






LAKIMIES 6/2017

SISÄLLYS

Artikkeleita

<i>Niemi, Johanna – Majlander, Sini:</i> ”Ja... minä jäin henkiin” – lähestymiskielto ja suojelutarkoitus	747	
<i>Hyttinen, Tatu – Tapani, Jussi:</i> HIV-infektio ja rikosoikeudellinen vastuu	767	
<i>Kimpimäki, Minna:</i> Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta?	789	
<i>Vainio, Niklas:</i> Viestinnän yksityisyyden suojan turvallisuusperusteinen rajoittaminen perustuslakivaliokunnan käytännössä	813	
<i>Sedbom, Sakari:</i> Sisäpiiritiedon määrittelmä ja sisäpiiritiedon määrittäminen yritysjärjestelyssä	838	

Kirjallisuutta

Borisova, Tatjana: The Emergence of the Legality Tradition in Russia, 1800–1918 (<i>Michel Tissier</i>)	864
Halila, Heikki – Norros, Olli: Urheiluoikeus (<i>Timo Ojala</i>)	870
Salo, Marika: Sijoittamisen ohjaaminen. Sijoitusneuvot ja -suositukset sijoittajan päätöksenteossa (<i>Sakari Wuolijoki</i>)	878
Toimitukselle saapunutta kirjallisuutta	864
Tämän numeron kirjoittajat	888

Inhalt

Niemi, Johanna – Majlander, Sini: "Ich überlebte" - Kontaktverbot und seine Schutzfunktion; Hyttinen, Tatu – Tapi, Jussi: HIV-Infektion und strafrechtliche Haftung; Kimpimäki, Minna: Die Herausforderung bei der Definition von Vergewaltigung: mit Zwang oder ohne Einwilligung?; Vainio, Niklas: Sicherheitsbedingte Begrenzung des Schutzes der Privatsphäre von Kommunikation in der Praxis des Verfassungsausschusses; Sedbom, Sakari: Die Definition von Geheimtip und das Definieren von Geheimtip im Rahmen von M&A-Transaktionen; Literatur

Contents

Niemi, Johanna – Majlander, Sini: "I survived": An evaluation of the protective function of protection orders; Hyttinen, Tatu – Tapi, Jussi: HIV infection and criminal liability; Kimpimäki, Minna: Key challenge in defining rape: by force or without consent?; Vainio, Niklas: Security-based limitations to the protection of communications privacy in the praxis of the Constitutional Law Committee; Sedbom, Sakari: The definition of inside information and defining inside information in the context of an M&A transaction; Literature

Johanna Niemi – Sini Majlander

”Ja... minä jäin henkiin” – lähestymiskielto ja suojelutarkoitus



Lakimies
6/2017
s. 747–766

HAKUSANAT: rikosprosessi, lähestymiskielto, poliisi, avustaja, väkivalta

1. Johdanto: Suojelutavoitteen toteutuminen?

1.1. Lähestymiskielto

Lähisuhdeväkivalta ja erityisesti naiseen kohdistuvan parisuhdeväkivallan yleisyys ja vakavuus on tullut esiin useissa tutkimuksissa viimeisten 20 vuoden aikana.¹ Väkivallan vähentämiseksi on toteutettu useita sosiaalipoliittisia ja lainsäädännöllisiä toimia.² Lähestymiskielto on ollut tärkeä keino puuttua naiseen kohdistuvaan väkivaltaan.³ Lähestymiskieltoista on tullut keskeinen osa eurooppalaista toimintatapaa lähisuhdeväkivaltaan puuttumisessa.⁴ Euroopan neuvoston naiseen kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan vastaisessa sopimuksessa eli niin sanotussa Istanbulin sopimuksessa nimenomaisesti edellytetään, että valtioiden lainsäädäntöön tulee sisältyä lähestymiskielto.⁵

* *Johanna Niemi*, OTT, akatemiaprofessori, Turun yliopisto. *Sini Majlander*, OTM, Legal Counsel, Fondia Oyj. Artikkelin perustuu EU:n rahoittamaan tutkimushankkeeseen Protection Orders in European Member States (POEMS 2012–2015; van der Aa 2015), jossa Niemi oli partneri ja Majlander tutkimusavustaja.

1. *Markku Heiskanen – Minna Piispa*: Usko, toivo, hakkaus: kyselytutkimus miesten naisille tekemästä väkivallasta. Tilastokeskus 1998:12; *Minna Piispa* ym.: Naiseen kohdistunut väkivalta 2005. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 2006:225 ja European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Violence against women: An EU-wide survey, 2014 (http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf).
2. Ks. erityisesti Sosiaali- ja terveysministeriö, Naiseen kohdistuvan väkivallan vähentämisen ohjelma 2010.
3. *Riikka Kotanen*: Näkymättömästä näkökulmaksi: Parisuhdeväkivallan uhrin ja oikeudellisen sääntelyn muutos Suomessa. Helsingin yliopisto 2013.
4. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien on pitänyt lähestymiskieltoa keskeisenä osana valtion velvollisuutta suojella lähisuhdeväkivallan uhreja muun muassa tapauksissa E.S. v. Slovakia (2009), Kaluczka v. Hungary (2012) ja Mudric v. Moldova (2013).
5. Euroopan neuvoston yleissopimus naiseen kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta ETS 210/2011. Sen art. 52 koskee perheen sisäistä, välittömästi täytäntöön

LähestymiskieltoLaki (898/1998, LKieltoL) tuli Suomessa voimaan vuonna 1999, ja sitä täydennettiin perheen sisäisellä lähestymiskiellolla vuonna 2005 (711/2004).⁶ Lähestymiskiellon määrää käräjäoikeus. Kieltoa hakee tavallisesti suojelua tarvitseva henkilö itse, mutta myös poliisi, syyttäjä tai sosiaalityöntekijä voi tehdä hakemuksen (LKieltoL 5.1 §). Kiireellisessä tilanteessa poliisi, syyttäjä⁷ tai käräjäoikeus voi määrätä väliaikaisen lähestymiskiellon, joka tulee voimaan heti. Lähestymiskieltoon määrätty ei saa ottaa yhteyttä, tavata, seurata eikä tarkkailla suojattua (perusmuotoinen lähestymiskielto 3 §). Perheen sisäiseen lähestymiskieltoon määrätyn tulee lisäksi poistua yhteisestä asunnosta, ja poliisi voi tarvittaessa poistaa hänet sieltä.

Lähestymiskieltoja on määrätty noin 2 000 vuodessa.⁸ Niistä valtaosa, arviolta noin 80 %, koskee lähisuhdeväkivaltaa. Lähestymiskiellon tarkoitus on ehkäistä väkivaltaa ja suojella sen uhria erityisesti lähisuhteissa, ja sen perusteena on väkivallan uhka (LKieltoL 2 §).⁹ Usein kiellon perusteena on jo tapahtunut väkivalta.¹⁰ Lähestymiskieltoja koskevassa kansainvälisessä tutkimuksessa keskeinen kysymys on ollut niiden tehokkuus eli kyky suojella väkivallalta erityisesti lähisuhteissa.¹¹ Lähestymiskieltoon määrätty ovat usein syllistyneet uusiin rikoksiin,¹² mutta kiellon on todettu vähentävän väkivaltaa.¹³

pantavaa lähestymiskieltoa ja art. 53 yleisesti lähestymiskieltoja. Sopimus tuli Suomen osalta voimaan 1.8.2015.

6. Lähestymiskielto ei ollut alun perin oikeusministeriön agendalla, vaan aloitteen teki kansanedustajien enemmistö Margareta Pietikäisen (RKP) johdolla: Lakialoite 67/1995 Margareta Pietikäinen et al. Aloitte siirrettiin oikeusministeriön valmisteltavaksi.
7. Pidättämiseen oikeutettu virkamies (LKieltoL 11 §).
8. Tilastokeskus, pakkokeinotilasto.
9. HE 41/1998 vp laiksi lähestymiskiellosta ja siihen liittyviksi laeiksi ja HE 144/2003 vp laiksi lähestymiskiellosta annetun lain muuttamisesta ja laiksi rikoslain 21 luvun 17 §:n kumoamisesta.
10. Tulevaisuuteen suuntautuvaan uhka-arvioon liittyvään oikeusturvavertailuun on kiinnitetty huomiota tutkimuksessa. Ks. *Jussi Leppälä – Kati Rantala*: Perheen sisäinen lähestymiskielto: Oikeudellisia ongelmakohtia. Oikeus 2008 s. 294–321 ja *Johanna Niemi-Kiesiläinen*: Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY 2004.
11. *Eve S. Buzawa – Carl G. Buzawa*: Do arrests and restraining orders work? Sage Publications 1996.
12. *Taija Stoot – Taina Laajasalo – Helinä Häkkänen*: Tuhopolttajien, raiskaajien ja lähestymiskieltoon määrättyjen henkilöiden uusintarikollisuus. Rikosseuraamusviraston julkaisuja 2005. Tutkimuksen mukaan kolme neljänestä kieltoon määrätystä oli syllistynyt rikokseen poliisin rikosilmoitustietokannan mukaan. *Brenda Russell*: Effectiveness, victim safety, characteristics, and enforcement of protective orders. *Partner abuse* 2012 s. 531–552; *Brian H. Spitzberg*: The tactical topography of stalking victimization and management. *Trauma, Violence, & Abuse* 2002 s. 261–288 ja *Christopher T. Benitez – Dale E. McNiel – Renée L. Binder*: Do protection orders protect? *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 2010 s. 376–385.
13. *C. L. Kothari* ym.: Protection Orders Protect Against Assault and Injury: A Longitudinal Study of Police-Involved Women Victims of Intimate Partner Violence. *Journal of Interpersonal Violence* 2012 s. 2845–2868; *Tertia Vogt – Abraham Greeff*: The impact of an Interim Protection Order (Domestic Violence Act 116 of 1998) on the victims of domestic violence. *Families in Society: The Journal of Contemporary Social Services* 2010 s. 45–51 ja *Helinä Häkkänen – Camilla*

Lähestymiskieltoilain oltua voimassa lähes 20 vuotta ja perheen sisäisen lähestymiskiellon yli kymmenen vuotta, on ajankohtaista tarkastella kiellon rakennetta ja toimivuutta. Suomen lähestymiskieltoilaki säädettiin – Ruotsin mallin mukaisesti – erityislaiksi eikä esimerkiksi siviiliprosessuaalisen turvaamistoimen erityismuodoksi tai rikosprosessuaaliseksi pakkokeinoksi, kuten useissa muissa maissa.¹⁴ Samaa jaottelua noudattavat Euroopan unionin säädökset lähestymiskieltojen rajat ylittävästä tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta.¹⁵ Suomen lähestymiskieltoa pidetään rikosprosessuaalisena turvaamistoimena,¹⁶ mutta erotuksena varsinaisiin rikosprosessuaalisiin pakkokeinoihin sillä ei ole välitöntä yhteyttä yksittäiseen tutkittavana olevaan rikokseen ja rikosprosessiin.¹⁷ Kyseessä

Hagelstam – Pekka Santtila: Stalking actions, prior offender-victim relationships and issuing of restraining orders in a Finnish sample of stalkers. Legal and criminological psychology 2003 s. 189–206.

14. Eurooppalaisista säännöksistä, joissa on huomattavaa vaihtelua, ks. *Suzan van der Aa – Johanna Niemi – Lorena Sosa – Ana Ferreira – Anna Baldry: Mapping the legislation and assessing the impact of protection orders in the European member states.* Wolf Legal Publishers 2015; *Teresa Freixes – Laura Román: The European protection order. Its application to the victims of gender violence.* Tecnos 2015; *Teresa Freixes – Laura Román: Protection of Gender-Based Violence Victims in the European Union. Preliminary study of the Directive 2011/99/EU on the European protection order.* Universitat de Rovia et Virgili; Universitat Autònoma de Barcelona 2014 (<http://158.109.131.198/epogender2/images/news/Handbook/epogender-eng-web.pdf>) ja *Suzan van der Aa: Protection Orders in the European Member States: Where Do We Stand and Where Do We Go from Here?* European Journal on Criminal Policy and Research 2012 s. 183–204. Myös esimerkiksi Yhdysvalloissa säädetään erikseen rikosprosessuaalisista ja siviiliprosessuaalisista lähestymiskielloista, ks. *Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 146.*
15. Nämä instrumentit säädettiin sen jälkeen, kun unionin kompetenssi rajat ylittävän rikollisuuden torjunnassa ja sitä koskevien prosessien sääntelyssä sekä rajat ylittävän siviilioikeuden ja siviiliprosessin alalla vahvistui Lissabonin sopimuksella vuonna 2009. Säädökset perustuvat Euroopan unionin toimintaa koskevan sopimuksen 81 ja 82 artikloihin. Direktiivi 99/2011/EU eurooppalaisesta suojelumääräyksestä sekä Parlamentin ja neuvoston asetus 606/2013/EU yksityisoikeuden alalla määrättyjen suojelutoimenpiteiden vastavuoroisesta tunnustamisesta. Laki eurooppalaisesta suojelumääräyksestä annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin lainsäädännön alaan kuuluvien säännösten kansallisesta täytäntöönpanosta ja direktiivin soveltamisesta (226/2015) sekä laki yksityisoikeuden alalla määrättyjen suojelutoimenpiteiden vastavuoroisesta tunnustamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen soveltamisesta (227/2015). HE 262/2014 vp laeiksi eurooppalaisesta suojelumääräyksestä annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin lainsäädännön alaan kuuluvien säännösten kansallisesta täytäntöönpanosta ja direktiivin soveltamisesta sekä yksityisoikeuden alalla määrättyjen suojelutoimenpiteiden vastavuoroisesta tunnustamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen soveltamisesta samoin kuin eräiksi niihin liittyviksi laeiksi. Ks. myös *Michael Bogdan: Some Reflections on the Scope and Application of the EU Regulation No 606/2013 on Mutual Recognition of Protection Measures in Civil Matters.* Yearbook of Private International Law 2014 s. 405–410. Direktiivistä ks. *Freixes – Román 2015.*
16. HE 41/1998 vp ja *Jaakko Rautio: Lähestymiskielto.* Teoksessa Dan Frände (toim.): *Prosessioikeus.* 4. p. SanomaPro 2012 s. 1376–1389.
17. Vuonna 2014 voimaan tulleessa pakkokeinolain uudistuksessa rikosprosessuaalisen matkustuskiellon sisältöä muutettiin siten, että kiellolla voidaan velvoittaa myös pysymään poissa joltakin alueelta, kun matkustuskielto yleensä estää menemästä jonkin alueen ulkopuolelle tms.

on siten eräänlainen rikosprosessin ja siviiliproessin välimaastoon jäävä turvaamistoimi. Onkin aiheellista kysyä, miten tämä rakenteellinen ratkaisu vaikuttaa kiellon toimivuuteen.

1.2. Tutkimuskysymykset ja rajaukset

Tämän artikkelin tavoitteena on arvioida lähestymiskiellon toimivuutta. Arvioinnin lähtökohtana on kiellon suojelutavoite: kuinka hyvin kiello suojelee ja voi suojella väkivallan uhria? Siten artikkelissa tarkastellaan lähestymiskielloa edeltänyttä väkivaltaa ja sen uhkaa sekä kiellon vaikutusta näihin. Painopiste on haastateltujen kokemuksissa. Vaikka haastatteluissa tuli esiin väkivallan ja kiellon vaikutuksia haastateltujen lapsiin, ne on pääosin rajattu artikkelin ulkopuolelle.

Artikkelissa pohditaan myös lain muutostarpeita suojelutarpeen näkökulmasta sekä haastateltujen omien ehdotusten että aineiston analyysin perusteella.

Artikkelin taustalla olleessa Euroopan unionin tutkimuksessa tuli esiin, että lähestymiskiellojen sääntely jäsenmaissa vaihtelee huomattavasti. Osassa jäsenmaista lähestymiskiello liittyy rikosprosessiin. Useassa maassa on omaksuttu Itävallasta vaikutteita saanut poliisin määräämä noin 10–14 vuorokauden pituinen perheen sisäinen kiello, johon suojatun tulee itse hakea jatkoa.¹⁸ Tutkimuksessa tarkastellaan myös sitä, tehostaisiko toisenlainen rakenteellinen ratkaisu kiellon suojeluvaikutusta.

1.3. Tutkimuksen aineisto ja metodit

Lähestymiskielloa on tutkittu aiemmin pian lain voimaan tulon jälkeen tehdyssä selvityksessä¹⁹ sekä vuonna 2008 ilmestyneessä laajassa *Kati Rantalan, Miska Smolejn, Jussi Leppälän ja Anniina Jokisen* tutkimuksessa ”Kaltevilla pinnalla”,²⁰ jonka aineistona olivat perheen sisäisen lähestymiskiellot.

(pakkokeinolain, 806/2011, PKL, 5:2). Matkustuskiellon tavoitteisiin ei lisätty toisen henkilön suojelun tavoitetta, mutta sen tavoitteet rikollisen toiminnan jatkamisen estämisestä ja rikoksen asianomistajaan vaikuttamisen ehkäisemisestä (PKL 5:1) voivat käytännössä toimia siten, että matkustuskiello suojaa rikoksen uhria.

18. *van der Aa* ym. 2015; *Freixes – Román* 2014 ja *Freixes – Román* 2015. Itävallan kiellosta ks. *Rosa Logar*: Introduction: National and international measures to prevent domestic violence against women and children. Teoksessa Michaela Krenn – Klara Weiss – Rosa Logar (eds.): Ten years of Austrian anti-violence legislation: International Conference in the Context of the Council of Europe Campaign to Combat Violence Against Women, Including Domestic Violence. Wien: Bunderkanzleramt Frauen 2007 s. 10–17 (<https://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=34228>).

19. *Maija Ropponen*: Lähestymiskiello-opas. Stakes 1999.

20. *Rantala* ym. 2008. Ks. myös *Stoat – Laajasalo – Häkkänen* 2005.

Viimeksi mainittu tutkimus nojautui tutkimussuuntaukseen, jossa kyseenalaistetaan väkivallan sukupuolistunutta luonnetta ja tutkimusta, jossa väkivallan sukupuolistuneisuutta tehdään näkyväksi ja analysoidaan.²¹ Tästä johtuen tutkimus sai julkisuudessaakin kritiikkiä osakseen. Kritiikki oli mielestämme perusteltua, mutta se on voinut vaikuttaa siten, että tutkimuksen ansiokkaatkin tulokset eivät ole saaneet ansaitsemaansa huomiota osakseen. Tutkimus perustui laajaan aineistoon ja tuotti runsaasti tietoa kiellon toimivuudesta. Artikkelin luvussa 2. nostamme esiin Rantalan ym. tutkimuksesta lähestymiskiellon suojelutarkoituksen näkökulmasta keskeisiä tuloksia. Pohdimme myös, miten väkivallan sukupuolistuneen luonteen kyseenalaistava tutkimusote on vaikuttanut tutkimuksen suuntautumiseen ja tuloksiin.

Artikkelin luvussa 3. tarkasteltava empiirinen aineisto on peräisin Euroopan unionin Daphne-rahoituksella toteutusta tutkimushankkeesta, jossa koottiin tietoa ja arvioitiin jäsenmaiden lähestymiskiellolainsäädäntöjä.²² Kansallisilta maaraportoilta pyydettiin arviota lainsäädännön toimivuudesta ja siihen vaikuttavista tekijöistä. Sen lisäksi neljässä maassa, Alankomaissa, Italiassa, Portugalissa ja Suomessa, haastateltiin lähestymiskiellon suojakseen saaneita naisia, 14–16 haastattelua kussakin maassa. Tutkimusraportissa haastattelut esiteltiin kokonaisuutena ja jokaisesta maasta nostettiin esiin joitakin seikkoja, joissa esiintyi muista poikkeavia painotuksia.

Tätä artikkelia varten Suomessa tehdyt haastattelut on otettu tarkempaan analyysiin, jonka tulokset yhdistetään nimenomaan Suomen lähestymiskiellon piirteisiin. Suomen haastatteluista piirtyvään kuvaan vaikutti suomalaisen järjestelmän lisäksi tapa, jolla haastateltavat rekrytoitiin (siitä tarkemmin luvussa 3.). Näiden vaikutusten arvioimiseksi eräänlaisena bench marking -vertailukohtana käytettiin Alankomaiden haastatteluja, joiden englanninkieliset käännökset myös luettiin uudestaan tätä artikkelia varten.

Tutkimushaastattelut olivat puolistrukturoituja.²³ Haastattelu eteni väkivallan kokemuksista lähestymiskiellon hakemiseen ja haastateltavan kokemuksiin pro-

21. Suuntauksesta ks. *Janne Kivivuori*: Feministinen väkivaltatutkimus: akateeminen liike ja ongelmallinen teoria. Tieteessä tapahtuu 2012 s. 24–32; *Janne Kivivuori*: Feministisen väkivaltatutkimuksen ongelmista. Tieteessä tapahtuu 2013 s. 42–44. Sukupuolistuneen väkivallan tutkimuksesta käydystä keskustelusta ks. *Suvi Ronkainen*: Miten näkökulma piilotetaan: esimerkkinä ’monimuotoinen väkivaltatutkimus’. Oikeus 2009 s. 454–464; *Marita Husso – Suvi Keskinen – Suvi Ronkainen*: Sukupuolistuneen väkivallan tutkimus. Tieteessä tapahtuu 2012 s. 59–64; *Suvi Ronkainen – Marita Husso*: Sukupuolen ja väkivallan tutkimuksen yhteiskunnallinen relevanssi. Tieteessä tapahtuu 2013 s. 51–53 ja *Johanna Niemi*: Keskustelua sukupuolittuneesta väkivallasta. Oikeus 2013 s. 237–242.

22. *van der Aa* ym. 2015.

23. Haastattelurunko löytyy tutkimusraportista *van der Aa* ym. 2015 s. 269. Koska Suomessa lähestymiskielto on rikosprosessista erillinen menettely, runkoa sopeutettiin hieman Suomen olosuhteisiin. Puolistrukturoidusta haastattelusta ks. *Steinar Kvale – Svend Brinkmann*: Interviews: Learning the craft of qualitative research interviewing. Sage 2009 s. 130.

sessista. Haastattelu antoi haastateltavalle myös mahdollisuuden kertoa laveasti kokemuksistaan. Varsinkin Suomen haastateltavat kertoivat laajasti väkivalta- ja häirintäkokemuksistaan. Näistä kokemuksista nousi yhteneväinen narratiivi väkivallasta, erosta ja häirinnästä. Siten tutkimuksen keskeinen metodi, narratiivianalyysi, nousi tutkimuksen aineistosta itsestään. Narratiivien lisäksi haastatteluista kirjattiin useita haastateltavien elämäntilannetta, väkivaltaa ja häirintää, sekä viranomaistoimintaa koskevia muuttujia, jotka toivat esiin tapausten vivahteikkautta melko yhteneväisen kokonaisnarratiivin puitteissa.

Narratiivisessa tutkimussuuntauksessa voidaan erottaa yhtäältä kertomuksen rakenteen analyysiin painottuva suuntaus,²⁴ toisaalta erityisesti haastatteluaineistojen analyysissä tärkeä pyrkimys ymmärtää sitä, miten haastateltavat rakentavat merkityksiä kertomassaan narratiivissa.²⁵ Haastateltavien kertomuksista hahmottui rakenteellinen narratiivi lähestymiskiellosta, mikä johti tarkastelemaan myös Rantalan ym. kieltoon määrättyjen haastatteluja narratiiveina. Kummasakin tutkimuksessa tuli esiin varsin yhdenmukainen, mutta toisiinsa verrattuna hyvin erilainen narratiivi. Narratiivien tutkimuksessa on myös kiinnitetty huomiota haastattelijan ja haastateltavan vuorovaikutukseen ja rooleihin narratiivin rakentumisessa.²⁶ Tässä tutkimuksessa vuorovaikutuksella on ollut keskeinen merkitys sekä haastattelutilanteessa että analyysissä, sillä keskeinen lähtökohta on lähestymiskielto. Metodien vaikutusta tutkimustuloksiin pohditaan vielä tutkimuksen johtopäätöksissä.

24. *William Labov*: Some Further Steps in Narrative Analysis. *Journal of Narrative & Life History* 1997 s. 395–415; *William Labov – Joshua Waletzky*: Narrative Analysis: Oral Versions of Personal Experience. *Journal of Narrative & Life History* 1997 s. 3–38 ja *Gerald Prince*: Narratology: the form and functioning of narrative. Mouton 1982.
25. *Vilma Hänninen*: Sisäinen tarina, elämä ja muutos. *Acta Universitatis Tamperensis* 1999; *Michael Bamberg – Anna de Fina – Deborah Schiffrin* (eds.): Selves and identities in narrative and discourse. *Studies in narrative* vol. 9. Benjamins 2007; *Charles Goodwin*: Narrative as Talk-in-Interaction. Teoksessa *Anna de Fina – Alexandra Georkakopoulo* (eds.): *Handbook of Narrative Analysis*. Wiley-Blackwell 2015 s. 197–218 ja *Catherine Kohler-Riessman*: Entering the Hall of Mirrors: Reflexivity and Narrative Research. Teoksessa *de Fina – Georkakopoulo* (eds.) 2015 s. 219–238.
26. *Joanna Thornborrow*: Narrative analysis. Teoksessa *Michael Handford – James Paul Gee* (eds.): *The Routledge handbook of discourse analysis*. Routledge 2012 s. 51–64 ja *Gerald Prince*: Narratology: the form and functioning of narrative. Mouton 1982 s. 103.

2. Kummankin osapuolen puolella

2.1. Tavoitteena kerätä tietoa kieltoon määräytyistä

Laaja lähestymiskieltoja koskenut tutkimushanke toteutettiin Oikeuspoliittisessa tutkimuslaitoksessa vuosina 2005–2008. Rantalan ym. tutkimuksen kohteena olivat perheen sisäisen lähestymiskiellon toimivuus ja sen edellytykset.²⁷ Tarkoitus oli ”tuottaa empiiriseen analyysiin perustuvaa tietoa siitä, millä edellytyksin juuri perheen sisäinen lähestymiskielto on mielekäs tai epämieliekäs toimenpide eri osapuolten ja muiden toimijoiden näkökulmasta.”²⁸ Tärkeää oli, että tutkimus on ”Kummankin osapuolen puolella”²⁹ ja että ”Tutkimuksessa suhtaudutaan samalla vakavuudella kiellon kaikkien osapuolten erilaisiin tilanteisiin”.³⁰

Tutkimus ei tyytynyt ottamaan kantaa vain lähestymiskiellon mielekkyyteen, vaan tarkoituksena oli lisäksi selvittää:

1. ”...jos perheen sisäinen lähestymiskielto kohdistuu lähes poikkeuksetta väkivaltaisiksi todettuihin miehiin, oliko naisuhritutkimusten tuloksiin ja naisuhriinäköklämään tukeutunut feministinen agenda oikeassa ja vahva poliittisuus tarkoituksenmukaista?” sekä
2. minkä tyyppisistä miehistä ja väkivallan muodoista on kyse, ja mitä kyseiset seikat merkitsevät intervention onnistumisen kannalta?³¹

Tutkimuksen lähtökohtia on vaikeaa tulkita muutoin kuin siten, että tavoitteena oli lähestymiskieltoja koskevan empiirisen aineiston kautta asettaa kyseenalaiseksi aikaisemmin tehtyjen (naisuhri)tutkimusten³² tulokset. Näiden huolella toteutettujen ja laajaa arvostusta saaneiden tutkimusten arvioitiin liiaksi ohjanneen lainvalmistelua.³³ Näemme kysymyksenasettelun taustalla myös ajatuksen, että lähestymiskiellon tavoitteen ehkäistä väkivaltaa³⁴ ymmärrettiin ohjavan tutkimusta väkivallan tekijöiden eli kieltoon määrättyjen suuntaan.

Kiellon toimivuuden arviointia täsmennettiin lisäkysymyksillä, joista keskeinen oli, mitä vaikutuksia kiellon hakemisella ja määräämisellä on osapuol-

27. Rantala ym. 2008 s. 2, 32.

28. Mt. s. 27.

29. Alaotsikko 4.3. Mt. s. 26.

30. Mt. s. 27.

31. Ibid.

32. Heiskanen – Piispa 1998 ja Piispa ym. 2005.

33. Yksi osa tutkimuskysymystä oli määrittää, miten lainvalmistelussa määriteltiin ne ongelmat, joihin lähestymiskiellolailla haettiin ratkaisua; Rantala ym. 2008 s. 32, 47–82. Emme käsittele artikkelissa tätä osaa tutkimuksesta.

34. Tutkijoiden suhtautuminen väkivallan vähentämistavoitteeseen vaikuttaa tosin jossain määrin ristiriitaiselta. Ks. mt. s. 32. Kuitenkaan ”tutkimuksen tehtävä ei ole ottaa itsenäistä kantaa siihen, kuinka lähisuhde- tai parisuhdeväkivaltaa tulisi vähentää” (s. 27; 33).

ten elämään.³⁵ Osapuolista eniten esillä olivat kieltoon määrätyt, sillä ”...ilmiön luonteen takia (...) tutkimus tuottaa varsinkin vaikutusten osalta enemmän tietoa kieltoon määräytyistä kuin kiellolla suojatuista”.³⁶ Konkreettiset tutkimuskysymykset keskittyvät kieltoon määrättyjen tilanteeseen: Löytävätkö kieltoon määrätyt inhimillisen elämän perusedellytykset täyttävän asunnon? Kykenevätkö he huolehtimaan itsestään? Vaikuttaako kieltoon määrääminen työ- tai taloudelliseen tilanteeseen ja edistääkö se hakeutumista hoitoon? Sivutuotteena toivottiin saatavan tietoa myös suojattujen naisten, vanhusten tai lasten tilanteesta.³⁷

Tutkimusta varten koottiin mittavasti viranomaisaineistoa: kaikki käräjäoikeuksien perheen sisäistä lähestymiskieltoa koskevat ratkaisut vuosilta 2005–2006, osapuolia koskevat tiedot poliisin rikosilmoitus- ja muista rekistereistä useiden vuosien ajalta sekä vankirekisteri 22 henkilön osalta. Lisäksi haastateltiin lainvalmistelijoita, tuomari, avustavia tahoja sekä kuusi kieltoon määrättyä ja kolme perusmuotoisella kiellolla suojattua.

2.2. Tulokset: Vakavaa väkivaltaa taustalla

Naisuhritutkimuksen tulosten kumoaminen ei onnistunut, sillä kieltoon määräytyistä 99 % oli miehiä (N=258) ja ensisijaisesti suojatuista 94 % naisia.³⁸ Kolmasosassa tapauksia suojattiin myös lapsia. Valtaosa oli parisuhdeväkivaltaa (87 %) ja kymmenesosa (9 %) vanhempiin kohdistuvaa väkivaltaa.³⁹ Kieltojen taustalla oli vakavaa väkivaltaa, pitkäkestoista piinaa, pahoinpitelyjä, aggressiivista käyttäytymistä ja muuta kiusaamista. Kahdessa kolmasosassa tapauksista kieltoa oli edeltänyt akuutti väkivaltatilanne. Lopuissa kolmanneksessa tapauksista oli yleensä kyseessä pidempi, usein vuosia kestänyt väkivallan kierre.⁴⁰

Tutkimuksen keskeinen menettelyä koskeva havainto liittyi väliaikaisiin kieltoihin. Väliaikaisen kiellon voi määrätä poliisi, ja ratkaisu tulee kolmen vuorokauden kuluessa saattaa käräjäoikeuden käsiteltäväksi.⁴¹ Tuomioistuimen tulee ottaa kielto käsiteltäväksi viikon kuluessa. Käytännössä väliaikainen kielto voi olla voimassa pidempään, kunnes käräjäoikeus päättää varsinaisesta kiellosta.⁴²

35. Mt. s. 33.

36. Mt. s. 4.

37. Mt. s. 33.

38. Mt. s. 107, 111.

39. Mt. s. 117.

40. Mt. s. 120–121.

41. Väliaikaisesta kiellosta voi päättää myös tuomioistuin (LKieltoL 11 §).

42. LKieltoL 12 ja 12a §.

Aika saattaa venyä erityisesti sen vuoksi, että tekijää ei tavoiteta ja saada kutsuttua lähestymiskiellon käsittelyyn käräjäoikeuteen.⁴³

Noin kaksi kolmasosaa prosesseista käynnistyi poliisin määräämällä väliaikaisella kiellolla. Lain mukaan jatkoa eli varsinaista kieltoa voi hakea paitsi suojelua tarvitseva henkilö, myös poliisi, syyttäjä tai sosiaaliviranomainen (LKieltoL 5 §). Käytännössä jatkoa hakee suojelua tarvitseva henkilö. Tutkimuksen mukaan lähes puolet väliaikaisista kielloista jäi sillensä, eli suojattu ei hakenut varsinaista kieltoa.

Lähestymiskieltoasiassa kertyneen aineiston ja kieltoon määrättyjen rikos- ja väkivaltahistoriaa koskevien rekisteritietojen perusteella tutkijat totesivat, että väliaikaiseen kieltoon jääneet tapaukset sisälsivät vakavaa ja pitkäkestoista väkivaltaa, jopa enemmän kuin ne tapaukset, joissa väliaikaisen kiellon saanut haki varsinaista lähestymiskieltoa. He löysivät esimerkkejä tekijän suoraan kiellon hakijaan kohdistamista uhkauksista ja vaatimuksista perua hakemus.⁴⁴

Tämä on erittäin merkittävä tutkimustulos, johon tutkijat päätyivät huolellisella poliisin rekisteritietojen selvittämisellä. Tutkimustulos ei ole mielestämme saanut osakseen ansaitsemaansa huomiota eikä se ole johtanut lain tai toimintatapojen uudelleen arviointiin.

Kiellon rikkomisia oli poliisin rekistereiden mukaan kolmasosassa tapauksista,⁴⁵ ja näistä noin 40 % oli toistuvia.⁴⁶ Tutkijat luokittelivat kiellon rikkojat pikkurikkoihin (alle 10 yhteydenottoa suojattuun puhelimitse), keskikoviin rikkojiin (10–30 yhteydenottoa, kotiin tunkeutuminen tai lähestyminen kaupungilla) ja koviin rikkojiin (yli 30 yhteydenottoa tai useita lähestymisiä tai väkivalta ja uhkaaminen). Noin kymmenesosa lukeutui lievimpään ryhmään, ja loput jakautuivat tasaisesti kahteen vakavampaan ryhmään.

2.3. Haastattelut ja narratiivit

Tutkijat haastattelivat kuusi kieltoon määrättyä miestä ja kolme kiellon suojaamaa naista. Kertomukset erosivat toisistaan. Naiset kertoivat suhteesta ja erosta, johon lähestymiskielto liittyi, melko samantapaisesti kuin luvussa 3. esiteltävässä tutkimuksessa. Miesten narratiivi puolestaan kertoi heidän vaikeasta taustastaan, alkoholin tai huumeiden käytöstä, lähestymiskiellosta ja siihen liittyvästä erillään

43. Ks. *Eeva Tikka*: Lähestymiskieltolaki ja käytännön kokemuksia sen soveltamisesta. Defensor Legis 2001 s. 251–261, s. 254. Tikan mukaan väliaikainen kielto on voinut olla voimassa jopa vuoden. Kutsusta käräjäoikeuteen LKieltoL 5 §. Kieltoon vaaditun läsnäolo tuomioistuimen käsittelyssä ei ole välttämätöntä (6 §).

44. *Rantala ym.* 2008 s. 97–101, 137.

45. Tikka viittaa Lampun tutkielmaan, jonka mukaan poliisin tietoon oli tullut rikkomisia 38 %:ssa kieltoja. *Tikka DL* 2001 s. 259.

46. *Rantala ym.* 2008 s. 239.

asumisesta tai vankilassa olemisesta (ei pahoinpitelyn vaan muun syyn vuoksi) sekä palaamisesta yhteen puolison kanssa.⁴⁷

Tutkimuksessa ei raportoida miesten kertoneen lähestymiskieltoon johtaneista tapahtumista ja syistä. Niitä saatetaan kuvata ”levottomana aikana” tai että ”mopo karkasi käsistä” tai kerrotaan, että sukulaisista ”kukaan ei hyväksynyt, sitä mitä mä olin tehnyt”. Puoliso on kohdistunutta väkivaltaa tai uhkaamista ei käsitellä. Hyvin vähän kerrotaan väkivaltaisen käyttäytymisen lopettamisesta. Elämänmuutosta käsitellään paljon muilta osin. Miehet kertovat päihteiden käytön lopettamisesta, lasten tapaamisoikeuksista ja siitä, miten suhde puolisoon oli ainakin jossain määrin virinnyt uudelleen.

Narratiivina kertomukset myötäilevät rakennetta alku (parisuhde), vaikeuksien kohtaaminen (mopo karkasi käsistä) ja niiden voittaminen (uusi alku). Lähestymiskielto näyttäytyy näissä kertomuksissa pääosin positiivisena seikkana, joka myötävaikuttaa uuden alun löytymiseen.

2.4. Arviointia

Rantalan ym. tutkimushankkeessa koottiin mittava määrä aineistoa, joka ei ole helposti saatavilla ja jonka käsittely on ollut haasteellista. Tutkimustuloksiin sisältyy merkittäviä havaintoja lähestymiskiellosta ja pitkään jatkuneista väkivaltaisista parisuhteista. Tutkimuksen tulosten käyttöä on ilmeisesti varjostanut tutkimuksen pyrkimys haastaa käsitystä väkivallan sukupuolistuneesta luonteesta. Tutkijat eivät kontekstualisoineet tutkimustietoon pitkään jatkuneista väkivaltaisista parisuhteista vaan pyrkivät kumoamaan näitä tutkimustuloksia. Kun niiden kumoaminen ei onnistunut, vaan kieltoon määrätty olivat miehiä ja suojatut pääosin naisia, naiseen kohdistuvan väkivallan tutkimus jätettiin syrjään. Tämä on harmillista, sillä tässä artikkelissa esiin nostamamme ja tärkeimpinä pitämämme tulokset – perheen sisäisten lähestymiskieltojen taustalla ollut vakava väkivalta sekä väliaikaisten lähestymiskieltojen jatkamatta jääminen vakavissa tapauksissa – olisivat ansainneet enemmän huomiota.

47. Yksi haastateltava kertoi lopullisesta erosta, joka tapahtui hänen toivomuksestaan. Mt. s. 309.

3. Kiellon suojelutarkoitus arvioinnin lähtökohtana

3.1. Suojattujen haastattelut

Toinen tarkasteltava tutkimus arvioi kiellon toimivuutta, jonka lähtökohtana on kiellon tehokkuus suojella väkivallan ja häirinnän kohteita. Toimivuusarviointi liittyi tutkimukseen, jossa koottiin tietoa ja verrattiin lähestymiskieltoa koskevia säännöksiä eri Euroopan maissa.⁴⁸

Lähestymiskieltojen tehokkuutta arvioitiin asiantuntijaraporttien ja uhrihaastattelujen perusteella. Hankkeessa kerättiin tietoa Euroopan unionin jäsenmaiden lainsäädännöstä asiantuntijaraportointina. Asiantuntijaa pyydettiin vastaamaan lähestymiskieltojen toimivuutta ja niihin liittyviä ongelmia koskeviin kysymyksiin. Sen jälkeen neljässä maassa – Suomessa, Hollannissa, Italiassa ja Portugalissa – haastateltiin kussakin 14–16 lähestymiskiellon suojaamaa uhria.

Asiantuntijaraporttien perusteella tehtiin mahdollisten ongelmien kartoitus. Ongelmia esiintyi kaikilla tasoilla: lainsäädännössä, kiellon määräämisessä ja täytäntöönpanossa.⁴⁹ Tutkimuksen mukaan lainsäädäntö oli jäsenmaissa hyvin erilaista ja saattoi jättää joitakin tilanteita suojelun ulkopuolelle. Esimerkiksi Suomessa ei ole toimivaa siviilioikeudellista lähestymiskieltoa vaan kvasi-rikosprosessuaalinen lähestymiskielto sekä vuoden 2014 alusta rajoitetussa määrin suojelua tarjoava rikosprosessuaalinen matkustuskielto.

Asiantuntijoiden mukaan suurimmat ongelmat liittyivät kieltojen täytäntöönpanoon, jonka koettiin liiaksi jäävän suojatun vastuulle. Kiellon rikkomisten seurauksia ei pidetty riittävinä. Joissakin maissa kieltoa valvottiin elektronisella laitteella, joka oli kieltoon määrättyllä koko ajan mukanaan (niin sanottu jalkapanta). Lasten asema koettiin ongelmalliseksi, samoin kuin se, että suojatut usein ottavat itse yhteyttä kieltoon määrättyyn.

Tutkimushankkeessa haettiin haastateltaviksi naisia, jotka olivat hakenet ja saaneet lähestymiskiellon entistä tai nykyistä avio- tai avopuolisoa kohtaan. Tapahtumasta, joka oli pääasiallisesti tai viimeisenä johtanut lähestymiskiellon hakemiseen, sai olla korkeintaan neljä vuotta. Suomen haastateltavia etsittiin useita reittejä pitkin, kuten turvakotien, poliisin, käräjäoikeuden ja Naisten Linjan kautta. Ilmoitusta tutkimuksesta jaettiin ilmoitustauluilla, nettisivuilla ja sähköpostilistoilla sekä kirjeitse lähestymiskiellon suojaamille. Haastateltavat (13) tai turvakodit (2) ottivat yhteyttä tutkimusryhmään. Haastateltavat olivat siten pitkälti itse ilmoittautunut ryhmä, millä on merkitystä tutkimustulosten kannalta. Haastatteluista välittyi vaikutelma, että haastateltaville oli tärkeää, ehkä

48. van der Aa ym. 2015 s. 165.

49. van der Aa ym. 2015 s. 166.

jopa terapeutista, kertoa tutkijoille väkivallan kokemuksista. Heistä välittyi myös halu antaa palautetta, jotta järjestelmää voidaan parantaa.⁵⁰

Haastatteluja kertyi kaikkiaan 14. Tätä artikkelia varten ne analysoitiin uudestaan, jolloin tarkasteltiin paitsi lähestymiskieltoprosessia myös väkivaltaustaustaa. Artikkelissa kiinnitetään huomiota erityisesti väkivaltaustaan, lähestymiskieltoprosessiin, mahdolliseen liitännäiseen rikosprosessiin ja kiellon rikkomiseen.

Vertailukohtana käytettyihin Hollannin haastatteluihin rekrytoitiin haastattelutavot toisella tavoin. Syyttäjänvirastosta saatiin kiellolla suojattujen yhteystiedot, ja heitä lähestyttiin puhelimitse. Osa kriteerit täyttävistä henkilöistä kieltäytyi haastattelusta. Yhteydenottoja jatkettiin, kunnes haastatteluja oli saatu tavoitteena olleet 15.⁵¹ Hollannin haastatteluissa oli enemmän vaihtelua kuin Suomen, mikä todennäköisesti johtui erilaisesta rekrytointitavasta.

Hollannin lainsäädännössä on useita säännöksiä lähestymiskielloista. Haastatteluissa tulivat esiin lyhytaikainen, kymmenen päivän pituinen lähestymiskielto, rikoksen esitutinnan ajaksi määrätty lähestymiskielto sekä ehdollisen rangaistuksen osana määrätty kahden vuoden pituinen lähestymiskielto.

3.2. Suojattujen narratiivi

Suomen haastatteluista nousi varsin yhdenmukainen kertomus väkivallasta ja lähestymiskiellon merkityksestä. Narratiivissa lähestymiskielto liittyi pitkän, väkivaltaisen parisuhteen päättymiseen. Haastateltava oli tehnyt päätöksen irrottautua parisuhteesta ja erilleen muuttaminen oli joko jo tapahtunut tai tapahtumassa, kun haastateltava haki lähestymiskieltoa. Väkiältä oli ollut luonteeltaan sekä henkistä että fyysistä ja vakavaa, mutta erotilanne toi siihen uuden elementin: uhkailun, häirinnän ja seurannan eri kommunikaatiovälineillä ja sosiaalisessa mediassa. Lähestymiskielto oli keskeinen keino, jolla haastateltava pyrki suojautumaan väkivaltaa ja uhkailua vastaan ja lopettamaan häirinnän. Lähestymiskiellosta oli useimmille apua, mutta täydellistä suojaa se ei tuonut kenellekään.

Tämän yhteisen narratiivin puitteissa yksittäisissä haastatteluissa oli paljon eroja yksityiskohdissa. Useimmilla haastatelluilla lähestymiskiellon hakemisesta oli kulunut melko lyhyt aika, ja heillä oli kova tarve puhua kokemuksistaan. Erityisesti haastateltavat purkivat kokemuksiaan väkivallasta ja kokemastaan pelosta sekä suhteen aikana että sen päättymisen yhteydessä.

50. Samansuuntaisesti *Heini Kainulainen – Elsa Saarikkomäki*: Rikosprosessi väkivaltarikosten uhrien näkökulmasta. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 2014:126 s. 24 ja *Päivi Honkatukia*: Uhrin rikosprosessissa: haavoittuvuus, palvelut ja kohtelu. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 2011:252 s. 20.

51. *van der Aa* ym. 2015 s. 264.

Haastateltavat olivat eläneet pitkään parisuhteessa, ja heidän kertomuksissaan eropäätös nousi keskeiseksi. Lähestymiskielto, joka haastattelussa oli keskeinen, oli haastateltavien narratiivissa merkittävä apukeino suhteen päättämiseksi.

Suhteiden kesto vaihteli kolmesta 20 vuoteen ja oli keskimäärin kahdeksan vuotta. Kaksi haastateltavaa ei ollut asunut kumppanin kanssa yhdessä. Haastateltavien ikä vaihteli 29 ja 55 vuoden välillä (keskiarvo 41 vuotta). Ex-kumppanit olivat jonkin verran vanhempia (keskiarvo 45 vuotta). Kahdeksalla haastateltavalla oli yhteisiä lapsia ex-puolison kanssa. Useimmat entisistä kumppaneista (11) olivat käyttäytyneet väkivaltaisesti jotakuta muutakin kuin haastateltavaa (tai lapsia) kohtaan.

Väkivalta oli suhteen aikana jatkunut pitkään, lukuun ottamatta yhtä tapausta, jossa väkivalta oli alkanut vasta erilleen muuttamisen jälkeen. Fyysinen väkivalta oli jatkunut pitkään⁵² ja ollut vakavaa. Fyysinen väkivalta sisälsi tönimistä, lyömistä, läpsimistä, hiuksista repimistä, potkimista, kuristamista, tavaroilla heitteilyä ja niin edelleen. Sitä oli tapahtunut öin ja päivin.

”Töniminen ja riuhtominen. Ja kyllä se sitten meni pikkuhiljaa vaikeammaksi, että hiuksista repimistä ja vaatteista repimistä ja... sitten oli ihan sellaista, että hän saattoi potkaista tai läpsäistä kasvoihin ja sitten hän jopa kuristi.” (Aino, 47 v.)⁵³

Haastateltavat kertoivat, että henkinen väkivalta oli jatkunut vielä paljon pidempään ja sisälsi erityisesti arvostelua ja mitätöintiä. Suurin osa eli 12 haastateltavaa kuvasi kumppanin käytöstä myös kontrolloivaksi, mikä ilmeni muun muassa lähipiirin tapaamisten rajoittamisena sekä seitsemän kohdalla jonkin asteisena taloudellisena kontrollina. Usea haastateltava (12) kertoi kumppanin olleen mustasukkainen, mikä ilmeni muun muassa jatkuvana perään soitteluna ja vakoiluna.

Kaikissa tapauksissa lähestymiskiellon määrääminen liittyi erotilanteeseen. Haastateltava oli tehnyt päätöksen suhteen päättymisestä, ja joko hän tai kumppani oli muuttanut pois yhteisestä asunnosta.

Vaikka aineistossa oli vain kaksi perheen sisäistä lähestymiskieltoa, muidenkin hakijoiden tilanteet muistuttivat jossain määrin niitä tilanteita, joita silmällä pitäen perheen sisäinen lähestymiskielto on säädetty. Tavallista oli, että lasten kanssa yhteiseen asuntoon jäävä nainen haki lähestymiskieltoa erotilanteessa.

Hollannin haastatteluissa väkivaltaa kuvattiin enemmän yksittäisenä fyysisen väkivallan tekona, joka oli johtanut joko lähestymiskiellon hakemiseen tai poliisin kutsumiseen ja siihen liittyneeseen lähestymiskiellon määräämiseen.

52. Neljä haastateltavaa kuvasi fyysisen väkivallan tapahtumista kertoina (1–5 kertaa). Heidänkin haastatteluissaan tuli esiin, että fyysisen väkivallan lievempiä muotoja, kuten läpsimistä, liikkumisen estämistä yms., oli ehkä ollut useamminkin. Muiden kymmenen haastateltavan mukaan fyysinen väkivalta oli jatkunut 1–12 vuotta, keskimäärin neljä vuotta.

53. Haastateltujen nimet on muutettu.

Myös näissä haastatteluissa tuli esiin henkisen väkivallan jatkumo. Haasteltavien tilanne vaihteli enemmän kuin Suomessa, sillä kaksi haastateltavaa asui yhä yhdessä kieltoon määrätyn kanssa, kaksi oli eronnut jo vuosia sitten ja hakenut sen jälkeen useita lähestymiskieltoja eikä kaksi paria ollut koskaan asunut yhdessä.

3.3. Lähestymiskielto suojattujen kertomuksissa

Välitön puuttuminen väkivalta- ja uhkatilanteisiin oli haastateltujen mukaan erityisen tärkeää. Näissä tilanteissa kohtaaminen poliisin kanssa oli erityisen herkkä tilanne, johon liittyi kysymys väliaikaisesta lähestymiskiellosta.

Väliaikaisen lähestymiskieltoon oli saanut viisi haastateltavaa. He korostivat sitä, miten tärkeää oli, että lähestymiskielto saatiin heti voimaan. Hanna, joka oli kokenut varsin rajua väkivaltaa, piti prosessissa hyvänä nopeutta:

”No se ehdottomasti se nopeus siinä. Että se periaatteessa... koska sehän, kun se lähti silloin lauantaina sinne häkkiin... putkaan, niin minä sain sen niin kuin periaatteessa ennen kuin hän tuli... sieltä putkasta pääsi pois. Niin minä sain sen, jo sen väliaikaisen.”

Toisessa tapauksessa hakijaa oli ensin kehoitettu hakemaan kieltoa tuomioistuintuomasta:

”...tiistaina täytin myös sen lähestymiskieltoanomuksen ja sitten keskiviikon ja torstain välisenä yönä tämä ex-mieheni yritti sitten kirveen kanssa tulla meille sisälle ja silloin (seuraavana) aamuna tämä (sama vanhempi) poliisi soitti minulle ja sanoi että 'tule tänne asemalle' että hänellä olisi mahdollisuus kirjoittaa heti tämä väliaikainen lähestymiskielto.... Se tuli sitten heti voimaan.” (Erika, 46v.)

Väliaikaisesta lähestymiskiellosta oli poliisin kanssa käyty keskustelua muissakin tapauksissa, mutta poliisi ei ollut katsonut sen määräämistä tarpeelliseksi:

”Että hänet (ex-mies) poistettiin silloin asunnosta, mutta kun juttelin poliisin kanssa siinä ulkona, niin heidän kommentti oli, että se lähtee, joka kykenee ja se hoitaa, joka kykenee. Eikä mitään sympatiaa. Ja kun minä siinäkin tilanteessa puhuin siitä lähestymiskiellosta ja sanoin, että hehän voivat sen tehdä, niin he suorastaan kieltäytyi.” (Jaana, 44v.)

Aineistoon ei sisällynyt haastateltavia, jotka olisivat jättäneet varsinaisen lähestymiskieltoon hakematta. Kuitenkin pelkästään hakemuksen vireillä olo saattoi lisätä uhkaa:

”Olisin toivonut sitä väliaikaista kieltoa. Että se olisi ollut saman tien voimassa. Sen ensimmäisenhän minä peruutin juuri siksi, että huomasin ex-mieheni käyttäytyvän uhkaavasti, kun hän sai tietää, että tällainen hakemus on vireillä.” (Julia, 42 v.)

Kaikki haastateltavat olivat itse hakeneet lähestymiskieltoa tuomioistuimesta. Hakijoiden suhtautuminen menettelyyn vaihteli. Osa piti lähestymiskielton hakemista yksinkertaisena, mutta viisi hakijaa oli kokenut hakemisen erittäin raskaaksi, koska omat voimavarat olivat täysin lopussa pitkän väkivaltajakson vuoksi. Nämä hakijat kokivat, että vastuu asian selvittämisestä jäi heidän harteilleen ja että aineiston kokoaminen oli työlästä. Kuusi hakijaa oli ollut turvakodissa. Tukihenkilön tai turvakodin tuki koettiin tärkeäksi:

”Rikosuhripäivystyksen kanssa siellä toimistossa täytettiin se hakemus, tämä minun tukihenkilöni kirjoitti sen minun vastausteni mukaan. Minä en pystynyt itse kirjoittamaan... Ja sitten minä en pystynyt tekemään allekirjoitusta. Siinä meni pitkä aika. Se oli niin voimakas psykosomaattinen reaktio, että minä en pystynyt laittamaan siihen nimeäni alle.” (Irma, 55 v.)

Haastateltavat korostivat oikeusprosessin olleen henkisesti raskas. Eniten pelättiin uhkaajan kohtaamista. Osassa tuomioistuimia oli osapuolille erillinen odotustila, osassa ei:

”...kun menin sinne käräjäoikeuteen, niin tajusin... tai tiesinkin tietenkin, että on yksi odotustila. Pyysin sitten sihteeriltä, että pääsenkö jonnekin muualle odottamaan. Minua pelotti se tilanne ihan hirveästi, jos olisimme olleet kahdestaan. En kyennyt siihen. Ja sitten sen istunnon jälkeen pyysin vielä, että saanko odottaa siinä istuntosalissa sen aikaa, että toinen osapuoli pääsee pois siitä.” (Taina, 43 v.)

Tuomioistuinkäsittelyn ajoittuminen vaihteli. Useimmiten istunto pidettiin 2–6 viikon kuluttua ja päätös lähestymiskiellosta annettiin istunnon päätteeksi. Jos vastaajaa oli vaikeaa tavoittaa, asian käsittelyä saatettiin joutua lykkäämään. Jos väliaikaista kieltoa ei ollut, odotusaika tuntui pitkältä.

Kahdessa tapauksessa tuomioistuin neuvotteli sopimusperusteisen lähestymiskielton. Toisessa tapauksessa se epäonnistui ja tuomioistuin myönsi myöhemmin varsinaisen lähestymiskielton. Toisessa tapauksessa sopimusperusteinen kielto toimi, eli ex-puoliso ei enää ottanut asiattomasti yhteyttä haastateltuun. Haastateltavan mukaan tilanne kuitenkin jatkui vaikeana, sillä lapset kieltäytyivät tapaamasta väkivaltaista isäänsä, mutta sosiaalityöntekijät ja tuomioistuin painostivat suostumaan tapaamisiin.

3.4. Rikosprosessi ja kiellon rikkomiset

Kuten johdannossa todettiin, Suomen laissa lähestymiskielto on itsenäinen, rikosoikeudenkäynnistä erillinen menettely. Aineistossa väkivaltaisista teoista tehtiin usein rikostutkinta, ja seitsemässä tapauksessa niistä oli haastatteluhetkellä annettu tuomio. Yksi tapaus oli yhä tutkinnassa, ja yksi oli päätynyt syyttä-

mättäjättämiseen. Yhdessä tapauksessa hakijaan kohdistuneista teoista ei tullut rikosjuttua, mutta poliisin vastustaminen johti tuomioon.

Poliisin toimintaan oltiin pääsääntöisesti tyytyväisiä. Kuitenkin aineistosta löytyi useita esimerkkejä tilanteista, joissa haastateltava oli kokenut, että poliisi ei ollut ottanut hänen yhteydenottoaan vakavasti.⁵⁴ Näistä kohtaamisista oli voinut jäädä epäluottamusta poliisia kohtaan, minkä vuoksi kynnys ottaa yhteyttä uuden väkivaltatapahtuman yhteydessä oli noussut korkealle. Väkivallasta kertominen ei aina ollut helppoa:

”... kun ne poliisit soittivat minulle kotiin kysyäkseni, että mikä tilanne siellä on (... muiden tekemien ilmoitusten takia) silloin aina toivoin, että he olisivat kysyneet vain sellaisia kysymyksiä, joihin olisin pystynyt vastaamaan, 'kyllä' tai 'ei'. Esimerkiksi, että 'Tarvitseeko tulla?' ja olisin voinut sanoa vain, että 'kyllä', koska oikeasti olisi tarvinnut, mutta en minä pystynyt sanomaan mitään 'että tulkaa tänne, tai' (koska ex-mies seisoi siinä vieressäni).

Se (yhteydenotto poliisiin) on hätähuuto.” (Taina, 43 v.)

Muutamissa tapauksissa lähestymiskieltoon johtanut väkivallanteko käsiteltiin myöhemmin rikosoikeudenkäynnissä, johon yhdistettiin myös lähestymiskiellon rikkomisia. Rikosoikeudenkäyntien kesto ei haastatteluissa noussut esiin, toisin kuin vertailukohtana olleessa Hollannissa. Tältä osin eroavaisuus liittyi siihen, että Suomessa lähestymiskiellon kesto oli riippumaton rikosoikeudenkäynnistä. Hollannissa rikosprosessuaalinen lähestymiskielto oli yleensä voimassa rikosasian tuomioon asti. Tuomio oli useissa tapauksissa ehdollinen vankeus, johon yhdistettiin yhdyskuntapalvelu ja kahden vuoden lähestymiskielto.

Lähestymiskielto- ja rikosprosessin erillisuus saattoi aiheuttaa myös hämmennystä suomalaisissa haastatteluissa. Muutamassa haastattelussa tuotiin esiin ongelmia, joita aiheutuu siitä, että väkivaltaisia tekoja ei tarkastella kokonaisuutena ja jatkumona vaan erillisinä tekoina:

”Siinä oli joku sellainen pointti, mikä minua hämäsi tässä koko prosessissa, että mitään ei koskaan nivottu yhteen niin kuin samaksi jatkumoksi, vaan kaikki teot olivat aina erillisiä toisistaan riippumattomia asioita. Minun olisi tavallaan joka ikisestä teosta pitänyt käydä aina tekemässä erillinen rikosilmoitus.” (Veera, 45 v.)

Vain kahdessa tapauksessa myönnetyn lähestymiskiellon tai laaditun sopimuksen ehtoja ei ollut rikottu. Kaikissa muissa tapauksissa rikkomuksia oli paljon. Fyysinen väkivalta kuitenkin väheni.

54. Monica Fagerlundin kotihälytyksiä koskevasta tutkimuksesta käy ilmi, että huomattava osa hälytyksistä hoidetaan puhelimitse, poliisin käymättä paikalla. *Monica Fagerlund: Lähisuhdeväkivalta poliisin pehäväkivaltatehtävillä. Poliisiammattikorkeakoulu 2016.*

”Ja... minä jäin henkiin” – lähestymiskielto ja suojelutarkoitus

”Väkivalta loppui siihen. Kaikki toiminta loppui siihen. Parisuhde päättyi siihen.” (Hanna, 39 v., erittäin vakavaa väkivaltaa; väliaikainen perheen sisäinen lähestymiskielto).

”Ensimmäistä kieltoa hän ei noudattanut ollenkaan. Toista ja kolmatta jo vähän paremmin.” (Erika, 46 v.)

Jos fyysinen väkivalta vähenikin, häirintä eri kommunikaatiovälineitä käyttäen lisääntyi. Useassa tapauksessa tällainen häirintä oli fyysisen väkivallan ohella kiellon hakemisen syy ja peruste, osassa tapauksia yhteydenottojen määrä kasvoi massiiviseksi vasta kiellon määräämisen jälkeen. Kaikissa tapauksissa häirintä oli voimakasta. Siihen käytettiin sähköpostin ja puhelimen, mukaan lukien lasten puhelimet, lisäksi Facebookia ja nettiä, erilaisia paperilappuja ja omaisuuden vahingoittamista.

”Poliisi printtasi minulle kaikki tekstiviestit vuoden ajalta ja kävin ne läpi. Niitä oli 80 sivua sellaista pientä pientä printtiä.” (Sara, 31 v.)

Yksi kiusaamisen muoto oli laittaa nettiin suojattua koskevia virheellisiä tietoja. Lähestymiskieltoa ei Rovaniemen hovioikeuden ottaman kannan mukaan voida kuitenkaan määrätä netissä tapahtuvan häirinnän estämiseksi.⁵⁵ Yksi kiusaamisen muoto olivat poliisille ja muille viranomaisille tehdyt ilmiannot ja oikeudenkäyntien aloittaminen. Esimerkiksi Sarasta kieltoon määrätty teki lastensuojeluilmoituksen ja varkausilmoituksen. Lähestymiskiellon rikkomisesta ilmoittaminen koettiin rasittavaksi:

”Kaikesta piti ilmoittaa itse. Minulle on sanottu hyvin selvästi tässä vuosien aikana, että ei heillä resurssit riitä tällaisten kavereiden seuraamiseen. Että he sanoivat ihan suoraan, että se ilmoittaminen on minun kontollani. Kaikki on itsestä kiinni, että mitä jos en olisi jaksanut.” (Veera, 45 v.)

3.5. Kiellon suojaamien toivomukset

Lähestymiskiellon hakijoilla oli varsin yhdensuuntaiset toiveet menettelyn kehittämisestä. He toivoivat ennen muuta viranomaisten koulutusta, tukea menettelyyn ja voimakkaampaa reagointia kiellon rikkomisiin. Monen haastatellun näkemys oli, että viranomaiset tarvitsevat koulutusta parisuhdeväkivallan dynamiikan ymmärtämisessä:

55. RHO 21.8.2015 R15/567.

”Lähestymiskielto-oikeudenkäyntien osalta toivoisin tuomioistuimen edustajille koulutusta sen osalta, että he tunnistaisivat ja osaisivat erottaa vainoamistilanteen tilanteesta, jossa pariskunta riitelee.” (Julia, 42 v.)

Menettelyn aikana saatu neuvonta, tuki ja apu koettiin tärkeäksi. Ne, joilla oli ollut oikeusavustaja, tukihenkilö tai turvakoti tukena, kokivat sen välttämättömäksi.

”...niin siihen tukihenkilö sitten. Tukihenkilö, joka mahdollisesti sitten olisi apuna miettimässä sitä avustajan tärkeyttä myös.” (Taina, 43 v.)

Useimmat toivoivat, että kiellon rikkomiseen puututtaisiin jämäkämmin ja että sanktiot olisivat voimakkaampia. Samansuuntaisen havainnon ovat tehneet *Silvennoinen* ja *Tolvanen*, jotka ovat todenneet: ”Lähestymiskiellon rikkomisten monilukuisuus viittaa myös siihen, ettei lähestymiskielto ja sen rikkomiseen liittyvä lievä rangaistusuhka ole likikään riittävä suoja vainoamista vastaan.”⁵⁶ Haastatteluissa tuotiin esiin, että sähköisten kanavien kautta tapahtuvaa häirintää ei kaikissa tapauksissa pidetty kiellon rikkomisena. Moni koki, että kiellon rikkomisesta ilmoittaminen oli työlästä ja turhauttavaa.

4. Johtopäätökset: kiitosta ja kehittämisehdotuksia

Erilaisista lähtökohdista ja aineistoista huolimatta kahden tarkastellun tutkimuksen tulokset ovat hyvin samansuuntaiset. Erojakin löytyi. Kun Rantalan ym. haastattelemat kieltoon määrätyt korostivat mahdollisuutta palata takaisin parisuhteeseen, luvussa 3. haastatellut kiellon suojaamat näkivät kiellon osana eroprosessia. Heidän narratiivissaan oma päätös erota sai keskeisen sijan, ja lähestymiskiellon nähtiin tukevan tätä ratkaisua. Kummassakin tutkimuksessa haastattelujen määrä oli melko pieni ja haastateltavien rekrytointitavalla on ollut vaikutusta vallitsevaan narratiiviin. Luvussa 3. haastattelurunko oli laadittu lähestymiskiellon merkityksen ympärille, mutta haastateltavat painottivat voimakkaasti eropäätöstä.

Kummankin aineiston perusteella lähestymiskieltoasioina käsitellään huomattavan vakavaa ja pitkäkestoista väkivaltaa. Tällaisen väkivallan uhan alla olisi tärkeää, että lähestymiskielto olisi mahdollista saada nopeasti ja tarvittaessa viran puolesta. Vakavan väkivallan kohdalla lähestymiskielto ei myöskään ole riittävä

56. *Elisa Silvennoinen – Matti Tolvanen: Vainoaminen rangaistavaksi – Loittoneeko vaino, riita? Defensor Legis 2014 s. 752–763, s. 758 ja Anna Nikupeteri: Vainottuna – Eron jälkeisen vainon tunnistaminen ja uhrien kohtaaminen. Lapin yliopistokustannus 2016.*

suojakeino, vaan sen lisäksi tarvitaan rikosprosessuaalisia keinoja.⁵⁷ Nykyisin lähestymiskieltoprosessi kulkee omaa latuaan ja mahdollinen rikosprosessi omaansa. Tutkimuksessa esiin tulleissa vakavan väkivallan tapauksissa rikosprosessi näytti useimmiten käynnistyneen myöhemmin. Niin vakavissa tilanteissa kuin tässä tutkimuksessa tuli esiin, olisi hyvä, että lähestymiskielto kytkeytyisi rikosprosessiin. Tällöin se voitaisiin saada voimaan heti rikostutkinnan alkaessa, sen voimassa oloa tarkasteltaisiin osana rikosprosessia, ja se voitaisiin määrätä viran puolesta. Tarpeellinen lainmuutos olisi yksinkertainen lisäys pakkokeinolain matkustuskieltoa koskeviin säännöksiin, joissa tulisi huomioida asianomistajan suojelun tarve.

Tämä ei tarkoita, etteikö nykyisen kaltaista lähestymiskieltoa myös tarvittaisi. Tässä tarkastellut tutkimukset eivät kerro koko totuutta lähestymiskielton soveltamistapauksista, vaan ne toivat esiin vakavimmasta päästä olevia tilanteita. Näissä tutkimuksissa sekä kieltoon määrätty että kiellon suojaamat pitivät lähestymiskieltoa pääpiirteissään hyvänä:

”Se on kyllä hyvä systeemi. Olen kyllä sitä mieltä, että se on oikein hieno systeemi. Ilman sitä minä luulen, että tuokin tilanne olisi vain kestänyt ja kestänyt, että siinä mielessä aivan nerokas systeemi. Kyllä olen (tyytyväinen).” (Aino, 47 v.)

Menettelyn alkuvaihe ja väliaikainen lähestymiskielto osoittautuivat kummasakin tutkimuksessa ongelmallisiksi. Rantalan ym. tutkimuksessa väliaikaisten kieltojen raukeaminen oli huolestuttavaa, sillä se oli yleistä ja koski tapauksia, joissa oli esiintynyt vakavaa väkivaltaa. Luvussa 3. kiellon hakijoiden haastattelussa tuli esiin, että väliaikaista kieltoa ei ollut helppoa saada, vaikka väkivalta oli ollut huomattavan vakavaa. Väliaikainen kielto on saatettava tuomioistuimen käsiteltäväksi kolmen päivän kuluessa, mikä on huomattavan lyhyt aika yleistä eurooppalaista standardia vasten.⁵⁸ Vaikka kieltoa voivat hakea poliisi, syyttäjä ja sosiaaliviranomainen, käytännössä kiellon hakeminen on uhatun itsensä vastuulla. Osa vakavan väkivallan uhreista oli niin traumatisoituneita, että heillä ei selvästikään ollut tähän voimia.

Lähestymiskielton kehittämisesä tulisikin kiinnittää huomiota siihen, että väliaikainen kielto pitäisi saada nopeasti, sen tulisi olla riittävän pitkä suojelun toteutumiseksi ja hakijalle tulisi olla saatavissa ohjeistusta ja riittävät palvelut, mukaan lukien oikeusapu ja muu neuvonta.

Kummankin tutkimuksen mukaan kiellon rikkominen oli yleistä. Osa suo-
jatuista koki kiellon lisäävän turvallisuuden tunnetta, osa ei lainkaan. Kiellon

57. Naisten syrjinnän poistamista käsittelevä komitea, joka valvoo YK:n Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen (CEDAW) täytäntöönpanoa, on kiinnittänyt tähän huomiota ratkaisuisissa Sahide Goecke v. Itävalta (2007) ja Fatma Yuildim v. Itävalta (2007).

58. Useiden maiden lainsäädännössä välittömästi voimaan tuleva perheen sisäinen lähestymiskielto on voimassa 10–14 vuorokautta.

rikkomisen seuraamuksia pidettiin yleisesti liian lievinä. Suojatut kokivat hankalaksi kiellon rikkomuksista ilmoittamisen ja niitä koskevan aineiston keräämisen. Kieltojen noudattamisen valvontaa tulisikin tehostaa sillä, että kieltoon voitaisiin liittää elektroninen seuranta eli niin sanottu jalkapanta.

Lähestymiskieltoja koskeva lainsäädäntö on ollut voimassa kohta 20 vuotta. Tänä aikana lähestymiskieltoja on säädetty eri Euroopan maissa. Useissa uudistuksissa on kiinnitetty huomiota edellä esiin tulleisiin epäkohtiin. Myös ylikansalliset kehityslinjat, kuten EU:n direktiivin ja asetuksen säätäminen sekä Istanbulin sopimus, puoltavat kiellon arviointia ja kehittämistä. Kehittämistarpeista huolimatta lähestymiskielto on tärkeä osa väkivallan uhrien suojelua. Kuten Hanna, 39 v., kieltoa arvioi:

”Ja se auttoi siinä, että minä jäin henkiin.”

“I survived”: An evaluation of the protective function of protection orders

JOHANNA NIEMI, LL.D., Academy Professor, University of Turku – SINI MAJLANDER, LL.M., Legal Counsel, Fondia

Protection orders have become a central instrument in the protection against interpersonal violence. The Istanbul Convention on violence against women and domestic violence of 2011 includes a specific obligation to provide protection orders and emergency barring orders. The European Union has recognised the cross-border effect of protection orders. The Finnish Protection Order Act was enacted in 1998 and amended in 2005 to include emergency barring orders. The purpose of the article is to evaluate the protective function of such orders.

The article restates the main results of a 2008 study (Rantala et al.), namely the serious violence leading to protection orders, attrition after intermediate protection orders in cases of serious violence, and the frequent breaches of orders. The new data comes from the POEMS study (Protection Orders in European Member States). The re-examination of Finnish victim interviews underlines the long duration of violence before an order is filed for. The victims emphasise the need for support from the police in the acute situation and from shelters, victim services and legal aid during the proceedings. All victims had had difficulties in enforcing the order, especially against on-line stalking. The authors conclude with recommendations, such as more *ex-officio* initiative and co-ordination with criminal proceedings in serious cases of violence, and electronic monitoring of the orders.



HIV-infektio ja rikosoikeudellinen vastuu

HAKUSANAT: rikosoikeus, rikosoikeudellinen vastuu, tahallisuus, rikoksen yritys, laiminlyöntirikos, HIV-infektio

1. Johdanto

Rikosoikeusjärjestelmän ytimen muodostavat rikoslakiin kirjatut kielto- ja käskynormit. Vaikka nämä normit ovat luonteeltaan monimutkaisia normatiivisiä entiteettejä, niillä on tärkeä kommunikatiivinen eli viestinnällinen tehtävä: kieltonormit antavat *hyviä syitä* välttää – tietyillä tarkemmin kuvatuilla edellytyksillä – yhteiskunnassa arvokkaina pidettyjen asioiden vaarantamista ja loukkaamista. Käskynormit kertovat puolestaan niistä hyvistä syistä, jotka edellyttävät toimimaan, jotta nämä arvokkaana pidetyt asiat eivät vaarantuisi tai niitä ei loukattaisi.¹

Oikeudellisten käytänteiden työnjaossa lainsäätäjän tehtävänä on kielto- ja käskynormien kiteyttäminen rikoslain tunnusmerkistökuvauksiin, ja tuomioistuimen tehtävänä on puolestaan kielto- ja käskynormien täsmällisemmän sisällön konkretisointi yksittäistapauksissa. Rikoslakia säädettäessä lain esityöt perustuvat usein tietynlaiseen käsitykseen niistä *tyypillisistä* tekoilanteista, joihin tunnusmerkistön on ajateltu soveltuvan. Lisäksi näiden tyyppillisten tekoilanteiden kuvaaminen perustuu myös julkilausumattomaan oletukseen *tyypillisestä* tekijästä ja mahdollisesta asianomistajasta. Rikoslainkäytön arki tuottaa kuitenkin yllätyksiä, sillä tekoilanteiden kirjo ja tekijä–uhri-asetelmat ovat säännönmukaisesti merkittävästi vivahteikkaampia kuin lakia säädettäessä on osattu ennakoita.

Rikosoikeudesta olisi mahdollista poimia useita hyviä esimerkkejä edellä kuvatusta dynamiikasta, mutta tässä kirjoituksessa käytämme esimerkkinä rikoslain (39/1889, RL) 21 luvun 5 §:ssä rangaistavaksi säädettyä pahoinpitelyä.²

* Tatu Hyttinen, OTT, VTM, VT, tutkijatohtori, Turun yliopisto. Sähköposti: tatu.hyttinen@utu.fi. Jussi Tapani, OTT, VT, professori, Turun yliopisto. Sähköposti: jussi.tapani@utu.fi. Kiitämme anonyymejä vertaisarvioitsijoita käsikirjoituksemme huolellisesta kommentoinnista.

1. Ks. preskriptiivisistä normeista *Georg Henrik von Wright: Norm and Action. A Logical Enquiry.* Routledge & Kegan Paul 1963 erityisesti s. 7–8.
2. Puhumme tässä yhteydessä yksinkertaista pahoinpitelyä (RL 21:5), mutta esityksemme koskee olennaisilta osin myös törkeää pahoinpitelyä (RL 21:6).

Tunnusmerkistön ytimessä on ruumiillisen väkivallan käyttö eli menettely, joka johtaa tyypillisesti kehossa ulkoisesti havaittaviin vammoihin. Rangaistavuus on ulotettu myös muunlaiseen terveyden vahingoittamiseen, kuten psyykkisen terveyden vahingoittamiseen, mutta tähän tekotapaan liittyy tunnetusti vaikeita rikos- ja prosessioikeudellisia ongelmia. Rangaistavan menettelyn laajuutta kuvaa hyvin se, että ruumiillisen väkivallan tyyppitapauksesta edetään kauas silloin, kun tunnusmerkistössä edellytetty sairaus, kuten tauti, tartutetaan toiseen ”hyväilyllä”.³ *Jussi Matikkala* kuvaa tätä osuvasti toteamalla, että pahoinpitelynä rangaistaan myös ”hyvinpiteleminen”.⁴

Näkemyksemme mukaan tällaiset taudin tartuttamista koskevat tapaukset eivät ole pahoinpitelyrikoksen tyyppitapauksia, vaan ne ovat tyypillisesti sekä oikeudellisesti että näytöllisesti *kiperiä tapauksia*. Erityisen hankalaksi nämä tapaukset muodostuvat silloin, kun rikosoikeudellisessa vastuuarvioinnissa pitäisi kyetä ottamaan huomioon esimerkiksi lääketieteellinen tieto taudista ja taudin hoitomuodoista.

Suomessa jouduttiin tämän kysymyksen eteen 1980- ja 1990-luvun taitteessa, jolloin tuomioistuimissa käsiteltiin HIV-positiivisten henkilöiden seksuaalikäyttäytymistä ja rikosoikeudellista vastuuta. Korkeimpaan oikeuteen asti eteni tapaus (KKO 1993:92, ään), jossa HIV-infektion saanut A oli ollut B:n kanssa vuosina 1986–1987 toistuvasti suojaamattomassa anaalihdyntäessä. A ei ollut kertonut kumppanilleen HIV-infektiostaan, ja B oli saanut tartunnan ja kuollut vuonna 1990. Korkein oikeus katsoi A:n syyllistyneen törkeään kuolemantuotantamukseen, mutta syyte taposta ja törkeästä pahoinpitelystä hylättiin.

Aihepiiri ei jäänyt oikeustieteellisessä tutkimuksessa huomiotta, sillä suhteellisen pian korkeimman oikeuden ratkaisun jälkeen ilmestyi Matikkalan tutkimus HIV-infektioon liittyvistä rikosoikeudellisista kysymyksistä.⁵ Sen jälkeen aihetta on kuitenkin käsitelty suhteellisen niukasti kotimaisessa keskustelussa,⁶ vaikka esimerkiksi tahallisuutta ja yritysoppia koskevat kysymykset ovat muuten olleet rikosoikeustutkimuksen keskiössä.⁷ Tuomioistuimissa HIV-infektion tarttumisia on sittemmin arvioitu pääasiassa törkeinä pahoinpitelyinä.⁸

3. HE 94/1993 vp rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi s. 95–96.

4. *Jussi Matikkala*: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg: Keskeiset rikokset. 3., uudistettu ja laajennettu laitos. Edita 2014 s. 185–275, s. 232.

5. Ks. *Jussi Matikkala*: HIV-infektio, seksi ja rikosoikeudellinen vastuu. Helsingin yliopisto 1995.

6. *Jussi Matikkala* tarkastelee väitöskirjassaan (Tahallisuudesta rikosoikeudessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005 s. 322–326) Ruotsin korkeimman oikeuden (HD) vuonna 2004 antamaa ennakkopäätöstä.

7. Ks. kootusti *Tatu Hyttinen*: Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – Oikeusturvaa vai korkeimman oikeuden retoriikkaa? Defensor Legis 2016 s. 916–933 ja *Jussi Tapani*: Yrittänyttä ei laiteta? Rikoksen yrityksen rangaistavuus. Lakimiesliiton Kustannus 2010.

8. Tähän viitataan ratkaisun KKO 2017:8 (ään.) perusteluissa (perustelukappale 17).

Tilanne on muuttunut merkittävästi yhtäältä lääketieteessä saavutettujen edistysaskelien ja toisaalta äskettäin annettujen korkeimman oikeuden ratkaisujen myötä. Korkein oikeus on antanut vuonna 2015 kaksi aihepiiriä koskevaa ennakkopäätöstä (KKO 2015:83, ään. ja KKO 2015:84) ja vuonna 2017 yhden ennakkopäätöksen (KKO 2017:8, ään.).⁹ Ratkaisut muodostavat kokonaisuuden – eräänlaisen prejudikaattisarjan. Tämä ilmenee konkreettisesti myös viimeimmän ennakkopäätöksen perusteluissa, joissa hyödynnetään vuoden 2015 ratkaisujen seikkaperäistä oikeudellista ja näytöllistä analyysiä.

Otamme kirjoituksessamme tarkastelun kohteeksi nämä kolme korkeimman oikeuden ratkaisua ja niiden muodostaman kokonaisuuden. Emme tähtää ratkaisujen tyhjentävään lähiluentaan tai perusteelliseen ratkaisuanalyysiin, vaan tarkoituksemme on vastata seuraavaan kysymykseen: *kuinka HIV-infektoituneen henkilön rikosoikeudellinen vastuu hahmottuu korkeimman oikeuden viimeaikaisen oikeuskäytännön perusteella?* Kysymyksenasettelu on relevantti, koska ratkaisujen perusteella pitäisi pystyä riittävällä ennakoitavuudella arvioimaan, milloin HIV-infektoituneella henkilöllä on riski syyllistyä rikokseen. Vaikka näkökulmamme on tässä kirjoituksessa kansallinen, tematiikkamme sisältämä problematiikka on kansainvälisesti tunnettu. Eri maiden lainkäyttäjillä ja rikosoikeusoppineilla on ollut vaikeuksia arvioida sitä, kuinka HIV-infektoituneen henkilön rikosoikeudellinen vastuu olisi hahmotettava.¹⁰

Tarkastelemme kirjoituksessamme aluksi tahallisuuteen sisältyvää problematiikkaa (jakso 2.). Tämän jälkeen käsittelemme yritysvastuuseen liittyviä kysymyksiä (jakso 3.). Sen jälkeen pohdimme sitä, voiko pahoinpitelyvastuu aktualisoitua HIV-tapauksissa epävarsinaisena laiminlyöntirikoksena – eli voiko HIV-infektoituneelle henkilölle muodostua erityinen oikeudellinen velvollisuus estää tartunta kumppaniinsa (jakso 4.)? Luku on luonteeltaan spekulatiivinen ja tarkoitettu pikemminkin keskustelun avaukseksi kuin vallitsevan oikeustilan analyysiksi. Kirjoituksen lopuksi teemme yhteenvedon ja esitämme keskeiset johtopäätöksemme (jakso 5.).

9. Edellinen HIV-infektiota koskeva rikosoikeudellinen ratkaisu annettiin vuonna 1999 (KKO 1999:102). Ks. ratkaisusta yritysoopin näkökulmasta *Tapani* 2010 s. 119–120.

10. Esim. *Andrew Ashworth – Jeremy Horder: Principles of Criminal Law*. Seventh Edition. Oxford University Press 2013 s. 321–322 (Iso-Britannia); *Per Ole Träskman: HIV-smitta, sexuella handlingar och kriminalitet*. Teoksessa *Festkrift till Boel Flodgren*. Juristförlaget i Lund 2011 s. 413–428 (Ruotsi) ja *Aniello Napi: Manuale di diritto penale. Parte generale*. Giuffrè Editore 2010 s. 405–406 (Italia).

2. Tahallisuus

2.1. Yleistä

Korkeimman oikeuden ratkaisut liittyvät seuraustahallisuuden (RL 3:6) arviointiin ja ennen kaikkea todennäköisyystahallisuudelta vaadittavaan todennäköisyystasoon. Tällöin on kuitenkin tehtävä muutamia tarkennuksia. Ensinnäkin kaikki ratkaisut koskevat eri rikosnimikkeitä: ratkaisussa KKO 2015:83 (ään.) oli kyse vaaran aiheuttamisesta, ratkaisussa KKO 2015:84 otettiin kantaa törkeän pahoinpitelyn yritykseen, kun taas ratkaisussa KKO 2017:8 (ään.) oli kyse törkeästä pahoinpitelystä. Toiseksi vain viimeksi mainitussa ratkaisussa HI-virus tarttui toiselle henkilölle. Kolmanneksi korkein oikeus käsitteli tahallisuutta eksplisiittisesti vain ratkaisussa KKO 2015:84. Sen sijaan ratkaisussa KKO 2015:83 vaaran aiheuttaminen luettiin tekijälle syyksi törkeän huolimattomuuden perusteella, ja törkeää pahoinpitelyä koskevassa ratkaisussa KKO 2017:8 vastaaja oli tyytynyt käräjäoikeuden tahallisuusarviointiin – eli tahallisuusarviointi oli ratkaistu lainvoimaisesti jo käräjäoikeudessa. Näin ollen korkein oikeus otti ratkaisussa kantaa ainoastaan pahoinpitelyn törkeysarviointiin ja rangaistuksen mittaamiseen.

Aloitamme analyysimme tarkastelemalla sitä, miten KKO on arvioinut *tartunnan todennäköisyyttä* nykylääkätieteen tutkimustulosten ja hoitokeinojen valossa. Tämä analyysi on välttämätöntä nimenomaan todennäköisyystahallisuuden näkökulmasta, mutta sillä on heijastusvaikutuksia myös tarkoitustahallisuuden arviointiin. Lisäksi tartunnan todennäköisyydellä on vaikutusta siihen, miten jäljempänä jaksossa 3. käsiteltävällä tavalla ymmärretään yrityksen rangaistavuuden edellytykset.

2.2. Tartunnan todennäköisyys ja todennäköisyystahallisuus

Rikoslain 3 luvun 6 §:ssä säädetty todennäköisyystahallisuus edellyttää, että tekijä pitää varsin todennäköisenä tunnusmerkistössä edellytetyn seurauksen syntymistä. Lain esitöiden mukaan ilmaisu ”varsin todennäköinen” merkitsee seuraustahallisuudessa tahallisuusvastuun alkamista siitä, kun tekijä pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä.¹¹ Tämä tarkoittaa esimerkiksi törkeässä pahoinpitelyssä sitä, että tekijän on pidettävä tunnusmerkistössä edellytetyn vakavan sairauden aiheutumista tekonsa varsin todennäköisenä seurauksena.

11. HE 44/2002 vp rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi s. 87.

Millä tavalla KKO on lähtenyt määrittämään tartunnan todennäköisyyttä? Vastausta on etsittävä lukemalla ratkaisuja KKO 2015:83 (ään.) ja KKO 2015:84 rinnakkain. Ensin mainitun ratkaisun perusteluissa käydään seikkaperäisesti läpi nyky lääketieteen käsitystä tartuntariskin suuruudesta ja riskin realisoitumiseen vaikuttavista tekijöistä (viruslääkitys, HI-viruskopioiden määrä ja muut sairaudet, kuten C-hepatiitti). Lisäksi perusteluissa käsitellään sitä, miten tartunnan todennäköisyyteen vaikuttavat yhdyntätapojen erot eli ero anaalivyhdynnän ja vaginaalisen yhdynnän välillä.¹²

Näytönarvioinnin johtopäätökset voidaan kiteyttää seuraavasti (perustelukappale 37): a) suojaamattomaan sukupuoliyhteyteen liittyvä tartunnan mahdollisuus on tutkimustiedon valossa erittäin pieni edellyttäen, että HIV-positiivinen henkilö on tehokkaassa lääkähoidossa eikä mitään muita tartuntariskiä lisääviä tekijöitä ole olemassa, b) HI-viruksen tarttuvuutta lisäävät yhdynnässä altistuvien limakalvojen haavaumat ja muut sukupuolitaudit, joista osapuolet eivät ole välttämättä itse tietoisia, c) tartunnan riski anaalivyhdynnässä on suurempi kuin emätinyhdynnässä, d) tartuntariskin suuruutta yksittäisessä seksikontaktissa ei voida arvioida suoraan tehtyjen tutkimusten perusteella, koska tutkimustieto kuvaa aina keskimääräistä riskiä ja e) tartunnan todennäköisyyttä on arvioitava kussakin tapauksessa erikseen.

Mihin johtopäätökseen korkein oikeus päätyy tartunnan todennäköisyydestä? Perustelukappaleessa 37 todetaan eksplisiittisesti, että ”korkeimman oikeuden arvio todennäköisyydestä tässä tapauksessa on jäljempänä”. Yllätys on kuitenkin melkoinen, sillä ratkaisu ei näyttäisi sisältävän edellä esittämäämme kysymykseen selkeää kannanottoa. Kun perusteluja luetaan eteenpäin, päädytään lopulta perustelukappaleisiin 44–45, joita on näkemyksemme mukaan välttämättömästi siterata kokonaisuutena:

”A:n HI-viruskopioiden määrä veressä on ollut syytteessä tarkoitettuna tekoaikana alhainen. Vaara HIV-infektion tarttumisesta on siten ollut vähäinen. Toisaalta huolehtimalla kondomisuojauksesta lääkähoidon rinnalla A olisi toiminut terveydenhuollossa yleisesti annettujen ohjeiden mukaisesti, jolloin tartuntariskiä ei käytännössä olisi ollut. A ei ole myöskään kertonut tartunnastaan B:lle, mikä olisi puolestaan mahdollistanut sen, että B olisi voinut tietoisesti itse päättää suhteeseen ryhtymisestä, kondomin käytöstä sekä siitä, onko aiheellista joka tapauksessa hakeutua myöhemmin testeihin. B on kertonut, ettei hän olisi suostunut sukupuoliyhteyteen, jos olisi tiennyt taudista.”

12. Perusteluissa käydään läpi niin Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiiriltä (HUS) kuin Terveyden ja hyvinvoinnin laitokselta (THL) hankittujen asiantuntijalausuntojen sisältöä. Sen lisäksi korkeimman oikeuden järjestämässä suullisessa käsittelyssä kuultiin asiantuntijoina lausuntojen allekirjoittajista osastonylilääkäri C:tä (HUS) ja tutkimusprofessori D:tä (THL). Perusteluissa selostetaan myös niitä tutkimuksia, joihin C oli viitannut omassa lausunnossaan.

Perustelut viittaavat siihen, että korkeimman oikeuden enemmistö on välttänyt ottamasta täsmällistä kantaa todennäköisyyden tasoon.¹³ Oikeudellinen arviointi on siirretty sen sijaan seksuaalikäyttäytymistä koskevan huolellisuusvelvollisuuden täsmentämiseen ja huolellisuusvelvollisuuden rikkomisen moitittavuuden arviointiin (perustelukappaleet 38–41). Esittelijän mietinnön hyväksyneet vähemmistöön jääneet oikeusneuvokset olivat tässä suhteessa selkeäsanaisempia: ”Korkein oikeus katsoo HIV-infektion tarttumisen yleisestä todennäköisyydestä ja A:n sairaudesta saadun selvityksen osoittavan, että A:n HIV-infektion tarttumisen todennäköisyys B:hen on ollut hyvin pieni. Vaikka HIV-infektiota voidaan lääketieteen kehittymisestä huolimatta yhä pitää vakavana sairautena, sen tarttuminen B:hen on näissä olosuhteissa ollut niin epätodennäköistä, että käsillä ei ole ollut vaaran aiheuttamisen tunnusmerkistössä tarkoitettua vaaraa.”

Prejudikaattipariin kuuluva toinen ratkaisu eli KKO 2015:84 ei varsinaisesti anna lisävalaistusta todennäköisyydestä, vaikka kysymyksenasettelu on ollut ratkaisussa yhtä keskeinen kuin ratkaisussa KKO 2015:83 (ään.). Niin vaaran aiheuttamisen kuin törkeän pahoinpitelyn yrityksen (RL 21:6.2) näkökulmasta rangaistavuuden alaa määrittää olennaisesti tartunnan todennäköisyys. Ratkaisussa KKO 2015:84 oli tiivistäen kyse siitä, että A ja B olivat olleet sukupuoliyhteydessä 2–3 kertaa, joista syyte koski ensimmäistä yhdyntää. HI-virusta kantava A sairasti myös C-hepatiittia, ja esitetyn näytön perusteella yhdynnässä ei ollut käytetty kondomia.

Korkein oikeus on keskittynyt ratkaisussa *tahallisuusarviointiin*, joka on rakenteellisesti selkeä. Rikoslain 3 luvun 6 §:n esitöiden ja KKO:n vakiintuneen ratkaisukäytännön mukaan varsin todennäköiseksi mieltäminen edellyttää, että seurauksen syntyminen (X) on todennäköisempi vaihtoehto kuin seurauksen syntymättä jääminen (-X). Arviointi ei ole tilastomatemattista päättelyä, vaan tahallisuutta arvioidaan tekijän näkökulmasta: arviointi pohjautuu niihin seikkoihin, joiden perusteella tekijä on teon aikana voinut arvioida tekonsa seurauksia.¹⁴

Mitkä seikat ovat olleet tahallisuusrelevantteja tässä tapauksessa? Korkeimman oikeuden mukaan tutkimustieto osoittaa, että HIV-infektion tartuntariski emätinyhdynnässä on naisella 1:200–1:2000 silloin, kun HIV-positiivinen mies ei käytä asianmukaista lääkitystä. Jos mies käyttää asianmukaisesti viruslääkitystä, tartunnan riski on erittäin pieni. Esitetyn näytön perusteella A oli käyttänyt viruslääkitystä, mikä oli korkeimman oikeuden mukaan todennäköisesti alentanut tartuntariskiä. Näin ollen KKO päätyi siihen, että ”tartunnan todennäköisyys on näissä olosuhteissa ollut niin vähäinen, ettei edes A:n sairastama C-hepatiitti ole voinut lisätä tartuntavaaraa sellaiseksi, että A:n HIV-infektion tarttuminen B:hen

13. Samoin *Dan Frände*: HD:s straffrätts- och straffprocessrättspraxis åren 2014 och 2015. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2016 s. 1–92, s. 15.

14. Ks. erityisesti KKO 2012:98 ja KKO 2013:82.

olisi ollut todennäköisempää kuin sen tarttumatta jääminen”. Tämän takia syyte törkeän pahoinpitelyn yrityksestä hylättiin.

Ratkaisun lopputulos ei ole yllättävä. Sen sijaan ratkaisu herättää lukuisia kysymyksiä, joihin perusteluista ei löydy vastausta. Ensinnäkin voidaan kysyä, miksi ratkaisussa on siirrytty arvioimaan suoraan tahallisuutta. Tarkoittaako tämä sitä, että törkeän pahoinpitelyn yrityksen objektiiviset edellytykset täyttyvät eli yritys vastuun edellyttämä vaarakriteeri on täyttynyt? Toiseksi voidaan pohtia, miten KKO on hahmottanut tahallisuuden elementit. Onko niin, että tahallisuus on jäänyt täyttymättä sen takia, että seurauksen syntymisen objektiivinen todennäköisyys on alhainen vai onko kyse tekijän subjektiivisesta arviosta? Ja kolmanneksi on kysyttävä, tarkoittaako ratkaisu sitä, että todennäköisyyden aste on arvioitu niin alhaiseksi, että yritys vastuun ei voisi tulla kyseeseen tarkoitustahallisuuden perusteella.

Kysymysluettelo osoittaa mielestämme sen, että ratkaisu jättää useita rikosoikeudellisesti tärkeitä kysymyksiä avoimeksi. Ne liittyvät ennen kaikkea siihen, miten todennäköisyystahallisuus kyetään yhdistämään yritys vastuuseen. Tällöin keskiöön asettuu yritys vastuun vaarakriteerin ja todennäköisyyskäsitteistön keskinäissuhde.

3. Yrityksen rangaistavuus

3.1. Todennäköisyystahallisuuden paradoksi

Väitämme, että rikosoikeudellisessa keskustelussa ja lainkäytössä ei ole pohdittu riittävän syvällisesti, millaista tahallisuutta yrityksen rangaistavuus edellyttää. Jos lähdetään yleiskielestä, voidaan hyvin perustein väittää, että yrityksen rangaistavuus edellyttäisi *tarkoitustahallisuutta*. Yritys tai yrittäminen viittaa toimintaan, jossa henkilö pyrkii sellaiseen päämäärään, jonka hän on asettanut itselleen. Jos henkilö havaitsee toimintansa voivan johtaa muihin, haitallisena pidettäviin seurauksiin, mutta nämä eivät ole hänen tavoitteitaan, hänen tuskin voidaan sanoa yrittävän tavoitella tällaisia oheis- tai sivuseurauksia.¹⁵ Niinpä R. A. Duff on esittänyt, että yrityksen tahallisuus viittaa sellaiseen tarkoitukseen,

15. Samoin R. A. Duff: *Criminal Attempts*. Clarendon 1996 s. 20. Ks. myös Nils Jareborg: *Allmän kriminalrätt*. Iustus Förlag 2001 s. 378.

jonka toteuttaminen johtaisi välttämättömyydellä rikoksen tunnusmerkistön täyttymiseen eli rikoksen tekemiseen.¹⁶

Suomessa on kuitenkin hyväksytty ajatus siitä, että tahallisuus ei edellytä tarkoitustahallisuutta, vaan myös varmuus- ja todennäköisyystahallisuus riittävät rangaistusvastuun perusteeksi. Asia todetaan nimenomaisesti lain esitöissä: ”Yrittämiselle yleiskielessä annettavasta merkityksestä poiketen rankaiseminen ei edellytä tarkoitustahallisuutta, vaan tahallisuuden alin aste riittää.”¹⁷ Sama kanta on omaksuttu myös Ruotsissa.¹⁸

Tahallisuus- ja yritysosin yhteenkietoutumista osoittaa havainnollisesti se, että todennäköisyystahallisuutta käsittelevistä KKO:n ratkaisuksista merkittävä osa koskee yrityksen rangaistavuutta. Ratkaisukäytännön analysointi osoittaa kuitenkin, että yritysvastuun edellytysten ja todennäköisyystahallisuuden elementtien keskinäinen suhde jää epäselväksi.¹⁹ Viittaamme tällä epäselvyydellä ennen kaikkea siihen, mitä yritysvastuun *vaarakriteeri* edellyttää todennäköisyysasteelta ja millä tavalla tämä todennäköisyysaste vaikuttaa todennäköisyystahallisuuden vaatimaan todennäköisyysasteeseen.

Asiaa voidaan havainnollistaa seuraavasti. Rikoslain 5 luvun 1 §:n 2 momentin mukaan teko on edennyt rikoksen yritykseksi, kun tekijä on aloittanut rikoksen tekemisen ja saanut aikaan vaaran rikoksen täyttymisestä. Lakitekstissä ei puhuta konkreettisesta vaarasta, mutta lain esitöissä todetaan eksplisiittisesti, että vaara viittaa nimenomaan konkreettiseen vaaraan.²⁰ Konkreettinen vaara koostuu puolestaan kahdesta elementistä: 1) rikoksen täyttymisen on oltava ontologisesti mahdollista (ex post -näkökulma) ja 2) rikoksen täyttymisen todennäköisyyttä on pidettävä varteenotettavana (ex ante -näkökulma).²¹

Todennäköisyystahallisuuden paradoksi muodostuu jälkimmäisestä vaatimuksesta. Oletetaan, että seurauksen syntymisen todennäköisyys ylittää sellaisen todennäköisyyden, että sitä voidaan kutsua varteenotettavaksi todennäköisyydeksi. Jos tätä yritetään kielellisesti konkretisoida, niin voidaan hyödyntää seuraavanlaista muotoilua: todennäköisyysaste on korkeampi kuin rikoksen täyttymisen ”mahdollisuutta ei voida poissulkea”, mutta kyse on kuitenkin sel-

16. Duff 1996 s. 22: ”An ’intent to commit an offence’ is an intention such that the agent would necessarily commit an offence in carrying it out (kursivointi alkuperäisessä tekstissä T.H. ja J.T.)”.

17. HE 44/2002 vp s. 135.

18. Ks. kootusti Straffansvarets gränser. Del I. Överväganden och förslag. Betänkande av straffansvarsutredningen SOU 1996:185 s. 227–228. Samoin *Jareborg* 2001 s. 378–379. Vrt. kuitenkin *Petter Asp – Magnus Ulväng*: Kriminalrättens grunder. Andra, omarbetade upplagan. Iustus Förlag 2013 s. 399–401, jotka esittävät monisystemin näkemyksen yritykseen liittyvästä tahallisuusarvioinnista.

19. Ks. *Tapani* 2010 s. 150–166.

20. HE 44/2002 vp s. 137. Samoin Ruotsissa SOU 1996:185 s. 233.

21. *Tapani* 2010 s. 74 viitteineen.

västi alle 50 prosentin todennäköisyydestä.²² Tämän yritys vastuun objektiivisen edellytyksen eli vaarakriteerin todennäköisyysasteen ei *pitäisi* kuitenkaan riittää todennäköisyystahallisuuden vaatimaan varsin todennäköiseksi mieltämisen asteeseen – edellyttään todennäköisyystahallisuus sitä, että seurauksen syntyminen on todennäköisempää kuin seurauksen syntymättä jääminen.

Mitä tämä tarkoittaa HIV-tapauksissa? Kuten olemme jaksossa 2. esittäneet, korkein oikeus on ollut haluton täsmentämään tartunnan todennäköisyyden *rikosoikeudellista* astetta. Tämä vaikeuttaa merkittävästi ratkaisujen viestin arviointia. Jos emme tiedä, pidetäänkö käytettävissä olevan lääketieteellisen tiedon ja tutkimustulosten perusteella tartunnan riskiä varteenotettavana, niin miten voimme arvioida yrityksen vaatiman vaaraedellytyksen täyttymistä? Ja jos tartunnan riskin katsottaisiin ylittävän vain varteenotettavan todennäköisyyden rajan – mutta ei varsin todennäköisen rajaa – miksi rangaistusvastuu voidaan perustaa todennäköisyystahallisuuteen? Varteenotettava todennäköisyys ei riitä täyttämään todennäköisyystahallisuuden vaatimaa objektiivista todennäköisyysvaadetta.

Vaikka pohdintamme vaikuttaa sekä käsitteelliseltä että teoreettiselta, siihen liittyy eräs rangaistavuuden alaa määrittävä käytännöllinen näkökulma. Korkein oikeus on nimittäin ratkaisussa KKO 2015:84 ottanut kantaa myös muiden tahallisuusasteiden täyttymiseen. Perustelukappaleessa 19 todetaan, ”ettei asiassa ole tullut esille sellaisia seikkoja, joiden perusteella voitaisiin päätellä A:n tarkoittaneen vahingoittaa B:n terveyttä tai pitäneen varmana sitä, että hänen sairastamansa HIV-infektio tarttuisi B:hen”. Korkein oikeus on toisin sanoen arvioinut A:n menettelyä myös *tarkoituksella ja varmuustahallisuuden* näkökulmasta.

Voidaanko korkeimman oikeuden ratkaisun perusteella päätellä, että tartunnan todennäköisyys on riittävä, jos henkilön näytetään tarkoittaneen vahingoittaa toisen terveyttä? Rikoslain 3 luvun 6 §:n mukainen tarkoitustahallisuus merkitsee sitä, että tekijän tarkoituksena on saada aikaan tunnusmerkistökuvauksessa mainittu seuraus. Tekijä toimii toisin sanoen tiettyssä tarkoituksessa tavoitellen tiettyä päämäärää. Tekijän mieltämälle seurauksen todennäköisyydelle ei tässä tahallisuustyypissä anneta paljon merkitystä, sillä tarkoitustahallisuus täyttyy vielä silloin, kun tekijä arvioi seurauksen oletettavaksi eli ei aivan epätodennäköiseksi.

Seurauksen syntymisen arvioiminen käytännössä poissuljetuksi johtaa kuitenkin siihen, että tarkoitustahallisuus ei täyty.²³ Rikosoikeudessa on asetettava kognitiiviseksi eli tiedolliseksi vähimmäisvaatimukseksi, että henkilö arvioi omaavansa edes jonkinlaisen mahdollisuuden seurauksen aikaansaamiseen.²⁴

22. Näin *Dan Frände*: Yleinen rikosoikeus. Suomentanut ja seuraamusosan päivittänyt Markus Wahlberg. 2. Uudistettu painos. Edita 2012 s. 82.

23. Samoin *Frände* 2012 s. 114

24. *Matikkala* 2005 s. 97.

Johan Boucht ja *Dan Frände* puhuvat osuvasti seurauksen syntymisen järkeen-käyvistä todennäköisyydestä. Kyse on todennäköisyysasteesta, joka tekee toiminnan ymmärrettäväksi.²⁵

Korkeimman oikeuden ratkaisujen ongelmana on se, että ratkaisut eivät kerro selväsanaisesti, onko tartunnan todennäköisyys käytännössä poissuljettu vai onko tartunnan syntyminen järkeenkäyvän todennäköinen. Ratkaisun KKO 2015:83 (ään.) perusteluista on luettavissa, että vähemmistö näyttäisi asettuvan ensin mainitun tulkintavaihtoehdon taakse. Vähemmistö käyttää tartunnan todennäköisyydestä määreitä ”hyvin pieni” ja ”tarttuminen B:hen on näissä olosuhteissa ollut niin epätodennäköistä, että käsillä ei ole ollut vaaran aiheuttamisen tunnusmerkistössä tarkoitettua vaaraa”. Enemmistö on puolestaan välttänyt jaksossa 2. esitetyllä tavalla todennäköisyysasteen täsmentämistä siirtäen arvioinnin seksuaalikäyttäytymistä koskevan huolellisuusvelvollisuuden täsmentämiseen ja rikkomisen moitittavuuden analysointiin.

Vaikka ratkaisut jättävät kysymyksen avoimeksi, niistä on mielestämme pääteltävissä, että törkeän pahoinpitelyn yritys voisi olla rangaistavaa, jos pystytään osoittamaan henkilön tarkoitustahallisuus eli tarkoitus tartuttaa toiseen HI-virus. Kysymys ei ole pelkästään teoreettinen, vaikka tarkoitustahallisuuden toteennäyttäminen on oikeuskäytännössä osoittautunut hyvin hankalaksi tehtäväksi.²⁶

3.2. Vaarakäsitteen johdonmukaisuus

Prejudikaattipariin KKO 2015:83 (ään.) ja KKO 2015:84 liittyy myös toinen vaarakäsitettä koskeva ongelma. Kyse on siitä, että sekä vaaran aiheuttamisen (RL 21:13) että törkeän pahoinpitelyn yrityksen (RL 21:6.2) rangaistavuus edellyttää vaaran aiheuttamista: ensin mainitussa rikostyyppissä tekijän pitää aiheuttaa toiselle vakava hengen tai terveyden vaara, kun taas jälkimmäisessä teolla pitää saada aikaan rikoksen täyttymisen vaara.

Kuten yrityksen kohdalla, myös vaaran aiheuttamisen tunnusmerkistössä vaara ymmärretään konkreettisenä vaarana.²⁷ Niinpä rikosoikeusjärjestelmän johdonmukaisuuden voitaisiin katsoa edellyttävän, että termeillä on suurin piirtein samanlainen merkityssisältö. Hankaluutena on kuitenkin se, että niin KKO:n ratkaisukäytäntö²⁸ kuin lain esityöt viittaavat siihen, että todennäköisyysastetta ei ole tarpeen lukita tietyille tasolle. Lain esitöissä korostetaan, että vakavan hengen tai terveyden vaara koostuu sekä seurauksen syntymisen todennäköisyydestä

25. *Johan Boucht – Dan Frände: Suomen rikosoikeus. Rikosoikeuden yleisten oppien perusteet.* Suomentanut Markus Wahlberg. Poliisiammattikorkeakoulu 2008 s. 73.

26. Ks. kootusti *Jussi Tapani – Matti Tolvanen: Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi.* Toinen, uudistettu painos. Talentum 2013 s. 200–202.

27. Näin HE 94/1993 vp s. 99.

28. Ks. erityisesti KKO 1995:143 (ään.).

että mahdollisten seurausten vakavuudesta:²⁹ mitä vakavammasta vahinkoseurauksesta on kyse, sitä matalampaa todennäköisyyden astetta edellytetään.³⁰ Tämä näkemys ei ole kaukana yritysoppia koskevasta ratkaisukäytännöstä, jossa vaara-arviointi on selkeästi tunnusmerkistö- ja oikeushyväsidonnaista.³¹ Näkemyksemme mukaan vaarakäsitteellä on kuitenkin yritysopissa kapeampi liikkumavara, koska se on kytketty oikeuslähdeopillisesti konkreettisen vaaran ja varteenotettavan todennäköisyyden tasoon.

Todennäköisyydsasteelle on kuitenkin asetettava myös vaaran aiheuttamisessa tietyt minimikriteerit. Frände perustelee mielestämme vakuuttavasti, että todennäköisyydsasteen pitäisi olla varteenotettavuuden tasolla.³² Kuten olemme aikaisemmin todenneet, tämä todennäköisyydsaste on korkeampi kuin ”mahdollisuutta ei voida poissulkea”, mutta se on selvästi alle 50 prosentin todennäköisyyden. Frände tukeutuu kannanotossaan erityisesti ratkaisuun KKO 1995:143 (ään.), jossa A tuomittiin vaaran aiheuttamisesta hänen ammuttuaan kahdesti haulikolla ikkunan läpi valaistuna olleeseen keittiöön. B oli saanut laukausten seurauksena joko haulin tai lasin iskemän takia pienen haavan kasvoihin. Korkeimman oikeuden mukaan A:n tahallisuus ei kuitenkaan täyttynyt tapauksessa.

Miksi haluamme tarkastella vaaran aiheuttamista ja yritys vastuuta rinnakkain? Tähän on kaksi perustetta. Ensinnäkin prejudikaattiparia KKO 2015:83 (ään.) ja KKO 2015:84 on luettava rinnakkain, koska niissä kummassakin oikeudellisen arvioinnin keskiössä on tartunnan todennäköisyys ja siitä tehtävät oikeudelliset johtopäätökset. Vaikka vaaran aiheuttaminen ja törkeän pahoinpitelyn yritys ovat niin rikosoikeussystemaattisesti kuin tunnusmerkistöopillisesti erilaiset, ne jakavat kuitenkin yhden keskeisen rangaistusvastuun elementin eli vaaran ja sen vaatiman todennäköisyydsasteen. Tällöin olisi toivottavaa, että mahdolliset käsitteelliset ja sisällölliset erot kirjoitettaisiin näkyville mahdollisimman hyvin.

Toinen peruste liittyy erityisesti ratkaisun KKO 2015:83 (ään.) enemmistön ratkaisuharkinnan rakenteeseen. Enemmistön perusteluja voidaan lukea siten, että ratkaisussa korostetaan suojattavan oikeushyvän eli terveyden merkitystä. Tällä saa olla merkitystä seurauksen syntymisen todennäköisyyden asteeseen, mutta todennäköisyyden asteen konkretisointia ei pidä korvata huolellisuusvelvollisuuden rikkomisen arvioinnilla ja teon moraalisen moitittavuuden pohdinnalla. Tämä johtaa siihen, että rangaistusvastuulta edellytettävä todennäköisyydsaste hämärtyy.

Pidämme toisin sanoen vähemmistön näkemystä rikosoikeussystemaattisesti perusteltuna, koska vähemmistön näkemyksen hyväksyminen johtaisi prejudi-

29. HE 94/1993 vp s. 99.

30. *Jareborg* 2001 s. 172.

31. *Tapani* 2010 s. 75–91.

32. *Frände* 2012 s. 79–83, erityisesti s. 82.

kaattiparin parempaan sopusointuun: tartunnan todennäköisyyttä pidetään niin alhaisena, että se ei täytä vaaran aiheuttamiselta vaadittavaa todennäköisyysastetta eikä se riittäisi myöskään yritysopissa vaaralle asetettavan todennäköisyysasteen ylittämiseen.³³

3.3. Kelvoton yritys

Tarkoittaisiko vähemmistön näkemyksen hyväksyminen sitä, että ratkaisuisa KKO 2015:83 (ään.) ja KKO 2015:84 olisi kyse *kelvottomasta yrityksestä*?³⁴ Näkemyksemme mukaan vastausta on perusteltua lähteä hahmottamaan siten, että taustalle asetetaan ratkaisu KKO 1999:102. Kyse oli tiivistetysti siitä, että syyttäjä oli vaatinut HIV-positiiviselle A:lle rangaistusta murhan yrityksestä. A:n väitettiin yrittäneen tartuttaa poliisimiehiin HI-viruksen, kun hän oli poliisilaitoksella säilöön otettuna purrut, sylkenyt ja raapinut verisillä sormilla heitä. Syyte kuitenkin hylättiin, ja A tuomittiin virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta.³⁵

Korkein oikeus perusti hylkäävän tuomionsa Kansanterveyslaitoksen asiantuntijalausuntoon ja käräjäoikeudessa kuultujen asiantuntijalääkäreiden näkemyksiin. Perustelujen mukaan tartuntariski oli kyseisessä tapauksessa ollut pelkästään teoreettinen. Riskin vähäisyys ei ollut siten johtunut vain satunnaisista syistä. Näin ollen A:n ei voitu katsoa aiheuttaneen todellista HIV-infektion vaaraa poliisimiehille. Tekoa pidettiin toisin sanoen kelvottomana murhan yrityksenä – ja myös kelvottomana törkeän pahoinpitelyn yrityksenä.

Matikkala on tulkinnut ratkaisua siten, että menettely olisi voinut johtaa tunnusmerkistön toteutumiseen. Seurauksen syntyminen oli siis ontologisesti mahdollista, mutta seurauksen syntymisen todennäköisyys oli liian alhainen eli se jäi varteenotettavuuden alapuolelle.³⁶ Vaaran syntymättä jäämisen ei katsottu johtuneen satunnaisista syistä. Tällöin voidaan kuitenkin kysyä, mitä satunnaisilla syillä olisi tässä tapauksessa tarkoitettu. Kun tarkastellaan A:n menettelyä, voidaan todeta raapimisen ja sylkemisen sisältävän keskimäärin olennaisesti pienemmän tartuntariskin kuin esimerkiksi suojaamattomassa seksissä. Näin ollen voidaan väittää, että A:n menettelyyn ei liittynyt sattumanvaraisuutta koskevaa

33. Vaarakäsitteestä ja vaaran täyttymisen arviointiin sisältyvästä filosofisesta problematiikasta ks. *Peter Westen: The Ontological Problem of 'Risk' and 'Endangerment' in Criminal Law*. Teoksessa R. A. Duff – Stuart P. Green (eds.): *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford University Press 2011 s. 304–327.

34. Ks. kelvottomasta yrityksestä ja erityisesti satunnaisten syiden -kriteeristä *Tapani* 2010 s. 92–132.

35. Ks. ratkaisusta myös *Jussi Matikkala: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset*. Lakimiesliiton Kustannus 2000 s. 94–97.

36. *Matikkala* 2000 s. 96.

elementtiä, koska hänellä ei tosiasiaissa olisi ollut käytettävissä edes suuremman tartuntariskin omaavaa toimintatapaa.³⁷

Ratkaisun KKO 2015:83 (ään.) perusteluissa ei käytetty tartuntariskin todennäköisyydestä määrettä ”teoreettinen”. Sen sijaan vähemmistö kuvaa todennäköisyyttä hyvin pieneksi ja epätodennäköiseksi. Tämä avaa seuraavanlaisen luentatavan. Ratkaisun KKO 1999:102 erottaa ratkaisusta 2015:83 (ään.) *teko-tapaan* liittyvä merkittävä ero. Nykylääketieteen tietämyksen mukaan myös sukupuoliyhteyteen liittyvä tartuntariski on vähäinen, mutta sitä ei voida pitää samalla tavalla teoreettisena kuin puremiseen, sylkemiseen tai raapimiseen liittyvää tartuntariskiä.

Jotta suojaamattomaan seksiin liittyvää tartuntariskiä voitaisiin pitää rikosoikeudellisesti relevanttina yritysoopin näkökulmasta, se edellyttäisi kuitenkin sitä, että arviointiin sisällytetään ns. satunnaisten syiden -kriteeri. Tarkoitamme tällä sitä, että RL 5 luvun 1 §:n edellyttämää vaaraa rikoksen täyttymisestä eli HIV-infektion tarttumista ei pidetä käytännössä poissuljettuna, vaan vaara jää synty-mättä satunnaisista syistä. Käsitksemme mukaan tartunnan todennäköisyyteen liittyy potentiaalisen tekijän eli HIV-positiivisen henkilön näkökulmasta useita sellaisia seikkoja, jotka konstituivat satunnaisuutta: sukupuoliyhteyden tapa (anaalinen, oraalinen vai vaginaalinen yhdyntä) ja lukumäärä, lääkityksen nou-dattaminen, virustaso ja HIV-positiivisen henkilön tai hänen seksikumppaninsa mahdolliset muut sairaudet.

4. Pahoinpitelyn syyksiluettavuus laiminlyönnin perusteella

4.1. Epävarsinainen laiminlyöntirikos

Eri maissa rikosvastuun yleiset edellytykset hahmottuvat eri tavoin. Kansainvä-lisesti vertaillen rikosvastuun prototyypinä voidaan kuitenkin pitää sitä, että henkilö *tekee* tahallisesti tai tuottamuksesta rikostunnusmerkistön mukaisen teon. Sen sijaan tekemättä jättämisestä eli laiminlyönnistä rangaistaan vain poik-keustapauksissa. Rikosoikeustieteilijät ovatkin eri maissa käyttäneet huomatta-vasti voimavaroja sen pohtimiseen, kuinka teko ja laiminlyönti voidaan erottaa toisistaan. Argumentatiivista tukea on haettu teonfilosofisesta kirjallisuudesta,

37. Näin *Tapani* 2010 s. 120.

jossa teon ja tekemättä jättämisen välinen problematiikka on saanut osakseen huomattavaa mielenkiintoa.³⁸

Rikosoikeuden yleisiä oppeja uudistettaessa filosofiset pohdinnat teon ja tekemättä jättämisen erosta jätettiin kuitenkin sivuun. Tämä ei tarkoita sitä, että lainsäätäjät olisi ollut tietämätön problematiikan olemassaolosta. Ongelma häivyttiin keskustelusta toteamuksella, jonka mukaan laiminlyönti voidaan rinnastaa tekoon.³⁹ Tekemättä jättämisen rikosoikeudellista paheksuttavuutta tähdennettiin huomauttamalla, että henkilö voidaan tuomita rangaistukseen laiminlyönnin perusteella, vaikka rikostunnusmerkistössä ei varta vasten mainittaisi tekemättä jättämistä rangaistavuuden perusteeksi.⁴⁰ Tällaisessa tilanteessa kysymys on ns. epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta, josta säädetään RL 3 luvun 3 §:n 2 momentissa. Pykälän mukaan laiminlyönti on rangaistavaa, jos tekijä on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisen, vaikka hänellä on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen. Velvollisuus estää seurauksen syntyminen voi perustua esimerkiksi tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen (RL 3:3.2, kohta 2).⁴¹

Tyypillisesti epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta on tuomittu sellaisessa tilanteessa, jossa henkilö on lyönyt laimin erityisen velvollisuutensa estää seurauksen syntyminen ja seurauksena on ollut kuoleman tai vamman aiheutuminen. Toinen tyypillinen piirre epävarsinaisille laiminlyöntirikoksille on se, että tekijät – tai pikemminkin ”tekemättä jättäjät” – on tuomittu nimenomaan kuoleman tai vamman tuottamuksesta (RL 21:8–11). Klassisena esimerkkinä voidaan mainita ratkaisu KKO 1994:101. Tapauksessa luontaishoitaja oli lyönyt laimin huolehtia siitä, että diabetesta sairastanut lapsi saa asianmukaisesti insuliinia. Tämän seurauksena lapsi kuoli, ja kuolema luettiin luontaishoitajan syyksi kuolemantuottamukseksi. Myös ratkaisussa KKO 2007:62 oli kysymys laiminlyöntiin perustuvasta kuolemantuottamuksesta. Tapauksessa henkilö oli kuollut jääpuikon pudottua hänen päähänsä kerrostalon katolta. Asunto-osakeyhtiön hallituksen puheenjohtaja tuomittiin kuolemantuottamuksesta, koska hän oli lyönyt laimin huolehtia siitä, että taloyhtiön kunnossapidosta vastannut huoltoyhtiö poistaa katolta vaaralliseksi muodostuneen lumen ja jään.⁴²

38. Esim. *John Martin Fischer: Responsibility, Control, and Omissions*. Teoksessa Jonathan Dancy – Constantine Sandis (eds.): *Philosophy of Action: An Anthology*. First Edition. John Wiley & Sons 2015 s. 365–390.

39. HE 44/2002 vp s. 10.

40. HE 44/2002 vp s. 10, 44.

41. Velvollisuus estää seurauksen syntyminen voi perustua virkaan, toimeen tai asemaan (RL 3.3.2, kohta 1), tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen (RL 3.3.2, kohta 2), tehtäväksi ottamiseen tai sopimukseen (RL 3.3.2, kohta 3), tekijän vaaraa aiheuttaneeseen toimintaan (RL 3.3.2, kohta 4) tai muuhun niihin rinnastettavaan syyhyyn (RL 3.3.2, kohta 5).

42. Ks. ratkaisujen analyysistä *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 157–160.

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä ei kuitenkaan löydy yhtään ratkaisua, jossa henkilö olisi tuomittu tahallisesta tekemuodosta kuten taposta tai pahoinpitelystä epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen perusteella.⁴³ Tästä herää kysymys, kattaako epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen soveltamisala vain sellaiset rikostunnusmerkistöt, joihin voidaan syyllistyä huolimattomuudesta (tuottamuksesta).

Tähän kysymykseen vastattaessa argumentatiivista tukea on haettava hovioikeuskäytännöstä ja erityisesti Turun hovioikeuden ratkaisusta R 12/880, nro 637 (15.3.2013). Tapauksessa vastaajan naisystävä oli venematalla joutunut vahvasti päihtyneenä veden varaan ja hukkunut. Syyttäjä vaati vastaajalle rangaistusta taposta. Se, miten naisystävä oli veneestä tippunut, jäi kuitenkin tapauksessa epäselväksi. Näin ollen näyttämättä jäi, että vastaaja olisi aktiivisesti pyrkinyt tiputtamaan naisystävänsä veneestä. Toisaalta kiistatonta oli, ettei vastaaja ollut pyrkinyt auttamaan veden varaan joutunutta naisystävänsä tai kutsunut paikalle ulkopuolista apua. Tästä heräsi kysymys, olisiko vastaajalla ollut juridinen velvollisuus auttaa veden varaan joutunutta naisystävänsä.

Vastaajan ja hänen naisystävänsä suhdetta arvioidessaan hovioikeus päätyi siihen, että vastaajan ja hänen naisystävänsä suhde oli ollut avioliitonomainen, vaikka he eivät olleet olleet aviossa. Hovioikeuden mukaan suhde oli kuitenkin ollut niin vakava, että sen perusteella vastaajalla olisi ollut rikoslain 3 luvun 3 §:n 2 momentin 2 kohdan mukainen erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen (eli naisystävän kuoleman) syntyminen, ja tämän velvollisuuden laiminlyönti perusti vastuun taposta.

Korkein oikeus ei myöntänyt tapauksessa valituslupaa, joten oikeusjärjestyksen voidaan todeta tunnustavan – ja jopa tunnustavan – sen mahdollisuuden, että epävarsinaiselle laiminlyönnille annetaan merkitystä myös silloin, kun arvioitavana on tahallisuutta edellyttävä rikos, kuten tappo tai pahoinpitys.⁴⁴ Näin ollen on perusteltua kysyä, voisiko HIV-infektiota kantava ihminen syyllistyä epävarsinaisena laiminlyöntirikoksena tehtyyn pahoinpitelyyn, jos hän ennen suojaamatonta sukupuoliyhteyttä laiminlyö kertoa seksikumppanilleen HIV-tartunnastaan, ja seksiaktin seurauksena on HIV-tartunta.

Kysymyksen kriminaalipoliittinen ja rikosoikeusteoreettinen merkitys perustuvat seuraavaan: tällä hetkellä oikeusjärjestys vaikuttaa viestivän, että HIV-infektoitunut henkilö voi halutessaan salata infektiionsa ja olla suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä ilman rangaistuksen uhkaa ainakaan tahallisesta rikoksesta – eli oikeusjärjestys ei kannusta voimallisesti siihen, että HIV-infektoitunut henkilö pyrkisi estämään HIV:n tarttumista seksikumppaniinsa. Jos sama asia käännetään rikosoikeusjärjestelmän kommunikatiiviselle kielelle, niin kieltonormit

43. Ks. myös *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 154 ja *Frände* 2012 s. 219.

44. Ks. myös *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 154.

eivät onnistu tällöin viestittämään *hyviä syitä* välttää yhteiskunnassa arvokkaina pidettyjen asioiden vaarantamista ja loukkaamista.

4.2. Pahoinpitelyyn syyllistyminen HIV-tartunnan salaamalla

Nojaudumme analyysissämme seuraavaan lähtökohtaan: rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ei estä sitä, että epävarsinaista laiminlyöntivastuuta sovelletaan tilanteeseen, jossa tekijää syytetään tahallisesta rikoksesta.⁴⁵ Kuten totesimme edellä, RL 3 luvun 3 §:n 2 momentin mukaan erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen voi perustua tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen. Keskeistä on havaita, että rikoslaissa puhutaan nimenomaan *oikeudellisesta velvollisuudesta*. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että toimintavelvollisuus kuten HIV:stä kertomisvelvollisuus on kyettävä johtamaan muusta kuin rikoslain muodostamasta oikeusjärjestyksen normatiivisesta sääntelystä;⁴⁶ muussa tapauksessa kysymys olisi rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen sivuuttamisesta.

Näin ollen keskeiseksi kysymykseksi muodostuu se, voidaanko kahden täysi-ikäisen henkilön väliseen suhteeseen sisältyvä toimintavelvollisuus (kertomisvelvollisuus) johtaa oikeusjärjestyksen sisältämästä normatiivisesta aineksesta. Tähän kysymykseen vastattaessa katse on käännettävä rikoslain yleisten oppien uudistuksen esitöihin ja korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2017:8. Tarkastelussamme on nimenomaan se, voiko toimintavelvollisuus – ja erityisesti velvollisuus kertoa HIV-infektiosta – perustua tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen (RL 3:3.2, kohta 2). Täysin poissuljettua ei ole, että toimintavelvollisuutta tarkasteltaisiin myös RL 3 luvun 3 §:n 2 momentin 4 kohdan (tekijän vaara aiheuttanut toiminta) tai 5 kohdan (muu niihin rinnastettava syy) näkökulmasta.

Puhuttaessa tekijän ja uhrin välisestä suhteesta – ja suhteeseen perustuvasta oikeudellisesta velvollisuudesta estää epätoivotun seurauksen syntyminen – tyyppitapaus on vanhemman ja lapsen välinen suhde.⁴⁷ Tyyppitapauksellisuus perustuu siihen, että oikeusjärjestyksestä voidaan johtaa lukuisia vanhempia koskevia velvollisuuksia suojella lapsensa henkeä ja terveyttä.⁴⁸

Kodifioitaessa epävarsinaista laiminlyöntirikosta rikoslakiin lainsäätäjä kuitenkin alleviivasi, että myös parisuhteet voivat muodostaa osapuolille normatiivisen velvollisuuden suojella toisiansa epätoivottavilta seuraamuksilta.⁴⁹ Parisuhteessa vastuuasemaan perustuva ”huolenpitovelvollisuus” on kuitenkin tapauskohtaista ja velvollisuuden tapauskohtaista olemassaoloa arvioitaessa on

45. Tätä lähtökohtaa tukee myös edellä käsitelty Turun hovioikeuden ratkaisu R 12/880, nro 637 (15.3.2013).

46. HE 44/2002 vp s. 43.

47. KKO 2009:36, kohta 9.

48. HE 44/2002 vp s. 43–44.

49. HE 44/2002 vp s. 44.

huomioitava seuraava: ”Mitä vakavammasta vaarasta on kyse, sitä vahvemmat syyt puhuvat vastuuaseman puolesta.”⁵⁰ Lisäksi korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2009:36 löytyy seuraava tulkintaohje: parisuhteessa huolenpitovelvollisuutta puoltaa toisen osapuolen sairaus.⁵¹ Vaikka korkein oikeus ensisijaisesti lienee ajatellut, että parisuhteessa sairaan henkilön on voitava luottaa siihen, ettei puoliso laiminlyö tarvittavan avun antamista hänelle, tilanteen voi hahmottaa myös toisinpäin: parisuhteessa on voitava luottaa siihen, ettei sairass puoliso jätä kertomatta tartuntataudistaan, joka voi vakavasti vaarantaa hänen puolisonsa terveyden.⁵²

Kalibroikaamme edellä sanottu HIV-kontekstiin. Tällöin voimme todeta, että ratkaisujen KKO 2015:84 ja KKO 2017:8 perusteella HIV:tä on pidettävä sellaisena vakavana vaarana, joka puoltaa huolenpitovelvollisuuden syntymistä parisuhteessa.⁵³ Ratkaisussa KKO 2017:8 korkein oikeus nimenomaisesti toteaa, että HIV-infektiota voidaan yhä edelleen pitää vakavana, jopa niin vakavana sairautena, että rikoksen vahingollisuus ja vaarallisuus (HIV:n tartuttaminen) puoltavat rangaistuksen koventamista.⁵⁴ Näin ollen voidaan argumentoida, että HIV-infektion vakavuus puoltaa sitä, että henkilön olisi pyrittävä toimimaan tavalla, joka minimoi HIV-infektion tartuntariskin hänen kumppaniinsa. Esimerkiksi, jos HIV-infektoitunut henkilö on suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä eikä tätä ennen kerro tartunnastaan, hän syyllistyy kertomatta jättämiseen ja kertomatta jättämisen myötä hän voi syyllistyä epävarsinaisena laiminlyöntirikoksena tehtyyn (törkeään) pahoinpitelyyn, jos seksiaktin seurauksena on HIV:n tarttuminen hänen kumppaniinsa.

Vasta-argumenttina voidaan esittää, että puhuttaessa tahallisesti rangaistavista teoista pelkkä laiminlyönti ei täytä rikosvastuun edellytyksiä. Tämän argumentin pätevyys perustuu siihen, että HIV-infektoituneen henkilön tulisi pitää vähintäänkin varsin todennäköisenä sitä, että hänen laiminlyöntinsä myös johtaa HIV-tartuntaan. Muussa tapauksessa pahoinpitelyn rangaistavuuteen sisältyvän tahallisuusvaatimuksen ei voida katsoa täyttyvän. Tämä vasta-argumentti on syytä ottaa vakavasti. Toisaalta, jos HIV-infektoitunutta henkilöä syytetään epävarsinaisena laiminlyöntirikoksena tehdystä pahoinpitelystä, hän ei voine kategorisesti vedota tahallisuutensa puuttumiseen. Ääriesimerkkinä voidaan mainita tilanteet, joissa laiminlyönnistä, kuten HIV:n salaamisesta, syytetty henkilö ei ole seksisuhteen aikana käyttänyt asianmukaista viruksenestolääkitystä tai on ollut toistuvasti suojaamattomassa anaaliyhdyntäessä.

50. HE 44/2002 vp s. 44.

51. KKO 2009:36, kohta 9.

52. Huomautettakoon, että HIV-diagnoosin tehneen lääkärin on kerrottava tartunnasta tartuntatauti-ilmoituksella Terveiden ja hyvinvoinnin laitokselle eli lääkäreille on asetettu lainmukainen velvollisuus kertoa HIV-infektiosta asianmukaiselle viranomaiselle.

53. KKO 2015:84, kohdat 31–33 ja KKO 2017:8, kohta 10.

54. KKO 2017:8, kohta 20.

Kriminaalipoliittisesti voisi olla perusteltua lähteä myös siitä, ettei HIV-infektionsa tietoisesti salanneen henkilön optimistisuus (eli seurauksen todennäköisyyden arviointi matalaksi) eliminoisi hänen pahoinpitelyvastuutaan niissäkään tilanteissa, joissa HIV-tartunta on ollut jokseenkin epätodennäköinen. Analogia tämän väitteen hyväksyttävyydelle voidaan hakea tarkoituksellisesta tietämättömydestä. Korkeimman oikeuden mukaan tarkoituksellista tietämättömyyttä ei lueta vastaajan eduksi arvioitaessa olosuhdetahallisuuden täyttymistä, kuten sitä, tiesikö törkeästä huumausainerikoksesta syytetty vastaaja kuljettavansa nimenomaan vaarallista huumausainetta, kuten heroiinia.⁵⁵ Näin ollen tarkoituksellisen tietämättömyyden tilanteissa ei varsinaisesti edellytetä sitä, että henkilö olisi pitänyt olosuhteen – kuten huumausaineen laadun – käsillä oloa varsin todennäköisenä. Pikemminkin tarkoituksellisen tietämättömyyden itsensä katsotaan vastaavan tahallisuutta, kuten Frände on asian ilmaissut.⁵⁶ Vastaavasti HIV-kontekstissa voitaisiin lähteä siitä, ettei HIV-infektion tarkoituksellinen salaaminen voi koitua HIV-infektioituneen henkilön eduksi arvioitaessa hänen ”laiminlyöntitahallisuuttaan”, olkoonkin, että tämä väite ei ole ongelmitta sovitettavissa yhteen HIV-tartunnan todennäköisyyden ja seuraustahallisuuden alarajan kanssa.

Niinpä haluamme alleviivata, että toisin kuin seuraustahallisuuden alaraja olosuhdetahallisuuden alarajaa ei ole kodifioitu lainsäädännössä.⁵⁷ Tällöin voidaan väittää, että tartunnan salaaminen ei edellytä tahallisuuden näkökulmasta samaa kuin seurauksen mieltäminen varsin todennäköiseksi. Tämä johtuu siitä, että kyse on olosuhdetahallisuutta edellyttävästä arvioinnista. Tahallisuuden täyttymistä koskeva ongelma piilee kuitenkin siinä, että olosuhdetahallisuuden täyttymisen eli tietoisuus tartunnasta ei riitä täyttämään myös seuraustahallisuudelle asetettavia vaatimuksia.

Analyysimme osoittaa, että tahallisuuden alarajan asettaminen todennäköisyydestahallisuusasteeseen johtaa hankaliin lainopillisiin ja kriminaalipoliittisiin ongelmiin. Ratkaisua voitaisiin hakea *lainsäädännöllisesti* kahdesta suunnasta. Olisi esimerkiksi mahdollista harkita välinpitämättömyystahallisuutta tahallisuuden alarajamalliksi.⁵⁸ Tällä olisi kuitenkin merkittäviä rikosoikeussystemaattisia ja lainkäyttöllisiä vaikutuksia. Näin ollen olisi perustellumpaa harkita, voitaisiinko HIV-tapauksissa toiminnan moitittavuus arvioida erillisen rikossäännöksen perusteella, jossa kiinnitettäisiin huomiota nimenomaan laiminlyöntivelvollisuuden tietoiseen rikkomiseen. Tällöin rikostunnusmerkistössä voitaisiin nostaa

55. KKO 2015:66, kohta 30 ja KKO 2006:64, kohta 7.

56. *Frände* 2012 s. 124.

57. Kootusti tästä tematiikasta ks. *Hyttinen* 2015 s. 916–933 sekä näillä sivuilla mainitut lähteet.

58. Ks. ruotsalaisesta tahallisuusmallista tuorein ratkaisu NJA 2016 s. 763 sekä kootusti *Erik Svensson*: Ett förtydligande av uppsåtets nedre gräns? *Svensk Juristtidning* 2017 s. 182–190 ja *Martin Borgeke*: Ett förtydligande av uppsåtets nedre gräns. *Svensk Juristtidning* 2017 s. 93–105.

esille toiminnan riskiperustaisuus. Samalla voitaisiin harkita teon moitittavuutta rangaistusasteikon näkökulmasta.

On myös syytä huomioida, että kansainvälisesti arvioiden vastuun konstruominen laiminlyöntityyppisenä ”salaamisrikoksena” ei ole HIV-tapauksissa poikkeuksellista. Esimerkiksi Englannin ja Walesin oikeuskäytännössä on jo yli kymmenen vuotta lähdetty siitä, että HIV:n salaaminen seksikumppanilta voi johtaa rikosoikeudelliseen vastuuseen.⁵⁹ Anglosaksisessa rikosoikeusteoriassa oikeuskäytäntö perustuu ajatukseen, jonka mukaan seksikumppaninsa tartunnasta tietämättömän henkilön suostuminen seksiin ei ole ollut aito suostumus, koska päätös on tehty vajavaisin ratkaisuperustein.⁶⁰ Näin ollen HIV:stä kertomatta jättäminen eli relevanttien ratkaisuperusteiden salaaminen seksikumppanilta voi johtaa Englannissa ja Walesissa rangaistusvastuuseen – toki sillä edellytyksellä, että HIV-infektoitunut henkilö on itse tiennyt olevansa viruksen kantaja.

Ajatuskonstruktio ei ole Suomessakaan täysin vieras. Ratkaisussa KKO 2015:83 (ään.) korkein oikeus moitti HIV-infektoitunutta henkilöä siitä, ettei hän ollut kertonut tartunnasta kumppanilleen, minkä takia kumppani ei ole ”voinut tietoisesti itse päättää suhteeseen ryhtymisestä”.⁶¹ Brittiläisessä oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että HIV-infektoituneelle henkilölle asetettu kertomisvelvollisuus tarkoittaa nimenomaan sitä, että ”HIV-rikokset” ovat luonteeltaan laiminlyöntirikoksia.⁶²

Palatkaamme kotimaiseen rikosoikeusdoktriiniin ja jäljelle jääneeseen kysymykseen eli siihen, kuinka vakava parisuhteen on oltava, jotta henkilölle voisi muodostua suhteeseen perustuva normatiivinen toimintavelvollisuus eli velvollisuus kertoa HIV-infektiostaan ennen suojaamatonta seksikontaktia. Intuitiivisesti tähän kysymykseen tekee mieli vastata seuraavasti: suhteen laadun ei tarvitse olla vakava, vaan pelkkä seksisuhteen aloittaminen perustaa HIV-infektoituneelle henkilölle toimintavelvoitteita, aivan kuten tilanne on esimerkiksi Englannissa ja Walesissa. Rikosoikeudessa ei kuitenkaan ole sijaa moraaliselle intuitiolle, vaan on kyettävä vastaamaan siihen, minkälaisissa tilanteissa huolenpitovelvollisuus voidaan johtaa kotimaisesta oikeusjärjestyksestä. Tähän kysymykseen vastattaessa argumentatiivista tukea voidaan hakea ratkaisusta KKO 2017:8.

59. Keskeisinä tapauksina voidaan pitää Englannin ja Walesin muutoksenhakutuomioistuimen (Court of Appeal) ratkaisuja Regina v. Dica [2004] EWCA Crim 1103 ja R v. Konzani [2005] EWCA Crim 706. Myös Italiassa on lähdetty siitä, että puolisolle on kerrottava HIV-tartunnasta. Jos tartunnan salaa, rikosoikeudellinen vastuu voi aktualisoitua. Ks. *Giorgio Lattanzi – Ernesto Lupo*: Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Volume II. Giuffrè Editore 2010 s. 357–358.

60. *Ashworth – Horder* 2013 s. 321.

61. KKO 2015:83, kohta 45.

62. *Andrew Ashworth*: Principles on Criminal Law. Sixth Edition. Oxford University Press 2009 s. 309.

Totesimme edellä, että tapauksessa KKO 2017:8 ei ollut varsinaisesti kysymys syyksiluettavuudesta vaan teon törkeydestä ja rangaistuksen mittaamisesta. Toisaalta arvioidessaan tekijän syyllisyyden vaikutusta rangaistuksen määrään korkein oikeus toteaa seuraavasti: ”A:n ja B:n suhteen laatu huomioon ottaen B on voinut luottaa siihen, ettei A jätä kertomatta hänelle hänen terveytensä kannalta olennaista tietoa eikä varsinkaan tahallaan vahingoita vakavasti hänen terveyttään. A:n jätettyä kuitenkin kertomatta HIV-infektiostaan B:llä ei ole ollut mahdollisuutta harkita toimenpiteitä tartunnalta suojautumiseksi.”

Mitä korkeimman oikeuden perusteluista voidaan päätellä? Ensinnäkin ratkaisusta välittyy kuva, että korkein oikeus kohdistaa syyllisyysoitteen pikemminkin kertomatta jättämiseen kuin siihen, että tekijä olisi tieteen tahtoen eli tahallisesti aiheuttanut seurauksen eli HIV:n tarttumisen kumppaniinsa. Toiseksi perusteluista voidaan päätellä, että korkeimman oikeuden mukaan HIV:stä kertomatta jättäminen ei ole sallittua huomioon ottaen ”suhteen laatu”.

Se, mitä edellytyksiä suhteen laadulle on asetettava, ei selviä korkeimman oikeuden ratkaisusta. Toisaalta tapauksen tosiseikoista ilmenee, että A ja B olivat avioliitossa ollessaan olleet toistuvasti sukupuoliyhteydessä. Näin ollen ainakin avioliiton voidaan katsoa synnyttävän kertomisvelvollisuuden HIV-infektiosta. Epävarsinaista laiminlyöntirikosta koskevien esitöiden perusteella voidaan päätellä, että kertomisvelvollisuus ei kuitenkaan edellytä avioliittoa, vaan myös avoliitto voi aktualisoida huolenpitovelvollisuuden eli velvollisuuden estää vahingollisten seurausten syntyminen.⁶³

Tulkintamme mukaan parisuhteen laatua ei tule kategorisesti rajata kosemaan vain avioliittoa ja avoliittoa, vaan keskeistä on suhdetta koskeva kokonaisarvostelu, vähän samaan tapaan kuin on säädetty oikeudesta kieltäytyä todistamasta oikeudenkäynnissä. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 17 §:n mukaan kieltäytymisoikeus koskee paitsi asianosaisen avio- ja avopuolisoa myös näihin parisuhteisiin rinnastuvaa muuta läheistä suhdetta. Esimerkiksi, jos henkilöt asuvat työnsä vuoksi eri paikkakunnilla ollen kuitenkin toistuvasti sukupuoliyhteydessä, suhteen laatu riittänee aktualisoimaan kertomisvelvollisuuden HIV-infektiosta.⁶⁴

63. HE 44/2002 vp s. 44.

64. Vrt. *Frände* 2012 s. 216. Fränden mukaan ”yleisenä periaatteena lienee voimassa”, että suhteen laadulta edellytetään yhdessä asumista. Fränden kantaa tukee korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2009:39 (kohta 9), jossa korkein oikeus painottaa avioliiton ja avoliiton merkitystä arvioidessa suhteeseen perustuvaa huolenpitovelvollisuutta. Ratkaisussaan korkein oikeus jättää kuitenkin takaportin ”parisuhdekriteereiden” joustavammalle tulkinnalle toteamalla, etteivät henkilöt ole olleet avioliitossa tai avoliitossa ”eikä ole esitetty selvitystä, jonka perusteella Nora A:lla voitaisiin katsoa vakiintuneen käytännön perusteella olevan erityinen huolenpitovelvollisuus Jarkko B:stä”.

Rikosoikeudessa korostuneen laillisuusperiaatteen vuoksi aivan mikä tahansa seksiä sisältävä suhde ei kuitenkaan riitä konstruoimaan HIV-infektoituneelle henkilölle RL 3 luvun 3 §:n 2 momentissa tarkoitettua erityistä oikeudellista velvollisuutta kertoa HIV-tartunnasta, olkoon tämä kuinka ongelmallista tahansa. Oikeusjärjestyksestä ei löydy tukea esimerkiksi sille, että ”yhden illan jutut” – ikään kuin suojaamattomaan seksiin sisältyvät tietoiset riskinotot – muodostaisivat osapuolille erityisen oikeudellisen huolenpito- ja kertomisvelvollisuuden.

5. Johtopäätökset

Totesimme johdannossa, että HIV-tapaukset ovat aiheuttaneet päänvaivaa eri maissa niin tuomioistuimille kuin rikosoikeusoppineillekin. Haastavuutta on lisännyt se, että lääketieteellinen kehitys on viimeisen 20–30 vuoden aikana vaikuttanut siihen, kuinka rikosoikeudellinen vastuu HIV-kontekstissa hahmottuu. Kysymys on ollut ikään kuin lääketieteellisen evoluution ja rikosoikeuden yhteen kietoutumisesta, jossa lääketieteen kehitys on pakottanut tuomioistuimet ja rikosoikeustieteilijät jatkuvasti tarkastelemaan aikaisempien näkemystensä kestävyyttä. Oletettavaa ja toivottavaa onkin, että lopulta lääketieteellinen kehitys tekee koko kysymyksen HIV-infektoituneen henkilön potentiaalisesta rikosoikeudellisesta vastuusta merkityksettömäksi.

Lääketieteen kehittymistä odotellessa tuomioistuinlaitoksen on kuitenkin pyrittävä ratkaisemaan sen eteen tuodut HIV-tapaukset ennakoitavasti. Tämän tavoitteen merkitystä voidaan alleviivata kahdella argumentilla. Yhtäältä on niin, että epäselvä oikeustila voi rajoittaa HIV-infektoituneiden henkilöiden mahdollisuutta elää vapaasti. Toisaalta on niin, että epäselvä oikeustila voi vaarantaa potentiaalisten uhrien terveyden. Tämän vuoksi olisi tärkeää, että kielletyn ja sallitun toiminnan välinen raja olisi kiveen hakattu.

Tässä kirjoituksessa asetimme tavoitteeksemme vastata siihen, kuinka HIV-infektoituneen henkilön rikosoikeudellinen vastuu hahmottuu korkeimman oikeuden viimeaikaisen oikeuskäytännön perusteella. Kirjoitusprosessimme aikana kuitenkin havaitsimme, ettemme kykene antamaan kysymykseemme täsmällistä vastausta. Pikemminkin tulimme siihen tulokseen, että yhä edelleen moni rikosoikeusteoreettisesti vaikea kysymys kaipaava vastausta: Miten todennäköisyystahallisuus kyetään yhdistämään yritys vastuuseen? Mikä merkitys tarkoitustahallisuudella on HIV-kontekstissa? Voidaanko HIV-tartunnan todennäköisyyttä pitää joissakin tilanteissa niin alhaisena, ettei se täytä vaaran aiheuttamiselta vaadittavaa todennäköisyysastetta eikä myöskään yritysopissa vaaralle asetettavaa todennäköisyysastetta? Mikä merkitys satunnaisten syiden konstruktiolla on arvioitaessa HIV-infektoituneen henkilön yritys vastuuta?

Voiko HIV-infektoitunut henkilö syyllistyä rikokseen laiminlyönnistä, jos hän ei kerro kumppanilleen HIV-tartunnastaan ja kuinka tahallisuus on tässä kontekstissa hahmotettava? Näitä kaikkia kysymyksiä olemme kirjoituksessamme tarkastelleet.

Kysymyspatteriston laajuus ei tarkoita sitä, että korkein oikeus olisi epäonnistunut ratkaisukäytännössään. Ratkaisukäytännön perusteella moni avoinna ollut HIV-infektoituneen henkilön rikosoikeudellista vastuuta koskeva kysymys on myös saanut vastauksensa. Avoinna olevien kysymysten lukumäärää voidaankin selittää korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöön sisältyvällä dilemmalla. Yhtäältä prejudikaatit täsmentävät voimassaolevan rikoslain sisältöä. Samalla tuomioiden perustelut kuitenkin aina avaavat uusia kysymyksiä ja tulkintamahdollisuuksia voimassaolevan rikoslain sisällöstä.

HIV infection and criminal liability

TATU HYTTINEN, LL.D., M.Soc.Sc., Postdoctoral Researcher, University of Turku
– JUSSI TAPANI, LL.D., Professor, University of Turku

The article concerns the criminal liability of a person with HIV infection. This theme has been a cause of headache for both courts and criminal law scholars in many countries. The challenge has been aggravated by the fact that medical development of the past 20–30 years has affected how the criminal liability of a person with HIV infection is conceived. The question intertwines medical progress and criminal law, whereby the advances in medicine have forced courts and criminal law scholars to constantly reassess the viability of their previous views. For example, the Finnish Supreme Court has discussed the issue in three recent rulings (KKO 2015:83; KKO 2015:84; KKO 2017:8). The article analyses how the criminal liability of person with HIV infection is understood in the case-law of the Finnish Supreme Court. Based on the analysis, the authors come to the conclusion that the rulings of the Supreme Court have contributed to define the criminal liability of a person with HIV infection, but many questions related to liability are still truly open.

Minna Kimpimäki



Lakimies
6/2017
s. 789–812

Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta?

HAKUSANAT: rikosoikeus, kansainvälinen rikosoikeus, raiskaus, suostumus, seksuaalirikokset, ihmisoikeudet

1. Johdanto

Raiskauksen määritelmä on viimeisten vuosikymmenten aikana ollut erityisen huomion kohteena sekä kansainvälisissä rikostuomioistuimissa ja ihmisoikeustuomioistuimissa että kansallisia seksuaalirikossäännöksiä uudistettaessa. Tässä artikkelissa tarkastellaan sitä, miten raiskauksen määritelmä on viime vuosikymmeninä kehittynyt ja miten sitä on sovellettu kansainvälisissä rikostuomioistuimissa ja ihmisoikeusinstituutioissa. Lisäksi tarkastellaan Suomen raiskaussääntelyn kehittymistä ja sitä, missä määrin Suomi on pysynyt mukana kansainvälisellä ja eurooppalaisella tasolla tapahtuneessa kehityksessä.

Tarkasteltaessa raiskauksen määrittelyä yhtäältä kansainvälisissä rikostuomioistuimissa ja toisaalta taas ihmisoikeusjärjestelmän yhteydessä on keskeistä huomata, että eri instituutioissa arvioitavaksi tulevat tapaukset poikkeavat jo lähtökohdiltaan huomattavasti toisistaan. Kansainvälisissä rikostuomioistuimissa käsitellään tekoja, jotka on tehty aseellisten konfliktien (sotarikokset) taikka laajamittaisten tai systemaattisten siviiliväestöön kohdistuneiden hyökkäysten (rikokset ihmisyyttä vastaan) yhteydessä. Myös ihmisoikeustuomioistuimissa voi tulla käsiteltäväksi tapauksia, jotka kytkeytyvät esimerkiksi laajamittaiseen kidutukseen, mutta valtaosa arvioitavaksi tulevista tapauksista on yksittäisiä kansallisella tasolla tehtyjä rikostapauksia. Merkittävä ero on myös siinä, että kansainvälisten rikostuomioistuinten toiminnassa on kyse yksilöiden rikosoikeudellisesta vastuusta, kun taas ihmisoikeustuomioistuimissa arvioitavaksi tulee se, ovatko ihmisoikeussopimuksen osapuolivaltiot täyttäneet sopimukseen perustuvat ihmisoikeusveloitteensa.

Kansainvälisrikosoikeudellisella ja ihmisoikeusjärjestelmän yhteydessä tapahtuneella raiskauksen määritelmän kehityksellä on kuitenkin myös yhtymäkohtia ja yhteisiä piirteitä. Yhteistä molemmille järjestelmille on ennen kaikkea

* *Minna Kimpimäki*, OTT, rikosoikeuden professori, Lapin yliopisto. Sähköposti: minna.kimpimaki@ulapland.fi.

se, että raiskauksen määritelmää on pyritty kehittämään siihen suuntaan, että se kattaisi mahdollisimman laajasti erilaisia raiskausmuotoja. Määritelmät ovat kehittyneet sukupuolineutraaleiksi ja seksuaalisesta suuntautumisesta riippumattomiksi, ja määritelmien piiriin on otettu väkivalloin tapahtuvan pakottamisen avulla toteutettujen tekojen ohella myös muita vastentahtoisen sukupuoliyhteyden muotoja. Kansainvälisellä ja eurooppalaisella tasolla kehittyneille raiskauksen määritelmille onkin yhteistä kontekstisensitiivinen lähestymistapa, jossa lähtökohtana on, että tietyissä olosuhteissa tilanne voi muodostua uhrille pakottavaksi, vaikka tekoon ei sisältyisikään eksplisiittistä voimankäyttöä tai sillä uhkaamista.

Myös Suomessa raiskaussäännös on vähitellen kehittynyt niin, että se kattaa aiempaa laajemman joukon erilaisia sukupuoliyhteyteen pakottamisen muotoja. Yksi merkittävä muutos on se, että alun perin nimenomaan naisia suojannutta sääntelyä on muutettu luonteeltaan sukupuolineutraaliksi. Raiskaussäännös myös kattaa nykyisin väkivallan käytön ja vakavalla väkivallalla uhkaamisen ohella muitakin sukupuoliyhteyteen pakottamisen muotoja – esimerkiksi pelkotilan aiheuttaman puolustuskyvyttömyyden hyväksikäytön. Säännöksessä on kuitenkin edelleen havaittavissa jälkiä aiemmin vallinneesta lainsäädäntötraditiosta, jossa erilaisten pakkotilanteiden välille tehtiin seksuaalirikoslainsäädännössä selkeä ero.

2. Raiskauksen määritelmä kansainvälisissä rikostuomioistuimissa

2.1. Ad hoc -rikosoikeustribunaalit: pakottavista olosuhteista suostumuksen puutteeseen

Raiskausrikosten kansainvälisrikosoikeudellinen sääntely on kehittynyt vähitellen tulkinnanvaraisista kunniaan keskittyneistä sopimusmääräyksistä kohti nimenomaisia raiskauksen ja muun seksuaalisen väkivallan kieltoja.¹

Raiskauksen kansainvälisrikosoikeudellisen määritelmän kannalta erityisen keskeisessä roolissa on ollut Ruandan ja entisen Jugoslavian rikoksia käsitelleiden kansainvälisten rikostuomioistuinten oikeuskäytäntö. *Akaye-su-*tapauksessa antamassaan tuomiossa Ruanda-tuomioistuin (ICTR) lähti

1. Ks. tästä esim. *Minna Kimpimäki*: Raiskaus kansainvälisenä rikoksena. Teoksessa Mirva Lohiniva-Kerkelä (toim.): *Väkivalta – Seuraamukset ja haavoittuvuus*. Talentum 2006 s. 113–129, s. 113–122 ja *Terttu Utriainen*: Raiskaus rikosoikeudellisena ongelmana. Lapin yliopistokustannus 2013 s. 170–177.

siitä, että raiskaus on aggression muoto, jonka keskeisiä tekijöitä ei voi hallita mekaanisilla teon kohteiden tai ruumiinosien kuvauksilla. Tuomioistuimen mukaan yksityiskohtaisen tekemuotojen kartoittamisen sijasta hyödyllisempi lähestymistapa on kuvata ennemminkin teon yleisempää viitekehystä. Tällöin arvioinnin lähtökohtana on sen hahmottaminen, että raiskausteon varsinaisena tarkoituksena voi olla esimerkiksi pelottelu, alentava kohtelu, nöyryyttäminen, syrjintä, rankaiseminen, kontrollointi tai tuhoaminen. Tuomioistuin kuitenkin määritteli raiskausta myös konkreettisemmin kuvaamalla sitä luonteeltaan seksuaaliseksi tunkeutumiseksi (invasion), joka on tehty pakottavissa olosuhteissa.²

Jugoslavia-tuomioistuimen (ICTY) oikeuskäytännössä sittemmin sovellettu raiskausrikoksen määritelmä sen sijaan rakentui *Akayesu*-tapauksessa linjatusta poiketen osaltaan myös teon kohteena ja tekovälineenä olleiden ruumiinosien määrittelyn kautta. ICTY:n soveltama määritelmä rakentuu kahden elementin varaan: määritelmän ensimmäisenä osana on teon välineenä tai kohteena olleiden ruumiinosien kautta määritelty tunkeutuminen ja toisena osana tilanteeseen liittynyt pakko tai uhka. Esimerkiksi *Furundžija*-tapauksessa tuomioistuin lähtikin siitä, että raiskauksessa on kyse pakotetusta seksuaalisesta tunkeutumisesta (forced physical penetration). Tunkeutumis- ja pakottamiselementit määriteltiin tuomiossa myös yksityiskohtaisemmin:

- ”(i) the sexual penetration, however slight:
 (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or
 (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;
 (ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.”³

Määritelmän ensimmäisessä osassa siis määritellään seksuaalinen tunkeutuminen. Silloin kun tunkeutumisen kohteena on uhrin vagina tai peräaukko, tekovälineenä voi olla joko tekijän penis tai mikä tahansa muu tekijän käyttämä väline. Suuhun tunkeuduttaessa tekovälineenä voi olla vain tekijän penis. Tunkeutumisen tulee olla luonteeltaan seksuaalista. Määritelmän toisena osana on pakkoelementti, joka voi toteutua pakottamisella, voimankäytöllä tai voimankäytöllä uhkaamisella. Pakottamisen, voimankäytön tai uhkaamisen kohteena voi olla uhri tai kolmas henkilö. Tuomioistuin totesi tuomiossaan, että raiskauksen toteuttamisessa käytetyt uhkaukset voivat olla julkilausuttuja tai implisiittisiä ja niiden tulee saada uhrissa aikaan perusteltavissa oleva pelko siitä, että hän tai kolmas henkilö voi joutua väkivallan (violence), vangitsemisen (detention), pa-

2. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR Trial Chamber 2.9.1998 s. 596–598, 686–688. Ks. näin myös Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Musić (aka ”Pavo”), Hazim Delić and Esad Landžo (aka ”Zenga”), ICTY Trial Chamber 16.11.1998 s. 478–479.

3. Prosecutor v. Anto Furundžija, ICTY Trial Chamber 10.12.1998 s. 174–186.

kottamisen (duress) tai psykologisen painostamisen (psychological oppression) kohteeksi.⁴

Sittemmin ICTY laajensi raiskauksen pakkoelementin tulkintaa. *Kunarac et al.* -tapauksessa antamassaan tuomioissa tuomioistuimen oikeudenkäyntijaosto totesi, että pakkoelementti, sellaisena kuin se *Furundžija*-tapauksessa esitettiin, soveltui kyseisen tapauksen olosuhteisiin. Oikeudenkäyntijaosto piti määritelmää kuitenkin tältä osin kapeampana kuin kansainvälinen oikeus edellyttäisi. Tuomioistuin totesi, että kun raiskauksen määritelmässä viitataan vain pakottamiseen, voimankäyttöön ja voimankäytön uhkaan, ei oteta huomioon muita sellaisia tekijöitä, joiden vuoksi tunkeutuminen voi tapahtua vastoin uhrin suostumusta tai vapaaehtoisuutta. ICTY lähtikin *Kunarac et al.* -tuomiossaan siitä, että nimenomaan suostumuksen tai vapaaehtoisuuden puute on kansainvälisioikeudellisesti tarkasteltuna raiskauksen määritelmän keskeinen elementti.⁵

Tuomioistuin tarkasteli valtioiden raiskaustunnusmerkistöjä ja jaotteli niiden pakkoa tai suostumuksen puutetta ilmentävät elementit kolmeen ryhmään. Ensimmäisenä näistä tuomioistuin mainitsi sääntelymallin, jossa raiskausteon keskeisenä elementtinä on teon toteuttaminen voimankäytön tai sen uhan avulla. Toisena ryhmänä tuomioistuin mainitsi sääntelymallin, jossa raiskaussäännöksen elementtinä ovat myös sellaiset tilanteeseen liittyvät seikat, jotka tekevät uhrista erityisen haavoittuvan tai poistavat hänen kykynsä kieltäytyä. Tällaisina tekotapoina tuomioistuin mainitsi uhrin saattamisen tilaan, jossa tämä ei kykene vastustamaan tekoa sekä tilanteen yllättävyyden hyväksikäytön ja uhrin harhaanjohtamisen. Kolmantena ryhmänä tuomioistuin mainitsi sääntelymallin, jossa raiskaussäännösten muotoilun lähtökohtana on teon tekeminen ilman uhrin suostumusta. Tuomioistuin totesi, että aidon ja vapaaehtoisesti annetun suostumuksen puute on *common law* -järjestelmille tyypillinen raiskauksen määritelmän elementti.⁶

Erilaisia pakkoelementin määrittelytapoja yhdistävänä piirteenä tuomioistuin piti sitä, että tavoitteena oli kriminalisoida vakavat seksuaalisen autonomian loukkaukset. Tuomioistuin piti henkilön seksuaalista autonomiaa loukkaavina kaikkia sellaisia tilanteita, joissa teon kohteena oleva henkilö ei ole suostunut tekoon eikä muutenkaan osallistu siihen vapaaehtoisesti.⁷ Tuomioistuin muotoilikin raiskauksen määritelmän pakkoelementin uudelleen lähtien suostumuksen puutteesta:

”...where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim’s free

4. *Furundžija* 10.12.1998 s. 174.

5. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, ICTY Trial Chamber 22.2.2001 s. 437–438, 440.

6. *Kunarac et al.* 22.2.2001 s. 442, 446, 453.

7. *Kunarac et al.* 22.2.2001 s. 457.

Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta?

will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The mens rea is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim.”⁸

Lähtökohtana siis oli, että suostumuksen tuli olla vapaaehtoisesti annettu ja uhrin tahdon vapautta tuli arvioida kontekstisidonnaisesti tapauksen olosuhteet huomioon ottaen.

Valitusjaosto hyväksyi oikeudenkäyntijaoston tulkinnan ja totesi vielä, että määritelmän rajaaminen vain voimankäyttöön tai sen uhkaan johtaisi siihen, että tekijä välttäisi vastuunsa silloin, jos toiminta perustui pakottavien olosuhteiden hyväksikäyttöön ilman turvautumista fyysisen voiman käyttöön. Tuomioistuin myös totesi, että sotarikoksiin tai ihmisyyttä vastaan tehtyihin rikoksiin liittyvissä tilanteissa olosuhteet ovat lähes aina pakottavat, mikä merkitsee sitä, ettei aidon suostumuksen saaminen tällaisissa olosuhteissa ole mahdollista. Esimerkiksi kyseisessä tarkasteltavana olleessa tapauksessa naisten vankeusolojen katsottiin olleen niin pakottavat, että niiden katsottiin poistavan suostumuksen mahdollisuuden. Sotaolosuhteiden ulkopuolella vastaava pakottavuusolettama voi tulla kyseeseen esimerkiksi vankien ja vartijoiden välisten seksuaalisten tekojen yhteydessä.⁹

2.2. Kansainvälinen rikostuomioistuin: pakottavat olosuhteet

2.2.1. Rooman perussääntö ja rikosmääritelmien tulkintaohjeet

Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännössä¹⁰ raiskaus mainitaan nimellisesti yhtenä ihmisyyttä vastaan tehtyjen rikosten ja sotarikosten muotona.

Erlaiset seksuaalirikokset mainitaan ihmisyyttä vastaan tehtyjä rikoksia koskevan 7 artiklan 1 kappaleen g kohdassa, joka määrittelee ihmisyyttä vastaan tehdyiksi rikoksiksi raiskauksen ohella myös seksuaalisen orjuuttamisen, pakkoprosituution, pakkoraskauden, pakkosterilisaation sekä muut yhtä törkeät seksuaalisen väkivallan muodot. Jotta raiskausteko voisi tulla tuomittavaksi ihmisyyttä vastaan tehtynä rikoksena, teon on täytettävä myös ihmisyyttä vastaan tehtyjen rikosten yleiset elementit eli teon tulee olla tehty osana siviiliväestöön kohdistuvaa laajamittaista tai järjestelmällistä hyökkäystä.

8. Kunarac et al. 22.2.2001 s. 460.

9. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković, ICTY Appeals Chamber 12.6.2002 s. 129–132.

10. Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö (SopS 56/2002).

Hyökkäyksen ei tarvitse olla luonteeltaan sotilaallinen. Hyökkäyksen käsite kattaaakin erilaisia siviiliväestön kaltoinkohtelun muotoja. Hyökkäyksen laajuus ja järjestelmällisyys ovat keskenään vaihtoehtoisia kriteereitä. Näistä laajuus on määrällinen kriteeri, joka viittaa esimerkiksi hyökkäyksen laaja-alaisuuteen ja uhrien määrään. Järjestelmällisyys on puolestaan laadullinen kriteeri, joka viittaa väkivallantekojen organisoituu luonteeseen ja tällaisten tekojen satunnaisen tapahtumisen epätodennäköisyyteen. Jotta kyse olisi rikoksesta ihmisyyttä vastaan, tekijän tulee olla tietoinen siitä, että hänen tekonsa on osa laajamittaista tai systemaattista käytäntöä.¹¹

Paitsi rikoksena ihmisyyttä vastaan, raiskaus voi tulla tuomittavaksi myös sotarikoksena. Perussäännön sotarikosartikla on muotoiltu niin, että Geneven sopimusten loukkaukset on eroteltu muista sodankäyntiä koskevista säännöistä. Lisäksi sotarikoksia koskeva 8 artikla jaottelee sotarikokset sen mukaan, onko teko tehty kansainvälisen vai valtionsisäisen konfliktin yhteydessä. Raiskaus on nimenomaisesti mainittu tekumuotona muita kuin Geneven sopimuksen loukkauksia koskevissa 8 artiklan b ja e kohdissa. Näistä b kohta koskee kansainvälisten konfliktien yhteydessä tehtyjä tekoja ja e kohta valtionsisäisten konfliktien yhteydessä tehtyjä tekoja. Näissä sotarikosartiklan kohdissa mainitaan paitsi raiskaus myös seksuaalinen orjuus, pakkoprostituutio, pakkoraskaus, pakko-sterilisaatio ja muu seksuaalinen väkivalta. Sotarikosten erityispiirre on se, että rikokset on joko tehty aseellisen konfliktin yhteydessä tai niillä on muuten yhteys kansainväliseen tai valtion sisäiseen aseelliseen konfliktiin.¹²

Perussäännön rikosmääritelmien tulkinnan ja soveltamisen helpottamiseksi on laadittu rikosten määritelmien tulkintaohjeet (*Elements of Crimes* -asiakirja). Tulkintaohjeissa raiskaus rikoksena ihmisyyttä vastaan on kuvattu seuraavasti:

1. The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body.
2. The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent.
3. The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

11. Elements of Crimes, ICC, Assembly of States Parties 2013 s. 3; Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammed Ali Abd-al-Rahman ("Ali Kushayb"), ICC Pre-Trial Chamber 27.4.2007 s. 62 ja Prosecutor v. Germain Katanga, ICC Pre-Trial Chamber 7.3.2014 s. 1123.

12. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC Trial Chamber 14.3.2012 s. 535–538.

Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta?

4. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.¹³

Lisäksi alaviitteessä täsmennetään, että tunkeutumisen käsite on tarkoitettu sovellettavaksi niin laajasti, että se on luonteeltaan sukupuolineutraali.¹⁴

Tulkintaohjeiden ensimmäinen kohta siis määrittelee seksuaalisen tunkeutumisen, toinen kohta erilaiset kyseeseen tulevat pakon, painostuksen ja hyväksikäytön muodot, kolmas ja neljäs kohta liittyvät puolestaan ihmisyyttä vastaan tehtyjen rikosten yleisiin edellytyksiin ja tekijän tietoisuuteen niistä. Raiskausta sotarikoksena koskevat tulkintaohjeet on muotoiltu vastaavasti. Kohdat 1 ja 2 vastaavat ihmisyyttä vastaan tehtyjen rikosten määrittelyn yhteydessä esitettyjä, ja kohdissa 3 ja 4 on puolestaan mainittu sotarikosten yleiset elementit ja vaatimus tekijän niitä koskevasta tietoisuudesta.¹⁵

2.2.2. Kansainvälisen rikostuomioistuimen oikeuskäytäntö: Bemba-tapaus

Raiskausteosta on annettu tuomio Kansainvälisen rikostuomioistuimen oikeudenkäyntijaostossa käsitellyssä Bemba-tapauksessa. *Jean-Pierre Bemba Gombo* oli kongolaisen puolueen (*Mouvement de libération du Congo*, MLC) puheenjohtaja ja aseellisen siiven komentaja. Kansainvälisen rikostuomioistuimen oikeudenkäyntijaosto tuomitsi hänet maaliskuussa 2016 esimiesvastuun perusteella komennossaan olleiden MLC-joukkojen Keski-Afrikan tasavallan alueella tekemistä siviileihin kohdistetuista henkirikoksista, raiskauksista ja ryöstelystä. Bemba tuomittiin sekä ihmisyyttä vastaan tehdyistä rikoksista että sotarikoksista.¹⁶ Kyseessä olleet teot liittyivät toimintamalliin, jossa MLC-joukot kiersivät talosta taloon etsimässä kapinallisia ja tässä yhteydessä raiskasivat siviilihenkilöitä, ryöstivät heidän omaisuuttaan ja eräissä tapauksissa myös tappoivat heitä vastaan asettuneita henkilöitä. Monissa tapauksissa tekijöitä oli useita.¹⁷

Tuomioistuin eritteli tuomiossaan raiskauksen määrittelyn elementit eli seksuaalisen tunkeutumisen ja ne olosuhteet, joissa tunkeutuminen on rangaistavaa. Määrittelyn perustana olivat edellä kuvatut rikosmäärittelyjen tulkintaohjeet. Tuomioistuin totesi, että tunkeutuminen oli rangaistavaa, jos se oli tehty:

- a) voimaa käyttäen (by force)

13. Elements of Crimes 2013 s. 5.

14. Elements of Crimes 2013 s. 5.

15. Elements of Crimes 2013 s. 19, 25.

16. Murhasta rikoksena ihmisyyttä vastaan (7 artiklan 1 kappaleen a kohta), murhasta sotarikoksena (8 artiklan 2 kappaleen c kohdan i alakohta), raiskauksesta rikoksena ihmisyyttä vastaan (7 artiklan 1 kappaleen g kohta), raiskauksesta sotarikoksena (8 artiklan 2 kappaleen e kohdan vi alakohta) ja ryöstämisestä sotarikoksena (8 artiklan 2 kappaleen e kohdan v alakohta).

17. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC Trial Chamber 21.3.2016 s. 676.

- b) joko teon kohteena olevaan henkilöön tai johonkin toiseen henkilöön kohdistetulla voimankäytöllä uhkaamisella taikka pakolla, joka perustui esimerkiksi väkivallan pelkoon, pakottamiseen, vapaudenriistoon, psyykkiseen paineeseen tai vallan väärinkäyttöön (by threat of force or coercion such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person)
- c) pakottavaa tilannetta hyväksikäyttäen (by taking advantage of a coercive environment)
- d) kohdistettuna henkilöön, joka oli kykenemätön antamaan aitoa suostumusta (against a person incapable of giving a genuine consent).¹⁸

Ruanda-tuomioistuimen *Akayesu*-tapaukseen viitaten tuomioistuin totesi, että pakottavan tilanteen hyväksikäyttötilanteessa ei edellytetä näyttöä fyysisestä voimankäytöstä. Pakko voi pohjautua pelkoon tai epätoivoon tai se voi olla esimerkiksi konfliktitilanteeseen luonnostaan liittyvää. Vihamielisten sotilasjoukkojen läsnäolo on yksi esimerkki tällaisesta mahdollisesti pakottavasta tilanteesta, mutta tilanteen pakottavuuteen voivat vaikuttaa myös esimerkiksi tekijöiden lukumäärä, teon tekeminen taistelutilanteessa tai välittömästi sen jälkeen sekä raiskaustekojen tekeminen muiden rikosten tekemisen yhteydessä. Uhrin suostumuksen puute ei sen sijaan ole perussäännössä määriteltyjen raiskaustekojen elementti, eikä suostumuksen puuttumista ole siksi tarpeen näyttää raiskausrikoksia käsiteltäessä, jos voimankäyttö, uhka tai pakottaminen taikka pakottavan tilanteen hyväksikäyttö on tapauksessa näytetty toteen.¹⁹ On kuitenkin syytä huomata, että vaikka suostumuksen puute ei oikeudenkäyntijaoston mukaan ole raiskauksen määritelmän itsenäinen ja erikseen toteennäytettävä elementti, raiskauksen määritelmä on kuitenkin muotoiltu niin, että se perinteisen pakottamisen lisäksi kattaa myös tilannesidonnaisia ja uhrin henkilökohtaiseen tilaan liittyviä seikkoja, jotka ilmentävät aidon ja vapaaehtoisesti annetun suostumuksen puuttumista.

Bemba-tapauksessa tekoilanteiden pakottavuutta ei ollut tarpeen pohtia, sillä tuomioistuin katsoi, että kaikki tapauksessa syyksiluetut raiskaustapaukset oli tehty voimaa käyttäen (by force).

2.3. Euroopan neuvosto: suostumuksen puute ja kontekstisensitiivinen arviointi

Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksessa ei ole nimenomaisesti mainittu raiskausta. Sopimukseen sisältyviin oikeuksiin kuuluvat kuitenkin kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun kielto (3 artikla) sekä yksityiselämän

18. Bemba 21.3.2016 s. 98–102.

19. Bemba 21.3.2016 s. 103–106.

suoja (8 artikla). Ihmisoikeussopimuksessa valtioille ei aseteta yksityiskohtaisia rikosoikeudellisia velvoitteita. Valtioita ei siis suoraan sopimusmääräyksin velvoiteta kriminalisoimaan tekoja tai saattamaan ihmisoikeusloukkauksiin syyllistyneitä henkilöitä rikosoikeudelliseen vastuuseen teoistaan. Ihmisoikeussopimuksen sopimusvaltiot ovat kuitenkin sitoutuneet takamaan sopimuksessa tarkoitetut oikeudet kaikille lainkäyttövaltansa piirissä oleville ihmisille (1 artikla). Ihmisoikeussopimuksesta voidaankin johtaa valtioiden ns. positiivinen velvoite omaksua tehokkaita rikos- ja rikosprosessioikeudellisia mekanismeja, jotka mahdollistavat ihmisoikeuksia loukkaavien rikosten ehkäisemisen ja lainrikkojen rankaisemisen.²⁰

Esimerkiksi raiskauksen kaltaisista teoista puhuttaessa sopimusvaltioille asetetut ihmisoikeusvelvoitteet ovat toteutettavissa vain rikosoikeudellisten mekanismien kautta, koska ihmisoikeussopimusten määräykset ja kiellot eivät tällaisissa tapauksissa ole tehokkaita ilman rangaistusuhkaa. Ihmisoikeussopimuksista voidaankin johtaa valtioiden velvollisuus puuttua toimivalta-alueellaan tehtyihin seksuaalirikoksiin. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on käytännössään vahvistanut, että valtioilla on velvollisuus omaksua tehokkaat rikosoikeudelliset säännökset seksuaalirikosten vastustamiseksi ja velvollisuus soveltaa näitä säännöksiä tehokkaasti.²¹

Tapauksessa *M.C. v. Bulgaria* oli kyse tapauksesta, jossa 14-vuotias tyttö oli kertonut tulleen kahden eri henkilön raiskaamaksi. Asiassa tehtiin rikosilmoitus ja tapausta tutkittiin, mutta syytteitä ei nostettu, sillä viranomaisten mukaan asiassa ei ollut riittävää näyttöä siitä, että valittaja olisi pakotettu seksiin uhkauksilla tai väkivallalla. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin totesi, että raiskauksen kaltaisten rikosten ehkäiseminen edellyttää tehokkaiden rikosoikeudellisten säännösten olemassaoloa ja tehokasta soveltamista. Tuomioistuin korosti, että erityisesti lapset ja muuten haavoittuvassa asemassa olevat henkilöt ovat oikeutettuja tehokkaaseen suojeluun. Tuomioistuin lähti siitä, että tehokkaiden kriminalisointi- ja syyttämistoimien tulee kattaa kaikki sellaiset seksuaaliset toimet, jotka on tehty vastoin teon kohteena olevan henkilön suostumusta, riippumatta siitä, liittyikö tilanteeseen uhrin fyysistä vastarintaa. Tuomioistuin korosti, että sellaisissa tapauksissa, joissa raiskauksesta ei ole suoraan näyttöä, esimerkiksi jälkiä väkivallasta tai todistajia, viranomaisten tulee tutkia kaikki tapauksen tosiseikat ja tehdä ratkaisunsa teko-olosuhteiden pohjalta. Tutkinnan ja johtopäätösten tulee tällöin pohjautua nimenomaan suostumuksen puuttumista koskevaan arviointiin. Tuomioistuin katsoi, että kyseisessä tapauksessa viranomaiset eivät olleet tutkinnan aikana ryhtyneet riittäviin toimenpiteisiin selvittääkseen teonhetkisiä olosuhteita tai arvioidakseen tapauksessa annettujen ristiriitaisten lausuntojen uskottavuutta. Tutkinnassa ei ollut myöskään riittävässä määrin kiinnitetty huomiota mahdolliseen suostumuksen puuttumiseen. Tuomioistuin katsoikin, ettei vastaajavaltio ollut täyttänyt velvoitettaan säätää kaikki raiskauksen ja seksuaalisen

20. Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölönen – Antti Tapanila: Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum 2012 s. 345.

21. *M.C. v. Bulgaria*, ECtHR 4.12.2003 s. 150.

hyväksikäytön muodot rangaistavaksi ja soveltaa säännöksiä tehokkaasti. Tuomioistuimien katsoi, että tapauksessa oli kyse kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun kiellon sisältävän 3 artiklan ja yksityis- ja perhe-elämän suojaan koskevan 8 artiklan loukkauksesta.²²

Kyseisen tuomion oikeusvertailevassa osiossa tuomioistuin toteaa, että pyrkiesään puuttumaan ilman suostumusta tapahtuneisiin seksuaalisiin tekoihin kaikissa olosuhteissa, valtiot ovat voineet käyttää erilaisia termejä kuten pakottaminen (coercion), väkivalta (violence), pakotettuna toimiminen (duress), uhka (threat), juonittelu (ruse) tai yllättäminen (surprise) yhdistettynä todisteiden kontekstisensitiiviseen arviointiin. Suuntauksena onkin ollut se, että raiskausmääritelmät kattavat voimankäytön lisäksi myös pakottavien olosuhteiden hyväksikäytön seksuaalisen teon toteuttamiskeinona. Raiskauksen olennaiseksi elementiksi nousee tällöin voimankäytön sijaan suostumuksen puuttuminen.²³

Ihmisoikeustuomioistuin on sittemmin korostanut, että suostumuksen asianmukaisuutta (validity) arvioitaessa tulee ottaa huomioon henkilön henkilökohmainen tilanne – mm. ikä sekä henkinen ja fyysinen kehittyneisyys – ja tapahtuman olosuhteet. Esimerkiksi tapauksessa *I.C. v. Romania* tällaisia huomioon otettavia tekijöitä olivat tekojen tapahtuminen yöaikaan, kylmä sää ja tekoihin osallistuneiden miesten lukumäärä. Ihmisoikeustuomioistuin totesi, että kyseistä tapausta käsitellessään kansalliset viranomaiset antoivat liikaa merkitystä sille, ettei tapauksessa ollut näyttöä kohdehenkilön vastarinnasta, eivätkä tarkastelleet tapausta kontekstisensitiivisesti (*context-sensitive approach*).²⁴

Vuonna 2011 Euroopan neuvostossa hyväksyttiin yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta (Istanbulin sopimus).²⁵ Sopimus koskee kaikkia naisiin kohdistuvan väkivallan muotoja, perheväkivalta mukaan lukien. Sopimus edellyttää, että osapuolivaltiot säätävät mm. seksuaalisen väkivallan rangaistavaksi teoksi. Seksuaalinen väkivalta määritellään sopimuksen 36 artiklassa ilman suostumusta tapahtuviksi seksuaalisiksi teoiksi. Määritelmä kattaa ruumiinosalla tai esineellä tapahtuvan seksuaaliluonteisen tunkeutumisen toisen kehoon, muut luonteeltaan seksuaaliset teot ja toiminnan, jossa henkilö pakotetaan seksuaalisiin tekoihin kolmannen henkilön kanssa. Suostumus tällaiseen toimintaan tulee antaa vapaaehtoisesti henkilön oman vapaan harkinnan tuloksena. Suostumuksen vapaaehtoisuutta arvioitaessa otetaan huomioon olosuhteet, joissa se on annettu. Sopimus lähtee siis seksuaalisen väkivallan määrittelyssä samoista lähtökohdista kuin ihmisoikeus-

22. *M.C. v. Bulgaria* 4.12.2003.

23. *M.C. v. Bulgaria* 4.12.2003 s. 161–163.

24. *I.C. v. Romania*, ECtHR 24.5.2016 s. 56–58.

25. Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta (SopS 53/2015).

Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta?

tuomioistuin ratkaisussaan *M.C. v. Bulgaria*, ja kyseiseen ratkaisuun viitataan sopimuksen selitysmuistiossa. Selitysmuistiossa todetaan tapaukseen viitaten, että joustamaton asenne seksuaalirikoksista syyttämisessä – kuten esimerkiksi kaikissa olosuhteissa sovellettava vaatimus fyysisen vastarinnan osoittamisesta – uhkaa jättää tietyn tyyppiset raiskaukset rangaistavuuden ulkopuolelle. Henkilön seksuaalisen autonomian kannalta onkin siksi keskeistä, että rangaistavuus ja tehokas syyttäminen kattavat kaikki vastoin henkilön suostumusta tehdyt seksuaaliset teot riippumatta siitä, sisältykö tilanteeseen uhrin fyysisistä vastarintaa.²⁶

Suostumuksen olemassaoloa harkittaessa keskeistä on tapauskohtainen ja kontekstisensitiivinen todisteiden arviointi. Selitysmuistiossa korostetaan, että tässä arvioinnissa pitää tiedostaa ja tunnustaa se, että uhrin voivat reagoida seksuaaliseen väkivaltaan hyvin eri tavoin, eikä arviointia tule siksi perustaa oletamiin siitä, mikä on tyyppillistä käyttäytymistä tällaisissa tilanteissa. Sukupuolia koskevien stereotyyppien tai miesten ja naisten seksuaalisuutta koskevien myyttien ei myöskään tulisi vaikuttaa raiskaussäännösten tulkintaan tai raiskausrikosprosesseihin.²⁷

Sopimus jättää rikosoikeudellisten säännösten tarkan sanamuodon valinnan valtioiden omaan harkintaan. Keskeistä kuitenkin on, että vapaasti annetun suostumuksen puuttuminen tulee huomioonotetuksi.²⁸

3. Raiskauksen määritelmä Suomen rikoslainsäädännössä

3.1. Väkinimakaaminen

Alkuperäisessä muodossaan (RL 25:1, 39/1889) ja vielä vuoden 1971 uudistuksen (RL 20:1, 16/1971) jälkeenkin rikoslain väkinimakaamissäännös koski tekoja, joissa nainen pakotettiin avioliiton ulkopuolella tapahtuvaan sukupuoliyhteyteen väkivallalla taikka sellaisella uhkauksella, jossa pakottava vaara oli tarjona. Väkivaltaan ja uhkaukseen rinnastettiin tilanteet, joissa henkilö väkinimakaamisteon toteuttamiseksi saattoi naisen tunnottomaan tilaan tai kykenemättömäksi puolustamaan itseään.

26. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. Council of Europe 11.5.2011 s. 191; *M.C. v. Bulgaria* 4.12.2003 s. 166.

27. Explanatory Report 11.5.2011 s. 192.

28. Explanatory Report 11.5.2011 s. 193.

Väkisinmakaamissäännöksen soveltamisalan ulkopuolelle jäi näin ollen sekä avioliiton aikainen että miehiin kohdistunut seksuaalinen väkivalta. Uhkauksella, ”jossa pakottava vaara on tarjona”, katsottiin tarkoitettavan lähinnä vain hengen tai vakavan terveyden vaaran sisältävillä teoilla uhkaamista. Pakottavan vaaran vaatimus myös korosti sitä, että naisen edellytettiin vastustavan sukupuoliyhteyttä ja alistuvan vasta pakottavan vaaran edessä.²⁹

Pakottavan vaaran käsitettä pohdittiin korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1984 II 49.

Kyseisessä tapauksessa vastaaja oli ottanut kaksi liftaamassa ollutta tyttöä autonsa kyytiin ja luvannut viedä heidät kaupungille. Vastaaja oli kuitenkin kuljettanut tytöt noin kymmenen kilometrin päässä kaupungin keskustasta olleelle soramontulle, jossa hän oli teräaseella (ruuvitaltalla) uhkaamalla pakottanut tytöt riisuutumaan. Uhkaustaan tehostaakseen vastaaja oli raapinut kyseisellä teräaseella toisen tytön poskea ja kaulaa, joihin oli tullut useita verinaarmuja. Auton ovet lukittuaan vastaaja oli pakottanut tytöt sukupuoliyhteyteen kanssaan. Käräjäoikeus tuomitsi vastaajan väkisinmakaamisesta vankeusrangaistukseen. Hovioikeus totesi käräjäoikeuden tavoin, että vastaaja oli pakottanut tytöt avioliiton ulkopuolella tapahtuvaan sukupuoliyhteyteen käyttämällä väkivaltaa ja uhkausta, jossa pakottava vaara oli ollut tarjona ja jätti asian käräjäoikeuden päätöksen varaan. Korkein oikeus päätyi äänestysratkaisussaan samaan lopputulokseen todeten vielä, että muiden tekijöiden ohella yön viiveys oli ollut omiaan vaikuttamaan siihen, etteivät heikosti vaateetut tytöt olleet yrittäneet paeta.

Korkeimmassa oikeudessa eriävän mielipiteensä esittänyt jäsen sen sijaan tulkitse tilannetta eri tavalla. Hän totesi lausunnossaan, ettei vastaaja ollut ensimmäisen yhdyntän jälkeen käyttänyt väkivaltaa tai uhkausta. Toinen tytöistä olisi näin ollen voinut esteettä paeta autosta sinä aikana, kun vastaaja oli sukupuoliyhteydessä toisen tytön kanssa. Eriävän mielipiteen esittäjäkin tosin totesi, että vallitsevat olosuhteet – syrjäinen paikka, vähäiset vaatteet, kylmyys ja pimeys sekä tukalassa tilanteessa oleva tyttöystävä – olivat mitä todennäköisemmin aiheuttaneet sen, että tyttö tunsi itsensä uhanalaiseksi ja pakotetuksi jäämään autoon ja alistumaan vastaajan tahtoon. Tästä syystä kumpikaan tytöistä ei tapahtumien kuluessa ollut yrittänyt paeta autosta. Eriävän mielipiteen esittänyt jäsen lähti siitä, että ensimmäinen sukupuoliyhteys täytti väkisinmakaamisen tunnusmerkistön. Toiseen tyttöön kohdistunutta tekoa hän ei sen sijaan pitänyt väkisinmakaamisena vaan vapautta loukkaavana haureutena sillä perusteella, ettei tapahtumien alkuvaiheen väkivaltaa ja uhkauksia voinut pitää väkisinmakaamissäännöksessä tarkoitettuna pakottamisena enää siinä vaiheessa, kun vastaaja oli sukupuoliyhteydessä toisen tytön kanssa.

Korkeimman oikeuden enemmistön kanta osoittaa sen, että tuolloinen väkisinmakaamissäännös mahdollisti myös tilannesidonnaisten seikkojen huomioonot-

29. Klaus Helminen: Rikoslain 20 luku uudistettu. Poliisimies 1971 s. 124–136 ja HE 6/1997 vp oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi s. 172. Ks. pakottavan vaaran vaatimuksesta myös *Utraiainen* 2013 s. 78–80.

tamisen arvioinnissa. Kuten asiassa esitetty eriävä mielipide osoittaa, tällainen tulkinta ei kuitenkaan ollut millään tavalla itsestäänselvyys. Tiukasti tulkittuna säännöksen saattoikin katsoa edellyttävän nimenomaan tekoa välittömästi edeltävää, pakottavaa väkivallan uhkaa.

Vuoden 1971 lain mukaan sellainen väkivallalla tai uhkauksella tapahtuva pakottaminen sukupuoliyhteyteen tai muuhun haureuteen, jossa ei ollut kyse väkisinmakaamisesta, tuli tuomittavaksi vapautta loukkaavana haureutena, joka oli selvästi väkisinmakaamista lievemmin rangaistava rikos (RL 20:2, 16/1971). Tämän säännöksen nojalla tulivat tuomittavaksi esimerkiksi henkilön tunnotoman tilan, vajaamielisyyden, sairauden tai muun heikkoudentilan hyväksikäyttäminen, miehiin kohdistuneet teot sekä pakottaminen sellaiseen haureuden harjoittamiseen, jossa ei ollut kyse sukupuoliyhteydestä. Säännös siis kattoi sellaisen seksuaalisen itsemääräämisoikeuden ja vapauden loukkaamisen, jossa ei joltain osin ollut kyse 20 luvun 1 §:ssä määritellystä väkisinmakaamisesta.³⁰

Vuonna 1994 väkisinmakaamista ja vapautta loukkaavaa haureutta koskevia säännöksiä muutettiin niin, että niitä voitiin soveltaa myös avioliitossa tehtyihin tekoihin (316/1994). Muutosta perusteltiin parisuhdetta koskevien käsitysten muuttumisella. Uudistuksen yhteydessä annetussa hallituksen esityksessä todettiin, ettei avioliitto vähennä saatikka poista puolisoiden seksuaalista itsemääräämisoikeutta, ja katsottiin, että tämän lähtökohdan oli perusteltua ilmetä myös rikoslainsäädännöstä. Samalla säännöstä muutettiin niin, ettei tekijän ja naisen välistä suhdetta mainittu enää lieventävänä perusteena. Hallituksen esityksessä todettiin, ettei avioliitto, muu pysyvä parisuhde tai seurustelu poista taikka vähennä osapuolten seksuaalista itsemääräämisoikeutta eivätkä tällaiset seikat siksi myöskään osoita seksuaalisen itsemääräämisen loukkaamisen vähäisyyttä.³¹

3.2. Vuoden 1998 uudistus: väkisinmakaamisesta raiskaukseen

Laajempi seksuaalirikossäännösten uudistus tehtiin rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä vuonna 1998 (563/1998). Tämän uudistuksen lähtökohdiksi otettiin yhtäältä seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaaminen ja toisaalta lasten suojaaminen seksuaaliselta hyväksikäytöltä. Lainsäädäntö muutettiin neutraaliksi sukupuolen ja seksuaalisen suuntautuneisuuden suhteen.³² Vuoden 1998 uudistuksen jälkeen 20 luvun seksuaalirikokset voidaan luokitella pakottamisrikoksiin (raiskaus, törkeä raiskaus, pakottaminen sukupuoliyhteyteen, pakottaminen seksuaaliseen tekoon), hyväksikäyttörikoksiin (mm. seksuaalinen

30. Helminen 1971 s. 127.

31. HE 365/1992 vp laiksi rikoslain väkisinmakaamista ja vapautta loukkaava haureutta koskevien säännösten muuttamisesta s. 3.

32. HE 6/1997 vp s. 161.

hyväksikäyttö, lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö, törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö) ja taloudellisiin hyväksikäyttörikkoksiin (mm. paritusrikkokset).³³

Seksuualirikoslainsäädännön uudistuksen jälkeen raiskauksen muista seksuaalirikoksista erottavaksi elementiksi muodostui se, että tekoon sisältyi sukupuoliyhteys ja että teossa käytettiin laissa määriteltyjä pakottamisen muotoja. Pakottamalla toteutettu seksuaalinen teko, johon ei sisällynyt sukupuoliyhteyttä, saattoi tulla tuomittavaksi pakottamisena seksuaaliseen tekoon (RL 20:4). Sukupuoliyhteys määriteltiin laissa sukupuolielimellä tapahtuvaksi tai sukupuolieliimeen kohdistuvaksi seksuaaliseksi tunkeutumiseksi toisen kehoon (RL 20:10). Sukupuoliyhteyden määritelmä pyrittiin aiemmasta poiketen määrittelemään sukupuolen ja sukupuolisen suuntautumisen suhteen neutraalilla tavalla.³⁴ Tapaukset, joissa tunkeudutaan peräaukkoon jollain muulla elimellä tai välineellä kuin sukupuolielimellä – esimerkiksi sormella tai esineellä – jäivät vielä tässä vaiheessa sukupuoliyhteyden määritelmän ulkopuolelle. Uudistus kuitenkin laajensi sukupuoliyhteyden määritelmää huomattavasti aiemmasta vaginaaliseen yhdyntään rajautuneesta määrittelystä.

Pakottamisen muotoina uudistetussa raiskaussäännöksessä mainittiin henkilön kohdistuvan väkivallan käyttäminen tai sillä uhkaaminen. Uhkaustekomuodosta poistettiin siis väkisinmakaamissäännöksessä ollut pakottavan vaaran vaatimus. Väkivaltaan tai sillä uhkaamiseen rinnastettiin tiedottomaksi tai puolustuskyvyttömäksi saattaminen sekä uutena muotona myös pelkotilaan saattaminen. Uudistuksen jälkeen raiskaussäännös kattoi siis tilanteet, joissa henkilö pakotettiin sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa, sekä tilanteet, joissa tekijä käytti toisen puolustuskyvyttömyyttä hyväkseen saatettuaan tämän tiedottomaksi tai pelkotilaan taikka muuhun sellaiseen tilaan, jossa henkilö oli kykenemätön puolustamaan itseään. Väkivallan uhan ei edellytetty olevan välitön, vaan säännöksen piiriin tulivat myös tilanteet, joissa uhkaus koski vastaisuudessa tehtävää väkivaltaa.³⁵ Puolustuskyvyttömyyden hyväksikäyttö tuli raiskauksena tuomittavaksi vain silloin, jos raiskausteon tekijä oli saattanut uhrin puolustuskyvyttömään tilaan. Tapaukset, joissa puolustuskyvyttömyys oli seurausta esimerkiksi sairaudesta, vammaisuudesta tai muusta heikkoudentilasta, tulivat tuomittavaksi seksuaalisena hyväksikäyttönä (RL 20:5).³⁶

33. *Jussi Matikkala*: Seksuaalirikokset. Teoksessa *Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg*: Keskeiset rikokset. Edita 2014 s. 109–183, s. 125–126.

34. HE 6/1997 vp s. 170, 172, 188.

35. HE 6/1997 vp s. 172.

36. Niemi-Kiesiläinen on kritisoinut sitä, että lainsäädännössä puolustuskykyä on pidetty ikään kuin on/off-tilana, kun käytännössä esimerkiksi päihtymys, mielisairaus tai muu heikkoudentila pikemminkin heikentää puolustuskykyä ja tahdonmuodostusta kuin poistaa sen kokonaan. (*Johanna Niemi-Kiesiläinen*: Mitä seksuaalirikoslaille halutaan suojella? Teoksessa *Päivi Honka-*

Pakottavan vaaran vaatimuksesta luopumisen taustalla oli näkemys, ettei teon kohteeksi joutuneelta henkilöltä voitu vaatia itsensä vaarantamista teon ehkäisemiseksi, vaan riittävää oli, että hän selvästi osoitti vastustavansa sukupuoliyhteyttä. Sanan ”pakottaminen” katsottiin riittävässä määrin ilmentävän sitä, että väkivallan tai väkivallan uhan tuli olla asteeltaan sellaista, että se riitti murtamaan toisen tahdon. Esitöissä korostettiin, että väkivallan ja uhan pakottavuutta arvioitaessa oli syytä kiinnittää huomiota paitsi siihen, kuinka voimakasta väkivaltaa käytetään tai kuinka vakavalla väkivallalla uhataan, myös teko-olosuhteisiin kokonaisuudessaan. Hallituksen esityksessä todettiin, että joissakin tapauksissa esimerkiksi uhatun mahdollisuus puolustaa itseään voi olla niin vähäinen, että melko lievälläkin väkivallalla uhkaaminen voi riittää hänen tahtonsa murtamiseen. Myöhemmin tehtävällä väkivallalla uhkaamisen katsottiin sen sijaan edellyttävän melko vakavan väkivallan uhkaa, jota uhatun oli olosuhteista johtuen vaikea torjua.³⁷

Uudistuksen jälkeen raiskauksen tekotapana mainittiin siis myös tekijän uhrissa aikaansaaman pelkotilan hyväksikäyttäminen. Esitöiden mukaan pelkotilalla tarkoitetaan sellaista tilaa, joka lamauttaa henkilön puolustuskyvyn joko sen vuoksi, että uhattu pitää puolustautumista liian vaarallisena tai ei pelkonsa vuoksi kykene toimimaan oman tahtonsa mukaisesti. Hallituksen esityksessä esimerkkinä mainittiin tilanne, jossa teon tekijä oli murtautunut teon kohteena olevan henkilön asuntoon ja saanut siten toisen sellaiseen pelkotilaan, että tämä alistui vastentahtoiseen sukupuoliyhteyteen, vaikkei varsinaista uhkausta esitettykään. Toisena esimerkkinä mainittiin autokyydin yhteydessä esiin noussut väkivallan uhka.³⁸ Säännöksen soveltamisen edellytykseksi ei asetettu sitä, että pelkotilaan tai muuhun puolustuskyvyttömään tilaan joutunut henkilö vastustaisi sukupuoliyhteyttä.³⁹

Vuoden 1998 muutoksen jälkeen lähtökohtana siis oli, ettei raiskauksen uhriksi joutuneen henkilön enää edellytetty ryhtyvän fyysiseen vastarintaan, vaan riittävää oli, että hän selkeästi ilmaisi vastustavansa sukupuoliyhteyttä. Uusi sääntely – etenkin pelkotilaan saattamista koskeva tunnusmerkki – myös mahdollisti tilanteen kokonaisarvioinnin. Edelleenkin arvioinnin lähtökohtana oli kuitenkin pakottamistoimi ja siihen liittyvän väkivallan tai uhkauksen aste eikä vapaasti

tukia – Johanna Niemi-Kiesiläinen – Sari Näre: Lähentelyistä raiskauksiin. Tyttöjen kokemuksia häirinnästä ja seksuaalisesta väkivallasta. Nuorisotutkimusverkosto 2000 s. 137–168, s. 160.)

37. HE 6/1997 vp s. 172–173.

38. Niemi-Kiesiläinen on huomauttanut, että nämä hallituksen esitykseen otetut esimerkit koskevat tuntemattoman tekijän tekemiä tekoja, kun käytännössä suurimmat ongelmat liittyvät kuitenkin pariskuntien, tuttavien, seurustelevien ja eroamassa olevien välillä tapahtuneisiin tekoihin. Esimerkeissä ei otetakaan kantaa esimerkiksi pitkäkestoisen perheväkivallan mahdollisesti aiheuttamiin pelkotiloihin. (Ks. tästä *Johanna Niemi-Kiesiläinen: Naisia, miehiä vai henkilöitä: seksuaalirikokset ja sukupuoli. Oikeus 1998 s. 4–19, s. 8.)*

39. HE 6/1997 vp s. 173.

annetun suostumuksen puuttuminen. Tätä osoittaa ennen kaikkea se, että tilanteita, joissa väkivaltaa tai uhkausta pidettiin vähäisenä, samoin kuin tilanteita, joissa sukupuoliyhteyteen painostaminen perustui muuhun kuin väkivallalla uhkaamiseen, arvioitiin raiskauksen sijaan lievemmin rangaistavana pakottamisena sukupuoliyhteyteen.⁴⁰

Esimerkiksi korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2013:96 teosta, jossa mies pakotti nuoren naisen sukupuoliyhteyteen työntämällä tämän makuuhuoneeseen ja istumalla tämän rintakehän päällä, syytettiin ja tuomittiin pakottamisena sukupuoliyhteyteen. Perusteena raiskaussyytettyä lievemmälle syytteelle oli väkivallan vähäisyys. Pakottamistunnusmerkin täyttymistä arvioidessaan korkein oikeus kuitenkin totesi uhrin tulleen pakotetuksi sukupuoliyhteyteen ja perusteli tätä näkemystään käytetyllä väkivallalla ja siitä seuranneella pelkötillä ja avuttomuudella. Tämä ristiriita väkivallan vähäisyyden ja pakottamistunnusmerkin täyttymisen välillä⁴¹ on sittemmin poistettu, kun väkivaltaa käyttäen toteutetut teot rajattiin pois raiskauksen lievemmin rangaistavan tekemuodon soveltamisalasta. Pakottamistunnusmerkki rajaa kuitenkin edelleenkin aivan vähäisen väkivallan pois raiskaussäännöksen soveltamisalasta. Hallituksen esityksessä nimittäin todetaan, että raiskauksessa on kysymys sukupuoliyhteyteen pakottamisesta ja sana ”pakottaminen” itsessään osoittaa, että käytetyn väkivallan (tai sen uhan) on oltava asteeltaan sellaista, että se riittää murtamaan toisen tahdon.⁴²

Anglosaksinen näkemys, jossa raiskauksen määrittelyn lähtökohtana on suostumuksen puuttuminen tai tahdonvastaisuus, ei näkynyt Suomen seksuaalirikoslainsäädäntöön 1900-luvulla tehdyissä uudistuksissa.⁴³ Kuten *Terttu Utraiainen* on todennut, kaikki raiskaussäännökseen tehdyt muutokset ovat kuitenkin osaltaan lisänneet suostumuksen merkitystä, vaikka suostumusproblematiikka ei näkynytkään lain valmistelussa tai perusteluissa ennen 2000-lukua.⁴⁴

3.3. Uudistukset 2000-luvulla: suostumusmallin torjuminen

Suomi allekirjoitti naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen (Istanbulin

40. Pakottamisessa sukupuoliyhteyteen uhkauksen tuli olla sillä tavoin todellinen, että se sai uhatun taipumaan sukupuoliyhteyteen. (HE 6/1997 vp s. 175.)

41. Ks. tästä *Niemi-Kiesiläinen* 1998 s. 9.

42. HE 216/2013 vp laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta s. 39, 57.

43. *Helena Jokila*: Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2010 s. 44–55, 61–62 ja *Utraiainen* 2013 s. 236–242. Jokila on väitöskirjansa teoreettisessa osassa käynyt laajasti läpi suostumusproblematiikkaa ja sitä koskevaa tieteellistä keskustelua. (*Jokila* 2010 s. 43–96.)

44. *Utraiainen* 2013 s. 238–242.

sopimuksen) toukokuussa 2011. Sopimuksen ratifiointitoimenpiteitä valmistelleen työryhmän mietintö valmistui vuonna 2013 ja sopimuksen kansallista voimaansaattamista koskeva hallituksen esitys vuonna 2014. Mietinnössä ja hallituksen esityksessä lähdettiin pitkälti siitä, etteivät sopimuksen kriminalisointivelvoitteet edellyttäneet lainsäädäntömuutoksia vaan olemassa olleet säännökset pääosin kattoivat sopimuksen asettamat kriminalisointivelvoitteet.⁴⁵

Työryhmämietinnössä todetaan, että Istanbulin sopimuksen 36 artikla velvoittaa sopimusvaltiot kriminalisoimaan kaikki toiseen henkilöön tahallisesti ilman tämän suostumusta kohdistettavat seksuaaliset teot. Mietinnössä kuitenkin korostetaan, ettei artikla edellytä kaikkien artiklassa mainittujen rikosten säätämistä rangaistavaksi nimenomaan raiskauksena. Mietinnössä lähdettiinkin siitä, että Suomen lainsäädäntö täytti tässä suhteessa yleissopimuksen vaatimukset, ja asia jätettiin raiskausrikossäännöksen uudistuksen yhteydessä pohdittavaksi.⁴⁶ Useissa työryhmämietinnöstä annetuissa lausunnoissa sen sijaan esitettiin, että suostumuksen puute tulisi ottaa raikkaussäännöksen keskeiseksi tunnusmerkiksi.⁴⁷

Istanbulin sopimuksen voimaansaattamisen yhteydessä mainittu raiskausrikossäännösten uudistus tehtiin vuonna 2014 (509/2014), ja tämän uudistuksen yhteydessä raikkaussäännös muotoiltiin uudelleen. Pakottamista sukupuoliyhteyteen koskenut säännös kumottiin ja teot, joissa henkilö muulla uhkauksella kuin väkivallalla uhkaamalla pakotetaan sukupuoliyhteyteen, otettiin osaksi raikkaussäännöstä – joskin vähemmän ankarasti rangaistavana tekemuotona.

RL 20:1, 509/2014: ”*Raiskaus*. Joka pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa, on tuomittava raiskauksesta vankeuteen vähintään yhdeksi ja enintään kuudeksi vuodeksi.

Raiskauksesta tuomitaan myös se, joka käyttämällä hyväkseen sitä, että toinen tiedottomuuden, sairauden, vammaisuuden, pelkotilan tai muun avuttoman tilan

45. Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietintö. Ulkoasiainministeriö 2013 s. 62–70 ja HE 155/2014 vp naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta, rikoslain 1 luvun 11 §:n muuttamisesta ja ulkomaalaislain 54 §:n muuttamisesta s. 49–55. Kevät Nousiainen ja Merja Pentikäinen ovat voimakkaasti kritisoineet tätä lainvalmistelussa omaksuttua kantaa. Ks. *Kevät Nousiainen – Merja Pentikäinen: Väkivallan vastaisen sopimuksen kivinen ratifointi Suomessa*. Oikeus 2013 s. 455–462.

46. Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietintö 2013 s. 64–65.

47. Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietintö, Lausuntotiivistelmä. Ulkoasiainministeriö 2013.

takia on kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, on sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan.

Jos raiskaus huomioon ottaen uhkauksen vähäisyys taikka muut rikokseen liittyvät seikat on kokonaisuutena arvostellen vähemmän vakava kuin 1 ja 2 momentissa tarkoitettut teot, rikoksentehtyjä on tuomittava vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi. Samoin tuomitaan se, joka muulla kuin 1 momentissa tarkoitettulla uhkauksella pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen. Mitä edellä tässä momentissa säädetään, ei sovelleta, jos raiskauksessa on käytetty väkivaltaa.

Yritys on rangaistava.”

Muista syistä kuin raiskausrikoksen tekijän toimista johtuva puolustuskyvyttömyys oli otettu raiskaussäännöksen piiriin vuonna 2011 tehdyllä lainmuutoksella (495/2011). Uudistusta perusteltiin sillä, ettei seksuaaliseen itsemääräämisoikeuteen kohdistuneen loukkauksen vakavuus välttämättä riipu siitä, onko tekijä aiheuttanut puolustuskyvyttömyyden vai ei. Hallituksen esityksessä korostettiin sitä, että uhri voi kokea puolustuskyvyttömyyden hyväksikäyttöön perustuvat teot yhtä loukkaavina kuin teot, joissa tekijä on aiheuttanut kyseisen puolustuskyvyttömyyden.⁴⁸ Säännöksessä mainitulla puolustuskyvyttömyydellä tarkoitetaan sitä, että asianomainen ei henkisen tai ruumiillisen esteen vuoksi pysty joko lainkaan tai ainakaan merkittävästi estämään toisen menettelyä. Lisäksi säännös kattaa tilanteet, jossa teon kohteena oleva henkilö on kyvytön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan.⁴⁹

Vuoden 2014 uudistuksessa sukupuoliyhteyteen pakottamista koskeva sääntely siirrettiin omasta pykälästään raiskaussäännöksen kolmanteen momenttiin, jossa säädetään raiskauksen lievemmin rangaistavasta tekemuodosta. Tätä lainkohtaa sovelletaan ensinnäkin silloin, kun raiskaus huomioon ottaen uhkauksen vähäisyys tai muut rikokseen liittyvät seikat on kokonaisuutena arvostellen vähemmän vakava kuin säännöksen 1 ja 2 momenteissa mainitut raiskausteot.⁵⁰ Lisäksi kyseistä kolmatta momenttia sovelletaan silloin, jos teossa on käytetty jotain muuta uhkaa kuin uhkaamista väkivallan käytöllä. Tämä lainkohta edellyttää aiemman sukupuoliyhteyteen pakottamista koskevan säännöksen tavoin, että uhkaus on sillä tavalla todellinen, että se saa teon kohteena olevan henkilön taipumaan uhkaukseen eli ryhtymään sukupuoliyhteyteen uhkaajan kanssa. Uhkauksen vaikuttavuuden arvioinnissa huomioonotettavina seikkoina esitöissä mainittiin mm. yleinen elämäkokemus ja osapuolten elämäntilanteeseen liit-

48. HE 283/2010 vp laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta s. 7.

49. HE 216/2013 vp s. 5.

50. Tähän liittyen oikeuskirjallisuudessa on kysytty, millainen voisi olla säännöksessä tarkoitettu vähemmän vakava uhkaus, koska uhkauksen tulee kuitenkin olla sellainen, että se riittää murtamaan uhrin tahdon. Ks. tästä *Minni Leskinen*: Raiskaus 2010-luvulla – Yhä vain väkisinmakaamista? Teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.): Sukupuolistunut väkivalta – Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017 s. 194–213, s. 206.

tyvät seikat. Kysymys voi olla esimerkiksi uhkaamisesta muulla kuin henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa sisältävällä rikoksella, mutta uhkauksen ei välttämättä tarvitse olla lainvastainen vaan toiminta, jolla uhataan, voi olla sinänsä lainmukaista.⁵¹

Uudistuksen myötä sukupuoliyhteyden määritelmää muutettiin niin, että se kattaa myös esineellä tai muulla ruumiinosalla kuin miehen sukupuolielimellä tehtävän seksuaalisen tunkeutumisen toisen peräaukkoon. Aiempi sukupuoliyhteyden määritelmä ei kattanut tällaista toimintaa, koska se edellytti teon tekemistä sukupuolielimellä tai kohdistumista sukupuolielimeen.

Uudistuksen yhteydessä pohdittiin myös mahdollisuutta muotoilla raiskaussäännös suostumuksen puuttumisen pohjalta. Hallituksen esityksessä todettiin, että raiskaussäännös on mahdollista muotoilla eri tavoin. Määrittelyn lähtökohtana voi olla – kuten Suomessa – se, että kriminalisoidaan tiettyjä keinoja käyttäen tai tietynlaisia olosuhteita hyväksikäyttäen tehdyt teot. Toinen, etenkin angloamerikkalaisille järjestelmille tyypillinen vaihtoehto on kriminalisoida teot, joille ei katsota annetun pätevää suostumusta. Hallituksen esityksessä korotettiin, että säännöksen kirjoittamistapa ei sinällään kerro siitä, millaiset teot käytännössä tulevat tuomituksi raiskauksena.⁵²

Hallituksen esityksessä nostettiin esiin monia suostumuksen puuttumismalliin liittyviä ongelmia. Esityksessä todettiin, että silloin, kun sääntely rakentuu suostumuksen puutteelle, aineellisen rikosoikeudellisen sääntelyn rinnalle on usein omaksuttu todistus oikeudellisiksi katsottavia säännöksiä pätevän suostumuksen olemassaolosta. Hallitus katsoi esityksessään, että Suomessa tällaiset säännöt olisivat vaikeasti yhdistettävissä vapaaseen todisteluun. Lainsäädännön muotoilemista nimenomaisesti annetun suostumuksen varaan rakentuvaksi pidettiin myös elämälle vieraana ratkaisuna, koska tosielämän tilanteissa nimenomaista suostumusta seksuaaliseen kanssakäymiseen ei välttämättä anneta. Hallitus myös korosti, että nimenomainen suostumus on voitu antaa tilanteessa, jossa suostumuksen antajan tahdonmuodostukseen on vaikutettu epäasiallisesti. Esityksessä nostettiin esiin myös se mahdollisuus, että suostumuksen puuttumisen varaan rakentuva tunnusmerkistö aiheuttaisi oikeudenkäynnissä lisääntyvässä määrin huomion kiinnittymistä asianomistajaan, kun hänen antamaansa suostumusta tai sen puutetta ja sitä kautta hänen käyttäytymistään teko hetkellä jouduttaisiin arvioimaan. Näillä perusteilla hallitus päätyi esittämään raiskaustunnuksmerkistön muotoilemista jatkossakin niin, että tunnusmerkistössä mainitaan teossa käytettävät keinot tai hyödynnettävät olosuhteet.⁵³

Perustuslakivaliokunta totesi kyseisestä hallituksen esityksestä antamassaan lausunnossa, että suostumuksen puuttumisen perustuva kirjoittamismalli ko-

51. HE 216/2013 vp s. 9, 57.

52. HE 216/2013 vp s. 37.

53. HE 216/2013 vp s. 37–38.

rotaisi raiskauksen luonnetta seksuaalisen itsemääräämisoikeuden ja ihmisoikeuksien loukkauksena, ja totesi, että tulevissa uudistuksissa olisi syytä arvioida mahdollisuudet kehittää raiskauksen tunnusmerkistöä tähän suuntaan.⁵⁴ Lakivaliokunta ei kuitenkaan pitänyt aiheellisena muuttaa raiskaustunnusmerkistöllä hallituksen esityksessä esitetystä ja säännös hyväksyttiin tältä osin hallituksen esityksen mukaisena.⁵⁵ Näin ollen pakottaminen säilyi raiskauksen määrittelyn lähtökohtana.

4. Johtopäätökset – Miten tästä eteenpäin?

Raiskauksen määrittelyn uudistaminen on ollut viime vuosina ajankohtainen kysymys myös Saksassa. Saksan rikoslainsäädännön kehitys on Suomenkin kannalta kiinnostava asia, sillä Saksa on ollut keskeinen esimerkki ja vaikuttaja Suomen rikoslakia laadittaessa ja uudistettaessa.⁵⁶ Vuonna 2016 toteutettua uudistusta edeltäneellä Saksan raiskaussäännöksellä oli paljon yhteisiä piirteitä Suomessa ennen 1990- ja 2000 -lukujen uudistuksia voimassa olleen raiskauksen määrittelyn kanssa. Raiskaus määriteltiin nimittäin teoksi, jossa tekijä pakotti uhrin seksuaaliseen toimintaan väkivalloin tai käyttämällä hengen- tai terveydenvaaran sisältänyttä uhkausta. Lisäksi säännös kattoi tilanteet, joissa tekijä käytti hyväkseen uhrin sellaista turvatonta tilaa, johon hän oli itse uhrin saattanut. Myös säännöksen uudistaminen näytti alun perin muodostuvan samantyyppiseksi kuin Suomessa: lainsäädännössä olleita aukkoja lähdettiin tukkimaan täydentämällä olemassa ollutta säännöstä. Saksassa lainsäädännön aukot liittyivät esimerkiksi pelkotilan hyväksikäyttöön ja tilanteisiin, joissa uhri ei tilanteen yllättävyyden vuoksi ehtinyt tai pystynyt vastustamaan tekoa.⁵⁷ Lakiehdotus koh-

54. PeVL 6/2014 vp s. 5.

55. LaVM 4/2014 vp s. 3–4.

56. Toinen keskeinen vaikuttajamaa on ollut Ruotsi, jossa suostumuksen puutteen pohjalle rakentuva raiskauksen määrittelymalli torjuttiin vuoden 2013 seksuaalirikoslainsäädännön uudistuksessa. (Regeringens proposition 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftningen s. 18–24.) Ks. aiheesta Ruotsissa käydystä keskustelusta esim. *Ulrika Andersson: Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd*. Bokbox 2004; *Madeleine Leijonhufvud: Samtyckesutredningen, Lagskydd för den sexuella integriteten*. Thomson Förlag 2008 ja *Petter Asp: Sex och samtycke*. Iustus 2010.

57. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung. Deutscher Bundestag 25.4.2016, Drucksache 18/8210.

tasi kuitenkin voimakasta kritiikkiä. Ehdotetun kaltaisena uudistuksen katsottiin jäävän puolitiehen ja luovan uusia aukkoja rangaistavuuteen.⁵⁸

Lainsäädäntöprosessin kuluessa uudistuksen lähtökohtaa muutettiin esitetyn kritiikin perusteella ja suostumuksen puuttuminen otettiin raiskauslainsäädännön määrittelyn perustaksi. Seksuaalirikoslainsäädännön lähtökohdaksi otettiin ns. ”*ei tarkoittaa ei*” -malli (”*Nein-heißt-Nein*”). Uudistetun lain mukaan arvioinnissa on lähtökohtaisesti olennaista se, onko seksuaalinen teko – raiskauksen ollessa kyseessä sukupuoliyhteys tai siihen rinnastettava seksuaalinen teko – tehty vastoin teon kohteena olevan henkilön havaittavissa olevaa tahtoa (*gegen den erkennbaren Willen*) (StGB § 177). Lähtökohtana siis on, ettei sääntely enää edellytä uhrin tahdon murtavaa pakottamista, vaan riittävää on, että uhrin tahto on tilanteessa tunnistettavissa ja tekijä toimii sen vastaisesti. Tahto on voitu ilmaista nimenomaisesti tai konkludenttisesti ja sen tunnistettavuutta arvioidaan objektiivisesti.⁵⁹

Uhrin tahdon vastaisten seksuaalisten toimien ohella rangaistavaksi on säädetty seksuaalisten tekojen kohdistaminen henkilöön, jolla ei ole kykyä tahdonmuodostukseen tai sen ilmaisemiseen, sekä tilanteet, joissa henkilön kyky on hänen fyysisen tai psyykkisen tilansa vuoksi huomattavasti rajoittunut, eikä tekijä ole varmistanut henkilön suostumuksen olemassaoloa. Rangaistaviksi on säädetty myös tilanteet, joissa tekijä on käyttänyt hyväkseen teon yllättävyyttä taikka olosuhteita, joissa teon vastustamisesta uhkaa aiheutua uhrille tuntuvaa haittaa. Rangaistavaa on myös se, jos tekijä pakottaa uhrin seksuaaliseen tekoon vakavaa haittaa tarkoittavalla uhkauksella. Väkivallalla taikka henkeen tai terveyteen kohdistuvalla uhkauksella toteutetut teot samoin kuin teot, joissa henkilö on tekijän toimesta saatettu turvattomaan tilaan, ovat perustekomuotoja ankaremmin rangaistavia. (StGB § 177.)

Kun suomalaisissa esitöissä suostumuksen puuttumiseen liittyvää mallia vastaan esitettyjä varauksia tarkastellaan edellä kuvattujen kansainvälisten ja Saksan lainsäädännön muotoilujen valossa, voidaan havaita, etteivät ainakaan kaikki esitetyt argumentit ole täysin vakuuttavia. Esimerkiksi esitöissä esitetyt arviot siitä, kuinka suostumuksen puutteen ottaminen lainsäädännön lähtökohdaksi mahdollisesti muuttaisi raiskaus oikeudenkäyntien luonnetta, voidaan kyseenalaistaa. Raiskaustunnusmerkistön voidaan jo nykyiselläänkin katsoa edellyttävän suostumuksen puutetta, sillä säännöksen pakottamiseen ja puolustuskyvyttömyyden hyväksikäyttöön viittaavat elementit sulkevat käsitteellisesti pois suostumuksen

58. Unterrichtung durch die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung – Drucksache 18/8210. Deutscher Bundestag 1.6.2016, Drucksache 18/8626.

59. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss). Deutscher Bundestag 6.7.2016, Drucksache 18/9097.

olemassaolon.⁶⁰ Tuomioistuimissa on siksi tähänkin asti kiinnitetty huomiota myös uhrin toimintaan, kun on arvioitu suostumuksen olemassaoloa tai tekijän mahdollista erehtymistä suostumuksen olemassaolosta.⁶¹ Tällöin vastaan tulee väistämättä vaikeitakin näyttökysymyksiä ja usein näytön arvioinnissa on kyse ennen kaikkea osapuolten kertomusten uskottavuuden arvioinnista.⁶²

Kuten *Vilja Hahto* on väitöskirjassaan todennut, selvää pitäisi olla, etteivät sellaiset seikat kuin uhrin humalatila, flirttailu, seksikäs pukeutuminen tai jatkoille lähteminen anna aiheutta olettama uhrin antaneen suostumusta yhdyntään. Uhrin aikaisemmin harjoittama seksuaalinen kanssakäyminen ei myöskään kerro mitään siitä, oliko hän käsiteltävänä olevassa tilanteessa suostunut sukupuoliyhdyntään.⁶³ Nämä nykylainsäädäntöä koskevat johtopäätökset pitäisivät yhtä lailla paikkansa, vaikka suostumuksen puute olisi raiskauksen määrittelyn nimenomaisena lähtökohtana. Hallituksen esityksessä mainitut erityiset todistusoikeudelliset säännöksetkään eivät näin ollen vaikuta kovin tarpeellisilta, sillä tuomioistuinten tulee jo yleisten todistusoikeudellisten säännösten perusteella evätä asiaan vaikuttamatonta seikkaa koskeva tai muuten tarpeeton näyttö (OK 17:8).

Kevät Nousiainen ja *Merja Pentikäinen* ovatkin todenneet, että tuomarin asianmukaisen prosessijohdon avulla on mahdollista rajata asiaankuulumaton uhrin seksuaalisen kokemusten käsittely prosessin ulkopuolelle.⁶⁴ Ei olekaan perusteltua syytä olettaa, että huomiota olisi tarpeen nykyistä enempiä kiinnittää uhrin käyttäytymiseen. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen korostama kontekstisensitiivinen lähestymistapa ilmentää suorastaan päinvastaista kehitystä, jossa huomiota kiinnitetään uhrin toiminnan sijaan tapahtumaolosuhteisiin kokonaisuudessaan.

Kuten edellä on todettu, hallituksen esityksessä lainsäädännön muotoilemista nimenomaisesti annetun suostumuksen varaan rakentuvaksi pidettiin elämälle vieraana ratkaisuna, koska tosielämän tilanteissa nimenomaista suostumusta seksuaaliseen kanssakäymiseen ei välttämättä anneta.⁶⁵ Vaikka sukupuoliyhtey-

60. *Vilja Hahto*: Uhrin myötävaikutus ja rikoksenteikijän vastuu – Rikos- ja vahingonkorvaus oikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Edita 2004 s. 155, 242–243.

61. Hahto on väitöskirjassaan käsitellyt sitä, miten uhuriin liittyvät seikat ovat vaikuttaneet suostumuksen olemassaoloa ja suostumusta koskevaa erehdystä koskevaan arviointiin raiskaus oikeudenkäynneissä. (*Hahto* 2004 s. 467–515.) Ks. myös esim. *Helena Jokila*: Uskottava raiskauksen uhri todistusharkinnassa. Teoksessa Sari Näre – Suvi Ronkainen (toim.): Paljastettu intiimi. Sukupuolistuneen väkivallan dynamiikkaa. Lapin yliopistokustannus 2008 s. 405–446 ja *Miia Ylikulju*: Raiskauksen toteennäyttäminen oikeudenkäynnissä. Teoksessa Niemi – Kainulainen – Honkatukia (toim.) 2017 s. 232–249, s. 243–248.

62. *Hahto* 2004 s. 473–478 ja *Ylikulju* 2017 s. 233.

63. *Hahto* 2004 s. 483–495, 514–515.

64. *Nousiainen – Pentikäinen Oikeus* 2013 s. 458–459.

65. HE 216/2013 vp s. 37–38.

teen suostumusta ei nimenomaisesti sanoiksi puettaisikaan, voitaneen lähteä siitä, että suostumuksen olemassaolo tai sen puute yleensä tulee seksuaalisen kanssakäymisen aikana tavalla tai toisella ilmaistuksi.⁶⁶ Tämän ilmaisun toteennäyttämisen on sitten toinen kysymys. Selvää on, että tunnusmerkistön muotoilutavasta riippumatta raiskausrikokset ovat usein vaikeasti toteennäytettävää rikoksia.⁶⁷

Hallituksen esityksessä esiin nostettu mahdollinen epäasiallinen vaikuttaminen uhrin tahdonmuodostukseen on asia, joka on tarpeen ottaa huomioon raiskaussäännöstä muotoiltaessa ja sovellettaessa. Vaikka suostumuksen puute valittaisiin raiskauksen määrittelyn lähtökohdaksi,⁶⁸ raiskauksen määritelmä ei voi tyhjentyä vain suostumuksen puutteeseen vaan huomioon tulee ottaa myös tilanteet, joissa henkilö ei jostain syystä ole kykenevä antamaan pätevää suostumusta. Suostumus voi olla pätevä vain, jos sen on antanut mm. iältään, terveydentilaltaan ja kehitystasoltaan suostumuskelpoinen henkilö. Lisäksi, jotta kyseessä olisi pätevä suostumus, sen tulee myös olla vapaaehtoisesti annettu.⁶⁹

Nämä suostumusopin yleiset lähtökohdat pätevät myös raiskaussäännöstä sovellettaessa. Vaikka tilanteet, joissa uhrin tahdonmuodostukseen on vaikuttettu epäasiallisesti, tulisivat monilta osin rangaistavuuden piiriin jo siksi, etteivät pätevän suostumuksen ehdot täyty, on erilaiset pakottamisen ja painostuksen muodot tarpeen kirjata myös nimenomaisesti osaksi raiskaustunnusmerkistöä. Sama koskee tilanteita, joissa henkilö on henkilökohtaisten ominaisuuksiensa tai olosuhteiden vuoksi kykenemätön antamaan aitoa ja pätevää suostumusta.

Suomen seksuaalirikoslainsäädännössä ei ole samassa määrin aukkoja rangaistavuudessa kuin Saksan lainsäädännössä oli ennen vuoden 2016 uudistusta. Osa raiskaustyyppisistä teoista tulee kuitenkin tuomittavaksi raiskauksen sijasta esimerkiksi seksuaalisena hyväksikäyttönä (RL 20:5), joka on raiskausta lievemmin rangaistava teko. Lievempää suhtautumista on vaikea perustella, koska kyse on teoista, jotka on toteutettu valta-asemaa hyväksikäyttäen ja joiden kohteena ovat haavoittuvassa asemassa olevat henkilöt.⁷⁰ Koska raiskaussäännöksen antamaa suojaa rajaa se, katsotaanko teon kohteena olevan henkilön olevan puo-

66. Ks. tästä myös *Leskinen* 2017 s. 208–209.

67. Jokila onkin todennut, että raiskaussäännösten tulkinta- ja todisteluongelmat ovat samanlaisia Suomessa ja common law -maissa, vaikka lakitekniset ratkaisut ovat erilaisia. Tietyt lakitekni- sen mallin valinta ei siksi ratkaisekaan raiskausioikeudenkäyntien näyttöongelmia. (*Jokila* 2010 s. 270.)

68. Vrt. feministiset näkemykset, joissa on korostettu suostumustulkintojen sidonnaisuutta valta- rakenteisiin ja patriarkaaliseen ideologiaan ja sillä perusteella kyseenlaistettu yksilökeskeisen suostumusrvioinnin soveltuvuus raiskaussääntelyn perustaksi. Suostumuksen sijaan raiskaussääntelyn perustaksi onkin tässä feministisessä keskustelussa tarjottu mm. sosiaalisesti rakentunutta autonomiaa, seksuaalista integriteettiä ja luottamuksensuojaa. (*Jokila* 2010 s. 71–96, 296.)

69. *Hahto* 2004 s. 247–248.

70. Ks. tästä mm. *Niemi-Kiesiläinen* 1998 s. 15 ja *Leskinen* 2017 s. 199–205.

lustuskyvytön taikka kyvytön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, ei ole myöskään aivan selvää, milloin lapsen seksuaaliseen hyväksikäyttöön syyllistynyt henkilö tulisi tuomita hyväksikäyttörikoksen ohella myös raiskauksesta tai törkeästä raiskauksesta.⁷¹

Sillä, mistä rikoksesta henkilö tuomitaan, on merkitystä muutenkin kuin vain rangaistuksen määrittämisen kannalta. Kuten hallituksen esityksessäkin todetaan, raiskaus-nimikkeellä on vahva symboliarvo, joka kertoo teon erityisestä paheksuttavuudesta.⁷² Nyt valittu lainsäädäntöratkaisu kertoo kiinnittäytymisestä vanhakantaiseen ajatteluun, jossa raiskaus nähdään ennen kaikkea väkivaltaa tai väkivallan uhkaa käyttäen toteutetuksi teoksi, eikä muuta tahdonvastaista sukupuoliyhdyntää pidetä yhtä vakavana rikoksena.

Key challenge in defining rape: by force or without consent?

MINNA KIMPIMÄKI, LL.D., Professor, University of Lapland

The main issue considered in the article is the development of the definition of rape in the context of international criminal law, human rights law and Finnish national criminal law during the past few decades. The primary question is whether Finnish legislation has kept up with international and European development. In international criminal law and in human rights law, the definition of rape has evolved to a concept that aims to cover several different forms of rape, *i.e.*, not just acts committed by force but also other forms of non-consensual sexual intercourse. What is common for the definitions adopted at the international and at the European level is the context-sensitive approach. These definitions are based on the fact that circumstances can be compelling for the victim even if explicit force or threat of force has not been used. Finnish legislation on sexual offences has been amended several times during the past decades. However, the matter of whether the concept of rape should cover all non-consensual sexual intercourse was first considered by the legislator only after the adoption of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention). The definition of rape was amended in 2014, but the legislator chose not to use lack of consent as a basis for the definition. The outcome is that Finnish rape legislation still somewhat overemphasises acts committed by force or by threat of force. Therefore it seems that the Finnish legislator does not consider other forms of non-consensual sexual intercourse – for instance the abuse of vulnerable persons – as reprehensible as rape that is committed by force.

71. Ks. tästä *Utraiainen* 2013 s. 242–244.

72. HE 216/2013 vp s. 40. Myös ICTY on Furundžija-ratkaisussaan kiinnittänyt huomiota siihen erityiseen stigmaan, joka raiskaustuomioon liittyy. (Furundžija 10.12.1998, 179,184.)

Niklas Vainio



Lakimies
6/2017
s. 813–837

Viestinnän yksityisyyden suojan turvallisuusperusteinen rajoittaminen perustuslakivaliokunnan käytännössä

HAKUSANAT: valtiosääntöoikeus, luottamuksellisen viestin salaisuus, henkilötietojen suoja, telepakkokeinot, perustuslakivaliokunta, turvallisuus

1. Johdanto

Viestinnän siirtyminen sähköisiin välineisiin 1990-luvulta lähtien on nostanut yksityisyyteen liittyvät kysymykset esille aivan eri mittakaavassa kuin aiempina vuosikymmeninä. Terrorismin ja vakavan rikollisuuden torjunnan tarkoituksessa on esimerkiksi alettu ennakoivasti kerätä viestintä-, matkustus- ja henkilötietoja merkittävästi aiempaa laajemmin. Samaan aikaan on tapahtunut perus- ja ihmisoikeuksien sääntelyssä voimakasta kehitystä. Näiden kahden kehityslinjan välillä on noussut esiin vahvoja jännitteitä ennen kaikkea eurooppalaiseen turvallisuussääntelyyn liittyen. Suomalaisen keskustelun viimeisin käänne on Sipilän hallituksen valmisteleva tiedustelulakipaketti, joka laajentaisi luottamuksellisen viestin suojan rajoittamisedellytyksiä kansallisen turvallisuuden alueelle.¹

Artikkelissani tarkastelen sitä, kuinka eduskunnan perustuslakivaliokunta on arvioinut viestinnän yksityisyyden suojaa koskevia turvallisuudella perusteltuja esityksiä. Tutkimuksen pääasiallisena kohteena ovat telepakkokeinoja (teknistä tarkkailua lukuun ottamatta) ja niiden lähi-ilmioita, kuten teletunnistetietojen säilyttämisvelvollisuutta, koskevat keskeiset doktrinaaliset linjaukset. Tarkastelun ulkopuolelle olen rajannut erityiskysymykset, kuten ylimääräisen tiedon hyödyntämisen. Viestinnän muodoista päähuomioni on sähköisessä viestinnässä, jonka piiriin kuuluvat esimerkiksi puhelut, sähköpostit, tekstiviestit, sosiaalisen median viestit ja Internet-tiedonhaku. Myös perustuslakivaliokunnan viimeaikainen käytäntö on kohdistunut pääosin sähköiseen viestintään.

* *Niklas Vainio*, OTM, FM, tohtorikoulutettava, Turun yliopisto. Tutkimus on toteutettu Suomen Akatemian rahoittamassa tutkimushankkeessa Yksilön oikeudet ja lailla säädetty turvallisuus (rahoituspäätös no. 303844) ja osana hanketta Reconfiguring Privacy (HY).

1. Luottamuksellisen viestin salaisuus: Perustuslakisääntelyn tarkistaminen. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 41/2016. Tätä kirjoitettaessa hallitus ei ole antanut lakiesityksiä tiedustelulaista tai niihin liittyvästä perustuslain muutoksesta.

Artikkelin tutkimuskysymyksenä on: millä tavoin perustuslakivaliokunnan viestinnän yksityisyyden turvallisuusperusteista rajoittamista koskeva tulkintakäytäntö on muotoutunut ja mitkä käsitteelliset tekijät ja argumentaatorakenteet ovat siihen vaikuttaneet?

Viestinnän yksityisyyden suojalla viitataan siihen perusoikeuskokonaisuuteen, jonka muodostavat perustuslain (731/1999) 10 §:n 2 momentissa suojattu luottamuksellisen viestin salaisuus, saman pykälän 1 momentissa suojattu henkilötietojen suoja sekä myös 1 momentissa suojattu yksityiselämän suoja. Luottamuksellisen viestin salaisuutta koskeva perusoikeus turvaa yksityisluontoisen, luottamukselliseksi tarkoitetun viestin säilymistä yksityisenä. Viestintään kuitenkin liittyy aina tunnistetietoja, jotka ovat luonteeltaan perustuslain 10 §:n 1 momentissa tarkoitettuja henkilötietoja. Nämä tunnistetiedot voivat paljastaa henkilön viestinnästä seikkoja, jotka ovat 1 momentin tarkoittaman yksityiselämän suojan turvaamisen kannalta yhtä merkittäviä kuin varsinainen viestinnän sisältö. *Turvallisuusperusteella* viitataan sellaisiin perusoikeusrajoituksiin, joita on perusteltu tarpeella suojata kollektiivista tai yksilöllistä turvallisuutta tai vetoamalla rikosten torjumisen, tutkimisen, selvittämisen ja syytteen asettamisen intressiin.

Artikkelin aluksi tarkastelen turvallisuuden käsitettä ja henkilökohtainen turvallisuus -perusoikeudesta käytyä keskustelua. Sitten tarkastelen luottamuksellisen viestin salaisuuden rajoituksia koskevan opin rakentumista valiokunnan käytännössä. Tämän jälkeen tutkin valiokunnan tapaa arvioida viestinnän yksityisyyden rajoituksia tietosuojakysymyksinä. Lopuksi esitän joitain kriittisiä huomioita valiokunnan doktriinista.

2. Turvallisuus perustuslain käsitteistössä

2.1. Turvallisuuskäsitteet ja -käsitteet

Turvallisuus on kiistanalainen käsite. *Baldwinin* abstraktia luonnehdintaa mukaillen turvallisuutta voi sanoa olevan ”vakiintuneiden arvojen toteutumiseksi aiheutuvan vahingon matala todennäköisyys”.² Käsite on kuitenkin semanttisesti tyhjä, eikä siitä itsestään voi johtaa niitä arvoja, joille annettaisiin erityinen asema. Perustuslain säännökseen sijoitettu turvallisuuden käsite oikeastaan vain varaa paikkaa niille merkityksille, jotka sille myöhemmissä poliittisissa ja

2. David A. Baldwin: The concept of security. Review of International Studies Vol. 23:1–2 (1997) s. 5–26, s. 13: ”A low probability of damage to acquired values”.

oikeudellisissa määrittelykamppailuissa annetaan.³ *Turvallistamisella* (securitization) tarkoitetaan prosessia, jossa jokin ilmiö onnistuneesti esitetään uhkana yhteisön tärkeille arvoille siten, että näiden arvojen suojelemiseksi on hyväksyttävää poiketa tavanomaisista säännöistä tai rajoittaa perusoikeuksia.⁴ Turvallisuuskäsite saakin konkreettisemmän muodon kilpailevina turvallisuuskäsityksinä. *Perinteinen turvallisuuskäsitys* korostaa pelon ja fyysisen uhan poissaoloa. ”Kansallisen turvallisuuden” kontekstissa tämän käsityksen ytimessä on valtion tai kansakunnan olemassaoloon kohdistuvien uhkien torjuminen.⁵ Yksilötasolla perinteisen turvallisuuskäsitteen voi ajatella tarkoittavan suojaa yksilöön kohdistuvalta väkivallalta.

Laaja turvallisuuskäsitys sisällyttää turvallisuuskäsitteen piiriin monia arvoja, joita perinteinen turvallisuuskäsitys ei ole pitänyt turvallisuuskysymyksinä. Tällaisia ovat esimerkiksi taloudelliset, yhteiskunnallis-sosiaaliset ja ympäristöuhat.⁶ Laaja turvallisuuskäsitys korostaa muun muassa köyhyyteen, terveyteen, ympäristöön ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen liittyviä turvallisuusuhkia. Kun laaja turvallisuuskäsitys painottaa aiempaa enemmän yksilön intressejä, turvallisuus alkaa käsitteenä saada yksilöllisen oikeuden piirteitä. Näin turvallisuuden takaaminen liittyy osaksi laajempaa ihmisoikeuksien suojaamista koskevaa diskurssia. Mitä laajempi on turvallisuuskäsityksen ala, sitä useammin perusoikeusrajoitusta on mahdollista perustella turvallisuusperusteella.⁷ Tästä seuraa, että turvallisuuteen vetoaminen on yhä vähemmän poikkeus ja yhä enemmän pääsääntö.

2.2. Turvallisuuskäsitteet valiokunnan käytännössä

Perustuslaissa ja sen tulkintakäytännössä turvallisuuden käsite esiintyy useassa eri roolissa. Perustuslain tekstissä käsite esiintyy 7 §:ssä oikeutena ”henkilökohtaiseen turvallisuuteen”. Perustuslain 10 §:n 3 momentissa ”yksilön tai yhteiskunnan turvallisuus” puolestaan toimii luottamuksellisen viestin salaisuuden rajoitusperusteena. Lisäksi turvallisuus esiintyy valiokunnan lausuntokäytännössä

3. *Jodi Dean: Anticipating Homeland Security. Communication and Critical/Cultural Studies Vol. 4:2 (2007) s. 205–210, s. 206.*

4. *Barry Buzan – Ole Wæver – Jaap de Wilde: Security: A New Framework for Analysis. Lynne Rienner Publishers 1998 s. 23–24.*

5. *Jens Kremer: Exception, protection and securitization: security mindsets in law. Teoksessa Massimo Fichera – Jens Kremer (eds.): Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution. Intersentia 2013 s. 7–38, s. 11.*

6. *Ibid. s. 15.*

7. *Ibid. s. 17.*

perusoikeusrajoituksia oikeuttavana kollektiivisena intressinä muun muassa muodossa ”yleinen järjestys ja turvallisuus”.⁸

Oikeus henkilökohtaiseen turvallisuuteen lisättiin perustuslakiin perusoikeusuudistuksessa. Vanhan hallitusmuodon (94/1919) 6 §:n mukaan kansalaiset oli kyllä turvattu ”hengen, kunnian, henkilökohtaisen vapauden ja omaisuuden puolesta”, mutta hallitusmuoto ei puhunut henkilökohtaisen turvallisuuden suojasta. Säännöksen esikuvana toimi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 5 artikla, jonka mukaan jokaisella on ”oikeus vapauteen ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen” (right to liberty and security of person). Ihmisoikeussopimuksen säätämisvaiheessa henkilökohtaisen turvallisuuden käsite on ymmärretty yhteydessä kieltoon vangita ketään ilman lakiin perustuvaa syytä, mitä 5 artikla muilta osin käsittelee.⁹ Oikeuden henkilökohtaiseen turvallisuuteen on ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännössä katsottu olevan epäitsenäinen oikeus ja liittyvän kiinteästi artiklan päätarkoitukseen eli mielivaltaisen vapaudenriiston kieltoon.¹⁰ Tuori tulkitsee 5 artiklan oikeuden henkilökohtaiseen turvallisuuteen yksilön oikeudeksi erotuksena ”yleisen järjestyksen ja turvallisuuden” kaltaisista kollektiivisista hyvistä.¹¹ Hän katsoo tämän oikeuden vaikutusalueeksi ennen kaikkea julkisen vallan ja yksityisen välisen vertikaalisuhteen.¹²

Kuten Tuori on todennut, pian perusoikeusuudistuksen jälkeisessä käytännössään perustuslakivaliokunta alkoi eräissä pakkokeinoja ja yksityisten järjestyksenvalvojen toimivaltuuksia koskevissa lausunnoissaan (PeVL 20/1997 vp, PeVM 13/1998 vp ja PeVL 44/1998 vp) etäännyttyä edellä mainituista ihmisoikeussopimuksen lähtökohdista. Oikeuden epäitsenäisestä luonteesta luovuttiin: se muuttui tarkoittamaan kollektiivista turvallisuutta yleisen järjestyksen ja turvallisuuden merkityksessä, ja sen vaikutusalaksi tulivat ensisijaisesti yhteiskunnan jäsenten väliset horisontaalisuhteet.¹³ Myöhemmässä käytännössä tulkinnat ovat kuitenkin tasapainottuneet eikä oikeudelle henkilökohtaiseen turvallisuuteen ole annettu enää yhtä vahvaa merkitystä.¹⁴

Henkilökohtainen turvallisuus -argumentilla on ollut vähäinen merkitys viestinnän yksityisyyttä koskevassa perustuslakivaliokunnan käytännössä. Lau-

8. Tämän ilmauksen kautta määritellään myös poliisin tehtäväkenttä poliisilain 1 §:n 1 momentissa.

9. European Commission of Human Rights, Preparatory Work on Article 5 of the European Convention on Human Rights, 8 elokuuta 1956 (DH (56) 10) s. 3–12.

10. *Kaarlo Tuori*: Yleinen järjestys ja turvallisuus – perusoikeusko? *Lakimies* 1999 s. 920–931, s. 922.

11. *Ibid.* s. 922–923.

12. *Ibid.* s. 923. Laveamman alan hyväksyvistä tulkinnoista ks. *Tuomas Metsäranta*: Poliisin salaiset tiedonhankintakeinot ja yksityiselämän suoja. Turun yliopisto 2015 s. 88–91 ja siinä viitattu kirjallisuus.

13. *Tuori* LM 1999 s. 925–926.

14. *Kari Bruun*: Turvallisuus perus- ja ihmisoikeutena. *Oikeus* 2016 s. 245–259, s. 253. Ks. kuitenkin PeVL 59/2006 vp ja PeVL 61/2010 vp.

sunnossaan PeVL 24/2001 vp valiokunta hyväksyi perustuslain 7 §:ään vedoten matkapuhelimen sijaintitiedon luovuttamisen viranomaiselle silloin, kun liittymän käyttäjän voidaan perustelluin syin uskoa olevan hädässä tai vaarassa. Perusoikeusrajoitus kytkettiin siis konkreettiseen tilanteeseen, jossa uhka koski yksittäistä henkilöä. Argumentti on ollut esillä myös vanhaa ja uutta poliisilakia arvioitaessa (PeVL 5/1999 vp ja PeVL 67/2010 vp). Molempien lausuntojensa yleisperusteluissa valiokunta totesi, että ”perusoikeusjärjestelmässä kysymys on ääritapauksissa henkilökohtainen turvallisuus -perusoikeuden suojaamisesta. Tällaisen vahvan intressin olemassaolon on yleensä katsottu muodostavan sellaisen perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävän syyn, joka valtiosääntöoikeudellisessa merkityksessä oikeuttaa perusoikeuden rajoittamisen, jos muutkin yleiset rajoittamisedellytykset ovat käsillä.” Henkilökohtainen turvallisuus esitettiin siis yleisenä oikeutuksena poliisin vallalle ja pakkokeinoille, joskaan yksityiselämän suojaan liittyviin rajoituksiin, kuten telepakkokeinoja koskevien säännösten arviointiin, sitä ei ole suoraan liitetty.

Yksityiselämän suojan alalla rajoituksia on perusteltu kollektiiviseksi intressiksi ymmärretyllä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsitteellä. Esimerkiksi Schengenin tietojärjestelmää koskevassa lausunnossaan perustuslakivaliokunta piti hyväksyttävänä tietojärjestelmän perustamisen perusteena ja rekisteröinnin tavoitteena ”yleisen järjestyksen ja turvallisuuden sekä valtion turvallisuuden ylläpitämistä ja henkilöiden vapaasta liikkumisesta Schengen-alueen sisäpuolella aiheutuvien turvallisuusriskien ja muiden epäkohtien vähentämistä” (PeVL 14/1998 vp 3/I). Poliisilaista periytyvä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsite on alaltaan ymmärretty hyvin laajasti sisältäen muun muassa kaikenlaisten rikosten torjunnan ja selvittämisen.

Telepakkokeinoja koskevassa käytännössään valiokunta on nojautunut perustuslain 10 §:n 3 momentin ”yksilön tai yhteiskunnan turvallisuus” -käsitteeseen, jota käsitellään yksityiskohtaisesti seuraavaksi.

3. Luottamuksellisen viestinnän suojan rajoitukset

3.1. Rajoitusten lähtökohdat ennen perusoikeusuudistusta

Valtaosa perustuslakivaliokunnan luottamuksellisen viestinnän suojan rajoituksia koskevasta käytännöstä liittyy telepakkokeinoihin. Tämän artikkelin kannalta keskeiset telepakkokeinot ovat televalvonta, joka tarkoittaa tunnistamistietojen hankkimista viestintäverkossa lähetetystä viestistä, sekä telekuuntelu, joka tar-

koittaa viestin sisällön kuuntelemista, tallentamista tai muuta käsittelyä.¹⁵ Telepakkokeinoja on mahdollista käyttää rikosten estämiseksi tai paljastamiseksi (poliisilain, 872/2011, 5 luku) tai selvittämiseksi (pakkokeinolain, 806/2011, 10 luku). Useimmissa tapauksissa käyttö edellyttää tuomioistuimen myöntämän luvan.

Telepakkokeinosäätelyä alettiin kehittää 1990-luvun alussa. Alkuperäisen teletoimintalain (183/1987) 29 §:n 2 momentin mukaan poliisilla oli oikeus saada tunnistamistietoja puhelinhäirintärikoksen tutkinnassa.¹⁶ Myöhemmin lakiin lisättiin mahdollisuus televalvontaan törkeiden huumausainerikosten ja sellaisten rikosten tutkinnassa, joista ei ole säädetty lievempää rangaistusta kuin yksi vuosi vankeutta (676/1992), sekä mahdollisuus tunnistamistietojen saamiseen matkaviestimen anastusrikoksen tutkinnassa (405/1995).

Telepakkokeinot lisättiin pakkokeinolakiin vuonna 1995.¹⁷ Tässä yhteydessä televalvonnan rangaistusminimiä ehdotettiin laskettavaksi neljään kuukauteen, mikä tarkoitti televalvonnan käyttöalan laajentamista. Televalvonnan perusterikosten luetteloa laajennettiin lisäksi kattamaan kaikki huumausainerikokset sekä sellaiset automaattiseen tietojenkäsittelyjärjestelmään kohdistuvat rikokset, jotka suoritetaan telepätelaitteen välityksellä. Laajennusta tietotekniikkarikoksiin perusteltiin hallituksen esityksessä¹⁸ tekoihin liittyvillä suurilla taloudellisilla arvoilla, joskaan säännöstekstiin tällaista kvalifikaatiota ei liitetty. Uutena pakkokeinona esitettiin telekuuntelua, jonka perusterikoksina olivat tahalliset henkirikokset, törkeä huumausainerikos, valtiolliset rikokset, terrorismiin liittyvät rikokset sekä eräät törkeää väkivaltaa sisältävät omaisuusrikokset.

Tuolloin voimassa olleen vuoden 1919 hallitusmuodon 12 §:n mukaan kirje-, lennätin- ja puhelinsalaisuus oli loukkaamaton, mutta sille oli määritelty rajoitusperusteeksi laki.¹⁹ Perustuslakivaliokunnan käytännössä katsottiin kuitenkin, että lailla ei voida säätää vapaasti millaisia tahansa poikkeuksia, vaan niiden ”tulee olla jollain tavoin rajoitettuja pääsääntönä vallitsevaan puhelinsalaisuuteen nähden” (PeVL 3/1992 vp). Valiokunta oli arvioinut viestintäsalaisuuden rajoituksia ennen kaikkea sillä perusteella, perustuivatko ne tärkeään ja hyväksyttävänä pidettävään merkittävään yhteiskunnalliseen intressiin (PeVL 4/1986 vp ja PeVL 3/1992 vp).

Perustuslakivaliokunta (PeVL 8/1994 vp) hyväksyi telepakkokeinoja koskevat muutokset, mutta totesi, että jos käyttöalaa halutaan laajentaa talousrikoksiin, se on mahdollista lähinnä vain törkeiden tekemuotojen osalta ja sellaisin lisäedel-

15. Tarkat määritelmät ks. pakkokeinolain 10 luvun 3 § ja 6 §.

16. *Pasi Pölönen*: Salaiset pakkokeinot. Lakimiesliiton Kustannus 1997 s. 29.

17. HE 22/1994 vp telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi.

18. HE 22/1994 vp s. 14/I.

19. Säännöksen käsittelyvaiheista ja muotoilusta ks. *Riku Neuvonen*: Yksitysisyyden suoja Suomessa. Kauppakamari 2014 s. 138.

lytyksin, jotka koskevat esimerkiksi rikokseen sisältyviä huomattavia julkista tai yksityistä omaisuutta koskevia arvoja tai rikollisen toiminnan suunnitelmalisuutta ja ammattimaisuutta. Valiokunta ei kommentoinut esimerkiksi rangausminimin laskemista tai perusterikosten laajennusta kaikkiin automaattiseen tietojenkäsittelyjärjestelmään kohdistuviin rikoksiin, mutta katsoi yksityisyyden suojaan kohdistuvan rajoituksen olevan hyväksyttävä. Valiokunta perusteli kantansa punninta-argumentilla, jonka mukaan puuttuminen oli hyväksyttävää ”puuttumisvaltuuden taustalla olevan tärkeän ja hyväksyttävänä pidettävän merkittävän yhteiskunnallisen intressin vuoksi sekä menettelyyn liittyvät oikeusturvajärjestelyt huomioon ottaen”.

3.2. Rajoittamisen lähtökohdat perusoikeusuudistuksessa

Perusoikeusuudistuksessa hallitusmuotoon lisättiin kattava yksityiselämän suoja koskeva 8 § (nykyinen perustuslain 10 §), joka kattaa yksityiselämän laveassa merkityksessä ja sisältää muun muassa yksilön oikeuden vapaasti solmia ja ylläpitää suhteita muihin ihmisiin ja ympäristöön, oikeuden määrätä itsestään ja ruumiistaan²⁰ ja oikeuden luottamukselliseen viestintään. Yksilön tiedollista itsemääräämisoikeutta suojataan erityisesti henkilötietojen suoja -konstruktion kautta.

Luottamuksellista viestintää suojataan säännöksen 2 momentissa, jonka mukaan ”Kirjeen, puhelun ja muun luottamuksellisen viestin salaisuus on loukkamaton” (nykyinen perustuslain 10 §:n 2 momentti). Perusoikeusuudistuksen lähtökohtien mukaisesti säännöksen 3 momentissa määriteltiin aiempaa täsmällisemmin luottamuksellisen viestin suojan erityiset rajoitusperusteet, joiden mukaan lailla voidaan säätää välttämättömistä rajoituksista viestin salaisuuteen *yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta* taikka kotirauhaa vaarantavien rikosten tutkinnassa, oikeudenkäynnissä ja turvallisuustarkastuksessa sekä vapaudenmenetyksen aikana. Samassa yhteydessä valiokunta määritteli perusoikeuksien yleiset rajoittamisedellytykset.²¹

Keskeiseksi rajoitusedellytykseksi tuli siten ”yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavien rikosten tutkinta”. Perusoikeusuudistusta koskevassa hallituksen esityksessä yksilön ja yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavina rikoksina luettiin esimerkinomaisesti kolmenlaisia rikoksia: törkeät väkivaltarikokset,

20. HE 309/1993 vp perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta s. 53.

21. Yleiset rajoitusedellytykset koskevat vaatimusta säätää rajoituksesta lailla, rajoituksen tarkkarajaisuutta ja täsmällisyyttä, rajoittamisen perusteena olevien syiden hyväksyttävyyttä, suhteellisuusvaatimuksen täyttymistä perusoikeutta rajoitettaessa, rajoitukseen liittyvien oikeusturvajärjestelyjen riittävyttä ja rajoituksen ristiriidattomuutta Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. PeVM 25/1994 vp; yleisesti ks. *Veli-Pekka Viljanen*: Perusoikeuksien rajoittamisedellytykset. Werner Söderström Lakitieto 2001.

maan- ja valtiopetosrikokset sekä huumausainerikokset.²² Kaksi ensimmäistä rikosluokkaa on helppo perustella turvallisuushiksi perinteisen turvallisuuskäsityksen näkökulmasta, koska ne ovat tekoja, jotka kohdistuvat yksilön ja (lähinnä valtioksi ymmärretyn) yhteiskunnan olemassaoloa vastaan. Kuitenkin, kun kolmantena yksilöä tai yhteiskunnan turvallisuutta uhkaavana rikostyyppinä pidetään huumausainerikoksia (ilman törkeysvalifikaatiota), ollaan varsin laajan turvallisuuskäsityksen piirissä.

Voi kysyä, miksi malliesimerkiksi yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavista rikoksista valikoituivat juuri huumausainerikokset, jotka ovat uhrittomia rikoksia tai joiden kohdalla uhri on ainakin abstrakti ja rikoksesta etäällä. Vastaus vaikuttaisi liittyvän rikostutkinnan käytännöllisiin tarpeisiin. Turvallisuuskäsitteen piiriin sisällytettiin huumausainerikokset luultavasti siksi, että pyrkimyksenä oli varmistaa aiemman poliisin pakkokeinokäytännön jatkuminen.

Kun telepakkokeinoista vuonna 1994 oli säädetty, hallituksen esityksessä telekuuntelun perusterikoksiksi oli määritelty tahalliset henkirikokset, törkeä huumausainerikos, valtiolliset rikokset, terrorismiin liittyvät rikokset sekä eräät törkeää väkivaltaa sisältävät omaisuusrikokset. Hallituksen esityksen mukaan telekuuntelua tarvittiin ennen kaikkea törkeän huumausainerikollisuuden tutkinnassa.²³ Lausunnossaan (PeVL 8/1994 vp) perustuslakivaliokunta hyväksyi rajoituksen sillä perusteella, että se oli tarkkarajainen, siihen liittyi riittävät oikeusturvajärjestelyt ja se edisti rikosten selvittämistä, mitä valiokunta piti tärkeänä yhteiskunnallisena intressinä. Kun huumausainerikosten tutkinta haluttiin uusissa perusoikeussäännöksissä turvata, rikosten selvittämisen intressillä perusteltu yksityisyyden rajoitus siirtyi siis hallituksen esitykseen turvallisuus-nimikkeen alla.

3.3. Yksilön ja yhteiskunnan turvallisuus valiokunnan käytännössä

Fredmanin mukaan vuosina 1988–2013 vuoden 1987 pakkokeinolakiin hyväksyttiin yhteensä 52 muutosta ja kaikki toimivaltuuksia koskevat muutokset olivat laajennuksia aikaisempaan nähden.²⁴ Vastaavasti vuoden 2011 pakkokeinolakiin on tehty jo 18 muutosta. Supistamista ei ole tapahtunut, vaikka joskus siihen olisi voitu katsoa olevan aihetta esimerkiksi tekojen tunnusmerkistöjen muuttuessa.²⁵

22. HE 309/1993 vp s. 54.

23. Ks. HE 22/1994 vp.

24. *Markku Fredman: Esitutkinnan ja pakkokeinojen sääntelyn historiaa*. Teoksessa Anssi Keinänen – Reima Kukkonen – Mia Kilpeläinen (toim.): *Oikeustieteiden moniottelija – Matti Tolvanen 60 vuotta*. Edita Publishing 2016 s. 13–42, s. 26.

25. Esimerkiksi vuonna 2004 rikoslakiin (39/1889) tuli uutena nimikkeenä parituksen kvalifioitu muoto eli törkeä paritus (650/2004). Vaikka aiemman paritusrikoksen törkeimmät tekotavat

Suurin osa mainituista muutoksista oli muita kuin telepakkokeinoihin liittyviä muutoksia, mutta niidenkin suhteen hallituksen ja perustuslakivaliokunnan linja on ollut laajentava.

Telepakkokeinoja koskevia toimivaltuuksia on laajennettu kolmessa suhteessa: a) toimivaltaisten henkilöiden piirin suhteen, b) ajallisesti ja c) sisällöllisesti. *Henkilölliset* laajennukset ovat koskeneet telepakkokeinoihin oikeutettujen virkamiesten joukon laajentamista. Alun perin telepakkokeinoja on voinut käyttää poliisi. Käytännössään valiokunta on hyväksynyt telepakkokeinojen laajentamisen hätäkeskuksen (PeVL 24/2001 vp), tullin (PeVL 37/2002 vp ja PeVL 49/2014 vp), rajavartiolaitoksen (PeVL 9/2009 vp) ja puolustusvoimien (27/2013 vp) virkamiehiin rajatuissa tapauksissa.

Laajennusten *ajallinen* ulottuvuus koskee sitä, missä määrin rajoitusedellytyksen kriteeri ”rikosten tutkinnassa” koskee vain tapahtuneen rikoksen jälkikäteistä tutkintaa ja missä määrin se sallii perusoikeusrajoituksen rikostiedustelun eli rikosten etukäteisen torjunnan tarkoituksessa. Lausunnossaan 2/1996 vp valiokunta totesi, että ”pelkin kielellisin perustein” rajoitusedellytyksen voisi käsittää koskevan ainoastaan jo tehtyjä rikoksia. Valiokunnan mukaan kuitenkin ”monien rikosten luonteesta johtuu, että niiden selvittäminen ei ole mahdollista, mikäli rikoksen tekeminen ei ylipäättään paljastu, mikä puolestaan saattaa vaatia ennakkollista varautumista rikoksen tapahtumiseen”. Siksi valiokunnan mukaan rikoksen selvittämisenä tai tutkintana voi pitää myös sellaisia toimenpiteitä, joihin ryhdytään jonkin konkreettisen ja yksilöidyn rikosepäilyn johdosta, vaikka rikos ei vielä olisi ehtinyt toteutuneen teon asteelle. Lausunnossaan 5/1999 vp valiokunta toisti tämän kannan hyväksyessään poliisilakiin lisättävän poliisin oikeuden televalvontaan rikoksen ennakkolliseksi estämiseksi tai paljastamiseksi. Tällainen rajoitusedellytysten teleologinen lukutapa on tietenkin ongelmallinen ja ristiriidassa valiokunnan muuten korostaman rajoitusten tarkkarajaisuusedellytyksen kanssa.

Laajennusten *sisällöllinen* ulottuvuus koskee sitä, miten kriteeri ”yksilön tai yhteiskunnan turvallisuus” ymmärretään. Ennen perusoikeusuudistusta valiokunta operoi ”tärkeän yhteiskunnallisen intressin” kriteerillä. Perusoikeusuudistuksen jälkeisessä lausunnossa 5/1999 vp oli kyse vastaavien telepakkokeinojen lisäämisestä poliisilakiin rikostiedustelun tarkoituksessa. Esityksen mukaan televalvonta oli mahdollista muun muassa tilanteessa, jossa kohdehenkilön voidaan perustellusti epäillä syyllistyvän rikokseen, josta ei ole säädetty lievempää rangaistusta kuin neljä kuukautta vankeutta, taikka jos rikos on automaattiseen tietojenkäsittelylaitteeseen kohdistuva rikos telepäätelaitetta käyttäen, laitton uhkaus, oikeudenkäytössä kuultavan uhkaaminen, virkamiehen väkivaltainen vastustaminen tai huumausainerikos.

siirrettiin oman nimikkeensä alle, jätettiin keskimäärin entistä lievempiä tekoja koskeva paritsunimike edelleen televalvonnan perusteluutteloon (*Fredman* 2016 s. 26).

Valiokunta hyväksyi esityksen, mutta ei perustellut sitä ”yksilön tai yhteiskunnan turvallisuus” -kriteerin kautta vaan sillä, että puhelun tunnistamistiedot jäävät perusoikeuden ydinsisällön ulkopuolelle.²⁶ Käsitellessään televalvontaa, jonka perusteena oli henkeä tai terveyttä uhkaava vaaran torjuminen, valiokunta puolestaan perusteli rajoitusta siten, että kysymyksessä oli sellainen erityisen painava ja hyväksyttävä yhteiskunnallinen intressi, jonka huomioon ottamiseksi on perusoikeusjärjestelmän sisällä oikeutettua sivuuttaa televiestin tunnistamistietojen suojaamisintressi. Lisäksi teknistä kuuntelua arvioidessaan valiokunta antoi rajoituksen välttämättömyyskriteerin kannalta keskeisen merkityksen sille, että rajoitus oli sidottu vakaviin rikoksiin eikä niinkään arvioinut asiaa ”yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavien rikosten” käsitteestä käsin.²⁷

Näin ollen lausunnossaan 5/1999 vp valiokunta pitäytyi siis vielä perusoikeusuudistusta edeltävässä yhteiskunnalliseen ja rikosten selvittämisentressiin nojautuvassa perustelutavassa. Alun perin vuonna 1994 rikosten selvittämisentressillä perusteltu rajoitus siis ikään kuin huomaamatta hyväksyttiin yhteensopivaksi myös perusoikeusuudistuksen mukaisen rajoittamiskriteeristön kanssa. Samalla valiokunta hyväksyi varsin laajan perusterikosten luettelon. Näin ”yksilön tai yhteiskunnan turvallisuus” -kriteerin piiriin tuli suuri osa rikoslaista.²⁸

Turvallisuuskriteeri tuli selvemmin käyttöön lausunnossa PeVL 36/2002 vp, jossa valiokunta katsoi, että törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö ja törkeä vahingonteko olivat epäilemättä turvallisuutta vaarantavia rikoksia. Perusterikosluettelon esitettyjen liike- ja ammattitoiminnassa tehtyjen törkeiden talousrikosten²⁹ kohdalla valiokunta kuitenkin kytki turvallisuuskriteerin epäillyn rikoksen törkeyteen ja katsoi, että talousrikoksia voidaan pitää turvallisuutta vaarantavina rikoksina silloin, kun rikoksella tavoitellaan erityisen suurta hyötyä tai rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti. Tällä linjauksellaan valiokunta laajensi turvallisuuskäsityksensä perinteisestä yksilön ja yhteiskunnan fyysisestä turvallisuudesta abstraktimpaan taloudellisen turvallisuuden ulottuvuuteen.

Tämän jälkeen pakkokeinolin televalvonnan ja telekuuntelun perusterikosluettelon on lisätty rikosnimikkeitä useita kertoja, yleensä ilman perustuslakivaliokunnan myötävaikutusta. Eniten on laajennettu telekuuntelun alaa. Telekuuntelun perusterikoksiin on lisätty esimerkiksi törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö (HE 52/2002 vp; PeVL 36/2002 vp), terrorismirikokset (HE 188/2002 vp; PeVL 48/2002 vp), sotarikokset (HE 55/2007 vp) ja kidutus (HE

26. Tämän valiokunta oli linjannut aiemmin (PeVL 7/1997 vp).

27. Kuten valiokunta itse omaa käytäntöään myöhemmin on tulkinnut (PeVL 36/2002 vp).

28. *Pölonen* (1997 s. 15) on katsonut, että perusterikoksiin sisällytettyjä törkeää ja ammattimaista kätkemisrikosta sekä törkeää kiskontaa ei voisi pitää yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavina rikoksina.

29. Esimerkiksi törkeä lahjuksen antaminen, törkeä kavallus, törkeä veropetos, törkeä velallisen epärehellisyys ja törkeä säännöstelyrikos.

76/2009 vp), joilla on hyvin ilmeinen yhteys yksilön turvallisuuteen. Sen sijaan törkeä rahanpesu (HE 53/2002 vp), törkeä tulliselvitysrikos (HE 197/2008 vp) tai törkeä laittoman maahantulon järjestäminen (HE 219/2008 vp; PeVL 9/2009 vp) ovat yhdistettävissä yksilön tai yhteiskunnan turvallisuuteen vain siten, että turvallisuus ymmärretään laajasti kaikenlaisen rikollisuuden torjuntana.³⁰

Perustuslakivaliokunnan linja on siis ollut voittopuolisesti salliva perusterikosten laajentamisen suhteen. Valiokunta ei kuitenkaan ole hyväksynyt mitä tahansa rikoksia ”yksilön tai yhteiskunnan turvallisuus” -kriteerin alle. Pakkokeinolain ja poliisilain uudistamista koskevissa lausunnoissaan PeVL 66/2010 vp ja 67/2010 vp valiokunta ei hyväksynyt muutosta, jossa aiempi telepäätelaitetta käyttäen tehty, automaattiseen tietojenkäsittelyjärjestelmään kohdistuva rikos olisi televalvonnan perusterikoslueletelossa korvattu teleosoitetta tai telepäätelaitetta käyttäen tehdyllä rikoksella. Muutos olisi sallinut televalvonnan perusteeksi minkä tahansa rikoksen, esimerkiksi kunnianloukkauksen, jonka tekemisessä on käytetty telepäätelaitetta. Valiokunta ei pitänyt turvallisuutta vaarantavana rikoksena myöskään seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttöä, koska sitä koski muita perusterikoksia alempi rangaistusmaksimi.

Toisinaan, vaikka valiokunta on katsonut, että jokin rikos ei kuuluisi turvallisuuskriteerin piiriin, se on kuitenkin hyväksynyt rajoituksen tärkeän yhteiskunnallisen intressin perusteella, mikä tarkoittaa paluuta perusoikeusuudistusta edeltävään perustelutapaan. Esimerkiksi lausunnossa 49/2014 vp valiokunta katsoi, ettei salakuljetusrikosta voi lähtökohtaisesti pitää turvallisuutta vaarantavana rikoksena. ”Vakavien rikosten selvittämistäintressiin ja rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuuteen liittyvät hyväksyttävät ja yhteiskunnallisesti painavat perusteet” puolsivat kuitenkin sitä, että salakuljetusta pidetään turvallisuutta vaarantavana rikoksena, jos sitä harjoitetaan osana järjestäytyntä rikollisuutta tai muutoin suunnitelmallisesti, ammattimaisesti tai laajassa mittakaavassa.

Lausunnoissa 32/2013 vp ja 33/2013 vp valiokunta arvioi eräiden tietojärjestelmään kohdistuvien rikosten sisällyttämistä perusterikoksiin. Valiokunta totesi, että ”yleisesti ottaen” kyseiset rikokset eivät ole yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta taikka kotirauhaa vaarantavia rikoksia ja niiden rangaistusmaksimi oli yksi vuosi eli alempi kuin mitä oli pidetty törkeysrajana aiemmassa lausunkäytännössä. Valiokunta kuitenkin perusteli, että tietojenkäsittelyjärjestelmään kohdistuessaan niillä voi olla merkittäviäkin yhteiskunnan toimintaan ja etenkin yksilöiden yksityiselämän suojaan ja luottamuksellisen viestin salaisuuden suojaan ulottuvia haitallisia vaikutuksia ja että kyseisiä rikoksia ei useinkaan pystytä lainkaan selvittämään tai estämään ilman televalvontaa. Valiokunta katsoi, että luottamuksellisen viestinnän suojan rajoitukselle oli tässä tapauksessa painava

30. Televalvontaa koskien voidaan mainita metsästysrikoksiin kuuluva törkeä laittoman saaliin kätkeminen (HE 221/2010 vp), jolla voisi nähdä olevan yhteyden eläinten turvallisuuteen, mutta yhteys ihmisyksilön tai yhteiskunnan turvallisuuteen on etäisempi.

yhteiskunnallinen tarve ja perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävät perusteet. Koska perusterikokset oli tarkkaan rajattu ja koska valiokunnan käytännön mukaan tunnistamistiedot jäävät perusoikeuden ydinalueen ulkopuolelle, valiokunta hyväksyi rajoituksen.

3.4. Tunnistamistiedot reuna-alueena

Keskeinen tapa, jolla perustuslakivaliokunta pitkään perusteli luottamuksellisen viestin suojaa koskevia rajoituksia, oli vetoaminen siihen, ettei rajoitus kohdistu luottamuksellisen viestin suojan ydinalueelle. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä valiokunta määritteli perusoikeuksien yhdeksi yleiseksi rajoittamisedellytykseksi kiellon säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvia rajoituksia (PeVM 25/1994 vp s. 5). Tietyn perusoikeuden ydinaluetta voinee pyrkiä määrittelemään kysymällä, millainen rajoitus tekisi perusoikeuden tyhjäksi tai vaikutuksettomaksi, tai tarkastelemalla sitä, onko perusoikeutta koskevasta poikkeuksesta tulossa pääsääntö.³¹ Luottamuksellisen viestin suojan kohdalla hyvin ilmeinen ydinalueen loukkaus olisi esimerkiksi rajoitus, jonka mukaan viranomaiset voisivat aina kuunnella viestien sisältöä. Tällöin viestin pysyminen viranomaisilta salassa olisi enää vain poikkeus uudesta pääsäännöstä.³²

Jo ennen perusoikeusuudistusta valiokunta oli tulkinut, että puheluiden tunnistamistietojen luovuttaminen poliisille on puuttumista luottamuksellisen viestin suojaan (PeVL 3/1992 vp) ja että luottamuksellisen viestin suoja koskee niin viestin sisältöä kuin sitä, ketkä ovat yhteydessä keskenään (PeVL 8/1994 vp).³³ Valiokunta katsoi, että puhelinsalaisuuden ydinsisältöä oli puhelun sisällön salaisuuden säilyttäminen, joten tunnistamistietojen saamisessa oli kyse vähäisemmästä kajoamisesta perusoikeuteen. Valiokunta hyväksyi rajoituksen, koska se perustui tärkeään ja hyväksyttävänä pidettävään merkittävään yhteiskunnalliseen intressiin (PeVL 3/1992 vp).

Perusoikeusuudistusta edeltävässä muodossaan puhelinsalaisuuden rajoitusedellytyksenä oli ainoastaan edellytys lailla säätämisestä. Valiokunta katsoi kuitenkin, että lailla ei voida säätää vapaasti millaisia tahansa poikkeuksia, vaan niiden ”tulee olla jollain tavoin rajoitettuja pääsääntönä vallitsevaan puhelinsalaisuuteen nähden” (PeVL 3/1992 vp). Sen toteaminen, että kyseessä ei ole ydinsisältöön kajoaminen, oli valiokunnan tapa argumentoida, että kyse ei ole kielletystä poikkeuksesta. Se puolestaan teki mahdolliseksi nähdä kysymyksen rajoituksen

31. Vrt. *Viljanen* 2001 s. 230–233.

32. Luottamuksellisen viestin salaisuuden ydinalueen määrittelyn ongelmista ja perustuslakivaliokunnan epäohjonmukaisuudesta ks. *Metsäranta* 2015 s. 110–112.

33. Aiemmin korkein hallinto-oikeus oli tulkinut, että taksikeskuksen välittämien ajotilaspuheiden määriä koskevat tiedot eivät kuuluneet puhelinsalaisuuden piiriin (KHO 1983 A II 15).

hyväksyttävyydestä intressipunnintatilanteena. Kun yksityisyyden suojaan kohdistuva rajoitus oli ensin määritelty vähäiseksi ja kollektiivinen intressi tärkeäksi ja merkittäväksi, punnintatilanne ratkesi luonnostaan kollektiivisen intressin hyväksi. Toisaalta valiokunnan mukaan rajoituksen kohdistuminen puhelinsalaisuuden ydinsisältöönkään ei yksistään ollut säätämisyjärjestyksen kannalta ratkaisevaa, vaan arvioinnin tuli perustua ”ehdotetun sääntelyn kokonaisuuteen” (PeVL 8/1994 vp), siis jonkinlaiseen suhteellisuusarviointiin.

Ennen perusoikeusuudistusta muotoiltu reuna-alueargumentti siirtyi perusoikeusuudistuksen jälkeiseen aikaan valiokunnan lausunnossa PeVL 7/1997 vp. Valiokunta totesi, että ”puhelun tunnistamistiedot koskevat sinänsä luottamuksellista viestiä, mutta niiden paljastamisessa ei ole varsinaisesti kysymys itse viestin salaisuuden syrjäytymisestä”. Lausuntoihinsa 3/1992 vp ja 8/1994 vp viitaten valiokunta toisti tulkintansa siitä, että oikeus tunnistamistietojen saamiseen jää luottamuksellisen viestin suojan ulkopuolelle. Poliisin oikeutta saada (suostumuksensa antaneen) rikoksen asianomistajan puhelimen tunnistetietoja ei sen vuoksi tarvinnut sitoa tiettyihin rikostyyppeihin, koska perusoikeuksien yleiset rajoittamisedellytykset valiokunnan mukaan muuten täyttyivät.

Näin syntyneestä reuna-alueargumentista tuli tämän jälkeen tunnistetietoja koskevien lausuntojen vakioargumentti, jolla pitkän aikaa perusteltiin yksityisyysintressin kevyempää painoarvoa suhteessa painaviksi ja hyväksyttäviksi arvioituihin yhteiskunnallisiin intresseihin, kuten henkeä tai terveyttä uhkaavan vaaran torjumiseen (PeVL 5/1999 vp). Lausunnotta 26/2001 vp lähtien valiokunta alkoi toistaa vakiolausumaa, jonka mukaan ”[v]iestin tunnistamistiedot jäävät luottamuksellisen viestin salaisuutta koskevan perusoikeuden ydinalueen ulkopuolelle”.³⁴ Toisaalta valiokunta korosti, että myös tunnistamistietojen salaisuuden suojaan puuttuvan sääntelyn on täytettävä perusoikeuksien rajoittamisen yleiset edellytykset (PeVL 23/2006 vp s. 3).

Valiokunnan linja alkoi muuttua vasta lausunnossa PeVL 18/2014 vp, jossa se Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tapahtuneen muutoksen vuoksi luopui kategorisesta reuna-alueargumentista. Tätä käännettä tarkastellaan yksityiskohtaisemmin jäljempänä jaksossa 5.

Erityisenä tunnistamistietojen lajina perustuslakivaliokunta on arvioinut matkapuhelimen sijaintitietoja. Lausunnossaan 36/2002 vp valiokunta katsoi, että ns. tolppatiedot – eli tieto tiettyyn tukiasemaan tiettyinä hetkenä kirjautuneista matkapuhelimista – liittyvät perustuslain 10 §:n mukaiseen yksityiselämän suojaan, jonka lähtökohtana on yksilön oikeus elää omaa elämäänsä ilman vieranomaisten ja ulkopuolisten tahojen mielivaltaista tai aiheetonta puuttumista. Valiokunnan mukaan tähän oikeuteen sisältyy muun muassa yksilön oikeus solmia ja ylläpitää suhteita muihin ihmisiin ja ympäristöön. Valiokunta totesi

34. Myöhempiä viittauksia mm. PeVL 37/2002 vp, PeVL 23/2006 vp, PeVL 3/2008 vp, PeVL 29/2008 vp, PeVL 66/2010 vp, PeVL 67/2010 vp, PeVL 6/2012 vp ja PeVL 33/2013 vp.

tiedon liittyvän myös perustuslain 9 §:ssä turvattuun liikkumisvapauteen. Valiokunta katsoi kyseessä olevan varsin vähäinen yksityiselämän suojan rajoitus, ja kun sitä verrattiin rajoituksen perusteena olevan yhteiskunnallisen intressin tärkeyteen, ehdotuksessa ei ollut ongelmia yleisten rajoitusedellytysten kannalta. Kysymykseen tulevat rikokset olivat valiokunnan mukaan ”verratan törkeitä”, ja tietojen saamiselle oli asetettu edellytykseksi se, että niillä on erittäin tärkeä merkitys rikoksen selvittämiseksi.

Valiokunta on jatkanut tätä tulkintalinjaa ratkaisuisaan PeVL 11/2005 vp ja PeVL 9/2004 (ks. myös PeVL 53/2005 vp). Liikkumisvapautta koskevaa aspektia ei valiokunnan käytännössä ole kehitelty pidemmälle.

3.5. Tuomioistuinkontrolli rajoitusten justifikaationa

Arvioidessaan luottamuksellisen viestinnän suojan rajoituksia perustuslakivaliokunta on pitänyt oleellisena oikeusturvakysymyksenä, että kuunteluvaltuuden edellytyksenä on aina riippumattoman tuomioistuimen yksittäistapauksessa konkreettisen rikosepäilyn johdosta antama lupa (PeVL 8/1994 vp s. 2/II; PeVL 36/2002 vp; PeVL 37/2002 vp). Valiokunta on korostanut, että tuomioistuimen on huolellisesti harkittava luvan myöntämisen tarvetta ja laajuutta erityisesti, kun hakemuksen perusteena on törkeysasteeltaan suhteellisen vähäinen rikos (PeVL 32/2013 vp s. 4/II; PeVL 33/2013 vp s. 4/II). Valiokunta on myös edellyttänyt tuomioistuimen antamaa lupaa edellytyksenä telepakkokeinolla saadun ylimääräisen tiedon käyttämiselle (PeVL 66/2010 vp s. 10/II; PeVL 67/2010 vp s. 5/I).

Tuomioistuinkontrollilla on siis ollut keskeinen asema luottamuksellisen viestin suojan rajoitusten oikeutuksena. Kuitenkin voi kysyä, toimiiko tuomioistuinkontrolli sillä tavoin rajoittimena kuin perustuslakivaliokunta sen olettaa toimivan. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos on tutkinut käräjäoikeuksien telepakkokeinopäätöksiä vuonna 2006. Tutkimuksen kohteena olevien lupapäätösten perustelut olivat tavallisesti hyvin kaavamaisia, ja päätökset oli perusteltu suppeasti tai ei lainkaan.³⁵ Noin kolmanneksessa hakemuksista konkreettinen peruste jäi jossain määrin epäselväksi.³⁶ Pelkistetyimmillään käräjäoikeuden perusteluissa vain toistettiin pakkokeinolain sanamuodot ja viitattiin hakemuksessa esitettyihin perusteluihin ilman päätökseen kirjattua arviointia siitä, miten hakemus konkreettisesti täyttää pakkokeinoluvan edellytykset.³⁷

Eduskunnan oikeusasiamies on toistuvasti ainakin vuodesta 2001 lähtien kiinnittänyt huomiota ongelmiin telepakkokeinohakemuksissa ja niitä koskevien

35. Johanna Niemi – Virve-Maria de Godzinsky: Telepakkokeinojen oikeussuojajärjestelmä. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2009 s. 83.

36. Ibid. s. 83.

37. Ibid. s. 66.

päätösten käsittelyssä ja perusteluissa. Ongelmia on ollut muun muassa pakkokeinohakemusten sekä niitä koskevien päätösten perusteluissa. Pakkokeinolupia on myönnetty lainvastaisin menettelyin, kevyin perustein ja toisinaan myös tarkoituksiin, joita voimassa ollut laki ei ole mahdollistanut.³⁸ Hakemusten käsittely vaikuttaa summaariselta, mitä kuvastaa muun muassa hylättyjen vaatimusten hyvin vähäinen osuus. Vaatimuksia hylätään vuosittain kymmenkunta, mikä on 0,2–0,4 % vuosittaisesta hakemuskäytöstä (noin 3 000).³⁹

Tuomioistuinten toimintatapoja kuvastaa esimerkiksi seuraava eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen käsiteltävänä ollut asia 1240/4/01. Käräjätuomarin vastauksesta ilmenee poliisiin kohdistuva luotettavuusolettama, jonka mukaisesti poliisin hakemuksia ei lähtökohtaisesti kyseenalaisteta, jollei erityistä syytä ole ilmennyt. Summaarista käsitteilyä perustellaan myös käsiteltävien asioiden paljoudella. Ratkaisun mukaan:

Käräjätuomari D on selvityksessään kertonut tehneensä rutiiniratkaisun rutiiniasiassa, jossa ei ollut mitään aihetta vaatia laajempia selvityksiä vaatimuksen tueksi. Edelleen D toteaa, ettei asiassa tullut esille mitään sellaisia seikkoja, että vaatimuksessa esitettyyn pyyntöön jutun määräämisestä salaiseksi ja pyyntöön televalvontavaatimuksesta ilmoittamatta jättämisestä liittymän haltijalle ei olisi voinut suostua. Vielä D huomauttaa, että televalvonta- ja muiden asioiden paljoudesta johtuen käräjäoikeus ei voi kyseenalaistaa jokaista poliisin virkavastuullaan tekemää hakemusta ja käydä keskustelua yksittäisistä vaatimuksista, jollei jotain poikkeuksellista syytä ole ilmennyt. Lisäkirjoituksessaan D toteaa, että kyseinen televalvonta-asia on tapahtunut käräjäoikeudessa asiakirjaprosessina.

Haapamäen havaintojen mukaan päätösten perustelut olisivat parantuneet korkeimman oikeuden päätöksen 2007:7 jälkeen.⁴⁰ Tuomiossaan korkein oikeus muistutti tuomioistuimia, että päätöstä ei voi perustaa vain vaatimuksen esittävän virkamiehen käsitykseen pakkokeinon edellytysten täyttymisestä, vaan vaatimuksen tueksi on esitettävä konkreettisia seikkoja, joiden perusteella syytä epäillä -arvio on mahdollista tehdä (KKO 2007:7).⁴¹ Oikeusasiamies on kuitenkin havainnut perusteluissa edelleen ilmiselviä puutteita vielä vuonna 2014:

Tarkastuksilla todettiin, että muutamassa tapauksessa kirjalliset pakkokeinovaatimukset olivat kovin niukasti perusteltuja. Niissä ei ollut juurikaan tuotu esiin sellaisia konkreettisia tosiseikkoja, joiden perusteella käräjäoikeus voisi itse aidosti arvioida, onko kohdehenkilöä syytä epäillä rikoksesta. Käräjäoikeuden päätöksissä puolestaan

38. *Fredman* 2016 s. 38. Oikeusasiamiehen havainnoista ks. myös *Metsäranta* 2015 s. 299–301.

39. Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2014 s. 159–160 ja kertomus vuodelta 2015 s. 175–176.

40. *Juha Haapamäki*: Poliisin salaisen tiedonhankinnan valvonnasta. Teoksessa Eduskunnan oikeusasiamies 90 vuotta. Eduskunta 2010 s. 191–201, s. 196.

41. Korkein oikeus esitti uuden moitteen liitepäätösten käyttämisestä ratkaisussaan KKO 2009:54.

oli vain viitattu vaatimuksessa esitettyyn. Käräjäoikeuden liitepäätökset oli myös viety jopa niin pitkälle, ettei itse päätöksissä mainittu edes luvan voimassaoloaikaa.⁴²

Vaikka ajatus tuomioistuimen ennakkovalvonnasta on keskeinen perustuslakivaliokunnan arvioidessa luottamuksellisen viestinnän suojan rajoituksia, valiokunta on kuitenkin toistuvasti nähnyt tarpeen kehittää pakkokeinojen oikeus- turva- ja valvontajärjestelmiä. Pakkokeinolain uudistuksen yhteydessä vuonna 2002 valiokunta ehdotti, että lakivaliokunnan tulisi vakavasti harkita selvityksen vaatimista hallitukselta siitä, millä tavoin uudet toimivaltuudet ovat edistäneet yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta (PeVL 36/2002 vp s. 6/I). Tämän vaatimuksen valiokunta uudisti lausunnossaan PeVL 66/2010 vp ja vaati lisäksi, että valtioneuvoston piirissä ryhdytään toimenpiteisiin sellaisen asiantuntijoista koostuvan toimielimen perustamiseksi, joka valvoisi esitutkintaviranomaisten toimintaa ja pakkokeinojen käyttöä.⁴³ Samoin valiokunta on toistuvasti ehdottanut, että telekuuntelussa otettaisiin käyttöön julkinen asiamies, jonka tehtävänä olisi valvoa telekuuntelun kohteena olevan rikoksesta epäillyn ja muiden kuuntelun kohteeksi mahdollisesti joutuvien etuja (PeVL 36/2002 vp s. 7/II; PeVL 66/2010 vp s. 10/I). Valvontaelintä ja julkista asiamiestä koskevat ehdotukset eivät ole edenneet.

4. Tunnistamistiedot tietosuojakysymyksenä

Perustuslakivaliokunta on tarkastellut tunnistamistietoja myös henkilötietojen suojan näkökulmasta. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä (PeVL 25/1994 vp) valiokunta luonnehti henkilötietojen suojan alaa siten, että se ”osittain sisältyy samassa momentissa lähtökohtaisesti suojatun yksityiselämän piiriin”. Valiokunnan lähestymistapa on kuitenkin korostanut juuri henkilötietojen suojan menettelyllistä ja läpinäkyvyyttä koskevaa puolta. Ensimmäisessä tietosuojasääntelyä koskeneessa lausunnossaan 8/1995 vp valiokunta korosti yksityiskohtaisten säännösten lakiperustaisuutta ja täsmällisyyttä oikeusvarmuuden kannalta sekä oikeussuojakeinoja, kuten rekisteröidyn tarkastusoikeutta. Valiokunta myös painotti, että perustuslain 10 §:n 1 momentti edellyttää lainsäätäjältä toimia henkilötietojen suojaamiseksi, mutta koska kyseessä on lakiviittausta, yksityiskohtia koskeva lainsäätäjän liikkuma-ala on laajempi. Lausunnossa 14/1998 vp valiokunta määritteli sääntelykohteet eli ne henkilötietojen käsittelyn piirteet, joista tietosuoja koskevassa lainsäädännössä on säädettävä.

42. Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2014 s. 161.

43. PeVL 66/2010 vp s. 3/II. Eduskunta hyväksyi tätä koskevan lausuman (EV 374/2010 vp).

Erityisesti näiden tulkintojen pohjalta muodostui vakiolausuma, jonka mukaisesti valiokunta on lausunnosta 14/2002 vp eteenpäin arvioinut henkilötietojen suojaa koskevia hallituksen esityksiä. Esimerkiksi lausunnossa 33/2016 vp lausuma kuuluu näin:

Arvioitavana oleva ehdotus merkitsee puuttumista yksityiselämän ja henkilötietojen suojaan. Perustuslakivaliokunta on arvioidessaan tällaista sääntelyä yleensä katsonut, että sääntelyä on tarkasteltava perustuslain 10 §:n kannalta. Sen 1 momentin mukaan henkilötietojen suojasta säädetään tarkemmin lailla. Perustuslakivaliokunnan vakiintuneen käytännön mukaan lainsäätäjän liikkumavaraa rajoittaa tämän säännöksen lisäksi myös se, että henkilötietojen suoja osittain sisältyy samassa momentissa turvattu yksityiselämän suojan piiriin. Kysymys on kaiken kaikkiaan siitä, että lainsäätäjän tulee turvata tämä oikeus tavalla, jota voidaan pitää hyväksyttävänä perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudessa. Valiokunta on käytännössään pitänyt henkilötietojen suojan kannalta tärkeinä sääntelykohteina ainakin rekisteröinnin tavoitetta, rekisteröityjen henkilötietojen sisältöä, niiden sallittuja käyttötarkoituksia mukaan luettuna tietojen luovutettavuus sekä tietojen säilytysaikaa henkilörekisterissä ja rekisteröidyn oikeusturvaa. Näiden seikkojen sääntelyn lain tasolla tulee lisäksi olla kattavaa ja yksityiskohtaista. (ks. esim. PeVL 13/2016 vp s. 3–4).

Valiokunnan tapaa lähestyä henkilötietojen suojaa voi kuvailla muodolliseksi. Valiokunta on tarkastellut tietojen keräämistä, käyttämistä ja luovuttamista viranomaisille jokseenkin mekaanisesti siltä kannalta, onko sääntelyssä täyttynyt lailla säätämisen vaatimus ja onko valiokunnan tietosuojaoopin mukaiset sääntelykohteet otettu huomioon.

Valiokunta irtaantui aiemmasta luottamuksellisen viestinnän suojaa korostaneesta tarkastelukehystänsä käsitellessään EU:ssa tehtyjä ehdotuksia,⁴⁴ joilla oli tarkoitus velvoittaa teleoperaattorit säilyttämään sähköisen viestinnän tunnistamistietoja rikostutkintatarkoituksiin. Ehdotuksissa oli kyse teleoperaattoreiden velvollisuudesta säilyttää käsittelemiänsä sähköisen viestinnän teletunnistietoja kuukausien tai vuosien ajan. Säilytysvelvollisuus koski muun muassa tietoa puheluiden, tekstiviestien ja sähköpostien lähettäjistä, vastaanottajasta ja ajankohdasta sekä matkapuhelinten osalta myös tietoa puhelimen sijainnista puhelun alkaessa.

Kun televalvontaa koskevassa lausuntokäytännössä valiokunta oli tarkastellut teletunnistietojen yksityisyyden rajoituksia luottamuksellisen viestinnän suojan kannalta, ensimmäisissä säilyttämisvelvollisuutta koskevissa lausunnoissaan se katsoikin, että sääntelyä on arvioitava ennen muuta henkilötietojen suojan kannalta (PeVL 35/2004 vp; PeVL 3/2006 vp). Valiokunta sovelsi siis pääasiassa viranomaisrekisterejä varten kehitettyä tietosuojatestiään yksityisten teleoperaattoreiden säilyttämisvelvollisuuteen. Valiokunta arvioi erityisesti tietojen säi-

44. Asia U 42/2004 vp koskien ehdotusta puitepäätökseksi ja U 52/2005 vp koskien ehdotusta direktiiviksi.

lyttämistarkoitusta, säilytettävien tietojen joukkoa, säilyttämisvelvollisten piiriä ja säilyttämisaikoja. Valiokunnan kriittiset huomiot liittyivät lähinnä sääntelyn täsmällisyyteen, mutta se toi esille myös tietojen pitkäaikaiseen säilyttämiseen liittyvät riskit luottamuksellisen viestinnän suojan sekä henkilötietojen suojan kannalta ja totesi, että nämä riskit kasvavat, mitä kauemmin tietoja säilytetään. Yhden vuoden mittaista säilytysaikaa valiokunta ei pitänyt ongelmallisena.⁴⁵ (PeVL 35/2004 vp; PeVL 3/2006 vp.)

Säilyttämisvelvollisuusdirektiivin implementoinnin yhteydessä valiokunta totesi (PeVL 3/2008 vp), että arvioinnissa tulee ottaa huomioon perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset. Käytännössä tämä tarkoitti huomion kohdistamista rajoitustarkoituksen määrittelyn täsmällisyyteen ja tarkkarajaisuuteen sekä oikeasuhtaisuuteen säilytysajan ja velvoitettujen piirin kannalta. Oikeasuhtaisuutta tarkastellessaan valiokunta korosti, että säilyttämisvelvollisuus koski tietoja, joita teleoperaattori käsittelee muutenkin, ja piti ehdotettua säilytysaikaa ”riittävänä vastaamaan viranomaisten tarpeita”. Yllättävänä voi pitää sitä, että lausunnossa ei lainkaan tarkastella massaluontoisen teletunnistetietojen tallentamisen merkitystä luottamuksellisen viestinnän suojan ja ylipäänsä yksityiselämän suojan kannalta. Valiokunta ei myöskään tunnista säilyttämisvelvollisuuden yhteyttä perustuslain 9 §:n suojaamaan liikkumisvapauteen, vaikka säilytettäviin tietoihin sisältyy matkapuhelimen paikkatietoja.

Yksityisyydensuojatarkastelun jäämistä lausunnossa marginaaliseksi voi pyrkiä selittämään reuna-alueopista seuraavalla polkuriippuvuudella. Valiokunnan tuolloisen vakiolausuman mukaan tunnistamistiedot eivät ulotu luottamuksellisen viestin salaisuuden ydinalueelle. Koska tälle oli käytännössä annettu se merkitys, että tunnistamistietoja koskevaa yksityisyyden suojaa voi rajoittaa varsin vapaasti, ei valiokunnan ollut oikeastaan tarpeenkaan tarkastella massatallentamisen vaikutusta yksityiselämän suojaan yleisemmin.

5. Eurooppalainen käänne

Perustuslain 74 §:n mukaan perustuslakivaliokunnan tehtäviin kuuluu lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan ohella arvioida lakien suhdetta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Viestinnän yksityisyyttä koskevissa kysymyksissä tämä toimeksianto näyttää kuitenkin konkretisoituneen käytännössä niin, että 74 §:n mukaisissa hallituksen esityksistä annetuissa lausunnoissa valiokunta on

45. Arvioidessaan teletunnistetietojen säilyttämistä laskutustarpeisiin valiokunta on pitänyt kolmen vuoden määräaikaa ”poikkeuksellisen pitkänä”, mutta ei kuitenkaan perustuslain vastaisena (PeVL 26/1998 vp s. 3).

tarkastellut esityksiä ensi sijassa kansallisen perustuslain mukaisesti. Kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista esillä on ollut jossain määrin Euroopan ihmisoikeussopimus, mutta valiokunnan lausunnoista ei ilmene, että valiokunta olisi tarkastellut lainsäädännön yhteensopivuutta esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen laajan telepakkokeinoja koskevan käytännön kanssa.⁴⁶ Yksittäiset viittaukset ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöön liittyvät muihin asioihin kuin telepakkokeinoihin.⁴⁷

EU-oikeuden vähäinen näkyminen telepakkokeinoja koskevissa asioissa selittyy puolestaan sillä, että rikosoikeuden kansallinen soveltaminen ei kuulu EU:n toimivaltaan⁴⁸ eikä asiaa koskevien direktiivien soveltamisalaan.⁴⁹ Tällöin myöskään EU:n perusoikeuskirjaa ei sen 51 artiklan 1 kohdan mukaisesti sovelleta. Perusoikeuskirja ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset saavat laajempaa huomiota valiokunnan käsitellessä sille perustuslain 96 §:n 2 momentin ja 97 §:n 1 ja 2 momenttien mukaisesti lähetettyjä EU-asioita (ns. U- ja E-asiat),⁵⁰ joista suurin osa on koskenut erilaisia poliisiyhteistyön alaan kuuluvia viranomaisrekistereitä. Näissä asioissa unionioikeudellinen tarkastelu on usein kuitenkin rajoittunut vakiolausumaan, jossa on todettu asian kuuluvan perusoikeuskirjan 7 tai 8 artiklan ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan sekä mahdollisesti Euroopan neuvoston tietosuojasopimuksen⁵¹ alaan.⁵²

Perustuslakivaliokunnan lausuntoa 18/2014 vp voi kuitenkin pitää käänteenä sekä suhteessa siihen, millaisen merkityksen valiokunta antaa Euroopan ihmisoikeussopimukselle ja Euroopan unionin perusoikeuskirjalle, että siihen, millainen perusoikeusluonne tunnistamistiedoille annetaan. Lausunnon taustalla oli Euroopan unionin tuomioistuimen tuolloin tuore tuomio *Digital Rights Ireland*

46. Muun muassa *Malone v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2.8.1984), *Kruslin v. Ranska* (24.4.1990), *Huvig v. Ranska* (24.4.1990), *Halford v. Yhdistynyt kuningaskunta* (25.6.1997), *Lambert v. Ranska* (24.8.1998), *Amann v. Sveitsi* (16.2.2000), *Taylor-Sabori v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.10.2002), *Liberty ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (1.7.2008), *Szuluk v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2.6.2009) ja *Kennedy v. Yhdistynyt kuningaskunta* (18.5.2010).

47. Konkursipesän kirjeenvaihdon avaaminen (PeVL 13/2003 vp) ja työnantajan oikeus seurata työntekijän viestintää (PeVL 29/2008 vp; vrt. samasta aiheesta PeVL 27/2000 vp).

48. Nykyisin Sopimus Euroopan unionin toiminnasta 83 artikla; aiemmin Sopimus Euroopan unionista 31 artikla.

49. Tietosuojadirektiivin (95/46/EY) 3 artiklan 2 kohta ja sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin (2002/58/EY) 1 artiklan 3 kohta. Ks. myös yleisen tietuoja-asetuksen (2016/679) 2 artiklan 2 kohdan d-alakohta (sovelletaan 25.5.2018 alkaen).

50. *Antero Jyränki – Jaakko Husa: Valtiosääntöoikeus. Lakimiesliiton Kustannus 2012 s. 354.*

51. Euroopan neuvoston yleissopimus yksilöiden suojelusta henkilötietojen automaattisessa tietojenkäsittelyssä (ETS nro 108, Sops 36/1992).

52. Ks. PeVL 3/2001 vp, PeVL 27/2006 vp, PeVL 8/2010 vp, PeVL 18/2012 vp, PeVL 21/2013 vp ja PeVL 21/2017 vp. Perusoikeuskirjan merkityksestä vrt. *Tuomas Ojanen: Courts, privacy and data protection in Finland: Making privacy and data protection real with a little help from the courts.* Teoksessa Maja Brkan – Evangelia Psychogiopoulou (eds.): *Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment.* Edward Elgar Publishing 2017 s. 82–100, s. 94–95.

-tapauksessa.⁵³ Ratkaisussaan EU-tuomioistuin katsoi, että EU:n teletunnistamistietojen säilyttämisvelvollisuutta koskenut direktiivi oli EU:n perusoikeuskirjan vastainen, koska puuttumista yksityisyyden suojaan ja henkilötietojen suojaan ei ollut rajattu täysin välttämättömään.⁵⁴

Tuomion johdosta perustuslakivaliokunta irtaantui lausunnossaan aiemmasta, tietosuojan sääntelykohteita korostaneesta näkökulmastaan. Samoin kuten EU-tuomioistuin, myös valiokunta tarkasteli säilyttämisvelvollisuutta nyt laajempaan, oikeasuhtaisuutta koskevana kysymyksenä. Valiokunta seurasi tuomioistuimen linjaa todetessaan, että ”oikeasuhtaisuusvaatimuksen vastaisena voidaan pitää ainakin sellaista sääntelyä, joka merkitsee laajamittaista, erittelemätöntä, pitkäaikaista ja rajoittamatonta tietojen säilyttämistä yhdistettynä viranomaisten erittelemättömään ja rajoittamattomaan pääsyyn näihin tietoihin.”⁵⁵

EU-tuomioistuimen linjauksien johdosta valiokunta irtautui myös reuna-alueargumentista sen tiukassa muodossa. Valiokunta toteaa, että ”[k]äytännössä sähköisen viestinnän käyttöön liittyvät tunnistamistiedot sekä mahdollisuus niiden kokoamiseen ja yhdistämiseen voivat kuitenkin olla yksityiselämän suojan näkökulmasta siinä määrin ongelmallisia, että kategorinen erottelu suojan reuna- ja ydinalueeseen ei aina ole perusteltua, vaan huomiota on yleisemmin kiinnitettävä myös rajoitusten merkittävyyteen.”⁵⁶ EU-tuomioistuin oli huomauttanut, että muun muassa viestinnän osapuolia, ajankohtaa ja paikkaa koskevien tietojen kokonaisuus ”voi mahdollistaa hyvin tarkkojen päätelmien tekemisen niiden henkilöiden, joiden tietoja on säilytetty, yksityiselämästä, kuten elämäntavoista, vakituisista tai väliaikaisista oleskelupaikoista, päivittäisestä tai muusta liikkumisesta, tekemisestä sekä näiden henkilöiden sosiaalisista suhteista ja heidän sosiaalisesta ympäristöstään.”⁵⁷

Valiokunta tulkitse EU-tuomioistuimen ratkaisua siten, että ”pelkästään säilytettävien tietojen laaja kattavuus – kaikki ihmiset, kaikki sähköisen viestinnän välineet ja kaikki viestintätiedot – on oikeasuhtaisuuden kannalta ongelmallista. Avoimeksi kuitenkin jää, merkitseekö viranomaistarpeita varten säädetyn säilyttämisvelvollisuuden ulottuminen käytännössä kaikkien sähköisiä viestimiä käyttävien ihmisten tietoihin jo yksinään oikeasuhtaisuusvaatimuksen loukkausta.”⁵⁸ Valiokunta totesi, että olisi perusteltua pyrkiä rajaamaan säilyttämisvelvollisuutta sekä henkilöpiiriin että viestinnän sisällön osalta. Tämä olisi kuitenkin ollut ”asiallisesti että teknisesti erittäin vaikea toteuttaa”, joten valiokunta totesi ”ettei tuomioista johdu suoranaista estettä sellaiselle sääntelylle, jossa oikeasuh-

53. Yhdistetyt asiat *Digital Rights Ireland* ja *Seitlinger ym.* (C-293/12 ja C-594/12).

54. *Digital Rights Ireland*, kohta 65.

55. PeVL 18/2014 vp s. 6. Tätä kriteeriä valiokunta on alkanut toistaa myöhemmissäkin lausunnoissaan (PeVL 20/2016 vp ja PeVL 26/2016 vp).

56. PeVL 18/2014 vp s. 6.

57. *Digital Rights Ireland*, kohta 27.

58. Ks. *Digital Rights Ireland*, kohdat 56–59.

taisuuden vaatimukset toteutetaan muilla tavoin”.⁵⁹ Valiokunta siis katsoi, ettei laaja säilyttämisvelvollisuus itsessään ole suhteellisuusperiaatteen vastainen.⁶⁰

Oikeasuhtaisuuden vaatimusten toteuttamiseksi ”muilla tavoin” valiokunta edellytti, että säilytettävät tiedot täsmennetään laissa ja säilyttämisvelvollisuus rajataan sellaisiin tietoihin, joiden säilyttäminen on välttämätöntä vakavien rikosten tutkimisen, selvittämisen ja syyteharkintaan asettamisen kannalta. Lisäksi valiokunta kehotti mietintövaliokuntaa porrastamaan noudatettavat säilytysajat tietotyypeittäin tietojen tarpeellisuuden mukaan.⁶¹ Näistä vaatimuksista kuitenkin vain täsmenämistä ja rajaamista koskeva vaatimus sisällytettiin säätämisyjärjestyspöytäkirjan eli vain sitä valiokunta piti ehdottomana edellytyksenä tavallisen säätämisyjärjestyksen käyttämiselle.

Valiokunta siis muutti arviotaan tunnistamistietojen merkityksestä yksityiselämän suojalle, mutta voi kysyä, tekikö se kuitenkin oikeasuhtaisuusarvioinnissaan eräänlaisen silmäkääntötempun. Valiokunnan vaatimukset koskivat tietotyyppien täsmenämistä ja rajaamista sekä säilytysaikojen porrastamista, mutta se ei puuttunut EU-tuomioistuimen keskeiseen moitteeseen, joka koski säilytysvelvollisuusdirektiivin kohdistumista kaikkiin viestinnän käyttäjiin mukaan lukien sellaiset henkilöt, joilla ei ole kytköstä vakavaan rikollisuuteen. Tämä suppeampi, pelkkää täsmällisyyttä ja tarkkarajaisuutta korostava tulkinta mahdollisti säilyttämisvelvollisuuden pitämisen laissa, kun laajempi tulkinta olisi edellyttänyt sen poistamista kokonaan. Valiokunta kallistui siis tulkinnassaan lopulta vaihtoehtoon, joka edusti jatkuvuutta valiokunnan aiemman käytännön kanssa ja jolla ei ollut samanlaisia radikaaleja vaikutuksia kuin *Digital Rights Ireland* -tuomion tiukalla tulkinnalla olisi ollut.⁶²

Lausunnon 18/2014 vp jälkeen myös U- ja E-asioissa annetuissa lausunnoissa perusoikeuskirja on saanut valiokunnan argumentaatiossa suurempaa roolia, erityisesti EU-tuomioistuimen uuden oikeuskäytännön johdosta. Lausunnon PeVL 20/2016 vp valiokunta toi esiin *Schrems*-tuomiossa⁶³ esitetyn tulkinnan, jonka mukaan yksityisillä on oltava käytettävissään oikeussuojakeinot itseään koskevien henkilötietojen tarkistamiseksi, korjaamiseksi tai poistamiseksi ja toisti aiemmin toteamansa laajamittaisen, erittelemättömän ja rajoittamattoman henkilötietojen säilyttämisen ja käytön kiellon. Lausunnon PeVL 26/2016 vp

59. PeVL 18/2014 vp s. 7.

60. Vastaava tulkinta on ollut useiden muidenkin EU-jäsenmaiden hallitusten ja parlamenttien suosiossa. Tuomioistuimet sen sijaan ovat suosineet tiukempaa tulkintaa. Ks. *Niklas Vainio*: Fundamental rights compliance and the politics of interpretation: Explaining Member State and court reactions to *Digital Rights Ireland*. Teoksessa Tobias Brätigam – Samuli Mieltinen (eds.): *Data Protection, Privacy and European Regulation in the Digital Age*. Helsingin yliopisto 2016 s. 229–259.

61. Liikenne- ja viestintävaliokunta sisällytti lakiin direktiiviä suppeamman luettelon tietotyypeistä ja porrasti säilyttämisajat tietotyypeittäin (LiVM 10/2014 vp).

62. Vrt. *Ojanen* 2017 s. 98.

63. *Schrems v Data Protection Commissioner* (C-362/14).

valiokunta vahvisti reuna-alue/ydinalue-erotteluun kohdistamaansa kritiikkiä todeten, että arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota myös rajoitusten merkittävyyteen. Arvioinnissa ei voida tukeutua kategoriseen erotteluun viestin sisällön ja tunnistamistietojen välillä siten, että jälkimmäiset jäisivät aina luottamuksellisen viestin salaisuutta suojaavan perusoikeuden reuna-alueelle. Lisäksi valiokunta katsoi, *Schrems*-tuomioon nojaten, että viranomaisille annettu yleinen ja erittelemätön pääsy viestien sisältöihin loukkaa yksityiselämän suojan keskeistä sisältöä.

Lausunnossa PeVL 9/2017 vp valiokunta korosti, että teletunnistietojen säilyttämisvelvollisuutta koskevassa lainsäädännön valmistelussa on kiinnitettävä huomiota erityisesti *Digital Rights Ireland*-, *Schrems*- ja *Tele2/Watson*⁶⁴-tuomioihin. Nämä uudet, yksityiselämän suojaa aiempaa enemmän painottavat linjaukset eivät ole vielä näkyneet valiokunnan varsinaisissa lainsäädäntöasioista antamissa lausunnoissa.

6. Johtopäätökset

Ennen perusoikeusuudistusta perustuslakivaliokunta arvioi luottamuksellisen viestin salaisuuden rajoittamista sillä perusteella, perustuiko se tärkeään ja hyväksyttävään pidettävään merkittävään yhteiskunnalliseen intressiin. Perusoikeusuudistuksen yhtenä tavoitteena oli täsmentää perusoikeussääntösten kirjoittamista ja määrittellä aiempaa selkeämmin kunkin perusoikeuden rajoittamisedellytykset.⁶⁵ Näitä periaatteita sovellettiin muun muassa luottamuksellisen viestin salaisuutta koskevaan hallitusmuodon 8 §:ään (nykyinen perustuslain 10 §:n 2 mom), jonka 3 momenttiin lisättiin edellytys yksityisen tai yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavasta rikoksesta.

Perustuslakivaliokunta alkoi tulkita tätä kriteeriä laveasti jo varsin varhain perusoikeusuudistuksen jälkeen. Telepakkokeinoja koskevassa käytännössä valiokunta on yhtäältä laajentanut rikosten tutkinnan käsitettä ennakkollisen rikostiedustelun suuntaan ja toisaalta se on pääsääntöisesti hyväksynyt esitetyt perusterikosten laajennukset, jolloin turvallisuuskriteeri on käytännössä tullut tarkoittamaan kaikkien vakavien rikosten tutkintaa. Paikoin valiokunta on lisäksi viitannut ”yhteiskunnallisesti painaviin perusteisiin” rajoituksen legitimaationa. Perusoikeusuudistuksen jälkeinen rajoitusoppi ei siten vaikuttaisi olevan niin kaukana hallitusmuodon aikaisesta kuin mitä perustuslain sanamuoto antaa ymmärtää.

64. Yhdistetyt asiat C-203/15 (*Tele2 Sverige*) ja C-698/15 (*Watson*).

65. HE 309/1993 vp s. 14/II.

Perusoikeusuudistuksen jälkeiseen aikaan valiokunnan käytännöstä siirtyi myös luottamuksellisen viestin salaisuuden ydinaluetta koskeva oppi, joka on tosiasiassa tarkoittanut sitä, että viestinnän tunnistamistietojen yksityisyyden suoja ei ole juurikaan asettunut telepakkokeinojen rajoitteeksi. Tunnistamistietojen säilyttämisvelvollisuuden tarkasteluun valiokunta on käyttänyt tarkastelukehystä, jonka se on kehittänyt alun perin viranomaistietokantojen tietosuojalähtöiseen arviointiin. Tämä on etäännyttänyt tarkastelua vielä kauemmaksi yksityiselämän suojaa ja luottamuksellisen viestin salaisuutta koskevasta kysymyksistä. Tarkastelussa on ollut pääroolissa henkilötietojen suojan sääntelykohteiden täsmällisyys ja tarkkarajaisuus.

Valiokunta on ollut niin uskollinen omalle lausuntokäytännölleen, että siltä jäi pitkään huomaamatta, että 1980-luvulla – siis lankapuhelinten ja telefaksien aikakaudella – kehittynyt oppi tunnistamistiedoista viestintäsalaisuuden reuna-alueena ei sovellu viestinnällisten perusoikeuksien arviointiin enää 2000-luvulla. Kuten Euroopan unionin tuomioistuin *Digital Rights Ireland* -tuomiossaan katsoo, sähköisen viestinnän maailmassa tunnistamistiedot eivät kuvaa pelkästään yksittäisten ihmisten yhteydenpitoa, vaan ne voivat kertoa laajemmin ihmisten sosiaalisista verkostoista ja elämäntavasta. Silloin kyseessä ei ole enää pelkkä luottamuksellisen viestin salaisuuden rajoitus vaan yksityiselämän suojan rajoitus laajemmin.

Eurooppalaisen tuomioistuinkäytännön viimeaikainen kehitys on saanut valiokunnan muuttamaan tarkastelutapaansa perusoikeusrajoitusten aineellisen arvioinnin suuntaan, mikä näkyy muun muassa lisääntyneinä viitteinä EU-tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Kuten edellä on todettu, valiokunta on alkanut luopua reuna-alue-argumentista. Lisäksi tietosuojatarkastelun rinnalle on tullut oikeasuhteisuus- ja välttämättömyysarviointi (PeVL 9/2017 vp).

Toisenlaista eurooppalaista kehitystä edustaa Sipilän hallituksen aie säätää sotilas- ja siviilitiedustelua koskevat lait, joihin sisältyisi laajoja viranomaisvaltuuksia tiedustelutiedon hankkimiseksi sähköisestä viestinnästä. Tässä tarkoituksessa oikeusministeriön työryhmä on ehdottanut perustuslain 10 §:n 3 momentin muuttamista siten, että jatkossa luottamuksellisen viestin salaisuutta voisi rajoittaa myös tiedon hankkimiseksi sotilaallisesta toiminnasta taikka sellaisesta muusta toiminnasta, joka vakavasti uhkaa kansallista turvallisuutta.⁶⁶ Viestintäsalaisuuden rajoittamisedellytykset laajenisivat siten ennakkolliseen, rikosepäilystä riippumattomaan viestinnän valvontaan. Spekulaatiivisen luonteensa vuoksi tällainen valvonta ei voisi olla niin yksilöllistä ja kohdennettua kuin televalvonta ja -kuuntelu. Ehdotus toisi rajoitusedellytyksiin myös uuden kansallisen turvallisuuden käsitteen, joka on merkitykseltään vielä laveampi kuin

66. Luottamuksellisen viestin salaisuus: Perustuslakisääntelyn tarkistaminen. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 41/2016 s. 52.

perustuslain nykyinen yksilön tai yhteiskunnan turvallisuus -käsite ja myös alttiimpi tulkittavaksi poliittisen tarkoituksenmukaisuuden valossa. Mietinnössä vakavana uhkana kansalliselle turvallisuudelle on terrorismin ja ulkomaisten tiedustelupalvelujen toiminnan ohella pidetty muun muassa ”laajamittaista Suomeen kohdistuvan maahantulon ohjaamista”.⁶⁷

Tärkeänä rajoitusten legitimaatioperusteena valiokunta on käyttänyt sitä, että telepakkokeinojen käyttö edellyttää aina tuomioistuimen yksittäistapauksellista lupaa. Toisaalta lupaprosessissa on oikeusasiamiehen valvonnassa ilmennyt toistuvasti lainvastaisuuksia, ja osa sekä lupahakemuksista että lupapäätöksistä on ollut perusteluiltaan vakavasti puutteellisia. Pakkokeinot ovat tyyppitapaus julkisen vallan ja yksityisen välisestä valta-asetelmasta, jossa perusoikeuksien tehtävänä on suojata yksilöä julkista pakkovaltaa vastaan. Telepakkokeinoprosessin tarkoituksena on kontrolloida luottamuksellisen viestin suojaan kohdistettujen rajoitusten lainmukaisuutta ja välttämättömyyttä. Jos hakemusten tutkinta on summaarista ja perustuu oletamaan poliisin lähtökohtaisesta luotettavuudesta eikä rajoitusten välttämättömyyttä tosiasiallisesti tutkita, telepakkokeinot menettävät valtiosääntöisen legitimitteettinsä.

Security-based limitations to the protection of communications privacy in the praxis of the Constitutional Law Committee

NIKLAS VAINIO, LL.M., M.Sc., Doctoral Candidate, University of Turku

The article studies how security-based limitations to communications-related privacy rights are construed in the praxis of the Constitutional Law Committee of the Finnish Parliament. The focus of the study is on coercive measures affecting telecommunications and telecommunications data retention measures, which mainly impact the rights to secrecy of communications (section 10(2) of the Constitution), the protection of personal data and the protection of private life (section 10(1)).

In its praxis since the fundamental rights reform of 1995, the Constitutional Law Committee has mainly given a broad interpretation to the limitation condition “necessary in the investigation of crimes that jeopardise the security of the individual or society” (section 10(3)). Coercive measures powers have been broadened in the personal, temporal and material dimensions. In particular, the Committee has expanded the scope of crimes jeopardising security beyond violent and drug crimes to other, less serious types of crime. The Committee has traditionally held that telecommunications traffic data falls outside the core of the right to secrecy of communications, essentially lowering the protection of that data. In its evaluation of telecommunications data re-

67. Ibid. s. 49.

Viestinnän yksityisyyden suojan turvallisuusperusteinen rajoittaminen...

tention, the Committee has focused more on the legality and precision of the rules and less on their material impact on the right to protection of private life. However, in some recent statements, the Committee has distanced itself from such formalist review due to the impact of some recent case-law of the Court of Justice of the European Union.

An important element in the way the Committee has justified communications privacy limitations is the system of prior court review. Academic research and the Parliamentary Ombudsman have detected numerous shortcomings in the way that review is conducted in practise. This casts doubt on the validity of the Committee's arguments.

Sisäpiiritiedon määritelmä ja sisäpiiritiedon määrittäminen yritysjärjestelyssä

HAKUSANAT: arvopaperimarkkinaoikeus, sisäpiirintieto, tiedonantovelvollisuus, markkinoiden väärinkäyttö, yritysjärjestelyt

1. Johdanto

Sisäpiirisääntely muodostuu markkinoiden väärinkäyttöasetuksen (MAR)¹ 7(1) artiklan sisäpiiritiedon² määritelmän ympärille. Yritysjärjestelyillä voi olla huomattava vaikutus pörssiyhtiön liikkeeseen laskemien rahoitusvälineiden hintaan, minkä vuoksi niihin liittyy riski sisäpiiritiedon väärinkäytöstä. MAR:n keskeiset keinot väärinkäytösten ehkäisemiseksi ovat velvollisuus julkistaa sisäpiiritieto ja sisäpiiritiedon ilmaisu- ja käyttökielto.³ MAR:n tultua voimaan siirryttiin Suomessa sisäpiiritiedon kaksiosaisesta täyttymismallista yksiosaiseen täyttymismalliin. Yksiosaisessa täyttymismallissa sisäpiiritiedon ilmaisu- ja käyttökielto sekä sisäpiiritietoon liittyvä tiedonantovelvollisuus syntyvät samalla hetkellä, kun taas kaksiosaisessa mallissa sisäpiiritiedon syntyminen oli jaettu siten, että tiedon ilmaisu- ja käyttökielto syntyivät ensin ja tiedonantovelvollisuus vasta myöhemässä vaiheessa.⁴ Muutos aikaisti sisäpiiritietoon liittyvän tiedonantovelvolli-

* Sakari Sedbom, OTM, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto. Sähköposti: sakari.sedbom@helsinki.fi. Kiitän anonyymejä vertaisarvioitsijoita rakentavasta palautteesta, joka on auttanut huomattavasti artikkelin viimeistelyssä.

1. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus 596/2014 markkinoiden väärinkäytöstä sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2003/6/EY ja komission direktiivien 2003/124/EY, 2003/125/EY ja 2004/72/EY kumoamisesta.
2. MAR:ssa käytetään termiä ”sisäpiiritieto”, kun taas arvopaperimarkkina-laissa (746/2012) ja rikoslaisissa (39/1889) samaa tarkoittava termi kirjoitetaan genetiivipäätteen sisältävään muotoon ”sisäpiirintieto”. Artikkelin tarkastelun keskiössä on MAR 7(1) artiklan sisäpiiritiedon määritelmä, jonka vuoksi artikkelissa käytetään yksinomaan termiä ”sisäpiiritieto”.
3. Jesper Lau Hansen: The Hammer and the Saw – A Short Critique of the Disclosure Regime in the Recent Compromise Proposal for a Market Abuse Regulation. Nordic & European Company Law Working Paper No. 10-35 2013 s. 2–7.
4. Finanssivalvonnan markkinat tiedote 1/2015 s. 2–3. Ks. myös Caroline Bang Stordrange: Markedsmissbrugsforordningens nye regler om utsatt offentliggjoring av innsideinformasjon. Lov og rett 2016 s. 82–111, s. 89; Jesper Lau Hansen: Say When: When Must an Issuer Disclose Inside Information? Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-03. University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 2016-28 s. 1–29, s. 7–9; Kai Kotiranta: Sisäpiirintiedon

suuden syntyhetkeä ja edellyttää, että liikkeeseenlaskija julkistaa sisäpiiritiedon aiempaa aikaisemmin tai tekee MAR 17(4) artiklan mukaisen päätöksen lykätä sisäpiiritiedon julkistamista.

Käytännössä muutos on vaikuttanut liikkeeseenlaskijoiden menettelyyn yritysjärjestelyissä, sillä yritysjärjestelyä koskevaa sisäpiiritietoa ei voida aina julkistaa välittömästi, ettei yritysjärjestelyn toteuttaminen vaarannu. Sisäpiiritietoon liittyvä tiedonantovelvollisuus ja sisäpiiritiedon julkistamisen lykkääminen edellyttävät sisäpiiritiedon syntyhetken määrittämistä. Yritysjärjestelyissä sisäpiiritiedon tarkan syntyhetken määrittäminen on kuitenkin haastavaa, sillä yritysjärjestelyn merkittävyys ja toteutumisen todennäköisyys vaikuttavat siihen, milloin tiedon voidaan katsoa olevan sisäpiiritietoa. Vaikka sisäpiiritiedon käsite on siihen kytkeytyvän tiedonantovelvollisuuden vuoksi keskeinen edellytys arvopaperimarkkinoiden tehokkaalle toiminnalle, ei käsitteen tulkinnasta vallitse täyttä yksimielisyyttä.⁵ Käytännössä tulkintaongelmat johtuvat MAR 7(1) artiklaan sisältyvän sisäpiiritiedon määritelmän yleispiirteisyydestä, minkä vuoksi määritelmää on vaikea tulkita täysin yksiselitteisesti. Yritysjärjestelyiden osalta tulkintaongelmat liittyvät sisäpiiritiedon syntyhetkeen – erityisesti siihen, milloin tiettyä suunniteltua yritysjärjestelyä tai yritysjärjestelyn yksittäistä välivaihetta koskeva tieto muuttuu sillä tavoin täsmälliseksi ja olennaiseksi, että tieto muuttuu sisäpiiritiedoksi.⁶

Edellä hahmotellun teeman tarkastelu jakautuu artikkelissa kahteen osioon. Ensin tarkastellaan *sisäpiiritiedon* määritelmää. Sen osalta määritellään aluksi sisäpiiritiedon edellytykset – eli mistä osatekijöistä sisäpiiritieto muodostuu ja mitkä edellytykset tiedon tulee täyttää, jotta sen voidaan katsoa olevan sisäpiiritietoa (jakso 2.). Tämän jälkeen tarkastellaan yksityiskohtaisesti sisäpiiritiedon edellytyksistä haasteellisimpia: sisäpiiritiedon *täsmällisyysvaatimusta* (jakso 3.) ja *olennaisuusvaatimusta* (jakso 4.). Artikkelin jälkimmäisessä osiossa sisäpiiritiedon määritelmän tarkastelu liitetään yritysjärjestelyä koskevan tiedon määrittämiseen ja pyritään hahmottamaan strukturoitu menettely, jolla tiedon muuttumista sisäpiiritiedoksi voidaan arvioida yritysjärjestelyn yhteydessä (jakso 5.). Lopuksi pyritään kokoamaan artikkelin keskeiset havainnot yhteen ja esitetään johtopäätöksiä (jakso 6.).

syntyminen. Kontekstuaalinen tulkinta. Helsinki 2014 s. 329 ja *Carmine Di Noia – Matteo Gargantini: Issuers at Midstream: Disclosure in the Current and in the Proposed EU Market Abuse Regime*. *European Company and Financial Law Review* 2012 s. 484–529, s. 510–513.

5. *Jesper Lau Hansen: Issuer's duty to disclose inside information*. ERA Forum. Springer 2017 s. 1–19, s. 1–2.

6. *Hartmut Krause – Michael Brellochs: Insider trading and the disclosure of inside information after *Geltl v Daimler* – A comparative analysis of the ECJ decision in the *Geltl v Daimler* case with a view to the future European Market Abuse Regulation*. *Capital Markets Law Journal* Vol. 8 No. 3 2013 s. 293–294 (*Krause – Brellochs* 2013a).

2. Sisäpiiritieto

2.1. Sisäpiiritiedon määritelmä

Sisäpiiritiedon syntyhetken mahdollisimman tarkka määrittäminen ja hyvät käytännöt sisäpiiritiedon hallinnassa ehkäisevät väärinkäytöksiä ja mahdollistavat sisäpiiritietoa ajoittain saaville henkilöille liiketoimien ajoittamisen liikkeeseenlaskijan rahoitusvälineillä sellaisiin hetkiin, jolloin heillä ei ole hallussaan sisäpiiritietoa. Sisäpiirisääntelyn keskeinen juridinen perusta muodostuu MAR:sta, markkinoiden väärinkäyttödirektiivistä,⁷ arvopaperimarkkinaista (746/2012, AML), rikoslaista (39/1889), EU:n 2 ja 3 tason sääntelystä sekä muusta kansallisesta sääntelystä, kuten markkinapaikkaa koskevista pörssin säännöistä ja sisäpiiriohjeesta. AML 12:1 sisältää informatiivisen viittaussäännöksen,⁸ jonka mukaan sisäpiiritiedosta säädetään MAR:ssa. Artikkelin tarkastelun keskiössä on MAR 7(1) artiklan sisäpiiritiedon määritelmää koskeva säännös, jonka mukaan sisäpiiritiedolla tarkoitetaan

”luonteeltaan täsmällistä ja julkistamatonta tietoa, joka liittyy suoraan tai välillisesti yhteen tai useampaan liikkeeseenlaskijaan taikka yhteen tai useampaan rahoitusvälineeseen ja jolla, jos se julkistettaisiin, todennäköisesti olisi huomattava vaikutus kyseisten rahoitusvälineiden hintoihin tai niihin liittyvien rahoitusjohdannaisten hintaan.”

Sisäpiiritiedon määritelmä käsittää neljä osatekijää, joiden kaikkien tulee täytyä, jotta tiedon voidaan katsoa olevan sisäpiiritietoa. Ensinnäkin tiedon tulee olla luonteeltaan täsmällistä (*täsmällisyysvaatimus*). Toiseksi tiedon pitää olla julkistamatonta eikä muuten markkinoilla saatavissa (*julkiseksitulemattomuusvaatimus*). Kolmanneksi tiedon tulee liittyä suoraan tai välillisesti yhteen tai useampaan rahoitusvälineeseen tai niiden liikkeeseenlaskijaan (*liitännäisyysvaatimus*). Neljänneksi tiedon tulee olla olennaista – eli jos tieto julkistettaisiin, sillä olisi todennäköisesti huomattava vaikutus rahoitusvälineiden hintoihin tai niihin liittyvien rahoitusjohdannaisten hintaan (*olennaisuusvaatimus*).⁹ Julkiseksitulemattomuusvaatimusta ja liitännäisyysvaatimusta tarkastellaan seuraavaksi

7. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/57/EU markkinoiden väärinkäytöstä määrättävistä rikosoikeudellisista seuraamuksista.
8. HE 65/2016 vp laiksi arvopaperimarkkinalain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi s. 39.
9. EUT C-628/13 (*Lafonta*) kohta 26 ja EUT C-19/11 (*Geltl*) kohta 25. Oikeuskirjallisuudessa esim. *Rüdiger Veil*: European Capital Markets Law. Second edition. Hart Publishing 2017 s. 200–206 ja *Niamh Moloney*: EU Securities and Financial Markets Regulation. Third edition. Oxford University Press 2014 s. 717–723.

lyhyesti. Täsmällisyysvaatimusta ja olennaisuusvaatimusta tarkastellaan yksityiskohtaisemmin jäljempänä omissa jaksoissaan, sillä niiden sisältö on vaikeammin tulkittavissa.

2.2. Julkiseksitulematonmuusvaatimus

Sisäpiiritiedon määritelmän mukaan tiedon tulee olla *julkistamatonta*.¹⁰ Ainoastaan tieto, jota ei ole vielä julkistettu tai joka ei ole muuten vielä ollut markkinoilla saatavissa, voi julkistettaessa vaikuttaa rahoitusvälineiden hintaan ja olla sisäpiiritietoa. Vaatimuksella rajataan sisäpiiritiedon määritelmän ja siihen liittyvän tiedonantovelvollisuuden ulkopuolelle tieto, jota järkevästi toimivilla sijoittajilla on jo ollut mahdollisuus hyödyntää.

Järkevästi toimiva sijoittaja on huolellisesti toimiva ja kokenut sijoittaja, joka osaa hyödyntää kattavasti eri tietolähteitä sijoituspäätöksensä perusteena. Siten tiedon katsotaan tulleen markkinoiden saataville, kun aktiivisesti ja huolellisesti markkinoita seuraavalla sijoittajalla on ollut mahdollisuus saada tieto.¹¹ Tiedon lakkaaminen olemasta sisäpiiritietoa ei ajallisesti kytkeydy sisäpiiritiedon määritelmän suomenkielisen sanamuodon mukaan tiedon julkistamishetkeen vaan hetkeen, jolloin tieto on tullut tasapuolisesti markkinoilla saataville. Merkitystä ei ole sillä, tuleeko tieto markkinoiden saataville pörssitiedotteella vai jollakin muulla tavoin.¹²

10. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on yleensä käytetty termiä ”julkistamaton” tai ”julkistamattomuusvaatimus”. Termi ”julkiseksitulematon” ilmaisee kuitenkin sääntelyn tarkoituksen tarkemmin, koska sisäpiiritiedon hintavaikutus kytkeytyy tiedon julkiseksitulo hetkeen eikä välttämättä aina julkistamishetkeen. Vrt. esim. *Jarmo Parkkonen – Märten Knuts: Arvopaperimarkkinalaki*. Talentum 2014 s. 327–334; *Janne Häyrynen – Ville Kajala: Uusi arvopaperimarkkinalaki*. Lakimiesliiton Kustannus 2013 s. 401–405 ja *Tero Kurenmaa: Sisäpiiritiedon väärinkäyttö*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003 s. 113–122. Vrt. myös *Vesa Annola: Informaatio, sisäpiiri, markkinat*. Turun yliopisto 2005 s. 209, s. 213–277, jossa käytetään hiukan eri merkityksessä termiä ”saatavuuskriteeri”.

11. *Jesper Lau Hansen: Insider dealing after the Market Abuse Directive*. Teoksessa Dan Prentice – Arad Reisberg (eds.): *Corporate Finance in the UK and EU*. Oxford University Press 2011 s. 87–116, s. 95–96. Ks. myös *Di Noia – Gargantini* 2012 s. 502. Järkevästi toimivalla sijoittajalla voidaan tarkoittaa sekä ammattimaisesti että ei-ammattimaisesti toimivaa sijoittajaa.

12. *Petra Buck-Heeb: Kapitalmarktrecht*. 8. Auflage. C.F. Müller 2016 s. 95; *Märten Knuts: Sisäpiirisääntely arvopaperimarkkinoilla*. Talentum Media 2011 s. 60; *Panagiotis Staikouras: Four years of MADness? – The New Market Abuse Prohibition Revisited: Integrated Implementation Through the Lens of a Critical, Comparative Analysis*. *European Business Law Review* 2008 s. 775–809, s. 781 ja *Vesa Annola: Saatavuuskriteeri sisäpiirisääntelyssä ja KKO 2006:100*. *Defensor Legis* 2007 s. 720–732, s. 720.

Jos tieto julkistetaan markkinoille sääntelyn edellyttämällä tavalla,¹³ voidaan tiedon aina katsoa tulleen julkistamishetken jälkeen välittömästi markkinoiden saataville, sillä arvopaperimarkkinat toimivat nopeatempoisesti ja kykenevät reagoimaan tällä tavoin julkistettuun tietoon nopeasti – käytännössä jopa sekunneissa.¹⁴ Tieto lakkaa siis olemasta sisäpiiritietoa välittömästi, kun tieto on tullut yleisön saataville jonkin tavanomaisen tiedottamiskanavan kautta, kuten pörssitiedotteen, yhtiön verkkosivujen tai valtakunnallisen sanomalehden kautta.¹⁵

Jos sisäpiiritieto tulee vain yksittäisten markkinatoimijoiden saataville epätavanomaista kautta esimerkiksi siten, että tieto ilmaistaan analyttikotapaamisessa, tieteellisessä konferenssissa, yhtiökokouksessa tai internetissä harvakseltaan vierailulla keskustelupalstalla, ei tiedon voida katsoa tulleen tasapuolisesti markkinoiden saataville ja lakanneen olemasta sisäpiiritietoa. Tällöin tieto lakkaa olemasta sisäpiiritietoa vasta, kun tieto on tullut julkiseksi tavanomaisen tiedottamiskanavan kautta.¹⁶ Saatettaessa sisäpiiritieto epätavanomaista kautta vain yksittäisten henkilöiden saataville, on liikkeeseenlaskijan sisäpiirihallinnon kannalta kyse tietovuodosta. Vuotaneen tiedon osalta tiedonantovelvollisuus ei lakkaa eikä tietoa saa hyödyntää ennen kuin sisäpiiritieto on saatettu yleisön saataville sääntelyn edellyttämällä tavalla tasapuolisesti ja johdonmukaisella tavalla, ellei tiedon voida selkeästi katsoa menettäneen sisäpiiritiedon luonteensa.¹⁷

13. Sääntelyllä viitataan tässä erityisesti sisäpiiritiedon julkistamiskeinoihin, jotka on määritelty komission täytäntöönpanoasetuksessa 2016/1055 sisäpiiritiedon asianmukaisesta julkistamisesta ja sisäpiiritiedon julkistamisen lykkäämisestä 2 artiklassa.
14. *Parkkonen – Knuts* 2014 s. 328; *Caroline Bang Stordrange*: Kan brudd på utsteders løpende informasjonsplikt innebære markedsmånpulasjon? *Lov og rett* 2014 s. 290–314, s. 293–300; *Ronald Gilson – Reinier Kraakman*: Market efficiency after the financial crisis: It's still a matter of information costs. *Virginia Law Review* Vol. 100 Issue 2 2014 s. 313–376; *Kenneth French – Richard Roll*: Stock Return Variances. The Arrival of Information and the Reaction of Traders. *Journal of Financial Economics* 17 1986 s. 5–26 ja *Arthur Keown – John Pinkerton*: Merger Announcements and Insider Trading Activity: An Empirical Investigation. *Journal of Finance* Vol. 36 Issue 4 1981 s. 855–869.
15. *Moloney* 2014 s. 721–722 ja *Parkkonen – Knuts* 2014 s. 331.
16. *Veil* 2017 s. 203; *Sakari Helminen*: Osakkeenomistajan kyselyoikeuden laajuus. *Defensor Legis* 2013 s. 499–512, s. 504; *Nils Sjöblom*: Insiderbrott – några anteckningar i anslutning till senare års praxis. *Svensk Jurist Tidning* 2012 s. 384–400, s. 391–395 ja Nasdaq Helsinki Oy pörssin sääntöjen (1.1.2017) kohdan 2.3.1.1 perusteluosa. Ks. myös *Annola* 2007 s. 723, joka katsoo, että tieto on edelleen sisäpiiritietoa, jos informaatiokanava ei ole riittävän tehokas johtamaan seikkaa markkinoiden saataville.
17. Tilanteessa, jossa sisäpiiritiedoksi katsottava tieto vuotaa markkinoille ja vaikuttaa liikkeeseenlaskijan rahoitusvälineiden hintaan, voidaan liikkeeseenlaskijalta edelleen edellyttää mahdollisimman nopeaa pörssitiedotteen antamista ja mahdollisesti vuotaneeseen tietoon liittyvien epäselvyyksien asianmukaista tarkentamista tai oikaisemista. Pörssin kurinpitolautakunta on kiinnittänyt huomiota tiedottamisen oikea-aikaisuuteen ja markkinoiden saatavilla olevien tietojen virheettömyyteen muun muassa 31.3.2017 annetussa Digia Oy:tä koskeneessa päätöksessään.

2.3. Liitännäisyysvaatimus

Sisäpiiritiedon määritelmän mukaan tiedon tulee liittyä *suoraan tai välillisesti yhteen tai useampaan liikkeeseenlaskijaan taikka yhteen tai useampaan rahoitusvälineeseen*. Vaatimuksella rajataan määritelmän ulkopuolelle tieto, joka ei liity edes välillisesti liikkeeseenlaskijaan tai liikkeeseenlaskijan rahoitusvälineisiin. Vaatimuksen keskeinen merkitys sisäpiiritiedon määritelmässä on se, että sisäpiiritiedoksi katsottava tieto voi olla liikkeeseenlaskijan vaikutuspiirissä tai vaikutuspiirin ulkopuolella olevaa tietoa. Käytännössä tällä on merkitystä, koska MAR 17(1) artiklan mukaan ainoastaan liikkeeseenlaskijaan suoraan liittyvä sisäpiiritieto synnyttää tiedonantovelvollisuuden.¹⁸

Sisäpiiritiedon määritelmässä sisäpiiritiedon *lähde* voidaan paikallistaa joko liikkeeseenlaskijaan tai liikkeeseenlaskijan ulkopuolelle. Tietoa, joka on peräisin liikkeeseenlaskijalta ja joka liittyy suoraan liikkeeseenlaskijaan, voi olla esimerkiksi merkittävä liikkeeseenlaskijan oikeudenkäyntiin, tuotekehitykseen tai liiketulokseen liittyvä tieto (*liikkeeseenlaskijatieto*).¹⁹ Tietoa, joka liittyy suoraan liikkeeseenlaskijan rahoitusvälineeseen, mutta ei ole peräisin liikkeeseenlaskijalta, voi puolestaan olla MAR 7(1)(d) artiklassa tarkoitettu tieto tulevasta rahoitusvälineellä toteutettavasta kaupasta (*transaktiotieto*).²⁰ Epäsuorasti liikkeeseenlaskijaan liittyvää tietoa, jonka lähde on muu kuin liikkeeseenlaskija, voi olla esimerkiksi tieto luottoluokituslaitoksen raportin julkistamisesta tai listayhtiötä koskeva kilpailuviranomaisen päätös (*markkinatieto*).²¹ Kaikki liikkeeseenlaskijaan tai rahoitusvälineeseen suoraan tai epäsuorasti liittyvä täsmällinen tieto ei kuitenkaan ole sisäpiiritietoa. Sisäpiiritiedon käyttö ei myöskään ole kaikissa

18. Philip Koch teoksessa Rüdiger Veil (ed.): European Capital Markets Law. Second edition. Hart Publishing 2017 s. 345–392, s. 356–358; Buck-Heeb 2016 s. 125; Moloney 2014 s. 721–723 ja Carmine Di Noia – Gargantini Matteo: The Market Abuse Directive Disclosure Regime in Practice: Some Margins for Future Actions. Rivista delle Società 2009 s. 782–835, s. 789.

19. Knuts 2011 s. 35–38 ja Staikouras 2008 s. 785. Ks. myös CESR/06-562b Level 3 – second set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market kohta 1.15, jossa on esimerkinomainen lista liikkeeseenlaskijaan suoraan liittyvistä tiedoista, joka voivat olla sisäpiiritietoa.

20. Veil 2017 s. 288 ja 292–293; Moloney 2014 s. 720 ja 727–730 ja Raj Panasaar – Philip Boeckman: European Securities Law. 2nd ed. Oxford University Press 2014 s. 3. Terminä ”transaktiotieto” ei ole vakiintunut Suomessa. Ks. myös Häyrynen – Kajala 2013 s. 398–401 ja Knuts 2011 s. 33–45. Transaktiotieto sisäpiiritiedon muotona koskee erityisesti niitä tahoja, jotka toteuttavat toimeksiantoja rahoitusvälineillä kolmansien tahojen puolesta ja joilla on työnsä puolesta pääsy tietoihin toteutettavista toimeksiannoista.

21. Veil 2017 s. 287–288; Knuts 2011 s. 38–41 ja Staikouras 2008 s. 785. Ks. myös CESR/06-562b kohta 1.16, jossa on esimerkinomainen lista liikkeeseenlaskijaan epäsuorasti liittyvistä tiedoista, joka voivat olla sisäpiiritietoa.

tilanteissa kiellettyä, koska sisäpiiritiedon väärinkäyttö edellyttää MAR:n *suojaintressin* rikkomista.²²

Sisäpiirikaupankielto ja sisäpiiritiedon laiton ilmaiseminen koskevat sekä suoraan että välillisesti liikkeeseenlaskijaan tai rahoitusvälineeseen liittyvää tietoa, kun taas tiedonantovelvollisuus koskee vain suoraan liikkeeseenlaskijaan liittyvää sisäpiiritietoa. Liikkeeseenlaskijan jatkuvan tiedonantovelvollisuuden kohteena on siten ainoastaan liikkeeseenlaskijatieto.²³ Liikkeeseenlaskijan jatkuva tiedonantovelvollisuus ei tavanomaisesti edellytä, että liikkeeseenlaskija julkistaa tai kommentoi muihin markkinatoimijoihin liittyviä tietoja, raaka-aineiden hintoihin liittyviä tietoja tai transaktiotietoja, jotka ovat sen vaikutuspiirin ulkopuolella.²⁴

3. Täsmällisyysvaatimus

3.1. Täsmällisyysvaatimuksen määritelmä

Täsmällisyysvaatimus on sisäpiiritiedon laadullinen vähimmäisedellytys, joka kvalifioi sisäpiiritiedon määritelmää.²⁵ Täsmällisyysvaatimus on määritelty MAR 7(2) artiklassa, jonka mukaan sisäpiiritiedon katsotaan olevan *luonteeltaan täsmällistä*,

”jos se viittaa ilmenneisiin olosuhteisiin tai sellaisiin olosuhteisiin, joiden voidaan kohtuudella olettaa ilmenevän, tai toteutuneeseen tapahtumaan tai tapahtumaan, jonka voidaan kohtuudella olettaa toteutuvan, edellyttäen että se on riittävän tarkkaa, jotta sen perusteella voidaan tehdä johtopäätös edellä mainittujen olosuhteiden tai edellä mainitun tapahtuman mahdollisesta vaikutuksesta rahoitusvälineiden tai

22. MAR:n johdanto-osan 24 kohdan mukaan MAR:n tarkoitus on ”*suojata rahoitusmarkkinoiden luotettavuutta ja lujittaa sijoittajien luottamusta, johon vaikuttaa muun muassa varmuus siitä, että sijoittajia kohdellaan yhdenvertaisesti ja suojataan sisäpiiritiedon perusteettomalta käytöltä.*” Esimerkiksi arvopaperinvälittäjä ei riko sääntelyn suojaintressiä pelkästään toteuttamalla liiketoimen asiakkaansa lukuun, vaikka sinänsä omaakin tiedon asiakkaansa tulevasta liiketoimesta. Ks. C-45/08 (*Spector Photo Group ja Van Raemdonck*) kohdat 57–60.

23. ESMA/2016/1130 Final Report Guidelines on the Market Abuse Regulation – Market Soundings and Delay of Disclosure of Inside Information kappale 42 ja CESR/02-089d CESR’s Advice on Level 2 Implementing Measures for the Proposed Market Abuse Directive kohdat 29–32. Ks. myös Koch 2017 s. 356–358 ja Moloney 2014 s. 721–723.

24. Koch 2017 s. 357; *Blanaid Clarke*: Inside Information and the European Market Abuse Directive (2003/6) teoksessa Paul Ali – Greg Gregoriou (eds.): Insider Trading – Global Developments and Analysis 2009 s. 99–127, s. 109.

25. Stordrange 2016 s. 85 ja Knuts 2011 s. 46.

Sisäpiiritiedon määritelmä ja sisäpiiritiedon määrittäminen yritysjärjestelyssä

niihin liittyvien rahoitusjohdannaisten, kyseisiin rahoitusvälineisiin liittyvien hyödykkeitä koskevien spot-sopimusten tai päästöoikeuksiin perustuvien huutokauppatuotteiden hintoihin.”

Täsmällisyysvaatimuksella rajataan sisäpiiritiedon määritelmän ulkopuolelle epätäsmällinen tieto, joka ei ole tarpeeksi konkreettista tai jolla ei ole riittävää totuus pohjaa, jotta sen perusteella voitaisiin tehdä päätelmiä tiedon vaikutuksesta rahoitusvälineen hintaan.²⁶ Sisäpiiritiedon määritelmässä täsmälliseksi voidaan ymmärtää – normaalia kielenkäyttöä laajentaen – myös epävarmuutta sisältävä tieto, joka koskee tulevaisuudessa ilmenevää tai toteutuvaa olosuhdetta tai tapahtumaa, sekä tieto, joka liittyy olosuhteisiin tai tapahtumiin, jotka ovat toisilleen vaihtoehtoisia. Tiedon täsmällisyysvaatimuksen arvioinnissa ei vaikuta, ilmenekö olosuhde tai toteutuuko tapahtuma tosiasiallisuudessa.²⁷

Täsmällisyysvaatimuksen täyttävää sisäpiiritietoa voi olla esimerkiksi tieto neuvottelusta, joka liittyy yhtiön valmisteilla olevaan yritys- tai rakennejärjestelyyn, liiketoimintojen hankkimiseen tai myymiseen taikka yrityssaneeraukseen.²⁸ Pitkäkestoisessa ja vaiheittain etenevässä menettelyssä täsmälliseksi tiedoksi voidaan katsoa myös menettelyn yksittäistä välivaihetta koskeva tieto, jos tieto sellaisenaan täyttää sisäpiiritiedon edellytykset ja jos on olemassa todellinen mahdollisuus, että pitkäkestoisen menettelyn päämääränä oleva olosuhde tai tapahtuma toteutuu.²⁹

Ajallisesti täsmällisyysvaatimuksessa on kaksi ulottuvuutta. Tieto voi liittyä jo ilmenneeseen tai toteutuneeseen olosuhteeseen tai tapahtumaan, tai se voi koskea tulevaa olosuhdetta tai tapahtumaa. Tulevan olosuhteen tai tapahtuman ilmeneminen tai toteutuminen on aina epävarmaa, minkä vuoksi on määritettävä hetki tai tilanne, jolloin tulevaa olosuhdetta tai tapahtumaa koskevan tiedon voidaan katsoa olevan riittävän täsmällistä ollakseen sisäpiiritietoa. Siten tulevaisuutta koskevan tiedon täsmällisyyden määrittäminen edellyttää, että arvioidaan, onko (i) olosuhteen ilmeneminen tai tapahtuman toteutuminen riittävän *toden-*

26. *Moloney* 2014 s. 720; *Vesa Annola*: Markkinahuhu ja arvopaperin emittoija. *Lakimies* 2011 s. 1376–1392, s. 1379; *Knuts* 2011 s. 46; *Jesper Lau Hansen – David Moalem*: The MAD disclosure regime and the twofold notion of inside information. *Capital Markets Law Journal* Vol 4. No. 3 2009 s. 323–340, s. 325–326 ja *Clarke* 2009 s. 106.

27. *Panasaar – Boeckman* 2014 s. 37; *Parkkonen – Knuts* 2014 s. 323; *Häyrynen – Kajala* 2013 s. 406; *Knuts* 2011 s. 33–34, s. 46 ja CESR/02-089d kohta 20. Ks. myös KKO 2006:110 (*Sampo*), jossa katsotaan, että myös toisilleen vaihtoehtoiset suunnitelmat voivat täyttää täsmällisyysvaatimuksen, jos niiden toteutumiseen on objektiivisesti arvioituna tosiasiallinen mahdollisuus.

28. ESMA/2016/1478 FI Markkinoiden väärinkäyttöasetusta koskevat ohjeet. Sisäpiiritiedon julkistamisen lykkääminen kohdat 5.1.8. a ja e. sekä Nasdaq Helsinki Oy pörssin sisäpiiri ohje (3.7.2016) kohta 1.3.2.

29. MAR:n johdanto-osan kohdat 16 ja 17.

näköistä ja (ii) onko tieto riittävän *tarkkaa* hyödynnettäväksi sijoitus päätöksen perusteena.³⁰

3.2. Riittävä todennäköisyys

Tulevaisuutta koskeva tieto on MAR 7(2) artiklan mukaan luonteeltaan täsmällistä, jos se viittaa olosuhteeseen tai tapahtumaan, jonka *voidaan kohtuudella odottaa* ilmenevän tai tapahtuvan. Jotta tämä edellytys täyttyisi, tulee olosuhteen tai tapahtuman (i) olla tosiasiaa toteuttamiskelpoinen ja (ii) ilmenemisen tai toteutumisen tosiasiallisesti mahdollista.³¹ Ilmaisulla 'voidaan kohtuudella olettaa' tarkoitetaan tulevia olosuhteita ja tapahtumia, joiden osalta jo tiedossa olevien sisäpiiritiedon osatekijöiden kokonaisvaltaisen arvioinnin perusteella on ilmeistä, että on olemassa todellinen mahdollisuus siitä, että olosuhde ilmenee tai tapahtuma toteutuu. Ainoastaan sellaiset tiedot rajautuvat täsmällisyysvaatimuksen ulkopuolelle, jotka liittyvät olosuhteisiin tai tapahtumiin, joiden ilmeneminen tai tapahtuminen on epärealistista, epätodennäköistä tai jota koskeva tieto on liian epämääräistä.³²

Tulevan olosuhteen ilmenemiseltä tai tapahtuman toteutumiselta vaadittava todennäköisyys ei vaihtele sen mukaan, miten suuri sitä koskevan tiedon arvioitu vaikutus on rahoitusvälineiden hintaan. Täsmällisyysvaatimuksen täyttyminen ei siis ole riippuvainen tiedon olennaisuusvaatimuksen täyttymisestä.³³ Täsmällisyysvaatimuksessa olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutu-

30. *Moloney* 2014 s. 720–721; *Alexander Hellgardt*: The notion of inside information in the Market Abuse Directive: *Geltl. Common Market Law Review* 2013 s. 861–874, s. 873; *Hartmut Krause – Michael Brellocks*: Insider Recht und Ad-hoc-Publizität bei M&A- und Kapitalmarkttransaktionen im europäischen Rechtsvergleich. *Die Aktiengesellschaft*. 2013 s. 309–339, s. 311 (*Krause – Brellocks* 2013b); *Di Noia – Gargantini* 2012 s. 495 ja *Staikouras* 2008 s. 779–780.

31. *Kotiranta* 2014 s. 331. *Kotiranta* katsoo, että tiedon tulee lisäksi olla myös yksilöitävässä, joskin toteaa vaatimuksen täyttyvän usein ongelmitta.

32. EUT C-19/11 (*Geltl*) kohdat 41–49, 56. Toisen ennakkoratkaisukysymyksen kohdassa 56 olevaa vastausta todennäköisyyden asteesta voidaan tulkita eri kieliversioiden perusteella eri tavoin. Ks. *Alexander Schall*: Ad-hoc-Mitteilung auch über Zwischenschritte eines kursrelevanten Vorgangs als Insider-Information, hier: Ausreichenden des Vorstandsvorsitzenden von Daimler („*Geltl*“). *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2012 s. 1282–1288, s. 1285 ja *Krause – Brellocks* 2013b s. 311.

33. EUT C-19/11 (*Geltl*) kohdassa 50 todetaan, että ”[k]ysymykseen siitä, voiko olosuhteiden ilmenemiseltä tai tapahtuman toteutumiselta vaadittava todennäköisyys vaihdella sen mukaan, miten laaja niiden vaikutus on kyseisten rahoitusvälineiden hintaan, on vastattava kielteisesti”. Oikeuskirjallisuudessa ratkaisun kohtaa on tulkittu siten, että probability/magnitude-testiä ei tule soveltaa täsmällisyysvaatimuksen vaan ainoastaan tiedon olennaisuusvaatimuksen täyttymisen arviointiin. Ks. *Veil* 2017 s. 290; *Lau Hansen* 2016 s. 18; *Krause – Brellocks* 2013b s. 313; *Lars Klöhn*: Das deutsche und europäische Insiderrecht nach dem *Geltl*-Urteil des EuGH. *Zugleich Besprechung EuGH v. 28.6.2012 – Rs C-19/11*. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2012 s. 1885–1895, s. 1885 ja 1891 ja *Schall* 2012 s. 1288.

misen todennäköisyyden asteen ei tarvitse olla huomattava tai edes todennäköisempi kuin epätodennäköinen, jotta tieto täyttää täsmällisyysvaatimuksen.³⁴ Täsmällisyysvaatimuksen täyttymistä ei myöskään voida arvioida matemaattisen todennäköisyyden perusteella, sillä tietyn olosuhteen ilmenemiselle tai tapahtuman toteutumiselle on käytännössä mahdotonta laskea tarkkaa toteutumisen todennäköisyyttä.³⁵

Olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen mahdollisuutta on arvioitava kunkin yksittäisen tapauksen erityispiirteiden perusteella.³⁶ Täsmällisyysvaatimuksen täyttymiseksi olosuhdetta tai tapahtumaa koskevan tiedon on oltava riittävän konkreettista tai erityistä. Sen tulee muodostaa perusta, jonka nojalla voidaan arvioida, onko sen kohteena oleva olosuhde tai tapahtuma sellainen, että sillä olisi julkistettaessa todennäköisesti vaikutusta niiden rahoitusvälineiden hintaan, joihin se liittyy.³⁷

3.3. Tiedon riittävä tarkkuus

Täsmällisyysvaatimuksen täyttymiseksi tiedon on oltava *riittävän tarkkaa*, jotta sen perusteella voidaan tehdä johtopäätös tiedon vaikutuksesta rahoitusvälineiden tai niiden johdannaisten hintaan. Tiedon voidaan katsoa olevan riittävän tarkkaa, jos (i) järkevästi toimiva sijoittaja voisi käyttää tietoa sijoituspäätöksensä perusteena niin, että taloudellinen riski on vain vähäinen tai (ii) jos tietoa todennäköisesti hyödynnettäisiin välittömästi markkinoilla.³⁸ Täsmällisyysvaatimuksen ulkopuolelle rajautuvat epätäsmällisinä sellaiset epämääräiset ja yleiset

34. Lau Hansen 2016 s. 16 ja Stefan Frisch teoksessa Peter Derleder – Kai-Oliver Knops – Heinz-Georg Bamberger (hrsg.): Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht. Band 2. 3. Auflage. Springer 2016 s. 175–506, s. 299.

35. Lau Hansen 2016 s. 16–17; Buck-Heeb 2016 s. 93 ja Di Noia – Gargantini 2012 s. 497 ja 502. Vrt. esim. Lars Klöhn: Inside information without an incentive to trade? What's at stake in 'Lafonta v AMF'. Capital Markets Law Journal Vol. 10 No. 2 2015 s. 162–180, s. 178 ja av. 88; Kotiranta 2014 s. 275, 293 ja 332; Krause – Brellocks 2013a s. 288–289 ja Gregor Bachmann: Ad-hoc-Publizität nach Geldl. Der Betrieb 2012 s. 2206–2211, s. 2208–2209, jotka argumentoivat Geldl-tapauksen perusteella, että tulevan olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen todennäköisyyden tulisi olla 50 % + x, jotta ilmeneminen tai toteutuminen olisi objektiivisesti arvioiden mahdollista. Tulkinta juontaa juurensa Saksan Bundesgerichtshofin tulkinnasta. Ks. Schall 2012 s. 1288 ja Stefan Widder – Dirk Kocher: Disclosure of inside information: German referral to the ECJ leads to further ambiguities over disclosure requirements regarding events occurring in stages. Journal of International Banking Law and Regulation 2011 s. 289–293, s. 291.

36. Lau Hansen 2016 s. 19; Kotiranta 2014 s. 293 ja CESR/06-562b kohta 1.5.

37. EUT C-628/13 (Lafonta) kohta 31.

38. Klöhn 2015 s. 171 ja 173–175; Parkkonen – Kajala 2013 s. 410; Di Noia – Gargantini 2012 s. 499 ja CESR R/06-562b kohta 1.8.

tiedot, jonka perusteella ei ennalta voi tehdä johtopäätöstä, että tiedolla olisi todennäköisesti vaikutus tiedon kohteena olevien rahoitusvälineiden hintaan.³⁹

Ollakseen täsmällistä, tiedon ei tarvitse olla kovinkaan yksityiskohtaista, sillä epätarkkakin tieto voi mahdollistaa johtopäätösten tekemisen. Tiedon perusteella ei tarvitse myöskään kyetä päättelemään *suuntaa*, johon rahoitusvälineen hinta todennäköisesti muuttuisi tiedon julkistamisen jälkeen.⁴⁰ Väljä tulkinta on perusteltu, koska markkinatoimijat hyödyntävät tietoa epäyhtenäisesti, minkä vuoksi vastakkaiset intressit voivat neutralisoida hintavaikutuksen niin, että tiedon merkittävyys hahmottuu kaupankäynnin määrän lisääntymisestä mutta ei hintamuutoksen suuruudesta.⁴¹ Lisäksi hintavaikutuksen suunnan määrittämiseen liittyvä epävarmuus voi toimia sijoittajalle pontena ryhtyä erilaisiin suojaustoimenpiteisiin tai pidättäytyä kokonaan toimimasta.⁴²

Epätarkkoina ja epämääräisinä tietoina täsmällisyysvaatimuksen ulkopuolelle rajautuvat markkinahuht ja spekulatio. Markkinahuht ja spekulatio ovat osa arvopaperimarkkinoiden normaalia toimintaa ja voivat ohjata markkinatoimijoiden käyttäytymistä. Markkinahuhujen ja spekulatiion keskeinen ero sisäpiiritietoon on, että ne eivät ole peräisin liikkeeseenlaskijalta eivätkä markkinatoimijat kykene verifioimaan niiden paikkansapitävyyttä. Vaikka markkinahuht tai spekulatio sinänsä sisältäisikin paikkansapitäviä ja vielä julkistamattomia tietoja, ei tällainen tieto täytä täsmällisyysvaatimusta, koska tiedolla ei ole täsmällisyysvaatimuksen edellyttämää tarkkuutta.⁴³ Mikäli markkinahuht tai spekulatio on kuitenkin yksityiskohtainen ja sisältää tarkkoja tietoja vielä julkistamattomista olosuhteista tai tapahtumista, voidaan tätä pitää merkinä liikkeeseenlaskijan sisäpiiritiedon luottamuksellisuuden vaarantumisesta. Tällöin kyse on *tietovu-*

39. EUT C-628/13 (*Lafonta*) kohta 31 ja CESR/06-562b kohta 1.5.

40. EUT C-628/13 (*Lafonta*) kohta 39. Ks. myös KKO 2013:53 (*Perlos*), jossa katsottiin, ettei hintavaikutuksen suunnan tarvitse olla ennakoitavissa, mutta suunnan ennakoitavuus voidaan kuitenkin ottaa huomioon arvioitaessa sitä, miten järkevästi toimiva sijoittaja olisi käyttänyt tietoa.

41. Myöskään pelkkä kaupankäynnin lisääntyminen ei aina välttämättä ole merkki siitä, että tieto on ollut sisäpiiritietoa, sillä nopeampaisen koneellisen algoritmikaupankäynnin yleistyttyä merkittävä osa kaupankäynnistä markkinoilla perustuu tietoon rahoitusvälineen kurssimuutoksesta. Koska tieto tapahtuneesta kurssimuutoksesta ei ole sisäpiiritietoa, on aina arvioitava, onko kurssimuutoksen taustalla vaikuttanut tieto täyttänyt kaikki sisäpiiritiedon edellytykset.

42. *Lau Hansen* 2017 s. 9; *Buck-Heeb* 2016 s. 97 ja *Di Noia – Gargantini* 2012 s. 500. Ks. myös *Klöhn* 2015 s. 162–180, erityisesti sivut s. 173–175 ja 179–180 sekä *Veil* 2017 s. 205, jotka suhtautuvat kriittisesti EUT:n *Lafonta*-ratkaisuun, sillä ilman tietoa rahoitusvälineen hintavaikutuksen suunnasta sijoittajalla ei ole insentiiviä hyödyntää tietoa osakekaupankäynnissä. Tieto tulevasta ja mahdollisesti merkittävästä kurssimuutoksesta voi kuitenkin kannustaa suojautumaan mahdolliselta kurssilaskulta esimerkiksi optioiden tai muiden johdannaisten avulla.

43. *Veil* 2017 s. 288; *Moloney* 2014 s. 720; *Annola* 2011 s. 1379; *Knuts* 2011 s. 46; *Lau Hansen – Moalem* 2009 s. 325–326; *Clarke* 2009 s. 106 ja CESR/06-562b kohta 1.5.

dosta, ja liikkeeseenlaskijan tulee julkistaa tieto markkinoille mahdollisimman pian.⁴⁴

Toistaiseksi ei ole muodostunut yleisesti hyväksyttyä tulkintaa siitä, milloin markkinahuuho on siinä määrin tarkka, että kyseessä voidaan katsoa olevan tietovuoto.⁴⁵ Pääsääntö kuitenkin on, että kyse on tietovuodosta, kun huhun kohteena oleva tieto on riittävän tarkka osoittamaan, että sisäpiiritiedon luottamuksellisuutta ei enää pystytä takaamaan.⁴⁶ Tietovuodon toteamiseksi merkitystä ei ole sillä, mistä tieto on peräisin. Tieto voi olla yhtä hyvin peräisin liikkeeseenlaskijan työntekijältä tai liikkeeseenlaskijan ulkopuolisesta lähteestä. Tietovuodon ei voida katsoa tapahtuneen siinä tapauksessa, että markkinoilla on samanaikaisesti useita eri huhuja, jotka sisältävät yksittäisiä oikeita tietoja, mutta yksikään huhu ei sellaisenaan anna perustetta epäillä sisäpiiritiedon luottamuksellisuuden vaarantuneen. Liikkeeseenlaskijan ei pääsääntöisesti edellytetä reagoivan virheellisiin huhuihin eikä niiden perusteella syntyvään kurssivaihteluun.⁴⁷

3.4. Pitkäkestoinen menettely

Pitkäkestoisessa menettelyssä täsmälliseksi tiedoksi voidaan katsoa myös menettelyn yksittäinen välivaihe, joka liittyy tulevan olosuhteen ilmenemiseen tai tapahtuman toteutumiseen. MAR 7(3) artiklan mukaan menettelyn välivaihetta on pidettävä sisäpiiritietona, jos se sellaisenaan täyttää kaikki sisäpiiritiedon edellytykset. Velvollisuus julkistaa välivaihetta koskeva tieto liittyy pitkäkestoiisiin hankkeisiin, joissa menettelyä koskeva tieto lisääntyy menettelyn edetessä. Tyypillisiä tällaisia menettelyjä ovat yritysjärjestelyt, rahoitus- ja pääomamarkkinatransaktiot, tuotekehittely sekä riitojenratkaisumenettelyt. Sisäpiiritiedon edellytykset täyttävää välivaihetta koskeva tieto voi liittyä esimerkiksi sopimus-

44. Koch 2017 s. 377; Moloney 2014 s. 735 ja Di Noia – Gargantini 2012 s. 521. Ks. myös Sakari Huovinen: Pörssiyhtiön tiedonantovelvollisuus, sijoittajan odotukset ja media. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004 s. 248, jossa Huovinen toteaa, että ”Vuotaneen tiedon tai huhun voi melko usein erottaa toisistaan tiedon tarkkuuden osalta. Huhun voi tunnustaa epätarkkuuksista ja epäselvistä ilmaisuista näkökannoista, kun taas tietovuodossa on oleellisilta osiltaan oikeaa tietoa, vaikka se ei olisikaan kattavaa.”

45. BaFin MAR 17 artiklan tulkintaa koskeva 22.12.2016 julkaistu dokumentti ”Art. 17 MAR – Veröffentlichung von Insiderinformationen (FAQs)” vastaus kysymykseen III.4 ja Moloney 2014 s. 720.

46. Koch 2017 s. 377; Moloney 2014 s. 735 ja CESR/09-219 Level 3 – Third set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market kohta 69.

47. Carmine Di Noia – Mateja Milič – Paola Spatola: Issuers obligations under the new Market Abuse Regulation and the proposed ESMA Guideline regime: a brief overview. Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2014 s. 96–108, s. 102 ja Di Noia – Gargantini 2012 s. 521–523.

neuvottelujen vaiheeseen, yritysjärjestelyssä suoritettavaan vastikkeeseen tai tuotekehittelyssä saavutettuun merkittävään tulokseen.⁴⁸

Tulevaa välivaihetta koskeva tieto on riittävän täsmällistä, jos jo tiedossa olevien osatekijöiden kokonaisvaltaisen arvioinnin perusteella on ilmeistä, että on olemassa todellinen mahdollisuus siitä, että olosuhde ilmenee tai tapahtuma toteutuu.⁴⁹ Tulkinta välivaiheen täsmällisyysvaatimuksen täyttymisestä on muotoutunut Euroopan unionin tuomioistuimen (EUT) *Geltl*-ratkaisun pohjalta. Oikeuskäytännössä tai sääntelyssä ei kuitenkaan ole otettu kantaa siihen, milloin välivaihetta koskevan tiedon voidaan katsoa täyttävän myös sisäpiiritiedon olennaisuusvaatimuksen edellytykset, sillä EUT vastasi *Geltl*-ratkaisussa ainoastaan sille esitettyyn ennakkoratkaisukysymykseen tiedon täsmällisyysvaatimuksen täyttymisestä.⁵⁰

Jos välivaihetta koskeva tieto täyttää täsmällisyysvaatimuksen, on vielä arvioitava, täyttääkö tieto olennaisuusvaatimuksen.⁵¹ Välivaihetta koskevan tiedon olennaisuutta voidaan tarkastella arvioimalla, onko välivaihe (i) itsenäisesti sellainen, että sillä olisi todennäköisesti potentiaalinen hintavaikutus riippumatta menettelyn tulevista vaiheista, vai (ii) liittykö välivaiheen potentiaalinen hintavaikutus ainoastaan tulevan olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen mahdollisuuteen. Mikäli välivaihe on sellainen, että sillä voi itsenäisesti olla potentiaalinen hintavaikutus, voidaan katsoa, että järkevästi toimiva sijoittaja ottaisi tiedon huomioon sijoituspäätöstä tehdessään huolimatta siitä, toteutuuko menettely vai ei. Esimerkiksi tieto yhtiön kokoon nähden merkittävän osakauppasopimuksen allekirjoittamisesta on tyypillisesti itsessään sisäpiiritietoa, vaikka kaupan voimaantulo edellyttäisi vielä tiettyjen ehtojen täyttymistä.⁵²

Kun menettelyn välivaiheen potentiaalinen hintavaikutus on selkeästi sidoksissa siihen, että menettely johtaa tietyn olosuhteen ilmenemiseen tai tapahtuman toteutumiseen, on arvioitava sekä menettelyn toteutumisen todennäköisyyttä että hintavaikutuksen suuruutta. Järkevästi toimivan sijoittajan voidaan olettaa ottavan toteutumiseltaan epävarman menettelyn huomioon sitä varmemmin, mitä suuremman odotettavissa olevan hintavaikutuksen voidaan olettaa olevan. Jos menettelyn ilmenemisen tai toteutumisen mahdollisuutta ei voida arviointihetkellä pitää ilmeisenä, ei välivaihetta koskeva tieto ole sisäpiiritietoa.⁵³

48. MAR johdanto-osan kohdat 16 ja 17. Ks. myös *Veil* 2017 s. 283 ja *Stordrange* 2016 s. 86.

49. EUT C-19/11 (*Geltl*) kohdat 31, 38–40 ja 57.

50. EUT C-19/11 (*Geltl*) kohdat 41, 50 ja 57. Ks. myös MAR:n johdanto-osan kohta 16, joka vastaa *Geltl*-ratkaisun 50 kohdassa mainittua. Koska *Geltl*-ratkaisussa vastataan toisen ennakkoratkaisukysymyksen mukaisesti ainoastaan kysymykseen tiedon täsmällisyydestä, sitä ei tule tulkita niin, etteikö probability/magnitude-testi soveltuisi tiedon olennaisuuden arviointiin. Ks. *Klöhn* 2012 s. 1890–1891 ja *Schall* 2012 s.1288.

51. *Frisch* 2016 s. 304.

52. *Lau Hansen* 2016 s. 19; *Hellgardt* 2013 s. 870–871 ja *Krause – Brellocks* 2013a s. 293–294.

53. *Bachmann* 2012 s. 2209.

Sisäpiiritiedon määritelmä ja sisäpiiritiedon määrittäminen yritysjärjestelyssä

Esimerkiksi yritysjärjestelyn valmistelua koskevan salassapitosopimuksen allekirjoittaminen voi olla sisäpiiritietoa, jos yritysjärjestelyn toteutumista voidaan yhdessä muiden saatavilla olevien tietojen kanssa pitää objektiivisesti arvioiden mahdollisena.⁵⁴ Vastaavasti *due diligence* -selvityksessä tehdyillä havainnoilla voi olla merkitystä arvioitaessa, onko yritysjärjestelyn toteutuminen mahdollista vai ei.⁵⁵

Merkittävässä yritysjärjestelyissä on olennaisuuden arvioinnissa kiinnitettävä huomioita myös siihen seikkaan, että sijoittajalle voi olla houkuttelevaa hyödyntää jo melko varhaista välivaihetakin koskevaa tietoa, sillä jos järjestely ei toteudu ja järjestelyä koskevaa tietoa ei julkisteta, ei myöskään synny kursisireaktiota. Sijoittajalla ei siis ole välttämättä merkittävää taloudellista riskiä hyödyntäessään toteutumiseltaan epävarmaa menettelyä koskevaa tietoa. Sen sijaan kaupan toteutuessa epävarmastakin tiedosta voi olla etua suhteessa muihin markkinatoimijoihin.

4. Olennaisuusvaatimus

4.1. Olennaisuusvaatimuksen määritelmä

Tieto on sisäpiiritietoa ainoastaan, jos tiedolla arvioidaan olevan julkistettaessa *todennäköisesti huomattava vaikutus* rahoitusvälineiden hintoihin tai niihin liittyvien rahoitusjohdannaisten hintaan. MAR 7(4) artiklan mukaan tällä tarkoitetaan tietoa, jota *järkevästi toimiva sijoittaja todennäköisesti käyttäisi* yhtenä sijoituspäätöksensä perusteena. Vaatimus täyttyy, jos järkevästi toimiva sijoittaja objektiivisesti arvioiden hyödyntäisi tietoa yhtenä sijoituspäätöksensä perusteena. Vaatimuksella rajataan sisäpiiritiedon määritelmän ulkopuolelle sellainen tieto, joka ei ole sijoittajien kannalta olennaista tai jolla on sijoittajan päätöksenteossa vain vähäinen merkitys.⁵⁶

Järkevästi toimiva sijoittaja on lainsäädännössä määritelty hypoteettinen markkinatoimija, joka kuvaa markkinapaikan tyypillistä, eri lähteistä saatavilla olevia tietoja sijoituspäätöksensä perusteena hyödyntävää ja huolellisesti toimivaa asiantuntevaa sijoittajaa.⁵⁷ Järkevästi toimiva sijoittaja tuntee arvoja-

54. Klöhn 2012 s. 1891–1892 ja Krause – Brellocks 2013a s. 293–294.

55. Alexander Schopper – Mathias Walch: Ad-hoc-Publizität bei zeitlich gestreckten Sachverhalten – zugleich eine Besprechung von VwGH 2012/17/0554. Zeitschrift für Finanzmarktrecht 2014 s. 256 ja Krause – Brellocks 2013b s. 313.

56. Moloney 2014 s. 722–723; Krause – Brellocks 2013a s. 293 ja Staikouras 2008 s. 786.

57. Di Noia – Gargantini 2012 s. 501–502 ja Annola 2007 s. 843 av. 32.

perimarkkinoiden tavanomaiset käytännöt, ymmärtää markkinaolosuhteita ja osaa tulkita liikkeeseenlaskijoista ja rahoitusvälineistä saatavilla olevia tietoja. Järkevästi toimiva sijoittaja ei ole keskivertosijoittajaa älykkäämpi vaan voi tulkita saatavilla olevia tietoja myös virheellisesti. Järkevästi toimivan sijoittajan ei voida olettaa ymmärtävän epätavallisia ilmiöitä arvopaperimarkkinoilla, kuten markkinamanipulaatiota, hintakuplien muodostumista tai automatisoidun kaupankäynnin aiheuttamaa epätavallisen voimakasta hintavaihtelua (*flash crash*). Järkevästi toimiva sijoittaja ei ole inhimillisistä heikkouksista vapaa, joten hän voi sortua myös ”laumakäyttäytymiseen” (*bandwagon effect*).⁵⁸

Kun arvioidaan, ottaisiko järkevästi toimiva sijoittaja tietyn tiedon todennäköisesti huomioon sijoituspäätöstä tehdessään, lähtökohdaksi on aina otettava ennen päätöksentekoa saatavilla olevat tiedot. Tiedon potentiaalista hintavaikutusta arvioidaan etukäteisperspektiivistä (*ex ante*) suhteessa tiedon mahdolliseen julkistamiseen. MAR:n johdanto-osan 14 kohdan mukaan:

”Tämänkaltaisessa arvioinnissa on otettava huomioon tietojen odotettavissa olevat vaikutukset, kun niitä tarkastellaan kyseisen liikkeeseenlaskijan koko toiminnan muodostamaa taustaa vasten, tietolähteen luotettavuus ja kaikki muut markkinatekijät, jotka kyseisessä tilanteessa todennäköisesti vaikuttavat kyseiseen rahoitusvälineeseen, siihen liittyvään hyödykettä koskevaan spot-sopimukseen tai päästöoikeuksiin perustuviin huutokauppatuotteisiin.”

Osatekijällä rajataan sisäpiiritiedon määritelmän ulkopuolelle tieto, joka olisi järkevästi toimivalle sijoittajalle epäolennainen tai vähämerkityksellinen.⁵⁹ Yllä olevasta voidaan myös päätellä, että olosuhteiden ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen todennäköisyyden lisäksi olosuhdetta tai tapahtumaa koskevien tietojen oletettavissa olevan vaikutuksen suuruus on otettava huomioon arviotaessa, ottaisiko järkevästi toimiva sijoittaja todennäköisesti tiedon huomioon sijoituspäätöstä tehdessään. Tulevan olosuhteen tai tapahtuman olennaisuutta voidaan arvioida niin sanotun *probability/magnitude*-testin⁶⁰ avulla.⁶¹

58. Veil 2017 s. 290 ja Knuts 2011 s. 106–109.

59. Lau Hansen 2016 s. 26; Janne Häyrynen: Pörssiväärinkäytökset. Helsinki 2009 s. 136 ja Staikouras 2008 s. 786.

60. Julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus asiassa EUT C-19/11 (*Geltl*) kohta 101 ja erityisesti ratkaisuehdotuksen alaviite 32. Alaviitteessä viitataan Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden tapaukseen *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 1988, jossa järkevästi toimivan sijoittajan toimintaa arvioidaan *probability/magnitude*-testillä. Kyseinen oikeustapaus on saattanut vaikuttaa direktiivin 2003/124 johdanto-osan 1 kohtaan, jonka mukaan järkevästi toimiva sijoittaja tekee sijoituspäätöksensä käytettävissään olevien tietojen eli ennen päätöksentekoa saatavilla olevien tietojen perusteella, ottaen erityisesti huomioon ”kyseisen liikkeeseenlaskijan koko toiminnan” (direktiivin englannin kielisessä versiossa ”*in light of the totality of the related issuer’s activity*” ja *Basic Inc. v. Levinson* -tapauksen ratkaisussa ”*in light of the totality of the company activity*”).

61. Veil 2017 s. 290; Klöhn 2012 s. 1885 ja 1891 ja Schall 2012 s. 1286–1288. Ks. myös Krause – Brellochs 2013a s. 288 ja 293 sekä Bachmann 2012 s. 2208–2209.

Probability/magnitude -testissä kiinnitetään huomiota olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen todennäköisyyteen (*probability*) sekä oletettavissa olevan vaikutuksen suuruuteen (*magnitude*). Testin nojalla tieto on sitä selkeämmin sisäpiiritietoa, mitä suurempi olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen todennäköisyys on ja mitä suurempi vaikutus tiedolla arvioidaan olevan. Jos olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen todennäköisyys on pieni, voi tieto silti täyttää olennaisuusvaatimuksen, jos tiedon arvioitu vaikutus on suuri. Jos taas olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen todennäköisyys on suuri, riittää olennaisuusvaatimuksen täyttymiseen pienempi arvioitu vaikutus. Näin ollen toteutumistodennäköisyys ja vaikutuksen suuruus kompensoivat toisiaan. Olennaisuusvaatimuksen täyttymiseksi keskeistä onkin juuri se, onko tieto sellainen, että järkevästi toimiva sijoittaja ottaisi tiedon todennäköisesti huomioon sijoituspäätöstä tehdessään.⁶²

Markkinoilla liikkeeseenlaskijasta on sijoittajien saatavilla useista eri lähteistä muodostuva ja toisiinsa sekoittunut kokonaisuus erilaisia tietoja, joiden muodostama kokonaisuutta kukin sijoittaja pyrkii tulkitsemaan omien kykyjensä ja taitojensa mukaan. Kun arvioidaan, ottaisiko järkevästi toimiva sijoittaja tietyn tiedon todennäköisesti huomioon sijoituspäätöstä tehdessään, arvioidaan sijoittajan saatavilla olevia tietoja liikkeeseenlaskijan koko toiminnan muodostamaa taustaa vasten ja huomioidaan samalla tietolähteen luotettavuus ja liikkeeseenlaskijan rahoitusvälineen hintaan vaikuttavat markkinatekijät. Tämä muodostaa perustan tiedon olennaisuuden kokonaisarvioinnille. Jos järkevästi toimiva sijoittaja pitäisi tietoa todennäköisesti seikkana, joka muuttaa merkittävästi käytettävissä olevien tietojen kokonaisuutta niin, että sijoittaja hyödyntäisi tietoa sijoituspäätöksensä perusteena, voidaan tiedon katsoa kokonaisarvion perusteella täyttävän olennaisuusvaatimuksen (*total mix* -kriteeri).⁶³ Total mix -kriteerin täytyminen ei

62. *Veil* 2017 s. 290; *Lau Hansen* 2016 s. 26; *Klöhn* 2015 s. 165–166; *Krause – Brellocks* 2013b s. 314 ja *Häyrynen* 2009 s. 133.

63. Julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus asiassa EUT C-19/11 (*Geltl*) kohta 73 ja erityisesti alaviite 15. Alaviitteessä todetaan, että täsmällisyysvaatimusta tarkentava määritelmädirektiivin 1(1) artikla (vastaa MAR 7(2) artiklaa) yhdessä direktiivissä käytetyn järkevästi toimivan sijoittajan käsitteen (vastaa MAR 7(4) artiklaa ja MAR:n johdanto-osan 14 kohtaa) kanssa muodostavat hyvin samankaltainen kriteerin kuin yhdysvaltalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä kehittynyt *total mix* -kriteeri. Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438, 1976 tapauksessa tiedon katsottiin muodostuvan sisäpiirisäpiiritiedoksi ja siten olevan ”olennaista” (”material”), eli etua tuottavaa, kun on huomattavan todennäköistä, että jos tieto olisi ollut yleisesti saatavilla, järkevästi toimiva sijoittaja olisi pitänyt sitä seikkana, joka muuttaa merkittävästi käytettävissä olevien tietojen kokonaisuutta (*total mix*; ”*there must be a substantial likelihood that the disclosure of the omitted fact would have been viewed by the reasonable investor as having significantly altered the total mix of information made available*”). Ks. myös *total mix* -kriteeriin nojautuva argumentointi julkisasiamies Philippe Legerin ratkaisuehdotuksesta asiassa EYT C-28/99 (*Verdonck*) kohta 44 ja alaviite 17. 63. *Lau Hansen* 2016 s. 16–17; *Parkkonen – Knuts* 2014 s. 338 ja *Knuts* 2011 s. 111–113.

edellytä suoraa vaikutusta rahoitusvälineiden hintaan, vaan riittävää on, että tieto on luonteeltaan sellainen, että järkevästi toimiva sijoittaja huomioisi tiedon yhtenä sijoituspäätöksensä perusteena arvioidessaan rahoitusvälineen hintatasoa.⁶⁴

Jotta tiedon olennaisuudesta voidaan muodostaa *total mix* -kriteerin edellyttämä kokonaisarvio, se edellyttää olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen *todennäköisyyden* sekä ennakoitun *vaikutuksen suuruuden* etukäteisarviointia (*ex ante*).⁶⁵ Toteutumisen todennäköisyyden arvioinnissa huomioidaan (i) tiedon täsmällisyys sekä (ii) tietolähteen luotettavuus. Vaikutuksen suuruuden arvioinnissa taas huomioidaan (i) liikkeeseenlaskijan koko toiminnan muodostama tausta ja (ii) vallitsevat markkinatekijät.

4.2. Olosuhteen tai tapahtuman toteutumisen todennäköisyys

Olosuhteen ilmenemisen tai tapahtuman toteutumisen todennäköisyyden vähimmäisedellytys on, että tieto täyttää täsmällisyysvaatimuksen.⁶⁶ Olennaisuusvaatimus on siten osittain päällekkäinen täsmällisyysvaatimuksen kanssa.⁶⁷ Vaikka tieto täyttäisikin täsmällisyysvaatimuksen, ei tieto välttämättä ole järkevästi toimivalle sijoittajalle olennainen, jos tiedon oletettu vaikutus on arviointihetkellä todennäköisesti vain vähäinen.⁶⁸ Järkevästi toimivan sijoittajan voidaan olettaa huomioivan tiedon todennäköisesti yhtenä sijoituspäätöksensä perusteena siinä tapauksessa, että (i) tieto on luonteeltaan samankaltainen kuin aiemmin huomattavan hintavaikutuksen aiheuttanut tieto, (ii) liikkeeseenlaskija on aiemmin antanut pörssitiedotteen vastaavasta tai vastaavan kaltaisesta asiasta ja markkinoilla on perusteltu syy odottaa liikkeeseenlaskijan julkistavan kyseisen kaltainen tieto, (iii) liikkeeseenlaskija on määritellyt tiedon olennaiseksi julkilausutussa tiedonantopolitiikassaan tai (iv) tulevan olosuhteen ilmenemisestä tai tapahtuman toteutumisesta on esitetty markkinoilla huomiota saaneita analyysejä, arvioita tai mielipiteitä.⁶⁹

Arvioitaessa, ottaisiko järkevästi toimiva sijoittaja tietyn tiedon huomioon sijoituspäätöksensä perusteena, on huomioitava vallitsevat markkinatekijät sekä tietolähteen luotettavuus.⁷⁰ Tulevan vaikutuksen todennäköisyyden arvioinnissa olennaisia markkinatekijöitä voivat olla esimerkiksi rahoitusvälineen arviointihetken hintataso, odotettavissa oleva tuotto, verrokkiyhtiöiden rahoitusvälinei-

64. Lau Hansen 2017 s. 9.

65. EUT C-19/11 (*Geltl*) kohta 56.

66. Kotiranta 2014 s. 292–296 ja *Di Noia – Gargantini* 2012 s. 496.

67. *Di Noia – Gargantini* 2012 s. 500 ja *Staikouras* 2008 s. 787.

68. *Krause – Brellochs* 2013b s. 314 ja *Klöhn* 2012 s. 1892.

69. Lau Hansen 2016 s. 26; *Di Noia – Milič – Spatola* 2014 s. 98–99; *Di Noia – Gargantini* 2012 s. 500; *Staikouras* 2008 s. 786 ja CESR/06-562b kohta 1.14.

70. MAR:n johdanto-osan 14 kohta.

den hintataso, odotettavissa oleva hintavaihtelu sekä muutos likviditeetissä. Tiedon luotettavuuden osalta olennaista taas on, onko tiedon paikkansapitävyyttä mahdollista verifoida vai ei. Osa tiedoista voi olla spekulatiota tai markkina-huhuja, joille ei ole olemassa totuus pohjaa. Osa tiedoista on puolestaan saattanut tulla markkinoille ilman, että tietoa on ollut tarkoitus vielä julkistaa. Sijoittajan kannalta sijoituspäätöksen tekeminen verifoimattoman tiedon perusteella on aina riski, minkä vuoksi tiedon luotettavuuteen vaikuttaa myös tiedon lähde. Esimerkiksi yritysjärjestelyä koskeva tieto, joka on peräisin liikkeeseenlaskijan ulkopuolisesta lähteestä, ei välttämättä ole sijoittajan kannalta yhtä luotettava kuin suoraan liikkeeseenlaskijalta peräisin oleva tieto. Samoin esimerkiksi tieto yritysjärjestelystä, joka on peräisin liikkeeseenlaskijan ”rivityöntekijältä”, ei välttämättä ole sijoittajan näkökulmasta yhtä luotettava kuin tieto liikkeeseenlaskijan johdossa toimivalta, johdon neuvonantajalta tai järjestelyssä mukana olevalta investointipankkiirilta.⁷¹

4.3. Vaikutuksen suuruus

Arvioitaessa tiedon todennäköisen vaikutuksen suuruutta tehdään arvio niiden tietojen perusteella, jotka ovat markkinoilla jo saatavilla ennen tiedon julkistamista.⁷² Objektiiivisin kriteerein tapahtuvan arvioinnin keskiössä on tiedon potentiaalisen hintavaikutuksen suuruus julkistettaessa tieto.⁷³ Hintavaikutus on potentiaalinen, jos järkevästi toimiva sijoittaja todennäköisesti käyttäisi tietoa yhtenä sijoituspäätöksensä perusteena. Olennaisuusvaatimus ei kuitenkaan täyty, jos huomattavan hintavaikutuksen todennäköisyys on vain vähäinen. Hintavaikutuksen huomattavuudelle ei voida asettaa ohjeellista prosentuaalista viitearvoa, sillä se, mitä voidaan pitää kunkin liikkeeseenlaskijan kohdalla huomattavana kurssimuutoksena, vaihtelee ja on riippuvainen muun muassa liikkeeseenlaskijan rahoitusvälineen kaupankäyntisegmentistä, likviditeetistä ja julkisen kaupankäynnin kohteena olevien rahoitusvälineiden määrästä (*free float*).⁷⁴ Markkinoiden saatavilla voi myös olla samanaikaisesti useita sellaisia tietoja, jotka eliminoivat tai neutraloivat toistensa vaikutusta, minkä vuoksi hin-

71. Buck-Heeb 2016 s. 97; Lau Hansen – Moalem 2009 s. 326–327; Staikouras 2008 s. 786 ja Annola 2005 s. 287–293.

72. MAR johdanto-osan 14 kohta.

73. Veil 2017 s. 290; Moloney 2014 s. 722; Knuts 2011 s. 100; Annola 2005 s. 302 ja Kurenmaa 2003 s. 125.

74. KKO 2013:53 (*Perlos*), tapauksessa korkein oikeus katsoi, että arvopaperin arvoon vaikuttavan tiedon olennaisuutta ei voida arvioida pelkästään prosenttumuutosten perusteella vaan arvio on tehtävä kussakin yksittäistapauksessa erikseen kiinnittämällä huomiota esimerkiksi kokemusperäiseen tietoon ennustemuutosten vaikutuksista osakemarkkinoilla ja yhtiön aikaisemmin noudattamaan tiedottamiskäytäntöön sekä sen yksityiskohtaisuuteen. Ks. myös CESR/06-562b kohta 1.13 ja Kotiranta 2014 s. 332. Vilkkään vaihdannan kohteena olevaa rahoitusvälinettä kos-

tavaikutuksen prosentuaalisen muutoksen suuruus ei välttämättä ole osoitus tiedon olennaisuudesta.⁷⁵

Arvioitaessa tulevan hintavaikutuksen suuruutta liikkeeseenlaskijalta edellytetään päätöksen tai seikan vaikutuksen etukäteisarviota. Päätöksen tai seikan myöhemmällä todellisella vaikutuksella ei siten ole merkitystä arvioitaessa, onko tieto sisäpiiritietoa.⁷⁶ Hintavaikutuksen voidaan katsoa olevan käsillä, jos tieto on siinä määrin konkreettinen tai erityinen, että järkevästi toimivat sijoittajat pitäisivät huomattavan hintavaikutuksen mahdollisuutta todellisena ja siten todennäköisesti hyödyntäisivät tietoa sijoituspäätöksensä perusteena.⁷⁷ Tiedon julkiseksi tuleminen jälkeen saatavilla olevia tietoja voidaan käyttää testattaessa olettaen, jonka mukaan ennen päätöksentekoa saatavilla olleet tiedot ovat vaikuttaneet hintaan. Jälkikäiteistä (*ex post*) arviota ei voi kuitenkaan käyttää selkeästä henkilöstä vastaan, joka on tehnyt ennen päätöksentekoa saatavilla olleiden tietojen perusteella harkitun johtopäätöksen.⁷⁸

5. Yritysjärjestelyä koskeva sisäpiiritieto

5.1. Yleistä

Yritysjärjestelyissä sisäpiiritiedon tarkkaa syntyhetkeä on haastavaa määrittää tarkasti, koska järjestelyn luonne, merkittävyys ja toteutumisen todennäköisyys vaikuttavat siihen, milloin järjestelyä koskevan tiedon voidaan katsoa muodostuneen sisäpiiritiedoksi. Erilaisina yritysjärjestelyinä voidaan pitää yritys- ja liiketoimintakauppojen lisäksi sulautumista, jakautumisia ja yhteisyritysten perustamista. Yritysjärjestelyissä sisäpiiritiedon määrittämisellä on ainakin kaksi funktiota:

keva tieto vaikuttaa rahoitusvälineen hintaan eri tavoin kuin epälikvidiin rahoitusvälineeseen kohdistuva tieto.

75. Koch 2017 s. 362; Buck-Heeb 2016 s. 96–97; Knuts 2011 s. 105; Häyrynen 2009 s. 127 ja CESR/06-562b kohdat 1.12. ja 1.13. Esim. Yhdistyneen kuningaskunnan arvopaperimarkkinaviranomainen FSA katsoi vuonna 2009 antamassaan *Wolfson Microelectronics plc*:tä koskeneessa ratkaisussa, ettei liikkeeseenlaskijan velvollisuus julkistaa sisäpiiritieto lakkaa tilanteessa, jossa kaksi toisilleen vastakkaista tietoa neutraloivat ennakolta arvioituna toistensa vaikutusta, sillä markkinoiden on kyettävä arvioimaan kumpaakin tietoa itsenäisesti.

76. EUT C-45/08 (*Spector Photo Group ja Van Raemdonck*) kohta 69.

77. Lau Hansen 2011 s. 93.

78. MAR johdanto-osan 15 kohta.

Sisäpiiritiedon määritelmä ja sisäpiiritiedon määrittäminen yritysjärjestelyssä

- 1) *Sisäpiiritiedon julkistamisen lykkääminen*: Yritysjärjestelyä koskevan sisäpiiritiedon julkistamista voidaan lykätä, jos MAR 17(4) artiklassa asetetut lykkäämisen edellytykset täyttyvät. Yritysjärjestelyn toteutumisen turvaamiseksi liikkeeseenlaskijalla on käytännössä lähes aina intressi lykätä tiedon julkistamista, kunnes yritysjärjestelyn toteutuminen on riittävän varmaa, sillä tiedon liian varhainen julkittulo saattaa houkuttaa kilpailevia tarjouksia ja keinottelijoita käymään kauppaa järjestelyyn osallistuvien yhtiöiden osakkeilla. Tiedon varhainen julkittulo saattaa myös synnyttää virheellisiä odotuksia ja johtaa yleisöä harhaan.⁷⁹
- 2) *Väärinkäytösten ja tietovuotojen ehkäiseminen*: Yritysjärjestelyssä mukana olevalla taholla voi olla intressi vuotaa tietoja markkinoille esimerkiksi mieluisamman ostajakandidaatin, paremman hinnan tai tarjouksentekijän turhauttamisen toivossa.⁸⁰ Tarjouksentekijän kannalta tietovuoto voi estää kaupan toteutumisen tai tehdä kaupan toteuttamisesta kalliimmaksi.⁸¹ Henkilöt, joilla on pääsy sisäpiiritietoon, tulee merkitä sisäpiirilueteloon. Henkilön merkitsemisellä sisäpiirilueteloon on sisäpiiritiedon väärinkäyttöä ja tietovuotoja ehkäisevä vaikutus, sillä merkitsemisellä voidaan varmistaa, että henkilö tulee tietoiseksi kiellosta hyödyntää tai ilmaista sisäpiiritietoa.⁸²

Yritysjärjestelyn tyyppi, suuruusluokka ja strateginen merkitys vaikuttavat arvioon siitä, liittyykö yritysjärjestelyyn sisäpiiritietoa. Arvioinnissa kiinnitetään huomiota siihen, (i) onko järjestely niin merkittävä, että sitä koskeva tieto voi olla sisäpiiritietoa, (ii) mikä järjestelyn toteutumisen todennäköisyys on ja (iii) mikä järjestelyyn osallisten suhtautuminen on järjestelyn toteuttamiseen.

Ensimmäisen seikan osalta huomiota kiinnitetään siihen, olisiko järjestely toteutuessaan todennäköisesti sellainen, että järkevästi toimivan sijoittajan voidaan olettaa huomioivan tieto todennäköisesti sijoituspäätöksensä perusteena. Arviossa otetaan huomioon yritysjärjestelyn luonne sekä odotettavissa olevien vaikutusten suuruus. Pääsääntönä voidaan pitää, että yritysjärjestelyä koskeva tieto on sisäpiiritietoa, jos järjestely on yhtiön kokoon nähden merkittävä, yhtiön toiminta muuttuu järjestelyn seurauksena tai järjestely poikkeaa yhtiön jo aiemmin julkistamasta strategiasta.⁸³ Esimerkiksi yhtiön sulautuminen ja jakautuminen muuttavat yhtiön toimintaa huomattavasti. Myös yhteisyrityksen perustamista sekä yritys- tai liiketoimintakauppaa koskevat tiedot ovat useimmiten olennaisia – varsinkin, jos järjestely on kooltaan merkittävä, strategisesti tärkeä tai järjestelyllä on huomattava vaikutus yrityksen taloudelliseen asemaan. Strategisesti yritysjärjestelyä voidaan pitää tärkeänä silloin, kun se mahdollis-

79. Koch 2017 s. 364; Petri Mäntysaari: *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law. Volume II: Funding, Exit, Takeovers*. Springer 2010 s. 525 ss. ja *Di Noia – Milič – Spatola* 2014 s. 98.

80. Knuts 2011 s. 295–297 ja Mäntysaari 2010 s. 521–524.

81. Mäntysaari 2010 s. 525.

82. Veil 2017 s. 217; Buck-Heeb 2016 s. 167–168 ja Häyrynen – Kajala 2013 s. 442.

83. Häyrynen – Kajala 2013 s. 441.

taa esimerkiksi toiminnan uudella markkina-alueella tai markkinasegmentillä. Kooltaan yritysjärjestely on pääsääntöisesti merkittävä, jos se vastaa vähintään 10 %:a konsernin liikevaihdosta tai taseesta.⁸⁴

Toisen seikan osalta huomiota kiinnitetään siihen, voidaanko yritysjärjestelyn ylipäättänsä kohtuudella olettaa toteutuvan. Pääsääntöisesti toteutumistodennäköisyys on riittävä, jos järjestelyn toteutumista voidaan arviointihetkellä pitää objektiivisesti arvioiden mahdollisena.⁸⁵ Yritysjärjestelyä tai yritysjärjestelyn yksittäistä vaihetta koskeva tieto voi olla sisäpiiritietoa, jos tiedossa olevien sisäpiiritiedon osatekijöiden kokonaisvaltaisen arvioinnin perusteella on ilmeistä, että on olemassa todellinen mahdollisuus siitä, että yritysjärjestely toteutuu.⁸⁶ Toteutumistodennäköisyyden arvioinnissa on huomioitava myös yritysjärjestelyn vaihe. Mitä pidemmälle järjestely etenee, sitä täsmällisempi kuva toteutumistodennäköisyydestä on.

Kolmannen seikan osalta on kiinnitettävä huomiota muiden yritysjärjestelyyn liittyvien osapuolten myötävaikutukseen. Mikäli järjestely edellyttää molempien osapuolten merkittävää myötävaikutusta, kuten esimerkiksi yhteisyrityksen perustamisen yhteydessä, voidaan järjestelyn toteutumista pitää objektiivisesti arvioiden mahdollisena ja järjestelyä koskevaa tietoa sisäpiiritietona yleensä aikaisintaan siinä vaiheessa, kun järjestelyn toinen osapuoli lähestyy toista osapuolta riittävän konkreettisen ehdotuksen kanssa.⁸⁷ Sen sijaan esimerkiksi yrityskaupan yhteydessä jo tarjousta koskeva suunnitelma, joka on riittävän konkreettinen ja objektiivisesti arvioiden mahdollinen toteuttaa, voi olla sisäpiiritietoa, vaikka tarjouksentekijä ei olisikaan ollut vielä yhteydessä kohteen johtoon.⁸⁸ Tällainen tilanne voi syntyä esimerkiksi silloin, kun suunnitellun ostotarjouksen kohteena on pörssiyhtiö ja merkittävä osa yhtiön osakkeenomistajista on jo sitoutunut suunnitelman toteuttamiseen ehdollisesti. Keskeistä arvioissa on, onko yritysjärjestelyä koskeva tieto siinä määrin konkreettinen tai erityinen, että se

84. Nasdaq Helsinki Oy pörssin säännöt (1.1.2017) kohdan 2.3.3.1. selostusosassa todetaan, että tavallisesti pörssi katsoo yrityskaupan olevan sisäpiiritietoa, mikäli jokin seuraavista ehdoista täyttyy: (i) osuus kohteen liikevaihdosta tai taseesta on yli 10 % pörssiyhtiön konsernin liikevaihdosta tai taseesta, (ii) osuus yrityskaupan kohteena olevan yrityksen omasta pääomasta on yli 10 % pörssiyhtiön konsernitaseen mukaisesta omasta pääomasta tai (iii) yrityskaupan kohteesta suoritettava vastike on yli 10 % pörssiyhtiön konsernitaseen mukaisesta omasta pääomasta tai yli 10 % pörssiyhtiön osakkeiden yhteenlasketusta markkina-arvosta, jos sen oma pääoma alittaa osakkeiden yhteenlasketun markkina-arvon. Säännöissä määritettyjä raja-arvoja voi pitää suuntaa-antavina arvioitaessa, onko yritysjärjestely kooltaan merkittävä vai ei.

85. *Krause – Brellochs* 2013a s. 293–294 ja *Klöhn* 2012 s. 1891–1892.

86. EUT C-19/11 (*Geltl*) kohta 57. Ks. myös EUT C-628/13 (*Lafonta*) kohdat 31–32.

87. *Krause – Brellochs* 2013a s. 292 ja *Häyrynen – Kajala* 2013 s. 445.

88. *Frisch* 2016 s. 310; KKO 2006:110 (*Sampo*) ja Helsingin HO R 06/3500 (*Conventum – Pohjola*):

voi muodostaa perustan arviolle siitä, olisiko tiedolla todennäköisesti vaikutusta järjestelyyn liittyvien osapuolten rahoitusvälineiden hintaan.⁸⁹

5.2. Sisäpiiritiedon määrittäminen

Yritysjärjestelyä koskevan sisäpiiritiedon määrittäminen edellyttää selkeää ja strukturoitua yleiseltä tasolta yksityiskohtaiselle tasolle etenevän arvion tekemistä. Ensimmäiseksi pitää arvioida, voiko yritysjärjestely ylipäätään olla sellainen, että sitä koskeva tieto voi muodostua sisäpiiritiedoksi. Jos objektiivisen arvion perusteella voidaan olettaa, että järjestelyllä on toteutuessaan todennäköisesti huomattava vaikutus liikkeeseenlaskijan rahoitusvälineen hintaan, on edettävä seuraavaan vaiheeseen ja arvioitava järjestelyä yksityiskohtaisemmin. Toisessa vaiheessa on pyrittävä hahmottamaan yritysjärjestelyn yksittäiset välivaiheet ja eteneminen, koska yritysjärjestelyn edetessä tieto järjestelyn toteutumistodennäköisyydestä täsmentyy. Kolmannessa vaiheessa kunkin välivaiheen kohdalla on muodostettava arvio siitä, onko yritysjärjestely edennyt jo niin pitkälle, että järjestelyä tai välivaihetta koskeva tieto täyttää kaikki sisäpiiritiedon edellytykset. Mikäli vastaus määrittelyn kolmannessa vaiheessa on kyllä, tieto on sisäpiiritietoa.

Seuraavassa kaaviossa kuvataan esimerkinomaisesti yrityskauppaa koskevan tiedon määrittämistä prosessina. Prosessi etenee vaiheittain kaupan vaikutuksen merkittävyyden arvioinnista kaupan yksittäisiin vaiheisiin ja sisäpiiritiedon määrittelyyn kussakin vaiheessa. Määrittelyprosessissa ideana on, että mikäli tieto läpäisee prosessin vaiheen, edetään seuraavaan vaiheeseen. Jos tiedon katsotaan täyttävän sisäpiiritiedon edellytykset kaikissa kolmessa vaiheessa, voidaan tiedon katsoa olevan sisäpiiritietoa. Koska yrityskaupat ovat useimmiten pitkäkestoisia ja vaiheittain eteneviä menettelyjä, on tiedon sisäpiirilunnetta arvioitava järjestelyn eri vaiheissa. Sen lisäksi, että on arvioitava, onko järjestely edennyt jo niin pitkälle, että sitä koskeva tieto on muodostunut sisäpiiritiedoksi, on arvioitava myös, onko yksittäinen järjestelyn vaihe itsessään sisäpiiritietoa niin, että tieto on julkistettava tai tiedon julkistamisen lykkäämisestä on tehtävä päätös. Mikäli sisäpiiritiedon julkistamista on lykätty ja yritysjärjestely raukeaa, on vastaavasti arvioitava, onko tieto enää sisäpiiritietoa ja edellyttääkö tieto pörssitiedotteen antamista julkistamisen lykkäämisen päättyessä. Lisäksi, jos yritysjärjestelyn valmistelu käynnistetään myöhemmin uudestaan, on tiedon sisäpiirilunnetta arvioitava tällöin uudestaan.

89. EUT C-628/13 (*Lafonta*) kohta 31. Tapauksessa osakkeiden kauppaa edeltänyt käteisselvitetävien rahoitusvälineiden kauppaa koskeva tieto katsottiin riittävän täsmälliseksi tiedoksi tulevasta yritysjärjestelystä.

Yrityskauppa koskevan sisäpiiritiedon määrittäminen		
1. vaihe (Vaikutuksen arviointi)	2. vaihe (Järjestelyn vaiheiden hahmottaminen)	3. vaihe (Sisäpiiritiedon määrittely)
<p>Yritysjärjestelyn odotetut vaikutukset:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vaikutukset yrityksen toimintaan ja olemassaoloon • Strateginen merkitys • Vaikutus yrityksen taseeseen, liikevaihtoon ja/tai rahoitusasemaan • Järjestelyn koko suhteessa yrityksen kokoon <p>Sijoittajien perustellut odotukset:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Julkistetut tiedottamisen periaatteet ja raja-arvot • Aiempi tiedottamiskäytäntö • Markkinapaikan määrittämät säännöt ja raja-arvot 	<ul style="list-style-type: none"> • Liikkeeselaskijan alustavat sisäiset valmistelut (alustavat analyysit ja selvitykset kohteesta) • Liikkeeselaskija on yhteydessä neuvonantajiin • Alustava yhteydenotto ja alustavat keskustelut kohteen edustajien kanssa • Osapuolten myönteinen suhtautuminen jatkokeskusteluihin • Salassapitosopimuksen allekirjoittaminen • Liikkeeselaskijan päätös tai vastaava kannanotto edetä asian valmistelussa • Neuvotteluja kaupan ehdoista ja rakenteesta/ aiesopimuksen allekirjoittaminen • Due diligence, johdon esitykset yms. • Kaupan lopullisten ehtojen määrittäminen • Osapuolet hyväksyvät järjestelyn toteuttamisen • Yrityskaupposopimuksen allekirjoittaminen (signing) • Kaupan ehtojen täyttymien • Kaupan voimaantulo (closing) 	<p>Liitännäisyysovaatimus</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tieto liittyy liikkeeselaskijaan <p>Julkiseksitulematto muusovaatimus</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tietoa ei ole julkistettu • Tieto ei ole markkinoilla saatavilla <p>Täsmällisyysvaatimus</p> <ul style="list-style-type: none"> • Olosuhteen ilmenemiselle tai tapahtuman toteutumiselle on olemassa todellinen mahdollisuus • Tieto on riittävän tarkkaa <p>Olellisuusvaatimus</p> <ul style="list-style-type: none"> • Järkevästi toimivan sijoittajan testi <ul style="list-style-type: none"> ○ Probability/magnitude -testi ○ Kokonaisarvio (total mix -kriteeri)
	KYLLÄ ↑	EI ↑
	↓ EI	↓ KYLLÄ
EI SISÄPIIRIETIETOA		SISÄPIIRIETIETOA → lykkäämispäätös

6. Johtopäätöksiä

Sisäpiiritiedon käsite on luonteeltaan yleispiirteinen, minkä vuoksi sitä on mahdollista tulkita eri tavoin. EUT on selventänyt sisäpiiritiedon täsmällisyysvaatimuksen tulkintaa täsmällisyysvaatimuksen määritelmäsäännökseen sisältyvän ilmaisun 'voidaan kohtuudella olettaa' osalta *Geltl*-tapauksessa ja sisäpiiritiedon määritelmään sisältyvän ilmaisun 'luonteeltaan täsmällistä' osalta *Lafonta*-tapauksessa. Täsmällisyysvaatimuksen täyttymiseksi on riittävää, että tulevan olosuhteen tai tapahtuman ilmeneminen tai toteutuminen on arviointihetkellä tosiasiaissa mahdollista⁹⁰ ja että kyseistä tietoa voidaan käyttää perustana tehtäessä johtopäätöstä siitä, onko tiedolla todennäköisesti vaikutusta tiedon kohteena olevien rahoitusvälineiden hintaan.⁹¹ Täsmällisyysvaatimusta ei tule ymmärtää niin, että ilmenemisen tai toteutumisen todennäköisyyden tulisi olla todennäköisempää kuin epätodennäköistä (50 % + x), sillä johtopäätöksen muodostamiseksi jo vähäisempikin todennäköisyys on riittävä.⁹²

Olenaisuusvaatimuksen tulkintaan EUT ei ole ottanut kantaa. Koska täsmällisyysvaatimuksen täyttymiseksi vähäisenkin todennäköisyyden omaava tieto voi olla riittävä, on olenaisuusvaatimuksen täyttymistä loogista arvioida *probability/magnitude*-testin avulla. Tällöin täsmällisyysvaatimuksen täyttävälle tiedolle annetaan merkitystä sisäpiiritiedon määrittelyssä ainoastaan, jos tieto on myös sillä tavoin olennainen, että järkevästi toimivan sijoittajan voidaan olettaa todennäköisesti ottavan sen huomioon sijoituspäätöstä tehdessään. Tiedon olennaisuutta järkevästi toimivalle sijoittajalle voidaan arvioida *total mix* -kriteerin avulla. *Total mix* -kriteerin nojalla tiedon voidaan katsoa olevan olennaista, jos järkevästi toimivan sijoittajan voidaan katsoa pitävän tietoa seikkana, joka muuttaa aiemmin käytössä olevien tietojen muodostamaa kokonaisuutta siinä määrin olennaisesti, että sijoittajan voidaan todennäköisesti olettaa ottavan kyseisen tiedon huomioon sijoituspäätöstä tehdessään.⁹³

Yritysjärjestelyiden näkökulmasta sisäpiiritiedon tarkkaa syntyhetkeä voi olla vaikea määrittää tiedon arviointihetkellä. Käytännössä yritysjärjestelyä valmistelevan tahon kannalta paras tapa lähestyä ongelmaa lienee määrittää tieto sisäpiiritiedoksi pikemminkin liian aikaisin kuin liian myöhään ja tehdä MAR 17(4) artiklan mukainen päätös lykätä tiedon julkistamista. Tällainen niin sanottu "*better safe than sorry*" -tyyppinen lähestyminen tiedon määrittämisessä ei ainoastaan pienennä sisäpiiritietoon liittyvien väärinkäytösten riskiä vaan on

90. EUT C-19/11 (*Geltl*) kohta 56; KKO 2006:110 (*Sampo*); Helsingin HO R 11/482 (*LSO Osuuskuunta*).

91. EUT C-628/13 (*Lafonta*) kohta 31.

92. *Lau Hansen* 2017 s. 6–9 ja s. 13–14.

93. *Lau Hansen* 2016 s. 17 ja 19 sekä KKO 2013:53 (*Perlos*).

myös yritysjärjestelyä valmistelevan liikkeeseenlaskijan edun mukaista: määrittämällä yritysjärjestelyä koskeva tieto sisäpiiritiedoksi jo aikaisessa vaiheessa on mahdollista pienentää yritysjärjestelyn vaarantumisen riskiä ja riskiä kilpailevista tarjouksista. Tätä voidaan perustella sillä, että tiedon määrittäminen sisäpiiritiedoksi edellyttää sisäpiiriluetelun ylläpitämistä. Sisäpiiriluetelun avulla liikkeeseenlaskija voi puolestaan valvoa yritysjärjestelyä koskevan tiedon liikkumista ja ehkäistä tietovuotojen syntymistä, sillä MAR 10 artiklan säännös sisäpiiritiedon laittomasta ilmaisemisesta rajoittaa sisäpiiritiedon aiheetonta ilmaisemista ulkopuolisille.⁹⁴ Usein liikkeeseenlaskijalla on yritysjärjestelyiden yhteydessä käytännössä intressi hyödyntää sisäpiiritiedon ilmaisukieltoa koskevaa säännöstä niin, että järjestelyä koskeva tieto määritetään jo varhaisessa vaiheessa sisäpiiritiedoksi, jotta hankkeesta tietoiset tahot voidaan merkitä sisäpiirilueteloon ja järjestelyn toteutuminen ei vaarannu tietovuodon vuoksi.⁹⁵

The definition of inside information and defining inside information in the context of an M&A transaction

SAKARI SEDBOM, LL.M., Doctoral Candidate, University of Helsinki

The aim of the article is to define the notion of inside information in an M&A context. In its decisions in the *Geltl* case and the *Lafonta* case the Court of Justice of the European Union (CJEU) clarified that the definition of the notion of inside information comprises four elements, which all need to be met in order to consider a piece of information as inside information. Accordingly, the information must (i) be of a precise nature, (ii) not have been made public; (iii) relate, directly or indirectly, to one or more financial instruments or their issuers, and (iv) if it were made public, be likely to have a significant effect on the prices of the financial instruments to which it relates or on the price of related derivative financial instruments. In an M&A context, the question lies usually with the first and the fourth element of inside information, namely the “precise nature” of the information and the “materiality” of the information. In *Geltl*, the CJEU clarified that the phrase “may reasonably be expected” in the definition of the precise-

94. MAR johdanto-osan perustelukappaleen 57 kohta ja *Veil* 2017 s. 217. Aikaisen määrittämisen osalta samansuuntaisesti *Knuts* 2011 s. 53 av. 124.

95. Määritettäessä tieto sisäpiiritiedoksi on syytä huomioida MAR 17(4)(a) kohta, jonka mukaan lykkäämisen yhtenä edellytyksenä on, että tiedon välitön julkistaminen todennäköisesti vaarantaisi liikkeeseenlaskijan oikeutetun edun. ESMA:n ohjeessa sisäpiiritiedon julkistamisen lykkäämisestä ESMA/2016/1478 FI kohdissa 5.1.8. a. ja e. mainitaan, että tällainen oikeutettu etu voi liittyä muun muassa sulautumiseen, yritysostoon, jakautumiseen, liiketoimintojen eriyttämiseen, suurten omaisuuserien tai liiketoimintojen hankkimiseen tai myymiseen, rakennejärjestelyyn, yrityssaneeraukseen tai merkittävän osuuden ostamiseen toisesta yrityksestä.

Sisäpiiritiedon määritelmä ja sisäpiiritiedon määrittäminen yritysjärjestelyssä

ness requirement means that there must be a “realistic prospect” for a set of circumstances to come into existence or an event to occur. In *Lafonta*, the CJEU clarified that a piece of information can be regarded as being of a precise nature if it is sufficiently exact or specific to constitute a basis on which to assess whether the set of circumstances or the event in question is likely to enable a conclusion to be drawn that the information is likely to have a significant effect on the pricing of the financial instruments to which it relates. As regards the assessment of the materiality requirement, it seems well-founded, at least in an M&A context, that a *probability/magnitude* test is being applied. A piece of new information can be considered material if it is such that it would alter the existing mix of available material information; and it would be likely picked up by a reasonable investor and used as a part of the basis for making an investment decision.

Borisova, Tatjana

The Emergence of the Legality Tradition in Russia, 1800—1918.

University of Turku. Turku 2016. 200 s.

Lakimies
6/2017
s. 864–869

Turun yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle hyväksyttäväksi jättämässään väitöskirjassa venäläinen historioitsija ja oikeustieteilijä *Tatjana Borisova* käsittelee kiisteltyä kysymystä Venäjän menneestä ja nykyisestä oikeuskehityksestä länsimaisiin oikeuskäsityksiin verrattuna.

Hän kannattaa muun muassa johtavan oikeusvertailija *Ugo Mattein* luokiteltua mukailen näkemystä siitä, että Venäjälle muodostui 1800-luvun mittaan erityinen ”oikeudellinen malli” (*pattern of law*).¹ Borisovan mukaan bolsevikit perivät kyseisen mallin, kehittivät sitä edelleen, ja heiltä se puolestaan siirtyi myöhemmille sukupolville.

Väitöskirjan ydin koostuu neljästä eri asiantuntijoiden ja toimittajien erikseen vertaisarvioimasta artikkelista. Kaikki vertaisarvioitsijat ja toimittajat ovat johtavia asiantuntijoita Venäjän ja Itä-Euroopan oikeushistorian tai vertailevan oikeushistorian alalla. Artikkelit on julkaistu vuosien 2008 ja 2013 välillä erillisinä tutkimusartikkeleina:

–Luku I: Russian National Legal Tradition: Svod versus Ulozhenie in Nineteenth-century Russia. *Review of Central and East European Law* 33:3 (2008) s. 295–341;

–Luku II: The Digest of Laws of the Russian Empire: The Phenomenon of Autocratic Legality. *Law and History Review* 30:3 (2012) s. 901–925;

–Luku III: Legislation as a Source of Law in Late Imperial Russia. Teoksessa George Martyn – Anthony Musson – Heikki Pihlajamäki (eds.): *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trial*. Duncker & Humblot 2013 s. 295–315;

–Luku IV: The Legitimacy of the Bolshevik Order, 1917–1918: Language Usage in Revolutionary Russian Law. *Review of Central and East European Law* 37:4 (2012) s. 395–419.

Toimittaminen ja kielentarkastaminen ovat aikaa vieviä tehtäviä, eivätkä edes merkittävien kausijulkaisujen toimituskunnat aina täytä tavoitteitaan ja pysy määrärajoissaan. Tatjana Borisova on siksi sisällyttänyt väitöskirjaansa myös

* Virallisen vastaväittäjän, filosofian tohtori Michel Tissierin Turun yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama, 11.1.2017 päivätty lausunto. Lausunnon on lyhentäen suomentanut englannista professori Mía Korpiola. Käännöksen on tarkastanut kirjallisuusosaston toimittaja Timo Saranpää, jolla on ollut käytössään myös englanninkielinen vastaväittäjän lausunto.

1. Esim. *Ugo Mattei*: Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems. *The American Journal of Comparative Law* 45:1 (1997) s. 5–44.

errata-listan niistä virheistä, joita hän on löytänyt alkuperäisistä julkaistuista artikkeleistaan. Hänellä on myös väitöskirjassaan käytännöllinen yhtenäinen lähde- ja kirjallisuusluettelo kaikesta tutkimuksessaan käyttämästään aineistosta. Se listaa kaikki julkaisemattomat ja julkaistut alkuperäislähteet sekä aiheen tutkimuskirjallisuuden, joka on julkaistu neljällä kielellä (venäjäksi, englanniksi, saksaksi ja ranskaksi).

Tutkimusartikkeleihin lisätyt johdanto- ja johtopäätösluvut ovat olennaisia neljän luvun sisällön yhtenäistämisen kannalta. Ne esittelevät Borisovan pääinspiraation, metodologian ja työn tulokset viimeisen vuosikymmenen ajalta, niiden vaikutuksen tämän päivän oikeudellisiin keskusteluihin sekä mahdolliset tulevat tutkimussuunnat. Nämä kaksi osuutta on myös suunniteltu kytkemään neljän ”venäläisen” luvun yleinen sisältö vertailevan oikeushistorian laajoihin teemoihin ja tutkimusongelmiin. Tässä yhteydessä Borisova esittelee erittäin selkeästi lukijalle ”kolme keskeistä lähestymistapaa” Venäjän legaliteettikysymyksen tutkimiseen (johdanto, s. 15): ”positivistiset, kriittis-positivistiset ja funktionalistiset lähestymissuunnat”. Borisova käsittelee lyhyesti vaikutusvaltaista ”positivistista suuntausta”, joka lähinnä kuvaa Venäjän oikeushistoriaa menestyksekkääksi modernisaatioksi (”ideologia edistyksestä, joka on saavutettu oikeudellisin keinoin”, s. 16). Borisova pitää kriittis-positivistista lähestymistapaa kyllä realistisena. Hän kuitenkin selvästi itse kannattaa näistä kolmesta poikkeitieteellisintä funktionalistista lähestymistapaa, joka ”tähtää sen selvittämiseen, mitkä olivat oikeuden funktiot tietyn ajan yhteiskunnassa”. Tämä lähestymistapa haastaa erityisesti ”normalisaatiotrendin”, joka on tunnusomainen kriittis-positivistiselle paradigmalle. Se puolestaan lähtee yhä liikkeelle modernisoitumisesta – tosin skeptisesti – asettamalla Venäjän oikeushistorian ”Euroopan progressiivisen polun rinnalle vaikutusvaltaisessa samanlaisuutta ja normativiteettiä käsittelevässä diskursissa” (johdanto, s. 18).

Kirjoittajan funktionalista lähestymistapaa kuvaa konkreettisesti se, kuinka hän käsittelee ja soveltaa sitä, mitä hän kutsuu ”oikeudellisiksi tekniikoiksi”. Johdannossaan Borisova selittää selkeästi käsitteen tieteellisen alkuperän, alan ja sisällön sellaisena kuin hän soveltaa sitä tutkimuksen neljässä pääluvussa Venäjän oikeushistoriaan. Väitöskirjan keskeisin ja olennaisin kontribuutio Venäjän oikeushistorian tutkimukselle on siksi huolellinen analyysi siitä, kuinka keisarilliset virkamiehet ja oikeustieteilijät ymmärsivät nämä ”oikeudelliset tekniikat” eli lakien julkaisemisen ja kodifioinnin.

Kirjoittaja yhdistää taitavasti eri käsitykset kyseisistä tekniikoista aikakauden kontekstiin, mikä osoittaa hänen näkökulmansa laajuutta. Venäjän valtakunta käytti innokkaaksi hyväkseen kansainvälisen valtataistelun seurauksena syntyneitä olosuhteita, joiden ansiosta oikeudellinen koulutus kehittyi ja vaikutti oikeudellisiin diskursseihin ja käytäntöihin. Hän käsittelee myös sitä ideologiyhteiskunnallista kontekstia, joka asetti reunaehdot keisarien sitoutuneisuudelle

”laillisuuden edistämiseen”. Kaikki nämä tekijät muodostavat osaltaan sen kokonaiskuvan, joka eri luvuista hahmottuu.

Kronologisesti Tatjana Borisovan väitöskirja käsittelee aikakautta 1800-luvun alusta keisarillisen hallinnon romahtamisen jälkeiseen bolševikkivallankumoukseen. Hänen tulkintansa menee kuitenkin pidemmälle: hän on ottanut tutkiakseen kyseisen aikakauden legaliteettiperinnettä, mutta hän väittää sen olevan edelleen vallalla nykypäivän Venäjällä. Itse asiassa Borisovan viimeisen vuosikymmenen aikana tekemä ja tässä väitöskirjassa konkretisoitua tutkimus kytkeytyy myös siihen, mitä hän on saanut havaita nykypäivän Venäjällä. Venäläisessä oikeuskirjallisuudessa sekä Venäjän oikeudellisten auktoriteettien, viranomaisten tai poliitikkojen julkisissa lausunnoissa (ks. esim. johdanto, s. 1–2; johtopäätökset, s. 15–17) yleensä esitetään, että on olemassa kansallinen venäläinen oikeusperinne, ja viitataan sen arvoon ja relevanssiin Venäjän oikeusjärjestyksen toimimiselle. Kannanottojen yleisyys ja tärkeys vaikuttavat tukevan Borisovan tulkintaa. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että hän henkilökohtaisesti hyväksyisi ne johtopäätökset, jotka nämä oikeudelliset auktoriteetit, viranomaiset tai poliitikot katsovat voivansa tehdä tämän ”perinteen” väitetyistä olemassaolosta.

Borisovan ambitiot ulottuvat tietysti paljon laajemmalle, koska hän pyrkii löytämään ne historialliset tekijät, jotka voisivat nimenomaan auttaa ymmärtämään, kuinka ja miksi nämä edellä mainitut venäläistahot viittaavat nykyäänkin erityiseen kansalliseen oikeusperinteeseen. Tässä suhteessa Borisovan tulkinta nojaa eräänlaiseen oikeudelliseen ”polkuriippuvuusteoriaan” (*path dependency*), vaikkei hän käytäkään tätä ilmaisua väitöskirjassaan (ks. erityisesti johdanto, s. 1, 14 ja 29–30; johtopäätökset, s. 1, 12, 15 ja 18–20).

Silti kirjoittajan tulkinta nojaa ennen kaikkea 1800-luvun keisarillisen Venäjän oikeudellisten käytäntöjen sekä virallisten tahojen ja tutkijoiden rationalisointeihin lain roolista. Borisova on siksi kyennyt esittämään kronologian ja antamaan sisältöä väitteelleen, jonka mukaan Venäjän ”legaliteettitraditio” kehiteltiin tietoisesti² sen jälkeen, kun Venäjä oli sotinut Napoleonin Ranskaa vastaan ja voittanut sen. Hän kutsuu sitä kuvaavasti (luku I, s. 329; johtopäätökset, s. 13) ”Napoleon-tekijäksi” (*Napoleonic factor*), jonka vaikutukset säilyivät tavalla tai toisella koko 1800-luvun ajan ja määrittivät sitä tapaa, jolla keisarilliset hallintovirkamiehet pääasiallisesti ymmärsivät ”legaliteetin” ja sen ominaispiirteet. Luku IV tähtää sen osoittamiseen, kuinka bolševikit ”perivät ja syvensivät lain ja legaliteetin välineellistä käsitteellistämistä rakentaessaan uutta valtiotaan” (kuten johdannossa todetaan, s. 32; ks. myös johtopäätökset, s. 18). Luku myös sisältää joitain tärkeitä esimerkkejä keisarillisten lainsäädännöllisten ja oikeudellisten käytäntöjen ja menettelyiden jatkuvuudesta.

2. Tässä Borisova käyttää englantilaisten historioitsijoiden *Eric Hobsbawmin* (1917–2012) ja *Terence Rangerin* (1929–2015) ajatuksia, joihin viitataan väitöskirjan esipuheessa, s. 24–25, ja taitavasti sovellettuna luvussa I.

Eräs ”oikeudellisen perinteen” käsitteeseen liittyvistä pääongelmista on vaara siitä, että tutkija ylikorostaa tiettyjen ominaispiirteiden jatkumoa ja koherenssia, mutta ei ota asianmukaisesti huomioon epäjatkuvuuskohtia tai sisäisiä ristiriitaisuuksia. Johdannossaan Borisova on itse kiinnittänyt huomiota siihen kriittisyyteen, jolla meidän tulisi suhtautua ”oikeudelliseen perinteen” käsitteeseen. Esimerkiksi *Harold Bermanin* (1918–2007) tutkimuksissa ”jatkuvuuteen fokusoinen” vastapainona tulisi olla kiinnostus sellaisia muutoselementtejä kohtaan, joiden olemassaolo – mikäli sellainen on todistettu – pakottaisi tutkiskelemaan väitettyä muuttumattoman tradition jatkuvuutta (johdanto, s. 22–23).

Väitöskirjan luvuissa kirjoittaja kiinnittää varovaisesti huomiota sellaisiin muutoselementteihin, samoin kuin tutkittavien historiallisten toimijoiden ja instituutioiden välisiin eroihin ja konflikteihin. Esimerkiksi luvuissa I ja II (ja vähäisemmässä määrin luvussa III) hän tarkastelee huolellisesti eri tulkintoja, joita venäläiset oikeustieteilijät ja virkamiehet tekivät Venäjän oikeuden kodifioimisen historiasta ja siinä yhteydessä erityisen venäläisen mallin olemassaolosta. Borisova myös osoittaa hienosti luvussa I, kuinka Venäjän 1800-luvun lainsäädäntökäytäntö lainasi monin tavoin ulkomaisista oikeusjärjestelmistä ja kuinka kysymys lainaamisesta ruokki oikeudellisia ja poliittisia debatteja. Samoin tutkiessaan bolševikkien suhtautumista lakiin (luku IV) hän esittelee erilaiset bolševikkien lainsäädäntöpolitiikassa rinnakkain vaikuttaneet ja toisinaan keskenään kilpailleet suuntaukset.

Silti Borisovan mukaan 1800-luvulla syntyi ainutlaatuinen perinne, ja hän antaa ymmärtää (ks. johdanto, s. 24), että tämä perinne säilyi lähes muuttumattomana koko ”neuvostovuosisadan” ajan. Jos kuitenkin seuraamme kirjoittajan tulkintaa johdonmukaisesti, meidän on tehtävä se johtopäätös, että venäläiset elävät yhä tällä vuosisadalla ilman suurempia muutoksia. Näin pitkälle vietyä tulkintaa vastaan voi kuitenkin huomauttaa, että se menee tässä tutkimuksessa esitetyn kauden ja aineiston ulkopuolelle. Borisovan intuitiivinen käsitys siitä, että ainutlaatuinen legaliteettiperinne siirtyi 1800-luvun keisarillisesta hallinnosta nyky-Venäjälle, edellyttäisi luonnollisesti tämän ”neuvostovuosisadan” ja Neuvostoliiton hajoamisen jälkeisen ajanjakson tutkimista. Sitä paitsi, kuten kirjoittaja itsekin toteaa johdannossaan (s. 12), olisi vaikeaa todentaa, että sellainen erityinen ja johdonmukainen ”legaliteettiperinne”, jota leimaavat ”välineellinen suhtautuminen lakiin” ja ”poliittisten päämäärien dominanssi”, olisi edelleen olemassa.

Borisova alleviivaa kuvaavasti ”lännen vastustamisen ideologista jatkuvuutta venäläisen oikeusperinteen pohjana” (johdanto, s. 12) ja kirjoittaa, että bolševikkien vallankumousohallinto ”eliminoi kaikki länsimaisten mallien innoittamat kehitykset vallankumousta edeltävässä venäläisessä oikeudellisessa mentaliteetissa ja oikeudellisessa infrastruktuurissa” (johtopäätökset, s. 18–19). Mielestäni kirjoittajan yleisten johtopäätösten pohjavire ei kokonaisuutena olekaan aina niin kaukana niistä tutkimuksen johdannossa hylätyistä ”normalisaatiotrendeista” ja

”kriittis-positivistiselle paradigmalle” ominaisesta ”vaikutusvaltaisesta samanlaisuutta ja normativiteettiä käsittelevässä diskurssista”, joka vertaa Venäjän polkua progressiiviseen Eurooppaan.

Esimerkiksi johdannossa (s. 18) Borisova hyväksyy valtiotieteilijä *Vladimir Gelmanin* käsityksen neuvostoajan jälkeisen Venäjän politiikasta ja mainitsee ”lain, jota käytetään Venäjällä palvelemaan lyhyen aikavälin poliittisia tavoitteita ja legitimoimaan poliittista valtaa, horjuvan (*subverted*) roolin”. Kirjoittaja korostaa myös oikeusajatteliijoita ja juristeja, jotka varsinkin 1900-luvun vaihteessa puolustivat länsimaista luonnonoikeusdoktriinia vallitsevaa positivistista lähestymistapaa vastaan, mutta joiden poliittista roolia ja filosofista ajattelua on Borisovan mukaan laiminlyöty (ja laiminlyödään yhä). Tähän voisin itse lisätä, että samoin on jätetty huomiotta joidenkin johtavien positivistisen lähestymistavan kannattajien sitoutuminen liberalismiin ja oikeudelliseen modernisaatioon.

On mahdollista, ettei tällaista ambivalenssia voi välttää, koska – kuten Borisova itse on oivallisesti osoittanut väitöskirjansa luvuissa – ”legaliteettidiskurssin” ja -käytännön synnyn reunaehdot liittyivät keskeisesti ainakin 1800-luvun alun erilaisiin eurooppalaisiin lainsäätämiskokemuksiin (ks. myös hänen johtopäätöksensä, s. 20). Nämä kokemukset eivät itsekään olleet yhtä suoraviivaisia kuin kirjoittaja antaa ymmärtää. Hän asettaa vastakkain yhtäältä väitetyyn ainutlaatuisen läntisen legaliteettikäsityksen, jota kuvataan ”universalistiseksi/liberalistiseksi” ja luonnonoikeusajatteluun pohjautuvaksi (johdanto, s. 1 ja muissa kohdissa) sekä Venäjän legaliteetin, jota hän kuvaa sellaisilla luonnehdinnoilla kuten ”itsevaltainen”, ”itsekeskeinen” yms. (johtopäätökset, s. 5–6, s. 11–12). Onkin luultavaa, että molemmissa leireissä oli todellisuudessa enemmän vaihtelua ja ristiriitaisuuksia.

Muiden Euroopan maiden (ensi sijassa Saksan, joka oli tärkeä viitemaa 1800-luvun venäläisille oikeudellisille diskursseille ja käytännöille) oikeushistoria osoittaa, että niiden hallitsijat, lainsäätäjät ja oikeusajattelijat osasivat kuvata monella eri tavalla, mitä laillisuus oli tai mitä sen piti olla. Myöskään keisarikauden lopun venäläiset, ”liberaaleiksi” itsensä määritelleet oikeusajattelijat ja juristit, jotka taistelivat yhdessä itsevaltaisuutta vastaan, eivät välttämättä jakaneet keskenään samoja käsityksiä luonnonoikeusajattelun oikeellisuudesta.

Kunnianhimoinen tutkimus ja uudet tulkinnat stimuloivat keskustelua ja avaavat uusia keskustelunaiheita. Tatjana Borisovan väitöskirja kuuluu kiistatta tähän kategoriaan, ja se onkin erittäin tervetullut ja tärkeä lisä Venäjän oikeushistorian ja yleisemminkin 1800-luvun Venäjän historian tutkimukseen. Hänen tutkimuksensa, joka käsittelee oikeudellisia asiantuntijaprosesseja keisarillisella Venäjällä ja ”oikeudellisen mielikuvituksen” (nimitys jota hän käytti julkisessa väitöstilaisuudessaan) toimintaa, tulee mitä todennäköisimmin muodostumaan standarditeokseksi.

Borisovan oikeushistoriallisten primäärilähteiden vahva hallinta ja hänen niin venäläisen kuin vertailevan oikeushistoriallisen tutkimuskirjallisuuden

tuntemuksensa ovat mahdollistaneet sen, että hän on nostanut esiin uusia kysymyksiä. Borisova soveltaa taitavasti Venäjään tärkeitä oikeustutkijoiden kehittämisiä käsitteitä kuten ”oikeudellinen tekniikka” ja ”oikeudellinen perinne”. Hän esittää oman historiallisen tulkintansa lain asemasta Venäjän poliittisessa ja institutionaalisessa järjestelmässä. Kuten professori *Jukka Kekkonenkin* totesi esitarkastuslausunnossaan, Tatjana Borisovan tutkimus on ”hyvä esimerkki kontekstuaalisesta oikeushistoriasta, joka on luonnostaan tieteidenvälistä ja avointa naapuritieteenalojen, valtiotieteiden ja humanistisen tutkimuksen suuntaan”.

Turun yliopistossa 16.12.2016 pidetyssä julkisessa väitöstilaisuudessa Borisovan *lectio praecursoria* esitteli yleisölle hänen väitöskirjansa kontribuution Venäjän oikeushistorian ja historian tutkimukselle. Sen jälkeen Borisova vastasi varmaotteisesti ja taitavasti kysymyksiini ja kommentteihini hänen väitöskirjastaan. Hän vastasi erityisen hyvin pioneeritutkimuksensa herättämiin kontekstualisoiiviin kysymyksiin, jotka käsittelivät ”oikeudellisten välittäjien” (*legal intermediaries*) roolia, tehtävää ja eetosta. Juuri he olivat avainasemassa ”itsevaltaisen legaliteetin” kehittämisessä 1800-luvulla, ja he saivat vaikutteita ulkomaisista malleista ja kokemuksista. Borisova nosti myös esiin teräviä yksityiskohtia käyttämästään ”oikeudellisen tradition” käsitteestä. Hän piti tärkeänä oikeudellisten traditioiden tutkimuksesta esiin nostettujen teoreettisten perspektiivien todentamista empirian ja arkistotutkimuksen avulla. Näin Borisova tarjoaa lisää oivalluksia siitä, mikä hänen mukaansa on olennaista Venäjän pitkän aikavälin oikeuskehityksen ymmärtämiselle. Se on johdonmukainen ja jatkuva tapa kaventaa sitä tilaa, jossa suvereeni valta toimii rajoittaessaan erityisesti lakien tulkintaa. Sillä puolestaan on huomattava vaikutus tapaan, jolla ihmisten lakia ja oikeutta koskevat odotukset muotoutuvat. Tässä Borisova nosti erityisesti esiin tuoreen esimerkin siitä, kuinka sovitteluprosessien käyttöönottoyritys Venäjällä kariutui.

Tatjana Borisova ei ainoastaan ole kirjoittanut omaleimaista ja merkittävää oikeushistoriallista kontribuutiota, vaan sekä hänen väitöskirjansa että hänen suullinen esiintymisensä väitöstilaisuudessa osoittivat hänen työnsä suuren merkityksen nyky-Venäjän yhteiskunnan tutkimukselle. Olen vakuuttunut siitä, että Borisovalla on potentiaalia osallistua julkiseen keskusteluun, joka käsittelee Venäjän oikeudellista ja poliittista järjestelmää sekä Venäjän ulkopuolella että toivottavasti myös Venäjällä. Eikä ole epäilystäkään siitä, etteikö Borisova ottaisi tutkimuksellaan osaa yleiseen Venäjän oikeuden merkitystä käsittelevään keskusteluun, jota on välttämätöntä käydä venäläisen ja kansainvälisen tiedeyhteisön välillä sekä venäläisen yhteiskunnan sisällä.

Michel Tissier

Rautaisannos urheiluoikeutta

Lakimies
6/2017
s. 870–877

Halila, Heikki – Norros, Olli

Urheiluoikeus.

Alma Talent Oy. Helsinki 2017. XXIII + 670 sivua.

1. Aluksi

Helsingin yliopiston siviilioikeuden professori *Heikki Halila* ja urheiluoikeuden professori *Olli Norros* ovat tehneet suuren työn kirjoittaessaan urheiluoikeutta koskevan perusteoksen. Kirja on monen urheiluoikeuden parissa työskentelevän lakimiehen tai muutoin urheiluoikeudesta kiinnostuneen juristin kauan odotama teos. Nyt odotus palkitaan, ja käsillä on yksin kansiin koottu ajantasainen ja rautainen annos urheiluoikeutta.

Teoksen molemmilla kirjoittajilla on kokemusta urheiluoikeuden professuurin hoitamisesta. Halila on aikaisempi urheiluoikeuden professori ja nykyinen siviilioikeuden professori. Norros on puolestaan nykyinen urheiluoikeuden professori. Lisäksi molemmilla kirjoittajista on sivutoimena hankittua käytännön kokemusta urheiluoikeuden kysymyksistä. Halila on toiminut Urheilun oikeus-
turvalautakunnan jäsenenä lautakunnan perustamisesta, eli vuodesta 1991, alkaen. Lisäksi Halila on hoitanut lukuisia muita urheiluelämän asiantuntijatehtäviä. ADT:n valvontalautakunnan varapuheenjohtajana toimivalla Norroksella on kokemusta dopingvalvonnasta, mutta hänellä on ollut muitakin urheiluelämän asiantuntijatehtäviä. Urheiluoikeus-kirjassa näkyy hyvin kirjoittajien akateemisen oppineisuus, mutta myös käytännön ratkaisutoiminnassa hankittu kokemus elävässä elämässä esiintyvistä urheiluoikeuden riitatilanteista.

Urheiluoikeutta käsitteleviä perusteoksia ei ole Suomessa juuri julkaistu. Edellinen alan perusteos ja eräänlainen pioneerityö on *Olli Rausteen* vuonna 1997 julkaisema Urheiluoikeus-kirja. Rausteen teos oli aikanaan merkittävä päänavaus urheiluoikeuden alalla. Halilan ja Norroksen sekä toisaalta Rausteen kirjojen teemat ovat suurelta osin yhteneväiset. Luonnollista on, että ajan kulumisen ja urheiluoikeuden kehittyminen ovat johtaneet siihen, että päivitetyn tiedon tarve urheiluoikeuden peruskysymyksistä on lisääntynyt. Halilan ja Norroksen tuore teos, jossa urheiluoikeuden kysymykset päivitetään nykyaikaan, on siten erittäin tervetullut.

Halila ja Norros ovat julkaisseet aikaisemminkin urheiluoikeutta käsitteleviä teoksia. Halila on julkaissut vuonna 2002 Oikeudellistuva urheilu -nimisen teoksen. Siinä Halila käsittelee urheiluoikeuden eri teemoja, mutta teos ei

ole samalla tavalla systemaattinen kokonaisesitys urheiluoikeudesta kuin nyt julkaistu Urheiluoikeus-kirja. Norros on puolestaan julkaissut urheiluliigojen oikeudellista rakennetta käsittelevän teoksen¹, joka ei myöskään ole urheiluoikeuden perusteos, vaan urheiluoikeuden yhtä osa-aluetta käsittelevä julkaisu. Lisäksi molemmat tekijät ovat julkaisseet lyhyempiä kirjoituksia ja artikkeleita eri urheiluoikeuden osa-alueilta. Näitä kirjoituksia on julkaistu erityisesti Urheilu ja oikeus -vuosikirjassa.

Urheiluoikeuden alalla tapana on ollut, että urheiluoikeuden opinnäytetöitä ja jatkotutkimuksia on julkaistu Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisusarjassa. Tämä on osaltaan edesauttanut urheiluoikeuden teemojen käsitelyä ja niihin perehtymistä. Esimerkiksi *Esa Schönin* liseniaattitutkimus Joukkueurheilijan pelaajasopimus velvoiteoikeudellisena sopimustyyppinä (2009) on merkittävä joukkueurheilijan oikeusasemaa koskeva julkaisu. Muutoinkin suomalainen urheiluoikeuden kirjoittelu on viime vuosina sisältynyt suurelta osin Urheilu ja oikeus -vuosikirjan artikkeleihin ja Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisusarjassa julkaistuihin opinnäytetöihin, joissa on käsitelty monia tärkeitä urheiluoikeuteen liittyviä kysymyksiä. Artikkeleissa tai opinnäytetöissä ei ole ollut kuitenkaan mahdollista ottaa haltuun urheiluoikeuden teorianmuodostukseen tai systematisointiin liittyviä kysymyksiä. Nyt käsillä oleva kirja on systemaattinen kokonaisesitys urheiluoikeuden kysymyksistä. Tässä urheiluoikeuden teorianmuodostuksessa ja systemaattisen kokonaisnäkömyksen rakentamisessa Halilan ja Norroksen akateeminen tausta nousee hyvin esille.

2. Onko urheiluoikeus oma oikeudenala?

Kirjan ensimmäisessä jaksossa (jakso I) käsitellään urheiluoikeuden yleisiä oppeja ja esitetään kysymys siitä, onko urheiluoikeus oma oikeudenalansa vai ei. Jakson alussa todetaan, että urheiluoikeuden asiantuntijoiden piirissä ei ole ollut tavoitteena, että urheiluoikeuden tulisi olla oma oikeudenalansa. Urheiluoikeudesta haluaan puhua oikeudenalueena, ei oikeudenalana. Urheiluoikeuden katsotaan rakentuvan vain niukalti tietyn omalajisen normiston varaan eikä urheiluoikeudessa ole juurikaan muista oikeudenaloista poikkeavaa käsitteenmuodostusta eikä yleisiä oppeja (s. 2).

Olen kirjoittajien kanssa tästä samaa mieltä. Urheiluoikeudesta ei ole tarpeen puhua, ainakaan vielä, omana oikeudenalana. Kysymys on omalajisestaan oikeudenalueesta, jossa urheilun ominaispiirteillä on tai ainakin voi olla oma erityinen vaikutuksensa muiden oikeudenalojen säännösten soveltamiseen tai mahdolli-

1. *Olli Norros*: Urheiluliigan organisointi. WSOYPro. Helsinki 2011.

suuksiin poiketa niistä. Kirjassa on esitetty myös näkemys, jonka mukaan mitä enemmän aikaa kuluu, sitä luultavampaa on, että urheiluoikeudesta aletaan puhua sen vakiintuneisuuden vuoksi myös oikeudenalana. Tähän näkemykseen on myös helppo yhtyä. Pidän varsin todennäköisenä kehityskulkuna sitä, että urheiluoikeus vakiinnuttaa jollakin aikavälillä asemansa omana oikeudenalana. Tätä kehityskulkua edesauttavat käsillä olevan kirjan kaltaiset yleisesitykset, jotka ovat omiaan osoittamaan urheiluoikeuden erityispiirteitä ja oikeudenalueen kehittämistä kohti oikeudenalan statusta.

Jos urheiluoikeus ei ole oma oikeudenalansa, miksi urheilun oikeudesta tulee sitten kirjoittaa ja miksi sitä pitää tutkia? Moni saattaa ajatella, että urheilua koskevat oikeudelliset kysymykset ratkeavat kulloistakin ratkaistavaa kysymystä koskevien vakiintuneiden oikeudenalojen säännösten ja yleisten oppien perusteella. Tältä osin urheilun oikeuskysymyksiin tarkemmin perehtymätön taho on yhtäältä oikeassa, toisaalta väärässä. Urheiluun liittyvää oikeudellista kysymystä tulee lähestyä ratkaistavana olevaan oikeudelliseen ongelmaan soveltuvan oikeudenalan yleisten oppien ja säännösten kautta. Urheilulla ja sen asemalla yhteiskunnassa on usein kuitenkin olennainen merkitys siihen, ratkaako kysymys sovellettavan oikeudenalan pääperiaatteiden mukaan vai tehdäänkö vakiintuneeseen lähtökohtaan urheilun vuoksi poikkeus. Halilan ja Norroksen kirjan kantavana ajatuksena on niiden urheilusta johtuvien erityispiirteiden osoittaminen, joilla on merkitystä urheilua koskevien oikeuskysymysten ratkaisemisessa (s. 5). Kirjan kantavana teemana onkin sen osoittaminen, mitkä ovat urheilusta johtuvia erityispiirteitä urheilun oikeuskysymyksiä tarkasteltaessa.

Perinteinen esimerkki urheilun erityispiirteiden merkityksestä on esimerkiksi joukkueurheilijan pelaajasopimus. Tällaista sopimusta pidetään työsopimuksena tilanteissa, joissa pelaaja saa pelaamisestaan rahallisen korvauksen. Joukkuepelaajan työsopimukset ovat määräaikaista. Kysymys on tämän jälkeen siitä, onko joukkueurheilu ja joukkueen pelaaminen tietyssä sarjassa sellainen työsopimuslain mukainen erityinen syy, joka oikeuttaa määräaikaisen työsopimuksen tekemiseen. Vakiintuneesti on katsottu, että urheilusta johtuvat erityispiirteet oikeuttavat määräaikaisen työsopimuksen tekemiseen urheilun piirissä. Tämän mukaisesti voidaan tarkastella eri oikeudenaloja ja arvioida sitä, onko urheilusta johtuvilla piirteillä merkitystä silloin, kun jonkin oikeudenalan oikeussäännöksiä sovelletaan urheilun oikeudellisiin kysymyksiin.

Halilan ja Norroksen kirjasta ilmenee hyvin, miten urheiluun liittyvillä näkökohdilla on usein merkitystä sille, miten jonkin oikeudenalan säännöksiä sovelletaan urheilua koskevassa toimintaympäristössä. Tätä näkökulmaa Halila ja Norros kuljettavat läpi teoksen, ja se osoittaa hyvin, miksi urheilun oikeuskysymyksistä tulee kirjoittaa ja tehdä tutkimusta. Mainitun urheilupoikkeuksia koskevan näkökulman kuljettaminen läpi teoksen tekee kirjasta myös mielenkiintoisen lukea ja perustelee hyvin kirjassa käsitellyt urheilua koskevat osa-alueet.

3. Teoksen rakenne

Halilan ja Norroksen teoksessa on yhteensä 617 tekstisivua. Teos jakaantuu kaikkiaan 16 pääjaksoon. Teoksen aloittaa urheiluoikeuden yleisiä oppeja käsittelevä jakso I. Sen jälkeen teoksessa käsitellään urheilun kansanliikettä ja muita organisaatioita (jakso II), julkista valtaa urheilutoiminnassa ja urheiluvendonäköntä (jakso III), urheilua ja Euroopan unionin oikeutta (jakso IV), perusoikeuksia urheilussa (jakso V), urheilun toimijoiden oikeusasemaa (jakso VI), urheilun kurinpitoa (jakso VII), dopingia (jakso VIII), urheilukilpailuja (jakso IX), sponsorisopimuksia (jakso X), immateriaali- ja televisiointioikeuksia (jakso XI), vahingonkorvausta urheilussa (jakso XII), urheilun riidanratkaisua (jakso XIII), rikosoikeutta urheilutoiminnassa (jakso XIV), urheilua ja ympäristöoikeutta (jakso XV) ja urheilua ja verotusta (jakso XVI).

Jaksojen laajuudet vaihtelevat varsin paljon. Kirjan alkuosassa (jaksot I–V; s. 1–174) käsitellään urheiluoikeuden keskeisiä yleisiä lähtökohtia. Kirja alkaa luontevasti urheiluoikeuden yleisiä oppeja käsittelevällä jaksolla, jonka laajuus on 54 sivua. Urheiluoikeuden yleisiä oppeja koskeva jakso I (s. 1–54) taustoittaa hyvin urheiluoikeuden historiallista kehitystä. Edellä todetulla tavalla jaksossa I käydään läpi myös kysymystä siitä, onko urheiluoikeus oma oikeudenalansa vai ei, ja päädytään tältä osin siihen, että tällä hetkellä ei ole syytä puhua omasta oikeudenalasta. Myös teoksen seuraavat jaksot ovat urheiluoikeuden peruskysymysten käsittelyä. Urheilun kansanliikettä koskeva jakso II on osin historiallinen taustoitus urheiluliikkeen rakentumisesta Suomessa. Jaksossa nousevat esille lajiliitot ja liigat, seurat ja joukkueet osana seuroja. Nämä kaikki asiat ovat sellaisia, jotka urheilun piirissä toimivien on syytä tietää ja tuntea. Jaksossa III käsitellään julkisen vallan roolia urheilutoiminnassa. Tarkastelun kohteena ovat erityisesti valtionavustukset ja niiden rooli urheilutoiminnassa. Yksittäisen urheilijan näkökulmasta esille nousee myös kysymys urheilijan oikeudesta opetus- ja kulttuuriministeriön myöntämään apurahaan, mutta tältä osin tarkastelu jää varsin suppeaksi (s. 120–121). Jaksoissa IV ja V käsitellään urheilua ja Euroopan unionin oikeutta ja toisaalta perusoikeuksien merkitystä urheilussa (jakso IV s. 131–152 ja jakso V s. 153–174). Nämä teoksen alkujaksot muodostavat mielenkiintoisen kokonaisuuden, josta ilmenevät hyvin ne urheilusta johtuvat poikkeukset, jotka tulee ottaa huomioon esimerkiksi Euroopan unionin perusvapauksien soveltamisessa ja toisaalta perusoikeuksia ja urheilua koskevassa tulkintakäytännössä.

Eräs teoksen keskeisimmistä jaksoista on urheilun toimijoiden oikeusasemaa käsittelevä jakso VI (s. 175–292). Jaksossa käsitellään joukkueurheilijan pelaajasopimusta, valmentajasopimusta, agenttien ja managereiden toimintaa, maajoukkuesopimuksia, kansalaisuutta koskevia kysymyksiä, erotuomarin asemaa, urheilijan tapaturmaa ja eläketurvaa koskevia kysymyksiä, urheilijan kielenkäyttöä sekä tasa-arvoa koskevia kysymyksiä. Teoksen jaksoissa VII ja VIII

käsitellään ensin urheilun kurinpitoa ja sitten dopingia. Dopingissa on myös kysymys urheilun kurinpidosta, mutta näitä kysymyksiä käsitellään perinteisesti omina kokonaisuuksinaan, ja näin tehdään myös Halilan ja Norroksen teoksessa. Syitä erilliseen tarkasteluun on monia. Tavanomainen lajiliiton tai seuran kurinpito perustuu ensinnäkin lajiliiton tai seurojen omiin kurinpitomääräyksiin, joissa saattaa olla hyvinkin suuria, eri urheilulajien ja lajiliittojen välisiä eroja. Dopingissa kansalliset antidopingmääräykset perustuvat puolestaan maailman antidopingtoimikunnan antidopingmääräyksiin, jotka ovat kaikissa urheilulajeissa samat. Lisäksi menettelyt tavanomaisessa kurinpidossa ja dopingiin perustuvassa kurinpidossa poikkeavat toisistaan siinä, että dopingia koskeva asia käsitellään ensin ADT:n valvontalautakunnassa ja sen jälkeen lajiliitossa. Tavanomaisessa kurinpidossa ei ole tällaista vaiheistettua menettelyä, vaan asia tulee ensin tutkittavaksi lajiliitossa tai seurassa, ja sen jälkeen samainen taho tekee asiassa päätöksen.

Kirjan jaksot VI–XII ovat teoksen varsinaisia urheilu oikeuden substanssijaksoja. Urheilun toimijoiden oikeusasemaa käsittelevä jakso VI käsittelee eri tahojen oikeudellista asemaa urheilun piirissä. Tarkastelun kohteena ovat monet urheilun piirissä toimivat tahot. Tässä jaksossa jäin kaipaamaan oikeastaan vain yksilöurheilijan aseman tarkempaa määrittelyä, vaikka jaksossa toki käsitelläänkin yksilölajin maajoukkueurheilijoiden asemaa. Yksilölajeissa on kuitenkin paljon urheilijoita, jotka eivät toimi maajoukkueetasolla, mutta solmivat erilaisia sopimuksia esimerkiksi edustamansa seuran kanssa ja saavat taloudellista tukea seuralta kilpailutoimintaansa. Yksilöurheilijan suhdetta omaan seuraansa olisi voinut lyhyesti käsitellä tässä jaksossa.

Jakson VI lopussa käsitellään sukupuoleen liittyviä kysymyksiä sekä naisten ja miesten välistä tasa-arvoa. Teema on tärkeä ja on hyvä, että tämäkin näkökulma on nostettu esille. Tähän osuuteen sisältyy pieni asiallinen kömmähdys kohdassa, jossa käsitellään lasten parissa toimivien rikostaustan selvittämistä (s. 290). Kirjassa mainitaan laki lasten kanssa työskentelevien rikostaustan selvittämisestä (504/2002) ja mainitaan, että lailla on huomattava vaikutus urheilutoiminnassa, mutta että laki koskee vain työsuhteessa olevia. Tässä kohtaa kirjoittajilta on jäänyt huomaamatta, että vuonna 2014 on tullut voimaan edellä mainitun lain lisäksi laki lasten kanssa toimivien vapaaehtoisten rikostaustan selvittämisestä (148/2014), joka mahdollistaa nimenomaisesti myös vapaaehtoisten eli muiden kuin työsuhteisten henkilöiden rikostaustan selvittämisen.

Urheilun kurinpitoa koskeva jakso on varsin suppea (27 s.) eikä pyri täydelliseen urheilun kurinpittoa koskevaan esitykseen. Kysymys on tältä osin kurinpidon yleiskatsauksesta, ja kurinpidosta enemmän kiinnostuneen on syytä tutustua *Risto Riitesuon* teokseen *Erottaminen ja kurinpito yhdistyksessä*. Myös *Urheilu ja oikeus* -lehdessä on julkaistu useita urheilun kurinpittoa koskevia kirjoituksia. Dopingia koskeva jakso VIII on laajempi kuin kurinpittoa koskeva jakso. Tältäkin

osin kysymys on dopingia koskevasta yleiskatsauksesta, joka antaa hyvät eväät aiheeseen perehtymiselle.

4. Kirjan keskeisintä antia

Urheilun piirissä ratkaistavissa oikeuskysymyksissä törmää nopeasti käsitteisiin urheilun itsesääntely ja yhdistysautonomia. Itsesääntelyyn ja yhdistysautonomiaan kuuluu tietty vapaus määrittää oma toiminta ja vapaus tehdä omaa toimintaa koskevia päätöksiä ilman ulkopuolisia rajoitteita. Urheilun itsesääntely ja yhdistysautonomia turvaavat tiettyyn rajaan saakka mahdollisuuden urheilun piirissä määrittää toiminta tahtomallaan tavalla.

Toisaalta urheilu ei ole enää pitkään aikaan pysynyt omassa ”kuplassaan”, vaan urheilusta on muodostunut osa yritystoimintaa, ja urheilijat saavat osaksi elantonsa urheilusta ja urheilua koskevasta kilpailutoiminnasta. Urheilutoiminnan kaupallisuus on johtanut siihen, että urheilu ei ole ollut enää pitkään aikaan oma, muusta oikeudellisesta sääntelystä vapaa saarekkeensa, vaan urheilua koskevassa toiminnassa joudutaan ottamaan huomioon myös muuta sääntelyä. Tilannetta voidaan kuvata siten, että urheilun kilpailullisessa toiminnassa ja urheilulajin kilpailutoiminnan säännöissä vallitsevat edelleen urheilun itsesääntely ja yhdistysautonomia ilman ulkopuolisia vaikutteita. Sen sijaan taloudellisessa toiminnassa ja urheilijoiden oikeudellisessa asemassa tulee ottaa huomioon esimerkiksi yritystoimintaa, kilpailuoikeutta ja verotusta koskeva sääntely sekä urheilijan asemassa esimerkiksi työoikeudellinen sääntely.

Urheilulla ja sen asemalla yhteiskunnassa voi olla kuitenkin vaikutuksia siihen, miten ja millä voimakkuudella muu oikeudellinen sääntely vaikuttaa urheilutoimintaan. Urheiluoikeuden asiantuntijan tuleekin yhtäältä kyetä hahmottamaan ne tilanteet, joissa urheilulla on suuri vapaus toimia itsesääntelyn varassa, ja toisaalta tunnistaa ne tilanteet, joissa muu oikeudellinen sääntely ulottaa vaikutuksensa urheilutoimintaan. Lisäksi urheiluoikeuden asiantuntijan on hahmotettava se, millä tavalla tämän muun sääntelyn vaikutus tulee ottaa huomioon. Tämän rajanvedon hahmottamiseen Halilan ja Norroksen teos antaa uusia eväitä ja uusia systemaattisia työkaluja.

Kirjassa tarkastellaan myös eräitä urheiluoikeuden kiperiä soveltamiskysymyksiä, kuten kilpailuoikeuden vaikutusta urheilutoimintaan (s. 32 ss.). Tältä osin herää kysymys, voidaanko kilpailuoikeuden vaikutus urheilutoimintaan käsitellä yhtenä kokonaisuutena. Halila ja Norros ovat lähestyneet kilpailuoikeuden merkitystä siten, että kirjan jaksossa I pyritään luomaan alustava systemaattinen kartoitus kilpailuoikeuden merkitykseen urheilua koskevissa kysymyksissä. Tämän lisäksi kilpailuoikeutta koskeva tarkastelukulma kulkee läpi teoksen eri

osa-alueiden tarkastelussa. Kilpailuoikeuden näkökulma on esillä esimerkiksi urheilun sponsorisopimuksissa ja urheilun kurinpidossa. Tämä lähestymistapa on hyvin perusteltu ja helpottaa kilpailuoikeutta koskevien kysymysten hallintaa. Kilpailuoikeuden vaikutus voi olla erilainen esimerkiksi joukkueurheilun sarjatoiminnan organisoinnissa kuin urheilijan kurinpidossa. Tästä syystä kilpailuoikeuden merkitystä on hyödyllistä tarkastella kunkin urheiluoikeudellisen kysymyksen yhteydessä erikseen. Urheilun ja Euroopan unionin oikeutta ja perusoikeuksia urheilussa käsittelevät jaksot (Jaksot IV ja V, s. 131–174) ovat tärkeitä ja havainnollisia jaksoja. Erityisesti EU-oikeuden jaksossa tuodaan esille urheilun erityisasemaa suhteessa EU-oikeuteen. Tässä tarkastelussa tulee esille hyvin urheilun itsesääntelyn suhde ympäröivään oikeudelliseen viitekehykseen.

Käytännön urheilutoiminnan näkökulmasta teos sisältää merkittävän katsoituksen joukkue-toimintaan osana seuratoimintaa. Jaksossa II käsitellään joukkueutta urheiluseuran kokonaisuudessa (s. 87 ss.), ja tämä osuus on käytännön seuratoiminnan näkökulmasta tärkeä ja olennainen. Osuudessa käsitellään esimerkiksi joukkueiden kokoonpanon määräytymistä ja arvioidaan myös lasten joukkueiden kokoonpanojen määräytymistä. Tämän rinnalla kannattaa tutustua myös Olli Rausteen tuoreeseen, vuonna 2017 julkaistuun kirjaan Lasten ja nuorten urheilun oikeussäännöt, jossa samaa aihetta käsitellään erityisesti lasten ja nuorten urheilun näkökulmasta.

Urheilukilpailuja koskeva jakso IX käsittelee urheilukilpailuja ensinnäkin järjestävän tahon näkökulmasta. Järjestäjälle tärkeää on, miten kilpailut saadaan järjestettäväksi ja minkälaisia sopimuksia kilpailut myöntäneen tahon kanssa tulee tehdä. Toiseksi jaksossa käsitellään kilpailuja myös joukkueurheilun ja yksilöurheilijan näkökulmasta. Tarkastelussa nousee esille joukkueen osallistumisoikeus tiettyyn sarjaan ja se, mitä edellytyksiä osallistumiselle voidaan asettaa. Edelleen tarkastelussa nousevat esille yksilöurheilijan mahdollisuus osallistua kilpailuihin ja osallistumiselle asetettavat ehdot. Jaksossa käsitellään myös sitä, miten arvokilpailuvalinnat tehdään ja onko urheilijalla oikeus tulla valituksia arvokilpailuihin.

Urheilua ja ympäristöoikeutta sekä urheilua ja verotusta koskevat jaksot jäävät varsin suppeiksi. Kysymys on tältä osin vain sen muistuttamisesta, että myös ympäristöoikeudella ja vero-oikeudella on merkitystä urheilua koskevissa kysymyksissä. Mielenkiinnolla tutustuin myös urheilijoiden toimijoiden oikeusasemaa koskevaan jaksoon (jakso VI). Jaksoa lukiessa on syytä pitää mielessä, että kirjoituksen kohteena on urheilua kilpailutasolla harjoittava toimija. Joukkueurheilussa tilanne voi olla pelaajan ja seuran välillä erilainen esimerkiksi lasten ja nuorten kohdalla. Kirjasta ei kuitenkaan suoraan ilmene, mitä kohdejoukkoa ajatellen tulkintasuositukset on annettu. Tätä on pidettävä pienoisena puutteena. Urheiluoikeutta koskevia kysymyksiä voidaan tarkastella aikuisten kilpaurheilun lisäksi ainakin lasten ja nuorten urheilun sekä aikuisten harrastetoiminnan nä-

kökulmasta. Tarkastelun näkökulmilla on usein vaikutuksia myös siihen, miten asiaa oikeudellisesti lähestytään.

5. Arvioinnin johtopäätökset

Teoksen myyntipuheen mukaan kirja on laadittu yliopistolliseksi oppikirjaksi ja se palvelee alan perusteoksena kaikkia urheiluoikeudesta tietoa tarvitsevia. Myyntipuhe ei jää pelkäksi mainokseksi, vaan teos täyttää siitä annetut lupaukset. Teos on hyvin kirjoitettu, jäsennelty ja loogisesti etenevä. Teos sisältää jakson kaikista keskeisistä urheilun piirissä toimivien tahojen eteen tulevista kysymyksistä. Kaikilta osin jaksot eivät ole kulloistakin teemaa koskevia tyhjentyviä esityksiä. Tyhjentyvän esityksen laatiminen olisi paisuttanut teosta huomattavasti, ja tämä on epäilemättä pakottanut rajaamaan kunkin teeman tarkastelua. Rajaaminen on tapahtunut voimakkaimmin niissä teemoissa, joista on jo olemassa perusteoksia.

Teoksen parasta antia on urheiluoikeuden systematiikan rakentaminen, ja tämä näkyy erityisesti siinä, että kirjoittajat kuljettavat läpi koko teoksen pohdintaa siitä, johtuuko urheilun erityispiirteistä joitakin näkökohtia vakiintuneeseen oikeudelliseen ajatteluun. Kaikkiaan Halilan ja Norroksen teos on nähtävissä kahden urheiluoikeuden professorin ”välitilinpäätöksenä” siitä, missä urheiluoikeus tai urheilun oikeudelliset kysymykset ovat vuonna 2017. Tämän välitilinpäätöksen tekemiseen Halilalla ja Norroksella on ollut yhteisen kokemuksensa perusteella mitä parhain mahdollisuus, ja tässä tehtävässään he ovat myös hyvin onnistuneet.

Halilan ja Norroksen kirjaa voi suositella luettavaksi kaikille urheiluoikeuden piirissä toimiville tai muutoin urheiluoikeudesta kiinnostuneille. Kirjaa voi hyödyntää urheiluoikeuden yleisesityksenä, ja lisäksi kirjasta saa apua yksittäisessä esille nousevassa urheilua koskevassa oikeudellisessä kysymyksessä. Toivottavasti kirja löytää tiensä mahdollisimman monen henkilön luettavaksi.

Timo Ojala

Ajankohtainen teos sijoittamisen ohjaamisesta

Lakimies
6/2017
s. 878–886

Salo, Marika

Sijoittamisen ohjaaminen. Sijoitusneuvot ja -suositukset sijoittajan päätöksenteossa.

Alma Talent. Helsinki 2016. 322 sivua.

1. Johdanto

Sijoittajansuojaa koskeva sääntely on nykyään niin laajaa ja pirstaleista, että harva toimialan ulkopuolinen lakimies tuntee sitä. Sääntely on finanssialan regulaatiolle tyypillisellä tavalla EU-peräistä ja erittäin yksityiskohtaista. Tämä vaikeuttaa kokonaiskuvan muodostamista finanssialan sääntelystä ja johtaa helposti siihen, että erityissääntelystä muodostuu pienen lakimiesjoukon salatiedettä. Tällaisen haitallisen kehityskulun torjumisen kannalta on tärkeää, että myös finanssialan sääntelystä tehdään oikeustieteellistä tutkimusta ja käsikirjoja.

Tätä taustaa vasten on ilahduttavaa, että KTT *Marika Salo* on kirjoittanut vuonna 2016 ilmestyneen teoksensa *Sijoittamisen ohjaaminen*. Sijoitusneuvot ja -suositukset sijoittajan päätöksenteossa. Teos on *post doc* -tutkimus, joka on takakannen mukaan kirjoitettu sekä sijoitusosalalla työskenteleville että ei-ammattimaisille yksityisille sijoittajille.

Sijoitustoiminnalla ja sijoittajansuojalla on yhteiskunnallisesti ja kansantaloudellisesti tärkeä merkitys. Väestön ikääntyessä ja vaurastuessa sijoitustoiminta yleistyy. Samalla sijoituspalveluiden tarjonta on viime vuosikymmeninä jatkuvasti monipuolistunut. Pankkien lisäksi alalla toimii lukuisia pienempiä sijoituspalveluyrityksiä, ja tarjolla on laaja kirjo erilaisia sijoitustuotteita. Arvopaperimarkkinaoikeudellisella sääntelyllä ja riittävällä sijoittajansuojalla voidaan tukea sijoittajansuojan lisäksi tehokkaan arvopaperimarkkinan toimintaa.

2. Teoksen aihepiiri, metodi ja lähdeaineisto

Salon tutkimus koskee sijoitusneuvontaa ja sijoitussuosituksia. Sijoitusneuvonta on sitä koskevan legaalimääritelmän mukaan yksilöllisen suosituksen antamista asiakkaalle tiettyä rahoitusvälinettä koskevaksi liiketoimeksi. Sijoitusneuvonnan sääntelyn pääperiaatteet ovat sijoituspalvelulaissa (747/2012), ja sääntelyn kes-

keisenä tavoitteena on sijoittajan suojaaminen. Sijoitussuosituksat taas ovat arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttöä koskevan EU-asetuksen (ns. MAR-asetus, (EU) N:o 596/2014) määritelmän mukaan jakelukanavalle tai yleisölle tarkoitettuja, yhtä tai useampaa rahoitusvälinettä tai liikkeeseenlaskijaa koskevia tietoja, jotka sisältävät suoria tai epäsuoria sijoitusstrategiasuosituksia tai -ehtotuksia. Sijoitussuosituksia koskeva sääntely pyrkii ennen kaikkea ehkäisemään sitä, että näitä suosituksia hyödynnettäisiin markkinoita väärinkäytettäessä.

Metodiltaan Salon tutkimus on hyvin kunnianhimoinen. Kun aihepiirin sääntelyn mutkikkuus ja arvopaperilautakunnan laaja uudehko soveltamiskäytäntö otetaan huomioon, voidaan katsoa, että normaali lainopillinen tutkimus, jossa sääntelyä tulkittaisiin ja systematisoitaisiin, olisi jo aivan asianmukainen tutkimustapa. Salo menee tavoitteenasettelussaan kuitenkin pidemmälle, koska hän pyrkii ensinnäkin yhdistämään lainoppiin rahoitusteoriaa (s. 30). Salo kuvaa sääntelyn taustalla pääasiassa olevaa näkemystä rationaalisesta sijoittajasta ja vertaa sitä esimerkiksi sijoittajien taloudellista lukutaitoa koskeviin tutkimuksiin. Taloustieteen *behavioral finance* -suuntauksessa onkin viime vuosikymmeninä tutkittu laajasti markkinaosapuolien tosiasiallista käyttäytymistä. Orastavia viitteitä tämän ajattelun tulemisesta vahvemmin myös suomalaisen oikeustieteelliseen tutkimukseen ja lainsäädäntötyöhön on, vaikka läpimurtoa ei olekaan tapahtunut.¹

Lainopin tavoitteiden yhdistäminen modernin rahoitusteorian hyödyntämiseen on jo sangen vaativa tutkimustehtävä. Lisäksi Salo luonnehtii lähestymistapaansa proaktiiviselle eli ennakoivalle oikeudelle tyypilliseksi (s. 26). Tältä osin tavoitteena on muodostaa toimintasuosituksia esimerkiksi vahingonkorvaustilanteiden välttämiseksi. Salo yhdistää tutkimustapaansa vielä ongelma- tai ilmiökeskeisen lainopin ja toteaa lopuksi, että metodipluralismi kuuluu rahoitusoikeuteen (s. 29–30).

Kun tutkimuskohde on tarkkaan säännelty ja tutkimuksen metodiikka on näin monipuolinen, vaarana on pinnallisuuden lisäksi se, että lähdeaineisto kasvaa suunnattomaksi. Salon teoksessa lähdeaineisto ei kuitenkaan ole paisunut hallitsemattomaksi, vaan hän on kyennyt perustamaan lähtökohdiltaan vaativan tutkimuksen tarkasti rajattuun, aiheeseen nähden suorastaan melko suppeaan aineistoon. Nykyään oikeuskirjallisuutta julkaistaan niin paljon, että varsinkaan tällaisella tutkimusalalla ei ole tarkoituksenmukaista edellyttää, että tutkija sisällyttäisi lähdeaineistonsa kaiken aiemman saman oikeudenalan tutkimuksen. Salon tutkimuksen lähdeaineiston ulkopuolelle on kuitenkin jäänyt arvopape-

1. Kuluttajapsykologiaa ja sen yhteyttä kuluttajaoikeudelliseen sääntelyyn on käsitelty esimerkiksi teoksessa *Anja Peltonen – Kalle Määttä: Kuluttajansuojaoikeus*. Talentum Pro. Helsinki 2015 s. 31–36. Marja Luukkonen on tutkinut sijoittajan selonottovelvollisuutta behavioral finance –näkökulmasta. Ks. *Marja Luukkonen: Tutustu, ymmärrä ja päättää – Sijoittajan selonottovelvollisuus oikeus- ja käyttäytymistaloustieteellisestä näkökulmasta*. Oikeustiede – Jurisprudentia 2016 s. 113–183.

rimarkkinaoikeuden alalta kotimaisia väitöskirjojakin, joiden hyödyntäminen olisi rikastuttanut tutkimusta.² Lisäksi ulkomaisen *behavioral finance and law* -tyyppisen kirjallisuuden laajempi hyödyntäminen olisi tuonut syvyyttä.³ Kaiken kaikkiaan Salon teoksessa on hyödynnetty lähteinä selvästi enemmän säädöksiä ja muuta virallisainesta kuin aiempaa tieteellistä tutkimusta oikeustieteen tai taloustieteen alalta.

3. Tutkimustehtävän mielekkyys

Salon teoksen aihe on erittäin ajankohtainen. Sijoitusneuvonnan käytäntöjen asianmukaisuus nousee aika ajoin julkiseen keskusteluun. Viimeksi näin on käynyt maaliskuussa 2017, kun Finanssivalvonta määräsi julkisia varoituksia ja seuraamusmaksuja useille eri pankeille ja muille sijoituspalveluyrityksille.⁴ Sijoituspalvelujen sääntelyn vaikeutta kuvaa, että kaikkien Finanssivalvonnan tarkastamien yritysten sijoitusneuvonnassa huomattiin puutteita. Aiheesta tekee ajankohtaisen myös se, että sijoitusneuvontaa koskeva sääntely on muuttumassa vuoden 2018 alussa. Tuolloin tulee voimaan sijoituspalveluiden tarjoamista koskeva EU:n sääntelyyn perustuva MiFID II-uudistus.⁵

Muutoksessa olevan sääntelyn tutkiminen on ajankohtaisuuden kannalta ansiokasta, mutta toisaalta myös sikäli epäkiitollista, että tutkimuksesta on vaikea saada virheetöntä tai kovin selkeää. Salon kirjassa selostetaan sekä voimassa olevaa että tulevaa oikeustilaa. Alaa tuntemattoman lukijan lienee ajoittain vaikea tietää, koskeeko kirjan kuvaus voimassa olevaa oikeutta.

- Ilmeisin puute on, ettei *Kari Hopun* väitöskirjaa Sijoitustuotteiden markkinoinnin sääntely vuodelta 2004 ole otettu huomioon Salon tutkimuksessa. Vaikka Hopun tutkimus koskee markkinointia, sillä on sisältönsä puolesta (esim. sijoittajakäyttäytymisen huomioon ottaminen) monia yhtymäkohtia Salon teokseen. Myös *Mårten Knutsin* väitöskirja *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden* vuodelta 2010 puuttuu Salon lähdeaineistosta, samoin kuin *Janne Häyrysen* väitöskirja *Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö* vuodelta 2006. Edellinen olisi sisältänyt hyödyllisiä näkökohtia sijoittajarationalismista ja jälkimmäinen sijoitusanalyyseistä. Ulkomaisista tutkimuksista yllättävintä on ruotsalaisen *Fredric Korlingin* massiivisen sijoitusneuvontaa koskevan, vuonna 2010 julkaistun väitöskirjan *Rådgivningsansvar särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning* puuttuminen lähdeaineistosta. Yksi Korlingin tutkimuksen keskeisistä piirteistä on pyrkimys hyödyntää *behavioral economics* -suuntausta, joka riitauttaa käsityksen rationaalisesti toimivasta sijoittajasta.
- Monipuolinen artikkelikokoelma aiheesta on esimerkiksi Eyal Zamir – Doron Teichman (eds.): *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Oxford University Press 2014.
- Ks. Finanssivalvonnan lehdistötiedote 8.3.2017, 3/2017.
- Uuden MiFID II -sääntelykokonaisuuden keskeisimpiä säädöksiä ovat MiFID II -direktiivi (2014/65/EU) ja MiFIR-asetus ((EU) N:o 600/2014). Kotimaista hallituksen esitystä MiFID II -direktiivin täytäntöönpanemiseksi ei ole vielä annettu.

Kysyä voidaan, onko ylipäänsä mielekästä tutkia samaan aikaan sekä sijoitusneuvonnan sääntelyä että sijoitussuosituksia koskevaa sääntelyä. Tavallisesti näitä ilmiöitä ei ole oikeustieteessä käsitelty toistensa yhteydessä, koska sijoitusneuvonta ja sijoitussuosituksien antaminen kuuluvat arvopaperimarkkinaoikeudessa eri lohkoihin. Sijoitusneuvonta on yksilöllistä, ja siitä säädetään EU-tasolla sijoituspalveluja koskevassa MiFID-säännöstössä, jossa sääntelyn tavoitteena korostuu sijoittajansuoja. Sijoitussuosituksia puolestaan laaditaan kollektiiville, siis suuren asiakasjoukon hyödynnettäväksi, ilman informaation saajakohtaista yksilöintiä. Sijoitussuosituksista säädetään EU:ssa MAR-säännöstössä, jonka tavoitteena on estää markkinoiden väärinkäyttö.

Salon tutkimus kuitenkin osoittaa, että sijoitusneuvonnalla ja sijoitussuosituksien antamisella on monia yhtymäkohtia. Molemmissahan on kyse sijoittajan päätöksenteon helpottamisesta, ja asiakkaan on epäilemättä ajoittain jopa mahdollonta erottaa sijoitusneuvontaa ja sijoitussuosituksia toisistaan. Näistä syistä on oikeastaan yllättävääkin, että molempien ilmiöiden rinnakkaiseen tarkasteluun ja vertailuun ei ole (ainakaan suomalaisessa) oikeustieteessä aiemmin ryhdytty. Salon tutkimuksellinen lähtökohta on tästä näkökulmasta erittäin onnistunut ja osoittaa sen, että arvopaperimarkkinaoikeudellisen sääntelyn systematiikka on ohjannut aiempaa tutkimusta ehkä liikaakin.

4. Arvopaperimarkkinaoikeuden oikeuslähteet

Finanssialan sääntelytrendeihin viime vuosina on kuulunut normiaineiston lähes hallitsemattoman kasvun lisäksi sääntelyn pirstoutuminen. EU-peräinen finanssialan sääntely on nykyään monikerroksista. Salon tutkimuksessakin kuvataan hyvin nykyisen sääntelyn rakenteita.

Sääntelyn laajuus, pirstoutuminen ja monikerroksisuus aiheuttavat haasteita oikeuslähdeopille.⁶ Finanssialan oikeutta tutkittaessa ei voida käyttää vain perinteisiä kansallisia oikeuslähteitä. Sen sijaan on osattava hyödyntää erilaista EU-oikeudellista ainesta ja viranomaismääräyksiä sekä ohjeita niiden statuksen mukaisella tavalla. Kun tämä vaikea lähtötilanne otetaan huomioon ja koska nämä finanssialan uudet oikeuslähdeopilliset kysymykset ovat oikeustieteessä pitkälti tutkimatta, on ymmärrettävää, että Salon tutkimuksessa on tiettyjä oikeuslähteiden käyttöön liittyviä ongelmia.

6. Ks. laajemmin *Sakari Wuolijoki*: Hyvän sääntelyn periaatteet ja finanssialan viimeaikainen sääntely. Teoksessa Olli Norros – Irene Luukkonen – Erik Sirén – Ville Raulos (toim.): Vakuutus- ja rahoitusneuvonta 45 vuotta. Helsinki 2016 s. 175–194, erit. s. 180–185.

Salon teoksessa virallislähteiden moninaisuus näkyy niin, että painoarvoltaan hyvin erilaiset ainekset sekoittuvat keskenään. Teoksessa suhtaudutaan samoin sitoviin normeihin ja viranomaisten suosituksiin. Teoksessa ei kohdisteta suosituksiinkaan kriittistä tarkastelua, ja niistä esitetään vain niukasti tulkintakannottoja. Tämä näkyy esimerkiksi selostettaessa sijoitusneuvojilta MiFID II -sääntelyssä edellytettävää osaamista (s. 258). Salon teoksessa nojaututaan tältä osin ESMA-valvontaviranomaisen suositukseen, jossa muun muassa katsotaan, että sijoitusneuvojien on ymmärrettävä ”talouslukujen sekä kansallisten, alueellisten ja maailmanlaajuisten tapahtumien vaikutukset markkinoihin ja suositeltavien tai tarjottavien sijoitustuotteiden arvoihin”. Esimerkiksi viimeaikaiset kurssireaktiot Brexit-päätöksen tai Yhdysvaltojen presidentinvaalien jälkeen osoittanevat, ettei juuri kellään ole tällaisia kykyjä. Arvopaperimarkkinaoikeudelliseen tutkimukseen sopisi hyvin näin absurdien viranomaissuosituksien problematisointi tai asianmukaisten tulkintasuositusten esittäminen.

Finanssialan oikeuslähteiden suurilukuisuus on johtanut Salon teoksessa paikoin myös horjuvuuteen siinä, mitä oikeuslähteitä kantojen tueksi esitetään. Esimerkiksi selostettaessa sijoitussuosituksia koskevaa sääntelyä tekstissä nojaututaan sääntelyn sisällön osalta usein ESMA-valvontaviranomaisen laatimaan sääntelyluonnokseen, joka ei kuitenkaan ole sitovaa sääntelyä vaan eräänlainen säädösvalmistelun asiakirja (s. 151–172). Sitova on sen sijaan kyseistä luonnosta hyödyntäen annettu EU-asetus. Tämänkin asetuksen Salo toki mainitsee, mutta asetelma teoksessa on monin paikoin se, että leipätekstissä selostetaan oikeustilaa ESMA:n luonnoksen perusteella ja alaviitteessä todetaan asetuksen sisältävän vastaavan määräyksen (esim. s. 158). Ammattilukijaa tämä ei sanottavasti haittaa, mutta finanssialan oikeuslähteiden hierarkiaa ja paroni *Lamfalussyn* nimeä kantavaa säädösvalmisteluprosessia tuntemattomalle tällainen tapa esittää asiat on hyvin epäjohdonmukainen.⁷

Vastaavasti voidaan mainita, että sijoitusneuvojan velvollisuutta toimia rehellisesti, tasapuolisesti ja ammattimaisesti asiakkaan etujen mukaan ei ole tarvetta perustella viittaamalla direktiiviin tai eurooppalaisen CESR-valvontaviranomaisen julkaisemaan suurelle yleisölle tarkoitettuun tiedotteeseen (s. 61), koska tämä sijoitusneuvojan velvollisuus on kirjattu suoraan lakiin. Velvoite on sijoituspalvelulain 10:2:ssä.

Oikeuslähteiden horjuva käyttö on toki tutkimuksellisesti pulmallista, mutta voi myös johtaa sisällöllisiin virheisiin. Näin on käynyt sijoitusneuvonnan määritelmää selostettaessa. Teoksessa kuvataan (s. 173) MiFID II -direktiiviin ja sijoituspalvelulain 1:11:ään sisältyviä sijoitusneuvonnan määritelmiä ja todetaan

7. Ks. ajankohtaisena yleiskuvauksena finanssialan EU-regulaatiossa noudatettavasta *Lamfalussy*-prosessista *Piia-Noora Kauppi*: *Lamfalussy*stä pankkiunioniin – finanssialan sääntely ja valvonta Euroopan Teoksessa Norros – Luukkonen – Sirén – Raulos (toim.) 2016 s. 25–42, erit. s. 26–29.

sen jälkeen, että määritelmät ovat yleisluontoisia ja että määritelmää ei ole ”liiemmin avattu hallituksen esityksessäkään”⁸ Tässä Salo on viitannut hallituksen esitykseen 32/2012 vp, jossa ei tosiaan olekaan otettu kantaa sijoitusneuvonnan määritelmään, koska määritelmä sisältyi jo tuota esitystä annettaessa voimassa olleeseen lakiin ja sääntely jäi sijoitusneuvonnan määritelmän osalta sisällöltään muuttumattomaksi. Tästä syystä määrittelyn tulkinta-apua olisi tullut hakea siitä vuonna 2007 annetusta hallituksen esityksestä, joka alun perin johti sijoitusneuvonnan määritelmänormin säätämiseen. Tässä hallituksen esityksessä on selostettu sijoitusneuvonnan määritelmää.⁹

5. Yksityiskohtaisia havaintoja

5.1. Esitystapa ja kieli

Salon on onnistunut kirjoittamaan hyvin raskaasti säännelystä aihepiiristä teoksen, jonka teksti on miellyttävästi luettavaa ja seurattavaa. Tämä ei ole helppoa, koska sääntelyn teksti on hyvin yksityiskohtaista ja usein monimutkaisten käsitelmäärittelyjen varaan rakentuva. Myös rahoitusteoreettiset näkökohdat on selostettu niin helpotajuisesti, että taloustieteeseen vihkiytymätönkin lakimies voi teoksen avulla ymmärtää eräät sijoitustoiminnan keskeiset periaatteet.

Erityisenä ansiona on kuitenkin mainittava Salon kirjassa olevat useat havainnollistavat kuvat tai kaaviot. Teoksessa on monin paikoin sääntelyn rakennetta selkeyttäviä kaavioita. Lisäksi esimerkiksi sijoitussuosituksia ja sijoittamiseen liittyvää tuoton ja riskin suhdetta on havainnollistettu hyvin. Tällaisen esitystavan soisi lisääntyvän varsinkin käsikirja- tai oppikirjakäyttöön tarkoitetuissa teoksissa.

5.2. Sijoittajakäyttäytyminen

Teoksen kolmas luku koskee informaatiota sijoittajan päätöksenteossa. Luvussa käsitellään muun muassa sijoittajakäyttäytymistä rahoitusteorian valossa. Teoksessa tuodaan aivan oikein esille se, että sijoittajien tosiasiallinen käyttäytyminen

8. Tässä kohdassa teoksessa on myös pykälävirhe. Teoksessa ilmoitetaan sijoitusneuvonnan määritelmän olevan sijoituspalvelulain 11:5:ssä, mutta se on todellisuudessa 1:11:ssä.

9. HE 43/2007 vp laiksi sijoituspalveluyrityksistä, laiksi arvopaperimarkkinalain muuttamisesta ja eräiksi niihin liittyviksi laeiksi s. 43–44.

ei ole rationaalisten ihanteiden mukaista. Tämä johtaa kiinnostaviin kysymyksiin muun muassa siitä, tulisiko sijoittajien irrationalisuus ottaa jollakin tavalla huomioon sijoituspalvelujen sääntelyssä.

Salon teoksen kolmannessa luvussa selostetaan oikeustieteelliselle tutkimukselle harvinaisella tavalla rahoitusteoriaa, kuten tuoton ja riskin suhdetta sekä hajauttamisen merkitystä. Rahoitusteorian kannalta kirjassa selostettavat seikat toki ovat aivan perusasioita, mutta ne sopivat hyvin tällaiseen teokseen, joka on kuitenkin pääasiassa lainopillinen. Sijoitusmarkkinoiden sääntelyn syvällinen ymmärtäminen rahoitusteoriaa tuntematta onkin mahdotonta.

Kiinnostavaa teoksen kolmannessa luvussa ovat myös taloudellista lukutaitoa koskevat tutkimustulokset. Taloudellisella lukutaidolla tarkoitetaan kykyä prosessoida taloudellista informaatiota ja tehdä sen perusteella omaa taloutta koskevia perusteltuja päätöksiä (s. 125). Salon teoksessa esitellään suomalaisten taloudellista lukutaitoa koskevia uudehkoja tutkimustuloksia. Suomalaisten taloudellinen lukutaito on näiden tutkimuksien mukaan kansainvälisesti korkealla tasolla.

5.3. Myyntitavoitteet ja eturistiriidat

Salon teoksessa käsitellään muutamaan otteeseen sijoituspalvelujen tarjoajan henkilöstön myyntitavoitteita ja eturistiriitoja. Salon tekstistä saa sen kuvan, että myyntitavoitteet ovat ristiriidassa asiakkaan edun kanssa ja että tästä syntyy henkilökunnalle eettisluonteisia ongelmia (s. 290). Tältä osin Salo mainitsee tilanteen kuitenkin muuttuvan MiFID II -sääntelyn myötä (s. 99 ja s. 290), kun uusi sääntely kieltää asiakkaiden edun vastaiset myyntitavoitteet.

Asia ei kuitenkaan ole nykytilan osalta näin yksiselitteinen. Ensinnäkin on huomattava, että sijoituspalveluyrityksen henkilökunnalle asetettavat myyntitavoitteet eivät suinkaan välttämättä ole ristiriidassa asiakkaan edun kanssa. Sijoitusasioita tuntemattomalle asiakkaalle, joka ei muuten aloittaisi sijoitustoimintaa, voi olla erittäin suuri taloudellinen hyöty siitä, että sijoitusneuvoja perehdyttää hänet aihepiiriin ja tarjoaa asiakkaalle sopivaa sijoitustuotetta.¹⁰ Ilman henkilöstölle asetettavia tavoitteita ja niihin liittyvää palkitsemista tällainen neuvonta voisi jäädä tekemättä.

Toiseksi on selvää, ettei nykyinenkään sääntely salli sitä, että sijoituspalveluyritys asettaisi henkilöstölleen myyntitavoitteita, jotka olisivat asiakkaiden edun vastaisia. Velvollisuudesta toimia asiakkaan edun mukaan säädetään ensinnäkin sijoituspalvelulain 10:2:ssä. Sijoituspalvelulain 7:10:n mukaan sijoituspalveluyrityksen on myös toteutettava kohtuulliset toimet eturistiriitojen tunnistamiseksi ja ehkäisemiseksi. Näitä velvoitteita on täsmennetty Finanssivalvonnan standar-

10. Tähän näkökohtaan Salokin ilmeisesti viittaa s. 67.

din 1.3 jaksossa 5.9.2. Henkilökunnan palkitsemisesta puolestaan on säädetty luottolaitoslain (610/2014) 8 luvussa.¹¹ Asiakkaan edun vastaiset myyntitavoitteet altistaisivat sijoituspalvelujen tarjoajan myös operatiivisille riskeille.

Tästä kaikesta sääntelystä seuraa se, että jos sijoituspalveluyrityksen myyntitavoitteet on laadittu asianmukaisiksi, henkilöstö ei joudu eettiseen pohdintaan asiakkaan edun vastaisten myyntitavoitteiden takia. Käytännössä myyntitavoitteiden asettaminen onkin usein tehtävä niin, että samalla varmistutaan erityisjärjestelyin siitä, että neuvonnan lähtökohta on asiakkaan etu, jota myynnillisyyksi ei saa vaarantaa. Tämä on myös liiketaloudellisesti järkevää pitkän aikavälin asiakastyytyväisyyden ja kannattavuuden kannalta.

Vaikka Salon teoksesta saa tältä osin nykyisin vallitsevan oikeustilan suhteen sen virheellisen kuvan, että sääntely sallisi nykyään asiakkaan edun vastaiset myyntitavoitteet, on kuitenkin myönteistä, että aiheetta on käsitelty tutkimuksessa. Kysymys asiakkaan edusta on tärkeä ja ansaitsee huomiota. Eturistiriitoja koskevat kysymykset ovat kiinnostavia myös yleisemmän velvoiteoikeuden kannalta.

5.4. PRIPS-asetus

Teoksessa mainitaan monin paikoin paketoituja sijoitustuotteita koskeva ns. PRIPS-asetus ((EU) N:o 1286/2014). Kyse on EU-asetuksesta, jolla on tarkoitus harmonisoida tiettyjä sijoitustuotteita koskevia tiedonantovelvoitteita niin, että sijoittajat saisivat vertailukelpoista tietoa helpossa muodossa ja sääntely olisi mahdollisimman neutraalia eri sijoitustuotteiden välillä. Velvollisuus laatia PRIPS-asetuksen mukainen tiedonantoesite koskee muun muassa sijoitusrahas-to-osuuksien ja sijoitussidonnaisten henkivakuutuksien tarjoamista.

Salon kirjassa kerrotaan PRIPS-asetuksen soveltamisen alkavan vuoden 2016 lopussa (s. 135). Näin ei kuitenkaan ole, koska asetuksen soveltaminen alkaa näillä näkymin vasta 1.1.2018. Vuoteen 2016 ajoittuvien sekavien EU-oikeudellisten lainsäädäntövaiheiden myötä asetuksen voimaantulo jouduttiin lopulta lykkäämään vuoden 2018 alkuun. Saloa ei kuitenkaan ole kritisoiminen siitä, että hänen kirjassaan on PRIPS-asetuksesta väärä voimaantulotieto, koska voimaantulon lykkäys selvisi vasta syksyllä 2016. Salo ilmoittaa kirjan esipuheessa, että kirjassa on otettu huomioon vuoden 2016 elokuun loppuun mennessä ilmestynyt sääntely. Kirjaan jäänyt harmillinen disinformaatio on hyvä osoitus siitä, kuinka vaikeaa finanssialan sääntelyn tutkiminen valtavan ja nopeasti muuttuvan regulaation takia on.

11. Luottolaitoslain 8 luku koskee tietyn rajoituksin myös muita kuin luottolaitosmuotoisia sijoituspalveluyrityksiä. Ks. sijoituspalvelulain 7:8.

6. Lopuksi

Salon teos sijoitusneuvoista ja -suosituksista koskee käytännössä tärkeää aihepiiriä ja on hyvin ajankohtainen. Teoksessa on omaksuttu sängen kunnianhimoisia ja vaativia metodologisia lähtökohtia, ja se koskee hyvin suurta sääntelykokonaisuutta. Tällöin käy helposti niin, että teos ei muodostu tutkimukselliselta kannalta kovin syvälliseksi. Tutkimuksellisesti Salon teoksen ansiot eivät niinkään liity syvällisen uuden tiedon tuottamiseen vaan uuteen tapaan tarkastella eri sääntelylohkoille sijoittuvia läheisilmiöitä, sijoitusneuvontaa ja sijoitussuosituksia. Myös sijoittajan päätöksentekoa koskeva luku on tutkimuksellisesti kiinnostava. Melko suppeana se jättää samalla vielä paljon sijaa tulevalle *behavioral finance* -tyyppiselle sijoituspalveluja koskevalle tutkimukselle.

Salon teoksella on kuitenkin myös tiettyjä käytännön ansioita. Teos on tapainoinen ja tiivis yleisesitys sijoitusneuvonnan ja sijoitussuosituksien sääntelystä. Teoksen avulla ammattilukija löytää helpommin näihin tilanteisiin soveltuvat viralliset normit. Lisäksi kirjaan sisältyvät hyvät kaaviot helpottavat sääntelykokonaisuuksien hahmottamista.

Sakari Wuolijoki

Toimitukselle saapunutta kirjallisuutta

- Ervasti, Kaijus: Lakimies, oikeus, yhteiskunta – Oikeus yhteiskunnallisena käytäntönä. Edita Publishing 2017. 374 sivua.
- Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu: Ihmisoikeudet. Käsikirja EIT:n oikeuskäytännön. 2., uud. painos. Alma Talent 2017. XLIII + 1574 sivua.
- Keskitalo, Petri: Käytetyn asunnon kauppa. 4., uud. painos. Edita Publishing 2017. XXIV + 429 sivua.
- Mäenpää, Olli: Yleinen hallinto-oikeus. Alma Talent 2017. XVIII + 466 sivua.
- Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna – Karvonen-Kälkjä, Anja: Vanhuusoikeuden perusteet. Alma Talent 2017. XVII + 343 sivua.
- Paloranta, Paula (toim.): Keskuskauppakamarin liiketapalautakunta 80 vuotta. Alma Talent 2017. 617 sivua.
- Penttinen, Sirja-Leena – Talus, Kim: Avaimet EU-oikeuteen. Edita Publishing 2017. XIV + 266 sivua.
- Pesonen, Pirkko: Viestinnän lait. Edita Publishing 2017. XII + 347 sivua.
- Raitio, Juha: Oikeusvaltion ääriviivat. Alma Talent 2017. XV + 169 sivua.

- Hyttinen, Tatu*, OTT, VTM, VT, tutkijatohtori, Turun yliopisto,
tatu.hyttinen@utu.fi
- Kimpimäki, Minna*, OTT, rikosoikeuden professori, Lapin yliopisto,
minna.kimpimaki@ulapland.fi
- Majlander, Sini*, OTM, Legal Counsel, Fondia Oyj
- Niemi, Johanna*, OTT, prosessioikeuden professori, akatemiaprofessori, Turun
yliopisto, johanna.niemi@utu.fi
- Ojala, Timo*, OTL, hovioikeudenneuvos, UOL:n puheenjohtaja,
timo.j.ojala@oikeus.fi
- Sedbom, Sakari*, OTM, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto,
sakari.sedbom@helsinki.fi
- Tapani, Jussi*, OTT, rikosoikeuden professori, Turun yliopisto,
jussi.tapani@utu.fi
- Tissier, Michel*, FT, historian laitos, Rennesin yliopisto (Rennes 2), Ranska
- Vainio, Niklas*, OTM, FM, tohtorikoulutettava, Turun yliopisto,
niklas.vainio@utu.fi
- Wuolijoki, Sakari*, OTT, Professor of Practice, Aalto-yliopiston kauppakorkea-
koulu; riskienhallintajohtaja, Nordea, sakari.wuolijoki@aalto.fi