




LAKIMIES 1/2024

SISÄLLYS

Päätoimittajalta (<i>Tatu Hyttinen</i>)	5
Artikkeleita	
<i>Jaakkola, Jussi</i> : Verotuksen ja talouden territoriaalisesta kytköksestä verotusvallan ekstraterritoriaalisuuteen: Poliittisten ideoiden murros ylikansallisessa yritysveroreformissa	6 
<i>Lamminen, Johannes</i> : Normaalistuvaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen Kansainvälisen työjärjestön periaatteiden näkökulmasta	32 
<i>Paakkanen, Katariina</i> : Kriittinen katsaus rikosoikeuden feministiseen kritiikkiin ja sukupuolispesifiin lainsäädäntöön	54 
Katsauksia ja pienempiä kirjoituksia	
<i>Koskinen, Mikael</i> : Etätyössä sattuneen tapaturman korvaaminen	79
<i>Välimäki, Pertti</i> : Lainopin merkitys ratkaisun keksimisessä ja perustelemisessa – muistikuvia työstäni korkeimmassa oikeudessa	99
Väitöksiä	
<i>Tuomala, Saila</i> : Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä	111
<i>Tuomala, Saila</i> : Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä (<i>Matti Tolvanen</i>)	119
Oikeuskäytäntöä	
KKO 2023:15 – Veropetoksen tekotavat ja tahallisuuden arviointi sekä <i>ne bis in idem</i> -kielto (<i>Asko Lehtonen</i>)	128
Kirjallisuutta	
Tuori, Kaarlo: Properties of Law. Modern Law and After (<i>Juha Karhu</i>)	139
Korkman, Julia: Muistin varassa – Oikeusprosessi ja totuus (<i>Teija Stanikić</i>)	146

Keskustelua

<i>Hoikka, Mikko</i> : Moraaliset oikeudet ovat moraalittomia	150
<i>Hänninen, Sakari</i> : Lain ominaisuudet ja omissuudet – kommentaari Kaarlo Tuorin kirjasta <i>Properties of Law</i>	154
<i>Mäntysaari, Petri</i> : Onko legal design tiede? Havaintoja erään väitöskirjan perusteella	174

Tämän numeron kirjoittajat

Contents

Jaakkola, Jussi: Towards extraterritoriality in corporate taxation: International corporate tax reform and the transformation of policy ideas; *Lamminen, Johannes*: Promoting local bargaining based on a normally binding collective agreement from the perspective of the principles of the International Labour Organization; *Paakkanen, Katariina*: Critical view on the feminist critique of criminal law and gender-specific criminal legislation; *Koskinen, Mikael*: Compensation for an accident that occurred while working remotely; *Välimäki, Pertti*: The importance of legal dogmatics in the contexts of the discovery and justification of precedents – memories of my work at the Supreme Court of Finland; *Dissertations; Legal Cases; Literature; Discussion*

Lainopin merkitys oikeuskäytännössä

Lakimies
1/2024
s. 5

Oikeustieteellisillä kirjoituksilla, kuten Lakimies-aikakauskirjassa julkaistavilla artikkeleilla, on vahva rooli lakia säädettäessä ja sovellettaessa. Kyse on kuitenkin ensisijaisesti näkymättömästä oikeuslähdeopillisesta roolista, koska Suomessa sekä lainsäätäjät että lainsoveltajat ovat perinteisesti viittaneet oikeustieteelliseen kirjallisuuteen harvakseltaan. Pidättäväisyys on nostattanut myös kritiikkiä. Esimerkiksi korkeinta oikeutta on moitittu perusteluiden avoimuuden sivuuttamisesta, kun se ei päätöspäätöseluissaan tyypillisesti viittaa hyödyntämäänsä oikeuskirjallisuuteen.

Tässä numerossa julkaistaan postuumisti korkeimman oikeuden oikeusneuvoksen, dosentti Pertti Välimäen kirjoitus, joka tarjoaa sisäpiiriläisen näkökulman lainopin merkitykseen ratkaisun keksimisessä ja perustelemisessa. Kirjoitus konkretisoi mielenkiintoisella tavalla, miksi oikeustieteelliseen kirjallisuuteen viittaaminen on jäänyt marginaaliin korkeimmassa oikeudessa.

Nähtäväksi jää, jatkuuko pidättyväinen linja tulevaisuudessa vai tuleeko aika, jossa ylimpien tuomioistuinten päätöksiä perustellaan useammin oikeustieteellisillä kannanotoilla. Toki mahdolliset muutokset päätöspäätöseluiden tyyllissä tapahtuisivat nekin todennäköisesti vähä vähältä ilman sen suurempaa dramaattikkaa. Tuomioistuinten vakauttavaan rooliin eivät sovi äkkiliikkeet, kuten Välimäki kirjoituksessaan toteaa.

Numeron kolmessa vertaisarvioidussa artikkelissa tarkastellaan ylikansallista yritysverotusta, normaalitiloihin työsopimukseen perustuvan paikallisen sopimuksen edistämistä sekä sukupuolispesifin lainsäädännön ongelmakohtia. Tavalla tai toisella myös nyt julkaistavilla artikkeleilla tulee olemaan näkyvää tai näkymätöntä merkitystä lainsäädäntö- ja lainsoveltamiskäytännöissä.

Välimäen kirjoituksen ja artikkelien lisäksi numero sisältää lyhyemmän kirjoituksen etätyössä sattuneen tapaturman korvaamisesta, lektion ja siihen liittyvän vastaväittäjän lausunnon, oikeustapauskommentin sekä kaksi kirja-arvostelua.

Toisessa kirja-arvostelussa arvioidaan kohteena on Kaarlo Tuorin teos *Properties of Law. Modern Law and After* (2021), jota analysoidaan ja kommentoidaan myös Keskustelua-osastossa. Samassa osastossa käydään kriittistä keskustelua moraalisisistä oikeuksista sekä oikeudellisen muotoilun eli legal designin merkityksestä ja luonteesta. Tämän kaltaiset puheenvuorot ja keskustelun-avaukset ovat tervetulleita, ja niitä voidaan myös tulevaisuudessa julkaista kyseisessä osastossa.

Tatu Hyttinen
päätoimittaja

Jussi Jaakkola

Verotuksen ja talouden territoriaalisesta kytköksestä verotusvallan ekstraterritoriaalisuuteen: Poliittisten ideoiden murros ylikansallisessa yritysveroreformissa



Lakimies
1/2024
s. 6–31

HAKUSANAT: vero-oikeus, talouden globalisaatio, yritysverotus, eurooppaoikeus, verokilpailu, veronvälttely

1. Johdanto

Ylikansallinen vero-oikeus¹ ei ole tyypillisesti ollut poliittisen kansalaiskeskustelun polttopisteessä vaan muovautunut teknokraattisissa vaikuttamisen verkostoissa.² Tämä asetelma on säröillyt 2010-luvulta alkaen. Talouskriisien syventämät julkistalouksien vajeet, vajeilla perustellut julkisen sektorin leikkaukset, talouden digitalisaatio, veronvälttelyn synnyttämät verovajeet, veronvälttelyn käytäntöjä paljastaneet tietovuodot, aloitteet ylikansallisesta verotusoikeudesta ja verokilpailu ovat nostaneet monikansallisten yritysten verotuksen yhteiskunnalliseen keskusteluun.³ Kehitys on johtanut myös oikeudelliseen muutokseen. Euroopan unioni sekä Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö OECD ovat

* *Jussi Jaakkola*, OTT, tutkijatohtori, Turun yliopisto.

1. ”Ylikansallisella vero-oikeudella” viitataan vero-oikeudellisiin normeihin, jotka on muodostettu useamman valtion välisin sopimuksin tai kansainvälisessä organisaatiossa, kuten Euroopan unionissa (EU). Tavanomaisemmin puhutaan ”kansainvälisestä vero-oikeudesta”, mutta sillä viitataan ensisijaisesti kansainvälisten taloussuhteiden verotukseen. ”Ylikansallinen vero-oikeus” painottaa normatiivisen aineksen ylikansallista alkuperää eikä normien sovellettavuutta vain rajat ylittäviin taloussuhteisiin.
2. Sol Picciotto, *Technocracy in the era of Twitter: between intergovernmentalism and supranational technocratic politics in global tax governance*. *Regulation and Governance* 16(3) 2022, s. 634–652; Martin Hearson, *Transnational expertise and the expansion of the international tax regime: imposing ‘acceptable’ standards*. *Review of International Political Economy* 25(5) 2018, s. 647–671 ja Leonard Seabrooke – Duncan Wigan, *Powering ideas through expertise: professionals in global tax battles*. *Journal of European Public Policy* 23(3) 2016, s. 357–374.
3. Dries Lesage – Mattias Vermeiren – Sacha Dierckx, *New constitutionalism, international taxation and crisis*, s. 197–210 teoksessa Stephen Gill – Claire A. Cutler (eds), *New Constitutionalism and World Order*. Cambridge University Press 2014 ja Rasmus Corlin Christensen – Martin Hearson, *The new politics of global tax governance: taking stock a decade after the financial crisis*. *Review of International Political Economy* 26(5) 2019, s. 1068–1088.

muotoilleet normeja, joilla on pyritty saattamaan yritysverotuksen ylikansallisen hallinnan avainkäsitteitä vastaamaan talouden muuttunutta todellisuutta, kuten arvo- ja varallisuusketjujen globaalia rakennetta.

Kun yritysverotuksen ylikansallisen hallinnan uusi aalto alkoi muotoutua 2010-luvulla, sen johtavaksi opinkappaleeksi julistettiin taloudellisen toiminnan verottaminen valtiossa, jossa toiminta synnyttää arvoa.⁴ Taustadiagnosina oli, että globaalien arvoketjujen olosuhteissa vero-oikeudellinen lainkäyttöalue ja taloudellisen arvonluonnin sijaintivaltio olivat eriytyneet toisistaan eivätkä verotuksen ja talouden maantieteet enää kohdanneet. Talouden sidos verotukseen oli muuttunut mielivaltaiseksi sekä alttiiksi yritysten ja valtioiden manipuloinnille.⁵ Uuden ylikansallisen vero-oikeuden tuli yhdistää taloudellinen arvonluonti ja valtion verotusoikeus siten, että oikeudellisilla velvoitteilla olisi mielekäs liityntä taloudelliseen todellisuuteen. Reformilla ei pyritty hylkäämään verotusvallan käytön perinteisesti oikeuttaneita poliittisia ideoita; kyse oli oikeudellisesta uudelleenrakentamisesta, jossa vanhentunut oikeudellinen regiimi tuli viritellä palvelemaan valtion verotusoikeuden tavanomaisesti perustelleita poliittisia ideoita.⁶ Reformilla ei tavoiteltu uusia legitimoivia ideoita vaan korjaavia oikeudellisia sääntöjä, jotka takaisivat verotusvallan käyttöä ja sen kansainvälistä kohdentamista perinteisesti oikeuttaneiden ideoiden toteutumisen.

Tässä artikkelissa esitän, että yritysverotuksen ylikansallinen reformi on johdantanut oikeudelliseen muutokseen, joka on alkanut irtautua poliittisesta ideasta, joka on historiallisesti ollut olennainen yritysten verotuksen oikeuttamisessa Euroopassa. Rakennan väitteen kolmessa vaiheessa. Ensiksi (luku 2) tulkitseen, että verotus ja markkinatalous on liberaalista yhteiskuntamallista alkaen hahmotettu yhteiskuntajärjestyksen osiksi, jotka vastavuoroisesti mahdollistavat toisensa. Koska verotus mahdollistaa talouden, valtiolle syntyy oikeus kerätä veroa taloudesta. Tällä perusteella verotusoikeus on kansainvälisessä yhteisössä laajasti tunnustettu valtiolle, jossa yrityksen on tulkittu olevan taloudellisesti läsnä. Kutsun tätä verotuksen ja talouden territoriaaliseksi kytkökseksi. Toiseksi (luku 3) esitän, että 2010-luvulla alkanut yritysveroreformi rakentui alkuvaiheissaan idealle verotuksen ja talouden territoriaalisesta kytköksestä – siitäkin huolimatta, että idealle annettiin aikaisemmasta poikkeaviakin tulkintoja. Kolmanneksi (luku 4) analysoin, missä mielessä reformi on irtautunut territoriaalisesta kytköksestä ja vienyt kohti ekstraterritoriaalista verotusvallan käyttöä. Oikeudellisesti jäsenyenneimmän muotonsa irtautuminen on saanut EU:ssa, jossa vuonna 2022 hyväk-

4. G20 Leaders' Declaration. Saint Petersburg Summit 5–6 September 2013. (G20 2013a)

5. Jussi Jaakkola – Matti Ylönen – Leevi Saari, Imaginary capital migration and the competitive politics of corporate taxation. *New Political Economy* 28(1) 2023, s. 13–28, 14–17.

6. OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing 2013, s. 11 (OECD 2013b) ja European Commission, A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action. COM(2015) 302 final, s. 6 (European Commission 2015a).

syttiin alun perin OECD:n piirissä hahmotellut säännöt suuryritysten voittojen verotuksen vähimmäistasosta.

Kokonaisuutena artikkelin näkökulmana on, kuinka verotusvallan käytön sääntelyä ja legitimitettä koskevat poliittiset ideat muuttuvat pitkällä aikavälillä ja kuinka muutos heijastuu ylikansalliseen vero-oikeuteen. Tällaisena artikkeli avaa näkökulmia laajoihin tutkimusteemoihin. Ensinnäkin artikkelissa on kyse verotusoikeuden jakamisesta valtioiden välillä, ja sellaisena sen problematiikalla on yhteys verotusvallan alueelliseen ulottuvuuteen ja kiinnekohtiin, joihin julkisen vallan käyttö kansainvälisessä yhteisössä voidaan oikeutetusti kiinnittää. Toiseksi artikkeli valottaa markkinatalouden ja verotusvallan oikeudellisten maantieteiden suhdetta. Yhtäältä se tarkastelee näiden kehitysten eritahtisuutta, toisaalta se osoittaa, kuinka ylikansallisen vero-oikeuden viimeaikainen muutos on pyrkinyt tuomaan näitä lähemmäs toisiaan. Tämä koskettaa myös kysymystä, merkitseekö ylikansallisen vero-oikeuden muutos siirtymää markkinatalouden rakentamiselle viritetystä globalisaatiosta kohti julkisen vallan käytön turvaavaa globalisaatiota. Tästä näkökulmasta voidaan verotuksen alueella tarkastella, kuinka julkisen vallan käytön lähtökohdat muuttuvat globalisaation erilaisissa oikeudellisissa muunnelmissa. Kolmanneksi artikkeli nivoutuu osaksi kansainvälisen vero-oikeuden peruskysymystä, tulisiko kansainvälistä konsernia tarkastella yhtenä verotusyksikkönä. Vaikka yritysverotuksen viimeaikaisessa reformissa konserniveroteoreettiset kysymykset on tematisoitu melko alkeellisesti, reformi on kuitenkin merkinnyt askelta – vaikkakin maltillista askelta – konserniyhtiöiden erillisverotuksesta kohti konsernin mieltämistä aiempaa yhtenäisemmäksi verotusyksiköksi. Neljänneksi artikkelin problematiikka koskee verotusvallan käytön oikeuttavia ideoita, jotka ovat osittain riippumattomia verotusoikeuden kohdentamisesta valtioiden välillä. Koska verotuksen ja talouden territoriaalinen kytkös on alkanut menettää merkitystään veroreformin myötä, reformi ajaa ajattelemaan uudelleen poliittisia ideoita, joilla valtion verotusoikeuden legitimitettä pitäisi ylipäätään jäsentää.

2. Verotuksen ja talouden territoriaalisen kytköksen idea

Verotuksen oikeutus on muun ohella johdettu systemisestä roolista, joka veroilla on ollut yhteiskunnan taloudellisessa kokonaisuusjärjestyksessä.⁷ Kansallisessa kontekstissa rooli sai ilmaisunsa ennen kaikkea 1700-luvulta eteenpäin hahmot-

7. Jussi Jaakkola, *From the Governance of National Tax Systems to Governing Through European Taxation: A Justification for the EU's Power to Levy Taxes*, s. 59–82 teoksessa Johan Lindholm – Anders Hultqvist (eds), *The Power to Tax in Europe*. Hart 2023, s. 62–67.

Verotuksen ja talouden territoriaalisesta kytköksestä verotusvallan ekstraterritoriaalisuuteen

tuneessa liberaalissa yhteiskuntamallissa, ja 1900-luvulla se tuli määrääväksi verotusoikeuden jakamisessa valtioiden välillä. Idean kehityksessä punaisena lankana on ollut verotuksen ja talouden vastavuoroisuus sekä niiden territoriaalinen kytkös.

Liberaalin yhteiskuntamallin lähtökohtana oli julkisen ja yksityisen alueen erottaminen toisistaan.⁸ Erottelun ytimessä oli markkinatalouden mieltäminen valtion väliintuloilta rauhoitetuksi tuotannon ja vaihdannan mekanismiksi sekä ensisijaisesti yksityisille markkinasubjekteille varatuksi toiminta-alueeksi. Osaltaan yksityistä markkinatoimijuutta korostaneen liberalisoitumiskehityksen seurauksena valtiot välttivät ottamasta tuotannolle, vaihdannalle ja omistamiselle rakentuvan kaupallisen toimijan roolia.⁹ Kun valtiot pidättyivät osallistumasta talouteen markkinasubjektin asemassa, niiden oli turvattava rahoituksensa verotuksella. Julkiseen rahoitustarpeeseen perustuva verotus ei siten ollut liberaalille yhteiskuntamallille vastakkainen instituutio vaan kumpusi liberaalin järjestelmän itsensä oikeudellisista perusteista, jotka suojasivat yksityistä tuotantoa.¹⁰ Tässä mielessä myös Karl Marx¹¹ tunnisti kapitalistisen yhteiskuntamuodon kehittyneen verotuksen poliittis-sosiaalisesti viitekehykseksi. Sen lisäksi, että verotalous oli systeemisesti yhteensopiva liberaalin yhteiskuntamallin kanssa, oli liberaali verovaltio riippuvainen yksityisestä arvonmuodostuksesta. Koska verotusvalta kohdistui yksityiseen talouteen, muodostuivat markkinasuhteet ja yksityinen omistus valtion tosiasiallisiksi mahdollisuuden edellytyksiksi.¹² Tässä

8. Dieter Grimm, *Die Bürgerlichkeit im Recht*, s. 11–50 teoksessa Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Suhrkamp 1987; Jürgen Habermas, *Julkisuuden rakennemuutos*. Tutkimus yhdestä kansalaisyhteiskunnan kategoriasta [1962]. Suom. Veikko Pietilä. Vastapaino 2004, s. 120–139 ja Ellen Meiksins Wood, *Democracy Against Capitalism. Renewing Historical Materialism*. Verso 2016, s. 19–48.
9. Adolph Wagner, *Finanzwissenschaft. Erster Theil: Einleitung, Ordnung der Finanzwirtschaft, Finanzbedarf, Privaterwerb*. 3. Auflage. C. F. Winter'sche Verlagshandlung 1883, s. 4–5 ja Rudolf Goldscheid, *Staat, öffentlicher Haushalt und Gesellschaft. Wesen und Aufgabe der Finanzwissenschaft vom Standpunkte der Soziologie* [1926], s. 253–316 teoksessa Rudolf Hicel (Hrsg.), *Rudolf Goldscheid/Joseph Schumpeter. Die Finanzkrise des Steuerstaats. Beiträge zur politischen Ökonomie der Staatsfinanzen*. Suhrkamp 1976, s. 261–269.
10. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*. 1. Halbband [1921/1922]. J. C. B. Mohr 1972, s. 117 ja Paul Kirchhof, *Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Steuern*, s. 27–53 teoksessa *Steuern im Verfassungsstaat. Symposium zu Ehren von Klaus Vogel*. C.H. Beck 1996, s. 32–33. Verotuksen rooli luonnollisesti vaihteli valtiosta toiseen. Ks. José Luís Cardoso – Pedro Lains (eds), *Paying for the Liberal State. The Rise of Public Finance in Nineteenth-Century Europe*. Cambridge University Press 2010.
11. Karl Marx, *Kritik des Gothaer Programms*, s. 13–32 teoksessa Karl Marx – Friedrich Engels, *Werke*. Band 19. 4. Auflage. Dietz Verlag 1973, s. 29–30. Marxin käsityksestä ks. myös Timm Großmann, *Karl Marx' Kritik des steuernden Staats*, s. 179–207 teoksessa Sebastian Hühholz (Hrsg.), *Fiskus – Verfassung – Freiheit. Politisches Denken der öffentlichen Finanzen von Hobbes bis Heute*. Nomos 2018.
12. Josef Isensee, *Steuerstaat als Staatsform*, s. 409–435 teoksessa Rolf Stödter – Werner Thieme (Hrsg.), *Hamburg. Deutschland. Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfas-*

merkityksessä Joseph Schumpeter luonnehti verovaltiota talouden parasitiitiksi.¹³ Julkisen ja yksityisen alueen lähtökohtaisesta erottelusta huolimatta valtio oli siis verovaltiona toiminnallisesti ja rakenteellisesti riippuvainen markkinataloudesta.¹⁴

Valtion ja yksityisen talouden välinen riippuvuus ei ollut yksisuuntaista, sillä markkinoiden toiminta oli mahdollista ainoastaan valtiollis-oikeudellisten instituutioiden puitteissa. Jo 1600-luvun yhteiskuntasopimusteorioissa hallinto hahmotettiin kehityksessä olevan yksityisen talouden välttämättömäksi edellytykseksi, ja koska hallinto rahoitettiin keskeisesti veroilla, oli verotus talouden ja yksityisen vapauspiirin toiminnallinen ehto.¹⁵ Tämä kehitys terävöityi liberaalin valtion aikakaudella. Vaikka valtiolla ja markkinoilla oli toisistaan poikkeavat tehtävät liberaalin yhteiskuntamallin työnjaossa, ne nähtiin toistensa systeemisiksi vastinkappaleiksi, joiden välissä verotuksella oli välittäjäasema. Veroilla oli rakenteellinen rooli osana markkinasidonnaista arvonmuodostusta, ja ne olivat markkinatalouden mahdollistava ja sitä uusintava rakenneosia. 1800-luvun lopun yhteiskuntatutkimuksessa verotuksen ja yksityisen talouden toisensa vastavuoroisesti mahdollistava suhde jäsennettiinkin vallitsevasti liberaalin yhteiskunnan perusmuodoksi. Lorenz von Steinin¹⁶ analyysissa valtio luo ”absoluuttisen välttämättömät edellytykset taloudelliselle toiminnalle, josta verot valtiolle kerätään. [– –] Tässä syntyy valtion olemassaolon syvimmän tason orgaaninen kiertokulku: [– –] talouden veropotentiaali toimii lähteenä veroille, verot ovat edellytys hallinnolle, ja hallinto puolestaan mahdollistaa talouden veropotentiaalin” [käännös J. J.]. Liberaalissa yhteiskunnassa valtiolla ja verotuksella nähtiinkin olevan mahdollistava rooli talouden kokonaisjärjestyksessä.¹⁷

sungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag. Mohr 1977 ja Ulrich K. Preuß, Rechtsstaat – Steuerstaat – Sozialstaat. Eine Problemskizze, s. 46–68 teoksessa Dieter Deiseroth – Friedhelm Hase – Karl-Heinz Ladeur (Hrsg.), Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft. Europäische Verlagsanstalt 1981.

13. Joseph Schumpeter, Die Krise des Steuerstaats [1918], s. 329–379 teoksessa Hickel 1976, s. 346.
14. Tämä osaltaan osoittaa, kuinka suhteellinen valtion ja talouden erottelu liberaalissa yhteiskuntamallissa oli. Ks. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, s. 209–243 teoksessa Ernst-Wolfgang Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit. Suhrkamp 2013.
15. John Locke, Two Treatises of Government [1689/1690]. Hafner Publishing 1947, s. 184–193.
16. Lorenz von Stein, Lehrbuch der Finanzwissenschaft. Zweiter Teil. Erste Abteilung. F. A. Brockhaus 1885, s. 357–358.
17. Wagner 1883, s. 13. Ks. myös Pierre-Joseph Proudhon, Theorie der Steuer [1861]. Übersetzt von Lutz Roemheld. Metropolis 2012, s. 63–103. On syytä huomata, että liberaalin aikakauden arvorteorioissa valtio nähtiin vallitsevasti varsinaisen arvonluonnin näkökulmasta tuottamattoman toiminnan alueena, vaikkakin tuottavan toiminnan mahdollisuuden ehtona. Ks. Mariana Mazzucato, The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy. Allen Lane 2018, s. 21–56.

Valtio ja markkinat olivat siten talouden vastavuoroisia sekä välttämättömiä rakenneosia.

Idea valtion ja markkinatalouden vastavuoroisesta suhteesta ei ainoastaan kuvannut liberaalin aikakauden yhteiskuntajärjestelmää, vaan sille annettiin myös preskriptiivinen asema verotuksen oikeuttamisessa. Kehämäisessä arvonmuodostuksessa verotus siirtää arvoa taloudesta poliittisen yhteisön määräysvaltaan, ja koska verot kohdistuvat valtion mahdollistamaan yksityiseen arvonluontiin, on niiden kerääminen oikeutettua.¹⁸ Uuden ajan poliittisessa ajattelussa verotuksen oikeutus käsitteellistettiin tavanomaisesti siten, että valtio tuottaa kollektiivisia hyötyjä, joiden vastasuorituksena veroja yksityistaloudesta maksetaan. Verotus hahmotettiin karkeasti eräänlaisena valtion ja yhteiskunnan massamuotoisena vaihdantasuhteena.¹⁹ Olennaista oli, että verotuksella oli mahdollistava kytkös talouteen, johon verovelvoitteet kohdistuivat. Koska talous palautui osaltaan rooliin, joka valtiolla ja verotuksella oli arvonluonnin ehtona, osa taloudessa luodusta arvosta voitiin oikeutetusti siirtää takaisin valtiolle. Idea arvonluonnin osittaisesta palautumisesta yhteisölliseen ja valtiolliseen alkuperään sai aiempaakin selkeämmän ilmaisunsa Leonard T. Hobhousen sosiaaliliberalismissa, jossa ”verotuksen todellinen tehtävä on varmistaa yhteiskunnalle se osa varallisuudesta, joka palautuu sosiaaliseen alkuperään” [käännös J. J.].²⁰ Tämä idea verotuksen oikeuttamisesta oli ensisijainen suhteessa kysymyksiin verotuksen tasosta ja verotaakan oikeudenmukaisesta jakamisesta yksilöiden välillä.²¹

Kun verotusta alettiin 1900-luvun demokraattisessa sosiaalivaltiossa käyttää sosiaalipoliittisiin tarkoituksiin ja makrotaloudellisten suhdanteiden hallintaan, keskustelu verotuksen oikeutuksesta muuttui moninaisemmaksi. Verotuksen ja markkinatalouden keskinäiselle kytkennälle rakentunut oikeutus sai kuitenkin merkitystä niiden ylikansallisten oikeussääntöjen kirjoittamisessa, joilla estettiin kansainvälisten taloussuhteiden monenkertainen verotus jakamalla verotusoikeuksia valtioiden välillä. Kansainliitossa 1920-luvulla virinnyttä työtä ohjasi kysymys, millainen kytkös verotuksen kohteella pitää olla lainkäyttöalueeseen,

18. Klaus Vogel, *Rechtfertigung der Steuern: eine Vergessene Vorfrage. Zugleich zur "heimlichen Steuerrevolte" und zum Dreieck Staat/Wirtschaft/Gesellschaft*. Der Staat 25(4) 1986, s. 481–520.

19. Ks. tästä kehityksestä Fritz Karl Mann, *Steuerpolitische Ideale. Vergleichende Studien zur Geschichte der ökonomischen und politischen Ideen und ihres Wirkens in der öffentlichen Meinung 1600–1935*. Gustav Fischer 1937, s. 80–274.

20. Leonard Trelawny Hobhouse, *Liberalism* [1911], s. 1–120 teoksessa Leonard Trelawny Hobhouse, *Liberalism and other writings*. Cambridge University Press 1994, s. 97. Teemasta laajemmin ks. s. 81–102.

21. Liberaalissa yhteiskuntamallissa verotuksen rooli markkinatalouden ja yksityisen vapauserin mahdollistajana merkitsi myös verotuksen hyväksyttävyyden rajoja, jotka saivat selkeän ilmaisunsa poliittisen talouden tutkimuksessa. Yleisesti ks. esim. Michel Foucault, *The Birth of Biopolitics. Lectures at the Collège de France 1978–1979*. Transl. Graham Burchell. Picador 2008, s. 1–50.

jotta valtiolle syntyy oikeus verottaa sitä. Kyse ei ollut vain siitä, millä valtiolla on ensisijainen verotusoikeus suhteessa muihin valtioihin, vaan myös julkisen vallan käytön ylipäätään oikeuttavista kytköksistä valtioon.

Verotusvallan alueellisessa kohdentamisessa jäsentäväksi nousi Georg Schanzilta periytyvä ”taloudellisen jäsenyyden” (wirtschaftliche Zugehörigkeit) idea. Idean mukaan taloudellisen toiminnan verotusoikeus kuuluu yhteisölle, jonka elämään yksilöllä on taloudelliset siteet.²² Schanzin analyysissa verotuksellisesti relevantteinta oli taloudellisen siteen materiaalisiin elämänolosuhteisiin palautuva luonne. Verotusoikeuden syntyä tarkasteltiin ensisijaisesti suhteessa toimintaan eli tulonmuodostukseen, ja verotusoikeus tuli kohdentaa valtiolle, jossa tulo muodostuu. Arvoa luovan toiminnan ja verotuksen territoriaalinen kytkös taustoitti siten verotusoikeuden alueellista kohdentamista. Lähtökohta välittyi Kansainliiton työtä kehystäneeseen neljän taloustieteilijän analyysiin, jossa omakuttiin taloudellisen jäsenyyden (economic allegiance) idea.²³ Se korosti taloudellista kytköstä ja hylkäsi ajatuksen, että verovelvollisuus edellyttää poliittista oikeutta osallistua tuloveroista päättämiseen, mikä oli ollut tyypillistä kansalaisuutta yksilöiden verovelvollisuuden lähtökohtana painottaneille ajatusperinteille.²⁴ Yksi olennainen taloudellinen kytkös valtioon oli asuminen, mutta vielä suurempi kytkös oli taloudellinen toiminta.

Verotusoikeuden kohdentaminen valtiolle, johon verovelvollisella on taloudelliset siteet, nojasi osaltaan ideaan verotuksen ja talouden vastavuoroisuudesta, johon verotuksen oikeutus liberaalissa yhteiskuntamallissa perustui. Kyse olikin poliittisen idean jatkuvuudesta. Tämä näkyi erityisesti ajatuksessa, että tulon verotusoikeus kuuluu valtiolle, jossa verovelvollisen taloudellinen toiminta on (lähdevaltio). Jo Schanzin²⁵ teorian lähtökohta oli, että taloudellinen jäsenyys yhteisössä tuo mukanaan osallisuuden mahdollisuuksiin, jotka juontuvat yhteisön oikeudellis-hallinnollisista ja verorahoitteisista puitteista. Idea kasvoi vähitellen osaksi verotuksen ylikansallista järjestelmää ja säilyi yhtenä – vaikkakin 1900-luvun loppua kohti unohdettuna – veroteoreettisena oikeutusperustana tulon lähdevaltion verotusoikeudelle.²⁶ Esimerkiksi Thomas S. Adamsin mukaan valtio voi verottaa voittoa, ”jota julkinen kulutus tai valtion mahdollistama liiketoimintaympäristö ovat osaltaan olleet tuottamassa” [käännös J. J.]²⁷, ja tämä heijastui

22. Georg Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht. Finanzarchiv 9(2) 1892, s. 1–74, 8–12.

23. League of Nations, Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee. Document E.F.S.73. F.19. League of Nations 1923, part II, section 1.

24. Wolfgang Schön, Taxation and Democracy. Tax Law Review 72(2) 2019, s. 235–304, 282–287.

25. Schanz 1892, s. 8.

26. Michael J. Graetz, Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies. The David R. Tillinghast Lecture. Tax Law Review 54(3) 2001, s. 261–336, 298 ja Wolfgang Schön, International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I). World Tax Journal 1(1) 2009, s. 67–114, 71–78.

27. Thomas S. Adams, Federal taxes upon income and excess profits. American Economic Review 8 1918, s. 18–35, 20.

Adamsin käsitykseen lähdevaltion oikeudesta verottaa.²⁸ Kun eri tulotyyppien verotusoikeutta hahmoteltiin Kansainliitossa ja OECD:ssä, valtion mahdollistava rooli taloudessa vaikutti siihen, että monien tulotyyppien verotusoikeus myönnettiin valtiolle, jonne verovelvollisen taloudellinen toiminta sijoittuu. Osallisuus talouteen muodosti julkisen vallan käytön oikeuttavan kytköksen, joka kiinnittyi kansainväliseen oikeuteen ja kansallisesti muotoutuneeseen poliittiseen ideaan verotuksen oikeutuksesta. Kansainvälisessä kontekstissa idean tarkoituksena ei ollut määrittellä, kuinka valtiot käyttävät verotusvaltaansa, vaan ainoastaan ratkaista, mille valtiolle varataan verotusoikeus ja mikä valtio on siten oikeutettu ratkaisemaan verokohtelun.²⁹

Verotusoikeuden ja taloudellisen läsnäolon territoriaalinen kytkös muodostui keskeiseksi määrittäessä verotusoikeutta yhtiöiden voittoihin. Lähtökohtaisesti voitto tuli verotettavaksi vain yhtiön asuinvaltiossa. Kansainvälisiin konserneihin kuuluvien eli toisiinsa etuyhteydessä olevien yhtiöiden erillisverotuksen idean mukaisesti näin oli silloinkin, kun oikeudellisesti itsenäinen yhtiö oli ulkomaisen emoyhtiön määräysvallassa.³⁰ Asuinvaltioverotus sisälsi kuitenkin riskin verotuksen alueellisesta arbitraarisuudesta – varsinkin silloin, kun asuinvaltio määräytyi oikeushenkilön rekisteröintivaltion tai muun muodollisen seikan perusteella. Koska oikeushenkilöllisyys on oikeudellinen fiktio, verotus olisi kiinnittynyt verovelvollisen helposti manipuloitavissa olevaan eli mielivaltaiseen siteeseen.³¹ Muodolliseen asuinpaikkaan perustuva verotusoikeus olisi mahdollistanut verotuksen irtautumisen sen kohteena olevasta taloudellisesta todellisuudesta. Tämä olisi rikkonut taloudellisen jäsenyyden ideaa, ja osaltaan tästä syystä verotusoikeutta ei sidottu vain yhtiön nimelliseen asuinpaikkaan. Taloudellisen jäsenyyden ideaan tukeutuen täydentäväksi perusteeksi verotusoikeudelle tuli yhtiön taloudellinen toiminta, joka oikeudellisesti käsitteellistettiin kiinteänä toimipaikkana.³² Kiinteä toimipaikka oli reaalitytökalon

28. Michael J. Graetz – Michael M. O’Hear, The “Original Intent” of US International Taxation. *Duke Law Journal* 46(5) 1997, s. 1021–1109.

29. Nancy H. Kaufman, Fairness and the Taxation of International Income. *Law and Policy in International Business* 29(2) 1998, s. 145–204. Ks. myös Klaus Vogel, *Worldwide vs Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)*. *Intertax* 16(11) 1988, s. 393–402 ja Laurens van Apeldoorn, BEPS, tax sovereignty and global justice. *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 21(4) 2018, s. 478–499, 482–483.

30. Osinkona mahdollisesti jaettava rahoitustoiminnan tuotto saattoi luonnollisesti myöhemmin tulla verotettavaksi emoyhtiön tulona ja erillisenä taloudellisenä saantona emoyhtiön asuinvaltiossa, joskin EU-oikeudessa tytär- ja emoyhtiön välinen osingonjako vapautettiin verotuksesta vuonna 1990.

31. Sol Picciotto, *Offshore: The State as Legal Fiction*, s. 43–79 teoksessa Jason P. Abbott – Mark P. Hampton (eds), *Offshore Finance Centres and Tax Havens: The Rise of Global Capital*. Ichor 1999, s. 47–48 ja Reuven S. Avi-Yonah, *International Taxation of Electronic Commerce*. *Tax Law Review* 52(3) 1997, s. 507–556, 520.

32. Käsite sai ydinpiirteensä jo Kansainliiton verosopimusluonnoksissa. Ks. esim. League of Nations, *Double Taxation and Tax Evasion*. Report Presented by the General Meeting of Govern-

toiminnan funktio: kun yrityksen toiminta valtiossa muodosti taloudellisen läsnäolon, valtioon syntyi kiinteä toimipaikka, johon valtiolla oli verotusoikeus. Kiinteä toimipaikka kehittyi tulkinnanvaraiseksi käsitteeksi, mutta tulkintoja kehystävä konsensus oli, että se viittasi arvonluontiin, joka koostuu materiaalista ja aktiivista toimintaa edellyttävistä tuotanto- ja työpanoksista.³³ Verosopimukset jättivät valtioille harkintavaltaa siinä, kuinka kiinteän toimipaikan kahdenkertainen verotus poistetaan yhtiön asuinvaltiossa: osa hyvitti yhtiön kokonaisverotuksessa kiinteästä toimipaikasta ulkomaille maksetun veron, osa vapautti kiinteän toimipaikan voitot kokonaan verotuksesta. Ensimmäinen vaihtoehto varasi ensisijaisen verotusoikeuden valtiolle, jossa yrityksen taloudellinen toiminta on. Jälkimmäinen vaihtoehto, joka varasi yksinomaisen verotusoikeuden lähdevaltiolle, toteutti puhdaspiirteisesti taloudellisen toiminnan ja verotusoikeuden välistä territoriaalista kytköstä. Tässä asetelmassa, joka säilyi vallitsevana aina 2010-luvulle saakka, idea taloudellisesta läsnäolosta verotusoikeuden perusteena oli jäsentävässä roolissa, vaikka se ei erilaisten kansallisten käytäntöjen vuoksi toteutunutkaan aukottomasti.

Verotuksen ylikansallisen koordinoinnin rationaliteetti 1900-luvulla oli, että kansallisten verojärjestelmien rinnakkaisuus ei estäisi kansainvälisen talousjärjestelmän rakentamista.³⁴ Markkinajärjestelmän näkökulmasta verotuksellinen este oli monenkertainen verotus eli verotusvallan liiallinen käyttö. Tästä juontui ylikansallisten sääntöjen negatiivinen luonne: ne eivät velvoittaneet käyttämään verotusvaltaa vaan ainoastaan rajoittivat sen käyttöä määrittämällä, mille valtiolle verotusoikeus varataan.³⁵ Säännöt olivat julkisen vallan jako- ja rajoitusnormeja, eikä julkisen vallan konstituoiminen kuulunut ylikansallisten järjestelyiden mandaattiin. Se, verottaako valtio verotusoikeutensa piiriin kuuluvaa tuloa ja miten, oli kansallisen politiikan asia. Vero-oikeuden ylikansalliset säännöt tunnustivat siten laajan kansallisen toimivallan päättää verotuksen luonteesta, mikä säilytti vero-oikeuden valtiosuvereniteettikeskeisen systeemin.³⁶ Vaikka

ment Experts on Double Taxation and Tax Evasion. Document C. 562. M. 178. League of Nations 1928. Ks. myös League of Nations 1923, section II, part 2.

33. Werner Haslechner, Value Creation and Income Taxation: A Coherent Framework for Reform?, s. 39–61 teoksessa Werner Haslechner – Marie Lamensch (eds), Taxation and Value Creation. IBFD 2021, s. 45–46.

34. Sol Picciotto, Regulating Global Corporate Capitalism. Cambridge University Press 2011, s. 216–219.

35. Jussi Jaakkola – Reijo Knuutinen, The International Order of Corporate Taxation: From Market-Building to Sustainable Fiscal Settlement?, s. 114–127 teoksessa Beate Sjäfjell – Christopher M. Bruner (eds), The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability. Cambridge University Press 2020, s. 117–120.

36. Thomas Rixen, The Political Economy of International Tax Governance. Palgrave Macmillan 2008, s. 64.

Kansainliiton³⁷ piirissä artikuloitiinkin, että ylikansallisten normien pitäisi paitsi poistaa monenkertainen verotus myös taata yhdenkertainen verotus, ei viimeksi mainittu idea välittynyt ylikansalliseen vero-oikeuteen.³⁸ Kyse oli kansainvälisen markkinatalouden luomisesta, ei verotusvallan rakentamisesta.

Kuvattu kehityskulku kiinnittää huomion neljään seikkaan, jotka ovat olennaisia yritysten verotusta jäsentäneelle 1900-luvun ylikansalliselle järjestelmälle. Ensiksikin kansallisessa kontekstissa verotus oli hahmotettu taloudellisen arvonmuodostuksen edellytykseksi ja sen oikeutus oli johdettu verotuksen sekä markkinatalouden systemisistä vastavuoroisuudesta. Toiseksi verotusoikeuden ja talouden territoriaalinen kytkös oli keskeinen idea verotusoikeuden jakamisessa valtioiden välillä, mikä perustui alun perin kansallisessa kontekstissa artikuloituun verotuksen ja talouden systemiseen vastavuoroisuuteen. Kansallisessa kontekstissa kehittynyt verotuksen oikeutus heijastui siten verotusoikeuden jakamiseen kansainvälisessä yhteisössä. Kolmanneksi verotusoikeus sidottiin yrityksen materiaalis-tuotannolliseen toimintaan valtion lainkäyttöalueella. Ratkaisun myötä alueellisesti hajautettujen verovelvoitteiden odotettiin vastaavan yritysten taloudellisen toiminnan alueellista jakautuneisuutta: vero-oikeuden käsitteiden nähtiin siis pitävän yhtä taloudellisen todellisuuden kanssa. Neljänneksi sikäli kuin ylikansallinen järjestelmä tunnusti valtiolle verotusoikeuden, se säilytti valtion autonomian päättää, käyttääkö valtio verotusvaltaansa ja missä muodossa. Järjestelmä pysyi avoimena sille, että poliittiset yhteisöt päättävät omien kansallisten järjestelyidensä mukaisesti yhteiskuntamallistaan ja verotuksen roolista tässä mallissa. Nämä kansainvälisen yritysverotuksen ratkaisut olivat vakiintuneet 1900-luvun puolivälissä ja muodostivat kontekstin, jossa systeemin reformitarvetta 2010-luvulla lopulta artikuloitiin.

3. Ylikansallinen yritysveroreformi territoriaalisen kytköksen uudelleenrakentamisena

Kuten edellä esitin, verotus on markkinataloudesta riippuvainen instituutio. Riippuvuuden seurauksena markkinatalouden rakenteelliset muutokset heijastuvat verotusvallan käyttöön. Markkinasuhteiden globalisoituminen ei ole ollut poikkeus säännöstä, vaan se on muuttanut verotusvallan käytön systeemisii

37. League of Nations, Double Taxation and Tax Evasion. Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion. Document C.216 M. 85. League of Nations 1927, s. 23.

38. Thomas S. Adamsin ajama yhtiöiden maailmanlaajuinen verotus oli yksi vastaus tähän sääntelyvajaseen, ks. Graetz – O’Hear 1997, s. 1038–1039. Yhteisöverotus Yhdysvalloissa perustuikin osittain tälle mallille vuoteen 2017 asti.

ehtoja. Tämä kävi ilmeiseksi 1980-luvulta eteenpäin, kun globaalit pääomaliikkeet vapautettiin³⁹ ja yritykset hajauttivat toimintojaan eri valtioihin⁴⁰. Finansialisoituminen, immaterialisoituminen ja teknologinen kehitys syvensivät talouden ylikansallista ulottuvuutta.⁴¹ Markkinaintegraatio osoitti riskaabeliksi asetelman, jossa kansainvälinen veroyhteistyö oli pelkistetty markkinaesteiden eli monenkertaisen verotuksen poistamiseen ja veropolitiikka muutoin uskottu kansallisiin käsiin. Talouden radikaali irtautuminen kansallisvaltiollisesti määritetyistä rajoista eriytti verotuksen ja markkinoiden maantieteitä toisistaan sekä syvensi epäsuhtaa poliittisen kontrollin ja markkinoiden välillä.⁴² Kansallisen vero-oikeuden ja ylikansallisen kapitalismin epäsymmetria oli muunnos klassisesta jännitteestä, joka on vallinnut poliittis-suvereenin vallan eli *imperiumin* piirin rajallisuuden ja taloudellis-sosiaalisten suhteiden eli *dominiumin* piirin rajattomuuden välillä.⁴³ Vaikka epäsymmetrian kaksi rakenneosaa – poliittisen yhteisön muodollis-oikeudellinen verosuvereniteetti ja ylikansallinen talous – olivat olleet todellisuutta aiemminkin, 1900-luvun lopulla niiden epäsymmetria sai uudet mittasuhteet.⁴⁴ Valtiot näyttivät menettävän kykyään toteuttaa demokraattisia verovaateitaan ja yhteiskuntamallejaan, mikä osaltaan nähtiin juontuvaksi ylikansallisen vero-oikeuden jälkeensäjäneisyydestä.

Globalisoituneessa taloudessa kysymykseksi muodostui, kuinka verotusvalta olisi turvattavissa ylikansallisen talouden oloissa. Konsensukseksi hahmottui, että ristiriita oli ratkaistava ylikansallisilla normeilla, ja vaateet ylikansallisen vero-oikeuden systeemisestä muutoksesta alkoivat kasaantua. Kumuloitunut muutospainne saavutti poliittis-oikeudellisen liikevoimansa 2010-luvulla. Jos kansalliset verojärjestelmät tuli aiemmin sopeuttaa ylikansallisilla normeilla kansainvälisen talouden rationaliteettiin, tuli ylikansallinen oikeus nyt taivuttaa turvaamaan kansallisia verovaateita. Monet olettivatkin, että 2010-luku tulisi

39. Eric Helleiner, *States and the Reemergence of Global Finance. From Bretton Woods to the 1990s*. Cornell University Press 1996, s. 81–194 ja Rawi Abdelal, *Capital Rules. The Construction of Global Finance*. Harvard University Press 2007.

40. Mihir A. Desai, *The decentering of the global firm*. *World Economy* 32(9) 2009, s. 1271–1290 ja Picciotto 2011, s. 207–257.

41. Dick Bryan – Michael Rafferty – Duncan Wigan, *Capital unchained: finance, intangible assets and the double life of capital in the offshore world*. *Review of International Political Economy* 24(1) 2017, s. 56–86 ja William Vlcek, *Offshore Finance and Global Governance. Disciplining the Tax Nomad*. Palgrave Macmillan 2017, s. 43–70.

42. Seurauksena oli ”alati kasvava etäisyys pääoman taloudellisen ulottuvaisuuden ja yksittäisen kansallisvaltion poliittisen vallan välillä” [käännös J. J.]. Ellen Meiksins Wood, *The Origin of Capitalism. A Longer View*. Verso 2017, s. 182.

43. Käsitteisiin imperium–dominium on tukeutunut muiden ohella Carl Schmitt. Ks. Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* [1950]. 3. Auflage. Duncker & Humblot 1988.

44. Verotuksen näkökulmasta näiden kahden osatekijän historiallinen kehitys on valaisevasti kuvattu teoksessa Ronen Palan, *The Offshore World. Sovereign Markets, Virtual Places, and Nomad Millionaires*. Cornell University Press 2003.

verotuksessa merkitsemään siirtymää markkinasuuntautuneesta, uusliberaalista globalisaatiosta kohti toisenlaista globalisaatiota.⁴⁵ Myöhemmin oikeuden ja politiikan tutkimuksessa tulkittiin, että 2010-luku muutti dramaattisesti verotuksen ylikansallista hallintaa sekä globaalisti että EU:ssa.⁴⁶ Poliittisen talouden tutkimuksen tavanomainen ja historian valossa perusteltukin kertomus, että verotuksen ylikansallinen sääntely on lukkiutunut muuttumattomaan pakkopaitaansa, alkoi näyttää kertomukselta, joka itse on kykenemätön uusiutumaan muuttuvien tosiasioiden edessä.⁴⁷

Ylikansallisen yritysveroreformin ohjaavaksi ideaksi 2010-luvulla muotoutui yritystulon verottaminen valtiossa, jossa taloudellinen toiminta luo arvoa. Idealla oli keskeinen merkitys OECD:n Base Erosion and Profit Shifting -sääntelyhankkeen (BEPS) alkaessa vuonna 2013⁴⁸, ja se sai nimenomaisen ilmaisunsa OECD:ssä myöhemmin samana vuonna⁴⁹. G20-maiden piirissä idea nousi ohjelmalliseen asemaan. Vaatimuksena oli, että yritysten ”voitot pitäisi verottaa siellä, missä harjoitetaan voitot tuottavaa taloudellista toimintaa ja luodaan arvoa” [käännös J. J.].⁵⁰ Tämän myötä idea vahvistui OECD:ssä⁵¹ ja nousi ohjausvoimaiseen rooliin myös EU:ssa, jossa uudistuksen johtotähtenä oli ”rakentaa uudelleen yhteys verotuksen ja taloudellisen toiminnan sijaintivaltion välille” [käännös J. J.].⁵² Idea muovasi myös kansalaisjärjestöjen veroagendaa.⁵³ Reformin tuli palauttaa oikeuden ja taloudellisen todellisuuden välille yhteys, jonka ylikansallisen vero-oikeuden pysähtyneisyys ja talouden murros olivat rikkoneet. Valtioille oli palautettava tosiasiallinen kyky verottaa niiden alueella tapahtuvaa yritystoimintaa, jota ne verotuksen ylikansallisen järjestelmän sekä sen tunnus-

45. Ronen Palan – Richard Murphy – Christian Chavagneux, *Tax Havens: How Globalization Really Works*. Cornell University Press 2010, s. 238.

46. Inga Römgens – Aanor Roland, *The politics of taxation in the European Union*, s. 276–291 teoksessa Lukas Hakelberg – Laura Seelkopf (eds), *Handbook on the Politics of Taxation*. Edward Elgar 2021; Martin Hearson – Thomas Rixen, *The politics and history of global tax governance*, s. 244–259 teoksessa Hakelberg – Seelkopf 2021 ja Seabrooke – Wigan 2016.

47. Christensen – Hearson 2019.

48. ”Veropohjien rapautumiseen ja voitonsiirtoihin puuttumiseksi [– –] suunnitelmalla olisi antaa valtioille sekä kansallisia että kansainvälisiä keinoja, joilla parantaa verotusvallan ja todellisen taloudellisen toiminnan välistä yhteyttä” [käännös J. J.]. OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing 2013, s. 51. (OECD 2013a)

49. OECD 2013b.

50. G20 2013a, s. 12. Ks. myös G20, *Tax Annex to the St. Petersburg G20 Leader’s Declaration*. September 2013. (G20 2013b)

51. OECD, *Explanatory Statement, 2014 Deliverables*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing 2014. OECD, *Explanatory Statement. 2015 Final Reports*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing 2015. (OECD 2015a)

52. European Commission 2015a, s. 6. Ks. myös European Commission, *Commission Staff Working Document. Corporate Income Taxation in the European Union*. SWD(2015) 121 final. (European Commission 2015b)

53. Laurens van Apeldoorn, *Exploitation, international taxation, and global justice*. *Review of Social Economy* 77(2) 2019, s. 163–183.

taman verotuksen ja talouden territoriaalisen kytköksen idean mukaisesti olivat oikeutetutkin verottamaan.⁵⁴

Yritysveroreformi, joka palauttaisi verotusvallan ja talouden territoriaalisen kytköksen, oli vastaus käytäntöihin, joilla verovelvolliset saavuttavat voittojen ”verottomuuden tai matalan verotuksen siirtämällä voitot pois sellaisilta lainkäyttöalueilta, joissa voitot tuottanutta toimintaa harjoitetaan. Verottomuus tai matala verotus eivät ole huolenaiheita per se, mutta ne antavat syyn huoleen silloin, kun ne perustuvat käytäntöihin, jotka keinotekoisesti irrottavat verotettavan tulon toimista, jotka synnyttävät tuloa” [käännös J. J.].⁵⁵ Reformin keskiössä olivat järjestelyt, jotka eivät perustu markkinataloudelliseen rationaliteettiin ja joiden seurauksena voitot reititetään pois sellaisen valtion verotusvallasta, jossa voitot taloudellisen arvonluonnin seurauksena ovat kertyneet. Tällaisissa käytännöissä ei ole kyse arvonluonnista vaan luodun arvon alueellisesta kanavoinnista tavalla, joka usein keinotekoisesti irrottaa voitot niiden taloudellisesta alkuperästä. Keinotekoiset reititykset tapahtuvat yhtiöiden veronminimointikäytäntöinä, mutta ne usein perustuvat poliittisille valinnoille, joilla valtiot muokkaavat verojärjestelmiään kannustimiksi voittojen siirtämiselle lainkäyttöalueelta toiselle.⁵⁶ Yritysveroreformin diagnoosina siis oli, että vero-oikeuden vaikutuksesta markkinarationaalisten taloussuhteiden rinnalle oli rakentunut keinotekoinen virtuaalitalous, joka ei muuttanut liikeloudellisia käytäntöjä mutta rampautti verotusta. Vero-oikeuden suojaaminen näennäistaloudellisia käytäntöjä vastaan oli siten reformin polttopisteessä.

Ylikansallisen veroreformin vaatimattomimmat askelet palautuivat siihen, mitä EU-komissaari Pierre Moscovici juhlisti ”läpinäkyvyyden vallankumouksena”.⁵⁷ Globaalien varallisuusketjujen oloissa veroviranomaisten tiedollinen kyky päästä perille verovelvollisten menettelyistä oli heikentynyt. Vaikka veropohja oikeudellisesti kuului valtion verotusoikeuden piiriin, eivät viranomaiset tietovajeen vuoksi kyenneet kohdentamaan siihen verotusvaltaa. Finanssipääomien alalla vaje oli syventynyt vähitellen 1970-luvun alusta alkaen, kun kansainvälis-

54. On syytä huomata, että tutkimuksessa monet hahmottivat idean, että yrityksiä verotetaan siellä, missä ne synnyttävät arvoa, epämääräisenä fraseologiana, joka kuvaa yhtä vähän olemassa olevan vero-oikeuden lähtökohtia kuin kykenee toimimaan ohjenuorana veroreformille. Ks. Johanna Hey, ”Taxation Where Value is Created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative. *Bulletin for International Taxation* 72(4/5) 2018, s. 203–208 ja Michael Devereux – John Vella, Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System. *European Tax Policy Forum Policy Paper* 2018.

55. OECD 2013b, s. 10.

56. Peter Dietsch – Thomas Rixen, Tax Competition and Global Background Justice. *Journal of Political Philosophy* 22(2) 2014, s. 150–177 ja Jaakkola – Ylönen – Saari 2023.

57. Speech by Commissioner Pierre Moscovici at the Tax Congress of the Berlin Tax Forum, 20.6.2016.

ten pääomanliikkeiden tosiasiallinen kontrolli oli murentunut.⁵⁸ Yhdysvaltojen uusi sääntely herätti OECD:n 2010-luvulla muotoilemaan avoimuusstandardeja finanssivarallisuuksia hallinnoiville laitoksille⁵⁹, ja ne omaksuttiin EU:ssakin.⁶⁰ OECD:ssä ja EU:ssa luotiin myös sääntöjä, joilla lisättiin sekä yritysten velvoitteita raportoida veroviranomaisille että viranomaisten velvoitteita jakaa tietoa toisilleen. Esimerkkinä tästä ovat yritysten velvoitteet eritellä sääntelyssä yksilöidyt verotuksellisesti merkitykselliset tiedot viranomaisille maakohtaisesti ja kansallisten verohallintojen velvoitteet välittää nämä tiedot toisilleen ilman pyyntöä.⁶¹ Olennaista on, että yhtiöiden avoimuussääntely oli johdettavissa verotuksen ja arvonluonnin yhteyden vaatimuksesta eikä sillä pyritty muuttamaan yritysverotuksen kantavia ideoita tai verotusoikeuden alaa. Kun viranomaisilla on kokonaiskuva yhtiöiden toimista ja niiden verotuksesta (tai verottamattomuudesta) eri valtioissa, ne voivat panna täytäntöön ennestään olemassa olevien yritysveronormien mukaiset verovelvoitteet. Avoimuussääntely ei siis muuttanut sitä, mihin valtiot voivat tai mihin niiden pitää verotusoikeutensa ulottaa. Se ainoastaan loi edellytykset sille, että valtiot voivat toteuttaa verotusoikeutensa vallitsevien normien antaman toimivaltuuden mukaisesti.

Yritysverotuksen alikoordinoitulla järjestelmällä oli muitakin seurauksia kuin hallinnollinen tietovaje, ja veroreformilla pyrittiin tiedollista läpinäkyvyyttä pidemmälle. Olemassa oleva veroregiimi mahdollisti sen, että voittoja siirretään monikansallisissa yritys rakenteissa valtiosta toiseen tavoilla, jotka eivät perustu vain tai ylipäättään viranomaisten tietovajeeseen.⁶² Monet näistä järjestelyistä tunnustetaan vero-oikeudellisten normien mukaan lähtökohtaisesti päteviksi, eikä niihin hallinnollisesti tulisikaan puuttua. Samalla ne kuitenkin (keinotekoi-

58. Agustín José Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*. *German Law Journal* 14(5) 2013, s. 453–526, 459–461.

59. Lukas Hakelberg, *Coercion in international tax cooperation: identifying the prerequisites for sanction threats by a great power*. *Review of International Political Economy* 23(3) 2016, s. 511–541 ja Leo Ahrens – Fabio Bothner, *The Big Bang: Tax Evasion After Automatic Exchange of Information Under FATCA and CRS*. *New Political Economy* 25(6) 2020, s. 849–864.

60. Neuvoston direktiivi 2014/107/EU direktiivin 2011/16/EU muuttamisesta siltä osin kuin on kyse pakollisesta automaattisesta tietojenvaihdosta verotuksen alalla, OJ L 359, 16 joulukuuta 2014, s. 1–29.

61. Neuvoston direktiivi (EU) 2016/881 direktiivin 2011/16/EU muuttamisesta siltä osin kuin on kyse pakollisesta automaattisesta tietojenvaihdosta verotuksen alalla, OJ L 146, 3 kesäkuuta 2016, s. 8–21. Taustasta ks. Rasmus Corlin Christensen, *Transparency*, s. 220–241 teoksessa Leonard Seabrooke – Duncan Wigan (eds), *Global Wealth Chains. Asset Strategies in the World Economy*. Oxford University Press 2022.

62. Edward D. Kleinbard, *Stateless Income*. *Florida Tax Review* 11(1) 2011, s. 700–774; Jamie Morgan, *Corporation tax as a problem of MNC organisational circuits: The Case for unitary taxation*. *The British Journal of Politics and International Relations* 18(2) 2016, s. 463–481 ja Ronen Palan – Hannah Petersen (with Richard Phillips), *Arbitrage spaces in the offshore world: Layering, ‘fuses’ and partitioning of the legal structure of modern firms*. *EPA: Economy and Space* 55(4) 2023, s. 1041–1061.

sesti) rikkovat arvonluonnin ja verotuksen territoriaalisen kytköksen. Kansainvälisissä järjestöissä analyysiksi muodostui, että yritysten veronvälttelyn lisäksi valtioiden välinen verokilpailu enenevästi perustuu näille näennäistaloudellisille arvonsiirroille, joita verovelvolliset tekevät yritysraakenteiden puitteissa.⁶³ Oikeudellinen regiimi, joka mahdollistaa tällaiset käytännöt ja niistä muodostuvan näennäistalouden, ei vastaa ideaa arvonluonnin ja verotuksen kytköksestä.

Jo BEPS-sääntelyhankkeessa kartoitettiin näennäistaloudellisia käytäntöjä, ja EU:n veronkierron vastaisen direktiivin⁶⁴ hyväksyminen ilmensi pyrkimystä vastata niihin. Direktiivin pääasiallisena ideana on velvoittaa valtiot siihen, että ne rajoittavat tiettyjen rajat ylittävien yhtiötoimien ja -rakenteiden verotuksellista merkitystä. Tällaisia ovat esimerkiksi mittavat konsernilainat, joiden korkomaksuilla voidaan siirtää voittoa korkeamman verotuksen maasta matalamman verotuksen maahan. Myös konsernin tytäryhtiöt, joiden kotivaltiossa tuloa raportoidaan mutta joilla ei ole taloudellista toimintaa – vero-oikeudellisiin käsittein väliyhtiöt – on verotuksessa sivuutettava. Sääntelyn tarkoittamien toimien ei kuitenkaan tarvitse olla keinotekoisia, vaan esimerkiksi yhdessä valtiossa arvoaan kartuttaneen yritysvarallisuuden siirtäminen toiseen valtioon riittää synnyttämään verovelvollisuuden.⁶⁵ Keinotekoisuuden kriteeriä kokonaisvaltaisemmin direktiivi onkin ymmärrettävissä verotuksen ja taloudellisen arvonluonnin kytköksen palauttamista vasten. Direktiivi ei myöskään tulkitse uudelleen arvonluonnin varsinaista ideaa, jonka mukaan verotusvaltion pitäisi määräytyä. Konsernin sisäisiin käytäntöihin puuttuvat normit jakavat siten avoimuussääntelyn taustaidean. Samalla ne menevät tiedollista avoimuutta pidemmälle, koska ne muuttavat sitä, mitä valtion on otettava mukaan verotettavaan tuloon – sikäli kuin se ylipäättään verottaa yhtiöitä. Vaikka oikeus muuttui, se muuttui suuntaan, joka toteuttaisi täysimääräisemmin perinteisesti tulkittua ideaa verotuksen ja talouden territoriaalisesta kytköksestä.

Yritysveroreformin näkyvimpiä teemoja oli digitalisoituneen liiketoiminnan verotus. BEPS-hankkeen alkuvaiheista alkaen haitat, joita digitalisaatiosta verotukselle aiheutui, nähtiin moninaisiksi.⁶⁶ Problematiikan väitetty juurisyy oli kuitenkin yksinkertainen. Yhtiöverovelvollisuuden syntyä valtioon arvioidaan viime kädessä kiinteän toimipaikan käsitteen valossa, ja kiinteän toimipaikan muodostuminen lainkäyttöalueelle edellyttää tuotannollista panosta fyysisen läsnäolon muodossa, joka digitaalisen talouden olosuhteissa soveltuu huonosti

63. International Monetary Fund, *Spillovers in International Corporate Taxation*. IMF Policy Paper 2014, s. 21; European Commission 2015b, s. 6 ja Jaakkola – Ylönen – Saari 2023.

64. Neuvoston direktiivi (EU) 2016/1164 sisämarkkinoiden toimintaan suoraan vaikuttavien veronkiertämisen käytäntöjen torjuntaa koskevien sääntöjen vahvistamisesta, OJ L 193, 19 heinäkuuta 2016, s. 1–14.

65. Kyse on arvonnosun verotuksesta, josta puhutaan myös exit- tai maastapoistumisverotuksena.

66. Ks. näistä Wolfgang Schön, *Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy*. *Bulletin for International Taxation* 72(4/5) 2018, s. 278–292, 278–280.

taloudellisen läsnäolon kriteeriksi. Seurauksena on, että yritysverotuksen järjestelmällä ei digitaalisessa maailmassa ole määräysvoimaa kohdistaa verotusta arvonmuodostuksen todelliseen sijaintivaltioon, mikä tekee verotusvaltiosta yrityksen valinnan asian.⁶⁷ Samalla kuitenkin tiedostettiin vaikeus ylipäättään määrittää, mitkä taloudelliset tekijät digitalisoituneissa arvoketuissa ovat keskeisiä arvonluonnille ja mitkä niistä muodostavat sellaisen taloudellisen kytköksen valtioon, että valtiolle pitäisi syntyä verotusoikeus.⁶⁸ Yhtäältä kysymys siis nivoutui reformia kannattelevaan kehityslinjaan verotuksen ja arvonluonnin yhteyden palauttamisesta.⁶⁹ Toisaalta digitalisaation kontekstissa vaatimusta verotuksen ja arvonluonnin kytköksestä tulkittiin uudella tavalla, mikä näkyi kriteereissä, joilla yrityksen verotuksellista läsnäoloa lainkäyttöalueella ehdotettiin arvioitavaksi.

OECD:n poliittisissa keskusteluissa mahdollisina kriteereinä pidettiin sitä, että yhtiön digitaalisella alustalla on valtiossa käyttäjäkuntaa, yhtiön markkinointiin liittyyvää aineetonta omaisuutta (marketing intangibles) käytetään valtiossa tai yhtiöllä on muutoin digitaalisen teknologian myötä merkittävä ”taloudellinen läsnäolo” valtiossa.⁷⁰ Euroopan komissio antoi (sittemmin kariutuneen) direktiiviehdotuksen yhtiöiden ”merkittävästä digitaalisesta läsnäolosta”, joka todettaisiin esimerkiksi digitaalisten palveluiden käyttäjämäärän tai palveluiden käyttövaltiossa käyttäjien kanssa tehtyjen liiketoimintasopimusten määrän perusteella.⁷¹ Kukin näistä hahmotettiin taloudellisen arvonluonnin kriteeriksi, ja valtion verotusoikeuden synty niiden perusteella saatettiin oikeuttaa territoriaalisen kytköksen idealla. Samaan aikaan oli selvää, että ehdotetut arvonluonnin kriteerit poikkesivat tuotannollisesta panoksesta, jollaista valtion verotusoikeuden synty on perinteisesti edellyttänyt. Tämän seurauksena verotusoikeutta olisi jaettu tuotantovaltioiden sijasta markkinavaltioihin eli sinne, missä yhtiön käyttäjät tai asiakkaat ovat.⁷² Uudet normit eivät olisi ainoastaan suojanneet verotusvallan käyttöä yritysten keinotekoisilta voitonsiirroilta, jotka rikkovat verotuk-

67. OECD 2013a, s. 35–36; OECD 2013b, s. 14–15 ja OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing 2015, s. 98–118. (OECD 2015b)

68. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle. Oikeudenmukainen ja tehokas verojärjestelmä Euroopan unionin digitaalisille sisämarkkinoille. COM(2017) 547 final ja International Monetary Fund, Corporate taxation in the global economy. IMF Policy Paper 2019.

69. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle. On aika ryhtyä toimiin nyky-aikaisen, oikeudenmukaisen ja tehokkaan verotusstandardin vahvistamiseksi digitaalitalouden alalla. COM(2018) 146 final.

70. OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Public Consultation Document 13 February – 6 March. OECD 2019, s. 9–19.

71. Ehdotus neuvoston direktiiviksi merkittävän digitaalisen läsnäolon yhteisöverotusta koskevien sääntöjen vahvistamisesta. COM(2018) 147 final.

72. Keskustelusta ks. esim. Werner Haslehner – Marie Lamensch, General Report on Value Creation and Taxation: Outlining the Debate, s. 3–35 teoksessa Werner Haslehner – Marie Lamensch 2021 ja Wolfgang Schön, One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy. Intertax 47(12) 2019, s. 1003–1022.

sen ja arvonluonnin yhteyden, vaan myös tulkinneet tuon yhteyden perinteestä poikkeavasti. Reformissa pyrittiin siten käsitteellistämään vero-oikeudellisesti uudelleen digitalisoituneen todellisuuden arvoketjut ja myös jakamaan verotusoikeutta uudelleen. Pyrkimys palautui verotuksen ja arvonluonnin territoriaalisen kytköksen ideaan, mutta idean uusi tulkinta enteili uudenlaista verotusvallan jakoa.⁷³ Tässä mielessä reformia ohjanneet ideat tulivat lähelle EU-komission aiemmin tekemää, ja sittemmin peruuttamaa, direktiiviehdotusta, jolla konsernien tulot olisi jaettu tiettyjen arvonluonnin kriteerien – asiakkaiden, työvoiman ja omaisuuden sijainnin – mukaan eri maiden verotusoikeuden piiriin.⁷⁴ Kummassakaan tapauksessa poliittiset ideat verotusoikeuden uudelleenjaosta eivät ole kuitenkaan johtaneet ylikansallisten veronormien muutokseen.

2010-luvun reformin pääkehityslinjat juontuivat verotuksen ja talouden territoriaalisen kytköksen ideasta. Samaan aikaan kysymys oli taloudellisen arvonluonnin ja sen vero-oikeudellisen käsitteellistämisen symmetrisyydestä, joka nähtiin murentuneeksi talouden ja vero-oikeuden eritahtisen muutoksen seurauksena. Tiedollisen läpinäkyvyyden ja keinotekoisien voitonsiirtojen kontekstissa reformiehdotukset palautuivat perinteiseen ymmärrykseen verotusoikeuden synnyttävästä arvonluonnista. Digitalisaation yhteydessä arvonluonnin käsitettä tulkittiin uudelleen, mikä muovasi tilaa ajatella verotusvallan jakamista valtioiden välillä. Territoriaalisen kytköksen idea oli tässäkin olennainen, ja reformin tuli poistaa idean ja oikeuden epäsuhta. Reformi asemoituu siten jatkumoon, jossa verotusvalta voidaan oikeuttaa sen kohdistumisella valtion mahdollistamaan arvonluontiin. Kuten edellä esitin, tähän ideaan territoriaalinen kytköskin on osaltaan kiinnitetty. Idea verotuksen ja talouden vastavuoroisuudesta säilyi siten kehiksenä, jonka puitteissa yritysverotusta ajateltiin, ja näin oli siitäkin huolimatta, että reformissa tämä taustaidea tematisoitiin heikosti.⁷⁵

4. Ylikansallisen veroreformin irtautuminen territoriaalisen kytköksen ideasta

Ylikansallista veroreformia muovannut idea yritysten verottamisesta siellä, missä ne luovat arvoa, oli digitaalisen talouden kontekstissa läsnä vielä vuonna

73. Clair Quentin, Gently Down the Stream. BEPS, Value Theory and the Allocation of Profitability along Global Value Chains. *World Tax Journal* 13(2) 2021, s. 163–216, 166.

74. Alun perin vuonna 2011 tehty esitys sai päivitetyn muotonsa komission ehdotuksessa neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yritysveropohjasta (CCCTB). COM(2016) 683 final.

75. Ks. Eva Escribano, Jurisdiction to Tax Corporate Income Pursuant to the Benefit Principle. *A Critical Analysis of Structural Paradigms Underlying Corporate Income Taxation and Proposals for Reform*. Wolters Kluwer 2019.

2019. Samoihin aikoihin se alkoi kuitenkin menettää merkitystään koko reformia kannattelevana ideana. Tämä näkyi niiden sääntöjen valmistelussa, joilla oli tarkoitus asettaa vähimmäisverokanta suuryhtiöille.⁷⁶ Säännöt muovautuivat OECD:n piirissä 2010-luvun lopulta alkaen⁷⁷ ja saivat vuoden 2021 aikana muodon, johon noin 130 valtiota lausui sitoutuvansa.⁷⁸ EU-oikeutta säännöistä tuli vuonna 2022.⁷⁹ Kapeasta soveltamisalastaan ja monista poikkeuksistaan huolimatta EU-sääntely tarkoittaa ylikansallisen vero-oikeuden merkittäväntä murrosta sataan vuoteen. Vähimmäisverotuksella on välineellinen tehtävä verokilpailun ja veronvälttelyn suitsimisessa, ja se on huomattava poliittinen askel EU:ssa, jossa tuloverotus on pitkään ollut integraatioresistentti politiikkalohko.⁸⁰ Tämän artikkelin kannalta olennaista on, missä mielessä EU-sääntely irtautuu verotuksen ja talouden territoriaalisen kytköksen ideasta.

Vähimmäisverotuksen pääasiallinen oikeudellinen muoto on tuloksilukemissääntö (income inclusion rule, IIR). Perinteisen eurooppalaisen konsensuksen mukaan kansainväliseen konserniin kuuluvia yhtiöitä on verotettu itsenäisinä verovelvollisina ja niiden voitto on kohdennettu verotettavaksi vain niiden vero-oikeudellisessa asuinvaltiossa. Useissa maissa tällainen erillisverotus on koskenut myös kiinteitä toimipaikkoja. IIR-sääntö muuttaa tätä asetelmaa. Konsernin ylimmän emoyhtiön sijaintivaltiolla on nyt velvoite lukea emoyhtiön verotettavaan tuloon tytäryhtiöiden ja kiinteiden toimipaikkojen tulo, jota näiden yksiköiden sijaintivaltiot verottavat alle 15 prosentin verokannalla, joka on unionioikeudellinen vähimmäistaso.⁸¹ Aliverotettua tuloa siirretään verotuksellisesti emoyhtiön sijaintivaltioon, jonka on määrättävä tulolle sen suuruinen vero (täydennysvero), että vero yhdessä alemman yksikön sijaintivaltion määräämän veron kanssa ylittää vähimmäisverotasolle. Täydennysvero on sen määränneen valtion verotuloa.

IIR-säännön soveltaminen on ehdollista, mikä tuottaa jatkuvuutta yritysverotuksen perinteisen järjestelmän kanssa. Jos verottamiseen lähtökohtaisesti oikeutettu valtio soveltaa vähimmäisverokantaa, ei tuloa siirretä. Lisäksi mikäli yleinen verokanta tässä valtiossa jää alle vähimmäistason, on tällä valtiolla

76. Verojargonilla kysymys oli säännöistä, jotka kehittyivät alun perin OECD:n BEPS-hankkeen toisen vaiheen eli BEPS 2.0:n toisena pilarina eli Global Anti-Base Erosion (GloBE) -sääntöinä.

77. Ks. erityisesti OECD 2019, s. 24–29.

78. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. 8 October 2021.

79. Neuvoston direktiivi (EU) 2022/2523 monikansallisten konsernien ja suurten kotimaisten konsernien maailmanlaajuisen vähimmäisverotason varmistamisesta unionissa, OJ L 328, 22 joulukuuta 2022, s. 1–58. Jäsenvaltioiden on saatettava direktiivin edellyttämät kansalliset lait voimaan viimeistään 31. joulukuuta 2023.

80. Verotuksen integraatioresistentistä luonteesta ks. Philipp Genschel, Steuerwettbewerb und Steuerharmonisierung in der Europäischen Union. Campus 2002, s. 272–284.

81. Ks. neuvoston direktiivi (EU) 2022/2523 artikla 5. Säännön toimintatapa yksityiskohdissaan hieman vaihtelee sen mukaan, kuinka konsernirakenne on maantieteellisesti organisoitu.

mahdollisuus määrätä konserniyksikölle kotimaista täydennysveroa, joka nostaa verotuksen vähimmäistasolle. Tällöinkään tuloa ei siirretä vaan verotusoikeus pysyy kokonaan tällä valtiolla. Verotuksen ehtona toissijaisessa valtiossa on siis tulon aliverotus ensisijaisessa verotusvaltiossa. Jos muissa valtioissa kuin emoyhtiön sijaintivaltiossa verotetaan vähimmäistasolla, perinteiset normit verotusoikeuden jakamisesta valtioiden välillä ovat määrääviä. Kuten on nähty, näiden normien ideana on kohdentaa verotusoikeus sinne, missä yritykset luovat arvoa. Uusi sääntely varaa siten ensisijaisen verotusoikeuden valtiolle, jossa yritys arvonluonnin idean ja sitä ilmentävien normien mukaan onkin ollut velvollinen maksamaan veroa.

IIR-sääntö kuitenkin myös olennaisesti irtautuu ylikansallisen vero-oikeuden perusideoista ja sen 2010-luvulla alkaneesta reformista. Säännöllä valtiot monenkeskisin keinoin velvoitetaan käyttämään verotusvaltaa yritystuloon. Tällaisena sääntö poikkeaa ylikansallisen veroregiimin alkuperäisestä lähtökohdasta, joka on ollut julkisen vallan rajoittaminen. Se eroaa myös 2010-luvun veroreformin tuomista muutoksista, joilla määrätään valtiot laskemaan yritysten veropohjaan määrättyt tulot mutta jätetään kansalliseen harkintaan, ovatko yhtiöt ylipäätään verovelvollisia. Vastoin aiempia kehityslinjoja IIR-sääntö tuo yhdenkertaisen verotuksen periaatteen (single tax principle) ylikansalliseen vero-oikeuteen.⁸² Tällaisena sääntö pyrki takaamaan paitsi sen, että yritystuloa verotetaan ainakin kerran eli vähintään yhdessä valtiossa, myös sen, että sitä verotetaan korkeammalla kuin nimellisellä verokannalla.⁸³ Vähimmäisverotuksen normit ovat siten verotusvaltaa konstituivia normeja. Vaikka vähimmäisverotuksen takeista keskusteltiin jo Kansainliitossa 1920-luvulla⁸⁴, ne eivät saaneet jalansijaa ylikansallisessa vero-oikeudessa, joka typistyi monenkertaisen verotuksen estämiseen. Uudet normit tuovat ylikansalliseen veroregiimiin veronalaisuuden takeet, jollaiset siitä rajat ylittävien markkinoiden rakentamiseen tähtäävän painotuksen seurauksena alun perin jäivät pois. Muutos on huomattava suhteessa siihen, että Euroopan komissio oli 2010-luvulla vielä toistuvasti esittänyt, että tuloverotuksen integraatio ei tule merkitsemään jäsenvaltioiden verokantojen yhtenäistä-

82. Periaatteen asemasta kansainvälisessä vero-oikeudessa ks. Elizabeth Gil Garcia, *The Single Tax Principle: Fiction or Reality in a Non-Comprehensive International Tax Regime?* *World Tax Journal* 11(3) 2019, s. 305–346.

83. Reuven Avi-Yonah – Young Ran (Christine) Kim, *Tax Harmony: The Promise and Pitfalls of the Global Minimum Tax.* *Michigan Journal of International Law* 43(3) 2022, s. 505–556, 530. Ks. myös Reuven S. Avi-Yonah 1997, s. 517–523.

84. League of Nations 1927. Vähimmäisverotuksen malli tulee lähelle sitä, kuinka osa valtioista on jo aiemmin toteuttanut kiinteän toimipaikan vähimmäisverotuksen. Tämä on tapahtunut lukemalla kiinteän toimipaikan tulot veronalaisiksi myös yhtiön asuinvaltion verotuksessa ja hyvittämällä kiinteän toimipaikan valtion maksetut verot yhtiön asuinvaltiossa, ks. luku 2.

mistä.⁸⁵ Jos yhdenkertaisen verotuksen normi oli oikeudellista kuvitelmaa vielä 2010-luvun lopussa⁸⁶, on siitä sittemmin tullut EU-oikeudellista todellisuutta.

Vähimmäisverotus merkitsee katkosta myös ylikansallisen yritysveroreformin johtoideassa. Jos veroreformin alkuvaiheessa avainkysymys oli, kuinka verotusoikeus kohdennettaisiin valtiolle, jossa yritys luo arvoa eli on taloudellisesti läsnä, on kysymys vähemmän määräävässä asemassa vähimmäisverotuksessa. IIR-säännöllä tuloa ei siirretä verotettavaksi yhdestä valtiosta toiseen siksi, että tulo on arvonluonnin kriteerin valossa muodostunut tässä toisessa valtiossa, vaan siksi, että tuloa ei ole verotettu riittävästi siinä valtiossa, jossa se on ylikansallisen vero-oikeuden arvonluonnin kriteereiden valossa syntynyt. IIR-sääntö muodostaa valtiolle verotusoikeuden siitä riippumatta, onko valtiolla arvonluonnin kriteerin nojalla merkityksellinen kytkös verottamansa tulon syntyyn.⁸⁷ Sääntely ei siten redusoidu verotuksen ja arvonluonnin territoriaalisen kytköksen palauttamiseen. Ruth Mason toteaaakin, että vähimmäisverotusnormit ”liittyvät enemmän siihen, *maksavatko* yritykset veroa, kuin siihen, *missä* ne sitä maksavat” [käännös J. J.].⁸⁸ Olennaista on, että voitot tulevat verotuksen piiriin eikä verotusoikeuden kohdentaminen tyhjenny alueellisen arvonluonnin ideaan. Verotusoikeuden kohdentamisen sijasta korostuu vaatimus tulon verollisuudesta. Tämä on herättänyt kysymyksen, istuvatko vähimmäisverotuksen normit verotusta koskevien kansainvälisten valtiosopimusten määräyksiin.⁸⁹

Oikeusdogmaattista problematiikkaa olennaisempaa on, kuinka vähimmäisverotuksen oikeudellinen muoto murtaa ideaa verotuksen ja talouden territoriaalisesta kytköksestä. Yksi kansainvälisen vero-oikeuden avainkysymys on ollut, millainen kytkös tulolla tai verosubjektilla on oltava valtioon, jotta valtio olisi oikeutettu kohdistamaan siihen julkista valtaa verotusvallan muodossa (katso luku 2).⁹⁰ Vero-oikeuden perinteessä, jossa yrityksen osat – varsinkin

85. Ks. esim. European Commission 2015a, s. 14.

86. Gil Garcia 2019, s. 346.

87. Haslehner – Lamensch 2021, s. 17–18. Jossakin määrin tätä vaikutusta leikkaa ”substanssi-perusteinen tulo rajaus”, joka vähentää siirrettävän tulo määrää sillä perusteella, että vähimmäistasoa matalammin verottavassa valtiossa on työntekijöitä, henkilöstökuluja ja aineellista omaisuutta. Tämä heijastaa BEPS-hankkeen alkuperäistä ideaa torjua ensisijaisesti sellaista aliverotusta, joka seuraa näennäistaloudellisista toimista. Vaikka vähennyksellä on vaikutuksensa, se ei hävitä IIR-säännön peruslogiikkaa, joka irtautuu arvonluonnin ideasta. Ks. tästä mm. Joachim Englisch, *GLOBE Rules and Tax Competition*. Intertax 50(12) 2022, s. 859–873.

88. Ruth Mason, *The Transformation of International Tax*. American Journal of International Law 114(3) 2020, s. 353–402, 387. Kursivointi lähteessä.

89. Filip Debelva – Luc De Broe, *Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective*. Intertax 50(12) 2022, s. 898–906 ja Vikram Chand – Alessandro Turina – Kinga Romanovska, *Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the Various Challenges*. World Tax Journal 14(1) 2022, s. 3–50.

90. Stjepan Gadžo, *The Principle of Nexus or Genuine Link as a Keystone of International Income Tax Law: A Reappraisal*. Intertax 46(3) 2018, s. 194–209.

yhtiöt mutta usein myös kiinteät toimipaikat – ovat olleet itsenäisiä verotusyksiköitä, valtion verotusoikeus on johdettu tuloa kerryttäneen verosubjektin asumisesta tai taloudellisesta toiminnasta valtiossa. Kummassakin tapauksessa on ollut perusteltua hahmottaa verotuksellisesti relevantit taloudelliset siteet valtioon – vaikkakin asuinpaikka on ollut toimintaa välillisempi kriteeri, joka on lähinnä epäsuorasti ilmaissut oletettuja taloudellisia siteitä.⁹¹ IIR-säännöllä toteutettu vähimmäisverotus merkitsee osittain murrosta tämän kytköksen hahmottamisessa. Se luo velvollisuuden verottaa yhdessä valtiossa syntynyttä tuloa toisessa valtiossa silloinkin, kun viimeksi mainitun valtion ainoa yhteys tuloon on se, että siellä sijaitsee yhtiö, jolla on omistussuhde voittoa kerryttäneeseen yhtiöön. Jos veroreformin varhaisvaiheessa talouden ja verotuksen territoriaalisen kytköksen nähtiin murentuneen siksi, että kansainvälisesti koordinoimattomat oikeussäännöt olivat jääneet jälkeen talouden muutoksesta, menettää kytkös nyt ohjaavaa merkitystään koordinoitulla poliittisella valinnalla. Valinta kielii kansainvälisestä konsensuksesta, jossa materiaallinen taloudellinen kytkös verotusoikeuden edellytyksenä hahmotetaan aiempaa vähemmän merkitykselliseksi. Verotusoikeuden perinteisesti synnyttäneiden kriteerien valossa tulon kytkös valtioon muodostuu vähimmäisverotuksessa ohueksi, ja niiden valossa vähimmäisverotuksen onkin tulkittu tekevän verotusvallan käytöstä ekstra-territoriaalista.⁹²

Julkisen vallan käyttöön liittyy aina kysymys vallan alueellisesta ulottuvuudesta, ja myös verotusvallan käyttö sisältää oman alueellisen ulottuvuuden problematiikkansa. Verotusvallan alueelliset rajat ovat muuttuneet historiassa, eivätkä rajat ole piirtyneet yhdenmukaisesti valtion alueellis-fyysisten rajojen kanssa.⁹³ Verotuksen maantieteellä onkin suhteellinen itsenäisyytensä. Idea verotuksen ja talouden territoriaalisesta kytköksestä on ollut yksi tapa määritellä verotusvallan rajoja. Vaikka idea ei koskaan ole toteutunut puhdaspiirteisesti⁹⁴, vähimmäisverotus on keskeisesti muuttanut verotusvallan maantiedettä. Muutos myös ulottuu syvemmälle kuin verotusoikeuden jakamiseen kansainvälisessä yhteisössä. Se on jännitteisessä suhteessa ideaan verotuksen ja talouden systeemisestä vastavuoroisuudesta, jonka puitteissa verotus on oikeutettu valtion roolilla talouden mahdollisuuden edellytyksenä. Sikäli kuin verotus tapahtuu valtiossa, jolla on perinteisten kriteerien valossa etäinen sidos arvonmuodos-

91. Ks. tästä League of Nations 1923; Schön 2009, s. 75 ja Jaakkola 2023, s. 71–74.

92. Debelva – De Broe 2022.

93. Angus Cameron, *Turning Point? The Volatile Geographies of Taxation*. *Antipode: A Radical Journal of Geography* 38(2) 2006, s. 236–258 ja Angus Cameron, *Crisis? What crisis? Displacing the spatial imaginary of the fiscal state*. *Georum* 39(3) 2008, s. 1145–1154.

94. Se on myös toisinaan murtunut EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Näin on tapahtunut esimerkiksi silloin, kun valtio on velvoitettu vähentämään siellä sijaitsevan yhtiön voitoista sellaisen ulkomaisen tytäryhtiön tappioita, jonka voitot eivät ole veronalaisia sanotussa valtiossa. Ks. esim. ratkaisu asiassa C-446/03 Marks & Spencer, ECLI:EU:C:2005763.

tukseen, verotusta on aiempaa vaikeampaa perustaa ideaan valtiosta talouden institutionaalisenä ehtona – ainakin idealle totunnaisesti luetuissa merkityksissä.

Muutokset verotuksen ja talouden territoriaalisessa kytköksessä eivät tarkoita ylikansallisen vero-oikeuden rappiota tai sitä, että vähimmäisverotus ei olisi veropoliittisena valintana oikeutettu. Tutkimuksessa on vuosikymmeniä osoitettu heikkouksia, joita liittyy lähdevaltion verotusoikeuden perustelemiseen roolilla, joka sillä on talouden mahdollistajana.⁹⁵ Lisäksi se pohjautuu vero-oikeuden käsitteellisille erotteluille, jotka eivät ole vaihtoehdottomia. Muun ohella ne koskevat eri tulomuotojen oikeudellista erottelua ja ylipäätään arvonluonnin käsitettä vero-oikeuden pohjana.⁹⁶ Erityisesti ne kuitenkin liittyvät tapoihin hahmottaa yritystä verotuksen yksikkönä. Kun vähimmäisverotuksen myötä kansainvälisen yrityksen osia – erillisiä yhtiöitä tai kiinteitä toimipaikkoja – verotetaan vähemmän eriytetysti ja tuloa voidaan kohdentaa verotettavaksi konsernissa aiempaa keskitetympin, merkitsee vähimmäisverotus siirtymää erillisverotuksesta kohti yhdenlaista, vaikkakin varsin vaatimatonta, konserniverotuksen muunnelmää.⁹⁷ Jonkinlaista konserniverotusta onkin kriittisessä verotutkimuksessa pitkään pidetty avaimena ylikansallisen vero-oikeuden valuvikojen korjaamiseen. Tämä on ehkä välttämätön vero-oikeudellinen ajattelutapa taloudessa, joka on vain vajavaisesti hahmotettavissa suoraviivaisten ja abstraktien arvonluonnin käsitteiden varassa. Kysymys on ylikansallisen veroreformin kontekstissa vielä laajasti tematisoimatta.⁹⁸ Vähimmäisverotus pakottaakin artikuloimaan poliittisia ideoita, jotka oikeuttaisivat verotusvallan käytön, joka tavanomaisten käsitteiden valossa saa ekstraterritoriaalisia piirteitä.

Veroreformia ohjaavia ideoita on olennaista tematisoida siksikin, että vähimmäisverotus on muuttanut poliittisiin päätöksiin osallistumisen ja niiden vaikutusalan suhdetta. Valtiot eivät ole ainoastaan monenkeskisesti päättäneet, että kukin valtio ulottaa verotusvaltaa toisessa valtiossa kertyneeseen tuloon, vaan hallintovallan ekstraterritoriaalisesta ulottuvuudesta on päätetty poliittisessa järjestyksessä, johon eivät ole osallisia kaikki valtiot, joissa syntyneeseen tuloon muiden valtioiden verotusoikeus ulotetaan. EU-säännöillä jäsenvaltioiden vero-

95. Ks. esim. Michael P. Devereux ym., *Taxing Profit in a Global Economy. A Report of the Oxford International Tax Group*. Oxford University Press 2021, s. 68–70.

96. Ks. Quentin 2021 ja Clair Quentin, *Global production and the crisis of the tax state*. EPA: *Economy and Space*. OnlineFirst 31.5.2022.

97. Huomattavasti pidemmälle kehitetty konserniverotuksen malli on ollut esillä EU:ssa aieminkin yhtenäisen yhdistetyn yritysveropohjan muodossa, ks. ehdotus neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yritysveropohjasta (CCCTB). COM(2016) 683 final. Samoja elementtejä on mukana komission aivan viimeaikaisessakin lähestymistavassa, ks. Proposal for a Council Directive on Business in Europe: Framework for Income Taxation (BEFIT). COM(2023) 532 final.

98. Ks. tästä esim. Charles Garavan, *The Membership Theory of Taxation*. *Intertax* 51(4) 2023, s. 290–308, erit. s. 306.

tusvalta on ulotettu myös EU:n ulkopuolisten maiden alueella kertyvään tuloon. Tässä mielessä voidaan puhua verotusvallan ulottuvuuden ja poliittisen osallisuuden epäsymmetriasta.⁹⁹ Tämä korostaa verotusvallan käytön ekstraterritoriaalista luonnetta, koska valta ulottuu sellaisissa valtioissa syntyneeseen tuloon, jotka eivät ole olleet päättämässä verotusvallan laajuudesta. Osin epäsymmetriaa vähentää se, että EU:lle mallin antaneet säännöt on valmisteltu OECD:n piirissä, jossa mukana on ollut OECD-maita ja lisäksi laajasti valtioita OECD:n ulkopuolelta¹⁰⁰, ja maat ovat julistaneet saattavansa säännöt verojärjestelmiinsä. Vaikka julistus ilmentää sääntöjen poliittista hyväksyntää, ei niiden implementointi ole EU:ssa omaksutun ekstraterritoriaalisen verotusvallan käytön edellytyksenä.

Poliittisen osallisuuden ja ekstraterritoriaalisuuden problematiikka ei koske vain satunnaisia veroparatiisivaltioita tai muita valtioita EU:n ulkopuolella. Sillä voi olla merkitystä myös unionin sisällä. EU:ssa on perinteisesti nojattu toimivaltaperusteisiin, jotka edellyttävät kaikkien jäsenmaiden hyväksyntää unionin verosääntelylle. Konsensusvaatimus on yhtäältä mahdollistanut yksittäisten jäsenmaiden vaikutuksen EU-veropolitiikkaan ja hallitusten kansallisen poliittisen vastuunalaisuuden. Toisaalta se on asettanut korkean kynnyksen EU-vero-oikeudellisten askeleiden ottamiselle – silloinkin, kun tälle olisi suhteellisen laaja poliittinen tuki.¹⁰¹ Viimeksi mainitusta syystä Euroopan komissio on etsinyt vaihtoehtoisia lainsäädäntömenettelyitä, jotka eivät edellyttäisi verointegraatioissa kaikkien jäsenvaltioiden yksimielisyyttä.¹⁰² Yksi näistä vaihtoehtoista on tiiviimpi yhteistyö, jonka puitteissa rajattu joukko jäsenvaltioita voisi hyväksyä EU-veronormeja.¹⁰³ Ennen kuin konsensus vähimmäisverotusnormeista löydettiin, menettelyä pidettiin yhtenä vaihtoehtona niiden toteuttamiselle. Mitä vähemmän valtioita on osallistunut verotuksen kansainväliseen hallintaan, sitä

99. Toisesta näkökulmasta tarkasteltuna vähimmäisverotus vähentää poliittisiin päätöksiin osallistumisen ja niiden vaikutusalan epäsymmetriaa, joka on ollut keskeinen heikkous globaalissa taloudessa, jossa valtiot ovat verotuksellisesti keskinäisriippuvaisia. Ks. tästä problematiikasta Jussi Jaakkola, *Enhancing Political Representation Through the European Economic Constitution? Regressive Politics of Democratic Inclusion*. *European Constitutional Law Review* 15(2) 2019, s. 194–219, 197–202.

100. Muitakin kuin OECD-maita kattavaan kansainvälisen yhteistyön muotoon viitataan termillä ”OECD/G20 Inclusive Framework”.

101. Fritz W. Scharpf, *De-constitutionalisation and majority rule: A democratic vision for Europe*. *European Law Journal* 23(5) 2017, s. 315–334 ja Jussi Jaakkola, *Taming the Leviathan or dismantling democratic government? Evolving political ideas on spontaneous income tax integration in the European Union*. *European Law Open* 2(3) 2023, s. 575–615.

102. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, Eurooppa-neuvostolle ja neuvostolle. Kohti tehokkaampaa ja demokraattisempaa päätöksentekoa EU:n veropolitiikan alalla. COM(2019) 8 final.

103. Jukka Snell – Jussi Jaakkola, *Economic Mobility and Fiscal Federalism: Taxation and European Responses in a Changing Constitutional Context*. *European Law Journal* 22(6) 2016, s. 772–790.

enemmän vaikuttavuutta hallinnalta on tavanomaisesti puuttunut. Ekstraterritoriaalisen luonteensa vuoksi normeilla olisi kuitenkin ollut vaikuttavuutta, koska ne olisivat ulottuneet maihin, jotka eivät olisi osallistuneet päätöksentekoon. Jos ekstraterritoriaalisuus nähdään ylikansallisen vero-oikeuden vaikuttavuuden viisasten kiveksi, voi EU-vero-oikeuden tulevaisuus olla eriytetty integraatio, jossa vain osa valtioista osallistuu poliittisesti veroyhteistyöhön mutta ulottaa vaikutukset muodossa tai toisessa muihinkin jäsenvaltioihin.¹⁰⁴ Tämä kasvattaisi ekstraterritoriaalisuuden ja poliittisen osallisuuden jännitettä sekä pakottaisi tematisoimaan poliittisia ideoita, joilla verotusvallan ekstraterritoriaalinen ulottuvuus oikeutetaan myös jäsenvaltioiden välillä.

5. Lopuksi

Vuonna 2023 tuli kuluneeksi 100 vuotta siitä, kun Gijsbert Bruins, Josiah Stamp, Edwin Seligman ja Luigi Einaudi laativat pohjapiirustuksen¹⁰⁵ verotuksen ylikansalliselle järjestelmälle, johon heidän ideoitaan lopulta välittyikin. Regiimin ensimmäinen reformi alkoi vasta 2010-luvulla. Ensi vaiheessa verotusvaltaa kohdennettiin valtioille, joissa yritykset vallitsevien ideoiden mukaisesti luovat arvoa. Myöhemmin arvonluonnin kriteereitä tulkittiin uudelleen, mistä seurasi kamppailu verotusvallan uudelleenjaosta valtioiden välillä. Molemmissa vaiheissa verotuksen ja arvonluonnin territoriaalinen kytkös säilyi poliittisena johtoideana. Lopulta reformi alkoi vähimmäisverotuksen myötä irtautua tästä ideasta ja verotusvallan käyttö alkoi saada ekstraterritoriaalisempia piirteitä.

Vaikka reformi hahmotettiin pitkälti oikeudellisena korjausliikkeenä, se irtautui poliittisista ideoista, joiden varassa verotusvaltaa on jaettu ja oikeutettu. Kun verotusvallan sidos territoriaaliseen arvonluontiin on ohentunut, on herännyt kysymys verotusoikeuden jakamista jäsentävistä ideoista. Tähän kysymykseen kansainvälisessä veropolitiikassa ei ole vielä juurikaan vastattu. Samalla yritysten vähimmäisverotus on yksi avainaskelista sellaisten kansainvälisen verotuksen heikkouksien hävittämisessä, jotka on tunnistettu jo vuosikymmeniä. Se on myös niiden ajatusten elvyttämistä, jotka edellyttävät vero-oikeudelta

104. Tällainen asia tuotiin EU-tuomioistuimen ratkaistavaksi vuonna 2013. Tällöin tiiviimmässä yhteistyössä toteutettavaksi suunnitellun finanssitransaktioveron vaikutuksia väitettiin ekstraterritoriaalisiksi, koska ne olisivat ulottuneet finanssilaitoksiin, jotka sijaitsevat yhteistyöhön osallistuvien valtioiden ulkopuolella. EU-tuomioistuin ei ratkaissut asiaa vaan hylkäsi kanteen teknisin perustein ennenaikaisena ja spekulatiivisena, ks. ratkaisu asiassa C-209/13, ECLI:EU:C:2014:283.

105. League of Nations 1923.

Jussi Jaakkola

vastustuskykyä verotusvallan rapautumista kohtaan mutta jotka ylikansallisessa vero-oikeudessa eivät alun perin saaneet jalansijaa. Uuden asetelman käsitteellistäminen edellyttää valmiutta purkaa verotuksen vakiintuneita avainkäsitteitä, jotka istuvat vajavaisesti paitsi taloudelliseen todellisuuteen myös vähitellen muuttuvaan vero-oikeuteen.

Towards extraterritoriality in corporate taxation: International corporate tax reform and the transformation of policy ideas

JUSSI JAAKKOLA, LL.D., Postdoctoral Researcher, University of Turku

For a long time, the international corporate tax system relied on the idea of taxing firms where they perform economic activities. Gradually, the system became undermined by the deep economic globalisation, which tore apart the territorial nexus between taxation and economy. The 2010s international tax reform set out to devise legal rules capable of re-implementing the idea of taxing where economic value is created. Yet, in a more recent phase, the reform has partly renounced the idea. This has become evident in the context of the EU minimum corporate tax rules. This article puts forward that, in its more recent phase, the reform is compelling people to rethink political ideas shaping the allocation of taxing rights among countries. Thus far, it has failed to do so. The article points to a legitimacy gap that must be overcome by rearticulating the key premises of corporate taxation.

Johannes Lamminen



Lakimies
1/2024
s. 32–53

Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen Kansainvälisen työjärjestön periaatteiden näkökulmasta

HAKUSANAT: työoikeus, kansainvälinen työoikeus, työehtosopimukset, normaalisitovuus, paikallinen sopiminen

1. Johdanto

Työoikeudessa paikallista sopimista on ollut jo pitkään.¹ Kuitenkin paikallisen sopimisen näkyvyys työmarkkinakeskustelussa on viime vuosina korostunut. Myös paikallista sopimista koskevan lainsäädännön uudistustarpeet ja käytäntöjen systematisointitarpeet ovat lisääntyneet. Keskusteluiden ja muutostarpeiden taustalla on ollut muun muassa se, että vuonna 2016 solmitun kilpailukyky-sopimuksen jälkeen työnantajapuolella on tehty ratkaisevalla tavalla siirtymää pois keskitetystä työmarkkinamallista kohti paikallista yritystasoista sopimista. Elinkeinoelämän keskusliitto (EK) on jättäytynyt pois keskusjärjestösopimisesta, ja vuosina 2020–2021 sekä Metsäteollisuus ry että Teknologiateollisuus ry ovat tehneet irtiottoja työehtosopimustoiminnasta.² Suomen työmarkkinamalli on murrostilassa, ja paikallinen sopiminen on muutoksessa keskeisessä roolissa. Työmarkkinamallin muutokset eivät ole vielä toistaiseksi johtaneet varsinaisiin

* *Johannes Lamminen*, OTT, VT, yliopisto-opettaja, Turun yliopisto. Tämä artikkeli on kirjoitettu osana Työsuojelurahaston rahoittamaa hanketta Osapuolten neuvotteluaseman oikeudelliset elementit ja oikeussuoja työehtosopimukseen perustuvassa paikallisessa sopimisessa (hankenumero 210421). Hankkeen tuloksena julkaistaan kaksi artikkelia, joista nyt käsillä oleva käsittelee normaalisitovuutta ja toisessa käsitellään yleissitovuutta.

1. Paikallista sopimista koskevat työehtosopimusmääräykset lisääntyivät yksityisellä sektorilla erityisesti 1990-luvun laman jälkeen vuosien 1993 ja 1995 työehtosopimuskierroksilla. Ks. Martti Kairinen – Heikki Uhmavaara – Jari Murto, Paikallinen sopiminen yksityisellä sektorilla. Tutkimus paikallisen sopimisen oikeudellista perusteista ja käytännön toiminnasta työelämän yksityisellä sektorilla. Turun yliopisto 2008, s. 17.
2. Teknologiateollisuudessa irtautuminen ei ole ollut aivan yksiselitteistä. Teknologiateollisuudessa valtakunnallista työehtosopimustoimintaa on jatkanut uusi työnantajyhdistys, Teknologiateollisuuden työnantajat ry.

Normaalistuvaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen

paikallista sopimista koskeviin lainsäädäntöuudistuksiin.³ Viimeisin työmarkkinoita koskevan lainsäädännön uudistusprosessi on aloitettu kesällä 2023. Yhtenä uudistusten kohteena on paikallinen sopiminen.⁴

Paikallisen sopimisen lisäämisen taustaperusteluna on jo pidempään tuotu esille ennen muuta Euroopan integraatioon liittyviä tekijöitä sekä yritysten toimintaympäristön kansainvälistymistä koskevia seikkoja. Muutokset ovat merkinneet yritysten välistä kilpailutilanteen kiristymistä ja lisänneet tarvetta erilaisille paikallisen tason reagointi- ja sopeutumismahdollisuuksille.⁵ Työnantajapuolella tavoitteena on ollut yleisemmin työehtoja koskevan sopimisen ja työehtosopimuksissa asetettujen vähimmäisehtojen yrityskohtainen joustavoittaminen. Palkansaajapuolella taas on haluttu edetä työehtojen sopimisessa valtakunnallisten liittojen kautta ja toivottu osapuolten alakohtaisesti harkitsevan ja kehittävänsä paikallista sopimista joustavoittamalla työehtosopimusten määräksi. Perinteisenä sopimisen haasteena ovat olleet yritystason neuvotteluosapuolten väliseen tasavertaisuuteen ja luottamukseen liittyvät seikat. Sopiminen on saatettu kokea palkansaajapuolella työnantajan ehdoilla ja aloitteesta toteutettuna, vaikka henkilöstön näkemyksiä ja ehdotuksia huomioitaisiinkin.⁶ Myös kysymys työntekijöiden paikallisen tason edustajasta liittyy osapuolten välillä koettuun neuvottelu- ja sopimustasapainoon.⁷

Lainsäädännössä ei ole yksityiskohtaisempaa sääntelyä paikallisesta sopimisesta. Esimerkiksi paikallisen sopimisen tai sopimuksen käsitettä, henkilöstöryhmää tai luottamusmiestä ei ole laissa määritelty. Vuoden 1946 työehto-

3. Uudistamispyrkimyksiä on tosiasiaa ollut jo pidemmällä aikajänteellä. Vuonna 1992 valtioneuvoston asettaman Työmarkkinajärjestelmien kehittämiskomitean selvästi esiin nostamana kehittämistarpeena oli paikallisen sopimisen edistäminen eri instrumentein, ks. tiivistys komitean ehdotuksista Martti Kairinen – Harri Hietala – Petteri Ojanen, Paikallinen sopiminen ja sopimukset. 4., uudistettu painos. Talentum Pro 2015, s. 90–103. Paikallisen sopimisen uudistamista yritettiin viimeksi kesällä 2019 asetetun työryhmän toimesta. Alkuvuodesta 2021 työryhmän puheenjohtajan tekemä ehdotus etenemismallista ei kuitenkaan saanut kannatusta eivätkä neuvottelut enää edenneet. Alatyöryhmän muistioon kirjattiin lähinnä joitakin yleisiä ehdotuksia jatkotyössä tarkasteltaviksi kysymyksiksi, ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, Paikallinen sopiminen – alatyöryhmän muistio 3.3.2021.
4. Pääministeri Petteri Orpon hallituksen ohjelman (20.6.2023) mukaan hallituksen tahtotila on, että paikallinen sopiminen on yhdenvertaisesti mahdollista kaikissa yrityksissä riippumatta siitä, kuuluuko yritys työnantajaliittoon tai millainen työntekijöiden edustusjärjestelmä yrityksessä on. Ks. lisätietoja hallituksen hankkeesta (hankenumero TEM054:00/2023) sekä sen tavoitteista ja edistymisestä työ ja elinkeinoministeriön sivuilta osoitteessa <https://tem.fi/hanke?tunnus=TEM054:00/2023> (vierailtu 7.1.2024).
5. Ks. tarkemmin paikallisen sopimisen historiasta, taustapäämääristä ja justifikaatioista Kairinen – Hietala – Ojanen 2015, s. 80–87.
6. Kairinen – Hietala – Ojanen 2015, s. 87–88, 107 ja Jukka Ahtela – Joel Salminen, Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 2021:13: Selvitys työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen nykytilasta ja paikallista sopimista edistävästä toimenpiteistä, s. 15–16.
7. Ks. esim. Ulla Liukkunen, Normikompetenssi kollektiivisen työoikeuden normijärjestelmässä ja paikallinen sopiminen. Lakimies 7–8/2017, s. 1001.

sopimuslaki (436/1946, TEhtol) on käytössä laajalti alkuperäisessä muodossaan, eikä säännöksissä huomioida paikallisessa sopimisessa tapahtuneita muutoksia. Työlainsäädännössä on lähinnä joitakin paikallisen sopimisen rajauksia koskevia säännöksiä. Ne liittyvät erityisesti tilanteisiin, jotka koskevat työehtosopimuksen noudattamista työsopimuslain (55/2001, TSL) 2 luvun 7 §:n mukaisen yleissitovuuden perusteella.⁸ Varsinaisen sääntelyn puuttumisen seurauksena ratkaiseva merkitys paikallista sopimista koskevan oikeustilan kehittymisessä on ollut työmarkkinakäytännöllä ja työtuomioistuimen oikeuskäytännön tulkintalinjauksilla.⁹ Joillakin sopimusaloilla paikallinen sopiminen on käytännössä jo pidemmälle kehittyntä.¹⁰

Kansainvälisen työjärjestön (International Labour Organization, ILO) sopimuksista ja valvontakäytännöstä on hahmottunut 2000-luvulla yhdistymisvapauden keskeisin tulkintalähde ja tarkemman sisällön määrittäjä. Varsinkin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisut Demir (2008)¹¹ ja Enerji (2009)¹² ovat nostaneet ILO:n valvontakäytännön merkityksen yhdistymisvapauden sisällön tulkitsijana painoarvoltaan keskeiseen asemaan.¹³ Tässä kirjoituksessa tarkastellaan erityisesti ILO:n kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämiseen liittyviä velvoitteita ja periaatteita paikallisen sopimisen kannalta. Tutkimusmenetelmä on lainopillinen.

8. Paikallinen sopiminen yleissitovaa työehtosopimusta noudattavissa järjestäytymättömissä työnantajayrityksissä on työlainsäädännössä tehtyjen rajausten perusteella olennaisesti normaalisitovuuskenttää suppeampaa. Työsopimuslaissa, työaikalaissa, vuosilomalaissa ja opintovapaalaissa säädetyn perusteella järjestäytymättömällä työnantajalla ei ole oikeutta soveltaa sellaisia semidispositiivisiin säännöksiin perustuvia yleissitovan työehtosopimuksen määräyksiä, jotka edellyttävät paikallista sopimista.
9. Myös oikeuskirjallisuudessa on tehty merkille pantavia systematisointeja. Ks. esim. Jari Murto, Ryhmänormit yrityksessä – tutkimus työntekijäryhmiä koskevien normien asemasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015 ja Liukkonen 2017, s. 992–1014.
10. Esimerkiksi teknologiateollisuuden yrityksissä paikallisen sopimisen mahdollisuudet ovat laajat. Pellervon taloustutkimuksen ja Työterveyslaitoksen vuonna 2019 toteuttamassa selvityksessä on teknologiateollisuuden osalta pyritty kartoittamaan paikallisen sopimisen hyviä käytänteitä. Ks. Raija Heimonen – Kirsi Timonen – Jarno Turunen – Hanna Karikallio – Seppo Leminen, Paikallisen sopimisen hyvät käytänteet ja esteet teknologiateollisuudessa. PTT Raportteja 259. Pellervon taloustutkimus 2019.
11. EIT Demir ja Baykara v. Turkey 12.11.2008.
12. EIT Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey 21.4.2009.
13. Johannes Lamminen, Työtaisteluoikeuden sisältö, rajat ja suoja. Turun yliopisto 2020, s. 100. Ratkaisussa Demir katsottiin ILO:n sopimukseen ja valvontakäytäntöön viitaten, että kollektiivisesta neuvotteluoikeudesta oli tullut yksi 11 artiklan mukaisista olennaisesti yhdistymisvapautteen liittyvistä elementeistä. Taas tapauksessa Enerji ILO:n yleissopimus nro 87 ja sen tulkintakäytäntö olivat keskeisessä asemassa lakko-oikeutta 11 artiklan näkökulmasta arvioitaessa. Myöhempi EIT:n oikeuskäytäntö on jatkanut ILO:n valvontakäytännön huomioivaa linjaa. Ks. uudemmista EIT:n tapauksista Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) v. Norway 10.6.2021 ja Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining and Others v. Germany 5.7.2022.

Paikallista sopimista on oikeuskirjallisuudessa lähestytty suppean tai laajan määritelmän näkökulmasta. Paikallisen sopimisen suppea määritelmä koskee vain sellaista sopimista, jota valtakunnallisissa työehtosopimuksissa tarkoitetaan. Laajalla määritelmällä taas tarkoitetaan muutakin kuin valtakunnalliseen työehtosopimukseen perustuvaa paikallista sopimista.¹⁴ Tässä kirjoituksessa lähestytään paikallista sopimista sen suppean määritelmän näkökulmasta. Tarkastelukohteena on sellainen normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuva paikallinen sopiminen, joka saa työehtosopimuksen oikeusvaikutukset. Kirjoituksessa ei tarkastella sellaista paikallista sopimista, joka toteutetaan työsopimustasoisesti ainoastaan työnantajan ja yksittäisen työntekijän välillä. Yksittäisen työnantajan ja työntekijän väliseen työsopimustasoiseen sopimukseen ei voida yleensä liittää työehtosopimuksen oikeusvaikutuksia.¹⁵

Tämä kirjoituksen kohteena olevasta normaalisitovuudesta on säädetty TEhtol 4 §:ssä. Normaalisitova työehtosopimus on työnantajaa järjestöjäsenyyden ja toimialan perusteella sitova työehtosopimus.¹⁶ Tämän kirjoituksen yhteydessä ei tarkastella sellaisia sopimistilanteita, joissa työnantaja noudattaa työehtosopimusta TSL 2:7:n mukaisen yleissitovuuden nojalla. Yleissitovaan työehtosopimukseen perustuva paikallinen sopiminen on työlainsäädännössä säädettyjen rajausten seurauksena mahdollisuuksiltaan normaalisitovuuskenttää suppeampaa. Yleissitovan työehtosopimuksen noudattamiseen ei liity myöskään normaalisitovuuskentässä tavallista TEhtol 8 §:n mukaista työrauhavelvollisuutta.

Tarkastelussa keskitytään yksityisellä sektorilla tapahtuvaan paikalliseen sopimiseen. Julkisen sektorin kollektiivisopimuksissa on omat yksityisestä sektorista poikkeavat sopimistoimintaa koskevat erityispiirteensä ja esimerkiksi työrauhavelvoite on virkaehtosopimuslakien perusteella yksityisestä sektorista poikkeava.¹⁷

14. Laajan määritelmän mukaan paikallisen sopimisen piiriin kuuluvat valtakunnallisissa työehtosopimuksessa tarkoitetun paikallisen sopimuksen lisäksi mm. työsopimuksen ja työsuhteen ehtojen muuttamissopimukset, yhteistoimintamenettelyssä syntyvät sopimukset, yrityskohtaiset työehtosopimukset ja muut velvoiteoikeudelliset sopimukset. Ks. Kairinen – Hietala – Ojanen 2015, s. 14.
15. Kielteistä kantaa tähän kysymykseen edustaa esimerkiksi työtuomioistuimen ratkaisu TT 2009:26.
16. Normaalisitovan työehtosopimuksen mukaisia työehtoja työnantajan on noudatettava lähtökohtaisesti kaikissa työsuhteissaan. Tämä koskee myös järjestäytymättömiä tai ”vääriin” järjestykseen järjestäytyneitä työntekijöitä, koska noudatettava työehtosopimus määräytyy työnantajan mukaan.
17. Virkamiehillä voimassa olevan palvelussuhteen ehtoihin kohdistuvat työtaistelutoimenpiteet, muut kuin työsulku tai lakko, ovat virkaehtosopimuslakien 8 §:n perusteella kiellettyjä. Lisäksi virkamiesten työtaistelutoimenpiteet saavat kohdistua vain virkaehtosopimuslakien 2 §:n perusteella sopimuksenvaraisiin palvelussuhteen ehtoihin. Tätä ns. pysyvää työrauhavelvoitetta voidaan virkaehtosopimuslakien 9 §:n perusteella myös sopimuksella laajentaa. Lisäksi voimassa olevaan virkaehtosopimukseen perustuva työrauhavelvoite sitoo myös yksittäisiä

Tässä artikkelissa arvioidaan aluksi normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvan sopimisasiasetelman lähtökohtia. Tämän jälkeen selvitetään ILO:n kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämistä koskevia velvoitteita ja periaatteita sekä niiden soveltumista paikalliseen sopimiseen. Lopuksi pohditaan keinoja sopimistoiminnan kehittämiseksi ILO:n velvoitteet huomioivalla tavalla.

2. Sopimisasiasetelman lähtökohdat

Suomessa ammatillista yhdistymisvapautta, kollektiivista neuvottelu-oikeutta ja työtaisteluoikeutta turvataan osana perustuslain (731/1999, PL) 13 §:n 2 momentin säännöstä. Sääntelyä on täsmennetty TSL 13:1:ssä. Yhdistymisvapautta, kollektiivista neuvottelu-oikeutta ja työtaisteluoikeutta on sisällöltään tarkemmin määritetty useissa Suomea sitovissa kansainvälisissä sopimuksissa ja niiden valvontakäytännöissä.¹⁸ Valtakunnallisten yhdistysten suhteita lähestytään pariteetti-ideologian näkökulmasta. Se korostaa työmarkkinaosapuolten tasavertaisuutta ja valtion puolueettomuutta suhteessa molempiin osapuoliin. Pariteetti-ideologian tausta-ajatuksen mukaan valtion tulee työläinsäädännön keinoin suojella yksittäistä työntekijää. Yksittäiset työntekijät voivat kuitenkin parantaa asemaansa myös yhdistymällä.¹⁹

Kollektiiviseen neuvottelu-oikeuteen liittyy työehtosopimusautonomia, jonka nojalla osapuolten tulee saada lähtökohtaisesti neuvotella ja sopia keskenään tarpeellisista työehdoista sopijapuolille lain mukaan kuuluvan kompetenssin rajoissa. Tätä autonomiaa kansallisella tasolla ilmentää TEhtol 1 §:n säännös.

virkamiehiä, toisin kuin työehtosopimuslain mukainen työrauhavelvoite. ILO:n järjestelmässä julkisen sektorin järjestäytymisoikeutta ja työntekijäjärjestöjen toimintaedellytyksiä turvataan myös erikseen yleissopimuksella nro 151. Ks. yleissopimus nro 151: Julkisen sektorin järjestäytymisoikeuden suojelu ja palvelussuhteen ehtojen määräämismenettely (1978).

18. Näitä oikeuksia on turvattu erityisesti Kansainvälisen työjärjestön ILO:n yleissopimuksia nro 87 ja nro 98 koskevassa valvontakäytännössä. Lisäksi YK:n piirissä keskeisiä sopimus-artikloja ovat taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan yleissopimuksen (TSS-sopimus) 8 artikla sekä kansalaisyhteiskunta- ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (KP-sopimus) 22 artikla. Pelkästään Euroopan alueella sovellettujen sopimusten osalta merkittäviä ovat Euroopan sosiaalisen peruskirjan (ESP) 5 ja 6 artikla sekä EU:n perusoikeuskirjan 12 ja 28 artikla. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) osalta yhdistymisvapautta, kollektiivista neuvottelu-oikeutta sekä työtaisteluoikeutta turvataan 11 artiklan ja tätä koskevan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen valvontakäytännön perusteella.
19. Ks. pariteetti-ideologian premissistä tarkemmin esim. Niklas Bruun, *Kollektivavtal och rättsideologi. En rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finsk rättsordning efter år 1924*. Juridiska föreningens i Finland publicatiosserie N:o 46. Juridica 1979, s. 159–161 ja Martti Kairinen, *Työoikeus perusteineen*. 2., uudistettu painos. Työelämän Tietopalvelu 2009, s. 42–43.

Normaalitettavaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen

TEhtoL 1 §:n perusteella työehtosopimuksessa voidaan sopia ehdoista, joita ”työsopimuksissa tai työsuhteissa muuten on noudatettava”. Säännös ilmaisee työehtosopimusosapuolten eli sopimukseen osallisten yleisen lakiperusteisen normikompetenssin asiallisen laajuuden. Normikompetenssi voi nojata TEhtoL 1 §:n lisäksi myös työläinsäädännössä olevaan erityissäännökseen, jonka perusteella valtakunnallisella työehtosopimuksella voidaan poiketa lain semidispositiivisesta säännöksestä. Tällöin voidaan puhua erityisestä lakiperusteisesta normikompetenssista.²⁰ Erityistä lakiperusteista normikompetenssia määrittäviä säännöksiä ovat esimerkiksi työaikalain (872/2019) 8 luvun 34 § ja vuosilomalain (162/2005) 6 luvun 30 §.

Normikompetenssi tarkoittaa sitä, että osalliset voivat työehtosopimuksella sopia ehdoista, jotka sitovat osallisten keskinäisen sopimussuhteen ulkopuolisia eli osallisten alayhdistyksiä sekä yksittäisiä työnantaja- ja työntekijäjäseniä. Tällaiset normimääräykset ovat työehtosopimusten ydinsisältöä. Normimääräyksillä on lakiin perustuva normivaikutus (TEhtoL 4 §). Normivaikutuksen perusteella työehtosopimuksen määräykset lähtökohtaisesti syrjäyttävät niiden kanssa ristiriitaiset työsuhteen ehdot (TEhtoL 6 §).²¹ Osalliset voivat tietyn edellytyksin myös delegoida normikompetenssiaan paikallisen sopimisen piiriin. Tällöin puhutaan viitetyöehtosopimuksesta ja viitetyöehtosopimuksessa olevaan kelpuutukseen perustuvasta paikallisesta sopimuksesta.²² Paikalliseen sopimiseen kelpuuttavien määräysten on pitädyttävä osallisille annetun normikompetenssin ja paikallisen sopimisen tämän delegoidun kompetenssin rajoissa, jotta paikallisella sopimuksella olisi lopulta työehtosopimuksen oikeusvaikutukset.²³

Kollektiiviseen neuvotteluoikeuteen liittyy työtaisteluoikeus, joka kuuluu pariteettiperiaatteen mukaisesti molemmille työmarkkinaosapuolille. Työtaisteluoikeus toimii palkansaajapuolen näkökulmasta osapuolten kollektiivista neuvotteluvoimaa tasapainottavana elementtinä. Kollektiivisopimusneuvottelujen

20. Ks. Liukkonen 2017, s. 996. Ks. myös Jorma Vuorio, Työsuhteen ehtojen määrittäminen: tutki-
mus Suomen työoikeuden normijärjestelmästä. Turku 1955, s. 311. Normikompetenssista on
käytetty oikeuskirjallisuudessa yleisesti myös nimitystä ”säännöstämiskompetenssi”.

21. Poikkeuksen voi tietyn edellytyksin muodostaa työoikeudessa yleisesti hyväksytty ja oikeus-
käytännössä vakiintunut niin sanottu edullisemmuussääntö, joka liittyy työsuhteen säännös-
tyksinojen etusijajärjestykseen. Ks. tarkemmin esim. Jaana Paanetoja, Työoikeus tutuksi -käsi-
kirja. 3., uudistettu painos. Edita Publishing 2023, s. 12–13.

22. Jorma Saloheimo, Työ- ja virkaehtosopimuslainsäädäntö, uudistettu painos. Alma Talent 2020,
s. 29–30. Kelpuutus voi perustua tyypillisesti seuraavanlaisiin työehtosopimuksen määräyksiin:
1) annettu toisin sopimisen mahdollisuus (esimerkiksi ”ellei paikallisesti toisin sovita”), 2) mää-
ritetty paikallisesti soveltavat vaihtoehdot (esimerkiksi lueteltu työajan järjestämismuutokset),
3) annettu avoin kelpuutus sopimiseen (esimerkiksi ”sovitaan paikallisesti erikseen”) ja 4)
määritetty sopimiselvoite (esimerkiksi urakkahinnoittelu määrätty paikallisesti soveltavaksi).

23. Liukkonen 2017, s. 993–994, 1001.

yhteydessä työtaistelut profiloituvat varsinkin palkansaajapuolen toimenpiteinä.²⁴ Normaalisisitovaan työehtosopimukseen perustuva paikallinen sopiminen toteutetaan kuitenkin työrauhavelvoitteen alla.²⁵ Vakiintuneen tulkinnan mukaan tämä työrauhavelvollisuus on luonteeltaan lakisääteinen ja vähimmäispakottava TEhtol 8 §:n perusteella määrittyvä velvoite. Näin ollen työehtosopimukseen osallisilla ei ole normikompetenssia työrauhavelvollisuudesta määräämiseen. Työrauhavelvollisuudesta voidaan sopia ainoastaan työehtosopimukseen osallisten välillä vaikuttavalla velvoitemääräyksellä.²⁶ Velvoitemääräykseen ei liity normimääräysten kaltaista kolmansiiin ulottuvaa normivaikutusta.²⁷

Yksittäisessä työsuhteessa työntekijää suojellaan pakottavan lainsäädännön keinoin ja työlainsäädäntöä tulkitaan työntekijän suojeluperiaatteen näkökulmasta. Normaalisisitovaan työehtosopimukseen perustuva paikallinen sopiminen ei kuitenkaan tyypillisesti tapahdu yksittäisen työnantajan ja työntekijän välillä vaan työnantajan ja henkilöstöä edustavan luottamusmiehen välillä.²⁸ Tällaiseen paikalliseen sopimiseen ei sovellu individuaalisen työoikeuden työntekijän suojeluperiaatetta korostava lähestymistapa. Toisaalta siihen ei sovellu myöskään kollektiivisen työoikeuden työmarkkinaosapuolten oikeuksien pariteettisuutta korostava lähestymistapa, sillä yritystasolla työnantajan asemaa suhteessa työn-

24. Kansainvälisissä sopimuksissa työtaisteluoikeudesta käytetään yleisemmin käsitettä lakko-oikeus, joka ei työtaisteluoikeuden tavoin ole pariteettinen. Työtaisteluoikeutta ja lakko-oikeutta turvataan ennen kaikkea kollektiivisen neuvotteluoikeuden yhteydessä uudesta työehtosopimuksesta neuvoteltaessa. Ks. Lamminen 2020, s. 12–13, 101–102, 265–266.

25. TEhtol 8 §:n perusteella työehtosopimus velvoittaa siihen osallisia tai muuten sidottuja yhdistyksiä ja työnantajia alayhdistyksineen välttämään kaikkia työtaistelutoimenpiteitä, jotka kohdistuvat työehtosopimukseen kokonaisuudessaan tai johonkin sen yksittäiseen määräykseen. Sopimukseen sidotut yhdistykset ovat myös velvollisia huolehtimaan siitä, että niiden alaiset yhdistykset, työnantajat ja työntekijät, joita sopimus koskee, välttävät vastaavia taistelutoimenpiteitä eivätkä muutoinkaan riko työehtosopimuksen määräyksiä. Työrauhavelvollisuus on lain mukaan relatiivinen eikä absoluuttinen. Työtuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella työrauhavelvollisuus on kuitenkin muodostunut tosiasiallisesti varsin laajaksi ja yritystoiminnan muutostilanteissa työtaistelun kiellettyä kohdistumisobjektina on usein työnantajan työjohtovaltaa koskeva työehtosopimuksen määräys. Ks. tarkemmin esim. Martti Kairinen – Johannes Lamminen – Jari Murto – Petri Rikkilä – Heikki Uhmavaara, Kollektiivisopimukset ja työrauha. Turun yliopisto 2012, s. 116–117. Ks. oikeuskäytännöstä esim. TT 2023:2.

26. Velvoitemääräykset ovat sopimuslausekkeita, jotka koskevat työehtosopimusosapuolten keskinäisiä suhteita. Ne voivat määrittää esimerkiksi sopimuksen voimassaoloa ja irtisanomista, osapuolten välisiä neuvottelusuhhteita, työryhmytyöskentelyä tai tietojen vaihtoa. Ks. velvoitemääräyksistä tarkemmin Saloheimo 2020, s. 106–113.

27. Tulkinnan legaalista työrauhavelvollisuudesta on esittänyt Suomessa ensimmäisenä Arvo Sipilä vuonna 1947. Tulkinnan taustalla on ajatus siitä, että työrauhavelvollisuus ei lukeudu TEhtol 1 §:n mukaisiin työsuopimuksissa tai työsuhteissa muuten noudatettaviin ehtoihin eikä siitä näin ollen voida tällöin sopia työehtosopimukseen osallisten ulkopuolisiin ulottuviin vaikutuksiin. Osallistenkaan välillä työrauhavelvollisuutta ei voida supistaa, ainoastaan laajentaa. Ks. tarkemmin Pirkko K. Koskinen, Kiista työrauhalausekkeista. Lakimies 7–8/2002, s. 1235–1246. Ks. myös Lamminen 2020, s. 202–204.

28. Saloheimo 2020, s. 28–29.

Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen

tekijäpuolen asemaan vahvistavat erityisesti työsopimuslakiin ja työehtosopimusten määräyksiin perustuva työnjohto-oikeus²⁹ sekä työehtoihin kohdistuva tulkintaetuoikeus³⁰. Työntekijäpuolen asemaa taas on pyritty turvaamaan niin sanotuilla perä- ja sivulautamalleilla³¹. Perä- ja sivulautamalleilla taataan työntekijöille työehtojen vähimmäistaso siinä tapauksessa, että paikalliseen sopimukseen ei päästäkään.³²

Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvassa paikallisessa sopimissa on kyse työmarkkinajärjestöjen välisen kollektiivisopimisen (työehtosopimus) sekä työnantajan ja työntekijän välisen individuaalisopimisen (työsopimus) välimaastoon sijoittuvasta sopimisasetelmasta. Sopiminen koskee yrityksen työntekijäryhmiä.³³ Sopijapuolten neuvotteluasemat eivät selvästi ilmene individuaalisesta tai kollektiivisesta työlainsäädännöstä. Kollektiivisopimusperusteisena sopimistoiminta nojaa kuitenkin lähtökohdiltaan yhdistymisvapauden ja kollektiivisen neuvotteluoikeuden periaatteisiin sekä niitä ilmentäviin säännöksiin.

3. ILO:n kollektiivinen neuvotteluoikeus ja paikallinen sopiminen

3.1. Yhdistymisvapauden ja kollektiivisen neuvotteluoikeuden turvaamisen lähtökohdat

ILO on työelämäkysymyksiä käsittelevä laajalti kolmikantaisesti toimiva YK:n erityisjärjestö.³⁴ Se on perustettu jo vuonna 1919 ensimmäisen maailmansodan päättäneen Versaillesin rauhansopimuksen jälkimainingeissa. Yhdistymisvapautta, kollektiivista neuvotteluoikeutta ja työtaisteluoikeutta koskevat kysymykset ovat olleet järjestössä esillä sen perustamisesta lähtien. Vuonna 1944

29. Työnjohto-oikeuden perusteella työnantajalla on oikeus antaa työn johtoa ja valvontaa koskevia määräyksiä.
30. Tulkintaetuoikeuden perusteella työnantajan tulkintaa noudatetaan, kunnes riita on asianmukaisin menettelyin viime kädessä tuomioistuimessa ratkaistu.
31. Perälautamallissa paikallisen sopimuksen sijaan noudatettavaksi tulee valtakunnallisen työehtosopimuksen vastaava määräys, jos työehtosopimuksen toisinsopimismahdollisuutta ei käytetä. Sivulaudassa taas kyse on lähinnä sopimisen raamien asettamisesta.
32. Ks. esim. Murto 2015, s. 168.
33. Ks. Murto 2015, s. 166–167, 269. Työehtosopimusmääräykset, jotka kohdistuvat työntekijöihin ryhminä, voidaan Murron mukaan nähdä ryhmänormeina. Esimerkiksi palkkaus- tai työaikajärjestelmään liittyvät ryhmänormit koskevat henkilöstöryhmää. Tällaiset ryhmänormit vaikuttavat yksittäisen työntekijän työsuhteen ehtoihin tai asemaan tosiasiallisesti sen jälkeen, kun työnantajan edustaja ryhtyy soveltamaan paikallista sopimusta.
34. Kolmikantaisuus järjestön toiminnassa tarkoittaa sitä, että työnantaja- ja työntekijäpuolen edustajat osallistuvat järjestön työhön tasavertaisina eri valtioiden hallitusten edustajien kanssa.

hyväksytyin Philadelphian julistuksen nojalla työjärjestön keskeiseksi tavoitteeksi asetettiin yhdistymisvapautta ja kollektiivista neuvottelu oikeutta käsittelevien sopimusten laatiminen.³⁵ Yleissopimukset nro 87 ja nro 98 hyväksyttiin varsin pian julistuksen antamisen jälkeen.

Yhdistymisvapaus ja kollektiivinen neuvottelu oikeus mainitaan ILO:n kansainvälisen työkonferenssin vuonna 1998 hyväksymässä työelämän perusoikeuksia koskevassa julistuksessa (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work), ja sopimukset nro 87 ja nro 98 kuuluvat ILO:n ydinsopimuksiin.³⁶ ILO:n jäsenvaltiot ovat julistuksen perusteella sitoutuneet kunnioittamaan ydinsopimusten mukaisia oikeuksia ja edistämään niiden toteutumista riippumatta siitä, onko varsinainen sopimuksia koskeva kansallinen voimaansaattaminen tehty. Suomessa molemmat sopimukset on saatettu voimaan kansallisesti. Yleissopimus nro 87 on ratifioitu vuonna 1949 (SopS 45/1949) ja yleissopimus nro 98 vuonna 1951 (SopS 32/1951).

Yhdistymisvapautta ja kollektiivista neuvottelu oikeutta koskevien sopimusten valvontajärjestelmä on eri komiteoiden työskentelystä muodostuva kokonaisuus. Keskeisessä asemassa ovat ILO:n asiantuntijakomitean³⁷ ja yhdistymisvapauskomitean³⁸ raportointi- ja valitusmenettelyt. Asiantuntijakomitea ja yhdistymisvapauskomitea ovat keskeisessä asemassa ILO:n sopimustekstien tosiasiallisten merkityksien laajentajana ja tulkintalinjausten vahvistajana. Ko-

35. Julistuksessa korostettiin yhdistymisvapauden välttämättömyyttä kestäväälle kehitykselle ja osoitettiin tukea jäsenmaiden toimenpiteille kollektiivisen neuvottelu oikeuden tehokkaaksi tunnustamiseksi. Ks. Philadelphian julistus (1944), I(b) ja III(e) artikla.
36. Vuonna 2022 julistusta uudistettiin. Ydinsopimusten joukkoon lisättiin uusi kategoria ja kaksi sopimusta, jotka koskevat työturvallisuutta ja -terveyttä sekä työympäristöä. Nykyisin ydinsopimuksia on yhteensä 11 ja ne koskevat yhdistymisvapauden ja kollektiivisen neuvottelu oikeuden sekä työturvallisuuden lisäksi pakkotyön poistamista, lapsityövoiman käytön kieltämistä sekä työmarkkinoilla ja ammatinharjoittamisen yhteydessä tapahtuvan syrjinnän poistamista.
37. ILO:n asiantuntijakomitea (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations) valvoo yleislimenä ILO:n yleissopimusten toimeenpanoa. Asiantuntijakomitea muodostaa ILO:n sisällä poikkeuksen kolmikantaisuuteen. Komiteassa on 20 puolueetonta työläinsäädännön asiantuntijaa, jotka valitaan tehtävään kolmevuotiskausittain. Asiantuntijakomitean suorittamassa valvonnassa keskiössä on raportointimenettely, jonka perusteella jäsenmaiden tulee tietyin väliajoin raportoida niiden ratifioimien sopimusten kansallisista voimaansaattamistoimenpiteistä ja sopimusten soveltamisesta. Näiden raporttien perusteella asiantuntijakomitea laatii vuosittain julkaisun, jossa tehdään huomioita sopimusten soveltamisesta. Raportti käsitellään vuosittain kolmikantaisessa työkonferenssin applikaatiokomiteassa (Conference Committee on the Application of Standards).
38. Yhdistymisvapauskomitea (Committee on Freedom of Association) on ILO:n hallintoneuvoston elin, joka tutkii eri maissa tapahtuvia yhdistymisvapauden rikkomuksia riippumatta siitä, onko valtio ratifioinut rikkomusta koskevan sopimuksen. Rikkomukset tutkitaan työntekijä- tai työnantajapuolen järjestöjen tekemien valitusten perusteella. Mikäli yhdistymisvapauskomitea toteaa yhdistymisvapautta rikoituksen, se raportoi siitä hallintoneuvoston välityksellä ja laatii kyseiselle valtiolle ehdotuksia tilanteen korjaamiseksi. Valtion tulee myöhemmin raportoida siitä, miten se on toteuttanut nämä ehdotukset.

Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen

mitteat ovat toisistaan erillisiä mutta käyttävät omissa valvontakäytännöissään ristiin toistensa kannanottoja. Kannanotot ovat keskenään pitkälti yhteneviä ja toisiaan vahvistavia.³⁹

Komiteoiden tulkinnat eivät ole oikeudellisesti toimeenpantavissa, eikä niihin ole liitetty suoranaista sanktiovaltaa.⁴⁰ ILO:n valvontakäytännöllä on kuitenkin moniulotteisempi merkityksensä muiden kansainvälisten sopimusten soveltamisratkaisujen myötä. Muiden kansainvälisten sopimusten valvontakäytäntöjen piirissä tehdään johtopäätöksiä yhdistymisvapauden ja kollektiivisen neuvotteluoikeuden sisällöstä merkittävässä määrin ILO:ssa vahvistettujen tulkintojen pohjalta.⁴¹

3.2. Kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämisen sopimusinstrumentit

ILO:n järjestelmässä työmarkkinaosapuolten yhdistymisvapautta, kollektiivista neuvotteluoikeutta sekä työtaisteluoikeutta on turvattu varsinkin yleissopimuksia nro 87⁴² ja nro 98⁴³ koskevassa valvontakäytännössä. Yleissopimus nro 98 asettaa lähtökohdat kollektiivisen neuvotteluoikeuden turvaamiseksi. Kollektiivista neuvottelumenettelyä tulee yleissopimuksen nro 98 perusteella

39. Ks. komiteoiden keskinäisestä yhteydestä esim. International Labour Organization (ILO), Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), 1949. International Labour Office 1994, s. 8–9.

40. Tämä ei tarkoita, etteikö noudattamatta jättämisellä olisi mitään negatiivisia seuraamuksia. Noudattamatta jättämisestä voi seurata negatiivisia vaikutuksia esimerkiksi ILO:n tukien menettämisinä.

41. Yhdistyneiden kansakuntien KP-sopimuksen 22 artikla edellyttää, että ILO:n sopimuksen nro 87 myöntämä turva taataan eikä 22 artiklaa voida tulkita vastoin sopimusta nro 87. TSS-sopimuksen 8 artiklan 3 kohdan perusteella ei ole sallittua loukata ILO:n yleissopimuksen nro 87 mukaista turvaa vaan tämä tulee taata kaikissa lainsäädäntö- tai lainsoveltamistilanteissa. Euroopan neuvoston sopimusten piirissä taas erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen noudattamista valvovan EIT:n ratkaisut Demir (2008) ja Enerji (2009) ovat olleet vahvistamassa ILO:n sopimusten asemaa ja valvontakäytännön merkitystä yhdistymisvapauden keskeisimpänä tulkintalähteenä. Euroopan ihmisoikeussopimuksella on suurta merkitystä ja painoarvoa myös EU-oikeudessa sovelletun perusoikeuskirjan tulkinnoissa. Ks. EIS:n vaikutuksesta perusoikeuskirjan mukaisiin oikeuksiin esimerkiksi perusoikeuskirjan 53 artiklan määräys suojan tasosta. Ks. ILO:n ja EU-oikeuden välisistä suhteista myös Valérie Van Goethem – Vongai Masocha, Collective labour law and the European Union: an ILO perspective, s. 115–131 teoksessa Beryl ter Haar – Attila Kun (eds), EU Collective Labour Law. Edward Elgar Publishing 2021.

42. Yleissopimus nro 87: Ammatillinen järjestäytymisvapaus ja ammatillisen järjestäytymisoikeuden suojelu (1948).

43. Yleissopimus nro 98: Järjestäytymisoikeuden ja kollektiivisen neuvotteluoikeuden periaatteiden soveltaminen (1949).

edistää neuvotteluiden vapaaehtoisuuden näkökulmasta. Sopimuksen 4 artiklan nojalla on tarpeellisin tavoin ryhdyttävä kansallisten olosuhteiden mukaisiin toimenpiteisiin, jotta suositellaan ja edistetään menettelytapoja, jotka koskevat työnantajien tai työnantajajärjestöjen ja työntekijäin järjestöjen välillä käytäviä vapaaehtoisia työehtosopimusneuvotteluja. Sopimuksessa nro 98 ei kuitenkaan tarkemmin yksilöidä sitä, kuinka tällaiset edistämistoimenpiteet tulisi toteuttaa.⁴⁴

Yleissopimusta nro 98 on täydennetty vuonna 1981 yleissopimuksen nro 154⁴⁵ nojalla. Yleissopimuksen nro 154 perusteella valtiolla on velvollisuus edistää työmarkkinaosapuolten välisiä kollektiivisia neuvottelumenettelyjä eri tasoilla. Sopimukseen nro 154 liittyy suositus nro 163 kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämisestä (1981).⁴⁶ Yleissopimus nro 154 ja tähän liittyvä suositus nro 163 määrittävät tarkemmin kollektiivisten neuvottelumenettelyjen edistämistä tukevia keinoja sekä keinojen taustalla olevia tavoitteita.⁴⁷

Yleissopimus nro 154 sisältää kollektiivista neuvottelumenettelyä koskevan käsitelmäärittelyn. Sopimuksen 2 artiklan perusteella kollektiivisella neuvottelumenettelyllä tarkoitetaan neuvotteluja, jotka käydään toisaalta työnantajan, työnantajaryhmän tai yhden tai useamman työnantajajärjestön ja toisaalta yhden tai useamman työntekijäjärjestön välillä tarkoituksena

- a) määrätä työolosuhteet ja työehdot, ja/tai
- b) säädellä työnantajien ja työntekijöiden väliset suhteet, ja/tai
- c) säädellä työnantajien tai heidän järjestöjensä ja yhden tai useamman työntekijäjärjestön väliset suhteet.

Yleissopimus nro 154 mahdollistaa sopimuksella asetettujen tavoitteiden toteuttamisen hyvin monenlaisin toimenpitein. Sopimuksen 5 artiklan perusteella lähtökohtana on, että kollektiivisia neuvottelumenettelyjä tulee edistää kansallisten olosuhteiden mukaisilla toimenpiteillä. Tämä tarkoittaa 5 artiklan perusteella esimerkiksi sitä, että kollektiivisen neuvottelumenettelyn käytön tulisi olla lähtökohtaisesti mahdollista kaikille työnantajille ja työntekijäryhmille. Myös työnantaja- ja työntekijäjärjestöjen välillä sovittavien menettelytapasäännösten aikaansaamista tulisi edistää ja työriitojen sovitteluelimet sekä -tavat olisi suunniteltava kollektiivisen neuvottelumenettelyn käyttöä edistäviksi.⁴⁸

44. Sopimus painottaa työntekijöiden suojaamista kaikenlaisia järjestösyrintää (anti-union discrimination) vastaan. Ks. yleissopimuksen (nro 98) 1 artikla ja International Labour Organization (ILO), Promoting Collective Bargaining, International Labour Office 2015, s. 17.

45. Yleissopimus nro 154: Kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistäminen (1981).

46. Lisäksi paikallisen tason edustajien asemaa turvataan erikseen ILO:n yleissopimuksen nro 135 perusteella. Ks. yleissopimus nro 135: Työntekijäin edustajien suojelu yrityksessä ja heidän toimintansa helpottaminen (1971).

47. ILO Promoting Collective Bargaining 2015, s. 2.

48. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle vuonna 1981 pidetyn 67. Kansainvälisen työkonferenssin eräiden päätösten johdosta 86/1982 vp, s. 3. Ks. myös yleissopimuksen (nro 154) 7 artikla.

Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen

Suosituksen (nro 163) 4 kohdan perusteella kollektiivisen neuvottelumenettelyn käyttö olisi tarpeellisin tavoin mahdollistettava millä tasolla tahansa (muun muassa tehdaslaitos-, yritys-, toimiala- tai alueellisella tai kansallisella tasolla). Menettelyn osapuolten tulisi kuitenkin huolehtia eri tasojen yhteensovittamisesta ja yhteistyöstä. Suosituksessa keskeisiä ovat eri tasojen neuvottelijoiden mahdollisuus saada asianmukaista koulutusta sekä osapuolten mahdollisuus saada neuvottelujen käymiseen tarvittavat tiedot.⁴⁹ Suosituksen 5 ja 7 kohtien perusteella myös julkiset viranomaiset voivat antaa koulutusapua järjestöjen sitä pyytäessä sekä tarvittavat tiedot maan ja kyseisen alan taloudellisesta ja sosiaalisesta tilanteesta, sikäli kuin niiden antamisesta ei aiheudu vahinkoa kansalliselle edulle.

Yleissopimuksen (nro 154) 4 artiklan perusteella yleissopimuksen määräykset on pantava täytäntöön kansallisella lainsäädännöllä, mikäli niitä ei panna täytäntöön työehtosopimuksilla, välimiestuomioilla tai muulla kansallisen käytännön mukaisella tavalla. Yleissopimus nro 154 on ratifioitu Suomessa vuonna 1983 (SopS 71/1983). Suositusta nro 163 ei ole ratifioitu, koska suositukseen ei liity vastaavaa kansallista voimaansaattamista kuin yleissopimukseen.⁵⁰ Suositus on kuitenkin saatettu aikanaan hallituksen esityksessä mainituin tavoin eduskunnan tietoon.⁵¹ Yleissopimuksen nro 154 ratifiointia ja suositusta nro 163 koskevassa hallituksen esityksessä on katsottu, että yleissopimus ja suositus sallivat niiden soveltamistilanteissa sekä kansallisen lainsäädännön että kansallisen käytännön huomioon ottamisen tarvittavissa määrin. Asiakirjojen ei katsottu olevan ristiriidassa silloisen Suomessa voimassa olevan lainsäädännön tai sovelletun neuvottelukäytännön kanssa.⁵²

Yleissopimuksen nro 154 ratifioinnin jälkeen Suomen kollektiiviseen työ-lainsäädäntöön on tullut varsin vähän muutoksia.⁵³ Toisaalta työmarkkinakäytännössä ja -sopimisessa on tapahtunut muutoksia varsinkin yritystasoisien sopimisen lisääntymisen myötä. Työehtosopimukset ovat muuttuneet aikaisempaa selvemmin kaksitasoisiksi, jolloin osa ehdoista sovitaan valtakunnallisesti ja osa jätetään yritystasolla tarkemmin määritettäväksi.⁵⁴

49. Ks. ILO Promoting Collective Bargaining 2015, s. 20.

50. Suositukset eivät ole sitovia vaan toimivat suuntaviivoina. Yleissopimukseen liittyvällä suosituksella tyypillisesti täydennetään yleissopimusta yksityiskohtaisemmillä ohjeistuksilla.

51. Hallituksen esityksessä esitettiin, että suosituksen periaatteet ja näkökohdat otettaisiin huomioon tulevassa lainsäädäntötyössä, sikäli kuin se on mahdollista ja tarkoituksenmukaista, ks. HE 86/1982 vp, s. 8.

52. HE 86/1982 vp, s. 3.

53. Ehkä merkittävimpiä muutoksena voidaan pitää 1.3.2023 voimaan tullutta erityisesti niin sanottujen rajariitojen ratkaisuun liittyvää sääntelyä. Muutossäädöksellä täsmennettiin työriitojen sovittelusta annettua lakia (420/1962) erityisesti vapaaehtoisen sovittelun käyttömahdollisuuksien osalta.

54. Murto 2015, s. 167.

3.3. Kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämisen periaatteet valvontakäytännössä

ILO:n valvontakäytännön perusteella oikeus neuvotella vapaasti työnantajien kanssa työehdoista on olennainen osa yhdistymisvapautta. Ammattiliitoille on katsottu kuuluvan oikeus työehtosopimusneuvottelujen tai muiden laillisten keinojen avulla pyrkiä parantamaan ammattiliittojen edustamien työntekijöiden elin- ja työoloja. Viranomaisten on lähtökohtaisesti pidättäydyttävä tämän oikeuden laillisen käytön rajoittamista tai estämistä koskevista puuttumistoinenpiteistä. Jotta työehtosopimusneuvottelujen vapaaehtoisuus voisi toteutua, on valvontakäytännön perusteella olennaista kunnioittaa neuvotteluosapuolten autonomiaa.⁵⁵

Vapaan ja vapaaehtoisen kollektiivisen neuvottelu-oikeuden periaatteen on valvontakäytännössä katsottu tarkoittavan myös sitä, että neuvottelutason määrittäminen on työmarkkinaosapuolten harkintavaltaan kuuluva asia. Osapuolilla itsellään on katsottu olevan parhaat edellytykset päättää sopivimmasta neuvottelutasosta tai esimerkiksi sellaisesta sekajärjestelmästä, jossa runkosopimuksia täydennetään paikallisilla tai yritystason sopimuksilla.⁵⁶

Valvontakäytännössä on katsottu, että kollektiiviset neuvottelut voivat toimia tehokkaasti vain, jos osapuolet käyvät ne vilpittömässä mielessä (in good faith). Vilpittömän mielen mukaiset neuvotteluperiaatteet on katsottu mahdollisiksi saavuttaa vain osapuolten vapaaehtoisten ja pitkäjänteisten toimien tuloksena.⁵⁷ Vilpittömän mielen mukaisten neuvotteluperiaatteiden keskiössä ovat erityisesti seuraavat seikat:

- Neuvotteluista on tiedotettava ajoissa ja on vältettävä perusteettomia viivästyksiä. Käytän tästä nimitystä ”neuvotteluiden sujuvuus”.
- Neuvottelut on käytävä aidossa ja rakentavassa hengessä. Käytän tästä nimitystä ”neuvotteluiden autenttisuus”.

55. ILO Freedom of Association and Collective Bargaining 1994, s. 107; International Labour Organization (ILO), Collective Bargaining: ILO standards and the principles of the supervisory bodies. International Labour Office 2000, s. 5, 27 ja International Labour Organization (ILO), Freedom of Association. Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association. Sixth edition. International Labour Office 2018, s. 231, 245.

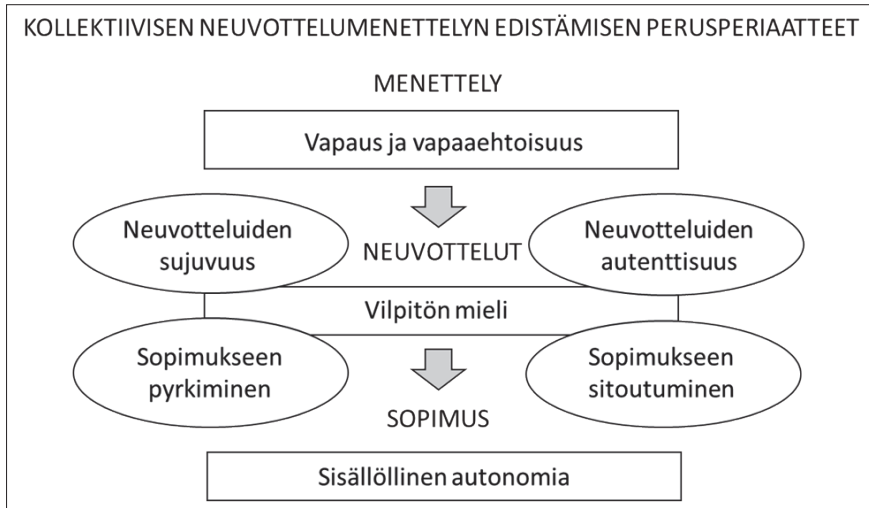
56. ILO Collective Bargaining 2000, s. 30 ja ILO Freedom of Association 2018, s. 260. Osapuolten yhteinen päätösvalta tasosta tarkoittaa myös sitä, ettei pelkästään työnantajien kieltäytyminen neuvottelemasta tietyllä tasolla ole yhdistymisvapauden loukkaus, ks. ILO Freedom of Association 2018, s. 260.

57. ILO Collective Bargaining 2000, s. 33. Vilpittömän mielen otettiin esille työehtosopimusneuvottelukomitean toimesta jo yleissopimuksen nro 154 valmistelutyön aikana. Periaatteen on katsottu olevan johdettavissa myös yleissopimuksen (nro 98) 4 artiklan säännöksestä, ks. International Labour Organisation (ILO), Giving globalization a human face. General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008. First edition. International Labour Office 2012, s. 85.

Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen

- Osapuolten on tehtävä kaikkensa sopimukseen pääsemiseksi. Käytän tästä nimitystä ”sopimukseen pyrkiminen”.
- Osapuolten on kunnioitettava neuvottelujen tuloksia ja sitouduttava lopputulokseen. Käytän tästä nimitystä ”sopimukseen sitoutuminen”.⁵⁸

Havainnollistan kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämisen peruseriaatteiden kokonaisuutta seuraavalla kuviolla (kuvio 1):



Kuvio 1. Kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämisen peruseriaatteet.

Ensinnäkin kollektiivinen neuvottelumenettely on vietävä läpi vapauden ja vapaaehtoisuuden periaatteiden pohjalta. Tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että valtion on lähtökohtaisesti vältettävä puuttumista neuvotteluihin. Esimerkiksi vapaaehtoiset riidanratkaisumekanismit ovat ensisijaisia suhteessa pakollisiin.⁵⁹

Toisen osan kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämisen keskeisistä peruseriaatteista muodostaa vilpitön mieli. Osapuolten väliset neuvottelut tulisi toteuttaa vilpittömässä mielessä eli aidossa ja rakentavassa hengessä sopimiseen pyrkien, vastapuolta neuvotteluista ajoissa tiedottaen sekä neuvottelutulokseen

58. ILO Collective Bargaining 2000, s. 33–34, 76; ILO Freedom of Association 2018, s. 247–250 ja ILO Giving globalization a human face 2012, s. 85.

59. Pakollinen välitysmenettely voi tulla kyseeseen lähinnä vain tilanteissa, joissa on kyse (1) välttämättömistä palveluista suppeassa merkityksessä eli palveluista, joiden keskeyttäminen vaarantaisi koko väestön tai sen osan hengen, henkilökohtaisen turvallisuuden tai terveyden, (2) julkishallinnon riita-asioissa, joissa on osallisina julkista valtaa käyttäviä virkamiehiä, tai (3) akuutin kansallisen kriisin sattuessa, ks. esim. ILO Collective Bargaining 2000, s. 41.

sitoutuen. Valtion on varmistettava, että osapuolten välillä solmitut sopimukset ovat lakisääteisesti täytäntöönpanokelpoisia.⁶⁰

Kolmas kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämisen peruseriaatteista on sopimista koskeva autonomia. Mikäli osapuolten neuvottelut eivät johda lopputulokseen, on osapuolten välinen erimielisyys pyrittävä selvittämään sovittelumekanismin (conciliation/mediation) tai osapuolten luottaman riippumattoman elimen suorittaman välitysmenettelyn (arbitration) avulla. Osapuolten voidaan edellyttää osallistuvan sovitteluun, mutta lopullisen solmittavan kollektiivisopimuksen tulisi syntyä vapaan neuvottelutoiminnan tuloksena osapuolten autonomiaa kunnioittaen. Valtio ei voi määrätä sopimuksen sisällöstä vastoin osapuolten tahtoa.⁶¹

3.4. Kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämisvelvoitteet ja paikallinen sopiminen

Kollektiiviset työriidat jaetaan Suomessa eturiitoihin ja oikeusriitoihin. Eturiidat ovat työehtosopimuksen voimassaolon ulkopuolisia riitoja, kun taas oikeusriidat koskevat voimassa olevan kollektiivisopimuksen soveltamista tai tulkintaa.⁶² ILO:n kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämistä koskevien sopimusinstrumenttien sääntely ja valvontakäytännössä ilmaistut periaatteet koskevat varsinkin eturiitatilanteita, joissa on kyse uuden työehtosopimuksen solmimisesta. Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvassa paikallisessa sopimisessa ei ole kuitenkaan kyse perinteisestä työehtosopimuksen solmimiseen liittyvän eturiidan kaltaisesta tilanteesta, koska paikallista sopimista koskevat neuvottelut toteutetaan työmarkkinaosapuolten välillä jo solmitun työehtosopimuksen voimassaolon aikana. Tällaisessa voimassa olevan työehtosopimuksen tilanteessa TEhtol 8 §:n mukainen työrauhavelvollisuus estää neuvotteluissa painostamisen työtaistelutoimenpitein.

Paikallista sopimista koskeviin neuvotteluihin ei siis lähtökohtaisesti sovelleta varsinaisia eturiitoja koskevia kansallisia menettelysäännöksiä työtaistelun ennakoilmoitusvelvoitteeseen ja sovittelumenettelyineen.⁶³ Paikallista sopimista

60. ILO Freedom of Association 2018, s. 249.

61. ILO Giving globalization a human face 2012, s. 98–99; ILO Collective Bargaining 2000, s. 37–38 ja ILO Freedom of Association and Collective Bargaining 1994, s. 113–114. Ks. myös Niklas Bruun, Työriitojen sovittelujärjestelmä vertailevasta näkökulmasta. Akava Works -raportti 2/2020, s. 5 osoitteessa <https://akavaworks.fi/julkaisut/raportit/tyoriitojen-sovittelujarjestelma-vertailevasta-nakokulmasta/> (vierailtu 7.1.2024).

62. Jako eturiitoihin (conflicts of interests) ja oikeusriitoihin (conflicts of rights) on käytössä useissa muissakin maissa, muun muassa Ruotsissa ja Saksassa.

63. Suomessa työriitojen sovittelusta annetussa laissa (420/1962, työriitalaki) on säädetty muun muassa työneisauksia koskevasta kahden viikon ennakoilmoitusvelvollisuudesta, pakollisesta osallistumisesta sovitteluun sekä sovittelijan valtuuksista neuvotteluissa.

Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen

koskevassa neuvottelutilanteessa ei toisaalta ole lähtökohtaisesti kyse myöskään sellaisesta työehtosopimuksen soveltamista tai tulkintaa koskevasta oikeusriidasta, joka ratkaistaisiin työehtosopimuksissa määritetyin erimielisyyksienmenettelyin ja viime kädessä työtuomioistuimessa.⁶⁴

ILO:n yleissopimuksen (nro 154) 3 artiklan 1 kohdan perusteella, mikäli kansallisessa lainsäädännössä tai käytännössä tunnustetaan työntekijäin edustajia koskevan yleissopimuksen (nro 135)⁶⁵ 3 artiklan b) kohdassa tarkoitettujen työntekijöiden edustajien olemassaolo, voidaan kansallisessa lainsäädännössä tai käytännössä määrätä, missä laajuudessa kollektiivinen neuvottelumenettely käsittää myös näiden edustajien kanssa käytävät neuvottelut. Kyseisen yleissopimuksen (nro 135) 3 artiklan b) kohdassa käsitellään luottamusmiehiä.

Suomessa luottamusmies toimii ammattiryhmän, henkilöstön, henkilöstöryhmän tai ammattiosaston edustajana työehtosopimuksen ja työläisäädännön soveltamista koskevissa asioissa.⁶⁶ Luottamusmiehen asema perustuu työmarkkinakäytännössä vakiintuneisiin työehtosopimusmääräyksiin ja oikeuskäytännössä vahvistettuihin määräysten tulkintoihin. Luottamusmies voi tehdä työehtosopimuksen kelpuutukseen perustuvan paikallisen sopimuksen, joka saa työehtosopimuksen oikeusvaikutukset. Tällaista sopimusta sovelletaan kaikkien niiden työntekijöiden työsuhteissa, joita luottamusmiehen katsotaan edustavan.⁶⁷

64. Tyypillisesti työehtoja koskevissa erimielisyytilanteissa työnantajalla on työehtosopimusmääräysten sisältöä koskeva tulkintaetuoikeus. Työntekijäpuoli voi riitauttaa työnantajan tulkinnan, minkä jälkeen paikallisesti käydään erimielisyysneuvottelut yleensä työpaikan luottamusmiehen ja työnantajan edustajan välillä. Jos paikallisissa neuvotteluissa ei saada sovintoa aikaiseksi, laaditaan niin sanottu erimielisyysmuistio, minkä jälkeen asia siirretään liittojen käsiteltäväksi. Viime kädessä riidan ratkaisee työtuomioistuin. Oikeudenkäynnistä työtuomioistuimessa annetun lain (646/1974) 11 §:n 2 momentin perusteella työtuomioistuin ottaa asian käsiteltäväksi lähtökohtaisesti vain siinä tapauksessa, että työehtosopimuksen mukaiset erimielisyysneuvottelut on käyty. Työtuomioistuinprosessissa kantajana ja vastaajana toimivat työehtosopimuksen solmineet liitot. Ks. Työ- ja elinkeinoministeriön (TEM) julkaisuja 2020:8: Paikallisen sopimisen tila ja edistämisen edellytykset. Paikallinen sopiminen -alatyöryhmän selvitys, s. 47–48. Ks. myös esimerkki erimielisyysmenettelyä koskevista määräyksistä Teknologiateollisuuden työnantajat ry:n ja Teollisuusliitto ry:n välinen Teknologiateollisuuden työntekijöitä koskeva työehtosopimus 6.2.2023–30.11.2024. Luku 45 Erimielisyydet ja niiden ratkaiseminen.

65. Yleissopimus nro 135: Työntekijäin edustajien suojeleu yrityksessä ja heidän toimintansa holtaminen (1971).

66. Ks. TEM, Paikallisen sopimisen tila ja edistämisen edellytykset 2020, s. 54. Ks. esimerkki luottamusmiehen tehtävänkuvauksesta Teknologiateollisuuden työnantajat ry:n ja Teollisuusliitto ry:n välinen Teknologiateollisuuden työntekijöitä koskeva työehtosopimus 6.2.2023–30.11.2024. Luku 43 Luottamusmiehet, jakso 43.3.4 Luottamusmiehen tehtävät.

67. Luottamusmies on ennen kaikkea ammattiosastoon järjestäytyneiden työntekijöiden edustaja. Kuitenkin työmarkkinakäytännössä yleisen luottamusmiehen edustuksen laajuutta koskevan määräyksen perusteella luottamusmiehen tekemä paikallinen sopimus sitoo tyypillisesti niitä työntekijöitä, joita luottamusmiehen ”on katsottava edustavan”. Ilmaisu ei ole yksiselitteinen, ja se on aiheuttanut rajaveto-ongelmia erityisesti järjestäytymättömien tai ”vääriin” järjestöön järjestäytyneiden työntekijöiden osalta. Vallitsevan kannan perusteella luottamusmiehellä on lähtökohtaisesti kelpoisuus solmia paikallisia sopimuksia edustaen niitä työntekijöitä, joiden

Myös sopimuksen tulkintaerimielisyydet ratkaistaan tällöin työehtosopimuksessa määritetyin erimielisyyksienmenettelyin.⁶⁸

Paikallisessa sopimisessa työnantaja ja luottamusmies neuvottelevat työehtosopimuksen ehtoja koskevasta kysymyksestä heille työmarkkinajärjestöjen toimesta delegoidun kompetenssin rajoissa. Sopiminen tapahtuu työehtosopimusmääräysten mukaisesti.⁶⁹ Paikallinen sopiminen toteuttaa työehtosopimusten kaksitasoista järjestelmää, jossa osa työehtosopimuksen ehtoista on sovittu valtakunnallisesti ja osa jätetty paikallisesti tarkemmin määritettäväksi. Suomessa vallitsevan työmarkkinakäytännön ja oikeuskäytännön perusteella on perusteltua katsoa, että normalisitovaan työehtosopimukseen perustuvissa paikallista sopimista koskevissa neuvotteluissa on huomioitava myös ILO:n kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämistä koskevat peruseriaatteet. Kollektiivisia neuvottelumenettelyjä koskevaa kansallista lainsäädäntöä, soveltamiskäytäntöä ja työmarkkinakäytäntöjä tulisi kehittää ILO:n veloitteet huomioivalla tavalla valtakunnallisista eturidoista aina yritystasoisiiin paikallisiin neuvotteluihin asti.

4. Kehittämisenäkökulmia

Normalisitovaan työehtosopimuskenttään kuuluvat työpaikat ovat edelleen paikallisen sopimisen ydinaluetta.⁷⁰ Paikallisen sopimisen on katsottu voivan muun muassa lisätä yritysten mahdollisuuksia sopeuttaa paremmin toimintaansa ky-

tapauksessa työnantajalla on TEhtol 4 §:n perusteella velvollisuus noudattaa työehtosopimusta. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle työsopimuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 157/2000 vp, s. 123; Kari-Pekka Tiitinen – Tarja Kröger, Työsopimus-oikeus. Talentum 2012, s. 86 ja Murto 2015, s. 175, 343. Erimielisyyttä oikeuskirjallisuudessa on toisaalta ollut siitä, voiko sopimisesta tosiasiallisesti seurata muille kuin työehtosopimusneuvotteluissa työnantajayhdistyksen vastapuolena olleen yhdistyksen jäsenille myös velvollisuuksia. Ks. keskustelusta Jaana Paanetoja, Onko käsitys työehtosopimuslain 4 §:n 2 momentissa tarkoitettujen työntekijöiden asemasta muuttunut, s. 249–272 teoksessa Outi Anttila (toim.), Työtuomioistuimien 75 vuotta. Alma Talent 2022, s. 249–256. Ks. myös asian kannalta olennainen työtuomioistuimen lausunto TT 2013:63.

68. Ks. oikeuskäytännöstä esim. TT 2017:89.

69. Työehtosopimuksissa on katsottu olevan yleisiä paikallista sopimista koskevia niin sanottuja juridis-teknisluonteisia määräyksiä siitä, millä edellytyksin paikallinen sopimus saa työehtosopimuksen oikeusvaikutukset. Nämä määräykset määrittävät esimerkiksi paikallisen sopimisen osapuolia sekä muotoa ja kestoaikaa. Juridis-tekniset määräykset eivät ole yleinen kelpuutus sopia toisin, vaan varsinainen kelpuutus ja toteuttamismenettely vahvistetaan tyypillisesti tarkemmin kunkin toisinsopimisen mahdollistavan työehtosopimusmääräyksen yhteydessä. Ks. tarkemmin esim. Murto 2015, s. 169, 171–172, 181–182, 199 ja Kairinen – Hietala – Ojanen 2015, s. 38–39.

70. Ahtela – Salminen 2021, s. 22.

synnän ja yrityksen taloudellisen tilanteen mukaan sekä ehkäistä henkilöstön vähentämistarvetta.⁷¹ Sen on katsottu voivan parantaa tuottavuutta ja tulokselisuutta sekä lisätä henkilöstön hyvinvointia. Paikallisen sopimisen on kuitenkin huomattu sisältävän myös riskejä, esimerkiksi mahdollisuuden lisätä ristiriitoja henkilöstöryhmien välillä ja palkkaeroja työntekijöiden kesken. Paikallisen sopimisen yhteydessä on kannettu huolta myös osapuolten tasavertaisesta neuvotteluasemasta.⁷²

Pellervon taloustutkimuksen ja Työterveyslaitoksen vuonna 2019 toteuttaman teknologiateollisuuden yrityksiä koskevan tutkimus selvityksen mukaan paikallista sopimista edistäviä tekijöitä ovat neuvottelijoiden välinen luottamus ja yhteistyö, osapuolten tasapuolinen neuvotteluasema, paikallistason osaamisen lisääminen, liittojen välinen yhteistyö tietojenvaihdossa ja koulutuskysymyksissä sekä hyvien paikallista sopimista koskevien yrityskäytänteiden jakaminen eri yritysten välillä.⁷³ Tutkimus selvityksen johtopäätökset edistävästä tekijöistä vastaavat monilta osin työ- ja elinkeinoministeriön vuonna 2021 tehdyssä selvityksessä saatuja tuloksia. Selvityksen perusteella sopimista edistäviä tekijöitä ovat luottamus, yhteinen ymmärrys sopimisen tavoitteista ja tarpeista, neuvottelutasapaino, realistiset tavoitteet ja aikataulut, avoin viestintä, neuvottelu- ja sopimisaamisen ylläpito sekä sellainen win-win-asetelma, jossa molemmille osapuolille syntyy aito kokemus mielekkästä lopputuloksesta, johon osapuolet sitoutuvat.⁷⁴

ILO:n kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämistä koskevat peruseriaatteet korostavat menettelyn vapautta ja vapaaehtoisuutta, neuvottelujen käymistä vilpittömän mielen periaatteiden mukaisesti sekä sopimista koskevaa sisällöllistä autonomiaa. Peruseriaatteet sisältävät monia niistä elementeistä, jotka on myös paikallista sopimista koskevissa selvityksissä todettu sopimista edistäviksi. Vilpittömän mielen neuvotteluperiaatteet korostavat neuvottelujen käymistä aidosti ja sopimukseen pyrkien, neuvottelujen sujuvuuteen panostaen

71. Niin sanotut selviytymislausekkeet yrityksen toiminnan sopeuttamiseksi lisääntyivät vuonna 2016 solmitun kilpailukyky sopimuksen jälkeen. Selviytymislausekkeen ideana oli mahdollistaa työsuhteen ehtojen tilapäinen heikentäminen kriisitilanteessa. Ks. esimerkki selviytymislausekkeesta Teknologiateollisuuden työnantajat ry:n ja Ammattiliitto Pro ry:n välinen suunnittelu- ja konsulttialan toimihenkilöitä koskeva työehtosopimus 15.2.2023–30.11.2024. Liite 1: Selviytymislauseke.

72. Ks. työ- ja elinkeinoministeriön (TEM) asettaman työryhmän 7.6.2016 päivätty mietintö, joka koskee paikallisen sopimisen edistämistä ja henkilöstön asemaa vahvistavan lainsäädännön kehittämistä, s. 12–13 ja Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 2020:8: Paikallisen sopimisen tila ja edistämisen edellytykset, s. 65–66.

73. Heimonen – Timonen – Turunen – Karikallio – Leminen 2019, s. 7–13. Selvityksessä kohteena oli 22 erikokoista ja eri toimialoilla toimivaa yritystä.

74. Ahtela – Salminen 2021, s. 27–29. Selvitys perustui erityisesti sidosryhmähaastatteluihin sekä yritys- tai työpaikka haastatteluihin. Haastateltavia tahoja oli 37. Tahot olivat työnantaja-, yrittäjä- ja palkansaajajärjestöjä, virkamiehiä ja muita työelämän asiantuntijoita.

eli vastapuolta neuvotteluista ajoissa tiedottaen ja tarpeettomia viivästyksiä välttämällä sekä lopputulokseen sitoutuen. ILO:n kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämistä käsittelevät sääntelyt korostavat lisäksi neuvotteluja koskevan tietojenvaihdon merkitystä, eri neuvottelutasojen välisestä yhteistyöstä huolehtimista sekä neuvotteluja koskevan asianmukaisen koulutuksen merkitystä. Tarvittaessa julkiset viranomaiset voivat järjestöjen pyynnöstä auttaa koulutusavussa sekä jakaa tietoja maan ja kyseisen alan taloudellisesta ja sosiaalisesta tilanteesta.

Suomessa paikallisen sopimisen neuvottelumenettelyä ei ole määritelty laissa. Sopiminen perustuu työehtosopimusten määräyksiin ja työmarkkinakäytäntöön. Paikallisen sopimisen edistämiseksi kyse ei ole vain lainsäädännöllä toteutettavista mahdollisista uudistuksista vaan myös jo olemassa olevien mekanismien paremmasta hyödyntämisestä sekä sopimista koskevien käytäntöjen kehittämisestä.

Vapauden ja vapaaehtoisuuden periaatteiden näkökulmasta olisi perusteltua lähteä paikallisen sopimisen edistämiseksi siitä, että työehtosopimusosapuolet itse pyrkivät vahvistamaan paikallista sopimista ja sopimista koskevaa kulttuuria työpaikoilla. Normaalisisovaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen lähtökohtia ja sopimistoimintaa voitaisiin edistää esimerkiksi työehtosopimukseen sisällytettävien paikallisen sopimisen menettelyä tai neuvotteluja koskevin määräyksin tai suosituksin. Määräyksissä tai suosituksissa voitaisiin ottaa huomioon neuvotteluja koskevat ILO:n periaatteiden mukaiset vilpittömän mielen vaatimukset.⁷⁵

ILO:n kollektiivisen neuvottelumenettelyn edistämistä koskevien velvoitteiden perusteella olisi syytä arvioida tarkemmin myös valtiollisen sovittelun käyttömahdollisuuksia. Työriitalain mukaisen sovittelun käyttömahdollisuuksia on täsmennetty Suomessa 1.3.2023 voimaan tulleella ja erityisesti vapaaehtoista sovittelua koskeneella uudistuksella. Uudistuksen keskeisenä taustaperusteluna on ollut työehtosopimusten rajariitoja koskevien työmarkkinajärjestöjen välisten erimielisyyksien ratkaiseminen.⁷⁶ Uudistuksella on kuitenkin samalla nostettu

75. Joissakin työehtosopimuksissa on jo vahvistettu paikallisen sopimisen lähtökohtia sopimalla neuvottelumenettelyn edistämisen periaatteista. Ks. Autoalan Keskusliitto ry:n ja Ammattiliitto Pro ry:n välinen autoalan toimihenkilöitä koskeva työehtosopimus 21.1.2022–31.3.2024. Liite yhdysmiessopimukseen: Pöytäkirja paikallisen sopimisen edistämiseksi työpaikoilla – neuvottelujärjestelmän kehittäminen.

76. Työehtosopimusten rajariidoilla tarkoitetaan laajassa merkityksessä sellaisia riitoja, joissa työnantaja- ja työntekijäpuoli ovat eri mieltä siitä, mitä työehtosopimusta työnantajan teettämään työhön pitäisi soveltaa. Ks. tarkemmin rajariidoista ja uudistuksen tavoitteista hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi työriitojen sovittelusta annetun lain ja oikeudenkäynnistä työtuo- mioistuimessa annetun lain 32 a §:n muuttamisesta 214/2022 vp, s. 4, 13–14. Ks. myös Minna Etu-Seppälä – Simo Zitting, Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 2021:50: Työehtosopimukseen liittyvien rajariitojen ratkaisumekanismia ja sovittelujärjestelmän toimivuutta koskeva selvitys. Loppuraportti, s. 11–12.

Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen

vapaaehtoinen sovittelu yleisemminkin työriitalain keinovalikoimaan ja säädetty tarkemmin sen reunaehdoista.⁷⁷

Työriitalain 4 luvun 16 §:n perusteella työriitalakia ei lähtökohtaisesti sovelleta sellaiseen työehto- tai virkaehtosopimusta koskevaan riita-asiaan, joka kuuluu työtuomioistuimen käsiteltäväksi tai joka sopimuksen mukaan on väli miesten ratkaistava. Samassa pykälässä on lainsäädännön uudistuksen myötä mainittu poikkeuksena 9 a §:n mukaisessa vapaaehtoisessa sovittelussa soviteltavat riita-asiat. Mikäli paikallisen sopimisen osapuolilla ilmenee neuvottelu kiistoja, joihin ei ole löydettävissä ratkaisua osapuolten keskinäisin neuvottelumenettelyin, voisi olla perusteltua tarkastella mahdollisuutta neuvottelukiistan ratkaisuun työriitalain mukaisen vapaaehtoisen sovittelumenettelyn keinoin. Vapaaehtoisen sovittelun aloittaminen edellyttää kaikkien osapuolten suostumusta ja on viime kädessä sovittelijan harkinnassa.⁷⁸ Vapaaehtoinen sovittelu voisi tulla kyseeseen erityisesti merkitykseltään laajakantoisemmissa paikallisissa neuvotteluerimielisyyksissä.

Huomionarvoista on, että myös yhteistoimintalain (1333/2021) mukaisilla velvoitteilla on yhtymäkohtia paikallista sopimista edistävien tekijöiden kanssa. Yhteistoimintalain 2 luvun mukaiset velvoitteet vuoropuhelun, työyhteisön kehittämisen ja tietojen antamisen osalta ovat omiaan lisäämään osapuolten neuvotteluvalmiuksia. Ne voivat parantaa osapuolten välistä neuvottelu- ja sopimistasapainoa ja tällä tavoin lisätä paikallisen sopimisen edellytyksiä.⁷⁹

77. Vapaaehtoinen sovittelu on ollut aikaisemminkin mahdollista, mutta vapaaehtoista sovittelua on käytännössä käytetty vain harvoin ja sovittelijat ovat lähtökohtaisesti pidättäytyneet sovittelemasta oikeusriitoja, jotka kuuluvat työtuomioistuimen toimivaltaan, ks. HE 214/2022 vp, s. 15.

78. Hallituksen esityksessä vapaaehtoista sovittelua koskevan uudistuksen ei katsottu lisäävän tarvetta sovittelutoimen lisäresursoinnille, koska uudistuksen ei arvioitu aiheuttavan merkittäviä vaikutuksia sovittelijan ja työtuomioistuimen keskinäiseen työnjakoon. Ks. HE 214/2022 vp, s. 15–16. Yleisesti ottaen Suomessa valtakunnansovittelijan toimiston sovittelijaresurssit ovat henkilömäärältään vähäisemmät kuin esimerkiksi Ruotsin sovittelutoimella (Medlingsinstitutet), jossa sivutoimisesti toimivia sovittelijoita on lähes 40, kun Suomessa sivutoimisia sovittelijoita on viisi. Ruotsissa sovittelutoimea koskeva lainsäädäntö on laajalti uudistettu vuonna 2000. Ruotsissa kollektiivisia neuvottelumenettelyjä hoidetaan paljon myös työmarkkinajärjestöjen omien neuvottelu- ja sovittelumenettelyiden avulla. Näillä voidaan tietyin edellytyksin syrjäyttää valtiollinen sovittelu. Ks. Bruun 2020, s. 11–13, 21. Huomionarvoista on, että Ruotsissa ei ole voimassa lainkaan työehtosopimusten yleissitovuusjärjestelmää ja siksi järjestäytymättömien työnantajien kanssa joudutaan usein erillisiin neuvotteluihin mahdollisista työehtosopimukseen liittymisistä (hängavtal).

79. Mikäli asia kuuluu sekä yhteistoimintalain mukaisen menettelyn että työehtosopimuksen mukaisen neuvottelujärjestyksen piiriin, on asia käsiteltävä työehtosopimuksen neuvottelujärjestyksen mukaisesti, jos työnantaja tai työehtosopimukseen sidottuja työntekijöitä edustava luottamusmies niin vaatii (yhteistoimintalain 6 luvun 39 §). Ks. yhteistoimintajärjestelmän ja työehtosopimusjärjestelmän keskinäisyyden pohdinnasta myös Liukkunen 2017, s. 1009–1013, jossa kuitenkin tarkasteltu yhteistoimintalainsäädäntö on vielä vanhan, vuoden 2007 aikainen. Uusi yhteistoimintalaki tuli voimaan vuoden 2022 alussa.

Paikallisen sopimisen lisääntymisen myötä sopimusoikeuden periaatteet ovat kasvattaneet merkitystään työoikeudessa.⁸⁰ ILO:n vilpittömän mielen mukaisilla perusteilla voidaan nähdä olevan yhtymäkohtia myös sopimusoikeudesta lähtöisin olevan lojaliteettiperiaatteen kanssa.⁸¹ Lojaliteettiperiaatteessa on pohjimmiltaan kyse siitä, että sopimusneuvotteluissa ja sopimussuhteessa huomioidaan eri tavoin myös vastapuolen edut. Paikallisten neuvotteluosapuolten onkin olennaista tunnistaa yrityksen ja sen henkilöstön tarpeet sekä niihin liittyvät sopimisen yhteiset tavoitteet. Molempia osapuolia hyödyttävään lopputulokseen on aina helpompi sitoutua.

80. Ks. Kairinen – Hietala – Ojanen 2015, s. 166–167.

81. Ks. lojaliteettiperiaatteesta tarkemmin esim. Kalle Mäenpää, Sopimuksen syntyminen ja vahingonkorvausvastuu sopimusneuvotteluissa. Alma Talent 2022, s. 268–278.

Promoting local bargaining based on a normally binding collective agreement from the perspective of the principles of the International Labour Organization

JOHANNES LAMMINEN, LL.D., Trained on the Bench, University Teacher, University of Turku

The article examines the possibilities to develop local bargaining based on a normally binding collective agreement from the perspective of the International Labour Organization's (ILO) principles for promoting collective bargaining. From the point of view of the bargaining positions of the parties, local bargaining based on a normally binding collective agreement is in the middleground between the collective bargaining of the labour market organisations and individual bargaining between the employer and the employee. Local bargaining is based on the principles of freedom of association and the right to collective bargaining, as well as the provisions that reflect them. The ILO principles for the promotion of collective bargaining emphasise the freedom and voluntariness of the procedure, the conduct of negotiations in accordance with the principles of good faith and substantive autonomy in the process of agreement. On the basis of the principles of good faith, negotiations must be conducted in a genuine and constructive spirit, aiming to reach an agreement, informing the other party of the negotiations in good time and committing to the outcome of the negotiations. From the point of view of the principles of freedom and voluntariness, it would be justifiable to start from the premise that the parties to collective agreements themselves would seek to strengthen local bargaining, for example by adding provisions or recommendations to collective agreements that concern the procedure or negotiations in local bargaining situations, which would also take into account the requirements of good faith in accordance with the principles of the ILO. In addition, there should be an assessment of the possibilities of using state mediation to resolve local disputes.



Kriittinen katsaus rikosoikeuden feministiseen kritiikkiin ja sukupuolispesifiin lainsäädäntöön

HAKUSANAT: rikosoikeus, sukupuolentutkimus, kriittinen oikeustutkimus, feministinen oikeustutkimus

1. Johdanto

Oikeuden kieli on usein sukupuolineutraalia. Muun muassa Suomen rikoslaki (39/1889) on lähtökohdiltaan sukupuolineutraali, eikä se siten erottele tekoja tekijän tai uhrin sukupuolen mukaan.¹ Feministisessä kritiikissä rikoslain sukupuolineutraaliutta on kuitenkin kritisoitu siitä, että ulkoisesti tasa-arvoisen sukupuolineutraaliuden katsotaan peittävän patriarkaalisia, naisia eriarvoiseen asemaan asettavia rakenteita, eikä sen katsota vastaavan sukupuolittunutta todellisuutta, jossa miehillä ja naisilla on erilaiset roolit.² Feministisessä kritiikissä sukupuolta onkin pyritty tuomaan esiin sukupuolineutraalin verhon takaa. Lisäksi sukupuolineutraaliutta on pyritty haastamaan sukupuolispesifillä eli sukupuolen rikostunnusmerkistön osatekijäksi ottavalla rikoslain sääntelyllä, jonka on katsottu parantavan naisten oikeuksia. Myös Suomessa on herännyt keskustelua

* *Katariina Paakkanen*, OTM, VTK, VT, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto. Kirjoittaja on toiminut oikeusministeriössä naisten ja tyttöjen sukuelinten silpomisen rangaistavuuden selkeyttämistä rikoslaissa valmistelevan työryhmän puheenjohtajana ja joutunut tässä tehtävässä toimiessaan sittemmin aiheettomana lakkautetun virkamiesoikeudellisen kurinpitomenettelyn kohteeksi. Kirjoittaja on ollut vuoden 2023 alusta lähtien virkavapaalla oikeusministeriön ma. lainsäädäntöneuvoksen virastaan. Artikkelin kirjoituksen aikana kirjoittaja toimi Helsingin yliopistossa väitöskirjatutkijana Suomen Kulttuurirahaston myöntämällä tutkimusapurahalla. Artikkelin julkaisemisen aikana kirjoittaja toimii kärjätuomarina Helsingin kärjäoikeudessa.

1. Sukupuolen vahvistamisesta annetun lain (295/2023, translaki) säätämisen yhteydessä myös rikoslakia muutettiin siten, että viimeiset viittaukset naisiin poistettiin (ks. laki rikoslain 21 ja 22 luvun muuttamisesta 304/2023 ja hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sukupuolen vahvistamisesta ja siihen liittyviksi laeiksi 189/2022 vp).
2. Kevät Nousiainen – Merja Pentikäinen, Naisiin kohdistuva väkivalta ihmisoikeuskysymyksenä, s. 55–67 teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.), *Sukupuolistunut väkivalta: oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma*. Vastapaino 2017, s. 66; Johanna Niemi – Daniela Alaattinoğlu, *Sokea rikosoikeus ja feministinen kritiikki*, s. 290–306 teoksessa Esko Yli-Hemminki – Sakari Melander – Kimmo Nuotio (toim.), *Rikoksen ja rangaistuksen filosofia*. Gaudeamus 2022 (e-kirja), s. 290, 293.

muun muassa sukupuolispesifin sukuelinten silpomista koskevan säännöksen tarpeellisuudesta.³

Keskustelussa sukupuolispesifistä lainsäädännöstä ja feministisestä rikoslain tulkinnasta vähemmälle huomiolle ovat jääneet vaarat, joita sukupuoleen perustuva rikoslaki ja laintulkinta sisältävät niin rikosoikeuden periaatteille kuin naisille, joita se pyrkii suojelemaan. Tämä artikkeli tekee kriittisen oikeustieteellisen analyysin avulla ja muutamilla valituilla esimerkeillä näkyväksi, millaisia käsityksiä sukupuolesta feministisestä tutkimuksesta voi paljastua ja miten feministinen tutkimus voi itse rakentaa ja ylläpitää sukupuolittuneita valtarakennelmia, joita se kritisoi. Lisäksi artikkeli nostaa sukuelinten silpomista koskevalla esimerkillä esiin sukupuolispesifin rikoslain säätämisen uhkia sekä tarkastelee sukupuolineutraalin rikoslain mahdollisuuksia lisätä lainsäädännön sukupuolisensitiivisyyttä. Artikkelin ei kiistä tarvetta sukupuolittuneiden ilmiöiden ja ongelmien tutkimiseen eikä tarjoa näihin valmiita ratkaisuja vaan luontentistä paremmat lähtökohdat sukupuoleen liittyvien ilmiöiden tutkimiselle ja lainsäädännön kehittämiseksi nostamalla esiin vähäiselle huomiolle jääneitä ongelmakohtia sukupuoleen perustuvassa tutkimuksessa ja lainsäädännössä.

2. Oikeuden kieli todellisuuden rakentajana: Kriittisen oikeustutkimuksen näkökulmia oikeuteen

Martti Koskenniemen sanoin kriittinen oikeustutkimus (myöhemmin kriittinen tutkimus tai kriittinen näkökulma) paneutuu tapaan, jolla jokin oikeudellisen kielen luoma instituutio on rakentunut.⁴ Se pohjautuu ajatukseen, jonka mukaan oikeudellinen kieli sekä kuvaa että luo oikeuden maailmaa ja ennen kaikkea tämän kautta jäsentää auktoritatiivisesti ihmisten välisiä valtasuhteita.⁵ Muun muassa Michel Foucault on tunnettu yhteisöjen valtasuhteita teoretisoivasta tutkimuksestaan, ja hän näkee vallan vakiintumattomana (fluid) ja dynaamisena strategisena tilanteena, joka vaikuttaa siihen, miten ihmiset ajattelevat, uskovat ja kommunikoivat. Vallankäytöllä on myös erilaisia muotoja: esimoderneissa yhteiskunnissa suvereeni hallitsija käytti väkivaltaa, kuten ruumiillisia rangaistuksia, kontrolloidakseen ihmisiä, kun taas nyky-yhteiskunnissa vallankäyttö

3. Ks. mm. Kansalaisaloite: Tyttöjen sukuelinten silpomisen kieltäminen KAA 1/2019 vp ja oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja 6/2023: Tyttöjen ja naisten sukuelinten silpomisen rangaistavuuden selkeyttäminen rikoslaisissa.

4. Martti Koskenniemi, Mistä oikeustieteessä on kysymys? Lakimies 7–8/2022, s. 1016–1030, 1016–1018.

5. Koskenniemi 2022, s. 1016–1017.

luo normeja ja ihmisiä ohjataan sisäistämään nämä normit siten, että ihmiset tarkkailevat ja kontrolloivat itse itseään ilman ulkoista pakkoa.⁶

Kriittisestä näkökulmasta tarkasteltuna nyky-yhteiskunnassa kansalaiset voidaan nähdä sekä valtiovallan lähteenä että sen vallankäytön kohteena. Tällöin laki näyttäytyy apparaattina, jonka välityksellä ihmiset luovat normeja, joilla he kontrolloivat yhteiskuntaa ja samalla itseään. Laki tuo näkyväksi ihmisten intressit ja luo poliittisen totuuden, mutta osallistuakseen lainkäytön prosessiin ihmisten on kuitenkin käytettävä oikeuden kieltä.⁷ Oikeuden kieli antaa ihmisten välisille suhteille tietyn kuvauksen, värittää ne osaksi laajempaa oikeudellista maailmankuvaa ja kääntää nuo suhteet ihmisille kuuluviksi oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi, joiden täytöntöönpanoa voi periaatteessa vaatia julkiselta vallalta. Maailmankuvan näkökulmasta oikeus kehystää ihmisten välisiä suhteita auktoriteettisuhteiksi, joita juristit uusintavat.⁸

Oikeus toimii siten sekä työkaluna, jonka avulla yksilö voi uhmata valtiotähtä tai saada siltä suojelua, että myös normalisoivana instanssina, joka muokkaa ja hallinnoi yksilöä. Yksilö on samaan aikaan oikeuksiansa haltija ja näiden muokkaama objekti.⁹ Esimerkiksi yhteiskunnan marginaalisten tai alistettujen ryhmien kannalta oikeusdiskurssi ei ole neutraali työkalu, jolla nämä ryhmät voisivat haastaa repressiivisen valtiovallan tai yhteiskunnan rakenteita, vaan oikeusdiskurssi itsessään luo ja uusintaa valtarakenteita luokittelemalla ja jakamalla ihmisiä ryhmiin ja altistamalla nämä normatiivisen tarkkailun ja kontrollin alle.¹⁰ Toisin sanoen oikeusnormit kategorisoivat ihmisiä luoden ajatuksen ”normaalista” ja luovat samalla toiseuden, joka jää normaalin ulkopuolelle.¹¹ Toisaalta normalisoiva oikeus myös samalla tekee toiseuden näkyväksi ja antaa tähän ryhmään kuuluville työkaluja haastaa normalisoivan kompleksin valtaa sisältäpäin.¹² Esimerkiksi Foucault on esittänyt, että 1700-luvulta alkaen naisten ruumista on hysterisoitu muun muassa lääketiedettä käyttäen prosessissa, joka analysoi naisen ruumista kaikin puolin seksuaalisuuden kyllästyttämällä ja antaa tälle rooleja, kuten ”äiti” tai ”hermostunut nainen”.¹³ Voidaan myös nähdä, että naisille suunnatut oikeudet toisaalta antavat naisille konkreettisia oikeuksia,

6. Michel Foucault, *Discipline and punish*. Vintage Books 1995; Michel Foucault, *Security, territory, population: lectures at the College De France, 1977–1978*. Palgrave Macmillan 2009 ja Ben Golder, *Foucault and the Politics of Rights*. Stanford University Press 2015, s. 30–60.

7. Foucault 1995; Foucault 2009; Golder 2015, s. 58–59, 62, 69 ja Jacopo Martire, *A Foucauldian Interpretation of Modern Law: From Sovereignty to Normalisation and Beyond*. Edinburgh University Press 2022, s. 27, 58.

8. Koskeniemi 2022, s. 1020, 1019.

9. Golder 2015, s. 97.

10. Iiris Kestilä, *Law, Space and Power: Spatiality in the European Court of Human Rights Judgments on Homosexuality*. *Gender, Place & Culture* 2022, s. 1, 3, 14 ja Golder 2015, s. 102.

11. Martire 2022, s. 129.

12. Martire 2022, s. 129–130, 132, 134.

13. Michel Foucault, *Seksuaalisuuden historia*. Gaudeamus 1998, s. 77.

mutta ne eivät vapauta naista hänen alisteisesta sukupuoliroolistaan vaan syventävät ja laajentavat sen alistamismekanismeja (subordination).¹⁴

Kriittisen oikeustutkimuksen tehtävänä voidaan pitää edellä esitettyjen valtarakennelmien ja oikeuden mekanismean esiin tuomista. Kriittinen tutkimus on tehtävänsä tehnyt, kun se saa vaihtoehtot näkyville ja syntyy käsitys, ettei niiden valintaa säätele mikään historiallinen tai luonnollinen välttämättömyys.¹⁵ Siirryn seuraavaksi tuomaan kriittisen tutkimuksen avulla esille kattavampaa kuvaa sukupuoleen perustuvan lainsäädännön ja -tulkinnan vaihtoehtoista tuomalla näkyviin vaaroja, joita sukupuoleen perustuva rikoslain tulkinta ja säätäminen sisältävät.

3. Feministinen tutkimus sukupuolittuneiden rakenteiden uusintajana

3.1. Gender-kritiikistä intersektionaalisuuteen – Sukupuolen määritelmiä feministisessä kritiikissä

Feministisessä tutkimuksessa jaetaan tätä nykyä varsin laajalti käsitys sukupuolesta sosiaalisesti tuotettuna todellisuutena.¹⁶ Esimerkiksi Judith Butler on katsonut sukupuolen olevan biologisen tosiasian sijaan kulttuuristen diskurssien ja kulttuurisen toiminnan tuote.¹⁷ Esiin on kuitenkin noussut myös tämän kiistäviä feministisiä suuntauksia, joita Ruth Rubio-Marin kutsuu gender-kriittiseksi feminismiksi. Gender-kriittinen feminismi nostaa keskiöön biologisen sukupuolen (sex). Gender-kriittisen feminismin alle kuuluu muun muassa transseksuaalisuuden kiistäviä feministejä, jotka näkevät transnaiset miehinä ja siten uhkana cis-naisille¹⁸ esimerkiksi näille varatuissa tiloissa. Toisaalta hieman sallivamman ja transsukupuolisuuden hyväksyvän gender-kriittisen näkökulman mukaan vapaus määritellä itse sukupuoli biologisista tekijöistä riippumatta luo oikeudellisen porsaanreiän, jonka kautta opportunistiset miehet voivat esimerkiksi saada

14. Golder 2015, s. 102.

15. Koskenniemi 2022, s. 1030.

16. Niemi – Alaattinoğlu 2022, s. 290.

17. Ks. mm. Judith Butler, *Gender trouble. Tenth anniversary edition*. Routledge 1999 ja Judith Butler, *Undoing gender*. Routledge 2004.

18. Cis-naisella tarkoitetaan yleisesti naisia, joiden sukupuoli-identiteetti ja sukupuolen ilmaisu ovat hänelle syntymässä määritellyn sukupuolen ja siihen kulttuurissa yleensä liitettyjen odotusten mukaisia (ks. mm. Setan verkkosivuilla oleva Sateenkaarisanasto osoitteessa [https://seta.fi/sateenkaartieto/sateenkaarisananasto/#:~:text=Cis.,Suurin%20osa%20ihmisist%C3%A4%20on%20cissukupuolisia,vierailtu 25.11.2023](https://seta.fi/sateenkaartieto/sateenkaarisananasto/#:~:text=Cis.,Suurin%20osa%20ihmisist%C3%A4%20on%20cissukupuolisia,vierailtu%2025.11.2023)).

pääsyn naisille rajattuihin tiloihin, kuten vessoihin, vaarantaen naisten turvallisuuden.¹⁹ Samaan tapaan osa gender-kriittisistä feministeistä katsoo myös, että naisten yleinen tasa-arvo ja oikeudet vaarantuvat, jos transnaiset tai sukupuolen vaihtamisen helppoutta hyväksikäyttävät miehet pääsevät ”hyväksikäyttämään” naisille suunnattuja oikeuksia.²⁰ Gender-kriittiseen ajatteluun vaikuttaakin sisältyvän vahva ajatus naisista ensisijaisesti biologian määrittäminä henkilöinä, jotka ovat jatkuvasti miehisen vallankäytön uhan alla. Ihmiset nähdään siten yksittäisten toimijoiden sijaan biologisesti määräytyvän sukupuolensa edustajina.

Yksi sukupuolen määritelmästä esiin nousevia kysymyksiä on, kenellä on valta määritellä sukupuolen käsite – kuuluuko sukupuolen määrittely henkilön itsemääräämisoikeuteen vai voidaanko sukupuoli määritellä ulkoisesti esimerkiksi biologiasta käsin? Se, kuinka sukupuoli määritellään, vaikuttaa myös feministisen tutkimuksen koko ihmiskuvaan: nähdäänkö ihminen intersektionaalisesti yhteiskunnan päällekkäisten valtarakenteiden verkkoon sotkeutuneena yksilönä vai kategorisen (homogeenisen) sukupuolensa edustajana. Toisin sanoen määritteleekö ihminen sukupuolensa vai sukupuoli ihmisen?

Eri oikeusjärjestelmissä näihin kysymyksiin on vastattu eri tavalla. Ääriesimerkki gender-kriittisestä lainsäädännöstä on Unkarissa säädetty laki, jonka mukaan sukupuoli on syntymässä biologian perusteella määräytyvä, muuttumaton ominaisuus.²¹ Suomessa lailla sukupuolen vahvistamisesta (295/2023, translaki) sukupuolen määrittely taas irrotettiin biologiasta ja täysi-ikäisille henkilöille luotiin mahdollisuus muuttaa väestötietojärjestelmään merkittyä sukupuoltaan omalla ilmoituksellaan. Uudistuksen yhteydessä jotkin järjestöt nostivat kuitenkin esiin gender-kriittisiä näkökulmia. Esimerkiksi Naisten rintama määrittelee naiseuden ”biologisena realiteettina”²² ja katsoo, että naisten sorto ja syrjintä kytkeytyy kaikkialla heidän biologiseen sukupuoleensa.²³ Nainen-käsitteen poistaminen lainsäädännöstä, joka koskee keskeisesti naisten biologista todellisuutta, on järjestön mukaan naisia epäinhimillistävä.²⁴ LHB-liitto taas on seksuaalivähemmistöjen etujärjestö, joka määrittelee seksuaalisen suuntau-

19. Ruth Rubio-Marin, *Global Gender Constitutionalism and Women’s Citizenship: A Struggle for Transformative Inclusion*. Cambridge University Press 2022, s. 306–308, ks. myös Laura Portuondo, *The Overdue Case against Sex-Segregated Bathrooms*. *Yale Journal of Law and Feminism* 29(2) 2018, s. 465–526.

20. Rubio-Marin 2022, s. 306–308.

21. Kyle Knight – Lydia Gall, *Hungary Court Closes Door on Transgender Legal Recognition*. Human Rights Watch -verkkosivusto osoitteessa <https://www.hrw.org/news/2023/02/09/hungary-court-closes-door-transgender-legal-recognition> (vierailtu 16.8.2023).

22. Naisten rintama ry:n verkkosivusto, *Keitä me olemme* -teksti osoitteessa <https://www.naistenrintama.fi/keita-me-olemme/> (vierailtu 16.8.2023).

23. Naisten rintama ry:n lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi sukupuolen vahvistamisesta ja siihen liittyviksi laeiksi 189/2022 vp, s. 2.

24. Naisten rintama ry 2022, s. 4.

tumisen kohdistuvan biologiseen sukupuoleen.²⁵ Järjestö toi lain kuulemisissa esiin huolen siitä, että seksuaalivähemmistöihin kohdistuvia viharikoksia on jatkossa vaikeampi todentaa, sillä tekijä voisi vaihtamalla sukupuoltaan väittää kuuluvansa samaan seksuaalivähemmistöryhmään kuin uhri. Järjestö myös esitti, että tytöille ja naisille tulisi turvata oikeus muun muassa miehistä vapaisiin puku- ja pesutiloihin.²⁶

Kriittisestä näkökulmasta tarkasteltuna oikeudellinen sukupuolen käsite näyttäytyy normalisoivana: se asettaa rajat esimerkiksi miehen ja naisen määritelmille ja luo samalla kuvan ”normaalista” miehestä ja naisesta. Sukupuolen määritelmä siten samalla jakaa ihmiset ”normaalien” ja ”ei-normaalien” ryhmiin. Esimerkiksi sukupuolen binääri (toisin sanoen vain kaksi sukupuolta tunnistava) kategorisointi jättää ulkopuolelleen muunsukupuoliset tai pakottaa nämä miehen tai naisen sukupuolirooliin. Biologiaan pohjautuva sukupuolikäsitys taas kiinnittää sukupuolen ihmisen ulkoisiin mitattaviin ja tämän sisäisestä kokemuksesta riippumattomiin tekijöihin. Toisaalta määriteltiinpä sukupuoli miten tahansa, sukupuoleen perustuva oikeus ja oikeustutkimus voivat itsessään myös ylläpitää ja uusintaa sukupuolirakenteita. Seuraavassa alaluvussa tarkastelen tätä ilmiötä esimerkin avulla.

3.2. Esimerkki feministisestä oikeustutkimuksesta sukupuolirakenteiden uusintajana

Feministisessä rikosoikeuskritiikissä oikeudellisia ilmiöitä tutkitaan ja tulkitaan sukupuolesta käsin. Vaikka sukupuolittuneiden valtarakenteiden esiin tuominen on tärkeää, on hyvä huomata, että myös feministinen sukupuolittunut näkökulma voi itsessään luoda ja vahvistaa juuri niitä valtarakenteita, joita se kritisoi. Käytän tämän ongelman esiin tuomiseksi esimerkkinä Johanna Niemen ja Daniela Alaattinoğlun esittämää analyysia korkeimman oikeuden oikeustapauksesta 2019:106²⁷.

Mainitussa oikeustapauksessa on kyse tilanteesta, jossa A oli tappelutilanteessa puolisoiden yhteisessä asunnossa lyönyt B:tä nyrkillä rintaan ja kuristanut tätä kaulasta sekä pitänyt lattialla allaan ollutta B:tä otteessaan siten, että B oli lopulta menehtynyt.²⁸ Tuomiossa ei eritellä henkilöiden ominaisuuksia, kuten sukupuolta, sosioekonomista asemaa tai etnisyyttä, joskin siinä tuodaan esiin osapuolten fyysinen koko: B oli 154 senttimetriä pitkä ja painoi tapahtuma-

25. LHB-Liiton verkkosivusto, Meistä-teksti osoitteessa <https://lhb-liitto.fi/meista/> (vierailtu 16.8.2023).

26. LHB-Liitto ry:n lausunto hallituksen esityksestä 189/2022 vp, s. 2–4.

27. Niemi – Alaattinoğlu 2022.

28. KKO 2019:106, kohdat 19 ja 29.

aikana 57 kiloa, kun taas A oli 184 senttimetriä pitkä ja painoi 99 kiloa. A oli siten ollut huomattavasti B:tä kookkaampi. Oikeus totesi, että asiassa oli riidatonta, että B oli pienemmästä koostaan huolimatta käyttäytynyt aikaisemmin väkivaltaisesti A:ta kohtaan ja eräässä tilanteessa muun ohella huitonut häntä veitsellä ja B oli myös tapahtumapäivänä käyttäytynyt väkivaltaisesti A:ta kohtaan ja aiheuttanut A:lle verta vuotavan haavan.²⁹ Korkein oikeus kuitenkin arvioi, että A:n käyttämässä väkivallassa ei ollut ollut kyse hätävarjelusta vaan kyse on ollut molemminpuolista väkivaltaa sisältäneestä tappelusta, jota on edeltänyt B:n aggressiivinen käyttäytyminen.³⁰ A:n syyksi luettiin teostaan tappo.³¹

Niemi ja Alaattinoğlu aloittavat analyysinsä toteamalla, että rikosoikeus perustuu rikoksenteikijän rationaalisuutta korostavaan ihmiskäsitykseen mutta samalla käsitys rikoksen uhrista on jäänyt vähemmälle huomiolle tai ehkä jopa kokonaan vaille huomiota. Seuraavaksi he siirtyvät tekemään havaintoja siitä, millainen identiteetti uhrille rakentuu. Kirjoittajat huomauttavat, että puolustus perustui siihen, että tekijä pyrki rauhoittamaan puolisoaan ja tuomiossa tuotiin esiin uhrin väkivaltaista käyttäytymistä aikaisemmissa tilanteissa. Kirjoittajat huomauttavat myös, että tekijän mahdolliseen aikaisempaan väkivaltaiseen käyttäytymiseen ei löydy tuomiosta minkäänlaista viittausta.³²

Niemi ja Alaattinoğlu päätyvät myös rakentamaan tapauksen osapuolille sukupuolen, josta ei löydy mainintaa tuomiossa, toteamalla, että ”[– –] viittauksesta osapuolten huomattavaan kokoeroon voi tehdä johtopäätöksiä osapuolten sukupuolista.”³³ Löydettyään sukupuolineutraalien tekijöiden takaa naisen ja miehen kirjoittajat jatkavat näiden identiteetin analysointia:

”Kuvauksen perusteella uhrille rakentuu irrationaalinen identiteetti: hän on pieni-kokoinen naishenkilö, joka toistuvasti hyökkää suurikokoisen, voimakkaan ja rationaalisen miehen kimppuun, tuloksetta. Uhrin toiminnalla ei kuvauksen mukaan ole mitään motiivia, eikä hänen mahdollinen tunnekuormansa selvästikään kiinnosta ketään. Itsehän hän ei ole enää selittämässä toimintaansa. Uhri redusoituu tekijän rationaalisen toiminnan (rauhottaminen) kohteeksi ilman subjektiutta. [– –] Analyysimme ei kohdistu ratkaisun KKO 2019:106 lopputulokseen, jota voi feministisestä näkökulmasta pitää jopa edistysaskeleena; siinä todettiin, että tekijä voi ymmärtää, että kuristaminen voi johtaa kuolemaan. [– –] Tavoitteemme on herkistää lukija näkemään, miten oikeudellisissa käytännöissä rakennetaan tekojen kontekstin tulkintaa ja osapuolten subjektiutta sekä tulkitaan valta-asemia.”³⁴

29. KKO 2019:106, kohta 20.

30. KKO 2019:106, kohta 21.

31. KKO 2019:106, kohta 29.

32. Niemi – Alaattinoğlu 2022, s. 301, 303.

33. Niemi – Alaattinoğlu 2022, s. 301.

34. Niemi – Alaattinoğlu 2022, s. 303.

Kriittisestä näkökulmasta tarkasteltuna voidaan havaita, että vaikka Niemi ja Alaattinoğlu tuovat kirjoituksensa alussa esiin sen, kuinka sukupuoli ymmärretään laajalti feministisessä tutkimuksessa sosiaalisesti tuotettuna todellisuutena³⁵, heidän oikeustapauksen analyysinsä esittämä kuva sukupuolesta pohjautuu sekä heteronormatiiviseen että biologiseen näkökulmaan, joka mukailee gender-kritiikkiä: kirjoittajat ”löytävät” sukupuolineutraaleina esitettyjen A:n ja B:n sukupuolen näiden parisuhdestatuksen sekä fyysisen koon avulla. Kirjoittajat itse siten konstruoivat samalla todellisuutta, jossa ihmisen sukupuoli voidaan määritellä tämän fyysisen koon ja parisuhdestatuksen perusteella.³⁶ On toki mahdollista, ja tilastollisesti myös todennäköistä, että Niemi ja Alaattinoğlu osuvat tekemässään sukupuolten konstruktiossa oikeaan. Kriittisen tarkastelun kannalta ei kuitenkaan ole niinkään olennaista, osuuko Niemen ja Alaattinoğlun maalaama kuva tapauksen henkilöistä todellisuudessa oikeaan, vaan keskeistä ovat perusteet, joilla he päätelmäänsä tukevat ja joilla he rakentavat diskursiivisesti todellisuutta. Perustaessaan sukupuolen kritiikittömästi henkilön fyysisiin ominaisuuksiin kirjoittajat lähettävät samalla lukijalle viestin siitä, että henkilön sukupuoli on tosiasiaa mahdollista paljastaa oikeuden sukupuolineutraaliuden hinnan takaa vain tämän ulkoisia ominaisuuksia tarkastelemalla.

Kriittisestä näkökulmasta tarkasteltuna Niemen ja Alaattinoğlun analyysistä ongelmallista tekee sen itsereflektion puute. Hieman ironisena voidaankin pitää sitä, että kirjoittajat lausuvat tavoitteekseen herkistää lukija näkemään, miten oikeudellisissa käytännöissä rakennetaan tekojen kontekstin tulkintaa ja osapuolten subjektiutta sekä tulkitaan valta-asemia, mutta ovat samalla sokeita sille, että itse asiassa heidän tulkitsemansa sukupuoleen perustuva subjektiivuus, konteksti ja valta-asetat eivät käy ilmi tuomiosta, vaan ovat kirjoittajien omia, heteronormatiivista ja gender-kriittistä ajatusmallia tukevia rakennelmia. Kirjoittajat tuovat esille, kuinka tuomiossa uhri redusoituu tekijän rationaalisen toiminnan kohteeksi ilman subjektiutta, mutta samalla kirjoittajat itse redusoi-
vat uhrin ja tekijän näille asettamiinsa fyysisiin ominaisuuksiin pohjautuviin sukupuolirooleihin.

Niemen ja Alaattinoğlun analyysin ongelmallisuus havainnollistuu, jos luomme tapahtumista vastakkaisen hypoteesin. Oletetaan siis hetkeksi, että fyysisesti pienempikokoinen uhri olisikin ollut mies ja kooltaan suurempi tekijä nainen. Tällöin tekijänaisoletetun käyttämä väkivalta saa huomattavan paljon niin sanotun naistyyppillisen väkivallan piirteitä: nainen puolustautuu jo pitkään jatkunutta miehen väkivaltaista käytöstä vastaan ja tappaa tämän.³⁷ Epätyypillistä tapauksessa on toki se, että naisoletettu turvautui teossaan keittiö-

35. Niemi – Alaattinoğlu 2022, s. 290.

36. En toki väitä, että kirjoittajat itse tietoisesti kannattaisivat gender-kriittistä näkökulmaa tai kieltäisivät sosiaalisen sukupuolen tai sukupuolten moninaisuuden olemassaolon.

37. Johanna Niemi, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. Talentum Media 2004, s. 81.

veitsen sijaan kuristamiseen.³⁸ Tällaisessa skenaariossa esiin nousee kysymys, tulisiko meidän myös tällöin kiinnittää huomiota siihen, että miesoletetun uhrin käytös näyttäytyy irrationalisena hänen kohdistatessaan toistuvaa väkivaltaa (itseään kookkaampaa) naisoletettua vastaan? Tulisiko myös tällöin kiinnittää huomiota siihen, ettei ketään selvästikään kiinnosta väkivaltaisen miesoletetun tunnekuorma – vai onko tämä ongelmallista vain, jos kyseessä on nainen? Myös Niemen ja Alaattinoğlun esittämä loppukaneetti nousee tällaisessa skenaariossa kyseenalaiseen valoon: olisiko myös tässä tapauksessa naisoletetun tuomitsemista taposta kuolemantuottamuksen sijaan pidettävä ”feministisestä näkökulmasta edistysaskeleena”?

Olen valinnut tapauksen esimerkiksi, koska se tuo hyvin selkeällä tavalla esiin tavat, joilla feministinen tutkimus voi tarkastellessaan oikeudellisia ilmiöitä sukupuolen mukaan olla sokea sille, millaista sukupuolittunutta maailmankuvaa se itse diskursseissaan rakentaa. Valitsemani esimerkki on toki vain pieni osa Niemen ja Alaattinoğlun tekemästä tutkimuksesta, eikä sen perusteella voida tehdä yleistyksiä (heidän) feministisen oikeustutkimuksen(sa) tilasta. Silti esimerkkiä voidaan pitää olennaisena, sillä kriittisestä näkökulmasta tarkasteltuna kaikki diskurssit rakentavat osaltaan todellisuutta. Esimerkin painoarvoa lisää myös se, että kirjoittajia voidaan pitää merkittävinä tutkijoina suomalaisen feministisen rikosoikeuskritiikin kentällä. Esimerkki tuokin siten hyvin esiin sen, miten vaikeaa jopa meritoituneiden sukupuolentutkijoiden voi olla pysyä jatkuvasti tietoisena todellisuudesta, jota nämä oikeuden kielellä luovat, ja mitä vaaroja tähän sisältyy.

En esittämälläni kritiikillä tarkoita, ettemmekö voisi, tai etteikö meidän pitäisi yrittää, nähdä sukupuolineutraalin oikeuden kielen taakse piiloutuvia sukupuolittuneita ilmiöitä tai valtarakenteita. Esimerkiksi Niemen ja Alaattinoğlun analyysi olisi kuitenkin mahdollista tehdä myös ilman gender-kritiikille tai heteronormatiivisuudelle kumartavaa oletusta osapuolten sukupuolista. Tämä voitaisiin tehdä esimerkiksi tuomalla esiin, että tilastollisesti voidaan pitää todennäköisenä (joskaan ei varmana) sitä, että uhri on tapauksessa nainen ja tekijä mies, ja viittaamalla heihin miehen ja naisen sijaan mies- ja naisoletettuina. Tämä ottaisi huomioon myös sen mahdollisuuden, että osapuolten sukupuolia koskeva todellisuus on tilastollisesta todennäköisyydestä poikkeava. Vaikka käytännössä ero sen välillä, puhutaanko esimerkiksi naisista vai naisoletetuista, voi vaikuttaa pieneltä, on kriittisestä näkökulmasta tarkasteltuna ero hyvin keskeinen, sillä toinen esittää sukupuolen objektiivisena tosiasiana ja toinen taas tuo esiin sukupuolen olevan kirjoittajan oman oletuksen tulosta. Jälkimmäinen analyysi ei pakota teon osapuolia heteronormatiiviseen, binääriseen tai gender-kriittiseen sukupuolen muottiin vaan jättää oven auki myös mahdolliselle toisenlaiselle todellisuudelle. Ilman tällaista kriittistä otetta on vaarana, että feministinen tut-

38. Niemi 2004, s. 80.

kimus raottaa oikeuden sukupuolineutraaliuuden verhoa vain asettaakseen sen taakse omat sukupuolittuneet ajatusrakennelmasa. Vaikka sukupuolittuneiden ilmiöiden tutkinta voi edellyttää sitä, että tarkastelemme maailmaa oman sukupuolen määritelmämme värittämien linssien läpi, kriittinen näkökulma kehottaa meitä olemaan jatkuvasti tietoisia näistä linseistä ja siitä, että emme ole vain sivustakatsojia vaan muokkaamme oikeuden kielellä maailmaa sellaiseksi kuin sen esitämme. Niin ikään kriittisen tutkijan tulisi siten aina muistaa kohdistaa kriittinen katse myös itseensä.

4. Sukupuoleen perustuvan rikoslainsäädännön sudenkuopat: tapausesimerkinä sukuelinten silpominen³⁹

4.1. Tausta

Naisten ja tyttöjen sukuelinten vakavaa vahingoittamista esimerkiksi poistamalla täysin klitoriksen näkyvä osa ja häpyhuulet voidaan eittämättä pitää vakavana seksuaalisuutta kontrolloivana naisiin kohdistuvan väkivallan muotona, joskin on huomattava, että myös miesten sukuelimiä voidaan kulttuurisista syistä va-

39. Kuten olen edellä tuonut esiin, kriittisestä näkökulmasta katsottuna oikeuden kieli luo todellisuutta. Tyttöjen ja naisten sukuelinten vahingoittamisen kutsuminen silpomiseksi sisältää jo itsessään vahvan negatiivisen konnotaation. Englanniksi silpomisen ohella käytetään myös neutraalimpaa ilmaisu "female genital cutting" (FGC), josta ei ole vakiintunut suomeen yleistä nimitystä, vaan ilmiöön viitataan yleisesti silpomisena. Olen tässä artikkelissa pyrkinyt käyttämään silpomisen ohella neutraalimpaa, joskin hieman pitkää termiä "tyttöjen ja naisten (tai naissukupuolisten) sukuelinten vahingoittaminen". Nais- ja miessukupuolisilla tarkoitan tässä artikkelissa nais- ja miessukupuolisia henkilöitä. Vakavaa lievemmistä sukuelinten vahingoittamisen muodoista puhuttaessa viitataan fyysisiltä vaikutuksiltaan esinahan poistoa vastaaviin tai näitä lievempiin tekoihin. Termiä "silpominen" käytän luottavuuden helpottamiseksi lähinnä viitatessani tyttöjen ja naisten sukuelinten vahingoittamiseen kansallisessa tai kansainvälisessä kontekstissa, jossa mainitut teot on laajalti määritelty nimenomaisesti "silpomiseksi". Samoin termin "miessukupuolisten ympärileikkaus" voidaan katsoa sisältävän positiivisen konnotaation, joten tämän sijasta käytän mahdollisimman usein neutraalimpaa termiä "esinahan poisto". Termejä koskevien diskurssien analysoinnista tarkemmin ks. Katariina Paakkanen, *Entitled, Empowered or Victims – an Analysis of Discourses on Male and Female Circumcision, Genital Mutilation/Cutting and Genital Cosmetic Surgery*. *The International Journal of Human Rights* 23(9) 2019, s. 1494–1520). Lisäksi käytän tässä artikkelissa binäärejä termejä "naissukupuolinen" ja "miessukupuolinen" erittelemättä tarkemmin sukupuolen määrittelyä, joskin erityisesti lasten sukupuolen määrittelyyn liittyy itsessään useita ongelmakohtia, joita en tässä artikkelissa käsittele tarkemmin. Käyttämäni terminologiset ratkaisut eivät ole ongelmattomia, ja niitä voidaan pitää kompromissina tekstin mahdollisimman suuren objektiivisuuden ja helpon luettavuuden välillä artikkelin pituusrajotus huomioiden.

hingoittaa vakavasti esimerkiksi kastroimalla tai syväviillolla⁴⁰. Tällaisten tekojen rangaistavuudesta ei ole Suomessa epäilystä eikä niiden kriminalisointiin yhdistetä esimerkiksi sukupuolten yhdenvertaisuuteen liittyviä ongelmia. Keskitynkin tässä luvussa käsittelemään sukuelimen vahingoittamisen vakavaa lievempien muotojen rangaistavuutta, sillä monissa maissa näiden tekojen rangaistavuus on riippuvaista teon kohteen sukupuolesta siten, että vain naissukupuolisiin kohdistuvat teot ovat rangaistavia. Käytän tällaisesta sääntelystä tässä artikkelissa luettavuuden helpottamiseksi termiä ”sukupuolispesifi sääntely”, vaikka sukupuolen tunnusmerkistökijäksi ottava sääntely ei itsessään edellytä sitä, että tekojen rangaistavuus olisi sukupuolesta riippuvaista. Käytännössä erot nousevat esiin erityisesti lapsiin kohdistuvien tekojen yhteydessä.

Käyttämäni esimerkki on ajankohtainen, koska vaikka nykyinen sääntely on Suomessa sukupuolineutraalia, on kuitenkin noussut esiin vaatimuksia säättää nimenomaisesti naisten ja tyttöjen sukuelinten silpominen (myöhemmin silpominen) rikoslaissa rangaistavaksi.⁴¹ Silpomisen rangaistavuutta koskevat keskustelut keskittyvät yleensä lähinnä sukupuolispesifiä sääntelyä puoltavien argumenttien esiin tuomiseen, ja sääntelyn vaaroja ei ole aiheutta koskevissa keskusteluissa juurikaan esitetty.⁴² Keskityn siksi tässä alaluvussa näiden vaarojen esiin tuomiseen. Tarkoitukseni ei näiden ongelmakohtien esiin tuomisella ole esittää, etteikö myös lievä naisen (tai miehen) sukuelimen vahingoittaminen voisi olla haitallista, tuomittavaa tai osa sukupuoleen perustuvaa väkivaltaa tai etteikö tällaisten tekojen tulisi olla rangaistavia. En myöskään esitä suoria ratkaisuja näiden ongelmien hoitamiseen, vaan tarkoitukseni on mahdollistaa eri vaihtoehtojen parempi punninta tuomalla näkyväksi myös vaietut ongelmakohtat.

4.2. Silpomisen määritelmiä

Monet silpomisen määritelmät, kuten Maailman terveysjärjestön (WHO:n) ja Euroopan neuvoston yleissopimuksen naiseen kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta (SopS 53/2015, Istanbulin sopimus) määritelmät, kattavat hyvin laajan kirjon tekoja aina erittäin vakavista ja sukuelimen toimintaa pysyvästi vahingoittavista teoista (kuten klitoriksen koko näkyvän osan poisto) aina lieviin tekoihin (kuten yksittäiset pistot), joskin Istanbulin

40. Syväviilto (subincision) on muun muassa Australian aboriginaalien keskuudessa harjoitettu tapa, jossa penis halkaistaan pituussuunnassa virtsaputkea pitkin. Ks. Ashley Montague, *Coming into being among the Australian Aborigines: the procreative beliefs of the Australian Aborigines*. Routledge 2004, s. 312–325.

41. Ks. KAA 1/2019.

42. Ks. mm. eduskunnalle kansalaisaloitteen KAA 1/2019 vp käsittelyn yhteydessä annetut lausunnot osoitteessa https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kasittelytiedot/Valtiopaivaasia/Sivut/CAA_1+2019_asiantuntijalausunnot.aspx.

sopimuksen voidaan katsoa edellyttävän ainakin suhteellisen pysyviä muutoksia.⁴³ Kumpikaan määritelmistä ei itsessään sisällä minkäänlaista vaatimusta teon tarkoituksesta tai edellytystä teon liittymisestä laajempaan naiseen kohdistuvan väkivallan kontekstiin, joskin Istanbulin sopimuksen selitysmuistiossa todetaan, että kontekstina on nimenomaisesti silpomisperinne.⁴⁴

Edellä mainitut silpomisen määritelmät kattavat sukuelinten vahingoittamisen tavoilla, jotka voivat olla huomattavasti vähemmän fyysisesti vahingoittavia kuin poikien tai miesten esinahan poisto (niin sanottu ympärileikkaus). Vaikka sopimukset eivät edellytä, että naissukupuolisten sukuelinten vahingoittamisen tulisi olla ankarammin rangaistavaa kuin miessukupuolisten, on kuitenkin huomionarvoista, ettei esimerkiksi Istanbulin sopimuksen ratifioineista maista yksikään ole kriminalisoinut miessukupuolisten esinahan poistoa eikä siihen suhtauduta maailmanlaajuisesti kovin kielteisesti, toisin kuin silpomiseen.⁴⁵ Istanbulin sopimuksen ratifioineet maat ovatkin joutuneet mielenkiintoisen, joskin usein vaietun yhdenvertaisuuskysymyksen eteen säätäessään silpomisen rangaistavaksi: kuinka perustella lainsäädäntö, joka sallii miessukupuolisten esinahan poiston uskonnollisista tai kulttuurisista syistä mutta kieltää fyysisesti yhtä vakavan tai lievemmän sukuelinten vahingoittamisen, kun teko kohdistuu naissukupuoliseen? Kysymys on olennainen myös perustuslain (731/1999) yhdenvertaisuusvaatimuksen kannalta, mutta käsittelen tässä artikkelissa kysymystä erityisesti Suomen rikosoikeudellisen järjestelmän näkökulmasta.

Suomen rikoslaissa ei ole erillistä sukuelinten vahingoittamista (silpomista tai ympärileikkausta) koskevaa säännöstä. Korkein oikeus on kuitenkin linjannut poikien esinahan poistosta oikeuskäytännössään (KKO 2008:93, KKO 2016:25 ja KKO 2016:24). Ratkaisussa KKO 2008:93 oikeus katsoi, että nelivuotiaalle pojalle kivunlievityksestä huolehtien ja huoltajan suostumuksella tehty esinahan poisto voitiin perustella lapsen edun näkökulmasta ja ettei teko ollut siten rangaistava. Oikeuden mukaan tehdyllä operaatiolla voitiin arvioida olevan myönteistä merkitystä lapsen identiteetin kehittymisen ja uskonnolliseen ja sosiaaliseen yhteisönsä kiinnittymisen kannalta.⁴⁶ Toisaalta tapauksessa KKO 2016:25, jossa toimenpide oli suoritettu vastoin toisen huoltajan tahtoa, oikeus katsoi, ettei tekoa voitu pitää lapsen edun mukaisena. Tuomiossa 2008:93 korkein oikeus

43. WHO:n verkkosivustolla aihetta koskeva teksti osoitteessa <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (vierailtu 29.8.2023); CETS 210, s. 199 ja hallituksen esitys eduskunnalle naiseen 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 155/2014 vp, s. 52/I.

44. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe, s. 34.

45. Kansainvälisistä diskursseista ks. tarkemmin mm. Paakkanen 2019.

46. KKO 2008:93, kohdat 9, 23 ja 26.

myös totesi, että tytön ympärileikkaus merkitsee tosiasiallisesti silpomista ja on selvästi vakavampaa kajoamista tytön ruumiilliseen koskemattomuuteen kuin asianmukaisesti suoritettu pojan ympärileikkaus. Tuomion mukaan silpomisessa on kysymys lähinnä törkeäksi pahoinpitelyksi luokiteltavasta menettelystä, jota ei voida oikeuttaa tai rinnastaa poikien ympärileikkaukseen.⁴⁷

Korkeimman oikeuden käytännön perusteella eroa tyttöjen ja poikien sukelinten vakavaa lievemmässä vahingoittamisessa voidaan pitää joltain osin epäselvänä. Ratkaisu 2008:93 herättää kysymyksen, viittaako oikeus tyttöjen ympärileikkauksella vain vakaviin sukuelimen vahingoittamisen muotoihin vai tarkoittaako se, että tyttöjen sukelinten vahingoittaminen on aina poikien esinahan poistoa vakavampaa puuttumista fyysisen koskemattomuuteen, vaikka itse teko olisi fyysisiltä vaikutuksiltaan esinahan poistoa lievempi. Tarkastelen viimeksi mainittuun oletukseen liittyviä ongelmia tarkemmin seuraavissa alaluvuissa, joissa analysoin, mitä ongelmia sukupuolispesifiin silpomissäätelyyn liittyy Suomen rikoslain periaatteiden näkökulmasta.

4.3. Sukupuolispesifin sääntelyn haasteet rikoslain periaatteille

Sukupuolispesifiin rikosoikeudelliseen sääntelyyn liittyvät ongelmat rikoslain kannalta havainnollistuvat hyvin hypoteettisella esimerkillä. Oletetaan siis, että naissukupuolisten sukelinten vakava vahingoittaminen olisi erittäin harvinaista ja että lähes kaikki naissukupuolisten sukelinten vahingoittamisen muodot olisivat vaikutuksiltaan yhtä lieviä tai lievempiä kuin miessukupuolisten esinahan poisto. Keskeinen kysymys tällöin kuuluu, tulisiko tai voitaisiinko tällöin sukelinten vahingoittamisen rangaistavuudesta säätää siten, että vain naisukupuolisiin kohdistuvat teot olisivat rangaistavia?

Mikäli vastaus on ei, voidaan katsoa, että nykytilanteessa vain naissukupuolisia koskeva rangaistussäännös perustaisi tosiasiallisesti naissukupuolisen sukuelimen lievänkin vahingoittamisen rangaistavuuden vakavasti sukelintä vahingoittaviin tekoihin, sillä jos vakavia tekoja ei tehtäisi, eivät lievätkään olisi rangaistavia. Tällöin vakavaa lievempää vahingoittamista koskevissa tapauksissa tekijää rangaistaisiin ikään kuin hänen oman tekonsa sijaan toisten vakavasti sukelintä vahingoittavien tekojen perusteella, joskin itse rangaistus voitaisiin mitata vakavia tekoja lievempänä.

Mikäli vastaus taas olisi kyllä, nousee esiin kysymys siitä, millä perusteella eri sukupuoliin kohdistuvien tekojen erilainen rangaistavuus perusteltaisiin. Yksi yleinen peruste on vetoaminen naisten yleisesti heikompaan asemaan ja naiseen kohdistuvaan väkivaltaan: niin Istanbulin sopimuksessa kuin silpomisen rangaistavuutta koskevissa keskusteluissa esiin nousee usein argumentti, jonka mukaan

47. KKO 2008:93, kohta 27.

kaikki naissukupuolisten henkilöiden sukuelinten vahingoittaminen, toisin kuin esinahan poisto, on ilmiönä osa haitallista naisiin kohdistuvaa tai kunniaan liittyvää väkivaltaa.⁴⁸ Tämä argumentti voidaan taas jakaa edelleen kahteen osaan. Ensinnäkin naissukupuolisten sukuelinten vahingoittamisen korostettua moitittavuutta voidaan perustella naisten heikolla tai haavoittuvalla asemalla. Tällöin tausta-ajatuksena on yleisesti se, että haavoittuvassa tai heikommassa asemassa olevaan kohdistunut väkivalta on muuta väkivaltaa tuomittavampaa. Toisaalta voidaan katsoa, että naisiin (toisin kuin miehiin) kohdistuvan väkivallan tarkoituksena on naisten saattaminen alistaiseen asemaan tai tämän aseman ylläpito, jolloin naisiin kohdistuvan väkivallan erityinen moitittavuus perustuu tekojen tarkoitukseen. Naisiin kohdistuvan väkivallan tarkoituksen katsotaan siten lähtökohtaisesti poikkeavan miehiin kohdistuvasta väkivallasta. Käsittelem näitä argumentteja seuraavaksi.

Jos naissukupuolisten sukuelinten vakavaa lievempienkin muotojen rangaistavuus perustellaan ensimmäisen argumentin mukaan naisten yleisesti yhteiskunnallisesti heikommalla tai haavoittuvaisemmalla asemalla, nousee esiin kysymys, miksei tällöin myös muissa naisiin kohdistuvan väkivallan muodoissa rangaistavuuden alarajan tulisi olla alempi tai rangaistuksen kovempia silloin, kun teko kohdistuu naissukupuoliseen: tulisiko esimerkiksi lähisuhdeväkivaltaan liittyvissä pahoinpitelyissä, pakottamisessa, ihmiskaupassa tai seksuaalirikoksissa rangaistavuuden alarajan olla matalammalla silloin, kun teko kohdistuu naissukupuoliseen? Kuitenkaan esimerkiksi seksuaalirikoslainsäädännön uudistuksen yhteydessä sukupuolten erilainen kohtelu ei ole noussut edes varteenotettavaksi ehdotukseksi, huolimatta rikosten vahvasti sukupuolittuneesta luonteesta.⁴⁹ Toisaalta mikäli sääntely perustuu tarpeelle suojella erityisen haavoittuvia ryhmiä, voidaan myös kysyä, eikö poikalapsia tulisi suojella vastaavasti sukuelinten vahingoittamiselta heidän nuoren ikänsä tuoman erityisen haavoittuvuuden tähden.

48. Istanbulin sopimus, johdanto-osa; OM, Mietintöjä ja lausuntoja 6/2023, s. 147; WHO, Fact Sheets: Female Genital Mutilation osoitteessa <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (vierailtu 29.8.2023); Veli-Pekka Viljanen, lausunto lakivaliokunnalle asiassa KAA 1/2019 vp, s. 2; OM 2023, s. 15–16, ks. myös Paakkanen 2019.

49. Ks. mm. aiheesta eduskuntaan annetut lausunnot osoitteessa https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kasittelytiedot/Valtiopaivaasia/Sivut/HE_13+2022_asiantuntijalausunnot.aspx sekä lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (13/2022 vp) eduskunnalle seksuaalirikoksia koskeväksi lainsäädännöksi 10/2022 vp. Tällainen sääntely ei kuitenkaan ole täysin utopistista, sillä esimerkiksi EU:n komission alkuperäinen ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi naisiin kohdistuvan väkivallan ja lähisuhdeväkivallan torjumisesta sisälsi sukupuolispesifin säännöksen, joka edellytti vain naissukupuoliseen kohdistuvan raiskauksen säätämistä rangaistavaksi suostumuksen puutteeseen perusteella. Ks. Euroopan komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi naisiin kohdistuvan väkivallan ja lähisuhdeväkivallan torjumisesta, artikla 5.

Myöskään perustelua, jonka mukaan vain naissukupuolisten sukuelinten vahingoittamisen taustalla on moitittava alistamisen tai seksuaalisuuden kontrolloinnin tarkoitus, ei voida pitää ongelmattomana. Ensinnäkin se ei ota huomioon, että myös miessukupuolisten esinahan poistoa voidaan käyttää seksuaalisuuden vahingoittamiseen tai kontrollointiin. Esimerkiksi Yhdysvalloissa esinahan poistoa on historian aikana avoimesti markkinoitu poikien haitallisena pidettyä itsetyydytystä hillitsevänä toimenpiteenä.⁵⁰ Myös esimerkiksi Helsingin juutalaisen seurakunnan puheenjohtajana toiminut Gideon Bolotowsky ja Deiv Weintraub ovat kertoneet, että esinahan poiston on voitu katsoa muistuttavan juutalaisia miehiä juutalaisen kulttuurin seksuaalinormeista ja seksuaalisesta pidättyvyydestä.⁵¹ Voidaankin kysyä, mihin perustuu oletamus siitä, että vain naissukupuolisten sukuelinten lievän vahingoittamisen taustalla on (moitittava) tarkoitus kontrolloida seksuaalisuutta.

Suomen rikosoikeusjärjestelmässä teon rikosoikeudellinen tarkoitus johdetaan käytännössä teosta itsestään. Muun muassa korkein oikeus on käytännössä katsonut, että teon tarkoitus voidaan perustaa objektiivisista tosiseikoista tehtäviin päätelmiin.⁵² Teoissa, joissa sukuelintä vahingoitetaan vakavasti, voitaneen ongelmitta katsoa teon tarkoituksena olleen vahingon aiheuttaminen tai esimerkiksi seksuaalisuuden kontrollointi, sillä tekoa voidaan pitää sellaisena, että se tosiasiaa myös todennäköisesti aiheuttaa vakavaa vahinkoa terveydelle tai seksuaalisuudelle. Kuitenkin tilanteessa, jossa vain naissukupuolisten sukuelinten vakavaa lievempi vahingoittaminen haluttaisiin säätää rangaistavaksi, teon tarkoitusta ei samalla tavoin voitaisi johtaa teon fyysisistä vaikutuksista, sillä nämä vaikutukset voisivat tosiasiaa olla vastaavia tai lievempiä kuin miessukupuolisten esinahan poisto. Vaikka yleisellä tasolla voidaan katsoa, että naissukupuolisten seksuaalisuutta rajoitetaan ja kontrolloidaan patriarkaalisissa yhteisöissä laajemmin kuin miessukupuolisten⁵³, voidaan kuitenkin kysyä, onko tällainen tilastollinen todennäköisyys riittävä perustamaan oikeudellisesti relevantin kausaalisen yhteyden seksuaalisuuden kontrolloinnin ja sukuelintä vakavaa lievemmin vahingoittavan teon välille.

Seksuaalisuuden vahingoittamis- tai kontrollointitarkoituksen oikeudellisen todentamisen vaikeus käy ilmi myös Italian silpomista koskevassa oikeuskäytännössä. Italian lainsäädäntö säätää rangaistavaksi silpomisen vakavien muo-

50. Robert Darby, *The Masturbation Taboo and the Rise of Routine Male Circumcision: A Review of the Historiography*. *Journal of Social History* 26(3) 2003, s. 737–757.

51. Gideon Bolotowsky – Deiv Weintraub, *Pojan ympärileikkaus ei ole silpomista*. Helsingin Sanomat 16.10.2003 osoitteessa <https://www.hs.fi/mielipide/art-2000004175063.html> (vierailtu 13.8.2023).

52. Ks. Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Tatu Hyttinen, *Rikosoikeuden yleinen osa: vastuuoppi*. Alma Talent 2019, s. 271–272.

53. Tuuli Hong, *Kunniaan liittyvän väkivallan uhrin oikeudellinen asema*. Turun yliopisto 2020, s. 21.

tojen lisäksi myös muun vahingon aiheuttamisen naisen sukuelimelle, mikäli vahingoittamisen tarkoituksena on ollut vahingoittaa seksuaalisia toimintoja.⁵⁴ Säännöksen perusteella vanhemmat, jotka olivat vahingoittaneet tyttärensä sukuelimiä lievästi (lääkäri oli löytänyt tytön sukuelimestä 4 millimetrin kokoinen tikin), vapautettiin syytteistä, koska näiden ei voitu katsoa toimineen säännöksen edellyttämällä tavalla tarkoituksenaan vahingoittaminen eikä vammaa voitu pitää vakavana.⁵⁵ Tapauksessa voidaan nähdä yhtymäkohtia Suomessa korkeimman oikeuden tapauksen pohjalta kehittyneeseen poikien esinahan poistoa koskevaan alioikeuskäytäntöön, jossa lapsen etua on arvioitu lähinnä vanhempien suostumuksen mukaan.⁵⁶ Mainittu alioikeuskäytäntö luo täten kuvaa siitä, että vanhemmat toimivat lähtökohtaisesti (poika)lapsensa edun mukaisesti tai ovat parhaassa asemassa arvioidakseen teon lapsen edun mukaisuutta. Tämä nostaa esiin kysymyksen siitä, millä perusteella tämä oletamus voitaisiin kääntää tyttölasten tapauksessa siten, että myös vanhempien suostumuksella tehty vakavaa lievempi vahingoittaminen ilmentäisi aina tarkoitusta vahingoittaa tai alistaa lasta.

Olettamusta siitä, että pelkkä teon kohdistuminen naissukupuoliseen henkilöön ilmentäisi aina teon moitittavaa tarkoitusta, voidaankin pitää haastavana Suomen nykyisen rikosoikeusjärjestelmän kannalta. Naissukupuolisten henkilöiden sukuelinten lievänkin vahingoittamisen rangaistavuuden taustalta löytyvä vahingoittamis- tai kontrollointitarkoituksen oletus ja naiseen kohdistuvan väkivallan viitekehys voidaan nähdä ikään kuin haamuna, joka kalistelee kahleitaan aina silpomisesta puhuttaessa mutta joka (kuten Italian oikeustapauksessa oli nähtävissä) katoaa näkyvistä, jos siihen yritetään kohdistaa oikeudellista valoa. Miessukupuolisten tapauksessa mahdollisuus seksuaalisuuden kontrollointiin tai vahingoittamiseen liittyvästä tarkoituksesta on, kuten Suomen poikalapsia koskevasta oikeuskäytännöstä voidaan huomata, sen sijaan haudattu tiukasti patriarkaalisen hautakiven alle oletamalla kulttuurin olevan hyödyllistä miehille ja vanhempien toimivan lähtökohtaisesti lapsensa edun mukaisesti.

4.4. Sukupuolispesifi sääntely kriittisestä näkökulmasta

4.4.1. *Silpomissääntelyn kirjoittamaton kulttuurihegemoninen perintö*

Olen edellä käsitellyt sukupuolispesifiä silpomissääntelyä Suomen rikoslain periaatteiden kannalta. Tässä alaluvussa siirryn tarkastelemaan ilmiötä kriittisestä

54. Codice Penale, 583 bis artikla.

55. Sara Johnsdotter – Ruth M Mestre i Mestre, Female Genital Mutilation in Europe: An Analysis of Court Cases. Euroopan komissio 2015, s. 20–21.

56. OM, Mietintöjä ja lausuntoja 6/2023, s. 52–54.

näkökulmasta ja tuon esille, millaisia kulttuurihegemonisia ja sukupuolen määritelmään liittyviä ongelmia siihen sisältyy.

Kunniaan liittyvää väkivaltaa koskevaa keskustelua on kritisoitu muun muassa siitä, että mainittu väkivalta on ymmärretty Suomessa ja muissa länsimaissa lähinnä maahanmuuttajataustaisten yhteisöjen ongelmaksi.⁵⁷ Asennetta kuvaa hyvin eduskunnan lakivaliokunnan mietinnössä 6/2020 vp esitetty kuvaus, jonka mukaan tyttöjen, jotka olivat ilmoittaneet joutuneensa ympärileikkauksen kohteeksi ja vanhempiensa syntyneen Suomessa, osalta tiedon ympärileikkauksesta katsottiin valiokunnan saamien arvioiden mukaan olevan todennäköisesti väärä, sillä tyttöjen arvioitiin kuuluvan todellisuudessa ”suomalaiseen kantaväestöön, jossa ympärileikkauksiperinnettä ei ole”.⁵⁸ Suomalaista ”kantaväestöä” olevan tytön ei siten katsottu lähtökohtaisesti voivan olla silvottu, vaikka tämä olisi itse niin ilmoittanut. Merkkejä tällaisesta ajattelutavasta on nähtävissä esimerkiksi Suomen Ihmisoikeusliiton ehdotuksessa, joka mukailee Istanbulin sopimuksen johdanto-osaa ja jonka mukaan lieväkin sukuelimen vahingoittaminen olisi rangaistavaa, jos se olisi tehty silpomisperinteen harjoittamiseksi.⁵⁹ Ehdotusta voidaan tulkita siten, että juuri teon perinteeseen liittyvä luonne tekisi siitä rangaistavaa. Tällainen näkökulma on kuitenkin päinvastainen edellä mainitussa korkeimman oikeuden tuomiossa, joka koski poikien esinahan poistoa, esitetylle, sillä siinä pojan liittäminen uskonnolliseen tai kulttuuriseen yhteisöön – toisin sanoen teon perinteeseen tai kulttuuriin liittyvä luonne – katsottiin tekoa puoltavaksi seikaksi.

Viiteitä kulttuurihegemoniasta voidaan löytää myös Ruotsin ja Saksan silpomista ja kauneuskirurgiaa koskevasta oikeustilasta. Esimerkiksi Ruotsissa sukuelinten silpomisen kieltämisestä annetun lain (1982:316) 1 §:n mukaan naisten ulompiin sukuelimiin ei saa tehdä pysyviä muutoksia riippumatta siitä, onko toimenpiteelle annettu suostumus vai ei.⁶⁰ Säännöksen sanamuoto kriminalisoisi siten esimerkiksi kaikki naissukupuolisten kosmeettiset genitaalikirurgiset leikkaukset, joita kuitenkin tehdään Ruotsissa täysin avoimesti. Ruotsin kauneuskirurgisista operaatioista annetun erillislain (2021:363) esitöissä eroa on täsmennetty lausumalla, jonka mukaan lääkärin on naisen omasta mielipiteestä riippumatta, kokemuksen ja tieteen perusteella pääteltävä, onko toimenpiteessä kyse kielletystä sukuelinten silpomisesta.⁶¹ Vastaaviin toimenpiteisiin on otettu

57. Hong 2020, s. 13–14.

58. Lakivaliokunnan mietintö tyttöjen sukuelinten silpomisen kieltämisestä (KAA 1/2019 vp) 6/2020 vp, s. 5.

59. OM, Mietintöjä ja lausuntoja 6/2023, s. 147.

60. Ingrep i de kvinnliga yttre könsorganen i syfte att stympta dessa eller åstadkomma andra bestående förändringar av dem (könsstympling) får inte utföras, oavsett om samtycke har lämnats till ingreppet eller inte.

61. Regeringens proposition 2020/21:57, s.19: ”Av detta följer att när en kvinna efterfrågar ett ingrepp i de yttre könsorganen, då är den behandlande läkaren skyldig att ta ställning till

kantaa myös Saksassa, missä lain esitöissä todetaan, etteivät intiimilävistyksen tai kauneuskirurgiset toimenpiteet ole rangaistavia, sillä nämä eivät ole negatiivisia muutoksia eivätkä ne tavallisesti aiheuta vakavaa välitöntä, suoraa tai epäsuoraa, fyysistä ja psyykkistä haittaa.⁶²

Lähempi Ruotsin lainsäädännön tarkastelu herättää kysymyksen: mikäli nainen hakeutuu esimerkiksi häpyhuulten pienennysoperaatioon kulttuurinsa kauneusihanteiden vuoksi, onko teko kielletty vain silloin, kun kyse on ei-länsimaisesta kulttuurista? Saksan sääntely taas vaikuttaisi esitöiden perusteella jättävän rangaistavuuden ulkopuolelle kaikki kauneuskirurgiana suoritettuihin toimenpiteisiin. Voidaan kuitenkin kysyä, tarkoitetaanko kauneuskirurgialla kaikkea lääketieteellisessä ympäristössä tai lääkäreiden suorittamana tehtyjä sukuelintä vahingoittavia tekoja. Tällainen silpomisen määritelmä poikkeaa esimerkiksi Istanbulin sopimuksen määritelmästä, sillä sopimuksen selitysmuistio nimenomaisesti mainitsee rangaistaviksi myös lääketieteen ammattilaisten tekemät teot.⁶³ Määritelmä poikkeaa myös UNFPA:n ja UNICEFin silpomisen määritelmistä, joihin kuuluvat myös terveydenhuollon piirissä tehdyt teot.⁶⁴ Esimerkiksi Egyptissä UNFPA:n käyttämä lähde arvioi 75 %:n silpomisista olevan lääkäreiden suorittamia⁶⁵. Esiin nouseekin kysymys, sisältääkö kauneuskirurgian määritelmä Saksan lainsäädännössä myös jonkinlaisen kulttuurisen elementin, joka sulkee ei-länsimaisen kulttuurin kauneuskäsitysten vuoksi tehdyt toimenpiteet määritelmän ulkopuolelle.

4.4.2. Sukupuolispesifin sääntelyn kultainen häkki

Sukupuolispesifiä rikoslainsäädäntöä voidaan pitää ongelmallisena myös sen sisältämän sukupuolen määritelmän ja sen normatiivisen vaikutuksen vuoksi. Kuten olen edellä esittänyt, sukupuolispesifi lainsäädäntö sallii ihmisten päästä käsiksi oikeuksiinsa vain ja ainoastaan sukupuolensa kautta. Lainsäädäntö toimii tällöin normalisoivana instanssina, joka määrittelee ”normaalin” sukupuoli-

huruvida behandlingen är i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet och bör utföras eller inte oavsett kvinnans uttryckliga önskemål. I detta ingår att försäkra sig om att lagen med förbud mot könsstympning av kvinnor inte är tillämpbar”.

62. Gesetzentwurf – Strafbarkeit der Verstümmelung weiblicher Genitalien 4.6.2013 (17/13707), s. 6 ja Deutscher Bundestag 2018, Sachstand WD 7 – 3000 – 020/18, s. 5–6.

63. Euroopan neuvosto, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence. CETS 210, s. 34.

64. Female Genital Mutilation (FGM) Frequently Asked Questions, United Nations Population Fund -verkkosivusto osoitteessa <https://www.unfpa.org/resources/female-genital-mutilation-fgm-frequently-asked-questions> (vierailtu 13.8.2023).

65. When Health Workers Harm: The Medicalization of Female Genital Mutilation in Egypt, United Nations Population Fund -verkkosivusto osoitteessa <https://www.unfpa.org/news/when-health-workers-harm-medicalization-female-genital-mutilation-egypt> (vierailtu 13.8.2023).

len esimerkiksi fyysisten ominaisuuksien mukaan. Oikeudellinen sukupuolen määritelmä ohjaa siten ihmisiä käyttäytymään sukupuolensa normin mukaisesti ja identifioitumaan oikeuden asettamiin sukupuolirooleihin. Sukupuolispesifi lainsäädäntö täten itse samalla uusintaa sukupuoleen perustuvia valtarakenteita jakamalla ihmisiä eri ryhmiin näiden sukupuolen perusteella. Oikeuden normatiivista voimaa voidaan pitää erityisen suurena rikosoikeudessa, joka sisältää oikeuksien turvaamisen viimesijaisena keinona rangaistusten käytön.

Sukupuolispesifiä rikoslainsäädäntöä voidaankin kriittisestä näkökulmasta pitää eräänlaisena kultaisena häkkinä, joka kyllä yksittäistapauksissa tarjoaa ihmisille suojelua, mutta vain siinä tapauksessa, että kyseinen yksilö sijaitsee lain määrittelemän sukupuolen rajauksen sisällä. Vaikka naiset voivat esimerkiksi Suomessa translain myötä päästä eroon juridisesta sukupuolestaan omalla ilmoituksellaan, he putoavat silloin naisille suunnatun suojelun ulkopuolelle. Binääri sukupuolen määritelmä myös sulkee ulkopuolelle esimerkiksi muunsukupuoliset tai pakottaa nämä nais- ja miessukupuolisten rooleihin.

Esimerkkinä sukupuolispesifin lainsäädännön ongelmista voidaan käyttää Islannin rikoslakia⁶⁶, joka määrittelee naisen sukuelinten silpomiseksi myös transmieheen kohdistuvat teot, jos tällä on naistyyppilliset sukuelimet. Tällainen lainsäädäntö ei ainoastaan lisää joidenkin transmiesten fyysisen koskemattomuuden suojelua vaan myös välittää vahvan normatiivisen viestin siitä, miten sukupuoli tulisi määritellä. Mainittu säännös erottaa miehet kahteen kategoriaan heidän sukuelintensä perusteella ja ryhmittelee naistyyppilliset sukuelimet omaavat transmiehet samaan kategoriaan naisten kanssa. Säännöksen voidaan siten katsoa välittävän viestiä, jonka mukaan siirtyäkseen täydellisesti miesten kategoriaan henkilöllä tulee olla miestyyppilliset sukuelimet. Mainittu säännös myös sitoo ihmisen oikeudellisen suojelun tarpeen biologiaan: nainen ei voi päästä eroon sukupuolestaan ja sen mukanaan tuomasta heikommasta asemasta muuttamatta biologiaansa. Lain voidaankin katsoa tuovan sekä etuja että haittoja transmiehille, joilla on naistyyppilliset sukuelimet: laki laajentaa heidän fyysisen koskemattomuutensa suojaa mutta toisaalta myös normatiivisesti sitoo heidän sukupuolensa heidän naistyyppillisiin sukuelimiinsä määrittelemällä heidän sukuelintensä vahingoittamisen naisen sukuelimen vahingoittamiseksi.

Tarkasteltaessa lapsiin kohdistuvia tekoja suomalaisessa oikeusjärjestelmässä voidaan huomata, että sukupuolispesifi sääntely myös vahvistaa gender-kriittistä sukupuolinäkökulmaa. Vaikka aikuisten osalta uudistettu translaki mahdollistaisi rangaistavuuden pohjaamisen henkilön itse kokemaan sukupuoleen, määritellään lasten sukupuoli edelleen ensisijaisesti biologian perusteella. Jos esimerkiksi kahden vastasyntyneen lapsen sukuelimiä vahingoitettaisiin heidän vanhempiansa suostumuksella esinahan poistolla tai tätä vakavuudeltaan vastaavalla toimenpiteellä, määrittyisi sukupuolispesifin lainsäädännön rajoissa teon

66. *Almenn hegningarlög* (19/1940), 218 a §.

rangaistavuus käytännössä sen mukaan, millaiset sukuelimet lapsella on. Tällöin miestyypilliset sukuelimet omaavan lapsen katsottaisiin saavan teosta etua, kun taas naistyyppilliset sukuelimet omaava lapsi katsottaisiin väkivallan uhriksi. Lainsäädäntö siten tällöin leimaisi lapset fyysisten ominaisuuksien perusteella ensin mies- ja naissukupuoliseksi ja tämän jälkeen vielä ei-uhriksi ja uhriksi. Lainsäädäntö välittäisi tällöin myös normatiivista kuvaa siitä, kuinka ihmisen juridinen ja sosiaalinen uhrin tai ei-uhrin asema määräytyy tämän sukuelimistä johdettavan sukupuolen perusteella.

Sukupuolispesifi naissukupuolisia henkilöitä sukuelimiä vahingoittavilta teoilta suojaava rikoslainsäädäntö ei kriittisesti tarkasteltuna näyttäydykään naiseen kohdistuvan väkivallan vastavoimana vaan sukupuoleen perustuvan valtasuhteen kolikon kääntöpuolena. Sukupuolispesifi lainsäädäntö ei nimittäin kykene kumoamaan sukupuoleen perustuvan väkivallan diskurssia tai naissukupuolisten henkilöiden uhriasemaa taikka purkamaan sukupuolittuneita rakenteita, sillä se toimii itse näiden samojen rakenteiden varassa uusintaen ja vahvistaen niitä. Sukupuolispesifi lainsäädäntö kääntää nämä eriarvoiset rakenteet ja naisten heikkomman aseman oikeuden kielelle ja muuntaa nämä oikeudellisiksi tosiseikoiksi, jotka taas implementoidaan fyysiseksi todellisuudeksi rangaistusuhana avulla.

Ääriesimerkkinä naisten toimijuuden täydellisestä mitätöinnistä voidaan pitää Ruotsin lainsäädäntöä, jonka mukaan aikuinenkaan nainen itse ei voi antaa pätevää suostumusta sukuelintään lievästi vahingoittavaan tekoon vaan teon vahingollisuuden ja rangaistavuuden määrittää naisen sijaan teon suorittava lääkäri oman kokemuksensa ja tieteen perusteella. Säännös, jonka tarkoituksena on suojella heikommassa asemassa olevien naisten fyysistä koskemattomuutta, päättyy näin ollen myös syventämään naisten kulttuurisesti alisteista asemaa viemällä heiltä oikeuden päättää itse sukuelimiinsä kohdistuvista teoista. Tällainen sääntely esittää naisen kykenemättömänä arvioimaan omaa etuaan ja samalla myös nostaa lääkärin oman kokemuksen naisen kokemusta arvokkaammaksi mittariksi teon oikeutuksesta. Kriittisestä näkökulmasta voidaan myös nähdä, että naissukupuoliset näyttäytyvät usein sukupuolispesifissä teon oletettuun vahingoittamis- tai kontrollointitarkoitukseen perustuvassa sääntelyssä myös seksuaalisuutina: naissukupuolisen sukuelimen vahingoittaminen kytkeytyy automaattisesti tämän seksuaalisuuteen ja sen vahingoittamiseen, kun taas miessukupuolisten sukuelinten vahingoittamisessa tätä yhteyttä ei havaita vaan teko kytkeytyy kulttuuriin ja sen miessukupuoliselle tuomiin etuihin. Naissukupuolisen sukuelimet edustavat ja ilmentävät siten seksuaalisuutta, kun taas miessukupuolisen sukuelimet näyttäytyvät ei-seksuaalisena osana kulttuurista miessukupuolta.

Tarkasteltaessa sukupuolispesifin silpomissääntelyn kulttuurihegemonistista ja naissukupuoliset henkilöt uhriasemaan asettavaa luonnetta voidaan huomata, että sukupuolispesifi silpomista koskeva lainsäädäntö vahvistaa käytännössä hel-

posti kuvaa, jossa ei-länsimaiset naiset ovat seksuaalisia, kulttuurinsa sortamia uhreja ja miehet taas kulttuuristaan etua saavia toimijoita. Länsimaiset naiset jäävät tässä kuvassa taas näkymättömiksi – heidän sukuelintensä muokkauksen ei nähdä liittyvän lainkaan länsimaiseen kulttuuriin vaan yksityisiin henkilökohtaisiin valintoihin. He ovat toisin sanoen kulttuurinsa ulkopuolisia.⁶⁷ Teon kohteena oleva nainen menettää tällaisessa tarkastelussa henkilökohtaisen toimijuutensa ja typistyy sukupuolensa ja kulttuurinsa edustajaksi: hän on joko länsimaisen kulttuurin ulkopuolinen toimija tai ei-länsimaisen naisia alistavan ja kontrolloivan kulttuurin uhri.

5. Sukupuolineutraalin rikoslain mahdollisuudet

Olen edellisessä luvussa käsitellyt niin sukupuolispesifin rikoslainsäädännön vaaroja rikoslain periaatteille kuin tällaisen lainsäädännön roolia sukupuolittuneiden ja kulttuurihegemonisten valtarakennelmien vahvistamisessa. Tarkastelen tässä luvussa kysymystä vielä lyhyesti vastakkaisesta näkökulmasta ja tuon esiin sukupuolineutraalin rikoslain mahdollisuuksia sukupuolisensitiivisyyden ja myös naisten oikeuksien lisääjänä.

Esimerkiksi Tuuli Hong on ennen rikoslain hiljattaista muutosta⁶⁸ esittänyt rikoslain koventamisperusteita (rikoslain 6 luvun 5 §) koskevassa analyysissaan, että sukupuolta ei aiemmin ollut sukupuolineutraalisuudelle perustuvan rikoslain logiikan mukaisesti sisällytetty syrjintäperusteiden listaan.⁶⁹ Tämä toteamus tuo hyvin esille sen, kuinka sukupuolineutraalius käsitteenä voidaan rikoslain feministisessä kritiikissä sekoittaa sukupuolisokeuteen. Sen, ettei säännös aiemmin nostanut (erityisesti naisia koskevaa) sukupuoleen perustuvaa väkivaltaa tarpeeksi tärkeään asemaan, voidaan kuitenkin katsoa johtuvan sääntelyn sukupuolisokeudesta, ei neutraaliudesta, sillä muutos, jolla sukupuoleen perustuva vaikutin lopulta nostettiin koventamisperusteiden listaan, noudattaa edelleen sukupuolineutraalia rikoslain logiikkaa. Uudistetun säännöksen voidaan sukupuolineutraaliuudestaan huolimatta myös katsoa tekevän naisiin näiden sukupuolen johdosta kohdistuvaa väkivaltaa näkyväksi, sillä sukupuoleen kohdistuvan vihan kohteena on useimmiten nainen.⁷⁰

67. Ks. tarkemmin Paakkanen 2019.

68. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta 7/2021 vp.

69. Tuuli Hong, Valtion huolellisuusvelvoite kunniaan liittyvän väkivallan vastustamisessa, s. 305–323 teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.), Sukupuolistunut väkivalta: oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017, s. 317.

70. Hong 2017, s. 11.

Toinen esimerkki rikoslain sukupuolisensitiivisyyden lisäämisestä sukupuoli-neutraalilla säännöksellä on translain muutoksen yhteydessä tehty lapsensurmaa (rikoslain 21 luvun 4 §) koskeva muutos, jolla sääntely muutettiin sukupuolineutraaliksi. Säännös koski aiemmin vain naisia jättäen soveltamisalansa ulkopuolelle myös transmiehet, jotka olivat säilyttäneet naistyyppilliset lisääntymiselimensä ja jotka saattoivat siten myös synnyttää lapsen.⁷¹ Sukupuolineutraaliuden voidaan katsoa muuttaneen säännöstä entistä sukupuolisensitiivisemmäksi, sillä se huomioi nyt myös transsukupuolisten erityisaseman.

Sukupuolineutraalius voi siis sekä peittää että myös purkaa sukupuolten tasa-arvoa estäviä rakenteita. Tätä on tuotu esiin myös joissain feministisissä tutkimuksissa. Esimerkiksi Kevät Nousiainen ja Merja Pentikäinen ovat esittäneet, että naisiin kohdistuvan väkivallan ongelman voidaan toisaalta katsoa Suomessa hukkuvan tiukkaan sukupuolineutraaliuteen mutta toisaalta miehiin ja naisiin kohdistuvien väkivallantekojen vastakkainasettelu osaltaan mitätöi naisiin kohdistuvan väkivallan ongelmaa ja tehokkaampi puuttuminen naisiin kohdistuvaan väkivaltaan, kuten seksuaalirikoksiin ja läheissuhdeväkivaltaan, auttaa samalla tämän tyyppisen väkivallan miesuhrejakin.⁷² Sukupuolineutraaliuden ei siten tarvitse tarkoittaa sukupuolisokeutta, ja sukupuolineutraaleja säännöksiä ja linjauksia on mahdollista laatia ja tulkita sukupuolisensitiivisesti siten, että ne tosiasiallisesti lisäävät sukupuolten tasa-arvoa ja parhaimmillaan jopa kaikkien sukupuolten oikeuksia. Sukupuolineutraali rikoslainsäädäntö ei toki ole mahdollista tapauksissa, joissa ihmiset halutaan nimenomaisesti asettaa erilaiseen asemaan sukupuolensa perusteella, kuten käytännössä on mies- ja naissukupuolisten sukuelinten vahingoittamista koskevan sääntelyn osalta useassa maassa tehty. On myös myönnettävä, ettei sukupuolineutraali lainsäädäntö tuo symbolisesti esiin sukupuolittuneita ilmiöitä – joskin huomattavaa on, että muun muassa perustuslakivaliokunta on suhtautunut kielteisesti rikoslain käyttämiseen symbolisessa tarkoituksessa.⁷³

71. Tällainen tilanne oli käytännössä mahdollista jo aiemman lain aikaan, joskin translain myötä tapausten voidaan odottaa lisääntyvän.

72. Nousiainen – Pentikäinen 2017, s. 66.

73. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi annetun lain muuttamisesta 5/2009 vp ja perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta 29/2001 vp.

6. Lopuksi

Kriittisen oikeustutkimuksen tehtävänä on paljastaa oikeuden kielen taustalla olevia rakenteita ja oletuksia ja tuoda siten esiin eri vaihtoehtoja niin oikeuden tulkintaan kuin lakien säätämiseen.⁷⁴ Tässä artikkelissa olen korostanut muuttaman esimerkin avulla vaaroja, joita sukupuoleen perustuva lainsäädäntö ja lain-tutkimus voivat sisältää ja jotka ovat jääneet (feministisissä) oikeusdiskursseissa pitkälti paitsioon. Olen tarkastellut, kuinka feministinen kritiikki voi tuoda esiin sukupuolittuneita ilmiöitä, joskin se samalla asettaa ihmiset itse määrittelemiinsä sukupuolirooleihin ja normalisoi näitä. Samoin sukupuolispesifin sukuelinten vahingoittamista koskevan lainsäädännön voidaan nähdä sulkevan suojelemansa naiset oikeuden kultaiseen häkkiin, joka suojelellessaan naisia myös vahvistaa sukupuolittuneita valtarakenteita tyypistäen naiset ei-länsimaisen kulttuurin uh-reiksi tai näkymättömiksi, länsimaisen kulttuurin ulkopuolisiksi toimijoiksi.

Käyttämäni kriittisen näkökulman tarkoituksena ei kuitenkaan ole esittää, että meidän pitäisi luopua feministisestä kritiikistä. Peräänkuulutan sen sijaan sitä, että vaikka lienee mahdotonta täysin välttää sukupuolittuneen sanaston käyttöä tarkasteltaessa sukupuolittuneita ilmiöitä, feministisen kritiikin tulisi vähintään pyrkiä itsekritiikkiin ja -reflektion avulla olemaan tietoinen maailman-kuvasta, jota se itse rakentaa. Myönnänkin, että esimerkiksi niin nais- kuin mies-sukupuolisten sukuelinten vahingoittamiseen ja sen rangaistavuuteen liittyvät omat kokemukseni ja mielipiteeni ovat eittämättä vaikuttaneet muun muassa tämän artikkelin kysymyksenasetteluun ja argumentaatiotyyliin. Tämän vuoksi haluan painottaa, että vaikka olen esittänyt kriittisiä huomioita sukupuolispesi-fistä rikoslainsäädännöstä ja tuonut esiin sukupuolineutraalin sääntelyn etuja, ei tarkoitukseni ole varsinaisesti esittää tyhjentävää ratkaisua siihen, kuinka suku-elinten vahingoittamista koskevat kysymykset tulisi ratkaista. Tällaisten ratkaisujen esittäminen vaatisi nimittäin muun muassa sukupuolispesifin lainsäädännön hyvien puolien laajempaa tutkimista ja vaihtoehtojen punnintaa. Lisäksi katson, että se, tulisiko esimerkiksi nais- ja miessukupuolisten sukuelinten vahingoit-tamista kohdella rikoslainsäädännössä eri tavoin, on loppujen lopuksi poliit-tinen (ja moraalinen) kysymys. On esimerkiksi mahdollista katsoa, että tässä artikkelissa esiin tuodut sukupuolispesifin lainsäädännön uhat niin rikoslain periaatteille kuin naisten asemalle on hinta, joka tulee maksaa naissukupuolisten fyysisen koskemattomuuden suojelun edistämisestä poliittisessa ilmapiirissä, joka ei mahdollista sukupuolineutraalin suojelun ulottamista myös miessuku-puolisiin. Toisaalta feministisessä tutkimuksessa on myös aiheellisesti kyseen-alaistettu, voiko nykyinen rikosoikeusjärjestelmä ylipäätään tavoittaa esimerkiksi naisiin kohdistuvia yhteisöllisen väkivallan ja painostuksen muotoja. Voidaan

74. Koskeniemi 2022, s. 1030.

esimerkiksi katsoa, ettei yksilön vapaaseen tahtoon perustuva rikosoikeus vastaa naisten kokemaa epätasa-arvoista todellisuutta tai ettei naisen antamalla suostumuksella ole tosiasiasa patriarkaalisten rakenteiden vuoksi merkitystä. Tällöin voidaan katsoa, että naisten aseman huomioiminen edellyttää nykyisen rikosoikeusjärjestelmän perusteiden muutosta.⁷⁵

Ongelmallista ei kriittisestä näkökulmasta olekaan se, että oikeutta luovissa ja sitä tulkitsevissa instituutioissa päädytään esimerkiksi sukupuolispesifiin lainsäädäntöön tai -tulkintaan vaan se, mikäli ratkaisuun päädytään sokkona ymmärtämättä toisenlaisten valintojen olemassaoloa tai tehdyn valinnan todellisia syitä ja seurauksia. Tältä kannalta voidaankin pitää huolestuttavana, että vaikka lakivaliokunta on lausunnossaan 6/2020 vp ilmaissut nimenomaisesti, että silpomista koskevan lainsäädäntövalmistelun yhteydessä on perusteltua arvioida myös poikien esinahan poiston rangaistavuuteen liittyviä kysymyksiä ja rangaistussäännösten kirjoittamista sukupuolineutraalisti,⁷⁶ on oikeusministeriön johto kurinpidollisten seuraamusten uhalla kieltänyt jo lainvalmistelun työryhmävaiheessa ministeriön virkamiehiä valmistelemasta sukupuolineutraalia säännöstä.⁷⁷ En siis esitä, ettemme voisi löytää tai ettei meidän tulisi pyrkiä löytämään sukupuolineutraalin oikeudellisen todellisuuden takaa sukupuolittuneita ilmiöitä tai pyrkiä puuttumaan niihin – päinvastoin. Kritiikkini kohdistuu sen sijaan hiljaisuuteen, jolla sukupuoleen perustuvan lainsäädännön ja analyysin ongelmia – joko tarkoituksellisesti tai huomaamatta – peitetään ja jota tämä artikkelin tarkoitus on edes pieneltä osin häivyttää.

75. Ks. Minni Leskinen, Seksuaalinen itsemääräämisoikeus: Rikosoikeuden muutos ja feministisen oikeusfilosofian mahdollisuus. Turun yliopisto 2022, s. 132–174, 177.

76. LaVM 6/2020 vp, s. 19.

77. Marica Paukkeri – Maria Manner, Tyttöjen sukuelinten silpomista koskeva laki jämähti oikeusministeriöön ja aiheutti ison kiistan. Yle Uutiset 9.2.2023 osoitteessa <https://yle.fi/a/74-20017223> (vierailtu 17.8.2023).

Critical view on the feminist critique of criminal law and gender-specific criminal legislation

KATARIINA PAAKKANEN, LL.M., B.Soc.Sc., Trained on the Bench, Doctoral Researcher, University of Helsinki; District Judge, District Court of Helsinki

The article looks at the feminist critique of criminal law from a point of view of critical legal theory. It uses a few selected examples of gender-based research and legislation to highlight some of the dangers that gendered analysis and gendered criminal law legislation can entail, and that have been to a large part absent from the (feminist) legal discourses. First, it reveals what different definitions of gender feminist critique can entail, and how they can shape the reality they aim to interpret. Next, the article looks at the example of criminal law legislation on female and male genital circumcision/cutting/mutilation, and what issues gender-based legislation causes to criminal law. Gender-based legislation can also create 'otherness' by excluding, for example, trans- or non-binary persons from, or forcing them into, its narrow definition of gender. Simultaneously gender-based legislation can conceal ideas of cultural hegemony and reinforce gendered hierarchies that represent men as cultural beings and women as victims of a non-western culture or invisible beings that are outside the scope of western cultural influences. Lastly the article shortly discusses the possibilities of gender-neutral criminal legislation by clarifying the conceptual differences between gender-blind and gender-neutral legislation.

*Mikael Koskinen*Lakimies
1/2024
s. 79–98

Etätyössä sattuneen tapaturman korvaaminen

1. Aiheen tausta

Työtapaturma- ja ammattitautilaki (459/2015, TyTAL) tuli voimaan vuoden 2016 alusta. Kyseinen laki sääntelee yksityiskohtaisemmalla tasolla olosuhteista, jotka kuuluvat lakisääteisen työtapaturmavakuutuksen korvaussuojan piiriin, kuin tapaturmavakuutuslaki (608/1948), joka oli voimassa vuoden 1949 alusta vuoden 2015 loppuun. Uudella lailla pyrittiin saamaan lainsäädäntö vastaamaan työelämän muuttuneita olosuhteita.¹ Verrattuna 1940-luvun työelämään yksi olennainen muutos on etätyön tekemisen mahdollistuminen ja sen huomattava yleistyminen niin digitalisaation kuin COVID-19-pandemian myötä.

Merkittävästi muuttunut toimintaympäristö muodostuu kirjoituksen tutkimuskysymykseksi: milloin etätyössä sattunut tapaturma tulisi korvata TyTAL:n nojalla. Käytännössä yksityiset vakuutuslaitokset, Valtiokonttori sekä Tapaturmavakuutuskeskus ratkaisevat ensiasteena sen, onko työntekijälle sattunut tapaturma korvattava. Näiden tahojen antamaan korvauspäätökseen voidaan hakea muutosta tapaturma-asioiden muutoksenhakulautakunnalta (Tamla), jonka antamasta päätöksestä on muutoksenhakuoikeus vakuutusoikeyteen (VakO).² Vakuutusoikeyden päätökseen saa hakea muutosta korkeimmalta oikeudelta, jos se myöntää valitusluvan asiassa.

Korkein oikeus ei ole antanut yhtään prejudikaattia tai edes valituslupaa, joka koskisi TyTAL:n mukaista etätyön korvaussuojaa. Tämän takia vakuutusoikeyden antamilla ratkaisuilla on merkittävä oikeusläheopillinen arvo tutkittaessa voimassa olevaa oikeutta. Vakuutusoikeyden ja Tamla ovat julkaisseet muutamia päätöksiä sekä antaneet useita muita, julkaisemattomia päätöksiä, jotka koskevat aihetta. Oikeuskäytännön perusteella etätyössä sattuneen tapaturman korvaussuojan laajuus on kuitenkin paikoitellen yhä epäselvä. Tämä johtuu paljolti siitä, että sattuvat tapaturmat voivat olla hyvin moninaisia ja etukäteen vaikeasti ennakoitavissa, jolloin vailla tulkintaa oleva lain laatiminen on mahdotonta.

* *Mikael Koskinen*, OTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto. Haluan kiittää Suomen Vakuutusyhdistys ry:tä, jonka myöntämän apurahan turvin olen voinut kustantaa vakuutusoikeyden ratkaisujen hankkimisen.

1. Hallituksen esitys eduskunnalle työtapaturma- ja ammattitautilakiin ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 277/2014 vp, s. 1.
2. Koska vakuutusoikeyden antamien ratkaisujen painoarvo on korkeampi oikeusasteella, sen antamat ratkaisut saavat enemmän painoarvoa tutkimuksessa.

Ratkaisutyötä tekeville vakuutuslaitoksille ja muutoksenhakuasteille jääkin nykyisin huomattavan paljon harkintavaltaa korvaussuojan laajuutta ratkaistaessa.

Kirjoituksen metodina on lainoppi, koska pyrin selvittämään voimassa olevan oikeuden sisältöä. Lähdemateriaalina toimivat paljolti muutoksenhakuasteiden antamat päätökset³, voimassa olevat lait sekä niiden esityöt. Aihepiiri ei ole saanut yleisteoksia lukuun ottamatta osakseen huomiota oikeuskirjallisuudessa, joten kirjallisuuden merkitys jää vähäiseksi.

Aiheen tutkimiselle on tarvetta, koska nykyinen oikeustila on tulkinnanvarainen ja sen käsittely on jäänyt vähäiseksi. Tällä hetkellä ei ole vireillä tai suunnitteilla lainsäädäntömuutoksia, jotka koskisivat TyTAL:n korvaussuojan laajuutta. Täten nykyisen oikeustilan tutkiminen on tärkeää, mitä korostaa sekin, että niin vakuutusosoikeus kuin Tamlakin julkaisevat säännöllisin väliajoin tutkimuskysymystä koskevia päätöksiä. Tämän lisäksi etätöiden tekeminen yhteiskunnassa on yleistynyt, ja edelleen yleistyy, joten aihe ei ole menettämässä merkitystään lähivuosina. Onkin tärkeää arvioida työtaturmavakuutuksen ja yksityiselämän piiriin kuuluvien toimintojen välistä rajaa, jotta etätöiden korvaussuojalle löydetään selkeät rajat.⁴

Tarkastelen aihetta viidessä eri luvussa. Johdantoluvun jälkeen käsittelem työntekijän korvaussuojaa eri olosuhteissa syventyen erityisesti etätöissä sattuneen tapaturman korvaamiseen. Myös muissa olosuhteissa sattuneiden tapaturmien korvaamisen tarkastelu on välttämätöntä, jotta voidaan muodostaa kokonaiskuva siitä, miten etätöiden ja lähityön korvaussuojat poikkeavat toisistaan.⁵ Käsittelem vakuutusosoikeuden ja Tamlan oikeuskäytäntöä etätöissä sattuneiden tapaturmien korvaamisesta kolmannessa luvussa, jossa myös arvioin vallitsevaa korvauslinjaa tarkemmin. Neljännessä luvussa tarkastelen vuoden 2023 alusta voimaan tullutta lakia, jolla laajennettiin valtion työntekijöiden korvaussuojaa etätöissä. Kirjoituksen päättää yhteenvetoluku.

3. Tätä kirjoitusta varten olen pyytänyt niin vakuutusosoikeudelta kuin Tamlalta päätöksiä, jotka koskevat etätöissä sattuneen tapaturman korvaamista. Kirjoituksessa käsitellään kaikkia vakuutusosoikeuden ja Tamlan 7.1.2024 mennessä julkaisemia päätöksiä. Lisäksi käsittelem kaikkia vakuutusosoikeuden julkaisemattomia päätöksiä, jotka toimitettiin 3.8.2023 mennessä. Tamlan julkaistujen päätösten lisäksi olen alaviitteissä viitannut myös joihinkin julkaisemattomiin päätöksiin, joita minulle on toimitettu asiakirjapyyntöni johdosta 12.7.2023.

4. Jo TyTAL:n esitöissä (HE 277/2014 vp, s. 83) on tiedostettu kyseisen rajan vetämisen voivan osoittautua hankalaksi.

5. Käytän tässä kirjoituksessa termiä ”lähityö” kuvaamaan työtä, jota tehdään työnantajan tiloissa.

2. Työntekijälle sattuneen tapaturman korvaaminen

2.1. Johdanto

TyTAL:n perusteella työntekijälle maksetaan korvausta, jos hänelle sattuu lain tarkoittama vahinkotapahtuma, jollainen on esimerkiksi tapaturma.⁶ Lisäksi korvaaminen edellyttää tapaturman sattuneen tietyissä olosuhteissa, jolloin kyseessä on työtapaturma. TyTAL 20 §:n mukaan työtapaturmasta on kyse silloin, kun tapaturma sattuu työntekijälle työssä, työntekopaikan alueella tai työntekopaikan alueen ulkopuolella siten kuin TyTAL 21–25 §:ssä säädetään.⁷

2.2. Työssä sattunut tapaturma (TyTAL 21 §)

Työssä sattuneena pidetään tapaturmaa, joka on sattunut työntekijälle työnteon yhteydessä. Työntekoon rinnastetaan lakiin tai työehtosopimukseen perustuva luottamusmiehen, työsuojeluvaltuutetun tai muun henkilöstön edustajan tehtävän hoitaminen, työstä johtuva työnantajan asian hoitaminen sekä työtehtävästä johtuva matkustaminen. Tällä ei tarkoiteta asunnon ja työpaikan välistä työmatkaa vaan sitä, kun työtehtävien suorittaminen edellyttää matkustamista, kuten työpäivän aikana eri asiakkaiden luona käymistä. Työn tekeminen kuuluu siis aina lain korvaussuojan piiriin huolimatta siitä, missä tai milloin työtä tehdään.

2.3. Työntekopaikan alueella sattunut tapaturma (TyTAL 22 §)

Työntekopaikan alueella muutoin kuin työnteon yhteydessä sattunutta tapaturmaa pidetään työtapaturmana, jos se on sattunut työntekopaikalla oloon tavanomaisesti liittyvässä toiminnassa. Tällöin korvaussuoja kattaa tapaturmat, jotka ovat sattuneet esimerkiksi kahvi-, ruokailu- tai virkistystauoilla sekä työntekopaikan alueella järjestettävissä koulutuksissa.⁸ Keskeistä lainkohdan kannalta on

6. En käsittele sitä, minkälaisia vahinkotapahtumia ylipäättään TyTAL:n nojalla korvataan, vaan oletan työntekijälle sattuneen lain tarkoittaman tapaturman.
7. TyTAL 24 §:n korvaussuoja ei saa tässä kirjoituksessa huomiota, koska sen piiriin kuuluvat tapaturmat eivät ole riippuvaisia siitä, onko työntekijä tehnyt etä- vai lähityötä.
8. Lainmuutos merkitsi muutosta tapaturmavakuutuslain korvaussuojaan, jolloin ruokailu- ja virkistystauoilla sattuneita tapaturmia ei yleensä katsottu korvattavaksi työtapaturmavakuutuksesta. Ks. tästä Mika Mänttari – Mikko Nyssölä, Työtapaturma- ja ammattitautivakuutus. Alma Talent 2016, s. 59. Virkistystauoksi lasketaan myös taukoliikunta tietyn edellytyksin. Ks. näistä tarkemmin Mänttari – Nyssölä 2016, s. 62 ja HE 277/2014 vp, s. 78.

se, mikä on työntekopaikan alue ja mikä on työntekopaikalla oloon tavanomaisesti liittyvä toimi.

Riidatonta on usein työntekopaikan alue, koska monilla työntekijöillä on kiinteä paikka, jossa työtä tehdään, kuten toimisto, tehdas, kauppa tai ravintola. Lainkohta koskee ainoastaan sitä aluetta, jonka työnantajan voidaan katsoa määritelleen tavalla tai toisella työntekopaikaksi.⁹ Tällöin korvaussuojan piiriin voivat sisältyä erilaiset sosiaalityöt, kuten taukotilat, vessat sekä puku- ja pesuhuoneet. Jotta tapaturma kyseisissä tiloissa olisi korvattava, edellytetään toiminnalta, jonka yhteydessä tapaturma sattuu, tavanomaisuutta. Tavanomaisuutta arvioidaan sen perusteella, onko toiminta yleensä tavanomaista työpaikoilla sekä onko toimintaa pidettävä tavanomaisena juuri kyseisen työpaikan käytäntöjen perusteella.¹⁰

Työntekopaikan alueella tapahtuvan tapaturman tulee johtua siitä, että työntekijä on ollut alueella työnsä vuoksi.¹¹ Näin ollen jos työntekijä jää oleskelemaan työpäivän päättymisen jälkeen työpaikalle ja tapaturma sattuu sinänsä tavanomaisessa toiminnassa, ei TyTAL:n korvaussuoja ole voimassa.

2.4. Työntekopaikan alueen ulkopuolella sattunut tapaturma (TyTAL 23 §)

Työtapaturmana pidetään myös tapaturmaa, joka on sattunut työntekijälle työntekopaikan alueen ulkopuolella seuraaviin olosuhteisiin tavanomaisesti liittyvässä toiminnassa:

- 1) tavanomainen työssäkäynnistä johtuva asunnon ja työpaikan välinen matka, johon katsotaan kuuluvan myös vähäinen poikkeaminen matkareitiltä lasten päivähoidon, ruokakaupassa käynnin tai muun niihin rinnastettavan syyn vuoksi
- 2) työhön liittyvä tavanomainen ruokailu- tai virkistystauko työntekopaikan alueen läheisyydessä.

Ensimmäinen korvattava olosuhde on työmatka, jonka katsotaan alkavan, kun työntekijä poistuu asunnostaan kerrostalon rappukäytävään tai ulos omakoti-, rivi- tai paritalon ulko-ovesta.¹² Työntekijällä ei siten ole korvaussuojaa vielä omassa asunnossaan, kun hän vasta valmistautuu työmatkaa varten.

Toiminnan tavanomaisuutta arvioidaan ensiksi yleiseltä kannalta, mutta myös työpaikkakohtaiset käytännöt otetaan arvioinnissa huomioon.¹³ Tavan-

9. Mänttari – Nyssölä 2016, s. 60 ja HE 277/2014 vp, s. 77. Työpisteen määrittäminen ei siis edellytä nimenomaista määräystä siitä, missä työtä tehdään.

10. HE 277/2014 vp, s. 78 ja Mänttari – Nyssölä 2016, s. 61.

11. HE 277/2014 vp, s. 77 ja Mänttari – Nyssölä 2016, s. 61.

12. Mänttari – Nyssölä 2016, s. 67.

13. HE 277/2014 vp, s. 78.

omainen työssäkäynnistä johtuva matka tarkoittaa sellaista asunnon ja työpaikan välistä reittiä, jonka käyttäminen on perusteltua, kun huomioidaan kulkuyhteydet, käytettävä kulkuväline, liikenneolosuhteet sekä matkan pituus ja siihen kuluva aika, eli kyseessä ei välttämättä ole matkallisesti lyhin tai suurin reitti.¹⁴ Vähäinen poikkeaminen tavanomaiselta matkareitiltä on korvaussuojan piirissä silloin, kun poikkeamisen syynä on lasten päivähoidon vieni tai sieltä nouto, ruokakaupassa käyminen tai muu näihin rinnastettava syy.¹⁵

Lain tarkoittamana muuna syynä voidaan pitää esimerkiksi lapsen vieniä kouluun ja noutoa sieltä, auton tankkaamista tai korjaamalla käyntiä.¹⁶ Lisäksi postilaatikolla käymistä pidetään sallittuna poikkeamana, kun taas postissa käymistä ei.¹⁷ Poikkeaman ollessa vähäinen on työntekijällä korvaussuoja vain silloin, kun hän kulkee poikkeavaa matkareittiä pitkin, eikä turva ulotu itse siihen toimintaan, jonka vuoksi poikkeaminen tehdään.¹⁸ Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että esimerkiksi matka postilaatikon on korvaussuojan piirissä mutta jos työntekijä satuttaa kätensä postilaatikon luukkuun avatessaan, tapaturma ei ole korvattava. Korvaussuoja jatkuu sitten, kun työntekijä poikkeaman aikaisen toiminnan lopetettuaan jatkaa matkaansa, jos kyseessä ei ole ajallisesti niin huomattava poikkeama, ettei matkaa voida pitää enää työstä johtuvana.

Työmatkan lisäksi TyTAL 23 §:n nojalla korvataan työntekopaikan ulkopuolella mutta sen läheisyydessä tapahtuvan ruokailu- tai virkistystauon aikana sattunut tapaturma. Esitöissä on todettu korvaussuojan olevan voimassa sellaisella etäisyydellä työntekopaikasta, joka on mahdollinen matkoineen etukäteen sovitussa tai ohjeistetussa ajassa.¹⁹ Korvaussuoja koskee tällöinkin vain sellaista

14. HE 277/2014 vp, s. 79.

15. Vähäisenä ei pidetä poikkeamaa, jossa on pikemminkin kyse erillisestä kuin asunnon ja työpaikan välisestä matkasta. Korvaussuojan piirissä oleva poikkeaminen ei voisi olla ajallisesti tai matkallisesti huomattava. Ks. tästä HE 277/2014 vp, s. 79.

16. HE 277/2014 vp, s. 79.

17. Ks. VakO, drno 2306:2019. A oli käymässä postissa. Vakuutusosasto katsoi, ettei kyseinen toiminta ole rinnastettavissa lapsen päivähoidon viemiseen tai kaupassa käymiseen. Päätöksessä VakO, drno 21070:2021 postilaatikolla käyminen rinnastettiin lasten päivähoidon viemiseen tai kaupassa käymiseen. Huomaa, että oikeustapauksia selostaessani käytän kirjainta A kuvaamaan työntekijää.

18. HE 277/2014 vp, s. 79. Ks. vakuutusosaston oikeuskäytännöstä VakO, drno 3828:2018 ja VakO, drno 4702:2018, joissa tapaturma korvattiin, kun se sattui päiväkodin pihalla. Ks. lisäksi VakO, drno 1301:2018, jossa A poikkesi huoltoasemalle ostamaan juotavaa työpäivää varten. Vakuutusosasto totesi, että kävelymatkassa autolta huoltoaseman myymälän ovelle on vielä ollut kyse kulkemisesta poikkeavaa matkareittiä pitkin, joten matkalla sattunut tapaturma korvattiin. Vrt. Mänttari – Nyssölä 2016, s. 70–71, jossa on pidetty päivähoitopaikan alueella sattunutta tapaturmaa ei-korvattavana. Lisäksi kirjoittajat ovat erikseen maininneet korvaussuojan katkeavan päivähoitopaikan portilla. Vakuutusosaston oikeuskäytännön perusteella kyseinen kanta on menettänyt merkityksensä.

19. HE 277/2014 vp, s. 80. Vrt. kuitenkin Mänttari – Nyssölä 2016, s. 75. Kirjoittajat ovat katsooneet, ettei korvaussuoja ole voimassa kilometrien tai kymmenien kilometrien päässä pidetyllä tauolla, vaikka se mahtuisikin tauon puitteisiin. Kannan tueksi on esitetty, ettei ole tavan-

toimintaa, joka on tavanomaista ruokailu- tai virkistystauoilla. Tavanomaisena toimintana ei voida pitää yksityisasioiden hoitamista ruokailu- tai virkistystauoilla.²⁰ Tällöin esimerkiksi oman lemmikin ulkoiluttaminen sekä pankissa, postissa tai vaatekaupoilla käyminen eivät kuulu korvaussuojan piiriin.

2.5. Etätyössä sattunut tapaturma (TyTAL 25 §)

Etätyön käsitettä ei ole määritelty lainsäädännössä. Se on kuitenkin vakiintunut tarkoittamaan työtä, jota voitaisiin tehdä työnantajan tiloissa mutta jota tehdään varsinaisen työpaikan ulkopuolella.²¹ Työtä voidaankin tehdä kotona, kahvilassa tai vaikka sukulaisen luona. Ei ole harvinaista, että työnantaja tarjoaa varsinaisen työntekopaikan lisäksi muita kiinteitä työpisteitä, jotka voivat sijaita toisella paikkakunnalla kuin varsinainen työntekopaikka. Tällaista työpistettä käyttäessään työntekijä voi mieltää tekevänsä etätyötä. On kuitenkin hyvä huomata, ettei kyseessä ole lain tarkoittama etätyö vaan tällöin työntekijällä on normaali lähityön korvaussuoja.

TyTAL:ssa ei puhuta etätyöstä, mutta lain 25 §:n korvaussuoja koskee niitä tilanteita, jolloin etätyötä tehdään, koska pykälän otsikkona on ”Tapaturma kotona ja määrittelemättömässä paikassa tehtävässä työssä”. Etätyötä tekevän työntekijän korvaussuoja on merkittävästi suppeampi kuin lähityötä tekevän.²² Korvaussuojan ulkopuolelle on rajattu TyTAL 22 ja 23 §. Tällöin etätyössä vessa-, virkistytymis-, kahvi-, ruokailu- tai muillakin tauoilla, niin kotona kuin ulkona²³, sattuvat tapaturmat sekä niihin liittyvä liikkuminen eivät kuulu korvaussuojan piiriin. Etätyöhön ei sovelleta myöskään työmatkan tai siihen liittyvän vähäisen poikkeaman aikaista korvaussuojaa, jolloin lasten päivähoitoon viemisen tai ruokakaupassa käymisen yhteydessä tai muun niihin rinnastuvan syyn vuoksi tehtyjen matkojen aikana sattuvat tapaturmat eivät ole korvaussuojan piirissä.

Käytännössä mainitut rajoitukset johtavat siihen, että etätyössä korvataan ainoastaan tapaturmat, jotka ovat sattuneet työnteon yhteydessä. Tällöin tapaturman tulisi sattua tehtäessä niitä varsinaisia työtehtäviä, jotka kuuluvat työntekijän työhön. Korvaussuojan piirissä ovat esimerkiksi tapahtumat, joissa työn-

omaista käydä ruokailemassa esimerkiksi kymmenen kilometrin päässä työpaikasta kesken työpäivän.

20. Mänttari – Nyssölä 2016, s. 77.

21. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi valtion henkilöstölle etätyöstä johtuvissa olosuhteissa sattuneiden tapaturmien korvaamisesta 122/2022 vp, s. 4. Vrt. HE 277/2014 vp, s. 82, jossa etätyöksi on määritelty työ, jota voitaisiin tehdä työnantajan tiloissa mutta joka on organisoitu tehtäväksi tai tehdään tietotekniikkaa käyttäen säännöllisesti muualla.

22. HE 122/2022 vp, s. 5.

23. Tamman päätöksessä 194/2020 A oli etätyöpäivänä kävellyt lounaalta takaisin etätyöpisteelle ja matkalla sattui tapaturma.

tekijän työtuoli romahtaa hänen allaan, työväline tippuu työtä tehdessä hänen jalalleen tai työkoneeseen tulee jokin vika, jonka takia työntekijä saa sähköiskun. On kuitenkin tulkinnanvaraista, milloin tapaturma sattuu työtehtäviä tehdessä. Tämän takia on olennaista esittää seuraava kysymys: milloin lainsäätäjän mielestä etätyössä sattunut tapaturma tulisi korvata?

TyTAL:n esityöt jäävät siinä määrin yleiselle tasolle, ettei niistä voida saada täsmällistä vastausta juuri siihen, miten yksittäisessä tilanteessa tapaturman korvattavuus tulisi ratkaista.²⁴ Esitöistä on kuitenkin löydettävissä lainsäätäjän etätöiden korvaussuojan laajuutta koskeva tavoite. Voidaankin puhua tavoitteellisesta laintulkintametodista, kun lakia pyritään tulkitsemaan sen tarkoituksen mukaisesti.²⁵ Korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä lakien tavoitesäännöksille ja lainsäätäjän tarkoitukselle annetaan huomattava painoarvo, vaikka tavoitteet olisivatkin epäselvästi ja ristiriitaisesti muotoiltuja.²⁶ Näistä seikoista huolimatta pyrin esitöihin syventymällä saamaan selville, kuinka laajaksi lainsäätäjä on tarkoittanut korvaussuojan silloin, kun työntekijä tekee etätöitä.

Lainsäätäjän lähtökohta on selvä: kaikki toiminta, joka tapahtuu työajalla etätyössä, ei ole korvaussuojan piirissä. Esitöissä on todettu korvauksen edellytyksenä olevan, että toiminnalla, jonka yhteydessä tapaturma sattuu, on pääasiallinen ja olennainen syy-yhteys työhön.²⁷ Korvattavuuden kannalta ei ole merkitystä sillä, vaikka työntekijän toiminta, jonka yhteydessä tapaturma sattuu, olisi työnantajan sallimaa.²⁸ Näin ollen työntekijän korvaussuojaa ei voida laajentaa hänen työtehtäviensä ulkopuolelle edes työnantajan luvalla. Vastaavasti erilaisilla työnantajan tai terveydenhuollon suosituksilla ei ole vaikutusta korvausharkinnassa.

Lain esitöistä on löydettävissä vastaus myös siihen kysymykseen, miksi lainsäätäjä on halunnut rajoittaa etätyössä sattuneiden tapaturmien korvaamista. Esitöissä on selvästi todettu rajoitusten olevan tarpeen, koska kotona työtään tekevän asunto on alue, jonne työnantajan oikeus välittömään työn johtoon ja valvontaan ei ulotu. Usein työntekijä voi tällaisessa tapauksessa myös itse päättää työympäristöstään ja siitä, miten hän työnsä tekee.²⁹

Nämä lainsäätäjän toteamukset jäävät itse lain esitöissä ilman konkreettisempaa merkitystä. Nähdäkseni toteamusten takana on kuitenkin ajatus siitä,

24. Ks. yleisesti lakien yleistasoisuuden ongelmasta Tapio Määttä, Lainsäätäjän kunnioittamisasenne, tavoitteellinen laintulkinta ja lakien tavoitesäännökset vallitsevassa tuomariniideologiassa teoksessa Auri Pakarinen – Anna Hyvärinen – Kaijus Ervasti (toim.), Lainvalmistelu, tutkimus, yhteiskunta. Jyrki Talan juhla-kirja. Turun yliopisto 2011, s. 224 ja Jyrki Tala, Lakien laadinta ja vaikutukset. Edita Publishing 2005, s. 160–164.

25. Jyrki Virolainen, Lainkäyttö: oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa. Lakimiesliiton Kustannus 1995, s. 187.

26. Määttä 2011, s. 223.

27. HE 277/2014 vp, s. 17.

28. HE 277/2014 vp, s. 17.

29. HE 277/2014 vp, s. 83.

että koska työnantaja ei voi vaikuttaa työntekijän kodin tai muun valitun etätyöpaikan turvallisuuteen, ei korvaussuoja ole yhtä kattava kuin tiloissa, joiden turvallisuudesta työnantaja vastaa. Onkin mahdollista ajatella etätyötä tehdessä tapaturman riskin olevan suurempi kuin lähityöpaikalla, jonka turvallisuus on työnantajan vastuulla ja valvonnassa.

Työturvallisuuslain (738/2002) tarkoituksena on muun muassa parantaa työympäristöä ja -olosuhteita työntekijöiden työkyvyn turvaamiseksi ja ylläpitämiseksi sekä ennaltaehkäistä ja torjua työtapaturmia. Kyseinen laki asettaa velvollisuuksia ensisijaisesti työnantajalle lain tarkoituksen toteuttamiseksi. Lain perusteella työnantajan tulee huolehtia siitä, että työntekopaikka ja työolosuhteet ovat lain edellyttämällä tavalla työskentelyn kannalta turvallisia ja terveellisiä.

On kuitenkin selvää, että kun työntekijä tekee etätyötä, ei työnantajalla ole käytännössä keinoja puuttua työntekijän työympäristössä oleviin tapaturmariskiä lisääviin seikkoihin. Työturvallisuuslain 5 § rajoittaa työnantajan työturvallisuutta koskevia velvollisuuksia, ja esimerkiksi lainkohdan perusteella työnantajan velvollisuus työympäristön suunnitteluun ei ole voimassa, kun työntekijä tekee työtä kotona tai muussa itsensä valitsemassa paikassa.³⁰ Tämä johtuu siitä, että tilassa, joka kuuluu yksityisyyden suojan piiriin, ei työnantajalle voida asettaa velvoitteita, joita ei ole mahdollista oikeudellisesti eikä tosiasiallisesti toteuttaa.³¹

Koska työnantajalla on rajalliset mahdollisuudet vaikuttaa etätyöpaikan työturvallisuuteen, on tapaturmariski todennäköisesti suurempi etä- kuin lähityöpaikalla. Työnantajan ei täten tulisi vastata yhtä laajasti tapaturmien korvaamisesta kuin lähityöpaikalla. Ajatus lisääntyneen tapaturmariskin vaikutuksesta korvattavuuteen ei ole tuntematon oikeuskirjallisuudessa tai lain esitöissä.³² Kun korvaussuojan suppeutta tarkastellaan kohonneen tapaturmariskin näkökulmasta, osoittautuvat lainsäätäjän asettamat rajoitukset johdonmukaisiksi. Kun

30. Hallituksen esitys eduskunnalle työturvallisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 59/2002 vp, s. 28. Keväällä 2022 järjestettiin kyselytutkimus etätyön järjestämisestä ja valvonnasta työturvallisuuden toteuttamiseksi. Ks. tästä tarkemmin Evgeniya Kurvinen – Sari Korhonen – Niko Vartiainen, Etätyön järjestämisen ja valvonnan keinot työturvallisuuden toteuttamiseksi. Liikejuridiikka 3/2022, s. 65–87. Tutkimuksen tuloksena etätyön turvallisuuden valvonnassa havaittiin puutteita. Käytännössä siis ne velvollisuudet, jotka työnantajalla on rajoituksista huolimatta silloin, kun työntekijä tekee etätyötä, eivät toteudu asianmukaisesti. Useimmissa työpaikoissa etätyöpaikan työturvallisuus vaikuttaa siis jäävän paljolti työntekijän omalle vastuulle.

31. HE 59/2002 vp, s. 28.

32. Ks. Mänttari – Nyyssölä 2016, s. 62, 64, 69 ja 75–77, joissa tapaturman korvattavuutta on pohdittu nimenomaan siihen liittyvän riskin näkökulmasta. Ks. lisäksi HE 277/2014 vp, s. 17, jossa on nostettu esiin tapaturman riski korvausharkintaa tehdessä, kun tapaturma sattuu työntekopaikalla muita kuin työtehtäviä tehtäessä. Riski on nostettu esiin myös ammattitautien käsittelyn yhteydessä. Esitöissä todetaan, ettei työnantajan vastuulle ole perusteltua asettaa vastuuta työntekijän asuinympäristön olosuhteiden riskittömyydestä silloin, kun työntekijä ei tee työtään työnantajan järjestämissä tiloissa. Ks. HE 277/2014 vp, s. 84.

työnantajalla ei käytännössä ole mahdollisuuksia vaikuttaa siihen, millaisissa oloissa työntekijä tekee etätyötä, on ymmärrettävää, ettei työnantaja tällöin vastaa sattuneista tapaturmista silloin, kun tapaturman pääasiallinen ja olennainen syy-yhteys työhön puuttuu.

3. Oikeuskäytäntö

3.1. Tamla

Tamla on julkaissut kolme päätöstä, jotka koskevat etätyössä sattuneen tapaturman korvaamista. Ensimmäinen niistä on annettu 23.9.2021.³³ Tapaturma sattui, kun A oli hakemassa asunnon yläkerrasta hartiahuivia. Äänestysratkaisullaan 9–1 Tamla katsoi, ettei kyseessä ollut työtapaturma. Päätöstä perusteltiin sillä, ettei A tehnyt tapaturman sattuessa etätyötään. Huivin hakeminen oli toimintaa, joka tuki työn tekemistä vain välillisesti. Merkitystä ei annettu sille, että huivin hakeminen johtui A:n käsikivusta, joka aiheutui virheellisestä työasennosta, tai sille, ettei työnantaja ollut antanut etätyöohjeita. Merkitystä ei ollut myöskään sillä, että työskentelystä aiheutunut hermosärky olisi aiheuttanut kaatumisen portaissa.

Toisessa päätöksessä 17.11.2021³⁴ tapaturma sattui, kun A kaatui portaissa kuljettaessaan yläkerran työpisteeltä työpapereita alakerran työpisteelle, jossa hänen tarkoituksensa oli myös tulostaa työpapereita. Tapaturman katsottiin sattuneen työnteon yhteydessä, kun liikkumisen synnä olivat A:n työtehtävät. Työpisteen ja tulostimen välistä etäisyyttä kuvattiin ”ei-merkittäväksi”. Päätös syntyi äänestysratkaisuna 9–1. Eriävän mielipiteen jättänyt jäsen ei olisi korvannut tapaturmaa.

Kolmas päätös on annettu 12.4.2023³⁵. A oli etätyössä kokoukseen lähtiessään vienyt tavaroita laukkuun ja kompastunut laturin johtoon, minkä seurauksena hän satutti alaraajansa. Asiassa katsottiin, ettei työvälineiden tai -tarvikkeiden pakkaaminen laukkuun ole etätyössä korvaussuojan piirissä, vaikka tavarat liittyisivätkin A:n työtehtäviin. Kyseinen toiminta ei palvellut työtehtävien suorittamista välittömällä tavalla, joten kyseessä ei ollut työnteon yhteydessä sattunut tapaturma. Päätös annettiin äänestysratkaisuna 7–3. Vähemmistöön jääneet jäsenet olisivat korvanneet tapaturman, koska A:n ei katsottu tavaroita laukkuun

33. Tamla 23.9.2021 – 2746/2020.

34. Tamla 17.11.2021 – 2379/2020.

35. Tamla 12.4.2023 – 879/2022.

videssään olleen valmistautumassa ainoastaan lähtöön tai työntekoon vaan tapaturma oli sattunut työnteon yhteydessä.

3.2. Vakuutusoikeus

Vakuutusoikeus on antanut tällä hetkellä kolme julkaistua päätöstä, jotka koskevat etätyössä sattuneen tapaturman korvaamista. Päätöksessä, joka on annettu 11.5.2021³⁶, A oli lähtenyt hakemaan latauksessa ollutta työpuhelintaan pöydän toiselta puolelta. Tässä yhteydessä hän löi varpaansa kaapin jalkaan. Tamla piti tapaturmaa korvattavana, koska liikkuminen oli suoritettu työhön liittyvän laitteen noutamiseksi ja sen voitiin myös katsoa liittyvän kiinteästi A:n työtehtävien hoitamiseen. Ratkaisussa otettiin huomioon työpuhelimien sijainti työpöydän toisella puolella. Vakuutusoikeus päättyi asiassa samaan lopputulokseen kuin Tamla hyväksyen sen käyttämät perustelut.³⁷

Toisen päätöksen vakuutusoikeus on antanut 14.12.2021.³⁸ Tapauksessa A teki kotonaan etätyötä. Hän oli menossa keittiön pöydän äärestä sohvalle kannettavan työtietokoneen kanssa, kun hän löi varpaansa sohvallaan jalkaan. Tapaturman sattuessa hän luki työsähköposteja. A kertoi työskentelevänsä etätyöpäivinä keittiön- ja työpöydän ääressä sekä sohvalla. Työnantajan suositusten mukaista oli, että työntekijät vaihtavat työntekopisteitä päivän aikana useita kertoja, koska se parantaa työergonomiia ja verenkiertoa.

Tamla piti A:lle sattunutta tapaturmaa korvattavana, kun tämä oli tapaturman sattuessa lukenut työhönsä liittyviä viestejä tietokoneelta. Merkitystä arvioinnissa annettiin myös lyhyelle matkalle, jonka A oli liikkunut eri työntekopaikkojen välillä. Vakuutusoikeus kumosi Tamlan päätöksen ja lausui, että etätyössä sattuneen tapaturman korvaamista tulee tulkita suppeasti siten, että ainoastaan välittömästi työtehtävää suorittaessa sattunut tapaturma kuuluu korvattavuuden piiriin. Vaikka A oli siirtyessään työpisteeltä toiselle lukenut tietokoneelta työsähköposteja, itse siirtyminen, jonka seurauksena vahinkotapahtuma aiheutui, ei kuulunut A:n työtehtäviin eikä sitä voitu pitää välttämättömänä työtehtävien suorittamiseksi. Työnantajan suosituksilla ei katsottu olevan merkitystä asian arvioinnissa. Voidaankin todeta, ettei tapaturman pääasiallinen syy ollut työtehtävien hoitaminen, joten korvaussuoja ei ollut voimassa.

36. VakO, drno 4073:2020.

37. Voidaan mainita yksi vakuutusoikeuden julkaisematon päätös, dnro 20850/03.04.04.02.02/2021, joka on annettu 4.5.2022. A oli noussut työpöytänsä äärestä vastaamaan viereisessä huoneessa olevaan työpuhelimeen. Liikkuessaan hän oli kaatunut. Vakuutusoikeus katsoi tapaturman sattuneen työnteon yhteydessä ja olleen siten korvattava.

38. VakO, drno 3812:2020.

Tuorein vakuutusosoikeuden julkaistu päätös on annettu 7.2.2023.³⁹ A kaautti etäkokoukseen osallistuessaan kahvimukin hampaaseensa. Tamla piti tapaturmaa korvaussuojan piirissä olevana. Päätöksessä katsottiin TyTAL 21 §:n tarkoittamalla ”työnteon yhteydessä” -ilmaisulla voitavan pitää myös sellaista toimintaa, joka tavanomaisesti liittyy työntekoon. A oli suorittanut tapaturman sattuessa työtehtäviään. Kahvin juomisessa ei ollut kyse ruokailuun liittyvästä toiminnasta tai tauon pitämisestä, vaan sitä pidettiin tavanomaisena työnteon yhteydessä tapahtuvana toimintana, joka ei vaadi työnteon keskeyttämistä eikä rinnastu esimerkiksi eväiden syömiseen tai muuhun työhön liittymättömään oheistoimintaan, joka ei kuuluisi korvaussuojan piiriin.

Vakuutusosoikeus antoi asiassa äänestysratkaisun 4–1. Päätöksessä todettiin edelleen, että etätyössä korvattavuutta tulee tulkita suppeasti siten, että ainoastaan välittömästi työtehtävää suoritettaessa sattunut tapaturma kuuluu korvattavuuden piiriin. Vaikka tapaturma sattui työhön kuuluvan etäkokouksen aikana, itse kahvinjuonti, jonka seurauksena tapaturma sattui, ei kuulunut A:n työtehtäviin. Näin ollen tapaturma ei ollut korvaussuojan piirissä. Se, että kahvinjuominen työskennellessä on hyvin tavanomaista, ei ollut merkityksellinen seikka korvattavuutta arvioitaessa. Ainut erimielinen jäsen olisi hyväksynyt Tamlan päätöksen perustelut ja pitänyt tapaturmaa korvattavana.

Asiakirjapyyntöni johdosta vakuutusosoikeus on toimittanut kahdeksan julkaisematonta päätöstä, jotka koskevat etätyössä sattuneen tapaturman korvaamista. Tutustun tarkemmin näistä ratkaisuista seitsemään, koska olen aiemmin viitannut jo yhteen niistä.⁴⁰ Ensimmäisessä ratkaisussa A oli kaatunut matkalla postilaatikolle.⁴¹ Tapaturma ei ollut vakuutusosoikeuden mielestä korvattava, koska se ei ollut sattunut A:n suorittaessa toimea, joka liittyisi ensisijaisesti hänen työtehtäviinsä. Asiassa ei ollut esitetty selvitystä, jonka perusteella A:n olisi voitu katsoa olleen menossa postilaatikolle nimenomaan hakemaan sieltä työhön liittyvää lähetystä. Päätös synnyttää tulkinnan, että jos A olisi hakenut postilaatikolta nimenomaan työhön liittynyttä lähetystä, olisi tapaturma mahdollisesti ollut korvattava TyTAL:n nojalla.

Jos tulkinta on oikea, kyseistä kantaa voidaan kritisoida, koska A:n on käytännössä liki mahdotonta etukäteen tietää, onko posti toimittanut hänen postilaatikkoonsa työhön liittyvää lähetystä ennen kuin hän on päässyt postilaatikolle asiaa tarkistamaan. A:n kannalta korvaussuojan voimassaolo ratkeaisi vasta postilaatikolla. Tapauksessa lopputulokseen todennäköisesti vaikutti se, että A teki vain yhtä etätyöpäivää viikossa, jolloin käynti postilaatikolla todennäköisimmin johtui hänen oman postinsa eikä työpostin hakemisesta.

39. VakO, drno 22114:2021.

40. Ks. av. 37.

41. VakO, dnro 720/2018/2384.

Toisessa ratkaisussa A harjoitteli liikkeitä, joita hän oppilaiden kanssa tekisi koulun liikuntatunnilla.⁴² Tapaturma sattui kyseisten liikkeiden tekemisen yhteydessä. Vakuutusosikeus totesi päätöksessään opettajan työhön kuuluvan opetuksen valmistelua sekä suunnittelua, joka ei ole paikkaan sidottua ja jota voidaan tehdä ja jota myös paljon tehdään kotona. Tapaturma oli sattunut opetuksen suunnittelun eli työnteon yhteydessä, ja se oli siten korvattava työtapaturma.

Ratkaisuista kolmannessa A liikkui asunnossa hakeakseen kirjekuorta, jotta hän pystyisi postittamaan työhön liittyvän sim-kortin asiakkaalle.⁴³ A työskenteli myyjänä, ja hänen työtehtäviinsä selvitettiin kuuluvan muun muassa sim-korttien postitus asiakkaalle. Vakuutusosikeus katsoi, että koska tapaturma sattui A:n hakiessa samassa huoneessa muutaman metrin päästä sim-kortin postituksessa käytettävää kirjekuorta, oli tapaturma sattunut työnteon yhteydessä ja siten korvattava.

Neljännessä ratkaisussa⁴⁴ tapaturma sattui A:n hakiessa työssä käytettäviä pituusleikattuja rullia autotallista. Tapaturman syyn vakuutusosikeus katsoi olleen siten työtehtävien hoitaminen, joten korvaussuoja oli voimassa. Vakuutusosikeus totesi, että rullien säilyttäminen autotallissa oli ollut perusteltua, kun otettiin huomioon asunnon koko. Merkitystä vaikutetaan annetun sille, että paperirullien säilyttämistä autotallissa pidettiin perusteltuna.⁴⁵

Liikkumisen yhteydessä sattui myös viidennen ratkaisun tilanne, jossa A haki ulkona autossa olevaa työhön liittyvää aineistoa ja liukastui pihalla.⁴⁶ A:n työn tekemisen katsottiin edellyttäneen aineiston hakemista, joten pääasiallinen syy liikkumiseen ja siten tapaturmaan olivat hänen työtehtävänsä. A oli oikeutettu TyTAL:n mukaisiin korvauksiin. Edellisiin ratkaisuihin verrattuna vaikuttaa siltä, ettei vakuutusosikeus ole enää ollenkaan pohtinut syytä, minkä takia työhön liittyvää aineistoa oli A:n autossa.⁴⁷ Vaille merkitystä päätöksen perusteluissa vaikuttaa jääneen myös se matka, jonka A oli joutunut kulkemaan aineistoa hakeakseen.

42. VakO, dnro 4262/2020/2335.

43. VakO, dnro 72/2021/2581.

44. VakO, dnro 4117/2020/2884.

45. Näin asiaa on arvioinut myös Tapaturmavakuutuskeskus 17.5.2022 päivämässään oikeustapauskommentissa, joka on luettavissa osoitteessa <https://api.tyotapaturmatieto.fi/file-store/0-302866-567090>.

46. VakO, dnro 21085/03.04.04.02.02/2021.

47. Tapaturmavakuutuskeskus on 17.5.2022 päivämässään oikeustapauskommentissa osoitteessa <https://api.tyotapaturmatieto.fi/file-store/0-302861-567077> todennut, ettei päätöksessä tullut ilmi mitään seikkoja, joiden perusteella olisi ollut aiheellista arvioida etätöitä koskevia työntekijän omia työjärjestelyjä ja sitä, onko liikkuminen työntekopisteeltä autolle johtunut enemmän joistakin työntekijän valinnan piirissä olevista työjärjestelyihin liittyvistä syistä kuin välittömästi työtehtäviin liittyvistä ja niistä johtuvista syistä. Tämä toteamus asettuu hiukan erikoiseen valoon, kun huomioidaan av. 45, jossa Tapaturmavakuutuskeskus katsoi vakuutusosikeuden antavan merkitystä syyille, jonka takia työvälineitä säilytettiin autotallissa.

Kuudennessa ratkaisussa ennen työpäivän alkamista A järjesti työpisteensä etäyhteyttä toimintakuntoon ja kuljetti sen vuoksi asennustavaroita työtilaan. Tässä liikkumisen yhteydessä A kaatui.⁴⁸ Tapauksessa A:n työtehtäviin kuului taiji-ryhmätuntien pitäminen. Kyseinen ryhmätunti järjestettiin etäyhteydellä A:n kodin pihapiirissä olevasta erillisestä työtilasta. Tapaturma sattui, kun A liukastui pihallaan mennessään työtilalle asentamaan etäyhteyksiä noin puoli tuntia ennen työpäivän alkamista. Vakuutusosikeus totesi, että etäyhteyden toimintakuntoon laittaminen ja siihen liittyvä asennustavaroiden kuljetus työtilaan liittyivät olennaisena osana etäyhteydellä ohjattavaan taiji-ryhmätuntiin. Näin ollen tapaturman katsottiin sattuneen työnteon yhteydessä ja se oli siten korvattava työtapaturma.

Viimeisessä ratkaisussa A oli liikkunut asunnossaan ja vei työhön liittyvää aineistoa yläkerrasta alakertaan työpaikalle vientiä varten.⁴⁹ Liikkumisen pääasiallisena syynä pidettiin A:n työtehtävien hoitamista, jolloin tapaturmaa pidettiin korvattavana. Ratkaisua voidaan kritisoida. Asiassa ei nähdäkseni esitetty perusteluja sille, minkä takia aineiston kuljettaminen olisi ollut A:n varsinainen työtehtävä. Se ei myöskään ole välittömästi palvellut etätyön tekemistä eikä ole ollut sille edellytys. Vaikuttaakin siltä, että kyseessä oli lähinnä lähityöpäivään valmistautuminen eikä niinkään etätyön työtehtävien suorittaminen.

Näistä ratkaisuista voidaan havaita kaksi tyyppitapausta etätyössä sattuneista tapaturmista, joissa korvattavuudesta on noussut esiin tulkinnanvaraisuutta. Ensimmäinen näistä on tilanne, jossa työntekijä liikkuu asunnossaan tai sen läheisyydessä etätyöpäivän aikana. Toinen tilanne on se, että työntekijä tekee työtä ja samalla jotain oheistoimintaa.

Useimmat käsitellyt tapaukset koskivat tilanteita, joissa työntekijä liikkuu syystä tai toisesta. Onkin todettavissa selkeä tulkintasuositus, joka liittyy näihin tilanteisiin. Kun liikkumisen pääasiallisena syynä on ollut työntekijän työteh-

48. VakO, dnro 21333/03.04.04.02.02/2021.

49. VakO, dnro 20871/03.04.04.02.02/2021.

tävä – jos hän hakee⁵⁰ tai muuten kuljettaa⁵¹ tavaraita, joita hän tarvitsee työtehtäviensä suorittamisessa – on liikkumisen yhteydessä sattunut tapaturma ollut vakuutus oikeuden oikeuskäytännössä korvaussuojan piirissä. Ratkaisevaa merkitystä ei vaikuttaisi olevan sillä, tapahtuuko liikkuminen työajalla tai vain sen takia, että työntekijä veisi tavaroita vasta seuraavana päivänä mukanaan työpaikalle.⁵²

Sen sijaan, kun haettava esine ei liity työntekijän työtehtäviin ja se palvelee työn tekemistä vain välillisesti, ei korvaussuoja ole ollut voimassa. Tätä voidaan havainnollistaa esimerkiksi siten, että ilman työpuhelinta työntekijä ei pysty soittamaan tai vastaanottamaan työhönsä liittyviä puheluita, joten työpuhelimen ja sen laturinkin hakeminen on nähdäkseni korvaussuojan piirissä. Jos työntekijä hakee ruokaa keittiöstä, jotta hän jaksaa jatkaa työpäivää, on yhteys työhön vain välillinen. Työtehtävien suorittaminen ei edellytä syömistä, vaikka ruokailu onkin toki välttämätöntä työpäivän aikana.

Korvaussuojan laajuuden kannalta on olennaista pohtia, onko sillä merkitystä, kuinka kaukaa työntekijä työvälineitä hakee. Vakuutus oikeuden päätösten perusteella eri kerrosten välillä tapahtuva liikkuminen on korvaussuojan piirissä⁵³, kuten on myös se, jos työntekijä hakee ulkona parkissa olevasta autosta työhön liittyvää aineistoa. Näissä tapauksissa matkaa ei voitane kuvailla ainakaan

50. Näin esimerkiksi Tamlan päätöksessä 207/2021. A etäopetusta suunnitellessaan valmisti opetuksen liittyvää kangaskulhoa. Tapaturma sattui, kun hän haki 1,5 metrin päästä kangaskulhon sisään sovitettavia kulhoja ja hänen suussaan ollut lusikka osui hampaaseen. A oli tekemässä valmistusohjetta, minkä vuoksi hän joutui kääntämään kangaskulhoa nurin päin ja takaisin oikein päin, mihin lusikka tarvittiin. Vastaavasti Tamlan päätöksessä 3514/2020, jossa A oli noussut etätyössä kannettavan työtietokoneen äärestä hakemaan muistiinpanoja parin metrin päästä ja palatessaan työpisteelle tapaturma sattui. Tamla katsoi työssä tarvittavien muistiinpanojen hakemisen parin metrin päästä olevan työn tekemistä, joka kuului korvaussuojan piiriin. Vrt. Tamlan päätös 3698/2020, jossa tapaturmaa ei pidetty korvattavana, kun A haki Teams-kokousta varten muistiinpanoja toisesta huoneesta ja kaatui matkalla. Päätöstä perusteltiin sillä, ettei työvälineiden/-tarvikkeiden noutaminen työpisteelle ole korvaussuojan piirissä, vaikka muistiinpanot liittyivätkin A:n työtehtäviin. Päätöksen perusteluissa ei ole otettu kantaa esimerkiksi kuljettuun matkaan tai siihen, etteivät muistiinpanot olisi olleet tarpeen Teams-kokousta varten. Päätöstä onkin varsin helppo kritisoida, koska se ei vaikuta olevan linjassa Tamlan omien ratkaisujen kanssa. Päätös oli äänestysratkaisu 3–3, jossa puheenjohtajan ääni ratkaisi.
51. Esimerkiksi voidaan mainita Tamlan päätökset 2568/2022 ja 2571/2022, joissa A oli tehnyt kirjallisia töitä maanantaina ja niiden välissä vienyt autoon lasten puheterapioita varten terapiamateriaaleja, joita hän olisi tarvinnut tiistaina koululla. Materiaalia viedessään hän kaatui rappukäytävässä ja loukkasi itseään. Tapaturman katsottiin sattuneen työnteon yhteydessä ja se korvattiin.
52. Voidaankin todeta olevan ristiriitaista, että ennen työmatkaa tapahtuva tavaroiden noutaminen ja kuljettaminen eivät kuulu korvaussuojan piiriin mutta etätyössä tavaroiden kuljettaminen asunnossa seuraavaa lähityöpäivää varten vaikuttaisi olevan korvattavaa.
53. Tamlan oikeuskäytännöstä on mainittavissa päätös 3852/2022. A haki kesken etätyöpäivän yläkerrasta taskulaskinta ja viivaimia etäoppituntia varten ja kaatui portaissa. Tapaturmaa pidettiin korvattavana.

lyhyeksi, muutaman askeleen ottamiseksi. Päätösten perusteluissa ei ole juuri kiinnitetty huomiota kuljetun matkan pituuteen. On kuitenkin todennäköistä, että mitä pidemmän matkan työntekijä kulkee, sitä suuremmaksi tapaturmariski muodostuu.

Aiemmin käsitellyllä lainsäätäjän tarkoituksella voitaisiin perustella sitä, että korvausharkinnassa merkitystä tulisi antaa myös sille, kuinka pitkä matka kuljetaan.⁵⁴ Korvaussuojaa etätyössä oli nimenomaan rajattu sen vuoksi, ettei työnantajalla ole mahdollisuutta vaikuttaa työntekijän työympäristöön lähi-työpaikan ulkopuolella. Työnantaja ei siis voi omalla toiminnallaan pienentää tapaturmariskiä, joten sinänsä olisi ymmärrettävää, jos korvaussuoja riippuisi siitä, kuinka pitkän matkan työntekijä etätyössä kulkee noutaakseen työvälineitä. Tämä voisi kannustaa työntekijöitä järjestelemään työolonsa etätyössä siten, että tapaturmien riski pienenesi.

Oikeuskäytännön perusteella kuljetun matkan pituudelle ei kuitenkaan ole annettu merkitystä eikä sitä ole edes päätösten perusteluissa käytännössä pohdittu. Näin ollen vaikuttaa siltä, ettei kuljetun matkan etäisyydelle voida antaa juuri merkitystä. Täten työntekijältä ei edellytetä kaikkien työssä tarvittavien välineiden säilyttämistä työpisteellä. Toki tilanne on todennäköisesti toinen, jos työntekijä lähtee hakemaan työkonettaan satojen metrien päästä ja tällä matkalla sattuu tapaturma. Kun huomioidaan lainsäätäjän tarkoittaneen korvaussuojan olevan suppeampi etätyössä, pitäisin perusteltuna katsoa, ettei matka, jonka työntekijä liikkuu kuljettaakseen työhön liittyviä tavaroita, voi olla merkittävä, jotta korvaussuoja olisi edelleen voimassa. Se, mitä matkaa voidaan kuvata merkittäväksi, jää kuitenkin tulkinnanvaraiseksi. Itse näkisin, että työntekijän oma koti, jossa hän tekee etätyötä, kuuluu korvattavuuden piiriin, kuten myös mahdollinen autotalli ja mahdolliset muut tilat, jotka sijaitsevat työntekijän kiinteistöllä. Myös matkaa läheiselle kadunvarrelle parkkeeratulle autolle voitaneen vielä pitää korvaussuojan piirissä olevana.

Lain esitöiden tai oikeuskäytännön perusteella merkitystä korvausharkinnassa ei anneta sille, miksi jokin esine tai tavara on eri paikassa kuin työntekijän nimenomaisella työpisteellä. Päinvastoin vakuutusosoikeuden päätösten perusteella vaikuttaa siltä, ettei korvaussuojan laajuutta arvioitaessa ole väliä sillä, onko työntekijä unohtanut haettavan työvälineen autoonsa tai säilyttääkö hän tarkoituksella tavaraa toisella puolella asuntoa.

Toinen oikeuskäytännön perusteella hahmoteltava tyyppitapaus on varsinaisen työnteon yhteydessä tapahtuvassa oheistoiminnassa sattuva tapaturma.

54. Sinänsä kysymykseen ei ole oikeuskirjallisuudessa juuri otettu kantaa. Ks. kuitenkin Mänttari – Nyysölä 2016, s. 94, jossa on todettu, että työhön liittyvän aineiston toisesta huoneesta hakemisen yhteydessä tapahtuva tapaturma on laissa tarkoitettu työtapaturma. Kirjoittajat eivät teoksessaan ole ottaneet kantaa siihen etäisyyteen, joka aineiston hakemiseksi kuljetaan, mutta käyttämänsä esimerkin perusteella kirjoittajat ovat pitäneet korvattavana suhteellisen lyhyttä matkaa.

Oheistoiminnassa voi olla kyse kahvin juomisesta, ruoan syömisestä, henkilökohtaisen puhelimen selaamisesta tai liikkumisesta samalla, kun puhutaan työpuhelua tai selataan työsähköposteja. Jos tapaturma johtuu tällaisesta oheistekemisestä, ei se ole korvaussuojan piirissä.⁵⁵ Eli kun työntekijä iskee hampaansa kahvimukiin, ei hampaan lohkeaminen ole korvattavaa, koska se on johtunut oheistekemisestä. Samoin tilanne on silloin, kun työntekijä syö työnteon yhteydessä ja pistää haarukalla kieleensä, saa sähköiskun henkilökohtaisesta puhelimestaan sitä selatessaan tai kun työntekijä kaatuu kävellessään samalla, kun puhuu työpuhelua⁵⁶.

Etätönn yleistyessä ovat erilaiset kävelypalaverit yleistyneet. Jos työnantaja on määrännyt palaverin pidettäväksi kävelypalaverina, on tällöin kävelyn yhteydessä sattunut tapaturma työtaturmana korvattava. Näin ei tilanne ole silloin, kun työnantaja on vain suositellut liikunnan harrastamista työnteon yhteydessä ja työntekijä itsenäisesti päättää osallistua palaveriin ja kävellä samalla.⁵⁷

Korvaussuojan laajuuden kannalta merkitystä ei ole sillä, kuinka yleistä oheistoimintaa, jota tehdessä tapaturma sattuu, on tai onko työnantaja antanut luvan kyseiseen toimintaan tai jopa kannustanut siihen. Myöskään valtakunnalliset tai alueelliset suositukset eivät laajenna TyTAL:n tarjoamaa korvaussuojaa. Jos työnantaja määrää työntekijän tekemään jotain, kuuluu tällöin kyseinen toimi työntekijän työtehtäviin, jolloin korvaussuoja on voimassa.

4. Laki valtion henkilöstölle etätöystä johtuvissa olosuhteissa sattuneiden tapaturmien korvaamisesta (1012/2022)

Valtion runsaasta 70 000 työntekijästä noin 60 % on sellaisissa tehtävissä, joista ainakin osan voi hoitaa etätönnä, ja kyselyjen mukaan vuonna 2026 noin puolet

55. Esimerkkinä voidaan mainita Tamlan päätös 2593/2020, jossa A oli nostamassa koiran lattialle jättämää muovirasiaa, joka sisälsi kyniä. A:n nostaessa rasiaa koira puri häntä. Tapauksessa muovirasian hakeminen oli oheistoimintaa, joka ei kuulunut A:n työtehtäviin, vaikka sinänsä rasia voisi sisältää kyniä, joita työnteossa käytettiin. Tapaturma ei ollut korvaussuojan piirissä.

56. Näin mm. Tamlan päätöksessä 967/2022. Tapaturma ei ollut korvattava, kun A käveli samalla, kun hän puhui työpuhelua. Kävelyn syynä oli puhelun huono yhteys, jota parantaakseen A kulki toiseen paikkaan. Tämän syyn ei katsottu johtuvan A:n työtehtävistä, joten korvaus evättiin. Vastaavasti kun A luki työhön liittyvää tekstiviestiä ja liukastui kulkiessaan, ei tapaturma ollut korvattava. Ks. Tamla 1410/2021.

57. Näin mm. Tamlan päätöksessä 2857/2022, jossa A kaatui ulkona kävelypalaverin aikana. Tapauksessa työnantaja oli ainoastaan suositellut A:lle kävelyä esimerkiksi Teams-palaverien aikana. A:lla oli myös esimiehen lupa osallistua palaveriin kävelyn ohessa. Tapaturmaa ei pidetty korvattavana.

virkamiesten työajasta tullaan käyttämään etätyössä.⁵⁸ Kun etätyön määrä valtiolla on kasvanut ja jatkaa kasvamistaan, on lainsäätäjät kohdistanut huomiota valtion työntekijöiden työtapaturmavakuutuksen korvaussuojan laajuuteen.

Valtio ei vakuuta omaa henkilöstöään, vaan TyTAL 207 §:n nojalla korvauksen valtion työssä aiheutuneesta työtapaturmasta tai ammattitaudista maksaa Valtiokonttori. Erilaisten lisävakuutusten ottaminen valtion työntekijöille ei ole mahdollista⁵⁹, joten he ovat heikommassa asemassa verrattuna niihin työntekijöihin, joiden työnantajilla on mahdollisuus ottaa lakisääteistä tapaturmasuojaa laajentavia vakuutuksia.

Lainsäätäjät ovat pitäneet lakisääteistä korvaussuojaa siinä määrin riittämättömänä, että vuoden 1.1.2023 alusta voimaan tuli laki valtion henkilöstölle etätyöstä johtuvissa olosuhteissa sattuneiden tapaturmien korvaamisesta (1012/2022). Lain tarkoituksena on saattaa valtion henkilöstö samaan asemaan niiden työntekijöiden kanssa, joiden työnantajat ovat laajentaneet lakisääteistä korvaussuojaa vapaaehtoisilla vakuutuksilla.⁶⁰

Uuden lain myötä valtion työntekijöiden korvaussuoja etätyössä on laajempi kuin TyTAL:n tarjoama korvaussuoja. Etätyöpaikalla sattunut tapaturma korvattaisiin erillislain 5 §:n mukaan, jos tapaturma sattuu etätyöntekopaikan alueella työntekoon tavanomaisesti liittyvässä toiminnassa muutoin kuin työnteon yhteydessä. Etätyöpaikka on määritelty siten, että kyseessä on työn tekemiseen soveltuva sellainen muu kuin työnantajan järjestämä tila, jossa henkilön on työnantajan ohjeiden mukaan sallittua hoitaa virka- tai työtehtäviään. Täten jos työntekijä tekee etätyötä työnantajan kieltämässä tilassa, ei tapaturmaan voida kyseistä lakia soveltaa, jolloin tapaturman korvattavuus ratkeaa TyTAL:n nojalla.⁶¹

Lain 5 §:n perusteella käytännössä niin ruokailu-, vessa- kuin erilaiset virkistystauot⁶² että niihin liittyvä liikkuminen kuuluvat lain korvaussuojan piiriin. Sen sijaan työntekijän vapaa-aikaan liittyvien toimien, kuten kotitaloustöiden, kiinteistön huoltamisen, lastenhoidon tai harrastuksen, yhteydessä sattuneet tapaturmat eivät tulisi korvattavaksi. Lainsäätäjän tarkoitus on ollut saattaa kor-

58. HE 122/2022 vp, s. 3.

59. Ks. tästä HE 122/2022 vp, s. 5.

60. HE 122/2022 vp, s. 6.

61. Lain esitöissä (HE 122/2022 vp, s. 15) asiaa on lähestytty yleisellä tasolla todeten, ettei etätyöpaikka edellytä erillistä päätöstä etätyöhön soveltuvasta paikasta vaan riittävää on, että etätyöpaikka on yleisten etätyötä koskevien ohjeiden, kuten Etätyön periaatteet ja palvelussuhteen ehdot (VN/24414/2020-VM-1) -ohjeistuksen sekä työnantajan tai esihenkilön tarkemman ohjeistuksen, mukainen. Kun käytännössä huomioidaan aikaisemmat johtopäätökset siitä, että työnantajalla on rajalliset keinot vaikuttaa työntekijän etätyöpaikkaan tai saada tietoa siitä, sekä se, ettei lain esitöissä viitattu valtiovarainministeriön ohje etätyöstä ota mitään kantaa siihen, millainen työntekijän etätyöpaikan tulee olla, on lain rajoitus sen laatuinen, että se soveltuu an harvoissa tilanteissa.

62. HE 122/2022 vp, s. 16, josta ilmenee virkistytymiseen kuuluvan lyhytaikainen virkistytymisen, kuten kävely tai työnteon lomassa tapahtuva virkistystaukoliikunta.

vaussuoja vastaamaan sitä, mikä se on työntekijällä lähityöpaikallakin, eli tältä osin korvattavuus muistuttaisi TyTAL 22 §:n korvaussuojaa.⁶³

Sinänsä laissa käytetyt sanamuodot jättävät huomattavan paljon tulkin-
nanvaraisuutta. Lainkohdan mukaan työtapaturlmana korvataan ”etätönte-
paikan alueella töntekoon tavanomaisesti liittyvässä toiminnassa muutoin kuin
tönteon yhteydessä” sattunut tapaturma. Etätönteopaikan toteaminen lienee
useimmissa tapauksissa varsin riidatonta. Sen sijaan se, mitä on töntekoon
tavanomaisesti liittyvä toiminta, jää tulkinnanvaraiseksi. Selvää lienee ruokailu-
taun pitäminen tavanomaisena toimintana. On kuitenkin syytä huomioida, ettei
etätöytä tehdessä ruokailutaukoa pidetä vastaavissa tiloissa kuin lähityöpaikalla.
Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että töntekijällä on useimmiten mahdollisuus
kotona valmistaa ruokaa, kun lähityöpaikalla töntekijä yleensä lämmittää omia
eväitään tai syö työpaikkaruokalassa.

Onkin asiamukaista kysyä, onko siis ruoanvalmistaminen etätöössä korvau-
suojan piirissä? Tätä kysymystä voidaan jatkaa myös kysymällä, että jos ruoan-
valmistaminen on korvaussuojan piirissä, koskeeko se vain tilannetta, jossa ruo-
kaa tehdään töntekijän omaa ruokataukoa varten? Eli jos töntekijä valmistaa
kerralla koko perheelle ruokaa, mutta hän itse syö vain osan ruoasta lounastauol-
laan, onko valmistus silti korvaussuojan piirissä?

Esitöiden perusteella korvaussuoja koskee itselle valmistettavaa ruokaa ja
juomaa.⁶⁴ Rajanveto on kuitenkin todennäköisesti erittäin hankalaa, koska var-
sinkin talouksissa, joissa asuu useampi henkilö, ei ruokaa kaiketi useinkaan
valmisteta vain itselle vaan samalla kertaa sitä valmistetaan koko taloudelle.
Olisikin helppo keksiä useita vastaavia esimerkkejä tilanteista, jotka voivat olla
tavanomaisia kotona mutta jotka eivät ole tavanomaisia lähityöpaikalla. Käytän-
nössä lain esitöissä olevaa mainintaa siitä, että korvaussuoja on etätöössä 5 §:n
perusteella vastaava kuin lähityöpaikalla, ei voitane tulkita täysin kirjaimellisesti,
koska tavanomainen toiminta lähityöpaikalla ja tavanomainen toiminta etätöö-
paikalla poikkeavat toisistaan huomattavasti.

Lain 6 §:n mukaan tapaturmasta on kyse töntekopaikan alueen ulkopuolella,
kun se sattuu seuraaviin olosuhteisiin tavanomaisesti liittyvän toiminnan aikana:

- 1) asunnon tai työpaikan sekä etätöopaikan välisellä matkalla tai etätöopaikkojen
välisellä töntekemisen kannalta välttämättömällä matkalla
- 2) etätöopaikan läheisyydessä tavanomaisen ruokailu- tai virkistystauon aikana ja
välittömästi siihen liittyvällä matkalla
- 3) lasten päivähoidon järjestämisen vuoksi tehdyllä tavanomaisella matkalla asun-
nolta tai etätöopaikalta hoitopaikkaan tai takaisin sekä vähäinen poikkeaminen ly-

63. HE 122/2022 vp, s. 16.

64. HE 122/2022 vp, s. 16.

himmältä matkareitiltä päivittäistavara kaupassa käynnin tai muun siihen rinnastettavan syyn vuoksi.

Kyseinen lainkohta vastaa pääosin TyTAL 23 §:n mukaista korvaussuojaa. Tällöin korvausharkinnassa tulee hakea soveltuvilta osin analogiaa 23 §:n korvauskäytännöstä.⁶⁵

5. Lopuksi

Olen tässä kirjoituksessani pyrkinyt paljolti oikeuskäytännön sekä lain esitöiden perusteella määrittelemään sitä, milloin etätyössä sattunut tapaturma tulee lakisääteisen työtapaturmavakuutuksen perusteella korvattavaksi. Olennaiseksi kysymykseksi korvausharkinnassa vaikuttaa muodostuneen se, mistä tapaturman sattuminen johtui. Niin kauan kun tapaturman sattumisen syyllä on pääasiallinen ja olennainen syy-yhteys työhön, on korvaussuoja voimassa. Vakuutusosoikeuden sanoin: etätyössä sattuneen tapaturman korvaamista tulee tulkita suppeasti siten, että ainoastaan välittömästi työtehtävää suorittaessa sattunut tapaturma kuuluu korvattavuuden piiriin. Aina vakuutusosoikeus ei kuitenkaan ole ollut täysin johdonmukainen linjauksissaan, ja erilaiset työvälineiden kuljetukset sekä etätyöyhteyden valmistelut voivatkin kuulua korvaussuojan piiriin.

Korvaussuojan piiriin kuuluvat myös monet toimet, joiden suorittamista voidaan kuvailla riskialttiiksi. Kun huomioidaan lainsäätäjän rajoittaneen etätyössä tapahtuvien tapaturmien korvaamista nähdäkseni juuri tiettyihin toimintoihin liittyvän kohonneen tapaturmariskin vuoksi, ei vallitseva korvauslinja välttämättä vastaa sitä, mikä nähdäkseni oli lainsäätäjän tarkoitus. Toisaalta tämä osoittaa TyTAL 25 §:n olevan hyvin tulkinnanvarainen eivätkä lain esitöt pitkälti onnistu hälventämään niitä kysymyksiä, joita käytännön korvaustoiminnassa nousee esille. Tämä tulkinnanvaraisuus varmasti osaltaan selittää sitä, minkä takia useat työnantajat ovat turvautuneet erilaisiin vapaaehtosiin korvaussuojaa laajentaviin vakuutuksiin, sekä sitä, miksi lainsäätäjä on päättänyt laajentaa valtion työntekijöiden korvaussuojaa säätämällä erillislain.

Työtapaturmavakuutuksen perusajatuksena on korvata työntekijöille menetykset, jotka liittyvät työssä sattuneeseen tapaturmaan.⁶⁶ Lakisääteisen korvaussuojan yhtenä tarkoituksena voitaneen pitää sitä, että se tarjoaa jokaiselle

65. Tältä osin kannattaa tutustua Tamlan 10.10.2022 hallintovaliokunnalle antamaan lausuntoon, joka koskee hallituksen esitystä 122/2022 vp, jossa on kritisoitu uuden lain 6 §:n olevan monilta osin hyvin tulkinnanvarainen.

66. Pertti Arajärvi, Johdatus sosiaalioikeuteen. Talentum 2011, s. 449.

työntekijälle vähimmäissuojan tapaturmien varalta. TyTAL toteuttaa siten työntekijöiden välistä yhdenvertaisuutta. Nykyisin se ei kuitenkaan toteudu kaikkien työntekijöiden tapauksessa. Lailla on säädetty valtion työntekijöiden lakisääteinen työtapaturmien korvaussuoja laajemmaksi kuin TyTAL:n vähimmäistaso. Vaikka yksityiset työnantajat voivat ottaa korvaussuojaa laajentavia vapaaehtoisia tapaturmavakuutuksia, kaikki eivät sitä ole tehneet eivätkä koskaan tule niin tekemään. Onkin arvioitu työnantajan ottaman työtapaturma- ja ammattitautivakuutukseen liitetyn vapaa-ajan tapaturmavakuutuksen olevan vain noin viidesosalla työntekijöistä.⁶⁷

Tällä hetkellä lainsäätäjät on tietoisesti asettanut yhden työntekijäryhmän lakisääteisen työtapaturmaturvan osalta huomattavasti parempaan asemaan verrattuna niihin työntekijöihin, joille työnantaja ei ole tarjonnut laajempaa tapaturmavakuutusta. Lainsäätäjän toimintaa voidaankin pitää ongelmallisena työntekijöiden yhdenvertaisuutta ajatellen.⁶⁸ Lakisääteinen korvaussuoja työtapaturmissa onkin vuoden 2023 alusta lähtien riippuvainen työntekijän työnantajasta.

Jos valtion työntekijöiden tapaturmasuojaa halutaan laajentaa vastaamaan niiden työntekijöiden korvaussuojaa, joille työnantaja on ottanut laajempia vakuutuksia, olisi ollut työntekijöiden yhdenvertaisuutta kunnioittavampaa muuttaa valtioneuvoston päätöstä tai antaa kokonaan uusi. Se olisi poistanut sen esteen, ettei valtion viranomaisen voi tehdä henkilövakuutus sopimusta, jonka nykyisin voimassa oleva valtioneuvoston päätös nimenomaisesti estää.⁶⁹ Tätä vaihtoehtoa ei lainsäädäntöprosessissa kuitenkaan pohdittu, vaan erillislain säätämiseen päädyttiin punnitsematta eri vaihtoehtoja. Voisikin olla perusteltua, että lainsäätäjät tarkastelee tulevaisuudessa tasapuolisesti kaikkien työntekijöiden lakisääteistä korvaussuojaa etätöissä sattuvien tapaturmien varalta ja saattaa työntekijät yhdenvertaiseen asemaan keskenään.

67. HE 122/2022 vp, s. 5.

68. Esimerkiksi Tapaturmavakuutuskeskus, Suomen Yrittäjät, Elinkeinoelämän keskusliitto sekä Kunta- ja hyvinvointialueyönantajat KT pitivät omissa lausunnoissaan lainmuutosta ongelmallisena sen takia, että etätöitä tekeville työntekijöillä olisi lainmuutoksen myötä erisisältöinen lakisääteinen turva riippuen siitä, millä työnantajasektorilla he työskentelevät. Ks. tästä HE 122/2022 vp, s. 12–13. Ks. lisäksi Tamlan 10.10.2022 hallintovaliokunnalle antama lausunto, joka koskee suunniteltua lain säätämistä ja joka kritisoi vahvasti kyseisen sääntelyn olevan poikkeuksellinen tapa säännellä vain yhden palkansaajaryhmän työtapaturmaturvaa muista poiketen. Lausunnossa tuodaan ilmi yksityisellä sektorilla olevan vain vähäisellä osalla palkansaajia työnantajan järjestämä vapaaehtoinen vapaa-ajan turva. Kuntasektorilla sen sijaan vastaavanlaisia vapaa-ajan vakuutuksia ei lausunnon mukaan ole tietävästi ollenkaan. Ratkaisua pidetäänkin lausunnossa periaatteellisesti palkansaajien yhdenvertaisuuden näkökulmasta varsin erikoisena. Tamla katsoi lausunnossaan, että työtapaturma- ja ammattitautilakia tulisi ennemmin uudistaa kaikille kuin säätää erillinen laki, joka koskee vain yhtä työntekijäryhmää.

69. Ks. tästä HE 122/2022 vp, s. 5 ja valtioneuvoston päätös valtion talousarvion soveltamismääräyksistä (TM 9509), 6 luvun 6 kohta.

Pertti Välimäki

Lakimies
1/2024
s. 99–110

Lainopin merkitys ratkaisun keksimisessä ja perustelemisessa – muistikuvia työstäni korkeimmassa oikeudessa

1. Aluksi

Kun luin sen, mitä tulin näille sivuille kirjoittaneeksi, tuli tuttuuden tunne. Olen kuunnellut tällaisia puheita aikaisemminkin, viimeksi 2000-luvun alussa silloisen kollegani Per Lindholmin suusta, kun korkeimman oikeuden samoille piireille järjestämässä tilaisuudessa puhuttiin samasta aiheesta. Luotan runoilijaan, joka väittää: ”Kun kaikki on sanottu, on aika sanoa kaikki uudelleen, ja sitä paitsi yleisöhän vaihtuu.”¹

2. Ratkaisun keksiminen

Kuten hyvin tiedetään, ratkaisun tekemisessä erotellaan ratkaisun keksiminen ja ratkaisun oikeuttaminen eli oikeaksi todistaminen.² Ensin tuomari keksii tai oivaltaa ratkaisunsa samalla tavalla kuin tiedemies keksii tieteellisen havainnon tai keksinnön. Tämä vaihe voi kestää pitkäänkin, ja usein siihen kuuluu monipolvisia harhailuja vääräksi osoittautuvilla sivupoluilla. Joskus keksiminen syntyy vasta monen uuden yrityksen jälkeen. Keksimisen vaihetta voi olla mahdotonta luotettavasti jälkikäteen sanoin kuvailla.³ Tästä huolimatta yritän seuraavassa

* *Pertti Välimäki* †, OTT, oli siviilioikeuden dosentti Helsingin yliopistossa sekä korkeimman oikeuden oikeusneuvos 2000–2016. Hän oli uransa aikana pitkään asianajajana ja sen jälkeen tutkijana ja opettajana yliopistolla ennen siirtymistään korkeimpaan oikeuteen. Kirjoitus perustuu esitykseen korkeimpien oikeuksien ja yliopistotutkijoiden korkeimmassa hallinto-oikeudessa 14.2.2020 pidetyssä Oikeuskäytäntö oikeustieteessä, oikeustiede oikeuskäytännössä -seminaarissa. Kirjoituksen postuumista julkaisemisesta on sovittu Pertti Välimäen lähiomaisten kanssa.

1. Ks. Aki Salmela, Eläimen varjo. Tammi 2019, s. 63–64.

2. Jyrki Virolainen – Petri Martikainen, Tuomion perusteleminen. Talentum 2010, s. 11 ss. ja sivuilla viitatus lähteet. Ks. myös Ilkka Niiniluoto, Tieteellinen päättely ja selittäminen. Otava 1983, s. 9, 118 ss., 142 ss.

3. Jos sitä yrittää kirjoittamalla kuvailla, tuloksena voi olla mielenkiinnottomia tajunnanvirtaa, lukukelvottomia roskaa. Siksi sellaista päiväkirjatekstia ei pidä perusteluihin kirjoittaa.

hahmottaa keksimisvaiheesta jotain yleistä. Mielessäni on vaikean siviilijutun ratkaiseminen.

Keksimisvaihetta Lindholm kuvasi niin, että siinä ajattelu toimii kuin separaattori.⁴ Vertaus osuu kohdalleen. Ajatteluseparaattorin käytön kuvailussa erottelon kaksi vaihetta. Ensimmäisessä otin jutun haltuun, millä tarkoitan sen separoimista eli erittelemistä tai selvittämistä – mikä oli itse juttu ja miltä osin se oli korkeimman oikeuden pöydällä. Tässä ensimmäisessä vaiheessa oikeusnormeista olivat mukana prosessisäännöt erottelemassa sitä kysymystä, mitä voidaan käsitellä ja mitä ei. Ensimmäisen separointikierroksen tuloksena syntyi jutun käsiteltävä osa, puhtaampi polttoaine.

Sitten aloitin toisen separointikierroksen. Siinä syötin separaattoriin ensimmäisen erottelun tuloksen, puhtaamman polttoaineen ja materiaalsen oikeuden aineiston. Tämän toisen kierroksen tuloksena oli tarkoitus erotella jutun sellainen ratkaisu, joka voitiin julkaista prejudikaattina. Nyt ajatteluseparaattorissa pyörivät ensimmäisen kierroksen tulokset, kysymyksenasettelu ja materiaalsen oikeuden lähdeaineisto.

I Juttu haltuun:

- Muutoksenhakemus
- Vastaus
- HO:n ratkaisu
- KäO:n ratkaisu
- Kanne ja vastaus
- Faktat
- Prosessisäännöt

II Prejudikaatin jalostus:

- Haltuun otetun jutun puhtaampi polttoaine
- Oikeudellinen kysymyksenasettelu
- Materiaalsen oikeuden säännöt ja muut oikeuslähteet

Miten ohjelmoin separaattorin niin, että tästä toisen kierroksen sekamelskasta saatiin esiin – keksittiin – hyväksyttävä ratkaisu?

Ratkaisevaa oli kysymyksenasettelu, jonka pohjalta aloin puhutella kaikkea muuta joskus ristiriitaistakin aineistoa ja ennen kaikkea materiaalsen oikeuden lähteitä.

Materiaalsen oikeuden aineksia latasin separaattoriin pienissä erissä, sitä mukaa kuin ymmärsin tai luulin niillä olevan merkitystä: lainvalmistelutöitä, aikaisempia prejudikaatteja ja lainoppia. Tällaisesta materiaalsen oikeuden käsitteystä syntyi siivilä tai ohjelma, jolla aineistosta alkoivat viimeisetkin epäpuhtaudet poistua ja ratkaisu alkoi hahmottua. Jos tulos näytti jonkin ajan kuluttua aivan kummalliselta, silloin oli aloitettava alusta, siis ladattava separaattoriin uudelleen samat perusaineet mutta jollakin toisella lainopillisella näkökulmalla.

4. Separaattori on erottelulaite: esimerkiksi meijerissä kerma erotetaan maidosta separaattorilla. Laivoissa on separaattoreita, joilla polttoaineesta erotetaan vettä ja epäpuhtauksia.

Sitten tai joskus vielä uudelleen ladattuna ratkaisu alkoi tulla esiin, ensin epä-määräisesti kuin usvan takaa ja sitten vähitellen kirkastuen.

Mikä oli lainopin merkitys? Luulen, että sillä on keksimisessä aivan ratkai-seva rooli. Lainopin työvälineillä järjestyi ennen kaikkea jokainen oikeudellinen kysymyksenasettelu. Millaista lainoppia ja lainopin työvälineitä tarkoitat? Kun kyse on oikeudellisesti vaikeista ja monimutkaisista jutuista ja niihin kuuluvista kysymyksenasettelusta ja ongelman ymmärtämisestä, kyse on konstruktivisesta tai systematisoivasta, yleisiä oppeja ja periaatteita luovasta ja niitä kyseenalais-tavasta sekä kehittelevästä lainopista. Kyse on siis sellaisesta lainopista, jota on kirjoitettu hitaasti ajan kanssa pohdiskellen ja jossa ei ole kaihdettu seuraavia vaikeita kysymyksiä: ovatko tämän alan yleiset opit ja periaatteet ajan tasalla vai pitäisikö niistä sanoa jotain toisin ja viedä niitä toiseen suuntaan?⁵

Vanhastaan tällaista lainoppia syntyi kypsissä väitöskirjoissa ja muissa mo-nografoissa, joissa systematiikan taju ja taito ymmärtää ongelman paikka oi-keusjärjestyksessä olivat itsestään selvä tavoite. Tällainen oikeustutkimus on nykyisessä yliopistopolitiikassa vaarassa.⁶ Seuraavassa kaksi esimerkkiä:

- Klassikoita ovat analyttisen oikeustieteen oikeusasema- ja suhde-käsitteet. Omalta alaltani jäämistöoikeudesta esimerkiksi käy tilanne, jossa perittävä on tehnyt kaksi testamenttia, joista ensimmäisen testamentin rintaperillensä A:n hyväksi. Testamentista johtuu, että A on kaksoisroolissa, sillä hän on sekä perilli-nen että testamentinsaaja. Tämä on tärkeä erottelu tilanteessa, jossa perittävä on tehnyt toisenkin testamentin, nyt toisen rintaperillisen B:n hyväksi. Jos A katsoo jälkimmäisen testamentin loukkaavan oikeuksiaan, hänen on pitänyt ratkaista, mitä asemaa jälkimmäinen testamentti loukkaa: hänen perillisasemaansa vai hänen testamentinsaajan asemaansa. Tämä on pitänyt ratkaista, minkä oikeus-keinon ja oikeustien hänen on tullut valita (pesänjakajan toimitusmenettelyssä esitetty vaatimus vai käräjäoikeudessa nostettu testamentin moitekanne; se myös ratkaisee, mitä korkein oikeus voi asiassa tehdä).⁷ Se, että osaa asettaa tällaisia kysymyksiä, edellyttää, että on jossain vaiheessa opiskellut näitä kysymyksiä kä-sittelevää lainoppia. Jos tarkkoja ollaan, perusteita tällaiselle ajattelulle voidaan löytää vanhastakin filosofiaasta, esimerkiksi René Descartesin metodin esityksestä.⁸

5. Houstonin yliopiston sosiaalipsykologian professori Paul F. Secord asetti eräässä suomalaista yliopistovirkaa koskevassa viranhakulusunnossaan korkealaatuiselle yhteiskuntatieteelle kolme kriteeriä: (1) terävä kriittinen ajattelu, (2) omaperäisyys ja luovuus (siis ei jauheta tutkimus tutkimuksen perään latteuksia latteuksien perään) ja (3) syvä ymmärrys (siis korkean tason teoretisointi ja käsitteellistäminen), ks. Antti Eskola, Mikä henki meitä kannattelee. Tammi 2009, s. 225. Nämä sopivat myös kivikovan lainopin tavoitteiksi. Ks. myös Kaarlo Tuori, Oikeustieteen laatukriteerit. LM 6/2019, s. 787, jonka mukaan oikeustieteen laatukriteereitä tulee hakea tie-teellisen tutkimuksen yleisistä laatukriteereistä, joita oikeustieteen ominaispiirteet täsmäntävät.
6. Ks. Pekka Vihervuori, Oikeustieteen laatu käyttäjän näkökulmasta. LM 6/2019, s. 796–797.
7. Ks. esim. KKO 1987:48 ja 1991:19, joissa ongelmana oli se, oliko kyse testamentin moitteesta vai testamentin saajien välisestä oikeudenkäynnistä. Ks. myös Pertti Välimäki, Pesänjakaja. Alma Talent 2021, s. 24–58.
8. Ks. esim. Ilkka Niiniluoto, Johdatus tieteenfilosofiaan. Otava 1980, s. 77–78.

- Sitovan sopimuksen syntyminen on ainainen ongelma, johon Juha Karhun sopimus prosessina⁹ ja Kurt Grönforsin avtalsgrundande rättsfakta¹⁰ ovat tuoneet stimuloivia näkökulmia.

Kun kyse on vaikeista jutuista ja oikean kysymyksenasettelun keksimisestä, apua ei yleensä ole sellaisesta nopeasti kirjoitetusta tulkintajuridiikasta, jossa toistellaan sanasta sanaan lainvalmistelutöitä ja aikaisempien prejudikaattien perusteluja, yhtään työlästä jatkokysymystä esittämättä. Tällaisessa kirjoittelussa ohjenuorana voivat olla seuraavat ohjeet:

- Älä tee synteesiä, se on keinotekoista, se johtaa harhaan, se on synteesiä.
- Asiat ovat niin kuin ne ovat, ja sinä keskityt siihen, sinä istut rannalla katselemassa horisonttiin tyhjin silmin.¹¹

Apteekin hyllyltä valmiita vastauksia -periaatteella kirjoitettu käsikirjamainen tulkintalainoppi ei ole tarpeetonta tai hyödytöntä. Sitäkin kirjoitetaan monella tavalla, monenlaisella taidolla ja kunnianhimmolla. Hyödyllisintä tulkintalainoppia on sellainen, johon sisältyy perusuonteisia pysähdyksiä ja kysymyksiä siitä, mitä yleisemmän kysymyksen osaa tulkittava lainkohta sääntelee ja mitä se ei koske. Hyvää käsikirjaa lukemalla pääsee aihepiiriin sisään, mutta välitöntä merkitystä vaikean jutun ratkaisun keksimisessä sillä oli ylen harvoin.

Ratkaisujen keksimisessä kaikkein hyödyllisintä minulle on ollut konstruktiiivinen eli systematisoiva, yleisiä oppeja ja periaatteita kehittänyt lainoppi. Sitä olen oppinut osaksi jo opiskellessani ja osaksi myöhemmin erityisesti jatko-opinnoissa ja sitten ammattitöissäni, kun olen pyrkinyt pitämään itseni ajan tasalla. Vain systemaattiset rakenteet, yleiset opit ja periaatteet ovat se, mikä mielessäni on pysynyt. Yksittäiset tulkintaongelmat ja niiden ratkaisut karisivat matkasta yleensä muutamassa viikossa. Kuten Pekka Timonen on asian hiljakkoin tiivistänyt: ”Järjestelmän jäsentäminen elää kauas yli yksittäisten tulkintojen.”¹² Kyseessä voi sanoa olevan vuosien varrella karttunut tiedollinen ammattitaito tai -kokemus.¹³

9. Ks. Juha Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988, s. 211 ss. ja Juha Pöyhönen, Uusi varallisuus oikeus. Kauppakaari 2000, s. 144 ss.

10. Kurt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta. Nerenius & Santérus Förlag 1993.

11. Ks. Salmela 2019, s. 63.

12. Pekka Timonen, Oikeustieteen laadusta – kommentteja professori Kaarlo Tuorin puheenvuoroon. LM 6/2019, s. 793.

13. Juha Karhun uuden oikeuslähdeopin mukaan oikeuslähteisiin tarvitaan uusi oikeuslähde, oikeudellinen kokemus. Sillä Karhu tarkoittaa esimerkiksi tuomarin kokemusta siitä, että tietty tapa ratkaista saattaa vastaisuudessa johtaa lisääntyviin riitoihin. Karhun mukaan hänen tarkoittamaansa kokemusta kuvaa saksan sana ”die Erfahrung”, ei elämys, ”die Erlebnis”. Minun tässä tarkoittamani kokemuksen kohteena ovat juridiset tiedot. En ole varma saksan vivahteiden tajustani, mutta mielessäni käy, että tällaisesta kokemuksesta puhuttaessa lähempänä voisi olla saksan ”die Erkenntnis” (durich geistige Verarbeitung von Eindrücken und Erfahrungen

3. Ratkaisun perusteleminen

Ratkaisun keksimisen jälkeen seurasi sen perustelujen kirjoittaminen eli todistaminen oikeaksi ja lainmukaiseksi, ohjenuorana OK 24:4 (oikeudenkäymiskaari 1734/4, OK). Sen mukaan perusteluissa tulee ilmoittaa, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Vaikka faktakysymysten ja oikeudellisten kysymysten erillään pitäminen on lainkäytössä tunnetusti vaikeaa, perustelujen kirjoittamisessa ne on pidettävä erillään.¹⁴ Sitä näyttää vaativan myös OK 24:4. Minun aikani ratkaisun perusrakenne oli looginen syllogismi – tai se voidaan ratkaisun rakenteesta rekonstruoida. Looginen syllogismi on ratkaisun kontrolloinnin kannalta edelleen paras muoto. Vaikka siis vaikean jutun ratkaisua ei keksitä loogisen syllogismin opeilla, sen todistamiseen syllogismi kuuluu.

Onko lainoppi perusteluissa mukana? Ilman muuta on. Mutta miksi se ei siten näy, miksi perusteluissa viitataan lainoppiin niin harvoin? Tätä ovat lainopin harjoittajat kritisoineet. Tunnetuimpia kritikoita ovat olleet Jyrki Virolainen¹⁵ ja viimeksi Markku Helin¹⁶.

Jos oikein ymmärrän, Virolaisen kritiikin pääperuste on se, että kun korkein oikeus ei käytä perusteluissa kirjallisuusviitteitä, se hylkää avoimuuden ja julkisuuden periaatteet. Se kertoo sisäänlämpiävistä ja keskustelua kaihtavasta tuomioistuin- ja oikeuskulttuurista.¹⁷ Helinin kritiikki perustuu siihen, että jättämällä kirjallisuusviitteet käyttämättä korkein oikeus jättää käyttämättä oivan tilaisuuden osallistua oikeudelliseen keskusteluun lainopin harjoittajien kanssa ja samalla laiminlyö mahdollisuuden parantaa ratkaisujensa perustelujen tasoa ja lisätä avoimuutta.¹⁸

Virolainen toteaa, että 1990-luvulla lupaavasti alkanut lainoppiin viittaaminen lopahti 2000-luvulle tultaessa, ja epäilee, että taantumisen syynä on ”tehty periaatepäätös siitä, että ratkaisujen perusteluissa ei yksityiskohtaisesti viitata oikeuskirjallisuuteen”.¹⁹ Tämän Virolaisen epäilyn Helin toistaa.²⁰

gewonnene Einsicht; Duden Deutsches Universalwörterbuch, Dudenverlag 1989). Ks. Juha Karhu, Oikeudellinen kokemus oikeuslähteenä. LM 7–8/2019, s. 1070.

14. Ks. Virolainen – Martikainen 2010, s. 21.

15. Jyrki Virolainen, Oikeuskirjallisuus oikeuslähteenä ja tuomion perusteluissa. LM 1/2012, s. 3–32.

16. Markku Helin, Oikeuskirjallisuus korkeimman oikeuden perusteluissa, s. 45–58 teoksessa Juhana Riekkinen (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä ja täytäntöönpanosta. Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017. Alma Talent 2017.

17. Ks. Virolainen 2012, s. 31–32.

18. Ks. Helin 2017, s. 56.

19. Virolainen 2012, s. 22.

20. Ks. Helin 2017, s. 48.

Olin korkeimmassa oikeudessa töissä 1.8.1999–31.12.2016 ensin viisi kuukautta esittelijänä ja sitten 16 vuotta jäsenenä, siis juuri sen ajan, johon Virolaisen ja Helinin kritiikki kohdistuu. Tämän tiedän:

- Itse en ole ollut tekemässä periaatepäätöstä, jonka mukaan kirjallisuuteen viittaamista ei pitäisi ratkaisujen perusteluissa käyttää tai että viittaamista pitäisi supistaa.
- En ole koskaan kuullut tai muuten tullut tietämään, että jotkut muut olisivat tällaisen päätöksen tehneet. Väitän, että olisin tullut tällaisesta muiden tekemästä periaatepäätöksestä tietämään. Se olisi tullut esille, kun viittauksista keskusteltiin joko yleisaiheena kahvipöytäkeskusteluissa tai konkreettisenä kysymyksenä perustelujen hionnassa, kun esillä oli oma ehdotukseni tai esittelijän taikka toisen jäsenen ehdotus kirjallisuusviitteen käyttämisestä.

Ainoat perusteluihin liittyvät ratkaisuja koskevat periaatepäätökset, joista tiedän, koskevat muodollisia seikkoja. Leif Sevónin presidenttinä ollessa päätettiin perustelukappaleiden numeroinnista ja aivan viime vuosina siitä, että alempien oikeuksien ratkaisuja voidaan jättää erikseen selostamatta, jos niiden olennainen osa tulee selostetuksi korkeimman oikeuden ratkaisun perusteluissa. Minun ymmärrykseni mukaan selityksiä pitäisi siis hakea muualta kuin periaatepäätöksellä sinetöidystä salaliitosta: mitähän ne ovat nyt juonineet...

On väitetty, että ihmisen elämään vaikuttavat seuraavat yleiset kategoriat: sattuma, sovinnastavat ja päätökset.²¹

Kun olen sulkenut päätökset pois eikä sattuma oikein satu, jäljelle jää sovinnastava, jonka itse hyväksyn selitykseksi. Miksi minä olen mukautunut tällaiseen sovinnastapaan?

Perustelujen selittämiseen sopii sama kuin ratkaisujen selittelyyn: hyvä perustelu ei selittelyä kaipaakaan, eikä huono selittämällä parane. Tästä ohjeesta piittaamatta annan seuraavassa muutaman hyvin arkipäiväisen selityksen. Aloitan numeroilla:

Jäin eläkkeelle korkeimman oikeuden jäsenen virasta 1.1.2017. Kun vuoden 2016 jälkipuoliskolla istuin oikeastaan enää valituslupia, jäi vuosi 2015 viimeiseksi normaaliksi työvuodekseni. Vuoden 2015 julkaistujen 105 ratkaisun perusteluissa viitattiin muihin lähteisiin kuin tavallisiin lakeihin seuraavasti²²:

– lain esityöt	78
– KKO:n käytäntö	69
– EIT-käytäntö	21
– EUT-käytäntö	18
– perustuslaki	18

21. Ks. Erik Allardt, Suunnistuksia ja kulttuurisokkeja. Otava 1995, s. 11 (alkuteos Bondtur och kulturschocker, suom. Jaana Koistinen). Kirja on Allardtin omaelämäkerta. Sattuma–sovinnastavat–päätökset ei siis ole sosiologinen käyttäytymisen selitysmalli, mutta oman elämän selittämiseen se sopii. Siitä tässä minunkin kirjoituksessani on kyse.

22. Olen kerännyt luvut pääosin käsin, joten ne tuskin ovat tarkkoja, mutta suunnan ne antavat.

– oikeuskirjallisuus	4 ²³ (+ 4 <i>votumissa</i> ²⁴)
– KHO:n käytäntö	3
– högsta domstolen (Ruotsi)	3
– TN	2
– YK:n KP-sopimus	1.

Kirjallisuusviittaukset tarkoittavat yksilöityjä viittauksia. Anonyymejä viittauksia löysin kahden ratkaisun perusteluista.

4. Tarkemmin ratkaisun perustelemisesta

4.1. Lyhyen karun kirjoittamisen perinne

Aina 1980-luvulle saakka korkeimman oikeuden ratkaisujen kirjoittamistyyliä voi sanoa lyhyeksi ja karuksi: lyhyestä virsi kaunis. Vaikka prejudikaattien kirjoittamistyyli muuttui viimeistään 1990-luvulla laveammaksi ja monisanaiseksi, lyhyen kirjoittamisen perinne vaikuttaa taustalla vielä nykyäänkin erityisesti jutuissa, joita ei julkaista.

Tuomioistuinten toimintaan kuuluu stabiilius, siis vakaus ja poukkoilematomuus. Jos asioita, kuten perustelutyytlejä, muutetaan, se tehdään yleensä äkiliikkeitä välttämättä.²⁵

4.2. Kirjallisuus on sekundäärilähde

Legalistiseen perinteeseemme kuuluu, että ratkaisu pyritään perustelemaan aina, jos mahdollista, lainsäännöksellä tai siihen välittömästi liittyvillä muilla lähteillä, kuten lain esitöillä. Tämä näkyy edellä mainitsemissani luvuissa, joissa lain esitöillä on ehdoton ja kova kärkipaikka. Tärkeällä sijalla on myös oman käytännön johdonmukaisuus ja stabiilius. Sillä selitty omaan praksikseen viittaamisen toinen sija lain esitöiden jälkeen vuoden 2015 luvuissa. Oikeuskirjallisuus on edelleen harvoin viitattu lähde.

Kirjallisuuden harvinaisuuden pääsyyksi hyväksyisin sen aseman sekundäärilähteenä, siis toissijaisena lähteenä. Tarkoitan sillä sitä, ettei perusteluihin tavallisesti oteta enää kirjallisuusviitettä, jos kysymyksen katsotaan olevan selvä

23. KKO 2015:17; KKO 2015:28; KKO 2015:30; KKO 2015:34.

24. KKO 2015:2; KKO 2015:3; KKO 2015:41; KKO 2015:103.

25. Ks. Olavi Heinonen, Det är skäl att fortsätta diskussionen om motiveringen av dom. JFT 1994, s. 157, 159.

jo esimerkiksi lain esitöiden ja korkeimman oikeuden oman aikaisemman käytännön pohjalta.²⁶

Tässä suhteessa ero lainoppiin on selvä. Tieteellisen kirjoittamisen käytäntöön kuuluu ottaa perusteluiksi kaikki mahdollinen argumentaatioarsenaali, vaikka se ei enää toisikaan mitään uutta vaan toistaa jonkin toisen lähteen tiedon.

Sekundäärisyyteen liittyy toinenkin näkökulma. Edellä korostin konstruktivisen ja systematisoivan lainopin merkitystä ratkaisun kysymyksenasettelun hahmottamisessa ja keksimisessä. Kun tällaisen lainopin tulokset ovat usein melko yleisiä ja abstrakteja ja kun niiden merkitys liittyy tavallisimmin jutun perusteluiden taustalla oleviin eli metatason kysymyksiin, perusteluissa niihin viittaaminen ei hevin luonnistu, ellei haluta suistua keskusteluun juridisista teorioista.²⁷

4.3. Yleensä ratkaisun yleisönä on ensisijaisesti muu kuin tutkijayhteisö

Kun kirjoitin prejudikaattina julkaistavan ratkaisun perusteluja, kenelle sitä kirjoitin? Ensiksikin asianosaisille – heidän asiastaan oli kysymys. Seuraavaksi ajattelin prejudikaattiohjauksen kohdetta eli jutusta riippuen kärjätuomaria, hovioikeudenneuvosta, vakuutus oikeustuomaria tai kihlakunnanvoutia taikka asianajajaa, syyttäjää, edunvalvojaa, pesänjakajaa, toimitusinsinööriä. Jos kirjallisuusviittauksia olin kirjoittamassa, mielessäni olivat nämä tavallisimmat prejudikaattiohjauksen kohteet, joten viittauksia tehtiin alan standarditeoksiin.²⁸ Vasta näiden kohteiden jälkeen saatoin ajatella, että ratkaisu voi kiinnostaa muitakin eli tutkijayhteisöä, jos kyse oli jostain merkittävästä linjauksesta. Tällöin kirjallisuusviittaukset saattoivat olla laajempiakin.²⁹ Prejudikaattiohjauksen kannalta vuoden 2015 ratkaisuista voidaan erotella kolmenlaisia ratkaisuja:

1. Yliopistolta tulleen minulle oli yllätys, mille oikeuselämän tahoille prejudikaattiohjaus suuntautui. Suuret periaatteelliset ja laajalle vaikuttavat ratkaisut olivat harvinaisia. Vuoden 2015 ratkaisuista, joissa kuuluiin ratkaisukokoonpanoon, tällainen saattoi olla osakeyhtiöoikeudellinen samastamisjuttu 2015:17.
2. Usein oli kyse omaa aikaisempaa prejudikaattia täsmentävästä ratkaisusta. Esimerkiksi ratkaisulla KKO 2015:57 osoitettiin vanhemman ratkaisun KKO 1988:43 so-

26. ”Sekundäärisen lähteen” termi ei ole tarkoitettu halventavaksi. Se peräisin Norjasta, jossa oikeuskirjallisuuteen viittaaminen on erittäin yleistä, ks. Gunnar Aasland, Noen synspunkter på høyesteretts bruk av rettslitteraturen. TFR 2007, s. 671.

27. Käsitkseni konstruktivisen ja systematisoivan lainopin asemasta sopinee Juha Karhun kehittämään 2000-luvun oikeuslähdeoppiin 1.0, jossa oikeustiede on luokiteltu sallitaksi synkronointilähteeksi. Ks. Juha Karhu, Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppiin. LM 7–8/2020, s. 1022 ss.

28. Ks. KKO 2015:28, kohta 11 ja 2015:34, kohta 15.

29. Ks. KKO 2015:17, kohta 27, jossa mukana on myös Eva Tammi-Salmisen väitöskirja.

veltamisala. Poliisin virassaan tuottamuksellisesti aiheuttamasta vahingosta vastaa sekä valtio isännänvastuunsa että poliisi tuottamuksensa perusteella, mutta niin sanotun vastuun kanavoinnin takia poliisi vastaa vain siltä osin kuin valtiolta ei korvausta saada perityksi. Vuoden 1988 tapauksessa alioikeudessa tuomittuun korvaukseen haki muutosta vain valtio. Kun hovioikeus alensi valtion ensisijaista korvausvelvollisuutta, ratkaisussa katsottiin kanavoinnin takia perustelluksi, että se sai alentaa myös poliisin toissijaista korvausvelvollisuutta. Vuoden 2015 ratkaisussa oli kyse tahallisella virkarikoksella aiheutetusta vahingosta. Sellaisessa tapauksessa vanhan ratkaisun kanavointiin perustuva oikeusohje ei soveltunut. Sen että kanavointi ei sovellu tahallisen teon tapauksissa, voi päätellä suoraan laista (VahL 6:2 *in fine* ja 4:1.2), jos sitä lukee huolellisesti. Tämän prejudikaatin yleisönä olivat asianosaisten lisäksi alemmat oikeudet, joilta laista ilmenevä kanavoinnin soveltamisala oli unohtunut.

3. Joskus prejudikaattiohjausta tarvitaan nopeaan reagointiin, kun jokin lainmuutos tai maailman muuttuminen on aiheuttanut epäyhtenäistä käytäntöä tai muuta epätietoisuutta. Huumaus- tai lääkeainejutuissa korkein oikeus toimii tavallaan standardisointilaitoksena. Kun huume- tai lääkeainemarkkinoille tulee uusi aine, epäyhtenäinen käytäntö voi vaatia pikaisen kannanoton. Tästä oli kyse melatoniinia koskevassa ratkaisussa KKO 2015:66. Tällaiseen ongelmaan ei lainopissa ole edes tapana ottaa kantaa eikä ehdittäisikään ottaa kantaa ennen kuin asia on korkeimman oikeuden pöydällä.³⁰ Lainoppia tällaiset ratkaisut eivät ylipäätään kiinnosta, eikä se ole ratkaisun yleisönä.

4.4. Kolmas tasavertainen keskustelukumppani

Entäpä Helinin ajatus siitä, että korkein oikeus laiminlyö osallistumisen keskusteluun siitä, mitä oikeus on? Kaarlo Tuorin mukaan oikeus syntyy lainsäätäjän, oikeuskäytännön ja oikeustieteen vuorovaikutuksessa. Tämän rinnastuksen mukaan oikeuden kehittämiskeskustelussa oikeuskäytännön tekijät olisivat näin ollen tasavertainen keskustelukumppani lainsäätäjän ja oikeustieteen kanssa.

Tasavertaiseksi rinnastaminen tuntuu liioitellulta. ”Keskustelun” puheenvuorot jaetaan tavallisesti seuraavasti: Ensin lainsäätäjät kirjoittavat ja puhuvat ehkä vuosia. Sitten tutkijat kirjoittavat ja puhuvat niin pitkään kuin haluavat. Ja joskus aikanaan, jos keskustelunaiheen mukainen riita syntyy sekä läpäisee sovinnon, jatkokäsittelyluvan ja valitusluvan seulan, korkein oikeus voi päästä lausumaan jutun rajojen mukaisen suppean sanasen. Tämän jälkeen tutkijat puhuvat taas kuinka laajasti ja kauan tahansa sekä lopuksi määrättä uudelleen ja uudelleen. Korkein oikeus ei voi pyytää oma-aloitteisesti puheenvuoroa vaan joutuu odottamaan, syntyykö uusi riita, joka päättyisi korkeimman oikeuden ratkaistavaksi.

30. Ks. Vihervuori 2019, s. 796.

Korkeimman oikeuden jäsenenä ollessani saatoinkin pitää itseäni tasavertaisena keskustelukumppanina lainopin kanssa vain silloin, kun vaihdoin roolia ja sonnustauduin siviilioikeuden dosentin kuosiin. Silloin minua eivät sitoneet jutun faktat, puutteelliset vaatimukset eivätkä ikävät menettelysäännökset. Dosenttia ei myöskään käsenyt kielto luoda yleistä laajavaikutteista normia vastaisten toisenlaisten tyyppitapauksien varalle.

4.5. Kirjallisuusviittausten pohdinta käytännössä

Alaluvut 4.1.–4.5. selittävät, miksi kirjallisuusviittaukset eivät olleet perustelujen kirjoittamiseen kuulunut rutiinikysymys. Ne tulivat keskustelunaiheeksi joko esittelijän mietinnön pohjalta tai kun joku jäsen niitä ehdotti. Kirjallisuusviittaukset kuuluivat minun aikapanani ratkaisukokoonpanossa (jaostossa) niin sanottuihin kirjoittamiskysymyksiin, joista lopulta päätti puheenjohtaja, koska kukaan ei lähtenyt äänestämään kirjallisuusviittauksen tarpeellisuudesta: ”Olen muuten korkeimman oikeuden ratkaisun perustelujen kannalla, mutta lisäksi totean, että oikeuskirjallisuudessa – –.” Mahdollistahan tämä olisi ollut, mutta itse en tällaista äänestyslausemaa koskaan kirjoittanut. Selvää oli, että oikeuskirjallisuutta koskevien perusteluiden tarpeellisuudesta eli niiden poistamisesta tai niiden lisäämisestä keskusteltiin kaikkien jäsenien kanssa, jos joku niitä ehdotti.

Jäsenten suhtautuminen viittauksiin oli kirjavaa. Suopeimmin niihin suhtautuivat ne, jotka suhtautuivat kaikenlaisiin tapoihin, kaavoihin ja traditioihin avarasti ja muuttuvina asioina. Toisaalta joustavuuden takia heistä ei tullut myöskään viittaususkollisia tai -orjia. Kyse oli perustelutemperamentista tai kirjoittamistyylistä eikä aikaisemmasta työtaustasta tai oppineisuudesta. Lakonisen tyylin kannattajilta viittausehdotuksia ei yleensä tullut, laveaan kirjoittamiseen mieltyneiltä niiden ehdottaminen kävi luontevasti. Paljon oppia hankkineet saattoivat olla kovin kriittisiä sen suhteen, riittikö viitattun kirjallisuuslähteen taso. Tämä saattoi johtaa pidättyvään linjaan.

Itselläni pidättyvyyttä aiheutti ennen muuta pohdinta viittauksen hyödyistä perustelujen kannalta: mitä tämä auttaa, mitä tämä valaisee tai selventää, olenko rikastamassa vai dekoroinnassa. Luulen, että omaa kirjoittamistyyliäni leimasi aikaisemmista ammasteista peräisin oleva laveus ja monisanaisuus, jota kuitenkin yritin karsia pyrkien karuun iskevyyteen. Mielessäni oli Per Olof Ekelöfin ohje: jos asia on yksinkertainen ja selvä, kirjoita vähän jos ollenkaan, mutta jos asia on mutkikas ja siinä on tilaa erilaisille vaihtoehdoille, kirjoita perinpohjaisesti.³¹ Koristelua kaihdettiin, vaikka EIT-ratkaisuihin viittaamisessa siitä saattoi olla

31. Ks. Per Olof Ekelöf – Henrik Edelstam – Mikael Pauli, Rättegång, femte häftet, åttonde upplagan. Norstedts 2018, s. 276. Ekelöf on kehittänyt ohjeen erään tuomarin itsekriittisestä huomiosiosta: ”Vi skriver mycket då vi är säkra på vår sak, annars skriver vi så litet som möjligt.”

oireita. Monista perusteluista kirjallisuusviittaukset jätettiin tästä syystä, siis koristelun välttämiseksi, pois. Esimerkiksi edellä viittaamassani vahingonkorvausjutussa KKO 2015:57 saattaisin näin jälkikäteen uudelleen pohtia viittausta vahingonkorvausoikeuden perusoppikirjoihin³² sen vahvistamiseksi, että kanavointi ei sovellu, jos poliisi on aiheuttanut vahingon tahallisesti. Mutta edelleen päätyisin viittauksen pois jättämiseen, kun se ei tuottaisi mitään lisää siihen, minkä voi lukea laista.

5. Kirjallisuusviittausten vaihtoehdot

Kuten edellä olevasta selviää, en ymmärrä katua sitä, että olen ollut osaltani mukana viittaamassa niukasti oikeuskirjallisuuteen ratkaisujen perusteluissa.

Kun kirjallisuusviittauksia aletaan käyttää entistä enemmän, voidaan ajatella ainakin kahta mallia. Ensimmäisessä mallissa tavoitteena on saman tyyppinen laeva kirjoittaminen kuin lainopillisessa kirjallisuudessa³³, ja toinen on lyhyisiin viittauksiin tyytyvä malli. Tätä kirjoittaessani työpöytäni toisella laidalla on Ruotsin HD:n ratkaisu NJA 2019 s. 23, jossa on kysymys avoliiton purkautumiseen liittyvästä velkomuksesta. Siinä kantaja ajoi kannettaan suomalaista perusteetonta etua muistuttavilla perusteilla. Tähän oppiin Ruotsissa on vanhastaan suhtauduttu nuivasti. Jos juttua olisi ajettu Suomessa, kanteeseen olisi ilmeisesti voitu soveltaa avopuolisoiden yhteistalouden purkamisesta annetun lain (26/2011, AvoL) 8 §:n mukaisia hyvityssäännöksiä, jotka perustuvat perusteetoman edun palauttamista koskeville periaatteille. Ruotsin sambolag (2003:376) ei vastaaventyypistä hyvitysjärjestelmää tunne, mutta siellä yhteiseen käyttöön hankittu asunto ja asuntoirtain voidaan jakaa avoeron jälkeen samaan tapaan kuin avioeron jälkeisessä osituksessa (bodelning). Perusteluissa hahmottuu kaksi perustelumallia:

- Suppean viittaamisen malli. Enemmistö torjuu perusteluissaan perusteetoman edun ja viittaa neljään yksilöityyn lainopilliseen lähteeseen samaan tapaan kuin Suomessa joskus tehdään.

32. Ks. Mika Hemmo, Vahingonkorvausoikeus. WSOYpro 2006, s. 60 ja Juha Karhu – Pauli Ståhlberg, Suomen vahingonkorvausoikeus. 6. uud. p. Talentum 2013, s. 277. Vrt. myös jälkimmäisen lähteen 7. uudistettu painos 2020, s. 317, 322.

33. Ks. Virolainen 2012, s. 31, jonka mukaan ennakkoratkaisun perustelujen kirjoittamisessa voitaisiin noudattaa oikeustieteellistä metodia, kun kyse on esimerkiksi kysymyksenasettelun selkeydestä, perustelujen seikkaperäisyydestä, *pro et contra* -tyyppisestä argumentoinnista sekä perusteluissa esitettävän ratkaisu- tai oikeusohjeen yleistettävyydestä.

- Lavea esseemalli. Eri mieltä olevat kaksi jäsentä (Lars Edlund ja Malin Bonthron) ovat kirjoittaneet hyvin laajan ja perinpohjaisen neljän painosivun äänestyslauseuman. Sen perustelut täyttävät minusta moitteettoman lainopillisen pienoisar-tikkelin tai esseen vaatimukset. Perustelujen aluksi eritellään ongelma ja eri ratkaisuvaihtoehtoja. Sitten käydään läpi ulkomaista sääntelyä ja oikeuskäytäntöä, ja erityisen huomion saavat muun muassa muut Pohjoismaat mukaan lukien Suomen AvoL ja korkeimman oikeuden kolme ratkaisua 1980- ja 1990-luvulta. Sitten vähemmistö pyrki perustelevaan sitä, että Ruotsissa pitäisi vanhaa kantaa muuttaa ja hyväksyä perusteettoman edun palautusta koskeva oppi. Ruotsalaisia kirjallisuuslähteitä laskin 11.

Laajemmassa katsannossa Edlundin ja Bonthronin *votumin* ongelmana voi nähdä sen, että perustelut eivät eroa lainopillisesta tutkimuksesta millään tavalla. Ne ovat lainopillista tutkimusta, myös siinä mielessä, että niissä oikeutta kehitetään yhtä vapaasti kuin lainopissa on tapana. *Votumissa* tavoitteena näyttää olevan sellainen oppi perusteettoman edun palautuksesta, jonka sovellusala olisi ainakin avoliiton purkautumistapauksissa yleinen. Mielessäni jään aprikoimaan sitä, miltä ratkaisu olisi näyttänyt, jos Edlundin ja Bonthronin kanta olisi tullut enemmistön kannaksi ja sen perustelut HD:n perusteluiksi – olisiko ne kirjoitettu eri tavalla?

Laveaa esseemallia voi kritisoida sillä perusteella, että se ei ole tarkoituksenmukainen tuomareiden voimavarojen käytön kannalta.³⁴ En vaatisi tuomareilta tutkijan koulutusta. Tutkijan taidot ja kyvyt eivät ole koskaan pahitteeksi tuomarille, mutta tuomarin tehtäviin kuuluu muutakin, johon ei synnytä ja joka ei suju itsestään. Tuomarin töihin pitää opetella ja kasvaa koko uran ajan.

Ja lainoppikin on oma lajinsa, jolle pitää antaa ja jättää oma tieteen vapautteen perustuva tilansa.

34. Ks. Helin 2017, s. 57. Helin ei artikkelissaan pelkästään kritisoi korkeimman oikeuden vähäistä kirjallisuusviitteiden käyttöä, vaan hän myös pohtii sitä, millaisissa jutuissa ja miten kirjallisuusviitteitä pitäisi käyttää. Tämä aihe vaatisi laajempaa pohdintaa eikä kuulu tämän lyhyen puheenvuoroni alaan. Totean kuitenkin, että Helinin pohdinnat näyttävät osuvan pääosin oikeaan. Ks. Helin 2017, s. 56–58.

Saila Tuomala

Lakimies
1/2024
s. 111–118

Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä

1. Väitöskirjan aihe ja tutkimuskysymykset

Vuonna 2015 Suomessa otettiin käyttöön syyteneuvottelu, joka tarkoittaa menettelyä, jossa rikoksesta epäilty saa lievemmän rangaistuksen, jos hän tunnustaa rikoksensa. Asia käsitellään tavanomaista suppeammassa oikeudenkäynnissä, jota kutsutaan tunnustamisoikeudenkäynniksi.

Tuomioistuimen keskeisin tehtävä tunnustamisoikeudenkäynnissä on varmistaa, että rikoksesta epäillyn antama tunnustus on oikea ja vapaaehtoinen. Tunnustamisoikeudenkäynnit ovat kuitenkin menettelyinä suppeita, eikä niissä esitetä näyttöä tavanomaisessa laajuudessa. Tutkimuksessani olen keskittynyt kysymyksen siitä, miten tunnustuksen oikeellisuus ja vapaaehtoisuus tulisi tunnustamisoikeudenkäynnissä selvittää.

Keskeisin tutkimuskysymykseni on ollut seuraava: Mihin asioihin tuomioistuimen on tunnustamisoikeudenkäynnissä kiinnitettävä huomiota arvioidessaan, jääkö tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta varteenotettava epäilyä?

Tätä selvittääkseni olen asettanut kolme alatutkimuskysymystä:

1. Milloin tunnustus on oikea ja vapaaehtoinen?
2. Minkälaista todistelua tunnustamisoikeudenkäynnissä tulee esittää, jotta tuomioistuimella on edellytykset arvioida, jääkö tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta varteenotettava epäilyä?
3. Miten oikeudellisten toimijoiden vastuu jakaantuu?

Metodini on ollut pohjimmiltaan lainopillinen, mutta olen hyödyntänyt myös vääriin tunnustuksiin liittyvää psykologista aineistoa. Lisäksi olen hankkinut empiiristä aineistoa. Järjestimme Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin kanssa vuonna 2019 haastatteluita syyttäjäille, tuomareille ja avustajille. Haastattelimme viittätoista henkilöä eri puolilta Suomea ja saimme näin käytännön

* *Saila Tuomala*, OTT, VT. Lectio praecursoria Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 1.9.2023 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä.

toimijoiden kokemuksia syyteneuvottelusta. Lisäksi hankin käräjäoikeuksien ratkaisuja tunnustamisoikeudenkäynneistä vuosilta 2020–2021. Sain tietopyynnöillä ratkaisuja 16:lta eri käräjäoikeudelta. Ratkaisuista 124 oli varsinaisia tunnustamisoikeudenkäynneissä annettuja ratkaisuja. Osasta niistä oli valitettu hovioikeuteen, jolloin keräsin niistä myös ylempien oikeusasteiden ratkaisut, mikäli ratkaisu oli annettu.

2. Syyteneuvottelu oikeudellisena siirrännäisenä

Syyteneuvottelu eli plea bargaining on kehittynyt Yhdysvalloissa oikeuskäytännössä jo 1800-luvulta lähtien, ja sillä on vahvat juuret etenkin Yhdysvalloissa. Sittemmin syyteneuvottelu on otettu käyttöön lähes ympäri maailman, mutta se on kussakin maassa toteutettu hiukan omanlaisenaan versiona. Eräänlainen muoto syyteneuvottelusta onkin käytössä myös esimerkiksi Virossa, Latviassa, Norjassa, Tanskassa ja Saksassa. Jopa kansainvälisissä rikostuomioistuimissa on käytetty syyteneuvottelua. Sen sijaan Ruotsissa rangaistuksen lievennystä ei haluttu kytkeä tunnustukseen, mutta sielläkin rangaistuksen lieventäminen on mahdollista, jos rikoksesta epäilty kertoo oman tai toisen henkilön tekemän rikoksen selvittämiseen liittyviä seikkoja.

Suomessa keskeiset syyt syyteneuvottelun käyttöönotolle liittyivät prosessi-ekonomiaan. Oikeudenkäynnit ovat pitkiä ja kalliita, joten syyteneuvotteluilla pyrittiin estämään oikeudenkäyntien pitkittymistä ja toisaalta saavuttamaan kustannussäästöjä. Syyteneuvottelun käyttöönottamista edelsi perusteellinen harkinta, mutta vielä lain säätämisvaiheessakin ehdotettu menettely sai kritiikkiä osakseen. Eniten syyteneuvottelua kritisoitiin tuomiovallan käyttöön, yhdenvertaisuuteen ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyvien haasteiden takia. Keskeinen seikka lainsäädäntöprosessissa oli, että vaikka hallituksen esityksessä alun perin esitettiin, että tunnustamisoikeudenkäynnissä ei vastaanotettaisi todistelua, muutti lakivaliokunta säännöstä tältä osin ja edellytti, että lainsäädäntöä oli muutettava niin, että esitutkinta-aineistoa ei jätetä menettelyn ulkopuolelle.

Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) on antanut muutaman syyteneuvotteluun liittyvän ratkaisun. Ensimmäinen oli vuonna 2010 annettu osaratkaisu asiassa Babar Ahmad v. Yhdistynyt kuningaskunta (10.4.2012), jossa EIT totesi, että syyteneuvottelu voi loukata vastaajan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin muun muassa silloin, jos tuomittavien rangaistusten välillä on niin suuri ero, että se aiheuttaa vastaajalle epäasiallisen paineen tunnustaa, vaikka hän olisi syytön. EIT huomautti myös, että tuomarin tehtävä on varmistaa, että sopimus on saavutettu vapaasti ja vapaaehtoisesti. Lisäksi EIT on käsitellyt aihepiiriä kahdessa muussakin ratkaisussa: Natsvlishvili ja Togonidze v.

Georgia (29.4.2014) sekä V.C.L ja A.N v. Yhdistynyt kuningaskunta (16.2.2021). Näistä kummassakin EIT on korostanut etenkin valtion viranomaisten roolia menettelyn oikeudenmukaisuuden varmistamisessa.

3. Väärän tunnustuksen riski

Tunnustamisoikeudenkäynnissä väärän tunnustuksen riski voi korostua, sillä asia käsitellään suppeammassa menettelyssä ja vastaaja saa rangaistuksen alennuksen tunnustuksen takia. Alennus voi tarkoittaa vastaajan kannalta paitsi esimerkiksi vankeusrangaistuksen lyhentymistä usein myös vielä merkityksellisempänä seikkana sitä, että niin ikään rangaistuksen laji vaihtuu. Vastaaja voi siis saada tunnustuksensa avulla ehdottoman vankeusrangaistuksen sijaan ehdollista vankeutta tai joissain tapauksissa sakkorangaistuksen ehdollisen vankeusrangaistuksen sijaan. Vastaajan kannalta kysymys siitä, joutuuko hän konkreettisesti vankilaan suorittamaan tuomiota, voi olla merkityksellisempi kuin se, kuinka monta kuukautta tai vuotta vankeus on pituudeltaan.

Rangaistuslajin vaihtumisen merkityksellisyys on yksi sellainen tekijä, joka voi saada vastaajan antamaan väärän tunnustuksen. Väärä tunnustus ei ole aina yksiselitteinen asia. Syyteneuvottelussa käsitellään usein monimutkaisia rikoksia, kuten talousrikoksia, eikä rikokseen syyllistyminen ole kaikissa tapauksissa yksiselitteistä juristeillekaan. Puhumattakaan siitä, että vastaaja osaisi arvioida riskiään saada langettava tuomio. Järjestämistämme haastatteluista kävi ilmi, että Suomessakin on ollut jo tapauksia, joissa vastaaja on kokenut, että hänen etunsa on tunnustaa hiukan epämääräisempikin asia, jos hän voi sillä varmistaa sen, ettei joudu vankilaan.

Lisäksi väärä tunnustus voi johtua muistakin syistä, kuten julkisuushakuisuudesta, mielenterveyden ongelmista, poliisin painostuksesta tai siitä, että henkilö haluaa suojella teon todellisuudessa tehnyttä henkilöä. Edelleen kyseessä voi olla sisäistetty väärä tunnustus, jolloin henkilö ei enää luota omaan muistiinsa vaan alkaa itsekin esimerkiksi väsymyksen tai paineen takia uskoa syyllistyneensä tekoon. Tällainen tunnustus annettiin esimerkiksi Anneli Auerin asiassa.

Tämän kaiken takia on tärkeää, että tunnustamisoikeudenkäynnissä tiedostetaan väärän tunnustuksen riski ja kiinnitetään huomiota tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistamiseen. Tunnustamisoikeudenkäynnissä tunnustuksen tulee olla sekä oikea että vapaaehtoinen ja näiden molempien edellytysten täytyy täytyä. Syyteneuvottelumenettelyssä on tiedostettava, että tunnustus voi olla väärä monestakin eri syystä.

4. Oikeudellisten toimijoiden työnjako tunnustamisoikeudenkäynnissä

Tunnustamisoikeudenkäynnin oikeudellisilla toimijoilla tarkoitetaan syyteneuvottelussa ja tunnustamisoikeudenkäynnissä toimivia syyttäjiä, avustajia ja tuomareita. Oikeudellisten toimijoiden työnjako liittyy kiinteästi siihen, minkälaiset mahdollisuudet ja velvollisuudet kullakin on arvioida tunnustuksen oikeellisuutta ja vapaaehtoisuutta. Oikeudellisten toimijoiden velvollisuudet syyteneuvottelumenettelyssä ja tunnustamisoikeudenkäynnissä eroavat hiukan toisistaan. Avustajan kannalta on esimerkiksi keskeistä arvioida erityisesti päämiehen etua ja sitä, mikä on tämän motiivi tunnustaa. Syyttäjä arvioi paitsi näytön riittävyttä myös esimerkiksi rikosvastuun toteutumista. Tuomioistuimen puolestaan on arvioitava kahta asiaa: (1) sitä, onko riittävää näyttöä siitä, että vastaaja on rikoksen tekijä, eli tunnustuksen oikeellisuutta ja (2) sitä, mikä on vastaajan motiivi tunnustaa ja onko tunnustuksella saatava hyöty liian suuri, eli tunnustuksen vapaaehtoisuutta. Näin syntyvän oikeudellisten toimijoiden välisen yhteistyön avulla väärin tunnustusten riskiä voidaan ainakin merkittävästi vähentää.

Se, millaista todistelua tunnustamisoikeudenkäynneissä on esitettävä, vaikuttaa olevan usein melko epäselvää. Lain mukaan syyttäjän on esiteltävä tarpeellisessa määrin asiaa koskeva esitutkinta-aineisto. Aineistoni perusteella tuli vaikutelma, että todistelua nimetään laajasti mutta käytännössä sitä ei välttämättä käydä tunnustamisoikeudenkäynneissä juurikaan lävitse.

Tuomioistuimella on tunnustamisoikeudenkäynneissäkin vapaa todistus-harkinta, joten kategorista sääntöä esitutkinta-aineiston välttämättömyydestä ei voine asettaa. Esitutkinta-aineisto voi kuitenkin olla merkityksellistä tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden arvioinnissa, sillä useat väärin tunnustuksen muodot voivat jäädä tunnustamatta, mikäli tunnustuksen oikeellisuus- ja vapaaehtoisuusarviossa luotetaan yksinomaan vastaajan kertomukseen.

Tunnustamisoikeudenkäyntien erityispiirteenä on tuomioistuimen korostunut selvittämisvelvollisuus, joka perustuu sekä lainsäädännössä ilmaistuihin tuomarin tehtäviin että syyteneuvottelua koskeviin EIT:n ratkaisuihin. Tuomioistuimella on siis tunnustamisoikeudenkäynnissä korostunut velvollisuus tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden arviointiin.

Haastatteluiden ja tuomioaineiston perusteella on kuitenkin tullut vaikutelma siitä, ettei tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden arvioiminen tunnustamisoikeudenkäynneissä ole kovinkaan systemaattista. Osa haastateltavista jopa koki, että olisi epäluottamuslause muita asianosaisia kohtaan, mikäli tuomari kyselisi laajemmin tunnustuksen taustoista. Toisaalta usein oli kyse siitä, että asia vaikutti varsin riidattomalta vastaajan tunnustaessa teon – eikä kukaan tunnustamisoikeudenkäyntiin osallinen kokenut erityisesti tarvetta sille,

että tunnustuksen taustoista aletaan sen enempää kysellä. Tämäkin on hyvin ymmärrettävää, kun otetaan huomioon oikeuslaitoksen rajalliset resurssit.

Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden arvioiminen ei kuitenkaan välttämättä tarkoita, että menettelyä pitäisi muuttaa raskaampaan suuntaan. Arviointia voidaan parantaa merkittävästi jo sillä, että huomio kiinnitetään oikeisiin asioihin.

5. Tuomitsemiskynnys ja tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta esitettävä näyttö

Olen päätenyt siihen, että tunnustuksen oikeellisuutta ja vapaaehtoisuutta voi arvioida kahdella tavalla. Joko (1) näytöllä, joka osoittaa vastaajan antaman tunnustuksen luotettavuutta, tai (2) välillisellä näytöllä, joka tukee vastaajan syyllisyyttä niin, ettei tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta jää varteenotettavaa epäilyä.

Tuomitsemiskynnys tunnustamisoikeudenkäynnissä on sama kuin normaalissa rikosasiassa eli tuomioistuimelle ei saa jäädä varteenotettavaa epäilyä. Tunnustamisoikeudenkäynnin ero tavanomaiseen rikosasiaan on kuitenkin siinä, että tunnustamisoikeudenkäynnissä tämä ei jää varteenotettavaa epäilyä -kynnys on liitetty ainoastaan tunnustuksen oikeellisuuteen ja vapaaehtoisuuteen ja tässä arvioinnissa otetaan huomioon esitutkinta-aineisto. Tavallisessa rikosasiassa vastaajan syyllisyydestä ei saa jäädä varteenotettavaa epäilyä eli näytön on katettava teonkuvauksen jokainen tosiseikka, jotta teonkuvaus voidaan sellaisenaan lukea vastaajan syyksi.

Tunnustamisoikeudenkäynnin tarkoitukseen nähden sellainen menettely, jossa teonkuvauksen jokainen osa-alue katetaan näytöllä, on tarpeettoman raskas menettely. On siis arvioitava, miltä osin tunnustus riittää näytöksi ja mistä seikoista todistelua tarvitaan. Olen päätenyt tutkimuksessani siihen, että tunnustuksen oikeellisuutta ja vapaaehtoisuutta arvioidessa tulisi ottaa huomioon väriä tunnustuksia koskeva tieto. Väärät tunnustukset liittyvät joko siihen, että tunnustuksen antanut henkilö ei ole tehnyt tunnustamaansa tekoa, tai tunnustus ei ole ollut vapaaehtoinen.

Tunnustuksen oikeellisuuden varmistamisessa tuomioistuimen kannalta keskeisintä onkin varmistua siitä, että teon tunnustanut vastaaja on oikea ja tuomioesityksessä esitetyn menettelyn osalta ainoa henkilö rikoksen tekijäksi (ellei kyseinen teko sisällä useita osallisia). Kyse on tältä osin vastaajan oikeusturvan varmistamisesta – ei siitä, että tunnustamisoikeudenkäynneissä pyrittäisiin selvittämään muiden henkilöiden mahdollista rikosoikeudellista vastuuta. Muiden osallisuus asiaan saattaa kuitenkin herättää epäilyksiä vastaajan antaman tun-

nustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta. Sen sijaan, kun todistelu tukee sitä, että vastaaja on esimerkiksi yrityksen toimitusjohtajana oikea vastuutaho, hänen tunnustuksensa johtaa siihen, että tunnustus riittää näytöksi tarkemmasta tekotavasta ja vahingon määrästä, mutta ei kuitenkaan tunnustuksen vapaaehtoisuudesta.

Tunnustuksen oikeellisuuden arviointiin sisältyvätkin vastuun kohdentamiseen liittyvät kysymykset. Toisaalta oikeudellisesti yksinkertaisemmissakin asioissa teko on voinut tapahtua muutoin teonkuvauksen mukaisesti mutta oikea tekijä on ollut esimerkiksi vastaajan puoliso, jota vastaaja suojelee. Yksittäisessä asiassa tunnustuksen oikeellisuuden kannalta keskeisen näytön tunnistamisessa voi auttaa pohdinta, millä perusteella kyseinen vastaaja on tunnistettu rikoksentekijäksi.

Lisäksi tuomioistuimen on tunnistamisoikeudenkäynnissä arvioitava tunnustuksen vapaaehtoisuutta. Sekä tunnustuksen oikeellisuuden että vapaaehtoisuuden arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota siihen, miten tunnustus on kehittynyt asian käsittelyn myötä, ja erityisesti jos vastaajan käsitys teosta on muuttunut kuulusteluiden tai neuvotteluiden aikana. Vastaajalta tulisikin tiedustella, miksi hän on päätenyt siihen ratkaisuun, että haluaa tunnustaa rikoksen. Tunnustuksen vapaaehtoisuuteen tulee kiinnittää erityisesti huomiota, mikäli jokin tapauksen olosuhde herättää epäilyjä tunnustuksen vapaaehtoisuudesta – kuten tilanteissa, joissa syyteneuvottelumenettelyyn liittyy riskitekijöitä vääristä tunnustuksista. Tällaisia riskitekijöitä ovat esimerkiksi vastaajan nuori ikä, perhesuhteiden kytkeytyminen rikosepäilyyn, liityntä järjestäytyneeseen rikollisuuteen ja se, että tuomioesityksen mukainen seuraamuskannanotto sisältää rangaistuslajin vaihdon tai asia on muuten tavallista merkityksellisempi vastaajan kannalta.

Suurin tulkinnanvaraisuus tunnustuksen vapaaehtoisuuden arvioinnissa liittyy siihen, onko neuvottelutulos vastaajan kannalta jo niin edullinen, että se muuttuu tarkemmin katsottuna pakottavaksi. Erityisesti tämä kysymys voi aktualisoitua tilanteissa, joissa rangaistuslaji vaihtuu tunnustuksen seurauksena. Korostuneen materiaalsen selvittämismenettelyllisyyden takia tuomioistuimen on oltava tarvittaessa valmis selvittämään tunnustuksen oikeellisuutta ja vapaaehtoisuutta myös oma-aloitteisin toimin.

Yksi tapa tunnistamisoikeudenkäynnin näytön arviointiin on Diesenin hypoteesimetodin hyödyntäminen. Ensimmäiseksi tuomioistuimen on arvioitava, onko syyttäjä esittänyt riittävän selvityksen, jonka avulla tuomioistuin ylipäätään voi arvioida tunnustuksen oikeellisuutta ja vapaaehtoisuutta. Jos asiassa on esitetty riittävästi selvitystä arvioon, tuomioistuimen on pohdittava, tukeeko asiassa esitetty näyttö syyttäjän päähypoteesia eli sitä, että vastaajan antama tunnustus on oikea ja vapaaehtoinen. Tunnustamisoikeudenkäynnissä tuomioistuimen on syytä pitää jo viran puolesta aina vastahypoteesina sitä, että vastaaja antaa väärän tunnustuksen.

6. Lopuksi

Suomessa on keskusteltu paljon tuomioistuimen ja syyttäjän rooleista tunnustamisoikeudenkäynneissä ja siitä, onko tuomioistuimen kunnioitettava seuraamuksen osalta syyttäjän ja vastaajan välisissä neuvotteluissa muodostunutta yhteisymmärrystä eli tuomioesitystä. Tältä osin vahvana pääsääntönä vaikuttaa olevan, etteivät tuomioistuimet pääsääntöisesti poikkea tuomioesityksessä esitetystä seuraamuskannanotosta ainakaan ankarampaan suuntaan.

Väriiden tunnustusten kannalta keskeistä on kuitenkin erottaa tästä keskustelusta ne tilanteet, joissa tuomioesityksen mukainen neuvottelutulos tarkoittaa sitä, että vastaajalle tuomittava rangaistuslaji muuttuu eli vastaaja saa syyteneuvottelun kautta esimerkiksi ehdollisen vankeusrangaistuksen, vaikka muutoin hänet tuomittaisiin ehdottomaan vankeusrangaistukseen.

Havaitsin kokoamassani empiirisessä aineistossa, että vastaajalle tuomittu rangaistuslaji oli vaihtunut noin joka kolmannessa tunnustamisoikeudenkäynnissä annetussa ratkaisussa. Eli noin joka kolmannessa asiassa vastaaja oli säästynyt ankarammalta rangaistuslajilta tunnustamalla teon. Kuitenkin mikäli rangaistuksen alennus on vastaajan kannalta liian edullinen, se aiheuttaa paitsi riskin väärästä tunnustuksesta myös riskin siitä, ettei Euroopan ihmisoikeus-sopimuksen 6 artiklan mukainen oikeudenmukainen oikeudenkäynti toteudu. EIT on huomauttanut, että 6 artiklan mukainen loukkaus voi tulla kyseeseen, mikäli tuomittavien rangaistuksien välillä on niin suuri ero, että se aiheuttaa vastaajalle epäasiallisen paineen tunnustaa, vaikka vastaaja olisi syytön.

Vastaajalle tunnustamisesta koituvaa etua onkin arvioitava objektiivisesti, jolloin on otettava huomioon myös mahdolliset toimenpiteistä luopumista koskevat päätökset, joita asiassa on vastaajan tunnustuksen perusteella tehty. Myös yhdenvertaisuuden kannalta on ongelmallista, mikäli osa vastaajista saa syyteneuvottelumenettelyssä hyödyn sekä rangaistuksen määrässä että rangaistuksen lajissa ja osa taas ainoastaan rangaistuksen määrässä. Tämä voi myös johtaa siihen, että syyteneuvottelumenettelyn tosiasiallinen käyttöala täsmentyy koko ajan selvemmin sellaisiin rikosasioihin, joissa esitykseen sisältyy rangaistuslajin vaihtuminen.

Olenkin tutkimuksessani katsonut, että alennus ei voi olla kaavamainen vaan sen tosiasiallinen vaikutus tulisi arvioida. Jos alennukseen sisältyy rangaistuslajin vaihtuminen, ei alennuksen tulisi olla ainakaan yhtä suuri kuin niissä tilanteissa, joissa rangaistuslajia ei vaihdeta. Tuomioistuimen on myös tarvittaessa oltava valmis muuttamaan rangaistuslajia varmistaakseen, ettei sopimuksista muodostu epäasiallisen houkuttelevia. Tuomioistuimen päätehtävä tunnustamisoikeudenkäynnissä on kontrolloida, ettei syyteneuvottelumenettely loukkaa vastaajan oikeusturvaa. Mikäli tuomioistuin harkitsee tuomioesityksen mukaisesta

VÄITÖKSIÄ

seuraamuskannanotosta poikkeamista, on asia kuitenkin syytä keskusteluttaa asianosaisilla.

Lopuksi on korostettava, että myös syyttäjien ja avustajien tulisi tunnistaa rangaistuslajin vaihtumisen ongelmallisuus ja siihen liittyvät riskit. Tunnustuksen peruuttamiset ja muutoksenhaut eivät ole kenenkään etu, joten asiaa tulisi harkita tarkoin jo ennen tunnustamisoikeudenkäyntiä.

Tuomala, Saila

Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen
tunnustamisoikeudenkäynnissä

Suomalainen Lakimiesyhdistys 2023. XII + 322 sivua.

Lakimies
1/2024
s. 119–127

1. Tutkimuksen tausta

Saila Tuomalan tutkimuksen otsikkona on Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä. Tutkimuksen kohteena on syyteneuvottelumenettelyn arviointi. Arvioinnille on tarvetta, koska syyteneuvottelu on ollut Suomessa käytössä vuodesta 2015 lähtien. Syyteneuvottelun omaksuminen osaksi Suomen rikosprosessia ei sujunut mitenkään kivuttomasti. Prosessin etenemisestä minulla on varsin omakohtaisia kokemuksia. Valtakunnansyyttäjänviraston työryhmä, jossa itsekin olin jäsenenä, otti syyteneuvotteluun vuonna 2001 hyvin kriittisen kannan, eikä Tuomioistuinelaitoksen kehittämiskomitean (jossa olin jäsenenä niin ikään) vuoden 2003 mietinnössäkään päästyä ilmiön kuvaamista pidemmälle. Poliisin, syyttäjälaitoksen ja tuomioistuinten kasvanut työmäärä ja oikeudenkäyntien pitkittyminen olivat lopulta peruste sille, että syyteneuvottelusta tuli säännökset lainsäädäntöön. Askeleet ovat kuitenkin olleet yhä varovaisia. Rikoksen saa tunnustaa, mutta tosiseikat eivät saa olla neuvottelun kohteena. Rangaistuksestakaan ei voida sopia tuomioistuinta sitovasti. Syyteneuvottelun kohteena olevien rikosten piiri on rajattu, käytännössä syyteneuvottelussa käsitellään lähinnä talousrikoksia. Väkivalta- ja seksuaalirikokset on rajattu syyteneuvottelun ulkopuolelle, samoin törkeät huumausainerikokset.

Jakolinja syyteneuvottelun kannattajien ja siihen kriittisesti suhtautuvien välillä näyttää kulkeneen rikosoikeuden ja prosessioikeuden välillä. Syyteneuvottelu on ollut aika vaivattomasti perusteltavissa rangaistusteoreettisista ja kriminaalipoliittisista lähtökohdista käsin. Rikoksen tunnustamisen on oletettu kuvastavan tekijän valmiutta kantaa tekonsa seuraukset rangaistuksen muodossa. Erityisen kriittisiä ovat olleet prosessioikeuden tutkijat, jotka ovat epäilleet syyteneuvottelun ja tunnustamisoikeudenkäynnin vaarantavan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin keskeisesti sisältyvien syyttömyysolettaman ja itsekriminointisuojaan toteutumisen. Ongelmana on pidetty myös väärin tunnustusten mahdollisuutta. Kysymys on lisäksi toimivallanjaosta asianosaisten ja tuomioistuimen

* Virallisen vastaväittäjän, professori *Matti Tolvasen* Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama 8.9.2023 päivätty lausunto vähäisin muutoksin.

välillä. Syyttömyysolettaman kumoaminen ja rangaistuksen määrääminen ovat tuomioistuimelle perinteisesti kuuluvia tehtäviä.

Syyteneuvottelusta on julkaistu jo yksi aiempi väitöskirja, Jalo Vatjus-Anttilan Turun yliopistossa joulukuussa 2022 tarkastettu väitöskirja Rangaistus ja tunnustus. Rikoksen tunnustamisen rangaistusteoreettiset, kriminaalipoliittiset ja lainopilliset perusteet keskittyi nimensä mukaisesti syyteneuvottelun rangaistusteoreettisiin ja kriminaalipoliittisiin lähtökohtiin. Väitöskirjassaan Vatjus-Anttila osoitti vakuuttavasti syyteneuvottelun soveltuvuuden moderniin kommunikatiiviseen rangaistusteoriaan pohjautuvaan rikosoikeuden ja kriminaalipoliittikan järjestelmään. Maininnan arvoinen on myös Jukka Oikaraisen Lapin yliopistossa vuonna 2017 hyväksytty lisensiaatintutkimus, jossa oli sekä rikosoikeuden että prosessioikeuden näkökulma. Rikosoikeudenkin tutkijat tunnustavat syyteneuvotteluun liittyvät riskit, erityisesti rikosvastuun väärään kohdentumiseen liittyvän riskin.

2. Tutkimuksen tavoite ja tutkimuskysymykset

Saila Tuomalan tutkimuksen tarkoitus on palvella käytännössä tunnustamisoikeudenkäynnissä työskentelevien ammattilaisten tarpeita (sivu 7). Tavoite on mitä hyväksyttävintä. On hyvä, että ammattilaisten työn tukena on tieteellisin menetelmin testattua tietoa. Tutkimuksen tavoite määrittää myös sen, millä kielellä tutkimusta kirjoitetaan. Suomalaisille oikeuselämän ammattilaisille on syytä kirjoittaa suomen kielellä. Näin kirjoittaessani en kiistä tarvetta kirjoittaa ulkomaiselle tutkimusyhteisölle kielellä, jota siinä yhteisössä laajimmin ymmärretään, eli englannin kielellä. Tutkimuksen oletettu lukijakunta määrittelee sen, missä ja millä kielellä tutkimus on perusteltua julkaista.

Tutkimuksen pääkysymys on: Mihin asioihin tuomioistuimen on tunnustamisoikeudenkäynnissä kiinnitettävä huomiota arvioidessaan, jääkö tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta varteenotettava epäily? Tähän kysymykseen voidaan vastata sekä lainopin että empiirisen tutkimuksen avulla. Tutkimuksessa on kolme alatutkimuskysymystä. Ensinnäkin väittelijä analysoi, milloin tunnustus on oikea ja vapaaehtoinen. Tämä tutkimuskysymys on melko puhdaspiirteisesti empiirinen. Toiseksi tutkimus kohdistuu tunnustamisoikeudenkäynnissä esitettävään näyttöön, jolla pitää osoittaa tunnustuksen oikeellisuus ja vapaaehtoisuus. Kolmanneksi kysymys on rikosprosessin toimijoiden vastuusta varmistua tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta. Kaksi viime mainittua tutkimuskysymystä ovat sellaisia, että niihin on saatavissa vastauksia lainopin metodilla oikeuslähteitä hyväksi käyttäen. Näin kuvatut tutkimuskysymykset takaavat sen, ettei nyt tarkastettavana oleva tutkimus ole

mitenkään päällekkäinen Vatjus-Anttilan tutkimuksen kanssa. Asia on päinvastoin. Vatjus-Anttila on paaluttanut syyteneuvottelun rangaistusteoreettisen ja kriminaalipoliittisen hyväksyttävyyden. Saila Tuomala on ottanut tehtäväkseen analysoida sitä, missä määrin ja millä edellytyksillä syyteneuvottelu ja tunnustamisoikeudenkäynti ovat sovittavissa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin järjestelmään. On ollut perusteltua rajata syyteneuvotteluun liittyvä kriminaalipoliittinen pohdinta tutkimuksen ulkopuolelle. Tuomala on toki osoittanut perehtyneensä hyvin myös syyteneuvottelun rikosoikeudellisiin lähtökohtiin, mikä on tutkimuksen lähdeluettelosta havaittavissa.

Saila Tuomalan tutkimuksen pääpaino on menettelyssä, siis rikosprosessissa. Rangaistuksen määrääminen ja syyteneuvotteluunkin liittyvä toimenpiteistä luopuminen on suomalaisessa lainopissa luokiteltu perinteisesti rikosoikeuden oppiaineeseen kuuluviksi. Mainittakoon tässä esimerkkinä Raimo Lahden väitöskirja toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä vuodelta 1974. Saila Tuomalan tutkimuskysymykset ovat aika puhtaasti prosessioikeudellisia, vaikka väitöskirjassa on perinpohjainen analyysi myös syyteneuvotteluun liittyvästä esitutkinnan rajaamisesta ja syyttämättä jättämisestä. Oppiainerajoja ei ole syytä korostaa, ne on tehty ylittäväiksi. Rikosoikeus tulee eläväksi rikosprosessissa. Se, missä määrin oikeudenmukainen oikeudenkäynti toteutuu syyteneuvottelussa ja tunnustamisoikeudenkäynnissä, vaikuttaa myös menettelyn rangaistusteoreettiseen ja kriminaalipoliittiseen hyväksyttävyyteen. Vääriin tunnustuksiin perustuvat tosiseikkoihin perustumattomat tuomiot eivät ole kriminaalipoliittisesti kestäviä. Mitä paremmat takeet prosessi tarjoaa väriennustusten riskin tunnistamiseksi, sitä perustellumpaa on puoltaa tunnustusten rangaistusta alentavaa vaikutusta.

Tutkimuksessa on hyvä ylittää paitsi oppiaineiden myös tutkimusalojen rajoja. Rikosoikeuden ja prosessioikeuden tutkimuksessa on jo tehty ekskursioita erityisesti psykologiseen tutkimukseen, mistä tyypillisenä esimerkkinä on Henna Marjosolan väitöstutkimus Todistajankertomuksen luotettavuus: henkilötodistelun selvittäminen, vastaanottaminen ja arviointi oikeuspsykologisen tutkimuksen valossa vuodelta 2021. Suuntaus on ilman muuta kannatettava. Lainopin metodina on oikeuslähdeoppi siihen sisältyvine tulkintasääntöineen. Psykologinen tutkimus tuo lainopin tutkimukseen reaalisia argumentteja, joita voidaan hyödyntää lainopissa esimerkiksi analysoitaessa sitä, millainen normisto takaa optimaalisesti toisaalta prosessijärjestelmän tehokkuuden ja toisaalta ottaa riittävästi huomioon normiston soveltamiseen liittyvät riskit. Psykologinen tutkimustieto ei ole käytännön oikeuselämässä sellaisenaan sovellettavissa, mutta tuntemalla ihmisen käyttäytymisen lainalaisuuksia oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta viime kädessä vastaava tuomari voi tunnistaa näytön arvioimiseen liittyviä riskejä, väriennustusten välttämiseksi. Tarkoitus ei ole tehdä tuomareista psykologeja eikä psykologeista tuomareita. Kummallakin professionilla on oma tärkeä tehtävänsä, ja yhdistämällä eri tutkimusalojen tuottama tieto on mahdollista

VÄITÖKSIÄ

optimoida rikosprosessuaalisen järjestelmän tavoitteita, toisaalta tehokkuutta ja toisaalta pyrkimystä tosiseikkoja mahdollisimman hyvin vastaavaan oikeudelliseen lopputulokseen. Tavoitteet voivat näyttää lähtökohtaisesti ristiriitaisilta, ja sitä ne ovatkin. On aivan perusteltua varoa siirtymistä järjestelmään, jossa pääosa rikosjutuista hoidetaan syyttäjän ja vastaajan avustajan välisin sopimuksin. Syyteneuvottelulla on paikkansa rikosoikeuden ja rikosprosessin järjestelmässä, kunhan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutuminen varmistetaan kohdullisissa määrin. Tämä on tulkintani mukaan myös Saila Tuomalan tutkimuksen lähtökohta. Näin ollen hyväksyn empimättä Saila Tuomalan tutkimuksen lähtökohdat. Varmuuden vuoksi toistan, että muun kuin oikeudellisen aineksen hyödyntäminen on rikastuttanut tutkimusta merkittävästi.

3. Tutkimusmenetelmät

Saila Tuomalan tutkimus on pääosin lainopillinen. Tutkimusta on rikastutettu haastatteluilla, joita on analysoitu sisällönanalyysin menetelmällä. Haastattelut tuovat syyteneuvottelusta sellaista tietoa, joka ei ole tuomioista luettavissa. Tuomala on analysoinut myös tunnustamisoikeudenkäynnissä annettuja tuomioita sisällönanalyysin menetelmällä. Lainoppi ja sisällönanalyysi toimivat tutkimuksessa toisiaan täydentävästi. Lisäksi Tuomala kertoo soveltaneensa kvantitatiivista menetelmää tuomioiden analyysissa. Kvantitatiivinen tutkimus jää kuitenkin taulukoinnin asteelle, sillä varsinaista tilastotieteellistä analyysia tutkimukseen ei sisälly. Menetelmien monipuolinen käyttö on jo lähtökohtaisesti luettavissa tutkimuksen ansioksi. Tuomala on kuvannut käyttämänsä menetelmät riittävästi, eikä minulla ole menetelmien valinnan suhteen aihetta kritiikkiin.

4. Tutkimuksen sisältö

Tutkimuskysymykset ja menetelmä kuvauksen sisältävän johdantoluvun jälkeen tutkimuksen toisessa luvussa on syyteneuvottelumenettelyn yleinen esittely. Luvussa on lyhyt katsaus ulkomaiseen sääntelyyn ja EIT:n ratkaisukäytäntöön. Syyteneuvottelun tavoitteissa korostuu kustannusten säästö, ehkä liiankin korostuneesti. Väittelijä peilaa kustannusten säästön tavoitetta suhteessa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ideaan, erityisesti syyteneuvottelun sääntelyvaiheen valiokuntakäsittelyjä ja oikeuskirjallisuutta hyödyntäen. Luvussa on analysoitu syyteneuvottelun edellytyksiä, osallisuuteen liittyviä pulmia, näyttökysymystä ja

syyteneuvottelun aloittamisen edellytyksiä. Keskeisiä ongelmia ovat esimerkiksi syyteneuvottelun soveltamisala, sovittavissa olevat seikat ja syyteneuvottelun aloittamiseksi riittävä näyttö. Näistä kysymyksistä on hedelmällistä käydä lainopillista keskustelua ilman, että pitäisi yhtä tulkintavaihtoehtoa kiistattomasti perustellumpana kuin kilpailevaa tulkintaa. On myös niin, että esimerkiksi syyteneuvottelun soveltamisalasta ja syyteneuvottelun eri näyttökynnyksistä käytävä keskustelu on nykyisellään kaikkea muuta kuin loppuun käyty. Oikeustilaa sekoittaa vielä se, että rikoksesta syytetty saa normaalissa rikosprosessissa oman rikoksensa selvittämisellä eli käytännössä tunnustuksella jokseenkin syyteneuvottelun lopputulosta vastaavan rangaistuksen alennuksen. Tämä havainto koskee erityisesti niitä rikostunnusmerkistöjä, jotka on rajattu syyteneuvottelun soveltamisalan ulkopuolelle. Eikö olisi näin ollen viisainta ulottaa syyteneuvottelu koskemaan jokseenkin kaikkia rikostyyppisiä? Tuomala puoltaa varovaisia askeleita syyteneuvottelun soveltamisalan laajentamisen suuntaan sillä varauksella, että ensin pitää vakuuttua siitä, että syyteneuvottelu ei johda väärin tunnustuksiin. Kysymys on kuitenkin myös siitä, onko lainsäätäjällä aikaa odottaa. Jo nykyisellään liian moni rikosjuttu jää kokonaan tutkimatta tai tutkinta kestää kohtuuttoman kauan. Kumpi on järjestelmän kannalta pienempi paha: jonkinasteinen riski vääristä tunnustuksista vai se, että pääosa tavallisiin kansalaisiin kohdistuneista rikoksista jää tutkimatta tai tulee huonosti ja viivytyksin tutkituksi? Tuomala rajaa tunnustuksen peruuttamisen ja muutoksenhaun perustellusti pääosin tutkimuksensa ulkopuolelle, vaikka erityisesti mahdollisuus tunnustuksen peruuttamiseen liittyy keskeisesti tunnustuksen oikeellisuuden varmistamiseen.

Tutkimuksen kolmannessa luvussa on perusteellinen esitys syyteneuvotteluun liittyvästä toimenpiteistä luopumisesta. Keskeistä on se, ymmärretäänpö syyttäjän päätökset osaksi tuomioesitystä vai ei. Vastaus tähän kysymykseen vaikuttaa keskeisesti syyttäjän päätöksen sitovuuteen eli oikeusvoimaan. Oikeustieteellisessä keskustelussa on ollut puoltajia kummallakin tulkintavaihtoehdolla. Tuomala on päätenyt siihen, että toimenpiteistä luopuminen on osa syyttäjän ja vastaajan välillä tehtävää sopimusta. Näyttää kuitenkin siltä, että syyttäjät jättävät syyteneuvottelun yhteydessä epäillyn syyttämättä muilla syyttämättä jättämisen perusteilla, esimerkiksi kohtuus- tai tarkoituksettomuusperusteella. Syyt tähän oikeustilaan olisi aiheellista selvittää.

Tutkimuksen neljäs luku on omistettu tuomarin prosessinjohdolle tunnustamisoikeudenkäynnissä. Onko tunnustamisoikeudenkäynnissä inkvisitorisen prosessin piirteitä tai tulisiko siinä näitä piirteitä olla enemmän kuin normaalissa rikosprosessissa? Vastauksen ei tarvitse olla välttämättä myöntävä. Syyttämismenettelmään perustuvasta prosessista ei ole tarpeen luopua, vaikka tuomarin materiaallinen prosessinjohto voi olla syyteneuvottelussa aktiivisempaa kuin rikosprosessissa yleensä. Kysymys ei ole siitä, että tuomari ryhtyisi jutussa omiin

tutkimuksiin, vaan siitä, että tuomarin tulee varmistua siitä, millaisen syyteneuvotteluprosessin tuloksena syytetty on rikoksen tunnustanut.

Viidennessä ja kuudennessa luvussa Tuomala esittelee vääriä tunnustuksia ja valheenpaljastusta koskevaa psykologista tutkimusta. Nämä tutkimuksen jaksot ovat mielenkiintoista luettavaa, vaikka valheenpaljastuksesta kirjoitetun jakson olisi voinut tutkimuksen sisällön sanottavasti kärsimättä jättää poisikin. Tuomala tunnistaa hyvin psykologisen tutkimuksen hyödynnettävyyden rajat käytännön tuomitsemistoiminnassa. Riskien tunnistaminen voi parhaimmillaan auttaa tuomaria kiinnittämään huomiota siihen mahdollisuuteen, että vapaaehtoiselta ja oikealta vaikuttava tunnustus voikin olla tosiseikkoja vastaamaton.

Tutkimuksen seitsemäs luku liittyy itse asiassa lukuun neljä. Tässä luvussa on kysymys siitä, kuka vastaa tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta. Syyttäjän ja tuomioistuimen vastuunjako näiden seikkojen todentamisesta vaikuttaa olevan vielä kehityksen vaiheessa. Väittelijä esittää oman käsityksensä vastuunjaosta väitöskirjan sivulla 180. Kaavion muodossa esitetty analyysi vastuunjaosta kelpaa hyvin oikeudellisen ja oikeuspoliittisenkin keskustelun pohjaksi.

Tunnustamisoikeudenkäyntiä menettelynä väittelijä analysoi tutkimuksen 8. luvussa. Väittelijä korostaa aiheellisesti vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen punnitsemisen tärkeyttä. Tässä väittelijä omaksuu jokseenkin kriittittömästi pohjoismaisen hypoteesimetodin perusajatukset. Väittelijän kanta on sinänsä perusteltu, koska myös korkein oikeus on tunnistanut hypoteesimetodin Suomessa nykyään vallitsevaksi näytön arvioinnin metodiksi. Totean kuitenkin, että Ruotsissa erityisesti Lundin yliopiston koulukunta Christian Dahlmanin johdolla on kyseenalaistanut hypoteesimallin käyttökelpoisuuden. Samalla on kuitenkin syytä todeta, että Dahlmanin kirjassaan *Beviskraft* esittämä näytön arvioinnin malli monimutkaisine matemaattisine laskentakaavoineen ei näytä saaneen Ruotsinkaan tuomioistuimissa kannatusta. Jokseenkin yhtä vähälle käytölle jäivät muutama vuosikymmen sitten professori Hannu Tapani Klamin esittämät matemaattiset näytön arvioinnin mallit. Selvyiden vuoksi sanon, että omasta puolestani tunnustaudun hypoteesimallin kannattajaksi, erityisesti sen takia, että se soveltuu parhaiten käytännön oikeuselämän tarpeisiin. Hypoteesimalli olisi ehkä ansainnut tutkimuksessa syvällisemmän analyysin, erityisesti vastahypoteesien osalta. Nyt jää hieman epäselväksi, onko syyteneuvottelussa vastahypoteesia ollenkaan, jos arvioinnin kohteena ovat lain edellyttämällä tavalla tunnustuksen oikeellisuus ja vapaaehtoisuus. Ainoaksi vastahypoteesiksi jää päähypoteesille käänteisesti se, ettei tunnustus ole oikea tai vapaaehtoinen.

Väitöskirjan 9. luvussa on erittäin mielenkiintoinen analyysi siitä, miten tunnustus on vaikuttanut rangaistukseen ja erityisesti rangaistuslajiin. Huomiota herättävin havainto koskee rangaistuslajin vaihtumista tapauksissa, joissa tuomion pituus on kaksi vuotta vankeutta tai lähellä tuota aikamäärää. Ehdollisen ja ehdottoman vankeuden määrittämisen kriteerit ovat samat riippumatta siitä, missä menettelyssä tuomio annetaan. Käytäntö näyttää kuitenkin olevan toinen:

syyteneuvottelussa vankeus määrätään ehdolliseksi tapauksissa, joissa normaalissa prosessissa tuomio olisi ehdoton.

Väitöskirjan viimeinen luku on luvuista lyhin mutta ei sisällöltään suinkaan vähäisin. Luvussa väittelijä arvioi sitä, mihin suuntaan syyteneuvottelu on kehittymässä. Luku antaa aineksia myös kriittiseen keskusteluun, koska väittelijä ei arkaile olla eri mieltä esimerkiksi syyteneuvottelun tavoitteiden painottumisesta korostuneesti tehokkuuteen ja rahansäästöön.

5. Väitöskirjalle asetettujen kriteerien täyttyminen

Saila Tuomalan väitöskirja perustuu tutkijan omaan itsenäiseen tutkimukseen, ja se tuottaa uutta tieteellistä tietoa. Itsenäisyys ilmenee sekä menetelmien käytössä että väitöskirjan sisällössä. Itsenäisyys ei tarkoita sitä, ettei väittelijä tuntisi sitä, mitä aihepiiristä on aiemmin kirjoitettu. Väittelijä tuntee hyvin syyteneuvottelun säädöshistorian ja syyteneuvottelusta ennen sen käyttöön ottamista ja käyttöön ottamisen jälkeen lainopissa kirjoitetun. Väittelijän lainopillinen analyysi perustuu oikeuslähteiden kurinalaiseen käyttöön, ja laadullinen tutkimus täydentää lainopin menetelmällä syyteneuvottelusta muodostuvaa kuvaa. Tutkimuksen erityisenä ansiona on onnistunut lainopin ja sisällönanalyysin toisiaan tukeva soveltaminen. Monen oikeustieteellisen tutkimuksen pulmana on ollut se, että lainopilliseen tutkimukseen liitetty empiirinen osio on jäänyt lainopista irralliseksi. Tässä tutkimuksessa lainoppia ja empiiristä tutkimusta on sovellettu harvinaisen hyvin rinnakkain kautta koko tutkimuksen. Tilastollinen osuus jää lähinnä lukujen esittämisen asteelle, vailla tilastotieteellistä analyysia. Tilastoaineisto on kuitenkin hyödyllinen tutkimusongelman laajuuden hahmottamiseksi.

Uutta tietoa väitöskirja tuottaa muun muassa siitä, miten tunnustus vaikuttaa tuomittavaan rangaistukseen, miten syyteneuvottelun osapuolet ymmärtävät oman roolinsa prosessissa, mikä on syyteneuvottelun lopputuloksen sitovuus ja miten tunnustuksen oikeellisuus ja vapaaehtoisuus pyritään varmistamaan. Väittelijä esittää perusteltuja parannusehdotuksia menettelyyn väärin tunnustusten riskin havaitsemiseksi ja väärin tunnustusten minimoimiseksi.

Tutkimus on tieteellisesti vakuuttava, ja sen tulokset ovat perusteltuja. Tutkimus on hyvin rajattu ja tutkimuskysymykset riittävästi kattava. Lähteitä on riittävästi, ja erityisenä ansiona mainittakoon väriä tunnustuksia koskevan psykologisen tutkimuksen hyödyntäminen. Pienenä puutteena on se, ettei hermeneutiikan tunnetuinta perusteosta (Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960, saatavana myös englanniksi) ole hyödynnetty lainkaan, vaikka Tuomala kirjoittaa väitöskirjan sivulla 7 tutkimukseensa kytkeytyvän vahvasti hermeneuttisen kehän mukainen tulkinta. Väittelijä ei kerro lukijalle, miten her-

meneuttista kehää on tutkimuksessa hyödynnetty. Myös Tuula Linnan väitöskirja (Ulosottorealisoinnista de lege ferenda, 1987) puuttuu lähdeluettelosta. Linna on Suomessa ensimmäisenä kirjoittanut oikeudellisista siirrännäisistä, jollaisena syyteneuvotteluakin voidaan väittelijän tavoin (väitöskirjan sivu 17) pitää. Oikeustieteen tieteenteoriaa sisältäviä lähteitä väittelijä on ottanut tutkimukseensa esitarkastajien lausunnossa esitettyjen huomioiden perusteella.

Tutkimuksessa ei ole turhia sivupolkuja, mikä osoittaa väittelijän hallitsevan tutkimusalansa. Väittelijä suhtautuu varovaisen myönteisesti syyteneuvottelun käyttöalan laajentamiseen mutta korostaa samalla sitä, että kaikissa tapauksissa on tärkeää varmistaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutuminen niin, että syyksi lukeva tuomio perustuu lähtökohtaisesti sen varaan, mitä on todellisuudessa tapahtunut. Väittelijä on havainnut syyteneuvottelussa myös ongelmia. Eriyisen huolestuttava on havainto siitä, että syyteneuvottelussa rangaistuslaji muuttuu ehdolliseksi tapauksissa, joissa tuomion pituus puoltaisi ehdottoman vankeusrangaistuksen tuomitsemista. Voi olla, että ehdollisen tuomion mahdollisuus houkuttelee ainakin joitakin epäiltyjä tunnustamaan rikoksia, joiden tosi-seikasto ei vastaa sitä, mitä on todellisuudessa tapahtunut. Myöskään roolijako esimerkiksi rangaistuksen määräämisessä eri toimijoiden välillä ei vaikuta täysin vakiintuneelta. Väittelijä korostaa perustellusti syyttäjän vastuuta tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistamisessa.

Väittelijä dokumentoi lähteensä asianmukaisesti, ja argumentaatio on avointa. En ole havainnut ongelmia tutkimuseettisten normien täyttymisessä. Väittelijä olisi kuitenkin voinut pohtia nimenomaisemmin laadullisen tutkimuksensa yleistettävyyttä, mikä on olennaista empiirisessä tutkimuksessa.

Väittelijä hallitsee hyvin lainopin menetelmän eli oikeuslähdeopin. Tutkimus edustaa nähdäkseni kriittistä lainoppia, jolle on ominaista oikeudellisten käytäntöjen kyseenalaistaminen ja uusien kysymyksenasettelujen muotoilu. Väittelijä kuvaa riittävästi laadullisen tutkimuksen metodin eli sisällönanalyysin ja soveltaa sitäkin asianmukaisesti. Väittelijän tutkimus on itsenäinen ja paikoin kriittinenkin suhteessa siihen, mitä tutkimusteemasta on aiemmin kirjoitettu. Varsinaista teoriaosuutta tutkimukseen ei sisälly, mutta teorian puutetta ei voida pitää tämän tutkimuksen puutteena. Syyteneuvottelun rangaistusteoreettiset lähtökohdat vaikuttavat kuitenkin tutkimuksen taustalla, ja väittelijä on ne osoittanut tuntevansa. Teoreettisena lähtökohtana ovat myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kriteerit, joihin tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen liittyy.

Väittelijä tuntee tieteellisen kirjoittamisen pelisäännöt ja niitä myös noudattaa. Väitöskirja on viimeistelty muotonsa, sisältönsä ja kieliasunsa puolesta. Väitöskirja on helppolukuinen mutta ei helppo sisällöltään. Väittelijällä on taito kirjoittaa vaativasta aiheesta lukijaystävällisesti. Tämä on tärkeää, kun väittelijä korostaa kirjoittaneensa tutkimuksena palvelemaan ensi sijassa tunnustamis-oikeudenkäynneissä työskentelevien ammattilaisten tarpeita. Ammattilaisilla ei

ole aikaa arvailla, mitä tutkija on mahtanut tekstillään tarkoittaa. Ammattilaiset kaipaavat selkeää, perusteltua ja käytännön työssä relevanttia analyysia. Tämän tarkoituksen käsillä oleva väitöskirja täyttää ilman epäilystä.

6. Yhteenveto ja loppuarvio

OTM Saira Tuomalan tutkimus Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä täyttää oikeustieteelliseltä väitöskirjalta edellytettävät tieteelliset ja muodolliset vaatimukset. Väittelijä puolusti väitöstilaisuudessa 1.9.2023 tutkimustaan asiantuntevasti, ja väitöstilaisuus kokonaisuutena oli hyvää tieteellistä vuoropuhelua. Esitän Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle ilman vähäisintäkään epäilystä, että Saira Tuomalan tutkimus hyväksytään opinnäytteeksi oikeustieteen tohtorin arvoa varten.

Matti Tolvanen

KKO 2023:15 – Veropetoksen tekotavat ja tahallisuuden arviointi sekä *ne bis in idem* -kielto

Lakimies
1/2024
s. 128–138

1. Johdanto

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2023:15 on käsitelty veropetoksen rangaistavuuden edellytyksiä niin monipuolisesti, että ratkaisu ansaitsee oikeustauskommentin. KKO:n ratkaisussa otettiin ensinnä arvioitavaksi, onko syytteet jätettävä tutkimatta *ne bis in idem* -kiellon vuoksi. Seuraavaksi KKO selvitti ratkaisussaan monipuolisesti veropetoksen tekotapoja. Tämän jälkeen KKO:n ratkaisussa arvioitiin tahallisuutta ja kieltoerehdystä.

Jutun tosiseikasto ei näytä ensi silmäyksellä erityisen monimutkaiselta. Puolisot A ja B olivat tallettaneet varojaan yhdysvaltalaiseen varainhoitoyhdistykseen, joka oli sijoittanut varat. Sijoitusten tuotot oli maksettu A:n ja B:n nimissä olleelle yhteiselle asiakkuustilille. A ja B eivät olleet verovuosina 2013–2015 ilmoittaneet sanotulta varainhoitoyhdistykseltä saatuja pääomatuloja. A oli verovuosilta 2013–2015 palauttanut esitätetyn veroilmoituksen täydennettynä kotitalousvähennystä koskevilla tiedoilla. B oli verovuodelta 2013 palauttanut esitätetyn veroilmoituksen, jota hän oli täydentänyt ainoastaan tiedoilla tilinumerostaan. Verovuosilta 2014 ja 2015 B ei ollut palauttanut esitätettyä veroilmoitusta. Ilmoittamatta jätetyt pääomatulot olivat seuraavat: pörssiosinkoja 4 227,35 euroa, muita osinkoja ja voitonjakoeriä 10 711,76 euroa, korkotuloja 198,49 euroa ja luovutusvoittoja 77 379,64 euroa. Luovutustappioiden, hyväksytyjen kulujen ja lähdemaassa maksettujen verojen jälkeen oli ilmoittamatta jätettyjen tulojen osalta määräämättä jääneen tuloveron määrä A:lta ja B:ltä kummaltakin yhteensä 18 221 euroa.

Helsingin käräjäoikeus hylkäsi 2.7.2021 antamallaan tuomiolla syytteet sekä A:n että B:n osalta. Käräjäoikeus katsoi, että varainhoitoyrityksen raporttien perusteella ei ollut yksiselitteisesti pääteltävissä, että A:lle tai B:lle oli muodostunut Suomessa verotettavaa tuloa. Kysymys oli käräjäoikeuden mukaan siitä, oliko A:lla ja B:llä ollut käytännössä mahdollisuus selvittää oikea menettely ja olisiko heidän tullut käsittää velvollisuutensa siihen. Käräjäoikeus viittasi ratkaisuun KKO 2017:98. Se myös totesi asiassa selvitetyn, että A ja B olivat pyrkinneet selvittämään mahdollisen verovelvollisuuden sisältöä ja täyttämään maksuvelvollisuutensa. Näissä olosuhteissa käräjäoikeus katsoi jääneen perusteltu epäily siitä, että A tai B olisi tahallisesti pyrkinyt aiheuttamaan verojensa määräämisen liian alhaiseksi.

* *Asko Lehtonen*, OTT, professori emeritus, Vaasan yliopisto.

Käräjäoikeuden viittaus ratkaisuun KKO 2017:98 ei ole täysin adekvaatti tahallisuusarvioinniltaan. Sanotussa ratkaisussa oli nimittäin epäselvyyttä jopa tosisestikastosta.¹ Ratkaisussa syyte hylättiin, koska tunnusmerkistössä edellytetty tahallisuus oli jäänyt näyttämättä.

2. *Ne bis in idem* -kielto

Ne bis in idem -kielto tarkoittaa kieltoa syyttää ja tuomita kahdesti samasta asiasta. Se perustuu Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklaan. Kiellosta saatiin useita KKO:n ennakkopäätöksiä 2010-luvun alkupuolella, jolloin kysymys oli veronkorotuksen vaikutuksista veropetosyytteen tutkimiseen. KKO täsmensi aikaisempaa kantaansa ennakkopäätöksessä KKO 2013:59. Tämän ratkaisun mukaan syytettyä samaan tekoon perustuvasta veropetoksesta ei enää voida nostaa taikka sen käsittelyä jatkaa, jos verotusmenettelyssä veronkorotusta koskevaa päätösvaltaa on käytetty joko määräämällä veronkorotus tai jättämällä se määräämättä.²

Käytännön soveltamisongelmien poistamiseksi säädettiin laki erillisellä päätöksellä määrättävästä veron- ja tullinkorotuksesta (781/2013, VeronkL) sekä muutettiin rikoslakia ja monia verolakeja.³ *Ne bis in idem* -kiellosta on sittemmin kirjoitettu runsaasti sekä vero-oikeuden näkökulmasta⁴ että rikosprosessin näkökulmasta.⁵

Nyt käsiteltävässä ratkaisussa KKO 2023:15 oli kysymys poikkeustilanteesta: Syytetyt A ja B olivat vaatineet syytteiden tutkimatta jättämistä, koska *ne bis in idem* -kielto esti syytteiden nostamisen. Verohallinto oli veronkorotuksia koskevilta osin jättänyt heidän asiansa tutkimatta sen sijaan, että se olisi jättänyt päätöksen tekemättä. Syytettyjen mukaan Verohallinto oli siten päätöksillään käyttänyt päätösvaltaa veronkorotusten osalta, minkä vuoksi samassa asiassa ei enää saanut nostaa syytettyä.

1. Ks. ratkaisun KKO 2017:98 perustelujen kohtien 49 ja 51 viimeiset virkkeet.

2. Ratkaisun KKO 2013:59 kommentoinnista ks. tarkemmin Mikko Vuorenpää, KKO 2013:59. Veropetos, veronkorotus ja kielto käsitellä samaa asiaa kahdesti, s. 62–65 teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2013:II. Talentum 2014.

3. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle laiksi erillisellä päätöksellä määrättävästä veron- ja tullinkorotuksesta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 191/2012 vp.

4. Ks. esim. Mikko Laapas, Itsekriminointisuoja vero-oikeudessa – erityisesti tehokkaan verotusmenettelyn sekä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Helsingin Kauppakamari 2022.

5. Ks. Dan Helenius, *Ne bis in idem* i den finska ja europeiska straffprocessrätten. Alma Talent 2019 ja Antti Tapanila, Itsekriminointisuoja. Tietosanomat 2019.

Asiaan liittyy myös sivuepiso, joka perustui syytettyjen A ja B tekemään oikaisuvaatimukseen, jossa oli vaadittu veronkorotuksen määräämistä. Verotuksen oikaisulautakunta kumosi A:n ja B:n verovuosien 2012–2016 verotuksen ja palautti asiat Verohallinnolle käsiteltäväksi. Verohallinto oli 17.9.2018 tekemillään päätöksillä toimittanut verovuosilta 2012–2016 verotuksen uudelleen. Verovuotta 2012 koskevassa päätöksessä oli todettu, että päätöksellä ei ole tehty veronkorotusta koskevaa päätöstä. Sen sijaan KKO:n kysymyksessä olevia verovuosia 2013–2015 koskevissa päätöksissä oli todettu, että Verohallinto jättää asian veronkorotuksen määräämistä koskevalta osin tutkimatta. Lisäksi näissä Verohallinnon päätöksissä oli ilmoitettu, että mahdollinen veronkorotusta koskeva päätös asiassa voidaan tehdä myöhemmin erillisellä päätöksellä. Sovelletuna lainsäädäntönä päätöksissä oli mainittu muun ohella VeronkL 2 §.

VeronkL 2.1 §:n mukaan veronkorotusta koskeva päätös voidaan jättää tekemättä verotuspäätöstä tehtäessä ja tehdä se erillisellä päätöksellä. Saman pykälän 2 momentin mukaan veronkorotusta koskevan päätöksen tekemättä jättämisestä on ilmoitettava verovelvolliselle viimeistään verotuspäätöksen yhteydessä. Lainsäädäntöaineistossa ei ole tarkemmin selvitetty ilmaisun ”veronkorotusta koskeva päätös voidaan jättää tekemättä” merkitysisältöä. KKO:n ratkaisun perusteluissa⁶ on tosin lausuttu lakiesityksen perusteluista ilmenevän VeronkL 2 §:n taustaa. Tarkoitus on varata viranomaiselle aikaa selvittää, onko teko tai laiminlyönti sen luonteinen, että se tulisi saattaa käsiteltäväksi rikosasiana, vai onko seuraamukseksi määrättävä veronkorotus.⁷ Tuolloin veronkorotusasia jää vireille ja teon tai laiminlyönnin seuraamuksia koskevan asian tutkiminen jatkuu.

KKO totesi päätöksen perusteluissa lisäksi, että tutkimatta jättäminen ja päätöksen tekemättä jättäminen ovat lähtökohtaisesti eri asioita. Tutkimatta jättäminen päättää asian käsittelyn, kun taas päätöksen tekemättä jättäminen VeronkL 2 §:ssä tarkoitettulla tavalla jättää asian vireille ja tarkemmin tutkittavaksi.⁸ Asiassa oli siten kysymys semanttisesta erimielisyydestä.

KKO katsoi, että vaikka Verohallinnon verovuosia 2013–2015 koskevissa päätöksissä on lausuttu Verohallinnon jättävän asian veronkorotuksen määräämistä koskevalta osin tutkimatta, päätöksistä kävi kuitenkin selvästi ilmi, että veronkorotusta koskevia ratkaisuja ei ollut vielä tehty vaan asia oli jäänyt tältä osin vielä vireille. KKO:n mukaan päätösten perustelut eivät olleet sisällöllisesti siten ristiriitaisia, ettei niistä ilmenisi, miten asia on ratkaistu. Päätöksissä on nimenomaisesti todettu, että mahdollinen veronkorotusta koskeva päätös voidaan tehdä myöhemmin erillisellä päätöksellä, ja myös viitattu tätä menettelyä koskevaan säännökseen.

6. KKO 2023:15, kohta 6.

7. Ks. HE 191/2012 vp, s. 25.

8. KKO 2023:15, kohta 8.

Johtopäätöksensä KKO katsoi, että vaikka verotuspäätöksissä on todettu asian jääneen veronkorotuksen osalta tutkimatta, verotusmenettelyssä ei ole käytetty veronkorotusta koskevaa päätösvaltaa. KKO:n mukaan estettä syytteen nostamiselle veropetoksesta ei siten ole ollut ja syytteet voitiin tutkia.

KKO:n ratkaisun periaatteellinen merkitys on siinä, että asiaa ei ratkaistu prosessioikeudellisten muutoseikkojen nojalla vaan ratkaiseva merkitys annettiin viranomaisen päätöksen tosiasialliselle tarkoitukselle.

3. Veropetoksen tekotavat

Rikoslain (39/1889, RL) 29 luvun 1 §:ssä säädetään veropetoksen tekotavoista seuraavaa:

Veropetoksesta on tuomittava se, joka

- 1) antamalla viranomaiselle verotusta varten väärän tiedon veron määräämiseen vaikuttavasta seikasta,
- 2) salaamalla verotusta varten annetussa ilmoituksessa veron määräämiseen vaikuttavan seikan,
- 3) veron välttämistarkoituksessa laiminlyömällä verotusta varten säädetyn velvollisuuden, jolla on merkitystä veron määräämiselle, tai
- 4) muuten petollisesti aiheuttaa tai yrittää aiheuttaa veron määräämättä jättämisen tai sen määräämisen liian alhaiseksi taikka veron aiheettoman palauttamisen.

Ratkaisussa KKO 2023:15 otettiin kantaa kolmeen ensinnä mainittuun tekotapaan. KKO ei käsitellyt neljättä tekotapaa ”muuten petollisesti”.⁹ Tämä on ymmärrettävää, koska sovellettavaksi tulivat toinen ja kolmas tekotapa. Neljäs tekotapa voi tulla sovellettavaksi vain, jos kolmen ensimmäisen tekotavan tunnusmerkit eivät täyty.

Mielenkiintoinen on KKO:n suorittama systematisointi, joka koski kolmea ensinnä mainittua tekotapaa. Ratkaisun KKO 2023:15 perustelujen mukaan RL 29:1:n kaksi ensinnä mainittua tekotapaa edellyttävät verovelvollisen aktiivista

9. Neljännestä tekotavasta ”muuten petollisesti” ks. tarkemmin Asko Lehtonen, Veron kiertäminen ja veropetos veron torjunnan elementteinä, s. 144–151 teoksessa Edward Andersson (toim.), In memoriam Kari S. Tikka 1944–2006. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007 ja Ritva Sahavirta, Verorikokset, s. 212–217 teoksessa Raimo Lahti – Pekka Koponen (toim.), Talousrikokset. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007.

toimintaa joko tietojen tai veroilmoituksen antamisessa.¹⁰ Kolmatta tekotapaa kutsutaan passiiviseksi veropetokseksi.¹¹

RL 29:1:ssä tarkoitetun veropetoksen tekotapojen selvittämistä helpottaa vero-oikeudellisten perusteiden käsittely. Vero-oikeudelliset säännökset määrittävät sen, mitä vero-oikeudellista velvollisuutta verovelvollinen on rikkonut.

4. Vero-oikeudellinen ilmoittamisvelvollisuus

Asiassa oli kysymys luonnollisten henkilöiden pääomatuloista, joita oli jätetty ilmoittamatta veroilmoituksissa Suomessa. Tuloverotusta koskevan ilmoittamisvelvollisuuden perussäännös oli rikosten tekoaikana voimassa olleen verotusmenettelystä annetun lain (1145/2005, VML) 7 §:n 1 momentin säännös. Tämän säännöksen mukaan verovelvollisen oli verotusta varten ilmoitettava veroviranomaiselle veronalaiset tulonsa.¹² VML 7.2 §:n mukaan veroviranomainen lähetti luonnolliselle henkilölle veroviranomaisella olevien tietojen perusteella esitätetyn veroilmoituksen.¹³ VML 7.3 §:ssä oli säädetty verovelvolliselle useita velvollisuuksia. Ensinnäkin verovelvollisen oli tarkistettava esitätetyssä veroilmoituksessa olevat tiedot (tarkastusvelvollisuus).¹⁴ Verovelvollinen oli velvollinen korjaamaan ja täydentämään esitätetyn veroilmoituksen tiedot, jos esitätetyn veroilmoituksen tiedoissa oli puutteita tai virheitä (korjaamis- ja täydentämisvelvollisuus). Verovelvollisen oli palautettava korjattu ja täydennetty veroilmoitus (palauttamisvelvollisuus).¹⁵ Erikseen oli VML 7.3 §:ssä säädetty, että esitätettyä veroilmoitusta ei palauteta, jos tiedot olivat oikeat eikä verovelvollisella ollut muita veronalaisia tuloja tai muita verotukseen vaikuttavia tietoja. Verovelvollisen katsottiin antaneen veroilmoituksen esitätetyssä veroilmoituksessa olevien tietojen mukaisena, jos verovelvollinen ei palauttanut esitätettyä veroilmoitusta (VML 7.4 §).¹⁶

10. KKO 2023:15, kohdat 16 ja 18–19.

11. Aktiivisesta ja passiivisesta veropetoksesta ks. Asko Lehtonen, Veropetoksen tunnusmerkistöä. Poliisiammattikorkeakoulu 2011, s. 43.

12. VML 7.1 §:n säännös (15/2018) on nykyisin samansisältöinen.

13. VML 7.2 §:n säännös (15/2018) on nykyisin samansisältöinen.

14. VML 7.3 §:ssä (15/2018) säädetään myös nykyisin tarkastusvelvollisuudesta.

15. Palauttamisvelvollisuus on nykyisin muutettu ilmoittamisvelvollisuudeksi. Puuttuvat ja korjatut tiedot on ilmoitettava Verohallinnolle joko sähköisessä asiointipalvelussa tai erillisellä lomakkeella. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle veronkannon, verotuksen toimittamisen ja eräiden seuraamusmaksujen uudistamista koskevaksi lainsäädännöksi 97/2017 vp, s. 63, 141.

16. Ks. Matti Myrsky – Timo Rabinä, Verotusmenettely ja muutoksenhaku. Talentum Media 2015, s. 97–99.

KKO kiinnitti ratkaisunsa perusteluissa¹⁷ huomiota VML 7.4 §:n osalta hallituksen lakiesityksen perusteluihin. Niissä todettiin, että verovelvollinen laiminlöisi ilmoittamisvelvollisuutensa, jos hän ei korjaa ja palauttaa Verohallinnolle esitetyttä veroilmoitusta, jonka hän oli todennut puutteelliseksi tai virheelliseksi.¹⁸

Tässä kommentoitavassa ratkaisussa oli kysymys siitä, että verovelvolliset olivat esitetytyn veroilmoituksen täydentämättä jättämisellä ja palauttamatta jättämisellä laiminlyöneet VML 7 §:n 1 ja 3 momentissa säädettyjä velvollisuuksia.

5. Väärän tiedon antaminen

KKO otti ratkaisussa KKO 2023:15 erikseen kantaa siihen kysymykseen, olivatko verovelvolliset A ja B antaneet RL 29:1:n 1 kohdassa tarkoitettua väärän tiedon viranomaiselle verotusta varten veron määräämiseen vaikuttavasta seikasta. Tekotapatunnusmerkin sisällön selvittämisessä KKO tukeutui hallituksen lakiesityksen perusteluihin, joissa on todettu, että väärän tiedon antamista on esimerkiksi verotettavan tulon ilmoittaminen liian pienenä tai jonkin vähennyskelpoisen menon ilmoittaminen liian suurena.¹⁹

KKO lausui päätöksensä perusteluissa verovelvollisen A:n osalta, että A ei ollut esitetyillä veroilmoituksilla ilmoittanut mitään tietoja ulkomailta saaduista pääomatuloista. KKO katsoi tämän perusteella, että A ei ollut antanut niistä nimenomaisesti vääriä tietoja.²⁰

Verovelvollisen B:n osalta KKO lausui päätöksensä perusteluissa, että B oli verovuodelta 2013 palauttanut esitetytyn veroilmoituksen, jota hän oli täydentänyt ainoastaan tiedolla tilinumerostaan. KKO katsoi, että B ei ollut antanut vääriä tietoja ulkomailta saaduista pääomatuloistaan, koska hän ei ollut tehnyt mitään muutoksia veroilmoitukseen sisältyviin tulotietoihinsa.²¹

Yhteenvetona voidaan todeta, että verovelvolliset A ja B eivät olleet antaneet veroilmoituksissaan vääriä tietoja. RL 29:1:n 1 kohdan tekotapatunnusmerkki ei siten ollut täyttynyt. KKO:n tekemät johtopäätökset ovat korrekkejä ja vastaavat vakiintunutta oikeuskäytäntöä sekä oikeuskirjallisuudessa esitettyjä kannanottoja. KKO:n kannanottojen mielekkyys liittyy siihen seikkaan, että syyttäjä oli

17. KKO 2023:15, kohta 14.

18. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle eräiden verotusmenettelyyn liittyvien säännösten muuttamisesta 91/2005 vp, s. 32.

19. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsitteväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi 66/1988 vp, s. 62.

20. KKO 2023:15, kohta 23.

21. KKO 2023:15, kohta 24.

valituksessaan katsonut kummankin vastaajan osalta kysymyksen olevan RL 29:1:n 1 kohdan mukaisesta väärän tiedon antamisesta veron määräämiseen vaikuttavasta seikasta. KKO on ilmeisesti halunnut osoittaa, millainen käyttäytyminen ei ole väorien tietojen antamista.

6. Salaaminen veropetoksen tekotapana

KKO käsitteli erikseen RL 29:1:n 2 kohdassa tarkoitettua tekotapaa. KKO:n kannanoton mukaan sanottu tekotapa edellyttää sanamuotonsa perusteella verovelvollisen aktiivista toimintaa, kuten veroilmoituksen antamista.²² KKO katsoi, että verovelvollinen toimii aktiivisesti palauttamalla esitetyt veroilmoituksen korjattuna tai täydennettynä taikka vailla veron määräämiseen vaikuttavia muutoksiakin. Tällöin verovelvollisen menettelyä on perusteltua arvioida RL 29:1:n 2 kohdan nojalla.²³

KKO kuvasi tunnusmerkin ”salaamalla veron määräämiseen vaikuttavan seikan” sisältöä oman oikeuskäytäntönsä avulla. Ensinnä KKO viittasi ratkaisunsa KKO 2005:144, jossa oli katsottu sanotun tunnusmerkin tarkoittamaksi salaamiseksi kokonaisen tulolajin tai -erän ilmoittamatta jättäminen. Toiseksi KKO viittasi ratkaisunsa KKO 2007:102, jossa oli salaamiseksi katsottu myös se, että tietyistä tulolajista on jätetty ilmoittamatta vain osa.²⁴ Viittaus jälkimmäiseen ratkaisuun ei ole kovin adekvaatti, koska oikeuskysymyksenä KKO:ssa ei ollut veropetoksen tekotapatunnusmerkistö. Tässä tapauksessa lääkäri ei ollut ilmoittanut veroilmoituksissaan sivutuloina saamiaan lääkärinpalkkioita, jotka hän oli laskuttanut erään lääkäriaseman kautta.²⁵

Verovelvollisen A:n osalta KKO lausui, että A oli palauttanut esitetyt veroilmoitukset kotitalousvähennystä koskevilla tiedoilla täydennettyinä mutta jättänyt ilmoittamatta ulkomailta saamansa pääomatulot. KKO katsoi, että hänen menettelyään oli arvioitava RL 29:1:n 2 kohdan perusteella veron määräämiseen vaikuttavan seikan salaamisena.²⁶

KKO totesi, että verovelvollinen B oli verovuodelta 2013 palauttanut esitetyt veroilmoituksen, jota hän oli täydentänyt ainoastaan tiedolla tilinumerostaan. B ei ollut tehnyt veroilmoitukseen veron määräämiseen vaikuttavia

22. KKO 2023:15, kohta 16.

23. KKO 2023:15, kohta 19.

24. KKO 2023:15, kohta 23.

25. Ratkaisun KKO 2007:102 kommentoinnista ks. tarkemmin Ritva Sahavirta, KKO 2007:102. Tuloveroon kohdistuva veropetos ja teon yksilöiminen, s. 231–233 teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentit 2007:II. Talentum 2008.

26. KKO 2023:15, kohdat 22 ja 23.

muutoksia. KKO lausui lisäksi, että B ei ollut jättäytynyt verotusmenettelyssä passiiviseksi vaan oli esitäytetyn veroilmoituksen palauttamalla antanut veroilmoituksensa esitäytetyssä veroilmoituksessa olevien tietojen mukaisena. KKO katsoi, että B:n menettelyä on tältä osin arvioitava RL 29:1:n 2 kohdan perusteella veron määräämiseen vaikuttavan seikan salaamisena.²⁷

Yhteenvetona voidaan todeta, että A ja B olivat kumpikin edellä selostetulla menettelyllään aiheuttaneet veron määräämisen liian alhaiseksi. A oli verovuosisilta 2013–2015 ja B verovuodelta 2013 salannut verotusta varten annetussa ilmoituksessa veron määräämiseen vaikuttavan seikan eli ulkomailta saadut pääomatulot.

7. Passiivinen veropetos

KKO tukeutui RL 29:1:n 3 kohdan eli passiivisen veropetoksen osalta hallituksen lakiesityksen perusteluihin.²⁸ KKO lausui, että lakiesityksen mukaan passiivisestä veropetoksesta on kysymys silloin, kun tekijä laiminlyö velvollisuuden, jolla on merkitystä määrättäessä veroa joko hänelle itselleen tai toiselle.²⁹ KKO totesi lisäksi, että passiivisena veropetoksena rangaistavaa voi RL 29:1:n 3 kohdan sanamuodon perusteella olla minkä tahansa veron määräämiseen vaikuttavan velvollisuuden laiminlyönti.³⁰ KKO katsoi, että RL 29:1:n 1 ja 2 kohdan mukaisen tekotapojen tunnusmerkistö ei täyty tilanteessa, jossa verovelvollinen pysyttelee täysin passiivisena, vaikka verotusmenettelyssä tällaisenkin menettelyn voidaan katsoa merkitsevän tietojen antamista. KKO viittasi lisäksi hallituksen lakiesityksen perusteluihin. Niissä on todettu, että RL 29:1:n 3 kohdassa tarkoitettuun passiiviseen veropetokseen voi syyllistyä lain säätämisen aikaisessa veroehdotusmenettelyssä esimerkiksi laiminlyömällä ilmoittaa tarkkailutiedosta poikkeavat tiedot.³¹ KKO:n mukaan verovelvollinen laiminlyö verotusta varten säädetyin velvollisuutensa myös silloin, jos hän ei korjaa ja palauta Verohallinnolle esitäytettyä veroilmoitusta, joka hänen tietensä on veron määräämiseen vaikuttavan seikan osalta virheellinen tai puutteellinen.³² KKO katsoi lisäksi, että verovelvollisen menettelyä on arvioitava RL 29:1:n 3 kohdan mukaisena ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntinä, jos verovelvollinen jää täysin passiiviseksi

27. KKO 2023:15, kohta 24.

28. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 29 luvun 1 §:n muuttamisesta 16/1997 vp, s. 2–3.

29. KKO 2023:15, kohta 12.

30. KKO 2023:15, kohta 16.

31. Ks. HE 16/1997 vp, s. 3.

32. KKO 2023:15, kohta 18.

jättämällä palauttamatta Verohallinnolle esitetytyn veroilmoituksen, jonka hän on todennut puutteelliseksi tai virheelliseksi.³³

KKO totesi, että verovuosilta 2014–2015 verovelvollinen B ei ollut lainkaan palauttanut esitetyttä veroilmoitusta. B oli siten kokonaisuudessaan laiminlyönyt VML 7 §:n mukaisen ilmoittamisvelvollisuutensa, vaikka hänellä on ollut sanottuina verovuosina ulkomailta saatuja pääomatuloja. Korkein oikeus katsoi, että B:n menettelyä on tältä osin arvioitava RL 29:1:n 3 kohdan mukaisena passiivisena veropetoksena.³⁴

8. Tahallisuusarviointi

RL 29:1:n 1 ja 2 kohdassa on säädetty veropetoksen rangaistavuuden edellytykseksi tahallisuus. Saman pykälän 3 kohdassa on asetettu rangaistavuuden edellytykseksi veron välttämistarkoitus eli tarkoitustahallisuus.

RL 3:6:ssä säädetään seuraustahallisuudesta. Tämän säännöksen mukaan tekijä on aiheuttanut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen tahallaan, jos hän on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen taikka pitänyt seurauksen aiheutumista varmana tai varsin todennäköisenä. Vähimmäisvaatimuksena on se, että tekijä on pitänyt seurauksen aiheutumista varsin todennäköisenä (todennäköisyys-tahallisuus).³⁵

KKO lausui tahallisuuden arvioinnin perusteeksi, että A:n ja B:n syyksi voidaan lukea RL 29:1:n 2 kohdassa tarkoitettu veropetos, jos A ja B ovat pitäneet vähintään varsin todennäköisenä, että heidän asiakkuustililleen varainhoitoyrityksessä oli kertynyt tuottoa, joka heillä oli velvollisuus ilmoittaa Suomessa veroilmoituksellaan, ja että tulojen ilmoittamatta jättämisen seurauksena oli veron määrääminen liian alhaiseksi.³⁶

Tahallisuuden arviointi vaikeutui RL 4:1:ssä tarkoitettun tunnusmerkistöerehdyksen³⁷ vuoksi. A ja B olivat kiistäneet olleensa tietoisia siitä, että sijoitetuista varoista oli syntynyt tuottoa. RL 4:1:n mukaan teko ei ole tahallinen, jos tekijä ei teon hetkellä ole selvillä kaikkien niiden seikkojen käsillä olost, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää. Sama koskee sitä, jos hän erehtyy sellaisesta seikasta. KKO ei uskonut verovelvollisten tietämättömyyteen kommentoitavassa tapauksessa. KKO katsoi, että tunnusmerkistöerehdystä koskevaa

33. KKO 2023:15, kohta 19.

34. KKO 2023:15, kohta 25.

35. Ks. seuraustahallisuudesta tarkemmin esim. hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 44/2002 vp, s. 15–16, 71–88.

36. KKO 2023:15, kohta 26.

37. Ks. tunnusmerkistöerehdyksestä tarkemmin HE 44/2002 vp, s. 17, 105.

säännöstä ei ole perusteltua tulkita niin, että tarkoituksellinen tietämättömyys käsillä olleista tunnusmerkistötekijöistä riittäisi poistamaan tahallisuuden. Tämän kannan tueksi KKO viittasi aikaisemman ratkaisunsa KKO 2006:64 perustelujen kohtaan 7, jossa oli omaksuttu sama kanta.³⁸

KKO kiinnitti tahallisuuden arvioinnissa ensinnä huomiota siihen seikkaan, että A oli myöntänyt tutustuneensa varainhoitoyrityksen vuosittain lähettämään yhteenvetoon sijoitusten kokonaissummasta. KKO lausui lisäksi, että A ja B olivat itse avanneet asiakkuuden varainhoitoyrityksessä, joka oli heidän toimeksiantonaan sijoittanut heidän varojaan. A:n ja B:n mukaan kysymys oli ollut lähinnä eläkepäiviä varten säästetyistä varoista. KKO katsoi, ettei A:n ja B:n tahallisuus edellyttänyt sitä, että he olivat olleet tietoisia tuottojen tai tappioiden tarkasta summasta. Kun otetaan huomioon varainhoitoyrityksen luonne ja tietoisuus sijoittamisesta, A:n ja B:n on täytynyt pitää vähintään varsin todennäköisenä, että sijoitusten ansiosta heidän asiakkuustililleen kertyy myös tuottoa. KKO katsoi edelleen, että heidän oli täytynyt pitää vähintään varsin todennäköisenä sitä, että tulojen ilmoittamatta jättämisen seurauksena oli veron määrääminen liian alhaiseksi. KKO katsoi lopuksi, että A ja B olivat toimineet RL 29:1:n 2 kohdan edellyttämällä tavalla tahallisesti.³⁹

KKO lausui, että B:n menettelyä on verovuosien 2014–2015 osalta arvioitava RL 29:1:n 3 kohdan mukaisena passiivisena veropetoksena. KKO totesi, että B:n menettelyn syyksi lukeminen edellyttää rangaistussäännöksen sanamuodon ja lakivaliokunnan nimenomaisen lausuman⁴⁰ mukaisesti tarkoitustahallisuutta eli sitä, että B on verovuosilta 2014–2015 jättänyt ilmoittamisvelvollisuutensa täyttämättä veron välttämistarkoituksessa.⁴¹

KKO lausui lisäksi, että tarkoitustahallisuus on oikeuskäytännössä määritelty siten, että tietty laissa mainittu seuraus on toiminnan välitön ja ensisijainen päämäärä. Tämän kannan tueksi KKO viittasi aikaisemman ratkaisunsa KKO 2011:26 perustelujen kohtaan 11–13, jossa on omaksuttu sama kanta. KKO totesi, että sen arviointi, liittyykö menettelyyn tunnusmerkistössä edellytetty tarkoitus, joudutaan usein perustamaan objektiivisista tosiseikoista tehtäviin päätelmiin. KKO viittasi ratkaisunsa KKO 2009:59 perustelujen kohtaan 11, jossa on omaksuttu sama kanta.⁴²

KKO suoritti punnintaa eri seikkojen välillä. Se lausui aluksi, että B oli verovelvollisuutta koskevan kysymyksen noustua esiin välittömästi alkanut selvittää asiaa, tehnyt verotuksen oikaisuvaatimuksen ja maksanut määräämättä jääneet verot. Nämä seikat puhuivat jossain määrin sitä vastaan, että B olisi alun perin-

38. KKO 2023:15, kohta 27.

39. KKO 2023:15, kohta 28.

40. Ks. LaVM 16/1997 vp, s. 2.

41. KKO 2023:15, kohta 29.

42. KKO 2023:15, kohta 30.

kään toiminut veron välttämistarkoituksessa. KKO totesi toisaalta, että B oli kuitenkin ollut tietoinen varainhoitotilille tulevista tuotoista ja että B:n oli täytynyt ymmärtää myös näitä tuottoja koskeva ilmoitusvelvollisuus. KKO katsoi johtopäätöksensä B:n jättäneen tulot ilmoittamatta veron välttämistarkoituksessa, koska asiassa ei ollut ilmennyt mitään muuta uskottavaa selitystä ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnille kuin tarkoitus välttää veron maksaminen Suomeen.⁴³

9. Kieltoerhdys

Kieltoerhdyksestä säädetään RL 4:2:ssä. Tämän säännöksen mukaan tekijä on rangaistusvastuusta vapaa erehtyessään pitämään tekoaan sallittuna, jos erehtymistä on pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana 1) lain puutteellisen tai virheellisen julkistamisen, 2) lain sisällön erityisen vaikeaselkoisuuden, 3) viranomaisen virheellisen neuvon tai 4) muun näihin rinnastettavan seikan vuoksi.⁴⁴

A ja B olivat kiistämisensä perusteena vedonneet siihen, etteivät he tienneet verovelvollisuuden syntyneen myös Suomeen.⁴⁵ Asiassa oli siten otettava kantaa siihen kysymykseen, tulisiko jutussa sovellettavaksi RL 4:2:ssä tarkoitettu kieltoerhdysäännös.

KKO lausui, että A ja B olivat kertoneet, että varainhoitoyritys oli hoitanut tiliä ja myös kaikki veroihin liittyvät seikat. Tämän lisäksi A ja B olivat kertoneet, että he olivat olleet siinä käsityksessä, että Yhdysvaltoihin maksettu lähdevero oli ollut riittävä eikä verovelvollisuutta Suomeen ollut.⁴⁶

KKO totesi, että asiassa oli kysymys siitä, onko ulkomailta saatuja pääomatuloja koskenut verovelvollisuus Suomessa ja onko tällaisista tuloista siten tullut ilmoittaa veroilmoituksella. Kysymys ei ollut monitulkintaisesta asiasta. Verovelvollisuus oli käynyt selvästi ilmi myös esitetyltä veroilmoitukselta, jossa oli erillinen ilmoituskohta ulkomailta saaduille pääomatuloille. A:lla ja B:llä oli ollut mahdollisuus selvittää menettelynsä oikeellisuus. He eivät ole kuitenkaan vääntäneetkään tehneensä niin ennen vuotta 2018, jolloin verovelvollisuus oli tullut ilmi asianajotoimistolle muussa asiassa annetun toimeksiannon yhteydessä. Sanottujen toteamusten jälkeen KKO:n johtopäätös oli, että kerrotuissa olosuhteissa se, että A ja B olivat tehneet virheellisiä johtopäätöksiä tulojen veronalaisuudesta, ei vapauta heitä vastuusta RL 4:2:n nojalla.

Asko Lehtonen

43. KKO 2023:15, kohta 31.

44. Kieltoerhdyksestä ks. tarkemmin HE 44/2002 vp, s. 105–108.

45. KKO 2023:15, kohta 32.

46. KKO 2023:15, kohta 33.

Kokonaisvaltainen teoria oman aikamme oikeudesta

Lakimies
1/2024
s. 139–145

Kaarlo Tuori

Properties of Law. Modern Law and After

Cambridge University Press 2021. 314 sivua.

1. Tausta ja teoksen perusasetelma

Nyt arvioitava teos on ilmestynyt Cambridgen yliopiston vuodesta 1970 julkaisemassa sarjassa Law in Context. Julkaisusarjaan otetaan sen esittelytekstin mukaan teoksia, joita yhdistää oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden kriittinen tarkastelu niiden kulttuurisessa, yhteiskunnallisessa, poliittisessa, teknologisessa, ekologisessa ja taloudellisessa toimintaympäristössä. Tällaisen kriittisen tarkastelun katsotaan edellyttävän näkökulmaa, jossa oikeutta koskevia kysymyksiä tarkasteltaessa hyödynnetään sellaisia humanististen ja yhteiskuntatieteiden aineistoja, joiden avulla voidaan ymmärtää ja selittää tutkimuksen kohteena olevien oikeudellisten ilmiöiden tai oikeudenalan käytännön toimintoja. Kaarlo Tuorin teos Properties of Law (Properties-teos) on kotonaan tässä julkaisusarjassa.

Mikä oikeuttaa tällaisen arvion? Mikä on Properties-teoksen kritiikin ydin ja millä tavalla se johtaa hyödyntämään kulttuurista, yhteiskunnallista, poliittista, teknologista, ekologista ja taloudellista aineistoa? Sanottakoon heti, että Tuori on tehnyt tietoisin valinnan, että hän jättää pois tästä teoksesta ekologian, esimerkiksi ilmastonmuutoksen, vaikutusten tarkemman arvioinnin (paria mainintaa lukuun ottamatta). Sen sijaan muiden edellä mainittujen alojen – tai tutkimuksellisten näkökulmien – aineistoja käytetään Properties-teoksessa julkaisusarjan edellyttämällä tavalla innovatiivisesti. Tuorin tarkastelujen kantavana piirteenä, joka ei ole yllätys hänen tuotantoonsa aiemmin perehtyneelle lukijalle, on asettaa keskiöön oikeuden yhteiskunnallisuus laajasti ymmärrettynä eli niin, että se sisältää yhteisöllisyyden ohella poliittisen, taloudellisen ja kulttuurisen sekä erityisesti teoksen jälkisanoissa (Epilogue) myös teknologisen (konkreettisenä teemanaan oikeuden digitalisoituminen) ulottuvuuden.

Mitkä sitten ovat tarkemmin teoksen otsikossakin nimetyt oikeuden ominaispiirteet (properties)? Mitä ja miten oikeus on? Tuorin mukaan oikeus on ensinnäkin erilaisia oikeudellisia käytäntöjä. Oikeus on osa ihmisten arkipäivän

* Juha Karhu, OTT, professori emeritus, Lapin yliopisto.

elämää ja sen tapahtumia, mutta oikeus on myös ammatillisesti eriytyneitä toimintoja, ammattikäytäntöjä. Toisekseen oikeus on normeja, joista muodostuu sisäistä koherenttisuutta ja johdonmukaisuutta tavoitteleva oikeusjärjestys. Vaikka tältä normatiiviselta ulottuvuudeltaan oikeus on erityisesti viime vuosisadat ollut pintatasoltaan näkyvästi kansallista, oikeus on aina ollut ja on myös jatkossa muutakin kuin kansallisvaltioiden oikeutta: oikeus on jälleen alkanut olla yhä näkyvämmiin transnationaalisiin järjestelyihin, mutta oikeudeksi tunnustetaan ja tunnustetaan myös alkuperäiskansojen perinnäistapoja ja käytäntöjä (customary law) sekä uskontopohjaisia normijärjestelmiä (religious law). Siten kolmantena nykyajan oikeuden ominaispiirteenä on moninaisuus eli oikeuspluralismi. Oikeus on siten vuorovaikutteinen yhdistelmä yhteiskunnallista tosiasiallisuutta (faktisiteetti), erityistyyppistä normatiivisuutta (normativiteetti) ja oikeuspluralistista moninaisuutta.

Tuorin tavoitteena Properties-teoksessa on kehittää kokonaisvaltainen teoria oikeudesta. Kokonaisvaltaisen oikeuden teorian kehittelyn teoreettisena lähtökohdasta ja rakentavan kritiikin kohteena on oikeuspositivismi. Ei siksi, että oikeuspositivismi olisi oikeuden yleisenä teoriana muita teorioita parempi, vaan siksi, että siinä on selkeät kiinnepohdat nimenomaan modernin oikeuden aikakauden oikeusmuodon peruspiirteisiin – tekstuaalisuuteen, säädännäisyyteen, pakottavuuteen sekä järjestyksen ja vakauden ylläpitoon yhteiskunnallisissa suhteissa (sivut 127–137). Oikeuspositivismi on oikeuden ominaispiirteiden analyyseissa kuitenkin vain käsitteellinen lähtökohhta (sivu 29). Tämän lähtökohdan pohjalta Tuori kehittää kokonaisvaltaista oikeuden teoriaa, joka tarjoaa vaihtoehdon omiin klassikkoihinsa (erityisesti Hans Kelsen ja H. L. A. Hart) kiinni jämähtäneelle oikeuspositivismille. Vaihtoehdon, joka tavoittaa paremmin meidän aikakautemme oikeuden globaalien moninaisuuden ja joka sallii muiden perustavanlaatuisien oikeusteorioiden kanssa käytävän tasavertaisen keskustelun ja jopa inspiroi siihen.

Uuden kokonaisteorian sisältöä haetaan oikeuspositivismille tyyppillisten jäännöksettömien palauttamisten eli reduktioiden kritiikkien välityksellä. Properties-teos on jäsenetty näiden reduktiokritiikkien mukaisesti. Teoksen I osa sisältää kritiikin sitä oikeuspositivismiin lähtökohdasta kohtaan, että kaikki oikeus palautetaan jäännöksettömästi oikeuden normatiivisuuteen, jolloin oikeuden yhteiskunnallisuus sulkeistetaan ja marginalisoidaan. II osassa kritiikki kohdistuu siihen, että oikeuden normatiivisuus puolestaan palautetaan jäännöksettömästi oikeuden pintatasolle ja pinnanalaisen oikeuskulttuurisen aineksen merkitys latistetaan. III osan kritiikin kärki taas on globaalien oikeuden moninaisuuden jäännöksettömässä palauttamisessa vain valtiollisten oikeuksien rinnakkaiseksi erilaisuudeksi ja kaiken ei-valtiollisen oikeuden sivuuttamisessa ja näin tosiasiallisen oikeuspluralismin kieltämisessä.

Teoksen päättävät jälkisanat (Epilogue) sisältävät muutaman kurkistuksen tulevaisuuteen. Mitä tarkoittaisi oikeuden läpidigitalisoituminen? Entä olem-

meko jollain aikavälillä jättämässä jäähyväisiä demokraattiselle oikeusvaltiolle? Epilogissa näiden mahdollisten kehityssuuntien merkittävyys suhteellistetaan osoittamalla, että moderni oikeus – tai tarkemmin modernille oikeudelle tyypillinen oikeuspositivistinen analytiikka – ei koskaan ollutkaan omasta universaalisuuden uskostaan huolimatta globaali. Ei-valtiollisen oikeuden ilmentymät ovat paitsi olleet samanaikaisia kansallisvaltion oikeuden kanssa myös edeltäneet sitä (uskonnolliset oikeudet ja alkuperäiskansojen oikeudet) ja tulleet sen jälkeen (transnationaalinen oikeus). Kansallisvaltion oikeuden eräänlainen sisäänrakennettu edellytys on suvereenisuus, ja juuri tätä suvereenisuusvaadetta kyseenalaistavat niin transnationaalinen oikeus kuin uskonnolliset ja alkuperäiskansojen oikeudet.

2. Teoksen metodologiasta

Metodisessa suhteessa Properties-teoksen kontekstuaalisuus ilmenee niin sanottuna perspektivisminä (perspectivism) eli moninäkökulmaisuuksena. Tuorin mukaan (esimerkiksi sivu 22) ei ole olemassa oikeutta sinänsä vaan ainoastaan oikeutta jonkun erityisen yhteiskunnallisen tai oikeudellisen toimijan erityisestä näkökulmasta. Se, mitkä piirteet oikeudesta kulloinkin ovat näkyvissä, riippuu siitä, kuka oikeutta tarkkailee ja mistä pisteestä käsin. Tärkeää on kuitenkin ymmärtää, että Properties-teoksen moninäkökulmaisuus on nimenomaan oikeuden sisäinen ominaisuus, *perspectivism in law*. Sen sijaan *perspectivism* on *law* pohjautuu oikeuden ulkoiseen tarkasteluun, se on eräänlaista *Fremdbeschreibung*a Niklas Luhmannin tarkoittamalla tavalla, siis oikeuden tarkastelua jonkin toisen sosiaalisen systeemin näkökulmasta.

Oikeuden sisäinen moninäkökulmaisuus (*perspectivism in law*) johtuu oikeuden olemisen monista muodoista. Kun oikeus on normatiivisen oikeusjärjestyksen lisäksi olemassa erilaisina yhteiskunnallisina käytäntöinä, oikeutta ikään kuin eletään osana moniaineksista yleistä yhteiskunnallista normatiivisuutta ja kunkin toimijan yhteiskunnallisen roolin välittämänä. Ihmisten elämismaailman jännitteisissä tilanteissa oikeus saattaa ilmetä oikeusjärjestyksenä myös ei-oikeudellisille toimijoille, mutta tällöinkin he havaitsevat oikeudesta osaksi eri piirteet kuin oikeuden ammattilaiset. Oikeuden ammattilaisilla, kuten modernin oikeuden aikakaudella lainsäätäjällä, on erityinen ja ensisijainen näkökulma oikeuteen keinona saavuttaa sen avulla poliittisesti asetetut yhteiskunnalliset tavoitteet. Oikeudenkäyntiasiamiehellä taas on näkökulmana asiakkaansa ”ei-oikeudelliset” edut ja niiden toteutumisen edistäminen lain mahdollistamin keinoin. Tuomarille puolestaan keskeistä on legaliteetti eli lain osoittamissa ra-

joissa toimiminen. Lainopin harjoittajat taas ovat kaksoiskansalaisia, sekä tieteen että oikeuden sisäisiä toimijoita.

Tuorin metodi ilmenee kuitenkin myös muutoin kuin moninäkökulmaisuu-
tena. Varsinkin oikeuspositivismissa, niin Kelsenin kuin Hartin kehittelemissä
oikeusteorioissa, oikeutta analysoitiin käyttämällä kaksijakoisia käsitteellisiä
erotteluja. Kelsenille oli tärkeää pitää oikeudelle ominainen pitämisen maailma
(Sollen) erillään psyykkisten ja fyysisten asioiden olemisen maailmasta (Sein).
Hart puolestaan on tunnettu – ja kritisoitu – tekemästään oikeuden ja moraalin
erottamisesta toisistaan (niin sanottu separation thesis). Metodisina siirtoina
nämä valinnat toimivat vahvan kaksijakoisuuden maailmassa: joko olemisen
ja pitämisen maailmat pidetään toisistaan erillään ja oikeutta tarkastellaan yh-
teiskunnallisuudesta erotetuin puhtain käsittein tai sitten ollaan käsitteellisessä
sekamelskassa. Tällöin oikeuden pätevyys tunnistetaan kriteerillä, jossa ei ole
moraalista komponenttia, koska muutoin menetetään mahdollisuus oikeuden
moraaliseen kritiikkiin. Tuorin metodinen perusvalinta on käyttää – ja tässä
mielessä jatkaa – oikeuspositivismissa hyödynnettyjä analyttisiä erotteluja
mutta pitää niitä ehdottomia joko–tai–valintoja asettavien rajanvetojen sijasta
sekä–että–ominaisuuksina. Oikeus on sekä pitämisen maailman normatiivinen
järjestys että olemisen maailman oikeudellisia käytäntöjä. Oikeus ja moraalit
lomittuvat toisiinsa esimerkiksi ihmis- ja perusoikeuksissa tavalla, jossa oikeus
ja moraalit jakavat saman arvolähtökohdan. Sekä Kelsenin että Hartin teorioissa
oikeus pelkistyy pintatason normeiksi ja pinnanalaisen oikeuskulttuurin tärkeä
rooli jää tunnistamatta.

Käsitteellisten rajanvetojen ja niihin perustuvien reduktioiden sijasta Proper-
ties-teoksen tarkastelujen painopiste on vuorovaikutuksessa. Juuri dynaamisten
vuorovaikutusten tunnistamisen ja erittelyn myötä Tuori pystyy avaamaan nä-
kymiä siihen, miten oikeus on yhteiskunnassa ja miten oikeus toimii yhteiskun-
nassa. Dynaamisten vuorovaikutusten näkökulmasta oikeuden asemaa yhteis-
kunnassa ei ole perusteita, perinteisen oikeuspositivismin tapaan, supistaa tai
pelkistää modernin valtiollisen oikeuden paradigman eli lainsäädännön (Kelsen)
tai prejudikaattinormiston (Hart) mukaiseksi. Esimerkiksi parlamenttilait ovat
menettämässä esikuvanomaista eli kaiken oikeuden ideaalityyppejä muodostavaa
asemaansa, vaikka niillä on jatkossakin oma merkityksensä moninaisen oikeu-
den kokonaisuudessa. Parlamenttilait eivät kuitenkaan ole korvautumassa jol-
lakin muulla tarkasti tunnistettavalla oikeuden muodolla. Yhden paradigman
varaana muodostuvan ideaalityypin sijasta siirtymää modernin oikeuden aika-
kauden jälkeiseen aikaan kuvaa parhaiten pluraali ideaalityyppi.

Ideaalityyppien metodisessa käytössä Tuorilla on luonnollisesti referenssi-
nään Max Weber mutta olennaisesti myös Georg Jellinek. Jellinek koetti muo-
dostaa liberaalin oikeusvaltion ideaalityyppeihin perustuvan kokonaiskuvan
Itävalta-Unkarin kahdesta autonomisesta yksiköstä muodostuvasta kaksois-
monarkiasta. Tuori puolestaan hakee sellaista moniaineksista modernin oikeu-

den myöhäisvaiheen ideaalityyppiä, joka sopisi paremmin nykyiseen oikeuspluralismiin. Uudessa ideaalityypissä modernin aikakauden valtion oikeus ei ole vain normatiivista pintaa vaan ensimmäisen tason oikeussuhteita ja erityisiä oikeudellisia ammattikäytäntöjä (sivu 31): ”In sum, my ideal modern state law consists of full-blown legal regime where surface-level legal order is supported by legal-cultural layers, and where the legal order is primarily realised in first-order sociolegal practices and (re)produced in specialized legal practices.”

3. Arviointia

Kokonaisvaltaisessa modernin oikeuden teoriassa olettaisi olevan erityinen jakso oikeudenmukaisuudesta. Sellaista ei kuitenkaan sisälly Properties-teokseen. Sellitys on yksinkertainen. Oikeuden pintatasolle rajoittuvassa oikeuspositivismissa oikeudenmukaisuus pelkistyy vain muodolliseen yhdenvertaisuuteen lain edessä. Tuorin vaihtoehdossa puolestaan oikeus ja moraali ovat jatkuvassa dynaamisessa vuorovaikutuksessa keskenään erityisesti ihmis- ja perusoikeuksien välityksellä. Kun mukaan otetaan lähtökohta oikeuden ilmenemisestä myös tosiasiallisina yhteiskunnallis-oikeudellisina suhteina, esimerkiksi kysymys oikeuden legitimitetistä muuttuu muodollisten tunnusmerkkien tarkastelun sijasta olennaisemmin empiirisesti arvioitavaksi väitteeksi (sivu 173).

Globaalin oikeuden moninaisuuden tunnistaminen ja tunnustaminen on perusteltu lähtökohta. Kun oikeuspluralismi saa varsin keskeinen aseman Properties-teoksessa, olisi olettanut, että uuden teorian ideoita olisi systemaattisesti arvioitu suhteessa oikeusvertailevaan tutkimukseen. Tuori käyttää oikeuspositivismia heuristisena käsitteellisenä puitteena modernin oikeuden hahmottamiselle (sivu 215). Mielenkiintoisen haasteen tässä suhteessa olisi tarjonnut Patrick Glenn ja hänen tapansa jäsentää oikeuksien moninaisuus (diversity) lähtökohtaisesti kunkin perinteen omilla ehdoilla. Esimerkiksi alkuperäiskansojen oikeudet Glenn kokoaa yhteen perusideanaan niissä kaikissa ilmenevä ihmisyyhteisön erityissuhde maahan ja luonnonympäristöön.¹ Jaakko Husa puolestaan on vastikään eritellyt sitä, miten meidän maallistuneet länsimaiset oikeusjärjestelmämme edelleen sisältävät uskonnollisperäisiä elementtejä.²

1. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable diversity in law*. Fifth Edition. Oxford University Press 2014.
2. Jaakko Husa, *Christianity and Comparative Law* (ilmestyy *Oxford Journal of Legal Studies* -julkaisussa).

4. Lopuksi

Kaikkiaan Properties-teoksen lukeminen on monin tavoin palkitsevaa. Teoksessa yhdistetään Tuorin aiemmin kehittämiä tarkastelutapoja ja elementtejä jäntevällä tavalla kokonaisvaltaiseksi – mutta ei tietenkään kaikenkattavaksi – teoriaksi oman aikamme oikeudesta. Haluan erikseen mainita tässä eräänlaisiksi lukuvinkeiksi muutaman itseäni erityisesti puhutelleen jakson:

Tuori on monessa aikaisemmassa kirjassaan pohtinut oikeusperiaatteiden asemaa oikeuden teoriassa, muun muassa sitä, ovatko oikeusperiaatteet oikeusnormeja vai oikeuslähteitä. Nyt oikeusperiaatteita koskeva jakso (sivut 173–185) perustuu ajatukselle siitä, että oikeusperiaatteilla, kuten rikosoikeuden laillisuusperiaatteella, sopimus oikeuden *pacta sunt servandalla* tai hallinto-oikeuden tarkoitussidonnaisuuden periaatteella, on osana oikeuden normatiivisuutta monia funktioita.

Transnationaalinen oikeuden ilmentyminen analysoidaan EU-oikeutta (sivut 226–229) ja ihmisoikeuksia (sivut 234–238). Molemmissa jaksoissa tuodaan selkeän havainnollisesti esiin tällaisten normisysteemien erityispiirteet.

Perustuslain moniulotteista asemaa modernissa oikeudessa (sivut 186–202) tarkastellaan ”Suurena Välittäjänä” oikeuden ja politiikan välillä, pinnanalaisten oikeusperiaatteiden ja pintatason lainsäädännön välillä ja oikeuden perustavan vallan ja oikeudella perustetun vallan välillä. Arvelen, että jaksossa on pystytty hyödyntämään Tuorin kokemuksia Euroopan neuvoston puitteissa toimivan Venetsia-toimikunnan pitkäaikaisena jäsenenä.

Erialaisten vuorovaikutusten merkityksen painottaminen haastaa tarkentamaan sitä, millä ehdoilla ja miten vuorovaikutus sitten on mahdollista. Interlegaalisuuden ideaa koskevassa jaksossa (sivut 239–243) Tuori hakee satunnaisia systemaattisempien keskusteluyhteyksien ehtoihin liittyviä kosketuskohtia.

Olen itse vieroksunut ajatusta oikeustieteestä oikeuslähteenä, varsinkin Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin kehittämän oikeuslähteopin mukaisena auktoritatiivisena oikeuslähteenä. Nyt Properties-teoksen eri kohdista muodostuu koottuna vakuuttava esitys siitä, miten lainopin kaksoiskansalaisuus samanaikaisesti tieteenä ja yhtenä erityynteistä oikeudellisista ammattikäytännöistä ilmenee ja toteutuu.

Kelsen-tulkinnat. Tuorin Kelsen-luennat on vahvasti suhteutettu Kelsenin omaan teoreettiseen ja intellektuaaliseen kehittymiseen. Erityisen mielenkiintoisia ovat Tuorin analyysit siitä, miten Kelsen arvioisi viimeaikaisia ei-oikeusvaltiollisia kehityslinjoja.

Properties-teos on kaikille Tuorin julkaisuille ominaiseen tapaan selkeästi ja johdonmukaisesti kirjoitettu: lukija pysyy koko ajan hyvin selvillä siitä, mitä teemaa milloinkin käsitellään ja mikä on kulloisenkin teeman paikka ja merkitys kokonaisteoriassa. Teoksessa on myös laadukas hakemisto.

Tuorin uusi teos avaa mielenkiintoisia näkymiä vilkkaasti käynnissä olevaan keskusteluun oikeuspluralismista. Alaotsikkonsa mukaisesti siinä pohditaan myös kysymystä siitä, mitä tulee modernin oikeuden jälkeen. Rohkeasti tulkiten Tuorin voisi ymmärtää väittävän, että oikeuspositivistisesti ymmärrettyä kansallisvaltion oikeutta – ja ehkä myöskään oikeusvaltiota – ei enää ole syytä pitää kaiken oikeuskehityksen ylimpänä päätepisteenä. Tämä meille tuttu ideaalityyppi saa, kenties joillekin oikeusvaltiota dogmaattisesti puoltaville yllätykseksi, vahvemman aseman globaalien oikeuden muutoksissa, kun se asetetaan tasavertaiseen dialogiin transnationaalien, uskonnollisten ja alkuperäiskansojen oikeuksien kanssa. Mene ja tiedä.

Juha Karhu

Todistajanpsykologiasta tukea henkilötodistelun arviointiin

Lakimies
1/2024
s. 146–149

Julia Korkman

Muistin varassa – Oikeusprosessi ja totuus

Kustantamo S&S 2022. 344 sivua.

1. Oikeuspsykologisen osaamisen tarve

Oikeuspsykologia on määritelty kattokäsitteeksi, jonka alaan kuuluu lähes kaiken tyyppinen psykologisen tiedon käyttö oikeudellisissa yhteyksissä. Todistajanpsykologia voidaan määritellä oikeuspsykologian alalajiksi, joka koostuu psykologian eri osa-alueista. Todistajanpsykologia tutkii todistajan havaintojen, muistiprosessien, haastattelun ja lausuntojen luotettavuuden psykologista selvittämistä.¹

Oikeuspsykologian opinnot eivät ole perinteisesti olleet pakollinen eivätkä usein valinnainenkaan osa suomalaisten yliopistojen tarjoamaa oikeustieteen koulutusohjelmaa. Tämä on vaikuttanut osaltaan siihen, ettei oikeus- eikä todistajanpsykologiaa ole aina sovellettu tuomioistuinten yksittäisissä näyttöratkaisuissa, vaikka siitä olisi ollut merkittäväkin hyötyä. Arviolta noin kymmenen viime vuoden aikana kiinnostus oikeuspsykologiaa kohtaan näyttää lisääntyneen Suomessa tuomareiden ja muiden juristien keskuudessa. Myös mahdollisuudet osallistua oikeuspsykologian alan koulutuksiin ovat lisääntyneet, ja kursseille on ilmoittautunut jopa enemmän osallistujia kuin niille on voitu ottaa. Kiinnostuksen ja kouluttautumismahdollisuuksien lisääntyminen on ollut toivottava kehityskulku, koska ainakin lainkäytössä vähintään oikeuspsykologian perusteiden osaamista voidaan pitää välttämättömänä.

* *Teija Stanikić*, OTT, hovioikeudenneuvos, Helsingin hovioikeus.

1. Oikeus- ja todistajanpsykologian määritelmiä on esitetty myös suomalaisessa prosessi-oikeudellisessa kirjallisuudessa. Ks. edellä mainittu oikeuspsykologian määritelmä teoksesta Päivi Hirvelä, Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. WSOYpro 2006, s. 250. Paljolti toisiaan vastaavasti todistajanpsykologian ovat määritelleet Hannu Tapani Klami, Todistajanpsykologiaa juristeille, s. 127–170 teoksessa Hannu Tapani Klami (toim.), Todistelun ongelmia. Lakimiesliiton Kustannus 1995, s. 129 ja Hirvelä edellä mainitussa teoksessaan. Ks. määritelmistä kootusti Henna Marjosola, Todistajankertomuksen luotettavuus. Henkilötodistelun selvittäminen, vastaanottaminen ja arviointi oikeuspsykologisen tutkimuksen valossa. Helsingin yliopisto 2021, s. 2–3 ja Teija Stanikić, Silminnäkijätunnistamisen näyttöarvo. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015, s. 51–52.

2. Kirjan rakenne ja käsiteltävät kokonaisuudet

Julia Korkman käsittelee kirjassaan yhdeksää eri oikeuspsykologian tutkimuskohdetta, jotka kaikki kytkeytyvät tiiviisti kirjan otsikon mukaisesti ihmisen muistin merkitykseen oikeusprosesseissa. Kirjan ensimmäinen luku toimii johdantona antaen yleiskuvan siitä, millaisissa erilaisissa yhteyksissä psykologian alalla tehtyjen muistin tutkimusten tuloksilla ja ylipäätään oikeuspsykologisella tutkimustiedolla voi olla merkitystä oikeusprosesseissa sekä elämässä yleisemmin. Esiin nostetaan muun ohella muistikuvien muokkautuvuus, mieleen palauttaminen, etäisyyksien arviointi ja kysymysten asettamisen merkitys kuulusteluissa.

Johdannon jälkeen seuraavissa luvuissa yksittäiset oikeuspsykologian tutkimusaiheet saavat kukin omat lukunsa, joissa niitä käsitellään yksityiskohtaisemmin. Lukujen aiheiksi valikoituneiden kysymysten valintaa ei ole kirjassa nimenomaisesti perusteltu, mutta lainkäytön näkökulmasta tarkasteltuna teoksessa on kattavasti edustettuina ne kysymykset, jotka tulevat useimmiten ajankohtaisiksi arvioitaessa henkilötodistelun luotettavuutta tuomioistuimissa. Samalla valittujen aiheiden voi todeta olevan sellaisia, joista on tehty laajasti kansainvälistä oikeuspsykologian tutkimusta. Kirjan eri luvuissa käsitellyn kohteina ovat muistivääritymät ja valemuistot, todistajankertomukset ja kuulustelut, niin sanotut todistajien arvioinnin sudenkuopat, lapset todistajina, silminnäkijätunnistamiset, välähdysmuistikuvat ja muistin kulttuurisidonnaisuus sekä traumat ja niiden vaikutukset muistiin. Kirja sisältää lisäksi omat jaksonsa noitavainoihin liittyvän todistelun erityispiirteistä ja lapsuuden muistojen syntymisestä, jotka eivät ole oikeusprosesseissa tapahtuvan näytön arvioinnin näkökulmasta muihin lukuihin verrattuna yhtä oleellisia, joskin yleisesti ne ovat varsin mielenkiintoisia.

3. Todistajanpsykologian merkitys oikeusprosesseissa

Lainkäytön näkökulmasta tarkasteltuna todistajanpsykologian tutkimustuloksilla on merkitystä erityisesti henkilötodistelun arvioinnissa. Kirjan lukijalle tämä ei jää epäselväksi. Kirjasta tulee kauttaaltaan esiin se, että todistajanpsykologian soveltamisessa oikeusprosesseissa on usein kysymyksessä muistin psykologian soveltaminen oikeudenkäynnissä kuultavien henkilöiden kertomuksiin ja toimintaan. Todistajanpsykologia tarjoaakin muun muassa tuomareille ja asianajajille kokemussääntöjä erityisesti todistajanlausuntojen luotettavuuden punnitsemiseksi. Kussakin kirjan luvussa tuodaan esiin kutakin aihetta koskevia todistajanpsykologisen kokeellisen tutkimuksen tuloksia.

Yksittäisten aihekokonaisuuksien lisäksi luvut antavat yhdessä kattavan kokonaiskuvan siitä, kuinka paljon oikeuspsykologian kokeellisten tutkimustulosten tunteminen ja soveltaminen antavat tietoa näytön arviointiin sekä sitä helpottamaan ja tukemaan että estämään arvioijaa lankeamasta niin sanottuihin todistelun arvioinnin sudenkuoppiin ja jopa tekemästä virheellisiä päätelmiä ja ratkaisuja. Ovathan todistajanpsykologiset tutkimustulokset ääritapauksissa osoittaneet virheellisiksi sellaisia käsityksiä, joiden varassa näytön arviointia on vakiintuneesti suoritettu.

Kirjassa nostetaan aiheellisesti esiin myös se, ettei todistajanpsykologian käyttöarvo rajoitu vain näytön arviointiin. Todistajanpsykologian osaamiselle on tarvetta myös esimerkiksi rikosten esitutkinnassa, mitä kuvataan erityisesti kirjan kuulusteluja koskevassa luvussa.

4. Aiheen käsittelytapa

Oikeuspsykologinen tutkimustieto on toisen tieteenalan tuottamaa ja juristeille tyypillisesti vieraisiin tutkimusmetodeihin ja terminologiaan pohjautuvaa tietoa, jonka ymmärtämiseen ja soveltamiseen liittyy useita ongelmakohtia. Valtaosa oikeuspsykologian tutkimuksesta on lisäksi tehty ulkomailla ja tutkimuskirjallisuus on vieraskielistä, mikä vaikuttaa osaltaan siihen, että olennaisten tutkimustulosten löytäminen on työlästä ja jopa mahdotonta.²

Oikeuspsykologian tutkimustulosten omaksuminen voikin yleisesti näyttäytyä juristille vaikeana, mutta tuota ongelmaa Korkmanin teos onnistuu taitavasti väistämään. Aiheiden käsittely toteutetaan kansainväliselle oikeuspsykologiselle tutkimuskirjallisuudelle tyypillisellä tavalla esimerkkejä käyttämällä, mikä on käsittelytapana lukijaystävällinen. Psykologian tutkimustulokset esitetään helposti ymmärrettävässä muodossa upotettuina todellisiin oikeustapauksiin, mikä on helppolukuisuuden lisäksi kaikessa värikkyydessään lukijan mielenkiintoa ylläpitävää. Esimerkiksi muistikuvien vääristymistä käsitellään vuonna 2017 Tukholman Drottningatanilla tapahtuneen terroriteon kautta, kuulusteluja taas käyttämällä esimerkkinä Ilolassa vuonna 2014 tapahtunutta henkirikosta. Esimerkkien ansiosta teos on erittäin konkreettinen siitä huolimatta, että se sisältää paljon kokeellisia tutkimustuloksia. Korkman ansaitsee erityisen kiitok-

2. Oikeuspsykologian tutkimuksella on vahvat kansainväliset juuret erityisesti angloamerikkalaisissa maissa, joissa tutkimustoiminta on ollut jo useiden vuosikymmenien ajan aktiivista ja aiheiltaan monipuolista. Laadukasta oikeuspsykologian tutkimusta on tehty ja tehdään myös Suomessa aktiivisesti oikeuspsykologien toimesta. Siitä huolimatta, ettei oikeuspsykologia ole saanut suurta roolia suomalaisissa juristiopinnoissa, tutkimusta on tehty Suomessa jonkin verran myös oikeustieteen alalla.

sen siitä, että oikeus- ja todistajanpsykologisen tutkimuksen kansainvälisestä painotuksesta huolimatta käsittely kytketään tiiviisti pohjoismaisiin ja suomalaisiin oikeusprosesseihin. Esimerkkitaapauksissa on mukana useita ruotsalaisia oikeustapauksia. Suomalaisten tapausten käyttäminen esimerkkeinä painottuu korkeimman oikeuden viime vuosina antamiin näytön arviointia koskeviin ennakkoratkaisuihin. Käsitellyiksi tulevat esimerkiksi näytön arviointia seksuaalirikoksissa koskevat ennakkoratkaisut 2013:96 ja 2014:48 sekä lapsen kertomuksen luotettavuuden arvioinnin osalta ennakkoratkaisu 2021:5. Kyseisten viittausten avulla oikeuspsykologian soveltamisen tärkeys myös suomalaisissa prosesseissa tulee hyvin esiin.

Aiheen käsittelytapa on muutoinkin monipuolinen. Käsitelyssä on tuotu esiin oikeuspsykologian tutkimuksen historiaa unohtamatta mainita muistin tutkimuksen klassikoita. Mainituiksi tulevat myös 1500-luvulta peräisin olevat Olaus Petrin tuomarinohjeet, joista on havaittu löytyvän inhimillisen käyttäytymisen ymmärrystä ja oikeuspsykologiaa. Kirja ei sisällä liikaa psykologian erikoissanastoa. Kirjassa tuodaan lisäksi esiin ajatuksia rikosprosessin kehittämisestä Suomessa oikeuspsykologian näkökulmasta. Se sisältää myös paljon Korkmanin omia ammatillisia ja henkilökohtaisia pohdintoja, joissa näkyy hänen laaja tieteellinen sekä ammatillinen asiantuntemuksensa ja kokemuksensa.

5. Lopuksi

Lisääntyneistä koulutusmahdollisuuksista huolimatta oikeuspsykologian osaamisen kehittämiselle juristien keskuudessa on edelleen tarvetta. Kokonaisuudessaan kirja auttaa ymmärtämään oikeuspsykologisen tiedon merkitystä oikeusprosesseissa, joissa annetaan tyypillisesti paljon merkitystä ihmisen muistille. Kirjaa voi suositella kaikille oikeuspsykologiasta kiinnostuneille riippumatta koulutustaustasta. Lukemista voi suositella erityisesti kaikille niille, jotka ovat työelämässään tekemisissä henkilötodistelun luotettavuuden arviointiin liittyvien kysymysten kanssa. Kirjan lukeminen on tieteelliseen tutkimuskirjallisuuden perehtymisen sijasta kevyempi tapa oikeuspsykologiaan tutustumiselle. Esimerkiksi lähdeviittauksia tieteelliseen kirjallisuuteen kirjassa ei ole, mutta kirjan lopusta löytyy listaus kutakin kirjassa käsiteltyä oikeuspsykologian tutkimusaihetta koskevasta kirjallisuudesta. Listaus on erittäin hyödyllinen lukijalle, joka etsii lisätietoa tietystä kirjassa käsitellystä aiheesta. Kirjassa tehdyt huomiot siitä, kuinka oikeuspsykologian tutkimustuloksia voitaisiin hyödyntää oikeusprosesseissa tulevaisuudessa, ansaitsevat jatkokeskustelua.

Teija Stanikić

Mikko Hoikka

Lakimies
1/2024
s. 150–153

Moraaliset oikeudet ovat moraalittomia

1. Mitä tekemistä moraalilla on tekijänoikeuslain (404/1961) kanssa?

Tekijän moraaliset oikeudet nousivat marraskuussa 2023 julkisuuteen näkyvämmin kuin vuosiin, ellei vuosikymmeniin. Syynä oli tekijänoikeusneuvoston lausunto, joka käsitteli toisista teoksista lainatun tekstin käyttöä tietokirjassa.¹ Lausunnossa todettiin, että lainattu teksti ei ollut lainkaan erotettavissa kirjoittajan omasta tekstistä eikä siteerauksista ilmennyt alkuperäistekstien tekijöitä millään tavalla.

Koska neuvosto mainitsi menettelyn loukanneen nimenomaisesti myös tekijöiden moraalisia oikeuksia, lausuntoa seurasi vilkas keskustelu tietokirjoittamisen moraalista. Kirjoittajan arvosteltiin esimerkiksi kyseenalaistaneen koko alan etiikan väittämällä, että oli toiminut kuten alalla on yleisesti tapana toimia. Oliko tieteen popularisoinnin nimissä oikein riistää alkuperäisiltä kirjoittajilta kunnia ja tunnustus heidän tekemästään tutkimustyöstä? Alalla oli kuulemma vakavan moraalisen pohdinnan paikka.

Puhuminen moraalista ohjasi keskustelijoita myös ajattelemaan, että virheen seuraamuksena tulisi olla jotakin muuta kuin rahallinen korvaus. Odotettiin käsiä ylös virheen merkiksi, suoraa anteeksipyyntöä ja kenties myös jonkinlaisia häpeärangaistuksia. Rahallisista hyvityksistä ei sen sijaan juuri puhuttu.

Menikö keskustelu hakoteille? Väitän, että meni. Väitän myös, että väärinkäsitys on oikeustieteenkin näkökulmasta kiinnostava. Seuraavassa pyrin lyhyesti perustelemaan otsikon sanaleikkimuotoisen väitteen eli todistamaan tekijänoikeuslain moraaliset oikeudet merkityssisällöltään moraalittomiksi.

Väärinkäsityksen jäljille pääsee, jos osaa hiukan ranskaa ja tuntee alkeita tekijänoikeuden historiasta. Suomeen ja suomen kieleen moraalisten oikeuksien käsite on periytynyt ranskan kielestä ruotsin ja todennäköisesti osin myös saksan kielen välityksellä.² Paitsi että Ranska on kansainvälisen tekijänoikeusjärjestelmän alkuperämaa, järjestelmä on niin iäkäs, että myös sen alkuperäinen

* Mikko Hoikka, OTT, toimialajohtaja, Medialiitto.

1. Tekijänoikeusneuvoston lausunto 2023:8.

2. T. M. Kivimäki toteaa sen enempää problematisoimatta näin: ”Nämä ja niihin verrattavat oikeudet, jotka koskevat tekijän kunniaa ja mainetta (tekijänkunnia) ja antavat tekijänoikeudelle erityisesti sen persoonallisen värin, käyvät ns. moraalisten oikeuksien (droits moraux) nimellä.” Tekijänoikeus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1948, s. 26.

kansainvälinen kieli on ranska. Vaikka brittiläinen kirjapainoprivilegio copyright on tekijänoikeutta vanhempi, myös anglosaksisessa maailmassa on kauan sitten siirrytty ranskalaisperäiseen tekijänoikeusjärjestelmään, johon myös englannin kielen sana ”copyright” nykyisin viittaa.

2. Adjektiivin kaksi merkitystä: moraalinen ja henkinen

Tekijänoikeudet jaetaan vakiintuneesti kahteen kategoriaan, taloudellisiin oikeuksiin (droits patromoniaux) ja moraalisiin oikeuksiin (droits moraux). Toisin kuin suomen kielessä adjektiivilla ”moral” on ranskassa kaksi toisistaan eroavaa merkitystä. Ensimmäinen on jotakuinkin sama kuin suomen ”moraalinen” eli viittaa moraaliin, etiikkaan, hyviin tapoihin, oikeaan ja väärään. Toinen on puolestaan suomeksi ”henkinen” tai ”aineeton”, ”aatteellinen”, ”kuvitteellinen”, fyysisen vastakohta.³ Suomen kielen sanalle ”moraalinen” sanakirjat eivät tunne jälkimmäistä merkitystä.

Esimerkiksi humanististen tieteiden nimitykset ”sciences humaines” ja ”sciences morales” ovat keskenään synonyymejä, mutta ehkä vielä paremmin asiaa havainnollistavat siviilioikeuden peruskäsitteet luonnollinen henkilö ja oikeushenkilö. Luonnollinen henkilö on ranskaksi ”personne physique” ja oikeushenkilö ”personne morale”. Jälkimmäisellä ei tietenkään ole tarkoitus väittää, että organisaatiot, kuten yritykset, yhdistykset tai säätiöt, olisivat jollakin tavalla luonnollisia henkilöitä moraalisempia – vastakohta pitääne paikkansa – vaan etteivät ne pelkkinä sopimuksiin perustuvina rakenteina ole vastaavalla tavalla fyysisesti olemassa kuin ihmiset. Organisaatioiden henkilöllisyys on aatteellista, eli ne ovat kuvitteellisia henkilöitä. Tämä erottelu on hyvin samankaltainen kuin tekijänoikeuksien jako suoraan varallisuusarvoisiin eli taloudellisiin oikeuksiin (droits patromoniaux) ja merkitykseltään enemmänkin aatteellisiin (droits moraux).

Paradoksaalista nimityksissä on, että aineettomat oikeudet, immateriaali-oikeudet eli henkinen omaisuus, propriété intellectuelle, ovat myös yläkäsité oikeuksille, joihin tekijänoikeudet kokonaisuutena kuuluvat. Käännösvirheen vuoksi moraaliseksi kutsutut oikeudet ovat siis aineettomia oikeuksia, jotka kuuluvat tekijänoikeuksiin, jotka puolestaan ovat osa aineettomia oikeuksia. Ranskan kielessä tämä erottelu tehdään käyttämällä ylä- ja alakategorioissa kahta eri adjektiivia, ”intellectuel” ja ”moral”, mutta näiden välinen merkitysero jää lopulta joko vähäiseksi tai sellaista ei ole lainkaan. Myös ”intellectuel” tarkoittaa henkistä

3. Esim. Le Petit Robert 2023: moral, ale, aux; I:1–4 ja I:5, ks. myös intellectuel, elle: 1.

tai ajatuksellista, ideoina eikä aineena olemassa olevaa, ja ”moral” mainitaan sanakirjoissakin usein yhtenä sen synonyyminä.

Koska käännösvirheen korjaaminen ei siis sekään tekisi terminologiasta aivan johdonmukaista ja koska termi ”moraaliset oikeudet” on Suomessakin vahvasti vakiintunut, en tietenkään ehdota sen muuttamista. Riittää, että ainakin oikeustieteilijät huomaavat, ettei sillä ole mitään tekemistä moraalin kanssa.

Tekijänoikeuslain ja etiikan välinen käsitesolmu ei toisaalta koske vain ja ainoastaan moraalisten oikeuksien käsitettä itseään. Laissa mainitaan nimittäin myös hyvä tapa: sekä isyysoikeuden yhteydessä 3 ja 11 §:ssä että sitaattioikeuden ehtona 22 §:ssä. Isyysoikeus on nimenomaan yksi tekijän moraalisisista oikeuksista, ja sitaattioikeus koskee tekijänoikeuden rajoituksena paitsi tekijän taloudellisia myös moraalisia oikeuksia.

3. Hyvä tapa ja tekijänoikeuslain hyvä tapa

Pitäisikö tekijänoikeuslain viittaukset hyvään tapaan ymmärtää eräänlaisena lainsäädäntöaukkona, jossa laki itsessään ei sano asiasta mitään ja jossa toimintaa ohjaa ehkä enemmänkin moraalinen arviointi?

Tekijänoikeuslain 3 ja 11 §:n tapauksissa hyvän tavan käsitteen alkuperä vaikuttaisi olevan kotimainen. Isyysoikeuden yhteydessä hyvään tapaan ei viitata sen enempää tekijänoikeuden historiallisissa lähteissä, Bernin yleissopimuksessa (3/1963), EU-oikeudessa kuin Ranskan tällä hetkellä voimassa olevassa immateriaalioikeuslaissakaan (92-597/1.7.1992).

Hyvä tapa tarkoittanee näissä yhteyksissä samaa kuin alan tapa. Käytäntö, jonka mukaisesti tekijän nimi on tarkoituksenmukaista ilmoittaa, vaihtelee julkaisuformaatin ja kontekstin mukaan ja voi myös muuttua yhdessä formaattien teknisen kehityksen kanssa. Viittaus hyvään tapaan laissa kieltää tekijän vahingoksi tapahtuvan poikkeamisen alalla muodostuneesta käytännöstä. Jos 3 ja 11 §:n ilmauksen ”kuin hyvä tapa vaatii” haluaisi kääntää ranskaksi, osuvin olisi varmaankin ”selon la coutume”. Ja kutyymikin on tietysti eri asia kuin moraal.

Poikkeamista alan tavasta ei voi yksittäistapauksessa oikeuttaa moraalisisilla argumenteilla. Myös alan tavan muuttaminen on hidasta, ja niin kuuluukin olla. Jos laissa viitataan kutyymiin, se tekee kutyymistä oikeudellisesti sitovaa, jolloin yksilön eettiselle pohdinnalle ei käytännössä jää tilaa yhtään enempää kuin lain soveltamisessakaan.

Sitaattioikeuden eli tekijänoikeuslain 22 §:n tapauksessa jäljet sen sijaan johdavat taas historiaan ja Ranskaan. Ja jälleen kerran ilmauksen alkuperä näyttää osoittavan johonkin muualle kuin moraalisiin.

Jotta sitaattioikeus olisi voimassa, lainaamisen on tapahduttava hyvän tavan mukaisesti. Vaatimus periytyy vuosisatojen takaa, ja ranskan kielessä käytetty ilmaus on ”conforme aux bons usages”. Ajatus tekee ainakin jonkintasoisen eron pelkkään kutyymiin, mutta toisaalta se ei myöskään suoraan viittaa tapoihin niiden moraalisisessa merkityksessä, mitä olisi esimerkiksi ”conforme aux bonnes mœurs”. Kuten sitaattioikeutta koskeva oikeuskäytäntökin osoittaa, kyse on vahvasti määrällisestä arvioinnista, eli sitaattioikeuden ulkopuolelle jää käyttö, joka olisi tarpeetonta tai ylimääräistä (vertaa abus, excès). Sitaattioikeuden raja ei löydy arvioimalla kvalitatiivisesti, millainen lainaaminen on oikein tai väärin alkuperäistekijää kohtaan, vaan ennemminkin mittaamalla kvantitatiivisesti, kuinka laaja ote on tarpeen lainata uuden teoksen tavoitteen saavuttamiseksi.

Moraalisten oikeuksien luovuttamattomuus merkitsee, ettei tekijä voi pätevästi luopua niistä etukäteen rahaa vastaan. Jo tapahtunut oikeudenloukkaus sen sijaan voidaan kompensoida rahalla, joko tekijänoikeuslain mukaisena hyvityksenä tai vahingonkorvauksena.⁴ Tekijän moraaliset oikeudet muistuttavat tässä suhteessa läheisesti henkilön oikeutta kunniaan ja yksityiselämään: kunniaansa ei voi myydä, mutta kunnianloukkaus korvataan rahalla. Myöskään kunnian ja yksityiselämän suojassa ei ole kyse moraalista.

Lopuksi lienee paikallaan todeta sekin, että moraalisten oikeuksien rikkominen on yhtä lailla laitonta kuin taloudellistenkin oikeuksien rikkominen. Tekijänoikeuslaki on laki, eikä sen soveltaminen muutu moraalisten oikeuksienkaan tulkinnassa etiikaksi. Ja kuten edellä on pyritty osoittamaan, moraalisiin sanalla ”moraalinen” ei alun perin ole ollut edes tarkoitus viitata.

4. Katariina Sorvari avaa tekijänoikeuslain 57 §:n tulkintavaihtoehtoja käyttämisen käsitteen soveltamisesta moraalisiin oikeuksiin ja hyvityksen ja korvauksen välisestä suhteesta teoksessa Tekijänoikeuden loukkaus. WSOYpro 2007, s. 34–37.

Sakari Hänninen

Lakimies
1/2024
s. 154–173

Lain ominaisuudet ja omituisuudet – kommentaari Kaarlo Tuorin kirjasta Properties of Law

1. Vieraskynällä kirjoitettua

Kaarlo Tuorin uusin kirja *Properties of Law – Modern Law and After* on sanalla sanoen moderni klassikko. Jokaisen oikeusteoriaan syvällisesti paneutuvan olisi hyvä lukea se tarkoin. Kirja onkin pakko lukea tarkoin, sillä sen jokainen lause vaikuttaa viimeiseen asti mietityltä. Se ei päästä lukijaansa helpolla. Esipuheessaan Tuori korostaa pyrkimyksenään olleen kirjaa kirjoittaessaan sen koherenssi ja järjestelmällisyys. Jos kyseessä olisi ”teoreettisen järjestelmän” rakentaminen, suhtautuisin siihen paljon varauksellisemmin.

En tule kommentoimaan Tuorin oikeusjärjestystä koskevaa sisällöllistä argumentaatiota sinänsä. Se on ihailtavan johdonmukaista. Tuorin omien jaottelujen mukaisesti voin tunnustaa olevani oikeustieteen ulkopuolinen vieraskynän käyttäjä (*Fremdbeschreiber*). Minulla ei ole niin sanottua oikeustieteilijän kaksoiskansalaisuutta. Tämän rajanvedon koskiessa lainoppia minun on helppo tyytyä ulkopuolisen kohtaloon. Mutta entäpä kun on kysymys oikeusteoriasta? Ja missä kulkee oikeusteorian ja oikeusfilosofian raja? Jätän nämä rajanvedot tässä sikseen. Varsinainen kysymykseni ja epäilykseni koskee nimenomaan niin sanottua järjestelmääjattelua yleensä. Sille on luonteenomaista sisäpiiriläisten ja ulkopuolisten erottelu asiantuntemuksen nojalla. Tästä näkökulmasta katsottuna paitsi teologian, taloustieteen ja oikeustieteen tiedonkohteet myös edustuksellinen demokratia voitaisiin esittää järjestelmänä. Sen oletetun omalakisuuuden virallisina tulkkeina (*Selbstbeschreiber*) voisivat sitten politologit esiintyä.

Mutta hyvin tiedämme, etteivät politologit, ehkä vaalikomentointia lukuun ottamatta, ole kovin hyvin onnistuneet lunastamaan tätä etuoikeuttaan. Mielestäni politiikan kenttää ei pidäkään tulkita minään autonomisena, omalakisena järjestelmänä, jonka toiminta on riippuvainen sen asiantuntijoiden takaamasta uskottavuudesta. Toki mitä vahvemmin demokratiaan luotetaan, sitä paremmin se toimii. Mutta siinä on silloin kysymys kansalaisnäkemyksestä. Missä määrin sitten oikeustieteen eri tulkinnat ilmentävät sellaista järjestelmäuskoa, jota pide-

* *Sakari Hänninen*, VTT, professori emeritus, Jyväskylän yliopisto; tutkimusprofessori emeritus, Terveyden ja hyvinvoinnin laitos.

tään oikeuden tehokkaan toiminnan kannalta välttämättömänä? Tämä kysymys johdattaa Hans Kelsenin, ja miksei myös H. L. A. Hartin, oikeuspositivismiin ja Kaarlo Tuorin kriittiseen tulkintaan siitä. Tämä kysymys on kommentaarini keskiössä.

2. Looginen positivistisi Kelsen

Hans Kelsenin puhdas oikeusoppi on puhdas järjestelmätiede. Normatiivinen oikeusjärjestys ymmärretään siinä itseensä sulkeutuvana kokonaisuutena. Kaarlo Tuori kutsuu sitä näkemykseksi oikeudesta ”mustana laatikkona”.¹ Tuori panee merkille, että Kelsenin (aksiomaattisesti) itseensä sulkeutuvassa järjestelmäajattelussa oikeuden pluralismi alistetaan ykseydelle solipsistisesti. Kelsen on auuliisti myöntänyt tämän. Hän on jopa todennut, että valtionsisäisen oikeusjärjestyksen primaattia voidaan kutsua valtiosubjektivismiksi, jopa valtiosolipsismiksi. Valtionsisäinen oikeusjärjestyshän oikeuskatsomuksena ilmentää subjektivistista maailmanselitystä.² Näin sanoessaan Kelsen ei silti sitoudu mihinkään määrättyyn ontologiseen näkemykseen (oikeus)todellisuudesta. Tuori taasen puhuu oikeuden kolmesta olemassaolon muodosta normatiivisena oikeusjärjestyksenä sekä ensimmäisen ja toisen kertaluvun sosiaalis-oikeudellisina käytäntöinä.³ Tiukkana loogisena positivistina Kelsen halusi hylätä kaikki ontologiset tulkinat. Hänen mielestään ne lähinnä hämärsivät puhdasta oikeusoppia.

Hans Kelsen ei ollut millainen positivistisi tahansa. Kelsen kehitti puhdasta oikeusoppiaan Wienin piirin loogisen positivismin hengessä. Hänen voi katsoa allekirjoittaneen sen kolme keskeistä teesiä. Ne olivat (1) näkemys, jonka mukaan tieteellisten teorioiden formaalis-looginen rakenne voidaan avata niiden sisällöstä riippumatta; (2) näkemys, jonka mukaan tieteellisten väittämien totuusarvo ja merkitys perustuvat havaintojen ja kokemuksen varaan, vaihtoehtoisesti ne ovat tautologioita, ja (3) näkemys tieteen universaalisuudesta, joka ylittää tieteenalojen rajat. Ilman muuta Kelsen noudattaa näitä periaatteita puhtaassa oikeusopissaan.

Puhtaan oikeusopin oikeuslauseet ovat formaalisti rationaalisia niiden sisällöstä riippumatta. Kelsen ei anna sisällöllisten argumenttien häiritä puhtaan oikeusopin formaalis-logista päättelyä oikeusnormistossa. Se on rakenteeltaan aksiomaattisesti hierarkkinen. Tämän hierarkkinen rakenteen tehtävänä on taata

1. Kaarlo Tuori, *Properties of Law. Modern Law and After*. Cambridge University Press 2021, s. 39, 205–214.

2. Hans Kelsen, *Puhdas oikeusoppi*. WSOY 1960, s. 359–362.

3. Tuori 2021, s. 7.

normatiivisen oikeusjärjestyksen autonomia ja sen pätevyys. Sen totuusarvon ja merkityksen takaa hierarkian huippuna oleva perusnormi (Grundnorm). On selvää, ettei perusnormin merkitystä voida kokeellisesti tai havaintojen perusteella taata. Kelsen itsekin tekee tämän selväksi toteamalla, ettei oikeuslauseiden pätevyyttä voida testata todellisuudessa.⁴ Kun oikeuslause kuvaa jotakin ”pitämistä”, siitä ei seuraa, että kuvattu olisi tosiasia. Vaihtoehdoksi jää se mahdollisuus, että perusnormin totuusarvo ja merkitys ovat tautologisia. Kelsen tunnustaa itsekin tämän vaihtoehdon relevanssin. Hän toteaa, että jos positiivis-oikeudellisen valtiosäännön katsottaisiin syntyvän ”tavan” avulla, minkä hän hylkää, silloin ajaututtaisiin päättelykehään (*petitio principii*). Tässä tapauksessa tapa olisi tulkittava oikeutta luovaksi tosiseikastoksi.⁵ Tautologinen kehäpäättely ei häivy kuvasta, vaikka tapojen sijasta puhuisimme oikeusnormien kielellä, kuten Kelsen itse tekee: normin olemassaolon perustana voi olla vain toisen normin olemassaolo.⁶ Tällä tavoin liikumme normien päättymättömässä ketjussa. Kelsen tarjoaa tämän kehäpäättelyn ratkaisuksi eli katkaisemiseksi perusnormia. Perusnormin hän tulkitsee Kantin tietoteorian analogian mukaisesti normatiivisen päättelyn transsendentaalis-loogiseksi edellytykseksi.⁷

3. Kiintopisteen varassa

Vaikka Immanuel Kantia pidettäisiin positivismin esi-isänä – jollaiseksi Auguste Comte häntä luonnehti – Kelsenin ratkaisuja ei voida laittaa Kantin nimiin. Kelsenin ratkaisut ovat nimenomaan Wienin piirin loogisen positivismin mukaisia. Niiden taustalla voidaan erottaa myös näkemys tieteenalojen erot ylittävästä tieteen universaalisuudesta. Tämä ilmeni hänellä eritoten matemaattisen ajattelun arvostuksena. Kelsenin ajattelua ja ratkaisuja ohjasi epäilemättä hänen syvästi kiinnostuksensa matematiikkaan ja fysiikkaan. Myöhemmällä iällään hän korosti matematiikan suurta merkitystä nuoruudessaan ja jopa pahoitteli sitä, ettei sittenkään valinnut matematiikkaa elämänurakseen. Varsinkin Husserlin vaikutus hänen ajatteluunsa oli merkittävä. Lisäksi tiedämme, että eräät hänen oppilaistaan, kuten nimenomaan Felix Kaufmann, ovat todella vakavasti pohtineet matematiikan ja oikeustieteen välistä suhdetta.

Kelsenin matemaattisella kiinnostuksella ei tietenkään voida selittää hänen perusnormin varaan rakentuvaa oikeusopillista ratkaisuaan. Siitä huolimatta on

4. Kelsen 1960, s. 88–89.

5. Kelsen 1960, s. 244.

6. Kelsen 1960, s. 207–208.

7. Kelsen 1960, s. 215–216.

hämmästyttävää, kuinka yhdenmukaisesti siinä edetään määrätyn matemaattisen eksistenssitodistelun kanssa. Perusnormia voidaan ajatella Arkhimedeeseen pisteinä, siis sellaisena kiintopisteinä, jonka varassa koko hierarkkinen oikeusjärjestys voi tukevasti seisoa. Kelsen tuntuu pyytävän sitä samaa, mistä René Descartes kirjoittaa toisessa mietelmässään: ”Arkhimedes pyysi vain kiinteää ja liikkumatonta pistettä siirtääkseen koko maailmaa; niin minäkin voin toivoa suuria, jos löydän edes jotain aivan pientä, joka on varmaa ja horjumatonta.”⁸ Descartesin keksintö egostaan ajattelemansa maailman keskipisteinä ilmenee myös Kelsenin puheessa valtiosolipsismista.

Itseensä sulkeutuva normatiivinen oikeusjärjestys voitaisiin metaforisesti ajatella ympyränmuotoisena kiekkona tai pallona, joka on valmistettu sellaisesta kumimaisesta materiaalista, jonka puristelu ja taivuttelu on helppoa. Jos lisäksi oletetaan, että puristelun ja taivuttelun aiheuttamat kiekon tai pallon muodonmuutokset ovat sellaisia, joissa mikään niihin kuuluva piste ei ylitä ulkopiiriään, matemaattisesti voidaan vaikkapa Brouwerin kiintopisteteoreeman avulla todistaa yksi fakta. Sen mukaan kaiken tämän muuntelun jälkeenkin näistä suljetuiksi järjestelmiksi ajateltavista kappaleista löytyy aina yksi paikkaansa vaihtamaton piste. Tämä on se kuuluisa kiintopiste, jollainen perusnormin voidaan ajatella olevan.⁹ Näin ajateltuna haastava kysymys muutoksesta on voitu vangita järjestelmän sisäiseksi asiaksi, siis ilmiöksi, jonka ei anneta häiritä järjestelmän sisäistä järjestystä. Kaikki vakavat häiriötekijät voidaan tulkita eräänlaisiksi järjestelmän ulkopuolella oleviksi ulkoisvaikutuksiksi. Tällä tavoin järjestelmän sisäiseksi kesytettyä muutosta voidaan lähestyä ja käsitellä asteittaisena ja maltillisena, jolloin kaikki puhe radikaaleista katkoksista ja muutoksesta, kuten siitä puhujat, voidaan siirtää järjestelmän ulkopuolelle. Tämä näkemys vastaa mielestäni hyvin myös Kelsenin puhdasta oikeusoppia järjestelmätieteenä, jonka ehdoton kiintopiste on sen perusnormi.

4. Järjestelmäteoria vai regiimiteoria

Vailla lainoppineen kaksoiskansalaisuutta olen edellä edennyt varsin vapaasti leijuvana kommentaattorina. Omasta näkökulmastani siirtymä oikeusjärjestyksestä oikeusjärjestelmään (skandinaavisessa mielessä), jota Tuori on pitänyt nimen-

8. René Descartes, Mietiskelyjä ensimmäisestä filosofiasta. Teokset II. Gaudeamus 2002, s. 37.

9. Richard Courant – Herbert Robbins, What Is Mathematics? An Elementary Approach to Ideas and Methods. Oxford University Press 1978, s. 251–255.

omaan professionaalisen oikeuskulttuurin tehtävänä¹⁰, nostaa esiin monia kysymyksiä. Olen luonnehtinut Kelsenin puhdasta oikeusoppia niin järjestystieteeksi kuin järjestelmätieteeksi, vaikka hänen formaalis-rationaalisessa ajattelussaan niiden välillä ei ole varsinaista eroa – toisin kuin tuossa skandinaavisessa mielessä, johon Tuorin edellä oleva huomio viittaa. Tämä ero on mielestäni tärkeä siltä kannalta katsottuna, miten Tuorin oma oikeusteoria suhteutuu Kelsenin oikeusoppiin. Teoksessaan *Properties of Law* Tuori ei halua käyttää oikeusjärjestelmän käsitettä sen järjestelmäteoreettisen painolastin vuoksi. Hän käyttää käsitettä vain viitatessaan varsinaisiin järjestelmäteoreetikoihin, kuten Niklas Luhmanniin.¹¹

Puhuessaan oikeudesta kaikissa kolmessa muodossaan Tuori käyttää oikeusregiimin käsitettä. Hänen esittämänsä ideaalityyppinen moderni valtio-oikeus kuvaa oikeusregiimiä (legal regime), jossa pintatason oikeudellinen järjestys tukeutuu sitä syvemmällä oleviin oikeuskulttuurin kerrostumiin. Niitä ovat ensimmäisen kertaluvun sosiaalis-oikeudelliset käytännöt ja toisen kertaluvun oikeudellisesti erikoistuneet käytännöt.¹² Tuori käyttää systemaattisesti oikeusregiimin käsitettä teoksessaan. Hän ei silti missään täsmennä sitä, mitä oikeusregiimin käsitteen valinta merkitsee hänen oman oikeusteoriansa kannalta. Hän luopuu oikeusjärjestelmän käsitteestä välttääkseen järjestelmätieteen itseviitauksellisuuden ja kehäpäätelyn ansat. Mutta onko regiimiteoria sitten Tuorin oma vaihtoehto järjestelmätieteelle? Kysehän voisi olla niin sanotusta oikeuden regiimiteoriasta – tai jopa oikeuden funktionaalista regiimiteoriasta – joka operoi sekä oikeusinstituution että välineeksi (*medium*) tulkitun oikeuden käsitteillä. Juuri silloin keskeisessä asemassa on puhe oikeuden eri funktioista ja sosiaalis-oikeudellisista käytännöistä kuin myös subjektien sosiaalis-oikeudellisista rooleista. Niihin taasen liittyvät oikeuden subjekteille asettamat odotukset.¹³ Regiimiteorioille onkin luonteenomaista instituutioiden, normien, sääntöjen, subjektien roolien ja odotusten merkityksen painottaminen. Esimerkiksi niin sanotussa kansainvälisten suhteiden regiimiteoriassa regiimien nähdään koostuvan instituutioista, joiden sisältämät normit, säännöt ja proseduurit mahdollistavat subjektien odotusten yhteensulautumisen ja siten järjestyksen ja tasapainon saavuttamisen.

Positivismin näkökulmasta oikeuden regiimiteoria voisi olla siinä mielessä hedelmällinen teoria, että se saattaisi mahdollistaa ennustamisen, siis ennustuksen, subjektien odotusten yhteensulautumisesta ja siten järjestyksen saavuttamisesta. Tätähän voitaisiin käytännössä koetella ja todellisuudessa testata. Mutta

10. Kaarlo Tuori, *Validity, Legitimacy, and Revolution*, s. 359–379 teoksessa Lars D. Eriksson – Samuli Hurri (eds), *Dialectic of Law and Reality. Readings in Finnish Legal Theory*. University of Helsinki 1999, s. 370–371.

11. Tuori 2021, s. 11, 27, 41–42.

12. Tuori 2021, s. 31.

13. Tuori 2021, s. 79.

tästä ei ole kysymys sen paremmin Kelsenin oikeusopissa kuin Tuorin oikeusteoriassa. Kelsen viittasi kriittisesti siihen, kuinka amerikkalaiset oikeusrealistit suhtautuivat oppiinsa ennustetieteenä (siitä, miten tuomioistuimet käyttäytyvät).¹⁴ Tuori puolestaan viittaa samantapaiseen tavoitteeseen ja pätevyysväittämään puhuessaan skandinaavisista oikeusrealisteista.¹⁵

5. Kuinka olla oikeassa itsestään?

On paradoksaalista, että positivismiksi itseään kutsuva oppisuunta, kuten Kelsenin puhdas oikeusoppi, lähtökohtaisesti katsoo väittamiensä olevan todellisuudessa testaamattomia, siis niissä käytännöissä, joissa lakia sovelletaan. Toki Kelsenin oikeusajattelun lähtökohtana on tiukka erottelu ”olemisen” ja ”pitämisen” maailmojen välillä, tosiasioiden ja (oikeus)normien välillä, kausaation ja imputaation välillä. Silti hän myöntää itsekin, ettei rajan vetäminen oikeustieteen ja oikeussosiologian välille ole aina kristallinkirkas – kuten hän on korostanut esimerkiksi kirjassaan *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (1911). Joka tapauksessa hän katsoo, että puhtaan oikeusopin kohde sijoittuu täydellisesti ”pitämisen” maailmaan, ei ”olemisen” ja kausaation alaisuuteen. Tästä asiasta hän on kirjoittanut syvällisesti kirjassaan *Vergeltung und Kausalität* (1941) samoin kuin *Manuskriptissaan* (15.5.1959) ja sitä koskevassa kirjeenvaihdossaan Ulrich Klugin kanssa. Siitä on pieni kirjanen *Rechtsnormen und logische Analyse* (1981).

”Pitämisen” maailmassa liikutaan Kelsenin mukaan ”olemisen” maailman ulkopuolella. Oikeus normatiivisena ilmiönä on riippumaton sosiaalisista tosiseikoista, eikä siten olla niillä testattavissa. Tämä ei, yllättävää kyllä, Kelsenin mielestä tarkoita sitä, että oikeustiede ja luonnontiede olisivat toisilleen vastakkaisia. Päinvastoin universaalitieteen hengessä Kelsen tuntee rinnastavan täysin oikeustieteen luonnontieteeseen. Niinpä hän puhuu oikeuslaista luonnonlain analogiana. Hän viittaa sillä oikeuslauseeseen, joka kuvaa oikeusjärjestyksen yleisiä normeja ja niiden jäsentämiä funktionaalisia suhteita.¹⁶ Oikeuslause on Kelsenin mukaan objektiivinen kuvaus ”pitämisestä”. Se lausuu luonnonlain tavoin kahden tosiseikaston välisen kytkennän, niiden välisen funktionaalisen suhteen.¹⁷ Tämän se lausuu imputaation kielellä – kuinka tietty seuraamus juon-

14. Kelsen 1960, s. 97.

15. Tuori 2021, s. 63.

16. Kelsen 1960, s. 90–91.

17. Kelsen 1960, s. 89–90.

tuu tietystä ehdosta. Kyse ei ole kausaatiosta kuten luonnontieteessä, jossa tietty vaikutus seuraa tietystä syystä.

Mitä edellä sanottu sitten tarkoittaa puhtaan oikeusopin positivismin kannalta? Juuri tämä liittyy siihen formaalis-rationaaliseen tarkastelutapaan, jolla Kelsen rakentaa oikeusoppiaan perusnormin kiintopisteen varassa ajatuksellisenä esikuvanaan matematiikka. Kelsen on positivistisesti nimenomaan Wienin piiriin hengessä. Hän päätelee deduktiivisesti lähtien valikoiduista aksioomeista (perusnormista). Hän rakentaa niiden varaan merkitykseltään ja totuusarvoltaan tautologisen järjestelmän. Tämä ei suinkaan estä häntä tekemästä uutta luovia, jopa kumouksellisia, keksintöjä. Mutta siitä seuraa se, ettei hänellä ole mitään tarvetta yrittää todistella väittämiensä pätevyyttä käytännössä. Niitä voidaan pitää jopa ajatuskategorioilla operoivana ajatuskokeena. Kelsenin oikeuspositivismi onkin varsin erilaista positivismia kuin sellainen positivismi, jossa teorioiden ja tieteellisten väittämien pätevyyden kriteerinä pidetään nimenomaan sitä, kuinka hyvin niitä voidaan testata ja koetella käytännössä. Kelsen ei kuvaa mitään historiallisesti määrättyä oikeutta. Hän on luonut eräänlaisen puhtaudessaan ja loogisessa johdonmukaisuudessaan ideaalisen oikeuden, joka on voimassa lähinnä virtuaalisesti. Siinä kuvauksessa oikeusnormit pitämisenormeinä eivät ole tietenkään tosia tai epätosia, ne vain ovat tai eivät ole voimassa.¹⁸ Puhdas oikeusoppi oikeustieteenä kohdistaa huomionsa oikeusnormeihin merkityssisältöinä eikä suinkaan minään tosiseikkoina. Näin se voi sulkea silmänsä myös oikeusnormien tahtomiselta ja hyväksynnältä.¹⁹ Kaikkein tärkeintä Kelsenin loogis-positivistisessa päättelyssä on kiinnipitäminen oikeustieteen oikeuslauseiden ja oikeusjärjestyksen oikeusnormien välisestä erosta.²⁰ Tämä takaa sen, ettei oikeustieteen oikeuslauseiden totuusarvoa tarvitse tai voida testata käytännössä, koska ne ovat merkitykseltään tautologisia.

6. Oikeusjärjestyksen tehokkuudesta

Pystyykö Kelsen sitten oikeuspositivistina ohittamaan kysymyksen oikeusopin pätevydestä käytännössä? Tässä kohdassa Tuori tekee pesäeroa Kelseniin. Tämä on myös syy, miksi olen edellä laittanut niin paljon painoa Kelsenin oman oikeusopin kuvaukseen – jättäen Hartin tässä tietoisesti sivuun. Tämän kommentaarini kohteena on toki Tuorin teos *Properties of Law*, mutta siihen päästäkseni minun on vieläkin sanottava pari sanaa Kelsenistä. Kelsenin loogis-positi-

18. Kelsen 1960, s. 82.

19. Kelsen 1960, s. 115.

20. Kelsen 1960, s. 89.

vistisen päättelyn ratkaiseva tunnusmerkki löytyy oikeustieteen oikeuslauseesta, joka – olematta imperatiivi – kuvaa ”pitämistä” objektiivisesti arvostelmana vaikei olevaisena tosiasiana.²¹ Oikeustieteen oikeuslauseet ovat eräänlaisia teorian sisäisiä ajatuskategorioita, oikeusnormien funktionaalisia järjestysperiaatteita. Ne pyrkivät esittämään oikeuden sellaisena kuin se voi olla voimassa puhtaasti ajatuksellisesti. Niinpä oikeustieteen oikeuslauseiden on tuotava ilmi oikeusjärjestyksen voimassaolo, siis sen erityinen, abstrakti mieli, jossa oikeusjärjestyksen oletetaan vaikuttavan vallanalaisiin yksilöihin, heidän odotuksiinsa ja siten käyttäytymiseen.²² Näin tehdessään puhdas oikeusoppi perusnormi kiintopisteenään katsoo voivansa samalla todistaa olemassa olevan oikeusjärjestyksen pätevyuden.

Kelsen korostaa, että oikeusjärjestyksen pätevyys, sen validiteetti, on eri asia kuin sen tehokkuus. Oikeusjärjestyksen tehokkuus on kyllä sen voimassaolon ehto, mutta se ei ole voimassaolo itse, jota oikeuslauseilla kuvataan. Mutta pysyykö Kelsen pitämään oikeusjärjestyksen pätevyuden ja sen tehokkuuden täysin toisistaan erillään, mikä vastaisi eroa ”pitämisen” maailman ja ”olemisen” maailman välillä? Aivan aiheesta Kaarlo Tuori arvelee, ettei tämä ole mahdollista. Kelsen myöntää tämän itsekin vastentahtoisesti: ”Oikeusjärjestys ei kuitenkaan menetä voimaansa sillä, että jokin yksittäinen oikeusnormi menettää tehokkuutensa, siis ettei sitä sovelleta ollenkaan tai ainakaan yksittäistapauksessa. Oikeusjärjestys katsotaan päteväksi, jos sen normit ovat pääpiirtein tehokkaita eli jos niitä pääpiirtein noudatetaan ja sovelletaan.”²³

Tuori korostaa, että Kelsenin tekemät rajanvedot ”olemisen” ja ”pitämisen” välillä tekivät hänelle mahdottomaksi johtaa oikeudellista pätevyyttä (legaalista validiteettia) missään muodossa oikeusjärjestyksen tehokkuudesta tai sen sosiaalisesta hyväksyttävyydestä. Hänen mukaansa pätevyyttä ja tehokkuutta ei saanut sekoittaa toisiinsa. Tämän sanottuaan Tuori toteaa, ettei Kelsen kuitenkaan voinut jättää huomiotta niiden yhteyttä.²⁴ Tuorin mukaan oikeusjärjestyksen formaali validiteetti ja tehokkuus empiirisenä validiteettina liittyvät välillisesti toisiinsa, kun taasen oikeustieteen puheaktien validiteetti on luonteeltaan substantiaalista.²⁵

21. Kelsen 1960, s. 88–89.

22. Kelsen 1960, s. 88.

23. Kelsen 1960, s. 230.

24. Tuori 2021, s. 59.

25. Tuori 2021, s. 121, 166, 173.

7. Yhteiskunta oikeudessa

Oikeusjärjestyksen tehokkuutta koskeva kysymys suhteessa sen validiteettiin, samoin kuin lainsäätäjän subjektiivisen tahdon objektiiviseksi tahdoksi kääntämistä koskeva kysymys (oikeuden lähteistä ja alkuperästä) yhdistyneenä perusnormin taustalla olevaan kehäpäätelyn ansaan²⁶, ovat eräitä niitä Kelsenin ja osin Hartin oikeusopin ongelmakohtia, jotka ovat kannustaneet Tuoria hakeutumaan ulos tällaisesta itseensä sulkeutuvasta järjestystieteestä järjestelmätieteeseen.²⁷ Ulospääsytien tarjoaa nimenomaan se oikeuden niin sanottu sosiaalinen ulottuvuus, jonka Kelsen taasen halusi sulkeistaa oikeusoppinsa ulkopuolelle. Lisäksi Kelsen korostaa ehdotonta eroa oikeuden ja moraalin välillä. Omassa oikeusteoriassaan Tuori lähtee siitä, että ollakseen voimassa normatiivisena oikeusjärjestyksenä oikeus ei voi palautua yksin oikeusnormeihin. Siinä on kysymys myös ”sosiaalisesta”, tarkemmin sanottuna sosiaalis-oikeudellisista käytännöistä.²⁸

Modernin valtio-oikeuden ymmärtämiseksi tarvitaan relationaalista otetta, jossa oikeuden normatiivisuus ja sosiaalisuus suhteutetaan toisiinsa. Tämä on yksi Tuorin oikeusteorian keskeisiä lähtökohtia. Hänen oikeusteoriaansa ei tule kuitenkaan sekoittaa erilaisiin niin sanottuihin oikeus ja yhteiskunta- tai oikeus yhteiskunnassa -oppisuuntiin, joiden tarkoituksena on tarkastella oikeutta yhteiskunnallisena ilmiönä eikä niinkään yhteiskuntaa oikeudellisena ilmiönä. Tuori puolestaan lähestyy niin sanotusti yhteiskuntaa oikeudessa. Hän kutsuu tutkimusotettaan kriittisesti positivistiseksi, koska sen lähtökohtana on oikeuden positiivisuus. Voidaan silti kysyä, tekeekö tämä siitä vielä positivistista. Käsitteellinen, joskin kriittinen, kiinnittyminen Kelsenin ja Hartin teoriaperinteeseen korostaa toki opillisesti sen positivistista luonteenlaatua, muttei välttämättä metodologisesti. Tuorin oikeuspositivismin kritiikki ilmenee jo siinä, että perusnormin merkitys kyseenalaistetaan oikeusjärjestyksen voimassaolon ja pätevyyden transsendentaalisena takaajana. Lisäksi normatiivisuuden ohella vaaditaan tunnustamaan oikeuden ”sosiaalisuus” ja oikeuden pintatasoa syvemmät oikeuskulttuuriset kerrostumat. Siinä luovutaan lain ja moraalin ehdottomasta erottelusta. Siinä tunnustetaan myös ei-valtiollisen lain olemassaolo, ja mikä tärkeintä, siinä ei lähestytä oikeutta suljettuna järjestelmänä.

26. Tuori 2021, s. 34.

27. Tuori 2021, s. 4.

28. Tuori 2021, s. 5.

8. Mitä on nimen takana?

Tuorin teos *Properties of Law* on hyvä todistus siitä, kuinka oikeuspositivismin kritiikki toimii. Mutta onko hänen oikeusteoriaansa syytä kutsua kriittiseksi positivismiksi? Tämä on toki hänen oma valintansa. Loogisen positivismin kaltaisesta aksiomaattisesta mallinnuksesta siinä ei varmasti ole kyse. Mutta positivismilla on monta nimeä ja tällä nimellä voi olla monia kantajia. Kelsenin omankin oikeusopin loppupuolelta löytyy pohdinta, joka muistuttaa siitä positivismin opinkappaleesta, jonka mukaan teorioiden ja tarkastelutapojen valinta on olennaisesti todellisuudesta riippumaton seikka. Sen mukaisesti emme voi koskaan varmasti tietää, mitä todellisuus on. Vertaamalla kansainvälisen ja valtionsisäisen oikeuden monistisia konstruktioita (primaatteja) keskenään kahtena erilaisena viitejärjestelmänä, kuin heliosentristä ja geosentristä maailmankuvaa, Kelsen päätelee tällaisten formulointien eron, jopa vastakohtaisuuden, olevan positivistille sivuseikka.²⁹ Kysymys on vain kahdesta valinnaisesta tarkastelutavasta, joiden sopivuus ja pätevyys riippuvat yksinkertaisesti siitä, kuinka hyvin ne täyttävät tarkoituksensa. Kelsen ei tietenkään yhdistä oman tautologisen oppinsa tarkoitusta sen kanssa, kuinka hyvin se on testattavissa käytännössä. Mutta moni muu positivistinen tieteenekijä on nimenomaan korostanut tämän seikan eli tarkoituksen merkitystä. Esimerkiksi Stephen Hawking, tai vaikkapa taloustieteilijä Milton Friedman, on sanonut sen selväsanaisesti ääneen: tutkija voi valita teoriansa mielin määrin, ratkaisevaa on se, kuinka hyvin valitun teorian avulla voidaan esittää käytännössä testattavia ja todistettavia väittämiä.

Vastaako tai kuvaako teoria todellisuutta sitä valittaessa tai konstruoitaessa, on positivistille sivuseikka. Hänen mukaansa tieteenekijän ei tarvitse ottaa tähän kantaa. Tämä asia tulee erinomaisen kiinnostavalla tavalla esiin siinä keskustelussa, jota astrofysikot Stephen Hawking ja Roger Penrose kävivät keskenään kirjassaan *The Nature of Space and Time* (2000). Penrosen näkökannasta poiketen Hawking ei pidä mitenkään relevanttina kysymystä siitä, vastaako Schrödingerin kissan olotila puoliksi elävänä ja puoliksi kuolleen (kvantti)todellisuutta vai ei. Hawking korostaa olevansa positivistisi, ja sen tähden hän pitää merkityksettömänä kysymystä siitä, vastaako hänen konstruoimansa teoria tai matemaattinen malli todellisuutta vai ei, hän kun ei tiedä, mitä todellisuus on. Tärkein asia, mitä teorialta voidaan edellyttää, on se, että sen väittämät ja ennusteet vastaavat havaintoja. Hawking nimittää Penrosea platonistiksi sillä perusteella, että Penroselle todellisuuden ohittaminen ei ole mikään sivuseikka. Penrose puolestaan tarkentaa, ettei hän ole platonisti, hän on (tieteellinen) realisti. Tapa, jolla Penrose täsmentää näkökantaansa, on mielestäni hyvin valaisevaa myös Tuorin sanoutumiselle irti Kelsenin ja Hartin positivismista. Penrose täsmentää, että

29. Kelsen 1960, s. 360–361.

olipa todellisuus millainen tahansa, tieteentekijän on tehtävä itselleen selväksi, kuinka todellisuuden voi käsittää eli kuinka sitä voi lähestyä, jotta voimme sitä ylipäänsä havainnoida. Tämän takia meillä on Penrosen mukaan oltava toinen tai molemmat seuraavista: (1) kokemuksen teoria ja (2) käyttäytymisen teoria.³⁰

9. Käytännöt ja puheaktit oikeusteoriassa

Kaarlo Tuori esittää mielestäni varsin samankaltaiset kysymykset Hans Kelsenille kuin Roger Penrose esittää Stephen Hawkingille. Jos oikeusjärjestyksen tehokkuutta pidetään Kelsenin kiertelyistä huolimatta sen validiteetin kannalta relevanttina, varsinkin jos sen testattavuutta pidetään käytännössä mahdollisena, siis empiirisenä validiteettina, tämän päättelyn perustelemiseksi tarvitaan ”kokemisen teoria”, siis selvitys siitä, miten oikeussubjektit kokevat ja havaitsevat oikeusnormit käytännössä odotuksina. Tarvitaan myös ”käyttäytymisen teoria”, siis selvitys siitä, kuinka oikeusnormien soveltaminen käytännössä tapahtuu oikeussubjektien käyttäytymisenä. Nähdäkseni Tuorilla puheaktiteoria tarjoaa avaimet ”kokemuksen teoriaksi” ja käytäntöteoria taasen tarjoaa mallin ”käyttäytymisen teoriaksi”. Mikäli tämä tulkintani pitää edes jossain määrin paikkansa, hyvästä syystä voidaan kysyä, astuuko Tuori näillä ratkaisuillaan (tieteellisen) realismin maaperälle. Toki olisi mahdollista väittää, että immanentti kritiikki tässä vain vaihtuu paljastavaksi kritiikiksi, jolloin Tuori voi väittää edelleen seuraavansa Kelsenin jalanjälkiä. Kelsen nimittäin korostaa sitä, että tieteellä on immanenttina pyrkimyksenään tutkimuskohteensa paljaaksi riisuminen.³¹

Puheaktiteorian sekä sosiaalisen käytäntöteorian soveltaminen oikeusregiimin, ja nimenomaan normatiivisen oikeusjärjestyksen pintatasoa syvemmän oikeuskulttuurin käytäntöjen analysoimiseksi, on askel ulos siitä oikeutta kuvaavasta järjestelmämallista, jota Kelsenin solipsistinen oikeusoppi edustaa. Tuori korostaakin sitä, että modernia valtio-oikeutta ei voida rakentaa yksinomaan oikeusnormien varaan hierarkiana. Siinä on kysymys myös ”sosiaalisesta” ja ”yhteiskunnallisesta”, siis sosiaalis-oikeudellisista käytännöistä. Ilman niitä normatiivinen oikeusjärjestys ei toimisi käytännössä eikä sen pätevydestä ja tehokkuudesta voitaisi puhua realistisesti.³² Tämä on samalla tieteenfilosofinen kannanotto teorian todenperäisyyden perusteista, mutta se ei sinänsä kerro itse

30. Stephen Hawking – Roger Penrose, *The Nature of Space and Time*. Princeton University Press 2000, s. 3–4, 121, 128, 134–135.

31. Kelsen 1960, s. 119.

32. Tuori 2021, s. 6–7.

teorian sisällöstä. Tuorin oikeusteoriaa ohjanneet metodologiset valinnat selittävät paremmin, miten hän on teoriaansa rakentanut.

10. Metodologia avuksi

Nostan esiin muutamia metodologisia periaatteita, jotka lukemani perusteella ovat olleet Tuorille keskeisiä hänen rakentaessaan oikeusteoriaansa. Voin samalla esittää jokaisesta sellaisen kriittisen kysymyksen, joka Tuorin omia ratkaisuja haastamatta panee miettimään niiden merkitystä ja vaihtoehtoja. Tuorin ensimmäinen metodologinen valinta on hänen ideaalityyppinen esityksensä modernista valtio-oikeudesta. Siinä suljetaan tietoisesti pois monia oikeuteen vaikuttavia seikkoja. Koska siinä toimitaan pitkälti Weberin päättelymallin mukaisesti, jälleen kerran voisi kysyä, otetaanko siinä sivuaskel oikeuspositivismista. Ja miten siinä esityksen edetessä puretaan idealisointeja, vai puretaanko niitä muuten kuin transnationaalisen oikeuden tapauksessa?

Tuorin tekemistä metodologisista valinnoista on toiseksi mainittava relationalismi. Se tarkoittaa hänellä nimenomaan normatiivisuuden ja sosiaalisuuden suhteen pohdintaa. Tämä edellyttää syventymistä oikeuskulttuuriin. Ensimmäisen ja toisen kertaluvun sosiaalis-oikeudellisia käytäntöjä erittelemällä voidaan täydentää kokonaiskuvaa oikeusregiimistä. Nämä käytännöt tukevat normatiivista oikeusjärjestystä. Mutta miksei sitten oikeuden ja poliittisen suhdetta pohdita myös oikeuskulttuurin tasolla! Poliittista ei tule redusoida politiikkatoimiksi (policy). Lisäksi periaatteita voitaisiin tarkastella myös suhteessa poliittiseen. Ja miten funktionalistinen tarkastelutapa ja siihen liittyvä puhe subjektien rooleista sopivat yhteen relationalismin kanssa?

Kolmanneksi on ilmeistä, että Tuorin oikeusteoreettisessa päättelyssä nojataan vahvasti kaksijakoihin eli dikotomioihin ja erotteluihin eli distinktioihin. Hän ei kuitenkaan halua tulkita niitä vastakohtina. Hänelle on keskeistä niiden välinen suhde ja se, kuinka ne välittyvät keskenään. Tuori puhuu tässä yhteydessä dialektiikasta, jota hän kuvaa erojen välittäjänä (dialectic of distincts). Tämä menettelytapa noudattaa relationalismia. Sen ansio on asioiden tulkinta niiden keskinäisten suhteiden ja välitysten näkökulmasta. Silti on paikallaan kysyä – aivan kuten Antonio Gramsci kysyi Benedetto Crocelta – sitä, että eikö käsitettä dialektiikka käytetä tässä jossain määrin poikkeavasti. Dialektiikassahan on kyse vastakohtista eikä vain eroista. Siinä on kysymys ristiriidoista ja niiden aikaansaamasta liikkeestä ja muutoksesta. Kysymys on olennainen ainakin Hegelin ja Marxin perinnön näkökulmasta. Tuori tuntuu oikeusteoriassaan sulkeistaneen tarkastelunsa ulkopuolelle sekä politiikan että ylipäänsä yhteiskunnallisista vastakohtista ja eturistiriidoista kumpuavan kamppailun ja sen merkityksen. Kyse

ei ole vain lakia säätävästä vallasta (constituent power), jonka merkityksen Tuori huomioi ”lainsäätäjän tahtona”. Siinä on kysymys myös niistä riidoista ja kamppailuista oikeuskulttuurissa, jotka voivat vaikuttaa lakien syntyyn, tulkintaan ja soveltamiseen.

Perspektivismi on, neljänneksi, keskeinen metodologinen ohjenuora Tuorin oikeusteoriassa. Siinä on kyse niin sanotusta sisäsyntyisestä perspektivismistä eli oikeuden sisäisestä perspektivismistä.³³ Kysymys on siitä, kuinka sosiaaliset ja oikeudelliset toimijat käsittävät ja kokevat oikeusnormit sosiaalis-oikeudellisina käytäntöinä ja oikeudellisesti erikoistuneina käytäntöinä. Kysymys on siis ”kokemisen teorian” ja ”käyttäytymisen teorian” kuvaamista tilanteista. Tuori muistuttaa samalla Kelsenin omasta tulkinnasta, joka koskee legaalisten toimijoiden sisäistä näkökulmaa, heidän oikeutta koskevaa esiyymmärrystään. Hän arvostelee samalla Kelsenia siitä, että tämä tulkitsee oikeudellisen esiyymmärryksen pelkästään kognitiiviseksi eli episteemisesti. Hän pitää Kelsenin näkemystä epähistoriallisena transsendentaaliseen perusnormiin nojautuessaan. Mutta Tuori itsekkin korostaa eroaan sellaisiin tulkintoihin, joissa kyseenalaistetaan tämän oikeussubjektien esiyymmärryksen oikeudellinen puhtaus. Niinpä Tuori korostaa lähestymistapansa eroa oikeussosiologiaan ja niihin tulkintoihin, joissa ei pidetä tiukasti kiinni oikeuden sisäsyntyisestä perspektiivistä. Tämä rajanveto on käsitteellisesti ymmärrettävä. Mutta miten ihmeessä sosiaaliset subjektit voivat käytännössä rajata näkökulmansa puhtaan oikeudelliseksi?

Edellinen seikka liittyy Tuorin viidenteen metodologiseen valintaan, jonka mukaisesti hän kehittää oikeusteoriaansa reflektioteorian.³⁴ Kyse on oikeusoppineen itsereflektiosta. Se liittyy nimenomaan hänen sisäiseen esiyymmärrykseensä ja Selbstbeschreibungiin.³⁵ Tuori myöntää flirttailevansa tässä Niklas Luhmannin terminologialla, vaikka haluaakin pitää etäisyyttä tämän järjestelmätieteeseen. Oikeusoppineen itsereflektiosta voitaisiin toki puhua monesta muustakin teoreettisesta lähtökohdasta käsin. Joka tapauksessa se toimii hyvin Tuorin analysoimassa oikeuskulttuurin kontekstissa. Itsereflektion avulla oikeusoppinut voi tarkentaa oikeudellista esiyymmärrystään. Mutta voiko hän siihen vetoamalla perustella valintojensa ehdotonta paremmuutta? Ja voiko hän siihen vetoamalla liittoutua professionaalisesti samanmielisten kanssa? Vaarana voisi tällöin olla eräänlaisen professionaalisen ”eliittikartellin” (Ilkka Heiskasen termi) muodostuminen. Ehkäpä juuri siinä mielessä kuin Tuori puhuu EU-oikeuden yhteydessä yhteisestä legaalista syväkulttuurista? Kyse olisi tietenkin vallasta oikeudessa (power in law) ja hegemoniasta. Koska kysymys vallasta liittyy kritiikkiin, joka sekkin on kirjan metodologinen valinta, tässä kohdassa jäin miettimään, voiko tässä olla professionaalisesti kyse myös kriittisestä reflektiosta.

33. Tuori 2021, s. 22–28.

34. Tuori 2021, s. 268.

35. Tuori 2021, s. 26.

Pidän, kuudenneksi, metodologisena ratkaisuna sitäkin, että oikeuden perimmäisenä tehtävänä nähdään normatiivisen oikeusjärjestyksen turvaaminen³⁶ ja viime kädessä yhteiskunnallinen järjestys. Tuori korostaa, ettei oikeus voi olla vallankumouksellista. Sen ei silti tarvitse olla konservatiivista. Hän luonnehtii oikeuskulttuurissa tapahtuvaa muutosta lähinnä asteittaiseksi, reformistiseksi. Järjestyksen ylläpidon ohella oikeus voi, hänen mukaansa, olla myös voimaannuttavaa ja fasilitoivaa eikä vain regulatiivista. Se voi olla jopa emansipatorista. Nämä ovat kiinnostavia painotuksia, joiden merkityksen – ehkäpä viimeksi mainittua lukuun ottamatta – voikin lukea esiin kirjan sivuilta. Tämän metodologisen valinnan kohdalla jäin silti miettimään oikeusjärjestyksen takaamisen vaihtoehtoja tavoitteena. Se kun niin helposti houkuttelee tekemään oikeustieteestä järjestelmätieteen. Voisiko oikeuden perimmäisenä tehtävänä pitää vaikkapa yhteiskunnallisten (etu)ristiriitojen ja ongelmien ratkaisemista? Toki sekkin tavoite voisi toteutuessaan ylläpitää järjestystä. Mutta se ei lähtökohtaisesti antaisi ymmärtää, että oikeus on muusta yhteiskunnasta (suhteellisen) itsenäistynyt järjestelmä tai funktionaalinen regiimi, joka toimii omalakisesti.

11. Käytäntöteoria tyyppiteorianä

Olen edellä tyytynyt aivan yleispiirteisesti hahmottamaan sitä, kuinka Tuori jäsentää ja erittelee ideaalityyppisesti modernia valtio-oikeutta oikeusregiiminä, jossa oikeuden normativiteetti ja sen sosiaalisuus tukevat toisiaan. Siinä siis normatiivinen oikeusjärjestys oikeusnormeineen ja sosiaalis-oikeudelliset käytännöt vahvistavat toinen toisiaan. Ideaalityyppisen tarkastelutapansa ansiosta Tuori soveltaa teoriassaan sellaisia näkökulmia, malleja ja käsitteitä, joiden ei tarvitse kuvata empiiristä todellisuutta eikä ihmisten ja instituutioiden havaittavaa käytäytymistä. Hän tekee tämän myös itse selväksi toteamalla, etteivät ideaalityypit vastaa empiirisiin kysymyksiin mutta kylläkin helpottavat niiden muotoilemisista.³⁷ Niinpä Tuori soveltaa oikeusopissaan keskimääräisyksilöiden varaan rakennettua käytäntöteoriaa sosiaalis-oikeudellisten ja oikeudellisesti erikoistuneiden käytäntöjen analyysissa. Sen tehtävänä on täydentää ja täsmentää oikeusnormien varassa olevan normatiivisen oikeusjärjestyksen kuvausta. On odotettua, että omassa normatiivisesti suljetussa oikeusopissaan Kelsen odotetusti käsittelee vain keskimääräisyksilöitä, siis ihmisiä yleensä ilman sen tarkempia yhteiskunnallisia määreitä. Tuorin oikeusopissa kyse on eri asiasta eli oikeuskulttuurin analyysistä. Niinpä puhe niin sanotuista sosiaalis-oikeudellisista me-rooleista

36. Tuori 2021, s. 147.

37. Tuori 2021, s. 185.

kuin kenen tahansa metaroolista oikeussubjektina³⁸ vaikuttaa kyllä tässä yhteydessä rohkealta idealisaatiolta. Toki oma näkökulmani on yhteiskuntatieteilijän näkökulma. Mutta eikö sitten oikeustiede ole yhteiskuntatiede?

Ideaalityyppinen tarkastelutapa ei välttämättä tarkoita sitä, että sosiaalisten käytäntöjen analyysissa filosofisen tyyppittelyn tulisi korvata yhteiskuntatieteellinen analyysi. Tuori on omassa sosiaalis-oikeudellisia käytäntöjä koskevassa analyysissään hyödyntänyt kahden filosofin, Raimo Tuomelan ja Theodore R. Schatzkin, mallinnuksia ihmisen sosiaalisuudesta ja ihmiselämästä yleensä.³⁹ Hän on lähestynyt ihmisten toimintaa ja ihmiselämää kuvaavaa sosiaalisuutta käytäntöjen kautta, käytäntöjen välittämänä. Tuori pitää tätä rohkeana teesinä⁴⁰, mutta mielestäni se on ihmistieteissä varsin yleisesti omaksuttu näkemys. Sitä ei tietenkään tarvitse omaksua Tuomelan ja Schatzkin kaltaisten filosofien mieltämällä yleiskatsauksellisella ja korkealentoisella tavalla. He päättelevät pelkien esimerkkien varassa, mikä on analyttisille filosofeille varsin tyyppillistä. Tärkeintä onkin täsmentää, miten sosiaalisten käytäntöjen katsotaan toiminnallisesti liittyvän yksilöihin, heidän ryhmiinsä ja ryhmittymiinsä, keskinäisiin suhteisiinsa ja instituutioihin. Kyse on aina yhteiskunnallisesta liikkeestä, jossa käytännöt elävät ja muuttuvat. Tuori on toki tehnyt sen aivan selväksi, ettei hänen tarkoituksensa ole ollut analysoida ”oikeutta yhteiskunnassa” tai ”oikeuden ja yhteiskunnan suhdetta”. Niinpä Tuorin loistokasta kirjaa olisi hyvä arvioida ja arvostella siltä kannalta, mitä siinä on tietoisesti tehty, ei iinkään siltä kannalta, mitä siinä on tietoisesti jätetty tekemättä.

Lienee sivuseikka, hyväksyykö Tuori Max Weberiin kohdistetun harhaisen arvostelun siitä, että tämä syyllistyi yksilön merkityksen ylikorostamiseen ”meidän” kustannuksella. On toki selvää, että voimme toimia joukossa, mutta mitä tämä joukossa toimiminen tarkoittaa, se onkin yhteiskuntatieteellisesti mutkikkaampi kysymys. Se ei suinkaan voi merkitä vain jonkinlaista ristiriidatonta olemista ”meinä muiden joukossa”, ikään kuin me kaikki olisimme saman klubin jäseniä. Aivan toisin kuin Tuomela ja Schatzki Max Weber on nimenomaan analysoinut valta-osuuksiemme merkitystä sille, mikä on asemamme yhteiskunnassa ja sen joukoissa ja miten voimme niissä sen mukaisesti toimia. Weberin näkemyksestä saa hyvän kuvan vaikkapa lukemalla hänen analyysiaan rahan roolista yhteiskunnassa siitä käytyjen kamppailujen näkökulmasta. Tämä näkemys on varsin vieras Tuomelan ja Schatzkin yhteisysteorioille. Onneksi Tuori on ajatellut asiaa heitä pidemmälle.

Tuorin mukaan jäsenyyttämme joukossa voidaan määritellä sen roolin tai position kautta, joka subjektille muodostuu niiden normatiivisten odotusten myötä, jotka vastaavat määrättyä normatiivista käytäntöä, siis tiettyä sosiaalis-oikeudel-

38. Tuori 2021, s. 79.

39. Tuori 2021, s. 65.

40. Tuori 2021, s. 65.

lisesti normitettua käytäntöä. Näin Tuorille avautuu mahdollisuus luoda ja soveltaa käsitteistöä, joka liittyy toisiinsa yksilöt, normit, roolit, tyypit ja instituutiot käytäntöjen välittämällä. Tyypittelemällä sosiaalisia ja oikeudellisia käytäntöjä niiden normatiivisuuden mukaisesti voidaan luoda joukkoja, joiden jäseninä yksilöiden voidaan katsoa käyttäytyvän niitä vastaavien odotusten mukaisesti. Tällä tavoin oikeudelliset instituutiot, eräänlaisina abstraktien normien joukkona, voidaan ymmärtää suhteessa normatiivisesti tyypiteltyihin sosiaalis-oikeudellisiin käytäntöihin. Tuorin mukaan puhe oikeudellisista instituutioista on oikeusteoriassa aina puhetta abstrakteista tyypeistä.⁴¹ Käytäntöteoreettinen käsitteistö muodostaa hänellä myös lähtökohdan, tai ainakin liittymäkohdan, oikeudellisen puhunnan analysoimiseksi. Kun Tuori analysoi erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä puheakteina, kyse on nimenomaan puhunkäytännöistä.

Käytäntöteoria ja puheaktiteoria tarjoavat yhdessä vahvan teoreettisen perustan Tuorin omalle oikeusteorialle, joka Kelsenin ja Hartin oikeuspositivismista poiketen pureutuu normatiivisen oikeusjärjestyksen pintatasoa syvemmällä olevaan oikeuskulttuuriin. Tällä tavoin hän rakentaa perinteistä oikeuspositivismia monipuolisemman kuvan modernin valtio-oikeuden toiminnasta oikeusregiiminä. Minulla ei ole tässä kommentaarissani mitään syytä, eikä lainopillista pätevyyttä, paneutua lähemmin tämän teorian oikeudelliseen sisältöön. Yhteiskuntatieteilijänä voin vain ihailla sen päättelyn johdonmukaisuutta ja sitä taidokkuutta, millä Tuori on siinä käsitteitään käyttänyt ja niiden avulla luonut ideaalityypisesti eheän kokonaiskuvan modernista valtio-oikeudesta. Transnationaalisen oikeuden tarkastelussa, varsinkin pluralismin näkökulmasta, näitä ideaalityypisiä oletuksia joudutaan luonnollisesti purkamaan.

12. Oikeus vallan varjossa

Kirjansa esipuheessa Tuori mainitsee, kuinka Martti Koskenniemen ohella olen jaksanut muistuttaa häntä siitä, että oikeudessa on kysymys myös vallasta ja eduista. Hän tunnustaa, että silloin tällöin hän saattaa sivuuttaa tämän seikan pyrkiessään luomaan mahdollisimman eheän ja järjestelmällisen kuvauksen modernista valtio-oikeudesta. Vallankäytössä on kyse eduista, vastakohdista, ristiriidoista ja kamppailusta eikä vain eroista. Niinpä niiden vaikutus voi näkyä epätasapainona ja mullistuksina. Näiden voimien ja vaikutusten kiertäminen ja kieltäminen on houkuttelevaa, jos halutaan esittää järjestelmävakautekkuus kuvaus oikeusregiimistä normatiivisena järjestyksenä.

41. Tuori 2021, s. 66.

Tuori itsekin myöntää, että valta on hänen soveltamansa käytäntöanalyysin heikko kohta.⁴² Hän huomauttaa aiheellisesti, että jotkut toimijat voivat joutua vasten tahtoaan tietyn käytännön osalliseksi vaikkeivat he hyväksyisi sen tarcoitusta tai sitä roolia, joka siinä heille lankeaa.⁴³ Tuori viittaa kurinpitovaltaan, jonka hän katsoo vaikuttavan määrätyn käytännön sisältä käsin sen normatiivisuuteen.⁴⁴ Tuori tulkitsee sen tässä ilmentävän valtaa laissa (power in law), joka on yksi niistä vallan muodoista, joita hän erottaa toisistaan. Kaksi muuta Tuorin erottelemaa vallankäytön muotoa ovat oikeuteen sen ulkopuolelta vaikuttava valta (power on law) sekä lainkäytön omat vaikutukset (power by law) valtasuhteisiin yhteiskunnan eri kentillä, kuten taloudessa, hallinnossa ja elämismailmassa.⁴⁵ Tuori yhdistää vallan ja tahdon (*voluntas*), vaikkei tietenkään pidä niitä identtisinä.⁴⁶ Valta on tahtoa, jolla on käytössään tietyt välineet tahtonsa toteuttamiseksi. Tässä teoksessaan hän ei yhdistä valtaa järkeen (*ratioon*). Näin tehdesään hän olisi voinut vielä erottaa tuottavan vallan (power to law) ja täsmentää, kuinka valta voi tuottaa määrätynlaista subjektiutta, kuten oikeussubjektiutta niin sanottuna metaroolina, niin kuin myös ”meitä” määrätyn joukon jäsenenä.

Olisi hyvä pitää mielessä ero tuottavan vallan (power to law) ja oikeuden sisältämän vallan (power in law) välillä, vaikka ne liittyvätkin kiinteästi toisiinsa. Tuottava valta ei koske vain subjektien tuottamista. Tuottavan vallan näkökulmasta keskeistä on myös kysymys siitä, miten kansalainen niin sanotusti pääsee oikeuksiinsa ja miten kansalainen voi hyödyntää oikeutta tarjoumana. Tätä asiaa Tuori sivuaa tarkastellessaan sitä, kuinka digitalisaatio, BigData ja algoritmit tarjoavat uudenlaisia normalisaation (ja siis myös biovallan ja kurinpidon) tekniikoita.⁴⁷ Laki tarjoumana voikin avata, siis fasilitoida, monia uusia (virtuaalisia) mahdollisuuksia, joita ihmiset voivat käyttää elämässään hyväksi ne aktualisoimalla.

13. Poliitikalta pääsy kielletty

Tuori on toki käsitellyt tuottavan vallan kysymystä perusteellisesti jo aikaa siten, muun muassa laajassa artikkelissaan Foucault’n oikeus (alun perin 1991). Siinä hän käsittelee Foucault’n valtagenealogialle ominaista vastakkainasettelua ”lain sisältämän suvereenin vallan” ja ”normin sääntelemän mikrovallan, ku-

42. Tuori 2021, s. 68.

43. Tuori 2021, s. 68.

44. Tuori 2021, s. 69.

45. Tuori 2021, s. 22.

46. Tuori 2021, s. 21.

47. Tuori 2021, s. 276.

rinpitovallan tai biovallan” välillä. Jo tässä artikkelissa Tuori tekee selväksi, ettei hän omassa teoriassaan tule seuraamaan Foucault’n esikuvaa. Hän pitää sitä yksipuolisena, koska siinä hänen mielestään sosiaalinen toiminta, siis sosiaaliset käytännöt, typistyvät strategiseksi toiminnaksi, strategiseksi valtapeliksi.⁴⁸ Tuori haluaa pitää kiinni ”olemisen” ja ”pitämisen” maailmojen erosta, jonka Michel Foucault ja François Ewald puolestaan katsovat normin ylittävän. Mutta vaikka Tuori haluaa painottaa ”olemisen” ja ”pitämisen” maailmojen eroa, hän samalla korostaa niiden välisen suhteen suurta merkitystä modernia valtio-oikeutta koskevalle teorialleen. Toki oikeusnormit hän sijoittaa aina ”pitämisen” maailmaan.

Olen nostanut esiin kysymyksen tuottavasta vallasta (power to law) oikeuden sisältämän vallan (power in law) ohella, koska kumpikin niistä löytyy oikeusjärjestyksen pintatasoa syvemmästä oikeuskulttuurista. Tällä syvätasollahan Tuori tarkastelee oikeudellisesta näkökulmasta normatiivisen ja sosiaalisen suhdetta. Tuori toteaa itsekkin, että oikeussubjektiivinen ”deontologia” on riippuvainen sosiaalisista olosuhteista, siis myös niistä valtakäytännöistä, joilla subjektiivista tuotetaan – kuten hänen mukaansa Foucault ja Samuli Hurri ovat syystä korostaneet.⁴⁹ Tämän tarkemmin hän ei halua tässä teoksessaan kysymykseen paneutua. Lain sisältämän vallan (power in law) ja tuottavan vallan (power to law) suhde ei ole ainoa asia, jonka Tuori mielestäni sivuuttaa mainiossa oikeuskulttuurin analyysissään. Oikeuskulttuurissa voi olla myös kysymys niistä valtakäytännöistä, joilla lainmuodostukseen vaikutetaan (power on law). Niitä ei voida sieltä täysin ulkoistaa esimerkiksi politiikan piiriin kuuluvana lainsäädäntövaltana.

Tuori mainitsee, että lainsäädäntövallan (constituent power) ohella myös oikeuskulttuuri voi toimia oikeuslähteenä. Osittain tästä syystä hän varoittaa ylikorostamasta valtiosääntöproblematiikan merkitystä, kuten hänen mielestään esimerkiksi Carl Schmitt, Walter Benjamin, Jacques Derrida, Giorgio Agamben ja heidän vanavedessään monet nykypäivän kelsenistit ovat tehneet.⁵⁰ Itselläni on silti vahva vaikutelma, että tämän kritiikin taustalla on pyrkimys sulkeistaa politiikka, ja oikeastaan ”poliittinen”, oikeuskulttuurin ulkopuolelle toisaalta sijoittamalla se lainsäädäntövallan piiriin ja toisaalta redusoimalla politiikka oikeusregiimin pintatason ilmiöksi politiikkatoimina (policy). Poliittikkatoimet voidaan sitten yhdistää lainkäyttöön välineellisessä mielessä (law as medium). Tuori korostaakin sitä, että oikeuskulttuuri noudattaa reformistista pienten askelten logiikkaa (*ratio*) pikemmin kuin suurten askelten politiikkaa (*voluntas*).⁵¹

Valta ei liity vain tahtoon (*voluntas*). Tästähän juuri niin sanottu tuottava valta muistuttaa liittämällä vallankäytön järkeen (*ratio*). Mutta sama koskee

48. Kaarlo Tuori, Foucault’n oikeus, s. 3–38 teoksessa Kaarlo Tuori, Foucault’n oikeus – kirjoituksia oikeudesta ja sen tutkimisesta. WSOY Lakitieto 2002, s. 25.

49. Tuori 2021, s. 79.

50. Tuori 2021, s. 200.

51. Tuori 2021, s. 200.

myös poliittista toimintaa harkintana (deliberaatio) ja arvostelukykynä, jotka ovat demokratian ja demokraattisen oikeusvaltion kulmakiviä. Kun tarkastellaan normatiivisen ja sosiaalisen suhdetta, joka on oikeuskulttuurin peruskysymys, en näe henkilökohtaisesti mitään perusteltua syytä olettaa olevan olemassa yleensä jotakin ”sosiaalista”, jollainen ei voisi sisältää myös poliittista. Tämä on tärkeätä huomata, kun puhumme oikeudesta kokemisen ja käyttäytymisen näkökulmasta, siis siten kuin sen voimme käsittää ja havaita. Niinpä kun oikeuskulttuurin tasolla puhumme normatiivisen ja sosiaalisen suhteesta, tämän pohdinnan tulisi sisältää myös normatiivisen ja poliittisen suhde. Tällöin kävisi ilmi, että oikeuskulttuurin tasolla olisi puhuttava myös sellaisista yhteiskunnallisista valtakäytännöistä, jotka vaikuttavat lainmuodostukseen oikeusnormeina, siis oikeuteen vaikuttavasta vallasta (power on law), joka on luonteeltaan nimenomaan poliittista.

14. Valta oikeuden varjossa

Ymmärrän hyvin, että oikeusoppinsa puhtauden sekä sen koherenssin ja järjestelmällisyyden nimissä Tuori haluaa sulkeistaa poliittisen ulos oikeuskulttuurista. Yhtä hyvin ymmärrän sen, kuinka tärkeää demokraattiselle oikeusvaltiolle on lainkäytön ja politiikan erottaminen toisistaan. Nämä kaksi vaatimusta eivät ole suinkaan sama asia. Oikeuskulttuurin sijasta lainkäytön ja politiikan erottelu toisistaan on mahdollista ja välttämätöntä tehdä nimenomaan normatiivisen oikeusjärjestyksen pintatasolla. Vaikka oikeustieteellisesti olisikin järkeenkäypää tarkastella oikeuskulttuuria vain oikeudellisesta näkökulmasta, myös siinä tapauksessa olisi paikallaan selvittää oikeuskulttuurin ja poliittisen kulttuurin keskinäissuhdetta oikeuden sedimentaatioprosessissa. Siinä on kysymys oikeuden historiasta, jota luonnehtivat myös riidat ja kiistat, jotka koskevat tulkintaa oikeuden *ratiosta*.⁵² Tuori antaa ymmärtää, että siinä voi olla kysymys vallankäytöstä oikeudessa, siis vallankäytöstä oikeuden sisällä (power in law). Historiallisesta näkökulmasta olisin silti taipuvainen tulkitsemaan, että tässä sedimentaatioprosessissa on kyse myös politiikasta, siis kamppailuista, joilla on poliittinen luonne. Näin ollen siinä voi olla kyse myös oikeuteen vaikuttamisesta (power on law) ja miksei myös oikeussubjektien muokkaamisesta eli tuottavasta vallasta (power to law).

Tuorin oikeustieteelliseen itseymmärrykseen ja itserefleksioon verrattuna kommentaarini näkökulma on ollut paljolti ulkopuolisen. Mutta sehän on pelkkä tosiasia. Tuori puhuu myös lainkäytön yhteiskunnallisista valtavaikutuksista (power by law), mutta hän ei teoksessaan niitä tarkemmin erittele. Hän koros-

52. Tuori 2021, s. 14.

taa sitäkin, ettei hänen käsitekehikkonsa mahdollista puhetta oikeusjärjestyksen kokonaisuuden validiteetista.⁵³ Hän mainitsee myös, että laki itsessään tuottaa symbolisia valtavaikutuksia, joiden avulla se vahvistaa ihmisissä aivan tietynlaista näkemystä heidän sosiaalisesta maailmastaan.⁵⁴ Tämä on mielestäni erittäin varteenotettava seikka. Se nostaa esiin kysymyksen siitä, pitäisikö meidän vieläpä puhua lain vallasta tai jopa laista valtana (power of law) eikä ainoastaan lain valtavaikutuksista (power by law). Olisi ymmärrettävä, että oikeus ja laki yhteiskunnan normatiivisen oikeusjärjestyksen ylläpitäjänä ovat vallankäyttöä, jonka tehtävänä on nimenomaan vahvistaa ihmisissä aivan tietynlaista näkemystä sosiaalisesta maailmasta. Ilman tätä uskoa ja luottamusta oikeusregiimin toimintaan oikeus ei pystyisi toimimaan tehokkaasti – eikä itse asiassa edes olisi voimassa. Tästä näkökulmasta katsottuna oikeusjärjestelmän – ja puhun nyt tietoisesti järjestelmästä – pätevyyttä ja tehokkuutta ei voida käytännössä täysin erottaa toisistaan. ”Laki valtana” onkin tässä aivan määrätys mielessä virtuaalista.

53. Tuori 2021, s. 167.

54. Tuori 2021, s. 22.

Onko legal design tiede? Havaintoja erään väitöskirjan perusteella

1. Johdanto

Hankenin laskentatoimen ja kauppaoikeuden laitoksella on julkaistu niin sanotua legal designia koskeva väitöskirja.¹ Väitöskirjaa pitää arvioida itsenäisenä opinnäytteenä, mutta se antaa myös aiheen tarkastella legal designin luonnetta ja väitöskirjalle asetettavia vaatimuksia. Legal designin luonnetta on syytä tarkastella jo siitä syystä, että legal design sai runsaasti tilaa Tampereella elokuussa 2023 järjestetyillä valtakunnallisilla oikeustieteen päivillä. Väitöskirja antaa samalla tilaisuuden tehdä eräitä kriittisiä huomioita oikeustieteestä tieteenä. Näitä laajoja kysymyksiä tarkastellaan siis yhden väitöskirjan valossa.

Katri Nousiainen englanninkielisessä artikkeliväitöskirjassa valittu ongelma muodostuu kahdesta osasta. Ensimmäistä kirjoittaja kutsuu nimellä ”legalese”, jonka hän määrittelee sanakirjan perusteella lakimiesten ja oikeudellisten asiakirjojen kieleksi, jota tavallisten ihmisten on vaikea ymmärtää. Toinen on siihen hänen mukaansa liittyvä informaatioasymmetria neuvottelujen yhteydessä. ”Legal design” on väitöskirjassa määritelty tavoitteensa perusteella. Legal designilla on tarkoitus saada oikeudelliset tuotteet, palvelut ja prosessit sellaiseen muotoon, että oikeudellista koulutusta vailla olevat ihmiset ymmärtävät ne.²

Väitöskirjaan kuuluu johdanto ja kolme artikkelia. Kahdessa artikkelissa on ollut tarkoituksena muodostaa legal designin yleinen teoria kaupallisen sopimisen yhteydessä oikeustaloustieteen rajoissa.³ Kolmannessa artikkelissa pyritään kirjoittajan mukaan testaamaan teoriaa empiirisesti.

Väitöskirjan kuuluu olla tieteellinen opinnäyte. Sillä pitää osallistua tieteelliseen keskusteluun. Tieteellisessä keskustelussa voidaan olla eri mieltä tieteel-

* Petri Mäntysaari, KTT, OTK, LL.M., professori, Hanken.

1. Katri Nousiainen, *Measuring the impact and value of legal design in commercial contracting within the law and economics framework*. Hanken School of Economics 2023. III + 15 sivua (johdanto) + 10 sivua (ensimmäinen artikkeli) + 22 sivua (toinen artikkeli) + 30 sivua (kolmas artikkeli). Tämän artikkelin kirjoittaja ei ole osallistunut hankkeeseen eikä väitöskirjan arviointiin mutta on kauppaoikeuden professori samalla laitoksella.
2. Nousiainen 2023, luku 1, s. 1.
3. Nousiainen 2023, luku 1, s. 1: ”The first two papers lay down the general theory of legal design in commercial contracting within the law and economics framework.”

lisistä teorioista, menetelmistä ja tulosten tulkinnoista.⁴ Joka tapauksessa väitöskirjan perusvaatimukseen kuuluu yhteen tai useampaan tieteenalaan liittyvä teoreettinen viitekehys, ongelman ja tutkimuskysymyksen yhteys tähän teoreettiseen viitekehukseen, tieteellisten tutkimusmenetelmien soveltaminen tutkimuskysymyksen ratkaisemiseen sekä uutuus verrattuna tieteenalan aikaisempaan tutkimukseen. Tieteellistä laatua arvioitaessa on vastuullista tarkastella työn varsinaista tieteellistä sisältöä.⁵ Ei siis pitäisi riittää, että artikkeliväitöskirjassa on jonkinlainen johdanto ja tietty määrä artikkeleita. Tutkimuksen tieteellistä laatua arvioitaessa on vakiintuneesti tarkasteltu menetelmien, aineistojen ja teoreettisen viitekehysten pätevyyttä sekä tutkimuksen merkitystä tieteenalan kehitykseen.⁶ Väitöskirjassa pitää ”seisoa jättiläisten olkapäillä” ja luoda jotain uutta.⁷

Hankenilla näitä periaatteita sovelletaan kaikille oppiaineille yhteisten arviointimatriisien perusteella jo kandidaatin- ja maisterintutkielmiin.⁸ Vastaavaa arviointimatriisia ei ole väitöskirjoja varten, koska väitöskirjojen arvioinnissa väitöskirja joko hyväksytään tai hylätään. Olisi kuitenkin vaikea perustella mielekkäästi, miksi väitöskirjoihin pitäisi soveltaa matalampia vaatimuksia kuin maisterintutkielmiin. Vaikka väitöskirjalle asetettavat vaatimukset lähtökohtaisesti kuuluvat institutionaalisen autonomian piiriin,⁹ institutionaalinen autonomia ei ainakaan tässä yksittäistapauksessa anna syytä luopua tieteellisen työn keskeisistä laatuksiteereistä. Niistä luopuminen ei yleensääkään vastaisi hyvää tieteellistä käytäntöä.¹⁰ Tarkasteltava artikkeliväitöskirja vastaa yhteenlasketulta sivumäärältään (III + 77 sivua)¹¹ maisterintutkielmaa, mutta tiedeyhteisön odotuksena on maisterintutkielmaa korkeampi tieteellinen laatu.

4. Tutkimuseettinen neuvottelukunta, Hyvä tieteellinen käytäntö ja sen loukkausepäilyjen käsitteleminen Suomessa 2023. Tutkimuseettisen neuvottelukunnan julkaisuja 2/2023, luku 4.1, s. 15.
5. The Declaration on Research Assessment (DORA); Coalition for Advancing Research Assessment (CoARA), The Agreement on Reforming Research Assessment ja Vastuullisen tutkijanarvioinnin työryhmä, Tutkijanarvioinnin hyvät käytännöt. Vastuullisen tutkijanarvioinnin kansallinen suositus. Vastuullisen tieteen julkaisusarja 5:2020. Tiedonjulkistamisen neuvottelukunta ja Tieteellisten seurain valtuuskunta 2020.
6. Tutkijanarvioinnin hyvät käytännöt, s. 11.
7. Nanos gigantum humeris insidentes.
8. Tutkimuksen eri osa-alueiden laadun kriteerit on määritelty Hankenin arviointimatriiseissa etukäteen arvosanatasoilla 0–5.
9. Perustuslain 123 §:n 1 momentti ja yliopistolain 3 §:n 1 momentti.
10. Ks. esim. Lapin yliopiston taiteiden tiedekunnan väitöskirjojen arvosteluasteikko, joka on hyväksytty taiteiden tiedekunnan tiedekuntaneuvoston kokouksessa 17.3.2016. Hyväksytty väitöskirja edellyttää muun muassa sitä, että ”väitöskirjan kysymyksenasettelu, teoriatausta ja teoreettinen viitekehys, metodologia sekä mahdollinen empiirinen aineisto osoittavat hyvää tutkimusalueen tuntemusta sekä eettisesti kestäviä periaatteita, väitöskirja muodostaa tieteellisesti hyvän kokonaisuuden ja sen mahdollisesti sisältämät taiteelliset osat, produktio-osat ja tuotekehitysprojektit ovat korkeatasoisia kaikkien keskeisten arviointikriteerien valossa”. Arvosteluasteikossa on kriteerit myös hylätylle arvosanalle.
11. Nettiversiosta puuttuu kolmas artikkeli, ja siinä on sivuja vastaavasti vähemmän.

Koska tutkimuksen laatua on arvioitava sen perusteella, mitä uutta se on tuonut tieteenalan kehitykseen, ensimmäiseksi on tarkasteltava valittua tieteenalaa. Voisiko se olla kauppaoikeus, oikeustiede, taloustiede, oikeustaloustiede, jokin design science tai legal design? Tarkastelu paljastaa, että väitöskirja ei kuulu mihinkään tieteenalaan. Niinpä se ei täytä tieteellisen tutkimuksen perusvaatimuksia.

2. Ongelmankehittely tieteenalan aikaisemman teorian perusteella

Yleensä tieteenala löytyy jokaisesta kandidaatin- ja maisterintutkielmasta ja väitöskirjasta varsin helposti. Tieteellisen tutkimuksen uutuusvaatimuksesta suhteessa aikaisempaan teoriaan seuraa, että vaatimukseen kuuluu ongelmankehittely tieteenalan aikaisemman teorian perusteella. Ilman tieteenalan aikaisempaan teoriaan perustuvaa ongelmankehittelyä olisi mahdotonta ottaa hyvän tieteellisen käytännön mukaisesti huomioon muiden tutkijoiden aikaisempi työ ja kertoa, mikä omassa tutkimuksessa on tieteenalan kannalta uutta.

Tarkasteltavassa väitöskirjassa identifioituun tieteenalaan perustuva ongelmankehittely puuttuu kokonaan. Sen olisi varmaankin pitänyt löytyä väitöskirjan johdannosta (kappa). Tieteenalan aikaisempaan teoriaan perustuva ongelmankehittely on kuitenkin korvattu sanakirjan määritelmällä (”legalese”). Ilman tieteenalan aikaisempaan teoriaan perustuvaa ongelmankehittelyä jää avoimeksi, mihin tieteenalaan väitöskirjan on tarkoitus kuulua.

Vaikka tieteellisen tutkimuksen perusvaatimukset jäävät täyttymättä jo tällä perusteella, on silti kiinnostavaa tarkastella, olisiko väitöskirja sisältönsä puolesta voinut kuulua johonkin tieteenalaan. Tieteenalan etsintä on tarpeen myös legal designin yleisen luonteen arvioimiseksi (legal design joko on tai ei ole tieteenala), oikeustieteen kritiikin kannalta (tieteellisyyksvaatimuksia joko sovelletaan tai ei sovelleta oikeustieteessä) ja arvioitaessa arviointiprosessin laatua (hyvää tieteellistä käytäntöä joko noudatettiin tai ei noudatettu).

3. Väitöskirja ei kuulu kauppaoikeuteen

Väitöskirja ei kuulu ainakaan kauppaoikeuteen. Näin on siitä huolimatta, että artikkeliväitöskirja on julkaistu laskentatoimen ja kauppaoikeuden laitoksella kauppaoikeuden pääaineessa.

Kauppaoikeus on Hankenilla asiayhteydestä riippuen hallinnollinen kokonaisuus, opetuksellinen kokonaisuus tai tieteenala. Koska kauppaoikeus mainitaan ainoastaan affiliaation yhteydessä, yhteys kauppaoikeuteen on lähinnä hallinnollinen, ei tieteellinen. Kauppaoikeutta ei mainita väitöskirjan varsinaisessa tekstissä lainkaan eikä väitöskirjassa ole haluttu osallistua kauppaoikeuden tieteelliseen eli teoreettiseen ja metodeja koskevaan keskusteluun.

Väitöskirjan olematon yhteys kauppaoikeuteen ilmenee myös siinä, että väitöskirjalla ei teoriansa ja metodiensa puolesta ole yhteyttä laitoksen omaan tutkimukseen ja siihen perustuvaan opetukseen. Hankenilla kauppaoikeuden teoriaa ja metodeja tarkastellaan tieteellisyystvaatimusten näkökulmasta pääaineopiskelijoille pakollisella syventävien opintojen kurssilla Handelsrättens forskningsmetodik (10 opintopistettä). Lähtökohtana kurssilla on, että kauppaoikeuden pitää yliopistollisena oppiaineena täyttää tavanmukaiset tieteellisyystvaatimukset. Olen kehittänyt kauppaoikeutta tieteenalana sekä tällä metodikurssilla että muutamissa julkaisuissa,¹² joten kauppaoikeuden tieteenalaluonnetta koskeva keskustelu olisi ollut laitoksella helposti saatavilla. Jos väitöskirja olisi ollut tarkoitettu kauppaoikeuden tieteenalaan, tämä keskustelu olisi hyvän tieteellisen käytännön mukaisesti varmaankin otettu huomioon.¹³

Sama voidaan sanoa oikeustaloustieteen roolista laitoksen kauppaoikeuden tutkimuksessa. Ingalill Aspholm hyödynsi oikeustaloustiedettä kauppaoikeuden laitoksella hyväksytyssä väitöskirjassaan jo vuonna 2002.¹⁴ Laitoksen oikeustaloustieteen opetukseen on merkittävästi vaikuttanut Max Oker-Blom, joka väitteli samana vuonna Joensuun yliopistossa.¹⁵ Taloustieteen teorioilla on ollut merkittävä rooli Hankenin kauppaoikeudellisessa teorianmuodostuksessa.¹⁶ Tarkasteltavaa väitöskirjaa selvästikään ei ole tarkoitettu osaksi kauppaoikeudellista diskurssia edes oikeustaloustieteellisen kytköksensä välityksellä.

12. Ks. esim. Petri Mäntysaari, Handelsrättens teori: en teoretisk referensram för handelsrättslig forskning. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2/2011, s. 197–226; Petri Mäntysaari, Kauppaoikeuden teoriasta. Lakimies 3/2014, s. 347–367; Petri Mäntysaari, Organising the Firm: Theories of Commercial Law, Corporate Governance and Corporate Law. Springer 2012, s. 15–56; Petri Mäntysaari, User-friendly Legal Science. Springer 2017, s. 194 ja Petri Mäntysaari, Stocks for All: People’s Capitalism in the Twenty-First Century. De Gruyter 2021, s. 3.

13. Ks. esim. ALLEA – All European Academies, The European Code of Conduct for Research Integrity. Revised edition 2023, luku 2.3: “Researchers take into account the state-of-the-art in relevant fields when developing research ideas.” ja TENK, Hyvä tieteellinen käytäntö ja sen loukkausepäilyjen käsitteleminen Suomessa 2023. Tutkimuseettisen neuvottelukunnan julkaisuja 2/2023, luku 3.2.3: ”Otetaan suunnittelussa huomioon aiempi tutkimustieto.”

14. Ingalill Aspholm, Rättsekonomisk analys av revisors skadeståndsansvar i Norden. Svenska handelshögskolan 2002.

15. Max Oker-Blom, Bakom rätten: en rättsekonomisk argumentationsmodell. Joensuun yliopisto 2002. Nousiainen mainitsee Oker-Blomin väitöskirjassaan.

16. Ks. esim. Petri Mäntysaari, The Law of Corporate Finance. General Principles and EU Law. Volume I: Cash Flow, Risk, Agency, Information. Springer 2010.

Voidaan tietenkin kysyä, miksi kauppaoikeuden pääaineessa pitäisi hyväksyä väitöskirjoja, joilla ei ole yhteyttä kauppaoikeuden tieteenalaan. Mutta siirrymme eteenpäin. Jos väitöskirja ei kuulu kauppaoikeuden tieteenalaan, voisiko se kuulua oikeustieteeseen jollain muulla tavalla?

4. Väitöskirja ei kuulu oikeustieteeseen

Väitöskirja ei kuulu kauppaoikeuden tieteenalaan mutta ei myöskään oikeustieteeseen, koska väitöskirja ei vastaa mitään oikeustieteen paradigmaa.

Perinteisessä oikeustieteessä tutkitaan normeja ja niiden yhteiskunnallisia vaikutuksia. Normeja ja niiden vaikutuksia tutkittaessa on mahdollista hyödyntää myös muiden tieteenalojen, kuten historiatieteen, sosiologian tai taloustieteen, teoriaa. Laajemmassa mielessä oikeustieteessä voidaan tutkia oikeudellisia välineitä ja käytäntöjä ja niiden yhteiskunnallisia vaikutuksia. Näin tehdään esimerkiksi oikeussosiologiassa,¹⁷ funktionaalisessa oikeusvertailussa, jonka *tertium comparationis* on ”funktio”,¹⁸ ja niin sanotussa käyttäjätavallisessa oikeustieteessä, jota olen viime vuosina Hankenilla kehittänyt.¹⁹ Ne normit tai laajemmin oikeudelliset välineet ja käytännöt, jotka oikeustieteessä ovat tutkimuksen kohteena, ovat oikeudellisia, koska niillä on oikeusjärjestykseen ja täytäntöönpanokelpoisuuteen perustuvia eli oikeudellisia vaikutuksia.

Tarkasteltavalla väitöskirjalla ei kuitenkaan ole selkeää yhteyttä mihinkään oikeusjärjestykseen, ei edes korkeammalla oikeusteorian tai oikeusfilosofian abstraktiotasolla kaikkiiin oikeusjärjestyksiin. Legal designin paradigmaan kuuluva maallikkojen ”ymmärrys” jättää oikeusjärjestyksen väitöskirjan ulkopuolelle. Avoimeksi jää, onko jokin legal designia soveltamalla saatu tulos oi-

17. Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Duncker & Humblot 1913, s. 400: ”Ein Blick in das moderne Rechtsleben zeigt es ganz überwiegend nicht vom Gesetz, sondern von der Geschäftsurkunde beherrscht. Das nachgiebige Recht wird vom Urkunden inhalt verdrängt. In den Ehepakten, Kauf-, Pacht-, Baukredit-, Hypothekendarlehnsverträgen, in den Testamenten, Erbverträgen, Satzungen der Vereine und Handelsgesellschaften, nicht in den Paragraphen der Gesetzbücher muß das lebende Recht gesucht werden. Alle diese Verträge haben neben dem individuellen, bloß dem einzelnen Geschäft geltenden, ihren typischen, immer wiederkehrenden Inhalt”

18. Ks. esim. Ralf Michaels, *The Functional Method*, s. 345–389 teoksessa Reinhard Zimmermann – Mathias Reimann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Second edition. Oxford University Press 2019, s. 348.

19. Petri Mäntysaari, *User-friendly Legal Science*. Springer 2017; Petri Mäntysaari, *Användarvänlig skatterättsforskning*. Skattenytt 7–8/2018, s. 541–554 ja Petri Mäntysaari, *Käyttäjätavallisen oikeustieteen metodista*, s. 151–167 teoksessa Jukka Mähönen – Pasi Pölönen – Veikko Vahtera (toim.), *Juhlajulkaisu Risto Nuolimaa 1948 – 2/6 – 2018*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2018.

keusjärjestyksen valossa tuottamiensa vaikutusten perusteella mielekäs, onko ehdotettu ratkaisu siis oikeudellisessa mielessä hyvä vai huono. Niinpä väitöskirja jää oikeustieteen ulkopuolelle.

Puuttuva yhteys oikeustieteeseen ilmenee artikkeliväitöskirjan substanssissa monella tavalla. Koska kysymyksellä on aivan ilmeisestä merkitystä väitöskirjan tieteellisen laadun, väitöskirjan arviointiprosessin laadun ja myös legal designin oikeustieteessä mahdollisesti nauttiman aseman kannalta, tarkastelen substanssin puutteita hieman enemmän. Tarkastelen erityisesti eräitä kauppaoikeuteen kuuluvia tai sitä lähellä olevia seikkoja, jotka jäivät väitöskirjan ulkopuolelle. Se lienee luontevaa, koska väitöskirja liittyy kaupalliseen sopimiseen (commercial contracting) ja koska se on hyväksytty kauppaoikeuden pääaineessa.

Väitöskirjassa ilmoitetaan legal designin tavoitteeksi, että maallikot voivat ymmärtää oikeudellisia tuotteita, palveluja ja prosesseja ilman oikeudellista koulutusta tai lakimiesten apua: ”By comprehension it is meant here, that the parties can read and understand contracting terms without the need of having to hire a lawyer or having to have a legal background themselves.”²⁰

Oikeushistoriallinen tutkimusote olisi paljastanut, että tämä tavoite ei ole lainsäädännössä eikä oikeustieteessä uusi. Napoleonin Code civil (1804) perustui tavoitteeseen selkeyttää lakia ja saada se kaikkien kansalaisten ulottuville. Sinänsä hyvä tavoite ei kuitenkaan toteutunut. Napoleonin väitetään huudahtaneen ”Mon code est perdu!” ensimmäistä kommentaariteosta lukiessaan.

Kauppaoikeudellinen tutkimusote olisi paljastanut uudempiakin pyrkimyksiä oikeudellisen kielen ja sopimusten selkeyttämiseksi. Pyrkimysten laajaa kirjoa voidaan havainnollistaa neljällä hyvin erilaisella esimerkillä, jotka liittyvät kauppaoikeuden ja sopimusoikeuden harmonisointipyrkimyksiin, kuluttajasopimukseen, rahoitusmarkkinoiden sääntelyyn ja digitalisaatioon.

Ensimmäinen esimerkki on taloudellisen integraation edistäminen oikeudellisella integraatiolla. Lainsäädännön kansainvälisen harmonisoinnin ja yhteisten sopimuskäytäntöjen on oletettu alentavan transaktiokustannuksia ja lisäävän kansainvälistä kauppaa.²¹

Toinen esimerkki on nimenomaan Euroopan taloudelliseen integraatioon kuuluva kuluttajasopimusten sääntely. Euroopan unionin lähestymistapa on edistää rajat ylittävää kauppaa vahvistamalla kuluttajien oikeuksia pakottavalla lainsäädännöllä. EU:n sääntelyssä on kiinnitetty huomiota myös ehtojen ymmärrettävyyteen kuluttajan kannalta. Se on erityisen tärkeää sähköisessä kaupankäynnissä.²²

20. Nousiainen 2023, luku 3, s. 12.

21. Ks. esim. Evelyne Terryn, *The Common Frame of Reference: an optional instrument?* European Parliament 2010, s. 7.

22. Ks. esim. kuluttajan oikeuksia koskevan direktiivin 2011/83/EU johdanto-osan 34 ja 39 kappale ja 5–8 artikla sekä sähköisestä kaupankäynnistä annetun direktiivin 2000/31/EY 10.1 artikla. Sähköisen kaupankäynnin direktiiviä vastaa USA:ssa Electronic Signatures in Global and Na-

Kolmas esimerkki on rahoitusmarkkinoiden sääntely USA:ssa ja EU:ssa. USA:n Securities and Exchange Commission (SEC) on vaatinut selkeän englannin käyttämistä rahoitusmarkkinoilla. SEC julkaisi vuonna 1998 kielestä sekä sääntöjä (Plain English Rules)²³ että ohjeistusta (A Plain English Handbook).²⁴ EU:ssa arvopapereiden yleisölle tarjoamisen yhteydessä julkaistavan esitteen pitää sisältää tiivistelmä, jonka ymmärrettävyydelle on asetettu tarkkoja vaatimuksia.²⁵ MiFID II:ssä sijoituspalveluyritykselle asetetaan velvollisuus antaa asiakkaille tietoja ymmärrettävässä muodossa.²⁶ Vakuutusten tarjoajiin sovelletaan vieläkin tiukempia vaatimuksia.²⁷

Neljäs esimerkki on pyrkimys edistää älykkäitä sopimuksia (smart contracts), joissa osapuolten velvollisuudet perustuvat algoritmeihin, jotka teknisen luonteensa mukaisesti eivät jätä mitään tulkinnan varaan. Älykkäiden sopimusten käyttäminen on kuitenkin osoittautunut vaikeaksi, koska sopimussuhde muodostuu monesta elementistä ja joidenkin osien on syytäkin jättää tilaa tulkinnalle.²⁸ Niinpä ISDA on todennut älykkäitä johdannaisopimuksia koskevissa ohjeissaan: “Only those parts of a derivatives contract that are capable of being automated should be considered.”²⁹

Oikeusvertaileva tutkimusote olisi paljastanut, että common law -maiden ja mannereurooppalaisten maiden sopimuskäytäntöjen välillä on merkittäviä eroja. Common law -maiden sopimukset ovat pidempiä ja yksityiskohtaisempia. Syynä on perinteisesti ollut common law -maiden laissez-faire-suhtautuminen markkinasääntelyyn,³⁰ suurten kodifikaatioiden puute, oikeuden perustuminen pitkälti lukemattomiin oikeustapauksiin sekä se, että luontoissuoritus ei kuulu sopimusrikkomuksen seuraamuksiin.³¹ Niinpä sopimussuhteen yleiset ehdot on

tional Commerce Act (E-Sign Act), jonka mukaan kuluttajalle on ennen sopimukseen sitoutumista annettava ”a clear and conspicuous statement” (section 101(c)). Sylvia M. Kierkegaard, E-Contract Formation: U.S. and EU Perspectives. *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 3(12) 2007, s. 12.

23. Rule 421(d); SEC Release No. 33-7497 (Jan. 28, 1998) (Plain English Disclosure).

24. A Plain English Handbook: How to Create Clear SEC Disclosure Documents. By the Office of Investor Education and Assistance. U.S. Securities and Exchange Commission, Washington, DC, August 1998. Ks. myös Mäntysaari 2021, s. 558.

25. Asetus (EU) 2017/1129 arvopapereiden yleisölle tarjoamisen tai kaupankäynnin kohteeksi säännellyllä markkinalla ottamisen yhteydessä julkaistavasta esitteestä, 7 artikla ja johdanto-osan 30 kappale.

26. Direktiivi 2014/65/EU rahoitusvälineiden markkinoista (uudelleenlaadittu) (MiFID II), 24.5 artikla.

27. Direktiivi (EU) 2016/97 vakuutusten tarjoamisesta (uudelleenlaadittu), 20 artikla.

28. Ks. esim. Petri Mäntysaari, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law. Volume II: Contracts in General*. Springer 2010, s. 164.

29. ISDA Legal Guidelines for Smart Derivatives Contracts, January 2019.

30. Ks. esim. Roy Goode, *Commercial Law in the Next Millennium*. Sweet & Maxwell 1998, s. 88 ja Kierkegaard 2007.

31. *Hadley v. Baxendale*, (1854) 9 ExCh 341.

selvyyden vuoksi todettava sopimuksessa. Tämä ”boilerplate” saattaa muodostaa puolet sopimuksen ehdoista. Luontoissuorituksen korvaavan vahingonkorvausvaatimuksen turvaamiseksi kaikki velvollisuudet on lueteltava yksityiskohtaisesti.³² Mannereurooppalaiset (eli civil law -oikeusjärjestysten) sopimukset ovat tyypillisesti lyhyempiä, koska sopimuksia täydentää kodifioitu eli helposti saatavilla oleva dispositiivinen ja indispositiivinen oikeus ja sopimusrikkomuksen ensisijainen seuraamus on luontoissuoritus.³³

Oikeuspluralismin huomioon ottava tutkimusote olisi auttanut kertomaan yhteiskunnan ja oikeuden lisääntyvästä monimutkaistumisesta³⁴ ja riskinhallintaa tarkasteleva tutkimusote ehkä myös tavoista sopeutua siihen. Yleinen monimutkaistuminen on sääntelyssä otettu huomioon esimerkiksi jakamalla markkinat rakenteellisesti kahteen tai useampaan portaaseen (ammattimaiset markkinaosapuolet, ei-ammattimaiset markkinaosapuolet ja kuluttajat), asettamalla palveluntarjoajille erilaisia tiedonantovelvollisuuksia erilaisiin osapuoliin nähden³⁵ sekä luomalla tuotteille ja palveluille pakottavia standardeja. Sopimuskäytännössä juristit kuuluvat niihin asiantuntijoihin, neuvontapalvelujen tarjoajiin ja välikäsiin, jotka osaltaan edistävät markkinoiden tehokkuutta. Juristeja kuvattiin jo vuonna 1984 ”transaktiokustannusinsinööreiksi”.³⁶

Tulkintariskejä tarkasteleva tutkimusote olisi ottanut huomioon myös tavat hallita niitä. Kielen avoimuudesta aiheutuu aina tulkintariskejä, mutta tulkintariski on erityisen korkea sopimussuhteissa: sopimuksia voi laatia kuka tahansa, osapuolilla on ristiriitaisia tavoitteita, sopimuksen nimenomaista tekstiä täydentää yhden tai useamman maan voimassa oleva oikeus, ja osapuolet tarvitsevat riskinhallinnan kannalta sekä tulkinnallisesti ennakoitavia että avoimia ehtoja. Tulkintariskiä ei saa taitottua pois sopimuksen muotoilulla, mutta riskiä voidaan hallita.³⁷

Oikeudellista retoriikkaa tarkasteleva tutkimusote olisi auttanut ymmärtämään, miten oikeudellisella kielellä voidaan päästä tavoitteisiin. Retoriikka on

32. Mäntysaari, Volume II. Springer 2010, s. 12–13.

33. Vastaava ero common law- ja civil law -maiden käytäntöjen välillä voidaan todeta helposti vaikkapa yhtiöjärjestyksissä. Vertailin summanmutikassa BMW AG:n yhtiöjärjestystä (Satzung) ja Englannin malliyhtiöjärjestystä (Model articles for private companies limited by shares). Kun tämän suuren saksalaisen yhtiön yhtiöjärjestyksessä on karkeasti arvioiden noin 3 100 sanaa, Englannin yksinkertaiseksi tarkoitettussa malliyhtiöjärjestyksessä on noin 7 100 sanaa.

34. Ks. esim. Gunther Teubner, Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung. Suhrkamp 2012.

35. Ks. esim. MiFID II, 24.14 ja 25.8 artikla ja direktiivi (EU) 2016/97 vakuutusten tarjoamisesta (uudelleenlaadittu), 20.2 artikla.

36. Ronald J. Gilson, Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing. Yale Law Journal 94 (2) 1984, s. 239–313, 243. Vrt. Nousiainen 2023, toinen artikkeli, s. 146–148. Nousiainen ei mainitse Gilsonia, jonka artikkelia hänen lähteissään kuvataan adjektiivilla ”pathbreaking”.

37. Mäntysaari, Volume II. Springer 2010, s. 66, 105.

keskeistä juristien käytännön työssä.³⁸ Joskus viesti on tiivistettävä, jotta sillä olisi haluttu vaikutus. Augustinus kertoi jo 400-luvun alussa kristillisestä retoriikasta kirjoittamassaan teoksessa *De doctrina christiana*, kuinka Raamatun tekstiä voidaan teknisesti tulkita lähes millä tavalla tahansa. Niinpä Augustinus suositteli keskittymistä tekstifragmenttien sijasta kristinuskon pääviestiin. Modernissa kauppaoikeudessa samaa tekniikkaa sovelletaan vaikkapa arvopapereiden yleisölle tarjoamisen yhteydessä julkaistavien esitteiden sääntelyssä. Esitteen pitää sisältää tiivistelmä, jolle on asetettu tarkkoja vaatimuksia.³⁹

Aivan toisen tason ulottuvuus olisi ehkä löytynyt oikeuslingvistiikasta, jossa tutkitaan oikeuskielen kehitystä, ominaisuuksia ja käyttöä.

Tarkasteltavassa väitöskirjassa näillä oikeusjärjestyksen luonteeseen, sääntelyyn, oikeusjärjestysten välisiin eroihin ja juristien käytäntöihin liittyvillä havainnoilla ei ole ollut merkitystä. Väitöskirjassa ei pyritä systemaattisesti selvittämään, miten oikeudellisen kielen selkeyttämistä ja ymmärrettävyyttä on käsitelty oikeudellisesti tai oikeustieteessä aikaisemmin. Väitöskirjassa ei käsitellä common law- ja civil law -maiden välisiä eroja. Väitöskirjassa kritisoidaan boilerplate-ehtoja mutta ei kerrota, mihin niiden käyttö common law -oikeusperheen erityispiirteiden valossa perustuu. Väitöskirjassa ei ole kriittisesti tarkasteltu legal designin keskeisen tavoitteen haasteita oikeushistorian ja kauppaoikeuden valossa. Väitöskirjasta on vaikea löytää oikeuslingvistiikkaa. Niinpä väitöskirjalla on perin heikko yhteys oikeustieteeseen.

Väitöskirjan heikko yhteys oikeustieteeseen on dokumentoitu kaikkein selvimmin kolmannen artikkelin taulukossa 3 (Figure 3. Some Learnings and Benefits from Other Fields to the Legal Design). ”Law” sekä ”law and technology” on mainittu taulukossa lukuisten muiden legal designiin mahdollisesti vaikuttavien alojen joukossa. Lain vaikutus legal designiin on väitöskirjan mukaan se, että laki ”provides for framework of societies”. Oikeustieteellisiltä väitöskirjoilta odotettiin tiiviimpää yhteyttä oikeuteen.

Jos väitöskirja olisi ollut oikeustieteellinen, siinä olisi hyvän tieteellisen käytännön mukaan pitänyt ottaa huomioon aikaisempi tutkimuksen kannalta aivan ilmeisesti relevantti oikeustieteellinen lähialojen tutkimus esimerkiksi niistä seikoista, joita edellä juuri on tarkasteltu. Niinpä väitöskirja varmaankaan ei ole oikeustieteellinen.

38. Petri Mäntysaari, Auditorier och retorik. Tidsskrift for Rettsvitenskap 128(1) 2016, s. 3–42.

39. Asetus (EU) 2017/1129 arvopapereiden yleisölle tarjoamisen tai kaupankäynnin kohteeksi säännellyllä markkinalla ottamisen yhteydessä julkaistavasta esitteestä. Ks. asetuksen 7 artikla ja johdanto-osan 30 kappale.

5. Väitöskirja ei kuulu taloustieteeseen eikä oikeustaloustieteeseen

On helppo todeta, että artikkeliväitöskirja ei kuulu myöskään oikeustaloustieteeseen. Tältä osin voidaan viitata Matti Virénin kommenttiin eräästä toisesta väitöskirjasta, jonka nimenomaan oli tarkoitus kuulua oikeustaloustieteeseen: ”Näennäisesti siinä on paljon taloustieteen verbalistiikkaa ja lähdeviittauksia, mutta varsinainen tutkimusote on taloustieteelle vieras.”⁴⁰

Väitöskirjassa edustetun legal designin ja taloustieteen paradigmat eivät kohtaa. Kun taloustieteen tutkimuksessa keskitytään taloudelliseen tehokkuuteen, tarkasteltavan väitöskirjan kirjoittaja haluaa pikemminkin edistää tekstin ”ymmärrettävyyttä” maallikoille. Väitöskirjassa ei osoiteta empiirisesti, että kirjassa esitetyllä legal designilla olisi taloudellista vaikutusta. Tarkasteltavan väitöskirjan kolmannen artikkelin empiirinen tutkimus ei asiaa muuksi muuta. Kaikki empiirinen tutkimus ei ole taloustieteellistä tutkimusta.

Taloustieteellisen tutkimuksen valossa voidaan kyllä kysyä, kuinka luotettavana väitöskirjan empiiristä mutta taloustieteen ulkopuolelle jäävää tutkimusta yleensäkin voidaan pitää. Artikkelin perustuu 24 hengen otokseen vuosina 2018–2022 tehdyissä haastatteluisia: ”24 subjects were participating in the study.”⁴¹ Otskokoa voidaan pitää vähäisenä verrattuna Hankenin liiketaloustieteen alaan kuuluvien maisterintutkielmien otskokoihin. Olen vuoden 2023 aikana toiminut muutaman liiketaloustieteen alaan kuuluvan maisterintutkielman toisena tarkastajana. Niistä kolmessa ensiksi löytämässäni otoskoot olivat 43 (vastaajaa, laskentatoimi), 150 (emissiota, rahoitustiede) ja 296 (transaktiota, rahoitustiede). Väitöskirjan otokseen valittuja haastateltavia ei ole määritelty läpinäkyvästi. Kysymykset jäävät hämäräksi. Ei ole poissuljettua, että kahden tekstikokonaisuuden vertailu on toteutettu tarkoitushakuisesti valitsemalla maallikoille ensin teksti, jota heidän ei ollut tarkoitustakaan ymmärtää, ja korvaamalla se tekstillä, jonka he ainoastaan luulevat ymmärtävänsä: ”– I showed these participants randomly assigned brief descriptions of an artist contract terms – – The participants were showed [sic!] [sic!] randomly assigned set of traditional legalese artist contracts terms, asking the subjects to comment and discuss these terms from the perspective of comprehension, approachability, and clarity.”⁴²

Se, että maallikko kuvittelee jotain ymmärtävänsä, ei takaa sitä, että maallikko tosiasiallisesti on asian ymmärtänyt, eikä sitä, että teksti olisi hänen kannaltaan oikeudellisesti ja taloudellisesti mielekäs. Kirjoittaja on tämän ehkä itsekin

40. Matti Virén, Mitä on oikeustaloustiede? Kansantaloudellinen aikakauskirja 1/2005, s. 93–97, 96.

41. Nousiainen 2023, kolmas artikkeli nimeltään Measuring the Impact and Value of Legal Design in Commercial Contracting with the Law and Economics Framework: An Empirical Case Study, luku III.1.B. Artikkelista puuttuu sivunumerointi.

42. Nousiainen 2023, kolmas artikkeli, luku III.1.B, Stage 2.

todennut kolmannen artikkelinsa viimeisellä tekstisivulla: ”Thus, a lay-person would prefer the legal designed contract norms to be able to comprehend them; but that same lay-person would likely prefer the legalese version if it went to court, because the legalese version provides a familiar wording of the precise allocation of rights/responsibilities between the parties and the judges are more familiar with legalese.”⁴³

6. Väitöskirja ei kuulu suunnittelutieteeseen (design science)

Väitöskirja ei nimestään ja aiheestaan huolimatta näytä kuuluvan mihinkään design science -tieteenalaan eli suunnittelutieteeseen.

Jotkin perinteisistä tieteenaloista ovat design science -tieteenaloja eli kuuluvat suunnittelutieteeseen. Suunnittelutieteen juuret ovat anglosaksisen perinteen mukaisissa vapaissa ammateissa (”the professions”), joihin kuuluvat esimerkiksi kliininen lääketiede, insinöörien työ tai vaikkapa käytännön juristien työ.⁴⁴ Suunnittelutiede eroaa muista tieteenaloista, koska suunnittelutieteen aloilla pyritään kehittämään tapoja päästä valitusta ei-toivotusta asiantilasta toivotuun asiantilaan. Tämä lähestymistapa perustuu Aristoteleen fronesikseen eli käytännölliseen järkeen.⁴⁵

Design science -tieteenalojen eli suunnittelutieteen lähestymistapaan liittyy liiketaloustieteessä kehitetty konstruktiivinen tutkimusote. Konstruktiivisella tutkimusotteella pyritään ratkaisemaan reaali maailman ongelmia ja kehittämään samalla valitun tieteenalan teoriaa.⁴⁶

43. Nousiainen 2023, kolmas artikkeli, luku IIV.

44. Herbert A. Simon, *The Science of Design: Creating the Artificial*. *Design Issues* 4(1/2) 1988, s. 67–82, 67: ”Engineers are not the only professional designers. Everyone designs who devises courses of action aimed at changing existing situations into preferred ones. The intellectual activity that produces material artifacts is no different fundamentally from the one that pre[s]cribes remedies for a sick patient or the one that devises a new sales plan for a company or a social welfare policy for a state. Design, so construed, is the core of all professional training: it is the principal mark that distinguishes the professions from the sciences. Schools of engineering, as well as schools of architecture, business, education, law, and medicine, are all centrally concerned with the process of design.” Ks. myös Joan E. van Aken, *Management Research Based on the Paradigm of the Design Sciences: The Quest for Field-Tested and Grounded Technological Rules*. *Journal of Management Studies* 41(2) 2004, s. 219–246 ja Paul Johannesson – Erik Perjons, *An Introduction to Design Science*. Springer 2014.

45. Aristoteles, *Nikomakhoksen etiikka*, kuudes kirja.

46. Kalle A. Piirainen – Rafael A. Gonzales, *Seeking Constructive Synergy: Design Science and the Constructive Research Approach*, s. 59–72 teoksessa Jan Brocke – Riitta Hekkala – Sudha Ram – Matti Rossi (eds), *Design Science at the Intersection of Physical and Virtual Design*. DESRIST 2013. *Lecture Notes in Computer Science*, vol 7939. Springer 2013.

Esimerkiksi niin sanottu käyttäjäystävällinen oikeustiede ja siihen perustuva kauppaoikeus on pyritty määrittelemään design science -tieteenaloina Hankenin kauppaoikeuden opetuksessa.⁴⁷

Legal design ei ole voinut kuulua suunnittelutieteisiin, koska sitä puutteellisen teorianmuodostuksen ja metodologian vuoksi ei ole voitu pitää tieteenalana. Siitä enemmän seuraavassa.

7. Kuuluuko väitöskirja legal designiin?

Jäljellä on vielä legal design. Legal designin mahdollinen tieteenalaluonne tai sen puute ei varsinaisesti käy ilmi väitöskirjasta, koska väitöskirjasta puuttuu tieteellisille opinnäytetöille pakollinen tieteenalan aikaisempaan teoriaan perustuva ongelmankehittäminen. Legal designin mahdollisen oman teorian kriittinen analyysi on ongelmankehittämisessä korvattu määrittelemällä sana ”legalese” sanakirjan mukaan. Väitöskirjan perusteella ei voida päätellä, onko legal design tieteenala.

Väitöskirjan puutteellisen ongelmankehittelyn perusteella ei edes tarkkaan ottaen voida päätellä, kuuluuko väitöskirja todellakin legal designiin. Väitöskirjan teksti jättää hämäräksi, mihin alaan kirjoittaja on työnsä tarkoittanut: ”The first two papers lay down the general theory of legal design in commercial contracting within the law and economics framework. These papers introduce the general theory of legal design through lenses [sic!] of law and economics.”⁴⁸ Onko kirjoittaja siis tarkoittanut tekstinsä oikeustaloustieteeseen vai legal designiin, mitä sillä sitten tarkoitetaan?

Väitöskirjasta käy joka tapauksessa implisiittisesti ilmi, että legal designin teorianmuodostus on pakostakin ollut vaatimatonta. Kirjoittaja väittää kolmannen artikkelinsa olevan ”the first empirical study in the field of legal design in commercial contracts with a twist of law and economics”.⁴⁹ Jos tämä twistauksiensa vuoksi epäselväksi jäävä väite pitää paikkansa, legal designista on varmaankin puuttunut aikaisempi empiriaan perustuva tieteellinen teorianmuodostus. Lisäksi kirjoittaja esittää, että oikeustaloustiedettä sovelletaan legal design -tutkimuksessa ensimmäisen kerran väitöskirjan ensimmäisessä artikkelissa.⁵⁰ Jos näin todellakin on, mahdollinen aikaisempi teorianmuodostus ei ole voinut olla kovin kehittyntä. Posner julkaisi oikeustaloustieteen perusteoksensa jo

47. Mäntysaari 2017, s. v, 14, 15, 29, 33, 35, 86, 144, 203.

48. Nousiainen 2023, luku 1, s. 1.

49. Nousiainen 2023, kolmas artikkeli, Introduction.

50. Nousiainen 2023, ensimmäinen artikkeli, s. 254.

puoli vuosisataa sitten.⁵¹ Yhteiskuntatieteissä ja myös oikeustieteessä on jo vuosia valitettu, että taloustieteen teorioiden omaksumisesta on aiheutunut ongelmia.⁵² Mainittakoon, että Ingall Aspholm sovelsi oikeustaloustiedettä Hankenilla kauppaoikeuden oppiaineessa hyväksytyssä väitöskirjassaan jo pari vuosikymmentä sitten. Hankenilla kauppaoikeutta ja käyttäjäystävällistä oikeustiedettä on kehitetty vuosituhannen vaihteen jälkeen tieteenaloina vaihtoehtoiksi oikeustaloustieteelle ja lainopille.

Väitöskirjan metodologiseen virhelistaan voidaan lisätä se, että väitöskirjassa ei ole tehty selvää eroa tieteenalan oman teoreettisen viitekehyksen, muiden tieteenalojen teorian hyväksikäytön ja tieteellisten tutkimusmetodien välillä. Ensimmäisessä artikkelissa (sivu 248) kirjoittaja esittää: ”We need law and economics to do the scientific measurement necessary for legal design to be seen as the stage of science.” Oikeustaloustiede ei ole tutkimusmetodi, jolla tehtäisiin mittauksia. Oikeustaloustiede on tieteenala. Oikeustaloustieteessä sovelletaan tieteellisiä tutkimusmetodeja ja muodostetaan tulosten perusteella tieteellisiä teorioita. Oikeustaloustieteen reseptio ei-tieteenalalla ei tee ei-tieteenalasta tieteenalaa, eikä legal designista saa tieteenalaa oikeustaloustieteeseen viittaamalla. Vastaavasti Suomen oikeudellisessa tutkimuksessa yleinen lainoppi ei lainopista muuksi muutu, vaikka tulkinnan retoriikassa joskus hyödynnettäisiin taloustieteestä poimittuja argumentteja.

Väitöskirjassa kritisoidaan runsaasti juristien käytäntöjä ja halutaan korvata ne legal designilla, mutta varsinaisen legal designin käytännöt jäävät väitöskirjassa yllättävän vähälle huomiolle. Toisessa artikkelissa legal designia kuvataan lähinnä tekstin editoimisena.⁵³ Kolmannessa artikkelissa kerrotaan kolmella sivulla viitteineen hieman enemmän tekstin organisoimisesta.⁵⁴ Legal design vaikuttaa pragmaattiselta toiminnalta.

51. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*. Little, Brown & Co. 1973.

52. Ks. esim. Kimmo Alajoutsijärvi, *Ovatko kauppakorkeakoulut syällisiä finanssikriisiin?* Kansantaloudellinen aikakauskirja 3/2012, s. 361–375 ja Jürgen Basedow, *Comparative Law and its Clients*. *American Journal of Comparative Law* 62(4) 2014, s. 821–857, 823. Basedow kertoi, kuinka eräs amerikkalainen professori oli kyseenalaistanut oikeusvertailun seuraavalla kommentilla: ”What can we learn from comparative law that we do not already know from economic theory?” Toisaalta taloustieteen reseption syynä voidaan pitää myös kilpailevien tieteenalojen puutteellista teorianmuodostusta. Näin George J. Stigler, *Nobel Lecture: The Process and Progress of Economics*. *Journal of Political Economy* 91(4) 1983, s. 529–545: ”The main reason for the considerable acceptance of the approach is that fundamental rule of scientific combat: it takes a theory to beat a theory. No amount of scepticism about the fertility of a theory can deter its use unless the sceptic can point to another route by which the scientific problem of regulation can be studied successfully.”

53. Nousiainen 2023, toinen artikkeli, s. 152.

54. Nousiainen 2023, kolmas artikkeli, luku 1.B.1 *The legal design approach in supporting comprehension*.

8. Lopuksi pragmaattisesta tutkimuksesta

Kaikki tutkimus ei ole tieteellistä tutkimusta⁵⁵ eikä varsinkaan sellaista tieteellistä tutkimusta, jota väitöskirjoilta vaaditaan. Oikeudellinen tutkimus voi silti olla hyödyllistä monella tavalla. Hyödyllinen oikeudellinen tutkimus voi olla tieteellistä tai pelkästään pragmaattista.⁵⁶ Tieteellinen tutkimus voi olla hyödyllistä myös käytännön kannalta, ja niin sen tietysti pitäisi ollakin.⁵⁷ Tutkimuksen yhteiskunnallinen vaikuttavuus kuuluu tiedepolitiikan tärkeisiin tavoitteisiin.

Suomessa lainopillisen tutkimuksen osuus on huomattavan suuri. Sakari Wuolijoki kertoi vuoden 2023 Valtakunnallisilla oikeustieteen päivillä,⁵⁸ että yli ¾ viime vuosien kotimaisista oikeustieteellisistä väitöskirjoista kuuluu lainopin alaan. On oletettu, että myös lainopillinen tutkimus täyttää tieteellisyyshaatimukset, esimerkiksi sillä Lakimies-aikakauskirjassakin läpi menneellä näennäisargumentilla, että lainoppi kuului keskiaikaisten yliopistojen oppiaineisiin.⁵⁹ Keskiajalla eli ennen 1600-luvulla tapahtunutta tieteellisyyshaatimusten keksimistä ja tieteellistä vallankumousta yliopistoissa opetettiin kyllä astrologiaakin,⁶⁰ jolle ei enää ole sijaa vakavasti otettavissa yliopistoissa. Keskiajan menosta on pyritty maailmalla eroon jo pitkään. Langdell pyrki ottamaan tieteellisyyshaatimukset

55. Tieteellisestä tutkimuksesta ks. esim. Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*. Enlarged Edition. The Free Press 1968; Peter Esaiasson – Mikael Gilljam – Henrik Oscarsson – Ann Towns – Lena Wängnerud, *Konsten att studera samhälle, individ och marknad*. 5. upplaga. Norstedts Juridik 2003 ja Rolien Roos, *Is Law Science?* *Potchefstroom Electronic Law Journal* 17(4) 2014.
56. Richard A. Posner, *Legal Scholarship Today*. *Harvard Law Review* 115(5) 2002, s. 1314–1326, 1315. Ks. myös esim. Michaels 2019, s. 367: ”One reason for the methodological mishmash in comparative law is that the founders of the functional method were more pragmatically than methodologically interested. [– –] [Ernst Rabel’s] approach was deliberately pragmatic rather than theoretical; he was not interested in expansive methodological debate, but in solving practical problems.”
57. Ks. esim. Richard A. Posner, *Legal Scholarship Today*. *Stanford Law Review* 45(6) 1993, s. 1647–1658, 1655; Posner 2002, s. 1326 ja E. Pieter Jansen, *Bridging the gap between theory and practice in management accounting: Reviewing the literature to shape interventions*. *Accounting, Auditing & Accountability Journal* 31(5) 2018, s. 1486–1509.
58. Sakari Wuolijoki, *Oikeustieteen tutkimus sekä liike-elämän muutos ja pysyvyys*. Oikeustieteen päivät 25.8.2023.
59. Martti Koskenniemi, *Mistä oikeustieteessä on kysymys?* *Lakimies* 7–8/2022, s. 1016–1030, 1021.
60. Astrologia oli quadriviumiin kuuluvan astronomian olennainen osa. Ks. esim. Patrick J. Boner, *Kepler’s Cosmological Synthesis*. Brill 2013, s. 39 (luvussa *Kepler’s Early Career in Astrology, 1594–1599*). 1200-luvulta 1600-luvulle oli tapana todeta ”sapiens dominabitur astris”. Justin Niermeier-Dohoney, *Sapiens Dominabitur Astris: A Diachronic Survey of a Ubiquitous Astrological Phrase*. *Humanities* 2021, 117 osoitteessa <https://doi.org/10.3390/h10040117> (vierailtu 22.1.2024).

huomioon common law'n opetuksessa jo 1800-luvun lopulla.⁶¹ Euroopan oikeustieteessä tieteellisyysvaatimukset löysi viimeistään Ehrlich vuonna 1913.⁶² Rabel edisti tieteellistä maailmankuvaa vuonna 1924 ainakin retoriikassaan asettamalla tieteellisyyden sekä oikeustieteen että vertailevan oikeustieteen tavoitteeksi.⁶³ Tieteellisyysvaatimuksille on Suomen oikeustieteen opetuksessa⁶⁴ ja tutkimuksessa toistaiseksi ehkä viitattu kintaalla. Se on ollut omiaan sementoimaan patologisen tutkimus- ja opetuskulttuurin, jossa tieteellistä lukutaitoa ei juuri ole vaadittu. Samalla vallitseva kulttuuri nähtävästi ei ole antanut riittäviä välineitä arvioida oikeustieteen diskurssin, oikeustieteellisten väitöskirjojen ja legal designin tieteellisyyttä.

Tarkasteltava artikkeliväitöskirja vaikuttaa pikemminkin pragmaattiselta kuin tieteelliseltä tutkimukselta. Se ei näytä kuuluvan oikeustieteeseen edes pragmaattisena tutkimuksena. Yleisilmeensä perusteella väitöskirja vaikuttaa lähinnä pragmaattiselta markkinoinnilta. Oikeudellisilla neuvontapalvelumarkkinoilla toimivien kilpailijoiden työtä väheksytään kutsumalla sitä väitöskirjassa nimellä ”legalese” ja määrittelemällä se ongelmaksi. Oma tuote eli ”legal design” julistetaan ratkaisuksi. Samalla väitetään läpinäkymättömän tutkimuksen perusteella, että 62,5 % pitää ”legal designia” parempana. Vertailevalle markkinoinnillekin on rajansa, väitöskirjoista puhumattakaan!

61. Stephen B. Presser, *Law Professors: Three Centuries of Shaping American Law*. West Academic Publishing 2017, s. 63 ja Lawrence Friedman, *A History of American Law*. Simon & Schuster 1973, s. 531: ”Langdell had a theory for his emphasis on the case method. He believed that law was a 'science,' it had to be studied scientifically, that is, inductively through primary sources. These sources were the printed cases; they expressed, in manifold dress, the few, ever-present, and ever-evolving and fructifying principles, which constituted the genius of the common law.”

62. Ehrlich 1913. Hänen tutkimuskohteensa oli ”lebendes Recht”.

63. Ernst Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*. Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 1924, s. 279–301 ja Münchener juristische Vorträge 1, 1925. Rabel 1925, s. 7 tieteen yhtenäisyydestä ja vertailevan oikeustieteen tavoitteesta: ”Der Name ihres Ziels heißt einfach: Erkenntnis. Es ist das Ziel aller Wissenschaft, und deren Einheit, heiße sich der Forscher Jurist, Philosoph oder Soziologe, ist die wichtigste der 'Einheiten,' wichtiger auch als die Grenzpfähle der Einzelwissenschaften.”

64. Ida Koivisto – Anni Tuomela, *Lainoppineita vai oikeustieteilijöitä? Näkökulmia perustutkimon metodopetuksen kehittämiseen Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa*. Oikeus 3/2012, s. 410–432, 415, 417, 419.

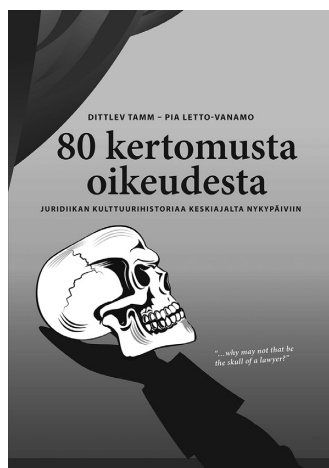
Hoikka, Mikko, OTT, toimialajohtaja, Medialiitto
Hänninen, Sakari, VTT, professori emeritus, Jyväskylän yliopisto; tutkimusprofessori emeritus, Terveyden ja hyvinvoinnin laitos
Jaakkola, Jussi, OTT, tutkijatohtori, Turun yliopisto
Karhu, Juha, OTT, professori emeritus, Lapin yliopisto
Koskinen, Mikael, OTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto
Lamminen, Johannes, OTT, VT, yliopisto-opettaja, Turun yliopisto
Lehtonen, Asko, OTT, professori emeritus, Vaasan yliopisto
Mäntysaari, Petri, KTT, OTK, LL.M., professori, Hanken
Paakkanen, Katariina, OTM, VTK, VT, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto; kärjätuomari (ma.), Helsingin kärjäoikeus
Stanikić, Teija, OTT, hovioikeudenneuvos, Helsingin hovioikeus
Tolvanen, Matti, OTT, professori emeritus, Itä-Suomen yliopisto
Tuomala, Saira, OTT, VT, kärjätuomari (ma.), Länsi-Uudenmaan kärjäoikeus
Välimäki, Pertti †, OTT, dosentti, Helsingin yliopisto; oikeusneuvos (2000–2016), korkein oikeus

Dittlev Tamm – Pia Letto-Vanamo

80 kertomusta oikeudesta

Juridiikan kulttuurihistoriaa keskiajalta nykypäiviin (E 30)

Kirja on velkaa Shakespearen Hamletille. Tragedian viidennen näytöksen alussa Hamlet on hautausmaalla, ja haudankaivaja kaivaa hautaa Ofelialle. Hamlet tarttuu lapioidessaan ylös heitettyyn pääkalloon ja pohtii, että se olisi voinut kuulua juristille ja saattaisi siis olla a lawyer's skull. Kallo kädessään hän selostaa lähes pikkutarkan korrektilla oikeuskielellä, mitä juristin päässä ehkä liikkuisi: tämä tuskin suunnittelisi tuottoisten siviilikanteiden ajamista vaan hahmottelisi pikemminkin syytettä pahoinpitelystä, kun vainajien luita näin viskellään. Ilmaus a lawyer's skull on osuva pelkistys siitä, mistä juridiikassa – samoin kuin tässä kirjassa – on viime kädessä kysymys. Olennaista oikeudellisissa ammateissa on kyky juridiseen ajatteluun, eikä sellaista ole kaikilla, ei edes kaikilla juristeilla. Onkin kiehtovaa tarkastella sitä, millä kysymyksillä juristit ovat eri aikoina vaivanneet päätään. Se tehdään kirjassa osana yleistä kulttuurihistoriaa.



Kantavana ajatuksena on, että juridiikan kehitys voidaan esittää kertomuksina. Elämme kertomusten aikaa, ja kirjan esseet kertovat sekä suurista että pienistä oikeudellisista hankkeista. Niitä on lukemattomia, ja kirjaan on valittu 80. Kirja perustuu Ditlev Tamm'n teokseen Juraens 100 bedste historier – rettens kulturhistorie fra middelalderen til i dag (Gyldendal 2016) ja siitä tehtyyn professori Heikki E. S. Mattilan suomennokseen. Suomalaisia lukijoita ajatellen osa 100 historiasta karsittiin jo ennen kääntämistä, jonka jälkeen valtaosa kertomuksista muokattiin joko lisäämällä niihin informaatiota Ruotsin/Suomen oikeushistoriasta tai kirjoittamalla ne osittain tai kokonaan uudelleen.

ISBN 978-951-855-716-9

Hinta 65 € / 45,50 € jäsenille.