European antitrust enforcement. Oxford, Hart Publishing 2005 (Wils 2005)
- ### Artikkelit ja lyhyemmät kirjoitukset
- Aine, Antti: Kilpailulainsäädännön yksityisoikeudellinen ja julkisoikeudellinen soveltaminen. Teoksessa Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Helsinki, Tietosanoma Oy 2008, s. 503–505 (Aine 2008)
- Aine, Antti: Yksityisoikeudelliset seuraamukset. Teoksessa Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri – Piekkala, Henriikka – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti: Kilpailunrajoitukset – lainsäädäntö käytännössä. Helsinki, Tietosanoma Oy 2016, s. 586–613 (Aine 2016b)
- Castrén, Martina – Puskala, Harri: Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvausdirektiivi – kohti EU:n kilpailuoikeuden harmonisoitua yksityisoikeudellista täytäntöönpanoa. Savela, Ari – Kaila, Heidi – Raitio, Juha – Talus, Kim (toim.), Defensor Legis N:o 2/2015, s. 381–398 (Castrén – Puskala 2015)

Dunne, Niamh: The role of Private Enforcement within EU Competition Law. Herstein, Ori J. (toim.), King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2014–37 (Dunne 2014)

Forrester, Ian S.: The role of CJEU in interpreting Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions. ERA Forum 2017, Vol. 18, Issue 1, s. 67–77 (Forrester 2017)

Kulms, Rainer: Competition law enforcement under informational asymmetry. China-EU Law Journal 2017 Vol. 50(3), s. 209–231 (Kulms 2017)

Kuoppamäki, Petri: Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvausdirektiivi julkis- ja yksityisoikeudellisen soveltamisen rajapinnassa. Tammi-Salminen, Eva (toim.), Lakimies 7-8/2015, s. 1064–1090 (Kuoppamäki 2015)

Lappalainen, Juha – Rautio, Jaakko: Editiovelvollisuus. Teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenperä, Mikko: Prosessioikeus. Helsinki, Alma Talent 2017, s. 639–642 (Lappalainen – Rautio 2017)

Rizzo, Andrea Minuto: Disclosure of Leniency Evidence: An Overview Of Ecj's Pfleiderer And Uk's National Grid Cases In The Light Of The Recently Adopted Damages Directive. Italian Antitrust Review 2015, Vol. 2(2), s. 124–128 (Rizzo 2015)

Vandenborre, Ingrid – Goetz, Thorsten: EU Competition Law Procedural Issues. Journal of European Competition Law & Practice 2014, Vol. 5, No. 9, s. 648–655 (Vandenborre – Goetz 2014)

Virtanen, Pertti: Vahingonkorvaus. Teoksessa Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Helsinki, Tietosanoma Oy 2008, s. 516–529 (Virtanen 2008)

Wikberg, Olli: Sovintomenettelystä tehokkuutta kartelliasioiden käsittelyyn? Savela, Ari (toim.), Defensor Legis N:o 3/2009, s. 482–497 (Wikberg 2009b)

Virallislähteet

Suomi

HE 30/1998 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.

HE 46/2014 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi

HE 83/2016 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista ja kilpailulain muuttamisesta.

PeVM 25/1994 vp, Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

PeVM 10/1998 vp, Perustuslakivaliokunnan mietintö 10/1998 vp Hallituksen esitys uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

TEM 46/2015, Kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia koskevan työryhmän mietintö, Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja, Kilpailukyky.

Euroopan unioni

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL C 202, 7.6.2016 (SEUT)

Asetukset ja direktiivit

Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003, annettu 16 päivänä joulukuuta 2002, perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta, EYVL L 1, 4.1.2003

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/104/EU, annettu 26 päivänä marraskuuta 2014, tietyistä säännöistä, joita sovelletaan jäsenvaltioiden ja Euroopan unionin kilpailuoikeuden säännösten rikkomisen johdosta kansallisen lainsäädännön nojalla nostettuihin vahingonkorvauskanteisiin, EUVL L 349/1, 5.12.2014

Tiedonannot

Komission tiedonanto yhteistyöstä kilpailuviranomaisten verkostossa (2004/C 101/03), EUVL C 101/43, 27.4.2004

Komission tiedonanto sakkojen määräämättä jättämisestä tai lieventämisestä kartel leja koskevissa asioissa (96/C 207/04), EYVL 18.7.1996 C 207 (Komission *leniency*-tiedonanto 1996)

Komission tiedonanto sakkojen määräämättä jättämisestä tai lieventämisestä kartelleja koskevissa asioissa (2002/C 45/03), EYVL 19.2.2002 C 45 (Komission *leniency*-tiedonanto 2002)

Komission tiedonanto sakoista vapauttamisesta ja sakkojen lieventämisestä kartelleja koskevissa asioissa (2006/C 298/11), EYVL 8.12.2006 C 298/17 (Komission *leniency*-tiedonanto 2006)

Komission tiedonanto vahingon määrittämisestä Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisesta johtuvissa vahingonkorvauskanteissa, EUVL, N:o 167, 13.6.2013

Muut

ECN Model Leniency Programme, as revised in November 2012. Saatavilla verkossa http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf. (luettu 31.3.2018)

Interaction of public and private enforcement in cartel cases, International Competition Network (ICN), Cartels Working Group, Report to the ICN annual Conference, Moscow, May 2007. Saatavilla verkossa <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>. (luettu 7.4.2018) (ICN Cartel Report 2007)

Euroopan komissio: Komission kertomus Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle – Kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus 2014, Bryssel 4.6.2015, COM(2015) 247 final, SWD(2015) 113 final. Saatavilla verkossa http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2014/part1_fi.pdf. (luettu 22.4.2018) (kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus 2014)

OECD: Reports. Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead, 2003. OECD Publications, Paris, 2003. Saatavilla verkossa https://read.oecd-ilibrary.org/governance/hard-core-cartels_9789264101258-en#page1. (luettu 4.4.2018) (OECD Hard Core Cartels 2003)

Valkoinen kirja yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista, Euroopan yhteisöjen komissio, Bryssel 2.4.2008, KOM (2008) 165 lopullinen, SEC(2008) 404, SEC(2008) 405, SEC(2008) 406. Saatavilla verkossa http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_fi.pdf. (luettu 26.3.2018)

Vihreä kirja yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista, Euroopan yhteisöjen komissio, Bryssel 19.12.2005, KOM (2005) 672 lopullinen, SEC(2005) 1732. Saatavilla verkossa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0672>. (luettu 26.3.2018)

Study on conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, comparative report, Ashurst, 31.8.2004. saatavilla verkossa http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf. (luettu 26.3.2018)

II OIKEUSKÄYTÄNTÖ

Suomi

Markkinaoikeus

MAO 781/17, J. Vainion Liikenne Oy, Jyväskylän Liikenne Oy, Koiviston Auto Oy, Koskiliinat Oy, Kuopion Liikenne Oy, Porvoon Liikenne Oy - Borgå Trafik Ab, Satakunnan Liikenne Oy, Metsäpietilä Oy, Länsiliinat Oy, Oy Pohjolan Liikenne Ab ja VR-Yhtymä Oy, Pohjolan Turistiauto Oy, Koillismaan Turistiauto Oy, Antti Kangas Oy, Savon Turistiauto Oy, Savonlinja Oy, Linja-Karjala Oy, Vauhti-Vaunu Oy, Autoliinat Oy, Etelä-Suomen Linjaliikenne Oy, SL-Autoyhtymä Oy, Väinö Paunu Oy, Linja-autoliitto ry ja Oy Matkahuolto Ab v. Kilpailu- ja kuluttajavirasto 14.12.2017

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2006:891, Skanska Asfaltti Oy v. Kilpailuvirasto 12.4.2006

KHO 2006:883, Metsä- liitto Osuuskunta v. Kilpailuvirasto 12.4.2006

KHO 2006:895, Lemminkäinen v. Kilpailuvirasto 12.4.2006

Euroopan unioni

Euroopan unionin tuomioistuim

Tuomio 14.6.2011, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, C-360/09, EU:C:2011:389

Tuomio 6.6.2013, *Bundeswettbewerbshöhere v. Donau Chemie AG*, C-536/11, EU:C:2013:366

Julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus 16.12.2010, asiassa C-360/09 *Pfleiderer*, EU:C:2013

THE CCCTB INITIATIVE AS A POSSIBLE SOLUTION TO THE CONFLICT BETWEEN THE INTERNAL MARKET AND NATIONAL TAX AUTONOMY

Juho Mäki-Lohiluoma¹

Helsinki Law Review, 1/2019, pp. 150–179

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Keywords:

The CCCTB Initiative, EU tax law, elimination of tax obstacles, regulatory framework

ABSTRACT

In 2016, the European Commission re-launched the project for a common consolidated corporate tax base with a two-step approach of two interconnected proposals of Common Corporate Tax Base (CCTB) and Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). The proposals faced fierce opposition from several Member States, even if few oppose combatting tax avoidance and eliminating tax obstacles of cross-border trade in principle.

This article examines the CCCTB proposal as a possible solution to the conflict between the internal market and national tax autonomy. When focusing strictly on the said proposals in their current form, analysis of their capabilities to solve the conflict seem dim. On the other hand, if the CC(C)TB is seen as a system of formula apportionment and as an evolving framework, which can be enacted in parts of the internal market through for example enhanced cooperation, the outcast looks more positive.

¹ Juho Mäki-Lohiluoma (LL.B., LL.M., University of Turku) is a Special Adviser to the Minister of Education of Finland. This article is based on his Bachelor's Thesis.

I. INTRODUCTION

The discussion of harmonizing corporate tax bases in the European internal market has been long-running. The first proposal of the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) was submitted by the European Commission in 2011 and circulated in the political discussion until 2016, but failed to reach unanimity in the Council.² In 2016, building on the 2011 proposal and the comments it received from the Council, the Commission re-launched the project for a common consolidated corporate tax base with a two-step approach of two interconnected proposals of Common Corporate Tax Base (CCTB) and CCCTB.³ Simultaneously, the previous CCCTB proposal was withdrawn.

The Commission's proposals on CCTB and CCCTB are part of a larger corporate tax reform package, also consisting of a double taxation dispute resolution mechanism and an extension of rules against hybrid mismatches.⁴

CCCTB and CCTB proposals are not the first try of the Commission to address the incompatibility of non-harmonized corporate tax systems and the internal market. The Commission has highlighted the importance of the issue for many years, starting with reports dating back to 1962, 1970 and 1992.⁵

When re-launching the initiative, the Commission stated that the previous proposal of 2011 had resulted in considerable progress on many of the core elements of CCCTB and Commission hoped for a quick agreement on CCTB, and the introduction of CCCTB soon afterwards.⁶ These hopes have proved ill-founded, since much of the criticism directed towards the 2011 proposal has been re-introduced in conjunction with the new proposals, and new concerns have even been raised concerning the Commission's two-step approach.

In principle, few oppose combatting tax avoidance and eliminating tax obstacles of cross-border trade. In opinion polls, EU citizens express strong support for EU involvement in the

² European Parliamentary Research Service Briefing, "Common consolidated corporate tax base (CCCTB)", (PE 599.395, 2017), p. 1; European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2011) 0121 final.

³ European Council presidency compromise text on the Proposal on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), (2014) 15756/14, European Commission., 'Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base (CCTB)' COM (2016) 685 final; European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2016) 683 final.

⁴ European Parliamentary Research Service Briefing, "Common consolidated corporate tax base (CCCTB)", (PE 599.395, 2017), p. 1.

⁵ European Commission, "Commission Staff Working Document: Corporate Income Taxation in the European Union", (SWD 121 final, 2015), p. 5.

⁶ European Commission Press release, "Commission proposes major corporate tax reform for the EU", (IP/16/3471, 2016).

fight against tax fraud and aggressive tax avoidance.⁷ This creates a gap between citizens' expectations and the depth of EU involvement: while citizens expect action from the European Union, the framework of European law on taxation issues creates multiple preconditions that are hard to achieve. Among them are unanimity in the Council and compliance with the principle of subsidiarity.

To national politicians, handing out parts of tax autonomy is challenging. This is best illustrated by the scope of powers that have been granted to the European legislature during the over 60-year existence of the project of European integration. Although the harmonization of taxation in the internal market has been more advanced in the case of indirect taxation, which dates back to the 1960's, matters of direct taxation have remained closely linked to Member State sovereignty, protected by the unanimity requirement and special legislative procedure.⁸

The Commission's CCTB and CCCTB proposals can be viewed as means of fulfilling the gap between the current EU-level actions in combatting tax avoidance and citizens' expectations for EU involvement. They're first and foremost tax directives, although they operate on a legal basis linked to the functioning of the internal market.

The aim of this article is to examine the CCCTB proposal as a possible solution to the conflict between the internal market and national tax autonomy. In the article, provisions of the Directive proposal are observed and consequently contextualized in the EU law framework in which they either succeed or fail. The main research question is therefore: does the CCCTB initiative carry the necessary legal basis, quality and support for it to present a solution to the conflict between the internal market and national tax autonomy?

2. CCCTB PROPOSAL AND FORMULA APPORTIONMENT IN THE FRAMEWORK OF EUROPEAN UNION LAW

The proposed CCTB and CCCTB Directives fall under the scope of Article 115 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). According to the Article, the Council shall act unanimously in accordance with a special legislative procedure to issue directives for the approximation of such laws, regulations or administrative provisions of the Member States that directly affect the establishment or functioning of the internal market. Therefore, tax harmonization can be executed through directives only, not regulations.

7 European Parliamentary Research Service Compendium of briefings, "Public opinion and EU policies – Exploring the expectations gap", (PE 586.596, 2016), p. 19-20.

8 European Parliamentary Research Service, "Tax policy in the EU", (PE 586.596, 2016), p. 4-6.

Article 289(2) of the TFEU regulates the special legislative procedure that needs to be followed in the case of CCTB and CCCTB. In the special legislative procedure, the consultation but not consent of the European Parliament is required. The Council is, in effect, the sole legislator of CCTB and CCCTB.

Article 5(1) of the Treaty on European Union (TEU) states that the limits of Union competences are governed by the principle of conferral. The use of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality.

Article 5 TEU further states that under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States but can be better achieved at Union level. Under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties.

Under the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, the so-called yellow card protocol, national parliaments have the right to give a reasoned opinion to the Commission when they consider that legislation proposed by the Commission does not comply with the principle of subsidiarity.⁹ According to the Protocol, if reasoned opinions are given by at least one third or the national parliaments, the draft must be reviewed.¹⁰

In the case of CCTB and CCCTB, seven reasoned opinions have been submitted by legislatures of six countries.¹¹ The amount is not sufficient for the Commission to have an obligation to revisit the proposal, but significant when considering that unanimity in the Council is required for the proposal to pass into law.

The position of CCCTB Directive proposal in the framework of European Union law is challenging. By submitting the proposal, the Commission has relied on the legal basis of Article 115 TFEU. This is viewed by some as an overreach of powers and the Commission has received criticism on the compliance of the proposal with the fundamental principles of European union law.

The underlying objective of the CCTB and CCCTB proposals is to replace the current European corporate tax system, which is based on the idea of separate accounting, with the system of formula apportionment. The *formula apportionment* system itself is not an invention of the

9 Protocol (No 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality [2016] OJ C202/206, art 6.

10 Ibid.

11 The Platform for EU Interparliamentary Exchange (IPEX), Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base COM/2016/0685; The platform for EU Interparliamentary Exchange (IPEX), Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base COM/2016/0683.

European Commission. It is already used e.g. in allocating corporate income tax on the state level in the United States of America, on the province level in Canada, and on the cantonal level in Switzerland.¹² In Germany, it is applied in the distribution of the local business tax between municipalities.¹³

Under the current separate accounting system, companies calculate their income separately for entities operating under different tax jurisdictions, which in the case of the internal market mean Member States. For the purposes of calculating taxable income, corporate entities are required to apply market-based prices on internal transactions with their related entities located in different tax jurisdictions. In the separate accounting system, transactions between related parties are therefore treated as if they had occurred with independent entities.¹⁴

Under the proposed formula apportionment system, a corporate group first calculates its net income for the entire group and then apportions that income to each location where it does business by using a specific formula. This formula can have multiple and diverse factors that together form the rules by which tax income is distributed.¹⁵

In general, the formula apportionment system does not necessarily attempt to identify the geographic source of a company's profits with unrivalled accuracy, but rather provides a rough approximation of the amount of income generated from the company's activity in each Member State.¹⁶ The method proposed by the Commission for apportionment is based on a three-factor formula. It is inspired by the Massachusetts formula, used by nine states in the USA, incorporating factors based on labour, property and sales in their equal weight.¹⁷

The formula apportionment system is not the only system that could be used for distributing the income from corporate taxes to Member States. The Commission has previously also explored home state taxation, in which companies would have the option of computing their income from operations in the whole internal market according to the tax rules of the Member State where their headquarters are located.¹⁸ One option has been the European Union company income tax, which would operate in parallel with existing national rules, and even a single EU tax base

and tax code, which would replace national corporate tax systems.¹⁹ One possible solution would also be to proceed with non-binding agreements, instead of binding legal rules and a common legislative framework. The Commission views this approach as risky, because it might create legal uncertainty for taxpayers and jeopardize the objective of a coordinated and coherent corporate tax system in the internal market.²⁰

Considering the EU law framework and legal basis for CCTB and CCCTB, it's obvious that some of the alternative solutions would face even greater criticism regarding their possible incompatibility with the principle of subsidiarity. Especially the introduction of a single EU tax base and tax code would be hard to justify. With the European citizens wishing for more actions by the EU in combatting tax avoidance, national governments and parliaments wanting to maintain their tax autonomy, and the Treaties providing little powers to regulate corporate taxation in the internal market, the Commission is stuck between contradictory pressures and walking a very thin line between overstepping its legislative powers and failing to address the issue of tax avoidance, which by many is deemed both unfair and unsustainable. Under these pressures, the Commission's selected method has been to build its legislative proposal on the system of formula apportionment, which in comparison with other possible solutions can be viewed as a method less restrictive of the tax autonomy of the Member States. The method in turn has been faced with some criticism on its limited abilities in combatting tax avoidance and fulfilling the Commission's aim of creating a level playing field in the internal market.²¹

3. THE AIM OF THE COMMISSION

It's a long-running claim of the Commission that a healthy internal market needs a fair, efficient and growth-friendly corporate tax system, based on the principle that companies should pay taxes in the country where profits are generated.²² With CCCTB, the aim is to subject taxpayers to a single rulebook of corporate tax legislation which applies across the internal market and to make the system more robust and resilient to aggressive tax planning. According to the Commission, both objectives impact the internal market decisively and directly.²³

12 Krchnivá, K., "The CCCTB Allocation Formula Game: The Performance of Economics Sectors." Prague Economic Papers, 2018, p. 2.

13 Ibid, p. 2.

14 Gerard, M., Weiner, J. M., "Cross-Border Loss Offset and Formulary Apportionment: How Do They Affect Multijurisdictional Firm Investment Spending and Interjurisdictional Tax Competition?" CESifo Working Paper No. 1004., p. 7.

15 Ibid, p. 7.

16 Ibid, p. 7.

17 Krchnivá, K., "The CCCTB Allocation Formula Game: The Performance of Economics Sectors." Prague Economic Papers, 2018, p. 4.

18 Gerard, M., Weiner, J. M., "Cross-Border Loss Offset and Formulary Apportionment: How Do They Affect Multijurisdictional Firm Investment Spending and Interjurisdictional Tax Competition?" CESifo Working Paper No. 1004., p. 6.

19 Ibid, p. 6.

20 European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2016) 683 final.

21 Bhogal, S., Swanson, K. "EU CCCTB: The Potential Successes and challenges" (International Tax Review, 2016).

22 Communication from the European Commission to the European Parliament and the Council, "Anti-Tax Avoidance Package: Next steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU", (COM 23 final, 2016).

23 European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2016) 683 final, Explanatory Memorandum.

In its Working Document discussing corporate income taxation in the European Union, the Commission outlines the problematic development that the CCTB and CCCTB Directives are meant to tackle: more and more evidence suggests that considerable amounts of corporate income from cross-border activities can avoid taxation.²⁴ Due to the ever-increasing complexity of business models and intra-group transactions, it is also increasingly difficult to determine where profits are generated and where they should be taxed.

The Working Document also illustrates that not only nominal tax rates are driving profit shifting, but also effective tax rates and possible loopholes that the differences in national tax rules create.²⁵ Therefore harmonization of corporate taxes doesn't necessarily have to mean harmonizing tax rates in the internal market, but rather harmonizing the way taxable profits are calculated and how cross-border intra-group transactions are treated.

According to the Commission, insufficient regulation on corporate taxation creates severe harm to the functioning of the internal market. Tax avoidance and aggressive tax planning distorts price signals and the allocation of resources and creates an uneven playing field for different types of companies. This is especially true when comparing small and medium sized enterprises that tend to face a higher tax-burden for following the tax regulation of an individual Member State with multinational companies with means and capabilities to benefit from incompatible corporate tax rules in the Member States.²⁶

In its Working Document, the Commission outlines the need for a European approach in tackling the issue. It states that while introducing unilateral anti-abuse measures by Member States might be a valuable short-term solution to fix the most pressing issues, the EU must make sure that an increase in national anti-abuse measures does not hamper the overarching goals of the single market, the creation of a capital markets union and the overall attractiveness of Europe at the global level.²⁷

4. PROVISIONS OF THE PROPOSED DIRECTIVES

The proposals for CCTB and CCCTB Directives are relatively complex legislative drafts with numerous technical details. Below, the more significant aspects of the proposed legislation are observed.

The CCCTB proposal for instance opts for a so-called one-stop shop solution when it comes to tax administrations and the division of tasks between them. Groups following the CCCTB

24 European Commission, "Commission Staff Working Document: Corporate Income Taxation in the European Union", (SWD 121 final, 2015), p. 3.

25 Ibid, p. 3.

26 Ibid, p. 4.

27 Ibid, p. 4.

rules will deal with one tax administration in the EU (Principal Tax Authority), which is usually the Member State where the group's parent company is resident, which then in turn divides the tax income of the group between the Member States according to the apportionment formula.²⁸ The CCCTB proposal also includes an extensive number of detailed provisions on the administrative procedures of the different tax authorities and how the coordination between tax authorities of Member States would be realized. For the purposes of this article, these provisions do not need to be addressed in more detail.

4.1. The Scope of the Legislation

The scope of the CCTB and CCCTB proposals are similar. Following the rules set in directives would be mandatory to companies belonging to a consolidated group for financial accounting purposes with a total consolidated group revenue that exceeded EUR 750 000 000 during the financial year preceding the relevant financial year.²⁹ The company must also qualify as a parent company or qualifying subsidiary, take one of the company forms listed in Annex I³⁰ of the directive, and be subject to one of the corporate taxes listed in Annex II³¹ or to a similar tax subsequently introduced.³² The list of company forms differs from country to country, and the scope of the CCTB and CCCTB directive proposals is set with both naming out the specific company forms and, as in the case of the Netherlands and Austria, regulating that all companies subject to national corporate tax are also subject to the directive if they fulfil the rest of the criteria.

For smaller companies that do not meet the threshold or fulfil the other relevant criteria, following the CCCTB rules would not be mandatory, and they could instead select following national tax regulation. The directive outlines the ways in which corporations may opt into the CCCTB rules and opt out of them.

Making CCCTB mandatory for large companies is a significant change in the approach of the Commission in comparison to the CCCTB directive proposal of 2011. The 2011 directive proposed a fully voluntary system that companies could decide to follow or not to follow.³³

28 Van der Jagt, R., "Euro Tax flash from KPMG's EU Tax Centre" (KPMG EU Tax Center, 2016); European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2016) 683 final, Chapter IX.

29 European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a on a Common Corporate Tax Base (CCTB)' COM (2016) 685 final, art. 2(1).

30 In Annex I, companies under Finnish law known as osakeyhtiö/aktiebolag, osuuskunta/andelslag, säästöpankki/sparbank and vakuutusyhtiö/försäkringsbolag are listed.

31 In Annex II, yhteisöjen tulovero/inkomstskatten is listed.

32 European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2016) 683 final, art. 2(1).

33 European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2011) 0121 final, art. 2 and art. 6.

The scope of the CCCTB proposal can be subjected to criticism. One of the criticisms can be directed towards the creation of a boundary at EUR 750 000 000, which could potentially limit the proposal's ability to achieve its aims, such as tackling tax evasion. The Commission argues in favour of the boundary by stating that limiting the compulsory application to groups with a consolidated turnover above EUR 750 000 000 serves the purpose of capturing the vast majority (64%) of turnover generated by groups while limiting the risk of including purely domestic groups.³⁴

A valid argument for the boundary could also be that the legislation, being based on Article 115 TFEU and subject to principles of subsidiarity and proportionality, should limit its scope to situations which directly affect the establishment or functioning of the internal market. Creating a boundary at EUR 750 000 000 is one way, even if not a perfect one, to try to achieve this.

4.2. Single Set of Rules on Calculating Taxable Profits

Outlined in chapter II of the CCTB directive, the proposal's first aim is to create common rules on calculating the tax base. The proposal sets general principles, points out the elements of the tax base and provides rules on exempt revenues and deductible and non-deductible expenses.

The general principles provided in article 6 of CCTB directive proposal include that in calculating the tax base, profits and losses shall be recognized only when realized, transactions and taxable events shall be measured individually, the calculation of the tax base shall be carried out in a consistent manner unless exceptional circumstances justify a change and the tax base shall be calculated for each tax year unless otherwise provided.³⁵ The approach of the Commission is that the tax base is designed broadly and all revenues will be taxable unless expressly exempted.³⁶

The proposal provides specific rules on interest deductibility, controlled foreign companies, hybrid mismatches and exit taxes. These rules are meant to tackle tax avoidance.³⁷ The set of rules also includes an allowance for growth and investment (AGI), which is designed to reduce debt bias, and tax incentives for research and development (R&D) activities, including an enhanced super-deduction for start-ups.³⁸ It's common for the member states' tax legislation

34 European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2016) 683 final, Explanatory Memorandum.

35 European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a on a Common Corporate Tax Base (CCTB)' COM (2016) 685 final, art. 6.

36 Ibid, art. 7.

37 Bhogal, S., Swanson, K., "EU CCCTB: The Potential Successes and challenges" (International Tax Review, 2016).

38 Bhogal, S., Swanson, K., "EU CCCTB: The Potential Successes and challenges" (International Tax Review, 2016).

to favor debt based investments over equity based financing, which can be viewed as a negative situation that the introduction of AGI would to some extent correct.

The reason for creating a single set of rules on calculating taxable profits is to create a *Common Corporate Tax Base* in the internal market. This is the first part of the Commission's two-step approach.

4.3. Consolidation

As a term, consolidation refers to the underlining idea of combining the results of subsidiarity companies and integrating them to the result of the parent company. As an effect of consolidation, the tax bases of all members of a group of companies shall be added together into a consolidated tax base. If the consolidated tax base is negative, the loss will be carried forward and set off against the next positive consolidated tax base.³⁹ For when the tax base is positive, the CCCTB directive contains provisions on how it will be apportioned to Member States.⁴⁰

The parent company of the group needs to have a right to exercise more than 50 % of the voting rights, and have an ownership right amounting to more than 75 % of the subsidiary's capital or own more than 75 % of the rights giving entitlement to profit, for the subsidiarity to qualify for consolidation. Specific rules apply for calculating the thresholds for lower-tier subsidiaries.⁴¹

Profits and losses arising from intra-group transactions must be consistent and adequately documented by the group and ignored when calculating the consolidated tax base.⁴²

4.4. Apportionment

One of the key elements of the CCCTB proposal is the formula for formula apportionment.⁴³ It is worth noting that the apportionment, which might be the most publicly visible and easily comprehensible part of the Commission's two-step proposal, builds on the other notions of CCTB and CCCTB directive proposals. For formula apportionment to work, common rules on both calculating the tax base and consolidating it must be adopted and implemented by Member States. It can also be interpreted that reaching the situation of European-wide formula apportionment of corporate tax income is to some extent the end-goal of the Commission.

39 European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2016) 683 final, art. 7.

40 Ibid, Chapter VIII.

41 Ibid, art. 5.

42 Ibid, art. 9.

43 Ibid, art. 28.

As explained earlier when examining formula apportionment as the foundation of CCCTB proposal, the formulas followed may vary, and even the proposed CCCTB directive leaves an option of subsequently changing the formula with the so-called safeguard clause.⁴⁴ The formula now proposed by the Commission gives equal weight to the factors of sales, labour and assets.

$$\text{Share A} = \left(\frac{1}{3} \frac{\text{Sales}^A}{\text{Sales}^{\text{Group}}} + \frac{1}{3} \left(\frac{1}{2} \frac{\text{Payroll}^A}{\text{Payroll}^{\text{Group}}} + \frac{1}{2} \frac{\text{No of employees}^A}{\text{No of employees}^{\text{Group}}} \right) + \frac{1}{3} \frac{\text{Assets}^A}{\text{Assets}^{\text{Group}}} \right) = \text{Con'd Tax Base}$$

Graph 1. Appropriation formula of the CCCTB directive⁴⁵

In the Commission's proposal, the consolidated tax base is first calculated. Along with this tax base, the three factors determining the apportionment are calculated according to the following rules.

a) Sales factor

The sales factor consists of the total sales allocated to a group member as its numerator and the total sales of the group as its denominator. Intra-group sales and exempt revenues, which are listed in the proposal, will not be included in the factor.⁴⁶

In composing the sales factor, the difficulty lies in how the sale of goods and services are allocated to a group member. This has a significant effect on the outcome of the formula and on the distribution of corporate tax income to different Member States. In CCCTB, the approach chosen is to attribute the sales to a group member located in the Member State where the dispatch or transport of the goods to the person acquiring them ends. If this can't be determined, last identifiable location of the goods is used. In the case of services, they shall be included in the sales factor of the group member located in the Member State where the services are physically carried out or actually supplied.⁴⁷

If there is no group member in a Member State or sales are carried out in third countries, sales factor is in effect not used. In these cases, the sales of goods and supply of services shall be included in the sales factor of all group members in proportion to their labour and asset factors.⁴⁸

Composition of the sales factor can be subjected to some critical observations. With digital economy forming an ever-growing part of the economic activity in the internal market, does the proposal give enough thought on how the formula would treat these sales? Would the

distribution of tax revenue produced by these sales be fair and provide Member States with the right incentives? If tax revenue produced by sales to third countries would be distributed by labour and assets factors, not by where the innovations and added value are created, would this urge the Member States to facilitate the necessary investments to R&D, education and innovative growth?

My answer to these questions is negative, and it's safe to say that the digital economy and its growing role are not sufficiently featured in the Commission's reasoning and memorandums provided to support the directive proposal. This may result from the fact that many elements of the CCCTB proposal were already drafted in the early part of 2000's, and the development of digital economy has been rapid after that. However, in order for a reform of this size to pass, these elements should be revisited by the Commission. If for no other reason, then to effectively communicate to numerous stakeholders of the CCCTB that these developments in the internal market have been a factor of in-depth considerations by the Commission.

b) Payroll factor

Payroll factor consist of salaries, wages, bonuses and all other employee compensations and is valued at the amount of expenses that are treated as deductible by the employer in a tax year. Employees shall be included in the labour factor of the group member from which they receive remuneration. Exception to this rule is made when more at least 5 % of the workforce of the salary-paying group member is working under the supervision of another group member for at least three months.⁴⁹

The 5 % clause hinders companies from trying to distort the formula by remunerating employees located in another Member State from a company located in a Member State with a lower statutory tax rate, therefore achieving lower effective corporate tax rate for the group consolidated tax base.

c) Assets factor

The assets factor consists of the average value of all fixed tangible assets owned, rented or leased by a group member as its numerator and the average value of all fixed tangible assets owned, rented or leased by the group as its denominator.⁵⁰ Assets are included in the asset factor of their economic owner, and if the economic owner cannot be identified, in the asset factor of the legal owner.⁵¹ Noteworthy in the calculation of assets factor is that intangible assets are excluded from the base of the asset factor.⁵²

44 Ibid, art. 29.
45 Ibid, art. 28.
46 Ibid, art. 37.
47 Ibid, art. 38.
48 Ibid, art. 38.

49 Ibid, art. 33.
50 Ibid, art. 34.
51 Ibid, art. 35.
52 Van der Jagt, R., "Euro Tax flash from KPMG's EU Tax Centre" (KPMG EU Tax Center, 2016).

5. COMMISSION ARGUMENTS FOR LEGAL BASIS AND COMPATIBILITY WITH EU PRIMARY LAW

The Commission gives its reasoning on the legal basis, subsidiarity and proportionality on the Explanatory Memorandum of the proposals. The Explanatory Memorandum is identical in CCTB and CCCTB directive proposals.

According to the Commission, the CCTB and CCCTB proposals fall within the ambit of Article 115 TFEU, and therefore the European Union has non-exclusive competence to regulate. The Commission reasons that it is evident that in order to create a fairer and more coherent tax environment for businesses to operate, action is necessary to be taken not separately by Member States in an uncoordinated fashion, but at the level of the Union instead.⁵³ Below, some of the core arguments of the Commission are observed.

According to the Commissions Explanatory Memorandum, the proposed directives are compatible with the principle of subsidiarity e.g. because:

- a) The objectives of CCTB and CCCTB essentially seek to tackle problems beyond a single Member State and therefore by nature require a common approach.
- b) The interaction between different tax systems generates opportunities for abuse of mismatches, and since the EU is an internal market with a high degree of cross-border activity, there is a need of agreeing to coordinated solutions.
- c) Most key features of the CCCTB system could only be dealt with through collective action, and separate action by Member States would only solve significant issues bilaterally in the best-case scenario.

The proposed regulation complies with the principle of proportionality e.g. because:

- a) The envisaged measures are both suitable and necessary for achieving the desired end. They do not go further than harmonizing the corporate tax base, which is a prerequisite for curbing identified obstacles that distort the internal market, and do not restrict Member States' sovereignty to determine their own corporate tax rates.
- b) EU level coordination alone would not be sufficient for eradicating tax-related distortions in the internal market because it's a slow process and focuses on specific issues, rather than addressing the larger variety of problems regarding corporate taxation and the internal market, which require a holistic approach.
- c) The mandatory scope of CCCTB only targets groups of companies above a certain size,

⁵³ European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2016) 683 final, Explanatory Memorandum.

which tend to possess sufficient resources which would allow them to engage in aggressive tax planning strategies under the current regulatory framework.

Whether all the claims and concerns of the Explanatory Memorandum of the proposal are proportioned to the depth of the problem and all-in-all well-reasoned, remains for individual interpretation. In my view, some of the statements are primarily meant to underline the competence of the European Union to regulate on the issue. It's an unequivocal fact that profit shifting and tax avoidance result in loss of tax revenue on the side of the Member States, but it's far from an unanimously agreed that these losses i.e. "distort price signals and the allocation of resources" like the Commission claims. It is rather hard to justify such a claim from the perspective of economic literature, and tax competition can even be viewed to have positive effects on the allocation of resources. Scientific literature has e.g. showed that tax competition results in private sector growth, higher output and higher consumption from more efficient taxation.⁵⁴

6. REASONED OPINIONS OF THE NATIONAL PARLIAMENTS

Seven national parliaments voiced their Reasoned Opinions in objection to the Commission's interpretation of the principle of subsidiarity regarding CCCTB and CCTB.⁵⁵ These seven parliaments come from six Member States, because both the Senate and the House of Representatives from the Netherlands submitted separate Reasoned Opinions. Therefore, the Commission does not have to revisit its proposal.⁵⁶ Even though the Reasoned Opinions are too few to force the Commission to reconsider its proposal, they are plenty to evoke the discussion of the compatibility of CCTB and CCCTB with EU Primary law.

It should also be noted that some of the parliaments submitted positive Political Opinions regarding the proposal and expressed their support for it – even though simultaneously pointing out areas of improvement. This is the case for instance with the opinions submitted by the Federal Council of Austria⁵⁷ and Parliament of the Czech Republic,⁵⁸ and to the extent of the CCTB, with the opinion of the Romanian Chamber of Deputies.⁵⁹ Other parliaments, such as

⁵⁴ Gordon, B., "Tax competition and harmonisation under EU law: economic realities and legal rules" (E.L. Rev. 2014, 39(6)) p. 790-811.

⁵⁵ The platform for EU Interparliamentary Exchange (IPEX), Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base COM/2016/0685; The platform for EU Interparliamentary Exchange (IPEX), Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base COM/2016/0683.

⁵⁶ Protocol (No 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality [2016] OJ C202/206, art 7.

⁵⁷ Political Dialogue Opinion of the Austrian Federal Council on COM (2016) 682, COM (2016) 683 (CCCTB) and COM (2016) 685 (CCTB).

⁵⁸ Resolution of the Senate of the Parliament of the Czech Republic on COM (2016) 685, COM (2016) 683, COM (2016) 686 and COM (2016) 687.

⁵⁹ Political Dialogue Opinion of the Romanian Chamber of Deputies on COM (2016) 682, COM (2016) 683 (CCCTB) and COM (2016) 685 (CCTB).

the House of Representatives of Cyprus⁶⁰ and German Bundesrat⁶¹ did not raise subsidiarity issues but were critical towards the content of the proposal.

Out of all the National Parliaments, the approach of the Irish Houses of Oireachtas is the most critical. This is perhaps not surprising, because Ireland is widely considered to be one of the Member States fiscally benefitting from the current European corporate tax system.

One of the criticisms of the Houses of Oireachtas is that the Commission has not provided enough information about the proposal. The Houses of Oireachtas also states its reserved approach towards the calculations that have been made by the Commission on tax revenue and GDP growth.⁶²

Regarding subsidiarity, the Houses of Oireachtas is of the opinion that the implications of the proposals fall within the area of tax policy and thus impinge on a national competency. The Houses of Oireachtas also believes that the proposals impact directly on sovereign tax rates currently in place and the ability of Member States to set tax rates in the future. In addition to this, the Houses of Oireachtas voices its objection to the proposals e.g. for inefficiency, being counterproductive towards similar OECD proposals, narrowing the tax base, undercutting Ireland's ability to fund public services, losing case law and administrative expertise and on the composition of the appropriation formula.⁶³

The House of Representatives of Malta determines that less intrusive instruments can lead to the objectives of CCTB and CCCTB without interfering with national tax autonomy.⁶⁴ The House of Representatives sees a possibility that adopting the CCTB would require Member States to change their tax rates, views that the CCTB does not eliminate transfer pricing to a necessary degree, and sees previous actions by the EU, such as the Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market

(ATAD I)⁶⁵ and directive regarding hybrid mismatches with third countries (ATAD II),⁶⁶ to be enough to counter unintended opportunities of tax avoidance.

In its Reasoned Opinion on CCCTB, the House of Representatives criticizes the added administrative burden companies following CCCTB would have to face, since even though the group as whole would only have to interact with one tax authority, individual companies in the group would have to provide extensive information to the principal tax contributor. This would add administrative burden within the group, even if the interaction with authorities would become easier.⁶⁷

One element of concern for the House of Representatives is also the effect CCCTB and the apportionment formula would have on the Maltese economy and tax revenue. The House considers the formula to penalize economies with high productivity level and/or where the market size is limited and result in creating comparative advantages to Member States with economies dependent on labour-intensive economic sectors. The criticism of the House of Representatives is somewhat well founded from the perspective of the formula benefitting labour-intensive economies and penalizing smaller economies with high productivity. This is especially true with sales to third countries.⁶⁸

Swedish⁶⁹ and Danish Parliaments⁷⁰ raised similar concerns than the Irish Houses of Oireachtas on the Commission not providing sufficiently clear information on both proposals separately for it to be possible to conduct evaluation of necessary quality on their compliance with the principles of subsidiarity and proportionality.

Dutch Senate criticizes the proposals for not providing a minimum rate of corporate tax.⁷¹ This is somewhat paradoxical, since the interpretation of the Senate is that even the current CCTB and CCCTB proposals are not compliant with the principle of subsidiarity, and a common minimum tax rate should in this regard undoubtedly be considered more far-reaching than the current proposals.

60 Political Dialogue Opinion of the House of Representatives of the Republic of Cyprus on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016)0685 (CCTB) and COM (2016)0683 (CCCTB) – executive summary in English.

61 Beschluss des Bundesrates, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage COM(2016) 685 final; Ratsdok. 13730/16.

62 Reasoned opinion of the Irish Houses of Oireachtas on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016)0685 (CCTB) and Common Consolidated Corporate Tax Base - COM (2016)0683 (CCCTB).

63 Reasoned opinion of the Irish Houses of Oireachtas on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016)0685 (CCTB) and Common Consolidated Corporate Tax Base - COM (2016)0683 (CCCTB).

64 Reasoned opinion of the House of Representatives of Malta on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016) 0685 (CCTB); Reasoned opinion of the House of Representatives of Malta on the Commission proposals for a Common Consolidated Corporate Tax base - COM (2016) 0683 (CCCTB).

65 Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market [2016] OJ L193/1.

66 Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries.

67 Reasoned opinion of the House of Representatives of Malta on the Commission proposals for a Common Consolidated Corporate Tax base - COM (2016) 0683 (CCCTB).

68 See section 2.4.1. Sales factor.

69 Reasoned opinion of the Parliament of Sweden on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016) 0685 (CCTB); Reasoned opinion of the Parliament of Sweden on the Commission proposals for a Common Consolidated Corporate Tax base - COM (2016) 0683 (CCCTB).

70 Reasoned opinion of the Parliament of Denmark on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016) 0685 (CCTB) and Common Consolidated Corporate Tax Base - COM (2016) 0683 (CCCTB) – courtesy translation.

71 Reasoned opinion from the Senate of the Kingdom of the Netherlands on COM (2016) 683, COM (2016) 685 and COM (2016) 687 – courtesy translation.

Luxembourg Chamber of Deputies shares many of the same concerns of other National Parliaments that submitted reasoned opinions.⁷²

The Reasoned Opinions submitted by seven national parliaments leave a lot to be desired. Many of them offer little to no analysis on the proposals and do not engage in an in-depth discussion on the actual substance of principles of subsidiarity and proportionality. Instead of monitoring the proposal from the perspective of fundamental principles of EU law, the national parliaments have mainly based their arguments on the political and technical aspects of the proposed directives. Reasoned Opinions take the form of political dialogue, raising political and technical arguments instead of legal ones.

However, the Reasoned Opinions give clear indications of the concerns circulated in various Member States, and all-in-all shed light to a very critical and hesitant response by Member States towards the proposal. It should also be noted that silence by a national parliament does not necessarily translate to approval. This is the case at least with Finland, where the Grand Committee of the Parliament adopted critical statements of the proposal in late 2016, but did not submit a Reasoned Opinion.⁷³ The Finnish Parliament has previously held that submitting Reasoned Opinions is not an effective way of affecting EU legislation.⁷⁴ In the light of this, it would be unlikely that the Finnish Government would support the CCCTB initiative in its current form. This may be the case also with other parliaments and governments.

7. CHALLENGES OF THE CCCTB

When analyzing the responses of national parliaments towards the CCCTB and CCTB, it becomes clear that the proposals have a rocky path ahead of them. Many of the more significant challenges are political.

7.1. Political Challenges

One obvious fact is that the Member States are reluctant to hand out significant new powers to the European Union. Taxation has traditionally been considered one of the fundamental elements of a Nation State. It is to a large extent understandable that national parliaments and governments take a hesitant stance towards regulating direct taxation on the EU level.

However, the political challenges of the CCCTB go far beyond the division of powers between the Member States and the European legislature. It is also the previous difficulties in the field of taxation that explain the skepticism of the Member States. So far, a relatively small sub-set of the member states has been able to agree on the terms of a Financial Transaction Tax, which is immensely more straightforward than the CCCTB.⁷⁵ In the light of this, the CCCTB may look like an unrealistic endeavor to many Member States.

In the minds of the Member States may also lie the failure of creating a common and consolidated VAT regime, which has been in process since the 1980's. The Commission's aim was originally to create a common and consolidated VAT regime which would allocate VAT revenues to the Member states through a central account – a vision very similar to the CCCTB. Clear analogy between the VAT proposal and the CCTB and CCCTB can be found also in the Commission's two-step approach, which in the case of VAT ended up creating a de facto permanent "transitional" VAT regime when the latter parts of the proposal failed to attract the necessary support.⁷⁶ This may well evoke expectations of similar results with the CCTB and CCCTB. The question then lies if achieving the CCTB is better than achieving nothing at all, since achieving the CCCTB could prove to be impossible. Many Member States may then find themselves reluctant to engage in the project if they view the CCTB to be inefficient as a stand-alone solution, which is also to some extent the view of the Commission.

Another political hurdle on the path of the CCCTB is Brexit. The Brexit negotiation period overlaps with the two-year window of the CCCTB Proposal. The United Kingdom has been one of the primary opponents of harmonizing corporate taxation and it is yet unclear what position the country will take in relation to the proposals if some parts of the harmonization could be agreed before the departure of the UK.⁷⁷

7.2. Technical Challenges

In addition, it should also be noted that it is not only politics blocking the path of the CCCTB. According to Primary law, tax harmonization can be executed through directives only, not regulations. When dealing with tax issues this poses a challenge. The general nature of the proposed CCCTB directive, and the fact that it leaves implementation to the Member States, might result in inconsistent implementation in different jurisdictions. This has been the case also with the common VAT regime.⁷⁸ With the CCCTB, a potential problem could lie in the areas

72 Reasoned opinion of the Luxembourg Chamber of Deputies on the Common Corporate Tax base - COM (2016) 0685 (CCTB); Reasoned opinion of the Luxembourg Chamber of Deputies on the Common Consolidated Corporate Tax Base - COM (2016) 0683 (CCCTB).

73 Suuren valiokunnan lausunto, "Valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle ehdotuksesta neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhteisöveropohjasta (CCTB)" (SuVL 8/2016 vp); Suuren valiokunnan lausunto, "Valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle ehdotuksesta neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yhteisöveropohjasta (CCCTB)" (SuVL 9/2016 vp).

74 Suuren valiokunnan mietintö, "Valtioneuvoston selonteko EU-politiikasta 2013" (SuVM 1/2014 vp).

75 Bhogal, S., Swanson, K., "EU CCCTB: The Potential Successes and challenges" (International Tax Review, 2016).

76 Bhogal, S., Swanson, K. "EU CCCTB: The Potential Successes and challenges." (International Tax Review, 2016).

77 Bhogal, S., Swanson, K. "EU CCCTB: The Potential Successes and challenges." (International Tax Review, 2016).

78 Ibid.

where the proposal specifically defers to domestic law.⁷⁹ In other words, the aspects that will not be harmonized could continue to create distortions.

Another concern is that formula apportionment invites for new forms of tax planning. According to de Wilde, the CCCTB would only create an easy-to-manipulate EU company tax system to which Member States would have little in the way of responding to other than by reducing their tax rates.⁸⁰ A large amount of criticism is also directed towards the chosen formula components, which are viewed by some as outdated in the era of innovation-led digital economy.⁸¹ Buttner, Riedel and Runkel argue that profit-shifting activities of multi-jurisdictional enterprises are in fact maintained under a tax system of consolidation and formula apportionment, although the activities themselves may differ from the ones now seen in the internal market.⁸²

Technical and procedural questions are also raised on whether this type of EU level approach towards tax evasion is needed at all, or should the European countries be more concerned about finding a common solution in the OECD framework, and about the relation of CCCTB and international tax treaties.

7.3. Challenges Regarding the Legal Basis

In addition to the technical and political questions, many scholars have approached the topic from a broader perspective of the EU competences. According to Pinto, EU interference in the field of direct taxation is only allowed for tax measures directly affecting the establishment and functioning of the internal market, and in situations where the negative consequences to the internal market cannot be removed by the Member States due to their magnitude or effects.⁸³

Gordon compares the legal foundations for tax competition and tax harmonisation and reaches a conclusion that jurisdictional tax competition has a fundamental legal founding in the objectives of the Treaty. According to Gordon, tax competition is an economic imperative recognized and protected under EU law.⁸⁴ Gordon argues that the differences in tax systems are in fact a positive situation, because it creates an imperative for the Member States to tax more efficiently both in terms of nominal rates and tax administration.⁸⁵

79 Ibid.

80 Wilde, M. "The CCCTB Relaunch: A Critical Assessment and Some Suggestions for Modification" (Erasmus University Rotterdam, 2017b).

81 Ibid.

82 Buettner, T., Riedel, N., Runkel, R. "Strategic Consolidation under Formula Apportionment" (Otto Von Guericke Universität Magdeburg, 2008).

83 Pinto, C. "Tax competition and EU law." (The Hague; New York (N.Y.): Kluwer Law International, 2003), p. 58.

84 Gordon, B. "Tax competition and harmonisation under EU law: economic realities and legal rules" (E.L. Rev. 2014, 39(6)) p. 790-811.

85 European Commission, "Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)" COM (2011) 0121 final.

Terra and Wattel consider relative differences in direct tax level between Member States not to be any different from factors such as economic opportunity, skilled labour force, distribution infrastructure, consumer purchasing power, political stability or climate.⁸⁶ There are disparities between Member States in these areas, so from the perspective of the internal market, there can be disparities also with tax systems and levels.

However, it should be noted that tax competition can take many forms. Member States can compete by reducing tax rates, which is something the CCCTB doesn't even try to eliminate. Member States, in the current situation, can also compete by giving specific companies tax breaks or providing other tax incentives, which can be viewed as distortions in the functioning of the internal market. The CCCTB aims to reduce these. Therefore the aim is not to eliminate tax competition completely but rather to increase its transparency and limit it to the nominal levels of corporate taxation. From this point of view, the CCCTB is not in conflict with EU Primary law.

There are multiple convincing arguments, such as the ones put forward by the Commission in its Working Paper and Explanatory Memorandum examined above, that lay out the legal basis for CCCTB Proposal and other legislative acts to harmonize direct taxations in the internal market. However, the views of legal and economic scholars also highlight that it is rather hard to argue that the current system of taxation would significantly endanger the functioning of the internal market – or that the proposed CCCTB would undoubtedly better it.

In the light of this, the Commission's reasoning and Explanatory Memorandum must be subjected to some criticism. In arguing for the benefits of EU level tax legislation, the Commission should first build a comprehensive case for the legislation from the point of view of the internal market. The spearhead of all arguments should be to identify the malfunction in the internal market, and then present a solution to this malfunction. Now, it seems, the Commission is more focused on linking the proposal to its own aims of fair taxation than to the legal basis on which it operates.

7.4. Competence to Engage in Bilateral or Individual Measures

In addition to EU legislative competence, the competencies of the Member States should also be observed. To what extent, when considering the EU law framework, can Member States engage in individual and bilateral initiatives to fight tax evasion? When are these measures considered to be limitations to the exercise of Treaty freedoms?

The ECJ has held that exercising Treaty freedoms in the purpose of benefitting from disparities in the Member State's tax legislation is an activity protected under EU law. It has on multiple occasions also confirmed the Member State's sovereignty in tax matters.

86 Terra B., Wattel, P. "European Tax Law", 6th edn (The Hague: Wolters Kluwer, 2012), p.222.

Many of the cases brought to the Court have been related to the treatment of non-resident companies in Member States and resulted in laying out the scope of tax jurisdiction of individual Member States in these individual cases. In one of its landmark rulings on direct taxation, the Court held that it is the competence of the contracting parties to define the criteria regarding double taxation and allocation of tax jurisdiction between the parties.⁸⁷

The Court has held that “according to the settled case law, although direct taxation falls within their competence, the Member States must none the less exercise that competence consistently with EU law and avoid any discrimination on grounds of nationality.”⁸⁸ This illustrates the underlying approach of the ECJ towards taxation: the allocation of taxation powers is not reviewable by the Court, but the exercise of allocated tax jurisdiction is.⁸⁹ Therefore, the allocation would fall outside the competence of the Treaties, and no discussion of competences of the Member States would be relevant.

Regarding the exercise of taxation powers, the Court has viewed that many, sometimes even clear, restrictions have filled the requirement of being “objectively justified by an overriding reason in the public interest.”⁹⁰ This requirement needs to be fulfilled for a restriction to be compliant with EU law. What is notable, however, is that tax revenue loss for the Member State has never been accepted as a justification. On the other hand, it seems that combatting tax avoidance and the effectiveness of fiscal supervision are accepted as valid arguments by the Court.⁹¹

Whether a specific restriction to Treaty freedoms is compliant with EU law is in the end a question left to the Court and needs to be examined on an individual basis. No overarching rule can be drawn from the ECJ case law. In general terms it can be stated that as long as the provisions or administrative procedures are not discriminatory or pose unjustified restrictions to the exercise of Treaty freedoms, the Member States have a fairly unrestricted and broad playing-field when engaging in bilateral tax agreements with other Member States and third countries or bringing forward legislative acts. This analysis is relevant especially when considering alternatives to the CCCTB, if the proposal fails to reach unanimity in the Council. It seems that the Primary law allows for both enhanced cooperation regarding the CCCTB and multi- and bilateral agreements between Member States.

87 Case C-336/96 *Mr and Mrs Robert Gilly v. Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin* EU:C:1998:826

88 Case C-170/05 *Société Denkavit International BV and Denkavit France Sarl v. Minstre l'Économie des Finances et de l'Industrie* EU:C:2006:11949, para. 19.

89 Mitroyanni, I. “Integration approaches to group taxation in the European internal market” (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2008), p. 6.

90 *Ibid.*, p. 11.

91 *Ibid.*, p. 11.

8. POSSIBLE SOLUTIONS

Based on the previous examinations of the CCCTB Proposal, the responses by National Parliaments, and criticisms the proposal has received, it is relatively safe to say that the proposal has a difficult path ahead of it. Below, some of the other solutions to the conflict between national tax autonomy and the internal market are examined.

8.1. Enhanced Cooperation

If achieving the CCCTB in the whole internal market would prove impossible, the obvious next steps for willing Member States would be to continue with the proposals by enhanced cooperation. With the procedure of enhanced cooperation, minimum of 9 EU countries are allowed to establish advanced integration or cooperation in an area within EU structures but without the other EU countries being involved.⁹²

The situation would be analogous to the ‘financial transaction tax’ (FTT), based on Article 113 TFEU, which failed to receive unanimous support in the Council. After that, 11 Member States decided to pursue with enhanced cooperation in the matter, which was authorized by the Council in 2013. The United Kingdom challenged the Council’s decision in the Court of Justice, which upheld the decision.⁹³ The Court’s decision, along with other recent case law, illustrates that it is difficult for non-participating Member States to prove that enhanced cooperation endangers their interests or the interests of the Internal Market more generally.⁹⁴ Whether enhanced cooperation in the form of CCCTB would be upheld in the Court would require a more in-depth analysis.

Even if the applicability of enhanced cooperation to the CCCTB would require more analysis, it should not be neglected as an option if the CCCTB fails to reach unanimity in the Council. It was also the view of the Rapporteur of the European Parliament that, if unanimity is not found, the Council should without delay initiate the procedure for a decision authorizing enhanced cooperation in the area of the CCCTB.⁹⁵

92 Council Decision 2013/52/EU of 22 January 2013 authorising enhanced cooperation in the area of financial transaction tax.

93 Case C-209/13, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council of the European Union* [2014].

94 Anzhela, C. “Enhanced cooperation: A way forward for tax harmonization in the EU?” (Oxford University Centre for Business Taxation Working paper series WP 15/33, 2015), p. 40.

95 European Parliament Draft Report on the proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS)), European Parliament legislative resolution of 15 March 2018 on the proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS)).

Dettendorf, van der Horts, de Mooij and Vrijburg find that a coalition of similar countries, in terms of the size of their multinational sector, is more feasible in achieving agreement and is preferred by those countries over a Europe-wide reform.⁹⁶ For individual countries, the benefits from consolidation and formula apportionment are diverse and depend on the formula of choice. Therefore, enhanced cooperation, according to at least some literature, might not be an inferior solution in comparison to the CCCTB encompassing the entire internal market. On the other hand, it is clear that this approach would not create an entirely level playing field in the internal market, which is one of the aims of the Commission.

8.2. Article 116 TFEU

According to a resolution adopted with a large majority by the European Parliament, if the Council fails to adopt a unanimous decision on the proposal to establish a CCCTB, the Commission should issue a new proposal based on Article 116 of the TFEU.⁹⁷ The Article 116 TFEU reads, that where the Commission finds that a difference between the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States is distorting the conditions of competition in the internal market and that the resultant distortion needs to be eliminated, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall issue the necessary directives. Any other appropriate measures provided for in the Treaties may be adopted, and before issuing directives, consultations need to be conducted with the Member States.

The stance of the European Parliament is that the Commission should act on the legal basis of Article 116 TFEU and enhanced cooperation is only the last resort.⁹⁸ This view is somewhat radical because the use of Article 116 would undoubtedly receive hard criticism from many Member States.

The big difference between Article 115 and 116 is that when issuing a proposal on the legal basis of the latter, instead of unanimity in the Council, majority in the European Parliament and qualified majority in the Council is required. When considering the strong support for the CCCTB in the Parliament, this approach would make it far more likely that the CCCTB would pass the scrutiny of the European legislature.

The major problem with this approach is that it is unclear whether the ECJ would consider the legal basis as valid.

9. CONCLUSIONS

This article set out to examine whether the CCCTB and CCTB proposals could prove to be a successful answer to the conflict between the internal market and national tax autonomy. The answer is dull: they could be but it is possible that they will not be.

The conflict between the internal market and national tax autonomy can in short be described as a problem of incompatibilities in national tax systems, which the European legislature is unable to address both due to the lack of legislative powers and the complexity of the problem. The positive element of the CCCTB Proposal is that it would effectively move these necessary powers to the European level and enable the Commission to continue regulating corporate taxation with the safeguard clause and other means through which the notions of the directives could be further clarified. Even if the CCCTB system would not be perfect at first, updating the regulatory framework could be more feasible after its adoption.

When noting the negative response to the initiative from numerous Member States and the technical concerns associated with the proposal, it seems likely that the CCCTB will not pass the scrutiny of the Council. The question then lies on how we understand the CCCTB. If we strictly focus on the current proposal and its notions, then the analysis of its capabilities to solve the conflict between tax autonomy and internal market seem dim. However, if we look at the CCCTB as a system of formula apportionment and as an evolving framework which can be enacted in parts of the internal market through enhanced cooperation – or agree with the European Parliament which believes the Commission should use the legal basis of Article 116 TFEU – the outcast looks more positive.

The CCCTB is perhaps not perfect, but it might very well be the best we can come up with in terms of harmonizing corporate taxation in the internal market, while allowing the Member States to maintain their autonomy in setting the rates for corporate taxation.

96 Bettendorf, L., van der Horst, A., de Mooij, R., Vrijburg H. "Corporate Tax Consolidation and Enhanced Cooperation in the European Union" (European Tax Policy Forum, 2009).

97 European Parliament legislative resolution of 15 March 2018 on the proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS)).

98 European Parliament legislative resolution of 15 March 2018 on the proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS)).

TABLE OF LEGISLATION

EU Primary Law

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2016] OJ C202/13

Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2016] OJ C202/47

EU Secondary Law and Secondary Law Proposals

European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2016) 683 final

European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM (2011) 0121 final

European Commission, 'Proposal for a Council Directive on a on a Common Corporate Tax Base (CCTB)' COM (2016) 685 final

Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market [2016] OJ L193/1

Council Decision 2013/52/EU of 22 January 2013 authorizing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax

Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries

Protocol (No 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality [2016] OJ C202/206

Regulation EC No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application on international accounting standards [2002] L243/1

BIBLIOGRAPHY

Cases of the European Court of Justice

Case C-336/96 Mr and Mrs Robert Gilly v. Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin EU:C:1998:826

Case C-170/05 Société Denkvit International BV and Denkvit France Sarl v. Minstre l'Économie des Finances et de l'Industrie EU:C:2006:11949,

Official documents

Beschluss des Bundesrates, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage COM(2016) 685 final; Ratsdok. 13730/16

Communication from the European Commission to the European Parliament and the Council, "Anti-Tax Avoidance Package: Next steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU", (COM 23 final, 2016) <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2016:23:FIN>> accessed on 29th of March 2018

European Commission Press release, "Commission proposes major corporate tax reform for the EU", (IP/16/3471, 2016) <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3471_en.htm> accessed on 15th of March 2018

European Commission, "Commission Staff Working Document: Corporate Income Taxation in the European Union", (COM 302 final, 2015) <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/swd_2015_121.pdf> accessed on 15th of March 2018

European Council presidency compromise text on the Proposal on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), (15756/14, 2014) <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15756-2014-INIT/en/pdf>> accessed on 14th of March 2018

European Parliament Draft Report on the proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS))

European Parliament legislative resolution of 15 March 2018 on the proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS)) (Special legislative procedure – consultation)

European Parliamentary Research Service Briefing, "Common consolidated corporate tax base (CCCTB)", (PE 599.395, 2017), <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599395/EPRS_BRI\(2017\)599395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599395/EPRS_BRI(2017)599395_EN.pdf)> accessed on 14th of March 2018

European Parliamentary Research Service Compendium of briefings, "Public opinion and EU policies – Exploring the expectations gap", (PE 586.596, 2016), <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586596/EPRS_BRI%282016%29586596_EN.pdf> accessed on 15th of March 2018

Political Dialogue Opinion of the Austrian Federal Council on COM (2016) 682, COM (2016) 683 (CCCTB) and COM (2016) 685 (CCTB)

Political Dialogue Opinion of the House of Representatives of the Republic of Cyprus on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016)0685 (CCTB) and COM (2016)0683 (CCCTB) – executive summary in English

Political Dialogue Opinion of the Romanian Chamber of Deputies on COM (2016) 682, COM (2016) 683 (CCCTB) and COM (2016) 685 (CCTB)

President of the European Commission Jean-Claude Juncker, "Mission letter to European Commissioner for Competition", (2014) <https://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/vestager_en.pdf> accessed on 15th of March 2018

Suuren valiokunnan lausunto, "Valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle ehdotuksesta neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhteisöveropohjasta (CCTB)" (SuVL 8/2016 vp)

Suuren valiokunnan lausunto, "Valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle ehdotuksesta neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yhteisöveropohjasta (CCCTB)" (SuVL 9/2016 vp)

Suuren valiokunnan mietintö, "Valtioneuvoston selonteko EU-politiikasta 2013" (SuVM 1/2014 vp)

Reasoned opinion of the Parliament of Denmark on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016) 0685 (CCTB) and Common Consolidated Corporate Tax Base - COM (2016) 0683 (CCCTB) – courtesy translation

Reasoned opinion of the Irish Houses of Oireachtas on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016)0685 (CCTB) and Common Consolidated Corporate Tax Base - COM (2016)0683 (CCCTB)

Reasoned opinion of the House of Representatives of Malta on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016) 0685 (CCTB)

Reasoned opinion of the House of Representatives of Malta on the Commission proposals for a Common Consolidated Corporate Tax base - COM (2016) 0683 (CCCTB)

Reasoned opinion of the Parliament of Sweden on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016) 0685 (CCTB)

Reasoned opinion of the Parliament of Sweden on the Commission proposals for a Common Consolidated Corporate Tax base - COM (2016) 0683 (CCCTB)

Reasoned opinion from the Senate of the Kingdom of the Netherlands on COM (2016) 683, COM (2016) 685 and COM (2016) 687 – courtesy translation

Reasoned opinion of the House of Representatives of the Netherlands on the Commission proposals for a Common Corporate Tax base - COM (2016)0685 (CCTB) and Common Consolidated Corporate Tax Base - COM (2016)0683 (CCCTB)

Reasoned opinion of the Luxembourg Chamber of Deputies on the Common Corporate Tax base - COM (2016) 0685 (CCTB)

Reasoned opinion of the Luxembourg Chamber of Deputies on the Common Consolidated Corporate Tax Base - COM (2016) 0683 (CCCTB)

Resolution of the Senate of the Parliament of the Czech Republic on COM (2016) 685, COM (2016) 683, COM (2016) 686 and COM (2016) 687

Books

Dahlberg, M., Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital (The Hague: Kluwer Law International, 2005)

Mitroyanni, I., Integration approaches to group taxation in the European internal market (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2008)

Pinto, C., Tax competition and EU law. (The Hague; New York (N.Y.): Kluwer Law International, 2003)

Terra B. and Wattel P., European Tax Law, 6th edn (The Hague: Wolters Kluwer, 2012)

Weber, D., Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms (The Hague: Wolters Kluwer, 2005)

Articles

Anzhela, C. "Enhanced cooperation: A way forward for tax harmonization in the EU?" (Oxford University Centre for Business Taxation Working paper series WP 15/33, 2015) <https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Working_Papers/Series_15/WP1533b.pdf> accessed 25th of April 2018

Bettendorf, L., van der Horst, A., de Mooij, R., Vrijburg H., "Corporate Tax Consolidation and Enhanced Cooperation in the European Union" (European Tax Policy Forum, 2009) <<http://www.etpf.org/papers/43CTCEU.pdf>> accessed 25th of April 2018

Bhogaal, S., Swanson, K. "EU CCCTB: The Potential Successes and challenges" (International Tax Review, 2016)

Buettner, T., Riedel, N., Runkel, R. "Strategic Consolidation under Formula Apportionment" (Otto Von Guericke Universität Magdeburg, 2008) <http://www.vwl1.ovgu.de/vwl1_media/downloads/paper/Strategic+Consolidation+under+Formula+Apportionment.pdf> accessed 24th of April 2018

de Wilde, M. "Tax Competition Within the European Union Revisited – Is the Relunched CCCTB a Solution?" (Erasmus University Rotterdam, 2017a)

de Wilde, M. "The CCCTB Relaunch: A Critical Assessment and Some Suggestions for Modification" (Erasmus University Rotterdam, 2017b)

Gerard, M., Weiner, J. M., "Cross-Border Loss Offset and Formula Apportionment: How Do They Affect Multijurisdictional Firm Investment Spending and Interjurisdictional Tax Competition?" (CESifo. Working Paper No. 1004, 2003)

Gordon, B. "Tax competition and harmonisation under EU law: economic realities and legal rules" (E.L. Rev. 2014, 39(6)) p. 790-811

Gutmann, D., Raingeard de la Blétière, E. "CC(C)TB and International Taxation" (EC Tax Review, 26.5.2017) p. 233-245

Jensen, P. "The EU's New Anti-Tax-Avoidance Package" (Journal of International Taxation, 27.10.2016), p. 49-54.

Krchnivá, K. "The CCCTB Allocation Formula Game: The Performance of Economics Sectors" (Prague Economic Papers, 2018)

<https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/iag/documents/WP_97_Gerard.pdf> accessed 28th of March 2018

Scharpf, F.W., "The joint decision trap: lessons from German federalism and European integration" (Public administration, Volume 66, Issue 3, 1988)

Van der Jagt, R. "Euro Tax flash from KPMG's EU Tax Centre" (KPMG EU Tax Center, 2016)
<<https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2016/10/etf-303-ccctb-proposal-published.html>> accessed on 4th of April 2018

KATSAUS KANSAINVÄLISEN RIKOSTUOMIOISTUIMEN HYÖKKÄYSRIKOSTA KOSKEVAN TOIMIVALLAN AKTIVOINTIIN

REVIEW OF THE ACTIVATION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT'S JURISDICTION OVER THE CRIME OF AGGRESSION

Aaron Fagerholm¹

Helsinki Law Review, 1/2019, pp. 180–XX

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

Avainsanat:

Kansainvälinen rikostuomioistuin, hyökkäysrikos, toimivalta, kansainvälinen rikosoikeus, Rooman perussääntö

Keywords:

International Criminal Court, crime of aggression, jurisdiction, international criminal law, Rome Statute

ABSTRACT

In December 2017 the Assembly of the State Parties to the Rome Statute decided to activate the International Criminal Court's jurisdiction over the crime of aggression. After the historical activation decision, crime of aggression is now one of the four core crimes under the Court's jurisdiction, alongside with genocide, crimes against humanity, and war crimes. This article reviews how crime of aggression, often referred to as the supreme international crime, after decades of politically influenced negotiations finally found its place in the jurisdiction of the Court. In addition to the historical review of the establishment of jurisdiction, the article also describes the legal state that entered into force. Discussion has a focus in the extent of the Court's jurisdiction, which, due to many compromises under the negotiation process is far from extensive.

¹ The author is an LL.M. student at the University of Helsinki and an M.Sc. student (Economics and Business Administration) at Hanken School of Economics. He spent the Autumn 2017 as a legal intern at the Permanent Mission of Finland to the United Nations, New York.

I. JOHDANTO

14. joulukuuta 2017 koettiin New Yorkissa, Yhdistyneiden kansakuntien päämajassa, historiallinen hetki kansainvälisen rikosoikeuden saralla, kun Rooman perussäännön sopimusosapuolten kokouksessa päätettiin vihdoinkin aktivoida hyökkäysrikos osaksi Kansainvälisen rikostuomioistuimen toimivaltaa. Hyökkäysrikos on mainittu jo alkuperäisessä Rooman perussäännössä vuodelta 1998, mutta perussääntöä laatimassa olleiden valtioiden välillä vallinneiden erimielisyyksien vuoksi hyökkäysrikoksen aktivointi jätettiin tällöin tulevaisuudessa päätettäväksi². Aktivointipäätöksen astuttua virallisesti voimaan Rooman perussäännön 20. vuosipäivänä, 17. heinäkuuta 2018, tuli hyökkäysrikoksesta neljäs rikos, johon Kansainvälisellä rikostuomioistuimella on toimivalta. Muut sen toimivaltaan kuuluvat rikokset; sotarikos, rikos ihmisyyttä vastaan sekä joukkotuhonta ovat puhekielessä varsin vakiintuneita, kun taas hyökkäysrikos (eng. *crime of aggression*) voi näyttäytyä jopa monille oikeustieteen harjoittajille hyvin vieraana terminä. Kansainvälisessä rikosoikeudessa tällaista hyökkäysrikoksen eriarvoisuutta ei kuitenkaan näy, vaan päinvastoin, hyökkäysrikosta kutsutaan vakiintuneesti suurimmaksi mahdolliseksi kansainvälisen oikeuden rikokseksi³.

Artikkelissa luodaan katsaus hyökkäysteon kriminalisoinnin keskeisimpiin kehitysvaiheisiin sekä Kansainvälisen rikostuomioistuimen toimivallan aktivoinnin myötä voimaan tulevaan oikeustilaan. Aluksi tarkastellaan maailmansotien jälkeisten sotarikostuomioiden ja YK:n peruskirjaan otettujen määräysten pohjalta sitä, miksi hyökkäysteon kriminalisoinnille ylipäätään katsottiin olevan tarvetta. Lyhyen oikeushistoriallisen ekskursion jälkeen paneudutaan hyökkäysrikoksen määrittelyyn Rooman perussäännössä sekä Kansainvälisen rikostuomioistuimen toimivallan käyttöä koskeviin edellytyksiin. Erityisesti toimivallan käyttöä koskevassa osassa havainnollistetaan samalla sitä, miten saumattomasti kansainvälisen oikeuden sääntely ja globaalin politiikan intressit ajoittain nivoutuvat yhteen.

² Nesi, Giuseppe ja Politi, Mauro, 2004: The International Criminal Court and the Crime of Aggression. Aldershot: Ashgate. s. 15.

³ Politi ja Nesi 2004, s. 17–33, Sadat, Leila Nadya, 2002: The International Criminal Court and the transformation of international law: Justice for the new millennium. Ardsley, NY: Transnational publ. s. 132–138, sekä Kimpimäki, Minna, 2015: Kansainvälinen rikosoikeus. Helsinki: Kauppakamari s. 124. Suurimman rikoksen käsite juontaa juurensa Nürnbergin oikeudenkäynneistä, tapauksesta *Yhdysvallat et al. v. Göring et al.* (30.9.1946), jonka tuomiolauselmassa laitonta hyökkäyssotaa luonnehdittiin seuraavasti: "[To] initiate a war of aggression, --, is not only an international crime; it is the supreme international crime --". Tasapuolisuuden nimissä voidaan todeta, että joukkotuhontaa pidetään kuitenkin "rikosten rikoksena" (eng. *crime of crimes*), joten rikosten arvojärjestys ei kenties ole aivan yksiselitteinen. Ks. Schabas, William, 2009: Genocide in international law: The crime of crimes. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.

2. MAAILMANSODAT JOHTAVAT HYÖKKÄYSTEON KRIMINALISOINTIIN

Vaikka Kansainvälisen rikostuomioistuimen perustanut Rooman perussääntö saatiin valmiiksi vuonna 1998, ovat hyökkäyksen kansainvälisen kriminalisoinnin juuret löydettävissä jo 1900-luvun alkupuolelta. Kriminalisoinnin alkupiste voidaan ajoittaa ensimmäisen maailmansodan päättymiseen, jolloin rauhaa vastaan tehdyt rikokset nousivat pinnalle kansainvälisen oikeuden doktriinissa.⁴ Kun Versailles'n rauhansopimusta laadittiin, nousi esille ajatus muiden sotaan liittyvien rikosten ohella syyttää sodan aloittanutta osapuolta siitä, että rauha oltiin ylipäättään rikottu.⁵ Pääasiassa Ranskan ja Yhdistyneiden kuningaskuntien laatiman Versailles'n rauhansopimuksen 227 artiklaan otettiin määräys, joka koski Saksan keisarin tuomitsemista tämän sodanaikaisista rikoksistaan *kansainvälistä moraalia ja sopimusten pyhyyttä vastaan*.⁶ Vaikkei Versailles'n rauhansopimuksen 227 artikla sisältänyt sellaisia sanoja kuin *hyökkäysrikos, voimankäyttö tai rikos rauhaa vastaan*, sisältyi artiklaan kuitenkin ajatus johtajan vastuusta laittoman sodan aloittamisesta.⁷ Rauhansopimuksella alettiin luoda askelmerkkejä sellaiselle normistolle, jonka nojalla laittomasta hyökkäyksestä tosiasiallisesti vastuussa olevaa johtajaa voidaan rangaista.⁸

Toisen maailmansodan päättymisen jälkeen maailmansodan voittajavaltiot olivat samankaltaisessa tilanteessa kuin 30 vuotta aiemmin ja jälleen heräsi kysymys siitä, minkälaisista rikoksista häviövaltioita tulisi syyttää. Liittoutuneista Ranska, Yhdistynyt kuningaskunta ja Neuvostoliitto eivät katsoneet välttämättömäksi syyttää häviövaltioita sodan aloittamisen perusteella, mutta Yhdysvallat, joka oli oikeuttanut väliintulonsa muilla mantereilla käytyyn sotaan nimenomaan Saksan hyökkäysten laittomuudella, vaati rauhaa vastaan tehtyjen rikosten

käsittelyä sotatuomioistuimessa.⁹ Yhdysvaltojen lobbauksen myötä Nürnbergin ja Tokion sotarikostuomioistuinten perussääntöjen yhdeksi rikoskategoriaksi otettiin rikokset rauhaa vastaan¹⁰, eli hyökkäyssodan tai muun kansainvälisen velvoitteen vastaisen sodan suunnittelu ja valmistelu, tällaiseen sotaan ryhtyminen ja tällaisen sodan käyminen sekä osallistuminen tällaiseen sodankäyntiin liittyvään suunnitelmaan tai salaliittoon.¹¹ Rauhaa vastaan tehdyistä rikoksista vastuussa olevien piiriä täsmennettiin edellyttämällä, että rikoksentehtäjän tuli olla korkeassa poliittisessa, sotilaallisessa tai siviilitehtävässä tai hänellä tuli olla korkea asema rahoitus- tai talousalalla taikka teollisuudessa.¹² Toisen maailmansodan sotarikosoikeudenkäynnit olivat ensimmäinen kerta kun kansainvälinen tuomioistuin tuomitsi yksilöitä rauhaa vastaan tehdystä rikoksesta.¹³

2.1. YK:n peruskirjan voimankäytön kieltäminen ja hyökkäyksen määrittely

Pian toisen maailmansodan päättymisen jälkeen perustettiin YK, jonka päällimmäiseksi tehtäväksi asetettiin maailman rauhan ja turvallisuuden turvaaminen.¹⁴ Tehtävänsä toteuttamiseksi YK:n peruskirjaan oli tärkeää ottaa myös rauhan rikkomista koskeva määräys. Tämä voimankäytön kielloksi muotoiltu määräys sisällytettiin peruskirjan 2 (4) artiklaan. Kappaleen mukaan:

Kaikkien jäsenten on pidättyävä kansainvälisissä suhteissaan väkivallalla uhkaamisesta tai sen käyttämisestä minkään valtion alueellista koskemattomuutta tai poliittista riippumattomuutta vastaan tai menettelemästä muulla tavalla, joka on ristiriidassa Yhdistyneiden kansakuntien päämäärien kanssa.

Voimankäytön kieltäminen koskeva määräys luo tärkeän pohjan myös rauhaa vastaan tehtyjen rikosten arvioinnille. Peruskirjassa ei kuitenkaan määritellä artiklan tarkoittamaa voimankäytön

4 Euroopan valtioiden rajojen vakiintuminen sekä sotatekniikan huomattava kehittyminen 1900-luvun alussa ja sen näkyminen ensimmäisen maailmansodan julmuuksina vaikuttivat asenteiden muutokseen sotaa kohtaan. Bassiouni, M. Cherif & Nanda, Ved P, 1973: A treatise on international criminal law: 1, Crimes and punishment. Springfield: Thomas. s. 592–593 ja Kimpimäki 2015, s. 124.

5 Saksan keisarin saattamista vastuuseen pidettiin toisaalta tärkeänä myös siksi, että tämän ajateltiin helpottavan keisarin alaisten syyttämistä heidän rikoksistaan. Kress, Claus, 2017: The Crime of aggression: A commentary. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press. s. 20.

6 Keisaria ei kuitenkaan koskaan syytetty kyseisen artiklan nojalla, koska puolueettomana pysynyt Alankomaat kieltäytyi luovuttamasta häntä. Ks. Kimpimäki 2015, s. 124, Politi ja Nesi 2004, s. 21–29 ja Kress 2017, s. 35.

7 Näkemystä sodan laittomuudesta ja johtajan henkilökohtaisesta vastuusta voidaan pitää huomattavana kehityksenä siihen nähden, ettei sota ollut aivan poikkeuksellinen politiikan tekemisen keino 1800-luvun ja 1900-luvun alun Euroopassa. Kress 2017, s. 21–35 ja Kimpimäki 2015, s. 124.

8 Kehitys kohti vastuun toteutumista rauhaa vastaan tehdyistä rikoksista jatkui edelleen myös maailmansotien välisenä aikana, kun vuonna 1928 hyväksyttiin sodan hylkäämistä kansallisen politiikan välikappaleena tarkoitettava yleissopimus, niin kutsuttu Briand-Kellog –sopimus. Sopimuksella vahvistettiin kansainvälisesti näkemystä sodan aloittamisen laittomuudesta, vaikkei sillä vielä perustettukaan yksilölle rikosoikeudellista vastuuta. Kress 2017, s. 47 ja Kimpimäki 2015, s.125.

9 Yhdysvallat ajoi vahvasti myös ajatusta hyökkäyssotaan liittyvästä yksilön rikosoikeudellisesta vastuusta. Kimpimäki 2015, s.125 sekä Bassiouni ja Nanda 1973, s. 593–596.

10 Käsité *rikokset rauhaa vastaan* (eng. *crimes against peace*) muodostui aivan neuvotteluprosessin lopulla, Yhdistyneiden kuningaskuntien ja Neuvostoliiton ehdotuksesta. Yhdysvaltojen ehdotuksessa hyökkäystekko oltaisiin tuomittu *sodan rikoksena* (eng. *crime of war*). Osapuolet katsoivat kuitenkin rauhaa vastaan tehtyjen rikosten ilmentävän paremmin säännöksellä tavoiteltuja päämääriä. Ks. Politi ja Nesi 2004, s. 29.

11 Kimpimäki 2015, s. 125. Ks. IMT (Nürnbergin) perussääntö 6 artikla ja IMTFE (Tokion) perussääntö 5 artikla. IMT perussääntö 6 artikla määrittelee rauhaa vastaan tehdyn rikoksen seuraavasti: *planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing*. IMTFE perussääntö on tältä osin lähes identtinen IMT perussääntöön nähden. Ks. näistä eroista: Kress 2017, s. 52.

12 Control Council Law No. 10:n 2 artikla. Ks. Kress 2017, s. 81 ja Kimpimäki 2015, s. 125.

13 McDougall, Carrie 2013: The crime of aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press. s. 2. Ks. lisäksi ILC (1950:) Yearbook of the International Law Commission 1950. Volume II. s. 17.

14 Ks. Suomen YK-liitto 2008, YK:n peruskirja & Kansainvälisen tuomioistuimen perussääntö, s. 3–9, sekä Yhdistyneiden kansakuntien peruskirjan (SopS 1/1956) 1(1) artikla.

käsitettä.¹⁵ Muista peruskirjan artikloista, peruskirjan valmisteluaineistosta sekä YK:n päätöslauselmista ja voimankäyttöä koskevasta käytännöstä voidaan kuitenkin saada tulkinta-apua artiklalle. Peruskirjan 2 (4) artiklan mukaisen voimankäytön kiellon katsotaan koskevan ainoastaan aseellista voimankäyttöä. Poliittinen tai taloudellinen painostaminen ei kuulu määräyksen soveltamisalaan.¹⁶

Voimankäytön kansainvälisen sääntelyn näkökulmasta YK:n peruskirja sisältää myös muita merkityksellisiä artikloja, jotka liittyvät pääasiassa YK:n turvallisuusneuvoston rooliin kansainvälisen rauhan ja turvallisuuden ylläpitämisen varmistamisessa. Peruskirjan 24 artiklan mukaan YK:n jäsenvaltiot ovat antaneet YK:n turvallisuusneuvostolle ensisijaisen vastuun kansainvälisen rauhan ja turvallisuuden ylläpitämisessä. Hyökkäysrikoksen kriminalisoinnin kannalta merkityksellisin, ja kuten myöhemmin tullaan huomaamaan, myös ongelmallisin sääntö sisältyy peruskirjan 39 artiklaan, jonka mukaan YK:n turvallisuusneuvoston on todettava rauhan rikkoutumisen uhan, rauhan rikkoutumisen tai hyökkäyksen olemassaolo ja sen on esitettävä siitä suosituksia tai tehtävä päätös siitä, mihin toimenpiteisiin on ryhdyttävä kansainvälisen rauhan ja turvallisuuden ylläpitämiseksi.¹⁷

Epäselvyys YK:n peruskirjan 2 (4) artiklan tarkoittamasta *voimankäytön* käsitteestä sekä tämän suhteesta peruskirjan 39 artiklan tarkoittamaan *hyökkäyksen* käsitteeseen herätti paljon keskustelua YK:n varhaisina vuosina.¹⁸ Vuonna 1974 YK:n yleiskokous hyväksyi päätöslauselman 3314 (XXIX), jolla määriteltiin *hyökkäysteko*. Vuoden 1974 päätöslauselmassa hyökkäyksen määritelmä perustuu YK:n peruskirjan 2 (4) artiklaan perustuvaan aseelliseen

voimankäytön kieltoon¹⁹, jota on täsmennetty viitteellisellä luettelolla hyökkäysteiksi katsottavista teoista.²⁰ Päätöslauselmassa lähdetään siitä, että hyökkääjänä pidetään yleensä sitä valtiota, joka on ensiksi ryhtynyt määritelmän mukaisiin hyökkäysteisiin. Määritelmä koskee kuitenkin ainoastaan valtion hyökkäystekeä, eikä sillä ollut tarkoitusta ottaa kantaa yksilön rikosoikeudelliseen vastuuseen.²¹

3. HYÖKKÄYSRIKOS OSAKSI ROOMAN PERUSSÄÄNTÖÄ

Tultaessa 1990-luvulle oli YK tuottanut paljon kansainväliseen rikosoikeuteen liittyvää sääntelymateriaalia, mutta siltä puuttui edelleen oma kansainvälinen rikostuomioistuin, joka voisi soveltaa näitä normeja. Kylmän sodan päätyttyä ajatus kansainvälisen rikostuomioistuimen perustamisesta näki kuitenkin vihdoinkin päivänvalon. Kun rikostuomioistuimen perussääntöä alettiin laatia, olivat useat valtiot sitä mieltä, että myös hyökkäysrikos tulisi ottaa osaksi tuomioistuimen toimivaltaa.²²

Hyökkäyksen kriminalisointiin liittyvät kysymykset osoittautuivat kuitenkin vaikeasti ratkaistaviksi.²³ Vaikeudet liittyivät etenkin hyökkäysrikoksen määrittelyyn²⁴, yksilönvastuuta koskevaan kysymykseen²⁵ sekä toimivallanjakoon YK:n turvallisuusneuvoston ja kansainvälisen rikostuomioistuimen välillä.²⁶

Etenkin YK:n turvallisuusneuvoston pysyvät jäsenvaltiot korostivat turvallisuusneuvoston vahvaa roolia edellytykseksi hyökkäysrikoksen sisällyttämiselle perussääntöön. Ehdotettiin,

15 Peruskirjan 2 (4) artiklaa ei ole tarkoitettuakaan täsmällisyysvaatimuksen täyttäväksi rikosoikeudelliseksi normiksi vaan yhdeksi kansainvälisen oikeuden perustavanlaatuisista säännöistä, joka ohjaa valtioiden keskinäistä kanssakäymistä. Sadat 2002, s. 132–133.

16 Kansainvälinen tuomioistuin (ICJ) on Nicaragua-ratkaisussaan (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua) vuodelta 1986 katsonut, että kielto kattaa myös epäsuorat voimankäytön muodot kuten hyökkäystä varten tapahtuvan palkkasoturijoukon organisoimisen tai tukemisen tai oman maan alueen luovuttamisen käytettäväksi toiseen valtioon kohdistettaviin hyökkäyksiin (kohta 242). Aseellista voimankäyttöä ei voida myöskään oikeuttaa vetoamalla artiklan kappaleen loppuosassa mainittavaan yhteensopivuuteen YK:n päämäärien kanssa, esimerkiksi humanitaarisen intervention tilanteessa (kohta 268).

17 YK:n peruskirja tunnustaa voimankäytön kieltoa koskeviksi poikkeuksiksi ainoastaan turvallisuusneuvoston 39 artiklan nojalla valtuuttamat kollektiiviset toimet (41 ja 42 artiklat) sekä valtion oikeuden itsepuolustukseen (51 artikla).

18 Useat valtiot pyysivät 39 artiklan tarkoittamalle hyökkäysteolle määritelmää jo YK:n perustamiskokouksessa, San Franciscossa, vuonna 1945, mutta tätä ei tällöin saatu aikaan. YK:n yleiskokous asetti vuodesta 1950 lähtien useita erityiskomiteoita, joiden tehtävänä oli selkeyttää artiklan 39 tarkoittaman hyökkäyksen sisältö. Useista yrityksistä huolimatta nämä erityiskomiteat eivät pystyneet yli kahteenkymmeneen vuoteen luomaan tyydyttävää määritelmää hyökkäysteolle. Haasteet liittyivät pääasiassa siihen, miten voidaan luoda tarpeeksi kattava määritelmä, jolla eri tyyppisten ja jatkuvasti kehittyvien hyökkäystekeiden koko kirjo saadaan katettua, sortumatta kuitenkaan liian yleisluontoiseen teonkuvaukseen. McDougall 2013, s. 4 ja UN Audiovisual Library of International Law: Definition of Aggression. <http://legal.un.org/avl/ha/da/da.html>. Ks. myös A/CN.4/48 Report of the International Law Commission on its Third Session, 16 May to 27 July Official Records of the General Assembly, Sixth Session, Supplement No.9 (A/1858) s. 131–133.

19 Päätöslauselman 1 artiklan mukaan *Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition.*

20 Päätöslauselman 3 artiklan a-g kohdissa luetellaan valtion tekoja, jotka voivat turvallisuusneuvoston yksittäistapauksellisesta harkinnasta riippuen täyttää hyökkäyksen tunnusmerkistön. Tällaisia tekoja voivat olla toisen valtion alueelle tunkeutuminen, pommitus, saartotoimet, toisen valtion alueelle sijoitettujen joukkojen sopimuksen vastaiset toimet ja valtion puolesta toimivien ja aseellisten joukkojen harjoittama aseellinen voimankäyttö. Ks. tarkemmin päätöslauselman 3314 (XXIX) 3 artikla.

21 Päätöslauselma tarkoitettiin alun perin ainoastaan turvallisuusneuvoston ohjeistamiseksi, minkä vuoksi yleiskokous painotti päätöslauselmassa, että YK:n turvallisuusneuvoston tulisi, sen mukaan kuin se katsoo aiheelliseksi, ottaa kyseinen päätöslauselma huomioon päättäessään, mikäli jokin teko on hyökkäysteko. Ks. lisäksi Kimpimäki 2015, s. 126 ja HE 289/2014 s. 6.

22 Lee, Roy S. 1999. The international criminal court: The making of the Rome statute issues, negotiations, results. The Hague: Kluwer, s. 1–5 ja s. 81–84 sekä Schabas, William A 2007: An introduction to the International Criminal Court. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press s. 10.

23 Lee 1999, s. 81–82 ja McDougall 2013, s. 8–9.

24 Määrittelykysymyksen osalta pääasiallisena haasteena oli löytää tasapaino tarpeeksi kattavan, mutta kuitenkin riittävän yksityiskohtaisen teonkuvauksen välillä. Myös turvallisuusneuvoston roolia koskevat kysymykset heijastuivat määritelmää koskevan kysymyksen ratkaisemiseen. Lee 1999, s. 81–84.

25 Vaikka yksilönvastuulla oli vahva pohja toisen maailmansodan sotarikostuomioistuinten perussäännöistä ja YK:n kansainvälisen oikeuden toimikunnan kannanotoista, muutama valtio, Yhdysvallat mukaan lukien, ei ollut halukas hyväksymään rikosoikeudellista vastuuta luonnolliselle henkilölle. McDougall 2013, s. 10.

26 Lee 1999, s. 81–84.

että ennen kuin tuomioistuin voisi ottaa hyökkäysrikoksen käsittelyynsä, tulisi YK:n turvallisuusneuvoston todeta hyökkäysteon olemassaolo YK:n peruskirjan 39 artiklan mukaisesti. Tällöin Kansainvälisen rikostuomioistuimen tehtäväksi jäisi ainoastaan todeta, oliko henkilö syyllistynyt hyökkäystekoon. Tällaisen menettelyn ajateltiin kuitenkin paitsi heikentävän Kansainvälisen rikostuomioistuimen riippumattomuutta, myös vaarantavan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen.²⁷

Valtaosa neuvotteluihin osallistuneista valtioista kuitenkin katsoi, että vaikeuksista huolimatta hyökkäysrikos olisi sisällytettävä tuomioistuimen perussääntöön, koska sen pois jättäminen olisi selkeä askel taaksepäin Nürnbergin ja Tokion sotarikostuomioistuinten peruskirjoista, joissa rikos rauhaa vastaan oli yhtenä rikoskategoriana.²⁸ Kompromissina perussäännön 5 (1) d artiklaan otettiin lopulta maininta, jossa todetaan yksinkertaisesti hyökkäysrikoksen kuuluvan tuomioistuimen toimivaltaan. Perussäännön 5 (2) artiklaan otettiin myös toimivallan perustamista koskeva määräys, jonka mukaan tuomioistuin on toimivaltainen käsittelemään hyökkäysrikosta vasta sen jälkeen, kun hyökkäysrikoksen määritelmä ja tuomioistuimen toimivallan käytön ehdot on tarkemmin määritelty.²⁹ 5 (2) artiklassa viitataan edelleen Rooman perussäännön 121 artiklaan, jossa määrätään perussäännön tarkistuskonferenssin järjestämisestä seitsemän vuoden päästä siitä, kun Rooman perussääntö on tullut voimaan sekä korostetaan, että tässä tarkistuskonferenssissa voidaan käsitellä myös toimivaltaa koskevan 5 artiklan muutoksia. Samalla sovittiin siitä, että osapuolet jatkavat työtään, jotta hyökkäysrikostoimivalta saadaan myöhemmin perustettua.³⁰

27 Lee 1999, s. 81–84 ja McDougall 2013, s. 9.

28 Etenkin sitoutumattomien valtioiden liike (eng. *Non-aligned movement, NAM*) vaati äänekkäästi hyökkäysrikoksen sisällyttämistä perussääntöön. Sitoutumattomien valtioiden liike on toisen maailmansodan aikaan perustettu noin 120 valtiosta koostuva järjestö, johon kuuluvat lähes kaikki Afrikan valtiot sekä muun muassa Irak, Iran ja Afganistan. Myös Saksa ja Japani, jotka molemmat joutuivat toisen maailmansodan jälkeen vastaamaan rikoksistaan rauhaa vastaan, vaativat hyökkäysrikoksen ottamista mukaan Rooman perussääntöön. Rooman konferenssissa puhuneista valtioista muun muassa Australia, Brasilia, Kanada, Norja, Pakistan, Ruanda, Turkki, Liechtenstein ja Yhdysvallat eivät kuitenkaan asettuneet hyökkäysrikoksen sisällyttämisen puolelle. Politi ja Nesi 2004, s. 13; Schabas 2007 s. 134, ja McDougall 2013, s. 9.

29 5 (2) artiklan tarkoitus oli tuoda esille sitä tahtotilaa, joka ainakin suurella osalla valtioista oli hyökkäysrikoksen saattamiseksi tosiasiallisesti osaksi rikostuomioistuimen toimivaltaa, eli luoda tällä tavalla diplomaattista painetta tuleville neuvotteluille. Kimpimäki 2015, s. 128. Ks. lisäksi HE 161/2000 s. 14.

30 Donnelly, Eric, McGoldrick, Dominic & Rowe, Peter 2004. *The permanent international criminal court: Legal and policy issues*. Oxford: Hart s. 135–136.

4. HYÖKKÄYSRIKOSTOIMIVALLAN MÄÄRITTELY KAMPALAN TARKISTUSKONFERENSSISSA

4.1. Hyökkäysrikoksen määritelmä

Hyökkäysrikoksen määritelmästä ja toimivallan käytön edellytyksistä päästiin ainakin näennäiseen yksimielisyyteen vuonna 2010, seitsemän vuotta Kansainvälisen rikostuomioistuimen toiminnan aloittamisen jälkeen, jolloin Rooman perussäännön sopimusosapuolet kokoontuivat Kampalassa, Ugandassa järjestetyssä tarkistuskonferenssissa. Sopimusosapuolet olivat saavuttaneet määritelmää koskevan sovinnon jo hyvissä ajoin ennen Kampalaa, mutta toimivaltaa koskeva kysymys ratkaistiin vasta konferenssin loppumetreillä. Tarkistuskonferenssin päätöksillä perussääntöön lisättiin hyökkäysrikoksen määritelmää ja toimivallan käytön edellytyksiä koskevat kohdat, niin kutsutut Kampalan lisäykset.³¹

Hyökkäysrikoksen määritelmä otettiin Rooman perussäännön uuteen 8 a artiklaan. Määritelmän mukaan hyökkäysteolla tarkoitetaan sotilaallisen voiman käyttöä, joka kohdistuu toisen valtion suvereniteettiin, alueelliseen koskemattomuuteen tai poliittiseen itsenäisyyteen sekä muuta YK:n peruskirjan vastaista sotilaallista voimankäyttöä. YK:n vuoden 1974 päätöslauselman 3314 (XXIX) määritelmän mukaisten aseellisten hyökkäysten, pommitusten, saartotoimien, toisen valtion alueelle sijoitettujen joukkojen sopimuksen vastaisten toimien ja valtion puolesta toimivien ja aseellisten joukkojen harjoittaman aseellisen voimankäytön todetaan olevan artiklassa tarkoitettuja hyökkäystekoja. Hyökkäysteon tulee edelleen olla luonteeltaan, vakavuudeltaan ja laajuudeltaan *ilmeisellä tavalla*³² YK:n peruskirjan vastainen.³³ On huomattava, että hyökkäysrikoksen määritelmän mukaan hyökkäystekoon voi syyllistyä ainoastaan valtio. Sellaiset ei-valtiolliset tahot, kuten Al Qaida tai ISIL/Daesh eivät siten voi syyllistyä Rooman perussäännön tarkoittamaan hyökkäystekoon.

31 Kampalan tarkistuskonferenssia edelsi Rooman perussäännön valmistelukomitean ja sopimusvaltioista koostuvan erityisen hyökkäysrikostyöryhmän pitkä valmisteluajanjakso. HE 289/2014 s. 11–12 ja Kimpimäki 2015, s. 128. Valmisteluajanjaksoilta on hyvä mainita erityisesti neuvottelija fasilitoineen Liechtensteinin merkittävä panos lopullisen sovinnon löytämiselle. Ks. McDougall 2013, s. 12–24.

32 Useat kansainvälisesti merkittävät valtiot olivat valmiita hyväksymään määritelmän vasta, kun teonkuvaukseen otettiin riittävä kynnys sille, että hyökkäystekoa voidaan pitää hyökkäysrikoksena. Tämän vuoksi Kampalan lisäykseen lisättiin maininta, jonka mukaan teon tulee olla ilmeisellä tavalla YK:n peruskirjan vastainen, jotta sitä voidaan pitää hyökkäysrikoksena. Riittävä kynnystä kannattivat muun muassa Saksa sekä neuvottelupöytään palannut Yhdysvallat. Saksan kannan mukaan tämä kynnys estäisi muun muassa oikeudellisesti epäselvien hyökkäysten katsomisen hyökkäysrikokseksi. McDougall 2013, s. 124–125.

33 Kimpimäki 2015, s.128–129.

Hyökkäysrikoksesta voi artiklan mukaan joutua vastuuseen henkilö, joka suunnitteli, valmisteli, aloitti tai toteutti hyökkäyksen. Vastuu hyökkäysrikoksesta koskee vain henkilöitä, jotka ovat sellaisessa asemassa, että he voivat tehokkaasti kontrolloida tai ohjata valtion poliittisia tai sotilaallisia toimia.

4.2. Toimivallan käytön edellytykset ja tutkinnan käynnistäminen

Kampalaan tullessa pääasiallinen ongelmakohta Kansainvälisen rikostuomioistuimen toimivallan käytön osalta oli se, tuleeko YK:n turvallisuusneuvoston YK:n peruskirjan 39 artiklan nojalla todeta hyökkäyksen olemassaolo, vai voiko tuomioistuin itse ratkaista tämän kysymyksen. Pelastukseksi pattitilanteeseen ehdotettiin, että toimivallan käyttöä koskevat säännöt voitaisiin erotella sen mukaan, onko tilanne tullut vireille YK:n turvallisuusneuvoston vai syyttäjän omasta aloitteesta (lat. *proprio motu*) tai valtion aloitteesta. Osana tätä ratkaisua sovittiin, että syyttäjän tai valtion aloitteesta käynnistetystä tutkinnasta rikostuomioistuimen syyttäjän tulisi ensiksi selvittää YK:n turvallisuusneuvoston kanta hyökkäyksen olemassaolosta, ennen kuin tämä voisi edetä tutkinnassaan. Lopullinen kompromissi saatiin kuitenkin aikaan vasta kun sovittiin siitä, että tuomioistuin voi käyttää toimivaltaansa syyttäjän tai valtion aloitteesta vireille pannusta tilanteesta ainoastaan, jos hyökkäjä-valtio ei ole aiemmin antanut selitystä siitä, ettei kyseinen valtio kuulu tuomioistuimen toimivaltaan eli tehnyt ns. *opt out* -julistusta.³⁴

Opt out -julistuksen vastapainoksi hyökkäysrikokselle luotiin tiukat ratifointivaatimukset. Kampalan tarkistuskonferenssin lisäysten mukaan tuomioistuin voi käyttää uutta toimivaltaansa vain sellaisen rikoksen käsittelyyn, joka on tehty vuoden kuluessa siitä, kun kolmaskymmenes osapuolivaltio on ratifoinut tai hyväksynyt perussäännön muutokset. Joka tapauksessa tuomioistuin voi kohdan mukaan käyttää toimivaltaansa vasta sitten, kun asiasta on tehty uusi aktivointipäätös³⁵, joka on mahdollista tehdä vasta 1.1.2017 jälkeen.³⁶

Uudessa 15 a artiklassa määritetään toimivallan käytön ehdot silloin, kun tilanteen on saattanut tutkittavaksi tuomioistuimen syyttäjä tai valtio. *Opt out* -julistusta koskeva sääntö otettiin

34 Kress 2017, s. 624–625.

35 Päätös tulee olla tehty vähintään kahden kolmasosan enemmistöllä. Vaikka kahden kolmasosan enemmistöosuus voi kuulostaa tiukalta, on huomattava, että osapuolikokous tekee päätöksensä pääasiassa konsensuksella, joten tosiasiaa ratifointia koskevaa vaatimusta voitiin pitää jopa vaikeammin saavutettavana kriteerinä. Ks. Kress, Claus 2018. On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 16, Issue 1, 1 March 2018 s. 11.

36 Kress 2017, s. 624 ja Kimpimäki 2015, s. 129. Nämä edellytykset koskevat tutkintoja, jotka on käynnistetty turvallisuusneuvoston, syyttäjän tai valtion aloitteesta.

perussäännön 15 a artiklan 4 kappaleeseen. Kohdan mukaan tuomioistuin voi käyttää toimivaltaansa vain sellaisen sopimusvaltion hyökkäyksen johtuvan hyökkäysrikoksen käsittelyyn, joka ei ole antanut erillistä julistusta, jolla se toteaa, ettei kyseinen valtio hyväksy tuomioistuimen toimivaltaa hyökkäysrikoksen osalta.³⁷

Tuomioistuimen toimivaltaa ei-sopimusvaltioihin nähden säännellään 15 a artiklan 5 kappaleessa. Kohdan mukaan tuomioistuimella ei ole hyökkäysrikoksen osalta toimivaltaa ei-sopimusvaltioihin nähden silloin, kun hyökkäysrikokseen on syyllistynyt ei-sopimusvaltion kansalainen tai kun hyökkäysrikos on tehty ei-sopimusvaltion alueella. Tämä edellytys tarkoittaa merkittävää poikkeamista muihin perussäännössä tarkoitettuihin rikoksiin sovellettavista toimivaltamääräyksistä³⁸.

YK:n turvallisuusneuvoston roolia koskevat kohdat on kerätty 15 a artiklan kappaleisiin 6–8. Kappaleet tarjoavat menettelysäännöt syyttäjälle, kun tämä on arvioinut, että on perusteltu syy tutkia epäiltyä hyökkäystekoa. Syyttäjän tulee ensiksi selvittää onko YK:n turvallisuusneuvosto kyseisessä tapauksessa todennut valtion hyökkäyksen olemassaolon. Mikäli turvallisuusneuvosto on todennut valtion hyökkäyksen olemassaolon, syyttäjä voi edetä tutkinnassaan. Jollei YK:n turvallisuusneuvosto tee päätöstään kuuden kuukauden kuluessa, voi syyttäjä edetä tutkinnassaan esitutkintajaoston luvalla. Tämä mahdollistaa tapauksen tutkinnan silloinkin kun turvallisuusneuvosto ei pysty veto-oikeuden käytön vuoksi toteamaan hyökkäyksen tapahtumista.³⁹

15 a artiklan 9 kappaleen mukaan Kansainvälinen rikostuomioistuin ei ole kuitenkaan sidottu minkään tuomioistuimen ulkoisen organin hyökkäystekoa koskevaan päätökseen. Määräyksen tarkoituksena on varmistaa tuomioistuimen itsenäisyys suhteessa ulkopuolisiin toimielimiin, kuten YK:n turvallisuusneuvostoon sekä erityisesti varmista epäälytjen oikeus

37 Kohdassa todetaan edelleen, että *opt out* -julistus voidaan peruuttaa milloin tahansa ja julistuksen tehneen valtion tulee arvioida tekemäänsä julistusta uudelleen kolmen vuoden kuluttua sen tekemisestä.

38 Kress 2017, s. 662 ja HE 289/2014 s. 12. Rooman perussäännön 12 artiklan 2 kappaleen mukaan tuomioistuin voi toimivaltaansa kuuluvien rikosten osalta käyttää toimivaltaansa tilanteessa, jonka sopimusvaltio on siirtänyt syyttäjän käsiteltäväksi tai jossa tutkinta on käynnistynyt syyttäjän aloitteesta, mikäli aluevaltio tai valtio, jonka kansalainen rikoksesta epäilty on, on perussäännön sopimusvaltio. Artikla on näin ollen tarjonnut muiden rikosten kohdalla sopimusvaltiolle turvaa myös ei-sopimusvaltion kansalaisen tekemän rikoksen johdosta. Myöskään 12 artiklan 3 kappaleen mukainen ei-sopimusvaltion erillinen hyväksyntä ei anna rikostuomioistuimelle toimivaltaa yksittäistapauksessa hyökkäysrikoksen osalta.

39 Kimpimäki 2015, s. 129. YK:n turvallisuusneuvosto voi kuitenkin edelleen Rooman perussäännön 16 artiklan mukaan lykätä käsittelyä.

oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.⁴⁰ Kohdan mukaan tuomioistuin ei siis olisi riippuvainen myöskään YK:n turvallisuusneuvoston hyökkäystekoa koskevasta määritelmäpäätöksestä.⁴¹

Kampalan lisäysten artikla 15 b koskee tilanteita, joissa YK:n turvallisuusneuvosto on siirtänyt tilanteen syyttäjän käsiteltäväksi. Tuomioistuimen toimivalta eroaa tällöin laajuudeltaan hyvin paljon edellä mainituista tilanteista, joissa syyttäjä on ottanut tilanteen tutkittavakseen omasta tai valtion aloitteesta. Edellisissä kappaleissa mainitut toimivallan alaa rajaavat määräykset eivät koske tilanteita, jotka YK:n turvallisuusneuvosto on saattanut tuomioistuimen tutkittavaksi. Perussäännön muutosten voimaantulon jälkeen turvallisuusneuvosto voi saattaa hyökkäysrikoksia koskevat tapaukset tuomioistuimen tutkittavaksi ilman lisäedellytyksiä.⁴² Artiklan 15 b toiseksi viimeiseen kappaleeseen on lisäksi otettu vastaava säännös kuin artiklaan 15 a, jonka mukaan tuomioistuin ei ole sidottu sen ulkopuolisten toimielinten päätöksiin koskien hyökkäyksen olemassaoloa.

5. HYÖKKÄYSRIKOKSEN AKTIVOINTI SOPIMUSOSAPUOLTEN KOKOUKSESSA NEW YORKISSA

Hyökkäysrikostoimivallan perustamiseksi vaadittu 30 ratifioinnin raja meni rikki kesällä 2016.⁴³ Päätös hyökkäysrikoksen aktivoinnista voitiin kuitenkin tehdä aikaisintaan 1.1.2017, joten ensimmäinen mahdollisuus päätöksenteolle oli New Yorkissa pidettävä Rooman perussäännön osapuolikokous joulukuussa 2017. Nopeasti ratifiointiedellytyksen täytyttyä kävi kuitenkin selväksi, etteivät kaikki valtiot olleetkaan tyytyväisiä sopuun, joka Kampalassa oli saavutettu.

40 HE 289/2014 s. 19.

41 Ks. Kress 2017, s. 638-640 sekä McDougall 2013, s. 271-273 oikeuskirjallisuudessa esitettyjä näkemyksiä siitä miten tuomioistuimen pitäisi suhtautua YK:n turvallisuusneuvoston antamiin hyökkäyksen toteaviin tai kiistäviin kannanottoihin. Kansainvälisoikeudellisesti erittäin mielenkiintoiseksi muodostui tilanne, jossa YK:n turvallisuusneuvosto tekisi negatiivisen määritelmäpäätöksen hyökkäysteosta, jolloin Kansainväliselle rikostuomioistuimelle jäisi mahdollisuus kohtaa 15 a 9 soveltaen katsoa, ettei se ole sidottu tähän päätökseen. On kuitenkin huomattava, että käytännön elämässä YK:n turvallisuusneuvoston kynnys antaa sellainen päätöslauselma tai muu julkilausuma, jossa todettaisiin, että jokin valtio ei ole syyllistynyt hyökkäystekoon toisen alueelle, on melko suuri. Käytännössä kyseeseen tulisivat siis lähinnä tilanteet, joissa YK:n turvallisuusneuvosto on katsonut tietyn teon hyökkäysteoksi, ja Kansainvälinen rikostuomioistuin lähtee haastamaan tätä näkemystä.

42 Mikäli YK:n turvallisuusneuvosto ohjaa tilanteen tuomioistuimen käsiteltäväksi, ei myöskään YK:n turvallisuusneuvoston tarvitse siis todeta hyökkäyksen olemassaoloa, koska jo tämän toimen ajatellaan indikoivan hyökkäyksen olemassaoloa. Kimpimäki 2015, s. 130.

43 Palestiinan valtio oli 30. valtio, joka talletti ratifioimisasiakirjan YK:n päämajaan. Suomi on ratifioinut lisäykset ja implementoinut hyökkäysrikoksen rikoslain 11 lukuun rikoslain muuttamisesta annetulla lailla (1718/2015).

Kipukohta oli etenkin yllä kerrottuun Kampalan lisäyksen 15 a (4) artiklaan sisältyvä *opt out* -julistus. Epäselvyys liittyi siihen, miten *opt out* -julistuksen vaatimus sellaisten valtioiden osalta, jotka eivät ole ratifioineet Kampalan lisäyksiä, suhteutuu Rooman perussäännön 121 (5) artiklaan, jonka mukaan jäsenvaltion tulee nimenomaisesti hyväksyä perussääntöön tehty muutos, jotta toimivalta voi ulottua näiden valtioiden kansalaisten tekemiin tai näiden valtioiden alueilla tehtyihin rikoksiin. Vaikka tämä normikonflikti tiedostettiin jo Kampalassa, ei aihe herättänyt vielä keskustelua kuin lähinnä oikeustieteilijöiden kesken, koska aktivointipäätöstä ei näkynyt lähitulevaisuudessa⁴⁴. Suomalaisissa lainvalmisteluasiakirjoissa ennustettiin, että erimielisyydet ovat niin vähäisiä, että kysymys *opt out* -julistuksen ja 121 (5) suhteesta jätetään lopulta tuomioistuimen päätettäväksi.⁴⁵ Ratifiointiedellytyksen täytyttyä tämä ennustus osoittautui pahasti vääräksi.

New Yorkin kokouksen lähestyessä pöydälle nousi kysymys siitä, minkä sisältöisenä hyökkäysrikoksen aktivointipäätös tulisi tehdä. Valtiot jakautuivat kahteen leiriin. Toinen puoli, jota myös Suomi edusti, katsoi Liechtensteinin johdolla, että kokouksessa tulisi ainoastaan tehdä yksinkertainen aktivointipäätös, jolla Kampalan sovinto vahvistetaan.⁴⁶ Tämän näkökulman mukaan normikonflikti, mikäli sellainen on olemassa, päättyy artikla 15 a (4), eli *opt out* -julistuksen eduksi, joka on *lex specialis* suhteessa perussäännön 121(5) artiklaan.⁴⁷ Tämä kävi ilmi paitsi Kampalan lisäysten sisällöstä, myös konsensuksella sovitun *opt out* -julistuksen tarkoituksesta. Näkökulman mukaan Rooman sopimuksen osapuolivaltion tuli siis poikkeuksetta tehdä *opt out* -julistus, jotta se välttyisi tuomioistuimen toimivallalta syyttäjän tai valtion aloitteesta aloitetussa tutkinnassa.⁴⁸

Toinen näkökulma, jonka puolesta liputtivat molemmat Rooman perussääntöön kuuluvat YK:n turvallisuusneuvoston pysyvät valtiot, eli Ranska ja Yhdistynyt kuningaskunta⁴⁹ sekä muun muassa Kanada, Japani ja Norja, oli, ettei kyseistä normikonfliktiä ratkaistu vielä Kampalassa, ja asia tulisi ratkaista ennen kuin hyökkäysrikos voidaan aktivoida. Näkemyksen mukaan valtio ei voinut perussäännön 121 (5) artiklan mukaan tulla toimivallankäytön alaan, jos se ei ole

44 Ainakin Japani kyseenalaisti artiklan 15 a (4) yhdenmukaisuuden Rooman perussäännön kanssa jo Kampalassa. Kress 2017, s. 662.

45 HE 289/2014 s. 18.

46 Ks. Akande, Daapo, 2017: The International Criminal Court Gets Jurisdiction Over the Crime of Aggression. <https://www.ejiltalk.org/the-international-criminal-court-gets-jurisdiction-over-the-crime-of-aggression/>.

47 Barriga, Stefan, 2017: The scope of ICC jurisdiction over the crime of aggression: a different perspective. <https://www.ejiltalk.org/the-scope-of-icc-jurisdiction-over-the-crime-of-aggression-a-different-perspective/>.

48 Ks. McDougall 2013, s. 243 ja Barriga 2017.

49 Muut turvallisuusneuvoston pysyvät jäsenvaltiot, eli Kiina, Venäjä ja Yhdysvallat eivät ole ratifioineet Rooman perussääntöä.

ratifioinut tai hyväksynyt lisäyksiä. *Opt out* -julistusta koskevan ehdon ei katsottu sitovan tällaisia valtiolta.⁵⁰ Esitettiin, ettei Kampalan lisäyksen *opt out* -julistusta koskevaa vaatimusta voida pitää myöskään kansainvälisen sopimusoikeuden mukaisena, koska sopimusvaltio sitoutuisi tällöin Kansainvälisen rikostuomioistuimen toimivaltaan pelkästään jättäytymällä passiiviseksi.⁵¹

Etenkään jälkimmäinen joukko valtioita ei vaikuttanut myöskään olevan valmis tyytymään siihen, että tuomioistuin tekisi lopullisen punninnan Kampalan lisäysten sekä Rooman perussäännön 121 (5) välillä. Näkemysten mukaan sopimusosapuolten kokouksen tulee olla lainsäätäjän roolissa, eikä näin suurta valtaa ole tarpeen antaa tuomioistuimelle.

Miksi *opt out* -julistus sitten aiheutti päänvaivaa, jos sen tekemällä valtio joka tapauksessa pääsisi halutessaan pakoon tuomioistuimen toimivaltaa? Vaikka YK:n turvallisuusneuvoston pysyvien jäsenten johtama puoli perustelikin omaa aktivointikantaansa vedoten valtiosopimusoikeuteen, voidaan arvella, etteivät ainoat motiivit olleet kansainvälisten sopimusten tai sopimusoikeuden perustavanlaatuisien oppien puolustamisessa, vaan että kyse oli diplomatiasta. Useat valtiot, jotka kuuluivat tähän joukkoon, olivat samalla valtioita, jotka *de facto* kykenisivät tekemään varteenotettavan hyökkäyksen. Näiden valtioiden intressissä ei luonnollisestikaan ole omien johtajiensa asettaminen syytteeseen. Toimivallan rajaava *opt out* -julistus koettiin kuitenkin kansainvälispoliittisesti hyvin kiusallisena toimena. Julkinen ilmoitus siitä, että valtio ei halua kuulua hyökkäysrikosta koskevan toimivallankäytön alaan, viestii siitä, kuinka hyväksyttävää ulkopoliittikkaa valtio harjoittaa.

New Yorkissa joulukuussa 2017 järjestetyssä sopimusosapuolten kokouksessa osapuolet eivät lopulta päässeet lainkaan lähemmäs toisiaan, koska kumpikaan leiri ei suostunut joustamaan omasta kannastaan. Leirit olivat niin kaukana toisistaan, että monet valtiot puhuivat ainakin puolivakavissaan äänestyksen mahdollisuudesta. Äänestykseen joutumista ei pidetty suotavana, koska konsensuspäätöksen, jollaisia osapuolikokouksella oli tapana tehdä, koettiin luovan parhaan pohjan tuomioistuimen ratkaisutoiminnalle.⁵²

Lopulta vaikutti kuitenkin siltä, että ainoastaan Ranskan ja Yhdistyneiden kuningaskuntien johtama puoli oli jopa valmis jättämään hyökkäysrikoksen aktivoinnin kokonaan tekemättä, jollei aktivointipäätöksellä rajata *opt out* -julistusta koskevaa kohtaa pois. Vastapuolen oli lopulta

50 Ks. Akande, Daapo 2010: What Exactly was Agreed in Kampala on the Crime of Aggression? <https://www.ejiltalk.org/what-exactly-was-agreed-in-kampala-on-the-crime-of-aggression/>, Akande 2017 ja Stürchler, Nikolas, 2018, The Activation of the Crime of Aggression in Perspective. <https://www.ejiltalk.org/the-activation-of-the-crime-of-aggression-in-perspective/>.

51 Kress 2017, s. 664. Wienin valtiosopimuksia koskevan yleissopimuksen (1969) mukaan valtion tulee lähtökohtaisesti osaltaan hyväksyä valtiosopimusten muutokset, jotta muutoksia voidaan soveltaa tähän valtioon. Ks. tästä keskustelusta erityisesti Clearwater, Darin 2018: When (and How) Will the Crime of Aggression Amendments Enter into Force?: Interpreting the Rome Statute by Recognizing Participation in the Adoption of the Crime of Aggression Resolutions as 'Subsequent Practice' under the VCLT, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 16, Issue 1, 1 March 2018 s. 31–63.

52 Kress 2018, s. 11.

pakko hyväksyä tämä vaatimus, jotta aktivointipäätös saatiin ylipäättään tehtyä.⁵³ Lopulliseen aktivointia koskevaan päätöslauselmaan otettiin tämän vuoksi artikla, jossa vahvistetaan, että tuomioistuimella ei ole toimivaltaa syyttäjän tai valtion aloitteesta tutkittuihin tilanteisiin, mikäli hyökkääjä-valtio tai hyökkäyksen kohteena oleva valtio ei ole ratifioinut tai hyväksynyt Kampalan lisäyksiä.⁵⁴

Eräänlaisena viimeisenä oljenkortenaan Kampalan sovintoa puolustaneen Liechtensteinin ryhmä sai vielä neuvoteltua päätöslauselmaan kohdan, jolla korostetaan tuomioistuimen tuomareiden riippumattomuutta. Tavanomaiseen lakitekstiin tottuneelle juristille kyseinen maininta voi tuntua hyvin mitättömältä, etenkin kun vastaavanlainen maininta sisältyy jo Rooman perussääntöön.⁵⁵ On kuitenkin esitetty, että tällä viittauksella tuomareiden riippumattomuuteen ikään kuin annettiin tuomareille mahdollisuus käyttää enemmän liikkumavaraa tulkitessaan hyökkäysrikosta koskevaa toimivaltaansa.⁵⁶ Tätä puoltavan näkemyksen mukaan tuomioistuin voisi halutessaan tulkita toimivaltakysymystä Kampalan lisäysten mukaisesti esimerkiksi katsoen, että New Yorkissa laadittu päätöslauselma ainoastaan täydentää Kampalan tarkistuskonferenssin sovintoa *opt out* -julistuksesta, muttei olennaisesti vaikuta sen sisältöön.⁵⁷ Kansainvälinen rikostuomioistuin tekisi rohkean tulkinnan, mikäli se tälle kannalla asettuisi.

6. KATSAUS HYÖKKÄYSRIKOKSEN TULEVAISUUDENNÄKYMIIN

Hyökkäysrikos on kulkenut pitkän matkan Nürnbergistä New Yorkiin tullen aktivointipäätöksen myötä vihdoin osaksi Kansainvälisen rikostuomioistuimen toimivaltaa. Historiallinen aktivointipäätös tulee seuraavaksi siirtää käytännön toteutukseen, kun tuomioistuin voi tosiasiallisesti aloittaa toimivallan käyttämisen. Tällöin saadaan kenties ratkaisu myös ainakin jossain määrin edelleen epäselvään *opt out* -kysymykseen. Mikäli tuomioistuin katsoo, ettei sillä ole syyttäjän tai valtion aloitteesta käynnistetyssä tilanteessa toimivaltaa sellaisiin valtioihin

53 Stürchler 2018 ja Kress 2018, s. 11.

54 Päätöslauselman ICC-ASP/16/Res.5 Activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression 2 artiklan mukaan: *[Assembly of States Parties] Confirms that in accordance with the Rome Statute, the amendments to the Statute regarding the crime of aggression adopted at the Kampala Review Conference enter into force for those States Parties which have accepted the amendments one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance and that in the case of a State referral or proprio motu investigation the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime of aggression when committed by a national or on the territory of a State Party that has not ratified or accepted these amendments.*

55 ICC-ASP/16/Res.5 3 artiklan mukaan: *[Assembly of States Parties] Reaffirms paragraph 1 of article 40 and paragraph 1 of article 119 of the Rome Statute in relation to the judicial independence of the judges of the Court.* Ks. tuomioistuimen riippumattomuudesta erityisesti Rooman perussäännön 40 artikla.

56 Ks. tästä keskustelusta Kress 2018, s. 12, Akande 2017 ja erityisesti Stürchler 2018. Nikolas Stürchler on Sveitsin korkea-arvoinen virkamies, joten voidaan tulkita myös Sveitsin kannan olevan se, että ainoastaan *opt out* -julistuksen tekemällä voi varmasti välttyä tuomioistuimen toimivalalta.

57 Stürchler 2018.

nähdessä, jotka eivät ole asianmukaisesti hyväksyneet Kampalan lisäyksiä, on hyökkäysrikoksella vaara jäädä perussäännön kuolleeksi kirjaimiksi. Toisaalta myös YK:n turvallisuusneuvosto voi nyt alkaa siirtää hyökkäysrikosta koskevia tilanteita tuomioistuimen käsiteltäväksi, jolloin tuomioistuin säästyy toimivaltaansa koskevilta rajoituksilta. Käytännössä tämä edellyttäneen sellaisen hyökkäysteon käsillä olon, jossa millään veto-oikeutta käyttävällä turvallisuusneuvoston jäsenvaltiolla ei ole omaa vastakkaista intressiä. Sellaisen konfliktin löytäminen voi osoittautua hyvin haastavaksi.

Kansainvälinen rikostuomioistuin kohtaa tulevaisuudessa muitakin haasteita, kuin hyökkäysrikoksen toimivallan määrittelykysymykset. Samalla kun tuomioistuimella on innokas halu laajentaa perussäännön ratifioineiden valtioiden listaa, ovat useat Afrikan valtiot kyseenalaistaneet tuomioistuimen puolueettomuuden ja uhkailleet joukkopaolla Rooman perussäännöstä. Lisäksi Kansainvälisen rikostuomioistuimen budjetti on jo nyt niukka ja tuomioistuimen syyttäjälaitos joutuu rajaamaan tapauksiaan resurssipulan vuoksi.⁵⁸ Hyökkäysrikoksen laaja ratifiointi, sekä onnistunut soveltaminen tuomioistuimen lainkäytössä voisivat vahvistaa Kansainvälisen rikostuomioistuimen asemaa monella rintamalla. Hyökkäysrikoksesta vastuuseen saattaminen voi nostaa etenkin sellaisten valtioiden luottamusta tuomioistuinta kohtaan, joiden vaaka intervention ja valtion suvereniteetin välistä jännitettä koskevassa keskustelussa painuu vahvasti jälkimmäisen puolelle. Mielenkiinnolla jäädään myös seuraamaan vaikuttaako hyökkäysrikoksen aktivointi mitenkään suurvaltojen, eli Yhdysvaltojen, Kiinan ja Venäjän halukkuuteen ratifoida Rooman perussääntö.

Seuraava vuosikymmen tulee varmasti näyttämään, pystyykö Kansainvälinen rikostuomioistuin ottamaan hyökkäysrikoksen kokoisen harppauksen rankaisemattomuuden vastaisessa taistelussaan. Jos tähän ei pystytä, niin vaarana on, että YK:n ihmisoikeuksien korkean lähettilään, José Ayala Lasso luonnehdinta kansainvälisen rikosoikeuden tilasta jää edelleen voimaan:

“A person stands a better chance of being tried and judged for killing one human being than for killing 100,000.”⁵⁹

58 <https://www.unmultimedia.org/avlibrary/asset/2031/2031916/>. Kansainvälisen rikostuomioistuimen syyttäjä Fatou Bensoudin alustuspuheenvuoro YK:n turvallisuusneuvoston 8091. kokouksessa marraskuussa 2017.

59 Lainaus Jugoslavian tuomioistuimen (ICTY) vuosittaisessa raportissa (1996) A/51/292S/1996/665, s. 11.

OFFER YOUR TEXT TO BE PUBLISHED IN HELSINKI LAW REVIEW

Maximum length

for articles is 25 pages A4, or a maximum of 60 000 characters. For other works such as book reviews and case commentary, the maximum length is around 15 pages.

Typeface

Times New Roman, pt 12, spacing 1,5. No hyphenation.

Abstract

All articles should include an abstract in English. In the abstract, briefly present the purpose of the article, the essential research results, and conclusions. Please note that the purpose of the abstract is to summarize the article in whole, not to act as an introduction. The length of the abstract is around 150 words.

Harvard style footnotes

A reference to the source is marked as follows: last name of the author, year of publication, page number(s). The footnote will always end with a period. (Example: Dworkin, 2004, p. 87–88.)

Citations

Direct quotations of over three lines are put inside quotation marks, indented and evened out from the right hand side.

References

A reference list should be attached to the end of every work sent to us. Include the information regarding the publisher and the place of publication – in a collection of essays both the name of the original book and the referenced part – including page numbers. When referring to a journal, mention the year, volume, issue number and page numbers.

Submissions via Journal.fi online service:

<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

If you have questions on publishing in Helsinki Law Review, send your inquiry to the editors at hlr-toimitus@pykala.fi. With other inquiries and ideas for co-operation, contact tuomas.tiihonen@helsinki.fi.

www.facebook.com/helsinkilawreview

www.linkedin.com/company/helsinki-law-review

