











# LAKIMIES 7–8/2021

## SISÄLLYS

Lukijalle (*Sakari Melander*) 1112

### Artikkeleita

- Halonen, Kirsi-Maria*: Näkökulmia julkisten hankintojen tehokkuuteen 1113 
- Knuutinen, Reijo*: Veron kiertäminen tutkimuskohteena – tutkimuksen näkökulmia, menetelmiä ja suuntauksia koskeva oikeusvertaileva tarkastelu 1136 
- Korkka-Knuts, Heli*: Yrityskulttuuri ja yhtiön rikosoikeudellinen vastuu 1165 
- Leino-Sandberg, Päivi*: Unionin oikeuden harmailla alueilla – pohdintaa fiskaalisen integraation oikeudellisista rajoista 1187 
- Norros, Olli*: Ylisuuri lasku ja reklamaatiovelvollisuus 1218 
- Piippo, Jenna*: Itsepesukriminalisoinnin suhde myötärangaistuja tekoja koskevaan oppiin 1242 
- Päläs, Jenna – Hovila, Ilari – Hakkarainen, Maria*: Jakamistalous kaavoituksen ja asuintilojen käyttötarkoitussarvioinnin häirikönä – taltuttaako epätyypillisuusoppi häirikön? 1269 
- Ukkola, Markus*: Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus 4D 1291 
- Urpilainen, Matti*: Kansainvälinen vero-oikeus murroksessa: sääntelyalan modernisoitumisen askelmerkkejä 1312 
- Wuolijoki, Sakari*: Negatiivinen korko ja velvoiteoikeus 1333 

### Katsauksia ja pienempiä kirjoituksia

- Wilhelmsson, Thomas*: Aikalaisdiagnoosina kokeellisuus 1354
- Jaakkola, Jussi*: Verojärjestelmien kansainvälinen keskinäisriippuvuus ja oikeuden kommodifikaatio 1361
- Kuusiniemi, Kari*: Ylimpien tuomioistuinten asema ja prejudikaatit oikeusyhteisössä 1366
- Husa, Jaakko*: Lainkäyttö ja oikeudenmukaisuus Aulis Aarnion historiallisessa romaanissa 1375
- Kaisanlahti, Timo*: ESG-perusteinen yritysinformaatio – Tuoreen komissioehdotuksen mukaiset velvoitteet ja vastuu raportointivirheestä 1385

### Oikeuskäytäntöä

- Ulkomaalaisasiassa esitetyn asiakirjaselvityksen näytönarviointi – tarkastelussa EIT:n tapaus N.A. v. Suomi (*Klaus Järvinen*) 1403

## Kirjallisuutta

- Chen, Albert HY: An Introduction to the Chinese Legal System  
(*Päivi Hutukka*) 1413
- Kolehmainen, Antti – Rabinä, Timo Jäämistösuunnittelu I ja II.  
(*Tapari Lohi*) 1416
- Phelan, William: Great Judgments of the European Court of Justice:  
Rethinking the Landmark Decisions of the Foundational Period  
(*Pekka Pohjankoski*) 1425

## Ajankohtaista

- Vuoden 2021 palkinnot ja apurahat 1429
- Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön myöntämät apurahat 2020 1434

Tämän numeron kirjoittajat 1436

Lakimies 2020: Sisältö I–XIV

## Contents

*Halonen, Kirsi-Maria*: Perspectives on the effectiveness of public procurement; *Knuutinen, Reijo*: Tax avoidance as a research topic – Approaches, methods, and research lines in a comparative perspective; *Korkka-Knuts, Heli*: Corporate culture vis-à-vis corporate criminal liability; *Leino-Sandberg, Päivi*: In the grey zone of EU law – Some remarks on the legal limits of fiscal integration; *Norros, Olli*: Overinvoicing and the customer’s duty to give notice; *Piiippo, Jenna*: Criminalisation of self-laundering in relation to the concurrence doctrine; *Päläs, Jenna – Hovila, Ilari – Hakkarainen, Maria*: The sharing economy and permitted housing usage; *Ukkola, Markus*: Conformity between the tender and the procurement documents in 4D; *Urpilainen, Matti*: International tax law at a crossroads: Pathways to modernization; *Wuolijoki, Sakari*: Negative interest rates and contract law; *Wilhelmsson, Thomas*: Experimentality as contemporary diagnosis; *Jaakkola, Jussi*: International interdependence of tax systems and the commodification of justice; *Kuusiniemi, Kari*: Status of the Supreme Courts and of precedents in the legal community; *Husa, Jaakko*: Adjudication and justice in Aulis Aarnio’s fictional work; *Kaisanlahti, Timo*: Corporate ESG information – obligations under the European Commission’s recent proposal and liability for misinformation; *Legal Cases; Literature; Current Issues*

## Inhalt

*Halonen, Kirsi-Maria*: Perspektiven zur Effektivität öffentlicher Beschaffungen; *Knuutinen, Reijo*: Steuerumgehung als Forschungsgegenstand – eine rechtsvergleichende Betrachtung über die Perspektiven, Methoden und Richtungen der Forschung; *Korkka-Knuts, Heli*: Unternehmenskultur und die strafrechtliche

Haftung einer Firma; *Leino-Sandberg, Päivi*: In der Grauzone des Unionsrechts – Erörterung der rechtlichen Grenzen fiskaler Integration; *Norros, Olli*: Übergroße Rechnung und Reklamationspflicht; *Piippo, Jenna*: Die Kriminalisierung von Selbstwäsche im Verhältnis zur Doktrin mitbestrafter Taten; *Päläs, Jenna – Hovila, Ilari – Hakkarainen, Maria*: Sharing Economy als Störenfried von Planung und Verwendungszwecksbewertungen von Wohnräumen – zügelt die Lehre von der Atypischkeit den Störenfried?; *Ukkola, Markus*: Blickwinkel zur Entsprechung des Angebots mit der Angebotsausschreibung; *Urpilainen, Matti*: Internationales Steuerrecht im Umbruch: Schrittzeichen der Modernisierung des Regelungsbereiches; *Wuolijoki, Sakari*: Negativer Zins und das Obligationsrecht; *Wilhelmsson, Thomas*: Experimentalismus als zeitgenössische Diagnose; *Jaakkola, Jussi*: Die internationale gegenseitige Abhängigkeit von Steuersystemen und die Kommodifizierung des Rechts; *Kuusiniemi, Kari*: Die Rolle der obersten Gerichte und Präjudikate in der Rechtsgemeinschaft; *Husa, Jaakko*: Rechtsprechung und Gerechtigkeit in Aulis Aarnios historischem Roman; *Kaisanlahti, Timo*: Auf ESG gründende Unternehmensinformation – Obligationen gemäß des kürzlichen Kommissionsvorschlages und Verantwortung für Berichtfehler; *Rechtsprechung; Literatur; Aktuelle Nachrichten*

Lakimies-lehden vuoden viimeisin numero on perinteiseen tapaan teemanumero. Vuonna 2021 teemanumeron aiheena on *oikeus ja talous*. Kuten useissa muissakin Lakimies-lehden teemanumeroissa, teema on tässä teemanumerossa määritelty tarkoituksellisesti laajasti. Teeman laaja määrittely näkyy julkaistuissa referee-artikkeleissa ja lyhyemmissä kirjoituksissa. Julkaistuissa referee-artikkeleissa käsitellään julkisia hankintoja, vero-oikeutta, talousrikosoikeutta, EU:n fiskaalista integraatiota ja velvoiteoikeutta koskevia teemoja. Lisäksi teemanumeron kirjoituksiin kuuluu lyhyemmissä kirjoituksissa julkaistu ESG-informaatiota (environmental, social, governance) käsittelevä kirjoitus.

Teemanumero sisältää 10 oikeus ja talous -teemaa käsittelevää referee-artikkelia sekä yhden lyhyemmän kirjoituksen.

Suomalainen Lakimiesyhdistys palkitsee vuosittain pidettävässä päätöspah-tumassaan Oikeuskulttuurin päivässä parhaat Lakimies-lehdessä tietyn vuoden aikana julkaistut kirjoitukset. Vuosittain jaetaan parhaan Lakimies-lehdessä julkaistun kirjoituksen palkinto ja nuorten kirjoittajien palkinto. Molemmat palkinnot kohdistuvat lehdessä julkaistuihin referee-artikkeleihin. Nuoren kirjoittajan palkinto jaetaan ei-väitellelle kirjoittajalle. Palkittavat kirjoitukset on tänäkin vuonna valinnut vuosittain vaihtuva raati, johon kuuluvat jäsenet korkeimmasta oikeudesta, korkeimmasta hallinto-oikeudesta sekä jostakin maamme oikeustieteellisestä tiedekunnasta.

Tänä vuonna parhaana Lakimies-lehdessä vuonna 2020 julkaistuna kirjoituksena palkittiin *Jaakko Husan* Lakimies-lehden numerossa 7–8/2020 julkaistu artikkeli Tuomioistuinratkaisut oikeuslähteenä – oikeuslähdeoppi ja oikeusyh-teisön kulttuurinen identiteetti. Parhaana nuoren kirjoittajan kirjoituksena taas palkittiin Lakimies-lehden numerossa 3–4/2020 julkaistu *Minni Leskisen* artikkeliksi Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus? – Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa. Onnittelut palkituille.

*Sakari Melander*

Kirsi-Maria Halonen



Lakimies  
7–8/2021  
s. 1113–1135

## Näkökulmia julkisten hankintojen tehokkuudesta

**HAKUSANAT:** julkiset hankinnat, oikeustaloustiede, kustannustehokkuus, hallinnollinen taakka, hankintalaki, kilpailu, vihreät hankinnat

### 1. Oikeustaloustiede ja julkiset hankinnat

Julkisille hankinnoille asetetaan runsaasti erilaisia tavoitteita. Hankintojen ensisijaisena tavoitteena on kuitenkin tuottaa hankintayksikön käyttöön sellainen tavara, palvelu tai rakennusurakka, jota hankintayksikkö tarvitsee. Hankinnat pyritään toteuttamaan niin, että lopputulokseksi saadaan laadullisesti hankintayksiköiden tarpeet tyydyttävä ratkaisu *käyttäen julkisia varoja mahdollisimman tehokkaasti (best value for money)*. Tämä ei tarkoita halvimman vaihtoehdon ostoa, vaan laadun ja julkisten varojen käytön optimointia.<sup>1</sup> Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, hankintalaki) mukaan läpinäkyvän ja tehokkaan julkisten varojen käytön ja laadukkaiden palveluiden lisäksi hankinnoilla pyritään edistämään kilpailua, torjumaan ilmastonmuutosta, edistämään sosiaalista kestävyyttä, yritysten vastuullisuutta, innovaatiotoimintaa, pk-yritysten osallistumismahdollisuuksia ja minimoimaan hallinnollisia kustannuksia.<sup>2</sup> Samoja moninaisia tavoitteita korostetaan myös hankintadirektiivissä 2014/24/EU. Sen mukaan hankintasääntelyllä on tärkeä tehtävä yhtenä markkinapohjaisista ohjauskeinoista, joiden avulla voidaan saada aikaan älykästä, kestäväää ja osallistavaa kasvua ja varmistaa samalla julkisten varojen mahdollisimman tehokas käyttö.<sup>3</sup> On kuitenkin selvää, ettei monitavoitteisessa toimintaympäristössä voida edistää kaikkia tavoitteita samanaikaisesti. Talous- ja yhteiskuntatieteiden parissa tutun *Tinbergen* säännön mukaan jokaiselle tavoit-

\* Kirsi-Maria Halonen, OTT, professori, Lapin yliopisto. ORCID 0000-0002-5947-6180. Tämä julkaisu on osa Suomen Akatemian rahoittamaa talous- ja oikeustieteen tutkimushanketta Comp\_Eff\_PP – Kilpailun ja tehokkuuden edistäminen julkisissa hankinnoissa, päätös: 340044.

1. Nicola Dimitri, ”Best value for money” in procurement. *Journal of Public Procurement* (13) 2013, s. 149–175, 150.
2. Sääntelyn tavoitteista on säädetty hankintalain 2 §:ssä. Lain esityöt osoittavat hyvin julkisten hankintojen monet ja osittain hyvin ristiriitaisetkin tavoitteet, ks. hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi 108/2016 vp.
3. Direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta, EUVL L 94, 28.3.2014, s. 65–242, johdanto (2).

teelle tulisi olla oma ohjauskeinonsa ja useaan tavoitteeseen pyrkiminen samalla ohjauskeinolla heikentää kunkin tavoitteen toteutumista.<sup>4</sup>

Julkiset hankinnat toimivat tehokkaasti, kun ne pystyvät houkuttelemaan riittävästi kilpailua, hyödyntämään markkinaolosuhteita ja siten saamaan parhaan mahdollisen hinnan ja laadun julkisen sektorin tarpeisiin. Hankintojen osalta tehokkuudesta puhutaan paljon. Tämä on ymmärrettävää kontekstissa, jossa julkinen sektori käyttää veronmaksajien rahoja julkisten palveluiden toteuttamiseen. Tehokkuutta korostetaan myös hankintalain esitöissä, jossa todetaan, että taloudellisesti järjestetyssä hankinnassa tarjouskilpailu toteutetaan hankintaan ja sen tavoitteisiin nähden mahdollisimman tehokkaasti siten, että hankintamennettelyn tuloksena aikaansaadaan säästöjä julkiselle taloudelle.<sup>5</sup>

Artikkelissa julkisten hankintojen järjestelmää tarkastellaan oikeudellisesta ja taloudellisesta näkökulmasta käyttäen *Kaldor–Hicks*-tehokkuusstandardia, jolla pyritään hyvinvoinnin resurssien taloudelliseen maksimointiin.<sup>6</sup> *Kaldor–Hicks*-tehokkuus pohjautuu ajatukselle siitä, että sääntöjen ja oikeudellisten käytäntöjen seurauksena syntyy aina voittajia ja häviäjiä.<sup>7</sup> Häviäjistä huolimatta sääntelyä voidaan pitää kustannustehokkaana, jos sen positiiviset vaikutukset ovat suuremmat ja riittävät ”kompensoidaan” negatiiviset vaikutukset – siinäkin tapauksessa, että kompensatio ei välttämättä realisoituisi. Tätä hyvinvoinnin lisääntymistä mitataan yli ajan. *Little* kritisoikin mallia vuonna 1950 julkaistussa teoksessaan muun muassa siitä, että hyvinvointivaikutusten arvottaminen on vaikeaa, koska vaikutukset eivät ole välittömiä ja käsityksemme hyvinvoinnista muuttuu ajan kuluessa. *Littlen* pääkritiikki *Kaldor–Hicks*-standardin osalta liittyi kuitenkin siihen, ettei mallissa oteta huomioon hyvinvoinnin (joskus hyvinkin

4. Tinbergen säännön mukaan ohjauskeinoja tulisi olla yhtä monta kuin tavoitteita ja kullakin ohjauskeinolla tulisi pyrkiä vain yhden tavoitteen saavuttamiseen, ks. Jan Tinbergen, *On the Theory of Economic Policy*. North Holland Publishing Company 1952. <https://repub.eur.nl/pub/15884/> ja Sofia Lundberg – Per-Olov Marklund, *Green Public Procurement and Multiple Environmental Objectives*. *Economia e Politica Industriale* (45) 2018, s. 37–56.

5. HE 108/2016 vp, s. 71.

6. *Kaldor–Hicks*-tehokkuusstandardi tunnetaan myös nimellä *cost-benefit analysis*. Standardi kehittyi 1930-luvulla käydyin usean taloustieteilijän välisen keskustelun lopputuloksena, kun *Hicks* vuonna 1939 julkaisi esseensä *The Foundations of Welfare Economics*, *Economic Journal*, December 49, s. 696–712, missä hän muodosti synteessin aiemmin *Harold Hotellingin* vuonna 1938 ja *Nicholas Kaldorin* vuonna 1939 julkaisemista teorioista. Hyvinvoinnin maksimointistandardin kehityksestä ks. Joseph Persky, *Cost-Benefit Analysis and the Classical Creed*. *The Journal of Economic Perspectives* (15) 2001, s. 199–208.

7. *Kaldor–Hicks*-standardia on käytetty muun muassa seuraavissa oikeustaloustieteen tutkimuksissa Jules L. Coleman, *The Economic Analysis of Law. Ethics, Economics, and the Law* (24) 1982, s. 83–103; John D. Graham, *Saving Lives through Administrative Law and Economics*. *University of Pennsylvania Law Review* (157) 2008, s. 395–540; Jeanne L. Schroeder, *The End of the Market: A Psychoanalysis of Law and Economics*. *Harvard Law Review* (112) 1998, s. 483–558.

epätasaiseen) jakautumiseen liittyviä ongelmia.<sup>8</sup> Toisaalta myös erilaisten hyvinvointimuuttujien arvottaminen on vaikeaa ja siksi muuttujien osalta kulloinkin valitulla suuruusluokalla on merkittävä vaikutus toimenpidesuosituksen valintaan.<sup>9</sup> Kriitikistään huolimatta Kaldor–Hicks-standardi soveltuu hankintalainsäädännön tarkasteluun hyvin, koska standardi mahdollistaa sääntelystä kokonaisuhyvinvoinnin eli useille eri tahoille aiheutuvien seurausten samanaikaisen arvioinnin.

Kustannustehokkuuden lisäksi tässä artikkelissa kiinnitetään huomiota *hallinnollisten kustannusten minimointitavoitteeseen*, joka vaikuttaa julkisten varojen tehokkaan käytön vaatimuksen ja siten myös julkisten hankintojen sääntelyn taustalla. Hankintalain tavoitteita koskevissa esitöissä nimenomaisesti korostetaan hallinnollisen taakan minimointitavoitetta toteamalla, että ”[hankintalain 2.2 §:n] – – tarkoituksena on korostaa hankintojen toteuttamisen julkiselle taloudelle aiheuttamia hallinnollisia kustannuksia ja niiden minimointia, hankintojen kestävyyttä sekä niiden vaikutuksia pieniin ja keskisuuriin yrityksiin ja yhteisöihin” [kursiivi lisätty].<sup>10</sup> Hallinnollisen taakan ja hallinnollisten kustannusten minimointiin viitataan myös useiden yksittäisten säädösten perusteluiden yhteydessä.<sup>11</sup>

Jo yli 100 vuotta sitten *Holmes* totesi, että “the man of the future is the man of statistics and the master of economics.”<sup>12</sup> Olisi naiivia olettaa, että voisimme saavuttaa jotain ilman, että samanaikaisesti luovumme jostain muusta. Oikeudelliset säännöt ovat valintoja, joilla edistetään tiettyjä tavoitteita ja näiden vaikuttavuusarviot ovat kiinteä osa kaikkia lainsäädäntöuudistuksia. Julkisten hankintojen arvo on valtava. EU:n alueella niiden arvo on noin 2 triljoonaa euroa ja kussakin EU- ja EEA-valtiossa ne muodostavat noin 11–20 prosenttia bruttokansantuotteesta.<sup>13</sup> Tästä huolimatta julkisia hankintoja koskevissa lain-

8. Ian Little, *A Critique of Welfare Economics*, 1950 Oxford, s. 276.

9. Tibor Scitovsky, *A Note on Welfare Propositions in Economics*, *Review of Economic Studies*, 1941, 8:1, s. 77–88.

10. HE 108/2016 vp, s. 71.

11. Ks. HE 108/2016 vp. Näin on esimerkiksi julkisuuslain velvoitteiden noudattamisen osalta (s. 16), siirtymä paperista sähköisiin tarjouskilpailuihin (s. 16), kansallisten sääntöjen joustavoittamistarpeen osalta (s. 20), koko sääntelyn osalta (s. 49–51), kynnysarvojen nostamisen osalta (s. 51 ja 114), hankintalain tavoitteiden osalta (s. 71), sidosyksikkösääntelyn osalta (s. 104), ESPD:n osalta (s. 193) ja hankintapäätöksen perustelemisen osalta (s. 221).

12. Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*. *Harvard Law Review* (10) 1897, s. 457–478, 469.

13. European Commission, *Public Procurement Indicators 2017* (2019), <https://ec.europa.eu/docs-room/documents/38003>. Hiljattain julkaistun tutkimuksen mukaan julkisen sektorin ostojen arvo Suomessa oli vuonna 2018 47 miljardia euroa. Luku sisältää myös ns. julkisen sektorin sisäiset ostot, mutta yrityksiltä eli kilpailuilta markkinoilta tehtiin ostoja 31 miljardin edestä. Hankintalain soveltamisalaan kuuluvia kynnysarvot ylittäviä hankintoja tehtiin vuonna 2018 15 miljardin euron edestä, ks. Maria Merisalo – Mika Naumanen – Janne Huovari – Salla Eskola – Mia Toivanen – Peetu Keskinen – Arash Hajikhani – Juha Oksanen – Salla Rausmaa, *Julkiset hankinnat: kokonaisvolyyymi ja datan hyödyntäminen*. VN TEAS 2021:46, <https://>

säädäntöuudistuksissa viitataan harvoin tilastoihin tai tutkimukseen hankintasääntöjen mahdollisista taloudellisista vaikutuksista, vaikka tietotaito ja tutkimusnäiden osalta on jatkuvasti kasvussa.

Oikeustaloustiede on oikeuden taloustieteellistä tutkimusta ja se perustuu olettamalle, että lainsäädännöllä ja juridisilla käytännöllä on vaikutusta yhteiskuntaan ja sen taloudellisiin toimintoihin. Säännöt ohjaavat viranomaisten, yritysten ja kuluttajien käyttäytymistä ja valintoja.<sup>14</sup> Holmesin mukaan meidän tulee olla tietoisia valintojemme vaikutuksista, jotta tiedämme, mitä valitsemme, kun teemme päätöksiä eri vaihtoehtojen välillä.<sup>15</sup> Julkisten hankintojen sääntely voidaan nähdään välineenä yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseen ja siksi ymmärrys sen suhteesta ja vaikutuksista ympäröivään yhteiskuntaan on välttämätöntä.<sup>16</sup> Tarkasteltaessa oikeutta sen taloudellisten vaikutusten kautta kiinnostus kohdistuu oikeuden tehokkuuteen kahdella eri tasolla: sen kykyyn täyttää yksilöiden taloudellisia toiveita ja tavoitteita ja toisaalta sen kykyyn tuottaa parasta mahdollista hyvinvointia yhteiskunnassa.<sup>17</sup> Kuten *Coase* esitti jo 1960-luvulla, oikeuden tarkastelu sen taloudellisten vaikutusten näkökulmasta on välttämätöntä silloin, kun sääntelyn kohteena oleva toimintaympäristö perustuu markkinoihin ja on siksi riippuvainen markkinatoimijoiden taloudellisista kannustimista.<sup>18</sup> Tästä on nimenomaan kyse julkisten hankintojen osalta ja siksi oikeustaloustiede soveltuu hyvin hankintasääntelyn tarkasteluun. Julkisten hankintojen sääntely perustuu toimivien markkinoiden oletukselle ja hankinnoille asetettujen tavoitteiden tehokkuus on riippuvainen järjestelmän kyvystä houkuttella riittävästi kilpailua.<sup>19</sup> Jos yrityksillä ei ole kannustimia julkisiin hankintoihin tarjoamiseen, järjestelmän tavoitteet jäävät saavuttamatta. Julkisten hankintojen kontekstissa oikeustaloustiedettä onkin käytetty eri teemojen tarkasteluun.

[julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/163212/VNTEAS\\_2021\\_46.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/163212/VNTEAS_2021_46.pdf?sequence=1&isAllowed=y) s. 135–136.

14. Nicholas Mercurio – Steven G. Medema: *Economics and the Law – from Posner to Post-modernism*. 2nd Ed. Princeton University Press 2006, s. 32–33.

15. Holmes 1897, s. 474.

16. Ks. oikeuden välineellisestä roolista esimerkiksi Richard A. Posner, *The Economic Approach to Law*. *Texas Law Review* (53) 1975, s. 757–782 ja Michael S. Green, *Legal Realism as Theory of Law*. *William and Mary Law Review* (46) 2005, s. 1915–2000, 1918, jossa kirjoittaja kuvaa realistien näkemyksiä oikeudesta. Siinä oikeus nähdään instrumentaalisenä ja lainsäätäjän eräänlaisena ennustajana ja oppaana tulevalle toivotulle käyttäytymiselle.

17. Mercurio – Medema 2006, s. 21.

18. Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics* (2) 1960, s. 19–44, missä Coase pohtii asiaa tuomioistuimen näkökulmasta: ”[i]t would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account, when making their decisions”.

19. Albert Sanchez-Graells, *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?* *European Public Law* (22) 2016, s. 377–394, 391.



Aiemmat tutkimukset ovat liittyneet hankintasääntelyn noudattamiseen,<sup>20</sup> sen rooliin dynaamisen kilpailun mahdollisesti vääristävänä instrumenttina<sup>21</sup> ja korrupktion vastaisessa taistelussa<sup>22</sup>, hankintasääntelyn ja vihreiden hankintojen tehokkuuden arviointiin<sup>23</sup> ja COVID:n vaikutuksiin julkisissa hankinnoissa<sup>24</sup>.

Oikeustaloustieteellä on kuitenkin omat rajoitteensa. Sitä voidaan kritisoida liiallisesta keskittymisestä kustannuksiin ja siitä, ettei sen oletukset rationaalisista taloudellisista toimijoista heijastele ympäröivää todellisuutta.<sup>25</sup> Kansantalouden tasolla kritiikkiä on esitetty myös siitä, ettei perinteinen oikeustaloustiede kykene ratkaisemaan kysymyksiä resurssien oikeudenmukaisen allokoinnin ja hyvinvoinnin jakautumisen osalta.<sup>26</sup> Moraaliset tai yhteiskunnalliset näkökohdat kuten tehokkaan oikeusturvan vaatimus tai ilmastonmuutoksen torjuntaan liittyvät velvoitteet eivät ole tämän artikkelin keskiössä, mutta ne toimivat eräänlaisena tavoitetasona, jota vasten hankintasääntelyllä saavutettavaa hyvinvointia peilataan. Sääntelyn ja oikeudellisten rakenteiden kustannustehokkuuden arvioinnilla on sen rajoitteista huolimatta paikkansa: oikeustaloustiede voi paljastaa tehotomia käytäntöjä ja luoda uusia tutkimustuloksia resurssien, kuten julkisten varojen tehokkaamman jakamisen osalta.

Tämän artikkelin tavoitteena on tarkastella taloudellisten tehokkuusargumenttien roolia julkisia hankintoja koskevan sääntelyn taustalla. Taloudellisia jännitteitä ja kustannustehokkuutta julkisissa hankinnoissa tutkitaan kolmen eri esimerkin kautta: 1) kilpailun tehokkuuden; 2) muutoksenhakujärjestelmän

20. Pedro Telles – Grith Skovgaard Ølykke, Sustainable Procurement: A Compliance Perspective of EU Public Procurement Law. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (23) 2017, s. 39–252.
21. Albert Sanchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2nd Ed. Hart 2015.
22. Nurbek A. Katayev – Sarkytbek S. Moldabae – Bakhytbek A. Begaliyev – Anna Aleksandrovna Aubakirova – Yernar N. Begaliyev, The Essence and Principles of Combating Corruption in the Field of Public Procurement. *Journal of Advanced Research in Law and Economics* (9) 2018, s. 2631–2637.
23. Hankintasääntelyn tehokkuudesta yleisellä tasolla Stefan Weishaar, China's Public Procurement Regime – Comparative and Theoretic insights. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (17) 2010, s. 406–441. Vihreiden hankintojen tehokkuudesta ks. Emelie Eriksson, Green Public Procurement as a Policy Instrument Study From a Law and Economics Perspective on the Efficiency of Using Green Public Procurement to Achieve Sustainable Development the EU Access to Justice For NGOs in the EU Post the Aarhus Convention. *Eastern and Central European Journal on Environmental Law* (18) 2014, s. 67–126 ja Kirsi-Maria Halonen, Is public procurement fit for reaching sustainability goals? A law and economics approach the green public procurement. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (28) 2021, s. 535–555.
24. Desiree U. Klingler, Government Purchasing During COVID-19 and Recessions: How Expansinary Legal Policies Can Stimulate the Economy. *Public Contract Law Journal* (50) 2020, s. 1–35.
25. Ks. esimerkiksi Robert C. Ellickson, Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review* (65)1989, s. 23–56.
26. Ks. esimerkiksi Little 1950, s. 276 ja Douglas A. Kysar, Sustainability, Distribution, and the Macroeconomic Analysis of Law. *Boston College Law Review* (43) 2001, s. 1–72, 65–67.

tehokkuuden; ja 3) vihreiden hankintojen tehokkuuden näkökulmasta. Valitut esimerkit havainnollistavat julkisten hankintojen järjestelmän ja sääntelyn vahvaa taloudellista kytkentää: sääntelyvaihtoehtoja arvioidaan pitkälti niiden taloudellisten seurausten näkökulmasta. Tämän artikkelin johtopäätöksenä on, että taloudellisilla tehokkuusargumenteilla on ollut laajalti merkitystä julkisissa hankinnoissa, mutta toistaiseksi hankintasääntelyllä ja -käytännöillä on paljolti pyritty hallinnollisten kustannusten minimointiin eikä niinkään hyvinvoinnin ja kokonaiskustannustehokkuuden maksimointiin, mitä voidaan pitää ongelmallisena julkisten hankintojen sääntelyn tavoitteiden ja julkisten varojen tehokkaan käytön näkökulmasta.

## 2. Taloudellinen tehokkuus julkisten hankintojen sääntelyn ja hankintakäytäntöjen taustalla

### 2.1. Kilpailun tehokkuus

EU-oikeuden piirissä julkiset hankinnat sijoittuvat sisämarkkinaoikeuteen eivätkä osaksi kilpailuoikeutta. Näin ollen julkisten hankintojen tehtäväksi ei ole perinteisesti nähty kilpailun edistämistä, vaan tavoitteet ovat keskittyneet julkisen päätöksenteon ja rahankäytön läpinäkyvyyteen ja rajat ylittävän kaupan esteiden poistamiseen hankintajärjestelmien harmonisoinnilla.<sup>27</sup> On kuitenkin selvää, ettei tarjouskilpailuihin perustuva järjestelmä voi toimia, ellei se hyödynnä markkinoilla olemassa olevia kilpailuolosuhteita ja houkuttele markkinatoimijoita tarjoamaan julkisen sektorin tarjouskilpailuihin. Koko julkisten hankintojen järjestelmä markkinaperusteisena ja markkinoista riippuvaisena systeeminä edellyttää toimivaa kilpailua.<sup>28</sup>

Kilpailun ylläpitämisen ja edistämisen merkitys on kasvanut julkisissa hankinnoissa viime vuosien aikana. Ennen vuotta 2014 kilpailuperiaatteesta ei nimellisesti säädetty direktiivien artikloissa, vaan tehokkaan kilpailun vaatimus ilmeni yksinomaan direktiivien tavoitekuvauksista.<sup>29</sup> Voimassa olevan hankintadirektiivin 2014/24/EU 18(1) artiklan mukaan ” – – [h]ankintaa suunniteltaessa ei saa pyrkiä sen jättämiseen tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle tai kil-

27. European Commission, White Paper Completing the Internal Market, COM(85) 310 final.

28. Ks. Sanchez-Graells 2015, s. 43 ss.

29. Ks. direktiivi 2004/18/EY, johdanto (9). Kilpailuperiaatteella tarkoitetaan vaatimusta siitä, että julkisissa hankinnoissa tulee menetellä niin, että hyödynnetään markkinoilla vallitseva kilpailu ja muutoinkin menetellään siten, ettei kilpailu keinotekoisesti esty tai rajoitu, ks. Sanchez-Graells 2015, s. 195 ss.

pailun keinotekoiseen kaventamiseen. Kilpailun katsotaan olevan keinotekoisesti kavennettua, jos hankinta suunnitellaan aikomuksena suosia aiheettomasti tiettyjä talouden toimijoita tai saattaa tietyt talouden toimijat epäedulliseen asemaan.” Kilpailun edistämisen tavoite näyttäytyy myös lukuisten muiden säännösten taustalla. Puitejärjestelyiden osalta todetaan, ettei puitejärjestelyjä saa käyttää väärin eikä siten, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy.<sup>30</sup> Direktiivi myös korostaa, että hankintojen vaatimusten asettamisessa tulisi kiinnittää huomiota siihen, etteivät tekniset eritelvät keinotekoisesti kavenna kilpailua suosimalla tiettyä talouden toimijaa.<sup>31</sup> Kilpailun edistämiseksi myös pk-yritysten osallistumismahdollisuuksia tulisi edistää muun muassa jakamalla suuria hankintoja osiin.<sup>32</sup>

Huolimatta näistä julkilausutuista kilpailun edistämistä tukevista tavoitteista, kilpailu ei toimi julkisissa hankinnoissa niin kuin pitäisi. Tarjouskilpailuihin ei kyetä houkuttelemaan riittävästi tarjoajia. Julkisten varojen tehokas käyttö julkisissa hankinnoissa on riippuvainen avoimesta kilpailusta. Tätä kilpailua ei tällä hetkellä ole tai se on menettämässä tehokkuuttaan. Vuosien 2006–2016 välillä vain yhden tarjoajan tarjouskilpailujen määrä kasvoi 17 prosentista 30 prosenttiin. Samaan aikaan tarjoajien lukumäärän keskiarvo putosi viidestä tarjoajasta kolmeen per tarjouskilpailu.<sup>33</sup> Kilpailun toimivuus on vaarantunut julkisissa hankinnoissa ympäri EU:ta.<sup>34</sup> Havainto on vahvistettu myös Suomessa ja Ruotsissa tehdyissä taloustieteen tutkimuksissa. Sekä Suomessa että Ruotsissa toteutetuissa tarjouskilpailuissa tarjoajien lukumäärän mediaani oli vain kaksi. Yli puolessa kilpailutuksista tarjouksia tuli 0–2.<sup>35</sup> Tilanne on todellisuudessa vielä näitäkin lukuja heikompi. Tarjoajien kesken vallitsee asymmetria eikä todellista kilpailua suurten yhtiöiden ja pk-yritysten välille pääse varsinaisesti syntymään.<sup>36</sup>

30. Direktiivi 2014/24/EU, johdanto (61).

31. Direktiivi 2014/24/EU, johdanto (74).

32. Direktiivi 2014/24/EU, johdanto (78).

33. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Making Public Procurement Work in and for Europe. Strasbourg, 3.10.2017. COM/2017/0572.

34. Ks. komission tilaama selvitys aiheesta Mihaly Fazekas, Single bidding and non-competitive tendering procedures in EU co-funded projects. European Union, 2019, [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/work/SingleBiding\\_2019.pdf](https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/work/SingleBiding_2019.pdf)

35. Suomen osalta ks. Jan Jääskeläinen – Janne Tukiainen, Anatomy of Public Procurement. VATT Working Papers 118, 2019, s. 15 ja Ruotsin osalta ks. Kirsi-Maria Halonen – Janne Tukiainen, Competition and Litigation in Swedish Public Procurement. Konkurrensverket 2020:1, s. 37–38. Ruotsin osalta tilanne on Suomen tilannetta todennäköisesti vielä heikompi, koska Ruotsin hankintadata ei erottele tarjousten määrää hankintaosakohtaisesti vaan laskee kaikki ko. tarjouskilpailuun saadut tarjouksen yhteen riippumatta siitä, kilpailevatko nämä samoista sopimusten osista (s. 12).

36. OECD, Competition in Public Procurement Markets, DAF/COMP/WP2(2017)1, 16.5.2017 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2017\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2017)1/en/pdf) s. 3 ja Jääskeläinen – Tukiainen 2019, s. 29–30.

Kilpailun tehokkuuden ja sisämarkkinoiden toimivuuden kannalta yksi olennaisista tekijöistä on rajat ylittävän kaupan tehokkuus. Hankintasääntelyn harmonisoinnin yksi pääasiallisista tavoitteista on alun perin ollut poistaa kaupan käynnin esteitä rajat ylittävistä hankinnoista. Tässä tehtävässä ei kuitenkaan ole hankintasääntelyn keinoin onnistuttu. EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa hankintayksikkö ja tarjoaja sijaitsivat eri maissa vain noin 2,4 prosentissa sopimuksista (4,1 prosentissa niiden arvon perusteella), mutta määrät vaihtelevat sektoreittain ja jäsenvaltioiden välillä.<sup>37</sup> Syitä vähäiseen rajat ylittävään kauppaan julkisissa hankinnoissa on monia, mutta suurimmat syyt liittyvät kielieroihin,<sup>38</sup> kotimaisten tarjoajien suosimiseen,<sup>39</sup> paikallisten verkostojen puuttumiseen<sup>40</sup> ja tietämättömyyteen vieraan maan lainsäädännöstä ja hallinnollisista prosesseista.<sup>41</sup>

Kilpailun tehokkuuden kannalta on olennaista hyödyntää jo olemassa olevat kilpailu- ja markkinaolosuhteet. Tähän pyritään myös hankintasääntelyllä. Tavoite on nimenomaisesti lausuttu sekä direktiivin että hankintalain tavoitteisissa.<sup>42</sup> Viime vuosina hankinnoissa on ollut vallalla hankintojen keskittämistrendi. Tämä on osaltaan seurausta hankintojen ammattimaistumisesta ja hankinta-asiantuntijoiden kasvavista osaamisvaatimuksista, mutta myös hallinnollisten kustannusten minimointitavoitteesta.<sup>43</sup> Yhteishankinnoissa volyyymi on suurempi ja hankintayksiköt hyötyvät alhaisemmista hinnoista.<sup>44</sup>

37. Prometeia SpA et al., Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final report, European Commission 2021, [https://ec.europa.eu/growth/content/study-measurement-cross-border-penetration-eu-public-procurement-market\\_en](https://ec.europa.eu/growth/content/study-measurement-cross-border-penetration-eu-public-procurement-market_en), s. 51–52.

38. Ibid., s. 174–175. Esimerkiksi Kreikassa kieli on todennäköisesti merkittävä tekijä sille, että vain 0,5 prosenttia EU-kynnysarvon ylittävistä sopimuksista tehdään ulkomaisten toimittajien kanssa (s. 56).

39. Catherine Roux – Luis Santos-Pinto – Christian Thöni, Home Bias in Multimarket Cournot Games. *European Economic Review* (89) 2016, s. 361–371, 362.

40. Benedikt Herz – Xosé-Luís Varela-Irimia, Border Effects in European Public Procurement, European Commission (MPRA Paper No. 76401), 2017, [https://pdfs.semanticscholar.org/e7e3/3842026ee8864756ac754a9e7b61085f8cd9.pdf?\\_ga=2.2335728.1107943339.1573123673-1435729915.1573123673](https://pdfs.semanticscholar.org/e7e3/3842026ee8864756ac754a9e7b61085f8cd9.pdf?_ga=2.2335728.1107943339.1573123673-1435729915.1573123673), s. 12.

41. Prometeia SpA et al. 2021, s. 171–172.

42. Hankintalain 2.2 § ja HE 108/2016 vp, s. 72, jossa todetaan, että kilpailuolosuhteiden hyödyntämisellä tarkoitetaan sitä, että hankinnat tulisi toteuttaa siten, että tarjouskilpailuissa saadaan aikaan todellista kilpailua, jolla optimaalinen hinta tai hinta-laatusuhde voidaan määrittää. Ks. myös direktiivi 2014/24/EU, johdanto (78) ja (90).

43. Suurimmat yhteishankintayksiköt Hansel Oy ja KL-Kuntahankinnat Oy fuusioituivat 2019 koko julkista sektoria palvelevaksi yhteishankintayksiköksi. Syitä fuusiolla olivat mm. julkisen sektorin hankintaosaamisen lisääminen ja hankintaprosessin tehostaminen, ks. Valtiovarainministeriö tiedote 27.9.2018, <https://vm.fi/-/hansel-oy-n-lakimuutos-mahdollistamaan-kl-kuntahankintojen-fuusio> ja hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Hansel Oy -nimisestä osakeyhtiöstä annetun lain 1 ja 3 §:n muuttamisesta 147/2018 vp, s. 6–7. Ks. myös Ville Miettinen, KL-Kuntahankintojen ja Hanselin fuusiolle sinetti, *Kuntalehti* 23.5.2019, <<https://kuntalehti.fi/uutiset/talous/kl-kuntahankintojen-ja-hanselin-fuusiolle-sinetti/>>.

44. Yhteishankintojen kustannusvaikutusta valtion hankinnoissa selvittäneen tutkimuksen mukaan yhteishankinnat voivat tuoda jopa 20–25 prosentin kustannussäästöjä, ks. Katri Karjalainen –

Hankintojen keskittämisellä on myös kääntöpuolensa. Suuret sopimuskokonaisuudet vaikeuttavat pk-yritysten osallistumista tarjouskilpailuihin. Tähän riskiin kiinnitettiin huomiota myös hankintadirektiivissä 2014/24/EU, jossa todetaan, että ostojen yhdistämistä ja keskittämistä olisi kuitenkin valvottava tarkasti, jotta vältettäisiin ostovoiman liiallinen keskittyminen ja kilpailunvastainen yhteistyö ja jotta säilytettäisiin avoimuus ja kilpailu sekä pk-yritysten mahdollisuudet päästä markkinoille.<sup>45</sup> Vaikka hankintadirektiivin 2014/24/EU yhtenä pääasiallisena tavoitteena on nimenomaisesti edistää pk-yritysten mahdollisuuksia osallistua ja menestyä tarjouskilpailuissa, vaikuttaa siltä, että lainsäädännön tarjoamia mahdollisuuksia hankintojen osiin jakamiseksi ja markkinaolosuhteiden hyödyntämiseksi ei ole Suomessa täysimääräisesti hyödynnetty.<sup>46</sup> Keskittämisellä pyritään säästöihin ja hallinnollisten kustannusten minimointiin. Yhteishankinnan keinoin kustannussäästöä syntyy sekä kilpailutuskustannuksista että suurempien ostovolyymien mukanaan tuomien hintasäästöjen kautta.<sup>47</sup>

Keskittäminen ilman mahdollisuutta tarjota vain osaan sopimuksesta on kuitenkin EU-sääntelyn ja kilpailun edistämisen periaatteen näkökulmasta ongelmallista. Tällöin myös hallinnollisen taakan ”säästöt” ovat kyseenalaisia: suuret sopimuskokonaisuudet ilman osatarjousmahdollisuutta pakottavat pk-yritykset jättämään yhteistarjouksia, mikä aiheuttaa näille merkittäviä lisäkustannuksia ja siirtää hallinnollisen taakan hankintayksiköistä yrityksiin. Tätä ongelmaa havainnollistaa erityisen hyvin ratkaisu KHO 2016:182, jossa yhteishankintayksikkö kilpailutti 5000 terveydenhoitotarviketta käsittävän sopimuskokonaisuuden neljäksi vuodeksi. Tarjouskilpailuun voitiin jättää vain kaikki tuotteet käsittävä kokonaistarjous ja hankinta oli rakennettu ”yhden toimittajan malliin” edellyttäen yhtä tilaus-, raportointi- ja laskutusjärjestelmää ja logistiikkaratkaisua, vaikka tarjouspyynnön kohteena olevia tarvikkeita tarjoavat markkinoilla useat kymmenet,

Tuomo Kivioja – Sanna Pellava, Yhteishankintojen kustannusvaikutus. Valtion hankintatoimen kustannussäästöjen selvittäminen, 2008 <http://epub.lib.aalto.fi/pdf/hseother/b94.pdf>.

45. Direktiivi 2014/24/EU, johdanto (59).

46. Pk-yritysten aseman turvaaminen yhtenä direktiivin 2014/24/EU pääasiallisista tavoitteista, johdanto (78–79). Erityisesti Hansel Oy:n toimintaan on kohdistunut Suomessa kritiikkiä. Hansel Oy:n ja KL-Kuntahankinnat Oy:n fuusion jälkeen yrittäjäjärjestöt ja kansanedustajat ovat toistuvasti tuoneet esiin pk-yritysten vaikeuksia osallistua liian suuriin tarjouskilpailuihin, ks. Hansel kilpailuttaa siivoustarvikkeita 50 miljoonalla – yksikään suomalainen pk-yritys ei pysty osallistumaan, Suomen yrittäjät 11.2.2020 <https://www.yrittajat.fi/uutiset/619036-hansel-kilpailuttaa-siivoustarvikkeita-50-miljoonalla-yksikaan-suomalainen-pk-yritys>, Suomen yrittäjät on vaatinut Hanselia osittamaan hankinnat, 27.5.2020, <https://www.yrittajat.fi/blogit/suomen-yrittajat-vaatinut-hanselia-osittamaan-hankinnat>. Aiheesta jätettiin myös monia kirjallisia kysymyksiä eduskunnassa, ks. esimerkiksi KK 98/2020 vp Hanselin kilpailutuksista [https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kysymys/Sivut/KK\\_98+2020.aspx](https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kysymys/Sivut/KK_98+2020.aspx) ja KK 97/2020 vp julkisista hankinnista ja hankintalaista [https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kysymys/Sivut/KK\\_97+2020.aspx](https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kysymys/Sivut/KK_97+2020.aspx).

47. Fredo Schotanus, Joint Procurement: an economics and management perspective, teoksessa Carina Risvig Hamer – Mario Comba (eds), Centralising Public Procurement. Edward Elgar 2021, s. 54–70, 55.

tiettyihin tuoteryhmiin erikoistuneet yritykset. Seurauksena oli, että ainoastaan kaksi tukkuliikettä tarjosi. Hankintayksikön mukaan markkinatoimijat olisivat voineet muodostaa ryhmittymiä tai alihankintajärjestelyjä tarjouksen jättämiseksi, mutta todellisuudessa tämä olisi edellyttänyt lukuisten yritysten yhteistyötä ja laajoja investointeja yhteisiin järjestelmiin ja logistiikkaan.<sup>48</sup> Korkein hallinto-oikeus totesi, että tarjouspyynnön kohteena ollut hoitotarvikehankinta ja siihen liittyvien palveluiden muodostama kokonaisuus on ollut niin laaja ja edellyttänyt tarjouskilpailuun osallistumaan pyrkiviltä tarjoajilta niin kattavia yhteistyöjärjestelyjä, ettei puitejärjestely ole ollut omiaan turvaamaan yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tuotteitaan ja palveluitaan, vaan se on ollut omiaan rajoittamaan olemassa olevien kilpailumahdollisuuksien hyödyntämistä ja katsoi tarjouskilpailun vääristäneen kilpailua ja jättäneen markkinaolosuhteet hyödyntämättä.

Miksi kilpailun toimivuudesta ja tarjoajien lukumäärästä tulisi olla huolissaan? Kilpailulla on suora vaikutus hankinnan kustannuksiin ja siihen, kuinka paljon julkisia varoja kuluu hankintoihin. Suomalaiseen hankintadataan perustuvan taloustieteellisen tutkimuksen mukaan jokainen lisätarjoaja tarjouskilpailussa merkitsee 5–10 prosenttia alhaisempia hintoja.<sup>49</sup> Kun otetaan huomioon julkisten hankintojen kokonaisvolyymi, vaikka vain kilpailutettujen hankintojen osalta (15 miljardia euroa), vastaisi vain yhden tarjoajan lisääminen jokaisessa tarjouskilpailussa Suomessa 0,75–1,5 miljardin euron säästöjä vuodessa.

Hankintasääntelyllä ja etenkin hankintayksiköiden toiminnalla voidaan vaikuttaa kilpailun tehokkuuteen. Sääntelyn teknisyys, vaikeaselkoisuus ja byrokratia ovat hankintojen houkuttelevuutta laskevia tekijöitä erityisesti niille yrityksille, joilla on mahdollisuus myydä tuotteita ja palveluita myös yksityiselle sektorille.<sup>50</sup> Näin ollen kilpailua voitaisiin lisätä jonkin verran sääntelyä joustavoittamalla. Tähän pyrittiin jo vuoden 2014 direktiivillä ja kansallisesti myös alle EU-kynnysarvon jäävien hankin-

48. Käytännön vaikeuksien lisäksi yhteistarjouksiin julkisissa hankinnoissa tulisi suhtautua varauksella. Ryhmittymät ja alihankintajärjestelyt voidaan katsoa kilpailulain 5 §:n mukaiseksi kielletyksi kilpailunrajoitukseksi, jos yhteistyö ei ole ollut välttämätöntä tarjouksen jättämiseksi tai jos yhteistyö on ulottunut tarjouksen jättämiseksi välttämätöntä tiedonvaihtoa ja toimintaa laajemmalle, ks. Kilpailu- ja kuluttajaviraston tiedote 27.9.2021, <https://www.kkv.fi/ajankohtaisia/Tiedotteet/2021/27.9.2021-kkv-esittaa-lahes-19-miljoonan-euron-seuraamusmaksuja-kuudelle-turun-seudun-joukkoliikenteessa-toimivalle-yhtiolle-ja-niiden-yhteisyriykselle-vakava-kilpailunrajoituksesta/>.

49. Jääskeläinen – Tukiainen 2019, s. 17 ja 20.

50. Halonen – Tukiainen 2020, s. 27–29 ja Svenskt Näringsliv, Effektivare offentlig upphandling – mer nytta för pengarna! 2019, [https://www.svensktnaringsliv.se/migration\\_catalog/Rapporter\\_och\\_opinionsmater\\_ial/Rapporter/effektivare-offentlig-upphandling\\_739484.html/BINARY/Effektivare%20offentlig%20upphandling.pdf](https://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/Rapporter_och_opinionsmater_ial/Rapporter/effektivare-offentlig-upphandling_739484.html/BINARY/Effektivare%20offentlig%20upphandling.pdf) ja Företagarna, Offentlig upphandling och små företag – krängla inte bort potentialen, 2016. <https://www.foretagarna.se/politik-paverkan/rapporter/2016/offentlig-upphandling-och-sma-foretag/>.

tojen joustavammalla sääntelyllä.<sup>51</sup> Tarjousten määrää voidaan todistetusti parantaa myös hankintayksikön paremmilla hankintakäytännöillä: erityisesti viestintä- ja osto-osaamista parantamalla.<sup>52</sup> Toisaalta liian suurista sopimuskokonaisuuksia aiheutuvaa kilpailun määrän vähenemistä voidaan estää jakamalla sopimuksia osiin ja selvittämällä olemassa olevia kilpailu- ja markkinaolosuhteita hankintoja suunniteltaessa. Sen sijaan rajat ylittävän kilpailun tehokkuuden lisääminen hankintasääntelyä kehittämällä on vaikeaa. Rajat ylittävien hankintojen pääasiallisina esteinä ovat kieli, maantieteellinen sijainti, kansallisten hallintoprosessien ja yritystoiminnan harjoittamista koskevan sääntelyn tuntemattomuus. Vaikkakin hankintasääntelyn keinoin voitaisiin esimerkiksi edellyttää kaikkien tarjouspyyntöjen julkaisemista hankintayksikön kielen lisäksi myös englanniksi, olisi tällaisen edellytyksen hallinnollisia kustannuksia lisäävä vaikutus merkittävä ja siitä johtuva rajat ylittävän kaupan lisääntyminen epäselvää, koska maantieteelliset ja kansallisen oikeuden eroavaisuudet rasittaisivat rajat ylittävää kauppaa edelleen.

## 2.2. Muutoksenhakujärjestelmän tehokkuus

Julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmän tehokkuudesta on Suomessa käyty paljon keskustelua. Markkinaoikeus erityistuomioistuimena käsittelee kaikki hankintavalitusasiat. Se antaa vuodessa 300–600 hankintaratkaisua. Viime vuonna ratkaistuja hankinta-asioita oli 400. Noin 3 prosentista kaikista vuonna 2020 tehdyistä hankinnoista valitettiin markkinaoikeuteen.<sup>53</sup> Hankinta-asioiden keskimääräinen käsittelyaika markkinaoikeudessa vuosina 2017–2020 on ollut 6,6–8,3 kuukautta.<sup>54</sup> Käsittelyajat sisältävät myös peruutetut ja tutkimatta jätetyt valitukset, joten pääasiaratkaisuun päätyneiden asioiden käsittelyajat ovat näitä keskimääräisiä käsittelyaikoja pidempiä. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa

51. Direktiivi 2014/24/EU, johdanto (42) ja (109) ja HE 108/2016 vp, s. 33, jonka mukaan kansallista hyvinvointia ja hallinnollista taakkaa voidaan Sipilän hallitusohjelman mukaisesti purkaa asettamalla hyvin joustavat säännöt EU-kynnyksien alittaviin hankintoihin ja sote-palveluhankintoihin.

52. Halonen – Tukiainen 2020, s. 52–54. Nackan kunta on esimerkki tällaisesta onnistuneesta muutoksesta. Hankintaprosessin uudistaminen, viestinnän tehostaminen ja kategoria- ja sopimushallinnan osaamisen parantamisella kunta lisäsi kilpailun määrää tarjouskilpailuissaan keskimäärin yhdellä tarjoajalla per tarjouskilpailu. Ottaen huomioon yhden tarjoajan lisäämiseen liittyvän 5-10 prosentin säästöpotentiaalini, on Nackan aikaansaama kilpailun määrän lisääminen merkittävää julkisten varojen tehokkaan käytön kannalta.

53. Vuonna 2020 julkaistiin hankinta-ilmoituksia yhteensä 14 837 eri hankinnasta (ks. hankintatilasto <https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/announcement/tilastot2020>) ja valituksia markkinaoikeuteen tehtiin 442 (ks. markkinaoikeuden tilastot <https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/ajankohtaista/vuositilastot.html>), mikä vastaa noin 3 prosenttia hankinnoista. Todellisuudessa luku on hieman pienempi, koska joistain hankinnoista on voitu tehdä useampi kuin yksi valitus.

54. Markkinaoikeuden käsittelytilastot <https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/ajankohtaista/vuositilastot.html>.



käsittelyajat ovat merkittävästi pidempiä: vuonna 2020 julkisissa hankinnoissa ratkaisu annettiin keskimäärin 17,4 kuukaudessa ja vuonna 2019 11,5 kuukaudessa.<sup>55</sup> Käsittelyajat ovat varsin pitkiä – vertailun vuoksi esimerkiksi Ruotsissa ensimmäisen asteen *pääasiaratkaisujen* käsittelyajat julkisia hankintoja koskevissa valituksissa olivat noin neljä kuukautta, toisessa asteessa viisi kuukautta ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa noin 12 kuukautta.<sup>56</sup>

Julkista hankintaa koskevan asian ensimmäisen asteen käsittelyaika on Suomessa ollut pisin verrattuna muihin EU-maihin.<sup>57</sup> Käsittelyajat ovat hankintayksiköiden ja tarjoajien näkökulmasta liian pitkiä. Syynä hankintaosapuolten ahdinkoon ovat EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen oikeussuojasääntelyyn liittyvät odotusaika ja automaattinen täytäntöönpanokielto, jotka estävät hankinnassa etenemisen ilman markkinaoikeuden myöntämää täytäntöönpanolupaa. Käytännössä markkinaoikeuteen tehtävä valitus usein estää hankintasopimuksen täytäntöönpanon valitusprosessin keston ajaksi.<sup>58</sup> Pitkien käsittelyaikojen on katsottu vaikuttavan myös palveluiden loppukäyttäjien asemaan ja julkisten hankintojen kustannuksia lisäävästi: väliaikaisjärjestelyt voivat olla kalliimpia tai niitä toteutetaan heikomman laatuksena kuin kilpailutettuja pitkäaikaisia ratkaisuja.<sup>59</sup> Hankintaa kilpailutettaessa ostotarve on jo olemassa. Jos samainen hankinta on keskeytettyä 8–12 kuukautta hankintapäätöksen tekemisen jälkeen, on selvää, että hankkeen viivästyminen aiheuttaa kustannuksia paitsi hankintayksikölle myös tarjouskilpailun voittaneelle tarjoajalle, jonka on pidettävä resursseja varattuna valituksen kohteena olevaan sopimukseen.

Mahdollisuuksia tehostaa julkisten hankintojen muutoksenhakuprosessia on selvitetty lukuisia kertoja. Jo oikeussuojajärjestelmän kokonaisuudistuksen yhteydessä vuonna 2008 selvitettiin erilaisia mahdollisuuksia lyhentää käsittelyaikoja. Pöydällä oli muun muassa ehdotus hankinta-asioiden siirtämisestä markkinaoikeudesta hallinto-oikeuksiin. Tilanne oli tuolloin varsin tukala:

55. KHO:n vuosikertomukset vuosilta 2019 ja 2020 <https://www.kho.fi/fi/index/ajankohtaista/vuosikertomukset.html>.

56. Statistik om offentlig upphandling, Upphandlingsmyndighetens rapport 2020:4, Konkurrensverkets rapport 2020:5, s. 164. Luvut eivät ole täysin vertailukelpoisia Suomen lukuihin, koska meillä ei erotella käsittelyaikoja pääasiaratkaisujen ja muiden päätösten osalta. Toisin sanoen erot Suomen ja Ruotsin käsittelyaikojen välillä ovat vielä suuremmat kuin näistä luvuista voidaan havaita.

57. Näin Commission Staff Working Document, Annual Public Procurement Implementation Review 2012, SWD(2012) 342 final, s. 32. Tästä myös HE 108/2016 vp, s. 287.

58. Suurimmassa osassa valituksia täytäntöönpano on keskeytettyä, mutta joissain myönnetään täytäntöönpanolupa kesken prosessin. Järjestelmä takaa oikeusturvan tehokkaan toteutumisen varmistamalla sen, että virheellisiin päätöksiin voidaan vielä puuttua ne oikeaisemalla, ks. direktiivi 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi, EYVL L 335, 20.12.2007, s. 31–46, johdanto (3) ja (4) sekä asia C-81/98 Alcatel, EU:C:1999:534, kohta 43 ja asia C-212/02 komissio v. Itävalta, EU:C:2004:386, kohta 14.

59. HE 108/2016 vp, s. 288.



markkinaoikeuden keskimääräinen käsittelyaika liikkui noin 14 kuukaudessa.<sup>60</sup> Merkittäviä muutoksia ei hankintojen oikeussuojajärjestelmä uudistuksessa tehty, vaan työryhmä esitti markkinaoikeuden resurssien pitkäaikaista turvaamista lyhyiden määräaikaisten lisäresurssien sijaan.<sup>61</sup> Oikeussuojauudistuksen yhteydessä päädyttiin kuitenkin tekemään puitejärjestelyn sisäisiä hankintoja koskevista valituksista käsittelyluvanvaraisia. Käsittelylupajärjestelmä ei perustunut oikeussuojadirektiiviin 2007/66/EY, vaan on kansallinen säännös, josta säädettiin pääosin hankintayksiköiden esittämien tehokkuusväitteiden vuoksi.<sup>62</sup>

Asiaan kuitenkin palattiin joitain vuosia myöhemmin ja vuonna 2015 julkaistussa selvityksessä pohdittiin jälleen erilaisia mahdollisuuksia saada markkinaoikeuden käsittelyaikoja lyhennettyä. Tuolloin esillä olivat muun muassa sitovista enimmäiskäsittelymääräajoista säättäminen, oikeudenkäyntimaksun korottaminen, ratkaisukokoonpanojen keventäminen ja valituslupajärjestelmän käyttöönotto jatkovalituksen osalta.<sup>63</sup> Sitovaa enimmäiskäsittelymääräaika luukuun ottamatta kaikki selvityksessä esillä olleet toimenpiteet toteutettiin jossain määrin seuraavien vuosien aikana.

Käsittelyaikojen lyhentämiseen pyrittiin myös vuoden 2017 voimaan tulleella hankintalain kokonaisuudistuksella. Siinä tavara- ja palveluhankintojen ja soite-palveluhankintojen kansallisia kynnyksarvoja nostettiin merkittävästi, minkä seurauksena entistä suurempi osa hankintoja jäi hankintalainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle.<sup>64</sup> Kokonaisuudistuksessa säädettiin myös muutamista muutoksenhakurajoituksista<sup>65</sup> ja jatkovalituksen valitusluvanvaraisuudesta, mitä perusteltiin kiireellisyyssargumenttiin vedoten.<sup>66</sup>

Vuonna 2016 uudistettiin myös tuomioistuinnmaksulakia, jossa julkista hankintaa koskevan asian käsittelymaksua korotettiin merkittävästi markkinaoikeudessa, korkeimmassa hallinto-oikeudessa ja korkeimmassa oikeudessa.<sup>67</sup>

60. Vuonna 2007 käsittelyaika oli 14,2 kuukautta, ks. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen, työryhmämietintö 2008:6, s. 2. Hallinto-oikeuksiin siirtämisen osalta ks. s. 102–110.

61. *Ibid.*, s. 55 ja 110.

62. Hallituksen esityksessä todetaan, että erityisesti hankintayksiköt ovat esittäneet kannanottoja, joiden mukaan uusi käsittelylupa vähentäisi puitejärjestelyjen käyttöä ja tätä kautta puitejärjestelyillä saavutettuja kustannushyötyjä. Esitystä perusteltiin puitejärjestelyn joustavuuden varmistamisella, HE 190/2009 vp, s. 36.

63. Jukka-Pekka Salmela, Markkinaoikeuden käsittelyaikojen lyhentäminen julkisia hankintoja koskevilla valitusasioissa. TEM 6/2015.

64. HE 108/2016 vp, s. 52.

65. Hankintalain 146 §:n 2 momentissa säädetään, ettei markkinaoikeuteen voi valittaa hankintojen valmistelusta; siitä, ettei sopimusta ole jaettu osiin eikä siitä, että tarjouksen valinta tehdään yksinomaan halvimman hinnan perusteella.

66. Ks. HE 108/2016 vp, s. 243, jossa jatkovalituksen valitusluvanvaraisuutta perusteltiin hankintojen kiireellisyyssnäkökohdilla ja voittaneen tarjoajan oikeussuojalla.

67. Korkein oikeus käsittelee hankinta-asioita koskevia vahingonkorvauskanteita ja näiden osalta sovelletaan myös korotettua maksua. Sen sijaan hankintaan liittyvän vahingonkorvausasian

Uudistuksella tavoiteltiin käsittelyaikojen lyhentämistä lisäämällä yritysten valittamiskynnystä ja hankintayksiköiden toiminnan helpottamista.<sup>68</sup> Merkillepantavaa on se, ettei korotus koskenut muita markkinaoikeusasioita, vaikka näissä taloudellinen intressi on usein varsin huomattava.<sup>69</sup> Aiemmasta 244 euron käsittelymaksusta julkisia hankintoja koskevat maksut nousivat 2000–6000 euroon hankintojen arvosta riippuen eli alkuperäinen maksu nousi 8–24-kertaiseksi.<sup>70</sup>

**Taulukko 1.** Hankinta-asioiden lukumäärät ja keskimääräiset käsittelyajat markkinaoikeudessa ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa.<sup>71</sup>

Vuosi	Valitus (kpl)	MaO käsittely (kk)	Jatkovalitus (kpl)	Ei valituslupaa	KHO käsittely (kk)
2020	442	6,6	40	20	17,4
2019	308	7,6	41	26	11,5
2018	413	7,5	65	28	9,3
2017	484	8,3	47	2	17,9
2016	426	6,9	39		21,7
2015	524	5,7	73		16,9
2014	591	6,1	85		17,4
2013	532	6,5	45		22,9

Taulukossa 1 on kuvattu markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden hankintavalitusten lukumääriä ja keskimääräisiä käsittelyaikoja edellä kuvattuja sääntelyuudistuksia käsitäneiltä vuosilta. Taulukkoon kerättyjen tietojen osalta erityisen kiinnostavia ovat vuodet 2016 ja 2017, jolloin säädettiin oikeudenkäyntimaksun korottamisesta ja hankintalain kokonaisuudistuksesta. Ensinnäkin ja toisin kuin alun perin oletettiin, *valituslupajärjestelmän käyttöönotto ei ole pysyvästi lyhentänyt jatkovalituskäsittelyaikoja* korkeimmassa hallinto-oikeu-

käräjäoikeus- ja hovioikeuskäsittelyssä maksut ovat alhaisempia.

68. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle tuomioistuinmaksulaini sekä laeiksi hallinto-oikeuslain 12 a §:n ja riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain 28 §:n muuttamisesta 29/2015 vp, s. 37, jossa todetaan, että yritysten kynnys valittaa etenkin julkista hankintaa koskevista päätöksistä saattaa nousta. Jos hankinta-asioiden määrä markkinaoikeudessa vähenee, niiden käsittelyaika lyhentynee. Tämä muun muassa helpottaa hankintayksiköiden toimintaa valitusasian ollessa vireillä.

69. Markkinaoikeus käsittelee erityistuomioistuimena hankinta-asioiden lisäksi kilpailu-, immateriaalioikeus- ja markkinaoikeudellisia asioita.

70. Tuomioistuinmaksulaki (1455/2015) 2 §, jonka mukaan julkisissa hankinnoissa maksu on alle 1 miljoonan euron hankinnoissa 2000 euroa, 1–10 miljoonan euron hankinnoissa 4000 euroa ja yli 10 miljoonan euron hankinnoissa 6000 euroa.

71. Taulukon luvut sisältävät kaikki asiat eivät ainoastaan pääasiaratkaisut. Taulukko on koottu markkinaoikeuden julkisista tilastoista ja korkeimman hallinto-oikeuden vuosikertomuksista.

nessa, vaikka asioita on lukumäärällisesti vähemmän ja noin puolet jäävät ilman valituslupaa.<sup>72</sup> Oikeudenkäyntimaksujen korotuksella näyttää olleen jonkin verran vaikutuksia valitusten määrän vähenemiseen: markkinaoikeudessa vuodesta 2016 lähtien on pysytty alle 500 valituksessa. Tosin jo seuraavasta vuodesta lähtien valitusten vähenemiseen on vaikuttanut jossain määrin myös hankintalain kokonaisuudistus.<sup>73</sup> Myös jatkovalitukset ovat pysyneet vuotta 2018 lukuun ottamatta oikeudenkäyntimaksujen korotuksen jälkeen maltillisella tasolla. Yksi tärkeimmistä havainnoista viimeisen kahdeksan vuoden ajalta on kuitenkin se, ettei markkinaoikeuden keskimääräisiä käsittelyaikoja ole pystytty lukuista yrityksistä huolimatta laskemaan jo vuonna 2008 asetettuun tavoitteeseen eli alle puolen vuoden ja lähemmäksi kolmea kuukautta.<sup>74</sup>

Julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmän ”tehottomuusongelman” tarina ei näin ollen ole vielääkään tullut päätökseen. Syyskuussa 2021 julkaistiin viimeisin selvitys muutoksenhakujärjestelmän tehostamismahdollisuuksista. Esillä oli lukuisia eri vaihtoehtoja eri foorumiin, preklusiosääntelyyn, hankinta-ohjelmajärjestelmän roolin kasvattamiseen ja markkinaoikeusprosessin tehostamiseen liittyen. Selvitys päättyi suosittamaan muun muassa markkinaoikeuden työtapojen tehostamista esittelijäjärjestelmän käyttöönotolla ja automaattisen täytäntöönpanokiellon alaisten asioiden käsittelyä kiireellisenä.<sup>75</sup>

On merkille pantavaa, että julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmää on viimeisen 15 vuoden aikana pyritty tehostamaan ja tehokkuutta on ensisijaisesti haettu valituksia vähentämällä sen sijaan, että itse markkinaoikeuden resurssit olisi pysyvästi lisätty. On toisin sanoen sääntelyn keinoin luotu erilaisia mekanismeja, joilla entistä suurempi osa asioista jää hankintasääntelyn ulkopuolelle tai jonka johdosta valittaminen on vaikeampaa tai vähemmän houkuttelevaa, vaikka todellinen ongelma ei niinkään liity valitusten määrään, vaan prosessin kestosta aiheutuviin kustannuksiin.

Julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmän perimmäisenä tavoitteena on varmistaa hankintasääntelyn tehokas toteutuminen ja turvata yritysten mahdollisuudet hakea muutosta hankinta-asiassa mahdollisimman tehokkaasti ja

72. HE 108/2016 vp, s. 287 ennakoi jatkovalituskäsittelyn tehostamista, koska valituslupajärjestelmällä oli saatu tehostettua käsittelyä muissa asiaryhmissä, ks. myös PeVL 49/2016 vp, s. 3.

73. Jotta hankintalain kokonaisuudistuksen ja oikeudenkäyntimaksu-uudistusten vaikutuksia voitaisiin jossain määrin erotella näistä luvuista, tulisi käytössä olla tieto siitä, kuinka paljon valitusten määrä on vähentynyt juuri kansallisten kynnysarvojen nostamisen seurauksena. Toisin sanoen kuinka suuri osuus markkinaoikeuden käsittelemistä hankinnoista ennen vuotta 2017 olivat arvoltaan nykyisen kansallisen kynnysarvon allittavia. Toisaalta myös oikeudenkäyntimaksun korotus on oletettavasti nostanut valituskynnystä eniten juuri näissä arvoltaan pienissä hankinnoissa.

74. Julkisten hankintojen oikeussojajärjestelmän uudistaminen, työryhmämietintö 2008:6, s. 107.

75. Leena Halila, Julkisia hankintoja koskevien oikeudenkäyntien tehostaminen: Selvityshenkilön raportti. Valtiovarainministeriön julkaisuja 2021:47, <https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/163447>.

nopeasti.<sup>76</sup> Tämä lähtökohta on linjassa Kaldor–Hicks-tehokkuusstandardin kanssa, joka pyrkii kokonaisuhyvinvoinnin maksimointiin eli tässä tapauksessa muutoksenhakuprosessin optimointiin turvaten tehokkaan oikeussuojan mahdollisimman nopeassa käsittelyssä. Voidaan perustellusti kysyä ovatko hankintojen muutoksenhakujärjestelmään tehdyt lukuisat uudistukset toteuttaneet tätä tavoitetta? Jos tarkoituksena on turvata hankintasääntelyn toteutuminen ja erityisesti yritysten oikeusturva, tulisi painopisteen olla käsittelynopeuden parantamisessa oikeusturvaa vaarantamatta. Valitusten estäminen tai valittamiskynnyksen nostaminen eivät toteuta kumpaakaan näistä tavoitteista. Uudistukset ovat kohdistuneet ensisijaisesti julkisen sektorin hallinnollisen taakan vähentämiseen. Kokonaisuhyvinvoinnin maksimoinnin näkökulmasta paras ratkaisu muutoksenhakujärjestelmän tehokkuuden parantamiseksi lienee kuitenkin markkinaoikeuden resurssien riittävä ja pysyvä lisääminen.<sup>77</sup>

### **2.3. Vihreiden hankintojen tehokkuus**

Vihreillä julkisilla hankinnoilla<sup>78</sup> pyritään ohjaamaan markkinoiden ja yritysten käyttäytymistä kestävämpään suuntaan. Toisin sanoen vihreiden hankintojen tehokkuutta arvioidaan sen perusteella, saavatko ne siirrettyä saastuttavat yritykset kestävämpiin tuotantotapoihin ja minkälaisia positiivisia ympäristövaikutuksia ne saavat aikaan.<sup>79</sup>

Noin 20 vuotta sitten oli tulkinnanvaraista, voitiinko ympäristönäkökohtia huomioida osana julkisia hankintoja lainkaan vai tuliko kaikkien kriteereiden olla luonteeltaan taloudellisia. Vuonna 2002 EU-tuomioistuimen ratkaisu asiassa

76. Oikeussuojadirektiivi 2007/66/EY, johdanto (1) ja (2) ja 1 artikla.

77. Resurssien pysyvää lisäämisen tarvetta on korostettu myös muutoksenhakua koskevissa mietinnöissä ja selvityksessä, ks. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen, työryhmämietintö 2008:6, s. 144 ja 155 ja Halila 2021, s. 119.

78. Vihreillä hankinnoilla tässä artikkelissa tarkoitetaan kaikenlaisia ympäristökriteerejä, kuten teknisiä eritelmiä, soveltuvuuden arviointiperusteita, poissulkuperusteita, valintakriteereitä ja sopimusehtoja.

79. Sofia Lundberg – Per-Olov Marklund – Elon Strömbäck, Is Environmental Policy by Public Procurement Effective? (4) 2016 Public Finance Review, s. 478–499.

C-513/99 *Concordia Bus*<sup>80</sup> aloitti vihreiden hankintojen<sup>81</sup> aikakauden, vaikka toki ympäristönäkökohtien huomioimista oli tarkasteltu jo edellisenä vuotena komission tiedonannossa.<sup>82</sup> *Concordia Bus* ratkaisun myötä ensimmäiset esteet ympäristönäkökohtien huomioimiselle julkisissa hankinnoissa saatiin poistettua ja vuodesta 2004 lähtien ympäristönäkökohtien huomioonottaminen tunnustettiin hankintadirektiivien tasolla ja niiden painoarvo kasvoi edelleen vuoden 2014 direktiiveissä.<sup>83</sup>

Julkisten hankintojen merkitys ilmastomuutoksen torjunnassa on kasvanut entisestään. EU:n perussopimuksissa edellytetään ympäristönsuojelua ja kestävyystavoitteiden edistämistä kaikilla politiikkalohkoilla, mutta toistaiseksi vihreitä hankintoja koskeva sääntely on ollut suositusluontoista, tiettyjä sektori-kohtaisia pakottavia sääntöjä lukuun ottamatta.<sup>84</sup> Komissio ilmoitti vuonna

80. Tuomioistuimien vahvisti ratkaisussaan neljän kohdan testin, jonka avulla se arvioi hankintayksikön mahdollisuuksia ottaa huomioon ympäristönäkökohtia hankinnoissa. Tapauksessa oli kyse päästöjen ja melutason huomioimisesta osana bussihankintaa. EU-tuomioistuimen mukaan ympäristönäkökohtia voidaan käyttää valintaperusteina, jos 1) niillä on liityntä hankinnan kohteeseen, 2) ne eivät anna hankintayksikölle rajaamatonta valinnanvapautta, 3) ne on mainittu nimenomaisesti tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa, ja 4) ne noudattavat kaikkia yhteisön oikeuden perusperiaatteita, erityisesti syrjintäkiellon periaatetta, ks. asia C-513/99 *Concordia Bus*, EU:C:2002:495, kohta 69.
81. Vihreillä hankinnoilla (engl. Green Public Procurement, GPP) tarkoitetaan yhtä kolmesta kestävyyspilarista (ympäristö, sosiaalinen ja taloudellinen), jonka tavoitteena on minimoida julkisen sektorin ostojen ympäristöhaitat ja edistää vihreää siirtymää markkinoilla. Vihreiden hankintojen määritelmästä ks. European Commission, Sustainable public procurement, <http://ec.europa.eu/environment/gpp/glossaryen.htm> ja Halonen 2021, s. 536.
82. Euroopan komissio, Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement, COM(2001) 274 final.
83. Direktiivi 2004/18/EY sisälsi lukuisia artikloja, joissa viitattiin ympäristönäkökohtiin mm. ympäristöasioiden hallintaa koskevat standardit (artikla 50), tekniset eritelvät ja ympäristömerkit (artikla 23), hankintasopimuksen tekoperusteet (artikla 53) ja hankintasopimuksen toteuttamisedot (artikla 26). Muutosten seurauksena saatiin lainsäädäntöön selkeyttä ympäristönäkökohtien huomioimisen sallittavuudesta. Uusi sääntely nimenomaan keskittyi kodifioimaan jo EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta voimassa olevan sääntelyn ja komission ohjeet eikä vuoden 2004 direktiivi johtanut merkittäviin ”innovaatioihin”, ks. Joel Arnould, Secondary Policies in Public Procurement: the Innovations of the New Directives. *Public Procurement Law Review* (4) 2004, s. 187–197, 189. – Voimassa olevassa direktiivissä 2014/24/EU kestävyyttä ja ympäristönäkökohtia koskevaa sääntelyä lisättiin ja selvennettiin edelleen mm. säätämällä ensi kertaa elinkaarikustannuksista (artikla 68), velvoitteesta noudattaa ympäristölainsäädäntöä (artikla 18(2)) ja poissulkuperusteesta ympäristösääntelyn rikkomisesta (artikla 57), selvennettiin ja joustavoitettiin ympäristömerkkejä koskevaa sääntelyä (artikla 43) ja asetettiin velvoite tarkastaa sopimuksentekoperusteiden täyttyminen (artikla 67(4)), ks. Direktiivi 2014/24/EU.
84. SEU artikla 3(3), jonka mukaan ”[u]nioni toteuttaa sisämarkkinat. Se pyrkii Euroopan kestävään kehitykseen, jonka perustana ovat tasapainoinen talouskasvu ja hintavakaus, täystyöllisyys ja sosiaalinen edistystä tavoitteleva erittäin kilpailukykyinen sosiaalinen markkinatalous sekä korkeatasoinen ympäristönsuojelu ja ympäristön laadun parantaminen. Se edistää tie-

2020 osana Green Dealia ja kiertotalouden toimintasuunnitelmaa esittävänsä pakottavaa vihreiden julkisten hankintojen sääntelyä osaksi hankinta- ja eri sektorilainsäädäntöjä.<sup>85</sup> Myös lukuisat oikeustieteen tutkijat ovat viime vuosina esittäneet pakottavaa vihreiden hankintojen sääntelyä, mitä pidetään ainoana vaihtoehtona kestävien hankintojen lisäämiseen.<sup>86</sup> Tätä tukee myös empiirisen taloustieteen piirissä tehdyt havainnot: informaatio-ohjauksesta lisäämällä ei saada vihreitä hankintoja kasvuun, vaan vaikutukset ovat jopa päinvastaisia. Näin ollen pakottavan sääntelyn lisääminen voi olla ainoa keino viedä kestävyystavoitteita julkisten hankintojen kautta eteenpäin.<sup>87</sup>

Hiljattain pohjoismaiden virheiden hankintojen tilasta julkaistun artikkelin mukaan vihreitä vaatimuksia asetetaan suurimmassa osassa julkisia hankintoja, mutta nämä vaatimukset ovat edelleen kovin yleisellä tasolla esimerkiksi liityntä tarjoajien ympäristöjärjestelmiin tai -ohjelmiin.<sup>88</sup> Hankinnat siis ”näyttävät” vihreiltä, mutta ne eivät ole kovinkaan tehokkaita saavuttamaan ympäristötavoitteita. Tämä sama havainto on tehty lukuisissa talous- ja oikeustaloustieteen

teollista ja teknistä kehitystä – ” ja SEUT artikla 11, minkä mukaan ”[y]mpäristönsuojelua koskevat vaatimukset on sisällytettävä unionin politiikan ja toiminnan määrittelyyn ja toteuttamiseen, erityisesti kestävä kehityksen edistämiseksi.”

85. Ks. Komission tiedonanto, Kestävä Eurooppa –investointiohjelma Euroopan vihreän kehityksen investointiohjelma, COM(2020) 21 final, s. 12 ja Komission tiedonanto, Uusi kiertotalouden toimintasuunnitelma. Puhtaamman ja kilpailukykyisemmän Euroopan puolesta, COM(2020) 98 final, s. 6.
86. Ks. mm. Lela Mélon, More Than a Nudge? Arguments and Tools for Mandating Green Public Procurement in the EU, Sustainability (12) 2020, doi:10.3390/su12030988; Katerina Pouikli, Towards Mandatory Green Public Procurement (GPP) Requirements under the EU Green Deal: Reconsidering the Role of Public Procurement as an Environmental Policy Tool, 21 ERA Forum 2021, s. 699–721 ja Marta Andhov – Roberto Caranta (eds), Sustainability Through Public Procurement: The Way Forward – Reform Proposals University of Copenhagen, 2020 <https://www.die-gdi.de/en/others-publications/article/sustainability-through-public-procurement-the-way-forward-reform-proposals/>.
87. Ks. Qinghua Zhu – Yong Geng – Joseph Sarkis, Motivating Green Public Procurement in China: An Individual Level Perspective. Journal of Environmental Management (126) 2013, s. 85–95, 93. Kirjoittajien mukaan sääntelyn tulisi olla pakottavaa, koska vapaaehtoinen sääntely ja epäselvyydet eri toimien sallittavuudesta hankaloittavat vihreiden hankintojen lisäämistä.
88. Antti Palmujoki – Noora Vartiainen, Ympäristönäkökohtien huomioiminen julkisissa hankinnoissa. Edilex 2020/9, 6.3.2020, s. 6.

tutkimuksissa.<sup>89</sup> Hankintayksiköillä vaikuttaa olevan myös epäselvyyttä siitä, mitä ympäristötavoitetta kullakin vaatimuksella pyritään edistämään.<sup>90</sup>

Vihreiden hankintojen tehokkuuden arviointiin keskittyneessä Ruotsin Konjunkturinstituten raportissa todetaan, etteivät hankinnat ole kustannustehokas tapa saada aikaan positiivisia ympäristövaikutuksia.<sup>91</sup> Mutta joillain aloilla vihreät julkiset hankinnat toimivat tehokkaammin kuin toisilla. Tähän vaikuttaa muun muassa se, kuinka suuressa roolissa julkisen sektorin ostot ovat kyseisen toimialan kokonaiskysynnästä. Toisaalta toimialojen välillä on myös eroja niiden saastuttavuuden ja ympäristövaikutuspotentiaalın suhteen.<sup>92</sup>

Toimialakohtaisia eroja on löydetty myös empiirisen taloustieteen tutkimuksissa. Näissä tulokset ovat osittain ristiriitaisia: Ruotsin siivoushankinnoissa positiivista ohjausvaikutusta ei havaittu<sup>93</sup>, Kalifornian rakennusurakoita tarkastelleessa tutkimuksessa ohjausvaikutusta oli vähän<sup>94</sup> ja selvä ohjausvaikutus vihreiden vaatimusten ja yritysten muuttuneen käyttäytymisen välillä voitiin havaita ruotsalaisten elintarvike- ja ruokapalveluhankintojen osalta. Jälkimmäisessä tutkimuksessa ratkaisevin tekijä maanviljelyn ohjaamisessa luomutuotantoon julkisten hankintojen välityksellä oli kaikkien Ruotsin kuntien siirtyminen elin-

89. Ks. taloustieteen osalta Konjunkturinstitutet, Miljö, ekonomi och politik, Upphandling med klimathänsyn, 2020, <<https://www.konj.se/publikationer/miljoekonomisk-rapport/miljoekonomisk-rapport/2020-12-10-begransad-nyttan-med-offentlig-upphandling-som-klimatpolitiskt-styrmedel.html>>, s. 83; Sofia Lundberg – Per-Olov Marklund – Elon Strömbäck – David Sundström, Using Public Procurement to Implement Environmental Policy: An Empirical Analysis. *Environmental Economics and Policy Studies* (17) 2015, s. 487–520, 499; Lundberg et al. 2016, s. 478–499 sekä oikeustaloustieteen osalta mm. Eriksson 2014, s. 124; Halonen 2021, s. 20–21. – Ks. myös Palmujoki – Vartiainen 2020, s. 18, jossa todetaan ”[y]mpäristökriteerien käyttöä tuntuu vaivaavan sopimusehtojen yleisluontoisuus ja konkretian puute. On tutkitun aineiston perusteella vaikea todentaa, että esimerkiksi yleisluontoisella viittauksella kunnan ympäristöohjelmaan olisi saavutettavissa ympäristönsuojelun kannalta merkittävää edistystä.”

90. Ruotsalaisia siivoushankintoja koskeneessa tutkimuksessa havaittiin, ettei hankintayksiköillä ollut ymmärrystä siitä, mitä ympäristötavoitetta kullakin asetetulla vaatimuksella tavoitellaan, ks. Lundberg et al. 2015, s. 512.

91. Konjunkturinstitutet 2020, s. 82–83.

92. Ks. Ari Nissinen – Katriina Parikka-Alhola – Hannu Rita, Environmental Criteria in the Public Purchases above the EU Threshold Values by Three Nordic Countries: 2003 and 2005. *Ecological Economics* (68) 2009, s. 1838–1849 ja Harri Kalimo – Katriina Alhola – Veli Matti Virolainen – Mirella Miettinen – Jarkko Pesu – Sanna Lehtinen – Ari Nissinen – Tero Heinonen – Johanna Suikkanen – Risto Soukka – Timo Kivistö – Heli Kasurinen – Max Jansson – Eleanor Mateo – Selçukhan Ünekbas, Hiili- ja ympäristöjalanjälki hankinnoissa – lainsäädäntö ja mittaaminen (HILMI). Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2021:2, s. 83–84.

93. Lundberg et al. 2015, s. 508.

94. Timothy Simcoe – Michael W. Toffel, Government Green Procurement Spillovers: Evidence from Municipal Building Policies in California. *Journal of Environmental Economics and Management* (68) 2015, s. 411–434, 428.

tarvike- ja ruokapalveluhankinnoissaan soveltamaan samoja kriteereitä. Tällöin myös markkinoilla nähtiin riittävä kannustin tuotantotapojen muutokseen.<sup>95</sup>

Ympäristötavoitteiden edistäminen julkisten hankintojen kautta lisää julkisen sektorin hallinnollisia kustannuksia. Ne tekevät prosesseista monimutkaisempia sekä hankintayksiköille että tarjoajille.<sup>96</sup> Usein vihreät vaihtoehdot ovat myös tavanomaisia tavaroita tai palveluita kalliimpia.<sup>97</sup> Vihreiden hankintojen kustannuksia arvioidaan usein yksittäisten hankintojen hintavaikutuksen ja hallinnollisten kustannusten osalta, mikä on Kaldor–Hicks-tehokkuuden näkökulmasta ongelmallista, koska tällöin ei kyetä arvioimaan vihreiden kriteereiden vaikutuksia markkinoilla laajemmin. Suorien kustannusvaikutusten lisäksi vihreillä hankinnoilla on nimittäin myös epäsuoria kustannusvaikutuksia.<sup>98</sup> Hankinnan kohteen korkeammat vaatimukset vähentävät kilpailua, millä on tämän artikkelin jaksossa 2.1 tarkemmin käsiteltyjä kustannusvaikutuksia.<sup>99</sup> Tämän ohella lisääntyvät julkisen sektorin vihreät hankinnat voivat lisätä saastuttavien vaihtoehtojen kuluttajakysyntää (*substitution policy*), kun tavanomaisia tuotteita tai palveluita tuottavien yritysten on pyrittävä hankkimaan korvaavia asiakkaita muualta laskemalla tuotteidensa hintoja.<sup>100</sup> Riski tavanomaisten tuotteiden lisääntyvästä kuluttajakysynnästä on erityisesti toimialoilla, missä yksityiset markkinat muodostavat suuren osan kokonaiskulutuksesta.<sup>101</sup> Yhteiskunnan kokonaisyvinvoinnin näkökulmasta toimenpiteiden ilmastovaikuttavuus heikkenisi, mikä nostaisi ilmastotoimien kustannusta. Samaan aikaan julkinen sektori maksaisi vihreistä hankinnoissa ”lisäkustannusta” korkeampien transaktiokulujen, hintojen ja vähentyneen kilpailun muodossa. Toisaalta kuluttajat hyötyisivät

95. Hanna Lindström – Sofia Lundberg – Per-Olov Marklund, How Green Public Procurement can Drive Conversion of Farmland: An Empirical Analysis of an Organic Food Policy. *Ecological Economics* (172)2020, 10662, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0921800919310031>.

96. Lundberg et al. 2015, s. 513 ja Euroopan komissio, *Buying Green! Handbook on Green Public Procurement*. 3rd Ed. 2016, s. 35.

97. Qi Wang – Renjie Zhang – Junqi Liu, Price/Time/Intellectual Efficiency of Procurement: Uncovering the Related Factors in Chinese Public Authorities. *Journal of Purchasing and Supply Management* (26) 2020, 100622 <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1478409220300753> ja luomuelintarvikkeiden hinnanerosta tavanomaisiin tuotteisiin verrattuna ks. Christian Jörgensen, Mål som styrmedel – målet för den offentliga konsumtionens av ekologiska livsmedel. Rapport 2012:1, Agrifood Economics Centre, Lund, [https://www.agrifood.se/Files/AgriFood\\_Rapport\\_20121.pdf](https://www.agrifood.se/Files/AgriFood_Rapport_20121.pdf), s. 38.

98. Halonen 2021, s. 548–550.

99. Ks. alaviite 49.

100. Substitution policyn vaikutuksia on taloustieteessä tutkittu sekä teoreettisen että kokeellisen tutkimuksen saralla Donald B. Marron, *Buying Green: Government Procurement as an Instrument of Environmental Policy*, *Public Finance Review* (25) 1997, s. 285–305, 285; Lundberg et al., 2016, s. 41; Lindström et al. 2020 ja Jana Friedrichsen, *Image Concerns and the Provision of Quality*, WZB Discussion Paper, No. SP II 2013-211, 2013 [www.econstor.eu/bitstream/10419/90651/1/77601675X.pdf](http://www.econstor.eu/bitstream/10419/90651/1/77601675X.pdf), s. 34.

101. Halonen 2021, s. 552.



alhaisempien hintojen muodossa jonkin aikaa, mutta globaalit ilmastoveloitteet tulisivat todennäköisesti lopulta vaatimaan vihreiden vaatimusten asettamista koko toimialaa sitovaksi sääntelyksi. Tällöin hankintasääntely olisi ollut vain väliaikainen toimenpide matkalla sektorikohtaiseen pakottavaan sääntelyyn, mikä puoltaisi pakottavan sektorikohtaisen sääntelyn hyväksymistä suoraan ja ilman ”vihreiden hankintojen välivaihetta”, vaikka tämä merkitsisikin yhteiskunnalle hetkellistä hyvinvointitappiota heikentyneen kilpailun ja yritysten vihreän investointipakon vuoksi.

Vihreiden hankintojen tehokkuuden kyseenalaistavista tutkimuksista ja sen kustannuksia lisäävästä luonteesta huolimatta tulee julkisilla hankinnoilla olemaan entistä suurempi rooli ilmastonmuutoksen vastaisessa taistelussa. Tämä johtuu suurelta osin julkisten hankintojen valtavasta taloudellisesta arvosta. Suomessa yksityiset toimijat tuottavat julkisen sektorin tarpeisiin tuotteita, palveluita ja urakoita 31 miljardin euron edestä vuosittain (hankintalain soveltamisalalla näistä on 15 miljardia euroa).<sup>102</sup> Jos edes osa tuosta julkisen sektorin kulutuksesta voitaisiin tehokkaasti ohjata ympäristön kannalta suotuisiin ratkaisuihin, voitaisiin julkisilla hankinnoilla tukea vihreää siirtymää. Euroopan komissio tulee lähiaikoina antamaan ehdotuksen pakottavasta vihreiden hankintojen sääntelystä. On odotettavissa, että tuleva sääntely asettaa tiettyjä veloitteita ottaa ympäristötekijät huomioon kaikissa hankinnoissa.<sup>103</sup>

Pakottavat vihreät vaatimukset yhdistettynä julkisen sektorin ostotoiminnan taustalla vaikuttavaan tavoitteeseen hallinnollisen taakan hillitsemisestä voivat kuitenkin johtaa entistä ongelmallisempaan tilanteeseen. Vihreät hankinnat edellyttävät hankintayksiköiltä resursseja ja erityistä osaamista.<sup>104</sup> Julkisen sektorin rajallisten resurssien vuoksi on kuitenkin olemassa riski, että tulevan lainsäädännön vihreitä veloitteita toteutetaan tavalla, jossa hallinnolliset kustannukset pyritään minimoimaan. Tällöin käyttöön valikoituisi yleisellä tasolla olevia kriteereitä, joiden ympäristövaikutuksia ei tunneta tai joita ei kyetä mitaamaan. Vihreiden hankintojen lisääminen pakottavan lainsäädännön keinoin voisi siinä tapauksessa vaikeuttaa julkisten hankintojen taloudellisten ja ympäristötavoitteiden tehokasta toteutumista entisestään. Yleistä pakottavaa vihreitä hankintoja koskevaa sääntelyä parempi vaihtoehto saattaisikin olla asettaa tuote- ja palveluryhmäkohtaiset, koko julkisen sektorin yhteiset, vihreät kriteerit niille toimialoille, joissa ympäristövaikutuspotentiaali on suurin. Riskinä tällöinkin tosin olisi, että positiiviset ympäristövaikutukset voisivat valua hukkaan yksityisen kysynnän muutosten kautta erityisesti silloin, jos yksityinen kulutus on

102. Merisalo et al. 2021, s. 135–136.

103. Ks. Komission tiedonanto, COM(2020) 98 final, s. 6 ja Komission tiedonanto, COM(2020) 21 final, s. 12.

104. Ks. Commission Recommendation (EU) 2017/1805 of 3 October 2017 on the professionalisation of public procurement – Building an architecture for the professionalisation of public procurement, C/2017/6654.

merkittävässä roolissa kyseisellä toimialalla. Siinä tapauksessa julkisia hankintoja tehokkaampi keino olisi ohjata kysyntää sektorikohtaisen lainsäädännön kautta, jolloin vihreät vaatimukset ulottuisivat koko toimialaan sen asiakaskunnasta riippumatta.

### 3. Lopuksi

Julkisten varojen käytön tehokkuudella on valtava merkitys markkinoihin perustuvissa ja markkinoiden toimivuudesta riippuvaisissa julkisissa hankinnoissa. Tehokkuusargumenteilla on ollut myös hankintasääntelyä ohjaava vaikutus. Useimmiten taloudellisen tehokkuuden tarkastelu on kuitenkin keskittynyt julkisen sektorin, ja joskus myös tarjoajayritysten, hallinnollisen taakan minimointiin. Tehokkuutta ei tällöin nähdä koko yhteiskunnan tai sen hyvinvoinnin maksimoinnin tasolla, vaan tavoitteena on sujuvoittaa tarjouskilpailuun osallistuvien tahojen toimintaa. Tarkastelemalla eri käytännöistä tai sääntelystä aiheutuvia suoria kustannuksia, jää laajempi kansantaloudellinen näkökulma piiloon, vaikka se on integroituneena hankintasääntelyyn ja sen tavoitteisiin. Olisi toivottavaa, että jatkossa hankintasääntelyä uudistettaessa hyödynnettäisiin näitä koskevaa tutkimustietoa laajemmin ja järjestelmän tehokkuutta arvioitaessa huomioitaisiin kokonaisvaltaisemmin myös markkinoille tästä sääntelystä ja hankintayksiköiden toimista välillisesti aiheutuvat kustannukset.

Hyvinvoinnin maksimointistandardia voi esimerkiksi hyödyntää tarkastellessa velvollisuutta hankintasopimusten osiin jakamiseen, markkinaolosuhteiden huomiointiin kilpailun määrän lisäämiseksi tai vihreitä hankintoja koskevan velvoittavan sääntelyn tarpeen arvioimiseksi. Kaldor–Hicks-standardista voi olla apua myös muutoksenhakujärjestelmän uudistamistarvetta arvioitaessa ja budjetoitaessa markkinaoikeuden mahdollista lisäresursointitarvetta. Samaa standardia olisi mahdollista soveltaa myös yksittäisissä hankintayksiköissä tarjouskilpailuja valmisteltaessa.

Lainsäätäjän ja hankintayksiköiden valinnoilla on merkitystä hankintalain tavoitteiden toteutumisen kannalta. Tehokkaasti toimivan julkisten hankintojen järjestelmän kautta voidaan luoda miljardiluokan säästöjä. Jos kuitenkin sääntelyvalinnat pohjautuvat ensisijaisesti julkisen sektorin hallinnollisten kustannusten minimointiin, haetaan säästöjä vääristä paikoista. Tällöin tavoite julkisten varojen tehokkaasta käytöstä vaarantuu ja huomattavasti suurempi säästöpotentiaali voi jäädä toteutumatta.

## Perspectives on the effectiveness of public procurement

KIRSI-MARIA HALONEN, LL.D., Professor, University of Lapland

The main objective of public procurement is to procure in such a way that the result fulfils the expectations and the needs of contracting authorities while using public funds as efficiently as possible (best value for money). This does not usually mean buying the cheapest option, but rather optimising for quality and price. Public procurement works effectively when it is able to attract sufficient competition, benefit from market conditions, and obtain the best possible price and quality for the needs of the public sector.

The aim of the article is to examine, using the Kaldor–Hicks efficiency standard (welfare maximisation), the role of economic efficiency arguments in the design of public procurement rules. In addition to this cost-effectiveness analysis, the article draws attention to the objective of minimising administrative burden and public sector costs that has had an impact on public procurement rules over the years.

Economic tensions and cost-effectiveness in public procurement are examined by means of three examples: 1) The effectiveness of competition; 2) the effectiveness of the remedies system; and 3) the effectiveness of green public procurement. These examples illustrate the strong economic link between the public procurement system and regulation: Regulatory options are largely assessed in terms of their economic consequences.

As a conclusion it is submitted that economic efficiency arguments have played a significant role in the design of public procurement rules, but so far procurement regulation and practice have focused much on minimising the administrative costs of contracting authorities and sometimes also of economic operators participating to public contract awards, rather than maximising well-being and overall cost-effectiveness. Such focus on administrative costs looks for savings from “the wrong places” and is problematic from the perspective of efficient use of public funds.

# Veron kiertäminen tutkimuskohteena – tutkimuksen näkökulmia, menetelmiä ja suuntauksia koskeva oikeusvertaileva tarkastelu

**ASIASANAT:** vero-oikeus, tuloverotus, veron kiertäminen, oikeusvertailu, tutkimusmenetelmät

## 1. Johdanto

Veron kiertäminen tutkimuskohteena on ollut pitkään suosittu aihe, joka yhä edelleen kiinnostaa vero-oikeuden tutkijoita. Tutkimusaihe on haasteellinen sekä teoreettisesti että käytännöllisesti. Veron kiertämisestä ei oikeastaan pystytä tyhjentävästi edes määrittelemään, vaikkakin siihen puuttumiseksi jonkinlainen tunnusmerkistö on eri valtioiden verolainsäädännöissä oleviin yleislausekkeisiin<sup>1</sup> toki tullut sisällyttää. Käytännössä veron kiertämisestä kertovat parhaiten ne oikeustapaukset, joissa on otettu kantaa hyväksyttävän verosuunnittelun ja ei-hyväksyttävän veron kiertämisen rajanvetoon.

Veron kiertämisestä puhuttaessa on syytä erottaa termin yleinen ja legaalitekninen käyttöyhteys.<sup>2</sup> Yleisen määrittelyn näkökulmasta veron kiertämisellä voidaan viitata moniin erilaisiin toimiin, joilla pyritään välttelemään verotusta ja joita sitten jälkikäteen voidaan arvioida myös varsinaisten veron kiertämistä koskevien normien valossa. Toiseksi voidaan puhua veron kiertämisen *legaaliteknisestä*, lakisidonnaisesta käyttöyhteydestä, jolloin nimenomaan jälkikäteisesti arvioiden jokin toimi lain (tai oikeuskäytännön) nojalla katsotaan veron kiertämiseksi, tai ainakin esitetään oikeudellinen vaatimus siitä, että jokin toimi tulisi jonkin veron kiertämistä koskevan normin valossa sellaiseksi katsoa. Verotusmenettelystä annetun lain (1558/1995, VML, myös verotusmenettelylaki) 28 §:ssä termiä käytetään tässä merkityksessä: toimet, joihin puututaan tämän yleislausekkeen nojalla, niiden täyttäessä lainkohdassa kuvatun tunnusmerkistön, ovat veron kiertämistä.<sup>3</sup>

\* Reijo Knuutinen, OTT, professori, Turun yliopisto.

1. Engl. general anti-avoidance rule (GAAR).

2. Ks. Reijo Knuutinen, Verosuunnittelun oikeudelliset ja yhteiskunnalliset rajat. Alma Talent 2020 (Knuutinen 2020a), s. 31–33 viittauksineen.

3. Veron kiertämisenä voidaan pitää myös sellaisia välimuototapauksia, joissa tavoiteltujen etujen epääminen on tapahtunut aineellisen verolainsäädännön tavanomaisella eli normaalitulkinnalla.

Tässä artikkelissani, joka koskee veron kiertämistä (tai siihen puuttumista) vero-oikeudellisena *tutkimuskohteena*, viittaan veron kiertämisellä ensisijaisesti käsitteen legaalis-tekniseen merkitykseen.<sup>4</sup> Tarkastelen oikeusvertailevasti, minkälaisia kysymyksenasetteluja tutkimukset ovat sisältäneet, millä lähestymistavoilla tai tutkimusmenetelmillä aihetta on tutkittu, ja minkälaisia tutkimussuuntauksia aiheen suhteen on vertailuvaltioissa muodostunut.<sup>5</sup> Vertailuvaltioina Suomen ohella ovat Saksa ja Ruotsi.

Vaikka veron kiertämisellä eri valtioissa on ollut paljon yhteisiä piirteitä, on valtioiden suhtautuminen tarkasteltavaan ilmiöön vaihdellut, mikä on näkynyt esimerkiksi siinä, millä tavoin ja missä historiallisessa vaiheessa veron kiertämiseen on sitä koskevalla yleislausekkeella puututtu. Keinot puuttumiseen ovat myös vaihdelleet riippuen siitä, minkälainen traditio valtiossa on ollut lainsäädäntötekniikan ja oikeudellisen tulkinnan vapausasteiden suhteen. Toisaalta veron kiertämistä koskeva tutkimus on vastaavasti ollut osaltaan vaikuttamassa näihin mainittuihin valtiokohtaisiin ominaispiirteisiin, niin lakien säätämisen kuin niiden tulkinnan tasolla.

## 2. Veron kiertäminen, oikeudellisen tutkimuksen metodit ja tutkimus vertailuvaltioissa

Veron kiertämisen ilmiön tutkiminen saattaa olla mahdollista kaikilla oikeudellisen tutkimuksen eri metodeilla. Johtuen verolainsäädäntöjen erilaisesta kehityksestä myös veron kiertämisen ilmiötä koskevat tutkimukselliset painotukset ja suuntauksat eroavat valtioiden välillä. Yleislausekkeen säätäneessä valtiossa päähuomio on varmaankin sen soveltamiskäytännössä ja -kriteereissä (lainopillinen tutkimus),<sup>6</sup> kun taas valtiossa, jossa sitä ei ole tai ole ollut, sen säätämisen tarpeellisuutta ja mahdollisia vaikutuksia on arvioitu ja punnittu (veropoliittinen

Ks. esim. KHO 2016:71 ja vrt. tapaukseen KHO 2016:72. Säätelyn tasolla veron kiertäminen voidaan ymmärtää näin ollen siten, että sillä tarkoitetaan yleislausekkeen ohella myös muita säännöksiä, joiden veropoliittisena tarkoitusperänä on ollut verolainsäädännön tarkoituksen vastaisten väärinkäytösten estäminen. Ks. myös Matti Urpilainen, Vapaa liikkuvuus ja verosuvereniteetti Euroopan unionin sisämarkkinoilla. Lakimiesliiton Kustannus 2012, s. 151.

4. Tarkastelu koskee ensisijaisesti tuloverotusta.

5. Olen eräitä tämän kirjoituksen teemoja käsitellyt myös mm. väitöskirjassani Muoto ja sisältö vero-oikeudessa – erityistarkastelussa rahoitus- ja sijoitusinstrumentit. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009 sekä artikkelissani Veron kiertämistä koskevien yleislausekkeiden historiallinen kehitys, soveltamisedellytykset ja soveltamisen pidäkkeet eräiden valtioiden kansallisessa vero-oikeudessa. Lakimies 1/2020 (Knuutinen 2020b), s. 28–54.

6. Lainopillisessa tutkimuksessa voidaan edelleen tehdä eroa teoreettisen ja käytännöllisen haaran välillä. Ks. ja vrt. Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi. WSOY 2000, s. 303, jossa hän jakaa

tutkimus). Molemmissa tapauksissa oikeudellisessa tutkimuksessa tulee kuitenkin varsin pian eteen ilmiöön liittyvät syvemmät kysymykset, koskien esimerkiksi oikeudellista tulkintaa ja argumentaatiota, tai erilaisia oikeusnormityyppejä ja niiden välisiä suhteita (oikeusteoria). Kaikissa näissä lähestymistavoissa voidaan edelleen hyödyntää oikeusvertailua, mikä onkin ollut veron kiertämistä koskevissa tutkimuksissa yleistä. Oikeusjärjestelmien tasoilla tutkimus voi sijoittua joko kansalliseen, ylikansalliseen (EU-vero-oikeus) tai kansainväliseen (verosopimusoikeus) kontekstiin.

Veron kiertämisen ilmiö on ihanteellinen aihe *oikeusvertailevalle* lähestymistavalle. Aineellinen verolainsäädäntö voi erota suurestikin eri valtioiden välillä, mutta monet veron kiertämisen tyyppitilanteet<sup>7</sup> kuten myös lähestymistavat veron kiertämiseen puuttumiseksi ovat varsin samankaltaisia eri valtioissa. Veron kiertämisestä onkin tehty useita väitöskirjoja ja muita tutkimuksia, jossa oikeusvertailu on keskeisessä roolissa. Aihe on otollinen vertailulle riippumatta siitä, onko tutkimuksen päämetodi lainopillinen, veropoliittinen vai oikeusteoreettinen.

*Kari S. Tikan* väitöskirja ”Veron minimoinnista”<sup>8</sup> sisälsi suhteellisen laajan oikeusvertailevan jakson, minkä lisäksi Suomessa veron kiertämisen teemaa koskevaa oikeusvertailua sisältyy laajemmin myös omaan väitöskirjaani.<sup>9</sup> Ruotsissa *Dag Helmers* väitteli jo vuonna 1956 kirjallaan ”Kringående av skattelag”.<sup>10</sup> Tuohon aikaan Ruotsissa vasta pohdittiin yleislausekkeen tarpeellisuutta, mihin Helmers toi oman kontribuutionsa laajan oikeusvertailun sisältävällä tutkimuksellaan. *Ulrika Rosander* julkaisi vuonna 2007 väitöskirjansa ”Generalklausul mot skatteflykt”.<sup>11</sup> Myös tämä päämetodiltaan lainopillinen väitöskirja sisälsi laajan oikeusvertailun, joissa ensisijaisina vertailuvaltioina Ruotsiin nähden olivat Saksa ja Kanada. Jossain määrin oikeusvertailua sisälsi myös *Anders Hultqvistin* väitöskirja ”Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen”, joka pääasiassa keskittyi lainopillisiin ja oikeusteoreettisiin kysymyksiin.<sup>12</sup> Saksassa veron kiertämistä koskevia väitöskirjoja ja muita tutkimuksia on tehty luonnollisestikin

modernin oikeuden oikeustieteen tulkintalainoppiin, teoreettiseen lainoppiin, oikeusteoriaan ja oikeusfilosofiaan.

7. Tuloverotuksen osalta tapaukset ovat voineet koskea esimerkiksi keinotekoisesti luotuja tappioita, tai monivaiheisiin järjestelyihin lisättyjä yksittäisiä vaiheita vain veroetujen tavoittelemiseksi.
8. Veron minimoinnista. Tutkimus tulo- tai omaisuusverosta vapautumisen tarkoituksessa tehdyistä toimista lainsoveltamisongelmana erityisesti silmällä pitäen verotuslain 56 §:ää. Helsingin yliopisto 1972.
9. Knuutinen 2009.
10. Kringående av skattelag. Studier i svensk och utländsk beskattningsrätt. Almqvist & Wiksell 1956.
11. JIBS Dissertation Series, 2007. Kuten hän (s. 11) tutkimukseensa valitsemiaan vertailuvaltioita perustellessaan toteaa, olisi Suomi ollut ilman kielellisiä vaikeuksia erinomainen valinta oikeusvertailuun.
12. Juristförlaget 1995.

huomattavasti suurempi määrä, eikä laajan tuotannon esitleminen ole tämän artikkelin puitteissa mahdollista. Esimerkkeinä erityisesti oikeusvertailua sisältävistä tutkimuksista voidaan mainita *Karsten Nevermannin* väitöskirja ”Justiz und Steuerumgehung: Ein kritischer Vergleich der Haltung der Dritten Gewalt zu kreativer steuerlicher Gestaltung in Großbritannien und Deutschland”<sup>13</sup> sekä *Markus Seilerin* väitöskirja ”GAARs and Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU”<sup>14</sup>.

Tässä artikkelissa kysymys ei ole kuitenkaan niinkään veron kiertämisen ilmiön tutkimuksesta lainopillisesta, veropoliittisesta tai oikeusteoreettisesta näkökulmasta, vaan ”tutkimuksen tutkimuksesta”, eli veron kiertämisen tutkimuksen tarkastelusta oikeusvertailevasti.<sup>15</sup> Kuten edellä jo todettiin, tarkastelen tutkimuksissa omaksuttuja näkökulmia ja kysymyksenasetteluita, metodologisia valintoja sekä vertailtavissa valtioissa muodostuneita tutkimussuuntauksia. Metodologiset valinnat ovat usein luonnollista seurausta siitä, minkälaisesta lähtökohtatilanteesta jotakin ilmiötä tutkitaan ja minkälainen on tiedonintressi tutkittavaan ilmiöön nähden. Lähtökohtatilanne vertailuvaltioissa on ollut erilainen johtuen muun muassa siitä, että valtiot ovat päätyneet yleislausekkeen säätämiseen eri aikoihin.

### 3. Saksa

#### 3.1. Yleislauseke ja taloudellinen katsantotapa

Vertailtavissa valtioissa veron kiertämistä koskeva yleislauseke on ollut pisimpään voimassa Saksassa, joten on perusteltua aloittaa tarkastelu siitä. Saksassa yleislauseke on ollut osa verojärjestelmää jo yli vuosisadan ajan. Vuonna 1919 voimaan tulleen yleisen verolain<sup>16</sup> § 5 sisältämän yleislausekkeen itsenäinen merkitys jäi kuitenkin käytännössä vähäiseksi, sillä samanaikaisesti lakiin oli sisällytetty myös säännös koskien niin sanottua taloudellista katsantotapaa (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*).<sup>17</sup> Yleislausekkeen sijaan monet verotapaukset ratkaistiin varsinkin sotien välisenä aikana tällä erityisellä tulkintatavalla. Taloudellinen

13. Duncker & Humblot 1994.

14. Linde 2016.

15. Sitä, millä tavoin ja mistä metodologisista lähtökohdista veron kiertämistä on ensisijaisesti Suomessa tutkittu, käsittelee myös Janne Aer tutkimuksessaan ”Formalismi, realismi ja verolain kiertäminen”. Oikeustiede–Jurisprudentia LI:2018. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2018, s. 5–82.

16. Reichsabgabenordnung (RAO).

17. ”Bei der Auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen.” § 4 RAO (myöhemmin § 9 RAO)

katsantotapa merkitsi jonkin asteista irtiottoa yksityisoikeudellisista käsitteistä ja luokitteluista: yksityisoikeudellinen käsiteydin sai taloudellisen katsantotavan mahdollistavan vapaan tulkinnan myötä vero-oikeudellisessa yhteydessä itsenäisen vero-oikeudellistaloudellisen sisältönsä.<sup>18</sup> Tämän myötä tulkinta saattoi mennä lain sanamuodon ulkopuolelle.<sup>19</sup>

Toisen maailmansodan jälkeisinä vuosina ylin veroasioita käsittelevä tuomioistuin *Bundesfinanzhof* alkoi kuitenkin korostaa jälleen oikeudellisen järjestelmän koherenssia ja sidonnaisuutta yksityisoikeuteen vero-oikeudellisessa tulkinnassaan.<sup>20</sup> Tasapainon hakeminen vero-oikeuden ja yksityisoikeuden väliseen sidonnaisuuteen onkin ollut Saksan vero-oikeustieteessä yksi keskeisimmistä kysymyksistä.

Yleinen verolaki uusittiin vuonna 1977,<sup>21</sup> jolloin taloudellinen katsantotapa säännöksenä jäi laista pois. Muutoksen jälkeen yleislausekkeen itsenäinen merkitys verotus- ja oikeuskäytännössä korostui. Taloudellisen katsantotapa oli kuitenkin jättänyt saksalaiseen tulkintaperinteeseen ja oikeudelliseen ajatteluun pysyviä jälkiä. Vaikka tämä erityinen tulkintatapa ei varsinaisesti ole enää sallittu, niin yhä edelleen useat oikeustieteilijät ovat sitä tukemassa, erityisenä vero-oikeudellisena, taloudellista sisältöä korostavana tulkintatapana.<sup>22</sup> Oikeustieteessä ei tosin koskaan päästy yksimielisyyteen siitä, mitä taloudellinen katsantotapa varsinaisesti tarkoitti. *Klaus Tipken* mukaan tulkinta taloudellista katsantotapaa käyttäen ei ole varsinaisesti oma erityinen metodinsa, vaan kysymys on normin taloudelliseen tarkoitukseen orientoituneesta teleologisen tulkinnan muodosta.<sup>23</sup>

Vaikka yleislauseke on ollut Saksassa osa verojärjestelmää jo pitkään, niin kuvatusta taustatilanteesta johtuen veron kiertämistä koskevassa tutkimuksessa-kin kiinnostus on kohdistunut vero-oikeuden *tulkinnan yleisempiin kysymyksiin*, kuten yksityisoikeuden ja vero-oikeuden suhteeseen (vero-oikeuden autonomisuus) tai analogisen tulkinnan mahdollisuuksiin ja rajoihin. Vero-oikeuden

1931, vuodesta 1934 alkaen § 1 II Steueranpassungsgesetz). Ks. taloudellista katsantotavasta Knuutinen 2009, s. 318–324.

18. Ks. tästä Klaus Tipke: *Die Steuerrechtsordnung* (Band III). Verlag Dr. Otto Schmidt 1993, s. 1285–1287.

19. Christine Osterloh-Konrad – Wolfgang Schön, Germany, s. 95–124 teoksessa *Comparative Income Taxation. A Structural Analysis* (Fourth Edition). Wolters Kluwer 2020, s. 112.

20. Tipke 1993, s. 1288. Ks. Ekkehart Reimer, Germany, s. 343–384 teoksessa Ana Paula Dourado (ed), *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. IBFD 2017, s. 345–346, jonka mukaan yhtenä syynä yleislausekkeen pidättäytyvämpään käyttöön sotien jälkeen oli kansallissosialismin aikakausi: tuomioistuimissa oli yleislausekkeeseen nojautuen tehty ratkaisuja ideologia-pohjaisesti tai vastauksena poliittisiin odotuksiin.

21. *Abgabeordnung* (AO).

22. Ks. Osterloh-Konrad – Schön 2020, s. 112 ja 120.

23. Ks. Tipke 1993, s. 1284: ”[...] Auslegung im Sinne ’wirtschaftlicher Betrachtungsweise’ [...] ist keine besondere Methode, sondern eine sich am wirtschaftlichen Normzweck orientierende teleologische Interpretation”.



autonomisuus on ollut Saksassa kysymys, joka on puhututtanut vuosikymmeniä, ellei jopa aina 1920-luvulta alkaen.<sup>24</sup> Oikeustieteilijät alkoivat laajamittaisemmin tarkastelemaan yleislausekkeeseen liittyviä teoreettisia ja metodologisia kysymyksiä kriittisesti vasta 1970-luvulta alkaen.<sup>25</sup>

### 3.2. Positivistit ja antipositivistit

Saksalaisen vero-oikeudellisen tutkimuksen ja keskustelun yksi hallitseva piirre on ollut polarisoituminen lain sanamuotoa painottaviin positivisteihin ja lain tarkoitusta painottaviin antipositivisteihin. Tämä on näkynyt erityisesti suhtautumisessa oikeudelliseen tulkintaan: halutaanko säännösten tulkinnassa sitoutua termien yksityisoikeudelliseen merkitykseen, vai sallia itsenäinen ja siten joustavampi vero-oikeudellinen merkityssisältö ja tulkinta. Näkemyserot ovat koskeneet myös analogian käytön sallittavuutta tai sitä, minkälaisissa tilanteissa veronkiertonormeja voidaan soveltaa.

Positivistista ajatussuuntausta on edustanut esimerkiksi *Werner Flume*. Hänen mukaansa verotus on mitä suurimmassa määrin tahdonvaltaista, positivistiseen oikeuteen perustuvaa. Verolaisia ei voi olla niin sanotusti aukkoa, koska ei ole sellaista tilannetta, jossa muutoin kuin vain lain johdosta tulisi verottaa.<sup>26</sup> Lain analoginen soveltaminen torjutaan: *“Für eine steuerverschärfende Analogie ist im Steuerrecht so wenig Raum wie im Strafrecht.”*<sup>27</sup>

Toiset oikeustieteilijät kuten *Klaus Tipke* sitä vastoin katsovat, että laki ja oikeus, *Gesetz und Recht*, eivät voi oikeusvaltiossa olla ristiriidassa keskenään. Lakien tehtävänä ei ole vain oikeusvarmuuden (*Rechtssicherheit*), vaan myös oikeudenmukaisuuden (*Gerechtigkeit*) lisääminen verotuksessa. Oikeusvaltioajatuksessa on siten sekä formaali että materiaallinen puolensa.<sup>28</sup> Vero-oikeudessa

24. Ks. Wolfgang Schön, *Interpretation of Tax Statutes in Germany*, s. 69–79 teoksessa Klaus Vogel (ed), *Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*. Kluwer 1998, s. 71. Schön nimeää aikaisemman vaiheen osalta yksityisoikeudellisen sidonnaisuuden puolustajaksi Albert Hanselin, autonomisen linjan kannattajaksi puolestaan Enno Beckerin, joka oli keskeisessä roolissa yleisen verolain valmistelun osalta. Myöhemmin vero-oikeuden itsenäisyyden ”vapautusliikettä” on Schönin mukaan johtanut Klaus Tipke.

25. Seiler 2016, s. 12.

26. Ks. Werner Flume: *Der gesetzliche Steuerbestand und die Grenzstatbestände in Steuerrecht und Steuerpraxis*. Steuerberater-Jahrbuch 1967/68. Verlag Dr. Otto Schmidt 1968, s. 63–94, 65–68.

27. Werner Flume: *Steuerrechtsprechung und Steuerrecht*. Steuerberater-Jahrbuch 1985/86. Verlag Dr. Otto Schmidt 1986, s. 277–310, 297.

28. Ks. Klaus Tipke – Joachim Lang, *Steuerrecht* (20. völlig überarbeitete Auflage). Verlag Dr. Otto Schmidt 2010, s. 78 ja 107 (§ 4 Rz. 51 ja 150). Ks. myös Klaus Tipke, *An den Grenzen der Steuerberatung: Steuervermeidung, Steuerumgehung, Steuerhinterziehung*. Steuerberater-Jahrbuch 1972/73. Verlag Dr. Otto Schmidt 1973, s. 509–532, 512: “[...] so hat auch de steuerrechtliche Gesetzesvorbehalt im besonderen zwei Wurzeln: eine demokratische und eine rechtsstaatliche.” Tätä ajatussuuntaa arvioi kriittisesti Flume 1986, s. 282–284, ks. esim. s. 283:

oikeusvaltion formaalin puolen perustavoitteesta eli oikeusvarmuudesta vastaa ennen kaikkea legaliteettiperiaate, joka konkretisoituu verolakien täsmällisyysvaatimuksena tai takautuvan verolainsäädännön kieltona. Oikeusvaltioajatus ei kuitenkaan tyhjenny vain tähän formaaliin puoleensa, eikä se siten ole esimerkiksi aukkojen täyttämisen esteenä puutteellisten säädösmuotoilujen yhteydessä tai analogisen tulkinnan esteenä, jotta säännöksiä voitaisiin käyttää niiden tarkoituksen edellyttämällä tavalla.<sup>29</sup> Oikeusvaltioajatuksen materiaalin puoli merkitsee oikeudenmukaisuuden toteutumista.<sup>30</sup>

Veron kiertämiseen liittyvät teoreettiset pohdinnat saivat tuulta alleen erityisesti 1970-luvulta eteenpäin.<sup>31</sup> Koulukuntakohtaiset näkemyserot ovat liittyneet yleislausekkeen oikeusteoreettiseen asemaan. *Innentheorien* kannattajat ovat kieltäneet yleislausekkeen materiaallisen merkityksen: yleislauseke on nähty vain esimerkkinä aineellisten verosäännösten vapaammasta, lain tarkoitusta painottavasta teleologisesta tulkintatavasta. Koska yleislausekkeella ei teleologisen tulkinnan apunormina ole itsenäistä merkitystä, niin väärinkäyttöä koskevalla arvioinnillakaan ei ole tulkinnassa varsinaisesti merkitystä.<sup>32</sup> *Außentheorien* kannattajat sitä vastoin korostavat yleislausekkeen itsenäistä relevanssia: esimerkiksi analoginen tulkinta ei olisi mahdollista ilman yleislausekkeen antamaa valtuutusta.<sup>33</sup> Kuten jäljempänä todetaan, vastaavaa keskustelua on käyty myös suomalaisessa vero-oikeustieteessä erityisesti 1960- ja 1970-luvulla. Analyyttinen tutkimushaara katsoi, että yleislausekkeella ei ollut oikeastaan itsenäistä merkitystä, ja tarkasteli sitä lähinnä vain siviilioikeudellisten pätemättömyysoppien valossa.

### 3.3. Yleislausekkeeseen tehdyt muutokset

Toisin kuin Suomessa, jossa yleislausekkeen teksti on ollut käytännöllisesti katsoen koko sen olemassaolon ajan samanlainen, on Saksan yleislausekkeen tekstiin tehty vuosien varrella useita muutoksia, joiden tarkoituksena on ollut vaikuttaa sen soveltamisrajoihin. Muutokset kertovat osaltaan pyrkimyksestä ennen kaikkea oikeusjärjestyksen normien loogiseen ristiriidattomuuteen, mutta myös laajemmin koko oikeusjärjestelmän sisällölliseen johdonmukaisuuteen. Tällaiset pyrkimykset ovat havaittavissa esimerkiksi siinä, millä tavoin on pyritty

”Nun, dies alles sind rhetorische Phrasen, die mit dem Rechtsprobleme der positivistischen Natur des Steuerrechts nichts zu tun haben.”

29. Tipke – Lang 2010, s. 79 (§ 4 Rz. 53).

30. Ks. tästä Tipke – Lang 2010, s. 79–82 (§ 4 Rz. 60–67).

31. Ks. esim. Wolfgang Gassner, *Interpretation und Anwendung der Steuergesetze: kritische Analyse der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Steuerrechts*. Wirtschaftsverlag Orac, 1972.

32. Ks. Seiler 2016, s. 28.

33. Ks. Tipke 1993, s. 1326–1327. Ks. Seiler 2016, s. 32, jonka mukaan analogisen tulkinnan mahdollisuuden hyväksymisessä on ehkä konkreettisin koulukuntien välinen ero.

ratkaisemaan kiistanalaista kysymystä veron kiertämisestä koskevien erityisten ja yleisten normien suhteesta.

Tuomioistuimet ovat huomattavasti useammin hylänneet kuin hyväksyneet verohallinnon vaatimukset yleislausekkeen soveltamisesta. Etenkin *Bundesfinanzhof* on toiminut soveltamista rajoittavana vastavoimana. Tämä ylin tuomioistuin on ollut usein *lex specialis* -tulkinnan kannalla, kun taas Saksan valtionvarainministeriöllä ja liittovaltion verohallinnolla on ollut yleislausekkeen ja erityissäännösten suhdetta koskevaan kysymyksen erilainen suhtautuminen. Mitä haluttomampia tuomarit ovat olleet yleislausekkeeseen nojautumisessa, sitä enemmän on tarvittu erityissäännöksiä, mikä on käytännössä edelleen kaventanut yleislausekkeen soveltamisalaa.<sup>34</sup>

Lainsäädännöllisesti asiaan on pyritty vaikuttamaan lisäämällä vuonna 2001 yleislausekkeeseen toinen kappale, jotta suhde erityissäännöksiin tulisi selväksi. Lisäyksellä haluttiin mahdollistaa yleislausekkeen käyttö myös niissä tilanteissa, joissa jonkin erityisen veronkiertonormin soveltaminen voi tulla kyseeseen. Oikeustila asiassa ei kuitenkaan varsinaisesti muuttunut: sekä oikeuskäytännössä että oikeuskirjallisuudessa katsottiin edelleen, että jos jokin toimi läpäisee veron kiertämistä koskevan erityislainsäädännön testin, ei asiaa enää tämän jälkeen tule arvioida yleislausekkeen valossa.<sup>35</sup>

Vuonna 2008 yleislausekkeen tekstiä jälleen uudistettiin.<sup>36</sup> Valmisteluvaiheessa tavoitteena näyttää alun perin olleen yleislausekkeen vahvistaminen, sen soveltamisalaa laajentamalla. Joidenkin näkemysten mukaan tuomioistuinten tulkinta oli nimittäin ollut turhan verovelvollisyysohenteista, mihin haluttiin muutosta.<sup>37</sup> Tarvetta säännöstekstin täsmentämiseen katsottiin olevan myös siitä syystä, että *Bundesfinanzhof* ei ole ollut yksimielinen muun muassa niin sanotun subjektiivisen tarkoituksen kriteerin merkityksestä.<sup>38</sup> Uudessa muotoilussa veron kiertämisen oikeudellinen määritelmä ja lausekkeen soveltamisedellytykset esitettiin eksplisiittisesti tekstissä, minkä lisäksi siitä poistettiin yleisen ja erityisten normien suhdetta koskeva, vuonna 2001 lisätty kappale. Soveltamisedellytysten kodifioimisella pyrittiin vastaamaan oikeusvarmuutta ja ennustettavuutta koskevaan kritiikkiin.<sup>39</sup>

34. Reimer 2017, s. 345–348; Gerhard Kraft, Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules: Germany (Cahiers 103a). Sdu 2018, s. 339–358, 340.

35. Ks. tästä Palm 2012, s. 178–181.

36. Ks. tästä Knuutinen 2020b, s. 33.

37. Wolfgang Kessler – Rolf Eicke, Germany’s New GAAR – ‘Generally Accepted Antiabuse Rule?’ Tax Notes International 2008, s. 151–153; Ulrich Palm, Germany, s. 149–191 teoksessa Karen B. Brown (ed), A Comparative look at Regulation of Corporate Tax Avoidance. Springer 2012, s. 176.

38. Palm 2012, s. 167–168.

39. Ks. Drucksache 16/6290 (4.9.2007), s. 80–81. Ks. oikeustieteen esittämästä kritiikistä myös Palm 2012, s. 177.

Yleislauseke ja sen kehittäminen ei ole kuitenkaan yksinkertainen asia. Kriittikkiä tutkijoilta kuten myös käytännön toimijoilta tuli vuoden 2008 muutoksen valmisteluvaiheessa, mikä sitten osaltaan vaikutti siihen, että muutokset jäivät melko vähäisiksi. Toisaalta kritiikkiä on tullut tästäkin, eli siitä, että lainsäätäjä ei onnistunut kaikissa asetetuissa tavoitteissaan.<sup>40</sup> Yhtenä pyrkimyksenä oli painopisteen siirtäminen oikeuskäytäntöpohjaisesta veron kiertämisen määrittelystä ja rajanvedosta lakisidonnaisempaan suuntaan.<sup>41</sup> Käytännössä muutokset eivät tässä suhteessa olleet merkittäviä, sillä uusitut määrittelyt ja soveltamiskriteerit vastasivat varsin pitkälle oikeuskäytännössä vakiintuneita kriteereitä.<sup>42</sup>

### 3.4. Kokoavasti

Lähestymistavoiltaan erilaista veron kiertämistä koskevaa tai siihen liittyvää tutkimusta löytyy Saksasta valtavasti, useiden vuosikymmenten ajalta. Veron kiertämistä koskevia kysymyksiä on erityisesti lainopillisesta näkökulmasta tarkasteltu myös useissa tuloverotusta koskevissa kommentaareissa. Aihepiirin tutkimus on operoinut kaikilla tasoilla. Vero-oikeudellinen tutkimus on keskittynyt teoreettisiin kysymyksiin, lainopillisiin kysymyksiin ja osallistunut myös veropoliittisiin keskusteluihin siinä, miten yleislausekkeen muotoilua pitäisi muuttaa tai kehittää.

Lainsäädännön tasolla erityissäännösten ja yleislausekkeen suhdetta koskevaan asiaan on pyritty vaikuttamaan yleislausekkeen uudistuksilla, missä veron kiertämistä koskevalla lainopillisella ja veropoliittisella tutkimuksella on ollut oma luonteva roolinsa. Yleislausekkeen soveltamisedellytykset ovat täsmentyneet oikeuskäytännössä, lainopillinen tutkimus on näitä analysoinut ja systematisoinut, ja nyt soveltamisedellytykset on kodifioitu myös yleislausekkeen tekstiin. Vero-oikeudellinen tutkimus on siis osallistunut yleislausekkeen kehittämiseen omilla oikeudellisilla käytänteillään.

Positivisten ja antipositivistien välinen asetelma koskee perimmäistä suhtautumista oikeuteen. Eri koulukuntien väliset erot ovat näkyneet niin vero-oikeudellisessa tutkimuksessa kuin myös verotus- ja oikeuskäytännössäkin, minkä voinee arvioida pitäneen Saksassa jonkinlaista tasapainoista asetelmaa yllä. Korkein veroasioita käsittelevä tuomioistuin on näiden suuntauksien suhteen edelleen jakautunut: jotkut tuomarit painottavat verosäännösten suppeampaa ja sanamuotoon nojautuvaa, toiset vapaampaa tulkintatapaa.<sup>43</sup> Saman tyyppiin vastakkainasetteluun on Suomessa viitannut käsitepari formalistinen vs.

40. Ks. Palm 2012, s. 177–178.

41. Reimer 2017, s. 346.

42. Seiler 2016, s. 27.

43. Osterloh-Konrad – Schön 2020, s. 112.

realistinen tulkinta, ja jollakin tapaa tämä näkyy myös nykyisin siinä, kun oikeudellisen ratkaisun sanotaan perustuvan joko analyttiseen tarkasteluun tai kokonaisharkintaan.

## 4. Suomi

### 4.1. Yleislauseke VML 28 § edeltäjiin

Suomi on ollut veron kiertämiseen puuttumisessa useisiin muihin valtioihin – myös muihin Pohjoismaihin nähden – aikaisin liikkeellä. Yleislauseke otettiin käyttöön vuoden 1943 tulo- ja omaisuusverolaissa (1943/888).<sup>44</sup> Myöhemmin säännös siirtyi muotoilultaan samankaltaisena verotuslakiin (1958/482, 56 §) ja edelleen lakiin verotusmenettelystä (1995/558, VML, 28 §).<sup>45</sup>

VML 28 §:n 1 momentissa todetaan seuraavasti:

”Jos jollekin olosuhteelle tai toimenpiteelle on annettu sellainen oikeudellinen muoto, joka ei vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta, on verotusta toimittaessa meneteltävä niin kuin asiassa olisi käytetty oikeata muotoa. Jos kauppahinta, muu vastike tai suoritus aika on kauppa- tai muussa sopimuksessa määrätty taikka muuhun toimenpiteeseen on ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin, voidaan verotettava tulo ja omaisuus arvioida.”

Lainkohdan ensimmäinen virke viittaa muodon ja sisällön väliseen ristiriitaan: tällöin verotus toimitetaan sen mukaan kuin asiassa olisi käytetty oikeata muotoa. Tällöinkään verotus ei kuitenkaan nojautu välittömästi taloudelliseen sisältöön, vaan sellaiseen oikeudelliseen muotoon, joka vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta.

Veron kiertämistä koskevan yleislausekkeen soveltamisen on katsottu olevan Suomessa kansainvälisesti verraten yleistä.<sup>46</sup> Tämän voisi katsoa johtuvan ainakin kahdesta seikasta.

Ensinnäkin yleislausekkeemme on sanamuotoilultaan hyvin avoin. Kun esimerkiksi Ruotsin yleislausekkeessa kaikkien neljän lakiin kirjatun soveltamisedellytyksen tulee selvästi lain sanamuotoon kirjatun ”*och*”-sanana myötä täytyä,

44. Kunnallisverotuksessa eräänlainen yleislausekkeen edeltäjä otettiin käyttöön jo 1920-luvulla (1923/277).

45. Tuloverotusta koskevan verotusmenettelylain ohella vastaava lauseke löytyy myös useista muista verolajeja koskevista säädöksistä.

46. Kauko Wikström, Yleiset opit verotuksessa. Turun yliopisto 2008, s. 109.

jotta sitä voidaan soveltaa, niin Suomen yleislausekkeessa jommankumman tunnusmerkistöä kuvaavan lausekkeen ehdon täytyminen on riittävää.

Toinen seikka liittyy vero-oikeudelliseen tutkimukseen ja sen vaikutukseen. Suomessa on tehty kaksi veron kiertämisen ilmiöön keskittyvää väitöskirjaa, molemmat ajallisesti lähellä toisiaan. *Jaakko Voipion* tutkimus *Verotuksen kiertämisestä*<sup>47</sup> valmistui 1968, *Kari S. Tikan* tutkimus *Veron minimoimisesta* vuonna 1972. Molemmat väitöskirjat käsitelivät veron kiertämistä korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännön valossa, mutta erilaisista oikeusteoreettisista lähtökohdista käsin. Tikan realistista tulkintatapaa painottava linja voitti, ja väitöskirjassa esitettyä ajatusmallia on pidetty tämän jälkeen pitkään myös niin sanotusti vallitsevana käsityksenä. Säröääniä on kuulunut lähinnä vasta 2000-luvun puolella. Tulkinnallisen erimielisyyden hälveneminen johti osaltaan veronkiertonormin laajaan soveltamiseen verotuskäytännössä.<sup>48</sup>

## 4.2. Analyttinen koulukunta: Arne Rekola ja Jaakko Voipio

Jaakko Voipion väitöskirjan taustalla vaikutti vero-oikeudellisen suuntautumisen osalta korkeimman hallinto-oikeuden hallintoneuvoksena (1938–1947) ja Helsingin yliopiston finanssioikeuden professorina (1947–1962) toiminut *Arne Rekola*. Oikeusteoreettisesti Voipion väitöskirja nojaa puolestaan vahvasti analyttisen siviilioikeuteen<sup>49</sup> ja professori *Simo Zittingiin*.<sup>50</sup>

Rekolan lähtökohta oli yksityisoikeuspainotteinen, eli hän tulkitsi tuolloista TOL 95.2 §:ää oikeustoimien pätemättömyysoppien valossa. Simulaatiossa osapuolet ovat yhtä mieltä siitä, että oikeustoimi on tehty vain näön vuoksi. Dissimulaatiossa oikeustoimen näennäinen ulkonainen ilmaus sen sijaan peittää toisen, vakaasti tahdotun oikeustoimen. Rekola samaisti yleislausekkeen soveltamisalan näiden näennäisoikeustoimien kanssa.<sup>51</sup> Kuten Rekola asian ilmaisi: ”Näennäisoikeustoimen käsite näyttää siten olevan vero-oikeudessa sama kuin yksityisoikeudessaakin, vaikkei asiaa vero-oikeudellisissa tutkimuksissa suinkaan aina näin käsitetä.”<sup>52</sup>

47. Verotuksen kiertämisestä. Luovutustoimien vero-oikeudellisista vaikutuksista erityisesti silmällä pitäen näennäisluovutuksia sekä verovelvollisen yrityksiä määrätä oikeusvaikutusten syntymisestä. Helsingin yliopisto 1968.

48. Aer 2018, s. 11.

49. Kuten Aer 2018, s. 40 huomauttaa, väitöskirja tarkastettiin vuonna 1968, jolloin analyttinen siviilioikeus oli vakiinnuttanut asemansa lainopillisena lähestymistapana.

50. Kuten Voipio itse kirjansa esipuheessaan toteaa, käänteentekeväksi tutkimuksessa muodostui tutustuminen Zittingin teoksiin.

51. Arne Rekola, Tulo- ja omaisuusverolaki. Suomalainen Lakimiesyhdistys, WSOY 1947, s. 485–486 ja Arne Rekola, Osakkeiden lunastaminen ja tuloverotus. Lakimies 1953, s. 205–221, 209–212.

52. Rekola 1953, s. 211.

Voipion analyttisen siviilioikeuden oppeihin nojautuva tutkimus käsittelee oikeustoimien pätemättömyyttä, sopimusvapautta sekä yleisemminkin yksityisoikeudellisia oikeussuhteita. Analyttiselle tutkimustavalle on ominaista, että oikeudelliset kysymykset pyritään ratkaisemaan kussakin erityyppisessä henkilösuhteessa olevat erityispiirteet huomioon ottaen.<sup>53</sup> Veronsaajat ovat tässä analyysissä niin sanottuja sivullisia, eikä veronsaajien suoja ole järjestetty periaatteellisesti tarkastellen toisin kuin muiden sivullisten.<sup>54</sup>

Voipion mukaan tarkoituksella välttää veroa ei ole itsenäistä merkitystä. Ja jos näin on, niin silloin ei ole erityisen tarpeellista esittää myöskään kysymystä siitä, mikä merkitys on sillä, että tarkastelun kohteena olevalla toimella on ollut muutakin motiiveja kuin veron välttäminen.<sup>55</sup> Voipio toteaa, muun muassa Rekolaan viitaten, että verovelvollisella on oikeus tietien tahtoen käyttää verolain aukkoja, kun hänen toimensa ja järjestelynsä todellisena mahtuu aukosta.<sup>56</sup>

Veron kiertämisen alue samastui siten myös Voipion väitöskirjassa hyvin pitkälle näennäisoikeustoimien kanssa. Sittemmin niin meillä kuin muuallakin on katsottu, että tällaisten vale- eli näennäisoikeustoimien kohdalla ei ole periaatteellisia tulkinnallisia ongelmia, vaan toimet ohitetaan verotuksellisessa tarkastelussa.<sup>57</sup> Koska simulaatioissa mitään ei ole varsinaisesti tapahtunut, eikä ole edes tarkoitettukaan yhtään mitään, niin silloin ei myöskään ole sellaista sisältöä, joka voisi olla oikeustoimen muotoon nähden jännitteessä. Dissimulaation kohdalla on tarkoitettu jotakin muuta kuin on esitetty, joten tällöin oikeustoimelle annettua muotoa vastaamaton toinen sisältö on kuitenkin olemassa. Tällöinkään muodon ja sisällön välillä ei vallitse varsinainen jännitetila: sisältö on kuitenkin

53. Voipio 1968, s. 18. Voipio toteaa (s. 19, viitaten Zittingiin ja Muukkoseen), että analyttinen tutkimustapa on osoittautunut erityisen hedelmälliseksi pätemättömyysopin kohdalla.

54. Voipio 1968, s. 296.

55. Voipio 1968, s. 285–293 ja 293–294.

56. Voipio 1968, s. 285–286, viitaten Rekolaan (1953, s. 216), sekä eräisiin muihin lähteisiin.

57. Ks. Tikka 1972, s. 195–196, jonka mukaan oikeuskirjallisuudessa oltiin jo tuohon aikaan yleisesti sillä kannalla, että näennäisoikeustoimet ja veron kiertäminen on käsitteellisesti syytä pitää erossa toisistaan. Esim. Saksan vero-oikeudessa näiden erottamista pidettiin vakiintuneena. (Ks. myös esim. Heinrich Wilhelm Kruse, *Steuerumgehung zwischen Steuermeidung und Steuerhinterziehung. Steuerberater-Jahrbuch 1978/79. Verlag Dr. Otto Schmidt 1979*, s. 443–460, 450: ”Das Umgehungsgeschäft ist auch kein Scheingeschäft. Das Umgehungsgeschäft ist wirklich gewollt.”) Sen sijaan pohjoismaissa simulaatio-oppi on Tikan mukaan ollut kiinteämmin mukana veron kiertämiseen liittyvässä tarkastelussa. Ks. Hultqvist 1995, s. 438 viittauksineen, jossa hän toteaa, että simuloituja oikeustoimia ei katsota vero-oikeudellisesti relevanteiksi missään valtiossa. Terminologiassa on kuitenkin valtiokohtaisia eroja. Termejä ”sham” ja ”simulations” käytetään vero-oikeudellisessa kirjallisuudessa usein synonyymeinä, edellistä lähinnä common law -valtioissa (erit. Yhdysvalloissa ”sham in fact”), jälkimmäistä useissa civil law -valtioissa. Ks. Viktor Thuronyi, *Comparative Tax Law. Kluwer Law International 2003*, s. 157–158.

toinen kuin väärä muoto antaa ymmärtää.<sup>58</sup> Pikemminkin voidaan katsoa kuten *Asko Lehtonen*, että näennäisoikeustoimet kuuluvat veropetoksen kategoriaan.<sup>59</sup>

#### 4.3. Kari S. Tikka ja realistisen suunnan painotus

Kari S. Tikka lähestyi tutkimusaihettaan erilaisesta näkökulmasta. Tarkastelu keskittyy oikeudellisen ratkaisun problematiikkaan ja sitä koskeviin teoreettisiin kysymyksiin erityisesti veron kiertämistilanteiden osalta. Painopiste siirtyi yksityisoikeudellisista analyyseistä itsenäisiin vero-oikeudellisiin kysymyksiin. Myös Tikka nojautui yleislausekkeen soveltamiskriteerejä koskevassa tarkastelussaan ja analyysissään oikeuskäytäntöön,<sup>60</sup> mutta hänen johtopäätöksensä siitä olivat toisenlaiset kuin Voipiolla. Erityistä huomiota hän kiinnitti tutkimusta edeltävien vuosien oikeuskäytäntöön, jossa ilmeisesti oli tapahtunut eräitä suunnanmuutoksia aikaisempaan nähden.<sup>61</sup>

Keskeisimmän oikeusteoreettisen perustan väitöskirjaansa Tikka löysi *Kaarle Makkoselta*, joka oli muutamaa vuotta aikaisemmin väitellyt oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmista.<sup>62</sup> Teoreettisilta perusteiltaan Tikan väitöskirja onkin pitkälti Makkosen väitöskirjan sovellus vero-oikeuteen: tarkastelu keskittyy oikeudellisen ratkaisun problematiikkaan, lainsoveltamisongelmaan.<sup>63</sup>

Makkonen luonnosteli kehikossaan erilaisia ratkaisutilanteita. Jos tapauksen tosiseikkojen kuvaus ja säännöstekstin tunnusmerkistö vastaavat täysin toisiaan, jolloin niiden välillä vallitsee kuvasuhde, on kyse kaikin puolin selvästä niin sanotusta isomorfia-tilanteesta.<sup>64</sup> Joskus tilanne voi kuitenkin olla sellainen, että lainsoveltaja suurin piirtein tietää, minkä normin (tai normien) säätelämään asiapiiriin se kuuluu, mutta säännösteksteissä käytetyt termit ja ilmaisut ovat merkityssisällöltään sen verran epäselviä, ettei ole riidatonta, sopivatko annetut tosiseikat (tai osa niistä) lauseiden merkityssisältöön. Tällöin on kyseessä

58. Ks. Knuutinen 2009, s. 15–16 viittauksineen.

59. Asko Lehtonen, Veron kiertäminen ja veropetos veron torjunnan elementteinä, s. 140–151 teoksessa In memoriam Kari S. Tikka 1944–2006. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007, s. 142.

60. Tikka 1972, s. 4.

61. Ks. Tikka 1972, s. 8 ja Aer 2018, s. 29–32.

62. Kaarle Makkonen, Zur Problematik der Juridischen Entscheidung. Turun yliopiston julkaisuja, sarja B osa 93, 1965. Teos on julkaistu (vähäisin sisällöllisin muutoksia) suomeksi vuonna 1981: Kaarle Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia (Rakennanalyttinen tutkimus). Suomalainen Lakimiesyhdistys 1981.

63. Ks. Kauko Wikström, Perusoikeudet ja veron kiertäminen, s. 450–462 teoksessa In memoriam Kari S. Tikka 1944–2006. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007, s. 456.

64. Makkonen 1965 s. 78–79 ja 84–97. Ks. Raimo Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 33–35, joka käyttää isomorfiasta synonyyminä termiä rakennetyhtäläisyys.



tulkintatilanne.<sup>65</sup> Kolmanneksi voi olla kysymyksessä säätelemätön tilanne, jolloin oikeusjärjestyksestä (kuten verolaista) ei ole löydettävissä sopivaa oikeusohjetta.<sup>66</sup> Näiden erilaisten ratkaisutilanteiden välillä ei ole kutienkaan välttämättä mitään jyrkkiä rajoja, vaan liukuminen kirkaasta isomorfiatilanteesta selvimpään säätelemättömään tilanteeseen muodostaa eräänlaisen spektrin.<sup>67</sup>

Kuten todettu, Tikka sovelsi tätä kehikkoa väitöskirjassaan. Veron kiertämistä koskevat tilanteet ovat lähinnä tulkintatilanteita.<sup>68</sup> Valtaosa verotustilanteista yleensä on toki sellaisia, jossa vallitsee selvä kuvasuhde. Joidenkin disponointien osalta normin ja tosiseikkojen suhdetta ei voida kuitenkaan pitää selvänä, vaan verolain soveltaja joutuu tekemään ratkaisunsa tulkintatilanteessa, jossa on esitettävissä lukuisia painavia argumentteja sekä normin soveltamisen puolesta että sitä vastaan.<sup>69</sup>

Yleislauseke on Tikan mukaan luontevaa ymmärtää kompetenssinormiksi, jolla lainsäätäjät on tarkoittanut lisätä lainsoveltajan harkinta- ja toimivaltaa oikeuttaen tämän ehkäisemään veron kiertämistä normaalin kompetenssin ylittävillä, laintäydentämiskompetenssin piiriin sijoittuvilla ratkaisuilla.<sup>70</sup> Tällaisista tapauksista, joissa päätös sisältää poikkeaman normilauseen normaalista merkityksisällöstä, käyttää Tikka (*Klamiin* viitaten) nimitystä ”poikkeavat subsumtionratkaisut”. Ratkaisun tekeminen voi tällöin edellyttää laajentavaa, teleologista tai analogista tulkintaa, tai vastaavasti joissakin tapauksissa tulkinta on supistavaa tai teleologiseen rajoitukseen perustuvaa.<sup>71</sup> Veron kiertämistä koskeva yleislauseke antaa kompetenssinormina oikeutuksen tällaisille tulkintatavoille. Eli kuten *Kauko Wikström* on asian tiivistänyt: veron kiertämisessä on kysymys poikkeavan subsumtionratkaisun tekemisestä ja sen oikeutuksesta. Yleislauseke oikeuttaa poikkeavat subsumtionratkaisut, joilla voidaan laukaista liian suureksi kasvanut jännite verolain tavanomaisen tulkinnan ja lain ration välillä.<sup>72</sup>

Tikka teki pesäeron analyttiseen koulukuntaan ja sen pätemättömyysoppeihin, ja korosti veron kiertämisen tarkoituksen merkitystä arvioinnissa.<sup>73</sup> Onhan mahdollista, että verovelvollinen pitää oman tai etuyhteisönsä verorasituksen minimointia itsenäisenä tavoitteena, ja tämän vuoksi hän saattaa ryhtyä toimenpiteisiin, joiden ainoana tai pääasiallisena tehtävänä on veroedun saavuttaminen.<sup>74</sup> Yleislausekkeella oli Tikan mielestä itsenäinen merkitys suhteessa niihin

65. Makkonen 1965, s. 79 ja 97–122.

66. Makkonen 1965, s. 79 ja 122–140.

67. Makkonen 1965, s. 79.

68. Tikka 1972, s. 61.

69. Tikka 1972, s. 1.

70. Ks. Tikka 1972, s. 188–190.

71. Ks. Tikka 1972, s. 122–123.

72. Wikström 2007, s. 458, viitaten Tikka 1972, s. 154–155.

73. Ks. myös Wikström 2007, s. 456, joka toteaa, että yleislausekkeen soveltamisessa verosta vapautumisen tarkoitus, subjektiivinen elementti, on Tikalla keskeisessä asemassa.

74. Tikka 1972, s. 1.

aikaisempiin arvioihin, joiden mukaan merkitys tarkoittaisi vain näennäisoi-  
keustoimiin puuttumisen mahdollisuutta.<sup>75</sup>

Itse yleislausekkeen muotoilusta ei selkeästi käy ilmi ensimmäisen ja toisen  
virkkeen suhde. Eräät vanhat koulukuntien väliset oppiriidat liittyvätkin siihen,  
onko jälkimmäisellä virkkeellä itsenäinen oikeudellinen funktio. Tikka katsoi,  
että lainkohta sisältää kaksi itsenäisen tunnusmerkistön ja oikeusvaikutuksen  
omaavaa normia: lauseet eivät sisällä viittauksia toisiinsa ja molemmissa määri-  
tellään lauseen soveltamisedellytykset toisistaan poikkeavalla tavalla, minkä li-  
säksi myös niiden oikeusvaikutukset kuvataan eri tavoin.<sup>76</sup> Käytännössä yleislau-  
seketta on tämän jälkeenkin sovellettu yleensä kuitenkin yhtenä kokonaisuutena,  
perustelematta ratkaisuja selvästi jommankumman virkkeen nojalla tehdyiksi.

Tulkinnassa on mahdollista nojautua eri menetelmiin. Ratkaisevaa onkin  
se, mitkä tekijät vaikuttavat siihen valintaan, jonka lain soveltaja tekee eri tul-  
kintamenetelmien välillä. Tikan mukaan on selvää, että tulkintamenetelmää  
koskevan valinnan perustana ovat pragmaattiset argumentit. Ratkaisu perustuu  
teleologiseen harkintaan, johon vaikuttavat monet, painoltaan erilaiset argu-  
mentit. Tulkintavaihtoehtoja arvosteltaessa pidetään mielessä ne veropoliittiset  
päämäärät, joiden toteuttamiseksi asianomainen laki tai säännös on säädetty.<sup>77</sup>

Tikan väitöskirjan keskeinen ajatus on usein tiivistetty käsitepariin formalis-  
tinen ja realistinen. Sikäli tämä kuvaa hyvin kirjan keskeistä ideaa ja myös sen  
vaikutusta, nimittäin kirjallaan Tikka viitoitti tietä niin vero-oikeuden tutkimuk-  
selle kuin myös verotus- ja oikeuskäytännölle avoimen ja vapaan tulkintatavan  
suuntaan. Tikan väitöskirjassa on realistisen suunnan painotus, kun taas Voipio  
tutkimus asettui tässä jaottelussa formalistiselle puolelle. Itse käsitepari ei ollut  
kuitenkaan Tikan omaa keksintöä, vaan se oli ollut käytössä jo aikaisemmin.<sup>78</sup>

Väitöskirjassaan Tikka systematisoi Suomen verolainsäädäntöön sisältyvän  
yleisen veronkiertonormin soveltamistilanteet neljään pääryhmään: (i) oikeu-  
dellisen muodon ja taloudellisen sisällön vastaamattomuustilanteet, (ii) vaiheit-  
taiset transaktiot eli sarjatoimet, (iii) intressinpuutetilanteet ja (iv) tavallisuus-  
desta poikkeava hinnoittelu etuyhteystilanteissa (markkinaehtopoikkeamat).<sup>79</sup>  
Ryhmittely nojautuu kirjaa edeltävään oikeuskäytäntöön, ja se nojautuu myös  
yleislausekkeen rakenteeseen. Ensimmäinen tapaustyyppi liittyy yleislausekkeen  
ensimmäiseen, muut sen jälkimmäiseen virkkeeseen.

75. Vale- ja peiteltyjen oikeustoimien osalta ongelmat ovatkin lähinnä näyttökysymyksissä. Tikka  
1972, s. 17.

76. Ks. Tikka 1972, s. 215.

77. Tikka 1972, s. 62 ja 69.

78. Ks. Mogens Eggert Möller, National Report of Denmark, The interpretation of tax laws with  
special reference to form and substance. Cahiers 50a. Swets & Zeitlinger N.V. 1965, s. 85–108.  
Kirjoitus löytyy myös Tikan väitöskirjan lähdeluettelosta. Ks. tästä myös Reijo Knuutinen,  
Verosuunnittelua vai veron kiertämistä. SanomaPRO 2012, s. 38.

79. Tikka 1972, s. 228–232.

Toisaalta ryhmittelyä voisi kritisoida siitä, että kaikki Tikan esittämät tyyppitapaukset ovat jollakin tavoin oikeudellisen muodon ja taloudellisen sisällön vastaamattomuustilanteita.<sup>80</sup> Esimerkiksi sarjatoimien kohdalla kysymys voi olla siitä, että muodollisesti kokonaisuus sisältää useampia sinänsä yksityisoikeudellisesti päteviä transaktioita, mutta näitä yhteisesti ja sisällöllisesti tarkastellen jokin transaktio on ollut tavallaan tarpeeton, eli tehty vain verotuksellisten tavoitteiden vuoksi.<sup>81</sup> Edelleen ainakin jotkut intressipuuttilanteet voisivat olla sellaisia, että ne sijoittuvat pikemminkin dissimuloitujen oikeustoimien alueelle.

Toisenlaista ryhmittelytapaa puoltaa sekin, että korkein hallinto-oikeus on ainakin perusteluissaan soveltanut yleislauseketta yleensä kokonaisuutena, toisin sanoen se ei ole perustanut ratkaisuaan eksplisiittisesti vain ensimmäiseen tai toiseen virkkeeseen. Huomio ratkaisussa kiinnittyy sen sijaan siihen, millä kriteereillä tuomioistuin on tehnyt rajaa hyväksyttävän verosuunnittelun ja ei-hyväksyttävän veron kiertämisen välille. Oikeuskäytännöstä on hahmotettavissa tyyppitapauksia toisenlaisellakin ryhmittelyllä viime vuosien ja vuosikymmenten ratkaisujen käyttöyhteyksien perusteella.<sup>82</sup> Tämä johtuu osittain tietysti siitä, että veron kiertämisen tyyppilliset tilanteet ovat aina sidoksissa sen hetkiseen verojärjestelmään omine erityispiirteineen.<sup>83</sup>

#### 4.4. Kokoavasti

Edellä kuvattu Tikan tulkinta yleislausekkeesta on suomalaisessa vero-oikeustieteessä ja oikeuskäytännössä ollut pitkään varsin yleisesti hyväksytty.<sup>84</sup> Tikan realismipainotteinen linja on vaikuttanut pitkään niin oikeuskäytännössä kuin tutkimuksessakin. Se avasi tien veron kiertämistä koskevan lausekkeen suhteellisen vapaalle soveltamiselle, reaalisille argumenteille ja jossakin määrin myös jopa arvovalinnoille.<sup>85</sup> Vaikutus näkyy ehkä vielä tänäkin päivänä siinä, että veronkiertotapauksia voidaan ratkaista niin sanotulla kokonaišharkinnalla.

80. Ks. myös Knuutinen 2009, s. 2–3.

81. Vrt. toisin Wikström 2007, s. 451, jossa hän käsittelee edestakaisia osakekauppoja: järjestely ei ole hänen mukaansa näennäinen, eikä sisällön ja muodon välistä ristiriitaa ole. Laajemmin ymmärrettyä kuitenkin myös tapaus KHO 2004:8 voidaan nähdä muodon ja sisällön vastakainasettelun kysymyksenä.

82. Ks. Knuutinen 2012 ja Knuutinen 2020a.

83. Esimerkiksi ansio- ja pääomatulojen välinen rajanveto on ollut järjestelmässä vuodesta 1992 alkaen.

84. Ks. Ahti Vapaavuori, Aukollisen verolain tulkinnasta. Oikeustiede–Jurisprudentia XX:1987. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 279–325, 317–318 ja Aer 2018, s. 11–12.

85. Ks. Aer 2018, s. 70, jonka mukaan Tikan tutkimuksen teoreettiset sidonnaisuudet liittyivät 1970-luvun alun oikeusteoreettiseen keskusteluun, jossa nostettiin esille päätöksentekijän arvostusten merkitys ratkaisutoiminnassa.

Vallinnut linja on ollut ehkä osaltaan vaikuttamassa myös siihen, että Suomessa ei ole ollut tarvetta turvautua niin yksityiskohtaiseen lainsäädäntöön ja erityisesti veron kiertämisen estämiseksi laadittuun erityislainsäädäntöön kuin monissa muissa valtioissa. Jokin veropoliittinen ongelma on voitu jättää lain tasolla ratkaisematta, jolloin käytännössä ilmenneet epäkohdat ovat jääneet ratkaistavaksi viime kädessä KHO:n oikeuskäytännön mukaisesti.<sup>86</sup>

Olisi kuitenkin väärin osoittaa asiaa yksin Tikan – näkökulmasta riippuen – ansioksi tai syyksi. *Janne Aer* katsoo, että vero-oikeuden realismi 1960-luvulta lähtien oli tulosta oikeudellisen teorian muodostamisen ja KHO:n oikeuskäytännön vuorovaikutuksesta. Tikan tutkimuksessa uusi oikeuskäytäntö otettiin teoreettisesti haltuun ja esitettiin tätä käytäntöä mukaileva uusi konstruktio veron kiertämistä koskevasta normista.<sup>87</sup> Toisaalta taas Tikan väitöskirja antoi legitimitetin KHO:n aktiiviselle ratkaisulinjalle veronkiertokysymyksissä, eikä tämän jälkeen oikeustieteellisessä keskustelussa KHO:n realistista linjaa pitkään aikaan kyseenalaistettu.<sup>88</sup> Jonkin verran kritiikki avointa linjaa kohtaan vaikuttaa kuitenkin tämän vuosituhannen puolella<sup>89</sup> ja erityisesti viime vuosien aikana lisääntyneen.<sup>90</sup> Yleislauseketta on kritisoitu lähinnä legaliteettiperiaatteen ja sen taustalla olevan oikeusvarmuuden näkökulmasta.

Vaikka Suomi monessa muussa asiassa otti aikanaan mallia Saksasta, niin ilmeisesti tässä asiassa Saksan yleislauseke ei mallina kuitenkaan toiminut.<sup>91</sup> Joka tapauksessa, kun lainopillisessa tutkimuksessa on tarkasteltu ja verrattu yleislausekkeiden soveltamisedellytyksiä, niin kriteerit näissä kahdessa valtiossa muistuttavat toisiaan.<sup>92</sup>

Veron kiertämistä on Suomessa käsitelty sittemmin varsin laajasti eräissä muissakin väitöskirjoissa<sup>93</sup>, ja vielä useammassa aiheetta on tavalla tai toisella sivuttu<sup>94</sup>. Edelleen aiheesta on julkaistu muitakin monografioita<sup>95</sup>, minkä lisäksi

86. Aer 2018, s. 71–72.

87. Aer 2018, s. 69 ja 74.

88. Aer 2018, s. 70. Ks. myös Kari S. Tikka, *Om kringgåendeproblemet och skatteflyktklausulen i den finska inkomstbeskattningen*. Skattenytt 1992, s. 583–590, 588, jossa Tikka katsoo, ettei edeltävinä vuosina juurikaan ollut kuulunut yleislausekkeeseen kohdistuvaa kritiikkiä.

89. Ks. Mikko Pikkujämsä, *Oikeusperiaatteet ja arvonlisäverotus kiinteistöalalla*. Lakimiesliiton Kustannus 2001, s. 179–187.

90. Erityisen kovasanaisesti ratkaisua on kritisoinut Juusela, jonka mukaan ratkaisun kaltainen erityissäännöksen laajentava soveltaminen on vastoin vakiintuneita lainopillisia tulkintasääntöjä ja ristiriidassa perustuslain legaliteettiperiaatteen kanssa. Janne Juusela, *Legaliteettiperiaate vero-oikeudessa*. Defensor Legis 2018, s. 449–467, 461.

91. Ks. Aer 2018, s. 13–14.

92. Knuutinen 2020a, s. 167.

93. Ks. esim. Knuutinen 2009.

94. Ks. esim. Pikkujämsä 2001.

95. Knuutinen 2012 ja osin myös Knuutinen 2020a.

veron kiertämisen ilmiötä on tutkittu lukuisissa artikkeleissa<sup>96</sup>. Aiheen käsittelykenttä on kuitenkin monella tapaa viime vuosikymmenten aikana leventynyt, ei vähiten Euroopan unionin jäsenyytemme myötä, mikä on ensi vaiheessa merkinnyt EU-oikeuden asettamien rajoitusten tutkimista veron kiertämisen torjunnassa ja viime aikoina myös EU-oikeuden asettamiin vaatimuksia asian suhteen.

Jossakin vaiheessa oikeuskirjallisuudessa tuotiin esiin näkemyksiä, että veron kiertämistä koskeva lauseke olisi menettämässä merkittävyyttään.<sup>97</sup> Viime vuodet ja monet KHO:n antamat ratkaisut ovat kuitenkin muuttaneet kuvan toisenlaiseksi: yleislauseke on voimissaan, ja samoin tuntuu olevan sitä koskeva tutkimuskin.

## 5. Ruotsi

### 5.1. Vuoden 1953 *skatteflyktskommitté*: oikeusvarmuuden korostaminen

Jos Suomessa yleislauseketta on kritisoitu jossakin määrin legaliteettiperiaatteen ja oikeusvarmuuden näkökulmasta, niin Ruotsissa nämä seikat vaikuttivat pitkään siihen, että yleislauseketta ei edes säädetty. *Lag mot skatteflykt* tuli voimaan vasta 1980-luvulla. Tämän jälkeen sitä on moneen kertaan muutettu, ja olipa laki välillä parin vuoden ajan pois voimastakin.

Ruotsissa veronkiertojärjestelyt muodostuivat merkittäväksi ilmiöksi sodan jälkeisinä vuosina verorasituksen ollessa korkealla tasolla, vaikka valtakunta ei sodassa osapuolena ollutkaan.<sup>98</sup> Tunnetussa *Nordbäck*-tapauksessa verovelvollinen oli hyödyntänyt yhtiöiden välisten osinkojen verovapauteen perustuvaa kaupallistettua verosuunnittelujärjestelyä, jota käytettiin verottamattomia voitovaroja sisältävien yhtiöiden likvidointiin.<sup>99</sup> *Regeringsrätten*<sup>100</sup> katsoi, että vaikka verovelvollinen olikin päässyt tavoitteeseensa vaiheittaisten toimien kautta, niin kutakin toteutettua vaihetta tulee arvioida verotuksessakin erikseen. Tapaus johti keskusteluun yleisen veronkiertonormin tarpeellisuudesta. Tätä pohtimaan

96. Vanhemmasta tuotannosta voidaan edellä jo todettujen lisäksi mainita Lassi Kilven tuotannon. Viime vuosina esim. Seppo Penttilä, Jouni Weckström ja Siru Kaunisto (os. Lönnblad) ovat käsitelleet veron kiertämistä useissa artikkeleissaan.

97. Ks. esim. Matti Urpilainen, Onko VML 28 §:n veron kiertämistä estävä yleislauseke menettämässä tehonsa?, s. 197–214 teoksessa Matti Urpilainen – Veikko Vahtera (toim.), *Minne menet vero-oikeus?* Juhlajulkaisu Raimo Immoselle. Turun yliopiston kauppakorkeakoulu 2013.

98. Leif Mutén, *The Swedish Experiment with a General Anti-avoidance Rule*, s. 307–324 teoksessa *Tax Avoidance and the Rule of Law*. IBFD Publications 1997, s. 308.

99. RÅ 1953 ref. 10.

100. 1.1.2011 alkaen Högsta förvaltningsdomstolen.

asetettiin vuoden 1953 *skatteflyktskommitté*, joka julkaisi raporttinsa vuonna 1963.<sup>101</sup>

Komitean vielä istuessa valmistui aiheesta myös vero-oikeudellinen väitöskirja. Dag Helmers väitteli vuonna 1956 kirjallaan ”Kringgående av skattelag”, jossa analysoitiin oikeuskäytäntöä ja pohdittiin yleislausekkeen tarpeellisuutta. Kysymystä tarkasteltiin myös oikeusvertailevasti. Tutkija päätyi siihen, ettei Ruotsin lainsäädännön ja oikeuskäytännön perusteella ollut osoitettavissa, että olisi olemassa jokin vero-oikeudellinen, veron kiertämistilanteita koskeva periaate tai tulkintamenetelmä. Sen sijaan eräisiin erityisiin tilanteisiin, kuten peiteltyyn osingonjakoon, näennäisoikeustoimiin ja bulvaanisuhteisiin, oli Ruotsissa voitu puuttua myös ilman erityisiä vero-oikeudellisia sääntelyjä. Tarkastelu oli kuitenkin osoittanut, että ei ollut yleisesti tunnustettua tapaa tulkita verolainsäädäntöä ja että oltiin erimielisiä siitäkin, mitä verolainsäädännön kiertämisellä on ymmärrettävä.<sup>102</sup> Johtuen verojärjestelmän rakenteellisista seikoista ja siitä, että vero-oikeus – toisin kuin esimerkiksi siviilioikeus – oli suhteellisen kehittymätön ja vailla omia oikeudellisia traditiota oleva oikeudenala, jäi verolainsäädännön huolellinen laatiminen Helmersin mukaan ainoaksi keinoksi verolainsäädännön kiertämistä vastaan.<sup>103</sup> Yleislausekkeen käyttöön ottamista hän ei siis ehdottanut.

Koska Helmers oli ilmeisesti ensimmäinen aiheesta Pohjoismaissa väitellyt tutkija, ovat monet muut myöhemmin käyttäneet hänen tutkimustaan lähteenä ja sitä kommentoineet. Tikan mukaan ja Helmers torjui väitöskirjassaan näennäisoikeustoimen käsitteen modifioinnin vero-oikeuden tarpeita silmällä pitäen ja tutkimusta leimasi muutoinkin tiukka legaaliteettijattelu.<sup>104</sup>

Veronkiertolakia pohtiva *skatteflyktskommitté* – joka raportissaan viittasi myös Helmersin väitöskirjaan – päätyi lopulta siihen, että yleislauseketta ei oikeusvarmuussyistä tulisi säätää.<sup>105</sup> Kuten komitea yhteenvedossaan totesi:

Kommittén finner emellertid inte försvarligt ur rättsäkerhetssynpunkt att i en bestämmelse, avsedd att tillämpas över hela området för den direkta beskattningen, använda så vagt formulerade rekvisit. Det är visserligen inte omöjligt att i ett flagrant fall avgöra vad som är otillbörlig skattelättnad, men det kommer alltid att finnas gränsfall, som är svåra att bedöma.

Kommittén anser sig således inte kunna utforma någon godtagbar allmän bestämmelse mot kringgående av skattelag. Kommittén tror inte att detta ligger inom möjligheternas gräns, om man vill i någotsånär lika mån tillgodose kraven på rättsäkerhet och kraven på effektivitet. En allmän skatteflyktsbestämmelse skulle, enligt

101. SOU 1963:52. Om åtgärder mot skatteflykt: Betänkande av 1953 års skatteflyktskommitté.

102. Helmers 1956, s. 497–500.

103. Helmers 1956, s. 516.

104. Tikka 1972, s. 198.

105. Ks. SOU 1963:52, s. 94–99.

kommitténs mening, i alltför hög grad tillgodose effektivitetskravet på bekostnad av rättssäkerhetskravet och resultera i ett utbrett osäkerhetstillstånd.<sup>106</sup>

## 5.2. Lag mot skatteflykt

Koska Ruotsissa katsottiin pitkään, että yleislauseketta ei tulisi oikeusvarmuussyistä säätää, jäi veron kiertämisen ehkäiseminen korostetusti lainsäädäntötason ongelmaksi.<sup>107</sup> Ongelmaa korosti tuomioistuinten tiukahko tulkintatraditio. Lopulta kuitenkin päädyttiin veronkiertolain, *lag mot skatteflykt*, säätämiseen.<sup>108</sup> Vaikka kyseessä on erillinen säädös, se vastaa tavoitteiltaan ja sisällöltään monissa muissa maissa olevia yleislausekkeita.

Ensimmäinen lakiversio tuli voimaan vuoden 1981 alusta.<sup>109</sup> Se oli säädetty määräaikaiseksi vuoteen 1985 asti, jonka jälkeen tuli arvioida sen toimivuutta,<sup>110</sup> mutta laki oli voimassa vain reilut kaksi vuotta eikä sitä ehditty soveltaa *Regeringsrätten*issä lainkaan. Seuraavaa eli vuoden 1983 lakia sovellettiin tuomioistuimissa melko varovaisesti, vain vähäiseen osaan niistä tapauksista, joissa soveltaminen oli harkittavana.<sup>111</sup> Tästä huolimatta lakia kohtaan esiintyi kritiikkiä, ja poliittisten painosuhteiden vaihdellessa veronkiertolaki päätettiin vuoden 1993 alusta lakkauttaa.<sup>112</sup> Sosiaalidemokraattien otettua syksyn 1994 vaalien jälkeen hallitusvastuun laki tuli uudestaan voimaan heinäkuussa 1995. Vuonna 1997 lakia jälleen muutettiin, minkä seurauksena veronkiertolaki sai kuta kuinkin nykyisin muotonsa tullen voimaan vuoden 1998 alusta.<sup>113</sup>

Nykyisessä muodossaan (2011:1372) verotuksessa ei huomioida sellaista oikeustointia, jota koskien laissa eksplisiittisesti todetut neljä edellytystä täyttyvät.<sup>114</sup> Tiivistetysti lakia voidaan soveltaa tilanteissa, joissa verovelvollinen on suoraan tai epäsuorasti ollut osallisena transaktiossa, jonka pääasiallisena tarkoituk-

106. SOU 1963:52, s. 9.

107. Ks. myös Tikka 1972, s. 204 ja 228: yleislausekkeen puuttumisen vuoksi Ruotsissa on hänen mukaansa ollut tarpeen venyttää simulaatiokäsitettä. Yleislausekkeen puuttuminen on edellyttänyt myös laajempaa erityissäännösten (”stopplagstiftning”) käyttöä. Ks. tästä Gustav Lindencrona, Generalrapport angående kringgående av skattelag, s. 105–122 teoksessa Kringgående av skattelag. Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådet 1976, s. 114–118.

108. Ruotsissa veron kiertämiseen viitataan sekä termillä kringgående av skattelag että skatteflykt. Suomessa veropako viittaa lähinnä kansainvälisiin yhteyksiin. Ks. Knuutinen 2009, s. 187–188.

109. Lagen (1980:865) mot skatteflykt.

110. Ks. Prop. 1980/81:17, s. 199.

111. Ks. Anders Hultqvist, Sweden, s. 669–693 teoksessa Ana Paula Dourado (ed), Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context. IBFD 2017, s. 676.

112. Lain saamaan kritiikkiin poistamisen syynä viittaa mm. Rosander 2007, s. 1.

113. Lagen (1997:777) om ändring i lagen (1995:575) mot skatteflykt. Tämän jälkeen lakiin on tehty eräitä vähäisiä, lähinnä teknisiä muutoksia.

114. Ks. näistä Knuutinen 2020a, s. 209.

sena on ollut tavoitella huomattavaa ja lain tarkoituksen vastaista verotuksellista hyötyä. Sana ”och” lain 2 §:ssä todettujen edellytysten välissä tarkoittaa, että sitä sovellettaessa jokaisen kriteerin tulee täytyä.<sup>115</sup>

Lain tarkoituksen vastaisuutta koskevan edellytyksen on katsottu olevan erityisen tulkinnanvarainen.<sup>116</sup> Nykyisin ei enää ole riittävää, että kysymys on oletusta lain tarkoituksesta, vaan tarkoitus tulee ilmetä lainsäädännön muotoiluista – joko suoraan tapaukseen sovellettavista tai oikeustoimen avulla kierretyistä säännöksistä, tai verolainsäädännöstä yleensä. Jonkin verran näkemuseroja on ollut siitä, onko riittävää jos lain tarkoitus ilmenee lainvalmistelumateriaaleista.<sup>117</sup>

### 5.3. Veronkiertolain kritiikki: Anders Hultqvist

Veronkiertolain saama kritiikki oikeustieteellisissä ja muissa veropoliittisissa puheenvuoroissa on ollut Ruotsissa melko yleistä. Ehkä merkittävimmän tieteellisen kontribuution tähän keskusteluun on tuonut Anders Hultqvist, joka väitteli vuonna 1995 legaliteettiperiaatteesta vero-oikeudessa. ”Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen” sisältää monitasoista lainopillista analyysiä, myös oikeusteoreettisia kysymyksiä koskien. Tässäkin tutkimuksessa hyödynnettiin oikeusvertailevaa otetta. Väitöskirjassa kyseenalaistettiin, onko Ruotsin veronkiertolaki perustuslain mukainen, legaliteettiperiaatteen valossa.<sup>118</sup>

Hultqvist tuli siihen lopputulokseen, että Ruotsin veron kiertämistä koskeva laki on legaliteettiperiaatteen vastainen. Vastaväittäjänä toimi Kari S. Tikka, jolloin naapurivaltioiden tutkimuksen ja tieteellisen suhtautumisen erot tulivat korostetusti esiin. Tikka luonnehtikin väittelijää legaliteettinäkemykseltään fundamentalistiseksi. Kritiikissään Tikka vetoaa muun muassa siihen, että Hultqvist tiesi hyvin Ruotsin rikoslain (*brottsbalken*) sisältävän analogiakiellon ja että verolainsäädännössä vastaavaa kieltoa ei ole.<sup>119</sup>

115. Tästä johtuen, ja myös siitä, että kriteerien täytyminen on ollut hankala osoittaa, veronkiertolakia on sovellettu käytännössä melko harvoin. Ks. Peter Melz ja Jérôme Monsenego, Sweden, s. 197–212 teoksessa *Comparative Income Taxation. A Structural Analysis (Fourth Edition)*. Wolters Kluwer 2020, s. 210.

116. Ks. Rosander 2007, s. 113 ja Haider Abed Ali – Magnus Larsén, Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules: Sweden (Cahiers 103a). Sdu 2018, s. 727–747, 731.

117. Ks. Rosander 2007, s. 107, jonka kanta nojautuu lainvalmisteluaineistoon. Ks. Prop. 1996/97:170, s. 39–40.

118. Ks. esim. Hultqvist 1995, s. 13. Ks. myös Hultqvist 1995, s. 460, jonka mukaan ongelmia voisi olla myös Suomen ja Saksan yleislausekkeiden yhteensopivuudessa legaliteettiperiaatteen kanssa.

119. Ks. Kari S. Tikka, Legaliteettiperiaatteesta verolain soveltamisessa, s. 71–80 teoksessa Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos, s. 72–73. Ks. myös



Vallitseva mielipide Ruotsissakin on ollut kuitenkin se, että veronkiertolaki ei ole perustuslain vastainen. Kaiken lisäksi nykyisinhan EU-oikeus edellyttää, että jäsenvaltion oikeusjärjestykseen sisältyy yleinen väärinkäytön vastainen sääntö yritysverotusta koskien. Veronkiertolain tarkoilla sanamuotoiluilla ja niiden muutoksilla on kuitenkin pyritty vaikuttamaan lain soveltamisalaan. Tavoitteena on ollut parantaa oikeusvarmuutta, samalla säilyttäen tai jopa laajentaen sen soveltamisalaa.<sup>120</sup> Hultqvistin väitöskirjassaan esittämä kritiikki on kyllä noteerattu uusitun veronkiertolain valmistelumateriaalissa, mutta siinä lähinnä argumentoidaan se, miksi lakia ei tule pitää perustuslain vastaisena.<sup>121</sup> Vaikea arvioida, mikä on ollut juuri jonkin yksittäisen kriittisen puheenvuoron merkitys, mutta joka tapauksessa vuosikymmen väitöksensä jälkeen Hultqvist katsoi, että sekä tuomioistuinten että oikeustieteen piirissä legaliteettiperiaatteen ja sen lain soveltamiselle asettamien vaatimusten tiedostaminen ja kunnioittaminen olisi lisääntynyt.<sup>122</sup>

Lain mahdolliset periaatteelliset ongelmat tulee toki suhteuttaa koko veron kiertämistä koskevaan problematiikkaan. Hultqvist itsekin on todennut, että voi olla vaikeaa, ellei mahdotonta, löytää veronkiertoproblematiikkaan jonkinlainen synteesi rationaalisen metodin ja toisinaan myös tunnepitoisesti arvioitujen fisikaalisten tavoitteiden välillä.<sup>123</sup> Yleislausekkeethan ovat tarkoituksellisia avoimia, joten on selvää, että ne toimivat jossakin määrin oikeusvarmuuden kustannuksella. Näin olleen on melko selvää, että yleislausekkeen avoimuudesta aiheutuu *jännitteitä* legaliteettiperiaatteen suhteen.<sup>124</sup> Tämä ei kuitenkaan vielä merkitse perustuslain vastaisuutta.

Kari S. Tikka, Anmälan av Anders Hultqvist: Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattning. Skattenytt 1996, s. 52–58, jossa hän arvioi Hultqvistin väitöskirjaa.

120. Ks. Anders Hultqvist, Skatteundvikande förfarande och skatteflykt. Svenska Skattetidning 2005, s. 302–321, 319. Ainakin hänen tulkintansa mukaan tavoitteena olisi ollut myös ehkäistä mahdollisia konflikteja perustuslain normien kanssa. Ks. myös SOU 1996:44: Översyn av skatteflyktslagen: Reformerat förhandsbesked, s. 181.

121. Ks. SOU 1996:44, s. 147–148.

122. Hultqvist 2005, s. 303.

123. Hultqvist 2005, s. 320.

124. Myös julkisasiamies Bobek totesi tapausta C-251/16 Cussens ym. koskevassa ratkaisuehdotuksessaan (kohta 80) seuraavasti: ”There is no disguising the fact that the principle of prohibition of abuse of law is in tension with the principle of legality and legal certainty. It is therefore important that its conditions are as clear as possible.” Vrt. VM 1997:36, s. 73: Tässä verotuksen oikeussuojatyöryhmän muistiossa katsotaan, että VML 28 §:n yleislauseketta voidaan pitää eräänlaisena poikkeuksena legaliteettiperiaatteesta. Ks. myös Pikkujämsä 2001, s. 179 ja Urpilainen 2012, s. 152–153. Ks. Knuutinen 2020a, s. 189.

#### 5.4. Kokoavasti

Koska Ruotsi eli pitkään ilman yleislauseketta, jäi veron kiertämisen ehkäiseminen korostetusti lainsäädäntötason ongelmaksi. Täsmällisen lainsäädännön vaatimusta on korostanut edelleen se, että Ruotsin korkeimman hallinto-oikeuden tulkintatapa on ollut melko tiukka, lain sanamuotoa korostava.<sup>125</sup> Onnistuakseen tämä on edellyttänyt huolellista lainsäädäntötyötä ja erityislainsäädäntöä<sup>126</sup> epäasiallisten verosuunnittelutapojen ehkäisemiseksi. Koska Suomen yleislausekkeen tyyppistä instrumenttia ei pitkään aikaan ollut käytettävissä, on ollut aivan toisenlaisia tarpeita arvioida ja tutkia myös sitä, mitkä ovat verolainsäädännön tavanomaisen eli normaalitulkinnan rajat, ja itse asiassa tutkia sitäkin, onko jokin erityinen tulkintatapa veron kiertämiseen puuttumiseksi. Varsinkin näin laajemmin ymmärrettynä monet muutkin tutkijat kuin jo aikaisemmin tässä mainitut ovat olleet veron kiertämistilanteita koskevan aihepiirin kimpussa tai ainakin sitä sivunneet.<sup>127</sup>

Laintulkintaan liittyen Ruotsissa onkin jo pitempään käyty keskustelua siitä, onko olemassa jokin lakiin kirjoittamaton, veronkiertämistilanteita koskeva erityinen tulkintatapa, eräänlainen ruotsalainen versio *substance over form* -ajattelusta. Ruotsissa eräät avoimen tulkintatavan puolustajat ovat oikeuskirjallisuudessa esittäneet niin sanotun *genomsyn*-periaatteen olemassaoloa.<sup>128</sup> Asia oli jollakin tapaa tarkasteltavana jo Helmerson väitöskirjassa ja *skatteflyktskommittén* raportissa.<sup>129</sup> *Genomsyn*-kysymys on ollut esillä lukuisissa artikkeleissa kautta vuosikymmenten<sup>130</sup> mutta nykyisin kuitenkin melko yleisesti katsotaan, ettei mitään tällaista erityistä tulkintatapaa olisi olemassa.<sup>131</sup>

Tällaisen sisältöpainotteista läpivalaisua puoltavien tutkimusten ja puheenvuorojen voi katsoa toimineen eräänlaisena vastavoimana legaliteettiperiaatteen merkitystä painottavalle tutkimussuuntaukselle. Verrattuna Suomeen tutkimuk-

125. Melz – Monsenego 2020, s. 206.

126. Ks. tästä Rosander 2007, s. 38–40.

127. Esimerkiksi Sture Bergström on käsitellyt veron kiertämiseen liittyviä tai sitä sivuvia teemoja tutkimuksissaan. Ks. esim. Sture Bergström, Rättsliga metoder att förhindra skatteflykt. Lagtolkningsmetoder och en allmän generalklausul mot skatteflykt. Skattenytt 1992, s. 597–601. Bergströmin väitöskirjakaan (Skatter och civilrätt. En studie över användningen av civilrättsliga termer i skatterättsliga sammanhang. Liber Förlag 1978) ei ollut etäällä tämän kirjoituksen käsittelemästä teemasta. Muista kuin jo tässä artikkelissa viitatuista tutkijoista voidaan mainita esim. Göran Grosskopf ja Stig von Bahr.

128. Ks. esim. Leif Gäverth, Regeringsrätten och genomsyn. Svensk Skattetidning 1996, s. 731–772.

129. Myös Tikka kiinnitti väitöskirjassaan huomiota – oikeuskäytäntöön ja oikeuskirjallisuuteen nojautuen – siihen, että Ruotsissa veronkiertämistilanteissa oli esiintynyt eräitä ratkaisuja, joiden selittäminen verolain säännönmukaisen soveltamistavan pohjalta oli vaikeaa. Tikka 1972, s. 203, viitaten mm. Bertil Wennergren, Form och verklig innebörd vid tolkning av skattelag. Skattenytt 1965, s. 313–324.

130. Ks. tästä Knuutinen 2009, s. 350–355.

131. Abed Ali – Larsén 2018, s. 744.

sen perusasetelma eroaa kahdesta merkittävästä syystä. Ensinnäkin Ruotsissa veronkiertolain soveltamisedellytykset on kirjoitettu selvästi lakiin auki: oikeustieteen puolella ei ole ollut tarvetta näitä oikeuskäytäntöön nojautuen johdattaa. Sen sijaan erityisesti yhden soveltamisedellytyksen, eli ”lain tarkoituksen vastaisuuden” on katsottu olevan erityisen tulkinnanvarainen ja siitä, mistä lain tarkoitus ilmenee, ja siitä onkin oikeustieteellisen tutkimuksen puolella esitetty eriäviä näkemyksiä. Toiseksi kun Ruotsissa vain tuomioistuin voi soveltaa veronkiertolakia, eli soveltamisessa on tällainen erityinen prosessuaalinen pidäke, on lain tavanomaisen tulkinnan rajoilla tai toisinaan peräänkuulutetun erityisen tulkintavan mahdollisuudella toisenlainen käytännön merkitys.

## 6. Veron kiertämistä koskevan tutkimuksen muuttuva toimintaympäristö 2000-luvulla

### 6.1. EU-oikeudelliset näkökulmat

Saksa, Suomi ja Ruotsi omaavat hyvin erilaisen historiallisen kehityskulun veron kiertämistä koskevan ilmiön ja tutkimuksen suhteen. Eroja on myös niissä menettelyissä, millä tavoin yleislauseketta käytännössä voidaan soveltaa. Aihepiirin tutkimus on ollut varsinkin aikaisemmin sidoksissa valtiokohtaisiin konteksteihin. 2000-luvun puolella veron kiertämistä koskevan tutkimuksen painopiste niin Suomessa kuin muuallakin on siirtynyt kansalliselta tasolta yhä enemmän ylikansalliselle ja kansainväliselle tasolle.<sup>132</sup>

Unionin sisäisissä ja muissa kansainvälisissä yhteyksissä on tullut vastaan tilanteita, joissa joku toiminta näyttäisi kohtuullisen selvältä ”veron kiertämiseltä” kansallisesta näkökulmasta tarkastellen, mutta tavoiteltu (ja usein myös saatu) veroetuus on perustunut sellaisiin verojärjestelmien välisiin rajapintaeroihin, jotka ovat olleet kansallisten normien soveltamisalojen ulottumattomissa. Legaalisen teknisen merkityksen näkökulmasta kysymys ei ole ollut veron kiertämisestä, joten toimiin ei ole ollut mahdollisuutta puuttua, vaikka verosuunnittelutoimien johdosta lopputulemana olisikin ollut vajaaverotus.

Euroopan unionin jäsenyys on vaikuttanut jäsenvaltioissa veron kiertämisen oikeudelliseen kehikkoon ja sitä kautta myös ilmiön tutkimukseen kahdella pääasiallisella tavalla. Ensinnäkin kysymys on ollut siitä, miten EU-vero-oikeus

132. Esimerkkeinä voidaan mainita Dennis Weber, *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms: A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*. Kluwer Law International 2005 ja Luc De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. IBFD 2008.

rajoittaa kansallisten veron kiertämistä koskevien normien soveltamista kansallisten verolakien kontekstissa.<sup>133</sup> Veron kiertämisen estämistä on unionin oikeuskäytännössä arvioitu yhtenä *rule of reason* -testin mukaisena oikeuttamisperusteena jäsenvaltioiden toimesta tapahtuvaan perusvapauksien rajoittamiseen. EU-tuomioistuin ei ole kuitenkaan tätä haaraa koskevassa oikeuskäytännössään kehittänyt mitään varsinaista itsenäistä veron kiertämisen käsitettä, vaan oikeuttamisperusteena on ollut kansallisten verojärjestelmien kiertäminen. Taloudellisten perusvapauksien käyttäminen ei ole kuitenkaan EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä vakiintuneen tulkinnan mukaan merkinnyt oikeuksien väärinkäyttöä, eikä esimerkiksi hyötymistä toisen jäsenvaltion kevyemmästä verotuksesta ole sellaisenaan voitu pitää oikeuksien väärinkäyttönä.<sup>134</sup>

Toiseksi kysymys on ollut siitä, millä tavoin unionin oikeus suoraan vaikuttaa tai velvoittaa veron kiertämisen torjuntaan. Veron kiertämistä vastaavaan ilmiöön on EU-tuomioistuin oikeuskäytännössään viitannut tilanteissa, joissa on katsottu olevan kysymys unionin oikeuden väärinkäytöstä. Veron kiertämisen käsitettä on käytetty jo pitkään useissa EU:n yritysverotusta koskevissa direktiiveissä viitattaessa tilanteisiin, joissa direktiivin suomia etuja ei tarvitse (tai edes saa) myöntää.

Vuonna 2016 unionissa on myös annettu nimenomaan veron kiertämisen ehkäisemiseen tähtäävä ATA-direktiivi, eli niin sanottu veronkiertodirektiivi.<sup>135</sup> Direktiivin avulla on vahvistettu kansallisille yhteisöverojärjestelmille veron kiertämisen vastainen vähimmäissuoja kaikissa jäsenmaissa. Direktiiviin erityisten veron välttämisen ehkäisemiseksi säädettyjen säännösten lisäksi pidettiin tarpeellisena sisällyttää siihen myös yleinen väärinkäytön vastainen säännös. Tämä säännös määrittää jatkossa yritysverotuksen osalta sitä, miten Suomessa ja muissa jäsenvaltioissa olevia kansallisia yleislausekkeita voidaan soveltaa.

## 6.2. Kansainvälinen verotus ja verosopimukset

2010-luvulla verojen välttelystä tai erityisesti monikansallisten yritysten niin sanotusta aggressiivisesta verosuunnittelusta on tullut laaja veropoliittinen ja jopa yleispoliittinen kysymys. Sikäli kuin näissä yhteyksissä voidaan puhua veron kiertämisestä, on kysymys lähinnä käsitteen yleisestä (ei lakisidonnaisesta) merkityksestä. Tämä on aika lailla irti niistä edellä tarkastelluista valtiokohtaisista

133. Tätä näkökulmaa koskevia tutkimuksia on julkaissut Suomessa mm. Matti Urpilainen, ks. esim. Puhtaasti keinotekoiset järjestelyt eurooppavero-oikeudessa. Verotus 2008, s. 536–549.

134. Ks. C-294/97 *Eurowings Luftverkehrs AG*, kohta 44 ja C-196/04 *Cadbury Schweppes*, kohta 49.

135. Neuvoston direktiivi (EU) 2016/1164 sisämarkkinoiden toimintaan suoraan vaikuttavien veron kiertämisen käytäntöjen torjuntaa koskevien sääntöjen vahvistamisesta. Myös ns. emo-tytäryhtiödirektiivi (2011/96/EU) edellyttää, että veroedut eräissä tapauksissa evätään.

konteksteista, joissa veron kiertämisen ilmiötä on tutkittu tai muutoin tarkasteltu legaalis-teknisessä merkityksessä.

Kansainvälisen tason poliittinen aktiivisuus on konkretisoitunut OECD:n ja G20-maiden laajana BEPS-hankkeena.<sup>136</sup> OECD- ja G20-valtioiden piirissä löytyi poliittista yhteisymmärrystä niistä linjoista, joiden mukaisesti kansainvälistä verojärjestelmää kehitetään keinoitekoisten voitonsiirtelyn ja veropohjien rapautumisen ehkäisemiseksi. Nyt toimenpiteisiin sisältyviä suosituksia on implementoitu eri valtioissa, ja Euroopan unioni on ottanut tässä implementointiprosessissa erityisen aktiivisen roolin.<sup>137</sup>

BEPS-hankkeesta onkin muodostunut merkityksellinen taitekohta verrattuna aiemmin vakiintuneisiin doktriineihin ja käsitystapoihin, vaikkakaan BEPS ei laajemmin tarkastellen koskenut niinkään veron kiertämistä sellaisena kuin ilmiö kansallisten valtioiden järjestelmissä on tunnettu, vaan se koski ennen kaikkea aggressiivista verosuunnittelua. Kuitenkin eräs BEPS-tuotoksista on ollut verosopimukseen monenkeskisellä yleissopimuksella lisättävä *PPT-määräys* eli yleinen väärinkäytön vastainen säännös, jossa nojaututaan liiketoimien tai järjestelyjen pääasiallisen tarkoituksen arviointiin (*principal purpose test*). Testillä pyritään puuttumaan verokeinotteluun sellaisissa tilanteissa, jossa henkilö, joka ei ole sopimusvaltiossa asuva, yrittää hyötyä eduista, joita sopimus tarjoaa valtiossa asuville.<sup>138</sup> PPT-määräys on tullut voimaan niissä konkreettisisissa verosopimusrelaatioissa, joissa sopimuksen osapuolena olevat valtiot ovat hyväksyneet sen sopimuksensa osaksi. PPT-määräyksen muotoilu on yleislausekkeille tyypilliseen tapaan avoin. PPT-testi tulee sisältymään suureen määrään OECD-valtioiden keskinäisistä verosopimuksista, mikä muuttaa merkittävästi maailman verosopimusverkostoa.<sup>139</sup> Vaikka BEPS-hanke yleisesti ottaen koski aggressiivista verosuunnittelua, niin PPT-määräys merkitsee verosopimuksen väärinkäytön legaalis-teknistä määrittelyä.

BEPS-kirjallisuus on ollut prosessin alkuvaiheessa lähestymistavaltaan veropoliittista tutkimusta, mutta mitä pitemmälle hankkeen tuotosten implementointi on edennyt, sitä enemmän tutkimukseen on tullut mukaan lainopillisia painotuksia.<sup>140</sup> BEPS-tutkimuksen tiedonintressi on ollut hyvin käytännönläheinen, mutta siihenkin on sisältynyt erilaisia syvempiä oikeusteoreettisia kysymyk-

136. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.

137. Tästä selkeimpänä esimerkkinä veronkiertodirektiivi (ATAD).

138. Valtiovarainministeriö: BEPS-toimenpiteiden taloudellisten vaikutusten arviointiraportti. Valtiovarainministeriön julkaisu – 26/2017, s. 143–144.

139. Ks. tästä Elisa Veikkola, Monenkeskisen yleissopimuksen Principal Purpose Test -määräyksen tulkinnasta, osa I. Edilex: [www.edilex.fi/artikkelit/18861](http://www.edilex.fi/artikkelit/18861) (julkaistu 18.6.2018), s. 4.

140. Suomessa tehdyistä väitöskirjoista voidaan mainita Moritz Scherleitner, *Legislative Action against Tax Arbitrage with Hybrid Financial Instruments – A Multidisciplinary Study of Selected Approaches and a Proposal of Guidelines for Developed and Developing Countries*. Helsingin yliopisto 2019. Tutkimus on metodeiltaan poikkiteellinen.

siä, jotka ovat voineet koskea esimerkiksi erilaisten normien oikeuslähdeopillista asemaa, eri oikeusnormien välisiä suhteita tai normien voimaantulon ajallisia kysymyksiä (mahdollinen takautuva vaikutus). Tällä hetkellä ja jatkossa yksi keskeinen tutkimuskysymys on erilaisten veron kiertämistä tai oikeuden väärinkäyttöä koskevien normien keskinäinen suhde.

## 7. Yhteenveto

Kuten havaitaan, tämän artikkelin oikeusvertailevat jaksot eivät ole yhdenmu-  
kaisia, mihin on olemassa syynsä. Saksassa yleislauseke on ollut lainsäädän-  
nössä jo pitkään, mutta 1970-luvun lopulle saakka sen asema oli taloudelliseen  
tulkintapaan nähden toissijainen. Huomio kiinnittyi pitkään siihen, mitkä oli-  
vat katsantotavan ja yleisemminkin oikeudellisen tulkinnan reunaehdot, muun  
muassa analogista tulkintaa koskien. Kun tapaukset ratkaistiin taloudelliseen  
tulkintapaan nojautuen, ei vero-oikeudellisen tutkimuksen piirissä ollut erityistä  
käytännön tarvetta pohtia lainopillisesti esimerkiksi yleislausekkeen sovelta-  
misedellytyksiä. Vasta myöhemmin vero-oikeustiede kiinnostui myös yleislau-  
sekkeeseen liittyvistä teoreettisista ja metodologisista kysymyksistä. Näkemys  
yleislausekkeen oikeusteoreettisesta asemasta on ollut yksi merkittävä kysymys,  
jonka perusteella tutkijat ovat olleet jakautuneita kahteen leiriin.

Suomessa sen sijaan Tikan esittämä realistinen tulkintatapa vakiinnutti ase-  
mansa, ja antoi yleislausekkeen tulkinnalle suuret vapausasteet. Yleislausekkeen  
katsottiin antavan valtuudet jopa reaalisille argumenteille. Mitään varsinaista  
vastavoimaa ei tälle näkemykselle pitkään aikaan ollut, kritiikkiä yleislausekkeen  
avoimuudesta on alkanut näkyä legaliteettiperiaatteen ja oikeusvarmuuden nä-  
kökulmasta vasta 2000-luvun puolella. Yleislausekkeeseen turvautuminen onkin  
meillä ollut kansainvälisesti verrattuna yleistä.

Ruotsissa yleislauseke on ollut voimassa suhteellisen lyhyen ajan: oikeusvar-  
muuteen liittyvät näkökohdat katsottiin pitkään sen säätämisen esteeksi, ja lain  
tultua voimaankin sitä on oikeustieteen puolella kritisoitu oikeusvarmuuden ja  
legaliteettiperiaatteen näkökulmasta. Ruotsin vero-oikeustieteessä ei ole käyty  
samanlaista vero-oikeuden metodologiaa analysoivaa keskustelua mitä Suomessa  
käytiin. Sen sijaan tieteen puolella on vuosien varrella käyty debattia *genomsyn-*  
periaatteen olemassaolosta.

EU-oikeus ja kansainvälinen vero-oikeus ovat vaikuttanut aihepiiriin tutki-  
mukseen niin Suomessa kuin muuallakin. Kansallisten doktriinien tasolta pai-  
nopiste on siirtynyt EU-oikeuden oppien tasolle. EU-oikeuden suhteen kysymys  
niin tutkimuksen kuin lain soveltamisen puolellakin on ollut aikaisemmin siitä,  
millä tavalla EU-oikeus rajoittaa kansallisten yleislausekkeiden soveltamisalaa,

mutta nyt kysymyksenasettelu on siirtynyt enemmän siihen, miten EU-oikeus veron kiertämisen puuttumiseen velvoittaa. Koska erilaista *anti-avoidance* -sääntelyä on nyt niin kansallisella, EU-oikeuden kuin kansainvälisen verosopimusoi-keuden tasoilla, eräs keskeinen tutkimusteema lainopillisesta näkökulmasta on näiden normistojen väliset suhteet. Kun ATA-direktiivi ulottaa vaikutuksensa kansallisten yleislausekkeiden soveltamisalaan yritysverotuksen osalta, ja kun tutkimuskysymykset erityisesti EU:n jäsenvaltioiden näkökulmasta ovat monella muullakin tapaa samanlaiset, niin puhtaasti kansallisen tason kysymyksiin kes-kittyvän tutkimuksen suhteellinen painoarvo vähenee.

Talouden kehityksen ja muutoksen myötä veron kiertämistä koskeva proble-matiikka on laajentunut ja monimutkaistunut. Verotusta käsittelevät julkaisut ovat viime vuosina pullistelleet kirjoituksia joko varsinaisesta lain tarkoittamasta veron kiertämisestä (legaalis-teknisessä merkityksessä) tai siihen kytkeytyvistä lähi-ilmiöistä kuten aggressiivisesta verosuunnittelusta tai kansainvälisestä voit-tojensiirrosta (veron kiertäminen yleisessä merkityksessä). ”*Is Tax Avoidance the Theory of Everything in Tax Law?*” kysyykin *Cihat Öner* kuvaavasti muutaman vuoden takaisessa artikkelissaan.<sup>141</sup>

Veron kiertämistä koskeva tutkimus ei ole Kaiken Teoria, mutta tavalla tai toisella veron kiertäminen voi kyllä kytkeytyä oikeastaan lähes kaikkeen siihen, mitä vero-oikeus ylipäätänsä koskee tai mitä sen puitteissa tutkitaan. Vaikka verosääntely niin kansallisella, ylikansallisella kuin kansainvälisellä tasolla ke-hittyy, niin todennäköisesti tilanne jatkossakin on, kuten *Harry J. Rudick* eräässä kirjoituksessaan vuonna 1940 totesi:

”*Taxes and tax avoidance were probably born twins, and are likely to continue their joint existence until the millennium of a taxless world.*”<sup>142</sup>

141. Cihat Öner, *Is Tax Avoidance the Theory of Everything in Tax Law? A Terminological Analysis of EU Legislation and Case Law*. *EC Tax Review* 2018, s. 96–112, 96.

142. Harry J. Rudick, *The Problem of Personal Income Tax Avoidance*. *Law and Contemporary Problems* 1940, s. 243–265.

## **Tax avoidance as a research topic – Approaches, methods, and research lines in a comparative perspective**

REIJO KNUUTINEN, LL.D., Professor, University of Turku

Tax avoidance has been at the heart of tax law research for decades. It has been studied primarily using jurisprudential, legal-dogmatic and tax policy approaches, often also with a comparative perspective. This article contains a comparative review of the approaches and research methods pertaining to the topic and of the research lines that have emerged in the comparison countries. In addition to Finland, the comparison countries are Germany and Sweden.

Although tax avoidance has many features in common in the various countries, the official attitudes to the phenomenon have varied, as shown, for example, by the way in which and at what historical stage tax avoidance has been addressed by the general anti-avoidance rule (GAAR). The means of tackling tax avoidance have also varied depending on the national traditions of legislative technique and latitude of legal interpretation. And in contrast, the research of the phenomenon of tax avoidance has similarly affected the country-specific characteristics, both in terms of the enactment of laws and their interpretation.

Tax avoidance as a research topic is linked to the phenomena of its time. Research on the subject began and progressed, naturally, at the level of national tax systems. One of the related key issues has been the relationship between private law and tax law, i.e., how and to what extent the interpretation of tax law is linked to civil law concepts and phenomena. There is a difference between countries here, and there is a difference in the research findings or views of researchers in each of the countries examined.

With economic development and change, EU law and international tax law norms have entered the traditional field of play, which has changed and will continue to change the research of tax avoidance in the future. As there are now more and more distinct kinds of anti-avoidance regulation at the national, EU and international levels, one key research theme from a legal-dogmatic view is the relationship between these norms.





**HAKUSANAT:** rikosoikeus, oikeushenkilön rangaistusvastuu, yritysvastuu

## 1. Johdanto

Empiirisen tutkimustiedon perusteella on ilmeistä, että yrityskulttuurilla on merkittävä yhtiöissä tapahtuvia väärinkäytöksiä selittävä merkitys. Yrityskulttuurilla tarkoitetaan tässä artikkelissa yhtiössä toimivien kesken jaettua sosiaalista tietoa vallitsevista normeista, uskomuksista ja arvoista, jotka vaikuttavat yhtiön edustajien asenteisiin ja käyttäytymiseen.<sup>1</sup> Jaetut arvot ja uskomukset toteutuvat yhtiön rakenteissa ja kontrollijärjestelmissä ja siten tuottavat käyttäytymistä ohjaavia normeja. Abstraktin luonteensa vuoksi yrityskulttuurin määrittely ja sitä kautta myös sen tieteellinen tutkiminen on haastavaa. Yrityskulttuuri ei ole yksiselitteinen ilmiö, jonka avulla voitaisiin ja tulisi ratkaista kaikki organisaatioissa tapahtuviin väärinkäytöksiin liittyvät haasteet.<sup>2</sup> Empiiriset tutkimustulokset antavat kuitenkin aiheen tässä kirjoituksessa tarkastella, millainen merkitys yrityskulttuurilla on yhtiön rangaistusvastuun<sup>3</sup> kannalta ja millaisiin kulttuuriin seikkoihin yhtiössä on kiinnitettävä huomiota, jotta riski lainvastaisesta ja rikosvastuun kannalta merkityksellisestä toiminnasta olisi yhtiössä mahdollisimman pieni. Kirjoituksessa yrityskulttuuria tarkastellaan oikeudellisessa vastuuke-

\* Heli Korkka-Knuts, OTT, VT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto.

1. Samoin esim. Wim Huisman, *Criminogenic Organizational Properties and Dynamics*, s. 435–462 teoksessa Shanna R. Van Slyke – Michael L. Benson – Francis T. Cullen (eds), *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. Oxford University Press 2016, s. 452–453.
2. Samansuuntaisesti esim. Neal Shover – Andy Hochstetler, *Cultural Explanation and Organizational Crime*. *Crime, Law & Social Change* 37/2002, s. 1–18, 6–7. Yhtiöissä tapahtuvia väärinkäytöksiä voidaan selittää useasta näkökulmasta. On selvää, että kyse on monimutkaisesta ilmiöstä, jota analysoitaessa on huomioitava useita samanaikaisia muuttujia. Ks. esim. Marlijn Peeters – Adriaan Denkers – Wim Huisman, *Rule violations by SMEs: The influence of conduct within the industry, company culture and personal motives*. *European Journal of Criminology* 17/2020, s. 50–69, jotka tarkastelevat yhtiöissä tapahtuvia väärinkäytöksiä yrityskulttuurin, toimialan ja yksilötason muuttujien yhteisvaikutuksen näkökulmasta.
3. Tämän kirjoituksen keskiössä ovat liiketoimintaa harjoittavat yhtiöt, jotka yleisimmin ovat osakeyhtiöläin (624/2004) mukaisia osakeyhtiöitä. Rikoslain (39/1889, RL) 9 luvun mukaisen oikeushenkilön rangaistusvastuun soveltamisala on kuitenkin tätä laajempi, eikä ole mitään selkeää syytä, miksei kirjoituksessa todettua voisi soveltaa laajemminkin erilaisten organisaatioiden toiminnassa tehtyihin väärinkäytöksiin ja niiden kulttuuriin selityksiin.

hikossa, jotta voisimme hahmottaa abstraktin kulttuurisen ilmiön konkreettista sääntelyllistä merkitystä. Kysymyksenasettelu on suomalaisessa oikeudellisessa tutkimuksessa varsin tuore, eikä yrityskulttuurin merkitystä yhtiöiden rangaistusvastuun näkökulmasta ole aiemmin juurikaan tarkasteltu.<sup>4</sup> Yritystoiminnan vastuullisuus ja eettisyys on juridisessakin keskustelussa ajankohtaisempaa kuin koskaan, ja myös rikosoikeuden on osallistuttava tähän keskusteluun omalta osaltaan.

Artikkelissa lähestytään yrityskulttuuria yksilön kontekstisidonnaisen päätöksenteon näkökulmasta. Tällöin on kyse siitä, miten kulttuuriset seikat vaikuttavat yksilön ja tämän toiminnan kannalta merkityksellisen ryhmän päätöksentekoon. Näkökulma on perusteltu siksi, että organisaation toiminta on aina seurausta yksilöiden ja niistä koostuvien ryhmien tekemistä päätöksistä. Tämä teoreettinen lähtökohta on yleisesti omaksuttu myös kriminologisessa tutkimuksessa<sup>5</sup>, joka tuottaa keskeistä empiiristä tietoa yhtiöissä tapahtuvien väärinkäytösten syistä. Kyseinen kriminologinen tutkimus on olennaista käsillä olevien tutkimuskysymysten kannalta, mikä osaltaan perustelee yksilön kontekstisidonnaiseen päätöksentekoon pohjautuvaa tarkastelutapaa tässä artikkelissa.

Päätöksentekoon ja käyttäytymiseen vaikuttaa se, millaisessa sosiaalisessa ympäristössä toimitaan. Myös yhtiö tai työtiimi ympäristönä vaikuttaa siihen, millaista käyttäytymistä yksilö pitää oikeana tai rationaalisena.<sup>6</sup> Empiirisen tutkimuksen perusteella esimerkiksi tiedämme, että yksilön päätöksentekoa

4. Ks. kuitenkin Heta Hovi, Oikeushenkilön rangaistusvastuu ympäristörikoksissa – Vertailussa Suomen ja Yhdysvaltain rangaistusvastuumallit. Pro Gradu -tutkielma. Julkaistu Edilexissä 1.7.2020; Liisa Lähteenmäki – Anne Alvesalo-Kuusi, Mitä yhteisösakottuomiot voivat kertoa työturvallisuuskulttuurista? Työelämän tutkimus 14/2016, s. 121–139 (jossa turvallisuuskulttuuria yrityskulttuurin alaisuuteen kuuluvana ilmiönä tarkastellaan mielenkiintoisesti oikeus-sosiologisesta näkökulmasta) ja Liisa Lähteenmäki – Hanna Koistinen – Anne Alvesalo-Kuusi – Jussi Tapani – Minna Janhonen, Yhteisösakat ja niiden mittaaminen työturvallisuusrikoksissa. Lakimies 7–8/2016, s. 1054–1079 (jossa turvallisuuskulttuuriin viitataan yhtenä yhteisösakon mittaamiseen vaikuttavista perusteista). Yhtiön toiminnan järjestämisen näkökulmasta yrityskulttuuria on tarkastellut Suomessa erityisesti Niina Ratsula (ks. Niina Ratsula, Yrityskulttuuri tuo Compliance-ohjelman sanoista teoiksi. Defensor Legis 4/2019, s. 553–560 ja Niina Ratsula, Oikein toimimisen kulttuuri. Johtajan opas eettisen organisaation rakentamiseen. Edita 2019). Heikki Jaatinen teoksessa Oikeushenkilön rangaistusvastuu (Kauppakaari 2000, s. 48–49) yhtiön toimintakulttuuria käsitellään lyhyesti.
5. Ks. esim. Edwards C. Tomlinson – Amanda Pozzuto, Criminal Decision-Making in Organizational Contexts, s. 367–381 teoksessa Shanna R. van Slyke – Michael L. Benson – Francis T. Cullen (eds), The Oxford Handbook of White-Collar Crime, Oxford University Press 2016, s. 368–375; Ray Paternoster – Stephen G. Tibbetts, White-Collar Crime and Perceptual Deterrence, s. 643–661 teoksessa Shanna R. van Slyke – Michael L. Benson – Francis T. Cullen (eds), The Oxford Handbook of White-Collar Crime. Oxford University Press 2016, s. 623–627.
6. Esim. Wieke Scholten – Naomi Ellemers, Bad Apples or Corrupting Barrels? Preventing Traders' Misconduct. Journal of Financial Regulation and Compliance 24/2016, s. 366–382, 373 (“...our professional ethical behaviour and the moral decisions we make at work are influenced by the work teams in which we function: our colleagues and managers”).

ohjaavat voimakkaasti tämän sisäistämät moraal- ja muut arvostukset, joilla näin ollen on olennainen merkitys myös yhtiöissä tapahtuvien väärinkäytösten ehkäisemisessä. Sisäistettyjen arvojen voima voi kuitenkin heikentyä työpaikan valtarakenteiden, sosiaalisten sääntöjen, vallitsevan ilmapiirin tai esimerkiksi esimiehen käskyn seurauksena. Organisaatiokontekstissa epäeettinen ja lopulta myös rikoksen tunnusmerkistön täyttävä käyttäytyminen voidaan ymmärtää yksilön ja ryhmän päätöksenteon sekä tähän vaikuttavan sosiaalisen ympäristön kokonaisuutena. Yhtiöorganisaation sosiaalista kontekstia tarkastellaan tässä artikkelissa yrityskulttuurin näkökulmasta. Artikkelissa kriminologista yksilön päätöksentekoa koskevaa empiiristä tutkimusta täydennetään erityisesti sosiaalipsykologisella, yhtiöeettisellä sekä käyttäytymistaloustieteellisellä tutkimustiedolla, jotta pystymme tarkemmin hahmottamaan arvojen ja tapojen sosiaalisia ja kulttuurisia vaikutusmekanismeja. Tämä synteetin omainen empiirisen aineiston hyödyntäminen auttaa uudella tavalla ymmärtämään yhtiöissä tapahtuvien väärinkäytösten syitä ja niiden merkitystä rikosvastuun näkökulmasta.

Oikeushenkilön rangaistusvastuusta säädetään rikoslain (39/1889, RL) 9 luvussa. Sääntelyn taustalla vaikuttaa ajatus, jonka mukaan jokaisen oikeushenkilön on huolehdittava toimintansa lainmukaisuudesta. Jos yhtiön toiminnassa tapahtuu luonnollisen henkilön tekemä rikos, yhtiö tuomitaan rikosoikeudelliseen vastuuseen, mikäli yhtiötä voidaan moittia rikoksen tapahtumisesta. Rikosoikeudellinen moite tulee kyseeseen, jos yhtiön johtohenkilö on osallistunut rikokseen tai sallinut sen (*samastaminen*) taikka jos yhtiössä ei ole noudatettu vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta rikoksen ehkäisemiseksi (*organisaatiohuolimattomuus*) (RL 9:2.1).<sup>7</sup> Tässä artikkelissa tarkastelu keskitetään jälkimmäiseen moiteperusteeseen, sillä kulttuuriset tekijät vaikuttavat olevan erityisen olennaisia organisaatiohuolimattomuuden kohdalla.<sup>8</sup>

Organisaatiohuolimattomuuteen perustuva vastuu edellyttää, että yhtiö laiminlyö jonkin huolellisuusvelvoitteensa, joka on edesauttanut yhtiön toiminnassa tapahtunutta luonnollisen henkilön rikosta.<sup>9</sup> Esimerkkinä voidaan ajatella tilannetta, jossa yhtiön keskijohtoon kuuluva työntekijä huolimattomuudesta aiheuttaa öljyvuodon ympäristöön ja syyllistyy ympäristön turmelemiseen (RL

7. Ks. vastuuperusteista tarkemmin Heli Korkka-Knuts – Dan Helenius – Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. Edita 2020, s. 375–397 ja viitatus lähteet.

8. Yrityskulttuuriin liittyvät seikat voivat sinänsä saada merkitystä myös samastamiseen perustuvaa vastuuperustetta sovellettaessa. Mikäli yhtiön johtohenkilö esimerkiksi jättäytyy tarkoituksellisesti tietämättömäksi yhtiön toiminnassa tapahtuvasta rikoksesta, vaikka tämä olisi voinut puuttua tilanteeseen, kyse on mitä luultavimmin RL 9:2.1:n tarkoittamasta sallimisesta. Kyseinen johtohenkilön toimintatapa voi ilmentää epätervettä yrityskulttuuria, jossa johto ei esimerkiksi oman asemansa turvaamisen takia uskalla puuttua epäselviin toimintatapoihin. Sallimisesta oikeushenkilön rangaistusvastuun perusteena ks. tarkemmin Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 378–381.

9. Ks. laiminlyönnin ja rikoksen välisestä syy-yhteysedellytyksestä Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 391–393.

48:1). Mikäli työntekijän toiminta johtuu ainakin osittain yhtiön epäselvistä ohjeista koskien öljyn käsittelyä ja siitä, ettei öljyn ympäristöön päästäneen työntekijän toimintaa ollut valvottu, voidaan ajatella, että organisaatiohuolimattomuuden edellytykset täytyisivät.<sup>10</sup> Vaikka organisaatiohuolimattomuus oikeudellisesti kiinnittyy ensisijaisesti yhtiön konkreettisiin laiminlyönteihin, yrityskulttuurilla on merkittävä laiminlyöntejä selittävä merkitys. Esimerkkitalanteessa on olennaista tarkastella, mistä laiminlyönnit ovat johtuneet ja millaiset arvorakenteet yhtiössä selittävät huolimattomia toimintatapoja. Yrityskulttuuri päätöksentekoon liittyvänä sosiaalisena ilmiönä on siten mielenkiintoinen pyrittäessä ymmärtämään yhtiössä tapahtuvia väärinkäytöksiä ja niitä organisatorisia seikkoja, jotka edesauttavat rikollista tai muutoin epäeettistä käyttäytymistä yhtiössä. Yrityksissä toimivien tulisi tuntea kulttuurisia vaikutusmekanismeja, jotta väärinkäytöksiä voitaisiin estää.

Artikkelin rakenne on seuraava. Ensimmäisessä käsittelyluvussa tarkastellaan yksilön päätöksentekoon ja käyttäytymiseen vaikuttavia seikkoja erityisesti rangaistusuhan näkökulmasta. Luvussa osoitetaan, että yksilön toimintaa ei tule tarkastella puhtaasti rangaistuksen ankaruuden ja todennäköisyyden funktiona, vaan käyttäytymistä on lähestyttävä monimutkaisemman mekanismin näkökulmasta. Tämän jälkeen luvussa 3 tarkastellaan lähemmin yrityskulttuurin merkitystä päätöksenteon sosiaalisena kontekstina. Luvussa osoitetaan, että yhtiöorganisaatio vaikuttaa merkittävällä tavalla luvussa 2 tarkasteltuihin yksilötasolla käyttäytymistä ohjaaviin seikkoihin. Luvussa 4 hahmotetaan synteessin omaisesti yksilön päätöksenteon ja yrityskulttuurin merkitystä yhtiön rikosvastuun kannalta. Tällöin mielenkiintoista on, millainen merkitys yrityskulttuurilla on väärinkäytöksiä selittävänä tekijänä. Luvussa tarkastellaan erityisesti turvallisuuskulttuuria yrityskulttuurin alailmiönä, koska työturvallisuusrikokset muodostavat varsin merkittävän osan oikeushenkilön rangaistusvastuun soveltamiskäytännöstä. Artikkelin lopussa esitetään johtopäätökset.

10. Esimerkki pohjautuu löyhästi ratkaisuun KKO 2008:33, jossa oli kyse organisaatiohuolimattomuuteen perustuvasta yhtiön rangaistusvastuusta ympäristörikosasiassa. Asiassa ei sinänsä arvioitu yrityskulttuuriin liittyviä seikkoja, mutta ratkaisun perusteet antavat aiheen olettaa, ettei yhtiössä vallinnut tehokkaasti toimintaa ohjaavaa *ympäristökulttuuria*. Tästä osoituksena on esimerkiksi se, ettei yhtiössä aiemmin tapahtuneiden ympäristövahinkojen syihin ollut tehokkaasti puututtu (ks. tuomion kohta 29). Ympäristökulttuuriin liittyen ks. Benjamin van Rooij – Adam Fine, *Toxic Corporate Culture: Assessing Organizational Processes of Deviancy*. *Administrative Sciences* 8/2018, jossa kuvataan mm. brittiläisen öljy-yhtiö BP:n yrityskulttuuria Deep Horizon -katastrofia selittävänä tekijänä.

## 2. Yksilön päätöksenteko organisaatiokontekstissa – subjektiivinen rationaalisuus ja moraaliarvot

Yksilön toimintaa ja päätöksentekoa selitetään useilla tieteenalilla niin kutsutun rationaalisen toimijan mallin avulla, joka perinteisessä muodossaan olettaa, että toimintaa ohjaava päätös tehdään punnitsemalla vastakkain teosta mahdollisesti saatavaa hyötyä ja siitä seuraavia haittoja.<sup>11</sup> Kun mallia sovelletaan rikosoikeuden piirissä, yksilön päätöksen ajatellaan yksinkertaisesti kiinnittyvän rikoksen tuottamien hyötyjen ja rangaistuksesta aiheutuvien haittojen väliseen punnintaan sekä siihen, miten todennäköinen rangaistusseuraamus on.<sup>12</sup> Mitä korkeampia sanktiovarmuus ja sanktioankaruus ovat, sitä todennäköisemmin henkilö mallin mukaan valitsee laillisen toimintavaihtoehdon.<sup>13</sup>

Modernin käyttäytymistä koskevan tutkimustiedon valossa näyttää kuitenkin ilmeiseltä, että toimimme varsin harvoin vain edellä mainittujen välineellisten hyötyjen ja haittojen ohjaamina. Päätöksenteon ja siitä johtuvan toiminnan on katsottu edellyttävän traditionaalista rationaalisen toimijan mallia monimutkaisempaa selitystä.<sup>14</sup> Tähän liittyen on esitetty eriäviä näkemyksiä siitä, miten rationaalisuuden käsite on päätöksentekoteoreettisesti ymmärrettävä.<sup>15</sup> Esimerkiksi rajoitetun rationaalisuuden teoria pyrkii ottamaan huomioon sen, että vaikka yksilöt sinänsä pyrkivät toimimaan rationaalisesti, valintoihin vaikuttaa usein loogiset virhepäätelmät sekä käytettävissä olevien tietojen rajoittuneisuus taikka virheellisyys. Rationaalisuus tarkoittaa rajoitetun rationaalisuuden teoriassa tilannesidonnaista ja subjektiivisiin arvioihin pohjautuvaa päätöksentekoa ja valintaa.<sup>16</sup> Päätöksenteon ja valinnan käsitteet ovat modernin kriminologisen tut-

11. Suomeksi käytetään myös ilmaisua rationaalisen valinnan teoria (Janne Kivivuori – Mikko Aaltonen – Matti Näsi – Karoliina Suonpää – Petri Danielsson, *Kriminologia*. Gaudeamus 2018, s. 227). Rationaalisen toimijan mallin alkuperä yhdistetään yleensä valistusfilosofiin Cesare Beccaria (1738–1794) ja Jeremy Bentham (1747–1832), joiden edustaman utilitaristisen ajattelun mukaan ihmisen käyttäytymistä ohjasi oman edun tavoittelu ja hyödyn maksimointi. (Ibid.)

12. Kriminologisessa perinteessä rationaalisen toimijan mallin taustalla on ekonomisti Gary S. Beckerin taloustieteellinen teoria rationaalisesta valinnasta (Gary S. Becker, *Crime and Punishment. An Economic Approach*. *Journal of Political Economy* 76/1968, s. 169–217).

13. Ks. yleisesti Kivivuori et al. 2018, s. 228.

14. Esim. Daniel Kahneman, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*. *American Economic Review* 5/2003, s. 1449–1475; Yuval Feldman – Henry E. Smith, *Behavioral Equity*. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 1/2014, s. 137–159. Ks. rationaalisuuden rajoista tiivistetysti myös Kivivuori et al. 2018, s. 228–230.

15. Esim. Charles Tittle – Olena Antonaccio – Ekaterina Botchkovar – Maria Kranidioti, *Expected Utility, Self-Control, Morality, and Criminal Probability*. *Social Science Research* 39/2010, s. 1029–1046.

16. Herbert Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*. *The Quarterly Journal of Economics* 1/1955, s. 99–118. Ks. myös tiivistetysti Kivivuori et al. 2018, s. 229.

kimuksen piirissä ymmärrettävä laajasti siten, että ne käsittävät myös muun kuin puhtaan rationaalisen käyttäytymisen. Yksilön ajatellaan lähtökohtaisesti olevan kykenevä havainnoimaan ja ymmärtämään ainakin tietyllä vähimmäistasolla toimiansa merkityksen ja mahdolliset seuraukset.<sup>17</sup> Näin ollen esimerkiksi pakon edessä toimiminen voisi laajassa mielessä olla rationaalisen valinnan lopputulos, vaikka kyse ei olisi tavanomaisen kielenkäytön mukaisesta vapaasta valinnasta toimia tietyllä tavalla.

Yhtiöissä tapahtuvia väärinkäytöksiä tarkastelevassa kriminologisessa tutkimuksessa yksilön päätöksentekoa on lähestytty eräänlaisen subjektiivisen rationaalisuusolettaman kautta.<sup>18</sup> Tällöin huomioon otetaan sekä rikollisesta teosta johtuva muodollinen ja epämuodollinen sanktiouhka että välineelliset ja subjektiiviseen arvioon perustuvat hyödyt, jotka voivat olla luonteeltaan moninaisia riippuen kulloinkin käsillä olevasta yksilöstä.<sup>19</sup> Tätä laajempaa rationaalisen toimijan mallia tukien väärinkäytösten riskiä empiirisen tutkimuksen perusteella odotetusti lisää ensinnäkin se, että laitton toiminta tavalla tai toisella edistää yksilön uraa<sup>20</sup> tai hyödyttää joko yksilöä tai yhtiötä taloudellisesti.<sup>21</sup> Tietyt henkilöt myös kokevat kielletystä toiminnasta johtuvaa jännitystä tai houkuttusta, jonka on näytetty olevan yhteydessä väärinkäytöksiin.<sup>22</sup> Jännityselementti on tällöin laittomasta toiminnasta saatava ”hyöty”, joka houkuttaa toimimaan laittomalla tavalla. Esimiehen käsky laittomaan toimintaan on samoin osoitettu olevan olennainen väärinkäytösriskiä lisäävä tekijä.<sup>23</sup>

Edelleen laajennettua rationaalisuusolettamaa tukien kriminologisen tutkimuksen perusteella näyttää siltä, että rangaistuksen epämuodolliset liitännäis-seuraukset kuten sanktiosta aiheutuva häpeä tai henkilön lähipiirin osoittama sosiaalinen sensuuri<sup>24</sup>, työpaikan menettäminen<sup>25</sup>, läheisten kriittinen asennoi-

17. Tähän liittyen ks. Paternoster – Tibbetts 2016, s. 623.

18. Ray Paternoster ja Sally Simpson kutsuvat kehittämänsä mallia subjektiivisen odotetun hyödyn malliksi (*subjective expected utility theory*). Ks. Ray Paternoster – Sally Simpson, Sanction threats and appeals to morality: testing a rational choice model of corporate crime. *Law and Society review* 3/1996, s. 549–584, 553.

19. Esim. Paternoster – Tibbetts 2016, s. 623–627.

20. Nicole Leeper Piquero – Stephen G. Tibbetts – Michael Blankenship, Examining the Role of Differential Association and Techniques of Neutralization in Explaining Corporate Crime. *Deviant Behavior* 26/2005, s. 159–188; Paternoster – Simpson 1996, s. 571.

21. Sally Simpson, *Corporate Crime, Law, and Social Control*. Cambridge University Press 2002, s. 145, 151. Paternoster – Tibbetts 2016, s. 623.

22. Simpson 2002, s. 151; Shover – Hochstetler 2006, s. 51 ss.

23. Simpson 2002, s. 145, 151; Simpson – Elis 1995, s. 414; Simpson – Piquero, s. 509.

24. Paternoster – Tibbetts 2016, s. 635.

25. Esim. Joseph C. Ugrin – Marcus D. Odom, Exploring Sarbanes–Oxley’s effect on attitudes, perceptions of norms, and intentions to commit financial statement fraud from a general deterrence perspective. *Journal of accounting and public policy* 5/2010, s. 439–458, 453; Simpson – Elis 1995, s. 416.

tuminen tapahtuneeseen<sup>26</sup> ja rangaistuksesta yhtiölle koitua mainehaitta<sup>27</sup> ovat muodollista rangaistusuhkaa merkityksellisempiä väärinkäytösten ehkäisemisessä.<sup>28</sup> Jonkin verran empiiristä näyttöä on kuitenkin myös siitä, että yksilön käsitys rangaistusuhasta eli sanktion todennäköisyydestä ja ankaruudesta vaikuttaa suoremallakin tavalla päätöksentekoon eikä siten vain epämuodollisten sanktioiden kautta.<sup>29</sup> Tämä tarkoittaa, että muodollisen sanktion uhka sellaisenaan vähentäisi todennäköisyyttä sille, että yksilö syyllistyisi väärinkäyttöksiin. Muodollinen sanktiouhka saattaa olla erityisen vaikuttava tilanteessa, jossa henkilö ei ole sisäistänyt sellaisia moraali- tai eettisiä arvoja, jotka ehkäisisivät lainvastaista tai muutoin epäeettistä toimintaa.<sup>30</sup> Joka tapauksessa olennaista näyttäisi olevan, miten todennäköisenä yksilö *pitää* esimerkiksi kiinnijäämistään eikä niinkään se, millainen kiinnijäämisriski todellisuudessa on.<sup>31</sup>

Useiden toisiaan tukevien tutkimustulosten perusteella vaikuttaa siltä, että yksilön sisäistämällä arvoilla on merkittävä lainvastaisia ja muutoin epäeettisiä valintoja estävä vaikutus.<sup>32</sup> Arvojen käyttäytymistä ohjaava vaikutus saattaa tietyissä tilanteissa olla niin voimakas, että yksilö ei välttämättä edes harkitse laitonta toimintavaihtoehtoa, mikäli se olisi vastoin tämän arvomaailmaa.<sup>33</sup> Toisin sanottuna, mikäli laitton toiminta olisi ristiriidassa yksilön arvojen kanssa,

26. Simpson – Elis 1995, s. 414.

27. Simpson – Elis 1995, s. 414; Simpson – Piquero 2002, s. 531.

28. Paternoster – Tibbetts 2016, s. 634.

29. Sally Simpson – Carole Gibbs – Melissa Rorie – Lee Ann Slocum – Mark Cohen – Michael Vandenberg, An Empirical Assessment of Corporate Environmental Crime Control Strategies. *Journal of Criminal Law and Criminology* 1/2013, s. 231–278. Vrt. kuitenkin esim. Simpson 2002 ja kyseistä tutkimusta kommentoiden Paternoster – Tibbetts 2016, s. 629 (”The threat of formal sanctions had, however, had absolutely no effect on these managers’ intentions to commit crime”). Samansuuntaisesti ks. N. Craig Smith – Sally Simpson – Chun-Yao Huang, Why Managers Fail to Do the Right Thing: An Empirical Study of Unethical and Illegal Conduct. *Business Ethics Quarterly* 17/2007, s. 633–667.

30. Paternoster – Tibbetts 2016, s. 635.

31. Ks. esim. Simpson 2002, s. 28.

32. Esim. Simpson – Elis 1995; Paternoster – Simpson 1996; Peeters 2020; Nicole Leeper Piquero, The Only Thing We Have to Fear is Fear Itself: Investigating the Relationship Between Fear of Falling and White-Collar Crime. *Crime & Delinquency* 3/2012, s. 362–379; Jessica Craig, Extending Situational Action Theory to White-Collar Crime. *Deviant Behavior* 2/2019, s. 171–186; Tittle et al. 2010; Celia Moore – James Detert – Linda Klebe Trevino – Vicki Baker – David Mayer, Why Employees Do Bad Things: Moral Disengagement and Unethical Organizational Behavior. *Personnel Psychology* 1/2012, s. 1–48; Ronet Bachman – Raymond Paternoster – Sally Ward, The Rationality of Sexual Offending: Testing a Deterrence/Rational Choice Conception of Sexual Assault. *Law and Society Review* 2/1992, s. 343–372; Helmut Hirtenlehner – Beth Hardie, On the Conditional Relevance of Controls: An Application of Situational Action Theory to Shoplifting. *Deviant Behavior* 3/2016, s. 315–331; Andrea Schöpfer – Alex R Piquero, Self-Control, Moral Beliefs, and Criminal Activity. *Deviant Behavior* 1/2006, s. 51–71; John K Cochran, Moral Propensity, Setting, and Choice: A Partial Test of Situational Action Theory. *Deviant Behavior* 7/2016, s. 811–823.

33. Paternoster – Simpson 1996.



tämä ei lainkaan harkitsisi laittoman toimintatavan hyötyjä ja haittoja rationaalisen toimijan mallin mukaisesti. Arvot toimisivat siten eräänlaisen automaatioprosessin kautta, jolloin sanktiouhka voisi olla merkityksetön henkilölle, joka on sisäistänyt eettistä toimintaa tukevia arvoja, koska hän toimii laillisesti sanktiouhasta huolimatta.<sup>34</sup> Tämä on ilmeistä niille, joille ei tulisi mieleenkään anastaa työpaikan viinikaapista arvokkaita vuosikertaviinejä. Useimmat meistä ajattelevat, että näin ei tule toimia, koska se on väärin. Emme toisin sanottuna perustele käyttäytymistämme ensisijaisesti sillä, että viinipullon anastamisesta voi jäädä kiinni ja että tämän seurauksena voisi olla esimerkiksi työsuhteen päättyminen tai/ja rikosoikeudellinen seuraamus. Empiirisen tutkimustiedon perusteella voidaan perustella kantaa, jonka mukaan sisäistettyjä moraaliarvoja ei välttämättä tulisi lainkaan nähdä osana rajoitettua tai muuta modernisoitua käsitystä rationaalisesta päätöksenteosta, koska sisäistetyt arvot saattavat ohjata toimintaamme luonteeltaan erityyppisen prosessin kautta.

Käyttäytymisen sosiaalisesta luonteesta johtuu, että yksilön arvot eivät ole kuitenkaan staattisia vaan voivat muuttua vastaamaan esimerkiksi uuden työpaikan arvomaailmaa,<sup>35</sup> vaikka sisäistetyt moraaliarvot eivät sinänsä näyttäisi olevan samalla tavoin alttiita ulkoisille vaikutteille kuin pinnallisemmat eettisesti värittyneet näkemykset.<sup>36</sup> Vaikuttaa myös siltä, että jotkut ovat toisia alttiimpia esimerkiksi moraaliarvojen muuttumiselle tai liudentumiselle. Kognitiivisen moraalin kehitysteoria auttaa hahmottamaan, miten ihmisyksilöt kehittyvät lapsuudesta aikuisuuteen ja oppivat analysoimaan tekojen moraalista oikeellisuutta tai vääryyttä ja miten yksilöt kehittyvät toisistaan eroavalla tavalla tässä suhteessa. Pienellä osalla meistä on kyky ratkaista kompleksisiakin eettisiä ongelmia analyttisesti, kun taas suuri osa toimii tavalla, jossa käsitys oikeasta ja väärästä merkittävin osin määrittyy sen mukaan, mitä läheiset tai muut vertaiset odottavat meidän toimivan.<sup>37</sup> Tästä syystä organisaatiokonteksti vaikuttaa olen-

34. Per-Olof Wikström, *Individuals, Settings, and Acts of Crime: Situational Mechanisms and the Explanation of Crime* s. 61–107 teoksessa Per-Olof Wikström – R. J. Sampson (eds), *The Explanation of Crime. Context, Mechanisms and Development*. Cambridge University Press 2006, s. 103; Paternoster – Simpson 1996.

35. Patricia Douglas – Ronald Davidson – Bill Schwartz, *The Effect of Organizational Culture and Ethical Orientation on Accountants' Ethical Judgments*. *Journal of Business Ethics* 2/2001, s. 101–121, 104; Celia Moore – Francesca Gino, *Ethically adrift: How others pull our moral compass from true North, and how we can fix it*. *Research in Organizational Behavior* 33/2013, s. 53–77, 54, 55.

36. Samansuuntaisesti Per-Olof Wikström – Kyle Treiber, *The role of Self-Control in Crime Causation. Beyond Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime*. *European Journal of Criminology* 2/2007, s. 237–264, 246.

37. Jennifer J. Kish-Gephart – David Harrison – Linda Klebe Trevino, *Bad Apples, Bad Cases, and Bad Barrels: Meta-Analytic Evidence About Sources of Unethical Decisions at Work*. *Journal of Applied Psychology* 1/2010, s. 1–31, 2–3.



naisella tavalla suurimman osan päätöksentekoon ja siihen, mitä on pidettävä tarkoituksenmukaisena käytöksenä.

Kriminologisen tutkimuksen piirissä yksilön ja ympäristön vuorovaikutuksen yhteyttä on tarkasteltu erityisesti tilannetoimintateoriaksi (*Situational Action Theory*) nimitetyn lähestymistavan yhteydessä.<sup>38</sup> Teorian mukaan rikoksen tekemiseen johtava valinta johtuu sekä yksilön että ympäristön ominaisuuksista, että näiden vuorovaikutuksesta. Yksilöllinen rikosalttius on yhdistelmä yksilön sisäistämiä moraalikäsitteitä ja toisaalta yksilön kykyä harjoittaa itsekontrollia. Jälkimmäisellä samoin kuin rangaistuksen tarkoittamalla pelotteella on kuitenkin vaikutusta vain silloin, kun yksilön moraalikäsitteet ylipäänsä mahdollistavat laittoman toimintavaihtoehdon mukaisen käyttäytymisen. Tilannetoimintateoria korostaa rikoksen tekemiseen vaikuttavan ympäristön ja siten moraalisen kontekstin merkitystä. Tilannetoimintateoriaa on sovellettu vain rajoitetusti yhtiöissä tehtävien väärinkäytösten yhteydessä,<sup>39</sup> mutta näyttää siltä, että sen oletukset saavat tukea myös yhtiöiden kontekstissa.<sup>40</sup> Toisin sanottuna alttius anastaa arvokas viinipullo työpaikalta riippuu yksilön ominaisuuksista, tämän moraalikäsitteistä ja muista arvostuksista sekä siitä, miten työpaikalla suhtaudutaan tällaiseen käytökseen ja miten yksilö toisaalta suhtautuu työpaikan sosiaalisiin sääntöihin.

### 3. Yrityskulttuurin vaikutus päätöksentekoon

Kaikki käyttäytyminen ja siihen liittyvä päätöksenteko on luonteeltaan sosiaalista. Tällä tarkoitetaan sitä, että päätöksentekoon vaikuttaa kulloinkin käsillä oleva sosiaalinen ympäristö.<sup>41</sup> Yhtiöllä ja työpaikalla päätöksenteon kontekstina on jo lähtökohtaisesti tarkoitettukin olevan tällainen vaikutus. On olemassa kattavaa empiiriseen tutkimukseen perustuvaa näyttöä siitä, että organisaation ja sen sisällä toimivien ryhmittymien (kuten työtiimin) arvot ja arvostukset vaikuttavat käyttäytymiseen.<sup>42</sup> Ryhmän jäsenet osoittavat käytöksellään ryhmässä

38. Esim. Wikström 2006.

39. Useimmat tutkimuksista ovat koskeneet nuorisorikollisuutta. Ks. esim. Per-Olof Wikström – Vania Ceccato – Beth Hardie – Kyle Treiber, Activity Fields and the Dynamics of Crime: Advancing Knowledge About the Role of the Environment in Crime Causation. *Journal of Quantitative Criminology* 1/2010, s. 55–87.

40. Craig 2019.

41. “Decision-making . . . cannot be disentangled from social context, which shapes preferences and thus what an individual perceives as rational.” Diane Vaughan, Rational Choice, Situated Action, and Social Control. *Law & Society Review* 1/1998, s. 23–61, 33.

42. Esim. Naomi Ellermers – S. Alexander Haslam, Social Identity Theory, s. 279–398, teoksessa Paul A. Lange et al. (eds), *Handbook of Theories of Social Psychology*. Sage Publications 2011;

noudatettavat käytösstandardit, joiden perusteella on pääteltävissä, millaista käyttäytymistä pidetään ryhmän sisällä sopivana ja toivottavana.<sup>43</sup> Useimmat meistä haluavat käyttäytyä tavalla, joka vastaa kunnioittamiemme henkilöiden oletuksia ja odotuksia.<sup>44</sup> Ihmiset toisin sanottuna näkevät itsensä sosiaalisissa tilanteissa usein enemmän ryhmän jäsenenä kuin yksilönä<sup>45</sup> ja ovat lojaaleja ryhmän jäsenille.<sup>46</sup>

Yrityskulttuuri ja yhtiön eettinen ilmapiiri luovat alustan sosiaalisten arvostusten syntymiselle ja muuttumiselle ja siten vaikuttavat ryhmäkäyttäytymisen vuoksi yksilön päätöksentekoon. Moraali- ja muut arvostukset ovat luonteeltaan sosiaalisia<sup>47</sup>, joten työntekijä voi vähitellen omaksua ja sisäistää yrityskulttuuriin kuuluvia arvostuksia.<sup>48</sup> Yrityskulttuurissa on kyse yhtiöissä tapahtuvan päätöksenteon taustalla olevasta arvojen ja uskomusten ilmapiiristä, joka vaikuttaa yhtiön toimintamalleihin. Yrityskulttuuri toisin sanottuna tuottaa yhtiön toiminnan todellisuutta ja vaikuttaa (muiden seikkojen ohella) esimerkiksi siihen, noudatetaanko yhtiön sisäisiä toimintaohjeita kuten esimerkiksi compliance-ohjelmia ja code of conduct -ohjeistuksia. Mikäli yhtiön yrityskulttuurissa ei suhtauduta esimerkiksi liiketoiminnan korruptioriskeihin vakavasti, compliance-ohjelman mukaisia lahjonnan ehkäisemiseen tähtäviä ohjeistuksia tuskin noudatetaan yhtiön jokapäiväisessä toiminnassa.<sup>49</sup> Ihmiset ovat sosiaalisia eläimiä, ja sosiaalinen luonteemme näyttäisi osaltaan selittävän ryhmäkäyttäytymisen kautta myös epäeettisiä ratkaisujamme.<sup>50</sup>

Yhtiön kulttuuri voi tukea väärinkäytösten tapahtumista siksi, että yhtiössä vallitsee ilmapiiri, joka hyväksyy laittoman, muutoin epäeettisen tai vaarallisen

Jonathan Haidt, The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review* 4/2001, s. 814–834; Douglas – Davidson – Schwartz 2001.

43. Moore – Gino 2013, s. 58; Scholten – Ellemers 2016, s. 372–373.

44. Tomlinson – Pozzuto 2016, s. 371.

45. Ilmiöstä puhutaan sosiaalipsykologian piirissä sosiaalisen identiteetin teoriana. Ks. esim. Ellemers – Haslam 2012 ja Roy F. Baumeister – Mary R. Leary, The Need to Belong: Desire for Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation. *Psychological Bulletin* 3/1995, s. 497–529.

46. Moore – Gino (2013, s. 62) viittaavat tältä osin esimerkiksi Yhdysvaltain sotilaskorkeakoulussa tehtyyn tutkimukseen (J. L. Pershing, Whom to betray? Self-regulation of occupational misconduct at the United States Naval Academy. *Deviant Behavior* 2/2002, s. 149–175), jossa lojaliteetti muita palveluksessa olevia kohtaan käytettiin oikeutuksena olla ilmoittamatta toisen havaitusta väärinkäytöksestä.

47. “In other words, we are moral because we are social.” (Moore – Gino 2013, s. 54). Ks. myös Francesca Gino – Adam D. Galinsky, Vicarious dishonesty: When psychological closeness creates distance from one’s moral compass, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2012, vol. 119, s. 15–26.

48. Scholten – Ellemers 2016, s. 372–373.

49. Ks. yleisesti Niina Ratsula, Yrityskulttuuri tuo compliance-ohjelman sanoista teoksi. *Defensor legis* 4/2019, s. 553–560, 555–556.

50. Moore – Gino, s. 54.

toiminnan taikka jopa kannustaa tällaiseen.<sup>51</sup> Liiketoiminnassa tai laajemmin tietyllä toimialalla voi vallita kulttuuri, joka luo normatiivisen perustan sille, että epäeettistä tai laitonta toimintaa pidetään hyväksyttävänä. Työntekijä voi oppia toimintatapoja ja ideologian, jota yhtiössä tai toimialalla pidetään toivottavana, mutta jotka todellisuudessa ovat lain vastaisia.<sup>52</sup> On havaittu, että yksilöt voivat olla valmiita toimimaan laittomasti yhtiön kulttuurisen toimintavan ja työtovereiden viitoittamalla tavalla siitähän huolimatta, että esimerkiksi henkilön perhe tai läheiset eivät toimintatapaa hyväksyisi.<sup>53</sup> Tämä on mielenkiintoista siksi, että yksilön sosiaalisen lähipiirin sensuurilla epämuodollisena väärinkäytöksen seurauksena on edellisessä luvussa todetulla tavalla havaittu olevan tärkeä merkitys väärinkäytösten ehkäisemisessä. Yhtiön kulttuuri, joka kannustaa laittomaan toimintaan tai sallii sen, saattaa siten tietyissä tilanteissa olla vaikutukseltaan voimakkaampi kuin yksilön kokemana epämuodollisen tai muodollisen sanktion pelko.

Organisaatiokonteksti voi johtaa tilanteeseen, jossa henkilön olisi toimittava vastoin omia henkilökohtaisia arvojaan tai asenteitaan.<sup>54</sup> Vaikka yksilön toimintaa näyttäisi ensi sijassa ohjaavan tämän sisäistämät arvot, on huomattava, etteivät arvot ole immuuneja yrityksen sosiaaliselle kontekstille. Työntekijät kokevat usein velvollisuudekseen noudattaa työnantajan ohjeita niissäkin tilanteissa, joissa käskyn seuraaminen johtaa lainvastaiseen lopputulokseen tai tuke sellaisen toteutumista. Näin on erityisesti tilanteessa, jossa johtamisen ilmapiiri on auktoritatiivinen ja työntekijöiden oletetaan noudattavan annettuja ohjeita

51. Esim. Paternoster – Simpson 1996, s. 553; Paternoster – Tibbetts 2016, s. 631; Elis – Simpson 1995, s. 415; Muel Kaptein, Understanding unethical behavior. *Human Relations* 6/2011, s. 843–869, 863 (empiirisen tutkimustuloksen mukaan työtiin eettinen kulttuuri oli käänteisessä suhteessa havaitun epäeettisen käyttäytymisen yleisyyteen ryhmässä); Simpson – Piquero 2002; Douglas – Davidson – Schwartz 2001, s. 111; Andy Hochstetler – William Mackey, The Pool of Potential White-Collar Criminals: Whence? s. 149–167 teoksessa Shanna R. Van Slyke – Michael L. Benson – Francis T. Cullen (eds), *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. Oxford University Press 2016, s. 156–157; Marlijn Peeters – Adriaan Denkers – Wim Huisman: Rule violations by SMEs: The Influence of conduct within the industry, company culture and personal motives. *European Journal of Criminology* 1/2020, s. 50–69, 63 (“The ethical culture of the company seems to be strongly related to the tendency towards compliance for both employees and directors.”); Kish-Gephart – Harrison – Trevino 2010, s. 21. Ks. myös Kivivuori et al. 2018, s. 397–398, jossa yrityskulttuurin vaikutusta tarkastellaan oppimisteorioiden kautta, joiden piiriin luetaan myös neutralisointitekniikat.

52. Edwin Sutherland, *White-Collar Crime*. Yale University Press 1983, s. 245.

53. Piquero – Tibbetts – Blankenship 2005. Tutkimusta kommentoivien Paternosterin ja Tibbettsin mukaan “...this study revealed the overwhelming influence of the corporate cultural climate in terms of individual decision making regarding unethical behavior” (Paternoster – Tibbetts 2016, s. 631).

54. Tomlinson – Pozzuto 2016, s. 371; Shmuel Ellis – Shaul Arieli, Predicting Intentions to Report Administrative and Disciplinary Infractions: Applying the Reasoned Action Model, *Human Relations* 7/1999, s. 947–967.

niitä kyseenalaistamatta.<sup>55</sup> Työelämän rasistista syrjintää koskevassa empiirisessä tutkimuksessa havaittiin, että työntekijät olivat valmiit syrjimään työnhakijoita rasistisilla perusteilla esimiehen käskyn mukaisesti tilanteessa, jossa syrjintää perusteltiin liiketoimintaan liittyvällä seikalla.<sup>56</sup> Työntekijät noudattivat käskyä siitäkin huolimatta, että käsky oli ristiriidassa heidän arvojensa kanssa, mikäli käskyn antaja oli legitimiiksi koettu auktoriteetti.<sup>57</sup>

Näyttää siltä, että käsketyt laittoman tai epäeettisen toimintatavan toistaminen riippuu ainakin osittain henkilön moraalisesta integriteetistä ja siitä, onko tämä sisäistänyt arvoja, jotka ovat ristiriidassa käsketyt toiminnan kanssa.<sup>58</sup> Yrityskulttuurin omaksumisen suhteen olennaista saattaa siten olla myös se, millaiseksi yksilö kokee identiteettinsä suhteessa yhtiöön eli haluaako hän identifioitua työtovereidensa muodostaman ryhmän jäseneksi.<sup>59</sup> Halu identifioitua ryhmän jäseneksi näyttäisi madaltavan kynnystä ja helpottaa kulttuurin omaksumista, kun taas yhtiön kulttuurista voimakkaasti eroava yksilön identiteetti hidastaa yhtiössä jaettujen arvojen ja arvostusten omaksumista.<sup>60</sup> Yksilön arvoilla on kuitenkin havaittu olevan erityisesti merkitystä tilanteissa, joissa arvojen mukaista ratkaisua ei tarvitse perustella erikseen eli kun henkilö ei ole päätöksensä tilivelvollinen muille.<sup>61</sup> Joka tapauksessa on ilmeistä, että yhtiöissä tapahtuvaa päätöksentekoa selittää sekoitus yksilöllisiä ja organisaatioon liittyviä seikkoja.<sup>62</sup>

Koska yksilöt toimivat yhtiöissä hierarkkisen rakenteen osana, yrityskulttuuria tarkasteltaessa on olennaista ottaa huomioon yhtiön sisällä vaikuttavat valtasuhteet ja niiden merkitys kulttuurin rakentumisessa. Yhtiön johtohenkilöillä on keskeinen vaikutus siihen, millainen käyttäytyminen nähdään toivottavaksi ja heidän toimintansa osoittaa muille, miten yhtiössä oletetaan toimittavan.<sup>63</sup> Näin ollen ei riitä, että oikea toimintatapa kerrotaan, vaan johtohenkilöiden on omalla

55. Esim. Moore – Gino 2010, s. 65.

56. Arthur Brief et al., Just doing business: Modern Racism and Obedience to Authority as Explanations for Employment Discrimination. *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1/2000, s. 72–97.

57. *Ibid.*, s. 89.

58. Vrt. kognitiivisen moraalikehityksen teoriasta edellä todettu. Ks. myös Kish-Gephart – Harrison – Klebe Trevino 2010, s. 18 (”Our results suggest that individuals who obey authority figures’ unethical directives or act merely to avoid punishment (i.e., are lower in CMD) ... are more likely to make unethical choices at work”).

59. Moore – Gino 2013, s. 62.

60. Yhtiöt palkkaavat henkilöitä, joiden arvioidaan sopivan yhtiössä vallitsevaan kulttuuriin ja toisaalta vallitseva kulttuuri saa sellaiset henkilöt jättämään yhtiön, jotka eivät pysty soputumaan siihen. Ks. Douglas – Davidson – Schwartz 2001, 111; Moore – Gino 2013, s. 58. Ks. myös Michael Lewis, *Liar’s poker*. Penguin 1989, jossa kuvataan kirjoittajan kokemuksia investointipankki Salomon Brothersissa ja yrityskulttuurista, jossa työntekijä joko hyväksyi epäeettisen toimintatavan tai joutui ns. tomppelikategoriaan.

61. Brief et al. 1991, s. 380.

62. Douglas – Davidson – Schwartz 2001, s. 102.

63. Esim. Shover – Hochstetler 2002, s. 10.

toiminnallaan toteutettava toimintaohjeita ja niiden mukaisia arvoja. Työntekijöiden epäeettisen käyttäytymisen on osoitettu voivan lisääntyä tilanteessa, jossa johtohenkilöt eivät tosiasiallisesti käyttäydy niiden eettisten periaatteiden tavoin, joiden mukaisesti työntekijöiden ohjeistetaan toimivan.<sup>64</sup> Harvassa yhtiössä myöskään vallitsee yhtenäinen yrityskulttuuri, johon kuuluvat arvot ja uskomukset kaikki työntekijät jakaisivat.<sup>65</sup> Yleisempää lienee, että yhtiössä on useita kulttuurisesti toisistaan eriäviä ryhmiä, joiden toimintatavat eroavat toisistaan. Kyse voi olla hankalastakin tapojen, tunteiden ja arvojen kokonaisuudesta, joka vaikeuttaa yhtiön yhtenäistä toimintaa.<sup>66</sup>

Sosiaalipsykologisessa ja yrityseettisessä tutkimuksessa klassinen esimerkki yrityskulttuurin merkityksestä koskee tuntihinnoitteluun perustuvan laskutuksen mukaisesti konsulttipalveluja tarjoavaa yritystä. Mikäli esimerkiksi asianajotoimiston yrityskulttuuri korostaa laskutustavoitteiden saavuttamisen tärkeyttä työntekijän työssään pärjäämisen kannalta<sup>67</sup> ja antaa ymmärtää, että laskuun tulisi aina hieman lisätä ”ilmaa”, työntekijä mitä luultavimmin ainakin pitkällä aikavälillä alkaa noudattaa toimintatapaa, joka on yhtiössä hyväksytty ja johon on kannustettu. Työntekijä tai yhtiön kulttuuria kannatteleva yritysjohto ei välttämättä edes tule ajatelleeksi, että kyse saattaa olla rikoksen tunnusmerkistön täyttämästä toiminnasta, koska toimintatapa on yhtiön omassa kulttuurissa hyväksytty.<sup>68</sup> Yhtiön kulttuuri luultavasti tarjoaa myös keinoja vähentää epäeettisestä toiminnasta johtuvaa syällisyyden tunnetta ja siten *neutraliso*<sup>69</sup> sisäistettyjen arvojen käyttäytymistä ohjaavaa vaikutusta.<sup>70</sup> Ajattelutapa voi olla esimerkiksi

64. Brian R. Dineen – Roy J. Lewicki, Supervisory Guidance and Behavioral Integrity: Relationships with Employee Citizenship and Deviant Behavior. *Journal of Applied Psychology* 3/2006, s. 622–635.

65. Ks. esim. Peetersin – Denkers – Huisman 2020, s. 50 (vain noin puolella tutkimuksessa tarkastelluista pienistä tai keskisuurista yrityksistä voitiin sanoa olevan yhtenäinen eettinen kulttuuri).

66. Erityisesti suurissa organisaatioissa voi olla useita toisistaan huomattavasti eroavia kulttuureja. Esimerkiksi toisistaan erillään toimivissa liiketoimintayksiköissä voi kehittyä omat itsenäiset kulttuurinsa, mikäli näitä ei tietoisesti pyritä yhtenäistämään (Huisman 2016, s. 452). Ks. myös Shover – Hochstetler 2002, s. 7–8

67. Ks. tavoitteiden merkityksestä käyttäytymisen ohjaamisessa esim. Moore – Gino 2013, s. 59–60.

68. Max H. Bazerman – Ann E. Tenbrunsel, *Blind Spots: Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It*. Princeton University Press 2011, s. 59–60.

69. Ajatus perustuu alun perin Gresham Sykesin ja David Matzan kehittämään neutralisaatioteoriaan, jonka mukaan yksilöt voivat oppia keinoja oikeuttaa rikolliset tekonsa ilman, että omakiusivat rikollisen identiteettiä. Ks. Gresham Sykes – David Matza, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*. *American Sociological Review* 6/1957, s. 664–673.

70. Paternoster – Tibbetts 2016, s. 631. Työntekijä voi esimerkiksi perustella lahjusrikosta tilanteen pakottavalla luonteella, jolloin syällisydentunteet voivat lientyä (ks. Isabelle Schoultz – Janne Flyghed, “We Have Been Thrown Under the Bus”: Corporate Versus Individual Defence Mechanisms Against Transnational Corporate Bribery Charges. *Journal of White Collar and Corporate Crime* 1/2021, s. 24–35, 31.

se, että kun töitä on tehty ympäri vuorokauden asiakkaan eteen, on vain ”oikein”, että yötyöt näkyvät laskulla muutamien lisätuntien muodossa.

Toisena esimerkkinä voidaan myös viitata tapaan, jolla yhtiöorganisaatiossa tai työtiimissä reagoidaan työntekijöiden virheisiin. Mikäli virheet esimerkiksi jätetään huomiotta tai niiden syyt käsittelemättä, työntekijöille voi syntyä käsitys siitä, ettei virheistä tarvitse lainkaan kertoa. Toimintatapa voi puolestaan johtaa siihen, että työntekijä ei aktiivisesti arvioi tekemiänsä virheitä eikä siten pyri parantamaan työtapojansa. Sanottu hiljaisuuden kulttuuri edistää väärinkäytösten tapahtumista, kun työssä kohdatuista ongelmista ei puhuta eikä niihin johtaneita toimintatapoja pyritä korjaamaan. Empiirisessä tutkimuksessa on havaittu, että tiimin jäsenet toimivat vähemmän eettisesti, mikäli virheisiin ei reagoida rakentavasti tavalla, joka parantaa tapoja tehdä työtä.<sup>71</sup>

Vaikka on ilmeistä, että väärinkäytökset sallivan yrityskulttuurin ja väärinkäytösten tapahtumisen välillä on tietty korrelaationsuhde, kriminologisen tutkimuksen valossa on vielä epäselvää, voidaanko kyseisten seikkojen välille olettaa kausaalisuhte. Tämä johtuu muun muassa siitä, että yhtiön yhteiskuntavastuuta koskevan maineen on havaittu olevan yhteydessä yritykseen hakeutuvien työntekijöiden arvomaailman kanssa.<sup>72</sup> Yksilöt saattavat toisin sanoen olla taipuvaisia hakeutumaan ympäristöön, joihin he arvoiltaan sopivat.<sup>73</sup> Tällöin yhtiön eettistä toimintaa ei selittäisi niinkään terve yrityskulttuuri kuin se, että yhtiö brändinsä takia houkuttaa eettisesti toimivia henkilöitä palvelukseensa. Tässä artikkelissa on lähdetty siitä, että heikkoa yrityskulttuuria ei joka tapauksessa tule pitää ainoana väärinkäytöksiä selittävänä tekijänä, vaan yrityskulttuuria on lähestyttävä sosiaalisena alustana, joka omalta osaltaan vaikuttaa yksilöiden päätöksentekoon.<sup>74</sup> Ei olisi yllättävää, mikäli edellä mainitut vaikutusmekanismit olisivat yhtäaikaista ja vahvistaisivat toistensa merkitystä. Yrityskulttuuri toisin sanoen vaikuttaisi yhtiön maineeseen ja siihen, millaiset henkilöt hakeutuvat ja valikoituvat työhön yritykseen mutta myös siihen, miten nämä yhtiössä käyttäytyvät.<sup>75</sup>

71. Scholten – Ellemers 2016, s. 372–375; Ulfert Gronewold – Anna Gold – Steven E. Salterio, Reporting Self-Made Errors: The Impact of Organizational Error-Management Climate and Error Type. *Journal of Business Ethics* 2013, vol. 117, s. 189–208.

72. W. Randy Evans – Walter D. Davis, An Examination of Perceived Corporate Citizenship, Job Applicant Attraction, and CSR Work Role Definition, *Business & Society* 3/2011, s. 456–480.

73. Robert Apel – Raymond Paternoster, Understanding “Criminogenic” Corporate Culture: What White-Collar Crime Researchers Can Learn from Studies of the Adolescent Employment–Crime Relationship, s. 15–34 teoksessa Sally Simpson – David Weisburd (eds), *The Criminology of White-Collar Crime*. Springer 2019, s. 15, 18, 26.

74. On selvää, että väärinkäytösten tapahtumista voidaan selittää usealla tavalla ja syitä tarkastella eri perspektiiveistä. Olennaisia ovat kulttuuristen selitystekijöiden lisäksi esimerkiksi yhtiön toimialan käytännöt sekä yksilön henkilökohtaiset ominaisuudet ja asema yhtiössä. Ks. esim. Peeters et al. 2020, s. 62.

75. Ks. myös alaviite 60 edellä.

#### 4. Yritys- ja turvallisuuskulttuurin merkitys organisaatiohuolimattomuuteen perustuvassa rangaistusvastuussa

Heikosta yrityskulttuurista ei sellaisenaan seuraa yhtiön rangaistusvastuuta. RL 9:2.2:n mukaisen organisaatiohuolimattomuuden johdosta yhtiöön kohdistettava rikosoikeudellinen moite on perustettava yhtiössä laiminlyötyihin huolellisuusvelvoitteisiin, jotka ovat syy-yhteydessä yhtiön toiminnassa tapahtuneen luonnollisen henkilön tekemän rikoksen kanssa. Organisaatiohuolimattomuus voi perustua esimerkiksi siihen, että yhtiössä on laiminlyöty organisoida yhtiön toiminta työturvallisuussuunnitelmien edellyttämällä tavalla, ja kyseinen laiminlyönti on myötävaikuttanut työturvallisuusrikoksen tapahtumiseen. Kyse voisi olla myös siitä, että korruptioherkällä toimialalla toimivassa yhtiössä ei olisi tarkoituksenmukaisia lahjontaa ehkäiseviä compliance-rakenteita, minkä seurauksena yhtiön johto ei huomaisi, että yhtiön työntekijät antavat lahjuksia myynnin vauhdittamiseksi. Tällaisiin toiminnan huolellisen järjestämisen laiminlyönteihin liittyy yhtiössä vallitseva kulttuurinen ilmapiiri, jota ilmentää välinpitämätön suhtautuminen esimerkiksi työturvallisuuteen tai lahjontariskeihin.

Turvallisuuskulttuuri yrityskulttuurin eräänä osa-alueena on saanut erityistä huomiota työturvallisuutta koskevassa tutkimuksessa.<sup>76</sup> Turvallisuuskulttuuria on mielenkiintoista tarkastella tämän kirjoituksen yhteydessä, koska sillä on läheinen liityntä työturvallisuusrikoksiin, jotka puolestaan muodostavat olennaisen osan oikeushenkilön rangaistusvastuun soveltamiskäytännöstä.<sup>77</sup> Yrityskulttuurin tavoin turvallisuuskulttuuri on abstrakti ilmiö, jolle on vaikea löytää täsmällistä määritelmää. Vahvaa turvallisuuskulttuuria voidaan kuitenkin luonnehtia yrityskulttuuriksi, jossa turvallisuuteen liittyvät uskomukset, arvot ja asenteet ovat tärkeässä asemassa<sup>78</sup> ja jotka toteutuvat yhtiön johdon ja muun henkilöstön toiminnassa.<sup>79</sup> Heikolle turvallisuuskulttuurille on ominaista ns. negatiiviset turvallisuusarvot eli välinpitämättömyys turvallisuutta kohtaan.<sup>80</sup> Turvallisuuskulttuuri tulee ymmärtää yhtiössä vallitsevien rakenteiden ja sys-

76. Ks. konseptista esim. Jason Edwards – Jeremy Davey – Kerry Armstrong, A review and re-conceptualisation of safety culture. *Safety Science* 2013, vol. 55, s. 70–80, 71.

77. Vuosina 2015–2019 noin 90 prosenttia kaikista yhteisösakkotuomioista annettiin työturvallisuusrikosta koskeissa asioissa. Jussi Tapani, Oikeushenkilön rangaistusvastuu – nykytila ja kehittämistarpeet. Oikeusministeriön julkaisuja 2020:22, s. 28–29.

78. Edwards – Davey – Armstrong 2013, s. 71.

79. Ks. Stian Antonsen, Safety Culture and the issue of power. *Safety Science* 2009, vol. 47, s. 183–191, joka korostaa yrityksen valtarakenteiden merkitystä yrityskulttuurin määrittelyssä. Ks. turvallisuuskulttuurin määrittelystä ja taustasta myös Lähteenmäki – Alvesalo 2016, s. 123–124.

80. Edwards et al. 2013, s. 74.



teemien sekä sosiaalisen dynamiikan kokonaisuutena<sup>81</sup> siis vastaavalla tavalla kuin yrityskulttuuri turvallisuuskulttuurin yläkäsitteenä.

*Lähteenmäki ja Alvesalo-Kuusi* ovat analysoineet turvallisuuskulttuurin näkökulmasta kotimaisia työturvallisuusrikostuomioita, joissa on päädytty tuomitsemaan yhteisösakko. Kirjoittajien mukaan tapauksissa nousee esille puutteellinen turvallisuuskulttuuri, joka kiteytyy vuorovaikutuksen ongelmiin työnantajien, työntekijöiden ja systeemien välillä.<sup>82</sup> Analysoiduissa tapauksissa velvollisuus perehdyttää ja opastaa työntekijöitä on usein laiminlyöty tai sen laatua ei ole valvottu. Työnantajan edustaja puolustautuu useammassa tapauksessa viittaamalla siihen, että ”kokeneet ammattimiehet” eivät opastamista tarvitse ja että oikea toimintatapa on jokaisen tiedossa.<sup>83</sup> Vaikka on ilmeistä, että oikeudenkäynnissä käytetyt retoriset valinnat aina heijastavat jossain määrin oikeudenkäyntistrategisia valintoja eivätkä siten välttämättä vastaa täysin työpaikan todellisia tapoja, ei ole syytä epäillä, etteikö asianosaisten lausunnot myös osittain kuvaisi työpaikan todellisuutta. Asianosaisten tai todistajien näkemykset heijastavat kulttuuria, jossa turvallisuusasioita ei pidetä olennaisina liiketoiminnan kannalta tai ainakaan niiden merkitystä ei ole ymmärretty. Edellä tarkastellun teoreettisen analyysinikin valossa näyttää siltä, että sanotun kaltainen kulttuuri tekee ongelmien esille nostamisen vaikeaksi eikä kannusta varmistumaan oikeasta työtavasta tilanteessa, jossa henkilö on tästä epävarma. Mikäli yleinen ajatus tiimissä tai yleisemmin työpaikalla on, että hyvä työntekijä ei kaipaa ohjeita, on kynnys ohjeiden kysymiseen korkealla. Työyhteisössä saattaa vallita uskomus, ettei turvallisuusasioista kuulu kysellä.

On syytä olettaa, että määrällisesti suurin osa yhtiöiden toiminnassa tapahtuvista väärinkäytöksistä johtuu osaamattomuudesta tai välinpitämättömyydestä.<sup>84</sup> Tällöin ei useinkaan ole kyse siitä, että yhtiössä tietoisesti päätettäisiin toimia lain vastaisesti, vaan tilannetta kuvaa paremmin ajattelemattomuus eli se, ettei tulla ottaneeksi huomioon, että pitäisi toimia toisin taikka ei ryhdytä konkreettisiin toimenpiteisiin toimintatapojen muuttamiseksi. Organisaatioissa totutaan toimimaan tietyllä tavalla ilman, että kukaan kyseenalaistaisi toiminnan järkevyyttä, eettisyyttä tai lainmukaisuutta. Kulttuurinen ilmapiiri voi tukea esimerkiksi sitä, ettei vaarallisiin työtapoihin puututa, koska tällainen toiminta ei ole ollut tapana yhtiössä. On totuttu esimerkiksi siihen, että työn lopputulos on tärkeämpi

81. *Ibid.*, s. 73.

82. *Lähteenmäki – Alvesalo-Kuusi* 2016.

83. *Lähteenmäki – Alvesalo-Kuusi* 2016, s. 130–131.

84. ”The empirical reality is, however, that most – and less serious – offending takes place in the daily routines of small and medium-sized businesses” (Huisman 2016, s. 439). Ks. myös Robert Kagan – John Scholz, *The Criminology of the Corporation’ and Regulatory Enforcement Strategies*, teoksessa Keith Hawkings – John Thomas (eds), *Enforcing Regulation*. Kluwer Nijhoff Publishing 1984, s. 80–81; Christine Parker – Vibeke Lehmann Nielsen (eds), *Explaining Compliance: Business Response to Regulation*. Edward Elgar Publishers 2011, s. 14–15.



kuin se, ovatko työmenetelmät lainmukaisia vai eivät. Jos työvälineen turvallinen käyttö on hitaampaa kuin toinen, vaarallisempi työtapana, on mahdollista, että työturvallisuuteen välinpitämättömästi suhtautuva yritys-kulttuuri kannustaa valitsemaan nopeamman mutta vaarallisemman toimintatavan. Edellä tarkasteltu yritys-kulttuuria ja ryhmäkäyttäytymistä koskeva empiirinen tutkimus tukee sitä, että keskivertoyksilö on taipuvainen toimimaan relevantin sosiaalisen ryhmän osoittamalla tavalla siitäkkin huolimatta, että tämä yksilönä, ilman työympäristön kontekstia, sinänsä pitää työturvallisuutta tärkeänä.

Kun organisaatiohuolimattomuutta tarkastellaan puhtaana lainopillisesti, kulttuuristen seikkojen sijaan korostuu yhtiön toiminnan konkreettinen järjestäminen ja se, onko liiketoiminnassa noudatettu soveltuvia normeja. Työturvallisuusrikosta ja organisaatiohuolimattomuutta koskevassa ratkaisussa KKO 2014:20 yhtiön rangaistusvastuu perustettiin siihen, että yhtiössä oli laiminlyöty huolehtia räjäytystyön organisoinnista ja siitä, että räjäytykset suoritetaan turvallisesti soveltuvien säännösten mukaisesti.<sup>85</sup> Räjäytystyössä oli rikottu työturvallisuusmääräyksiä siten, että räjäytystyölle ei ollut nimetty räjäytystyön johtajaa, työtä varten ei ollut laadittu kirjallista räjäytys-suunnitelmaa, työssä oli käytetty liian suurta räjähdysainemäärää ja varotoimet oli hoidettu huolimattomasti.<sup>86</sup> Hovioikeuskäsittelyssä todistajana kuullun konsernin työturvallisuusasioista vastaavan johtajan mukaan kuitenkin konsernin jokaisella tasolla oli kiinnitetty erityistä huomiota työturvallisuuteen. Työturvallisuusjohtajan mukaan työn suunnittelussa ja toteutuksessa noudatettiin lakisäätteisiä suunnitelmia, henkilöstön pätevyyttä valvottiin ja tarvittaessa annettiin lisäkoulutusta ja opastusta. Kaikilla työmailla oli ollut tarvittava kirjallisuus ja muu kirjallinen tukimateriaali. Työturvallisuusmääräysten noudattamista työmailla valvottiin auditointikäytännöllä, ja työmailla tehtiin viikoittain lakisäätteiset turvallisuustarkastukset. Todistajan mukaan konserni oli voittanut monia Uudenmaan työsuojelupiirin kilpailuja ja ollut luomiensa käytäntöjen myötä edelläkävijä työturvallisuusasioissa.<sup>87</sup>

Työturvallisuusjohtajan todistajanlausunto suhteutettuna korkeimman oikeuden ratkaisun sisältämään kuvaukseen yhtiön laiminlyönneistä luo mielikuvan, jonka mukaan yhtiössä ja konsernissa sinänsä oli kiinnitetty huomiota työturvallisuusasioihin, ja konsernin johdolla oli ehkä aidostikin käsitys, että yhtiön toiminta oli järjestetty työturvallisuuslainsäädännön mukaisesti huolellisella tavalla. Tästä huolimatta kyseessä olleella räjäytystyömaalla suhtautuminen turvallisuuteen oli ollut toinen, mikä ilmenee konkreettisten turvallisuustoimien laiminlyöntinä. Vaikuttaa näin ollen siltä, että konsernin ja yhtiön

85. KKO 2014:20, kohdat 28–30. Ks. ratkaisusta myös Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 389–340.

86. KKO 2014:20, kohta 28.

87. Helsingin hovioikeuden ratkaisu nro 1962, 22.6.2011, R 10/399, s. 9.

työturvallisuuskäytänteissä oli tavanomainen ongelma, jolle ominaista on, että työturvallisuus on muodollisesti kunnossa mutta käytännössä aito suhtautuminen työturvallisuuteen oli ainakin joissain konsernin tai tietyissä yhtiön osissa piittaamatonta tai välinpitämätöntä.<sup>88</sup> Nähdäkseni on hyvät perusteet olettaa, että jos ratkaisun vastaajayhtiössä olisi ollut vahva turvallisuuskulttuuri, työturvallisuus sisäistettynä arvona olisi saattanut muokata työtapoja turvallisempaan suuntaan tai ohjata työntekijöitä puuttumaan vaaralliseen työtapaan.

Organisaatiohuolimattomuus perustettiin ratkaisussa KKO 2014:20 laiminlyöntiin huolellisesti organisoida yhtiön sisäinen vastuunjako ja valvonta, jotka seikat ovat olennaisia välittömän juridisen vastuuanalyysin kannalta. On kuitenkin huomattava, että työturvallisuusrikoksia ja muita, muutoin vaaraa aiheuttavia tilanteita ei voida estää pelkästään toiminnan muodollisella organisoinnilla ja valvonnalla. Tämä johtuu ensinnäkin siitä, että työntekijöiden jatkuva valvonta on käytännössä mahdotonta.<sup>89</sup> Lisäksi on otettava huomioon työntekijöiden intensiiviseen monitorointiin liittyvät epätoivottavat sosiaaliset vaikutukset.<sup>90</sup> Mikäli työntekijöitä valvotaan jatkuvasti ja intensiivisesti, voi seurata oletamus siitä, ettei heihin voida luottaa, joka puolestaan voi johtaa eräänlaiseen ulkopuolisuuden identiteettiin. Luottamuspuolan vuoksi työntekijä ei välttämättä koe haluavansa toimia työnantajansa hyväksi ja käyttää hyväkseen tilanteita, joissa valvonta pettää.<sup>91</sup> Kun jatkuva valvonta on käytännössä mahdotonta, tällaisia tilanteita välttämättä silloin tällöin on. Esimerkkinä voidaan ajatella suojavarusteiden käyttövelvollisuutta työmailla. Esimerkiksi suojakypärien käyttöä lienee mahdotonta valvoa jatkuvasti. Jos työntekijä noudattaa velvollisuutta käyttäen kypärää *vain* siksi, että ilman kypärää työskentelystä seuraa jonkinlainen sanktio, on todennäköistä, ettei työntekijä käytä kypärää tilanteessa, jossa sen käyttämättä jättämisestä ei voi jäädä kiinni.<sup>92</sup>

Edellä todetun perusteella näyttää siltä, että väärinkäytöksiä voidaan tehokkaimmin ehkäistä, kun selkeän tiedonkulun ja vastuunjaon sekä legitimiiksi

88. Esim. Ratsula 2019, s. 555–556; Anne Alvesalo-Kuusi – Liisa Lähteenmäki et al., Yhteisövastuu, turvallisuus ja työturvallisuusrikos muuttuvan työelämän ja lainsäädännön käytännöissä. Loppuraportti. Työterveyslaitos 2017, s. 45, 51.

89. Ks. tähän liittyvistä ongelmista esim. Donald C. Langevoort, Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law. *Columbia Business Law Review* 1/2002, s. 71–118, 72–73; James Gobert, The Evolving Legal Test of Corporate Criminal Liability, s. 61–80 teoksessa John Minkes – Leonard Minkes (eds), *Corporate and White-Collar Crime*. Sage Publications 2008, s. 64.

90. Langevoort 2002, s. 117; Gobert 2008, s. 64; Maurice E. Stucke, In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. *Journal of Corporation Law* 4/2014, s. 769, 816–817.

91. Ks. George A. Akerlof – Rachel E. Kranton, Identity, Supervision and Work Groups. *The American Economic Review* 2/2008, s. 121–217, 212; George A. Akerlof – Rachel E. Kranton, Identity and the Economics of Organization. *Journal of Economic Perspectives* 1/2005, s. 9–32, 22–27.

92. Samansuuntaisesti ks. Langevoort 2002, s. 104; Stucke 2014, s. 816–817.

koetun valvonnan ohella yhtiössä tunnistetaan ne arvot, joiden mukaisesti halutaan toimia ja näitä myös toteutetaan yhtiön toiminnassa. Mikäli yhtiössä ja työpaikoilla omaksutaan esimerkiksi voimakas työturvallisuuskulttuuri, turvalliset työtavat ja työturvallisuutta kunnioittava ilmapiiri, turvallisia työtapoja todennäköisesti halutaan noudattaa siinäkin tilanteessa, että jatkuvaa valvontaa ei ole.<sup>93</sup> Mikäli työntekijä käyttää suojakypärää siksi, että hän pitää sitä olennaisena oman ja muiden turvallisuuden vuoksi, hän ei luultavasti laiminlyö velvollisuutta käyttää kypärää, vaikka sen käyttöä ei jatkuvasti valvottaisi. Kuten edellä on todettu, sisäistetyt arvot ohjaavat yksilön toimimaan itseohjautuvasti, jolloin yksilö siis tekee eettisen tai lainmukaisen valinnan myös siinä tilanteessa, ettei epäeettisestä tai laittomasta valinnasta seuraisi sanktiota tai muuta haittaa.<sup>94</sup> Arvojen käyttäytymistä ohjaava vaikutus kuitenkin edellyttää, että työntekijät pitävät työpaikan arvoja ja toimintatapoja perusteltuina ja siten uskovat niiden noudattamisen olevan järkevää. Ihmiset toisin sanoen noudattavat helpommin sääntöjä, jotka sopivat yhteen heidän oman arvomaailmansa kanssa.<sup>95</sup> Kun samalla oletetaan huomioon yksilön arvojen ja arvostusten sosiaalinen luonne ja siten työpaikan sosiaalisten normien vaikutus yksilön käyttäytymiseen, on ilmeistä, että yrityskulttuurin kautta tulisi pyrkiä ohjaamaan työntekijöiden eettistä ja lainmukaista toimintaa.

Vaikka yrityskulttuuri edellä mainitulla tavalla ei suoraan vaikuta organisaatiohuolimattomuuden vastuuperusteiden lainopilliseen analyysiin, on kuitenkin huomattava, että yrityskulttuurilla on konkreettinen merkitys yhteisöskon mittaamisessa.<sup>96</sup> RL 9:6.2:n mukaan yhteisöskon rahamäärää vahvistettaessa olennaista on muun muassa se, ”osoittaako oikeushenkilön velvollisuuksien rikkominen piittaamattomuutta lain säännöksistä tai viranomaisten määräyksistä”. Esitöiden mukaan piittaamattomuudella tarkoitetaan oikeushenkilön piirissä vallitsevaa yleistä asennetta oikeusjärjestyksen asettamiin vaatimuksiin ja viranomaisten yksittäistapauksissa antamiin määräyksiin ja ohjeisiin.<sup>97</sup> Ratkaisussa KKO 2014:20 korkein oikeus otti rangaistuksen mittaamisessa huomioon, että yhtiön suhtautumisen työturvallisuuden organisointiin ja valvontaan päätoi-

93. Ibid.

94. Tom R. Tyler – Steven Blader, Can Business Effectively Regulate Employee Conduct? The Antecedents of Rule Following in Work Settings, *The Academy of Management Journal* 6/2005, s. 1143-1158; Tom Tyler – John Dienhart – Terry Thomas, The Ethical Commitment to Compliance: Building Value-Based Cultures, *California Management Review* 2/2008, s. 31–51, 34.

95. Tom Tyler, Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crime: The Importance of Legitimacy and Procedural Justice, s. 195–216 teoksessa Sally Simpson – D Weisbud (eds), *The Criminology of White-Collar Crime*. Springer 2009, s. 202; Tyler – Dienhart – Thomas 2008, s. 35–36.

96. Yritys- ja turvallisuuskulttuurille voidaan sinänsä löytää oikeusperusta erityyppisistä oikeushenkilön toiminnan järjestämistä koskevista normeista. Ks. turvallisuuskulttuurin osalta Lähteenmäki – Alvesalo-Kuusi 2016, s. 125–128.

97. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevaksi lainsäädännöksi 95/1993 vp, s. 41.

mialansa vaarallisella osa-alueella oli todettu olleen moitittavaa. Lisäksi asiassa oli tullut esille, että yhtiössä oli suhtauduttu räjäytystyön johtajan nimeämistä ja kirjallisen räjäytysuunnitelman laatimista koskeviin järjestysohjeiden määräyksiin piittaamattomasti.<sup>98</sup> Vaikka perusteluissa ei nimenomaisesti viitata yrittys- tai työturvallisuuskulttuuriin, yhtiön suhtautumisella mitä ilmeisimmin tarkoitetaan perusteluissa samaa asiaa.<sup>99</sup>

## 5. Johtopäätökset

Tässä artikkelissa on tarkasteltu yrityskulttuuria empiirisen, käyttäytymistä koskevan tutkimustiedon valossa ja tätä kautta analysoitu heikon yrityskulttuurin ja yhtiön rikosoikeudellisen vastuun yhteyttä. Yrityskulttuurin abstraktista luonteesta huolimatta se voidaan kiinnittää hyvin konkreettisella tavalla tieteelliseen tutkimukseen siitä, miten työpaikan sosiaalinen ympäristö vaikuttaa yksilön päätöksentekoon ja käyttäytymiseen. Koska olemme sosiaalisia eläimiä, käyttäytymiseemme vaikuttaa ratkaisevasti se sosiaalinen ympäristö, jossa toimimme. Erityisesti kriminologisen, sosiaalipsykologisen ja yrityseettisen tutkimuksen perusteella on ilmeistä, että yhtiössä vallitsevat arvot, arvostukset ja tavat vaikuttavat siihen, miten yksilöt yhtiön piirissä toimivat. Laumasieluisuutemme voi siten johtaa joko positiivisiin tai negatiivisiin seurauksiin riippuen siitä, miten yksilöiden taipumusta omaksua ryhmän ryhmäkäyttäytymismalleja pyritään hyödyntämään yhtiössä.<sup>100</sup>

Yhtiön rangaistusvastuun kannalta yrityskulttuurin merkitys kiteytyy siihen, onko yhtiön toiminta järjestetty vain muodollisesti oikein vai pidetäänkö työturvallisuutta, ympäristöarvoja tai muita yhtiön toimintaa sääntelevän normikokonaisuuden tausta-arvoja liiketoiminnan kannalta olennaisina. Esimerkiksi työturvallisuuden näkökulmasta tämä tarkoittaa sitä, suhtaudutaanko työturval-

98. KKO 2014:20, kohta 37.

99. Työturvallisuuskulttuuriin on nimenomaisesti alettu viitata käräjä- ja hovioikeustasoisessa tuomioistuinkäytännössä yhteisösakon mittaamisperusteena, joskin näissä tapauksissa se usein vaikuttaa mittaamisessa yhteisösakon määrää alentavasti. Ratkaisuissa on usein katsottu, että tapahtunut rikos osoittaa enemmän yksittäistapauksellista laiminlyöntiä eikä siten ole tulos yhtiössä yleisesti vallitsevasta piittaamattomasta työturvallisuuskulttuurista. Ks. Liisa Lähteenmäki et al., Yhteisösakot ja niiden mittaaminen työturvallisuusrikoksissa. Lakimies 7–8/2016, s. 1071. Ks. esim. Helsingin hovioikeus 14.1.2021, nro 21/100992, R 19/2958. ”Laiminlyönnin on näytetty koskeneen yhtä käytännössä kolmihenkiä työntekijäryhmää yhden koneen osalta. Tähän nähden vaarojen järjestelmällisen selvittämisen laiminlyöminen ei tässä tapauksessa osoita laajamittaista piittaamattomuutta lain säännöksistä eikä yleisesti heikkoa työturvallisuuskulttuuria.”

100. Samansuuntaisesti mm. Kish-Gephart – Harrison – Klebe Trevino 2010, s. 21.

lisuuteen korkean prioriteetin seikkana ja toteutuuko kyseinen arvo ja asenne yhtiön toiminnoissa. Vastaavasti esimerkiksi yhtiön toiminnalle olennaisten ympäristöarvojen tunnistaminen on tärkeää, jotta yhtiössä voitaisiin omaksua vahva ympäristökulttuuri.

Kuten edellä on todettu, yksilöt vaikuttavat toimivan ensisijaisesti sisäistettyjen arvojensa perusteella. Koska moraaliarvot ovat luonteeltaan sosiaalisia, myös ne ovat alttiita sosiaalisen ympäristön vaikutteille. Yrityskulttuuria voidaan näin ollen lähestyä tapana hyödyntää yksilön sisäistettyjen arvojen käyttäytymistä ohjaavaa vaikutusta. Kuten tässä artikkelissa on osoitettu, työntekijöiden valvonta ja sanktiointi ei sellaisenaan johda optimaalisiin compliance-käytäntöihin, vaan arvojen käyttäytymistä ohjaavan luonteen vuoksi on pyrittävä legitimiiksi koetun valvonta- ja raportointikäytänteiden ohella myös aidosti arvopohjaiseen toimintakulttuuriin. Esimerkiksi hyvää ympäristökulttuuria voidaan edistää kommunikoiden selkeästi niitä arvoja, joiden halutaan ohjaavan yhtiön konkreettista toimintaa.<sup>101</sup> Vahva ympäristökulttuuri edellyttää, että yhtiössä tunnustetaan, mitä ympäristön hyvinvointi ja kestävä kehitys liiketoiminnan kannalta tarkoittaa ja miten näitä arvoja käytännössä toteutetaan. Ympäristö- ja kestävyysarvoja tulisi toisintaa jokapäiväisessä toiminnassa, jotta työntekijät vähitellen sisäistäisivät relevantit ympäristön hyvinvointiin liittyvät normit. Tällaiset sisäistetyt ympäristöarvot ja jaettu käsitys niitä toteuttavista käyttäytymistavoista johtaa parhaimmassa tapauksessa siihen, että työntekijät automaattisesti noudattavat yhtiön sisäisiä sääntöjä ilman, että noudattamista jatkuvasti tulisi valvoa. Arvopohjaisia compliance-rakenteita tulisi suosia siis jo sen vuoksi, että ne johtavat tehokkaampiin lopputuloksiin kuin puhtaasti valvontaan ja sanktiointiin nojautuvat compliance-rakenteet.

101. Lähtenmäki ja Alvesalo-Kuusi korostavat kommunikaation merkitystä työturvallisuuskulttuurin parantamisessa (Lähtenmäki – Alvesalo-Kuusi 2016, s.136). ”Turvallisuus tulisi siis ymmärtää myös tapana ajatella ja kommunikoida, ei pelkästään tapana toimia, tai käyttää koneita ja laitteita.”

## **Corporate culture vis-à-vis corporate criminal liability**

HELI KORRKA-KNUTS, LL.D., Postdoctoral Researcher, University of Helsinki

Solid empirical evidence suggests that corporate culture has a significant role in explaining corporate crime and other organisational misconduct. The article analyses corporate culture in the context of the Finnish corporate criminal liability regime. This novel, doctrinally motivated approach to corporate culture shows which cultural factors are relevant in avoiding criminal liability in organisational settings. The analysis draws on empirical evidence on individual decision-making and considers how relevant social environments affect decision-making. As described in the article, human beings as social animals are significantly influenced by the ethical climate of a workplace when considering what type of behaviour is rational and appropriate. The author demonstrates that even though weak corporate culture does not, as such, lead to criminal liability, negligent corporate behaviour is often a result of cultural failures, while a functioning mechanism to remedy such failures should be of interest to everyone holding a managerial position.

# Unionin oikeuden harmailla alueilla – pohdintaa fiskaalisen integraation oikeudellisista rajoista

**HAKUSANAT:** EU, EMU, fiskaalinen integraatio, oikeudellinen neuvonanto, EU-tuomioistuim

## 1. Johdannoksi

Tavoite syvemmästä EU:n fiskaalisesta integraatiosta ja jäsenvaltioiden välisestä riskinjaosta ei ole uusi. Jokainen vaikutusvaltainen, toimielimissä syntynyt aloite Euroopan talous- ja rahaliiton syventämisestä on viime vuosina sisältänyt tällaisen elementin.<sup>1</sup> Tavoitteeksi on tyypillisesti asetettu abstrakti yhteinen ”fiskaalinen kapasiteetti”, jonka tarkoituksena on tasoittaa jäsenvaltioiden välisiä eroja taloussuhdanteissa. Nämä aloitteet ovat kuitenkin järjestään pysähtyneet paitsi poliittisen tuen niukkuuteen erityisesti pohjoisissa jäsenmaissa, myös jaettuun käsitykseen siitä, että tällaisten rakenteiden luominen edellyttäisi perussopimusten muuttamista.<sup>2</sup>

Perussopimukset ovat ennallaan, mutta koronakriisi muutti niitä ympäröivän poliittisen todellisuuden. Uutiskuvat Bergamosta loivat nopeasti yhteisymmärryksen siitä, että kriisiin vastaaminen edellyttäisi myös taloudellisesti yhteisvastuullisia toimia. Ensimmäisessä vaiheessa rahoitusta myönnettiin EU-budjetin

\* Päivi Leino-Sandberg, OTT, professori, Helsingin yliopisto. Artikkeleihin liittyvä Erik Castrén -instituutin, Amsterdamin ja Göteborgin yhteinen tutkimushanke ”Separation of Powers in 21st Century Europe” on saanut rahoitusta Euroopan komission Horizon2020/”NORFACE Democratic Governance in a Turbulent Age programme” -ohjelmasta. Kiitokset Sakari Melanderille, Tapio Rauniolle, Tuomas Saarenheimolle ja kahdelle refereelle kommentaista aikaisempaan luonnokseen, Matthias Ruffertille monista asioista koskeneista keskustelusta sekä tutkimusavusta Katariina Flinckille.

1. Ks. Euroopan komissio, Suunnitelma tiiviin ja aidon talous- ja rahaliiton luomiseksi. Keskustelunavaus. COM(2012) 777 final; The Four Presidents’ Report: Towards a Genuine Economic and Monetary Union, Report by President of the European Council Herman Van Rompuy, EUCO 120/12/2012; Viiden puheenjohtajan raportti, Euroopan talous- ja rahaliiton viimeistely 2015; Euroopan komissio, Pohdinta-asiakirja talous- ja rahaliiton syventämisestä. COM(2017) 291; Euroopan komissio, Lisätoimet Euroopan talous- ja rahaliiton viimeistelemiseksi: etenemissuunnitelma. COM(2017) 821 final.

2. Ks. Päivi Leino-Sandberg – Tuomas Saarenheimo, Fiscal Stabilisation for EMU: Managing Incompleteness. *European Law Review* 43(5) 2018, s. 623–647.

kautta niin kutsutulla SURE-välineellä,<sup>3</sup> Euroopan vakausmekanismin uudesta pandemiarahoitusohjelmasta<sup>4</sup> sekä Euroopan investointipankin kautta.<sup>5</sup> Toimet osoittautuivat kuitenkin heti riittämättömiksi niiden jäsenvaltioiden kohdalla, joiden taloudellinen tilanne oli ollut hauras jo aikaisemmin. Toukokuussa 2020 Ranskan ja Saksan päämiehet esittivät lainarahoitteen elpymisrahaston perustamista EU-budjetin yhteyteen.<sup>6</sup> Sen pohjalta komissio valmisteli ehdotuksen Next Generation EU -paketista, joka rahoitetaisiin lainaamalla 750 miljardia euroa rahoitusmarkkinoilta ja jaettaisiin jäsenvaltioille pääosin suorana EU-tukena. Keskeisin osa pakettia oli elpymisväline, jolla katettaisiin kunkin maan elpymissuunnitelmissa määriteltyjen uudistusten ja investointien kustannuksia. EU:n normaaliin kriisirahoitukseen olennaisesti liittyvää yleistä makrotaloudellista ehdollisuutta siihen ei liittyisi. Varojen EU:n ottamat lainat maksettaisiin takaisin kolmen seuraavan vuosikymmenen aikana vielä määrittelemättömin keinoin.

Syksyllä 2020 EU:n neuvosto ja parlamentti hyväksyivät komission ehdotuksen pienin muutoksin, ja keväällä 2021 kaikki jäsenvaltiot hyväksyivät kansallisia menettelyjään noudattaen paketin rahoituspohjan turvaavan omien varojen päätöksen. Kiistatonta lienee, että elpymispaketti avaa uusia toimintatapoja, joita aikaisemmin pidettiin myös EU:n toimielimissä oikeudellisesti mahdottomina.<sup>7</sup> Tämän kirjoituksen tarkoituksena ei kuitenkaan ole arvioida, rikkooko elpymispaketti EU:n perussopimuksia. Tämän sijaan kirjoituksessa pyritään kuvaamaan, millä tavoin tulkinnaalliset muutokset EU:ssa tapahtuvat, ja pohtimaan, miten niihin on mahdollisesti kansallisesti reagoitava.

”*Never Let a Good Crisis Go to Waste*” on yksi *Winston Churchillin* tunnetuimpia sitaatteja. Kriisit tarjoavat myös EU:ssa mahdollisuuden edistää institutionaalisia suunnitelmia, joiden toteuttaminen normaaliaikoina olisi poliittisesti ja oikeudellisesti mahdotonta. Euroopan talous- ja rahaliiton (EMU) kehittäminen

3. Neuvoston asetus EU 2020/672 eurooppalaisen hätätilasta aiheutuvien työttömyysriskien lieventämisen tilapäisen tukivälineen (SURE) perustamisesta covid-19:n leviämisen seurauksena. OJ L 159 2020, s. 1–7.

4. Ks. <[www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/05/08/eurogroup-statement-on-the-pandemic-crisis-support](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/05/08/eurogroup-statement-on-the-pandemic-crisis-support)>.

5. Ks. Tästä investointipankin lehdistötiedote, <[www.eib.org/en/press/all/2020-126-eib-board-approves-eur-25-billion-pan-european-guarantee-fund-to-respond-to-covid-19-crisis.htm](http://www.eib.org/en/press/all/2020-126-eib-board-approves-eur-25-billion-pan-european-guarantee-fund-to-respond-to-covid-19-crisis.htm)>.

6. Ks. tästä liittokanslerinviraston lehdistötiedote Bundeskanzleramt, <[www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/deutsch-franzoesische-initiative-zur-wirtschaftlichen-erholung-europas-nach-der-coronakrise-1753760](http://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/deutsch-franzoesische-initiative-zur-wirtschaftlichen-erholung-europas-nach-der-coronakrise-1753760)>.

7. Käytännössä elpymisrahasto 1) mahdollistaa SEUT 122 artiklan mukaiset kriisitoimet myös tilanteissa, joiden yhteys varsinaiseen kriisiin on heikko; 2) avaa koheesipolitiikan välineistön käytettäväksi käytännössä melkein minkä vaan jäsenvaltion toimen rahoittamiseen sekä 3) mahdollistaa kyseisten politiikkatoimien rahoittamisen velaksi. Ks. tästä Päivi Leino-Sandberg – Matthias Ruffert, NGEU and its constitutional ramifications: a critical assessment. Julkaistavana *Common Market Law Review* 2022.



on Lissabonin sopimuksen voimaantulon (2009) jälkeen rakentunut tämänkaltaisille, kriisien yhteydessä tapahtuneille muutoksille. Lissabonin sopimukseen sisällytettiin perussopimusten muuttamista varten sangen raskaat menettelyt, joiden tarkoituksena oli varmistaa, että sopimusten muuttamisella on vahva demokraattinen tuki jäsenvaltioissa ja niiden seuraukset on laajasti arvioitu.<sup>8</sup> Lissabonin sopimuksen voimaantuloa edeltäneet vaikeudet kielteisine kansanäänestyksineen jättivät kuitenkin syvät arvet. Perussopimusmuutoksia pidetään toimielimissä liian riskialttiina keinona EU:n toiminnan uudistamiseen. Pelkona on, että avoin ja laaja-alainen keskustelu muutostarpeista karkaisi käsistä eikä lopulta johtaisi toimielimissä valmisteltujen muutosten hyväksymiseen.

Tilalle onkin tullut yhä luovempien tulkintojen tie.<sup>9</sup> Eurokriisin aikana unionin tehtäviä talouspolitiikan alalla laajennettiin voimakkaasti, samalla kun sisämarkkinoiden oikeusperusta (SEUT 114 artikla) otettiin käyttöön pankkiunionin luomiseksi. Viime aikoina fiskaalisen integraation pohjaksi on löydetty muotoilultaan väljä koheesiopolitiikan oikeusperusta (175 artiklan 3 kohta).<sup>10</sup> Keskustelu fiskaalisen integraation tarpeesta oli koronakriisiin asti kohdistunut jokseenkin yksinomaan euroalueeseen. Pandemia ei kuitenkaan seurannut valuuttaunionin rajoja, mikä mahdollisti EU-budjetin laajamittaisen käytön ja loi poliittiset edellytykset sen rahoittamiselle unionin lainanotolla.<sup>11</sup> Elpymispaketti viimeistään osoitti, että jopa keskeisimpiä ja aiemmin loukkaamattomina pidettyjä toimintaperiaatteita voidaan muuttaa tulkitsemalla vanhat sopimukset uudelleen.<sup>12</sup> Käytännössä uudelleentulkinnat ovat tapahtuneet Eurooppa-neuvostossa. Laaja ja julkinen keskustelu toteutustavoista, vaihtoehtoista ja riskeistä toteutuu erityisen huonosti kontekstissa, jossa väsyneet päämiehet käyvät pikikutunneilla uuvutustaistelua selkä seinää vasten ja pitkälti parlamentaarisen kontrollin ulottumattomissa.<sup>13</sup> Onkin vaikea nähdä Eurooppa-neuvostoa fooru-

8. SEU 48 artikla.

9. Haastattelemani korkea EU-virkamies kuvaa kuinka ”The conclusion seems to be that it is better to go the other way and indeed try to find more flexibility within the Treaties. And really, when you put your mind to it, you start finding flexibilities that you didn’t realise there were before. And before you know it, sort of, the way we read the Treaties changes.”

10. Ennen elpymispakettia Suomi suhtautui koheesiopolitiikan käyttöön talouspoliittisen toimivallan vivuttamisessa Suomi huomattavan kielteisesti ks. tästä esim. PeVL 37/2018 vp.

11. Elpymisväline oli sisällöllisesti kuitenkin suoraa jatkumoa syksyllä 2019 euroalueen tarpeisiin neuvottelulle lähentymistä ja kilpailukykyä koskevalle budjettivälineelle, jonka oli määrä edistää rakenneuudistuksia ja investointeja euroalueen maissa. Ks. Tästä komission lehdistötiedote, Commission proposes a governance framework for the Budgetary Instrument for Convergence and Competitiveness, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4372](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4372).

12. Ks. tästä Päivi Leino-Sandberg, *New Generation EU – A Constitutional Change without Constitutional Change* <[www.reconnect-europe.eu/blog/new-generation-eu-a-constitutional-change-without-constitutional-change](http://www.reconnect-europe.eu/blog/new-generation-eu-a-constitutional-change-without-constitutional-change)> ja Päivi Leino-Sandberg, *The Politics of Legal Expertise in EU Policy Making*. Cambridge University Press 2021. 8. luku.

13. Maeve Morrissey, *The Role of National Parliaments in the European Council*. Spotlight on Parliaments in Europe (23) 2018, <[www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/uploa](http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/uploa)

mina, jossa syntyy poliittisesti ja valtiosääntöoikeudellisesti kestäviä, huolellisesti harkittuja pitkän aikavälin ratkaisuja.

EU-toimielinten toimet talous- ja rahaliiton ja laajemmin fiskaalisen integraation kehittämisen kohdalla ovatkin viime vuosina olleet toistuvasti huomattavan jännitteisessä suhteessa EU:n perussopimuksiin ja johtaneet hankaliin keskusteluihin EU-tuomioistuimen ja kansallisten valtiosääntöelinten välillä.<sup>14</sup> Toimintatapa on herättänyt keskustelua siitä, miten valtiosääntöoikeudellisesti tulisi suhtautua EU:n toiminnan mittavaan kehittämiseen perussopimusten tapahtuvien uudelleentulkintojen kautta huomioiden, että EU on määritellyt itsensä nimenomaan oikeuteen perustuvana yhteisönä,<sup>15</sup> joka rakentuu annetun toimivallan periaatteelle.<sup>16</sup>

EU:ssa uusien oikeudellisten tulkintojen keskeisiä lähteitä ovat toimielimissä työskentelevät oikeudelliset asiantuntijat.<sup>17</sup> Artikkelin toisessa jaksossa kuvaan näitä tulkintatilanteita ja oikeudellisten asiantuntijoiden vaikutusta EU:n päätöksentekoon. Tämän jälkeen arvioin EU:ssa tehtävien oikeudellisten tulkintojen suhdetta kansalliseen päätöksentekoon. Lopuksi katson lyhyesti tulevaisuuteen – miten kehityksen voi ennakoida jatkuvan, ja mitä se Suomelle merkitsee oikeudellisesta näkökulmasta? Artikkelin pohjana ovat omat kokemukseni oikeudellisena asiantuntijana neljässä suomalaisessa ministeriössä (UM, OM, VNK, VM) vuosina 1999–2000 ja 2005–2015. Tieteellisenä pohjana toimii vuosina 2015–2020 toteuttamani Suomen Akatemian rahoittama tutkimushanke, jonka keskiössä on oikeudellisen neuvonannon käyttö EU:n päätöksenteossa. Hankkeen yhteydessä olen toteuttanut noin 70 asiantuntijahaastattelua.<sup>18</sup> Haastatel-

d/0d697447-61be-49fd-b54e5e99bd8706a0/No.\_23\_The\_role\_of\_National\_Parliaments\_in\_the\_European\_Council.pdf>; Pieter de Wilde – Tapio Raunio, Redirecting National Parliaments: Setting Priorities for Involvement in EU Affairs Comparative European Politics 16 2016, s. 310–29, 318, 320.

14. Ks. tästä jo aikaisemmin, Päivi Leino-Sandberg – Tuomas Saarenheimo, Euroopan keskuspankki ja euroalueen kriisi – olisiko määrällinen keventäminen yhteensopiva EKP:n mandaatin kanssa? Lakimies 7–8/2014, s. 1066–1077.
15. Asia 294/83, ECR 1986, 1339, para 23 (Parti Écologiste Les Verts v. Parliament).
16. SEUT 5(2) artikla: ”Annetun toimivallan periaatteen mukaisesti unioni toimii ainoastaan jäsenvaltioiden sille perussopimuksissa antaman toimivallan rajoissa ja kyseisissä sopimuksissa asetettujen tavoitteiden saavuttamiseksi. Toimivalta, jota perussopimuksissa ei ole annettu unionille, kuuluu jäsenvaltioille.”
17. Ks. tästä myös Päivi Leino-Sandberg, Jotain rajaa!: voiko EU tehdä ihan mitä vaan?: juristin roolista Euroopan integraatioprosessissa. Lakimies 5/2018, s. 567–571 ja Päivi Leino-Sandberg, EU:n lakimieskunta unionin kriisien ratkaisijana. Lakimies 7–8/2018, s. 1060–1065.
18. Asiantuntijahaastattelujen käytöstä Emilia Korkea-aho – Päivi Leino-Sandberg, Juristi asiantuntijana – haastattelut eurooppaoikeudellisen tutkimuksen lähteenä. Lakimies 7–8/2017, s. 1036–1053; Emilia Korkea-aho – Päivi Leino-Sandberg, Interviewing lawyers: a critical self-reflection on expert interviews as a method of EU legal research. European Journal of Legal Studies 12(1) 2019, s. 17–47 sekä Päivi Leino-Sandberg, Transparency as a critical research agenda: Engaging with the EU Institutions on access to documents, teoksessa Maarten Hille-

tavinani ovat olleet EU:n toimielinten ja jäsenvaltioiden palveluksessa olevat oikeudelliset asiantuntijat sekä EU:n päätöksentekijät kuten EU-suurlähettiläät, ministerit, komission jäsenet, pääjohtajat ja Euroopan parlamentin jäsenet. Haastatteluilla on kartoitettu oikeudellisen neuvonannon käyttöä ja vaikutusta EU:n päätöksentekoon. Haastatteluaineisto on anonymisoitu ja sitä käytetään tutkimuseettisten periaatteiden mukaisesti.<sup>19</sup> Hankkeen tuloksena on syntynyt lukuisia kansainvälisiä vertaisarvioituja artikkeleita<sup>20</sup> sekä kaksi kansainvälisesti vertaisarvioitua teosta.<sup>21</sup>

## 2. Oikeudelliset kysymykset EU:n päätöksenteossa

### 2.1. Toimielinten oikeudellinen neuvonanto ja ennakoarvointi

Kuten perustuslakivaliokunta on todennut, ”EU:ssa ei ole varsinaista toimielinten ja erityisesti komission ja neuvoston oikeuspalveluiden ulkopuolista ennakkollista laillisuusvalvontaa harjoitettavaa elintä”<sup>22</sup>. Se on korostanut, että ”Euroopan unionin tuomioistuimen oikeusvaltiollinen kontrolli on korostetun jälkikäteistä, eikä unionin oikeudessa ole useiden jäsenvaltioiden valtiosääntöjen tavoin kovinkaan kehittyneitä ennakkollista perustamissopimusten mukaisuuden normi-

brandt – Päivi Leino-Sandberg – Ida Koivisto (eds), (In)visible European Government: Critical Approaches to Transparency as an Ideal and Practice. Routledge tulossa 2022.

19. Käsittelemme näitä kysymyksiä artikkelissa Emilia Korkea-aho – Päivi Leino-Sandberg, Juristi asiantuntijana – haastattelut eurooppaoikeudellisen tutkimuksen lähteenä. *Lakimies* 7–8/2017, s. 1036–1053, 4. jakso.

20. Ks. esim. Päivi Leino-Sandberg, The Institutional Politics of Objective Choice: Competence as a Framework for Argumentation, s. 210–231 teoksessa Sacha Garben – Inge Govaere (eds), *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, Present and the Future*. Hart Publishing 2017; Päivi Leino-Sandberg, The Politics of Efficient Compromise in the Adoption of EU Legal Acts, s. 30–69 teoksessa Marise Cremona – Claire Kilpatrick (eds), *EU Legal Acts: Challenges and Transformations, Collected Courses of the Academy of European Law*. Oxford University Press 2018; Deirdre Curtin – Päivi Leino-Sandberg, In search of transparency for EU law-making: trilogues on the cusp of dawn. *Common Market Law Review* (52) 2017, s. 1673–1712.

21. Näistä ensimmäinen on monografia (Päivi Leino-Sandberg, *The Politics of Legal Expertise in EU Policy-Making*. Cambridge University Press 2021) joka keskittyy oikeudellisen neuvonannon käyttöön erityisesti komissiossa, neuvostossa ja Euroopan parlamentissa. Jälkimmäinen on yhdessä Emilia Korkea-ahon kanssa toimitettu teos (Päivi Leino-Sandberg – Emilia Korkea-aho, *Law, Legal Expertise, and EU Policy-Making*. Cambridge University Press tulossa 2022) jossa oikeudellisen neuvonannon ja neuvonantajien vaikutusta arvioidaan paitsi EU:n toimielimissä, myös laajemmin.

22. PeVL 30/2020 vp.

kontrollia.”<sup>23</sup> Tällaisia ennakkovalvontaan keskittyviä elimiä on Suomen lisäksi muun muassa Ruotsissa, Belgiassa, Hollannissa ja Ranskassa.<sup>24</sup> Keskeistä näiden työssä on ensinnäkin se, että ne ovat tehtävässään hallituksesta *riippumattomia*. Niiden lausunnot ovat myös lähtökohtaisesti *julkisia*. Vaikka harva näistä elimistä kykenee ehdottomasti estämään perustuslain kannalta ongelmallisten lakien säätämisen, niiden lausuntojen avulla pyritään varmistamaan, että perustuslaillisiin rajoihin kohdistuvat kokeilut tapahtuvat julkisesti ja edellyttävät hallitukselta vahvoja perusteluita.

Tällaisten elinten toimintatavat ovat hyvin erilaisia kuin EU-toimielimissä tapahtuva oikeudellinen ennakoarviointi, jota kuvaan tässä jaksossa. Jokaisella EU:n toimielimellä on oikeudellinen yksikkö, jonka tehtävänä on avustaa sitä päätöksenteossa. Merkittävimmät näistä ovat komission ja neuvoston oikeudelliset yksiköt. Myös Euroopan parlamentilla on oikeudellinen yksikkö, mutta se ei arvioi säädösehdotuksia systemaattisesti, ja sen rooli parlamentin päätöksenteossa on sangen vaatimaton.<sup>25</sup> Komission oikeuspalvelu on tärkeä EU:n tulevia toimia suunniteltaessa, koska se vaikuttaa keskeisesti siihen, miten komission aloitteet rajataan ja suunnataan. Neuvoston oikeuspalvelun rooli korostuu erityisesti merkittävässä poliittisissa linjauksissa ja neuvottelujen loppuunsaattamisessa, koska se on läsnä Eurooppa-neuvostossa, neuvoston päätöksenteossa ja toimielinten välisissä trilogineuvotteluissa.

Komission oikeudellisella yksiköllä on komission työjärjestyksen perusteella merkittävin muodollinen asema. Se toimii pääosastoista itsenäisesti ja suoraan komission puheenjohtajan alaisuudessa. Komission työjärjestyksen 23 artiklan 4 kohdan mukaan komission ”oikeudellista yksikköä on kuultava kaikista säädösluonnoksista tai säädösehdotuksista sekä kaikista sellaisista asiakirjoista, joilla voi olla oikeudellista merkitystä.” Käytännössä komission oikeuspalvelun suostumus tarvitaan kaikissa teknisemmissä asioissa,<sup>26</sup> ja sen puolto tarvitaan myös, mikäli jokin asia on tarkoitus käsitellä kirjallisessa menettelyssä,<sup>27</sup> ku-

23. PeVL 16/2020 vp.

24. Maija Dahlberg, *Openness of constitutional review: a comparative analysis as to how transparency is ensured in ex ante constitutional review*, European Yearbook of Constitutional Law. TMC Asser Press 2021.

25. Päivi Leino-Sandberg, *The Politics of Legal Expertise in EU Policy-Making*. Cambridge University Press 2021, luku 7 ja Päivi Leino-Sandberg, *WANTED: A Creative Lawyer with Great Technical Skills for Demanding Work in the European Parliament*, teoksessa Emilia Korkea-aho – Päivi Leino-Sandberg (eds), *Law, Legal Expertise, and EU Policy-Making*. Cambridge University Press tulossa 2022.

26. ”Kuuleminen on aina pakollista tämän työjärjestyksen 12, 13 ja 14 artiklassa vahvistettujen päätöksentekomenettelyjen käynnistämiseksi lukuun ottamatta vakiosäädöksiä koskevia päätöksiä, joita oikeudellinen yksikkö on puoltanut aiemmin (toistuvat säädökset). Kuuleminen ei ole pakollista, kun on kyse tämän työjärjestyksen 15 artiklassa tarkoitetuista päätöksistä.”

27. Komission työjärjestys [K(2000) 3614], OJ L 308 2000, s. 26, 12(1) artikla: ”Komission jäsenet voivat hyväksyä yhden tai useamman jäsenen tekemän ehdotuksen kirjallisella menettelyllä

ten pääosa komission päätöksistä tehdään. Tämä nähdään jonkinlaisena veto-oikeutena. Käytännössä oikeuspalvelun näkemykset pyritään huomiomaan mahdollisimman aikaisin. Haastatteluissani komission virkamiehet toivat esiin, että vaikka komission kollegiolla on mahdollisuus suullisessa käsittelyssä ohittaa oikeuspalvelun kanta, tätä tapahtuu äärimmäisen harvoin. Toisaalta on tilanteita, joissa oikeuspalvelu hyväksyy poliittisen päätöksen, mutta ilmaisee suhtautuvansa sen oikeudelliseen toteuttamistapaan varauksellisesti. Oikeudellisten argumenttien painoarvoa komission päätöksenteossa on kuitenkin hyvin vaikea arvioida ulkopuolelta huomioiden, että sen toimintaa leimaa äärimmäinen luottamuksellisuus. Työjärjestyksen 9 artiklan mukaan ”Komission kokoukset eivät ole julkisia. Keskustelut ovat luottamuksellisia.” Suurin osa komission oikeudellisesta neuvonannosta annetaan suullisesti tai epävirallisemmin sähköpostissa. Oikeudellisen yksikön näkemykset tulevat julkisiksi hyvin harvoin.

Komission ehdotusten varsinainen ulkopuolinen oikeudellinen arviointi tapahtuu siinä vaiheessa, kun sen ehdotukset saapuvat neuvoston käsiteltäväksi ja joutuvat sekä neuvoston oikeuspalvelun että jäsenvaltioiden palveluksessa olevien asiantuntijoiden arvioitaviksi. Usein neuvoston ja komission oikeudelliset ovat yksiköt ovat arvioistaan myös eri mieltä, mikä osaltaan osoittaa EU-oikeuden kehikon väljyyden ja tulkinnanvaraisuuden ja toisaalta sen, että yksiköt palvelevat eri työnantajia, joiden tavoitteet voivat olla hyvinkin erilaisia. Toisaalta yksiköillä on paljonkin epävirallisia yhteyksiä. Ne esimerkiksi valmistelevat yhdessä joidenkin EU-tuomioistuimessa vireillä olevien asioiden suullisia käsittelyitä, saattavat käydä neuvotteluja EU-lainsäädännön ratkaisuisista edustamiensa toimielinten puolesta, sekä jopa pohtia yhdessä merkittävien lainsäädäntöehdotusten oikeudellista toteuttamistapaa. Näissä tilanteissa ne eivät enää toimi merkittävästi toistensa työn kriittisinä arvioitsijoina vaan enemmän yhteistyökumppaneina.

Merkittävämpi kansallisen päätöksenteon kannalta on neuvoston oikeudellinen yksikkö (oikeuspalvelu, NOP), jonka tehtävistä määrätään yleisellä tasolla lainsäädännön laatua koskevassa neuvoston työjärjestyksen 22 artiklassa. Määräystä on tarkennettu oikeuspalvelun sisäisellä asiakirjalla (”Mission statement”).<sup>28</sup> Sen keskeinen sisältö löytyy suomeksi myös virallisen lehden tuoreesta ilmoituksesta, jolla haettiin oikeuspalveluun uutta johtajaa:

*Neuvoston oikeudellinen yksikkö on Eurooppa-neuvoston ja neuvoston oikeudellinen neuvonantaja, joka auttaa Eurooppa-neuvostoa, neuvostoa ja sen valmisteluelimiiä, puheenjohtajavaltiota ja neuvoston pääsihteeristöä varmistamaan säädösten laillisuuden ja valmistelun laadun. Se osallistuu yhteistyössä muiden neuvoston pääsih-*

edellyttäen, että ehdotukselle on saatu sekä puoltava lausunto oikeudelliselta yksiköltä että hyväksyntä komission yksiköiltä, joita on asianmukaisesti kuultu tämän työjärjestyksen 23 artiklan mukaisesti.”

28. Euroopan unionin neuvosto, Mission Statement. Doc. No. 3320/13 2013, 2. kohta.

*teeristön osastojen kanssa oikeudellisesti pätevien ja poliittisesti hyväksyttävissä olevien ratkaisujen määrittämiseen soveltaen tarvittaessa luovia toimintatapoja. Se antaa tätä varten neuvoston pyynnöstä tai omasta aloitteestaan täysin puolueettomia suullisia tai kirjallisia lausuntoja kaikenlaisista oikeudellisista kysymyksistä. Lisäksi oikeudellinen yksikkö edustaa Eurooppa-neuvostoa ja neuvostoa oikeuskäsitelyissä unionin eri tuomioistuimissa.*

*Oikeudellisen yksikön jatkuvana tavoitteena on antaa oikea-aikaisia lausuntoja, jotka ovat puolueettomia, selkeitä ja täysin lainsäädännön mukaisia.<sup>29</sup>*

Toisin kuin komission oikeuspalvelulla, NOP:lla ei ole virallista muodollista menettelyllistä asemaa. Neuvostolla ei ole velvollisuutta pyytää eikä seurata oikeuspalvelun lausuntoa. Hallinnollisesti NOP muodostaa osan neuvoston pääsihteeristöä, mutta se on toiminnassaan sangen itsenäinen, ja muodollisesti sen kannasta päättää oikeuspalvelun pääjohtaja.<sup>30</sup> Oikeuspalvelussa työskentelee noin 50 juristia, jotka jakautuvat kuuteen sisältöyksikköön ja lainsäädännön laatuun keskittyvään yksikköön.<sup>31</sup> Suurin osa neuvonannosta annetaan suullisesti jäsenvaltioiden virkamiehille neuvoston noin 150 työryhmässä, joissa pääosa neuvoston lainsäädäntötyöstä tapahtuu.<sup>32</sup> Virallisia kirjallisia lausuntoja annetaan vuodessa noin 80. Käytännössä lausunnot seuraavat samaa rakennetta ja nojautuvat oikeuskäytännön lisäksi oikeuspalvelun omaan aikaisempaan lausuntokäytäntöön. Rutiiniasioissa oikeuspalvelun kannat ovat vakiintuneita. Kun lausunto on annettu, siitä tulee osa doktriinia, joka rajoittaa tulevia lausuntoja. Neuvoston oikeuspalvelun painopiste on EU:n lainsäädäntötyössä. Neuvoston juristeilta ei edellytetä kansalliseen oikeusjärjestykseen tai esimerkiksi valtiosääntöoikeuteen liittyvää asiantuntemusta. Esimerkiksi edellä kuvatussa hakuilmoituksessa neuvosto ilmoittaa etsivänsä ”juristia, jolla on EU-oikeuden ja EU:n toiminnan ja menettelyjen syvälinen tuntemus sekä osaston kattamien alojen hyvä tuntemus. Kokemus korkean tason oikeudellisesta neuvonannosta poliittisesti sensitiivisessä ympäristössä katsotaan eduksi.” Keskeistä on ”kyky

29. Ilmoitus avoimesta toimesta CONS/AD/165/20, OJ 2020/C 177 A/01. Lihavoinnit kirjoittajan.

30. Michael Bishop – Frederik Naert, The Role of the Council Legal Service in Ensuring Respect for the Law, s. 87–110 teoksessa Jenő Czuczai – Frederik Naert (eds), The EU as a Global Actor – Bridging Legal Theory and Practice. Liber Amicorum in honour of Ricardo Gosalbo Bono. Brill 2017, s. 101; EU:n neuvosto, Handbook of the Presidency of the Council of the European Union. General Secretariat of the Council 2018, s. 13.

31. Ibid., s. 109.

32. Ks. Frank M. Häge, Bureaucrats as Law-makers: Committee decision-making in the EU Council of Ministers. Routledge 2013; Jeffrey Lewis, Strategic Bargaining, Norms and Deliberation, s. 165–184 teoksessa Daniel Naurin – Helen Wallace (eds), Unveiling the Council of the European Union- Games Governments Play in Brussels. Palgrave Macmillan 2008, s. 167.

strategiseen ajatteluun ja suunnitteluun, kyky ennakoida ja määrittää mahdollisia ongelmia ja ehdottaa toimivia ratkaisuja ja kompromisseja.”<sup>33</sup>

NOP antaa lausuntonsa jäsenvaltioille, joilla on myös omia oikeudellisia asiantuntijoita. Neuvostossa oikeudellisista näkökohdista on usein erilaisia näkemyksiä. Oikeuspalvelun näkökohdat muodostavat yleensä neuvottelujen pohjan, ja niillä on täten merkittävä institutionaalinen asema. Sen merkittävin vaikutus tapahtuu puheenjohtajavaltion kautta. Puheenjohtajavaltio edistää neuvotteluja kokousten välillä kompromisseja laatimalla ja konsultoimalla jäsenvaltioita ja muita toimielimiä. Oikeuspalvelu osallistuu neuvotteluihin jatkuvasti ja esittää ratkaisuja myös muihin kuin oikeudellisiin kysymyksiin, mikä tekee oikeudellisten ja poliittisten kysymysten erottelun vaikeaksi.<sup>34</sup> Oikeuspalvelun jäsenen mukaan työn perussääntönä on, ettei koskaan tule sanoa ”ei” vaan ”ei mutta” – kertoa miten sama asia olisi toteutettavissa toisella keinoin. Tekemäni haastattelut ilmentävät, kuinka oikeuspalvelu usein katsoo oikeudellisten ratkaisujen esittämisen yksinoikeudekseen ja käy itsenäisesti neuvotteluja suoraan jäsenvaltioiden kanssa. Sillä onkin hyvä yleiskäsitys jäsenvaltioiden kannoista ja joustomahdollisuuksista.

Oikeuspalvelujen arvioissa keskeistä on oikeudellinen riskiarvio. Käytännössä vain harvat asiat päätyvät nykyisin EU-tuomioistuimen arvioitaviksi. Tähän on vaikuttanut erityisesti Euroopan parlamentin vahvistunut asema toisena lainsäätäjänä: säädösten riitauttajan asemesta se nykyisin puolustaa niitä tuomioistuimessa yhdessä neuvoston kanssa. Kumoamiskanteita nostetaan harvoin vain oikeudelliseen tekniikkaan liittyvistä syistä, mikäli neuvotteluissa löytynyt poliittinen kompromissi on kaikkien osapuolten hyväksyttävissä. Toisaalta EU-tuomioistuin vain harvoin kumoaa säädöksiä, ja tällöinkin usein säilyttää niiden oikeusvaikutukset.<sup>35</sup> Tämä kasvattaa oikeuspalvelujen liikkumavaraa huomattavasti. Esimerkiksi säädösten oikeusperustaa arvioidessaan EU-tuomioistuin nojautuu niiden tavoitteiden arvioinnin osalta usein säädöksen johdantolausekeisiin kirjattuihin perusteluihin.<sup>36</sup> Näin teknisillä kirjauksilla ja oikeudellisella tekniikalla voidaan usein keskeisesti vaikuttaa säädösten kumoamisriskiin. Neuvotteluprosessin aikana tehtyjen oikeudellisten ratkaisujen merkitystä kasvattaa edelleen se, että vaikka poliittisissa elimissä tehdyt oikeudelliset tulkintaratkaisut

33. Ilmoitus avoimesta toimesta CONS/AD/165/20, OJ 2020/C 177 A/01.

34. Ks. tästä myös Jean Paul Jacqué, *The Role of Legal Services in the Elaboration of European Legislation*, s. 43–54 Antoine Vauchez – Bruno de Witte (eds), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*. Hart Publishing 2013, s. 46.

35. Tarkemmin tästä Päivi Leino-Sandberg, *The Politics of Efficient Compromise in the Adoption of EU Legal Acts*, s. 30–69 teoksessa Marise Cremona – Claire Kilpatrick (eds), *EU Legal Acts: Challenges and Transformations*, *Collected Courses of the Academy of European Law*. Oxford University Press 2018.

36. Ks. asia C-270/12, *United Kingdom v. Parliament and Council* [2014] EU:C:2014:18 (ESMA), paras. 110–117.



eivät varsinaisesti muodosta ennakkotapausta ellei niillä ole EU-tuomioistuimen siunausta, niihin liittyy kuitenkin vahva laillisuusolettama.<sup>37</sup>

## 2.2. Kenen poliittinen agenda?

Kenen poliittista agendaa oikeuspalvelut tukevat? Komissiossa vastaus on yksinkertainen. SEU 17 artiklan 1 kohdan mukaan ”[k]omissio ajaa unionin yleistä etua ja tekee tätä varten tarvittavat aloitteet.” Komission keskeisimmät poliittiset tavoitteet sisältyvät sen puheenjohtajan nimityksensä yhteydessä esittämiin suuntaviivoihin, joiden perusteella Euroopan parlamentti äänestää komission kokoonpanon hyväksymisestä. Komission päätökset tehdään sen kollegiossa, ja oikeuspalvelun tehtävä on mahdollistaa ja varmistaa päätösten toteutuminen. Komissio on toiminnastaan poliittisessa vastuussa Euroopan parlamentille ja ”hoitaa tehtävänsä täysin riippumattomana”.<sup>38</sup> Käytännössä kuitenkin erityisesti Euroopan parlamentilla on merkittävä vaikutus komission tahtotilan muotoutumiseen. Haastatteleman entinen komission jäsen kuvasi, kuinka jokainen komission jäsen tietää kohtalonsa olevan parlamentin käsissä, mikä vaikuttaa merkittävästi myös komission jokapäiväiseen työhön.

Neuvoston poliittisen tahtotilan määrittely on huomattavasti vaikeampaa. Vaikka oikeuspalvelun tehtävänä on tukea puheenjohtajan työtä, se ei välttämättä tue tämän poliittista agendaa,<sup>39</sup> ja se voi halutessaan käyttää valtaansa puheenjohtajan tavoitteiden teilaamiseen. Usea haastateltava mainitsi esimerkkinä puheenvuoron, jolla oikeuspalvelun aikaisempi pääjohtaja *Hubert Legal* kaatoi tietosuoja-asetuksen uudistamista koskeneen neuvottelutuloksen OSA-neuvostossa.<sup>40</sup> Käytännössä neuvottelut palasivat puheenvuoron seurauksena lähtöruutuun. Neuvoston oikeuspalvelun pidättyvällä kannalla on ollut mittava vaikutus myös esimerkiksi EU:n oikeusvaltiokehityksen ratkaisemisessa. Sen näkemyksiä on pidetty sekä Suomessa että akateemisissa arvioissa riittämättöminä ja oikeudellisesti kestävämmäinä.<sup>41</sup> Huomattavan kriittistä keskustelua on käyty myös

37. Laillisuusolettamasta ks. esim. asia C-272/12 P.

38. SEU 17 artikla.

39. Hyvä esimerkki tästä on tuore Horizon Europe -lainsäädäntöpaketti, jossa jäsenvaltiot tukivat oikeudellisessa tulkinnassaan oikeuspalvelun näkemystä puheenjohtajan esityksen sijaan. EU:n neuvosto, Note on the Preparation of the Competitiveness Council on 30 November 2018. Doc. No. 14264/18, 16 November 2018, para. 4.

40. 3279th Council Meeting of 6 December 2013, saatavilla osoitteesta <<https://video.consilium.europa.eu/en/webcast/782e8097-a17f-4a44-b3b9-bfbf6559bc54>>.

41. K. L. Scheppele – L. Pech – R. D. Kelemen, Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission’s EU budget-related rule of law mechanism. *Verfassungsblog*, 12 November 2018, <[https://verfassungsblog.de/never-missing-an-opportunity-to-miss-an-opportunity-the-council-legal-service-opinion-on-the-commissions-eu-budget-related-rule-of-law-mechanism](https://verfassungsblog.de/never-missing-an-opportunity-to-miss-an-opportunity-the-council-legal-service-opinion-on-the-commissions-eu-budget-related-rule-of-law-mechanism/)>.



oikeuspalvelun räätälöimästä, EU-rahoituksen ehdollistamista koskeneesta ratkaisusta liittyen oikeusvaltioperiaatteen soveltamiseen EU:ssa, joka hyväksyttiin joulukuun 2020 Eurooppa-neuvostossa.<sup>42</sup>

Aina oikeuspalvelun tulkinta ei kuitenkaan saa jäsenvaltioiden tukea. Näin tapahtui esimerkiksi EU:n perusoikeusviraston kohdalla, joka hyvin poikkeuksellisesti saatiin Suomen puheenjohtajakaudella vuonna 2006 perustettua oikeuspalvelun kriittisestä kannasta huolimatta.<sup>43</sup> Komission ja neuvoston oikeuspalvelut olivat tulkinnasta erimielisiä, ja neuvosto päätyi perustamaan neuvottelutuloksen komission oikeuspalvelun esittämälle tulkinnalle. Toisaalta perusoikeusvirastolle ei vielä kukaan ole kyetty antamaan mandaattia oikeus- ja sisäasioiden aloilla, ja keskeisenä syynä tälle voidaan pitää neuvoston oikeuspalvelun jatkuvan kielteistä kantaa. Neuvoston oikeuspalvelun tulkinnat on viime vuosina toistuvasti kiistetty erityisesti ulkosuhteiden kohdalla. Useat näistä asioista ovat päättyneet myös tuomioistuimeen, jossa neuvosto on hävinnyt komission nostamat kanteet.<sup>44</sup>

Suomen tuoreimmalla puheenjohtajakaudella esimerkkinä neuvoston oikeuspalvelun vallasta voidaan tarkastella verotietojen maakohtaista raportointia koskeneen direktiiviehdotuksen (CBCR) käsittelyä.<sup>45</sup> Keskeiseksi nousi kysymys käytettävästä oikeusperustasta, jonka valinta määritti päätöksentekosäännön. Komission ehdotus oli kirjoitettu tilinpäätösdirektiiviksi, josta päätettäisiin tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Neuvoston oikeuspalvelu piti asiaa kuitenkin veroasiana ja esitti sen mukaisesti oikeusperustaksi SEUT 115 artiklaa, joka edellyttää neuvoston yksimielisyyttä. Kuten neuvotteluja johtanut ministeri *Harakka* kuvasi blogissaan, oikeuspalvelun

*kannalle asettui jäsenmaista riittävä estävä määrävähemmistö, joten asiaa ei voitu vuosikausiin tuoda päätettäväksi. Toisaalta komission esityksen laillisuus pohjan vaihtamiseksi tarvitaan niinkään yksimielisyys, joten NOP:n kanta käytännössä lukitsi maakohtaisen raportoinnin pöytälaatikkoon. Juridisen pallottelun takia me päättäjät emme lunastaneet lupaustamme EU-kansalaisille.*<sup>46</sup>

42. Alberto Alemanno – Merijn Chamon, To save the rule of law you must apparently break it, <<https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it>>.

43. Jonas Grimheden – Morten Kjaerum – Gabriel Toggenburg, Administering human rights: the experience of the EU's Fundamental Rights Agency, s. 113–136 teoksessa Carol Harlow – Päivi Leino – Giacinto della Cananea (eds), Research Handbook on EU Administrative Law. Edward Elgar 2017.

44. Päivi Leino-Sandberg, The Politics of Legal Expertise in EU Policy-Making. Cambridge University Press 2021, luku 6.4.2.

45. European komissio, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of income tax information by certain undertakings and branches. Doc. No. COM (2016) 198 final, 12 April 2016.

46. Timo Harakka, Maakohtainen raportointi vaatii aitoa tahtoa ja tarmoa. <<https://timoharakka.fi/maakohtainen-raportointi-vaatii-aitoa-tahtoa-ja-tarmoa>>.

Nämä esimerkit heijastavat sitä, etteivät oikeuspalvelun tulkinnot aina ole riittavia, vaan niihin suhtaudutaan usein kriittisesti sekä Suomessa että muualla. Suomessa oikeudellinen kanta EU-asioissa on koko EU-jäsenyyden ajan muodostettu itsenäisesti, osana kansallista kannanmuodostusta. Perustuslain 96 §:n mukaista U-kirjelmää laadittaessa useimmiten neuvoston oikeuspalvelun kanta ei ole edes tiedossa. Suomi on käytännössä usein ollut oikeuspalvelun arvioista ainakin joiltakin osin eri mieltä ja puheenjohtajakausillaan myös edistänyt tavoitteita, jotka ovat olleet oikeuspalvelun näkemyksen kanssa ristiriidassa. Oikeuspalvelun kannan ulkopuolista kriittistä arviointia vaikeuttaa kuitenkin se, ettei se juuri koskaan anna lausuntojaan julkisuuteen siitä huolimatta, että EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan lausunnot tulisi pääsääntöisesti saattaa julkisesti saataville erityisesti lainsäädäntöasioissa.<sup>47</sup>

Oikeuspalvelun näkemyksellä on kuitenkin merkittävä vaikutus neuvotteluihin, ja sillä on läheiset yhteydet ”vakiasiakkaisiinsa”. Sen juristit tuntevat omat työryhmänsä ja käytännössä saavat usein ennakkovaroituksen esille tulevista kysymyksistä. Jäsenvaltion kannalta perussääntönä on, ettei NOP:lta koskaan kannata kysyä julkisesti kysymystä, johon annettavaa vastausta ei tiedä etukäteen. Jäsenvaltion juristi kertoo kuinka

*to be honest, if you haven't either managed to silence the CLS, so that they don't come in with anything, or get them onside, forget about it. Because if they come out with something that's contrary to where you are, they probably have a natural majority of fifteen Member States before you even start. And of the thirteen others, seven or eight will go with them anyway.*

Neuvoston oikeudellinen yksikkö on neuvoston palveluksessa ja se edustaa neuvostoa toimielimenä, ei jäsenvaltioita. Oikeuspalvelun jäsenet näkevätkin pääasiallisena tehtävänä neuvoston edun suojelemisen. Merkittävä osa tätä on neuvoston perussopimuksissa määritellyn aseman ja toimivaltuuksien varjeleminen. Neuvosto on kannoissaan usein vähemmän integraatiomyönteinen kuin komissio tai Euroopan parlamentti. Toisin kuin komission oikeuspalvelulla, neuvoston oikeuspalvelulla ei kuitenkaan ole selkeää poliittista johtoa lausuntoja valmistelleessaan. ”Neuvoston tahto” tai ”etu” on usein sangen hahmottomaton.

47. Päivi Leino-Sandberg, The invisibility of legal advice given to EU institutions. The Constitution Unit Blog 2019, <<https://constitution-unit.com/2019/09/24/the-invisibility-of-eu-legal-advice>>. Monografian lähdeaineistona käytetyistä kymmenistä neuvoston oikeuspalvelun lausunnoista vain murto-osa on ollut julkisesti saatavilla neuvoston rekisterissä, ja neljä luovutettiin vasta omien asiakirjapyyntöjeni tuloksena. Tästä tarkemmin Päivi Leino-Sandberg, Transparency as a critical research agenda: Engaging with the EU Institutions on access to documents, teoksessa Maarten Hillebrandt – Päivi Leino-Sandberg – Ida Koivisto (eds), (In) visible European Government: Critical Approaches to Transparency as an Ideal and Practice. Routledge tulossa 2022.

Haastattelemanani korkea EU-virkamies kuvaa, kuinka ”neuvoston tahto” usein on sama kuin ratkaiseva neuvoston enemmistö:

*A few big Member States who agree on things and the rest typically choose to remain silent rather than face the humiliation of being overruled. So, in this kind of situation the CLS will do its very best to reconcile, to find a legal interpretation that can cover the wish of the Member States.*

Valtapolitiikalla on merkitystä: suurilla jäsenvaltioilla on enemmän painoarvoa kuin pienillä määriteltäessä neuvoston poliittista tahtotilaa ja sille rakentuvaa oikeudellista tulkintaa.

Oikeuspalvelut joutuvat usein ottamaan kantaa uusiin oikeudellisiin kysymyksiin. Neuvoston oikeuspalvelun entinen pääjohtaja kuvaa kuinka:

*generally speaking we are in a new situation which is completely unexplored – you have to be innovative. Of course you have to know precedents, but you have to be creative. So you do not consult books or scholars, but political people involved in the matter. You have to follow the fight. You have to be present and know exactly the history of the problem and the positions of the twenty-seven members [– –] and to know, if you present something, whether it will be acceptable, difficult to accept, impossible to accept – for each and every one of them. You must know how to present a suggestion and to change it in order to make it politically acceptable while being legally correct.<sup>48</sup>*

Poliittisen päätöksenteon edistäminen tarvittaessa luovien ratkaisujen kautta onkin oikeuspalvelun työssä usein tärkeämpää kuin perussopimusten vakiintuneiden tulkintojen puolustaminen. Niitä ohjaa ensisijaisesti pyrkimys olla hyödyksi EU:n integraatioprosessissa.

Haastattelujeni perusteella oikeuspalvelujen jäsenet kokevat olevansa kaksoisroolissa. He ovat EU-virkamiehiä, joiden on EU:n henkilöstösääntöjen mukaan ”suoritettava tehtävänsä ja toimittava ainoastaan unionin edun mukaisesti”.<sup>49</sup> Erityisesti säännöissä kielletään jäsenvaltioiden näkemysten huomioon ottaminen. Lisäksi oikeudellisia asiantuntijoita sitoo juristin ammatillinen etiikka. Samalla he palvelevat asiakasta. Heidän neuvojensa tarkoitus on mahdollistaa oman toimielimen tavoitteiden toteutuminen. Haastattelemanani korkean EU-virkamiehen sanoin “If there is a united political will to bend the Treaties, then the CLS is not going to be the entity who stops it.” Vaikka neuvoston oikeuspalvelu ei ehkä aktiivisesti itse esitä sopimusten uudelleentulkintaa, se ei myöskään pyri tällaista aktiivisesti estämään, kuten esimerkiksi finanssikriisin aikaiset ratkai-

48. An Interview with Jean-Claude Piris, Harvard International Law Journal 52 2011, s. 171–181, 173.

49. Asetus N:o 31 (ETY) 11 (Euratom) Euroopan talousyhteisön ja Euroopan atomienergiajärjestön virkamiehiin sovellettavien henkilöstösääntöjen ja näiden yhteisöjen muuta henkilöstöä koskevien palvelussuhteen ehtojen vahvistamisesta, 11 artikla.

сут osoittavat. Haastatteluni ilmentävät, etteivät oikeuspalvelun lausunnot ole objektiivisuuteen pyrkivää juridiikkaa. Koska esimerkiksi neuvoston oikeuspalvelun tavoitteena on pyrkiä neuvottelujen loppuunsaattamiseen, usein sen lausunnoissa oikeudelliset argumentit esitetään valikoiden, instrumentalistisesti tai tavalla, jonka tarkoitus on mahdollistaa tietynlainen, neuvostossa jo syntyneessä oleva kompromissi. Säädösten vaikutuksia ei arvioissa systemaattisesti huomioida.<sup>50</sup> Oikeuspalvelu edistää poliittisia hankkeita tavalla, jolla on hyvät edellytykset kestää EU-tuomioistuimen arviointi. Tämä on NOP:in ammatillisen etiikan ydin, ja samalla määritelmä sille, mitä tarkoittaa, että NOP:in lausunnot ovat ”EU-lainsäädännön mukaisia”.

Puolueettomuudella on merkitystä oikeuspalvelujen uskottavuuden ja vaikuttavuuden kannalta. Parlamentissa ja komissiossa puolueettomuus merkitsee erityisesti puolueettomuutta suhteessa kansallisiin näkökantoihin; parlamentissa lisäksi puolueettomuutta suhteessa poliittisiin ryhmiin ja komissiossa suhteessa pääosastoihin, joiden näkemyseroja oikeuspalvelut käytännössä usein silottelevat. Mikäli jäsenvaltiot kokisivat oikeuspalvelun neuvot puolueellisiksi, niiden uskottavuus kärsisi. Uskottavuuden keskeinen elementti on johdonmukaisuus. Keskeisin heijastuspinta neuvostossa ovat jäsenvaltioiden oikeudellisten asiantuntijoiden kannat. Jos neuvoston oikeuspalvelu ei ”palvele”, eli esittää kantoja, joista jäsenvaltiot eivät pidä, tämä vaikuttaa sen uskottavuuteen. Haastattelemani EU-virkamies kuva:

*They are advising political operators and when you do that, when you advise a political body, your relevance stems from the political body listening to you, what you say. If your advice is of a nature that the political body doesn't want to hear, then you lose relevance, however objective it is. I think it is in the end a balancing act, they want to be as consistent and objective as possible but at the same time, to an extent tell the Council what it wants to hear.*

Oikeuspalvelun työllä on aina poliittinen konteksti. Tällaisessa kontekstissa asiantuntijalla on harvoin varaa olla formalisti, vaan on viisaampaa pyrkiä tulkkintoihin, joilla ei päädy päätöksenteon marginaaliin.<sup>51</sup> Oikean tasapainon löytäminen edellyttää oikeudellisen arvioinnin lisäksi viestin huolellista poliittista kalibrointia. Virheitäkin tapahtuu. Joskus oikeuspalvelu joutuu korjaamaan suuntaansa kesken kaiken. Haastatteluissa on kuvattu tilanteita, joissa erityisesti neuvoston oikeuspalvelua on syytetty oikeuden instrumentalisoinimisesta tai liikaa suurien jäsenvaltioiden kantoja peesailevista näkemyksistä. Jäsenvaltion

50. EU-tuomioistuin ei ole tällaista edellyttänyt esimerkiksi asiassa C-5/16 Puola v. Euroopan parlamentti ja neuvosto, 41–42 kohta.

51. Ks. tästä myös Matthew Windsor, *Consigniere or Conscience? The Role of the Government Legal Adviser*, s. 355–388 teoksessa Jean d'Aspremont – Tarcisio Gazzini – André Nollkaemper – Wouter Werner, *International Law as a Profession*. Cambridge University Press 2017, s. 387.

oikeudellinen avustaja kuvaa kuinka Coreperille annettu oikeudellinen neuvonanto on joskus hyvinkin poliittista; musta muuttuu valkoiseksi ja valkoinen mustaksi. Oikeudelliset neuvonantajat tietävät, että vaihtoehtoja yleensä olisi enemmän kuin mitä oikeuspalvelu esittää, ja oikeuspalvelun esityksiin sisältyy poliittisia valintoja siitä, mikä tehdään oikeudellisesti mahdolliseksi ja mikä ei. Oikeuspalvelun valta on pitkälti näkymätöntä. Poliittisten toimijoiden ratkaisut pohjautuvat usein oikeuspalvelujen esittämiin vaihtoehtoihin, joiden peruste-luja tuodaan harvoin julkisesti esille. Oikeuspalvelun näkemysten haastaminen on myös vaikeaa. Joskus nämä ”poliittiset neuvot” aiheuttavat Coreperissa är-syyntymistä ja ovat antaneet neuvoston oikeuspalvelulle maineen ”vähemmän oikeudellisena” kuin komission oikeuspalvelu, tai ”eniten politisoituneena oi-keuspalveluna”. Haastatteleman suurlähettiläät mainitsevat esimerkkinä juuri talous- ja rahaliiton kehittämisen, jossa neuvoston oikeuspalvelu on usein ensin nähnyt ehdotukset oikeudellisesti mahdottomina, mutta sitten lopulta kuitenkin hyväksynyt ne: ”[It b]ecame a little bit of a standing joke.”

Erityisesti neuvoston oikeuspalvelulla on keskeinen rooli määritellesä, kuinka paljon perussopimuksia voi tulkita uudelleen ja komission ja parlamentin integraatiopyrkimysten rajoittajana. Samalla kuitenkin NOP näkee perussopi-mukset jonkinlaisena elävänä konstituutiona, kuten haastatteleman EU-virka-mies kuvaa:

*For the CLS, the Treaties can be understood as a ‘living constitution’. The obvious question then is how does it evolve? What makes it evolve? It can’t mean that you can just do it whatever way, but there needs to be a certain set of outside forces that evolve and affect the way we read the Treaties. It somehow seems that the elements that make our Constitution – the EU Constitution – evolve include political wishes, which can change very fast. It can be a matter of weeks or days – even hours – when high-level compromise is born. Then that may be the trigger that makes the Constitution evolve.*

On siis täysin mahdollista, että EU:ssa hyväksytään sen perussopimusten kanssa ristiriidassa olevia ehdotuksia, jos näistä on poliittinen konsensus. Tämänkal-taisissa, oikeudellisesti harmaalle alueelle sijoittuvissa tilanteissa erityisesti neuvoston oikeuspalvelun kantoja käytetään apuna kansallisten parlamenttien taivuttelemisessa. Elpymisrahasto on tästäkin hyvä esimerkki. Koska rahaston oi-keudellinen rakenne nähtiin riskinä kansallisen tason keskusteluissa, neuvoston oikeuspalvelun lausunto julkaistiin täysin poikkeuksellisesti lähes välittömästi. Syy oli poliittinen ja strateginen: lausunnon tarkoitus oli luoda taustatukea hal-lituksille näiden keskusteluissa kansallisten parlamenttiensa kanssa. Haastatte-leman EU-suurlähettiläs kertoi useasta muustakin tilanteesta, jossa oikeuspal-velua on käytetty ”as a convenient instance, we’ve almost put them on a pedestal and said, ‘I’m sorry, we can’t do this’, we’ve told parliament, ‘the Council Legal Service says it’s not possible.’ [We] sometimes portray them as very important, as people you cannot disagree with. Like, if they say it, there is nothing we can do”.

Neuvoston oikeuspalvelu ei ole tuomioistuin, eikä se väitäkään sellainen olevansa. Se ei myöskään ole valtiosääntöoikeudellinen elin, joka tuottaisi valtiosääntöoikeudellisesti merkittäviä asiakirjoja. Se on oikeudellinen yksikkö poliittisen toimielimen palveluksessa, ja sen tehtävänä on toteuttaa tämän agendaa. Neuvoston agenda on usein määrittelemätön ja siihen vaikuttavat joidenkin suurten jäsenvaltioiden määrittelemät tavoitteet, joilla on vaikutuksensa myös siihen, mihin oikeudelliset rajat piirretään. Jännitteeseen vaikuttaa myös EU-tuomioistuimen äärimmäinen varovaisuus sen arvioidessa poliittisluonteisia toimia. Erityisen korkea kumoamiskynnys on Eurooppa-neuvostossa (tai jäsenvaltioiden päämiesten välillä) tehtyjen linjausten kohdalla, riippumatta niissä sovelletun oikeudellisen luovuuden määrästä.<sup>52</sup> Merkityksellistä oikeudellisen riskiarvioinnin kannalta on myös EU-tuomioistuimen sangen löyhä laillisuusvalvonta – tulisiko oikeuspalvelun tulkita sopimuksia tiukemmin kuin tuomioistuin? Tuskin.

### 3. EU:ssa tehtävien oikeudellisten tulkintojen valtiosääntöoikeudellinen merkitys

#### 3.1. Oikeudellinen ennakoarviointi

Suomessa keskusteltiin erityisesti elpymispaketin eduskuntakäsittelyn yhteydessä siitä, missä määrin oikeuspalvelun näkemyksellä on valtiosääntöoikeudellista arvoa.<sup>53</sup> Erityisesti EMU-liitännäisen oikeuden tulkintojen merkittävä muuttuminen kriisien yhteydessä on herättänyt keskustelua siitä, mikä on annetun toimivallan periaatteen merkitys ja voidaanko tulkintoja käytännössä venyttää lähes

52. Ks. esimerkiksi asia T-192/16, joka koski EU–Turkki-palautusjärjestelyä ja jota ei tuomioistuimen mukaan ”voida pitää Eurooppa-neuvoston eikä minkään muunkaan unionin toimielimen, elimen tai laitoksen antamana toimena tai toimena, josta ilmeni riidanalaisista toimeista vastaavan tällaisen toimen olemassaolo.” Eurooppa-neuvoston asemaa ilmastopakettien poliittisena linjaajana käsiteltiin asiassa C-5/16 Puola v. Euroopan parlamentti ja neuvosto. Tuomioistuimessa on vireillä myös EU-virastojen sijaintipaikkoja koskevat yhdistetyt asiat C-59/18 and C-182/18 Italia v. neuvosto ja asia C-743/19 Euroopan parlamentti v. neuvosto; kysymys julkisasiamiesten nimittämisestä asiassa T-180/20 Sharpston v. neuvosto ja jäsenvaltioiden hallitusten edustajien konferenssi sekä kysymys Eurooppa-neuvostossa sovitusta, unionin rahoitusta koskevista linjauksista asiassa C-157/21 Puola v. Euroopan parlamentti ja neuvosto ja asiassa C-156/21 Unkari v. Euroopan parlamentti ja neuvosto.

53. Ks. tästä esimerkiksi Päivi Leino-Sandberg, Voiko EU tehdä mitä vain? Neuvoston oikeuspalvelun asemasta EU:n päätöksenteossa. Perustuslakiblogi, <<https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2020/07/10/paivi-leino-sandberg-voiko-eu-tehda-mita-vain-neuvoston-oikeuspalvelun-aseamasta-eun-paatoksenteossa>>; ja lehdistössä esimerkiksi Jarno Liski, Analyysi: Tilanne näyttää rumalta, pääministeri Marin. <[www.iltalehti.fi/politiikka/a/29788190-5b3e-41e2-93df-fa558570eb04](http://www.iltalehti.fi/politiikka/a/29788190-5b3e-41e2-93df-fa558570eb04)>.

rajattomasti, mikäli tästä löydetään poliittinen konsensus.<sup>54</sup> Näihin kysymyksiin liittyen perustuslakivaliokunta on lausuntokäytännössään vakiintuneesti katsonut, että ”EU:n lainsäädäntöehdotuksen oikeusperustan asianmukaisuus on unionin oikeuden mukaan ensisijaisesti EU-oikeudellinen kysymys, jonka viime kädessä ratkaisee auktoritatiivisesti ja ainoana tulkitsijana Euroopan unionin tuomioistuin.”<sup>55</sup> Toisaalta valiokunta on edellyttänyt, että valtioneuvosto kiinnittää vakavaa huomiota säädösehdotusten oikeusperustan asianmukaisuuden varmistamiseen.<sup>56</sup> Jos unionin lainsäädäntöehdotukselle on osoitettavissa selvä ja hyväksyttävä oikeusperusta unionin perussopimuksista, kysymys ei ole toimivalan siirrosta valtiosääntöoikeudellisessa merkityksessä eikä täten myöskään täysivaltaisuuden rajoituksesta.<sup>57</sup> Näistä periaatteista vallinnee laaja yksimielisyys.

Suomessa perustuslaki ohjaa valtioneuvoston kannanmuodostusta myös EU-lainsäädännön valmistelussa.<sup>58</sup> EU-asioiden valmistelusta säädetään perustuslaissa, ja perustuslakivaliokunta toteuttaa työssään lainsäädännön perustuslaillista ennakkovalvontaa. Valiokunta on nähnyt selviönä, että

*valtioneuvosto on perustuslain 2 §:n 3 momentissa julkisen vallan käytön lakiperustaisuuden ja julkisen toiminnan lakisidonnaisuudesta säädetyn johdosta sidottu perustuslakiin myös EU-sääntelyn valmistelussa. Perustuslain 74 §:ssä perustuslakivaliokunnalle säädetystä valtiosääntöisestä tehtävästä johtuu, että mikäli perustuslakivaliokunta on perustellusti asettunut tietylle kannalle perustuslain tulkinnassa, ei vastakkaista kantaa voida pitää ainakaan selvänä ja riidattomana. Valtioneuvosto ei siten voi toimia EU-lainsäädännön valmistelussa vastoin perustuslakivaliokunnan ilmaisemaa selvää ja ehdotonta valtiosääntöoikeudellista kantaa. Velvollisuus ottaa valiokunnan kannanmuodostus asianmukaisesti huomioon on luonteeltaan oikeudellinen velvollisuus. Perustuslakivaliokunta on perustuslainmukaisuuden ensisijainen tulkitsija, ja perustuslainmukaisuutta koskevat kannanotot sitovat niin eduskunnan muita valiokuntia kuin valtioneuvostoa.<sup>59</sup>*

EMU:un liittyviä valtiosääntöoikeudellisia vaikutuksia koskee valiokunnan vakiintunut tulkintakäytäntö liittyen Suomen vastuiden ja budjettisuvereniteetin rajoitusten valtiosääntöoikeudellisiin arviointikriteereihin.<sup>60</sup> Budjettisuvereni-

54. Näin ehdottaa Bruno de Witte, The European Union’s COVID-19 Recovery Plan: The legal engineering of an economic policy shift. CML Rev 48 2021, s. 635–682, 681.

55. PeVL 16/2020 vp.

56. PeVL 13/2018 vp, s. 9 ja PeVL 23/2018 vp, s. 4; PeVL 12/2018 vp.

57. PeVL 13/2018 vp.

58. PeVL 23/2018 vp, s. 4, PeVL 20/2017 vp, s. 6, PeVL 16/2020 vp.

59. PeVL 16/2020 vp.

60. Ks. esim. PeVP 27/2020 vp (6.4.2020), PeVP 34/2020 vp (8.5.2020) sekä PeVL 16/2020 vp. Perustuslakivaliokunta on tulkinnassaan rinnastanut Euroopan vakausmekanismia ja muita muodollisesti EU-oikeuden ulkopuolella toimivia järjestelyjä koskevat asiat ja mekanismeista tehtävät rahoitustukiohjelmat EU asioihin, joiden käsittelystä eduskunnassa säädetään perustuslain 96 ja 97 §:ssä. Ks. esim. PeVL 1/2011 vp.



teettii tulee suojata mahdollisimman tehokkaasti ja huolehtia siitä, että Suomen vastuut eivät kasva ainakaan tavalla, joka riskinsä puolesta voisi vaarantaa budjettisuvereniteetin tai Suomen valtion mahdollisuudet vastata niistä velvoitteistaan, joita sillä Suomen perustuslain mukaan on.<sup>61</sup> Suomen taloudellisia vastuita tulee tarkastella kokonaisuutena<sup>62</sup> ja ottaa huomioon paitsi niiden kokonaisuusmäärä myös niiden toteutumisen todennäköisyys<sup>63</sup> sekä edellyttävätkö lisävastuut Suomen suostumusta ja onko eduskunnalla mahdollisuus osallistua vastuositoumuksia koskeviin päätöksiin.<sup>64</sup> Eduskunnan budjetti- ja yleisemminkin finanssivallan kokonaisuus edellyttää, että eduskunnan perustuslain 96 ja 97 §:n mukaiset tiedonsaanti- ja vaikutusmahdollisuudet turvataan asianmukaisesti.<sup>65</sup> Lisäksi valiokunta on EVM-sopimuksen mukaisissa järjestelyissä korostanut riittävää ehdollisuutta.<sup>66</sup> Käytännössä valiokunnan kannanotot ovat ohjanneet Suomen EMU-linjauksia tehokkaasti ja EU-tason järjestelyihin on tehty muutoksia perustuslakivaliokunnan valtiosääntöoikeudellisten kannanottojen perusteella.<sup>67</sup> Siksi perustuslakivaliokunta on käytännössä ollut merkittävä toimija EMU:n kehitystä koskevassa eurooppalaisessa valtiosääntöoikeudellisessä keskustelussa. Sen vaikutus on kohdistunut erityisesti päätösten valmisteluvaiheeseen.

Suomessa viimeaikainen julkinen keskustelu on kohdistunut erityisesti perustuslakivaliokunnan rooliin ennakoimattomissa tulkintatilanteissa ja sen arvioiden merkitykseen Suomen kansallisessa EU-päätöksenteossa. Keskustelua integraation valtiosääntöoikeudellisista rajoista on käyty myös erityisesti Saksassa, jonka perustuslakituomioistuimien on vakiintuneesti suhtautunut korostetun kriittisesti EU-toimielinten pyrkimyksiin laajentaa omaa toimintaansa perussopimuksissa määriteltyjen tehtävien ulkopuolelle (“tendency of political self-enhancement”).<sup>68</sup> Sinänsä selvää on, että unionin toimivaltaa lisätään perussopimuksia muuttamalla ja että jäsenvaltiot sitoutuvat muutoksiin sopimusmuutokset ratifioimalla. Mutta jos perussopimuksia ei käytännössä enää muuteta, vaan toimintatapoja muutetaan luovilla tulkinnoilla, onko jäsenvaltio sitoutunut

61. PeVL 55/2017 vp, s. 3 ja PeVL 5/2011 vp, s. 4/II. Budjettisuvereniteetti tarkoittaa tässä yhteydessä perustuslain 3 §:n 1 momentin mukaisen eduskunnan valtionaloudellisen vallan turvaamista siltä osin kuin sitä ei ole oikeudellisesti pätevällä tavalla luovutettu Euroopan unionille. Perustuslakivaliokunnan finanssipoliittista sopimusta koskevassa lausunnossa hahmotellaan, mitä suuruusluokkaa olevat eduskunnan budjettivallan rajoitukset voisivat merkitä perustuslain 94 §:n 2 momentissa tarkoitettua merkittävää toimivallan siirtoa. PeVL 37/2012 vp.

62. PeVL 25/2011 vp ja PeVL 3/2012 vp.

63. PeVL 3/2013 vp, PeVP 52/2014 vp, PeVL 14/2019 vp.

64. Ks. PeVL 12/2020 vp, PeVL 22/2011 vp, PeVL 12/2018 vp.

65. PeVL 16/2020 vp.

66. PeVP 34/2020 vp, PeVL 19/2020 vp.

67. Päivi Leino-Sandberg – Janne Salminen, *The Euro Crisis and Its Constitutional Consequences for Finland: Is There Room for National Politics in EU Decision-Making?* *EuConst* 9 2013, s. 451–479.

68. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009. 2 BvE 2/08. 237. kohta.



hyväksymään normaalissa käsittelyjärjestyksessä kaiken mitä komissio ehdottaa ja unionin poliittisessa päätöksenteossa hyväksi havaitaan? Perustuslakivaliokunta on lausunnoissaan kiinnittänyt huomiota siihen, että

*Unionin lainvalmistelussa Suomen eduskunta voi osallistua unionin toiminnan oikeusperustaa sekä toissijaisuutta ja suhteellisuutta samoin kuin perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista koskevaan dialogiin. Tämä edellyttää riittävää paitsi valtiosääntöoikeudellista myös eurooppaoikeudellista tarkastelua kirjelmässä.<sup>69</sup>*

Vaikka perustuslakivaliokunnan tulkinnan ankkurina toimii perustuslaki ja sitä koskeva tulkintakäytäntö, se on nähnyt valtiosääntöoikeudelliset näkökohdat myös osana EU-poliittista keskustelua ja Suomen EU-vaikuttamista. EU-keskusteluissa tulee pyrkiä ratkaisuihin, jotka mahtuvat Suomessa perustuslain asettamiin rajoihin.

Oikeuspalvelujen työn viitekehys on kapeampi ja keskittyy EU:n perussopimusten tulkintaan, jossa jäsenvaltioiden valtiosääntöoikeudellisilla kysymyksillä ei ole merkitystä. Silloin kun neuvoston oikeuspalvelu arvioi lainsäädäntöhankkeita, jotka tulevat valtiosääntöoikeudellisten seikkojen vuoksi käsiteltäviksi myös perustuslakivaliokunnassa, edellisen huomiot koskettavat vain harvoin samoja seikkoja, joihin perustuslakivaliokunta kiinnittää valtiosääntöoikeudellisista syistä huomiota ja joihin se edellyttää muutoksia. Hyvänä esimerkkinä tästä toimii neuvoston oikeuspalvelun tuore lausunto uudesta EU–UK-kauppa- ja yhteistyösopimuksesta,<sup>70</sup> jonka tekemisestä – hyvin poikkeuksellisesti EU:n yksinomaiseen toimivaltaan kuuluvana sopimuksena – sovittiin joulun välipäivinä. NOP:in lausunto on salainen, mutta löytyy vuodettuna verkosta.<sup>71</sup> Sopimuksen merkittäväksi tekee se, että vastaavat sopimukset on tähän asti tehty niin kutsutuina sekasopimuksina, jolloin niiden kansalliseen toimivaltaan kuuluvat osat on hyväksytty erikseen kansallisissa parlamenteissa. Tämä on tilanne, jota etenkin komissiossa pidetään ongelmallisena. Lausunnoissaan neuvoston oikeuspalvelu arvioi sopimuksen sisältöä – mielestäni strategisen selektiivisesti – niin, että se katsoo olevan – ratkaisun poikkeuksellisuudesta – ongelmatonta, että sopimus tehdään vain EU:n puolesta.<sup>72</sup>

69. PeVL 30/2020 vp, PeVL 6/2020 vp, s. 5, PeVL 14/2019 vp, s. 4 ja PeVL 55/2017 vp.

70. Eduskunnassa asiaa on käsitelty tunnuksella (U 55/2020 vp). Ks. aiheesta tarkemmin, Christina Eckes – Päivi Leino-Sandberg, The EU-UK Trade and Cooperation Agreement – Exceptional Circumstances or a new Paradigm for EU External Relations. *Modern Law Review* 2021, saatavilla sivulla <onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1468-2230.12698>.

71. Ks. <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/the-brexite-deal-council-legal-service.html?m=1>>.

72. Perusteluna käytetään Singaporen kanssa tehtyä vapaakauppasopimusta, jolla on vain vähän yhtymäkohtia nyt neuvoteltuun sopimukseen. EU–UK-sopimus vastaa sisällöllisesti assosiaatiosopimuksia, jotka tehdään jaetun toimivallan sopimuksina.

Käytännössä EU–UK-sopimukseen sisältyy lukuisia seikkoja, jotka kuuluvat kansalliseen toimivaltaan ja joita koskee Suomessa eduskunnan perustuslakivaliokunnan mittava tulkintakäytäntö.<sup>73</sup> Näitä seikkoja ei neuvoston oikeuspalvelun lausunnossa käsitellä virkkeelläkään. Kansallisesti huomionarvioista on kuitenkin, ettei niitä arvioida myöskään valtioneuvoston kirjelmässä, jossa painotetaan, että ”Sopimukset voidaan nyt kyseessä olevassa poikkeuksellisessa tilanteessa allekirjoittaa ja tehdä vain unionin puolesta. Tämä ei saa muodostaa ennakkotapausta.”<sup>74</sup> Ratkaisiko oikeuspalvelun lausunto siis asiaan liittyvät valtiosääntöoikeudelliset kysymykset? Ei varmasti. Kannanotossaan perustuslakivaliokunta korostaa, että

*Valiokunta on vakiintuneesti todennut, että valtioneuvoston kirjelmiin on syytä sisällyttää myös sellainen valtiosääntöoikeudellinen arvio ehdotuksen suhteesta perustuslakiin, joka mahdollistaa perustuslakivaliokunnan perustuslain 74 §:n mukaisen valvontatehtävän hoitamisen EU-asioiden kansallisessa valmistelussa (PeVL 30/2020 vp, s. 17 ja siinä mainitut lausunnot). Valiokunta on lisäksi pitänyt tärkeänä, että toimivallan jakautumiseen unionin ja jäsenvaltioiden välillä kiinnitetään riittävästi huomiota laadittaessa hallituksen esityksiä jaetun toimivallan sopimuksista (PeVL 6/2001 vp, s. 3). Kirjelmät jäävät perustuslakivaliokunnan tehtävän kannalta valitettavan yleisluonteisiksi. [– –] Perustuslakivaliokunta toteaa, että ratkaisun oikeudellisesta asianmukaisuudesta tulee varmistua ennen päätöksentekoa asiassa.*

Neuvoston oikeuspalvelun keskeisenä tehtävänä ei kuitenkaan menettelyssä ollut toimivaltarajojen tai kansallisten parlamenttien aseman suojelu. Se päinvastoin korostaa sitä, kuinka kansallisten parlamenttien osallistuminen päätöksentekoon on hidaste: “it is recalled that the conclusion of mixed agreements presents procedural and political complexity as the process relating to the conclusion of recent mixed agreements testifies”.<sup>75</sup> Oikeuspalvelun tulkinnan oli tarkoitus mahdollistaa ripeä päätöksenteko ja estää EU:n tavoitteiden vastaiseksi (perustellustikin) todettu sopimukseton tila. Tämä tavoite olisi kuitenkin ollut mahdollista toteuttaa myös tavoilla, joka olisi huomioinut kansalliset valtiosääntöoikeudelliset reunaehdot huomattavasti nyt toteutettavana olevaa ratkaisua paremmin. Näillä seikoilla on kuitenkin oikeuspalvelun tulkintakäytännössä huomattavan marginaalinen asema. Toimielimissä ja Suomessa ratkaisu perusteltiin poikkeuksellisenä ja ainoana vaihtoehtona, jolla sopimukseton tila UK:n kanssa voitiin välttää. Käytännössä UK:n kanssa sovelletusta mallista on kuitenkin epäilemättä

73. Ks. tästä lausuntoni perustuslakivaliokunnalle 5.2.2021, <[www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaistuMetatieto/Documents/EDK-2021-AK-348313.pdf](http://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaistuMetatieto/Documents/EDK-2021-AK-348313.pdf)>.

74. Valtioneuvoston U-jatkokirjelmä UJ 50/2020 vp, Neuvottelut EU:n uudesta kumppanuudesta Yhdistyneen kuningaskunnan kanssa, <[www.eduskunta.fi/FI/vaski/Liiteasiakirja/Documents/EDK-2020-AK-344498.pdf](http://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Liiteasiakirja/Documents/EDK-2020-AK-344498.pdf)>.

75. Ks. <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/the-brexit-deal-council-legal-service.html?m=1>>.

tulossa EU:n ”uusi normaali”, jonka noudattamista komissio esitti kesäkuussa 2021 myös laajan ja periaatteellisesti merkittävän Afrikan, Karibian ja Tyynenmeren valtioiden järjestön jäsenten välisen kumppanuussopimuksen kohdalla.<sup>76</sup>

Keskeisin huoleni oikeuspalveluiden roolista kohdistuukin juuri tapaan, jolla NOP:in näkemyksiä käytetään jonkinlaisena objektiivisena ankkurina kansallisissa keskusteluissa. Tämä antaa sen lausunnoille roolin, joka ei niille kuulu edes unionin omassa valtiosääntöjärjestelmässä. Oikeuspalvelun jäsenet itse vähättelevät arvioidensa merkitystä ja korostavat, että heidän näkemyksensä on ”vain yksi näkemys” ja että EU-oikeuden tulkinnasta vastaa EU-tuomioistuin. Oikeuspalvelut ja niiden neuvonanto voivat kuitenkin ”väärinkäytettynä” voimaannuttaa neuvoston jäseniä eli kansallisia hallituksia omia kansallisia parlamenttejaan vastaan, jos niiden lausuntoja käytetään perustelevaan EU-toimielimissä suunniteltujen hankkeiden toteuttamista arvioimatta erikseen niiden valtiosääntöoikeudellisia vaikutuksia. Tämä on erityisen ongelmallista huomioiden, että neuvoston jäsenet ovat SEU 10 artiklan mukaan demokraattisessa vastuussa parlamenteilleen.<sup>77</sup>

On selvää, että kaikki valtiosääntöelimet ja kansainvälisten sopimusten nojalla toimivat tulkintaelimet kohtaavat tilanteita, joissa niiden aikaisempaa doktriinia on tarpeen päivittää, joskus merkittävästikin. Kun muutos tapahtuu tulkinnan kautta, on erityisen tärkeää, miten se tapahtuu; uusi tulkinta tulee kyetä perustelevaan uskottavasti ja valtiosääntöteorian keskeisten periaatteiden mukaisesti.<sup>78</sup> Valtiosääntöelin ei voi olla yhtenä päivänä yhtä mieltä ja toisena toista mieltä rapauttamatta uskottavuuttaan, ellei eroa voida argumentoida oikeudellisesti kestäväällä tavalla. Näillä yleisillä periaatteilla on merkitystä myös EU-oikeuteen liittyvissä tulkintatilanteissa huomioiden EU-oikeuden huomattavan väljyyden. Tulkintojen tekemisessä neuvoston oikeuspalvelulla on keskeinen asema. Sen tulkinnoissa perustuslaillisilla rajoilla tai edes perussopimusten uskottavuuteen liittyvillä kysymyksillä ei ole erityistä itseisarvoa. Kansallisella tasolla on tärkeää ymmärtää oikeuspalvelujen tehtävä EU:n päätöksenteossa sekä nähdä niiden soveltaman oikeudellisen tulkintakehyksen elastisuus ja kyky mukautua uusiin tulkintatilanteisiin kulloinkin määriteltävän poliittisen tahtotilan mahdollistamiseksi.

76. Neuvoston päätös Euroopan unionin ja Afrikan, Karibian ja Tyynenmeren valtioiden järjestön jäsenten välisen kumppanuussopimuksen allekirjoittamisesta Euroopan unionin puolesta ja sen väliaikaisesta soveltamisesta. COM(2021) 312 final.

77. ”Jäsenvaltiota edustaa Eurooppa-neuvostossa valtion- tai hallituksen päämies ja neuvostossa hallitus, jotka puolestaan ovat demokratian mukaisessa vastuussa joko kansallisille parlamenteilleen tai kansalaisilleen.”

78. Tätä käsittelevät esimerkiksi kansainvälisen oikeuden doktriinin kohdalla C. Wilfred Jenks, *Craftsmanship in International Law*. *American Journal of International Law* 50 1956, s. 32. Sovellettuna EU-oikeuteen, ks. Eckes – Leino-Sandberg 2021.

Sekä UK-sopimuksen että elpymispaketin perusteluissa keskeistä oli niiden ainutkertaisuus ja poikkeuksellisuus. Unionin toimielimissä tällaiset perustelut ovat yleisiä. Toimet ovat kuitenkin ainutkertaisia vain silloin kun ne toteutetaan ensimmäistä kertaa – seuraavalla kerralla kyse on jo unionin toimintakenttään kuuluvasta toimesta, jota voidaan perustella sillä, että näin on toimittu ennenkin. Asetelmaa kuvastaa hyvin elpymisrahastosta vastanneen komissaari *Valdis Dombrovskiksen* Twitter-tili, jolla kuvattiin muutamaa päivää ennen eduskunnan ratkaisevaa äänestystä, kuinka ”Komissiolle on selvä asia, että #NextGenerationEU -väline on kertaluonteinen, ainutlaatuinen ja se on tiukasti ajallisesti rajattu”.<sup>79</sup> Sama komissaari oli kuitenkin vain päivää aikaisemmin kuvaillut Euroopan parlamentin kuulemisessa, kuinka elpymisrahojen onnistunut käyttö avaa oven uusille samankaltaisille pysyville instrumenteille.<sup>80</sup> Perustuslaillisten muutosten tulisi tapahtua tavalla, joka ei vaikuta vinoutuneelta, kestää julkista tarkastelua, ja myös kantaa senhetkisen kriisin yli.

### 3.2. Kansalliset valtiosääntöelimet: EU-päätöksenteon tukipilari vai häiriötekijä?

Kansalliset perustuslailliset elimet antavat sängen harvoin kriittisiä lausuntoja EU-toimista, ja silloin kuin näin tapahtuu, tämä tapahtuu – Suomen perustuslakivaliokuntaa lukuun ottamatta – liian myöhään vaikuttaakseen lopputulokseen. Tästä huolimatta EU-poliittisissa ja -oikeudellisissa keskusteluissa näihin lausuntoihin suhtaudutaan lähes kategorisen kielteisesti, kuten viimeaikainen keskustelu Saksan perustuslakituomioistuimen *Public Sector Purchase Programme (PSPP)*-tuomiosta osoittaa.<sup>81</sup> Mittavasti kielteistä julkisuutta sai osakseen myös perustuslakivaliokunnan ratkaisu EU:n omien varojen päätöksen kansallisesta hyväksymismenettelystä, vaikka tämä ei suoranaisesti kohdistunut paketin laillisuuteen. Valiokunta katsoi, että elpymispakettiin sisältyi kansallisen perustuslain kannalta merkityksellisellä tavalla merkittävä uusi tulkinta, ja siksi kyseessä oli ”merkittävään toimivallan siirtoon Euroopan unionille *tosiasiallisesti rinnastuva* järjestely, ja sitä koskeva ehdotus on eduskunnassa hyväksyttävä päätöksellä, jota on kannattanut vähintään kaksi kolmasosaa annetuista äänistä”.<sup>82</sup> Lausunnossaan valiokunta kuitenkin korosti, että ”pätös on muodollis-oikeudellisesti kertaluonteinen” ja kiinnitti huomiota sen kohdalla esitettyihin ”väliaikaisuuteen

79. Ks. <[www.twitter.com/VDombrovskis/status/1392027720721260546](https://www.twitter.com/VDombrovskis/status/1392027720721260546)>.

80. Jan Strupczewski, EU Recovery Fund success could pave the way for a repeat: EU Commission. 2021, <[www.reuters.com/article/us-eu-recovery-idUSKBN2CR1D9](https://www.reuters.com/article/us-eu-recovery-idUSKBN2CR1D9)>.

81. Ks. tästä esimerkiksi ”German Law Journal Special Collection on European Constitutional Pluralism and the PSPP Judgment”, sivustolla <[www.germanlawjournal.com/german-law-journal-special-collection-on-european-constitutional-pluralism-and-the-pspp-judgment](https://www.germanlawjournal.com/german-law-journal-special-collection-on-european-constitutional-pluralism-and-the-pspp-judgment)>.

82. PeVL 14/2021 vp.

ja poikkeuksellisuuteen” liittyneisiin perusteluihin painottaen ”ettei nyt toteuttavilla toimilla tule tehdä käytännössä pysyviä muutoksia unionin keskeisiin toimintaperiaatteisiin”.<sup>83</sup> Unionin omien varojen päätöksen hyväksymisessä ei ole kyse toimivallan siirrosta, sillä toimivaltaa siirretään unionille perussopimuksia muuttamalla. Kyseessä on unionin oikeudessakin erittäin poikkeuksellinen päätöksentekomenettely.<sup>84</sup> Perussopimukset sinällään jäävät muuttamatta ja niille nojautuva toimivallanjako jää entiselleen, eikä tätä olisi edes teoriassa mahdollista muuttaa SEUT 311 artiklan nojalla. Vaikka valiokunnan tulkinta sellaisenaan tuskin soveltuu juuri tätä kontekstia laajemmin,<sup>85</sup> siihen liittyvät yleiset kysymykset unionin oikeuden puutteellisesta normikontrollista ja huomattavan joustavista tulkinnoista ovat periaatteellisesti merkittäviä.

Molempiin esimerkkeihin liittyy niiden erilaisesta kontekstista riippumatta EU:n kehittämisessä yleistyvä haaste: miten kansallisten valtiosääntöelinten tulisi suhtautua tilanteisiin, joissa EU:n toimielimet eittämättä liikkuvat oikeudellisesti hyvinkin harmailla alueilla? Ulrich Haltern huomauttaa, kuinka PSSP-ratkaisusaan Saksan perustuslakituomioistuimen

*put its finger on serious problems. Self-extension of EU competences and unchecked ECB conduct are critical challenges to both EU law and politics [-]. In such cases, push-back from national courts may not be a bad thing – despite the fact that it constitutes a huge risk for uniform application, and therefore for the success of European integration. It is this obvious risk which will make sure that Member State courts – who are committed to European integration – will not push back often. They will only if there is a real problem that justifies bringing up the ‘real contradiction’.*<sup>86</sup>

Dialogi EU-tuomioistuimen ja erityisesti Saksan perustuslakituomioistuimen välillä jatkunee, koska uusia kanteita nostettaneen joka kerta, kun perussopimusten rajoja lykitään syrjemmäksi, mikä osaltaan heijastaa EMU:un liittyvien

83. Ks. tästä myös PeVL 16/2020 vp, s. 14.

84. Neuvosto hyväksyy SEUT 311 artiklan 3 kohdan nojalla erityistä lainsäätämisyjärjestystä noudattaen ja Euroopan parlamenttia kuultuaan yksimielisesti päätöksen, jossa vahvistetaan unionin omien varojen järjestelmää koskevat säännökset. Omia varoja koskeva neuvoston päätös ’tulee voimaan, kun jäsenvaltiot ovat hyväksyneet sen valtiosääntönsä asettamien vaatimusten mukaisesti’ (SEUT 311 artikla). Vastaavaa menettelyä jäsenvaltioissa sovellettaisiin tilanteessa, jossa unioni olisi liittymässä Euroopan ihmisoikeussopimukseen; neuvoston yksimielinen päätös sopimuksen tekemisestä ’tulee voimaan, kun jäsenvaltiot ovat hyväksyneet sen valtiosääntönsä asettamien vaatimusten mukaisesti’ (SEUT 218 artiklan 8 kohta). SEU 6 artiklan 2 kohdan mukaan liittymisellä ei olisi vaikutusta unionin toimivaltaan.

85. Valiokunta ei uudemmissa EMU-liitännäisissä lausunnoissaan ole viitannut lausunnossa PeVL 14/2021 vp toteamaansa, mikä korostaa siihen liittynyttä poikkeavaa tulkintatilannetta. Ks. PeVL 29/2021 vp ja PeVL 30/2021 vp.

86. Ulrich Haltern, *Revolutions, real contradictions and the method of resolving them: The relationship between the Court of Justice of the European Union and the German Federal Constitutional Court*. ICON 19 2021, s. 208–240, 239.

kysymysten monimutkaisuutta ja niihin liittyvien näkemyserojen syvyyttä.<sup>87</sup> Oletettavaa on, että myös elpymisrahasto päättyy EU-tuomioistuimen arvioitavaksi Saksan perustuslakituomioistuimen ennakkoratkaisupyynnön tuloksena.<sup>88</sup> Elpymisrahaston varat on kuitenkin tällöin jo käytetty, eikä sen vaikutuksia enää voi nollata. Jokseenkin selvää on, että EU-tuomioistuin toteaa toimet laillisiksi ja päättyy tämän jälkeen uuteen hankalaan dialogiin Saksan perustuslakituomioistuimen kanssa. Tämänkaltaisissa tilanteissa ei ole kyse ainoastaan siitä, etteivät kansalliset valtiosääntöelimet pysy ruodussaan, vaan myös siitä, että EU-toimielimet liikkuvat harmaalla alueella, eikä niillä ole tukenaan sellaista syvää ja avointa poliittista keskustelua, jollaista mittavat muutokset tarvitsisivat tuekseen.

Tuskin kukaan on sitä mieltä, ettei EU-oikeuden valtiosääntöinen arviointi kuuluisi EU-tuomioistuimelle. EU:n tulevaisuus oikeudellisena yhteisönä riippuu kuitenkin myös siitä, miten EU-tuomioistuin itse näkee tehtävänsä suurten perustuslaillisten muutosten arvioinnissa. Olisi vähintään toivottavaa, että oikeusvaltioperiaatteelle nojautuvalla oikeudellisella yhteisöllä olisi korkein tuomioistuin, joka varjelee valtiosääntönsä rajoja eikä minimoi rooliansa vain poliittisten päättäjien jo tekemien ratkaisujen takuumieheksi. EU:n integraatioon suhtautuva kriittisyys heijastuu väistämättä myös EU-tuomioistuimen asemaan, eikä sen auktoriteetti ole automaatio.<sup>89</sup> Jos EU-tuomioistuimen tulkinat nähdään liian väljinä, ongelma ei ratkea rikkomusmenettelyjen avulla.<sup>90</sup> Vaikka EU-oikeuden etusija sinänsä on itseisarvo, kriittistä keskustelua tulee voida käydä siitä, mihin kaikkeen tuo etusija ulottuu. Kansalliset valtiosääntöelimet eivät tietenkään voi olla systeimiratkaisu. Mutta samalla on huomattava, että EMU-sektorilla valtiosääntöelinten kriittiset kannanotot ovat kohdistuneet juuri niihin kysymyksiin, joissa EU:n toimielimet tosiasiallisesti seikkailevat uusilla vesillä. Vaikeissa tilanteissa kansallisilla valtiosääntöelimillä on roolinsa: “domestic constitutional organs will retain a critical role in relieving the international level from shouldering the whole legitimacy burden, contesting and accommodating authority in a normative pluriverse”.<sup>91</sup>

Kansalliset parlamentit ja valtiosääntöelimet muodostavat tärkeän osan EU:n valtiosääntörakennetta (*Verfassungsverbund*).<sup>92</sup> Niillä on mahdollisuus vahvistaa

87. Alice Hinarejos, *The Legality of Responses to the Crisis*, s. 1363–1399 teoksessa Fabian Amtenbrink – Christophe Hermann Rene Repasi (eds), *The EU Law of Economic and Monetary Union*. Oxford University Press 2020.

88. BVerfG, Order of the Second Senate of 15 April 2021. 2 BvR 547/21. 105. kohta.

89. R. Daniel Kelemen, *The Court of Justice of the European Union in the Twenty-First Century. Law and Contemporary Problems* 79(2016), s. 117–140, 140.

90. Ks. tästä Saksan tilannetta koskien <[www.politico.eu/article/german-court-lays-down-eu-law](http://www.politico.eu/article/german-court-lays-down-eu-law)> .

91. Armin von Bogdandy – Ingo Venzke, *In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification*. EJIL 23 2012, s. 7–41, 7.

92. Ks. esim. Jürgen Habermas, *Citizens and State Equality in a Supranational Political Community: Degressive Proportionality and the Pouvoir Constituant Mixte*. JCML 55 2017, s. 171; Fritz Scharpf, *Legitimacy in the multilevel European polity*. MPIfG Working Paper, No.

EU:n toiminnan hyväksyttävyyttä valvomalla selkeitä toimivallan ylityksiä ja tuomalla arvioinneillaan uskottavuutta EU:n valtiosääntöoikeudelliseen arviointiin. EU-toimielimissä tämä keskustelu nähdään kuitenkin häiritseväenä. Itse olen enemmän huolestunut tästä näkemyksestä kuin siitä, että asiallista ja kriittistä keskustelua EU:n toiminnan rajoista käydään. Kansallisten valtiosääntöelinten tehtävänä on yhä edellyttää annetun toimivallan periaatteen kunnioittamista ja käydä tarvittaessa kriittistäkin keskustelua EU:n toiminnan valtiosääntöoikeudellisista rajoista ja osaltaan kannustaa unionia toimintatapoihin, joilla unionin perussopimusten ja toimielinten uskottavuus säilyy. Tämä vahvistaa unionin toiminnan hyväksyttävyyttä.

### 3.3. Kriittisen keskustelun merkityksestä

EU:n toiminnan kehittämistä koskevassa oikeudellisessa keskustelussa tärkeässä asemassa ovat myös EU:n valtiosääntöoikeudelliseen kehitykseen perehtyneet tutkijat, joiden tulisi arvioida institutionaalista kehitystä kriittisesti; tarjota tutkimukseen perustuvia arvioita ja valottaa vaihtoehtoja, riskejä ja vastuita, jotta valinnoista ja niiden seurauksista voidaan käydä kriittistä yhteiskunnallista keskustelua. Toimielinten oikeuspalveluissa tällaiseen keskusteluun suhtaudutaan kategorisen kielteisesti, ja akateeminen keskustelu toimielimissä tehtävistä oikeudellisista ratkaisuksista nähdään ”ulkopuolisena painostuksena”, kuten kesällä 2021 EU:n yleisessä tuomioistuimessa ratkaistu *Pech*-asia osoittaa.<sup>93</sup> Vastaavaa ajattelua sisältyy vastaukseen, jonka itse sain neuvostolta elokuussa 2021 tekemääni asiakirjapyyntöön: julkinen keskustelu oikeudellisesta neuvonannosta luo merkittävän riskin siitä, että keskustelusta syntyvä paine voisi muuttaa asiassa tehtävää päätöstä (“a reasonable risk that the decision to be taken would be substantially affected as a result of that pressure”).<sup>94</sup> Miksi demokraattisissa yhteiskunnissa käydään julkista keskustelua tärkeistä asioista ellei juuri päätöksiin vaikuttamista varten? Erityisesti oikeustieteen tutkijoiden tulisi olla kriittinen vastavoima toimielinten oikeuspalveluiden työlle ja havaita epäjohtonmukaisuudet ja institutionaaliset painopisteet, ja täten myötävaikuttaa siihen, että EU:n toimielinten toiminta pysyy oikeudellisesti hyväksyttävissä rajoissa.

09/1 2009 Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne <[www.econstor.eu/bitstream/10419/41652/1/610149423.pdf](http://www.econstor.eu/bitstream/10419/41652/1/610149423.pdf)>.

93. Asia T-252/19, *Laurent Pech v. the Council*, EU:T:2021:203, jossa tuomioistuin hylkäsi neuvoston argumentit mutta neuvosto on valittanut ratkaisusta EU-tuomioistuimeen. Ks. myös Päivi Leino-Sandberg, *The Politics of Legal Expertise in EU Policy Making*. Cambridge University Press 2021, 4. luku.

94. Neuvoston vastaus asiakirjapyyntöön 29/c/02/21, 25–26. kohta. Olen nostanut neuvoston päätöstä vastaan kohdistuvan kanteen EU:n yleisessä tuomioistuimessa lokakuussa 2021. T-683/21 – *Leino-Sandberg v. neuvosto*.



Useat EU-oikeuden tutkijat kuitenkin näkevät kuitenkin oman tehtävänsä enemmän integraation mahdollistajina kuin sen rajojen kriittisinä keskustelijoina.<sup>95</sup> Suomessa asiantuntijoiden tulkintalinjausten merkitystä on tutkittu erityisesti perustuslakivaliokunnan kontekstissa, jossa asiantuntijoiden valinnalla on todettu olevan usein vaikutusta siihen, mihin lopputulokseen valiokunta päätyy.<sup>96</sup> Eduskunnan valiokuntaoppaassa korostetaan, että asiantuntijoiden kuulemisen ”tarkoituksena on tuottaa tosiasiatietoa päätöksenteolle, turvata sen hyväksyttävyyttä, pätevyys ja legitimiisyys sekä myös luoda perusteita poliittisille kompromisseille.” Tästä syystä ”kokouksissa kuullaan sovelias määrä asiantuntijoita. Asiantuntijamenettelyssä on tärkeää huolehtia tiedonhankinnan monipuolisuudesta ja tasapuolisuudesta”.<sup>97</sup> Ilmiselvänä riskinä on, että asiantuntijoiden valinta saa poliittisia piirteitä. Kysymys on tärkeä myös arvioitaessa EU-liittännäisiä hankkeita: EU on poliittinen projekti, jonka kanssa useat EU-oikeuden tutkijat identifioituvat vahvasti, ja täten myös jakavat toimielinten näyn EU-oikeuden instrumentalistisesta luonteesta.<sup>98</sup> Micklitz kysyy hyvinkin aiheellisesti:

*What exactly is the relationship between law, legal research and European integration? [– –] Why is European legal research so overwhelmingly policy driven? Why is there no ‘halt’, no moment of rethinking, just moving and moving towards an ever-closer Union without knowing what that could, or perhaps should, mean? Why are there so many implicit assumptions in scholarly legal publications [– –] Is it not an important academic responsibility for legal scholars studying EU law to test these implicit assumptions instead of taking them for granted?<sup>99</sup>*

Hyvänä esimerkkinä voidaan pitää juuri elpymisrahastoa, jota koskeva kriittinen keskustelu on lähes loistanut poissaolollaan huolimatta sen merkityksestä EU:n integraatiolle. Elpymisrahaston myönteiset taloudelliset ja poliittiset vaikutukset ovat todellisia, mutta myös sen riskit ja pitkän aikavälin vaikutukset ovat merkittäviä ja olisivat edellyttäneet huolellisempaa julkista arviointia. Rahastolle

95. Harm Schepel – Rein Wesseling, *The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe*. ELJ 3 1997, s. 165–188, 176. Ks. myös Rob van Gestel – Hans Wolfgang Micklitz, *Why Methods Matter in European Legal Scholarship*. ELJ 20 2014, s. 292–316, 298. Ks. myös asiasta käyty kattava saksalainen keskustelu: *Debatte*, s. 409–568 teoksessa Oliver Lepsius – Angelika Nusberger – Christoph Schonberger – Christian Waldhoff – Christian Walter (Hrsg.), *Jahrbuch des Öffentlichen Recht. Neue Folge*. Seiten 68 2020.

96. Maija Dahlberg, *Perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvosten rooli perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmässä – valiokunnan työrukkanen vai merkittävä vallankäyttäjät?* *Lakimies* 5/2021, s. 745–784, 770–771.

97. Eduskunta, *Valiokuntaopas*, s. 90–91, saatavilla verkkosivulta <https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/julkaisuMetatieto/Documents/EDK-2019-AK-279594.pdf>.

98. Schepel – Wesseling 1997, s. 176.

99. Hans W. Micklitz, *A European advantage in legal scholarship?*, s. 262–309 teoksessa Rob van Gestel – Hans W. Micklitz – Edward L. Rubin (eds), *Rethinking legal scholarship: a transatlantic dialogue*. Cambridge University Press 2016, s. 276.



olisi myös ollut useita vaihtoehtoisia toteutustapoja, jotka olisivat ehkä syventäneet integraatiota vähemmän, mutta olleet helpommin sovitettavissa yhteen EU-oikeuden aikaisempien tulkintojen kanssa. Oikeudellisissa arvioissa pakettia on kuvattu ”luovaksi oikeudelliseksi draftaukseksi hyvien tarkoituksien edistämiseksi” (“creative legal engineering for a good cause”).<sup>100</sup> Kysymys hyvistä tarkoituksiperistä on kuitenkin poliittinen käsite, jonka tulisi saada sisältönsä poliittisen keskustelun kautta.

Kriittisen akateemisen keskustelun puute jättää paljon tilaa oikeuspalvelujen jäsenille esittää huomioitaan myös akateemisissa keskusteluissa ja puolustaa edustamansa toimielimen valintoja.<sup>101</sup> Olisi toki epärealistista odottaa, että neuvoston EMU-asioista vastaava oikeudellinen neuvonantaja kritisoi näitä valintoja, eikä hän EU-virkamiehenä edes voisi tehdä niin. EU-valtiosääntöön erikoistuvilla tutkijoilla on myös erityinen vastuu päätöksentekomenettelyistä ja ylikansallisen konstituution suojelemisesta. Tämä edellyttää unionin poliittisten ja hallinnollisten menettelyjen kriittistä arvioimista ilman, että mitään lopputulosta suljetaan pois *a priori*. Juuri tällaisissa tilanteissa olisi erityisen tärkeää, että oikeudellinen arviointi on kattavaa, perusteellista ja moniäänistä sekä ankkuroituu vahvasti asiantuntijoiden tutkimukseen. Komission perussopimuksiin nojautuva tehtävä on tehdä ehdotuksia unionin kehittämiseksi. Monet sen ehdotuksista ovat varmasti hyviä, toisten voidaan todeta kaipaavan paljonkin parannusta. Kaikista tulee kuitenkin voida keskustella, eikä kriittistä arviointia tulisi jättää yksin populistien tehtäväksi. Erityisen tärkeää kriittinen arviointi on silloin, kun tulkinna tapahtuu merkittävä muutos.

#### 4. Kohti tiiviimpää fiskaaliunionia – millä keinoin?

Tässä kirjoituksessa on kuvattu EU:n toiminnan valtiosääntöisten rajojen laaventumista viime vuosina erityisesti talous- ja rahaliiton ja fiskaalisen integraation alalla. EU:n elpymisrahasto ei teknisesti kohdistu talous- ja rahaliittoon vaan koskee koko EU:ta, mutta sen synty ilmentää samaa kehityslogiikkaa. Se on

100. Ks. Bruno de Witte, *The NGEU – Creative Legal Engineering for a Good Cause, Next Generation EU – a new generation of law on financing the EU?*, I-CON Session #18, <[www.mundo.icon-society.org/event/next-generation-eu-a-new-generation-of-law-on-financing-the-eu](http://www.mundo.icon-society.org/event/next-generation-eu-a-new-generation-of-law-on-financing-the-eu)>.

101. Ks. esim. Alberto di Gregorio Merino, *Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance*. *CML Rev* 49 2012, s. 1613–1645. Leidenin Eurooppa-instituutin tilaisuuksissa avauspuheenvuoroja ovat käyttäneet komission oikeuspalvelun johtajat Jean-Paul Keppenne ja Ben Smulders. Ks myös Alberto di Gregorio Merino, *The Recovery Plan: Solidarity and the living constitution*, *EU law live*, Weekend Edition No. 50 2021, s. 1.

taitava teknis-oikeudellinen rakennelma, joka sisältää merkittäviä EU-oikeudellisia uudelleentulkintoja. Rahastoa perusteltiin kertaluonteisena kriisitoimena, ja muodollisesti se sellaiseksi jääneekin. Sen sijaan rahaston yhteydessä luodut toimintamallit ja oikeudelliset tulkinnat jäävät mitä todennäköisimmin pysyviksi. Unionin edellytykset rahoittaa toimintaansa velalla ovat tänään ratkaisevasti toiset kuin vielä kaksi vuotta sitten.

Rahaston synty kuvastaa perussopimusten fiskaaliselle integraatiolle asettamien oikeudellisten rajojen haurautta. Jos toimielimissä ja keskeisissä jäsenvaltioissa syntyy poliittinen konsensus uudesta askeleesta fiskaalisen integraation alalla, perussopimukset tuskin muodostuvat esteeksi. Selkeiltä vaikuttavat rajat voidaan ylittää luovilla tulkinnoilla, jos toimien voidaan katsoa palvelevan unionin yleisiä tavoitteita. Tulkinnoissa unionin toiminnalle asetetut rajat liudentuvat ja toimivaltaa tulkitaan laajentavasti. Jos ajatellaan, ettei kansallisilla valtiosääntöelimillä tulisi olla minkäänlaista roolia näiden rajojen valvonnassa, päädytään asetelmaan, jossa *Kompetenz-Kompetenz* lopulta on EU:n toimielimillä itsellään, ja niillä on käytännössä valta päättää oman toimivaltansa rajat. Tämä on merkittävä muutos siihen toimivalta-ajatteluun, jolle EU on nojautunut ja jolle kansallinen valtiosääntöajattelu on tähän asti nojautunut.

Paine venyttää perussopimuksia ja jatkuu erityisesti niissä kysymyksissä, joissa unionin toimivalta on ollut rajattua. EU-kontekstissa tulkinnan ”oikeellisuuden” vahvistaa viime kädessä EU-tuomioistuin, ja todennäköistä on, että se tarvittaessa hyväksyy oikeuspalveluissa laaditut oikeudelliset rakennelmat. Laajempi ja perustavanlaatuinen kysymys on kuitenkin se, voidaanko tällaista luovan tulkinnan metodologia pitää riittävänä EU:lle oikeudellisena yhteisönä. Onko toimivaltarajojen arviointi riittävän huolellista unionissa, joka perustuu annetulle ja rajatulle toimivallalle? Erityisen tärkeäksi nämä kysymykset tekee myös unionin oikeusvaltiokriisi ja Puolan oikeuslaitoksen asettama haaste unionin oikeusjärjestykselle. Oikeusvaltioperiaatteessa on kyse myös sääntöjen tulkinnan ennakoitavuudesta ja pysyvyydestä, eikä sen soveltamisessa voi olla selektiivinen ilman, että uskottavuus kärsii.

Perussopimuksen rajojen arvioimisessa kyse on tulkinnoista, eikä yksi tulkinta ole välttämättä toista oikeampi. Tulkintatilanteissa kuitenkin joku voittaa ja joku häviää. Kun tulkinnat tehdään EU:n toimielimissä, tulkinnat johtavat säännönmukaisesti integraation syventämiseen, uusien tehtävien antamiseen toimielimille sekä kasvavaan yhteisvastuuseen tiukemman talouskurin asemesta. Vähemmän tärkeinä näissä tulkinnoissa pidetään esimerkiksi kansallisten parlamenttien vaikutusmahdollisuuksia, jotka usein nähdään EU-tason päätöksenteon hankaloittajina, sekä avointa ja laajaa kansalaiskeskustelua. Tulkinnan tekijällä on vaikutus lopputulokseen, ja näillä tulkinnoilla on seurauksensa.

Elpymispaketin yhteydessä tehdyt uudelleentulkinnat avaavat koheesiopolitiikan välineistön käytettäväksi jäsenvaltion toimien rahoittamiseen käytännössä lähes millä hyvänsä politiikan alueella. Pandemia puolestaan loi saman-

kaltaista painetta unionin toimivallan kasvattamiseen myös kansanterveyden alalla, jossa unionin rajattua toimivaltaa on täydennetty erityisesti soveltaen erityisesti EUT-sopimuksen talous- ja rahaliittoa koskevaan osastoon sisältyvää hätälauseketta (SEUT 122 artiklan 1 kohta),<sup>102</sup> eli samaa lauseketta, joka toimi myös osana elpymisrahaston oikeudellista (ja poliittista) perustaa. Sovelletuilla päätöksentekosäännöillä on ollut merkittävää vaikutusta sekä Euroopan parlamentin että kansallisten parlamenttien asemaan, kun käytännössä pysyviksi muuttuvia toimintamalleja luodaan kriisiaikojen erityisvaltuuksilla ja ilman perussopimusmuutoksia. Tällä hetkellä keskustelua käydään ”ilmastohätätilasta” ja ”energiahäätätilasta”,<sup>103</sup> joita molempia nähdään perusteluina saman lausekkeen käyttämiseksi. Hätälausekkeisiin sisältyy aina riski niiden käytön normalisoitumisesta ja unionin toimivallan tosiasiallisesta laajentumisesta, kun raja väliaikaisten kriisitoimien ja pysyvien järjestelyjen välillä hämärtyy. Tämä olisi ongelmallista myös institutionaalisen tasapainon ja EU:n päätöksenteon demokraattisuuden näkökulmasta. SEUT 122 artiklan 1 kohdan mukaan päätöksissä ei sovelleta lainsäädäntömenettelyä, vaan neuvosto tekee päätökset määränemistöllä, ilman Euroopan parlamentin osallistumista.

EU:lle erityisen haasteen luo sen poliittisen integraation heikkous. ”Unionin etu” ei ole tarkkarajainen oikeudellinen käsite, vaan poliittinen käsite, jonka sisällön tulisi määrittää EU:ssa käytävän poliittisen keskustelun kautta. Tämänkaltaista keskustelua EU:ssa on hyvin niukasti, ja erityisen huonosti se toteutuu Eurooppa-neuvoston kontekstissa. Jokaisella unionin jäsenvaltiolla on mahdollisuus ja velvollisuus osallistua aktiivisesti tähän keskusteluun. Valtiosääntöoikeudellisen tarkastelun kannalta tärkeää on, että ”unionin edun” ja toimenpiteiden määrittelyssä huomioidaan myös Suomen kansallisesta valtiosäännöstä nousevat reunaehdot ja periaatteet, kuten esimerkiksi julkisuusperiaate, budjettivallan käyttöä koskevat periaatteet sekä ne säännöt, jotka koskevat eduskunnan osallistumista EU-asioiden valmisteluun. EU-politiikan laajasta hyväksyttävyydestä sekä päätöksenteon valtiosääntöoikeudellisista rajoista ja demokraattisista perusteista on tärkeä pitää huolta myös suomalaisessa EU-päätöksenteossa.

Tämä edellyttää huolellista arviointia myös valtioneuvostossa. Tähän liittyen on hyvä kiinnittää huomiota siihen, miten EU-liitännäisten valtiosääntöoikeudellisten kysymysten valmistelu on viime vuosina Suomessa muuttunut. EU-oikeudellinen neuvonta kuuluu yhä valtioneuvoston ohjesäännön mukaan

102. EU:n rokotehankintojen oikeusperustana toimi SEUT 122(1) artikla. Sama oikeusperusta esiintyy komission tuoreessa HERA-ehdotuksessa, Proposal for a Council regulation in a framework of measures for ensuring the supply of crisis-relevant medical countermeasures in the event of a public health emergency at Union level, COM (2021) 577 final, jonka tavoitteena on käytännössä pysyvien koordinaatiojärjestelyjen luominen kansanterveyden alalla.

103. Ks. Jälkimmäisestä Kreikan ehdotus ”Greece proposes EU-wide mechanism on rising energy costs”, <https://www.reuters.com/world/europe/greece-proposes-eu-wide-mechanism-rising-energy-costs-2021-10-05/>.

oikeusministeriölle.<sup>104</sup> Ministeriössä ei kuitenkaan enää ole EU-oikeudellisiin kysymyksiin keskittyvää yksikköä, ja valtioneuvoston kirjelmistä on nähtävissä, ettei oikeusministeriö enää osallistu systemaattisesti muissa ministeriöissä tapahtuvaan EU-asioiden valmisteluun. Käytännössä on ilmeistä, että EU-oikeudellisten kysymysten valmistelu on siirretty valtioneuvoston kanslian EU-asioiden osastolle, jossa niiden arviointi tapahtuu osana EU-politiikan valmistelua. Tällä on vaikutuksensa valmisteluun ja sen painopisteisiin. Kuvaavaa on, useat tässä artikkelissa käsitellyt asiat on valmisteltu juuri valtioneuvoston kansliassa, ja perustuslakivaliokunta on niiden kohdalla joutunut toteamaan, ettei valtiosääntöoikeudellista arviointia ole tehty lainkaan.

Elpymisrahasto jättää EU:n oikeudellisesti, poliittisesti ja taloudellisesti jännitteeseen tilaan, joka tuskin on pysyvä.<sup>105</sup> Fiskaalisen integraation syveneminen lienee väistämätöntä, mutta siihen erilaisia tapoja, joihin liittyy erilaisia vastuita, päätöksentekorakenteita ja myös riskejä.<sup>106</sup> On tärkeää, että integraation syventäminen tapahtuu demokraattisesti ja oikeudellisesti kestävällä tavalla niin, että myös järjestelyihin liittyvät taloudelliset vastuut ovat mahdollisimman selviä.<sup>107</sup> Perussopimuksilla tulee olla merkitystä jatkossakin – ne eivät voi olla vain hidaste, joka kierretään luovalla oikeudellisella argumentoinnilla.

Tällä hetkellä EU:ssa on käynnissä tulevaisuuskeskustelu. Valtioneuvosto linjasi kantaansa keskusteluihin taannoin EU-selonteossa, jossa se totesi, että

*EU:n perussopimusmuutokset eivät ole ajankohtaisia. Tällä hetkellä vain muutama jäsenvaltio on valmis avaamaan perussopimukset. Suomi katsoo, että päähuomion EU:n toiminnassa tulee olla käytännön työssä EU:n keskeisten tavoitteiden edistämiseksi. Nykyiset perussopimukset tarjoavat tähän toimivat puitteet. EU:n tulevaisuuskonferenssi mahdollistaa ajatustenvaihdon EU:n haasteista ja pidemmän aikavälin kehitystarpeista.*<sup>108</sup>

On vaikea ymmärtää, miksi hallitus pitää sopimusten uudelleentulkinnan tietä parempana kuin avoimia ja virallisia perussopimusmuutoksia. Kuten *Martin Nettesheim* kirjoittaa, integraation kannattajalle on kivuliasta katsella, miten EU

104. Valtioneuvoston ohjesääntö 3.4.2003/262, jonka 14 §:ssä oikeusministeriön tehtäväksi säädetään mm. 'valtioneuvoston lainvalmistelun kehittäminen ja EU-oikeudellinen neuvonta'. Valtioneuvoston kanslian toimivaltaan kuuluu 'Euroopan unionissa päätettävien asioiden valmistelun ja käsittelyn yhteensovittaminen sekä Euroopan unionin kehittämisen kannalta keskeiset horisontaaliset ja institutionaaliset asiat'.

105. Päivi Leino-Sandberg – Vesa Vihriälä, The emerging fiscal union needs a solid foundation. Vox EU 2021 <[www.voxeu.org/article/emerging-fiscal-union-needs-solid-foundation](http://www.voxeu.org/article/emerging-fiscal-union-needs-solid-foundation)>.

106. Ks. tästä Päivi Leino-Sandberg – Tuomas Saarenheimo, Fiscal Stabilisation for EMU: Managing Incompleteness. *European Law Review* 43(5) 2018, s. 623–647.

107. Ks. tästä myös eurokriisin kohdalla Päivi Leino-Sandberg – Janne Salminen, Eurokriisin demokratiaulottuvuuksia. *Lakimies* 3/2013, s. 390–413.

108. Valtioneuvoston selonteko EU-politiikasta. Vahva ja yhtenäinen EU – kohti kestävämpää Euroopan unionia. Valtioneuvoston julkaisuja 2021:4.

työntää syrjään keskeisimmätkin perustuslailliset periaatteensa silloin, kun tälle on poliittista tilausta.<sup>109</sup> Tutkijoiden yhteiskunnallinen tehtävä on tuoda vertaisarvioidun tieteellisen tutkimuksensa perusteella esiin vaihtoehtoisia ratkaisumalleja ja esitysten vaikutuksia pitkällä ja lyhyellä aikavälillä, jotta niistä voidaan käydä kriittistäkin keskustelua. Mitä suuremmasta päätöksestä on kysymys, sitä tärkeämpää tällainen keskustelu on.

### **In the grey zone of EU law – Some remarks on the legal limits of fiscal integration**

PÄIVI LEINO-SANDBERG, LL.D., Professor, University of Helsinki

The Next Generation EU package makes several fundamental changes to the key operating principles of the EU – changes that before the pandemic were considered legally impossible. This illustrates how EU law increasingly changes through new interpretations rather than formal Treaty changes. This, in turn, has consequences for the intensity of democratic scrutiny, including public analysis of the risks and consequences of change. These developments are of a particular importance in view of the reluctance of the European Court of Justice to engage in substantive review of decisions taken on the high political sphere, irrespective of the legal creativity displayed in such decisions, and in view of the increasing tension between the ECJ and national constitutional bodies in situations when the EU institutions operate in legal grey zones. Building on the author's data set of 63 interviews with legal advisers and policymakers in the EU, this article illustrates the interpretative turn in EU development and assesses the consequences of this turn for the EU as a legal community.

109. Martin Nettesheim, Legally Feasible, Constitutionally Dubious: Establishing 'Next Generation Europe' on the Basis of EU Secondary Legislation. *VerfBlog* 4.12.2020, <[www.verfassungsblog.de/legally-feasible-constitutionally-dubious](http://www.verfassungsblog.de/legally-feasible-constitutionally-dubious)>.

# Ylisuuri lasku ja reklamaatiovelvollisuus

**HAKUSANAT:** reklamaatiovelvollisuus, passiivisuus, lasku, kauppalaki, irtaimen kauppa, velvoiteoikeus

## 1. Johdanto

Käytännössä varsin tavanomainen tapahtuma niin liike-elämässä kuin kuluttajahyödykkeitä tarjottaessa on se, että hyödykkeen tarjoaja lähettää asiakkaalleen syystä tai toisesta laskun suuremmasta summasta kuin mihin hänellä olisi sopimuksen mukaan ollut oikeus. Tällaista laskua kutsutaan kirjoituksessa jäljempänä *ylisuureksi laskuksi*. Ylisuuren laskun lähettämisen taustalla lienee monesti teknisluontoinen erehdys, esimerkiksi väärän tuntihinnan käyttäminen tai kertaalleen jo laskutetun työn laskuttaminen toistamiseen, mutta mahdollista on myös se, että laskun lähettäjä jollakin tasolla aavistaa, että vastaanottaja on laskun suuruudesta eri mieltä. Mahdollista on esimerkiksi se, että osapuolten kesken on ollut erimielisyyttä jonkin työn kuulumisesta urakan perushintaan, ja urakoitsija pyrkii lisälaskun lähettämällä ajamaan läpi omaa kantaansa. Joissakin tilanteissa voi olla jopa niin, että laskun lähettäjä on suoraan tietoinen laskunsa perusteettomuudesta tai sen virheellisestä suuruudesta, jolloin asetelmaa voidaan arvioida paitsi siviilioikeudellisesta näkökulmasta myös rikosoikeudellisesti petoksen yrityksenä.

Jos laskunsaaja havaitsee laskun ylisuuruuden, hän normaalisti *reklamoi* siitä eli esittää laskua koskevan huomautuksen laskuttajalle. Ylisuuruus voi kuitenkin helposti jäädä myös huomaamatta, ja lasku tulla maksetuksi esitettyssä muodossa. Jos maksaja myöhemmin havaitsee virheensä, hän saattaa vaatia ylimääräistä osaa laskuttajalta takaisin esimerkiksi *perusteettoman edun palautusta* koskevien oppien nojalla. Tällaisessa tilanteessa laskuttaja saattaa kiistää palautusvelvollisuuden väittäen, että maksajan on reklamoimatta jättämisensä ja tekemänsä suorituksen perusteella katsottava menettäneen oikeutensa vedota laskun virheeseen, ja että laskun perustana olleen maksuvelvollisuuden olisi siis katsottava laskunsaajan menettelyn vuoksi muuttuneen laskua vastaavaksi. Toisaalta

\* Olli Norros, OTT, professori, Helsingin yliopisto. Artikkelin taustalla on allekirjoittaneen antama oikeustieteellinen asiantuntijalausunto. – Kiitän tutkimusavustaja Netta Karttusta avusta alaviitteiden muokkauksessa. Kiitän myös kahta anonyymiä referee-arvioitsijaa rakentavan kriittisestä palautteesta.

mahdollista on myös se, että ylisuuri lasku jää syystä tai toisesta maksamatta, ja osapuolten välinen näkemusero laskun oikeasta suuruudesta nousee esiin laskuttajan myöhemmin periessä saatavaansa. Ellei laskunsaaja ole reklamoinut ylisuuresta laskusta, laskuttaja saattaa myös tällaisessa tilanteessa väittää, että reklamoimatta jättäminen on johtanut laskuttajan saamisoikeuden muuttumiseen laskun mukaiseksi.

Tämän artikkelin aiheena on kysymys siitä, voiko laskusta reklamoimatta jättämisestä seurata laskunsaajan maksuvelvollisuuden muuttuminen laskun mukaiseksi. Huomio kohdistuu kuitenkin vain aineellisoikeudelliseen oikeusvaikutukseen. Jos sopimusvastikkeen suuruus on epäselvä, ja sopimusta joudutaan tulkitsemaan, osapuolten toimilla ja lausumilla sopimuksen solmimisen jälkeen voi olla merkitystä *todistusiseikkoina* siitä, miten kukin osapuoli on sopimuksen alun perin käsittänyt.<sup>1</sup> Tätä näkökulmaa ei artikkelissa siis kuitenkaan käsitellä.

Toisaalta tarkastelu rajataan ainoastaan laista tai yleisistä opeista mahdollisesti seuraavaan reklamaatiovelvollisuuteen. Sitä, missä määrin osapuolet voivat sopimusvapautensa puitteissa sopia laskuja koskevasta reklamaatiovelvollisuudesta, ei siis tarkastella. Huomautettakoon kuitenkin selvyyden vuoksi, että reklamaatiovelvollisuuden luominen tahdonilmaisujen kautta edellyttää reklamaatiovelvollisen itsensä suostumusta. Pelkästään laskuun sisältyvä merkintä esimerkiksi 7 tai 14 päivän ”huomautusajasta” ei laskuttajan yksipuolisena ilmoituksena voi sitoa laskunsaajaa,<sup>2</sup> koska kenelläkään ei ole ilman erityistä

1. Mika Hemmo, *Sopimusoikeus I*. Toinen, uudistettu painos. Talentum 2003 (Hemmo I 2003), s. 595; Vesa Annola, *Sopimustulkinta*. Teoria, vaiheet, menettely. Talentum Pro 2016, s. 245–246; vastaavasti Ruotsin oikeuden osalta Bert Lehrberg, *Avtalstolkning*. Femte upplagan. Institutet för bank- och affärsjuridik 2009, s. 133, 144.
2. Samoin Bertel Åkermarck, *Fakturans rättsliga betydelse*, s. 200–216 teoksessa *Festskrift utgiven av Juristklubben Codex’ 25-års jubileum*. Tryckeri & Tidnings Ab 1965, s. 200. Ks. kuitenkin toisin Göran Portin, *Om reklamation vid köp av lös egendom*. JFT 1957, s. 197–210, s. 203, joka perustelee kantaansa muun muassa ratkaisulla KKO 1938 II 586. Nopeasti lukien tapauksen otsikosta voisikin tehdä Portinin esittämän päätelmän: ”Kun ostaja ei ollut laivauspapereiden ohella toimitetun laskun selkäpuolelle painettujen kauppaehtojen mukaisesti tehnyt muistutusta tavaraa vastaan kahdessa päivässä suoraan ulkomaalaiselle myyjäliikkeelle vaan tämän Suomessa olevalle edustajalle, hänet velvoitettiin maksamaan tavarantoimittajan hinta.” Tapausta koskevasta raastuvanoikeuden tuomiosta, johon KKO perusteluissaan yksinomaan viittaa, käy kuitenkin selvästi ilmi, että ehto lyhyestä huomautusajasta sisältyi osapuolten väliseen sopimukseen. Tapausta näkyy tulkitsevan samansuuntaisesti Berndt Godenhielm, *Sopimusoikeuden oppikirja I*. Irtaimen kauppa – Osamaksukauppa – Metsänhakkusopimus – Huoneenvuokra. Toinen, täydennetty painos. Suomentaneet Eero ja Tuulikki Routamo. Toisen painoksen vaatimat suomennotokset suorittanut Eero Routamo. Werner Söderström Osakeyhtiö 1975, s. 39, joka vastaavalla tavalla kritisoi Portinin kantaa. – Godenhielm katsoo toisaalta, että myyjällä olisi yleisen tavan perusteella oikeus määrätä laskussa ostajaa sitovasti maksuajasta ja viivästyskorosta sillä edellytyksellä, että ostaja ei reklamoi tällaisia määräyksiä vastaan.

oikeusperustetta valtaa yksipuolisella tahdonilmaisullaan sitoa adressaattia tai muutenkaan heikentää tämän oikeusasemaa.<sup>3</sup>

Tarkastelu alkaa taustoittavalla kysymyksellä siitä, mistä laskussa on varsinaisesti kyse siviilioikeudellisena ilmiönä (jakso 2). Tämän jälkeen tarkastellaan yksilöidysti tiettyjä oikeusjärjestykseen sisältyviä sääntöjä ja periaatteita, joiden voisi ainakin olettaa voivan johtaa maksuvelvollisuuden muuttumiseen laskun mukaiseksi, jos laskusta ei reklamoida (jakso 3). Kirjoituksen lopuksi pyritään hahmottamaan kokonaiskuva tutkitusta aiheesta (jakso 4).

Mitä tutkimuksen lähdepohjaan tulee, voidaan todeta, että kysymystä ylisuureen laskuun perustuvasta reklamaatiosta on lähivuosisikymmeninä tarkasteltu Suomessa varsin vähän niin oikeuskäytännössä kuin oikeuskirjallisuudessa. Tuoreista lähteistä keskeisimmät ovat *Ari Saarnilehdon* artikkelit ”Reklamaatio laskun johdosta”<sup>4</sup> ja ”Velvollisuudesta reklamoida”<sup>5</sup>. Huomion arvoista on, että kirjoituksista välittyy keskenään hieman erilainen kuva reklamaation tarpeellisuudesta ylisuuren laskun yhteydessä. Vanhemman kirjoituksen päätelmä näkyy olevan se, ettei ylisuuresta laskusta pääsääntöisesti tarvitse reklamoida, kun taas uudemmassa kirjoituksessa kirjoittajan kanta näyttää muuttuneen reklamaatiovelvollisuutta puoltavaksi.<sup>6</sup>

Muissa reklamaatiota koskevissa keskeisissä kotimaisissa kirjallisuuslähteissä, muun muassa *Johan Bärlundin* väitöskirjassa ”Reklamation i konsumentavtal”<sup>7</sup> ja *Marja Luukkosen* (nyk. Luukkonen Yli-Rahnasto) laajassa artikkelissa ”Sijoittajan reklamaatiovelvollisuus”<sup>8</sup> samoin kuin *Mika Hemmon*<sup>9</sup> ja *Olli Norroksen* yleisesityksissä ylisuureen laskuun liittyvää reklamaatiovelvollisuutta ei tarkastella.<sup>10</sup> Todettakoon, että Luukkonen Yli-Rahnaston lokakuussa 2021 ilmestyväksi ilmoitettu teos ”Reklamaatiovelvollisuus” ei ole ollut tätä artikkelia kirjoitettaessa käytettävissä.

3. Ks. esimerkiksi T. M. Kivimäki – Matti Ylöstalo, Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Kolmas, uudistettu painos. Toimittanut Matti Ylöstalo. Werner Söderström Osakeyhtiö 1973, s. 252; K. A. Telaranta, Sopimusoikeus. Lakimiesliiton Kustannus 1990, s. 14; Simo Zitting, Siviilinormin asettamisesta ja muotoamisesta. LM 1983, s. 1105–1114, 1109–1110; Janne Kaisto, Oikeustoimiopin perusteet. Kauppakamari 2015, s. 455.

4. Ari Saarnilehto, Reklamaatio laskun johdosta. Oikeustieto 5/2001, s. 19 (Edilex-versio).

5. Ari Saarnilehto, Velvollisuudesta reklamoida. Lakimies 1/2010, s. 3–18.

6. Saarnilehto LM 2010, s. 5–6; samansuuntaisesti myös Ari Saarnilehto, Kohtuullinen reklamaatioaika. DL 2010 s. 148–156, 150.

7. Johan Bärlund, Reklamation i konsumentavtal. En kontraktsrättslig studie av konsumentens reklamation som en förutsättning för att konsumenten skall kunna åberopa näringsidkarens avtalsbrott. Kauppakaari 2002.

8. Marja Luukkonen, Sijoittajan reklamaatiovelvollisuus. Oikeustiede–Jurisprudentia L:2017. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2017, s. 85–170.

9. Mika Hemmo, Sopimusoikeus II. Toinen, uudistettu painos. Talentum 2003 (Hemmo II 2003), s. 163–171.

10. Olli Norros, Velvoiteoikeus. Toinen, uudistettu painos. Alma Talent 2018, s. 548–554.



Hieman vanhempina aikoina, ennen kaikkea 1900-luvun puolivälin paikkeilla, kysymys laskunsaajan reklamaatiovelvollisuudesta on ollut esillä melko usein niin KKO:n ratkaisukäytännössä kuin oikeuskirjallisuudessaakin. Osasyynä tähän lienee ollut se, että jaksossa 3.2 tarkemmin selostettavalla tavalla Suomen oikeudessa ei ole ennen kauppalain (355/1987, KL) säätämistä ollut, toisin kuin muissa Pohjoismaissa, edes irtaimen kaupassa yleisesti sovellettavaa säännöstä laskun vaikutuksesta kauppahinnan määräytymiseen sellaisessa tilanteessa, jossa kauppahinta on jätetty sopimuksessa avoimeksi.<sup>11</sup>

## 2. Lasku siviilioikeudellisena ilmiönä

Kysymys laskun siviilioikeudellisesta luonteesta ei ole yksioikoinen, vaan laskun luonne vaihtelee tilannetyypeittäin. Riisutuimmassa muodossaan lasku merkitsee lähinnä teknisuontoisten maksutietojen antamista ilman, että lasku sisältäisi varsinaisesti uutta kannanottoa maksuvelvollisuuden sisältöön. Mahdollista on kuitenkin myös se, että lasku merkitsee samalla yksipuolista *oikeustoimea*, joka täsmentää tai muuttaa laskunsaajan maksuvelvollisuuden sisältöä jollakin tavalla.<sup>12</sup> Laskuttajan tällainen yksipuolinen muotoamisoikeus tietysti edellyttää, että laskunsaajan voidaan katsoa etukäteen jollakin tavalla antaneen laskuttajalle oikeuden puuttua maksuvelvollisuutensa sisältöön. Niin kuin edellä jo todettiin, kenelläkään ei ole ilman erityistä oikeusperustetta valtaa yksipuolisella tahdonilmaisullaan sitoa adressaattia tai muutenkaan heikentää tämän oikeusasemaa.

Mahdollista on ensinnäkin se, että lasku saa erääntymättömässä tilassa olleen laskunsaajan maksuvelvollisuuden erääntymään. Tämä edellyttää siis sitä, että

11. Ks. kuitenkin 3.3.1868 annettu asetus, jonka 3 §:n mukaan "[j]os tilinlasku on, 2 §:ssä sanotun ajan kuluessa, ostajalle laitettu, ja jos ei tämä, kuuden kuukauden kuluessa sen jälkeen, ole kauppiaalle sanonut että tilinlaskua ei hyväksytä, taikka siitä [Keisarin] käskynhaltijalle (ulosotonhaltijalle) moitetta ilmoittanut tahi moitehaastoa Oikeuteen tehnyt; kelvatkoon se tilinlasku täydeksi todistukseksi siitä, mitä se sisältää". Asetus, joka on siis luonteeltaan prosessuaalinen, oli lakikirjassa oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 17:2:n alla. Asetuksen 3 §:n on katsottava tulleen kumotuksi oikeudenkäymiskaaren todistelusääntöjen kokonaisuudistuksen myötä (ks. laki oikeudenkäymiskaaren 17 luvun muuttamisesta 571/1948, erityisesti 65 §). Ks. asetuksesta myös Godenhiehl 1975, s. 37.
12. Oikeustoimella tarkoitetaan vakiintuneesti tahdonilmaisua, jolla oikeuksia perustetaan, muutetaan, kumotaan tai siirretään. Totunnaisen kannan mukaan oikeustoimen määrittelmään sisällytettiin vain oikeuksien perustaminen, muuttaminen ja kumoaminen. Ks. esimerkiksi Kivimäki – Ylöstalo 1973, s. 238; Juha Pöyhönen, "Vrt. toisin Hakulinen". LM 7–8/2002, s. 1269–1276, 1271. Joukkoon on katsottu voitavan sisällyttää myös oikeuden siirtäminen. Esko Hoppu – Kari Hoppu, *Kauppa- ja varallisuus oikeuden pääpiirteet*. 6., uudistettu painos. Talentum Pro 2016, s. 56; Janne Kaisto – Tapani Lohi, *Johdatus varallisuus oikeuteen*. 2., uudistettu painos. Talentum 2013, s. 69–70.

osapuolten välillä on ennen laskun lähettämistä ollut niin sanotusti vaadittaessa maksettava velka, ja lasku toimii maksuvaatimuksena. Velkakirjalain (622/1947, VKL) 5.1 §:n mukaan vaadittaessa maksettavuus on velan erääntymistä koskeva lähtökohta tilanteessa, jossa muuta ei ole sovittu.<sup>13</sup> Vaadittaessa maksettava velka voi syntyä myös esimerkiksi irtaimen kaupassa, jos kauppahinnan maksamisen ajankohtaa ei voida katsoa sovittun (KL 49.1 §).

Eräännyttämisen lisäksi lasku voi muokata maksuvelvollisuutta myös sisällöllisesti. Esimerkkinä voidaan mainita ensinnäkin *valinnaisvelka*, jonka osalta velkojalla on oikeus valita suorituksen sisältö tietyistä etukäteen määritellyistä vaihtoehdoista, esimerkiksi rahamaksussa valuuttalaji.<sup>14</sup> Tällaisessa tapauksessa velkoja saattaa laskun kautta määrätä velallisen suorituksen tarkan sisällön.<sup>15</sup> Mahdollista on myös se, että laskunsaajan maksuvelvollisuuden suuruudesta ei ole alun perin sovittu mitään, tai sen määräytymiselle on sovittu ainoastaan laskuttajalle harkintavaltaa jättävät väljät raamit. Tällaisessa tilanteessa laskuttaja esittää laskun kautta oman käsityksensä laskunsaajan velan määrästä. Toisaalta jos velallisella ei muuten olisi oikeutta tilimaksuun, vaan maksu olisi lähtökohdaisesti tehtävä käteisellä, velkojan lähettämä lasku, johon sisältyy pankkitilin numero, voidaan ratkaisun KKO 1984 II 158 mukaisesti ymmärtää velkojan suostumukseksi tilimaksuun.

Monessa tapauksessa velkoja ei kuitenkaan laskullaan varsinaisessa mielessä muuta saamisoikeutensa sisältöä vaan lasku voidaan ymmärtää lähinnä maksettietojen antamiseksi.<sup>16</sup> Näin on esimerkiksi silloin, kun velan erääntyminen ei perustu laskun saapumiseen vaan se määräytyy muuten lain tai sopimuksen mukaan ja laskussa pelkästään annetaan velkojan pankkitilin numero ja ohjeet maksun yksilöintiä varten, esimerkiksi viitenumeron avulla. Tällaisessakaan tapauksessa lasku ei toki ole vailla oikeudellista merkitystä. Jos velallinen maksaa laskussa saamiensa tietojen mukaisesti, maksua on yleensä pidettävä pätevänä, vaikka laskun sisältö ei olisikaan vastannut velkojan tarkoitusta, ellei velallisen jostakin erityisestä syystä ole pitänyt tietää velkojan erehdyksestä.<sup>17</sup> Toisaalta jos maksua ei ole mahdollista tehdä ilman laskutustietoja, esimerkiksi puuttuvan

13. VKL 5.1 §:n 1 virke: ”Jollei erääntymisajasta ole sovittu, olkoon velallinen velvollinen maksamaan velan velkojan vaatiessa ja oikeutettu suorittamaan sen, milloin itse haluaa.” Ks. vaadittaessa maksettavissa veloista yleisesti esimerkiksi Y. J. Hakulinen, *Velkakirjalaki siihen liittyvine lakeineen*. Toinen täydennetty painos. WSOY 1965, s. 60–63; Kai Krüger, *Pengekrav. 2. utgave*. Universitetsforlaget 1984, s. 243–245; Knut Rodhe, *Obligationsrätt*. P. A. Norstedt & Söners Förlag 1956, s. 116–117; Norros 2018, s. 205–206.

14. Ks. valinnaisvelvoitteista yleisesti esimerkiksi Norros 2018, s. 187–188.

15. Stefan Lindskog, *Betalning. Om kongruent infriande av penningkulder och andra betalningsrättsliga frågor*. Norstedts Juridik 2014, s. 473.

16. Samansuuntaisesti Åkermarck 1965, s. 200.

17. Samansuuntaisesti Rodhe 1956, s. 172–173; Lindskog 2014, s. 261.

tilinumerotiedon vuoksi, velallisella on oikeus pidättäytyä maksusta ilman, että maksun katsottaisiin viivästyneen.<sup>18</sup>

Jos asiaa tarkastellaan velallisen näkökulmasta, velallisella on siis tietynlainen oikeus saada tarvittavat maksutiedot laskun kautta tai muuten, ja vastaavasti velkojalla on velvollisuus tällaisten tietojen antamiseen.<sup>19</sup> Tiettyjen erityisten sopimustyyppien osalta velvollisuudesta laskun lähettämiseen säädetään lain tasolla. Aikaosuuksia ja pitkäkestoisia lomatuotteita koskevan kuluttajansuojalain (38/1978, KSL) 10 luvun 13 §:n mukaan elinkeinonharjoittajan on laadittava pitkäkestoista lomatuotetta koskevan sopimuksen mukaisista maksuista maksutaulukko ja lähetettävä kuluttajalle lasku tai muu erääntymisilmoitus pysyvällä tavalla vähintään 14 päivää ennen kutakin eräpäivää. Sähkömarkkinain (588/2013) 57 ja 69 §:ssä on määräyksiä sallitusta laskutusvälistä ja laskussa annettavista tiedoista. Pitkälti samansuuntaisesti säädetään maakaasumarkkinain (587/2017) 39 ja 46 §:ssä.

Ellei erityislaista poikkeuksellisesti käy muuta ilmi, velkojan velvollisuudessa laskun lähettämiseen ei kuitenkaan ole kyse varsinaisesta suoritusvelvollisuudesta, *velvoitteesta*, vaan eräänlaisesta *velkojan myötävaikutusvelvollisuudesta* velallisen suoritukseen.<sup>20</sup> Tämäntyyppisten velvollisuuksien epäitsenäinen luonne ilmenee siinä, ettei velallisella ole – ainakaan rahasuoritusta koskevan velkojan viivästyksen yhteydessä – oikeutta sen enempää luontoissuorituksen vaatimiseen, vahingonkorvaukseen tai sopimuksen purkamiseenkaan, vaan velallisen oikeussuoja perustuu oikeuteen pidättäytyä velan maksusta ilman pelkoa maksuviivästyksen seurauksista.<sup>21</sup>

*Wilhelm Chydenius* tosin esitti 1891 julkaistussa väitöskirjassaan, että ylisuuren laskun toimittaminen myydyin tavaran mukana merkitsisi sopimusrikkomusta ja samaan aikaan eräänlaisia tarjousta, jonka ostaja saisi torjua ja näin purkaa kaupan.<sup>22</sup> Näkemys on kuitenkin sittemmin torjuttu. On muun muassa huomautettu, että olisi myyjän kannalta kohtuutonta, jos ostajalle voisi aueta yksipuolinen oikeus purkaa

18. Krüger 1984, s. 415; Lindskog 2014, s. 473 ja erityisesti viivästyskoron maksuvelvollisuuden syntymisen osalta Thomas Wilhelmsson – Leif Sevón, Korkolaki ja viivästyskorko. Suomen Lakimiesliiton Kustannus 1984, s. 149–150.

19. Rodhe 1956, s. 113, 170, 174; Krüger 1984, s. 415; Wilhelmsson – Sevón 1984, s. 149–150; Lindskog 2014, s. 472–473.

20. Wilhelmsson – Sevón 1984, s. 149–150; Lindskog 2014, s. 472–473. Vrt. Rodhe 1956, s. 167, jonka mukaan velkojan myötävaikutusvelvollisuuksia voidaan niiden tavallaan epäitsenäisestä luonteesta riippumatta kutsua velvoitteiksi (*förpliktelse*) siinä missä velallisen varsinaista suoritusvelvollisuuttakin.

21. Viggo Hagström, Obligasjonsrett. 2. utgave. Universitetsforlaget 2011, s. 633, 635, 640; samansuuntaisesti Krüger 1984, s. 417–418, joka tosin puhuu vain vahingonkorvauksesta.

22. Wilhelm Chydenius, Bidrag till läran om leverensafallet enligt finsk rätt. J Simelii Arfvingars Boktryckeri Aktiebolag 1891, s. 139–140.

kauppa sillä enemmän tai vähemmän sattumanvaraisella perusteella, että laskussa on ollut virhe.<sup>23</sup>

Erityislainsäädännön puolelta voidaan yleisten oppien kanssa samansuuntaisena esimerkkinä nostaa esiin KSL 8:25.2 jossa säädetään eräiden kuluttajapalveluiden tarjoajan velvollisuudesta antaa kuluttajalle tämän pyynnöstä kirjallinen erittely palvelun hinnan määräytymisen perusteista. Edellyttäen, että tilaaja on pyytänyt erittelyä ilman aiheetonta viivytystä, hän ei ole velvollinen maksamaan ennen erittelyn saamista.

Esimerkkinä erikoisemmasta sääntelytavasta voidaan mainita sähkömarkkinalain 97 §, jonka mukaan ”[s]ähkönjakelussa ja muussa verkkopalvelussa sekä sähkötoimituksessa on virhe, jos sähkön laatu tai toimitustapa ei vastaa sitä, mitä voidaan katsoa sovitun, tai kun *kuluttajan laskutus on virheellinen tai viivästynyt*” (korostus tässä). Toisin sanoen, sähkömarkkinalain mukaan laskutuksen virhe rinnastuu suoraan virheeseen sähkötoimitajan varsinaisen suoritusvelvollisuuden täyttämässä.<sup>24</sup> Lain mukaisia virheen yleisiä seuraamuksia ovat hinnanalennus (98 §) ja vahingonkorvaus (99 §).<sup>25</sup> Lain perusteella jää epäselväksi, mikä mainittujen seuraamusten konkreettinen sisältö on laskutuksessa ilmenneen virheen yhteydessä.

Lähtökohta siitä, ettei velvollisuutta laskun lähettämiseen voida pitää varsinaisena suoritusvelvollisuutena, voidaan palauttaa myös totunnaiseen, joskin osin kyseenalaistettuun oppiin siitä, että varsinaisena suoritusvelvollisuutena voidaan pitää pääsääntöisesti vain sellaista, jolla on tai ainakin voi olla vastaanottajalle jokin varallisuusarvo.<sup>26</sup> Laskun lähettäjä ei pyri laskun lähettäessään tuottamaan vastaanottajalle mitään varallisuusarvoista etuutta, vaan ainoastaan myötävai-kuttamaan maksun tapahtumiseen *oman etunsa* vuoksi.

Kokoavasti voidaan siis todeta, että laskulla voi olla luonne oikeustoimena varsinkin silloin, kun lasku eräännyttää vaadittaessa maksettavan velan tai sisäl-

23. Tore Almén – Rudolf Eklund, Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. P. A. Norstedt & Söners Förlag 1960, s. 228–229; Aimo O. Aaltonen, Tavarain virheistä. Hankintaa koskeva kauppaoikeudellinen tutkimus. Osa I. Werner Söderström Osakeyhtiö 1955, s. 255; Åkermarck 1965, s. 215.

24. Sääntelyratkaisua perustellaan lain esitöissä sisällöllisin syin ja kuluttajansuojan kautta. Lain esitöiden mukaan sähkömarkkinoilla toimivan yrityksen laskutusjärjestelmän muutokset eivät saa johtaa siihen, että asiakas ei saa laskujaan lainkaan tai vasta useiden kuukausien päästä. Virheellisiä olisivat esitöiden mukaan niin ikään laskut, joissa asiakkaan maksettavaksi esitetään maksuperusteiltaan tai määrältään virheellisiä laskuja. Hallituksen esitys eduskunnalle sähkö- ja maakaasumarkkinoita koskevaksi lainsäädännöksi 20/2013 vp, s. 129–130.

25. Ks. vastaavasti maakaasumarkkinalain 84–86 §.

26. Y. J. Hakulinen, Velvoiteoikeus I. Yleiset opit. Toinen laajennettu painos. Kirjayhtymä 1965, s. 5–8; Hagström 2011, s. 26; Ari Saarnilehto, Velvoite ja velkakirja, s. 169–180 teoksessa Ari Saarnilehto (toim.), Varallisuus-oikeus. Toinen, uudistettu painos. WSOYpro 2012, s. 169, jossa tuodaan esiin myös toisensuuntaisen kannan mahdollisuus.

tää muunlaisen velkasuhteen sisältöä täsmentävän velkojan määräämistoimen. Riisutuimmassa muodossaan lasku on kuitenkin vain osa velkojan myötävaikutusta velallisen rahasuoritukseen.

### 3. Mahdollisia oikeusperusteita reklamaatiovelvollisuudelle

#### 3.1. Yleistä

Reklamaatiovelvollisuudelle samoin kuin muunkinlaisille passiivisuusseurauksille, joista voi seurata osapuolelle jokin haitallinen seuraus, on voitava tunnistaa oikeusperusta osapuolten välisestä oikeustoimesta, laista tai lakiin kirjaamattomasta oikeudesta. Toisin sanoen, tuomioistuimella ei ole pelkästään oman harkintavaltansa perusteella sallittua tehdä päätelmää jonkin osapuolen tarpeettomasta passiivisuudesta ja siitä koituvasta oikeusseurauksesta. Kysymys mahdollisen reklamaatiovelvollisuuden normipohjasta muodostuu siksi hyvin olennaiseksi myös ylisuuren laskun yhteydessä.

Oikeusjärjestykseemme ei sisälly mitään yleisesti sovellettavaa normia, josta ainakaan vakiintuneen käsityksen mukaisesti voitaisiin johtaa laskunsaajalle velvollisuus reklamoida ylisuuren laskun johdosta. KL 47 §:ssä kuitenkin säädetään ostajan reklamaatiovelvollisuudesta sitä tilannetta koskien, että tavaran hinnasta ei voida katsoa sovitun mitään. Toisaalta varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annetussa laissa (228/1929, OikTL) säädetään siitä, että tarjoukseen annetun mutta tarjouksesta poikkeavan vastauksen vastaanottajalle, eli tarjouksen tekijälle, voi tietyin lisäedellytyksin syntyä velvollisuus huomauttaa vastapuoltaan sillä uhalla, että sopimuksen katsotaan syntyneen saapuneen vastauksen mukaisesti (OikTL 4.2 ja 6.2 §). Lisäksi oikeusjärjestykseemme sisältyy eräitä yleisiä oppeja, joiden osalta on aiheellista ainakin pohtia, voivatko ne luoda reklamaatiovelvollisuuden ylisuuren laskun vastaanottajalle. Huomiota on kiinnitettävä a) sopimusrikkomuserusteiseen reklamaatiovelvollisuuteen ja b) siihen mahdollisuuteen, että laskunsaajan passiivisuus kenties yhdistettynä laskun maksamiseen voitaisiin ymmärtää laskunsaajan *tahdonilmaisuksi* laskun hyväksymisestä lähetetyssä muodossaan.<sup>27</sup> Kutakin mainituista oikeusperusteista tarkastellaan seuraavaksi erikseen.

27. Jonkinlaisesta laskun virheellisyydestä säädetään myös kauppakaaren 9:13:ssä. Säännös kuuluu seuraavasti: ”Laskuvirhettä ei pidetä maksuna. Milloin sellainen erehdys havaitaan, on se ensin oikaistava ja maksu suoritettava virheettömän laskelman mukaan.” Säännöksen merkitys nykyisessä oikeustilassa on kuitenkin epäselvä. Ks. esimerkiksi Norros 2018, s. 105–106.

### 3.2. Kauppalaan 47 §:n mukainen kiistämisvelvollisuus

KL 47 § kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti:

”Jos ostaja on saanut laskun, siinä ilmoitettu hinta sitoo häntä, jollei ostaja kohtuullisessa ajassa ilmoita myyjälle, ettei hän hyväksy hintaa, eikä alemmasta hinnasta voida katsoa sovitun tai vaadittu hinta ole kohtuuton.”

Säännös kuuluu yhdessä 45–46 §:n kanssa kokonaisuuteen, jonka otsikko on ”Hinnan määräytyminen”. Hieman yksinkertaistaen: KL 45 §:n mukaan kauppahinta määräytyy lähtökohtaisesti sen mukaan, mitä on sovittu tai mitä voidaan katsoa sovitun. Jos kauppahinnasta ei voida katsoa sovitun mitään, sovellettavaksi tulee ensisijaisesti KL 47 §:n erityissääntö laskusta. Jos tämäkään sääntö ei sovellu esimerkiksi laskutetun hinnan kohtuuttomuuden vuoksi, hinta määräytyy KL 45 §:n yleissäännöksen nojalla kohtuuden mukaan ottaen huomioon tavaran laatu ja ominaisuudet, kaupantekohetken käypä hinta sekä muut olosuhteet.<sup>28</sup> KL 46 § sisältää lisäksi laskentasääntöjä lukumäärän, mitan tai painon mukaan hinnoiteltavalle tavaralle.

KL 47 § vastaa pääpiirteissään vanhojen skandinaavisten kauppalakien 6 §:ää, joka tosin koski vain liikkeenharjoittajien välistä kauppaa (*handelsköp*). Oikeuskirjallisuudessa katsottiin, että vastaavaa sääntöä voidaan soveltaa Suomessa eräänlaisena tapaoikeutena tai muuten ilman kirjoitetun lain tukea.<sup>29</sup> Tulkinta omaksuttiin myös ainakin ratkaisussa KKO 1947 II 227.<sup>30</sup>

KL 47 §:ssä on huomion arvoista se, ettei säännöksellä ole merkitystä tilanteessa, jossa kauppahinta voidaan johtaa sopimuksesta.<sup>31</sup> Toisin sanoen, myyjä ei

28. Thomas Wilhelmsson – Leif Sevón – Pauliine Koskelo, Kauppalaan pääkohdat. Viides, uudistettu painos. Talentum 2006, s. 151; samansuuntaisesti KL:a edeltävästä oikeustilasta T. M. Kivimäki, Faktuurahinnasta ja tavaran omaksiotosta. LM 1955, s. 736–750, 739–740.

29. Kivimäki LM 1955, s. 739–740; Portin JFT 1957, s. 197–210, s. 202; Åkermarck 1965, s. 201; Aimo O. Aaltonen, Irtaimen kauppa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1973, s. 51–52; Godenhjelm 1975, s. 36. Ks. myös Wilhelm Chydenius, Motiv till utkast till lag om leveransavtal. DL 1920, s. 5–69, 39, jonka kirjoittaja pitää ”erityisen toivottavana” (”synnerligen önskeligt”) skandinaavisten lakien 6 §:n mukaisen oikeustilan omaksumista Suomessa.

30. Ratkaisun KKO 1947 II 227 otsikko kuuluu seuraavasti: ”Ostajan oli maksettava tilaamistaan tarvikkeista, joiden hinnasta ei ollut sovittu, laskussa velottu hinta, kun hän ne saatuaan ei ollut tehnyt muistutusta niiden laadusta, määrästä tai hinnasta, eikä näyttänyt velottua hintaa ilmeisesti kohtuuttomaksi.” Samansuuntainen tulkinta tehtiin ratkaisussa KKO 1971 II 45, jossa riiti ei kuitenkaan koskenut kauppahinnan määräytymistä vaan sitä, oliko ostajaksi väitetty yhtiö ylipäänsä sidottu tiettyjen edustajiensa tekemiin tilauksiin.

31. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle kauppalaiksi 93/1986 vp, s. 101; ks. myös Eero Routamo – Jan Ramberg, Kauppalaan kommentaari. Kauppakaari 1997, s. 338–339 ja vastaavasti samansisältöisen Ruotsin lain säännöksen osalta Jan Ramberg – Johnny Herre, Köplagen. En kommentar. Andra upplagan. Norstedts Juridik 2013, s. 401. Ks. KL:a edeltävän oikeustilan osalta Åkermarck 1965, s. 207.

voi laskun avulla muuttaa tehtyä sopimusta omaksi edukseen, vaikka ostaja jättäisikin reklamoimatta laskusta.<sup>32</sup> On tosin katsottu, että reklamoimatta jättämisestä seuraa tässäkin tilanteessa se prosessuaalinen vaikutus, että näyttötaakka alkuperäisestä hinnasta jää reklamoimatta jättäneelle ostajalle.<sup>33</sup> Tämänäisältöinen näyttötaakkasääntö kirjoitettiin auki vanhojen skandinaavisten kauppalakien 6 §:ssä, ja oikeuskirjallisuudessa sen soveltamista puollettiin myös Suomessa.<sup>34</sup>

Toisaalta on huomattava, että KL 47 §:llä on myös aineellisoikeudellinen oikeusvaikutus tilanteessa, jossa kauppahinnasta ei voida katsoa sovitun mitään, ja jossa laskutettu hinta ei ole kohtuuton.<sup>35</sup> Tällöin ostajan passiivisuus reagoida laskuun johtaa siihen, että kauppahinta määräytyy suoraan laskun mukaan, ja KL 45 §:n sääntö kohtuullisen kauppahinnan määräytymisestä syrjäytyy. Tällaisessa tilanteessa ostaja ei siis enää 47 §:n mukaisen kohtuullisen ajan umpeuduttua voi kiistää laskutetun hinnan sitovuutta sillä perusteella, että olosuhteiden mukaan määräytyvä kohtuullinen hinta olisi alhaisempi.<sup>36</sup> Jos hän sen sijaan pystyy osoittamaan, ettei kauppahintaa ole jätetty avoimeksi, vaan kaupalle on johdettavissa sopimuksesta hinta, KL 47 § syrjäytyy. Sillä, miten pitkälle menevää sopimuksen tulkintaa sovitun kauppahinnan selvittäminen sopimuksesta vaatii, ei nähdäkseni ole merkitystä KL 47 §:n kannalta, kunhan tuomioistuin lopulta voi tulkita jostakin tietystä hinnasta sovitun.

KL 47 §:stä on pääteltävissä *e contrario*, ettei ylisuureen laskuun voi ainakaan KL:n soveltamistilanteissa liittyä muunlaista reklamaatiovelvollisuutta esimerkiksi suorituksen virhettä koskevan reklamaatiosäännön (32 §) perusteella. KL 47 §:ää vastaavaa sääntöä ei kuitenkaan havaintojeni mukaan sisälly yhteenkään muuhun Suomessa voimassa olevaan lakiin. Tämä ei suoraan merkitse sitä, etteikö sama sääntö voisi silti soveltua laajemminkin, koska esitöidensä ja muutenkin vakiintuneen käsityksen mukaan monet KL:n säännöksistä ilmentävät yleisiä sopimusoikeudellisia periaatteita ja voivat olla mallina muita sopimuksia koskevia oikeussääntöjä kehitettäessä. Esitöissä mainitaan nimenomaisesti, että sanottu koskee ”ainakin tietyssä laajuudessa esimerkiksi säännöksiä sopijapuolen velvollisuudesta antaa vastapuolelle ilmoituksia – –”<sup>37</sup>

Skandinaavisten kauppalakien voimassaoloaikana katsottiin, että vaikka 6 §:ssä säädettävä laskunsaajan kiistämisvelvollisuus koski nimenomaisesti vain liikekauppaa, säännöstä voitiin soveltaa analogisesti – ainakin tapauskohtaisen

32. Wilhelmsson – Sevón – Koskelo 2006, s. 150; Godenhielm 1975, s. 37; Viggo Hagstrøm – Herman Bruserud, Kjøpsrett. 2. utgave ved Herman Bruserud. Universitetsforlaget 2015, s. 104.

33. Routamo – Ramberg 1997, s. 338–339; Ramberg – Herre 2013, s. 401; Hagstrøm – Bruserud 2015, s. 104.

34. Ks. Kivimäki LM 1955, s. 739–740; Aaltonen 1973, s. 52.

35. Ks. mahdollisesti toisin Hagstrøm – Bruserud 2015, s. 104, jotka näyttävät katsovan, että KL 47 §:ää vastaavalla Norjan lain säännöksellä voi olla ylipäänsä vain todisteluvaikutus.

36. Samansuuntaisesti Kivimäki LM 1955, s. 739–740.

37. HE 93/1986 vp, s. 14.

harkinnan sitä puoltaessa – myös muunlaiseen eli niin sanotusti *siviiliikauppaan* (*civilt köp*).<sup>38</sup> Tulkinta on tullut tavallaan kodifoiduksi KL 47 §:ssä, koska säännös koskee, samoin kuin KL muutenkin, yhtä lailla liikekauppaa kuin yksityishenkilöiden välistä kauppaakin.<sup>39</sup> Sen sijaan kuluttajankaupassa KL 47 §:n soveltuminen on suljettu nimenomaisesti pois (KSL 5:29).

### 3.3. Epäpuhdasta vastausta koskevat säännöt oikeustoimilaissa

Yksi kauan tunnettu tilannetyyppi, johon liittyy osapuolen velvollisuus huomauttaa vastapuolta, on viivästyneen tai muuten aiemmasta tarjouksesta poikkeavan vastauksen vastaanottaminen. OikTL:n sääntelyn keskeinen lähtökohta on, että sopimus syntyy, kun tarjoukseen annetaan varauksetta hyväksyvä vastaus (OikTL 1.1 §), ja osapuolten voidaan näin katsoa olevan yksimielisiä sopimukseen sitoutumisesta ja sen sisällöstä. Jos vastaus kuitenkin saapuu tarjouksen voimassaoloajan päätyttyä tai se ei sisällöltään ainakaan kaikilta osin vastaa tarjousta, kyse on niin sanotusti *epäpuhtaasta vastauksesta*. Tällöin lähtökohta on, että vastaus katsotaan uudeksi tarjoukseksi, joka johtaa sopimukseen vain, jos vastauksen saaja eli alkuperäisen tarjouksen tekijä hyväksyy epäpuhtaan vastauksen sopimuksen perustaksi (OikTL 4.1 ja 6.1 §). OikTL 4.2 ja 6.2 §:n poikkeussääntöjen nojalla epäpuhtaan vastauksen vastaanottajalle voi kuitenkin tietyin lisäedellytyksin syntyä velvollisuus nimenomaisesti kiistää sopimuksen syntyminen ilman aiheutonta viivytystä sillä uhalla, että sopimuksen katsotaan syntyneen sisällöltään epäpuhtaan vastauksen mukaisena.

Voitaisiinko ylisuurta laskua pitää OikTL 6.2 §:ssa tarkoitettavana tarjouksesta poikkeavana vastauksena, johon voisi kytkeytyä lainkohdan mukainen reklamaatiovelvollisuus? Tahdonilmaisuja koskevan *luottamusteorian* mukaan osapuolen kommunikaatiota on pääsääntöisesti tulkittava siitä lähtökohdasta käsin, miten kommunikaation adressaatti saattoi kommunikaation perustellusti ymmärtää.<sup>40</sup> Jos ylisuurta laskua ei ole luontevaa ymmärtää vastaukseksi mihin-

38. Almén – Eklund 1960, s. 87; Åkermarck 1965, s. 209–210. Ks. liike- ja siviiliikaupan käsitteistä esimerkiksi Godenhjelm 1975, s. 20–22; Almén – Eklund 1960, s. 66–70.

39. Lain esitöissä kuitenkin kiinnitetään huomiota siihen, että KL 47 §:n mukaista kohtuullista aikaa arvioitaessa on otettava huomioon tapauksen olosuhteet ja osapuolten asema. Ostajalta voidaan esitöiden mukaan edellyttää liikesuhteissa nopeampaa reagointia kuin jos ostajana on yksityishenkilö tai esimerkiksi aatteellinen yhdistys, jolla ei ole kiinteitä maksurutiineja. HE 93/1986 vp, s. 101.

40. Ks. luottamusteoriasta ja sen asemasta oikeustoimioppimme pääsääntönä esimerkiksi Hemmo I 2003, s. 17–18; Kaisto 2015, s. 191; Juha Mäkelä, Sopimus ja erehdys. Sopimusoikeudellinen tutkimus oikeuserehdyksestä valinnanvapauden teorian näkökulmasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010, s. 45–46; Ari Saarnilehto – Vesa Annola, Johdanto, s. 309–334 teoksessa Ari Saarnilehto (toim.), Varallisuus oikeus. Toinen, uudistettu painos. WSOYpro 2012, s. 324–325.



kään vastaanottajan tekemään tarjoukseen – niin kuin yleensä ei ole – OikTL 6.2 § ei tule ainakaan suoraan sovellettavaksi ylisuureen laskuun.

### 3.4. Sopimusrikkomusperusteinen reklamaatiovelvollisuus

*Sopimusrikkomusten* yhteydessä varsin laaja-alainen sääntö on se, että velkojan tulee huomauttaa vastapuolta kohtuullisessa ajassa sopimusrikkomuksen havaittavaksi tulemisesta sillä uhalla, että velkoja muuten menettää oikeutensa esittää vaatimuksia kyseessä olevan sopimusrikkomuksen perusteella. Reklamaatiovelvollisuudesta säädetään monessa tärkeässä sopimusoikeudellisessa laissamme,<sup>41</sup> ja sen on vakiintuneesti katsottu voivan syntyä myös ilman säädöstukea yleisten oppien perusteella.<sup>42</sup>

Voidaanko ylisuuren laskun lähettämistä pitää sellaisena sopimussuhteen häiriötilanteena, jonka yhteydessä reklamaatiovelvollisuus soveltuu? Niin kuin edellä jaksossa 2 todettiin, laskun lähettämisessä ei ole kysymys varsinaisen suoritusvelvollisuuden täyttämisestä vaan siitä, että velkoja myötävaikuttaa velallisen suoritukseen antamalla tiedot esimerkiksi pankkitilistään, tilisiirron viitenummerosta ja saatavansa suuruudesta. Kuten tuli esiin, rahasuoritusta koskevan myötävaikutuksen laiminlyöntiin ei liity muita seuraamuksia kuin rahasuoritusvelallisen oikeus pidättäytyä maksusta. Tämä merkitsee sitä, etteivät sellaiset reklamaatiovelvollisuuden tavoitteet kuin 1) tavoite turvata vastapuolen mahdollisuus kerätä todisteita suorituksensa oikeellisuuden osoittamiseksi,<sup>43</sup> 2) tavoite estää reklamaatiovelvollista spekuloinnista sillä mahdollisuudella, hyväksyykö hän sopimuksen täyttämisen toteutuneessa muodossaan vai ei,<sup>44</sup> 3) tavoite antaa vastapuolelle mahdollisuus esittää vaatimuksia virheen aiheuttaneita omia suoritusapulaisia kohtaan,<sup>45</sup> ja 4) tavoite turvata suoritusvelvollisen mahdollisuus suorituksensa oikaisuun mahdollisimman vähin kustannuksin,<sup>46</sup> ole merkityksellisiä ylisuuren laskun yhteydessä.

41. Esim. KL 32 §, maakaaren (540/1995, MK) 2:25, KSL 5:16, 8:16 ja 9:16 sekä asuntokauppalain (843/1994) 4:19 ja 6:14.

42. Ks. esimerkiksi KKO 1931 II 63; KKO 1986 II 55; KKO 2018:38, perustelujen 22 kappale; KKO 2019:94, perustelujen 7 kappale; KKO 2020:6, perustelujen 12 kappale.

43. Ks. esimerkiksi Christina Hultmark, *Reklamation vid kontraktsbrott*. Juristförlaget 1996, s. 30–31; Bärlund 2002, s. 489–493; Luukkonen OTJP 2017, s. 99.

44. Ks. esimerkiksi Portin JFT 1957, s. 199; Hultmark 1996, s. 33–34; Kari Hoppu, *Sijoituspalvelusopimukset*. WSOYpro 2009, s. 261; Olli Norros, *Vahingonkorvaus arvopaperimarkkinoilla*. WSOYpro 2009, s. 333; Saarnilehto LM 2010, s. 4.

45. Hultmark 1996, s. 28; Bärlund 2002, s. 495.

46. Juha Laine, *Rakennusvirheistä*. Tutkimus urakoitsijan virhevastuusta rakennusurakassa. Rakennustieto Oy 1993, s. 216.

Lausutut syyt puhuvat sitä vastaan, että ylisuuren laskun lähettämistä voitaisiin pitää sellaisena suorituksen virheenä, josta tulisi reklamoida.<sup>47</sup> Jonkinlaista tukea kannalle on saatavissa myös tuoreesta ratkaisusta KKO 2020:6, jossa ei tosin ollut kyse laskun lähettämisestä vaan toisenlaisesta epäitsenäisestä toimimisvelvollisuudesta – reklamaatiovelvollisuudesta itsestään. Reklamaation vastaanottaminenhan on asia, jota adressaatti ei voi tehokkaasti vaatia, vaan kyse on toimenpiteestä, jonka reklamaation lähettäjä tekee turvatakseen jatkossa oikeutensa esittävä vaatimuksia adressaatin sopimusrikkomuksen johdosta.<sup>48</sup> Ratkaisussa KKO 2020:6 todetulla tavalla reklamaatiovelvollisuuden täyttämättä jääminen ei ole sellainen asia, josta vastapuolen eli toteutumatta jääneen reklamaation adressaatin tulisi esittää ”vastareklamatio”.<sup>49</sup> Olisi sinänsä johdonmukaista, että sama tulkinta koskisi toista epäitsenäistä toimimisvelvollisuutta eli velvollisuutta laskun lähettämiseen.

Oikeuskirjallisuudessa Saarnilehto on kuitenkin puoltanut sopimusrikkomusperusteisen reklamaatiovelvollisuuden soveltumista ylisuuren laskun vastaanottajaan.<sup>50</sup> Hän kiinnittää huomiota Bärlundin väitöskirjaan, jossa todetaan, että muunkinlaisten sopimusrikkomusten kuin suorituksen virheiden tai viivästysten yhteydessä voi tilanteesta riippuen velkojalle syntyä velvollisuus reklamoida kohtuullisessa ajassa.<sup>51</sup> Saarnilehto katsoo, että koska velkojan tehtäviin voidaan katsoa kuuluvan asianmukaisen laskun lähettäminen maksun

47. Näin myös Kivimäki LM 1955, s. 737.

48. Ks. esimerkiksi Godenhielm 1975, s. 137; Bärlund 2002, s. 131–132; Carl Jacob Arnholm, *Privatrett I. Almindelig privatrett*. Forlagt av Johan Grundt Tanum 1964, s. 91; Jan Hellner – Richard Hager – Annina H. Persson: *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt*. 2 häftet. Almänna ämnen. Sjätte upplagan. Wolters Kluwer 2016, s. 34–35; Norros 2018, s. 76. Ks. osin toisensuuntaisesti Hultmark 1996, s. 141–163, jonka mukaan reklamaation laiminlyönnistä voi esim. seurata vahingonkorvausvastuu sopimusta rikkonutta osapuolta kohtaan. Bärlund (2002, s. 132) kyseenalaistaa tulkinnan järkevin perustein.

49. Samansuuntaisesti L. E. Taxell, *Avtal och rättsskydd*. Åbo Akademi 1972, s. 475; Hemmo II 2003, s. 169; ja Ruotsin oikeuden osalta Hultmark 1996, s. 179–181. Toisensuuntaisesti Aaltonen 1955, s. 285–286, jonka mukaan suoritusvelvollisen osapuolen pääsääntöisesti tulee esittää vastareklamatio. Ks. myös Bärlund 2002, s. 158, joka ei ota kysymykseen selvää kantaa. Ks. myös Ruotsin Högsta domstolenin ratkaisu NJA 2017, s. 203, jossa osapuolen katsottiin menettäneen oikeutensa vaatia sopimuksen noudattamista, koska tämä ei ollut vastustanut vastapuolen oikeudettomasti antamaa ilmoitusta sopimuksen purkamisesta. – Painotettakoon, että leipätekstissä esitetty lähtökohta vastareklamaation tarpeettomuudesta koskee nimenomaan aineellisoikeudellista ulottuvuutta. Prosessuaalisesta näkökulmasta on sinänsä selvää, ettei tuomioistuimien voi ottaa reklamaatiovelvollisuuden laiminlyöntiä oikeustositseikkana huomioon juttua ratkaistessaan, ellei osapuoli ole vedonnut siihen. Ks. Bärlund 2002, s. 154, ja analogisesti velan vanhentuneisuutta koskevan väitteen osalta laki velan vanhentumisesta (15.8.2003/728) 18.1 §.

50. Saarnilehto LM 2010, s. 5–6 ja myös Saarnilehto DL 2010, s. 150. Ks. kuitenkin toisensuuntaisesti Saarnilehto, *Oikeustieto 5/2001 (Edilex-versio)*, s. 19, jonka mukaan sopimusestavastaisen laskun jälkeen reklamaatio ei ole yleensä tarpeen.

51. Bärlund 2002, s. 126–128.

suuruuden määrittämiseksi ja maksun saamiseksi, laskun virheellistä laatimista voidaan pitää Bärlundin tarkoittamana muuna virheellisenä suorituksena.<sup>52</sup>

Päätelmää voidaan kuitenkin kritisoida. Kuten on tullut esiin, kaikkia sopimussuhteeseen liittyviä toimimisvelvollisuuksia ei pidetä varsinaisina velvoitteina, eikä niihin liity vastapuolen reklamaatiovelvollisuutta. Lisäksi on huomattava, ettei Bärlund näytä Saarnilehdon viittaamassa kohdassa ”muista sopimusrikkomuksista” puhuessaan viittaavan sentyyppisiin häiriötilanteisiin kuin virheellisen laskun lähettämiseen. Keskeinen Bärlundin tarkastelema esimerkkitalanne on sellainen, jossa kuluttajan omistama esine vahingoittuu ollessaan elinkeinonharjoittajan hallussa korjattavana tai muusta syystä. Kuten Bärlund tuo esiin, tilanne ei jäsenny suorituksen virheeksi KSL 8 luvun säännösten systematiikassa, mutta reklamaation edellyttäminen kuluttajalta vaikuttaa silti perustellulta.<sup>53</sup> Elinkeinonharjoittajan velvollisuus pitää huolta kuluttajan tavarasta – velvollisuus, jolla on kuluttajalle hyvin konkreettinen ja suora varallisuusarvo – ei nähdäkseni ole oikeusilmionä vertailukelpoinen sen kanssa, että maksun saadakseen palveluntarjoajan tulee lähettää asiakkaalleen lasku. Kuten on todettu, laskun lähettäjä turvaa tällä toimellaan ennen kaikkea omaa etuaan, ei vastaanottajan.

Toisaalta Saarnilehto on perustelut kantaansa *lojaliteettiperiaatteella* ja sillä, että erityisesti pitkäkestoisessa sopimuksessa virheellisen laskun saaneen osapuolen vaikeneminen ja vastapuolen saaminen jatkamaan sopimuksen täyttämistä omalta osaltaan olisi katsottava selkeästi sopimusvelvoitteiden vastaiseksi käyttäytymiseksi.<sup>54</sup> On toki niin, että myös laskun vastaanottajalta voidaan edellyttää huolellisuutta, ja hänelle voi joissakin tilanteissa syntyä velvollisuus kiinnittää laskun lähettäjän huomiota laskun tiedoissa olevaan virheeseen tai puutteeseen, jos hän sellaisen havaitsee. Vaikka velallinen löisi laimin tämän ”aktiivisuusvelvollisuutensa”, passiivisuuden seurauksena ei kuitenkaan ole katsottu olevan velallisen maksuvelvollisuuden muuntuminen virheellisen laskun mukaiseksi. Seurauksena on vain yksinkertaisesti se, ettei velallinen vapaudu maksuviivästyksensä seuraamuksista – ennen kaikkea velvollisuudesta maksaa viivästyskorkeaa – siltä ajalta, jolta maksuviivästys olisi ollut vältettävissä, jos velallinen olisi toiminut riittävällä huolellisuudella ja pyytänyt oikeita maksutietoja.<sup>55</sup>

Lisäksi on havaittava, että *lojaliteettiperiaatteeseen* nojautuva huomautusvelvollisuus voi oikeuskäytännön perusteella syntyä vain, jos sopijapuoli *tosiasiassa havaitsee* vastapuolen erehdyksen.<sup>56</sup> Toisin kuin reklamaatiovelvollisuuden yhteydessä, riit-

52. Saarnilehto LM 2010, s. 6.

53. Bärlund 2002, s. 126–127.

54. Saarnilehto LM 2010, s. 5–6.

55. Lindskog 2014, s. 473.

56. Ks. KKO 1993:150, korostus tässä: ”Yhtiöt ovat *tienneet*, että kaupungin ilmoittama suunniteluperusteiden muuttaminen, jonka mukaan kumifererit tultaisiin korvaamaan puufende-

tävää ei siis ole se, että osapuolen ainoastaan *olisi tullut havaita virhe* huolellisesti toimiakseen.<sup>57</sup>

Tukea ajatukselle, jonka mukaan virheelliseen laskuun kytkettyisi vastaanottajan sopimusrikkomusperusteinen reklamaatiovelvollisuus, saatetaan ajatella haettavan uudemmassa ratkaisusta KKO 2017:71. Tapauksessa oli kyse siitä, voitiinko laskutyönä toteutetun rakennusurakan hintaa sovitella pienemmäksi OikTL 36 §:n nojalla. Urakoitsija vastusti sovittelua muun ohella sillä perusteella, ettei tilaaja ollut reklamoinut hinta-arvion ylittymisestä urakan aikana. KKO totesi, että huolimattomasti annettu virheellinen hinta-arvio ja hinta-arvion ylittymistä koskevan tiedonannon laiminlyönti ovat sellaisia seikkoja, joihin tilaaja olisi voinut vedota urakoitsijan virheinä. KKO:n mukaan virheisiin perustuvien vaatimusten esittäminen olisi yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden ja sopimussuhteeseen sovellettavien KSL:n säännösten mukaan edellyttänyt virheistä ilmoittamista kohtuullisessa ajassa niiden havaitsemisesta.<sup>58</sup>

Voidaanko päätellä, että jos virheellisen hinta-arvion esittämistä ja laiminlyöntiä ilmoittaa arvion ylittymisestä on pidettävä sellaisina suorituksen virheinä, joihin sovelletaan reklamaatiovelvollisuutta, sama koskee virheellisen laskun lähettämistä? Vastaus on nähdäkseni kieltävä.

Ensinnäkin voidaan huomauttaa, että hinta-arviolla ja tiedolla sen ylittymisestä on tilaajalle huomattava itsenäinen merkitys toisin kuin laskulla, joka edellä todetulla tavalla ainoastaan antaa tilaajalle tarpeelliset tiedot maksun toteuttamista varten. Kyse ei siis ole vertailukelpoisista ilmiöistä. Toisaalta KKO:n tulkinta siitä, että virheellistä hinta-arviota ja laiminlyöntiä ilmoittaa sen ylittymisestä olisi pidettävä suorituksen virheinä, on ylipäänsä hieman ongelmal-

reillä, merkitsi sitä, että laiturin kyky rikkoutumatta vastaanottaa siihen kiinnittyviä aluksia oli törmäysenergiaa sitovien ominaisuuksien puuttumisen vuoksi olennaisesti alhaisempi kuin kaupunki oli edellyttänyt. Yhtiöt eivät kuitenkaan ennen urakkasopimuksen tekemistä ole selvittäneet kaupungille tätä asiaa.” Ks. KKO 2007:72, perustelujen 11 kappale, korostus tässä: ”Tämän lojaliteettivelvollisuutensa perusteella pankilla on ollut velvollisuus huolehtia siitä, että Mekhal Oy:n lukuun toiminut A olisi voinut saada tietoonsa ainakin sellaisia *jo pankin tiedossa olleita seikkoja*, joilla ilmeisesti olisi ollut ratkaisevaa merkitystä myös A:lle rahoitusjärjestelyn edullisuutta omalta kannaltaan arvioidessaan.” Ks. KKO 2008:91, perustelujen 20 kappale, korostus tässä: ”Edellä olevan perusteella Korkein oikeus katsoo, että tarjottuun palvelukseen on liittynyt elimellisesti sellainen sen kokonaishintaan vaikuttava poikkeuksellinen tekijä, joka nimenomaan kuluttajan asemassa oleville saattoi olla merkityksellinen heidän tehdessään päätöksen palveluksen tilaamisesta. Velvollisena ottamaan huomioon tilaajan taloudelliset edut *yhtiön olisi tästä tietoisena* tullut ennen sopimuksen tekemistä tiedustella Tommi ja Auli M:ltä, oliko heillä aikomus hyödyntää kotitalousvähennystä.”

57. Ks. reklamaatiovelvollisuuden osalta esimerkiksi Portin JFT 1957, s. 208; Saarnilehto DL 2010, s. 149; Bärlund 2002, s. 181; Hagström 2011, s. 353; Norros 2018, s. 551. Ks. hieman toisin Hemmo II 2003, s. 167, jonka mukaan reklamaatio on pääsäännön mukaan tehtävä ”kohtuullisessa ajassa sopimusrikkomuksen havaitsemisesta”.

58. KKO 2017:71, perustelujen 58 kappale.

linen. Rakennusurakkaa koskevassa KSL 9 luvussa säädetään kyllä urakoitsijan velvollisuudesta antaa hinta-arvio ja velvollisuudesta ilmoittaa sen ylittymisestä samoin kuin näiden velvollisuuksien laiminlyönnin seuraamuksista, mutta tämä säännöstö muodostaa selkeästi oman kokonaisuutensa (KSL 9:23–24) suhteessa urakoitsijan suorituksen virhettä koskevaan säännöstöön (KSL 9:13–22). Jälkimmäiseen säännöstöön kuuluu osana kuluttajan reklamaatiovelvollisuus (KSL 9:16) mutta ensin mainittuun ei.

KKO:n tulkinta paikkaansa pitämättömästä hinta-arviosta suorituksen virheenä on siten kritiikille altis. On kuitenkin huomattava, ettei mainittu kysymys ollut tapauksessa esillä varsinaisena ennakkoratkaisukysymyksenä, vaan tapauksessa oli kysymys urakkasopimuksen sovittelusta OikTL 36 §:n nojalla. Sovitteluvaatimuksen esittämiselle ei säädetä laissa määräaikaa, mutta vakiintunut käsitys on jo pitkään ollut se, että sovitteluvaatimus on esitettävä jonkinlaisen kohtuullisen ajan puitteissa sillä uhalla, että mahdollisuus vaatia sovittelua lakkaa – tai sovitteluvaatimuksen viivästyttämisestä ainakin muodostuu yksi sovitteluharkinnassa huomioon otettava vastaperuste sovitte-<sup>59</sup> Suorituksen virheeseen perustuva hahmotustapa näyttää siten olleen KKO:n ratkaisussa lähinnä vertailukohta tai rinnakkaisperuste tilaajan velvollisuudelle vedota sovitteluperusteeseen kohtuullisessa ajassa.

Edellä jaksossa 2 kiinnitettiin huomiota keskenään saman sisältöisiin sähkömarkkinalain 97 §:ään ja maakaasumarkkinalain 84 §:ään, joiden mukaan laskutuksen virhe rinnastuu suoraan virheeseen toiminnanharjoittajan pääsuoritusvelvollisuuden täyttämiseksi. Nämä säännökset voisivat sinänsä puoltaa tulkintaa, jonka mukaan ylisuuren laskun lähettämistä olisi pidettävä sopimusrikkomuksena sanan varinaisessa merkityksessä. Toisaalta voidaan huomauttaa, että kyse on varsin erityisluontoisista säännöksistä, joista ei juuri voitane johtaa yleisiä sääntöjä. Säännösten perusteella on sitä paitsi epäselvää, syntyykö laskun saajalle kuitenkaan velvollisuutta reklamoida ylisuuren laskun perusteella.<sup>60</sup>

59. Tuula Ämmälä, Hovioikeusratkaisut yleisen sovittelusäännöksen sisällön selkeyttäjinä, s. 261–313 teoksessa Ari Saarnilehto (toim.), Oikeuskäytäntö oikeuslähteenä. Yksityisoikeudellisia kirjoituksia. Turun yliopisto 1991, s. 290–291; Thomas Wilhelmsson, Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot. Kolmas, uudistettu painos. Talentum 2008, s. 148–149. Ks. myös KKO 1994:88; KKO 2017:71, perustelujen 49 kappale.

60. Sähkömarkkinalain 101 §:ssä ja maakaasumarkkinalain 87 §:ssä, joiden kummankin pykäläot-sikko on ”Vastuutahot”, säädetään siitä, että loppukäyttäjällä on aina oikeus esittää virheeseen perustuvat vaatimuksensa jakeluverkonhaltijalle, kuitenkin lukuun ottamatta *vähittäismyyjän virheelliseen tai viivästyneeseen laskuun* perustuvia vaatimuksia. Tämän jälkeen todetaan, että vaatimus on esitettävä kohtuullisessa ajassa siitä, kun loppukäyttäjä havaitsi virheen tai hänen olisi pitänyt se havaita ja hänellä oli vaatimuksen esittämiseksi tarvittavat tiedot jakeluverkonhaltijasta. Mitään muita reklamaatiosäännöksiä ei lakeihin sisälly. – Tällaisenaan mainitut säädökset viittaavat siihen, ettei loppukäyttäjällä olisi ainakaan näiden lakien perusteella velvollisuutta reklamoida ylisuuresta tai muuten virheellisestä laskusta, vaikka laskutuksen virhe sähkömarkkinalain 97 §:n ja maakaasumarkkinalain 84 §:n mukaan rinnastuukin varsi-

Virheellisen laskun lähettämistä ei siis voida pitää sellaisena suorituksen virheenä tai muunakaan sopimusrikkomuksena, josta laskun vastaanottajalle voisi syntyä velvollisuus reklamoida reklamaatiovelvollisuutta koskevien lakiin kirjaamattomien sääntöjen perusteella.

Toisaalta vaikka tästä päätelmästä oltaisiinkin toista mieltä, ja sopimusrikkomusperusteisen reklamaatiovelvollisuuden katsottaisiin voivan syntyä, ei nähdäkseni silti olisi perusteltavissa, miten reklamaatiovelvollisuuden seurauksena voisi olla laskunsaajan *oman maksuvelvollisuuden* muuttuminen ylisuuren laskun mukaiseksi. Reklamaatiovelvollisuuden laiminlyönnin oikeusvaikutuksena on yleisesti se, että velkoja menettää oikeutensa vaatia seuraamuksia kyseessä olevan sopimusrikkomuksen perusteella.<sup>61</sup> Laiminlyönti reklamoida ylisuuresta laskusta johtaisi normaaliajattelun mukaan siis siihen, että velallinen menettäisi oikeutensa kohdistaa suoritushäiriön seurauksia laskun lähettäjään. Velallinen ei siten esimerkiksi voisi vaatia velkojalta oikeanlaista laskua taikka vahingonkorvausta tai hinnanalennusta virheellisen laskun lähettämisen perusteella. Tällainen ”oikeudenmenetyks” olisi kuitenkin vailla mieltä, koska jaksossa 2 todetulla tavalla laskulla itsellään ei ole velalliselle arvoa, vaan kyse on vain siitä, että velkojan tulee oman etunsa vuoksi antaa velalliselle asianmukaiset tiedot maksun toteuttamiseen.

Kaikki esitetty huomioon ottaen päätelmäni on, ettei sopimusrikkomusperusteisella reklamaatiovelvollisuudella ole merkitystä ylisuuren laskun yhteydessä.

### 3.5. Sopimuksen konkludenttinen muuttaminen

Edellä tarkastellussa sopimusrikkomusperusteisessa reklamaatiovelvollisuudessa – silloin, kun sellaisen katsotaan soveltuvan – on kyse siitä, että ajan kulumisen velkojan pysyessä passiivisena johtaa lain sääntöjen nojalla oikeudenmenetykseen. Suoranaista merkitystä ei siis ole sillä, mitä vastapuoli voi perustellusti käsittää velkojan passiivisuuden merkitsevän, vaan oikeusvaikutus syntyy ajan kulumisen itsensä perusteella.<sup>62</sup> Myöskään KL 47 §:n soveltamiseen ei ainakaan lain sanamuodon perusteella vaikuta se, miten laskun lähettäjä laskunsaajan passiivisuuden käsittää.

naiseen virheeseen. Huomion arvoista on myös se, ettei sähkömarkkinalain 101 §:ssä ja maa-kaasumarkkinalain 87 §:ssä lausuta mitään siitä, mitä vaatimuksen oikea-aikaisen esittämisen laiminlyönnistä seuraa, vai seuraako siitä ylipäänsä mitään.

61. Ks. esimerkiksi Aaltonen 1955, s. 282; Bärnlund 2002, s. 162; Hemmo I 2003, s. 165–166, Saarnilehto LM 2010, s. 5; Luukkonen OTJP 2017, s. 152; Norros 2018, s. 554.

62. Ks. Hultmark 1996, s. 16–17; Stefan Lindskog, Preskription. Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid. Fjärde upplagan. Wolters Kluwer 2017, s.727, 731.

On kuitenkin syytä pohtia myös sitä, voidaanko laskunsaajan reagoimattomuus laskun liialliseen suuruuteen – kenties yhdistettynä laskun maksamiseen sellaisenaan – katsoa osapuolen konkludenttiseksi eli hiljaiseksi *tahdonilmaisuksi*. Kyse on toisin sanoen siitä, voidaanko reagoimatta jättäneen osapuolen katsoa antaneen käyttäytymisellään ymmärtää, että hän tarkoittaa disponoida oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan tietyllä tavalla. Ylisuuren laskun yhteydessä tahdonilmaisun sisältö olisi siis se, että laskunsaaja käyttäytymisensä kautta osoittaa hyväksyvänsä maksuvelvollisuutensa muuttamisen laskun mukaiseksi.

Esikysymyksenä konkludenttisen sopimuksen mahdollisuudelle pitäisi periaatteessa tarkastella sitä, voitaisiinko ylisuuren laskun lähettäminen ja sen maksaminen katsoa jopa nimenomaiseksi ja siten OikTL 1 luvun säännösten mukaiseksi sopimiseksi laskunsaajan maksuvelvollisuuden muuttamisesta. Vastaus on kuitenkin kieltävä – eihän laskun ylisuuri summa sisällä ainakaan nimenomaista ehdotusta sopimuksen muuttamisesta eikä laskun maksaminen sen nimenomaista hyväksyntää. Näin huomio suunnataan suoraan konkludenttisen muuttamisen mahdollisuuteen.<sup>63</sup>

Vakiintunut käsitys on, että sopimuksia voi syntyä myös ilman muodollisen tarjouksen ja vastauksen tunnistamista, kunhan osapuolten voidaan todeta olevan yksimielisiä 1) molemminpuolisesta sitoutumisesta ylipäänsä ja 2) syntyvän sopimuksen sisällöstä.<sup>64</sup> Niin kuin edellä jaksossa 3.3 todettiin, tahdonilmaisuja koskevan *luottamusteorian* mukaan tahdonilmaisun arviointi kohdistuu siihen, miten väitetyn tahdonilmaisun vastaanottajan on tullut vastapuolen toiminta – tai toimimattomuus – perustellusti ymmärtää.

Tilanteessa, jossa arvioidaan olemassa olevan sopimuksen konkludenttista muuttamista, on katsottu voitavan soveltaa yleisiä periaatteita konkludenttisen sopimuksen syntymisestä. Samalla on varoitettu omaksumasta liian herkästi täyttyviä edellytyksiä tällaisille sopimusmuutoksille, jotta osapuoli ei vastoin tarkoitustaan tulisi muutoksen sitomaksi.<sup>65</sup> Myös KKO on todennut asian nimenomaisesti monessa uudemmassa ratkaisussaan, jotka siis kuitenkin ovat koskeneet kokonaan uuden sopimuksen syntymistä eivätkä olemassa olevan sopimuksen muuttamista.<sup>66</sup> Oikeuskirjallisuudessa asia on jäsennetty niin, että

63. Toinen asia on, ettei rajankäynti nimenomaisten ja konkludenttisten tahdonilmaisujen välillä ole aina selvää, ja voidaan kysyä, onko tällainen erottelu edes tarpeen. Ks. Kaisto 2015, s. 142–143. Käsillä olevassa artikkelissa konkludenttisen sopimuksen käsitettä on kuitenkin päädytty käyttämään tavallaan pedagogisista syistä.

64. Ks. esimerkiksi KKO 2006:71, perustelujen 15–16 kappale; KKO 2010:23, perustelujen 12–13 kappale; KKO 2011:6, perustelujen 7 kappale; KKO 2011:21, perustelujen 4 kappale; KKO 2018:37, perustelujen 6 kappale.

65. Hemmo II 2003, s. 36.

66. Esimerkiksi ratkaisun KKO 2011:6 perusteluissa asiasta lausuttiin näin: ”Sopimukseen, jotka eivät perustu nimenomaiseen tahdonilmaisuuun, on oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa suhtauduttu yleensä pidättyvästi. Tämä onkin perusteltua sen estämiseksi, ettei kukaan tulisi sidotuksi sopimussuhteeseen, jota hän ei ole hyväksynyt tai johon hän ei ole muullakaan tavoin

mahdollinen päätelmä konkludenttisen sopimuksen syntymisestä perustuu kokonaisarvioon, jossa vaaditaan vahvoja ja yhdensuuntaisia sopimuksen ole-massaoloa puoltavia perusteita. Vastaavasti: hiljaista sopimusta vastaan puhuvat seikat johtavat melko helposti siihen, ettei konkludenttista sopimusta voida katsoa syntyneen.<sup>67</sup>

Kun pohditaan, voiko ylisuuri lasku ja reagoimattomuus sen ylisuuruuteen johtaa konkludenttiseen sopimukseen laskusaatavan muuttamisesta laskun mukaiseksi, osapuolten intressien välille aiheuttaa erityisen jännitteen se, että mahdollinen sopimusmuutos olisi laskun lähettäjälle yksiselitteisesti edullinen ja laskunsaajalle epäedullinen. Asetelma on siten hieman toinen kuin esimerkiksi tilanteessa, jossa suoritusvelvollisen tulisi sopimuksen mukaan toteuttaa suorituksensa tavalla A, mutta hän ryhtyykin toteuttamaan sitä vastapuolen kannalta sinänsä yhtä hyvällä tavalla B, johon vastapuoli suhtautuu hyväksyvästi, ja pohditaan, voidaanko osapuolten katsoa sopineen sopimuksen muuttamisesta. Jos ylisuuren laskun yhteydessä väite sopimuksen konkludenttisesti muuttamisesta hyväksyttäisiin kovin herkästi, oltaisiin tilanteessa, jossa laskuttaja voisi ylisuuren laskun avulla saada sopimusta muutettua itselleen edullisemmaksi, jos vastapuoli ei huomaa reagoida asiaan. Tällaista järjestelmää ei ole perusteltua tukea.<sup>68</sup>

Arvioitaessa ylisuureen laskuun liittyvän konkludenttisen sopimisen mahdollisuutta on nähdäkseni erotettava toisistaan tilanteet, joissa lasku tulee maksetuksi sellaisenaan ja tilanteet, joissa laskua ei makseta. Jälkimmäisessä tilan- netyypissä väitetä konkludenttisesti sopimuksesta ei nähdäkseni käytännössä koskaan tule hyväksyä. Vaikka olisikin niin, että laskunsaaja on laskun saatuaan jatkanut muiden sopimusvelvoitteidensa täyttämistä, hyödyntänyt sopimuksen kohdetta tai muuten antanut ymmärtää suhtautuvansa hyväksyvästi vastapuolen

ilmaissut tahtoaan sitoutua.” KKO 2011:6, perustelujen 7 kappale; ks. vastaavasti KKO 2017:15, perustelujen 10 kappale; KKO 2018:37, perustelujen 6 kappale.

67. Hemmo I 2003, s. 136. Ajattelutapaa kuvaa hyvin edellä mainittu ratkaisu KKO 2011:6. Tapauksessa A ja B olivat neuvottelleet uuden tuotantolaitoksen perustamisesta B:n yritystoiminnan yhteyteen. A oli tehnyt erinäisiä toimia hankkeen edistämiseksi. Toimet olivat hyödyttäneet B:tä ja tämä oli ollut niistä tietoinen. Kun A oli myöhemmin vaatinut B:ltä konsulttipalkkiota tekemistään toimista, A oli kieltäytynyt maksamasta vedoten siihen, ettei osapuolten välillä ollut mitään sopimusta eikä palkkiolle ollut muutakaan perustetta. KKO totesi, että edellä mainitut olosuhteet olisivat sinänsä puoltaneet päätelmää konkludenttisesti sopimuksesta. Tapauksessa oli kuitenkin toisaalta esitetty selvitystä siitä, että A oli suorittanut toimenpiteitä tavoitellakseen itse osakkuutta uudessa hankkeessa tai hyötyäkseen siitä muulla tavoin taikka joka tapauksessa edistääkseen siihen pääosakkaiksi tulevien tahojen asemaa. Hän oli vaatinut palkkiota myös näiltä tahoilta, mikä kertoi KKO:n mukaan siitä, ettei A itsekään ollut pitänyt toimeksiantajanaan yksinomaisesti B:tä. KKO viittasi yleiseen lähtökohtaan, jonka mukaan konkludenttisen sopimuksen syntymiseen tulee suhtautua pidättyvästi, ja totesi, että viimeksi mainitut olosuhteet horjuttivat siinä määrin sopimuksen syntymistä puoltavia perusteita, ettei tapauksessa voitu katsoa syntyneen konkludenttista sopimusta A:n ja B:n välille. KKO 2011:6, perustelujen 12–14 kappale.

68. Viimeksi mainitusta näkökohdasta Saarnilehto, Oikeustieto 5/2001 (Edilex-versio), s. 19.



toimintaan, tästä ei voida nähdäkseni johtaa tahdonilmaisua maksamatta olevaan laskuun ehkä sisältyvän sopimusmuutosehdotuksen hyväksymisestä. Onhan käsillä olevassa tilanteessa huomattavasti todennäköisempi tulkinta se, ettei laskunsaaja ylipäänsä ole perehtynyt laskuun ainakaan sillä tarkkuudella, että hän olisi kiinnittänyt huomiota sen suuruuteen. Toisin sanoen, vaikka laskunsaajan menettelystä voitaisiinkin lukea konkludenttinen hyväksyntä laskuttajan toimintaan joiltakin osin, hyväksynnän ei voida perustellusti katsoa ulottuvan laskutettavaan summaan sisältyvään sopimusmuutosehdotukseen.

Jos ylisuuri lasku tulee maksetuksi sellaisenaan, tilanne on osin toisenlainen. Jos joku maksaa varaumaa esittämättä saamansa laskun, hänen voidaan yleensä olettaa katsovan, että lasku vastaa hänen maksuvelvollisuutensa sisältöä. Vaikutelma vain vahvistuu, jos asetelma toistuu, eli laskunsaaja toistuvasti maksaa saamansa ylisuuret laskut.<sup>69</sup>

Kynnystä sille, että kuvatussa tilanteessa katsottaisiin syntyneen konkludenttinen sopimus sopimusvastikkeen korottamisesta, kuitenkin nostaa oikeudellisenä vertailukohtana KKO:n ratkaisukäytäntö siitä, tavallaan päinvastaisesta asetelmasta, jossa rahasuoritusvelkoja on lähettänyt erehdyksessä *liian pieniä laskuja*. Lähtökohta käy ilmi esimerkiksi ratkaisuista KKO 1960 II 2, KKO 1987:103 ja KKO 2001:125.<sup>70</sup> Viimeksi mainitussa tapauksessa liian pienten laskujen lähettäminen oli jatkunut lähes kymmenen vuoden ajan, mutta tästä huolimatta velkojalla katsottiin olevan oikeus periä saatavansa täysimääräisesti sopimuksen mukaisessa laajuudessa. Olisi epä johdonmukaista, jos velkoja voi periä erehdyksessä laskuttamatta jääneitä saatavia takautuvasti useilta vuosilta ainoastaan vanhentumislainsäädännön rajoittaessa tätä oikeutta, mutta liian suuren laskun reklamoimatta maksaneen velallisen katsottaisiin kovin herkästi konkludenttisesti suostuneen oman maksuvelvollisuutensa kasvattamiseen.

Vaikka katsottaisiin, että laskuttajan ja laskuja varauksetta maksaneen laskunsaajan välille on syntynyt konkludenttinen yhteisymmärrys alkuperäistä sopimusvastiketta korkeammasta hinnasta, tämä ei vielä suoraan merkitse sitä, että sopimusta olisi pidettävä sitovana. On otettava huomioon myös se mahdollisuus, että laskunsaajan suostumus korkeampaan hintaan perustuu *erehdykseen*: laskunsaaja on kuvitellut, että laskutettu hinta vastaa alun perin sovittua hintaa.

Erehdystilanteet on vakiintuneesti jaoteltu kahteen päätyyppiin eli a) motiivierehdykseen ja b) ilmaisuerehdykseen. Motiivierehdyksessä on kyse siitä, että tahdonilmaisun sisältö vastaa antajansa tarkoitusta, mutta hän on toiminut virheellisten käsitysten perusteella, kun taas ilmaisuerehdyksessä tahdonilmaisu on kirjoitusvirheen takia tai muusta syystä saanut antajansa tarkoituksesta poikkea-

69. Näin myös Saarnilehto LM 2010, s. 16–17.

70. Ks. myös esimerkiksi Routamo – Ramberg 1997, s. 339–340; Ks. toisin Åkermarck 1965, s. 206, jonka mukaan lasku lähtökohtaisesti sitoo lähettäjänsä.

van ulkoasun.<sup>71</sup> Erehdystyyppien välisen rajankäynnin ongelmallisuus on ollut tiedossa jo pitkään,<sup>72</sup> ja sen vaikutus oikeudellisen harkinnan lopputulokseen on ajan myötä vähentynyt.<sup>73</sup> Erottelu on kuitenkin edelleen tarpeen ainakin erehdystilanteiden muodollisen normipohjan täsmentämiseksi, koska OikTL 32.1 § koskee sanamuotonsa<sup>74</sup> ja esitöidensä perusteella ainoastaan ilmaisu- mutta ei motiivierehdystä.<sup>75</sup>

Tilanteessa, jossa joku tekee erehdyksessä velastaan ylisuuren suorituksen saamansa ylisuuren laskun vuoksi, kyse on motiivierehdyksestä – erehdyshän kohdistuu siihen, että maksaja saamansa laskun vuoksi kuvittelee olevansa laskuttajalle velkaa suuremman summan kuin asia todellisuudessa on. OikTL 32.1 § ei siis sovellu tällaiseen tilanteeseen. Motiivierehdyksen osalta pääsääntö on totunnaisesti ymmärretty niin, ettei tällainen erehdys vaikuta oikeustoimen sitovuuteen.<sup>76</sup> Kysymys pääsäännöstä olevien poikkeuksien alasta ja niiden muodollisesta normipohjasta on kuitenkin epäselvä. Kiistatonta on, että osaan erehdystilanteita soveltuu OikTL 30 §:n mukainen petollisen viettelyn kielto<sup>77</sup> tai OikTL 33 §:n mukainen kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn kielto.<sup>78</sup> Toisaalta erehdystilanteisiin saatetaan soveltaa ratkaisussa KKO 2012:1 julkkilauttutta oppia oikeustoimen virheellisten tai rauenneiden edellytysten merkityksestä<sup>79</sup> taikka lakiin kirjaamatonta erehdysoppia, sikäli kuin tällaisen katsotaan sisältävän oikeusjärjestyksemme.<sup>80</sup>

71. Näin esimerkiksi Telaranta 1990, s. 283–284; Kivimäki –Ylöstalo 1973, s. 416; Hemmo I 2003, s. 390.

72. K. A. Telaranta, Erehdys oikeustoimiopin perusongelmana. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1960, s. 363–367; Juha Mäkelä, Erehdysopillisia kehityssuuntia. Business Law Forum 2008, s. 95–117, 102.

73. Mäkelä 2010, s. 164.

74. OikTL 32.1 §: ”Jos jonkun tahdonilmaisu on erhekirjoituksen tai muun hänen erehdyksensä johdosta saanut toisen sisällyksen, kuin on tarkoitettu, ei tahdonilmaisu sellaisena sido sen antajaa, jos se, johon tahdonilmaisu on kohdistettu, tiesi tai hänen oli pitänyt tietää erehdyksestä.”

75. Lainvalmistelukunnan julkaisuja N:o 2/1925. Ehdotus laiksi varallisuus oikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuus oikeudellisista oikeustoimista. Helsinki 1925, s. 60.

76. Kivimäki – Ylöstalo 1973 s. 420; Telaranta 1990 s. 297. Samansuuntaisesti mutta hieman varovaisemmin Hemmo I 2003 s. 391; ks. myös Kaisto 2015 s. 268–269, joka tunnustaa motiivierehdyksen vaikutuksettomuuden oikeutemme mukaiseksi lähtökohdaksi mutta vain ”heikoksi” sellaiseksi.

77. OikTL 30 §: ”Jos se, johon oikeustoimi on kohdistettu, on saanut sen aikaan petollisella viettelillä taikka jos hän on tietänyt tai hänen olisi pitänyt tietää, että toinen on oikeustoimen tekijän sen tekemiseen petollisesti viety, ei oikeustoimi sido vietyä.” Ks. säännöksen soveltuvuudesta osaan motiivierehdystilanteista esimerkiksi Telaranta 1990, s. 324; Kaisto 2015, s. 268.

78. Ks. OikTL 33 §:n soveltumisesta osaan motiivierehdystilanteisiin esimerkiksi Telaranta 1990, s. 350, 356–363; Hemmo I 2003, s. 375–379; Olli Norros, Vakuutusentajan korvauspäätös. Talentum 2016, s. 113–115.

79. Ks. esimerkiksi Norros 2016, s. 116.

80. Ks. lakiin kirjaamattoman, itsenäisen erehdysopin mahdollisuudesta ja sitä koskevasta keskustelusta Hemmo I 2003 s. 391–393, joka ei itse ota kysymykseen kantaa.

Erehdysoppien syvälinen analyysi ei ole tämän artikkelin puitteissa mahdollista. Selvää kuitenkin on, että jos erehdys perustuu tahdonilmaisun adressaatin – tässä siis laskuttajan – tietoisesti virheellisenä antamaan tietoon, oikeustoi-  
mea – tässä siis maksua ja siihen sisältyvää laskun hyväksymistä – on pidettävä pätemättömänä OikTL 30 tai 33 §:n perusteella.<sup>81</sup> Jos adressaatti on antanut virheellisen tiedon tahattomasti, esimerkiksi erehtyen itse laskua lähettäessään sovitusta hinnasta, erehdyksen vaikutuksellisuuden on katsottu määräytyvän osapuolten tuottamusasteiden vertailun perusteella. *K. A. Telaranta* hahmottaa pääsäännöt seuraavasti: a) Jos molemmat ovat toimineet huolellisesti, tahdonilmaisun antaja saa vedota erehdykseensä samoin kuin tilanteessa, jossa b) hän on toiminut huolellisesti mutta virheellisen tiedon antanut adressaatti tuottamuksellisesti. Tahdonilmaisu sen sijaan sitoo, jos c) adressaatti on menetellyt huolellisesti mutta tahdonilmaisun antaja huolimattomasti tai jos d) molemmat ovat menettelleet tuottamuksellisesti.<sup>82</sup>

Sikäli kuin laskunsaajalla katsotaan olevan oikeus vedota erehdykseensä, esiin nousee kysymys reklamaatiovelvollisuudesta. Kaikkiin edellä mainittuihin pätemättömyysperusteisiin – OikTL 30 ja 33 §:ään, edellytysoppiin ja mahdolliseen erilliseen erehdysoppiin – on katsottu liittyvän pätemättömyyteen vetoamiseen oikeutetun velvollisuus vedota pätemättömyyteen kohtuullisessa ajassa siitä, kun pätemättömyyteen vetoaminen käytännössä olisi ollut mahdollista erehdyksen tultua ilmi.<sup>83</sup> Ylisuuren laskun yhteydessä kohtuullinen vetoamisai-  
ka ei siis kuitenkaan alkaisi kuluu vielä laskun vastaanottamisesta eikä edes sen maksamisesta vaan vasta siitä, kun laskun ja sen taustalla olevan maksuvelvol-  
lisuuden ristiriita on tullut ilmi.

#### 4. Kokonaiskuvan hahmottelua

Edellä on tullut esiin, että ylisuureen laskuun voi ainakin joissakin tilanteissa kytkeytyä laskunsaajan velvollisuus huomauttaa laskun lähettäjää sillä uhalla, että laskunsaajan maksuvelvollisuus määräytyy laskun mukaiseksi. Tässä artikkelin päätösjaksossa asiasta pyritään hahmottamaan jäsentynyt kokonaiskuva.

81. Ks. esimerkiksi *Telaranta* 1990, s. 324, 360; *Hemmo I* 2003, s. 360, 373–374; *Kaisto* 2015, s. 284–285, 292.

82. *Telaranta* 1960, s. 376–379; ks. tähän viitaten *Norros* 2016, s. 127–129 ja siinä viitatus muut lähteet. Ks. huolellisuuden merkityksestä erehdystilanteiden ratkaisuperusteena yleisesti *Mäkelä* 2010 s. 205–206.

83. *Tuula Ämmälä*, Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus. *Lakimiesliiton Kustannus* 1993, s. 165, 171, 173, 175–180.

Reklamaatiovelvollisuuden perusta ja oikeutus ovat selvimpiä tilanteissa, jossa sopimusvastike on jäänyt avoimeksi tai riippumaan laskuttajan harkinnasta. KL:n soveltamistilanteissa ostajan on tällöin ilmoitettava myyjälle kohtuullisessa ajassa laskun saatuaan, ettei hän hyväksy hintaa, tai kauppahinta muuten määräytyy laskun mukaisesti, kunhan laskun mukainen hinta ei ole kohtuuton (KL 47 §). Keskeinen kysymys on, voidaanko KL 47 §:ää soveltaa KL:n suoran soveltamisalan lisäksi analogisesti muunkinlaisissa sopimussuhteissa. Ainakin sikäli kuin kyse on elinkeinonharjoittajien välisistä sopimussuhteista, vastaukseni kysymykseen on myöntävä. Niin kuin jaksossa 3.2 todettiin, KL 47 §:ää vastaavalla säännöllä oli vakiintunut asema ennen KL:n säätämistä vallinneessa oikeustilassa. Lisäksi, niin kuin edellä myös todettiin, ilmoitusvelvollisuuksia koskevat KL:n säännöt on lain esitöissä nimenomaisesti mainittu esimerkkeinä sellaisista KL:n säännöistä, jotka voivat ilmentää yleisiä sopimusoikeudellisia periaatteita ja olla mallina muita sopimuksia koskevia oikeussääntöjä kehitettäessä. Vielä kun KL 47 §:ää voidaan pitää sisällöllisesti varsin tasapainoisena ja kohtuullisena kummankin osapuolen kannalta, säännöksen analogiseen soveltamiseen on syytä suhtautua myönteisesti.

Sanottu koskee nähdäkseni kuitenkin lähinnä elinkeinonharjoittajien välisiä ja muuten lähtökohdiltaan tasavertaisten sopimuskumppaneiden välisiä suhteita. Kuluttajankaupassa KL 47 §:n soveltuminen on suljettu nimenomaisesti pois (KSL 5:29), ja tästä syystä KL 47 §:n analogiseen soveltamiseen myös muissa elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan suhteissa on suhtauduttava epäillen.

Sikäli kuin KL 47 §:n analoginen soveltaminen muissa kuin kuluttajasuhteissa hyväksytään, saadaan katetuksi huomattava osa niistä tilanteista, joissa vastikkeen määräytymisperuste on jäänyt alkuperäisessä sopimuksessa avoimeksi tai riippumaan laskuttajan harkinnasta. Sen sijaan tilanteissa, joissa sopimuksesta seuraa tietty hinta, mutta velkoja silti lähettää ylisuuren laskun, kysymys laskunsaajan reagointivelvollisuudesta jää riippumaan sopimuksen konkludenttista syntymistä ja oikeustoimen tekijän erehdystä koskevista yleisistä opeista. Niin kuin jaksossa 3.4 todettiin, sopimusrikkomusperusteista reklamaatiota koskevilla opeilla ei ole asiassa merkitystä.

Varsinkin jos ylisuuri lasku tulee maksetuksi useamman kerran, on sinänsä ajateltavissa, että maksujen olisi katsottava sisältävän maksajan tahdonilmaisun hänen maksuvelvollisuutensa hyväksymisestä laskujen mukaiseksi. Laskunsaajalla voi kuitenkin olla mahdollisuus vedota erehdykseensä, joka siis kuvatussa tilanteessa johtuu laskusta ja siten laskuttajan puolella olevasta syystä. Erehdykseen vetoaminen on tehokasta ainakin, jos laskuttaja on itse havainnut laskunsa ja sovitun hinnan ristiriidan, mutta jos virhe on tahaton, ratkaisu on tehtävä tapauskohtaisen harkinnan kautta kiinnittäen huomiota ennen kaikkea asetelman kummankin osapuolen huolellisuuden asteeseen. Laskunsaajan on kuitenkin vedottava erehdykseensä kohtuullisessa ajassa siitä, kun erehdys on tullut hänelle ilmi.

## Overinvoicing and the customer's duty to give notice

OLLI NORROS, LL.D., Professor, University of Helsinki

It is quite common in business that a seller of goods or a provider of services sends the customer an invoice for a greater sum of money than that to which the invoicer is contractually entitled to. This may happen simply by mistake, but it is also possible that the invoicer anticipates that the customer may disagree with the invoiced sum. In any case, if the customer becomes aware of the overinvoicing, they normally give notice to the invoicer and challenge the invoiced amount. However, it may also happen that the customer fails to react to the invoice within any reasonable time, or even pays up on the invoice as it is. In such situations, the question arises whether the customer's passivity, or the payment on the invoice without challenge, is a reason to conclude that the customer has forfeited the right to challenge the invoice, so that the customer's payment obligation then will be that indicated in the excessive invoice.

In this article the question is assessed in accordance with different possibly applicable legal norms. The author concludes that the customer's duty to give notice has the strongest legal grounds in situations where the exact amount of the customer's obligation to pay cannot be derived from the parties' agreement. According to Section 47 of the Sale of Goods Act (kauppalaki), the buyer has in such situations the duty to give notice to the seller of the excessiveness of the invoice. If they fail to do so, and if the invoiced amount is not unreasonable, the buyer's payment obligation is determined according to the invoice. It seems reasonable to apply this rule in other business-to-business contracts, too.

In cases where the exact contract price can be derived from the contract itself, Section 47 of the Sale of Goods Act is not applicable either directly or by way of analogy. In such a situation, the clear rule seems to be that the customer does not have a legal duty to give notice of an excessive invoice – even though in practice giving notice is, of course, normal and wise. Under some circumstances it is possible to regard the customer as having tacitly accepted the invoiced, higher contract price as a contractual modification, but the threshold for such a conclusion seems to be relatively high.

# Itsepesukriminalisoinnin suhde myötärangaistuja tekoja koskevaan oppiin

**HAKUSANAT:** rikosoikeus, rikosten yhtyminen, lainkonkurrensi, itsepesu

## 1. Johdanto

Esirikokseen osallisen tekemän rahanpesun (ns. *itsepesu*) kriminalisointi on koettu Suomessa pitkään ongelmalliseksi. Tämän vuoksi myös suhtautuminen itsepesun rangaistavaksi säätämiseen on ollut lainsäätäjän ja oikeustieteilijöiden keskuudessa yleisesti ottaen varsin nihkeää. Rikosoikeustieteellisesti itsepesun rangaistavaksi säätämisessä on ollut kyse varsin periaatteellisesta kysymyksestä, jonka keskiössä on ollut muun ohessa sanotun kriminalisoinnin ja suomalaisen rikossystematiikkaan kuuluvien oikeusperiaatteiden yhteensovittaminen siten, ettei itsepesusta erillinen rankaiseminen olisi ristiriidassa niiden kanssa.<sup>1</sup> Tämä on osoittautunut viimeisen vuosikymmenen aikana varsin haasteelliseksi tehtäväksi.

Rikoslakiin (39/1889) ei sisälly varsinaista itsepesun terminologista määritelmää. Tämä johtuu siitä, että rikoslain 32 luvun 11 §:n (943/2020) rajoitussäännöksessä rangaistavaksi säädetty itsepesu luetaan esirikokseen osallisen syyksi käytännössä rahanpesuna.<sup>2</sup> Käsitteellisesti itsepesussa on tarkemmin ottaen kyse

\* Jenna Piippo, OTM, nuorempi tutkija, Lapin yliopisto.

1. Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi 66/1988 vp, s. 108; Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi rikoslain 32 luvun 6 ja 14 §:n sekä kansainvälisestä oikeusavusta rikosoikeusasioissa annetun lain 15 §:n muuttamisesta 285/2010 vp, s. 9; Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi rikoslain 32 luvun 11 ja 12 §:n muuttamisesta 138/2011 vp, s. 5–7 ja 10–12; Lakivaliokunnan mietintö 2/2012 vp, s. 2; Valiokunnan lausunto LaVL 4/2017 vp, s. 3–5; Valiokunnan lausunto LaVL 11/2017 vp, s. 2–4; Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslain 1 luvun 11 §:n ja 32 luvun 11 §:n muuttamisesta 183/2020 vp ja Valiokunnan mietintö LaVM 13/2020 vp, s. 3–4. Ks. myös itsepesun rangaistavuutta arvioineiden työryhmien mietinnöt Rahanpesukriminalisointien muutostarpeet. Mietintöjä ja lausuntoja 27/2010. Oikeusministeriö 2010; Ns. itsepesun kriminalisointia pohtineen työryhmän muistio 31.5.2011 (OM 7/41/2009) ja Oikeusministeriön julkaisuja, Mietintöjä ja lausuntoja 2019:13: Rahanpesurikosdirektiivin täytäntöönpano. Oikeusministeriö 2019. Ks. lisäksi FATE, 9th Follow-up Report. Mutual Evaluation of Finland. June 2013, s. 11 ja FATE, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – Finland, Mutual Evaluation Report. April 2019, s. 48–49 ja 154–157.
2. Ks. myös Tatu Hyttinen, Rahanpesu ja rikosvastuu. Alma Talent 2021, s. 620.

rikollisesta menettelystä, jossa taloudellista hyötyä tuottaneen rikoksen tekijä tai siihen osallinen pesee itse sanotulla rikoksellaan saamansa omaisuuden tai rikoshyödyn puhtaaksi. Tämänkaltaisten pesutoimien tarkoituksena on näennäisesti laillistaa rahanpesua edeltävällä rikoksella hankitut laittomat varat ja saada ne tällä tavoin näyttämään myös ulkoisesti laillisilta, jotta niiden hyödyntäminen olisi esirikoksen tekemisen jälkeen mahdollista.<sup>3</sup> Huomionarvoista on, että esirikoksen tekeminen on rahanpesun liitännäisluonteen vuoksi välttämätön edellytys myös itsepesutunnusmerkistön täyttymiselle.<sup>4</sup> Kyse ei voi olla pesutoimien kohteena olevista laittomista varoista, jos sanotunlaisia varoja ei ole hankittu rahanpesua edeltävällä rikoksella. Itsepesusta tuomitsemisen varsinaisena edellytyksenä ei ole kuitenkaan se, että myös esirikos luetaan esirikokseen osallisen syyksi.<sup>5</sup> Käytännön lainsoveltamisessa esirikokseen osallinen voidaan siis tuomita itsepesusta niissäkin tilanteissa, joissa häntä ei tuomita rahanpesua edeltävästä taloudellista hyötyä tuottaneesta rikoksesta.

Tässä artikkelissa analysoidaan lainopillisesta näkökulmasta itsepesun rangaistavuutta ja sen suhdetta lainkonkurrenssiopin alaisuuteen sijoittuvaan myötärangaistuja tekoja koskevaan oppiin.<sup>6</sup> Artikkelissa pyritään vastaamaan siihen, minkälaiset rahanpesuteot saattavat Suomessa voimassa olevassa oikeudessa

3. Ks. HE 66/1988 vp, s. 108; HE 285/2010 vp, s. 5; HE 138/2011 vp, s. 5 ja LaVM 2/2012 vp, s. 2.
4. Ks. oikeuskirjallisuudessa esitetyistä itsepesun määritelmistä tarkemmin Ritva Sahavirta, Rahanpesu rangaistavana tekona. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 290–294; Tatu Hyttinen, Kansallinen rikoslaki kansainvälisessä paineessa – itsepesun rangaistavuus Suomessa. Lakimies 3–4/2017, s. 334–361, 334; Tatu Hyttinen, A European Money Laundering Curiosity: Self-Laundering in Finland. *European Criminal Law Review* 2018 8(2), s. 268–293, 268; Jussi Tapani, Rahanpesu, s. 783–794 teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen ja Markus Wahlberg, *Keskeiset rikokset*. 4., uudistettu laitos. Edita 2018, s. 793–794; Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Tatu Hyttinen, *Rikosoikeuden yleinen osa: vastuuoppi*. 3., uudistettu painos. Alma Talent 2019, s. 582–583 ja Hyttinen 2021, s. 30 ja 601.
5. HE 285/2010 vp, s. 3; HE 138/2011 vp, s. 3 ja HE 183/2020 vp, s. 4. Ks. esirikoksesta rahanpesun tunnusmerkistökotekijänä tarkemmin Sahavirta 2008, s. 305–306 ja Hyttinen 2021, s. 29–30 ja 222–276.
6. HE 138/2011 vp, s. 10–11; LaVM 2/2012 vp, s. 2–4 ja HE 183/2020 vp, s. 45. Ks. tämänkaltaisiin tilanteisiin liittyvästä problematiikasta tarkemmin Hyttinen 2021, s. 622–625.
7. Ks. rikoskonkurrenssista esitetyistä jaotteluista Ari-Matti Nuutila, *Rikoslain yleinen osa. Lakimiesliiton Kustannus* 1997, s. 367–385; Tapio Lappi-Seppälä, *Rikosten seuraamukset*. Werner Söderström Lakitieto Oy 2000, s. 370–373; Jussi Tapani, *Rikosten yksiköinti – marginaalista ytimeen?* s. 221–239 teoksessa Tatu Hyttinen – Antti Jokela – Jussi Tapani – Mikko Vuorenpää (toim.), *Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952–26/8–2012*. Turun yliopisto 2012, s. 223; Jussi Tapani, *Lainkonkurrenssioppi ja itseksiminalisointisuoja – onko itsekriminalisointisuoja jotain tekemistä jälkiteon rangaistavuutta koskevan opin kanssa?* s. 255–279 teoksessa Ville Hinkkanen – Leena Mäkipää (toim.), *Suomalainen kriminaalipolitiikka. Näkökulmia teoriaan ja käytäntöön*. Tapio Lappi-Seppälän juhla- ja Forum Juris 2013, s. 260–261; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 565 ja Heli Korkka-Knuts – Dan Helenius – Dan Frände, *Yleinen rikosoikeus*. Edita Publishing Oy 2020, 405–422. Ks. ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa esitetyistä rikoskonkurrenssin määritelmistä esim. Petter Asp – Magnus Ulväng – Nils Jareborg, *Kriminalrätts grunder. Andra, omarbetade upplagan*. Iustus Förlag 2013, s. 465–468.

tulla tuomituiksi itsepesuna. Tutkimuksellisenä tavoitteena on ennen kaikkea systematisoida ja jäsentää myötärangaistuja tekoja koskevaa oppia sekä jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteerejä itsepesukriminalisoinnin kannalta. Käsitteellisesti myötärangaistuja tekoja koskevassa opissa on kyse siitä, voidaanko jonkin tietyn tunnusmerkistön toteuttavia tekoja pitää myötärangaistuinasi esi- tai jälkitekoina jonkin toisen tunnusmerkistön sisällä siten, että niistä ei ole tarpeen tuomita päärikoksen lisäksi erillistä rangaistusta.<sup>7</sup> Itsepesun kohdalla esi- ja jälkitekoja koskevan konstruktion merkitys liittyy siihen, että konkurrenssiopillisesti itsepesu luokitellaan jälkiteoksi. Tässä katsannossa jälkiteolla tarkoitetaan pääteon jälkeen toteutettavaa tekoa, jolla voidaan pyrkiä yhtäältä hyödyntämään pääteolla aikaansaattua seurausta sekä toisaalta ylläpitämään tai varmistamaan pääteolla luotua oikeudenvastaista tilaa.<sup>8</sup> Itsepesukontekstissa pääteosta puhuttaessa tarkoitetaan rahanpesua edeltävää rikosta, josta käytetään vakiintuneesti termiä esirikos. Rahanpesun *esirikos* on siis tekokokonaisuuden pääteko<sup>9</sup>, eikä sitä tule siten sekoittaa konkurrenssiopillisen esiteon merkitysisältöön.

Tämän artikkelin aihe on varsin ajankohtainen, sillä itsepesu kriminalisoitiin kattavasti Suomessa joulukuussa 2020 voimaan tulleella lainmuutoksella, jolla panttiin täytäntöön rahanpesun torjumisesta rikosoikeudellisin keinoin annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (EU) 2018/1673 (jäljempänä *rahanpesurikosdirektiivi*) asettamat kriminalisointivelvoitteet. Sanotussa lainmuutoksessa on kyse huomattavasta itsepesun rangaistavuuden alan laajenemisesta, jolla voidaan perustellusti arvioida olevan merkitystä yhtäältä rikosoikeusteoreettisesti lainkonkurrenssiopin näkökulmasta sekä toisaalta myös käytännön lainsoveltamisen kannalta, sillä esirikokseen osallinen on mahdollista tuomita itsepesuna tehdystä rahanpesusta aikaisempaa useammassa tilanteissa. Käytännössä itsepesun rangaistusvastuu voi aktualisoitua törkeän rahanpesun lisäksi nyt myös perusmuotoisen rahanpesun ja rahanpesun yrityksen kohdalla, eikä itsepesuvastuu rajoitu myöskään aikaisemmasta poiketen enää pelkästään vähäisen osallisuuden tilanteisiin. Näin ollen myös esirikokseen täysimääräisesti osallistunut varsinainen tekijä voidaan tuomita itsepesusta silloin, kun kyse on pitkälle viedyistä tai muulla tavoin monimutkaisista peittämis- ja häivyttämisteoista.<sup>10</sup>

Itsepesun rangaistavuuden poissulkeva rajoitussääntö on itsepesukriminalisoinnissa ilmaistu pääsääntö. Tämä käy ilmi rajoitussäännöksen ensimmäisestä

7. Ks. Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 565 ja 579–590. Ks. myötärangaistuja tekoja koskevasta opista myös Nils Jareborg, *Allmän kriminalrätt*. Iustus Förlag 2001, s. 448; Tapani 2012, s. 223; Tapani 2013, s. 260–261; Magnus Ulväng, *Brottslighetskonkurrens. Om relationer mellan regler och fall*. Iustus Förlag 2013, s. 536–537 ja Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 413–414.

8. Ks. esi- ja jälkiteon merkityssisällöstä tarkemmin Raimo Lahti, *Lainkonkurrenssi*. Lakimies 1968, s. 709–737, 734.

9. Näin myös Hyttinen 2021, s. 604.

10. Ks. tarkemmin HE 183/2020 vp, s. 42–44 ja OM:n Mietintöjä ja lausuntoja 2019:13, s. 59–62.



virkkeestä, jonka mukaan rahanpesusta ei tuomita henkilöä, joka on osallinen siihen rikokseen, jolla omaisuus on saatu toiselta tai joka on tuottanut taloudellisen hyödyn. Itsepesu on siten pääsääntöisesti myötärangaistu jälkitekko.<sup>11</sup> Myötärangaistavuus koskee lähtökohtaisesti varsin laajasti kaikkia esirikokseen osallistuneita tahoja, sillä lainkohdassa tarkoitetuilla esirikokseen osallisilla voidaan tarkoittaa sanotun käsitteen varsinaisessa merkityksessä esirikoksen avunantajia ja yllyttäjiä sekä toisaalta myös esirikoksen tekijöitä.<sup>12</sup> Rahanpesun henkilöllistä soveltamisalaa rajaava pääsääntö ei ole kuitenkaan täysin poikkeukseton. Rajoitussäännös sisältää myötärangaistavuutta koskevat poikkeukset säännöksen jälkimmäisessä virkkeessä, jossa on erikseen ilmaistu ne rahanpesuteot, joissa esirikokseen osallisen vastuuta rahanpesusta ei pidetä poissuljettuna. Itsepesukriminalisointi pohjautuu siis ikään kuin jo sanamuotonsa perusteella myötärangaistuja tekoja koskevaan oppiin.<sup>13</sup> Samanaikaisesti se osoittaa lainsäätäjän tahtoa rangaista itsepesusta ainoastaan poikkeuksellisesti.<sup>14</sup> Tämänkaltaisen laissa säädetty lainkonkurrenssitulkintaa koskeva ratkaisu rajaa myös jo automaattisesti osan rahanpesuteoista kokonaan itsepesun rangaistavuuden ulkopuolelle.

Rajoitussäännös ei ole varsinaisesti itsenäinen rikostunnusmerkistö, vaan itsepesu on kriminalisoitu mainitussa lainkohdassa viittaamalla rikoslain 32 luvun 6 §:n (191/2011) rahanpesusäännökseen. Itsepesun rangaistavuuden ala on ulotettu tarkemmin ottaen kahteen erilaiseen rahanpesun tekomuotoon, jotka poikkeavat toisistaan ryhtymistekotapojen, tahallisuusvaatimusten sekä teon kohteiden kannalta.<sup>15</sup> Itsepesuna tehtynä rahanpesuna on säädetty rangaistavaksi yhtäältä rikoslain 32 luvun 6 §:n 1 momentin 1 kohdan tarkoitusta korostavan rahanpesun tunnusmerkistön toteuttavat teot tietyiltä osin sekä toisaalta rikoslain 32 luvun 6 §:n 1 momentin 2 kohdan seurausta edellyttävän rahanpesun tunnusmerkistön toteuttavat teot.<sup>16</sup> Tarkoitusta korostavan itsepesun soveltami-

11. Ks. HE 66/1988 vp, s. 108; HE 138/2011 vp, s. 7; LaVM 2/2012 vp, s. 2; LaVL 4/2017 vp, s. 4; LaVL 11/2017 vp, s. 4 ja LaVM 13/2020 vp, s. 4.

12. Ks. Sahavirta 2008, s. 278–281; Hyttinen 2017, s. 349; Hyttinen 2018, s. 282–283; Tapani 2018, s. 793 ja Hyttinen 2021, s. 607.

13. Ks. myös Sahavirta 2008, s. 281 ja Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 414.

14. Näin myös Hyttinen 2021, s. 617–618. Ks. lisäksi Hyttinen 2017, s. 353; Hyttinen 2018, s. 285–286 ja Tapani 2018, s. 793–794.

15. Ks. itsepesun tekomuodoista oikeuskirjallisuudessa tarkemmin Hyttinen 2021, s. 627–634. Ks. rahanpesun tekotavoista ja tunnusmerkistökiteijöistä yleisemmin myös Sahavirta 2008, s. 155–187 ja Hyttinen 2021, s. 276–382.

16. Rikoslain 32 luvun 6 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan rahanpesusta voidaan tuomita se, ”joka ottaa vastaan, käyttää, muuntaa, luovuttaa, siirtää, välittää tai pitää hallussaan rikoksella hankittua omaisuutta, rikoksen tuottamaa hyötyä tai näiden tilalle tullutta omaisuutta hankkiakseen itselleen tai toiselle hyötyä tai peittääkseen tai häivyttääkseen hyödyn tai omaisuuden laittoman alkuperän tai avustaakseen rikoksenteijää välttämään rikoksen oikeudelliset seuraamukset”. Rikoslain 32 luvun 6 §:n 1 momentin 2 kohdassa on puolestaan säädetty rangaistavaksi menettely, jossa tekijä ”peittää tai häivyttää rikoksella hankitun omaisuuden, rikoksen tuottaman

sala on kuitenkin tavallista tarkoitusta korostavan rahanpesun tunnusmerkistöä rajoitetumpi, sillä tarkoitusta korostavana itsepesuna on säädetty rangaistavaksi ainoastaan esirikoksella hankitun rikoshyödyn tai omaisuuden muuntaminen ja siirtäminen peittämis- tai häivyttämistarkoituksessa sekä rikoksenteikijän avustamistarkoituksessa.

Rikoslaisissa itsepesuun säädettiin ensimmäisen kerran rangaistavaksi vuonna 2012 voimaan tulleella rikoslain 32 luvun 11 §:n rajoitussäännöksellä (187/2012), jolloin itsepesun rankaisemattomuuden ilmaisevaan lainkohtaan sisällytettiin vähäinen poikkeussääntö. Itsepesun rangaistusvastuu saattoi aktualisoitua tuolloin kuitenkin ainoastaan varsin rajoitetusti.<sup>17</sup> Huomionarvoista on, että itsepesusta ei sanotun rajoitussäännöksen yli kahdeksan vuotta kestäneenä voimassaoloaikana tuomittu tiettävästi kuin yksi rangaistus.<sup>18</sup> Lisäksi joulukuussa 2020 korkein oikeus antoi rajoitetun itsepesukriminalisoinnin kumoamisen jälkeen ensimmäisen itsepesua koskevan ratkaisunsa.<sup>19</sup> Tässä yhteydessä on syytä korostaa, että itsepesutuomioiden vähäisessä määrässä ei ole kyse siitä, että itsepesutapauksia ei olisi käsitelty tämän enempää suomalaisissa tuomioistuimissa. Käytännössä itsepesua koskevat syytteet on tiettävästi hylätty kaikissa muissa tapauksissa, joissa itsepesua koskeva rangaistusvastuu on tullut käytännön ratkaisutoiminnassa arvioitavaksi.<sup>20</sup> Tätä taustaa vasten ei ole nähdäkseni liioiteltua väittää, että rangaistavuuden rajat olivat rajoitetussa

hyödyn taikka näiden tilalle tulleen omaisuuden todellisen luonteen, alkuperän, sijainnin tai siihen kohdistuvat määräämistoimet tai oikeudet taikka avustaa toista tällaisessa peittämisessä tai häivyttämisessä”.

17. Itsepesusta voitiin tuomita rangaistus rajoitussäännöksen estämättä rikoslain 32 luvun 7 §:n (61/2003) törkeänä rahanpesuna silloin, kun rahanpesu muodosti tekojen jatkuvuus ja suunnitelmallisuus huomioon ottaen olennaisimman ja moitittavimman osan rikoskokonaisuudesta. Ks. tarkemmin itsepesun rangaistavuuden edellytyksistä rajoitetun itsepesukriminalisoinnin kohdalla HE 138/2011 vp, s. 5–7 ja 10–12; LaVM 2/2012 vp, s. 2; Hyttinen 2017, s. 349–354; Tapani 2018, s. 793; Hyttinen 2018, s. 282–287 ja Hyttinen 2021, s. 606–615.

18. Helsingin hovioikeus 29.5.2020 (R 19/7).

19. KKO 2020:98 (ään.).

20. Niissä tapauksissa, joissa itsepesun rangaistavuus on Suomessa tähän mennessä tiettävästi tullut arvioitavaksi, on ollut kyse erilaisista talousrikosjutuista, joilla ei ole ollut mainittavia kytköksiä kansainväliseen järjestäytyneeseen rikollisuuteen. Lain esitöissä esitettyjen tulkintakannanottojen voidaan perustellusti arvioida vaikuttaneen rajoittavasti itsepesuvastuun aktualisoitumiseen käytännön lainsoveltamisessa, vaikka esityölausumilla ei sinänsä olekaan lainsoveltajan kannalta sitovaa vaikutusta. Oikeuskäytännössä itsepesusta ei ole esimerkiksi tuomittu erillistä rangaistusta, sillä esirikoksen tekijä ja itsepesijä ovat olleet käytännössä samoja henkilöitä. Tällöin on katsottu, että kyse ei ole ollut lain esitöissä tarkoitettulla tavalla sellaisesta rahanpesusta edeltävän rikoksen vähäisestä avunantajasta, jonka tuomitseminen itsepesusta olisi ollut mahdollista. Lisäksi edellytys siitä, että itsepesun tulee olla tekokokonaisuuden olennaisin ja moitittavin osa ottaen huomioon tekojen jatkuvuus ja suunnitelmallisuus, on rajoittanut itsepesusta tuomitsemisen mahdollisuutta. Ks. itsepesua koskevat ratkaisut Helsingin kärjäoikeus 21.11.2018 (R 18/1410) ja samaa tapausta koskeva Helsingin hovioikeus 29.5.2020 (R 19/7); Oulun kärjäoikeus 15.3.2019 (R 18/2577) ja Etelä-Karjalan kärjäoikeus 14.8.2019 (R 19/686).

itsepesukriminalisoinnissa liian korkealla.<sup>21</sup> Tätä tulkintaa tukee myös kansainvälisen rahanpesun vastaisen työryhmän *The Financial Action Task Force*'n esittämät kannanotot, joista on pääteltävissä, että kansainvälisessä katsannossa Suomen itsepesukriminalisointia ei ole pidetty riittävänä.<sup>22</sup>

Entä miksi itsepesun kriminalisointi on Suomessa koettu niin haasteelliseksi ja mikä yhteys itsepesukriminalisoinnin ongelmallisuudella on kotimaiseen myötärangaistuja tekoja koskevaan oppiin? Suomessa rikoslain 32 luvun 11 §:n rajoitussäännöksen muutostarpeita on arvioinut tähän mennessä kolme eri työryhmää, joiden mietinnöissä on tukeuduttu osin eri suuntaisiin itsepesun rangaistavuutta puoltaviin tai vastaan puhuviin argumentteihin. Myös työryhmien mietintöjen lopputulemat poikkeavat toisistaan, sillä ensimmäinen vuonna 2010 mietintönsä antanut työryhmä päätyi kannattamaan itsepesun erillistä rankaisemattomuutta, kun taas toinen itsepesutyöryhmä oli vuonna 2011 julkaistussa mietinnössään itsepesun rajoitetun kriminalisoinnin kannalla. Sen sijaan kolmannen työryhmän vuonna 2019 julkaistussa mietinnössä puollettiin itsepesun kattavaa kriminalisointia.<sup>23</sup> Itsepesun kriminalisoimista vastaan puhui erityisesti ensimmäisen työryhmän mietinnössä se, että itsepesun rangaistavaksi säätämisen arvioitiin olevan kyseenalaista rikosoikeudellisten peruseriaatteiden kannalta.<sup>24</sup> Toisen itsepesutyöryhmän työskentelyssä annettiin sen sijaan enemmän painoarvoa myös tietyntyypisten rikoksentehtäville ja niihin liittyvien epäkohtien ilmenemiselle.<sup>25</sup> Viimeisimpänä toteutetun kattavan itsepesukriminalisoinnin kannalta merkityksellistä oli se, että rahanpesurikosdirektiivissä ilmaistu lisävahinkoedellytys mahdollisti tulkinnan siitä, ettei itsepesukrimina-

21. Ks. myös Hyttinen 2021, s. 106–107, jonka mukaan aikaisemmin voimassa ollut itsepesukriminalisointi ei mahdollistanut tehokasta puuttumista itsepesuna tehtyyn rahanpesuun.

22. Ks. tarkemmin FATF, Third Mutual Evaluation Report. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. Finland. 12 October 2007, s. 42–43, 81–82, 167–168 ja 173; FATF, 9th Follow-up Report. Mutual Evaluation of Finland. June 2013, s. 11 ja FATF, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – Finland. Mutual Evaluation Report. April 2019, s. 48–49 ja 154–157.

23. OM:n Mietintöjä ja lausuntoja 27/2010; OM: itsepesutyöryhmän muistio 31.5.2011 ja OM:n mietintöjä ja lausuntoja 2019:13.

24. Tässä katsannossa itsepesukriminalisoinnin ongelmallisuutta perusteltiin etenkin sillä näkökohdalla, että rahanpesun tunnusmerkistön toteuttava menettely voidaan ottaa huomioon riittävällä tavalla esirikoksesta tuomittaessa. Taustalla oli ajatus siitä, että taloudellista hyötyä tuottaneen rikoksen tekijä pyrkii joka tapauksessa hyödyntämään sanotulla rikoksella hankkimaansa rikoshyötyä, eikä esirikoksen tekijän tai siihen osallisen tuomitsemista tämänkaltaisesta rikoshyödyn nauttimiseen liittyvästä itsepesuna tehdystä rahanpesusta pidetty siten perusteltuna. Ks. tarkemmin OM:n Mietintöjä ja lausuntoja 27/2010, s. 40–53.

25. Näissä tilanteissa itsepesua koskevan moitteen ei katsottu tulevan riittävästi katetuksi esirikoksesta tuomittavalla rangaistuksella, mikä johti lopulta itsepesun kriminalisoimiseen rajoitetulla tavalla. Ks. tarkemmin OM: itsepesutyöryhmän muistio 31.5.2011, erityisesti s. 1–10. Toisaalta jo aikaisempikin työryhmä sinänsä tunnisti mainitut epäkohdat, vaikka itsepesua ei tuolloin vielä päädyttykään kriminalisoimaan, ks. OM:n mietintöjä ja lausuntoja 27/2010, s. 43–49.

lisoinnin ja myötärangaistuja tekoja koskevan opin välille muodostu ristiriitaa.<sup>26</sup> Tällä tavoin direktiivi voitiin panna kansallisesti täytäntöön sanotun opin kanssa yhteensovittavalla tavalla.

Tämä artikkeli jakautuu viiteen päälukuun, joista ensimmäinen luku on ai-  
hetta taustoittava johdanto. Toinen pääluku koskee jälkiteon rangaistavuuden  
tulkintakriteereiden rikostyyppikohtaisuutta itsepesukontekstissa. Kolmannessa  
ja neljännessä pääluvussa tarkastellaan lähemmin jälkiteon rangaistavuuden  
arviointikriteereitä itsepesukriminalisoinnin kannalta, joista ensin mainittu luku  
koskee säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeriä, kun taas jälkimmäinen luku  
koskee suojeluobjektien yhtenevyyttä, tunnusmerkistöjen osittaista yhtenevyyttä  
sekä vahinkojen laajuutta koskevia tulkintakriteereitä. Viidennessä pääluvussa  
esitetään johtopäätökset.

## 2. Lainkonkurrenssi ja jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteerien rikostyyppikohtaisuus itsepesukontekstissa

Itsepesun rangaistavuuden alaa rajoittaa rajoitussäännöksessä tarkoitettujen tun-  
nusmerkistökiteijöiden lisäksi myötärangaistuja tekoja koskeva oppi sekä siihen  
liittyvät jälkiteon rangaistavuuden arviointia koskevat tulkintakriteerit. Koska  
rahanpesurikosdirektiivillä ei puututtu lainkonkurrenssiopillisiin lähtökohtiin,  
esirikoksen ja itsepesun lainkonkurrenssisuhdetta on yksittäisissä tapauksissa  
mahdollista arvioida myös silloin, kun esirikokseen osallisen tekemä itsepesu-  
teko toteuttaa rahanpesun tunnusmerkistön, jonka syyksi lukeminen itsepesuna  
ei ole rajoitussäännöksen nojalla poissuljettu.<sup>27</sup> Tällaisessa tilanteessa on mahdol-  
lista tapauksesta riippuen päätyä siihen johtopäätökseen, että esirikos ja itsepesu  
ovat keskenään lainkonkurrenssissa, eikä itsepesusta ole tarpeen tuomita erillistä  
rangaistusta.

Myötärangaistuja tekoja koskevan opin keskiössä on ajatus siitä, että moitit-  
tavuudeltaan vähäisten ja muutoin yksinkertaisten esi- ja jälkitekojen käsittele-

26. Ks. LaVL 4/2017 vp, s. 3–5; LaVL 11/2017, s. 2–3; LaVM 13/2020 vp, s. 2–4 ja HE 183/2020 vp, s. 17–20.

27. LaVM 13/2020 vp, s. 4 ja HE 183/2020 vp, s. 43. Toisaalta voidaan pitää selvänä, että unionin oikeudella ja siten myös rahanpesurikosdirektiivin kriminalisointivelvoitteiden täytäntöön panemisella on välillisesti vaikutusta myös kansallisten konkurrenssikysymysten kannalta. Ks. myös Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 195–196 ja Hyttinen 2021, s. 58–59. Ks. unionin oikeuden vaikutuksesta rikostunnusmerkistöjen tulkintaan yleisemmin esim. Sakari Melander, EU ja talousrikosoikeus. Defensor Legis N:o 4/2012, s. 509–527; Pekka Koponen, Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä rikosasioissa I. Defensor Legis N:o 1/2019, s. 1–19 ja Pekka Koponen, Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä rikosasioissa II. Defensor Legis N:o 2/2019, s. 81–99.

minen päärikoksesta erillisinä tekoina ei ole tekijän kannalta kaikissa tilanteissa tarkoituksenmukaista tai kohtuullista. Tämänkaltaiset päätekoa säännönmukaisesti ja välttämättömästi seuraavat toimet voidaan siten tapauskohtaisesti jättää erikseen syyksi lukematta.<sup>28</sup> Lähtökohtana on, että pääteosta tuomittava rangaistus kattaa yleensä pääteon toteuttamisen jälkeen tehdyt jälkiteot, joissa on kyse pääteolla saadun rikoshyödyn piilottamisesta, käyttämisestä tai hallussa pitämisestä.<sup>29</sup> Näin on myös itsepesun kohdalla silloin, kun itsepesuteossa on kyse ensisijaisesti tekijän pyrkimyksestä pelkästään hyödyntää rahanpesua edeltävällä rikoksella hankittuja laittomia varoja. Tällaisesta tilanteesta saattaisi olla kyse esimerkiksi silloin, kun anastusrikoksen tekijä käyttää anastamaansa omaisuutta siten, että hänen menettelynsä seurauksena aiheutuu sanotun anastetun omaisuuden alkuperän peittyminen tai häivyttäminen. Tällöin anastusrikoksen tekijän erillinen rankaiseminen itsepesuna tehdystä rahanpesusta ei ole välttämättä perusteltua, sillä anastusrikoksessa jo tekijän lähtökohtaisena pyrkimyksenä on saada omaisuutta oikeudettomalla tavalla haltuunsa, jota tekijä saattaa sittemmin itsekin hyödyntää.

Kaikissa tilanteissa itsepesua koskevan moitittavuuden huomioimista pääteosta tuomittavan rangaistuksen yhteydessä ei voida kuitenkaan pitää näin yksiselitteisenä. Päätekojen tunnusmerkistöjen rangaistusasteikoissa on sinänsä huomioitu niihin säännönmukaisesti liittyviä esi- ja jälkitekoja, jotka tekijä tyyppillisesti toteuttaa joko ennen päätekoa tai vaihtoehtoisesti pääteon toteuttamisen jälkeen.<sup>30</sup> Rangaistuksen mittaamisharkinnassa myötärangaistuksilla teoilla ei kuitenkaan vaikuttaisi olevan mainittavaa rangaistusta korottavaa vaikutusta.<sup>31</sup> Tämä puhuu muiden seikkojen ohessa sen puolesta, että itsepesun ilmentämä lisävääryys ei tavanomaista moitittavammassa tapauksissa tule riittävällä tavalla huomioon otetuksi pelkästään rahanpesua edeltävästä rikoksesta tuomitsemalla.

Tulkintatukea esirikoksen ja itsepesun rikosoikeudellisen suhteen arviointiin voidaan hakea itsepesun kriminalisointiin velvoittaneen rahanpesurikosdirektiivin johdanto-osan 11 kohdassa ilmaistusta lisävahinkoa koskevasta edellytyksestä, jonka mukaan itsepesusta on mahdollista tuomita erillinen rangaistus niissä tilanteissa, joissa itsepesuteosta aiheutuu esirikokseen nähden erillistä vahinkoa. Lain esitöissä direktiivissä tarkoitettu lisävahinkoedellytys on ilmaistu

28. Ks. Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 579–580, jonka mukaan sanotulla opilla pyritään estämään yllirankaisemista.

29. Ks. myötärangaistujen jälkitekojen tyyppitapauksista esim. Nuutila 1997, s. 375; Sahavirta 2008, s. 278–279 ja 283; Tapani 2013, s. 262; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 582–583 ja Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 413–414.

30. Ks. myötärangaistujen tekojen merkityksestä pääteosta tuomitessa Ulväng 2013, s. 536–537; Tapani 2013, s. 261; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 580 ja Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 413–414.

31. Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 580. Ks. rangaistuksen korottamiseen liittyvää vaikutusta koskevasta kritiikistä OM:n mietintöjä ja lausuntoja 2019:13, s. 84–85 ja Hyttinen 2021, s. 605.

käänteisesti siten, että itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrenssisuhdetta arviotaessa on tarpeen kiinnittää huomiota siihen, voidaanko itsepesutunnusmerkistön toteuttavassa rahanpesuteossa katsoa olevan kyse jälkiteosta, joka ei aiheuta esirikosta suurempaa vahinkoa.<sup>32</sup> Se, mikä merkityssisältö sanotulle rahanpesurikosdirektiivissä ilmaistulle lisävahinkoa koskevalle edellytykselle käytännössä annetaan, ratkaistaan viime kädessä lainkonkurrenssisääntöjen perusteella.

Entä millä tulkintakriteereillä itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrenssisuhdetta voidaan tarkemmin ottaen arvioida? Tähän kysymykseen vastaaminen on syytä aloittaa jälkiteon rangaistavuuden arviointikriteerien lähemmästä tarkastelemisesta teoriatasolla. Jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteerit ovat jaoteltavissa neljään eri kriteeriin, joita voidaan kutsua säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeriksi, osittaisen yhtenevyyden kriteeriksi, suojeluobjektien yhtenevyyden kriteeriksi sekä vahinkojen laajuutta koskevaksi kriteeriksi. Ensin mainitun säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin merkityssisältö liittyy itsepesukontekstissa siihen, seuraako itsepesuteko päätekoa säännönmukaisesti tai lähes välttämättömästi. Osittaisen yhtenevyyden kriteerissä on kysymys puolestaan siitä, voidaanko pääteon tunnusmerkistön katsoa peittävän itsepesutunnusmerkistön kokonaan tai osittain. Suojeluobjektien yhtenevyyttä koskeva tulkintakriteeri koskee sen sijaan sitä, suojataanko pääteon ja itsepesun tunnusmerkistöillä samaa oikeushyvää. Vahinkojen laajuutta koskevassa kriteerissä kyse on puolestaan siitä, voidaanko pääteosta ja itsepesuteosta katsoa aiheutuvan samanlainen vahinko.<sup>33</sup> Koska rikoskonkurrenssista ei ole rikoslaissa erillistä säännöstä, mainitut tulkintakriteerit sekä niiden tarkempi merkityssisältö ovat muotoutuneet oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa esitettyjen kannanottojen perusteella.

Itsepesukriminalisointia koskevan lakivaliokunnan mietinnön mukaan esirikoksen ja itsepesun lainkonkurrenssiarvioinnissa on perusteltua noudattaa *vaikiintuneita* lainkonkurrenssioppeja.<sup>34</sup> Korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä tarkastelemalla voidaan havaita, että korkein oikeus on viimeaikaisessa ratkaisukäytännössään tukeutunut jälkiteon rangaistavuuden arvioinnissa kaikkiin edellä sanottuihin tulkintakriteereihin. Tämä on pääteltävissä ratkaisuista KKO 2011:35 (ään.) ja KKO 2015:88, joiden perusteluissa merkitystä on annettu yhtäältä rikossäännösten taustalla oleville suojeluobjekteille ja suojattaville arvoille sekä toisaalta tunnusmerkistöjen päällekkäisyydelle, vahinkojen kohdentumiselle sekä jälkiteon ja sitä edeltävän rikoksen säännönmukaiselle ja kiinteälle yhteydelle.<sup>35</sup>

32. Ks. HE 183/2020 vp, s. 43.

33. Ks. myötärangaistujen tekojen tulkintakriteereistä Lahti 1968, s. 709–737; Sahavirta 2008, s. 283–290; Tapani 2013, s. 262–263; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 580–581 sekä itsepesukontekstissa Hyttinen 2021, s. 637.

34. LaVM 13/2020 vp, s. 4. Ks. kuitenkin myös HE 183/2020 vp, s. 43–44.

35. KKO 2011:35 (ään.), kohdat 19–23 ja KKO 2015:88, kohdat 14–17. Ks. myös Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 588–589.

Tätä taustaa vasten huomionarvoista on se, että itsepesun rangaistavuuden alan laajentamista koskevissa lainvalmisteluasiakirjoissa on muissa yhteyksissä painotettu ainoastaan säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin keskeistä merkitystä itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrenssi-arvioinnissa. Tämä käy ilmi myös säännöskohtaisista perusteluista, joiden mukaan itsepesun lainkonkurrenssi-arvioinnissa keskeistä olisi yleensä se, voidaanko menettelyssä katsoa olevan kyse esirikokseen kiinteästi liittyvästä tai säännönmukaisesta keinosta esirikoksella saadun omaisuuden hyödyntämisen turvaamiseksi.<sup>36</sup> Samansuuntaisesti myös lain esitöissä esitetyt esimerkkitalanteet<sup>37</sup> itsepesun ja esirikoksen rikosoikeudellisen suhteen arvioimisesta rakentuvat säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerillä operoimisen varaan.

Tässä katsannossa merkillepantavaa on yhtä lailla myös se, että lain esitöissä ei ole otettu lähemmin kantaa muiden jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteerien soveltamiseen, jotka lähtökohtaisesti puoltaisivat säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeristä poiketen laajempaa itsepesun rangaistavuuden alaa.<sup>38</sup> Lakivaliokunnan mietinnössä ja lain esitöissä esitetyt keskenään josain määrin ristiriitaiset tulkintakannanotot siitä, että itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrenssi-arvioinnissa noudatetaan yhtäältä vakiintuneita konkurrenssiopillisia näkemyksiä sekä toisaalta kuitenkin annetaan samanaikaisesti olennaisesti painoarvoa säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin edellyttämällä tavalla esirikoksen ja itsepesun kiinteälle yhteydelle, eivät ole nähdäkseni linjassa korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön kanssa. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä on pikemminkin sanottujen itsepesun ja esirikoksen välistä lainkonkurrenssi-arviointia koskevien tulkintaohjeiden vastaisesti pääteltävissä, että jälkiteon rangaistavuuden arvioinnissa merkitystä tulee antaa samanarvoisesti myös muille tulkintakriteereille.<sup>39</sup>

Herää kysymys, onko lainsäätäjä pyrkinyt korostamaan ainoastaan niitä seikkoja, jotka puhuvat itsepesun erillistä rankaisemista vastaan tai muutoin puoltavat itsepesun rangaistavuuden alan säilyttämistä mahdollisimman kapea-alaisena.<sup>40</sup> Lainsäätäjän esittämät tulkintakannanotot itsepesun ja esirikoksen välisen

36. HE 183/2020 vp, s. 43–44.

37. Ks. tarkemmin HE 183/2020 vp, s. 43–44. Ks. lisäksi OM:n mietintöjä ja lausuntoja 2019:13, s. 61–62.

38. Näin myös Hyttinen 2021, s. 639.

39. Samansuuntaisesti Hyttinen 2021, s. 635–639.

40. Ks. esim. OM:n mietintöjä ja lausuntoja 2019:13, s. 61, jossa säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin merkityksen korostaminen esirikoksen ja itsepesun lainkonkurrenssi-arvioinnissa sekä niitä koskevissa tulkintasuosituksissa sai aikaan myös varsin ongelmallisia piirteitä. Sanotussa rahanpesurikosdirektiivin täytäntöönpanoa koskevan työryhmän mietinnössä itsepesun rangaistavuuden ulkopuolelle olisi rajattu muun ohessa teot, joissa rikoksella saatua omaisuutta myydään edelleen peittämistä tai häivyttämistarkoituksessa. Tällöin kyse olisi työryhmän mietinnön mukaan ollut tyyppillisestä jälkiteosta, jota koskeva moite sisältyy jo esirikoksen rangaistukseen. Tämänkaltaisen tulkintaohje olisi ollut direktiivissä asetettu kriminalisointivelvoite



rikosoikeudellisen suhteen arvioimisesta ovat osittain kritiikille alttiita myös siitä syystä, että korkein oikeus on lainkonkurrenssitilanteita arvioidessaan korostanut nimenomaan rikossäännösten suojeluobjektien ratkaisevaa merkitystä lainkonkurrenssiarvioinnissa. Tämän argumentin tueksi voidaan viitata ratkaisuun KKO 2015:88, jossa korkein oikeus linjasi, että jälkiteon rangaistavuuden arvioinnissa *painavin* merkitys tuli antaa sille näkökohdalle, että kirjanpitorikoksella on eri suojeluobjekti kuin petoksella, eikä kirjanpitorikoksella tehty oikeudenloukkaus tullut siten riittävästi huomioon otetuksi petosrikoksen yhteydessä. Samansuuntaisesti ratkaisussa KKO 2011:35 (ään.) korkein oikeus totesi, että tapauksen olosuhteissa veropetossäännöstöllä suojattavat arvot eivät olisi saaneet niille kokonaisuudessaan kuuluvaa asemaa, jos tekojen rikosnimikkeistä ei olisi käynyt ilmi, että kyseessä olevat rikolliset järjestelyt kohdistuivat myös verotuksessa suojeltaviin arvoihin. Tulkintakriteerien keskinäisen painotuksen kannalta suojeluobjektien yhtenevyyttä koskevalla kriteerillä näyttäisi siten olevan viime kädessä ratkaisevin merkitys lainkonkurrenssiarvioinnissa, eikä säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin voida ainakaan korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön perusteella tulkita sivuuttavan muita jälkiteon rangaistavuuden arviointikriteereitä tai saavan niitä enemmän painoarvoa lainkonkurrenssiarvioinnissa.

Säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeri saattaa olla myös melko tulkinanvarainen arviointikriteeri. *Sahavirta* on perustellusti todennut, että säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeri ei välttämättä yksistään riitä erottelemaan rangaistusarvoltaan rikosoikeudellisesti merkityksellisiä ja merkityksettömiä tekoja toisistaan, sillä rahanpesua edeltäviin rikoksiin saattaa sisältyä myös tekoja, joiden moitittavuus ei edellytä rangaistusta.<sup>41</sup> Tämänkaltainen säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin epämääräisyys ilmenee nähdäkseni ratkaisusta KKO 2004:122, jossa tekijä tuomittiin anastusrikoksen lisäksi lievistä veropetoksesta. Sanotussa tapauksessa tekijä oli anastanut polttoöljyä ja *käyttänyt* sitä ajoneuvossa polttoaineena dieselöljyn sijasta siten, että hän oli jättänyt tekemättä polttoöljystä siitä laissa säädetyn ilmoituksen ajoneuvohallintokeskukselle. Säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin perusteella anastetun polttoaineen hyödyntämisen itsessään olisi voitu perustellusti tulkita olevan tapauksen olosuhteissa myötärangaistusta jälkiteko. Ratkaisun perusteluissa annettiin kuitenkin lainkonkurrenssia vastaan puhuvina seikkoina painoarvoa yhtä lailla myös laissa säädetyn ilmoituksen tekemättä jättämiselle, varkauden ja veropetoksen tunnusmerkistöjen puuttuvalle päällekkäisyydelle sekä mainittujen rikostunnusmerkis-

huomioon ottaen kuitenkin varsin ongelmallinen, sillä omaisuuden myyminen on yksi muuntamisen – jonka itsepesuna kriminalisoimiseen direktiivi nimenomaisesti velvoitti – konkreettisista toteuttamistavoista. Ks. myös *Sahavirran* jättämä erivä mielipide rahanpesudirektiivin täytäntöönpanoa koskevan työryhmän mietintöön OM:n mietintöjä ja lausuntoja 2019:13, s. 82–88 ja erityisesti lainkonkurrenssia koskevilta osin s. 83–85.

41. OM:n mietintöjä ja lausuntoja 2019:13, s. 84. Ks. myös Lahti 1968, s. 734 ja *Sahavirta* 2008, s. 282.



töjen suojeleobjektien eroavaisuuksille, eikä veropetoksen siten katsottu olevan anastusrikoksen myötärangaistua jälkiteko.

Säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin erityistä merkitystä painottavista tulkintaohjeista heijastuu nähdäkseni välillisesti lainsäätäjän edelleen jossain määrin varauksellinen suhtautuminen itsepesun rangaistusvastuun laajentamiseen. Lainvalmisteluasiakirjojen tulkintakannanottoja lähemmin tarkasteltaessa vaikuttaa siltä, että niissä on pyritty ikään kuin konstruoimaan korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä poikkeavat jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteerit itsepesun ja sitä edeltävän rikoksen lainkonkurrenssisuhteen arvioimista varten.<sup>42</sup> *Hyttisen* kantaan siitä, että itsepesumyötärangaistusoppi on sisäänkirjoitettu lain esitöihin, vaikka ajatusta rikostyyppikohtaisesta myötärangaistuspista ei olekaan selkeästi julkilausuttu lain esitöissä esitetyissä kannanotoissa<sup>43</sup>, on siten helppo yhtyä.

Rikostyyppikohtaisten tulkintakriteerien luomista ilmentää nähdäkseni myös esitöissä oleva viittaus siihen, että esimerkiksi järjestäytyneen rikollisryhmän toiminnassa yleisiksi tai tavanomaisiksi luokiteltavat monimutkaiset rahanpesutoimet eivät automaattisesti merkitse sitä, että ne eivät voisi tulla itsepesuna erikseen tuomittaviksi.<sup>44</sup> Tästä on pääteltävissä, että eriytetyt tulkintakriteerit on pyritty luomaan erityisesti järjestäytyneeseen rikollisuuteen liittyviä tapauksia varten lausumalla ikään kuin poikkeus säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin soveltamista koskevaan itsepesun rangaistusvastuuta lähtökohtaisesti rajoittavaan tulkintaohjeeseen. Tällä tavoin on oletettavasti pyritty välttämään sellaista lainkonkurrenssitulkintaa, jossa itsepesun rangaistusvastuu eliminoiduiksi säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin soveltamisen nojalla tilanteessa, jossa kysymys on tietäntyyppiseen organisoituneeseen rikolliseen toimintaan säännönmukaisesti liittyvistä toimista, joihin kuitenkin sisältyy itsenäinen moittavuuselementti.

Voidaan aiheellisesti kysyä, onko rikostyyppikohtaisten jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteereiden luominen perusteltua ratkaisukäytännön ennakoitavuuden näkökulmasta. Konkurrenssitilanteiden ratkaisukriteerit ovat sinänsä lähtökohtaisesti olleet varsin tunnusmerkistökohtaisia, sillä tulkintakriteereille on annettu eri tunnusmerkistöjen kohdalla vaihtelevasti merkitystä.<sup>45</sup> Tätä taustaa vasten ei ole poikkeuksellista, että itsepesun kohdalla juuri säännönmukaisen

42. Samansuuntaisesti myös Hyttinen 2021, s. 636–639.

43. Ks. Hyttinen 2021, s. 638–639.

44. Ks. tarkemmin HE 183/2020 vp, s. 44.

45. Ks. jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteerien painotuksista muiden rikostyyppien kohdalla esim. Tapani 2013, s. 263–272; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 581–589; Pekka Koponen, Yksi vai useita rikoksia – rikosten yhtymisestä. Defensor Legis N:o 4/2015, s. 609–625, 620–625 ja Reima Kukkonen, Velallisen rikokset ja rikoskonkurrenssi osa II. Analyysi velallisen epärehellisyyden ja velallisen petoksen tunnusmerkistöistä rikoskonkurrenssin näkökulmasta. Defensor Legis N:o 1/2015, s. 19–37, 25–35.

sisältyvyyden kriteeri saisi erilaisen painoarvon kuin jossakin toisessa rikostunnusmerkistössä. Säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin erityisen painoarvon tueksi itsepesukontekstissa on jäljempänä lähemmin ilmenevällä tavalla esitettävissä myös argumentteja, joiden perusteella mainitun kriteerin painottamista voidaan pitää perusteltuna.

Toisaalta tämänkaltaista tulkintakriteerien painoarvon vaihtelemista tunnusmerkistökohtaisesti ei voida pitää kuitenkaan kaikilta osin täysin ongelmattomana. Vasta-argumenttina tietoisesti eriyttämisen ja rikostyyppikohtaisten arviointikriteerien konstruomispyrkimyksille voidaan esittää, että ratkaisukäytännön ennakoitavuus edellyttäisi pikemminkin kaikille rikostyypeille yhtenäisiä tulkintakriteereitä.<sup>46</sup> Tämän puolesta puhuu ennen kaikkea se, että erilaiset arviointikriteerien painotukset kunkin rikostyyppin kohdalla vaikeuttavat olennaisella tavalla tulkintakäytännön hahmottamista, eivätkä ne siten edistä yhtenäisen ratkaisukäytännön toteutumista.

### 3. Säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeri itsepesun lainkonkurrenssi-arvioinnissa

Säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeri puoltaa muista jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteereistä poiketen useammin itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrenssin käsillä oloa. Mainitun tulkintakriteerin voidaan katsoa johtavan lähtökohtaisesti osittain erilaiseen lainkonkurrenssitulkiintaan tarkoitusta korostavan itsepesun sekä seurausta edellyttävän itsepesun tilanteissa.

46. Samansuuntaisesti Tapani 2012, s. 238–239 ja Tapani 2013, s. 275–276. Ks. myös Hyttinen 2021, s. 63. Ks. eriytymiskehityksestä yleisemmin esim. Klaus Tiedemann, *Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts*, s. 280–289 teoksessa Raimo Lahti – Kimmo Nuotio (toim.), *Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives*. Finnish Lawyers' Publishing Company 1992; Kaisa Mäkelä, *Talouselämän rikokset, rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Empiirinen ja rikosoikeusteoreettinen tutkimus rauenneista konkurssista*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001, s. 99–102 ja 238–239; Kimmo Nuotio, *Lainsäätäjä rikosoikeuden yleisten oppien parissa*, s. 243–269 teoksessa Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä (toim.), *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII*. Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 264–266; Kimmo Nuotio, *Oikeuslähteet ja yleiset opit*. Lakimies 7–8/2004, s. 1267–1291, 1290–1291; Jussi Tapani, *Petos liikesuhteessa*. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 91–102; Elina Pirjatanniemi, *Vihertyvä rikosoikeus. Ympäristökriminalisointien oikeutus, mahdollisuudet ja rajat*. Edita 2005, s. 109–113 ja Raimo Lahti, *Talousrikosoikeuden yleisistä opeista* teoksessa, s. 3–28 teoksessa Raimo Lahti – Pekka Koponen (toim.), *Talousrikokset*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007, s. 20–24.

Entä miten säännönmukaisen sisältyvyyden tulkintakriteeri tarkemmin ottaen vaikuttaa itsepesun ja esirikoksen rikosoikeudellisen suhteen arviointiin? Säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin täyttymättä jäämistä puoltaa tarkoitusta korostavan itsepesun kohdalla se, että tunnusmerkistössä tarkoitettut toteuttamistavat edellyttävät esirikokseen osalliselta rikoshyödyn laillistamiseen liittyvää rikosentekopäätöstä, jonka voidaan perustellusti katsoa poikkeavan rahanpesua edeltävää rikosta koskevasta motivaatiotilasta. Kysymys on siitä, että esirikokseen osallinen ei pyri mainitunlaisia rahanpesutoimia tehdessään ainoastaan salaamaan rahanpesua edeltävää rikosta turvatakseen esirikoksella saadun rikoshyödyn hyödyntämistä, vaan hänellä on samanaikaisesti aktiivinen pyrkimys näennäisesti laillistaa esirikoksella saadut laittomat varat.<sup>47</sup> Näissä tilanteissa itsepesuteon moitittavuus on kiinteästi sidoksissa tekijän erityisen tarkoituksen olemassaoloon, joka ilmentää muiden seikkojen ohessa itsepesun sisältämää esirikoksesta erillistä moitittavuusaspektia.<sup>48</sup> Vastaavanlaista tarkoitustunnusmerkkiä, joka liittyisi nimenomaan rikoksella saadun hyödyn tai omaisuuden peittämiseen tai häivyttämiseen sekä esirikoksen tekijän avustamiseen, ei sisälly muihin rikostunnusmerkistöihin. Tämä näkökohta puhuu sen puolesta, että esirikoksesta tuomittava rangaistus ei kata tämänkaltaisten tekojen aiheuttamaa vääryyttä, vaan itsepesusta on perusteltua tuomita esirikoksen lisäksi erillinen rangaistus.

Toisaalta säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin täyttymistä vastaan puhuu tarkoitusta korostavan itsepesun tilanteissa sekin, että muuntaminen ja siirtäminen eivät ole tyypillisiä esirikosten tunnusmerkistöjen toteuttamistapoja. Kyse on sen sijaan esirikoksesta olennaisella tavalla poikkeavasta aktiivisesta rikoshyödyn peittämiseen ja häivyttämiseen liittyvästä menettelystä, joista ensin mainitussa ryhtymistekotavassa rikoksella saatua hyötyä tai omaisuutta muunnetaan toiseen muotoon tai toisen laatuiseksi, kun taas jälkimmäisessä ryhtymistekotavassa rikoshyötyä siirretään muuttumattomassa olomuodossa joko toiseen olinpaikkaan tai henkilöltä toiselle.<sup>49</sup> Myös seurausta edellyttävän itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrenssisuhdetta on perusteltua arvioida vastaa-

47. Näin myös Sahavirta 2008, s. 283 ja 291, jonka mukaan rahanpesu ei liity yleensä välittömästi rikoksella saadun omaisuuden käyttämiseen esirikoksen jälkeen, vaan kyse on sen sijaan omaisuuden statuksen todellisesta tai näennäisestä muuttamisesta.

48. Ks. HE 183/2020 vp, s. 42–43 ja OM:n Mietintöjä ja lausuntoja 2019:13, s. 60–61. Ks. lisäksi Hyttinen 2021, s. 300. Ks. tarkoitustunnusmerkistötekijöiden merkityssisällöstä tarkemmin Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain täydentämisestä huumausainerikoksia koskevilla säännöksillä 180/1992 vp, s. 17–18; HE 285/2010 vp, s. 6–8; Sahavirta 2008, s. 168–169 ja Hyttinen 2021, s. 319–338.

49. Ks. muuntamista ja siirtämistä koskevista ryhtymistekotavoista tarkemmin Sanna Heikinheimo, Rahanpesu: Erityisesti kriminalisoinnin ja konfiskaation näkökulmasta. Poliisiammattikorkeakoulu 1999, s. 122; Sahavirta 2008, s. 157–158 ja Hyttinen 2021, s. 288–293 ja 297–302. Ks. myös HE 180/1992 vp, s. 17–18 ja Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden rikoslain talousrikossäännösten ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi 53/2002 vp, s. 36–37.

valla tavalla silloin, kun kyse on rikoksella saadun omaisuuden tai rikoshyödyn muuntamisesta tai siirtämisestä, joissa esirikokseen osallisen rahanpesutoimien seurauksena aiheutuu rikoshyötyominaisuuksien peittyminen tai häivytyminen. Vaikka itsepesijä ei toimi tällöin laissa ilmaistussa tarkoituksessa, muuntamista ja siirtämistä voidaan kuitenkin ryhtymistekotapoina pitää edellä todetulla tavalla esirikoksesta poikkeavana toimintana, joista aiheutuu rahanpesua edeltävään rikokseen verrattuna erilainen oikeudenloukkaus. Mainitunlaisissa tilanteissa voidaan perustellusti lähteä siitä, että esirikos ja seurausta edellyttävä itsepesu eivät ole keskenään lainkonkurrenssissa.

Tämänkaltaista lainkonkurrenssitulkintaa tukee sekin, että korkein oikeus on ratkaisukäytännössään antanut painoarvoa säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin täyttymättä jäämisen kannalta sille näkökohdalle, että pää- ja jälkitekosten tunnusmerkistöillä oli yleisesti ottaen toisistaan poikkeavat toteutustavat. Tämä käy ilmi ratkaisusta KKO 2004:122, jossa korkein oikeus totesi, että veropetoksen tunnusmerkistön toteuttava teko, jossa anastetusta polttoöljystä oli jätetty tekemättä siitä laissa säädetty ilmoitus, ei ollut luokiteltavissa sellaiseksi anastetun omaisuuden säännönmukaiseksi hyödyntämistavaksi, että sitä olisi ollut perusteltua pitää myötärangaistuna jälkitekona. Vastaavalla tavalla ratkaisussa KKO 2011:35 (ään.) korkein oikeus katsoi, että velallisen epärehellisyysrikoksiin syylistytään veropetoksista poiketen usein teoilla, joilla saatu tulo ilmoitetaan avoimesti verotuksessa. Veropetoksen tunnusmerkistön toteuttavaa tekoa ei tullut siten pitää myötärangaistavuuden edellyttämällä tavalla velallisen epärehellisyysrikokseen liittyvänä hyödyn hyödyntämistapana. Samansuuntaisesti ratkaisussa KKO 2015:88 painoarvoa annettiin sille, että kirjanpitorikoksen tunnusmerkistön toteuttava teko ei säännönmukaisesti liity petokseen, sillä petosrikos on mahdollista toteuttaa lukuisilla eri tavoilla myös silloin, kun se tehdään yhtiön harjoittamassa liiketoiminnassa.

Seurausta edellyttävän itsepesun ja sitä edeltävän rikoksen lainkonkurrenssille on kuitenkin selvemmin esitettävissä myös lainkonkurrenssin puolesta puhuvia argumentteja silloin, kun niiden rikosoikeudellista suhdetta arvioidaan säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin perusteella. Huomionarvoista on, että seurausta edellyttävästä itsepesusta saattaa olla avoimen tekotapatunnusmerkin vuoksi kyse silloinkin, kun itsepesijä ainoastaan vastaanottaa, pitää hallussaan tai käyttää rahanpesua edeltävällä rikoksella hankittua rikoshyötyä rikoslain 32 luvun 6 §:n 1 momentin 2 kohdassa tarkoitettulla tavalla. Tässä katsannossa säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin keskeisen merkityksen korostamista itsepesun lainkonkurrenssiarviointissa voidaan tulkita myös siten, että lainsäätäjän tarkoitus on ollut tällä tavoin painottaa sitä, että itsepesusta ei tule tuomita erillistä rangaistusta kaikissa tilanteissa, vaan itsepesuvastuun on tarkoitus aktualisoitua ainoastaan poikkeuksellisesti. Tätä tukee sekin, että lain esitöistä ilmenevällä tavalla itsepesun rangaistavuuden ulkopuolelle on perusteltua rajata teot, jotka ovat ikään kuin vähimmäisedellytyksiä omasta taloudellisesta hyötyä

tuottaneesta rikoksesta hyötymiselle.<sup>50</sup> Näin saattaisi olla esimerkiksi silloin, kun itsepesijä ainoastaan maksaa esirikoksella saaduilla käteisvaroilla ostoksia ilman peittämiseen tai häivyttämiseen liittyvää järjestelyä tai vaihtoehtoisesti ottaa vastaan tai säilyttää esirikoksella hankkimiaan laittomia varoja pankkitilillään.<sup>51</sup> Tällaisissa tilanteissa itsepesuna tehdystä rahanpesusta tuomitseminen saattaisi merkitä ikään kuin ylimääräistä rangaistusta.

Seurausta edellyttävän itsepesun kohdalla sanottua tulkintaohjetta voidaan pitää perusteltuna ottaen huomioon se, että seurausta edellyttävä itsepesu voi käytännössä rajoitussäännöksen sanamuodon perusteella tulla yhtä laajasti rangaistavaksi kuin tavallinen seurausta edellyttävä rahanpesu. Ilman säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin merkityksen korostamista rangaistusvastuu saattaisi seurausta edellyttävän itsepesun kohdalla muodostua joissakin tilanteissa perusteettoman laajaksi, sillä itsepesuvastuuta ei ole rajoitussäännöksessä rajattu mainitun tekemuodon kohdalla kaikista moitittavimpiin ryhtymistekotapoihin.<sup>52</sup> Tarkoitusta korostavan itsepesun tilanteissa vastaavanlaista rangaistavuuden alan tarpeettomaan laajentumiseen liittyvää ongelmaa ei lähtökohtaisesti ole, sillä tarkoitusta korostavan itsepesun kohdalla itsepesun rangaistusvastuuta rajaa jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteerien lisäksi myös laissa säädetty lainkonkurrensitulkitta ohjaava ratkaisu. Tarkoitusta korostavan itsepesun rangaistavuuden alan ulkopuolelle on siten jo lähtökohtaisesti jätetty tavallisesta tarkoitusta korostavan rahanpesun tunnusmerkistöstä poiketen ryhtymistekotavat, joissa on kyse rikoshyödyn vastaanottamisesta, käyttämisestä, luovuttamisesta, välittämisestä ja hallussa pitämisestä. Sanotun sääntelyratkaisun vuoksi tarkoitusta korostavan itsepesun rangaistavuuden alan piiriin eivät kuulu myöskään rahanpesuteot, joissa on kyse omaisuuden siirtämisestä tai muuntamisesta pelkässä hyötymistarkoituksessa.

Seurausta edellyttävän itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrenssin puolesta puhuu se, että rikoksen tuottaman hyödyn vastaanottamisessa, hallussa pitämisessä sekä käyttämisessä rikoslain 32 luvun 6 §:n 1 momentin 2 kohdassa tarkoitettulla tavalla on kyse toimista, joiden voidaan perustellusti katsoa seuraavan päätekoa säännönmukaisesti ja lähes välttämättömästi.<sup>53</sup> Tämänkaltaiset teot eivät siis varsinaisesti aiheuta sellaista uutta vääryyttä, joka ei jo sisältyisi rahanpesua edeltävän rikoksen tunnusmerkistöön. Tässä yhteydessä voidaan kiinnittää huomiota myös siihen, että rikostunnusmerkistöt kattavat jo lähtökohtaisesti jonkinasteista peittämistä, vaikka tällaisia peittämiseen ja häivyttämiseen viittaavia toteuttamistapoja ei olekaan nimenomaisesti mainittu niiden

50. Ks. HE 183/2020 vp, s. 43–44.

51. Ks. tarkemmin HE 183/2020 vp, s. 43–44.

52. Ks. seurausta edellyttävän itsepesun rangaistavuuden alan laajuudesta ja sen ongelmallisuudesta myös Hyttinen 2021, s. 632–634.

53. Ks. myös Sahavirta 2008, s. 291–292.

tunnusmerkistöissä.<sup>54</sup> Koska peittymis- ja häivyttymisseurauksen käsillä olo ei ole seurausta edellyttävässä itsepesussa käytännössä kovin korkealla<sup>55</sup>, voidaan perustellusti lähteä siitä, että seurausta edellyttävä itsepesu ei aiheuta kaikissa tilanteissa esirikokseen nähden erillistä vahinkoa. Käytännön lainsoveltamisessa on siten tarpeen kiinnittää huomiota myös siihen, onko käsillä olevassa menettelyssä kyse varsinaisen rahanpesemisen sijaan pikemminkin rikoshyödyn hyödyntämisen turvaamisesta. Tämä puhuu lähtökohtaisesti itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrensia vastaan.

Tässä katsannossa merkityksellistä on myös se, että seurausta edellyttävän itsepesun tunnusmerkistössä tarkoitetut peittäminen ja häivyttäminen eivät tarkoitusta korostavan itsepesun tunnusmerkistöstä poiketen rajoitu ainoastaan aktiiviseen toimintaan. Seurausta edellyttävän itsepesun tunnusmerkistön täyttyminen ei käytännössä edellytä sitä, että tekijä olisi ylipäätään ryhtynyt rikoksella saatuun omaisuuteen. Tunnusmerkistö saattaa toteutua myös niissä tilanteissa, joissa tekijä antaa esimerkiksi vääriä tietoja verbaalisesti, tahallisesti laiminlyö laissa säädetyn ilmoitusvelvollisuuden tai väärentää erilaisia asiakirjoja siten, että omaisuuden alkuperä peittyy tai häivytyy.<sup>56</sup> Tätä taustaa vasten merkityksellistä on se, että korkein oikeus on antanut jälkiteon rangaistavuuden arvioinnissa painoarvoa myös sille näkökohdalle, kuinka aktiivista tekijän pääteon jälkeen suorittama rikollinen toiminta on ollut. Tälle tulkinnalle voidaan hakea lisätukea ratkaisusta KKO 2008:37 (ään.), jossa säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin täyttymättä jäämisen puolesta puhui perusteluista ilmenevällä tavalla se, että syytetyt eivät olleet antaneet itse vääriä tietoja verottajalle veropetoksen tunnusmerkistön toteuttavalla tavalla, vaan sanottu tieto oli välittynyt veroviranomaiselle säännönmukaisesti päätekon olleen petosrikoksen tekotavan ja arvonlisäverojärjestelmän vuoksi. Veropetoksen tunnusmerkistö oli puheena olevassa tapauksessa toteutunut siis ilman syytettyinä olleiden tahojen suorittamia erillisiä täytäntöönpanotoimia. Korkein oikeus päätyi lainkonkurrensiarvioinnissa siihen, että veropetos oli petosrikokseen säännönmukaisesti liittyvä jälkiteko, josta ei ollut perusteltua tuomita erillistä rangaistusta.

Säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeri vaikuttaisi rajaavan edellä mainituilla perusteilla itsepesun rangaistavuuden ulkopuolelle rahanpesuteot, joissa

54. Ks. esim. KKO 1980 II 124, jossa anastusteolla hankitun auton ilmoittamatta jättämisen tulliselvityksessä katsottiin sisältyvän varkauteen, eikä veropetoksesta ollut siten perusteltua tuomita erillistä rangaistusta. Sanotussa tapauksessa tekijä oli anastanut Ruotsista auton, jonka hän aikoi myydä Suomessa. Samansuuntaisesti ratkaisussa KKO 1978 II 135 tekijä tuomittiin vahingonteon sijasta rangaistukseen ainoastaan taposta, kun hän oli uhrin tappamisen jälkeen polttanut ja hävittänyt tämän asiakirjat. Mainitussa tapauksessa asiakirjat oli hävitetty uhrin tunnistamisen vaikeuttamista varten.

55. Hyttinen 2021, s. 342 ja 363–364. Ks. peittymisestä ja häivyttymisestä tunnusmerkistötekijänä tarkemmin Sahavirta 2008, s. 178–187 ja Hyttinen 2021, s. 345–382. Ks. myös HE 180/1992 vp, s. 17–19 ja HE 53/2002 vp, s. 37.

56. Ks. tarkemmin Sahavirta 2008, s. 177 ja Hyttinen 2021, s. 343–344.

ei ole kyse aktiivisista rahanpesutoimista. Tämänkaltainen tulkinta, jossa itsepesun rangaistavuuden ulkopuolelle jätetään muut kuin aktiiviset peittämiseen ja häivyttämiseen tähtäävät rahanpesutoimet, vaikuttaisi toisaalta olevan myös lainsäätäjän tahdon mukainen. Tätä tulkintaa tukee sekin, että lain esitöissä on todettu, että rangaistavasta itsepesusta saattaa olla kyse esimerkiksi silloin, kun varoja häivytetään erityisten pankkitilien kautta tai varoja sijoitetaan peittämisen- tai häivyttämistarkoituksessa yhtiöihin, joilla ei ole aitoa liiketoimintaa. Samansuuntaisesti itsepesusta saattaa olla mahdollista tuomita erillinen rangaistus myös niissä tilanteissa, kun rikoksella saatua omaisuutta on siirretty toisen nimiin vastikkeetta peittämällä tällä tavoin siihen kohdistuva omistusoikeus.<sup>57</sup> Mainituista tulkintakannanotoista on siten välillisesti pääteltävissä, että itsepesun erillinen rangaistavuus on haluttu liittää erilaisiin peittämistä ja häivyttämistä ilmentäviin rahanpesutoimiin.<sup>58</sup> Tälle argumentille voidaan hakea lisätukea myös esityölausumasta, jonka mukaan itsepesu ei ole myötärangaistu jälkiteko niissäkään tilanteissa, joissa itsepesuna tehty rahanpesu muodostaa tekokokonaisuuden olennaisimman ja moitittavimman osuuden ottaen huomioon tekojen *jatkuvuus* ja *suunnitelmallisuus*.<sup>59</sup> Myös tämä viittaa siihen näkökohtaan, että itsepesun itsenäinen moitittavuus on sidoksissa nimenomaan aktiiviseen rahanpesemiseen.

Vastaavalla tavalla ryhtymistekotavoiltaan passiivisemmat rahanpesuteot näyttäisivät jäävän itsepesun rangaistavuuden ulkopuolelle. Tätä ilmentää se, että itsepesusta ei tuomittaisi lain esitöistä ilmenevällä tavalla erillistä rangaistusta esimerkiksi silloin, kun petokseen osallinen ainoastaan vastaanottaa asianomistajalta rikoshyötyä pankkitililleen.<sup>60</sup> Tässä katsannossa direktiivissä tarkoitettun lisävahingon aiheutuminen vaikuttaisi olevan rinnastettavissa siis esirikokseen osallisen erilaisiin rahanpesua edeltävällä rikoksella hankkimaansa omaisuuteen tai rikoshyötyyn kohdistamiin peittämisen- tai häivyttämisenjärjestelyihin. Tällä perusteella esirikoksesta erillistä vahinkoa ei ole siten perusteltua tulkita aiheutuvan niissä tilanteissa, joissa itsepesutunnusmerkistön toteuttavassa menettelyssä on kyse passiivisista ryhtymistekotapatyypeistä.

57. Ks. tarkemmin lain esitöissä esitetyistä itsepesun rangaistavuuden esimerkkitalanteista HE 183/2020 vp, s. 44.

58. Näin myös Hyttinen 2021, s. 638–640.

59. HE 183/2020 vp, s. 44 ja OM:n mietintöjä ja lausuntoja 2019:13, s. 61–62. Ks. tarkemmin mainituista tunnusmerkistökiteistä HE 138/2011 vp, s. 10–12 ja LaVM 2/2012 vp, s. 2.

60. Ks. HE 183/2020 vp, s. 44.

#### 4. Suojeluobjektien yhtenevyys, tunnusmerkistöjen osittainen yhtenevyys ja vahinkojen laajuus itsepesukontekstissa

Esirikoksen ja itsepesun lainkonkurrensille on esitettävissä useita vasta-argumentteja silloin, kun niiden rikosoikeudellista suhdetta arvioidaan säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin lisäksi myös muiden jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteerien nojalla. Tällöin itsepesun ja esirikoksen rikosoikeudellisen suhteen arvioinnissa on mahdollista päätyä edellä mainituista tilanteista poiketen lähtökohtaisesti useammin siihen johtopäätökseen, että ne eivät ole keskenään lainkonkurrensissa.

Itsepesun laajempaa rangaistavuuden alaa puoltavien tulkintakriteerien lähempi tarkastelu voidaan aloittaa osittaisen yhtenevyyden tulkintakriteeristä. Tässä katsannossa merkityksellistä on se, peittävätkö itsepesun ja esirikoksen tunnusmerkistöt toisensa joko osittain tai kokonaan sekä täytyvätkö sanotut tunnusmerkistöt eri toimilla ja eri ajankohtina.<sup>61</sup> Tarkoitusta korostavan itsepesun kohdalla esirikoksen ja itsepesun tunnusmerkistöjen päällekkäisyyttä rajoittaa tunnusmerkistössä ilmaistu korotettu tahallisuusvaatimus, jonka mukaan itsepesijän on tullut toimia peittämis- tai häivyttämistarkoituksessa tai rikoksenteikijän avustamistarkoituksessa. Mainittu tarkoitustunnusmerkki puhuu sen puolesta, että tarkoitusta korostavan itsepesun tunnusmerkistö täyttyy eri aikaan kuin esirikoksen tunnusmerkistö. Toisaalta muuntaminen ja siirtäminen poikkeavat sekä tarkoitusta korostavan että seurausta edellyttävän itsepesun ryhtymistekotapoina esirikosten toteuttamistavoista, eikä sanotunlaisia täytäntöönpanotoimia voida siten lähtökohtaisesti pitää tältäkin osin ajallisesti tai muutoinkaan päällekkäisinä esirikosten tunnusmerkistöjen täytäntöönpanotoimien kanssa.

Vasta-argumenttina tunnusmerkistöjen puuttuvalle päällekkäisyydelle voidaan esittää, että selvimmin tunnusmerkistöjen päällekkäisyys saattaisi joissakin yksittäisissä konkreettisissa tekoilanteissa olla havaittavissa esirikoksen ja seurausta edellyttävän itsepesun tunnusmerkistön keskinäisessä suhteessa.<sup>62</sup> Toisaalta

61. Ks. osittaisen yhtenevyyden tulkintakriteeristä Lahti 1968, s. 717–722 sekä erityisesti rahanpesukontekstissa Sahavirta 2008, s. 283–285 ja 287. Ks. myös esim. KKO 2004:122; KKO 2006:76 (ään.), kohdat 10–11 sekä KKO 2015:88, kohta 17.

62. Sama historiallinen tapahtumainkulku saattaisi toteuttaa yhtäaikaaisesti esimerkiksi seurausta edellyttävän itsepesun ja rikoslain 29 luvun 1 §:n (1228/1997) veropetoksen tunnusmerkistön, jossa laiminlyödään veron välttämistarkoituksessa verotusta varten säädetty velvollisuus, jolla on merkitystä veron määräämisen kannalta. Tämänkaltaisten tekojen päällekkäisyys perustuu siihen, että seurausta edellyttävän itsepesun tunnusmerkistössä tarkoitettu peittäminen tai häivyttäminen saattaa käytännössä ilmetä myös tahallisen laissa säädetyn ilmoitusvelvollisuuden laiminlyömisinä. Vastaavalla tavalla myös seurausta edellyttävän itsepesun ja rikoslain 36 luvun 1 §:n (769/1990) petoksen tunnusmerkistöjen mukaiset täytäntöönpanotoimet saattaisivat olla päällekkäisiä, sillä seurausta edellyttävän itsepesun tunnusmerkistössä tarkoitettua peittämisestä voi olla kyse myös tekijän antaessa väärä tietoja verbaalisesti. Ks. peittäminen ja



tarkasteltaessa rikostunnusmerkistöjä lähemmin abstraktisella tasolla voidaan havaita, että täytöntöönpanotoimien välillä ei kuitenkaan yleensä vaikuttaisi olevan yhteyttä.<sup>63</sup> Tunnusmerkistöjen puuttuva päällekkäisyys puhuu lainkonkurrenssiarvioinnissa siten lähtökohtaisesti itsepesun erillisen rangaistavuuden puolesta, vaikka joissakin konkreettisissa tekoilanteissa osittaisen yhtenevyyden tulkintakriteeri sinänsä saattaisikin puoltaa myös vastakkaista tulkintaa.

Herää kysymys, miten itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrenssisuhdetta tulisi arvioida suojeleobjektien yhtenevyyden kriteerin perusteella. Rahanpesulla on varsin abstraktinen suojeleobjekti, joka ei palaudu välittömästi mihinkään yksilölliseen oikeushyvään. Tätä ilmentää se, että rahanpesukriminalisoinnin tavoitteena on yhtäältä estää rikoksella saaduista tuloista ja varoista hyötyminen sekä toisaalta suojata laillista taloutta.<sup>64</sup> Rahanpesun ja esirikosten suojeleobjekteja lähemmin tarkasteltaessa voidaan havaita, että niillä suojeltavat oikeudelliset intressit poikkeavat olennaisesti toisistaan. Esimerkiksi petossäännöksen tavoitteena on suojata varallisuutta ja asianomistajan oikeutta määrätä omaisuudestaan.<sup>65</sup> Velallisen rikoksissa suojeleobjekti liittyy puolestaan velkojien taloudellisten etujen suojaamiseen.<sup>66</sup> Sen sijaan kirjanpitorikossäännöksellä suojattavat edut liittyvät ensisijaisesti kirjanpidon oikeellisuuden turvaamiseen.<sup>67</sup>

Tätä taustaa vasten voidaan perustellusti esittää, että itsepesuteko kohdistuu aina toiseen oikeushyvään kuin sitä edeltänyt rikos, mikä puhuu lähtökohtaisesti itsepesun ja esirikoksen välistä lainkonkurrenssia vastaan.<sup>68</sup> Tätä näkökulmaa ei poissulje nähdäkseni sekään, että rikossäännöksillä saattaa niiden ensisijaisen suojeleobjektin lisäksi olla muitakin suojelekohteita.<sup>69</sup> Vaikka rahanpesun esi-

häydyttämisen ilmenemistavoista tarkemmin Sahavirta 2008, s. 177. Ks. itsepesun ja esirikosten tunnusmerkistöjen päällekkäisyydestä myös HE 183/2020 vp, s. 44.

63. Ks. myös Sahavirta 2008, s. 287.

64. HE 53/2002 vp, s. 19; HE 285/2010 vp, s. 3; HE 138/2011 vp, s. 3; HE 183/2020 vp, s. 4 ja 46–47 sekä LaVM 13/2020 vp, s. 2. Ks. rahanpesun suojeleobjektista oikeuskirjallisuudessa Sahavirta 2008, s. 147–150; Tapani 2018, s. 783–784 ja Hyttinen 2021, s. 114–125.

65. Ks. Tapani 2004, s. 82–84. Ks. myös esim. KKO 2008:37 (ään.), kohta 7.

66. Ks. Jussi Tapani, Velallisen epärehellisyys, s. 806–832 teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, Keskeiset rikokset. 4., uudistettu laitos. Edita 2018, s. 807 ja Jussi Tapani, Velallisen petos, s. 832–852 teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, Keskeiset rikokset. 4., uudistettu laitos. Edita 2018, s. 833. Ks. myös Harri Vento, Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä. Tutkimus konkurssirikoksista historian ja rikosoikeuden yleisten oppien valossa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1994, s. 121–132; Markku Salminen, Velallisen rikos. Tutkimus velallisen rikosten selvittämisestä erityisesti osakeyhtiöihin kohdistuneiden tekotapojen ja osakeyhtiötä koskevan oikeuskäytännön valossa. Werner Söderström lakitieto 1998, s. 39 ja Mäkelä 2001, s. 159–162.

67. HE 66/1988 vp, s. 91. Ks. kirjanpitorikossäännöksellä suojattavista oikeushyvistä laajemmin Mäkelä 2001, s. 119–120.

68. Samansuuntaisesti rahanpesukontekstissa myös Sahavirta 2008, s. 285–287.

69. Ks. Mikko Vuorenpää, Asianomistajan oikeudet rikosprosessillaissa. Werner Söderström lakitieto 1999, s. 29.

rikosten suojeleobjektit eivät tyhjene esirikosten rajoittamattoman alan vuoksi edellä lueteltuihin suojeleintresseihin, on varsin vaikeaa löytää tukea sellaiselle näkemykselle, että rahanpesun ja sen esirikosten suojeleobjektit voisivat olla jossakin konkreettisessa tekitilanteessa tai edes teoriatasolla täysin yhtenevät.

Huomionarvoista on, että korkein oikeus on ratkaisukäytännössään linjannut, että jälkitekkoa ei pidetä yleensä myötärangaistuna niissä tapauksissa, joissa sen yhteydessä on tehty oikeudenloukkaus, joka ei ole tullut huomioiduksi ensimmäisen rikoksen oikeudellisessa arvioinnissa. Tällöin edellytyksenä on lisäksi se, että jälkitekko on kohdistunut ainakin osittain johonkin toiseen oikeushyvään kuin ensimmäinen rikos.<sup>70</sup> Suojeleobjektien eroavaisuuksien vuoksi itsepesuteon voidaan perustellusti argumentoida aiheuttavan aina erilaisen oikeudenloukkauksen esirikokseen verrattuna ainakin teoreettisella tasolla silloin, kun lisävahingon aiheutuminen on sidoksissa nimenomaan rikossäännöksillä suojeletaviin oikeudellisiin intresseihin. Suojeleobjektien yhtenevyyttä koskeva tulkintakriteeri mahdollistaa siten käytännössä tulkinnan siitä, että itsepesu ei ole milloinkaan lainkonkurrenssissa esirikoksen kanssa, mikäli sanotulle tulkintakriteerille annetaan edellä korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä ilmenevällä tavalla *painavin merkitys* lainkonkurrenssiarvioinnissa.

Toisaalta samanaikaisesti on syytä huomata, että seurausta edellyttävän itsepesun kohdalla tämänkaltainen suojeleobjektien yhtenevyyttä koskevan tulkintakriteerin painottaminen ei johda välttämättä kaikissa tilanteissa täysin ongelmattomaan lopputulemaan. Tällä perusteella seurausta edellyttävästä itsepesusta saattaisi olla mahdollista tuomita rangaistus myös moitittavuudeltaan kaikista vähäisimmistä tekokokonaisuuksissa, joissa esirikokseen osallinen yksinkertaisesti ottaa vastaan, käyttää tai pitää hallussaan esirikoksella saamaansa omaisuutta tai rikoshiötä.<sup>71</sup> Tässä katsannossa itsepesuvastuuta laajentavaa tulkintaa ei voida pitää perusteltuna, sillä lainsäätäjän tarkoitus on ollut kohdistaa itsepesuvastuu ensisijaisesti kaikista moitittavimpiin rahanpesutekoihin.<sup>72</sup> Myös lain esitöissä tarkoitetuista esimerkkitalanteista on pääteltävissä, että puheena olevan kaltaiset teot on syytä rajata lainkonkurrenssiarvioinnissa itsepesun rangaistusvastuun ulkopuolelle.<sup>73</sup> Mainitunlaisten itsepesutekojen myötärangaistavuutta puoltaa sekin, että rahanpesurikosdirektiivin johdannossa ilmaistun tavoitteen perusteella itsepesun kriminalisoinnilla pyritään torjumaan ennen kaikkea kansainvälistä rikollisuutta sekä tehostamaan valtioiden välistä viranomaisyhteis-

70. KKO 2011:52 (ään.), kohta 5 ja KKO 2015:88, kohta 8.

71. Näin myös Hyttinen 2021, s. 640, joka suhtautuu kriittisesti siihen, että itsepesun rangaistavuuden alaa pyrittäisiin laajentamaan sen näkökohdan painottamisella, että esirikoksen ja itsepesun suojeleobjektit poikkeavat toisistaan. Ks. rangaistavuuden alan laajentumisen ongelmallisuudesta tämänkaltaisiin tekoihin myös Sahavirta 2008, s. 291–292.

72. Ks. LaVM 2/2012 vp, s. 2; LaVL 4/2017 vp, s. 4–5; LaVL 11/2017 vp, s. 2–3; LaVM 13/2020 vp, s. 3–4 ja HE 183/2020 vp, s. 43.

73. Ks. tarkemmin HE 183/2020 vp, s. 43–44.

työtä.<sup>74</sup> Rikoshyödyn vastaanottamisessa, hallussa pitämisessä ja käyttämisessä sellaisenaan ei lähtökohtaisesti voida katsoa olevan kyse rahanpesurikosdirektiivissä tarkoitettusta rikollisuudesta, joka uhkaisi merkittävällä tavalla kansainvälisen rahoitusjärjestelmän puhtautta.

Suojeluobjektien yhtenevyyden kriteerin painavimmalle merkitykselle seurausta edellyttävän itsepesun tilanteissa on esitettävissä muitakin vasta-argumentteja, jotka liittyvät tapauksen tosiseikkojen huomioon ottamiseen. Lainkonkurrenssiarvioinnissa tunnusmerkistöillä suojattavien oikeushyvien vertailu ei välttämättä yksistään ole riittävää, vaan huomiota tulee kiinnittää yhtä lailla myös konkreettisiin tekitilanteisiin.<sup>75</sup> Hyttinen on aiheellisesti esittänyt, että voidaanko esimerkiksi anastetulla kaksikymppisellä ostetun viinipullon katsoa tosiasiaa uhkaavan rahoitusjärjestelmän puhtautta millään varteenotettavalla tavalla.<sup>76</sup> Tämä toteamus havainnollistaa osuvasti niitä tilanteita, jotka saattavat käytännössä lukeutua seurausta edellyttävän itsepesun tunnusmerkistön soveltamisalaan. Tämänkaltaisissa tapauksissa voidaan perustellusti lähteä siitä, että itsepesuteosta ei aiheudu lailliselle taloudelle sellaista arvonalentumista, jota esirikoksesta tuomittava rangaistus ei jo riittävällä tavalla kattaisi.<sup>77</sup> Mainitunlaiset teot on siten perusteltua rajata lainkonkurrenssiarkinnassa itsepesun rangaistusvastuun ulkopuolelle, vaikka suojeluobjektien yhtenevyyttä koskeva tulkintakriteeri mahdollistaisikin sinänsä myös toisen suuntaisen lainkonkurrenssiratkaisun.

Entä millaiseen lainkonkurrenssitulkiintaan vahinkojen laajuutta koskeva tulkintakriteeri johtaa itsepesukontekstissa? Vahinkojen laajuutta arvioitaessa painoarvoa annetaan sille, voidaanko jälkiteolla aiheutettua vahinkoa pitää tavanomaisena esirikokselle sekä kohdistuuko jälkiteolla aiheutettu vahinko esirikoksen asianomistajaan vai johonkin ulkopuoliseen tahoon.<sup>78</sup> Itsepesun lainkonkurrenssiarvioinnissa ei voida antaa lainkonkurrenssia vastaan puhuvana seikkana merkitystä sille seikalle, että esirikoksella ja itsepesuteolla aiheutetut vahingot kohdistuvat eri asianomistajiin. Tämä perustuu siihen, että rahanpesun abstraktisen suojeluobjektin vuoksi rahanpesulla ei lähtökohtaisesti voida

74. Rahanpesurikosdirektiivillä pyritään suojelemaan rahoitusalan luotettavuutta, vakautta ja mainetta. Direktiivissä on viitattu rahanpesun ja siihen liittyvän terrorismin ja järjestäytyneen rikollisuuden rahoituksen aiheuttamiin huomattaviin ongelmiin, jotka uhkaavat unionin sisämarkkinoita ja sisäistä turvallisuutta. Direktiivin nimenomaisena tavoitteena on ilmaista olevan rahanpesun torjunta rikosoikeudellisin keinoin, jotta rajat ylittävän yhteistyön tehostaminen ja nopeuttaminen toimivaltaisten viranomaisten välillä olisi mahdollista. Ks. itsepesun kriminalisoinnin tarkoituksesta oikeuskirjallisuudessa Sahavirta 2008, s. 292.

75. Ks. Lahti 1968, s. 719–722 ja 734.

76. Ks. Hyttinen 2021, s. 225–226.

77. Ks. myös Hyttinen 2021, s. 640.

78. Ks. Sahavirta 2008, s. 288–289. Ks. esim. KKO 2002:122 ja KKO 2011:52 (ään.), joissa lainkonkurrenssiarvioinnissa annettiin muun ohessa painoarvoa sille seikalle, että pää- ja jälkiteot olivat kohdistuneet eri asianomistajiin, eivätkä tekojen asianomistajapiirit olleet siten yhtenevät.

katsoa olevan asianomistajaa.<sup>79</sup> Rahanpesun esirikosten rajoittamattoman alan vuoksi myös asianomistajalliset rikokset voivat kuitenkin olla rahanpesun esirikoksia. Tässä katsannossa esirikoksella ja itsepesulla aiheutetut vahingot eivät välttämättä ole keskenään kaikilta osin täysin identtisiä, sillä teoilla aiheutetut vahingot saattavat käytännössä konkretisoitua eri tavoin toisiinsa nähden.<sup>80</sup> Lisätukea tämänkaltaiselle tulkinnalle voidaan hakea myös ratkaisusta KKO 2015:88, jossa korkein oikeus totesi perustelujensa kohdassa 16, että petosrikoksella aiheutetaan vahinkoa asianomistajalle, kun taas kirjanpitorikoksesta ei yleensä aiheudu suoraa vahinkoa sidosryhmille, vaan vahingot aiheutuvat kirjanpitorikokseen liittyen tehdyistä muista rikoksista.

Samansuuntaisesti itsepesuteoilla aiheutetut vahingot eivät asianomistajallisista rikoksista poiketen välittömästi kohdistu mihinkään yksittäiseen tahoon, eikä niistä voida siten lähtökohtaisesti katsoa aiheutuvan asianomistajalle konkreettista omaisuusvahinkoa. Itsepesusta saattaa kuitenkin välillisesti aiheutua erilaisia haitallisia vaikutuksia rahoitusjärjestelmän puhtaudelle ja luotettavuudelle sekä sitä kautta myös niille tahoille, jotka toimivat markkinoilla laillisesti.<sup>81</sup> Esirikoksen ja itsepesun lainkonkurrensiarvioinnissa on nähdäkseni perusteltua lähteä siitä, että rikoshyödyn kiertoon saattaminen laillisessa vaihdannassa on esirikoksen aiheuttamasta vahingosta erillinen vahinko. Tämän tulkintakananoton tueksi voidaan viitata myös direktiivin johdantokappaleen 11 kohdan lausumaan, jonka mukaan rahanpesutoimien on oltava rangaistavia *esimerkiksi* silloin, kun rikollisesta toiminnasta saadut varat laitetaan kiertoon ja tällä tavoin salataan niiden laiton alkuperä. Tällä esimerkinomaisella viittauksella on haluttu nähdäkseni korostaa erityisesti sanotunlaisten itsepesutekojen moitittavuutta. Tämänkaltaisista teoista aiheutuu rahoitusjärjestelmän puhtaudelle selvästi esirikoksesta irrallista vahinkoa, sillä laittomat varat ikään kuin sekoittuvat lail-

79. Toisaalta kysymys asianomistajan asemasta rahanpesurikosten kohdalla ei vaikuttaisi olevan kaikilta osin täysin yksiselitteinen. Ks. tarkemmin Hyttinen 2021, s. 623–625, jonka mukaan alioikeuskäytännössä on aikaisemmin vallinnut epäselvyyttä siitä, miten esirikoksen uhrin rooli tulisi hahmottaa rahanpesurikosoikeudenkäynnissä. Hyttisen mukaan rikoslain 32 luvun 12 §:n 3 momentti tukee ajatusta siitä, että esirikoksen uhrille voitaisiin antaa asianomistajan asema rahanpesurikosasiassa.

80. Sanotunlainen tulkinta käy ilmi myös esittelijän mietinnöstä ratkaisussa KKO 2008:37 (ään.), jossa kiinnitettiin enemmistöstä poiketen huomiota myös siihen, että taloudellinen vahinko oli kohdistunut ensin veroviranomaiseen ja sittemmin myös B Oy:hyn. Vahingot eivät olleet keskenään täysin samanlaisia, sillä veroviraston kohdalla vahinko ilmeni aluksi verotulojen saamatta jäämisenä, kun taas vahinkoa kärsineen yhtiön kohdalla taloudellinen vahinko toteutui jälkiverotuksen vuoksi arvonlisäveron suorittamisena. Ks. sanotusta ratkaisusta myös Jussi Virtanen, Petoksen ja veropetoksen yhtyminen, s. 293–305 teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I 2008. Talentum 2008, s. 296–297 ja Tapani 2013, s. 265–267.

81. Ks. rahanpesun aiheuttamista haitoista tarkemmin esim. Sahavirta 2008, s. 43–54 ja 289. Ks. myös FATF, Global Money Laundering & Terrorist Financing Threat Assessment. July 2010, s. 12 ja FATF, National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment. February 2013, s. 25–26.

liseen omaisuuteen, minkä jälkeen niiden erottaminen toisistaan saattaa olla lähestulkoon mahdotonta. Esirikoksella ja itsepesulla aiheutetut rikosoikeudellisesti relevantit vahingot eivät ole siten puheena olevan kaltaisissa tilanteissa lainkonkurrenssin edellyttämällä tavalla samankaltaisia, eikä vahinkojen laajuutta koskevan tulkintakriteerin voida katsoa täyttyvän.

Toisaalta sanotusta direktiivin lausumasta on pääteltävissä, että myös muunlaiset itsepesuteot saattavat aiheuttaa lisävahinkoa, jota pääteon tunnusmerkistö ei välttämättä kaikissa tilanteissa kata riittävällä tavalla. Itsepesulla ja sitä edeltävällä rikoksella aiheutetut vahingot saattavat poiketa muutoinkin laadullisesti toisistaan ainakin silloin, kun pääteolla aiheutettu vahinko ei ole luokiteltavissa yksinomaan taloudelliseksi vahingoksi. Näin saattaa olla esimerkiksi silloin, kun esirikoksena on huumausainerikos, josta aiheutuvat vahingot ovat luokiteltavissa lähinnä terveydellisiksi haitoiksi, eivätkä ne ole siten rinnastettavissa rahoitusjärjestelmän puhtaudelle aiheutettuihin taloudellisiin vahinkoihin.<sup>82</sup> Samansuuntaisesti voitaisiin arvioida myös tilanteita, joissa itsepesun esirikoksena on jokin sellainen rikos, jolla on aiheutettu taloudellisen vahingon lisäksi myös ruumiillista vahinkoa. Tämä saattaa puoltaa tulkintaa, jossa mainitunlaisia esirikoksella ja itsepesuteolla aiheutettuja vahinkoja ei ole perusteltua pitää lainkonkurrenssisuhteen edellyttämällä tavalla riittävän identtisinä.

Koska itsepesun esirikoksena voi käytännössä olla mikä tahansa taloudellista hyötyä tuottanut rikos, itsepesuteolla ja sitä edeltävällä rikoksella aiheutettuja vahinkoja on perusteltua tarkastella viime kädessä aina kussakin konkreettisessa tekotilanteessa erikseen. Tämä saattaa tapauksesta riippuen puhua joko lainkonkurrenssin puolesta tai sitä vastaan.

## 5. Johtopäätökset

Tässä artikkelissa on tarkasteltu itsepesukriminalisointia myötärangaistuja tekoja koskevan opin näkökulmasta. Tutkimuksellisenä tavoitteena on ollut vastata siihen, minkälaiset rahanpesuteot saattavat voimassa olevassa oikeudessa tulla tuomituiksi itsepesuna tehtynä rahanpesuna.

Esirikokseen osallisen tekemä rahanpesu on Suomessa pääsääntöisesti myötärangaistu jälkiteko, josta voidaan tuomita erillinen rangaistus ainoastaan laissa tarkoitetuissa poikkeustilanteissa. Itsepesun rangaistavuuden arvioinnissa lainkonkurrenssi vaikuttaa voimassa olevassa oikeudessa ikään kuin kahdella eri tasolla. Itsepesun rangaistusvastuuta rajoittaa yhtäältä rikoslain 32 luvun 11 §:n rajoitussäännös, joka kuvastaa jo sanamuotonsa perusteella lainsäätäjän tahtoa

82. Näin myös Sahavirta 2008, s. 289.

rangaista itsepesusta ainoastaan poikkeuksellisesti. Toisaalta itsepesuvastuun aktualisoitumista rajoittaa myös rahanpesurikosdirektiivin ilmaisema lisävahinkoa koskeva edellytys sekä lainkonkurrenssiarviointi niissä tilanteissa, joissa rajoitussäännös ei nimenomaisesti estä itsepesuna tehdystä rahanpesusta tuomitsemista. Tällöin itsepesun ja esirikoksen rikosoikeudellinen suhteen ratkaisemisen kannalta keskeinen merkitys on ennen kaikkea jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteereillä. Käytännössä itsepesusta erillisen rangaistuksen tuomitseminen on sidoksissa siihen, mikä tai mitkä sanotuista tulkintakriteereistä saavat itsepesun ja esirikoksen lainkonkurrenssiarvioinnissa eniten painoarvoa.

Itsepesua koskevissa lainvalmisteluasiakirjoissa on korostettu erityisesti säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin merkitystä itsepesun lainkonkurrenssiarvioinnissa. Kysymys on lainsäätäjän tulkintakannanotosta, joka lähtökohtaisesti ohjaa soveltamaan jälkiteon rangaistavuuden tulkintakriteerejä vakiintuneesta tulkintakäytännöstä poikkeavalla tavalla. Tarkoitusta korostavan itsepesun kohdalla säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeri ei vaikuttaisi rajoittavan itsepesun rangaistavuuden alaa yhtä paljon kuin seurausta edellyttävän itsepesun kohdalla, sillä rikoshyödyn muuntaminen ja siirtäminen peittämis- tai häivyttämistarkoituksessa sekä rikoksenteikijän avustamistarkoituksessa ovat selkeämmin katsottavissa esirikoksesta erillisiksi teoiksi, joista aiheutuu erilainen oikeudenloukkaus kuin rahanpesua edeltävästä rikoksesta. Seurausta edellyttävän itsepesun kohdalla säännönmukaisen sisältyvyyden kriteeri näyttäisi kuitenkin useammin puoltavan tulkintaa, jossa itsepesu ja esirikos ovat keskenään lainkonkurrenssissa.

Lainvalmisteluasiakirjoista on välillisesti pääteltävissä, että niissä on pyritty luomaan itsepesun lainkonkurrenssiarviointia varten eriytetty tulkintakriteerit. Toisaalta säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin erityistä merkitystä painottavaa tulkintaohjetta voidaan pitää ymmärrettävänä siinä valossa, että seurausta edellyttävän itsepesun rangaistavuuden alaa ei ole rajoitussäännöksessä rajattu tarkoitusta korostavasta itsepesusta poiketen moitittavimpiin rahanpesun tekemuotoihin laissa säädetyllä lainkonkurrenssiratkaisulla. Sanotun tulkintaohjeen voidaan siten katsoa olevan tarkoitettu rajaamaan ensisijaisesti juuri seurausta edellyttävän itsepesun rangaistavuuden alaa, jonka kohdalla vakiintuneiden jälkiteon rangaistavuutta koskevien tulkintakriteereiden soveltaminen saattaisi joissakin tilanteissa johtaa varsin laajaankin rangaistusvastuuseen. Tällä tavoin on oletettavasti pyritty korostamaan myös sitä perustavanlaatuaista lähtökohtaa, että itsepesuna tehdystä rahanpesusta ei tule edelleenkään rangaista kaikista vähäisimpien tekojen kohdalla, joissa on kyse pelkästään rahanpesua edeltävällä rikoksella saadun rikoshyödyn tavanomaisesta hyödyntämisestä.

Itsepesun ja esirikoksen rikosoikeudellisen suhteen arvioimisessa on viime kädessä kysymys siitä, minkälainen merkityssisältö direktiivissä tarkoitettulle lisävahinkoa koskevalle edellytykselle käytännössä annetaan. Tässä katsannossa lisävahingon aiheutumisen voidaan katsoa olevan sidoksissa itsepesijän toteut-

tamiin peittämis- tai häivyttämistäjärjestelyihin, itsepesuteolla aiheutettuun vahinkoon sekä toisaalta itsepesulla suojeltaviin esirikokseen nähden erilaisiin oikeudellisiin intresseihin. Suojeluobjektien erilaisuuden näkökulmasta itsepesun voidaan perustellusti todeta aiheuttavan ainakin teoreettisella tasolla lähestulkoon aina lisävahinkoa suhteessa rahanpesua edeltävään rikokseen. Toisaalta itsepesuteoilla aiheutetut vahingot eivät kuitenkaan kaikissa konkreettisisä tekotilanteissa poikkea esirikoksella aiheutetuista vahingoista siten, että itsepesusta voitaisiin katsoa tosiasiasä aiheutuvan esirikokseen kuulumatonta vahinkoa rahoitusjärjestelmän puhtaudelle. Lainsäätäjän tarkoitus vaikuttaisikin olevan se, että ainoastaan aktiivisia peittämisä ja häivyttämistä ilmentäviä järjestelyjä voidaan pitää oikeudenloukkauksina, jotka eivät tule riittäväällä tavalla huomioon otetuiksi rahanpesua edeltävän rikoksen oikeudellisessä arvioinnissa. Tällaisissa tilanteissa voidaan katsoa olevan kyse esirikoksesta selvästi erillisestä toiminnasta, joka ei tule tyhjentävästi arvioiduksi pelkästään esirikoksesta rangaistaessa.

Itsepesun rangaistavuuden alan rajoittaminen säännönmukaisen sisältyvyyden kriteerin painottamisella erityisesti seurausta edellyttävän itsepesun tilanteissa on edellä todetut näkökohdat huomioon ottaen perusteltua. Toisaalta samanaikaisesti on kuitenkin syytä pitää mielessä se kansainvälinen kritiikki, mitä Suomi on aikaisemmin saanut itsepesun tarpeettoman rajoitetusta rangaistavuuden alasta. Itsepesusta tulee siten voida myös tosiasiasä tuomita erillinen rangaistus niissä tilanteissa, joissa käsillä oleva teko ilmentää itsenäistä moitittavuutta.

## **Criminalisation of self-laundering in relation to the concurrence doctrine**

JENNA PIIPPO, LL.M., Junior Researcher, University of Lapland

This article addresses the criminalisation of self-laundering from the viewpoint of the concurrence doctrine. In Finland, self-laundering is considered primarily as a secondary offence that carries no punishment. However, it is possible to impose a separate penalty for self-laundering in particular cases referred to in the law. Even in these cases, liability for self-laundering is limited by the concurrence doctrine and the related interpretation criteria of the punishability of secondary offences.

The article shows that, in assessing the relation between self-laundering and the predicate offence, the relevant question is how the criterion concerning further damage is conceptualised in practice. In this context, the possible emergence of further damage can be considered to relate to several types of concealment or disguising arrangements, to the damage caused by a self-laundering act and deviating from the predicate offence and also to legal interests which are protected by the self-laundering provision, and which are different with respect to the predicate offence. In other words, the question is which interpretation criteria on the punishability of a secondary offence are given the greatest emphasis in the assessment of the concurrence of offences in a self-laundering context. The interpretation may either provide support for the concurrence of offences concerning self-laundering and the predicate offence, or not provide such support.

The way in which the interpretation criteria are weighed is of special interest in reference to the punishability of self-laundering on the basis of its consequences because this sphere of punishability has not been restricted by law, unlike that pertaining to intent-oriented self-laundering. It is not justifiable to impose a separate punishment for self-laundering especially in case of minor offences, although the established interpretation criteria of the punishability of a secondary offence, excluding the criterion of regular involvement, would in fact enable an interpretation that expands the punishability of self-laundering of this type. It would seem that the independent reprehensibility aspect of self-laundering is connected, above all, to the active money laundering operations of the self-launderer. In situations like this, it may be justified to draw the conclusion that self-laundering and the primary offence are not concurrent offences, whereby it is possible to impose a separate punishment for self-laundering.





# Jakamistalous kaavoituksen ja asuintilojen käyttötarkoituksiarvioinnin häirikkönä - taltuttaako epätyypillisuusoppi häirikön?

**HAKUSANAT:** jakamistalous, rakennuslupa, käyttötarkoitussääntely, asemakaava, vertaismajoitus, lyhytaikaisvuokraus

## 1. Johdanto

Uudet talouden muodot ja ilmiöt – kuten jakamistalous – häiriköivät ja aiheuttavat vakiintuneilla oikeudenaaloilla ja yhteiskuntasektoreilla uudenlaisia tulkintaja soveltamishaasteita. Jakamistalouteen liittyy runsaasti epäselvyyksiä sääntelyn soveltumisesta esimerkiksi kuluttajansuojan, verotuksen ja alustatyön näkökulmasta.<sup>1</sup> Oikeusjärjestyksen tulee kuitenkin säilyttää tietty etäisyys sosiaalisesta vuorovaikutuksesta ja markkinoista: oikeuden tulee normatiivisena kannanottona ohjata markkinoita, eikä toimia vain asiantilat toteavana funktiona. Liika etäännyminen taas puolestaan merkitsee, ettei oikeus kykene tunnistamaan ja ratkaisemaan kehittyvien markkinoiden haasteita, tai jopa haittaa uudenlaisten vaihdantamuotojen syntymistä.<sup>2</sup> Maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999, MRL) asuinhuoneiston käyttöä sääntelevän normiston kannalta relevantiksi kysymykseksi muodostuu, onko oikeus etäännyntynyt liiaksi jakamistalouden uusista tavoista hyödyntää asuintiloja. Tarkemmin ottaen kysymys on MRL 125.5 §:n käyttötarkoitussääntelyn soveltamisesta uuteen ilmiöön – asuinhuoneistojen tarjoamiseen lyhytaikaiskäyttöön. Lyhytaikaisvuokraus tai vertaismajoitus on sallittua, mikäli asuinhuoneiston käyttötarkoitus *ei muutu olennaisesti* MRL 125.5 §:ssa säädettyllä tavalla.

Tässä artikkelissa esitämme, ettei voimassa oleva oikeus täysin tunnista lyhytaikaisvuokrauksen tai yksityishenkilöltä toiselle tapahtuvaa vertaismajoit-

\* Jenna Päläs, OTM, väitöskirjatutkija, Lapin yliopisto; Ilari Hovila, OTT, yliopistonlehtori, Lapin yliopisto; Maria Hakkarainen, YTT, yliopistonlehtori, Lapin yliopisto. Artikkelin tekoa on tukenut Suomen Akatemian profi-rahoitus (326348).

1. Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, Jakamistalouteen liittyvien kysymysten vaihtoehtoisia ratkaisutapoja. Jakamistaloustyöryhmän loppuraportti. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Yritykset 2019:31; Tulevaisuusvaliokunta, Jakamistalous ja alustatyö. Eduskunnan tulevaisuusvaliokunnan julkaisu 3/2018.

2. Ks. Juha Pöyhönen, Uusi varallisuusoikeus. Toinen, uudistettu painos. Talentum Media Oy 2003.

tamisen (*peer-to-peer accommodation*) ilmiötä: oikeusjärjestyksen ilmentämä käsitys asuinhuoneistojen käytöstä ja käyttötavoista ei vastaa jakamistalouden uusia toimijuuksia. Tämä merkitsee oikeudellisten käsitteellistysten etäännytmistä taloudellis-sosiaalisesta vuorovaikutuksesta sekä kyber-fyysiseen toimintaympäristöön sijoittuvista arvonluontitavoista. Tutkimustehtävänä on MRL:n käyttötarkoitussääntelyn kontekstissa hahmotella oikeudellisen tulkinnan analyysimalli tai tulkintaoppi, jolla voitaisiin hallita uuden ilmiön ja oikeudellisten käsitteellistysten välistä etäännytmistä. Ensimmäisenä tutkimuskysymyksenä on selvittää, mistä jakamistalouden ja MRL:n käsitteistön yhteensovitushaasteesta tai etäännytmisestä on oikeastaan kysymys. Tavoitteena on tältä osin havainnollistaa, miksi uusille oikeudellisille arviointivälineille on tarvetta uusien ilmiöiden kuten jakamistalouden tarkastelussa.

Korkein hallinto-oikeus (KHO) antoi kesäkuun 2021 alussa kolme päätöstä asuinhuoneistojen tarjoamisesta lyhytaikaiseen käyttöön.<sup>3</sup> Uusimissa päätöksissään KHO 2021:76 ja KHO 2021:77 korkein hallinto-oikeus jatkoi aikaisempaan ratkaisukäytäntöön tukeutuen asuinhuoneiston käytön sallittavuuden arviointikriteerien muodostamista. Toisena tutkimuskysymyksenä onkin: mihin sallitun ja kielletyn toiminnan erotteluperusteisiin KHO ratkaisunsa rakensi? Miten käyttötarkoituksen muutosta koskeva olennaisuusarviointi rakentuu KHO:n linjausten myötä tilanneherkkänä tulkintavälineenä?

Artikkeli toteuttaa lainopin tulkintatehtävää, mutta operoi myös teoreettisen lainopin eli yleisten oppien tasolla.<sup>4</sup> Harkintaa ohjaavaksi mittapuuksi KHO linjasi asuinhuoneistojen *käytön vaikutusten tyyppillisyyden*:<sup>5</sup> alueelle epätyypilliset vaikutukset tekevät käytöstä rakennuslupaa ja käyttötarkoituksen muutosta vaativan eli lähtökohtaisesti kielletyn. Artikkelin keskiössä on toiminnan vaikutusten epätyypillisyydelle rakentuva arviointi. Tätä niin rakennusvalvontaviranomaisia kuin hallintotuomioistuimia ohjaavaa tulkintadoktriinia kutsumme lyhyesti *epätyypillisisyysopiksi*.

Lainopillisen tulkinnan tavoitteena ei tässä artikkelissa ole tuottaa tyhjentävää käyttötarkoitussääntelyä koskevaa tulkintasuositusta. Sen sijaan tavoitteena on selventää tulkintavälineen eli epätyypillisisyysopin sisältöä jakamistalouden kontekstissa. Artikkelissa havaitaan, että epätyypillisisyysoppi merkitsee viranomaistoiminnan lakisidonnaisuusvaatimuksen sekä selvittämisvelvollisuuden

3. Yksi ratkaisusta, KHO 2021:75, koski ”vertaisvuokraamisen” vaikutusta oman asunnon luovutusvoiton veronalaisuuteen. Kyseinen ratkaisu rajautuu tämän artikkelin tutkimusintressien ulkopuolelle.
4. Ks. Aulis Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta: tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. *Juridica* 1982, s. 138 ss.
5. Ajatus arviointikriteeristä mittapuuna on esitetty tässä filosofi François Ewaldin inspiroimana. Ewaldille oikeusnormit toimivat inhimillisen toiminnan mittapuuna. Mittapuu yksilöllistää, tekee kohteensa vertailtavaksi ja luokittelee sen esimerkiksi kielletty-sallittu-kahtiajaolla. Ks. François Ewald, Normi yhteisen mittapuun käytäntönä. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2003.

sisällön tarkastelun tarvetta. Tässä yhteydessä tuodaan esille myös yksittäistapausta koskevan harkinnan yhteys tarkasteltavaan toimintaan liittyvien sidosryhmien oman toiminnanharjoittamisen edellytysten näkökulmasta.

Artikkelin päämetodina on lainoppi. Lainopin analyysin tukena hyödynnetään *Vastuullisuus ja arvonluonti jakamistaloudessa*, Business Finland -hankkeessa<sup>6</sup> toimintatutkimuksella kerättävästä aineistosta tehtyjä alustavia sisällönanalyttisiä havaintoja. Toimintatutkimusmenetelmä on ongelmalähtöinen yhteistoiminnallinen kehittämisprosessiksi, johon osallistuu osallistujien ja tutkijoiden tasavertainen ryhmä. Asiantuntijuus rakentuu tutkimusryhmästä, eikä tutkija ole asiantuntijan roolissa muutoksen suunnan määrittäjänä.<sup>7</sup> Käytännönläheisyydestä huolimatta toimintatutkimus on systemaattiseen tutkimusmenetelmä, jossa käytetään teoriaa ohjaamaan toiminnan kriittistä tarkastelua. Teoreettisten näkökulmien soveltaminen vaatii hyvää tietämystä tutkittavasta ilmiöstä sekä ilmiön paikallisesta kontekstista.<sup>8</sup> Tässä artikkelissa hyödynnetyn käynnissä olevan toimintatutkimuksen yhtenä tavoitteena on tuottaa tietoa sidosryhmätodellisuuden ja oikeuden välisestä kuilusta.<sup>9</sup> Tätä tietoa hyödynnetään lainopillisen analyysin tukena.

Artikkeli etenee seuraavasti: Luvussa kaksi tarjotaan näkökulmia sille, miksi uudet talouden muodot – kuten jakamistalous – tuovat mukanaan myös uudenlaisia soveltamishaasteita ja edellyttävät tilanneherkkää juridiikkaa ja erittelyky-

6. Maria Hakkarainen – José-Carlos Garcia-Rosell – Salla Jutila – Jenna Päläs – Petra Paloniemi – Kati Rahikainen, *Vastuullisuus ja arvonluonti jakamistaloudessa*. Hankesuunnitelma. Business Finland. Lapin yliopisto. (julkaisematon).
7. Ks. esim. David Ballantyne, *Action research reviewed: a market-oriented approach*. *European Journal of Marketing* 2004 38(3/4), 321–337; José-Carlos Garcia-Rosell – Maria Hakkarainen, *Ethnographic action research: A strategy for multistakeholder research and development projects*. *SAGE Research Methods Cases*. doi:10.4135/9781526490377; Maria Hakkarainen, *Matkailutyön ehdot syrjäisessä kylässä*. *Acta Universitatis Lapponiensis* 357. Lapland University Press 2017; Peter Park, *Knowledge and Participatory Research*, teoksessa P. Reason – H. Bradbury (eds), *Handbook of Action research Participative Inquiry and Practice* (s. 81–90). Sage 2001, s. 88.
8. Ks. Minni Haanpää – Maria Hakkarainen – José-Carlos Garcia-Rosell, *Etnografia kehittämisen välineenä*, teoksessa P. Hämeenaho – E. Koskinen-Koivisto (toim.), *Moniulotteinen etnografia*, s. 287–307. *Ethnos ry* 2014, s. 297; Hakkarainen 2017; Viktoria Marsick – Martha Gephard, *Action research: Building the Capacity for Learning and Change*. *Human Resource Planning* 26(2) 2003, s. 14–18.
9. Hankkeessa toteuttavan toimintatutkimuksen keskeisenä tavoitteena on tunnistaa ja ennakoita matkailun jakamistalouden toteuttamisen kestäviä käytäntöjä monialaisesti ilmiöön kiinnittyvien toimijaryhmien näkökulmasta. Tutkimus rakentuu osallisten esiin nostamiin tiedontarpeisiin ja haasteisiin ilmiöön liittyen ja koostuu yhteisestä työpajatyöskentelystä, jota tuetaan sekä tutkijoiden toteuttamalla aineistokeruilla kuten haastatteluilta. Tutkimusaineistojen laadullinen sisällönanalyysi on parhaillaan käynnissä. Osallisille hankkeen tulokset tarjoavat ensikäden tietoa nykytilanteesta, käytännön ohjeita sekä suuntaviivoja alan tulevasta kehityksestä sekä lisäävät ymmärrystä siitä, mitä kuluttajien tulee huomioida hankkiessaan tuotteita tai palveluita alustaryitysten välityksellä.

kyisempiä tulkintavälineitä. Luvussa kolme luodaan kokonaiskuva korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytännössä ilmenevästä epätyypillisyyssopista. Luvussa neljä pohditaan, mitä epätyypillisyyssopin uusien piirteisen vakiintuminen merkitsee rakennusvalvontaviranomaisten ja etenkin matkailun jakamistalouden sidosryhmien toimintaedellytyksille. Lopuksi esitämme johtopäätökset.

## 2. Uudet ilmiöt – tarve tulkintavälineiden kehittelylle

### 2.1. Jakamistalous ja uudet toimintamallit haastavat oikeudelliset luokittelut

Jakamistalouden (*sharing economy*) ilmiöllä viitataan sosiaalista ja taloudellista vuorovaikutusta mahdollistaviin ja ylläpitäviin arvonluonti- ja hyödyketuotantomalleihin, jossa digitaaliset alustapalvelun tarjoajat yhdistävät erilaisia resursseja tarjoavat ja niitä hankkivat tahot.<sup>10</sup> Toisin sanoen alustat tarjoavat digitaalisen markkinapaikan alustakäyttäjien välisille transaktioille ja sopimiselle jopa globaalilla tasolla. Eräänlaisena jakamistalouden tyyppiongelmiana on esitetty jakamistalouteen osallistuvien tai alusta- ja jakamistaloudesta toimintamalleja omaksuneiden tahojen oikeusaseman määrittäminen: käytännössä kysymys on siitä, etteivät oikeuden käsitteistö ja kategorisoinnit aina tunnista uudenlaista toimintaa.<sup>11</sup> Yksi mediahuomiota saaneista jakamistalouteen kytkeytyvistä luokittelu- tai rajanveto-ongelmista on asuinhuoneistojen tai muiden asuntojen tarjoaminen lyhytaikaiseen käyttöön.<sup>12</sup> Majoitus- ja muiden tilojen alustavälitteinen tarjoaminen onkin merkittävimpiä jakamistalouden sektoreita Suomessa.<sup>13</sup> Kaavoituksen ja asuinhuoneiston käyttötarkoituksen arviointikontekstissa rajanveto koskee sitä, pidetäänkö asuinhuoneistojen tarjoamista lyhytaikaiskäyttöön

10. Jakamistalouden käsitteestä ks. esim. Vesa-Matti Lahti – Jenni Selosmaa, Kaikki jakoon! Kohti uutta yhteisöllistä taloutta. Sitran julkaisu 304. Atena Kustannus Oy 2013; Minna-Maari Harmaala – Tuija Toivola – Maija Faehnle – Petri Manninen – Pasi Mäenpää, Jakamistalous. Alma Talent 2017. Euroopan komissio käyttää samankaltaisesta ilmiöstä termiä yhteistyötalous (collaborative economy), ks. Euroopan komissio, Komission tiedonanto, KOM(2016) 356, Yhteistyötaloutta koskeva eurooppalainen toimintasuunnitelma.

11. Jenna Päläs, Johdatus jakamistalouteen ja jakamistalousjuridiikkaan, teoksessa Jenna Päläs – Kalle Määttä (toim.), Jakamistalousjuridiikan käsikirja. Alma Talent 2019.

12. Ks. esim. Matti Tanner, Helsingistä löytyi uusi luvaton hotelli kuuluisasta Ohranan talosta – kaupunki puuttui toimintaan. Iltalehti 27.8.2021; Mia Sivula, Lyhytaikaista vuokrausta vai ammattimaista majoitustoimintaa –Rovaniemen kaupunki haluaa ympäristöministeriön tarkentavan lakia. Yle Uutiset 23.2.2021.

13. Työ- ja elinkeinoministeriö, Jakamistalous Suomessa 2016. Nykytilat ja kasvunäkymät. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu, Yritykset 9/2017.

ammattimaisena majoitustoimintana, tai asumiskäyttöön rinnastuvana vuokraustoimintana tai pienimuotoisena vertaismajoittamisena.<sup>14</sup>

Sääntelyn soveltamisen vaikeutta on edesauttanut jakamistolouden moninaisuus eli toimintamallien ja toimijoiden monipuolisuus. Asuintiloja voidaan tarjota joko alustapalvelun välityksellä (*Airbnb, Booking.com*) tai käyttämällä muita välitysorganisaatioita, kuten jälleenvuokrausyrityksiä (*Forenom, Kotimaailma*). Alustojen ansiosta kuka tahansa voi tarjota kenelle tahansa yöpymisvaihtoehtoja. Tämä on tarkoittanut yksityishenkilöiden tuloa mikrotoimijoina osaksi jo ennestään heterogeenistä ja pienyritysvaltaista matkailun toimijakenttää. Toimijakentän muutos on nostanut esiin toimialan uudenlaisen sääntelytarkastelun tarpeen. Yritysten ja yksityishenkilöiden tuottamat palvelut ovat samankaltaistuneet, mutta yrityksiä ohjaava sääntely ei lähtökohtaisesti kosketa yksityishenkilöitä.<sup>15</sup> Myös tulkinnat yksityishenkilöiden toiminnan laadusta sekä määrittelyt oikeuksista ja velvollisuuksista vaativat usein tapauskohtaista tulkintaa.<sup>16</sup>

Asuinhuoneistojen tarjoajakentän monipuolisuus hämärtää myös ammattimaisen ja ei-ammattimaisen toiminnan rajanvetoa.<sup>17</sup> Tarjoajina alustoilla voivat toimia omaa kotiaan vuokraava yksityishenkilö, kakkosasuntoaan tarjoava keikkatyöläinen, useita asuinhuoneistoja omistava asuntosijoittaja, matkailuyritykset jne. Osa tarjoaa huoneistoja lomamatkojensa aikana, osa tiettyjen sesonkien ajan. Jotkin kohteet saattavat olla lyhytaikais- tai vertaismajoituskäytössä ympäri vuoden.<sup>18</sup> Toimintaa voidaan siis harjoittaa hyvin monenlaisessa laajuudessa. Ammattimaisuus on yleisesti ottaen kuitenkin keskeisimpiä kriteereitä toiminnanharjoittajan oikeusaseman määrittelyssä ja sääntelyn soveltamisessa.<sup>19</sup> Myös maankäyttö- ja rakennuslain käyttötarkoitussääntelyn kontekstissa toiminnan ammattimaisuus eli se, harjoitetaanko lyhytvuokraustoimintaa liiketoiminnassa,

14. Ks. Jenna Päläs – Ilari Hovila, Mikä on asuinhuoneiston majoituskäyttöä? Siviilioikeudellisia välineitä maankäyttö- ja rakennuslain käyttötarkoitussääntelyn tulkintaan. *Defensor Legis* 3/2020.

15. Ks. Andrew Callaway, *Apploitation in a city of instaserfs*. *CCPA Monitor*, 2016, 22(5), s. 18–22; Dianne Dredge – Szilvia Gyimóthy, *The collaborative economy and tourism: Critical perspectives, questionable claims and silenced voices*. *Tourism Recreation Research*, 2015, 40, s. 286–302. doi:10.1080/02508281.2015.1086076; Maria Hakkarainen – Salla Jutila, *Jakamistalous matkailussa*, teoksessa Johan Edenheim – Heli Ilola (toim.), *Matkailututkimuksen avainkäsitteet*. Lapland University Press 2017, s. 183–187.

16. Salla Jutila – Maria Hakkarainen – Jenna Päläs – Heli Ilola (toim.), *Vertaismajoitutuksen hyvät käytänteet: vertaismajoitus, haasteet ja mahdollisuudet majoitustoiminnassa -hankkeen lopuraportti*. Matkailualan tutkimus- ja koulutusinstituutti 2020.

17. Tarjoajan ja kuluttajan sekä ammattimaisen ja ei-ammattimaisen toiminnan välisen vakiintuneiden rajanvetojen hämärtyminen ovat erityisesti alusta- ja jakamistaloudelle leimallisia piirteitä. Ks. esm. Päläs 2019 ja työ- ja elinkeinoministeriö 2019.

18. Ks. Päläs 2020, s. 8–9 sekä Jutila ym. 2020.

19. Useat sääntelyperustaiset vaatimukset koskevat vain elinkeino- tai liiketoiminnassa harjoitettavaa toimintaa. Esimerkkeinä tästä voidaan mainita kuluttajansuojalaki (38/1978), kuluttajaturvallisuuslaki (920/2011) ja arvonnalisäverolaki (1501/1993).

indikoi tiettyjä vaikutuksia.<sup>20</sup> Luvussa 3.2.1. ilmenee, kuinka toiminnan ammattimaisuus on yhteydessä käyttötarkoituksen muuttumisen olennaisuusarviointiin.

Moninaisuus edellyttää oikeudellisilta käsitteiltä, luokitteluilta ja lainsoveltajilta tilanneherkkyyttä sekä erittelykykyisempiä tulkintavälineitä.<sup>21</sup> Tilanneherkkyydellä viitataan kyvykkyyteen tunnistaa ja eritellä eri tulkintatilanteisiin kiinnittyvien toimijoiden ja toimintamallien ominaispiirteitä ja eroavaisuuksia, kun eri toiminnanharjoittajien toimien lainmukaisuutta arvioidaan.<sup>22</sup> Etenkin yksityishenkilöltä toiselle suuntautuva lyhytaikaisvuokraus tai vertaismajoitus on siviilioikeudellisen sääntelyn ja luokittelun katveessa. Asuinhuoneiston vuokraamisesta annetussa laissa (481/1995) säädetään pidempiaikaisesta asumiskäyttöä koskevista huoneenvuokrasuhteista, ja majoitus- ja ravitsemistoiminnasta annettu laki (308/2006) koskee ammattimaista majoitustoimintaa, eli liiketoiminnassa tapahtuvaa kalustettujen huoneiden tarjoamista tilapäiseen majoittamiseen.<sup>23</sup> Vuokraus- ja majoitustoimintaa erottava seikka on edellä mainituissa laeissa asuinhuoneiston käytön *tilapäisyys*, joka on luonteeltaan laadullinen ja harkinnan mahdollistava kriteeri.<sup>24</sup> Tästä johtuen edellä mainittujen lakien soveltamisalarajaukset eivät yleisemminkään riitä yksilöimään asuinhuoneistojen käytön monipuolistuvia tilanteita siviilioikeudellisen luonteen määrittelyssä. Perustellumpaa esimerkiksi yritystoimijoiden osalta olisikin tarkastella, muodostaako lyhyt vuokraus tai vertaismajoitus yhdessä mahdollisten lisä- tai oheispalveluiden kanssa sellaisen palvelukokonaisuuden, joka olisi rinnastettavissa majoituspalveluiden tarjoamiseen. Lähestymistapa on omaksuttu erityisesti arvonlisäverotusta koskevissa verotusohjeissa, keskusverolautakunnan ratkaisuihin ja oikeuskäytännössä. Majoituspalveluksi määrittelyssä on annettu merkitystä oheispalveluiden tarjoamiselle, tilojen koolle ja määrälle, sekä sille, onko toiminnalla samoja piirteitä kuin hotellitoiminnalla ja onko tarjottu majoitus ehtojensa puolesta todellinen vaihtoehto hotelli- tai vastaavalle majoitukselle.<sup>25</sup>

20. Ilari Hovila – Jenna Malo, Epätyypillinen vuokraustoiminta rakentamisen ja asumisen käyttötarkoituussääntelyssä, teoksessa Jenna Päläs – Kalle Määttä (toim.), Jakamistalousjuridiikan käsikirja. Alma Talent 2019, s. 420; sekä Päläs – Hovila 2020.

21. Ks. Jacopo Martire, *A Foucauldian Interpretation of Modern Law*. Edinburgh University Press Ltd 2017.

22. Ks. Pöyhönen 2003.

23. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle uusiksi huoneenvuokralaeiksi ja niihin liittyvien lakien muuttamisesta 304/1994 vp, s. 48 ja hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi majoitus- ja ravitsemistoiminnasta sekä siihen liittyviksi laeiksi 138/2004 vp, s. 17.

24. Jenna Päläs, Vertaismajoitustoiminnan säädösympäristö. Selvitys vertaismajoitusta ja lyhytaikaisesta vuokrausta koskevasta keskeisestä sääntelystä. Vertaismajoitus, haasteet ja mahdollisuudet majoitustoiminnassa -hanke. Matkailualan tutkimus- ja koulutusinstituutin julkaisuja 2020, s. 19.

25. Verohallinnon ohjeet – Majoitustoiminnan arvonlisäverotus. Antopäivä 5.7.2018. Dnro A84/200/2018. Lisäksi ks. esim. KVL 41/2017, KHO 6.11.1998 T 240, KVL 13/2012 ja KHO 2000:62.

## 2.2. Epätyypillisyysoysoista tilanneherkkä väline käytön sallittavuuden arviointiin?

Lyhytaikaisuokraus tai vertaismajoitus hämärtävät asuinhuoneiston vuokrauksen ja majoitustoiminnan välistä rajaa, jolla on kuitenkin keskeinen merkitys arvioitaessa rakennuksen tai huoneiston oikeudellista käyttötarkoitusta. MRL 125.5 §:n mukaan rakennuksen tai sen osan *käyttötarkoituksen olennaista muuttamista* varten tarvitaan rakennuslupa. Luvanvaraisuutta harkittaessa otetaan huomioon käyttötarkoituksen muutoksen vaikutus kaavan toteuttamiseen ja muuhun maankäyttöön sekä rakennukselta vaadittaviin ominaisuuksiin. Käyttötarkoituksen muutosta verrataan myönnettyyn rakennuslupaan sekä rakennuksen aikaisempaan käyttöön. Rakennuslupaan verrattavasti tulee käsitellä sellaiset muutokset, joilla vaikutetaan ympäristön maankäyttöön tai lisätään rakennuksen käytön riskillisyyttä.<sup>26</sup>

Alueella voimassa olevan asemakaavan merkinnät ja määräykset ovat keskeisiä käyttötarkoituksen muutoksen olennaisuutta arvioitaessa. Arviointi suoritetaan toiminnan ja kaavassa alueelle sallittujen käyttötarkoitusten suhteen. Olennaisuuden arvioinnin kannalta keskeistä on, muutetaanko kohteen *pääkäyttötarkoitusta*. Muuttaminen kaavamerkintäpäätöksen mukaisesta käyttötarkoituksesta toiseen on lähtökohtaisesti olennainen käyttötarkoituksen muutos. Rakennuslupan lisäksi käyttötarkoituksen muutos saattaa edellyttää myös MRL 171 §:n mukaista poikkeamislupaa<sup>27</sup>, mikäli kaavamerkinnät eivät mahdollista uutta käyttötarkoitusta. Kaavaa tulee muuttaa, jos poikkeamiselle ei ole edellytyksiä. Olemassa olevan rakennuskannan käyttötarkoitussääntely ja mahdollinen käytön rajoittaminen liittyy vahvasti myös omaisuuden suojauskusteluun<sup>28</sup>.

Epätyypillisyysoysoin ensimmäiset askeleet ovat nähtävissä jo vanhemmassa käyttötarkoitussääntelyyn liittyvässä oikeuskäytännössä. Esimerkiksi olennaisena käyttötarkoituksen muutoksena ei pidetty asemakaavan AO-alueella omakotitalon muuttamista kuuden asukkaan ja kahden hoitajan psykiatriseksi kuntoutuskodiksi (KHO 1991 A 72). Tilanneherkkää selvitystä ja tosiasiallista vaikutusarviointia on korostettu käyttötarkoitussääntelyn arvioinnissa aikaisemminkin. Omakotirakennusten korttelialueella omakotitalon kellarikerroksessa tapahtuvaa ammattimaista sälekaihtimien ja rullaverhojen valmistus- ja myyntitoimintaa ei pidetty olennaisena käyttötarkoituksen muutoksena ottaen huo-

26. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle rakennuslainsäädännön uudistamiseksi 101/1998 vp, s. 100. Käyttötarkoitussääntelyn kehityksestä ks. Lauri Jääskeläinen, Rakennuksen käyttötarkoituksen muutos ja lyhytkestoinen majoitustoiminta. Ympäristöjuridiikka 1/2020, s. 98–103.

27. Poikkeamismenettelyn funktiosta ks. Aleksis Heinilä, Oikeus rakentaa Tutkimus suunnittelutarveratkaisu- ja poikkeamispäätöksenteosta maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmässä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2017, s. 263–270 ja Martti Häkkänen, Rakennusoikeuden sääntely. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2016, s. 129–130.

28. Ks. Häkkänen 2016, s. 61–68.

mioon toiminnan laadusta ja määrästä saatu selvitys sekä toiminnan vähäisiksi arvioidut ympäristöhaitat (KHO 11.7.1995 T 2876)<sup>29</sup>. Vaikka toiminnot olisivat poikenneet lähtökohdiltaan tyyppillisestä asuinpientalokäytöstä, tapauskohtaisen vaikutusarvioinnin jälkeen tilanteita ei kuitenkaan tulkittu olennaisiksi muutoksiksi. Tilanneherkkä tosiasiallisten vaikutusten huomioon ottaminen on siis sisällytynyt jo vanhastaan käyttötarkoitussääntelyn tulkintaan.

Jakamistalouteen liittyen epätyypillisyyssoppi ilmenee ensimmäisen kerran KHO:n vuosikirjaratkaisussa 2014:143. Siinä käyttötarkoitussääntelyn arviointi kytkettiin toiminnan tosiasiallisiin vaikutuksiin. Vuosikirjaratkaisu pyrki aiempaan oikeuskäytäntöön nojaten ja osin myös uutta tulkintaa luoden ratkaisemaan käyttötarkoitussääntelyn tulkintaongelmia. Ratkaisua on sen antamisen jälkeen luettu huolella niin kunnallisissa rakennusvalvonnoissa kuin kiinteistötoimijoiden piirissä, ei vähiten siksi, että alustatalouden ilmiöt vuokraus- ja majoitus-toiminnassa ovat kehittyneet viime vuosina voimakkaasti. Vaikka ratkaisu on hyvin ja loogisesti perusteltu se on altis myös kritiikille. Oikeuskirjallisuudessa on nostettu esiin ratkaisun perustelu, jossa toiminnan siviilisoikeudelliselle luonteelle ei anneta lainkaan merkitystä. Kuitenkin siviilioikeudellinen luonne on vahva indikaattori toiminnan tosiasiallisista vaikutuksista, erityisesti jakamis- ja alustatalouden ilmiöiden kohdalla<sup>30</sup>. KHO viittasi tosiasiallisten vaikutusten yhteydessä myös majoitustoiminnan aiheuttamaan heikompaan sosiaaliseen kontrolliin naapuruston kannalta. Perustelu on epätyypillisyyssopin kannalta mielenkiintoinen. Vaikka rakennuslupaharkinnassa sosiaaliset vaikutukset eivät ole suoranaisia harkinnan kriteerejä, voivat ne saada merkitystä alueiden käytön suunnittelu yleisten tavoitteiden kautta. MRL 5 §:n mukaan suunnittelujärjestelmän tavoitteena on sosiaalisesti toimivan elin- ja toimintaympäristön luomisen edistäminen. Yksityiskohtaisten kaavojen kautta sosiaaliset vaikutukset muodostuvat välillisesti lupaharkinnassa huomioon otettavaksi.<sup>31</sup>

Kuntien rakennusvalvontaviranomaisten piirissä käytäntöä ohjaavaksi tarkoitetun ratkaisun ei ole koettu antavan riittävän selkeää tulkintaohjetta<sup>32</sup>. Epätyypillisyyssoppi on nyt kuitenkin ottanut seuraavan askeleen kahden peräkkäin annetun vuosikirjaratkaisun muodossa, mitä käsittelemme seuraavassa luvussa.

29. Ks. myös KHO 1983 A II 97, jossa 25 henkilön tilapäinen ja kausiluentoinen majoittaminen ei merkinnyt käyttötarkoituksen muutostarvetta maatalouskäytössä oleville rakennuksille.

30. Päläs – Hovila DL 3/2020, s. 375–377 ja Hovila – Malo 2019, s. 419–423.

31. Ks. sosiaalisesta kontrollista Jääskeläinen 2020, s. 107 ja Lauri Jääskeläinen, Oikeustapauskommentti KHO:2014:143, Edilex 19.12.2014. Sosiaalisia tavoitteita on kaavoituksessa vanhastaan edistetty mm. asuntojen vähimmäiskeskikoon määrittelyllä tai perheasunnoiksi soveltuvien asuntojen vähimmäismäärällä.

32. Vastuullisuus ja arvontuonti jakamistaloudessa -hanke. Toimintatutkimusaineisto. Julkaisematon.



### 3. Epätyypillisyysoffin kehittäjä ratkaisujen KHO 2021:76 ja 77 pohjalta

#### 3.1. Mistä päätöksissä KHO 2021:76 ja KHO 2021:77 oli kysymys?

Vuosikirjaratkaisun KHO 2021:76 keskeisenä oikeuskysymyksenä oli samassa asunto-osakeyhtiössä sijaitsevien asuinhuoneistojen käyttötarkoituksen muutoksen olennaisuuden, eli rakennusluvan asemakaavan määräysten mukaisuuden ja luvanvaraisuuden arviointi. Osa Helsingin ydinkeskustassa sijaitsevan kerrostalon osakkeenomistajista oli antanut vuokralle hallitsemiaan huoneistoja yhteensä 11 kappaletta X Oy:lle, jonka liiketoimintaan kuului tarjota kalustettuja huoneistoja asiakasryhmilleen. Asemakaavassa kyseinen tontti oli osoitettu asuinkerrostalojen korttelialueeksi (AK), ja rakennusluvassa kyseiset 11 asuinhuoneistoa oli määritelty asuinhuoneistoiksi. Yhtiössä oli yhteensä 44 asuin- ja liikehuoneistoa. Tontin tarkempien kaavamääräysten mukaan liike-, toimisto-, tai sosiaalisissa palvelutiloissa kulkuyhteys huoneistoon järjestetään suoraan kadulta. Toisena oikeuskysymyksenä esillä oli hallinnollisten pakkokeinojen kohdistamisen arviointi asuinhuoneistonsa X Oy:lle vuokranneiden osakkeenomistajien näkökulmasta. Oliko asunto-osakeyhtiön osakkeenomistaja A voitonsakon uhalla velvoittava lopettamaan asuinhuoneiston käyttö majoitustilana?

Helsingin kaupunkiympäristölautakunnan ympäristö- ja lupajaosto oli sakon uhalla velvoittanut asunto-osakeyhtiön tontin omistajana ja X Oy:n toiminnanharjoittajana ja vuokralaisena lopettamaan 11 asuinhuoneiston käyttö majoitustiloina. Lisäksi jaosto asetti saman veloitteen asuinhuoneistot X Oy:lle vuokranneille osakkeenomistajille. Helsingin hallinto-oikeus hylkäsi muun muassa X Oy:n ja osakkeenomistaja A:n valitukset päätöksestä. HaO:n perustelujen keskiössä oli toiminnanharjoittajan toiminnan siviilioikeudellinen luonne sekä toiminnan tosiasiallinen luonne, jolla viitattiin muun muassa X Oy:n harjoittamaan markkinointiin ja mainontaan, katutasoisen liikehuoneistossa sijainneeseen kahvilatoimintaan, oheispalveluihin sekä huoneiston luovutus- ja varauskäytäntöihin. Perustelut noudattivat vuosikirjaratkaisun KHO 2014:143 linjauksia.

Päätöksestä valitettiin korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Hallintopakon edellytysten osalta KHO arvioi, oliko asuinhuoneistojen käyttötarkoitus muuttunut MRL 125.5 §:n tarkoittamalla tavalla olennaisesti. Koska luvanvaraisuuden arvioinnin lähtökohtana on alueelle yksityiskohtaisessa kaavassa osoitetut aluevaraukset sekä myönnetty rakennuslupa, tulee MRL 125.5 §:n soveltamisessa tapauskohtaisesti arvioida, vastasivatko tarkastelun kohteen käytön tyypilliset vaikutukset sekä myönnettyä rakennuslupaa että alueelle kaavassa osoitettua ”käyttötarkoituksen yleistä luonnetta sekä siihen liittyviä ennakoitavissa olevia ja oikeutettuja odotuksia”.

KHO perusti ratkaisunsa toiminnan laajuuden arviointiin ja vuokraustoiminnan yhteydessä tarjotuista palveluista saatuun selvitykseen. KHO katsoi selvityksi, ettei X Oy:n asuinhuoneistoissa harjoittama toiminta, sen laatu ja laajuus huomioiden, ollut tyypillisiltä vaikutuksiltaan asemakaavan pääkäyttötarkoituksen ja rakennusluvan mukaista kerrostaloasumista. Sen sijaan toiminnan laajuus ja vuokraustoiminnan yhteydessä tarjotuista palvelusta saatu selvitys huomioon ottaen, kysymys oli majoitustoiminnan luonteisesta lyhytkestoisten majoitusjaksojen toistuvasta tarjoamisesta. Käyttötarkoitusta oli olennaisesti muutettu MRL 125.5 §:ssa tarkoitettulla tavalla. KHO kiinnitti HaO:n tavoin huomiota yrityksen sosiaalisessa mediassa, booking.com-sivustolla ja kotisivuillaan harjoittamaan markkinointiin ja mainontaan: huoneistoissa pystyi majoittumaan muutamista päivistä viikkoihin. KHO kiinnitti huomiota lisäksi huoneiston luovuttamisen niin sanottuihin check-in/-out -aikoihin, varauksen peruuttamiseksi, maksujärjestelmään ja maksutapoihin, liinavaatteiden ja pyyhkeiden sisällyttämiseen hintaan, mahdollisuuteen saada erillinen lisä- tai vauvasänky huoneeseen, ja loppusiivouksen kuulumiseen hintaan.

Perustelujen mukaan osakkeenomistaja, joka on vuokrannut hallitsemansa huoneiston, vastaa omalta osaltaan siitä, että huoneiston käyttötarkoitus on rakennusluvan ja asemakaavan mukainen. Velvoite asuinhuoneiston luvattoman käytön lopettamiseksi voidaan KHO:n mukaan kohdistaa eri tahoihin, mikäli näillä on oikeudellinen ja tosiasiallinen mahdollisuus noudattaa velvoitetta. Osakkeenomistaja A:lla oli tällainen mahdollisuus, sillä hän voi ”vuokrasopimus päättämällä” estää huoneiston käyttötarkoituksen vastainen käyttö. A oli siten voitu velvoittaa MRL 182 §:n ja uhkasakkolain 6 §:n ja 7 §:n 1 momentin perusteella lopettamaan asuinhuoneiston käyttäminen majoitustilana.

Vuosikirjaratkaisun KHO 2021:77 sisällöllinen oikeuskysymys oli asuinpienalojen (AP) korttelialueen kahdella tontilla sijaitsevien rivitalon ja paritalojen käyttötarkoituksen rakennusluvan ja asemakaavan mukaisuus. Kysymys oli siitä, onko tonteilla harjoitettavaa vuokraustoimintaa pidettävä sellaisena asemakaavan ja tonteille myönnettyjen rakennuslupien vastaisena majoitustoiminnan luonteisena toimintana, johon kunnan rakennusvalvontaviranomaisen on velvollisuus puuttua (MRL 182 §). Kohteena olevat huoneistot olivat rakennusluvan mukaiselta käyttötarkoitukseltaan asuinhuoneistoja. Asiassa oli selvitetty, että toimenpidepyynnössä tarkoitettua yhtä kalustettua paritalohuoneistoa ja ainakin yhtä kalustettua rivitalohuoneistoa oli tarjottu toistuvasti vuokralle myös lyhytkestoisilla sopimuksilla.

A oli pyytänyt kunnan rakennusvalvontaviranomaista ryhtymään toimenpiteisiin kahdella hänen asuinkiinteistönsä rajautuvalla tontilla harjoitettavan majoitustoiminnan luonteisen huoneistojen vuokraustoiminnan lopettamiseksi. Toisella mainituista tonteista sijaitsi neljä huoneistoa käsittävä rivitalo ja toisella kaksi paritaloa. Kolmelle kahden paritalon yhteensä neljästä huoneistosta oli myönnetty vuonna 2006 poikkeamislupa asemakaavan käyttötarkoituksesta ma-

joitustoimintaan, joten A:n toimenpidepyyntö koski muita kuin poikkeamis päätöksessä tarkoitettuja huoneistoja. Myönnetyn poikkeamisluvan merkitykseen otettiin erikseen kantaa.

Kunnan rakennusvalvontaviranomainen oli päättänyt olla ryhtymättä MRL 182 §:n mukaisiin toimenpiteisiin, koska sen mukaan vuokraustoimintaa voitiin pitää alueelle tyypillisenä. Samaan kortteliin oli jo myönnetty poikkeamislupa majoitustoimintaan. Hallinto-oikeus oli A:n valituksesta kumonnut rakennusvalvontaviranomaisen päätöksen ja palauttanut asian uudelleen käsiteltäväksi. HaO nojautui perusteluissaan pitkälti vuosikirjaratkaisun 2014:143 perusteluihin.

Kaupungin hakiessa muutosta KHO toisti edellisen vuosikirjaratkaisun (76) tulkintaopin. Käyttötarkoituksen muutoksen luvanvaraisuutta arvioitaessa (MRL 125.5 §) oli tapauskohtaisesti tarkasteltava sitä, vastasivatko lupaharkinnan kohteena olevan käytön tyypilliset vaikutukset myönnettyä rakennuslupaa ja alueelle asemakaavassa osoitetun käyttötarkoituksen yleistä luonnetta sekä siihen liittyviä ennakoitavissa olevia ja oikeutettuja odotuksia. Olennaista oli se, millaisia konkreettisia vaikutuksia toiminnalla kulloisessakin yksittäistapauksessa on. KHO:n mukaan asiassa on selvitetty, että toisella tontilla sijaitsevaa kalustettua huoneistoa on tarjottu toistuvasti vuokralle sekä lyhyt- että pitkäkestoisilla sopimuksilla. Toisella tontilla sijaitsevien neljän rivitalohuoneiston käytöstä ja vuokraustoiminnasta esitetty selvitys on osittain ristiriitaista, mutta asiassa voidaan kuitenkin pitää selvitetynä, että ainakin yhtä kalustetuista huoneistoista on tarjottu toistuvasti vuokrattavaksi sekä lyhyt- ja pitkäkestoisilla sopimuksilla internet-sivustoilla Booking.com ja Tori.fi.

Kalustettujen huoneistojen toistuva vuokraaminen lyhytkestoisilla sopimuksilla oli luonteeltaan majoitustoimintaa, jota ei voitu pitää asuinalueelle tyypillisenä, ja joka ei myöskään vaikutuksiltaan vastannut tavanomaista pientaloasumista. MRL:n mukaisessa harkinnassa ei ollut merkitystä huoneiston omistaja ja vuokralaisen välisen sopimuksen oikeudellisella muodolla tai sillä, oliko kysymys liiketoiminnasta. Asemakaavoitetulla alueella alueen pääasiallinen käyttötarkoitus osoitetaan asemakaavassa. Koska nyt kysymyksessä olevat tontit sijoittuivat asuinpienalojen korttelialueelle, kyseessä olevaa vuokraustoimintaa ei voitu tässä tapauksessa pitää alueelle tyypillisenä yksinomaan sillä perusteella, että yhdelle mainitulle korttelialueelle sijoittuvista tonteista oli myönnetty kolmea huoneistoa koskeva poikkeamislupa majoitustoimintaan.

Kun otettiin huomioon, että ainakin kahta toimenpidepyynnössä tarkoitettua huoneistoa käytettiin asiassa saadun selvityksen perusteella sellaiseen majoitustoimintaan, joka ei ollut alueella voimassa olevan asemakaavan ja tonteille myönnettyjen rakennuslupien mukaista, rakennusvalvonta ei ollut voinut päätöksessään esittämillään perusteilla ja kysymyksessä olevan vuokraustoiminnan laatua ja laajuutta yksityiskohtaisemmin selvittämättä päättää olla ryhtymättä asiassa MRL 182 §:ssä tarkoitettuihin toimenpiteisiin.

KHO totesi johtopäätöksensä, että saadun selvityksen perusteella tonteilla sijaitsevia huoneistoja tarjotaan toistuvasti vuokrattavaksi myös lyhytkestoisilla sopimuksilla. Kyse on sellaisesta majoitustoiminnasta, joka ei ole asemakaavan ja tonteille myönnettyjen rakennuslupien mukaista. Rakennusvalvonta ei tämän vuoksi ole voinut päätöksessään esittämillään perusteilla ja kysymyksessä olevan vuokraustoiminnan laatua ja laajuutta yksityiskohtaisemmin selvittämättä päättää olla ryhtymättä asiassa MRL 182 §:ssä tarkoitettuihin toimenpiteisiin.

## 3.2. Epätyypillisyysoopin sisällöllisten elementtien tarkastelua

### 3.2.1. Toiminnan luonne käyttötarkoituusarvioinnin kriteerinä

Ratkaisussa KHO 2021:76 oli kysymys niin sanotusta salahotellitapauksesta: asuimiskäyttöön kaavoitetulla kiinteistöllä sijaitsevassa kerrostalossa harjoitetaan tosiasiallisesti majoitustoimintaa.<sup>33</sup> Toiminnanharjoittaja<sup>34</sup> luovuttaa joko omistajana tai jälleenvuokrausta koskevan sopimusjärjestelyn perusteella hallitsemiaan asuinhuoneistoja lyhytaikaiseen käyttöön. Huoneistot voivat olla kerrostalossa, omakotitalossa tai rivitalossa, mutta ne sijaitsevat asuinalueeksi kaavoitetulla tontilla/kiinteistöllä ja rakennusluvan mukainen käyttötarkoitus on jokin muu kuin majoitustoiminta. X Oy:n toiminnassa ei ollut kysymys jakamistaloudeksi katsottavasta toiminnasta, jolla tarkoitetaan digitaalisten alustojen välityksellä tapahtuvaa erilaisten hyödykkeiden myymistä tai muuta tarjoamista alustoja käyttävien yksityishenkilöiden välillä.

Ratkaisu 2021:77 on edelliseen verrattuna hieman vaikeammin jäsennettävissä jakamis- tai alustatalouden viitekehykseen. Kyseessä on ns. asuntosijoittaja-tilanne<sup>35</sup>, jossa toiminta ei laajuudeltaan vastaa selkeästi ammattimaista salahotellia, mutta on aitoa vertaismajoitusta laajempaa. Lisäksi yleistysten tekemistä hankaloittaa tontin käyttötarkoituksen erityispiirteet aikaisemmin myönnetyn poikkeamisluvan johdosta<sup>36</sup>. Varsinkin kun poikkeamislupa on myönnetty juuri

33. Salahotellin määritelmästä, ks. Päläs – Hovila DL 3/2020, s. 374–375.

34. Ratkaisu tarkensi myös yksittäisen ensivuokraajana olevan asunnonomistajan vastuuta harjoitetun toiminnan lainmukaisuudesta. On huomattava, että tapauksessa osakkeenomistaja ei itse ollut toiminnanharjoittaja eikä toiminut tarjoajan roolissa suhteessa laajempaan asiakas-kuntaan.

35. Ks. Päläs – Hovila DL 3/2020, s. 378–381.

36. Poikkeamismenettely on aina vahvasti sidoksissa yksitaitapauksen erityispiirteisiin tavoitteenaan lieventää jännitettä MRL:n ohjausjärjestelmän ja reaaliympäristön tarpeiden tai tilanteiden välillä. Poikkeamismenettelyn käyttäminen usein rikkoo järjestelmän johdonmukaisuuden ja tuo mukanaan sattumanvaraisuutta tai vähintäänkin korostunutta tilannesidonnaisuutta. Ks. Heinilä 2017, s. 263–264 ja 440–441 sekä Veikko O. Hyvönen, Kaavoitus- ja rakentamisoikeus. Ky Veikko O. Hyvönen & Co 1988, s. 309–310.

majoitustoimintaa. Kaupungin argumentaation mukaan poikkeamislupa teki majoitustoiminnan vaikutukset tyypilliseksi koko korttelin näkökulmasta. KHO ei, aivan oikein, tätä näkökulmaa hyväksynyt. Poikkeamislupa ei voi muuttaa koko korttelin pääkäyttötarkoitusta eikä vaikuttaa sen ulkopuolella olevien rakennusten tai huoneistojen käyttötarkoituksen arviointiin. Yksittäisellä luvalla ratkaistaan vain sitä koskevan hankkeen toteutuminen. Vaikutus ei ulotu ympäröivään maankäyttöön.<sup>37</sup> Ratkaisussa pääasian arviointi palautettiin rakennusvalvontaviranomaiselle, mutta KHO muistutti sisällöllisen arvioinnin lähtökohdista eli epätyypillisyysoopista. Ratkaistava pääasia koski MRL 182 §:n mukaista toimenpidettä, joten oppia ei kuitenkaan sisällöllisesti sovellettu. Selvityksen hankkiminen ja sisällöllinen arviointi palautettiin rakennusvalvontaan.

Epätyypillisyysoopin kehittymisen kannalta ratkaisut ovat kuitenkin merkitäviä. KHO tarkensi ja kehitti edelleen omia aikaisempia ja HaO:n käyttämiä perusteluita. Vaikka toiminnan aiheuttamiin epätyypillisiin vaikutuksiin sekä kaavajärjestelmän ja rakennusluvan edellytysuhteeseen on viitattu aikaisemminkin, nyt ennakoitavissa olevia vaikutuksia korostetaan entisestään. Kun epätyypillisyysoopin ensimmäisessä vaiheessa (KHO 2014:143) oikeudellisen arvioinnin keskiössä oli ”toiminnan tosiasialliset vaikutukset”, nyt kehittyneessä opissa harkinnan keskiössä on ”vastaako lupaharkinnan kohteena olevan käytön tyypilliset vaikutukset myönnettyä lupaa ja alueen yksityiskohtaisessa kaavassa osoitetun käyttötarkoituksen yleistä luonnetta sekä siihen liittyviä ennakoitavissa olevia ja oikeutettuja odotuksia”. Lisäksi olennaista on, millaisia konkreettisia vaikutuksia toiminnalla on kussakin yksittäistapauksessa.

Erityisen merkityksellinen epätyypillisyysoopissa on kytkentä konkreettisesti käsillä olevaan yksittäistapaukseen ja siitä saatuun selvitykseen – näyttöön. Kumpaankaan vuosikirjaratkaisuun ei kuitenkaan sisälly arviota siitä, miten kaavan vastaisiksi ennakoituvat vaikutukset käytännössä erosivat kaavan ja rakennusluvan mukaisista vaikutuksista. Arviointia mutkistaa vielä se, että kaavamerkintöjen ja -määräysten kirjo rakentamisen kohdalla on laaja ja joustava. Voimassa olevat kaavat saattavat lisäksi olla varsin eri ikäisiä.<sup>38</sup> Kaikki tämä lisää tulkintojen mahdollisuuksia punnittaessa suunnitellun toiminnan ennakoituvia vaikutuksia suhteessa kaavanmukaiseen käyttöön. KHO:n tulkinta perustui ennemminkin toiminnan luonteesta ja laajuudesta sekä oheispalveluiden tarjoamisesta syntyvälle oletukselle poikkeavista vaikutuksista. Silloin ollaan jo lähempänä toiminnan oikeudellisen luonteen aiheuttamaa indisiota vaikutuksista. Aikaisemmin on esitetty, että tosiasiallisten vaikutusten arviointi kiinnittyy väistämättä usein

37. KHO on ratkaisukäytännössään todennut yksittäisten lupien ulottuvuuden rajallisuuden. Ks. KHO 2008:37, KHO 2013:183 ja Heinilä 2017, s. 282.

38. Ks. Jääskeläinen 2020, s. 111.

toiminnanharjoittajan siviilioikeudelliseen luonteeseen<sup>39</sup>. Vähintäänkin siviilioikeudellista luonnetta määrittävät seikat luovat oletettaman harjoitetun toiminnan epätyypillisiin vaikutuksiin tapauksen kokonaisarvioinnissa. Tämä on ollut havaittavissa myös aikaisemmassa oikeuskäytännössä, vaikka muodollisesti se on haluttu irrottaa MRL:n mukaisesta harkinnasta. Seuraavassa jaksossa epätyypillisyysoysoissa tehtävä tulevaisuuden ennustaminen paikannetaan osaksi ympäristöoikeudellinen ratkaisutoiminnan erityispiirteitä, jolloin tulevien vaikutusten yksittäistapauksellinen ennakointi käy ymmärrettäväksi.

Käsillä olevista vuosikirjaratkaisusta ei voi tehdä kategorisia johtopäätöksiä, joiden mukaan kaikenlaiset lyhytvoimakrauksen muodot olisivat MRL:n sääntelyn vastaisia tai muutoin luvattomia. Kukin tilanne on aina erityispiirteinen tarkasteltava suhteessa kaavaan, rakennuslupaan ja poikkeamisen mahdollisuuksiin.

### 3.2.2. Ennakoitavissa olevat odotukset ympäristöoikeudellisena arviointikriteerinä

KHO:n vuosikirjaratkaisuisissa 2021:76 ja 77 edelleen kehittämä epätyypillisyysoyso, jossa korostetaan kaavan mukaisen käyttötarkoituksen yleiseen luonteeseen *liittyviä ennakoitavissa olevia ja oikeutettuja odotuksia* käsillä olevassa yksittäistapauksessa on luontevasti liitettävissä aikaisempaan ympäristöoikeudellisen ratkaisutoiminnan perinteeseen. On kuitenkin huomattava, että tässä yhteydessä tarkemmin käsitellyt KHO:n ratkaisut ovat tulleet vireillä jälkivalvonnan kautta ja kyseessä on niin sanottu luvantarveharkinta. Vaikka epätyypillisyysoyso ei näin ollen ole oikeuskäytännössä rakentunut ennakkolliseen lupaharkintaan liittyvissä oikeustapauksissa, on se silti niihin sovellettavissa. Kyseessä on saman oikeusohjeen tulkinta ja ensisijaisesti tulkinta tehdään ennakkollisessa lupamenettelyssä. Epätyypillisyysoyso tuo ennakkollisen lupamenettelyn joustavan säännöksen tulkintaan kontekstuaalisen ja tilanneherkän otteen, jossa on otettava huomioon säännöksen ja koko kaavoitus- ja rakentamisoikeuden tavoitekonfliktinratkaisusta. Kontekstuaalisuus ja tilannesidonaisuus mahdollistaa esimerkiksi toiminnan siviilioikeudellisen luonteen painottamisen, mikäli se yksittäistapauksessa on merkityksellistä.<sup>40</sup>

Oikeudellinen rakennuslupaharkinta, jossa epätyypillisyysoysoa sovelletaan, on esimerkki myös ennakkollisesta lupamenettelystä. Kyseessä on tyypillinen ympäristöoikeuden alan päätöksenteko- ja harkintatilanne, jossa selvityksen perusteella tehdään yleistyksiä ja osin ennustuksia tunnusmerkistön konkre-

39. Ks. KHO 2014:80, KHO 2014:143 ja KHO 2015:87. Ks. kirjallisuudessa Päläs – Hovila DL 3/2020, s. 376–378; Ilari Hovila – Jenna Malo, Epätyypillinen vuokraustoiminta MRL:n ja AsOYL:n käyttötarkoitussääntelyssä. Liikejuridiikka 2/2017, s. 92–96 ja Jääskeläinen 2020, s. 111–114.

40. Ks. Päläs – Hovila DL 3/2020.

tisoimiseksi. Lupaharkinta on korostuneesti tulevaisuuteen suuntautuvaa päätöksentekoa, jossa ohjataan tulevaa toimintaa eikä arvioida menneiden toimien lainmukaisuutta.<sup>41</sup> Näytön eli selvityksen arviointi poikkeaa siis siviili- ja rikosprosessioikeudesta, joille lainkäyttö on ennen muuta menneiden tapahtumien arviointi<sup>42</sup>. Tulevaisuuteen suuntautuvassa oikeudellisessa päätöksenteossa korostuu tulevien tapahtumainkulkujen ja vaikutusten ennakointi. Joskus ne on mahdollista ennustaa melko tarkkaankin luonnontieteellisten syy-seuraussuhteiden sekä yleisten kokemussääntöjen avulla. Harvinaisemmissa tilanteissa avuksi saatetaan kuitenkin tarvita tulkinta- ja argumentaatiotyökaluja. Tällöin yhtenä ratkaisukeinona on korostaa tulkinnan tavoitteellisuutta.<sup>43</sup> Jakamistalouden ilmiöiden häiriköidessä kaavoitus- ja rakentamisoikeudellista ratkaisutoimintaan kyseessä saattaa olla tallainen kiperämpi tulkintatilanne, joihin vanhemmat kokemussäännöt eivät suoraan sovellu.

Tavoitteellisen tulkinnan lähtökohtia kytkettäessä epätyypillisyysooppiin tunnistamme, että ympäristöoikeuden erityispiirteisiin kuuluu vahvasti konfliktinratkaisufunktio. Erityisesti maankäytön suunnittelun ja rakentamisen ohjauksen yhtenä metatavoitteena on ratkaista kestäväällä, toimivalla ja oikeudenmukaisella tavalla erilaisten alueiden käyttöpaineiden ja intressien välinen ristiriita. Sääntelyn lähtökohtana voidaan jopa ajatella olevan konflikti. Julkinen valta siis puuttuu yhteiskunnallisiin ja taloudellisiin suhteisiin ohjatakseen niin julkista kuin yksityistäkin ympäristönkäyttöä. Ohjaus voi tarkoittaa voimakastakin puuttumista toimijoiden oikeusasemaan.<sup>44</sup>

Ympäristöoikeudellisen ratkaisutoiminnan erityispiirteenä voidaan epätyypillisyysoopin yhteydessä mainita lisäksi sääntelylogiikan perustuminen joustaviin säännöksiin. Kaavoitus- ja rakentamisoikeudelle on luonteenomaista, että sovellettavat oikeussäännöt saavat kulloisenkin sisältönsä vasta tapauskohtaisen soveltamisen ja harkinnan yhteydessä eli abstrakti sääntö ja konkreettisen asian-tila sovitetaan yhteen.<sup>45</sup> Asia voidaan ilmasta myös siten, että ympäristöoikeudellisella ratkaisutoiminnalla on vahva in casu -luonne. Lainsäädännön tasolla ei ole mahdollista tyhjentävästi säännellä konfliktien ratkaisua, koska ympäristölliset

41. Ks. Pekka Vihervuori, Viranomaisen asianosaispuhevallasta vesiasioissa. Tutkimus edunvalvonnan edellytyksistä vesien käyttöä koskevassa päätöksenteossa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1981, s. 85 ja Pekka Vihervuori, Totuudesta hallintolainkäytössä, teoksessa R. Nuolimaa – P. Vihervuori – H. Klemettinen (toim.), Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004. 2004, s. 506–507.

42. Ks. Veijo Tarukannel – Matti Tolvanen, Näyttöratkaisuja hallintolainkäytössä. Lakimies 6/2011, s. 1112.

43. Ks. Niko Soininen, Vesioikeudellinen perusteluvollisuus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2016, s. 57–58.

44. Ks. Erkki Hollo, Ympäristöoikeus. Jyväskylä 1991, s. 6–7; Kai Kokko, Ympäristöoikeuden perusteet. Edita 2017, s. 10–13 ja 393–394 sekä Heinilä 2017, s. 37.

45. Ks. Kari Kuusiniemi, Ympäristönsuojelu ja immisioajattelu. Talentum 1992, s. 133 ja Heinilä 2017, s. 38.

olosuhteet ja intressit ovat kussakin ratkaistavassa yksittäistilanteessa erilaiset.<sup>46</sup> Käyttötarkoitussääntelyn muodostaessa konfliktin huomioon on otettava myös omaisuudensuojanäkökulma.

Käyttötarkoitussääntelyn taustalle omaisuudensuojan näkökulmasta voidaan tunnistaa esimerkiksi seuraavat näkökulmat. Ensinnäkin ympäristöoikeuden alalla voidaan puhua niin sanotusta maanomistusoikeuden sosiaalisidonnaisesta käyttörajoituksesta. Kiinteistön omistajan omaisuudensuojan sisältö määrittyy yhdessä kaikkien sitä tavalla tai toisella rajoittavien normistojen kanssa, poiketen vaikkapa siviilioikeudellisesta lähtökohdasta esineen yksinomaiseen kompetenssiin.<sup>47</sup> Toisaalta voidaan ajatella, että kiinteistön omistamista tulisi tarkastella ensisijaisesti taloudellisen arvon kautta erotuksena sosiaalisidonnaiseen näkökulmaan kytkettyvän faktisen nykyhetken sidotun käyttömahdollisuuden näkökulmasta. Vaikka taloudellinen arvo perustuu ennen muuta faktiseen käyttömahdollisuuteen, nähdään se silti laajempänä pitäen sisällään myös tulevia potentiaalisia käyttömahdollisuuksia ja odotusarvoa.<sup>48</sup> Käyttötarkoitussääntely liikkuu perustuslaillisen omaisuudensuojan kannalta herkillä alueella. Vaikka sääntely rajoittaa omistajan yksinomaista käyttövaltaa kiinteistöön/huoneistoon, sen legitimitetti on helposti ymmärrettävissä osana kaavoitus- ja rakentamisoikeudellista ohjausta. Silti omaisuudensuojakytkös tuo erityisesti hallintopäätösten tekijöille korostuneen perusteluvollisuuden ja vaatimuksen huolelliseen tilanneherkkään tunnusmerkistön selvittämiseen.

Olemme siis tunnistaneeet alalle tyypillisiä ja vakiintuneita erityispiirteitä, jotka vaikuttavat ympäristöoikeudellisen päätöksenteon luonteeseen kaavoitus- ja rakentamisoikeuden alalla. Jakamistalouden ilmiöt vaikuttavat rakennusten ja huoneistojen käyttötarkoitussääntelyyn. Kyse on ennakkolisesta päätöksenteosta tai lupamenettelystä, jossa joustavia säännöksiä tapauskohtaisesti tulkiten pyritään ennakoimaan toiminnan tulevia vaikutuksia ja saavuttamaan kestävä konfliktin ratkaisu.

46. Ks. Ari Ekroos, Kauneus ja rumuus ympäristöoikeudessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1995, s. 50 ja Pöyhönen 2003.

47. Ks. Tapio Määttä, Maanomistusoikeus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1999, s. 193–241 viitteen; Kari Kuusiniemi, Ympäristöoikeus oikeuden alana, teoksessa Kari Kuusiniemi – Ari Ekroos – Anne Kumpula – Pekka Vihervuori (toim.), Ympäristöoikeus. SanomaPro 2013, s. 66–67 sekä Häkkänen 2017, s. 61–69.

48. Ks. Häkkänen 2017, s. 64–65 ja 528–529 sekä Veikko O. Hyvönen, Kiinteistönmuodostamisoikeus 2. 2001, s. 693–694.



## 4. Epätyyppisyyssopin implikaatioita erityisesti matkailun jakamistalouden sidosryhmien näkökulmasta

### 4.1. Epätyyppisyyssopin vaikutukset matkailun jakamistaloudessa toimintatutkimuksen näkökulmasta

Kysymys asuinhuoneiston käytön sallittavuudesta kytkeytyy olennaisesti *matkailun jakamistalouteen* osallistuvien toiminnanharjoittamisen oikeudellis-normatiivisiin edellytyksiin. Matkailun jakamistaloudessa erityisesti vertaismajoitukseen ja lyhyt vuokraukseen liittyen toiminnan osallisiksi ovat tulleet yksityishenkilöiden ja alustapalveluita tarjoavien yritysten lisäksi esimerkiksi heidän välissä mahdollisesti toimivat välittäjäorganisaatiot, taloyhtiöt, isännöintitoimistot, matkailun kohdeorganisaatiot ja naapurit. Yhtä lailla toiminnan arvioinnista ja tarkastelusta on tullut osa rakennusvalvontaviranomaisten, verottajan ja vakuuttajien työtä. Lisäksi toiminta peilautuu perinteisen majoitustoiminnan sekä majoitusvälittäjien ja lyhyt vuokrauksen harjoittajien yritystoimintaan.<sup>49</sup> Näin ollen ilmiöön kytkeytyvillä tuomioistuintratkaistuilla on vaikutuksia suoraan matkailun jakamistalouden osallisiin sekä laajemmin sidosryhmiin erityisesti jälleenvuokraus- ja matkailutoimialoihin. Näiden vaikutusten arviointi ja sääntelyn tasolla ilmenevien muutostarpeiden paikantaminen edellyttää laajaa taloudellis-sosiaalista toimintaympäristön ymmärrystä. Toisin sanoen, kun pohditaan yksittäistapauksia koskevien ratkaisujen oikeusvaikutuksia, pelkkä toiminnanharjoittajakeskeinen ote ei ole riittävä. Toimintatutkimus avaa yhden menetelmällisen mahdollisuuden kartuttaa lainopinharjoittajan ymmärrystä.

Oikeudelliset luokittelu- ja rajanveto-ongelmat tarkoittavat MRL:n käyttötarkoitussääntelyn kontekstissa epävarmuutta toiminnan lainmukaisuudesta sekä toiminnanharjoittamisen edellytyksistä. Toimintatutkimuksen alustavien analyyysien mukaisesti monet eri toimijaryhmät näkevät olemassa olevan sääntelyn puutteellisena nykytilanteessa. Esimerkiksi asumiskäytön ja majoittumisen välisen rajan häilyvyys näyttäytyy keskeisenä oikeustilan epäselvyysongelmana niin eri viranomaistahoille, jälleenvuokrausyrityksille, isännöintipalvelun tarjoajille, taloyhtiöille ja niiden asukkaille kuin ilmiöön kytkeytyvälle muulle liiketoiminnalle. Sääntelyn tunnistamat muodot – pysyväaikainen asuminen ja tilapäinen majoitus – eivät myöskään huomioi vakiintunutta toimialaa, joka tarjoaa keikkatyöläisille tilapäisasuntoja tai vakuutusyhtiöiden asiakkaille hätämajoitusta esimerkiksi vesivahinkotilanteissa.

Siten ratkaisut KHO 2021:76 ja 77 poistivat tulkintaepäselvyyksiä vain pienen toimijaryhmän osalta. Molemmissa tapauksissa oli kysymys liiketoiminnassa tai selkeästi ansaintatarkoituksessa tapahtuvasta majoitustoiminnasta. Arvioin-

49. Ks. esim. Jutila ym. 2020.

nin kohteena oli useamman huoneiston käyttö - ensimmäisessä tapauksessa huoneistot sijaitsivat samassa kerrostalossa, jälkimmäisessä tapauksessa vierekkäisillä tonteilla. Ratkaisuihin ei siten voida tehdä johtopäätöksiä esimerkiksi sellaisten yritystoimijoiden tai asunostosijoittajien toiminnan sallittavuudesta, joiden asuinhuoneistot sijaitsivat eri kiinteistöillä. Epätyypillisyysoopin katveessa ovat myös yhtä asuntoa tai sen osaa lyhytaikaisvuokraavat yksityishenkilöt.

Mitkä ovat epätyypillisyysoopin vaikutukset pitkään lyhytvuokraus- ja majoitusvälitystoiminnassa mukana olleiden yritysten toimintaan? Voidaanko ratkaisuja tulkita niin, että aiemmin sallitusta yritystoiminnasta tulisi kiellettyä tai ratkaisut vähintäänkin heikentäisivät yritystoiminnan edellytyksiä? KHO:n linjaukset vaikuttavat suoraan esimerkiksi asuinhuoneistojen jälleenvuokraustoimialaan. Jako sallitun asuinkäytön ja kielletyn majoituskäytön välillä voi vaikuttaa keinotekoiselta ja asuinhuoneistojen monipuolisen käytön rajoittamiselta. Etenkin päätöksen KHO 2021:77 perusteluja voidaan kritisoida siitä, ettei KHO eritellyt, miten vaikutukset käytännössä erosivat rakennusluvan ja kaavan mukaisen käytön ennakoituista vaikutuksista. KHO:n tulkinta perustui pikemminkin toiminnan luonteesta ja laajuudesta sekä oheispalveluiden tarjoamisesta syntyvälle oletukselle poikkeavista vaikutuksista kuin tosiasiallisille vaikutuksille.

Toiminnanharjoittajien ja asunto-osakeyhtiöiden näkökulmasta oman aseman hahmottaminen sekä omaisuuden käyttöön, hallintaan ja valvontaan liittyvien normien sisällön ymmärtäminen voi olla haasteellista. Esimerkiksi: mikä on sallittu enimmäismäärä lyhytvuokrauksessa olevia asuinhuoneistoja? Voiko samalla tontilla tai kerrostalossa harjoittaa majoitustoimintaa 1–2 vai 4–5 huoneistossa, ennen kuin toiminta muuttuu MRL 125.5 §:n näkökulmasta epätyypilliseksi? Muotoutuva tulkintakäytäntö myös vastuuttaa taloyhtiöitä ja asunonnomistajia käytön sallittavuuden valvomisesta.<sup>50</sup> Kysymys kuuluukin: Miten asuntilojen käyttöä tulisi valvoa? Miten valvontavelvollisuuden täyttämiseksi saavutetaan tietoa huoneiston käytöstä? Mitä tietosuojakysymyksiä tiedonkeräämiseen liittyy?

Yksityishenkilöiden omistamissa kohteissa tapahtuva majoitus on toiminut sesonkien ja erilaisten tapahtumien aikana rekisteröidyn majoituskapasiteetin varaventtiilinä ja jopa keskeisenä mahdollistajana (esim. Tangomarkkinat, Porin Jazz, urheilutapahtumat). Samalla tavoin alustavälitteinen yksityishenkilöiden tarjoama majoitus voi toimia myös pienten paikkojen ja matkakohteiden ainoana majoitusmahdollisuutena sekä syrjäseutujen matkailutoiminnan katalyyttinä. Harvaan asuttujen alueiden (HAMA) parlamentaarinen työryhmä onkin esittänyt pienimuotoisen majoitustoiminnan sääntelyn keventämistä ja selkiyttämistä,

50. Ks. Helsingin kaupunkiympäristölautakunnan ympäristö- ja lupajaoston päätös 1.2.2019, § 15. Asunto-osakeyhtiölle ja X Oy:lle määrättiin kummallekin erikseen juokseva uhkasakko, jonka peruserä on 30 000 euroa ja lisäerä 8 000 euroa jokaista sellaista kuukautta kohden, jolloin päävelvoitetta ei ole noudatettu.

jotta voidaan madaltaa kynnystä sivutoimiselle yrittäjyydelle syrjäseuduilla sekä vastata retkeilijöiltä tulevaan kotimajoituskysyntään.<sup>51</sup> KHO:n ratkaisut kytkeytyvät myös kaksipaikkaisen ja monimuotoisen asumisen ratkaisujen muotoutumiseen. Resurssien kestävä käytön näkökulmasta yksityishenkilöillä tulisi olla mahdollisuus hyödyntää väliaikaisesti vapaata omaisuuttaan majoitukseen tai lyhytvuokraukseen.

## 4.2. Viranomaistoiminnan legitimiisyys ja valvontaharkinnan muutos

Kunnallinen rakennusvalvontaviranomainen soveltaa MRL:n mukaista käyttötarkoitussääntelyä vaativassa ympäristössä. MRL 125.5 §:n tulkinta kytkeytyy voimassa olevaan yksityiskohtaiseen kaavoitukseen, tilanneherkkään tapauksen tunnusmerkistöön sekä uusiin taloudellisiin ilmiöihin. Voidaan puhua valvontaharkinnan muutoksesta. Tällä tarkoitetaan, että MRL:n näkökulmasta jakamistalous merkitsee oikeudellisen tarkastelutason ja laajuuden sekä valvontakohteenkin muutosta. Harkinnassa ei enää riitä pelkän fyysisen objektin kuten kiinteistön, rakennuksen tai rakennelman arviointi ja siitä hankittu tekninen selvitys. Sen sijaan epätyypillisyysoopin mukaisessa arvioinnissa kohteena on myös, vähintään välillisesti, harjoitetun toiminnan laatu ja laajuus. Tätä indikoi esimerkiksi toiminnanharjoittajan siviilioikeudellinen luonne ja siitä saatu selvitys. Siviilioikeudellisen luonteen selvittäminen ja analyysi voi toimia esivaiheena varsinaisessa julkisoikeudellisessa harkinnassa ja päätöksenteossa.

Valvontaharkinnan muutos kytkeytyy siis viranomaisen hallintolain 31 §:n mukaiseen selvittämisvelvollisuuteen sekä viimekädessä perustuslailliseen vaatimukseen julkisen vallan käytön lakiperustaisuudesta. Viranomaisen on huolehdittava asian riittävästä ja asianmukaisesta selvittämisestä hankkimalla asian ratkaisemiseksi tarpeelliset tiedot sekä selvitykset.<sup>52</sup> Hallintoasian käsittelyn tavoitteena on lainmukainen ja sisällöllisesti oikea ratkaisu. Sisällöllisesti oikea ratkaisu edellyttää, että asian käsittely ja siinä tehtävät ratkaisut perustuvat luotettavaan, riittävään ja mahdollisimman objektiiviseen tietoon. Tämä pitää sisällään niin oikeussäännösten tuntemisen ja tulkinnan sekä tosiasioiden selvit-

51. HAMA-työryhmä, Pienimuotiosta majoitustoimintaa tulee helpottaa maaseudulla ja harvaan asutuilla alueilla. Tiedote 25.5.2021. Saatavissa: <https://www.epressi.com/tiedotteet/matkaillu/hama-tyoryhma-pienimuotoista-majoitustoimintaa-tulee-helpottaa-maaseudulla-ja-harvaan-asutuilla-alueilla.html> [viitattu 15.9.2021].

52. Luonnollisesti myös asianosaisen on esitettävä selvitystä vaatimuksensa perusteista (HL 31.2 §) ja viimekädessä hallintotuomioistuimen on varmistettava, että asia tulee selvitettyksi. Ks. tarkemmin virallisperiaatteesta Anu Koivuluoma – Mirjami Paso – Petri Saukko – Veijo Tarukannel – Matti Tolvanen, Hallintolainkäyttö. Alma Talent 2020, s. 45–51.

tämisen ja arvioinnin. Lisäksi ratkaisun on oltava mahdollisimman hyväksyttävä – legitiimi.<sup>53</sup>

Selvittämisvelvollisuus on ympäristöoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ja ennakkolliseen arviointiin perustuvassa luparatkaisumenettelyssä korostuneessa asemassa. Epätyypillisuusoppi tuo mukanaan elementtejä, joiden johdosta rakennusvalvonnan selvittämisvelvollisuus voi näyttäytyä vielä erityisen korostuneena ja myös haastavana. Samaan aikaan sääntely perustuu käsitteellistykseen, jotka eivät tunnista uuden taloudellisen toimintaympäristön osapuolia tai arvonluontitapoja. Hallintoviranomaisen on sovittava vakiintuneet tulkinnat uuteen reaali maailman ympäristöön. Esimerkiksi KHO:n edellä analysoiduissa ratkaisuisa painoarvoa annettiin muun muassa selvityksille verkkoalustoille saatetuista markkinointiaineistosta. Näiden käsitteleminen selvityksenä ja näyttönä ei ole yksinkertaista.<sup>54</sup> Pelkkä markkinointi verkkoalustan välityksellä ei tosiasiallisesti tarkoita, että huoneisto olisi jatkuvasti tai edes usein lyhytaikaiskäytössä. Kuitenkin epätyypillisuusoppissa käytön sallittavuusarviointi kytkeytyy vaikutuksiin ja vaikutuksia ennakoidaan esittämällä selvitystä muun muassa markkinointiaineiston muodossa. ”Ennakoitavissa olevat ja oikeutetut odotukset” uudessa ja alati muuttuvassa taloudellisessa ympäristössä on haastava oikeudellinen tulkinta-avain.

## 5. Epätyypillisuusoppi häirikön taltuttaja?

Digitalisaatio sekä uudet talouden muodot ravistelevat yhteiskunnan rakenteita ja myös oikeudellista ajattelua. Uudet tavat hyödyntää asuntovarallisuutta ovat tuoneet esimerkiksi matkailualalle uusia toimijoita ja arvoketjuja luoden pohjaa myös uusille palveluille ja liiketoiminnalle. Oikeudellisia käsitteitä ja tulkintatapoja tulee kuitenkin päivittää, jotta talouden muutoksien vanavedessä tuleviin haasteisiin kyetään vastaamaan. Erityisesti jakamistalouden tai siitä toimintamallinsa ammentavan liiketoiminnan oikeudellinen ohjaus vaatii tilanneherkkää juridiikkaa juuri toimijoiden ja toiminnan moninaisuuden vuoksi. Tämän moninaisuuden hallitsemiseksi ehdotamme epätyypillisuusoppia keinoksi arvioida asuinhuoneistojen käytön sallittavuutta, silloin kun asuinhuoneistoja käytetään lyhytaikaisvuokraukseen tai vertaismajoittamiseen.

Oikeuskäytännön kautta vakiintuvan epätyypillisuusoppin omaksuminen viranomaistoiminnassa ei ole kuitenkaan kaikilta osin helppoa. Se vaatii käyt-

53. Ks. Olli Mäenpää, Hallinto-oikeus. Alma Talent 2018, s. 437–441 ja Kuusiniemi 2013, s. 148–151.

54. Sanottu korostuu myös toimintatutkimusaineistossa.

täjältään ymmärrystä ilmiöstä ja sen vaikutuksista, niistä arvoketjuista ja sidosryhmistä, joihin päätösharkinnan kohteena oleva ratkaisu vaikuttaa. Tilanneherkkä tulkinta myös vähentää oikeuskäytännön analogiamahdollisuuksia sekä heikentää tuomioistuinratkaisujen yleistettävyyttä ja oikeuden ennakoitavuutta.<sup>55</sup> Epätyypillisyysoopin avulla joustavaa normia tulkitaan tavoitteellisesti ja ennakkollisen päätöksenteon kontekstissa. Epätyypillisyysoopin soveltaminen avaa kysyttäväksi myös laajemmin viranomaistoiminnan selvittämisvelvollisuuden ja näytön arvioinnin periaatteita. Voi ilmetä tarvetta tutkia perusteellisemmin selvitysvelvollisuuden sisältöä: mikä on toiminnan luonnetta koskevan selvityksen hankkimisen ja arvioinnin yhteys viranomaistoiminnan legitimitettiin? Kuinka laajalle valvovan viranomaisen selvitys voi ulottua? Mitä on riittävä ja hyväksytty selvitys?

55. Myös Pöyhönen tunnistaa tämän tilanneherkän juridiikan ongelmaksi. Ks. Pöyhönen 2003, luku 5.

## **The sharing economy and permitted housing usage**

JENNA PÄLÄS, LL.M., Doctoral Candidate, University of Lapland – ILARI HOVILA, LL.D., Senior Lecturer, University of Lapland – MARIA HAKKARAINEN, D.Soc.Sc., Senior Lecturer, University of Lapland

The sharing economy allows for novel and innovative models of digital, platform-based value co-creation where everyone has the possibility to share, provide, obtain, use, and purchase different types of resource. On online platforms, individuals are able to participate in home swapping, couch surfing, short-term renting, and peer-to-peer accommodation practises – also globally. Characteristically for online platform service providers, Airbnb and other intermediary actors have transformed and disrupted tourism, housing, and accommodation service sectors by enabling new micro-actors or microentrepreneurs to enter these sectors. This phenomenon has led to several legal uncertainties e.g., regarding land use and housing regulation.

The novel ways to use buildings and apartments have blurred the established demarcation between permitted housing usage and unpermitted, and thus prohibited, use of areas and buildings designated only for permanent residence for temporary accommodation purposes. As stated in section 125(5) of the Finnish Land Use and Building Act, a substantial alteration in the intended usage of apartments and buildings requires a building permit. In the context of home sharing, the key question is whether short-term rentals or peer-to-peer accommodation constitute a substantial alteration in intended usage. According to the legal provision in question, when the need for a permit is being considered, the impact the alteration will have on the implementation of the relevant land use plan must be taken into account.

From the perspective of Land Use and Building Act, the authors argue that current land use regulation does not in full extent recognise the changed field of housing usage. The main issue in applying land use regulation to short-term housing usage is closely linked to the diversification of actors and practices in the rental and accommodation sector. The authors seek to introduce an emerging case-situational interpretation method or doctrine where the judicial assessment is based upon the measurement of the atypicality of the impact that the altered use would probably cause. Secondly, the authors examine how this doctrine of atypical impact has emerged, and in the context of short-term usage, how it has been developed in the practice of the Finnish Supreme Administrative Court.



# Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus 4D

**HAKUSANAT:** julkiset hankinnat, tarjouspyyntö, tarjous

## 1. Johdanto

Maailmanlaajuisen pandemian aikana huomaa muistelevansa aikaa, jolloin saattoi käydä elokuvissa. Elokvateatterissa käynti on tarjonnut muiden kävijöiden kanssa jaetun vauhdikkaan kokemuksen, jossa ääni ja kuva tai jopa liike tavoittavat kävijän useista eri suunnista. Tällaisissa kolmi- tai jopa nelikulotteisen elokuvan kokemuksissa on aika ajoin saattanut havahtua siihen, että muutoin television tai näytön ruudulta seurattu tarina sisältääkin sellaisia innostavia uusia puolia, joista ei ole ollut aiemmin ollut tietoinen.

Edellä kuvattuja tuntemuksia saattaa kohdata myös lain tulkinta- ja soveltamistilanteissa siten, että alun perin yksikulotteiselta vaikuttanut oikeuslähde tai säännelty ilmiö saakin yllättäen soveltamistoiminnan kautta toisen, kolmannen tai jopa neljännen ulottuvuuden. Näiden uusien ulottuvuuksien edessä soveltajaa saattaa olla innostunut ja kiinnostunut, mutta toisaalta alkaa puolien moninaisuuden vuoksi kaipaamaan aikaa, jolloin yksikulotteinen ilmiö oli helpommin kohdattava ja käsiteltävä. Tällaisia ajatuksellisia yhtymäkohtia elokuvaelämyksiin saattaa kyetä osoittamaan niistä niinkin kaukana olevien elämänilmiöiden parissa kuin julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisessa.

Esitän tässä artikkelissa, että tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus on julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön alalla ilmiö, jonka lain kanssa työskentelevät ovat oppineet tuntemaan perinteisenä, usein käytännössä eteen nousevana sekä oikeuslähteiltään ja niiden soveltamiselta melko vakiintuneena, mutta joka pidempään tarkasteltaessa näyttääkin sisältävän uusia ja yllättäviä soveltamisolottuvuuksia. Keskeinen syy tälle yllättävyydelle on mielestäni se, että tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden sääntely on yhtäältä toimintaperiaatteeltaan yksinkertainen ja mukautuva ja toisaalta sääntelynsä<sup>1</sup> osalta muodon ja sisällön yhdistävä. Käsitelen artikkelissa tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta sen perusmekanismin ja neljän ulottuvuuden näkökulmista: hankinnan kohteen ja tarjoajien vaatimusten ulottuvuus, selvityksiä ja tarjousten muotoa koske-

\* Markus Ukkola, OTT.

1. Tai oikeastaan säännösten sanamuodon osalta.

vien vaatimusten ulottuvuus, vaatimusten täyttyminen ajallinen ulottuvuus sekä tarjousten täsmennyttämisen ja täydennyttämisen ulottuvuus. Aiheen liiallisen monimutkaistamisenkin riskillä pidän tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden eri ulottuvuuksien tarkastelemista hyödyllisenä lainsäädännön systematisoimisen ja tarkemman kokonaiskuvan muodostumisen kannalta, ainakin yhden artikkelin verran.

## 2. Tarjouksen tarjouspyynnön perusmekanismi

Julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön sääntelemä hankintamenettely on huutokaupan mekanismin pohjalle rakentunut oikeudellinen, hallinnollinen ja markkinoihin suuntautuva menettely, jossa (karkeasti kuvattuna) julkisyhteisöt ja muut lainsäädännön hankintayksikön tunnusmerkit täyttävät tahot viestivät käynnistyvistä hankinnoistaan markkinoille ja vertailevat tämän perusteella niille saapuneita tarjouksia keskenään ennalta asettamiensa kriteerien valossa ja valitsevat lopulta yhden tai useamman sopimuskumppanin.<sup>2</sup> Pääsy tähän huutokaupanomaiseen mekanismiin eli tarjousvertailuun ei useimmissa tapauksissa ole kuitenkaan avointa, vaan vertailuun pääsemiseksi markkinoilla toimivien elinkeinonharjoittajien (hankintalainsäädännön termein toimittajien ja tarjousten jättämisen jälkeen tarjoajien<sup>3</sup>) on täytettävä tiettyjä pääsyvaatimuksia. Ilmiötä, jossa vaatimusten täyttymistä arvioidaan ja jossa täyttyminen lopulta ratkaistaan, kutsutaan yleisesti tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuudeksi. Kyseistä ilmiötä koskee kokonaan oma pykälänsä hankintasäädöksistä useimmin sovellettavassa julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetussa laissa (1397/2016, hankintalaki).

2. Ks. taloustieteen, huutokauppojen ja hankintojen yhteyksistä esim. Ks. esimerkiksi Paul Milgrom, *Putting Auction Theory to Work*. Cambridge University Press 2001; Janne Tukiainen, *Empirical Analysis of Competition in Procurement Auctions*. Kansantaloustieteen laitoksen tutkimuksia No. 115:2008; Randolph McAfee – John McMillan, *Government Procurement and International Trade*. *Journal of International Economics* 3–4/1989, s. 291–308; Janne Tukiainen– Jan Jääskeläinen, *Anatomy of Public Procurement*. VATT Working Papers 118 2019. A. Hyytinen – S. Lundberg – O. Toivanen, *Design of Public Procurement Auctions: Evidence from Cleaning Contracts*. Draft version. Forthcoming: *Rand Journal of Economics* 26.11.2017; Giancarlo Spagnolo – Decio Coviello – Andrea Guglielmo, *The Effect of Discretion on Procurement Performance*. *Management Science* 2017, s. 495–981.
3. Toimittajan käsite on kuvattu hankintalain 4 §:n 8 kohdassa. Toimittajalla tarkoitetaan luonnollista henkilöä, oikeushenkilöä tai julkista tahoja taikka edellä tarkoitettujen tahojen ryhmittymää, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita tai palveluja taikka rakennustyötä tai rakennusurakoita.



Voimassa olevan hankintalain arvoltaan suurimpiin hankintoihin (eli ns. EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin) sovellettavan 74 §:n<sup>4</sup> 1 momentin mukaan tarjoajan tulee tarjouksessaan osoittaa tarjoamansa tavaran, palvelun tai rakennusurakan olevan tarjouspyynnössä ja muissa hankinta-asiakirjoissa esitettyjen vaatimusten mukainen. Hankintayksikön on suljettava tarjouspyyntöä tai tarjousmenettelyn ehtoja vastaamattomat tarjoukset tarjouskilpailusta. Vastaavat oikeusohjeet sisältyvät myös EU-kynnysarvon alittaviin mutta kansalliset kynnysarvot ylittäviin ns. kansallisiin hankintoihin (104 §:n 2 momentti) sekä sosiaali- ja terveystaloudellisia ja muita erityisiä palveluja koskeviin hankintoihin (113 §:n 2 momentti) sovellettaviin säännöksiin. Tarjousvertailun ja tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden tarkistamisen järjestyksestä on puolestaan oma 79 §, jonka 1 momentin mukaan ennen tarjousten valintaa hankintayksikön on tarkistettava, että tarjous on hankinta-asiakirjoissa asetettujen vaatimusten, ehtojen ja perusteiden mukainen ja että tarjouksen on antanut tarjoaja, jota ei ole suljettu menettelyn ulkopuolelle ja joka täyttää hankintayksikön asettamat soveltuvuusvaatimukset.<sup>5</sup>

Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden arvioiminen on kuulunut pitkään julkisia hankintoja koskeviin menettelyihin eräänä sen menettelyvaiheena, mutta ilmiön laaja-alainen sääntely on verraten uutta. Vaikka julkisia hankintamenettelyjä on säännelty Euroopan unionissa direktiivein jo vuodesta 1971 alkaen<sup>6</sup> ja Suomessakin direktiiveihin pohjautuen ETA-jäsenyydestä alkaen<sup>7</sup>, aihetta on säännelty Suomessa nykyisessä laajuudessaan vasta vuodesta 2007<sup>8</sup> ja EU-direktiiveissä vuodesta 2004<sup>9</sup> alkaen. Ilmiö on kuitenkin ollut tuttu oikeuskäytännössä jo hyvissä ajoin ennen aihetta koskevia nimenomaisia säännöksiä. Teema on edelleen ajankohtainen julkisia hankintoja koskevassa oikeuskäytännössä.<sup>10</sup>

Olen edellä kuvannut tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden sääntelyä toimintaperiaatteeltaan yksinkertaisena ja mukautuvana ja toisaalta sääntelyltään muodon ja sisällön yhdistävänä. Toimintaperiaatetta koskeva luonnehdinta tarkoittaa sitä, että tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta koskeva arviointi on perusmekanismiltaan oikeudelliseen syllogismiin rinnastuva: yläpremissinä on

4. Pykälän nimenomainen otsikko on tarjouksen ja osallistumishakemuksen vaatimustenmukaisuuden osoittaminen.
5. Tähän lähtökohtaiseen etenemisjärjestykseen löytyy pykälän 2 momentista tiettyä menettelyä koskeva poikkeus.
6. Neuvoston direktiivi 71/305/ETY julkisia rakennusurakoita koskevien tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.
7. Laki julkisista hankinnoista (1505/1992).
8. Laki julkisista hankinnoista (348/2007) 46 §.
9. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta, 23 artiklan 4 ja 5 kohta.
10. Ks. esim. Eeva Kiviniemi, Hankintaprosessin virheet markkinaoikeuden oikeuskäytännössä 07/2010–06/2011. Suomen Kuntaliitto 2011.

tarjouspyynnössä tai muussa hankinta-asiakirjassa asetettu normi (vaatimus) yhdistettynä tarjouskilpailusta sulkemisen (tai tarjousvertailuun hyväksymisen) oikeusseuraamukseen, alapremissinä on tarjouksen sisältämä tieto ja lopputuloksena on näiden vastaavuutta koskeva johtopäätös.<sup>11</sup> Toisella tavalla ajateltuna kyseessä voidaan katsoa olevan minkä tahansa tiedon referenssistandardin mukaisuutta koskeva arviointi. Keskeinen premissien hyväksyttävyyttä koskeva rajausta liittyy puolestaan luonnehdintaani muodon ja sisällön yhdistämisestä ilmiötä koskeviissa säännöissä: mikä tahansa vaatimus, kriteeri tai referenssistandardi<sup>12</sup> sopii sinänsä edellä mainitun syllogismin yläpremissiksi, kunhan se ilmenee tarjouspyynnöstä tai muista hankinta-asiakirjoista, ja mikä tahansa tieto kelpaa lähtökohtaisesti alapremissiksi, kunhan se ilmenee tarjouksesta tai joissain tapauksissa ns. osallistumishakemuksesta<sup>13</sup>. Koska rajaukset on tällä tavalla yhdistetty asiakirjatyyppiin (tarjouspyyntö ja tarjous) eikä esimerkiksi asiakir-

11. Oikeudellisesta syllogismista esim. Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford University Press 2005, s. 32–48. Ks. myös MacCormickin ”puolustuspuheenvuoro” oikeudellisen syllogismin puolesta ja keskustelua kriitikoidensa kanssa. MacCormick 2005, s. 49–77. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: fin de siècle*. Harvard University Press 1997, s. 33 ja 34 Tuoreemmasta keskustelusta ks. Luís Duarte d’Almeida, *On the Legal Syllogism*, s. 335–364 teoksessa David Plunkett – Scott J. Shapiro – Kevin Toh (eds), *Dimensions of Normativity: New Essays on Methaethics and Jurisprudence*. Oxford University Press 2019. – Kun tarkastellaan hankintalain säännöksiä hieman laajemmin, havaitaan, että hankintalain 154 §:n 1 momentissa on asetettu hankintayksikölle itselleen oikeusseuraamuksia hankintalain säännösten noudattamatta jättämisestä. Näin ollen – mielenkiintoista kyllä – tuomioistuimessa voidaan aika ajoin joutua arvioimaan oikeudellisen syllogismin rakennetta mukaillen, onko hankintayksikkö noudattanut itse tarjouspyyntöasiakirjoissa asettamiaan normeja (tarjouspyynnön vaatimukset) tarjouksiin siten, että normeista on johtunut seuraamus oikeudelliseen syllogismiin rinnastuvalla tavalla.
12. Edellytyksenä on toki, että tarjouspyynnön vaatimus tai muu standardi itse täyttää hankintalainsäädännön vaatimukset muun muassa syrjimättömydestä tai selvytydestä. Jotta tarjouspyynnön vaatimus voidaan ylipäänsä ottaa johdonmukaiseksi standardiksi tarjouksille, sen tulisi olla syrjimätön ja selvä, koska muutoin se ei toimi kaikille tarjoajille yhteisenä standardina (sen voivat täyttää vain tietyt tarjoajat) tai sen täyttymistä ei voida jälkikäteen osoittaa (koska se on niin epäselvä).
13. Osallistumishakemuksella tarkoitetaan eräissä kaksivaiheisissa menettelyissä tarjouskilpailuun osallistumisesta kiinnostuneiden toimittajien tekemää asiakirjaa, jolla he pyrkivät päästä varsinaisiksi tarjoajiksi. Osallistumishakemusten osalta ks. hankintalain 74 §:n 1 momentin esitöiden (hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi 108/2016 vp) toteamus: ”Myös ehdokkaan hankintayksikölle toimittaman osallistumishakemuksen ja sen sisällön tulisi vastata hankintailmoituksessa ja muissa hankinta-asiakirjoissa asetettuja vaatimuksia. Lain 79 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaan tarjoukset on valittava edellyttäen, että tarjouksen on antanut tarjoaja, jota ei ole suljettu menettelyn ulkopuolelle ja joka täyttää hankintayksikön asettamat vaatimukset toimittajan soveltuvuudelle. Osallistumishakemuksen tulisi näin ollen lähtökohtaisesti sisältää hankinta-asiakirjoissa vaaditut tiedot, vakuutukset ja asiakirjat, jotka annettaisiin lähtökohtaisesti yhteisessä eurooppalaisessa hankinta-asiakirjassa. Ehdokkaan tulisi niin ikään vakuuttaa hankinta-asiakirjoissa asetettujen vaatimusten täyttyminen.”

jatyypeistä ilmenevän tiedon luonteeseen, tarjouksen tarjouspyynnön idea soveltuu erittäin moneen tilanteeseen ja aukeaa siten myös moneen ulottuvuuteen.<sup>14</sup>

### 3. Ensimmäinen ulottuvuus: hankinnan kohteen ja tarjoajien vaatimukset

Edellä on käsitelty sitä, että tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta koskevia laaja-alaisia säännöksiä on otettu hankintalainsäädäntöön vasta melko hiljattain. Kun tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden edellä kuvattu perusmekanismi jaetaan tarkempiin osiin, havaitaan, että näistä osa-alueista on kuitenkin ollut olemassa sääntelyä jo aiemmin.

Tarjouspyynnön vaatimukset voivat koskea sekä sitä, mitä tarjotaan (hankinnan kohde) että sitä, mikä taho tarjoaa (tarjoaja tai ehdokas). Viimeksi mainituista vaatimuksista ja vaatimustenmukaisuudesta on ollut määräyksiä jo vuoden 1971 rakennusurakoita koskevassa hankintadirektiivissä<sup>15</sup> ja 1990-luvun kansallisessa hankintalaissa<sup>16</sup>. Näitä pääpiirteittäin vastaava säännös sisältyy voimassa olevan hankintalain 83 §:ään, jonka mukaan hankintayksikkö voi asettaa ehdokaiden tai tarjoajien rekisteröitymistä, taloudellista ja rahoituksellista tilannetta sekä teknistä ja ammatillista pätevyyttä koskevia lain 84–86 §:ssä tarkoitettuja vaatimuksia. Lainkohdan mukaan ehdokkaat tai tarjoajat, jotka eivät täytä hankintayksikön asettamia vähimmäisvaatimuksia, on suljettava tarjouskilpailusta.

Hankintalain 83 §:stä löytyy siis säännös, jossa lain 74 §:n 1 momentin säännöksen mekanismia vastaavalla tavalla määrittelee referenssistandardin. Erona säännösten välillä on kuitenkin se, että hankintalain 83 §:n referenssistandardi

14. Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden teemasta on toki kirjoitettu myös alan kotimaisissa oppikirjoissa, esim. Saila Eskola – Eeva Kiviniemi – Tarja Krakau – Erkkö Ruohoniemi, *Julkiset hankinnat*. Alma Talent Oy 2017, s. 458–470. Lisäksi Elise Pekkala – Mika Pohjonen – Katriina Huikko – Markus Ukkola, *Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot*. Tietosanomat Oy 2019, s. 434–444. Ulkomaisissa oppikirjoissa tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta ei ole systematisoitu samalla tavoin koottuna yhteen, vaan teemaa on sivuttu kytkeytyneinä eri vaatimuksiin (kuten tarjoajan soveltuvuus). Ks. esim. Sue Arrowsmith, *Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1. Sweet & Maxwell 2014, s. 724–732; Christopher Bovis, *EU Public Procurement Law*. Edward Elgar Publishing 2012. Oikeuskäytännöstä ks. Albert Sanchez Graells – Constant de Koninck, *Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015–2017*. Wolters Kluwer 2018, s. 29–31. Eri lähestymistavat selittynevät jäljempänä selostetulla Suomen ja EU:n hankintalainsäädännön rakenne-eroilla tältä osin.

15. Direktiivi 305/71/ETY 20 artikla.

16. Laki julkisista hankinnoista (1505/1992) 6 §.

tai yläpremissi koskee tarjoajia koskevia *sisällöllisiä*<sup>17</sup> vaatimuksia (esimerkiksi vaatimus siitä, että tarjoajalla on riittävästi pätevää henkilöstöä palveluksessaan tai riittävä taloudellinen ja rahoituksellinen asema hankintasopimuksen toteuttamiseen) ja alapremissi sitä, *minkälaista tarjoajaa* esitetään hankintasopimuksen toteuttajaksi. Hankintalain 74 §:n 1 momentin voisi puolestaan ajatella koskevan vastaavasti yläpremissinä sisällöllisiä vaatimuksia siitä, mitä tarjoajien on tarjottava *hankinnan kohteeksi* (esimerkiksi vaatimus siitä, että ajoneuvon moottori on riittävän tehokas) ja alapremissinä sitä, mitä tarjoajat tältä osin tarjoavat. Näin ei kuitenkaan säännöksen sanamuodon mukaan ole. Kuten edellä on todettu, hankintalain 74 §:n 1 momentti on kiinnittynyt hankintamenettelyn *asiakirjoihin*: yhtäältä *tarjouspyynnössä* asetettuihin vaatimuksiin (joiden luonnetta ei ole rajattu) ja toisaalta tarjoajan velvollisuuteen osoittaa *tarjouksessaan* tarjoamansa tavaran, palvelun ja rakennusurakan olevan edellä mainittujen vaatimusten mukaiset. Säännökset eivät näin näyttäisikään muodostavan vastinpareja, vaan hankintalain 83 §:ssä on keskitytty tarjoajia koskevien sisällöllisten vaatimusten täyttymiseen ja hankintalain 74 §:n 1 momentissa sellaisten sisällöltään rajaamattomien vaatimusten täyttymiseen, jotka on asetettu säännöksen rajaamissa asiakirjoissa.

Edellä mainittu herättää kysymyksen siitä, minkä vuoksi hankintalaissa on ollut tarve säätää erikseen tarjoajaa koskevien vaatimusten täyttymättä jäämisen seuraamuksista, kun laista löytyy yleinen tarjouspyyntöön ja tarjoukseen nivoutunut 74 §, joka pitää lähtökohtaisesti sisällään kaikenlaiset tarjouspyynnössä esitetyt vaatimukset ja tarjouksissa esitetyt tiedot.<sup>18</sup> Eräs selittävä syy voi olla näyttöön liittyvä. EU:n hankintadirektiiveissä ei ole nimenomaisesti säädetty siitä, minkä hankintamenettelyn osapuolen velvollisuutena on osoittaa, että hankintayksikön tarjouspyynnössä asettamat vaatimukset täyttyvät<sup>19</sup>.

17. Sisällöllisellä vaatimuksella tarkoitetaan tässä yhteydessä vaatimusta siitä, että tarjoajan tosiasiallinen tilanne on tietynlainen erotuksena vaatimuksesta, joka koskee sitä, millä tavalla tämän vaatimuksen täytyminen selvitetään hankintayksikölle.

18. Hankintalain taustalla olevassa julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU systematiikka on tältä osin hieman johdonmukaisempi. Direktiivissä ei nimittäin ole suoraan hankintalain 74 §:n 1 momenttia vastaavaa määräystä. Direktiivin 56 artiklan 1 kohdassa on asetettu yleiset periaatteet siitä, että tarjous voidaan ottaa tarjousvertailuun vain, jos tarjous on hankinta-asiakirjoissa (kuten tarjouspyynnössä) asetettujen vaatimusten, ehtojen ja perusteiden mukainen ja jos tarjouksen on esittänyt tarjoaja, joka täyttää hankintayksikön asettamat vaatimukset. Direktiivissä ei ole nähty tarpeelliseksi säätää edellä mainitun lisäksi siitä, että tarjous tai tarjoaja on suljettava tarjouskilpailusta hankintayksikön asettamien vaatimusten täyttämättä jäädessä. Mainitun hankintadirektiivin 56 artiklan 1 kohta on myös pantu täytäntöön kansallisen hankintalain 79 §:n 1 momentissa, mikä edelleen korostaa kysymystä siitä, onko hankintalain 74 §:n 1 momentin säännökselle (tai hankintalain 83 §:n seuraamussäännökselle) tosiasiallisesti tarvetta.

19. Vuoden 2007 julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007) vastaavaa säännöstä eli 46 §:n 1 momenttia koskevista esitöistä välittyy tarkoitus vahvistaa oikeuskäytännön linjaukset lakiin:

Tähän kysymykseen on annettu vastaus hankintalain 74 §:n 1 momentissa ja kytketty tarjoajalle asetettu näyttötaakka eli velvollisuus osoittaa tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus seuraamukseen eli tarjouksen sulkemiseen tarjouskilpailusta<sup>20</sup>. Toinen selittävä syy voi olla se, että sekä nykyisin voimassa olevassa että aiemmassa hankintadirektiivissä on nimenomaisia määräyksiä siitä, että tiettyjen *standardien* mukaisia tarjouksia ei saa sulkea tarjouskilpailusta. Nämä standardit koskevat erityismääräykset on tullut panna täytäntöön kansallisessa lainsäädännössä nimenomaisin säännöksin.<sup>21</sup>

Hankintalain 74 §:n 1 momentin ja 83 §:n samanaikainen olemassaolo<sup>22</sup> on joka tapauksessa johtanut käytännössä siihen, että säännöksiä on alettu pitää lähinnä hankintayksikön asettamien *sisällöllisten* vaatimusten vastakkaisina napoina: *tarjoajaa* koskevien sisällöllisten vaatimusten mukaisuuden osalta relevantti säännös on 83 § ja *hankinnan kohdetta* koskevien sisällöllisten vaatimusten mukaisuuden osalta 74 §:n 1 momentti.<sup>23</sup> Tämä on luonnollista, sillä kyseessä ovat edellä mainittujen tilanteiden arvioimiseen parhaiten soveltuvat hankintalain säännökset. Referenssistandardin mukaisuus, jota edellä mainitut lainkohdat heijastavat, ei kuitenkaan typisty näihin kahteen napaan tai ulottuvuuteen. Hyvin usein, ja kenties enenevissä määrin, tarjouspyynnössä asetettujen vaatimusten mukaisuuden arvioinnissa ei keskitytäkään siihen, mitä hankintayksikkö on vaatinut tarjoajaa tai hankinnan kohdetta koskien, vaan siihen, *millä tavalla hankintayksikkö on edellyttänyt edellä mainittujen vaatimusten mukaisuuden osoitettavan*.

”Pykälän 1 momentissa vahvistettaisiin tarjoajan näyttövelvollisuus siitä, että tarjottu tavara, palvelu tai rakennustyö on tarjouspyynnön mukainen. Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu tarjoajien tasapuolisen kohtelun vaatimuksen sekä yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden edellyttävän tarjousten olevan tarjouspyynnön mukaisia.”

20. Vastaava seuraamus käy ilmi myös hankintalain 79 §:n 1 momentista.

21. Direktiivin 2014/24/EU 42 artiklan 5 ja 6 kohta sekä direktiivi 2004/18/EY 23 artiklan 4 ja 5 kohta. Ks. tältä osin myös aiemmin voimassa olleen hankintalain hallituksen esityksen 46 §:n yksityiskohtaiset perustelut (hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 50/2006 vp).

22. Säännökset ovat olleet olemassa myös aiemmassa hankintalaissa, julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007) 46 §:n 1 momentti ja 56 §:n 2 momentti.

23. Tämä on nähtävissä myös oikeuskäytännöstä, josta ei liene löydettävissä ratkaisua, jossa hankinnan sisältövaatimusten täyttymisen arvioimisessa ei olisi sovellettu hankintalain 74 §:n 1 momenttia tai jossa tarjoajaa koskevien vaatimusten täyttymisen arvioimisessa ei olisi sovellettu hankintalain 83 §:ää.

#### 4. Toinen ulottuvuus: selvityksiä ja tarjousten muotoa koskevat vaatimukset

Ideaalissa hankintamenettelyssä hankintayksikkö kykenisi varmistamaan asettamiensa vaatimusten täyttymisen kunkin tarjoajan ja tarjouksen osalta joko hankintayksikön täydellisen tarjoajaa tai tarjottavaa tuotetta koskevan informaation tai tarjoajien täydellisen luotettavuuden ja johdonmukaisen viestinnän kautta. Tällaisessa tilanteessa hankintamenettelyjä ei kuitenkaan käytännössä toteuteta. Hankintayksikkö ei voi tietää läheskään kaikkea sitä, mitä tarjoajat tietävät (minkä vuoksi hankintamenettelyjä ja etenkin niitä edeltäviä markkinakartoituksia osaltaan tarvitaan), eivätkä tarjoajatkaan välttämättä tiedä kaikkea tarjoamastaan tuotteesta ja sen valmistuksen ja tuotannon elinkaaren vaiheista. Lisäksi hankintamenettely ajoittuu aikaan ennen hankittavan tavaran käyttöönottoa tai palvelusuoritusten ja urakatöiden alkamista. Miten hankintayksikkö voi näissä tilanteissa tietää, että sen asettama vaatimus täyttyy?

Yksinkertaisin ja tarjoajien luotettavuuteen vahvimmin nojautuva tapa varmistua tarjouspyynnössä asetetun vaatimuksen täyttymisestä on edellyttää tarjoajalta *sitoutumista* vaatimuksen täyttymisestä tai lähteä siitä, että tarjouksen antaminen on implisiittinen sitoutuminen vaatimusten täyttämiseen. Oikeuskäytännössä on katsottu, että tarjoaja jo antamalla tarjouksen sitoutuu hankintayksikön asettamien vaatimusten täyttymiseen.<sup>24</sup> Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on lisäksi todettu, että hankintayksiköllä on lähtökohtaisesti oikeus luottaa tarjouksessa ilmoitettuihin tietoihin, ellei ole perusteltua syytä epäillä muuta.<sup>25</sup> Oikeuskäytännössä on sallittu niin ikään tarjoajan tulevaisuuteen suuntautuvien *lupausten* hyväksyminen ja käyttäminen vertailutekijänä ainakin, mikäli näiden lupausten täyttymistä on sopimuskaudella seurattu.<sup>26</sup>

Tarjoajan sitoutuminen tai lupausten antaminen ei aina riitä hankintayksikölle selvitykseksi asetettujen vaatimusten täyttymisestä. Hankintayksikkö voi tällöin edellyttää tarjoajan antavan sitoumusta laajempaa sanallista, numeraalista, visuaalista tai fyysistä selvitystä joko itsestään tai tarjoamastaan tavarasta, palvelusta tai urakasta. Kyseessä voi olla esimerkiksi kuvausta tarjoajan aiemmin suorittamista hankintaa vastaavista töistä (ns. referenssit), tarjotun tuotteen ominaisuuksista tai suorituskyvystä tai vaikkapa tarjotusta palvelunkonseptista. Kyseeseen voi tulla myös esimerkiksi rakennuksen pohjapiirustus tai tarjotun laitteen tekninen piirustus; miksei myös laitteen tai muun tavaran näytekappale.

24. Ks. esim. MAO 195/20, MAO 62/20, MAO 539/19, MAO 521/19, MAO 495/19, MAO 326/19.

Hintaa koskevista varaumista ks. myös Julius Parikka – Panu Pöykkylä, Julkiset hankinnat: Hinnan ilmoittaminen tarjouksessa ja hinta tarjousten vertailussa. Edilex-sarja 2010/37, s. 8–12.

25. Ks. esim. KHO 2020:39, MAO 298/20, MAO 216/20, MAO 326/19, MAO 238/19.

26. KHO 2014:55.

Hankintalain 3 §:n 1 momentissa mainitut syrjimättömyyden, tasapuolisuuden ja suhteellisuuden periaatteet rajaavat osaltaan tapoja, joilla hankintayksikkö voi edellyttää tarjoajien esittävän selvitystä.

Joskus voi käydä niin, että hankintayksikkö edellyttää sekä nimenomaista sitoutumista tietyn vaatimuksen täyttymiseen että tätä sitoutumista tukevia lisätietoja. Joskus nämä tiedot voivat myös olla keskenään ristiriidassa. Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 216/20<sup>27</sup> katsottiin, ettei hankintayksikkö voinut luottaa tarjoajan tarjouksessaan antamaan yleisluonteiseen ilmoitukseen siitä, että tarjoaja sitoutuu tarjouspyynnössä esitettyihin vaatimuksiin, kun samalla tarjoajan tarjoamien tuotteiden tarjouspyynnön vastaisuus oli selvästi käynyt ilmi tarjousasiakirjojen keskeisistä kohdista. Korkein hallinto-oikeus katsoi puolestaan vuosikirjaratkaisussaan KHO 2020:39, että hankintayksikkö oli voinut luottaa siihen, että tarjoajan tarjous oli tarjouspyynnön mukainen, kun tarjous oli annettu tarjouslomakkeella, jossa oli todettu, että tarjoaja tarjoaa varavoimaurakan työt tarjouspyyntöasiakirjojen mukaisesti kiinteään kokonaishintaan. Sillä, että tarjoaja oli toimittanut tarjouksensa mukana myös teknisen erittelyn tarjoamastaan generaattorista, josta oli tulkittavissa, ettei generaattorin oikosulkuvirta ollut tarjouspyynnön vaatimusten mukainen, ei ollut merkitystä, koska tätä materiaalia ei ollut edellytetty toimitettavaksi osana tarjousta. Lisäksi ratkaisun mukaan mainitun kohdan poikkeama oli vaatinut toimitetun materiaalin tarkkaa teknistä tulkintaa. Ratkaisussa kiinnitettiin huomiota edelleen siihen, että kyseinen tarjouksilpailun voittanut tarjoaja oli ennen hankintasopimuksen solmimista korvannut edellä mainitun teknisen erittelyn mukaisen generaattorin tarjouspyynnön vaatimusten mukaisella generaattorilla.<sup>28</sup>

Edellä kuvatut tiedot ja selvitykset tulevat tarjoajalta itseltään, joten joissain tapauksissa hankintayksikkö saattaa haluta saada kolmannen tahon antamaa selvitystä tarjoajasta tai tarjotusta tavarasta, palvelusta tai urakasta. Tällaisia ovat esimerkiksi testausraportit ja sertifikaatit, joista on säädetty erikseen hankintalain 73 §:ssä. Lainkohdassa pyritään estämään tilanteita, joissa hankintayksiköt rajoittavat raportteja ja sertifikaatteja koskevilla vaatimuksillaan pääsyä hankintamenettelyihin perusteettomasti tai suhteettomalla tavalla. Oikeuskäytännössä on aika ajoin jouduttu arvioimaan tarjoajien esittämien sertifikaattien tai niitä vastaavien selvitysten laajuutta ja kohdealaa<sup>29</sup>. Hankintayksikön onkin perus-

27. Äänestysratkaisu.

28. Ks. tältä osin myös ratkaisu MAO 192/20, jossa katsottiin, että vaikka voittaneen tarjoajan tarjoukseensa liittämiä vakiomuotoista koneikkoa koskeva dataliite oli poikennut osin tarjouksen liitteenä olleesta varsinaisesta teknisestä kuvauksesta, ei ollut merkinnyt sitä, että hankintayksikkö olisi ollut velvollinen sulkemaan voittaneen tarjoajan tarjouksen tarjouksilpailusta tarjouspyynnön vastaisena. Mainittu vakiomuotoisen koneikon dataliite oli ratkaisun mukaan ainoastaan täydentänyt niitä teknisiä tietoja, joita ei ollut esitetty varsinaisessa teknisessä kuvauksessa.

29. MAO 539/19, MAO 233/19, MAO 365/18.

teltua tutustua etukäteen asetettaviksi harkitsemiensa sertifikaattien kirjoon, yksityiskohtiin ja relevanssiin tehtävän hankinnan kannalta.

Hankinnan sisältövaatimusten ja selvityksiä koskevien vaatimusten osalta on tärkeää, että hankintayksikkö mieltää näiden erot ja riippuvuussuhteet. Kumpikaan ei välttämättä itsessään riitä, eivätkä vaatimukset itsessään välttämättä selitä toisiaan. Pelkällä sisältövaatimuksen asettamisella jätetään epäselväksi se, millä tavalla vaatimuksen täytyminen pitää osoittaa (mikä voi johtaa tarjousten vertailukelvottomuuteen). Lisäksi hankintayksiköltä voi jäädä tällöin varmista-matta tietyn kriittisen vaatimuksen täytyminen. Jos tarjouspyyntöasiakirjoissa asetetaan pelkkiä selvitysvaatimuksia, jätetään puolestaan epäselväksi se, mihin vaadittua selvitystä tai tietoa käytetään ja mikä merkitys selvitysvaatimuksella tällöin hankintamenettelyssä ylipäänsä on. Lähtökohtana tulisi olla se, että jokaisella vaaditulla selvityksellä tai tiedolla on merkitystä jonkin hankintayksikön asettaman sisällöllisen vaatimuksen, ehdon tai kriteerin täyttymisen tai soveltamisen arvioinnissa. Vastaavasti vaatimuksen täyttymisen arvioimisessa on hyvä pitää mielessä, arvioidaanko sisältövaatimuksen täyttymistä vai selvitys-vaatimuksen täyttymistä. Selvitysvaatimuksen täyttymättä jääminen ei nimittäin vielä suoraan osoita, että sisältövaatimus ei täytyisi, vaan pikemminkin sen, ettei hankintayksikkö voi vaatimusta vastaamattoman selvityksen johdosta ylipäänsä tehdä arviota siitä, täytyykö sisällöllinen vaatimus.

Karkeasti ottaen hankintalain systematiikassa on jaoteltavissa yhtäältä toimintaperiaatteeltaan binääriset vähimmäisvaatimukset (kuten hankinnan kohdetta tai tarjoajaa koskevat ehdottomat vaatimukset, joiden täyttymättä jäädessä tarjous tai tarjoaja suljetaan tarjouskilpailusta) ja toisaalta asteittaisesti toimivat kriteerit kuten kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteet, joiden perusteella tarjouksia vertaillaan.<sup>30</sup> Tämän karkean jaottelun perusteella voitaisiin ajatella, että vertailuperusteita tarkasteltaessa tarjoukset eivät voisi tarkalleen ottaen olla tarjouspyynnön vastaisia, sillä vaatimatonkin tarjottu suoritus tai ominaisuus voi vertailussa pärjätä, jos sitä kompensoidaan muun vertailutekijän kautta. Tällöin tarjouspyyntöasiakirjoista ei olisi osoitettavissa mitään referenssistandardia, jonka mukaisuutta voitaisiin arvioida. Tässä ajattelu rajautuu kuitenkin liikaa sisällöllisiin tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden sisällöllisiin ulottuvuuksiin. Tarjous voi olla tarjouspyynnön vastainen myös siltä osin, kuin siinä on esitetty vertailussa huomioon otettavia tekijöitä, mikäli näitä tekijöitä koskevissa tiedoissa tai selvityksissä on puutteita tai virheitä taikka tiedot eivät muutoin vastaa sitä, mitä niiden esittämislähteenä on vaadittu. Tältäkin osin hankintayksiköllä on verraten laaja harkintavalta siinä, miten tietoja pyydetään antamaan.<sup>31</sup>

30. Ks. tältä osin lisää Markus Ukkola, Hankintamenettelyn kriteerit. Lakimies 2/2011, s. 322–326.

31. Kokonaistaloudellista edullisuutta koskevan hankintalain 93 §:n esitöissä (HE 108/2016 vp) on todettu olevan riittävää, että hankintayksikön käyttämä vertailuperuste mahdollistaa tarjoajan kirjallisessa tarjouksessaan antamien tietojen tarkistamisen.



Selvityksiä koskevia vaatimuksia lähellä ovat hankintayksikön asettamat tarjouksen tai sen osan tai liitteen muotoa koskevat vaatimukset. Muotovaatimukset voivat koskea tarjouksen tietojen esittämistapaa (kuljetuspalveluiden hankinnassa esimerkiksi euro kilometriä kohden vai euro tuntia kohden) tai rakennetta (tietyissä kohden tarjousasiakirjoja tai vaikkapa hankintayksikön etukäteen laatimalla tarjouslomakkeella annettu tieto). Oikeuskäytännössä on katsottu, että tarjouksen rakennetta (tieto tietyissä kohdassa) koskevan vaatimuksen täyttymättä jääminen ei välttämättä johda tarjouskilpailusta sulkemiseseuraamukseen, jos relevantti tieto on löydettävissä muualta tarjousaineistosta.<sup>32</sup> Sen sijaan tietojen vertailuun vaikuttava vaatimustenvastaisuus tietojen esittämisessä on johtanut lähtökohtaisesti siihen, että tarjous on tullut sulkea tarjouskilpailusta tarjouspyynnön vastaisena.<sup>33</sup>

## 5. Kolmas ulottuvuus: aika

Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta koskevan perussäännön eli hankintalain 74 §:n 1 momentin sekä tarjousten käsittelyn yleisiä periaatteita koskevan hankintalain 79 §:n 1 momentin sanamuodot asemoivat tarjousten vaatimustenmukaisuuden arviointiajankohdan yhtäältä tarjousten antamisen ja toisaalta tarjousvertailun tai ainakin hankintapäätöksen tekemisen väliseen ajanjaksoon. Tässä kohtaa hankintamenettelyä hankintayksiköllä on oltava vaatimansa selvitykset ja tiedot sen arvioimiseksi, ovatko vaatimukset täyttyneet ja voiko tarjous edetä hankintamenettelyssä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että kaikkien hankintayksikön asettamien vaatimusten olisi tosiasiallisesti oltava täyttyneitä kyseisenä ajankohtana.

Oikeuskäytännössä on melko vakiintuneesti katsottu, että vaatimus siitä, että palvelun toteuttamisen edellyttämien voimavarojen (joka kuuluu tarjoajan liittyviin vaatimuksiin) on oltava tarjoajan käytettävissä ennen hankintapäätöksen<sup>34</sup> tekemistä, voi estää uusien toimijoiden alalle tuloa, rajoittaa kilpailua ja

32. Ratkaisussa MAO 114/09 on katsottu, että vaikka tarjoukset oli pyydetty lähettämään sekä kirjeitse että sähköpostitse, yksinomaan sähköpostitse saapunut tarjous oli ollut tarjouspyynnön mukainen ja se voitiin ottaa tarjousvertailuun. Ratkaisussa MAO 689/14 kiinnitettiin huomiota siihen, että tarjouksessa olleen virheellisen mallin lukua ei voitu poimia muualta tarjouksesta. Muotovaatimusten osalta ks. myös MAO 102-103/09, MAO 315/08, MAO 485/08.

33. MAO 95/20, MAO 188/19, MAO 353/18.

34. Tältä osin oikeuskäytännössä on käytetty vaihtelevaa määrettä. Oikeuskäytännöstä löytyy esimerkkejä siitä, että resurssien on tullut olla hankintayksikön käytettävissä ennen hankintapäätöksen tekemistä (mainittu KHO:n vuosikirjaratkaisu), sopimuksen täyttämisen alkaessa (MAO 782/15) tai sopimuskauden alkaessa (MAO 44/20, MAO 440/18, MAO 743/17).

saattaa tarjoajat eriarvoiseen asemaan. Joissain tapauksissa hankinnan laatu tai muu syy voi toisaalta oikeuttaa sen, että resurssien edellytetään olevan tarjoajan käytettävissä jo ennen hankintapäätöksen tekemistä ilman, että tämän voitaisiin katsoa rikkovan hankintalain kilpailuttamisvelvoitetta ja potentiaalisten tarjoajien tasapuolista kohtelua.<sup>35</sup> Edellä mainittua linjausta tukee myös hankintalain tarjoajien soveltuvuuden arvioimista koskeva systematiikka, jossa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa tarjoajat antavat vakiomuotoisen vakuutuksen soveltuvuutensa olevan vaatimusten mukainen (ns. yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja) ja jossa varsinainen selvitys tämän vakuutuksen todenperäisyydestä annetaan voittaneen tarjoajan toimesta ennen hankintasopimuksen tekemistä.<sup>36</sup>

Oikeuskäytännössä on melko harvoin otettu kantaa siihen, milloin hankinnan laatu tai muu syy voisi oikeuttaa resurssien olevan olemassa jo ennen hankintapäätöksen tekemistä. Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisussa KHO 2019:162 katsottiin, että tarjouspyynnössä asetettu pisteytysmalli, jossa laatupisteiden saamisen edellytyksenä oli ollut, että tarjoaja oli nimennyt tulkit noin seitsemän kuukautta ennen palvelun tuottamisen alkamista, oli ollut uutta markkinoille pyrkivää tai toimintaansa laajentavaa tarjoajaa syrjivä eikä näin ollen tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen mukainen. Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 683/15 katsottiin puolestaan, ettei hankintayksikkö ollut esittänyt sellaisia hankinnan luonteeseen tai laatuun liittyviä konkreettisia syitä tai seikkoja, joiden perusteella puitejärjestelyyn hyväksyttäviltä tarjoajilta on ollut tarpeen edellyttää toimitilojen hallintaa jo kolme viikkoa ennen sopimuskauden alkamista.<sup>37</sup> Oikeuskäytännön perusteella merkityksellinen tekijä sen arvioimisessa, mistä ajankohdasta lähtien resurssien olemassaoloa

35. KHO 2019:162. Ks. myös KHO 20.5.2009 taltio 1244, KHO 22.3.2006 taltio 670 ja KHO 16.9.2005 taltiot 2392 ja 2393. Tämän oikeuskäytännön valossa on myös tärkeää mieltää, että tuomioistuinratkaisuisa viitataan tältä osin voimavaroihin tai resursseihin eikä esimerkiksi tarjoajan taloudelliseen tai rahoituskelliseen tilanteeseen. Kyseiseen oikeuskäytäntöön voi olla vaikea viitata sen tueksi, että olisi lähtökohtaisesti tai pääsääntöisesti riittävää, että hankintayksikön asettamat vaatimukset tarjoajan taloudelliselle ja rahoituskelliselle tilanteelle täytyisivät vasta sopimuskauden alkaessa. Markkinaoikeuden ratkaisun MAO 335/19 mukaan, kun otettiin huomioon, että hankintakauden on ollut tarkoitus alkaa pian tarjousten jättämislle asetetun määräpäivän jälkeen, että luottoluokitustiedot kuvaavat tarjoajan luotettavuutta laajemminkin kuin vain tulevan sopimuskauden osalta, että tarjouspyynnössä oli hyväksytty myös Suomen Asiakastieto Oy:n luottoluokitusraporttia vastaava muu selvitys ja että kaikki tarjoajat olivat kyenneet toimittamaan Suomen Asiakastieto Oy:n luottoluokitusraportin jo tarjoustensa yhteydessä, hankintayksikön ei voitu katsoa ylittäneen hankintavaltaansa vaatiessaan kysymyksessä olevan luottoluokituspalveluksen toimittamista jo tarjouksen mukana.

36. Hankintalain 87 ja 88 §.

37. Ks. myös ratkaisu MAO 440/18, jossa katsottiin, että vaikka hankintayksikkö ei ollut tarjouspyynnössä vaatinut nimenomaisesti takapäivystyksen lääkäreiden resurssien olevan tarjoajien käytössä tai sitovasti yksilöityinä tarjouksen jättämislle varatun määräajan päättymiseen mennessä, organisaatiokuvausten vaatimukset henkilökunnan kokemuksen kartuttamisen

voidaan hankintalainsäädännön perusteella vaatia, näyttäisi olevan resurssivaatimuksen ja hankinnan luonteen lisäksi tarjousten tai osallistumishakemusten jättämiselle varatun määräajan umpeutumishetken ja hankintasopimuksen suoritusten aloittamisen välinen ajallinen läheisyys. Kattavaa oikeuskäytäntöä näiden tekijöiden keskinäisestä painoarvosta ei kuitenkaan näyttäisi olevan saatavilla.

Edellä on kuvattu pääosin tarjoajaa koskevien vaatimusten täyttymisen osoittamisen ajankohtaa. Hankinnan kohdetta koskevien vaatimusten tai kriteerien täyttyminen on jossain määrin monimutkaisempi kysymys. Koska oikeuskäytännössä on suhtauduttu myönteisesti vaatimusten täyttymistä koskevien sitoumusten antamiseen hankintamenettelyssä, on luonnollista, että vaatimusten tosiasiallinen täyttymisen todentaminen ajoittuu tällöin todennäköisesti hankintasopimuksen solmimisen jälkeiseen aikaan. Kuten todettu, oikeuskäytännössä on lisäksi hyväksytty ns. palvelulupausten antaminen ainakin, jos niiden toteutumista on sitouduttu sopimusehdoissa sanktioiden uhalla seuraamaan.<sup>38</sup> Se ei kuitenkaan liene mahdollista, että tarjoaja voisi tarjouksessaan ilmoittaa kieltäytyvänsä kuvaamasta tarjoamaansa tavaraa, palvelua tai urakkaa (ja siten yksilöimästä tarjousta koskevan sitoumuksensa kohteen) sillä perusteella, että tarjoaminen aktualisoituu vasta sopimuskaudella.<sup>39</sup> Tarjoajien tulisi siten olla tarjousten jättämiselle varatun määräajan päättymiseen mennessä vähintäänkin *valmiita tarjoamaan* tarjouspyyntöasiakirjoissa edellytetyllä yksityiskohtaisuuden tasolla. Tältä osin on otettava vielä huomioon, että sopimuskaudella tapahtuvia muutoksia koskeva hankintalain 136 § turvaa runsaine tulkintakäytäntöineen<sup>40</sup> osaltaan sitä, että hankintasopimuksen aikainen suoritus vastaa, mitä voittanut tai voittaneet tarjoajat ovat tarjonneet hankintamenettelyssä.

Tarjouksen sisältämien sitoumusten tai lupausten osalta merkityksellinen säännös sisältyy myös kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaa koskevan hankintalain 93 §:n 5 momenttiin. Säännöksen mukaan hankintayksikön on asetettava vertailuperusteet siten, että tarjoaja pystyy todentamaan niihin perustuvat tiedot tarjousten vertailua varten. Säännöksen taustalla olevan hankintadirektiivin 2014/24/EU 67 artiklan 4 kohdassa on puolestaan säädetty, että hankintasopimuksen tekoperusteisiin eli kokonaistaloudellisen edullisuuden

ajankohdasta ja -paikasta olivat tosiasiallisesti edellyttäneet, että resurssien oli tullut olla yksilöitävissä lääkärikohtaisesti.

38. KHO 2014:55.

39. Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 556/16 voittaneen tarjoajan tarjouksen liitteessä oli ilmoitettu, että toiminta voidaan aloittaa 2–3 kuukauden kuluttua hankintapäätöksen saamisesta. Markkinaoikeus totesi, että tarjoukset oli pitänyt jättää 30.9.2015 mennessä eikä tarjoaja ollut voinut olettaa, että hankintapäätös olisi tehty neljässä päivässä, jotta toiminta olisi voitu aloittaa tarjouspyynnön mukaisesti 4.1.2016. Markkinaoikeus katsoi, ettei voittanut tarjoaja ollut tarjouspyynnön edellyttämällä tavalla sitoutunut siihen, että toiminta aloitettaisiin tarjouspyynnön mukaisena ajankohtana, vaan mahdollisesti vasta tämän ajankohdan jälkeen. Tarjous oli ratkaisun mukaan tarjouspyynnön vastainen.

40. Esim. MAO 399/19, MAO 65/19, MAO 469/18, MAO 207/18, MAO 629/17.

perusteisiin ”on liitettävä eritelmiä, jotka mahdollistavat tarjoajien antamien tietojen tosiasiallisen tarkistamisen sen arvioimiseksi, miten hyvin tarjoukset täyttävät hankintasopimuksen tekoperusteet”. Jos hankintayksikkö on sallinut sen, että tarjoaja tarjouksessaan vain yleisluonteisesti sitoutuu vaikkapa palvelusuorituksen toteuttamiseen siten, että tämä on merkityksellinen toteamus myös tarjousvertailussa, on etenkin direktiivin sanamuodon perusteella epäselvää, täyttääkö tällainen sitoumus tai lupaus hankintadirektiivin 67 artiklan 4 kohdassa tarkoitetun tarjousvertailussa huomioon otettavien tietojen tosiasialliseen tarkistamiseen tähtäävän ”eritelmän” tunnusmerkit.<sup>41</sup>

Selvitysvaatimusten ajallinen ulottuvuus näyttäisi riippuvan siitä, onko kyseessä tarjoajan itsensä vai kolmannen tahon tuottama tai antama selvitys. Ei liene kohtuutonta olettaa, että tarjoajan itsensä laatimat selvitykset (esimerkiksi tekniset piirustukset tai kuvaus tarjoajan sisäisistä prosesseista) ovat valmiit jo tarjousten jättämislle varatun määräajan päättymiseen mennessä, sillä tämä osoittaa tarjoajan tarjoamistahdon ja -kyvyn. Kolmansien antamien selvitysten toimittamishetken kysymystä on sivuttu hankintalaissa ympäristö- ja muiden erityisten merkkien, ympäristöasioiden hallinta- ja laadunvarmistustoimienpiteiden selvitysten sekä vaatimustenmukaisuuden arviointilaitosten testausraporttien ja todistusten osalta. Lähtökohtana on näissäkin selvityksissä se, että selvitykset ovat tarjousten jättöhetkellä olemassa.<sup>42</sup> Hankintalain mukaan hankintayksikön on kuitenkin hyväksyttävä muukin asianmukainen näyttö tai todistuskeino, jos tarjoajalla ei todistettavasti ole ollut mahdollisuutta saada esimerkiksi hankintayksikön edellyttämää ympäristö- tai muuta erityistä merkkiä taikka vaatimustenmukaisuuden arviointilaitoksen testausraporttia tai todistusta *asetettujen määräaika*jen kuluessa syistä, jotka eivät johdu kyseisestä tarjoajasta.<sup>43</sup> Ideana näyttäisi olevan se, että mikäli tietyn kolmannen tahon antaman selvityksen keskimääräiset myöntämisaajat ovat niin pitkiä, etteivät tarjoajat kykene niitä saamaan, vaikka toimisivat ripeästi saatuaan tiedon vaatimuksesta tarjouspyyntöasiakirjoissa, on hankintayksikön hyväksyttävä muukin asianmukainen selvitys. Se, miten kolmansien ja mahdollisesti ulkomailla sijaitsevien tahojen käsittelyajat selvitetään luotettavasti ja mitä voidaan pitää kunkin erilaisen ym-

41. Ks. tältä osin myös säännökseen mitä todennäköisesti vaikuttanut unionin tuomioistuimen asiassa EVN AG ja Wienstrom antama ratkaisu (unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-448/01, EVN AG ja Wienstrom. EU:C:2003:651), jonka mukaan ”kun hankintaviranomainen määrää sopimuksentekoperusteesta ilmoittaen, ettei se voi tarkistaa eikä kykene tarkistamaan tarjoajien antamien tietojen paikkansapitävyyttä, se loukkaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, sillä tällaisella perusteella ei taata hankintamenettelyn avoimuutta eikä objektiivisuutta” (51 kohta). Ratkaisussa on lisäksi todettu, että ”sopimuksentekoperuste, johon ei liity sellaisia edellytyksiä, joiden avulla tarjoajien antamien tietojen paikkansapitävyys voitaisiin tosiasiallisesti tarkistaa, on julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden periaatteiden vastainen” (52 kohta).

42. Hankintalain 74 §:n 1 momentti, 72 §:n 1 momentti, 73 §:n 1 momentti ja 90 §:n 1 momentti.

43. Hankintalain 72 §:n 3 momentti, 73 §:n 2 momentti ja 90 §:n 3 momentti.

päristömerkin, testausraportin tai muun todistuksen osalta asianmukaisena ja kolmannen tahon antamaa selvitystä vastaavana, voi olla käytännössä melko hankala kysymys.

## 6. Neljäs ulottuvuus: tarjousten täsmennyttäminen ja täydennyttäminen

Voimassa olevaan hankintalakiin otettiin ensimmäistä kertaa nimenomaiset säännökset hankintayksikön mahdollisuuksista pyytää tarjoajilta täsmennyksiä tai täydennyksiä puutteellisiin tai virheellisiin tarjouksiinsa. Tätäkin ennen aiheesta on ollut löydettävissä runsaasti oikeuskäytäntöä.<sup>44</sup> Hankintalain 74 §:n 2 momentin mukaan, jos tarjouksessa tai osallistumishakemuksessa olevat tiedot tai asiakirjat ovat puutteellisia tai virheellisiä taikka jotkut asiakirjat tai tiedot puuttuvat, hankintayksikkö voi pyytää tarjoajaa tai ehdokasta toimittamaan, lisäämään, selventämään tai täydentämään tietoja tai asiakirjoja hankintayksikön asettamassa määräajassa. Edellytyksenä on, että menettelyssä noudatetaan lain 3 §:ssä säädettyjä periaatteita eli tasapuolisuuden, syrjimättömyyden, avoimuuden ja suhteellisuuden periaatteita.<sup>45</sup>

Tarjousten täsmennyttämisen ja täydennyttämisen ulottuvuus sijoittuu tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden yhtäältä sisällöllisen ja muodollisen ulottuvuuden sekä toisaalta ajallisen ulottuvuuden yhtymäkohtaan. Tarjousten täsmennyttämis- ja täydennyttämismahdollisuutta koskevilla oikeusohjeilla ei suoranaisesti ohiteta tarjouksen tarjouspyynnön perussääntöä, vaan annetaan hankintayksiköille tietyissä tilanteissa mahdollisuus pidentää määräaikaa, johon mennessä tarjoajan tulee osoittaa tarjouksensa tarjouspyynnön mukaisuus. Tähän nähden mielenkiintoisena toteamuksena näyttäytyy hankintalain 74 §:n 2

44. Ks. esimerkiksi voimassa olevan hankintalain 74 §:n 2 momentin esitöissä (HE 108/2016 vp) selostettu tarjousten täsmennyttämistä oikeuskäytäntö. Aiemmin voimassa olleen hankintalain soveltamiskäytäntöä läpivalaisevan tutkimuksen osalta ks. esimerkiksi Mika Pohjonen, Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus julkisissa hankinnoissa. Edilex-sarja 2010/38, s. 10–11.

45. Tarjousten lopullisuuteen tai toisaalta niiden täsmennyttämiseen ja täydentämiseen nähden eräänlaisena sirsartemana näyttäytyy etenkin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä viime aikoina esiin nostettu tarjouspyynnön ja muiden hankintayksikön laatimien hankinta-asiakirjojen muuttamismahdollisuus hankintamenettelyn aikana. Oikeuskäytännössä hankinta-asiakirjojen täsmennyttämiseksi, täydentämiseksi ja muuttamiseksi on luotu omat rajoituksensa, jotka edellyttävät hankintayksiköiltä tarkkaavaisuutta sekä mainittuja asiakirjoja laadittaessa että silloin, kun hankintamenettelyn aikana suunnitelmamuutoksiin tai tarjouksista välittyviin yllätyksellisiin tietoihin haluttaisiin reagoida hankinta-asiakirjoja eli standardia muuttamalla. Ks. tältä osin esimerkiksi unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-298/15, Borta, 5.4.2017. EU:C:2017:266, tuomion 70 ja 71 kohta sekä 74–76 kohta.

momentin esitöiden (hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi 108/2016 vp) maininta siitä, että ”säännös mahdollistaisi myös sen, ettei hankintayksiköllä olisi velvollisuutta hylätä tarjouksia kokonaisuuden kannalta vähämerkityksellisten virheiden tai puutteiden takia”. Yksi mahdollinen tulkinta kyseisestä maininnasta voisi olla, että hankintayksiköllä olisi mahdollisuus ottaa tarjousvertailuun suoraan kokonaisuuden kannalta vähämerkityksellisten virheiden tai puutteiden rasittaman tarjouksen pyytämättä tarjoajalta tältä osin täsmennyksiä tai täydennyksiä. Tässä tulkinna kyse ei olisikaan tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden ajallista ulottuvuutta koskevan pääsäännön poikkeuksesta, vaan itse tarjouksen vaatimuksenmukaisuuden pääsäännön poikkeuksesta. Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta koskevan hankintalain 74 §:n 1 momentin valossa maininnan voinee kuitenkin tulkinta kontekstissaan tarkoittavan pikemminkin sitä, ettei hankintayksiköllä ole velvollisuutta *suoralta kädeltä* hylätä tarjouksia kokonaisuuden kannalta vähämerkityksellisten virheiden tai puutteiden takia, vaan *se voi pyytää* tarjoajia täsmentämään tai täydentämään tarjouksiaan. Tältä osin on lisäksi korostettava sitä, että hankintalain 74 §:n 2 momentin tilanteissa on kysymys hankintayksikön näkökulmasta tarjousten *täsmennyttämisestä* ja *täydennyttämisestä*, mikä tarkoittaa sitä, että hankintayksikkö pyytää tarjoajia korjaamaan tarjoustensa puutteita ja virheitä; ei sen sijaan korjaa niitä itse.<sup>46</sup>

Hankintalain 74 §:n 2 momentin esitöissä (HE 108/2016 vp) on annettu melko yksityiskohtaisia ja konkreettisia tulkintaohjeita säännöksen soveltamisesta. Esitöissä on käyty läpi esimerkkejä tilanteista, joissa tarjouksen tai osallistumishakemuksen virheitä tai puutteita voidaan täydentää tai täsmentää. Esitöiden mukaan sallittua olisi pyytää tarjoajaa korjaamaan esimerkiksi tarjouksessa oleva muotovirhe, kuten puuttuva allekirjoitus, taikka täydentämään puuttuva tarjouksen voimassaoloa koskeva tieto. Sallittua olisi lisäksi pyytää tarjoajaa täsmentämään hinnoittelua koskeva virhe, kuten väärä valuutta taikka hinnoitteluyksikkö taikka ilmeinen hinnan suuruusluokkaa koskeva virhe kuten pilkkuvirhe, joka on esimerkiksi pääteltävissä muusta tarjouksesta. Samaten hankintayksikkö voisi antaa tarjoajan täydentää tarjoustaan sellaisten puuttuvien hintojen osalta, jotka eivät ole kokonaisuuden kannalta olennaisia, kuten hinnat, joita ei käytetä tarjousten vertailussa taikka osahinnat, joiden merkitys hintavertailussa on hyvin pieni. Esitöiden mukaan hankintayksikön ei kuitenkaan olisi sallittua pyytää tarjoajaa täydentämään tarjousta tarjousajan päättymisen jälkeen esimerkiksi pyytämällä tarjoajaa vaihtamaan tarjotun tarjouspyynnön vastaisen

46. Mainittakoon tältä osin kuitenkin se, että tarjoajien soveltuvuusselvityksiä koskevan hankintalain 88 §:n 8 momentin mukaan hankintayksikkö ei ylipäänsä saa vaatia valittua tarjoajaa toimittamaan näyttöä soveltuvuuden arvioimiseksi, jos hankintayksikkö voi saada tarvittavat todistukset, selvitykset ja muut tiedot Suomessa tai muussa Euroopan talousalueen valtiossa olevasta maksuttomasta tietokannasta. Tarjoajaa ei myöskään saa vaatia toimittamaan asiakirjanäyttöä, jos hankintayksiköllä on tarvittavat ajantasaiset asiakirjat jo hallussaan.

tuotteen taikka toimittamaan tarjousten vertailussa käytettävän merkityksellisen hinta- tai puuttuvan laatutiedon. Hankintayksikkö ei voisi myöskään pyytää tarjoajaa toimittamaan kokonaan puuttuvaa olennaista asiakirjaa, joka olisi tullut liittää tarjoukseen.<sup>47</sup>

Hankintalain 74 §:n 2 momentin säännöksiä on myös sovellettu verraten usein ja vakiintuneesti voimassa olevan hankintalain aikaisessa kansallisessa oikeuskäytännössä, joten aiheen tutkijalla on apunaan poikkeuksellisenkin laaja joukko lainsäätäjän ja lainkäytön jo omalta osaltaan systematisoimia oikeuslähteitä.<sup>48</sup> Tarjousten täsmennyttämisen ja täydennyttämisen harmaampi alue paikantuu kenties enemmän Euroopan unionin lainsäädännön tulkintakäytäntöön. Samaan aikaan kuin tarjousten täsmennyttämisen- ja täydennyttämismahdollisuuksia kasvattavaa hankintadirektiiviä 2014/24/EU valmisteltiin Euroopan parlamentissa ja neuvostossa unionin tuomioistuin antoi aiemmin voimassa olleeseen hankintadirektiivin ja osin myös Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen määräyksiin<sup>49</sup> perustuvia ratkaisuja, joissa korostettiin tarjousten täsmennyttämisessä ja täydennyttämisessä huomioon otettavia rajoituksia. Unionin tuomioistuimen ratkaisussa asiassa SAG ELV Slovensko, katsottiin, että tarjouksen yksittäisiä kohtia voidaan hankintadirektiivin estämättä ”poikkeuksellisesti korjata tai täydentää etenkin sen vuoksi, että niitä on selvästi vain täsmennettävä, tai ilmeisten kirjoitus- tai laskuvirheiden korjaamiseksi, kunhan kyseinen muutos ei johda tosiasiallisesti uuden tarjouksen esittämiseen”.<sup>50</sup> Milloin tarjousta täsmennetään tai täydennetään siten, ettei tämä kuitenkaan johda tosiasiallisesti uuden tarjouksen esittämiseen? Kenties silloin, kun tarjouksen epäselvää pintaa eli muotoa raapaistaan sen todellisen sisällön esiin saamiseksi. Unionin tuomioistuimen ratkaisussa asiassa C-336/12, Manova A/S, katsottiin, että täydentämismahdollisuuden antaminen on hankintalainsäädännön mukainen, kunhan täsmennyttämispyyntö koskee yrityksen julkaistun taseen kaltaisia seikkoja tai tietoja, joiden voidaan *objektiivisesti todeta olevan peräisin ajalta ennen menettelyyn osallistumista koskevan hakemuksen esittämiselle ase-*

47. HE 108/2016 vp. Ks. myös hankintayksikön harkintavallan rajoja tältä osin koskeva unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-42/13, Cartiera dell’Adda. 6.11.2014. EU:C:2014:2345, tuomion 46 kohta ja asiassa C-199/15, Ciclat. 10.11.2016. EU:C:2016:853, tuomion 30 kohta.

48. Oikeuskäytännöstä ks. esimerkiksi MAO 336/20, MAO 314/20, MAO 249/20, MAO 186/20, MAO 95/20, MAO 559/19, MAO 476/19, MAO 302/19, MAO 239/19 ja MAO 96/19.

49. Ks. Unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-336/12, Manova. 10.10.2012. EU:C:2013:647, tuomion 26 kohta. Ks. myös Carina Risvig Hamer, Requesting additional information – increase of flexibility and competition? teoksessa Grith Skovgaard Ølykke – Albert Sanchez Graells (eds), Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules. Edward Elgar 2016, s. 237–252.

50. Unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-599/10, SAG ELV Slovensko. 29.3.2012. EU:C:2012:191, tuomion 40 kohta.



*tetun määräajan päättymistä.*<sup>51</sup> Hankintalain 74 §:n 2 momentin esitöissä (HE 108/2016 vp) kyseistä unionin tuomioistuimen linjausta on avattu toteamalla, että yrityksen taseen kaltaisten tekijöiden täsmentämismahdollisuuden antamisella ei anneta ehdokkaille mahdollisuutta parantaa soveltuvuustasoaan, vaan ainoastaan toimittaa jälkikäteen selvitys tilanteesta, joka on ollut vallitseva jo ennen osallistumishakemusten jättöajan päättymistä. Ajatuksena näyttää olevan se, että tarjousten täsmennyttäminen on sallittua, koska sillä vain paljastetaan ennen tarjousten jättöaikaa vallinnut tosiseikka, jonka viestiminen hankintayksikölle alkuperäisessä tarjouksessa on tarjouksen virheellisyyden tai puutteellisuuden vuoksi hämärtynyt.

Siinä missä tarjoajan *soveltuvuutta* (esimerkiksi taloudellista tilannetta tai aiempien referenssitöiden toteuttamista) sekä selvityksiä (esimerkiksi ulkopuolisten tahojen myöntämiä sertifikaatteja tai vaikkapa ympäristömerkkejä) koskevat tiedot ovat usein palautettavissa ja osoitettavissa tiettyyn hetkeen (sitien objektiivisesti, että tieto on varmennettavissa myös tarjoajan ulkopuolelta), asettavat SAG ELG Slovensko -ratkaisu sekä Manova-ratkaisu haasteita niille, jotka haluavat päästä pintaa syvemmälle *hankinnan kohdetta* koskevilla tiedoilla. Varsinkin tarjouksissa esitettyjen sitoumusten tai lupauksen osalta tarjoajan ennen tarjouksen jättämistä varatun määräajan päättymisen ajalta ”peräisin olevalla” täsmennyttämisellä tai täydennyttämisellä selvitettyksi tavoiteltava tosiseikka eli *tarjoajan todellinen tarkoitus* on hyvin hankalasti todettavissa objektiivisesti jälkikäteen etenkin, jos ja kun tarjouksessa on tältä osin ollut virheitä tai puutteita. Tarjous nimittäin on lähtökohtaisesti juuri se varmuudella tarjousten jättöhetken palautettavissa oleva asiakirja, jonka tarjoaja on itse laatinut pyrkien osallistumaan hankintamenettelyyn.<sup>52</sup> Sama hankaluus koskee myös tarjoajan itsensä laatimia tarjoukseen liitettyjä selvityksiä kuten esimerkiksi teknisiä piirustuksia, sillä nämäkin rinnastuvat aiemmin vallinneen tosiseikan selvittämisen osalta monin osin tarjoajan sitoumuksiin ja lupauksiin. Edellä kuvatuissa unionin tuomioistuimen ratkaisussa luodun testin voisi kenties täyttää tilanne, jossa tarjoajan tekninen piirustus tai sen tarjoaman tuotteen tekniset ominaisuudet olisivat osoitettavissa virheellisessä tai puutteellisessa tarjouksessa esitetystä poikkeaviksi (ja tarjoajan todellista tahtoa vastaaviksi) esimerkiksi tarjoajan julkisesti nähtävissä olevilta verkkosivuilta ajankohtana ennen tarjousten jättämistä varatun määräajan päättymistä. Koska tarjoajat usein räätälöivät tuotteitaan julkisiin hankintoihin kunkin hankinnan tarjouspyyntöasiakirjojen

51. Unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-336/12, Manova. 10.10.2013. EU:C:2013:647, tuomion 39 kohta. Ks. myös unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-131/16, Archus ja Gama. 11.5.2017. EU:C:2017:358 ja yhdistetyissä asioissa C-523/16 ja 536/16, MA.T.I. SUD SpA. 28.2.2018. EU:C:2018:122.

52. Oikeuskäytännössä on myös melko vakiintuneesti katsottu, että hankintayksikkö ei saa ottaa huomioon muuta kuin tarjouksessa esitettyjä tietoja, ks. esimerkiksi MAO 73/16 ja MAO 848/15.



vaatimusten mukaisesti, voi tosin edelläkin esitetty ajatuskoe olla liian suoraviivainen. Myös tarjousten täsmennyttämis- ja täydennyttämisolottuvuudessa näytetään siten palaavan kysymykseen siitä, miten tarjousten tarjouspyynnön mukaisuus selvitetään ja miten tarjoajan todellinen tahtotila saadaan näkyviin hankintamenettelyn kaltaisessa kirjallisessa prosessissa.

## 7. Lopuksi

Tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden arvioinnin voidaan luonnehtia olevan eräs useimmin toistuvista vaiheista hankintamenettelyissä. Aiheesta löytyy useita relevantteja säännöksiä sekä hankintalain perusteluista ja merkittävä määrä oikeuskäytäntöä<sup>53</sup>. Näin usein hankintatoiminnassa ja lainkäytössä toistuvan teeman osalta vaarana voi olla se, että sen mielletään olevan niin vakiintunutta ja arkipäiväistä, että sen sisältö ja ääriviivat otetaan annettuina. Kyseisen vaiheen toteuttaminen voi muodostua hyvin mekanistiseksi ja vähäistä mielenkiintoa ansaitsevaksi samaan tapaan kuin tuhanteen kertaan viihde-elokuvista välittyneen tarinan ja kuvaston seuraaminen.<sup>54</sup> Tarkemmassa tarkastelussa vanhaksi ja toistuneeksi koettu tarina voi kuitenkin saada uusia ulottuvuuksia. Hankintalain teemaa koskevat säännökset eivät välttämättä asetukaan sellaiseksi kokonaisuudeksi, jollaiseksi teema on aiemmin mielletty. Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden perusmekanismi heijastuu useasta hankintalain säännöksestä. Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus ei välttämättä aina olekaan vain arviota siitä, onko tarjoaja tai sen tarjoama tavara, palvelu tai urakka sellainen kuin hankintayksikkö on standardiksi tarjouspyyntöasiakirjoissa määrittänyt. Monesti tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden ongelmat johtuvatkin tavoista, joilla tarjoajien on tullut selvittää ja osoittaa edellä kuvattujen vaatimusten täyttyminen. Hankintayksiköt eivät välttämättä ole aina etukäteen arvioineet sitä, miten kussakin hankinnassa on perusteltua tasapainottaa yhtäältä luottamusta tarjoajiin ja toisaalta sen varmistamista (eri keinoin ja selvityksin), että sopimuksen aikana tapahtuu tosiasiallisesti se, minkä hankintayksikkö on halunnut tapahtua. Epäselväksi on saattanut lisäksi jäädä se, minä ajankohtana hankintayksikön tarjouspyyntöasiakirjoissa asettaman vaatimuksen on tullut

53. Finlex.fi -palvelusta löytyy markkinaoikeuden oikeuskäytännön osalta hakusanoilla ”Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus” yhteensä 1259 hakuosumaa. Mainitun haun karkeudesta huolimatta hakutulosten hurjaa määrää voidaan pitää osoituksena teeman merkittävyydestä.

54. Toki oikeuskäytännön runsauden voidaan katsoa osoittavan toisaalta, että teema on edelleen käytännössä jollain tavalla epäselvä.

täyttyä minkäkin vaatimuksen osalta. Edelleen vaikeasti hahmotettavana on saat-  
tanut näyttäytyä se, mitä tosiasiallisesti tarkoitetaan sillä, että hankintayksikkö  
voi pyytää tarjoajia täsmentämään tai täydentämään tarjouksiaan.

Aiempaa tarkempana edessä piirtyvä kuva vaatii aktiiviselta toimijalta toi-  
menpiteitä ja ennakoitua. Tarjoajan toimittaman selvityksen tarjouspyynnön  
mukaisuutta on peilattava hankinta-asiakirjojen selvityksiä koskeviin vaatimuk-  
siin, eikä selvityksen osoittamaa soveltuvuutta tai tarjottavaa tavaraa, palvelua  
tai urakkaa koskeviin vaatimuksiin. Samat erityispiirteet on otettava huomioon  
myös silloin, kun arvioidaan kyseiseen menettelyyn sovellettavia oikeusohjeita.  
Hankintayksikön tulee niin ikään jo hankinta-asiakirjoja laatiessaan tehdä lin-  
jaus siitä, painottaako se tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden selvityksissä  
tarjoajien sitoumuksia ja lupauksia vai näitä tarkempia ja laajempia selvityksiä.  
Tässä linjanvedossa tulisi ottaa huomioon ja ennakoida se, mitä vaikutuksia  
mainitulla painotuksella on tai voi olla tarjousten käsittelyssä. Edelleen han-  
kintayksikön tulisi hankinta-asiakirjoja laatiessaan olla tietoinen kunkin aset-  
tamansa vaatimuksen ja kriteerin osalta, minä ajankohtana hankintayksikkö  
voi ja milloin sen tulee tarkistaa asettamansa vaatimuksen täyttyminen, ja tar-  
kistaa vaatimusten täyttyminen johdonmukaisella ja syrjimättömällä tavalla.  
Tarjousten täsmennyttämistä tai täydennyttämistä harkitessaan hankintayksi-  
kön tulisi puolestaan olla tietoinen siitä, mikä epäselvä tai virheellinen tieto on  
tarkoitus kaivaa esiin täsmennyttämisen- tai täydennyttämismenettelyssä ja onko  
tällöin vaarana se, että tietoa ei niinkään kaiveta esiin kuin luodaan tyhjästä.  
Systematisoituun tietoon perustuva hankintayksikön entistä johdonmukaisempi  
menettely tarjouskilpailussa vähentää todennäköisesti hankintamenettelyn vir-  
heitä ja tilanteita, joissa ehdokkaat tai tarjoajat mieltävät tullessa kohdelluksi  
epätasapuolisesti. Aiempaa monipuolisemman kokonaiskuvan edessä tarjouk-  
sen tarjouspyynnön mukaisuuteen liittyvät hankintayksikön toimenpiteet voivat  
myös alkaa näyttää aiempaa vahvemmin strategisilta työkalulta kuin menettely-  
rajotteilta. Kuin onnistuneen elokuvakokemuksen jälkeen, ympäröivä maailma  
voi tuntua moniulotteisuudessaan aiempaa käsin kosketeltavammalta ja me itse  
siinä aktiivisemmilta.

## Conformity between the tender and the procurement documents in 4D

MARKUS UKKOLA, LL.D., Market Court Judge

Provisions on whether a tender meets the requirements set out in the procurement documents form an important and established theme within public procurement law. The everyday nature of this theme may have led to a conception among legal professionals that legal questions relating to it are quite settled. However, the author submits that this theme has many more dimensions than what is usually considered. The basic mechanism is one similar to a legal syllogism: An issue of conformity between the minor premise of information in a tender and the major premise, or a standard, formed by the requirements in the procurement documents. The major premise can, however, include a large variety of types of requirement. They can be substantive (requirements regarding the object of the procurement or requirements regarding bidders) or they can deal with formalities of evidence or tender. Mixing the different types of requirements can lead to problems in assessing whether there is conformity. The issue of conformity between the tender and the procurement documents also has a temporal dimension. The point of time when to assess the conformity between the tender and the procurement documents may vary according to the nature of the requirement in question. Finally, there is the dimension of asking the tenderers to clarify or supplement incomplete or erroneous information in their tenders. The chances of asking for clarifications or additions vary according to what kind of incomplete or erroneous information is in question. Being aware of these dimensions may help legal professionals to see the issue of conformity between the tender and the procurement documents in a more comprehensive way.



# Kansainvälinen vero-oikeus murroksessa: sääntelyalan modernisoitumisen askelmerkkejä

**HAKUSANAT:** kansainvälinen vero-oikeus, verosopimukset, BEPS, multilateralismi

## 1. Johdanto

Yksityisten yritysten ja kansalaisten näkökulmasta verotus eri muodoissaan muodostaa mittavan taloudellisen rasiitteen, sekä samalla laajan ja intensiivisen kosketuspinnan yksityisen sfäärin ja julkisen vallan välille. Verojärjestelmän pääperiaatteet ja viime kädessä myös monet verojärjestelmän yksityiskohdat linkittyvät mitä suurimmassa määrin kysymykseen yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta. Verojärjestelmä onkin aina ollut varsin syvien poliittisten erimielisyyksien taistelulenttää. Oikeuden, talouden ja politiikan väliset sidokset ovat tällä sääntelyalalla tiiviit ja hakevat akuutisti muotoaan paitsi yhteiskunnallisessa keskustelussa, myös verolakien säätämisen ja soveltamisvaiheessa. Oikeudenala- jaottelussa vero-oikeus on muodostunut varsin erityislaatuiseksi oikeudenalaksi, verrattiinpa sitä muihin julkisoikeudellisiin oikeudenaloihin tai muihin talouden sääntelyyn liittyviin oikeudenaloihin.

Yksi vero-oikeudellisen sääntelyn konservatiivisimpia lohkoja on perinteisesti ollut kansainvälinen vero-oikeus<sup>1</sup>. Kansainvälisen verotuksen muutostarpeista sekä sääntelypuutteista aiheutuvien ongelmien mittaluokasta on puhuttu jo kauan.<sup>2</sup> Realistiset keinot muutokseen ovat kuitenkin puuttuneet pitkään.

\* *Matti Urpilainen*, OTT, dosentti, yliopistonlehtori, Tampereen yliopisto. Artikkelin on kirjoitettu Suomen Akatemian rahoittamassa tutkimushankkeessa ”Kansainvälinen verojärjestelmä murroksessa” (rahoituspäätös numero 310747).

1. Tässä artikkelissa kansainvälisellä vero-oikeudella tarkoitetaan niiden oikeussääntöjen kokonaisuutta, jotka koskevat rajat ylittävien oikeus- ja liiketoimien tuloverotusta. Koska olennainen osa kansainvälisen vero-oikeuden normeista on kunkin valtion sisäistä lainsäädäntöä, ei ole olemassa yhtä yhtenäistä kansainvälistä vero-oikeutta, vaan jokaisella maalla on oma, muista lainkäyttöalueista eriytyneet normikokonaisuutensa.
2. Keskustelu ei kuitenkaan ole aina liittynyt veron kiertämisen ja vaajaverotuksen kaltaisiin teemoihin, vaan myös järjestelmän taloudellisia vaikutuksia on arvioitu kriittisesti erityisesti silta kannalta, miten kansainvälisen verotuksen säännöt vääristävät pääomien kohdentumista. Ks. esim. Michael J. Graetz, *Taxing International Outcome: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*. *Brooklyn Journal of International Law* 26(4) 2001, s. 1357–1448, 1426–1439.

Laajempaa yksituumaisuutta löytyi kansainvälisen yhteistyön alkutaipaleilla vain hyvin harvoista asioista, koska eri lainkäyttöalueiden verotusta koskevat intressit, kansalliset veropoliittiset ratkaisut sekä verojärjestelmien sisältö poikkeavat suuresti toisistaan. Asetelma on ollut pitkään sama myös EU:ssa, sen muuten pitkälle edistyneistä sisämarkkinoista ja monitasoisesta integraatiosta huolimatta.

En luullakseni ole ainoa vero-oikeuden tutkija, joka 1990–2000-lukujen taitteesta lähtien tottui pitämään kansainvälistä vero-oikeutta pääpiirteiltään varsin muuttumattomana ja muuttamattomana järjestelmänä. Tämän hetken kansainvälisestä vero-oikeudesta on kuitenkin syytä piirtää huomattavasti nyansoidumpi ja dynaamisempi kuva. Kansainvälisessä vero-oikeudessa on parhaillaan käynnissä muutamia vuosia sitten alkanut iso – ja kaikilla mittareilla ennennäkemätön – muutos.<sup>3</sup> Muutosvoimana on ollut OECD:n vuosina 2013–2015 aloittama BEPS-hanke (*Base Erosion and Profit Shifting*)<sup>4</sup>, jolla erityisesti kansainvälistä verosopimusjärjestelmää on voimallisesti sopeutettu digitaalisen talouden oloihin.<sup>5</sup> Kokoavasti BEPS-hanketta voidaan luonnehtia esimerkiksi olennaiseksi paradigmanmuutokseksi<sup>6</sup> tai sääntelyalan modernisointiprojektiksi. Kyseessä

3. Ks. kokoavasti Ruth Mason, *The Transformation of International Tax*, *The American journal of international law* 114(3) 2020, s. 353–402 sekä Timo Viherkenttä, *Quo Vadis, kansainvälinen verotus? Verotus 5/2020*, s. 567–577.
4. OECD julkaisi BEPS-hankkeessa vuoteen 2015 mennessä yhteensä 15 toimenpidesuosituksen, jotka on laadittu laajahkojen raporttien muotoon. BEPS-hankkeen toimenpiteet eivät koske pelkästään digitaalista liiketoimintaa, vaan niillä on merkitystä laajalti kaikenlaisen rajat ylittävän liiketoiminnan kannalta. EU:ssa tärkein yksittäinen BEPS-suosituksia toimeenpaneva lainsäädäntöhankke on ollut direktiivi (EU) 2016/1164 sisämarkkinoiden toimintaan suoraan vaikuttavien veron kiertämisen käytäntöjen torjuntaa koskevien sääntöjen vahvistamisesta, eli niin sanottu veronkiertodirektiivi.
5. Tässä artikkelissa tarkasteltavan BEPS-hankkeen muutokset on jo valtaosin implementoitu osaksi voimassa olevaa sääntelyä Suomessa ja muualla. Kansainvälisen vero-oikeuden seuraavaa ”vuosisadan muutosta” ei kuitenkaan tarvitse kauaa odotella: OECD:n johdolla on 8.10.2021 saavutettu 136 valtion yhteisymmärrys sääntelykokonaisuudesta, jolla muutetaan yritystulon verotusoikeuden jakautumista koskevia periaatteita (pilari 1) sekä asetetaan yritysten tuloverotukselle globaali minimitaso (pilari 2). Ks. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 8 October 2021. Tavoitteeksi on asetettu uusien säännösten hyväksyminen ja implementointi niin, että ne tulisivat asteittain voimaan jo vuodesta 2023 alkaen. Implementoinnissa tullaan hyödyntämään monenkeskistä sopimista ja se edellyttää luonnollisesti muutoksia myös kansallisiin lainsäädäntöihin. On todennäköistä, että EU:ssa implementoinnissa tullaan etenemään harmonisoidusti direktiivillä. Koska pilarihankkeen aikatauluun liittyy epävarmuutta, ja koska sen implementoinnin yksityiskohdat ovat vielä täsmentymättä, pilarihanke jää tässä artikkelissa vain tämän maininnan varaan.
6. Ks. Matti Urpilainen, *Kansainvälisen vero-oikeuden muuttuvat paradigmat*, teoksessa Mikael Koillinen – Janne Salminen (toim.), *Oikeus, vero, talous – juhlaulkaisu Kauko Wikström*. Turun yliopisto 2015, s. 357–374. Tutkimuskirjallisuudessa on jo varsin vakiintuneesti käytetty ilmaisua ”post-BEPS”, jolla kansainvälisen vero-oikeuden kehityshistoria jaetaan kahtia, aikaan ennen BEPS-hanketta ja sen jälkeiseen aikaan. Ks. esim. Stjepan Gadzo – Sime Jozipovic, *International Corporate Tax Regime Post-BEPS: A Regulatory Perspective*. *Intertax* (48) 2020, s. 432–445.

on ollut merkittävin muutos kansainvälisen vero-oikeuden kentällä sen jälkeen, kun Kansainliitto alkoi 1920-luvulla koordinoida kansainvälisiä verosopimusneuvotteluja julkaisemalla ensimmäisen malliverosopimuksen. BEPS-hanke on muutaman viime vuoden aikana johtanut Suomessakin voimakkaaseen sääntelytulvaan erityisesti kansainvälisen yritysverotuksen puolella.<sup>7</sup>

BEPS-hankkeesta, sekä ylipäänsä kansainvälisen vero-oikeuden viime vuosien lainsäädäntö- ja verosopimusmuutoksista, on ehditty kirjoittamaan meillä ja muualla jo lähes hengästyttävän paljon vero-oikeudellista tulkintajuridiikkaa. Sääntelyn yksityiskohtien muutos on ollut laaja-alaista, ja myös kansainvälisen verotuksen tavoitteita on määritelty laajalti uudelleen. Pelkästään yksityiskohtia tarkastelemalla ei kuitenkaan muodostu kovin selkeää kuvaa siitä, miten sääntelyalan peruslähtökohdat – kansainvälisen vero-oikeuden luonne oikeudellisena sääntelyjärjestelmänä – on muuttunut ja muuttumassa. Tätä uutta kansainvälistä vero-oikeutta ei kaikilta osin voida tarkastella samoilla teoreettisilla ja käytännöllisillä taustaolettamilla kuin mihin on aiemmin totuttu. Muutoksen ymmärtäminen saattaa edellyttää tuekseen myös uudenlaista teorianmuodostusta ja tarkennettuja yleisiä oppeja.<sup>8</sup>

Tässä artikkelissa ei tähdätä BEPS-muutosten verolainopilliseen analyysiin, vaan niiden teoreettisten implikaatioiden tarkasteluun. Artikkelin tarkoituksena ei ole myöskään kehityskulkujen arvottaminen tai käytännöllinen vaikutusarviointi. Artikkelissa sääntelyalan teoreettisten peruslähtökohtien muutosta tarkastellaan kansainvälisen vero-oikeuden tavoitteiden, keinojen, oikeuslähteiden sekä laintulkintaperiaatteiden, siis kansainvälisen vero-oikeuden normatiivisen perusrakenteen, tasolla. Artikkelin läpileikkaavana tavoitteena on osoittaa, että ajankohtaiset muutokset kansainvälisen vero-oikeuden peruslähtökohdissa eivät johdu mistään yksittäisestä sääntelytoimesta, vaan pikemminkin niiden yhteisvaikutuksesta.<sup>9</sup> Johtopäätöksiä on edelleen syytä tehdä varovaisesti. Artikkelissa

7. Tässä ei ole mahdollista käsitellä lainsäädäntömuutosten yksityiskohtia eikä lähemmin tarkastella niihin liittyviä uusia tulkintaongelmia. Suomessa BEPS-johdannaisia lainsäädäntömuutoksia on tehty mm. väliyhteisölakiin sekä elinkeinoverolain korkovähennysrajoituksiin. Kokonaan uutena BEPS-johdannaisena lainsäädäntönä Suomessa on tullut voimaan mm. laki eräiden rajat ylittävien hybridijärjestelyjen verotuksesta (1567/2019), laki raportoitavista järjestelyistä verotuksen alalla (1559/2019) sekä laki kansainvälisten veroriitojen ratkaisumenettelystä (530/2019).

8. Suomessa esimerkiksi Matti Myrsky on painottanut tarvetta arvioida aika ajoin verojärjestelmän perustuksia ja sitä, miten hyvin perinteiset kysymyksenasettelut soveltuvat dynaamisten muutosten oloihin. Ks. Matti Myrsky, Onko vero-oikeudessa yleisiä oppeja? Teoksessa Mikael Koillinen – Janne Salminen (toim.), Oikeus, vero, talous – juhlaulkaisu Kauko Wikström. Turun yliopisto 2015, s. 229–240.

9. Tästä syystä artikkelissa ei ole keskitytty mihinkään yksittäiseen sääntelymuutokseen. Lähes kaikki BEPS-hankkeesta johtuvat muutokset kytkeytyvät tavalla tai toisella vajaan verotuksen ja veron kiertämisen estämiseen, olipa niissä kysymys aineellisen sääntelyn muutoksista, uusista viranomaismenettelyistä, tietojenvaihdosta, raportoinnista tai tulkintaperiaatteista. Kysymys siitä, *miksi* valtiot ovat BEPS-hankkeessa saavuttaneet ennenakemättömiin ja nopeisiin muutoksiin

osoitetaan, että kansainvälisen vero-oikeuden luonne *oikeutena* on BEPS-muutosten johdosta saanut paljon uusia ja teoreettisesti huomionarvoisia sävyjä, joissa riittää runsaasti analysoitavaa.

## 2. BEPS-hankkeen vaikutus verosopimusjärjestelmän tavoitteisiin ja laintulkintaperiaatteisiin

Kunkin lainkäyttöalueen näkökulmasta kansainvälisen vero-oikeuden normeilla on samanlaisia fiskaalisia tavoitteita kuin millä tahansa verolainsäädännöllä: niillä määritetään veronalaiset transaktiot sekä kunkin lainkäyttöalueen verotusvallan ulommaiset rajat. Funktionaalisesti kansainvälisen vero-oikeuden ydinsisältönä on eri lainkäyttöalueilla voimassa olevien verolainsäädäntöjen ja niissä määriteltyjen veroseuraamusten yhteensovittaminen. Tätä toteutetaan erityisesti *verosopimusten* määräyksillä. Kansainvälisen verotuksen tyyppitilanteena voidaan pitää sitä, että tulon lähdevaltio ja tulonsaajan asuinvaltio pyrkivät molemmat verottamaan samaa tuloerää. Näin syntyvän *juridisen kaksinkertaisen verotuksen estäminen* ja lieventäminen on koko verosopimusjärjestelmän olemassaolon ajan ollut sen tärkein yksittäinen tavoite.<sup>10</sup> OECD:n malliverosopimukseen pohjautuva kahdenvälisen verosopimusten verkosto onkin osoittautunut pääpiirteissään tehokkaaksi keinoksi tämän tavoitteen saavuttamiseksi.

Verosopimusten tulisi mahdollisuuksien mukaan estää myös *vajaaverotusta*, jota syntyy, jos tulosta ei eri lainkäyttöalueiden sääntelyiden yhteensovittamisongelmienv takia makseta veroja missään.<sup>11</sup> Vajaaverotuksen lähi-ilmiö on *verosopimuskeinottelu*, jossa verovelvolliset hankkivat keinotekoisesti verosopimusten tarkoituksen vastaisia veroetuja, tyypillisesti edullisemmän lähdevero-kohtelun.

johtaneen poliittisen yhteisymmärryksen kansainvälisen verojärjestelmän muutostarpeista sekä kansainvälisillä foorumeilla (OECD/G20) että EU:ssa, rajautuu tämän artikkelin ulkopuolelle. Muutoksiin johtaneena taitekohtana on yleisesti pidetty vuoden 2008 finanssikriisiä, jonka ajankohtaan osui myös suuryritysten veronkiertoon liittyviä tietovuotoja. Ks. Mason 2020, s. 355–367.

10. Kansainvälisen vero-oikeuden kehityksestä Kansainliiton ajoista lähtien ks. Joao Marcus de Melo Rigoni, *The International Tax Regime in the Twenty-First Century: The Emergence of a Third Stage*. *Intertax* (45) 2017, s. 205–218. Rigoni jakaa kehityskaudet vuosiin 1928–1997, 1998–2013 sekä 2014 alkavaan kolmanteen kauteen. Kolmannen kauden erottaa aiemmista se, että vajaaverotuksen estäminen ei ole enää pelkästään muodollinen tavoite, ja että BRIC-maiden vaikutus päätöksenteossa on lisääntynyt.

11. Veron kiertäminen on mainittu malliverosopimuksen kommentaarissa ensimmäisen kerran vuoden 1977 versiossa. Sen jälkeen aihepiirin näkyvyys kommentaarissa ja sen esimerkeissä on tasaisesti lisääntynyt jo ennen BEPS-hanketta. Ks. Luc de Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. *IBFD* 2008, s. 377–403.

Ennen BEPS-hanketta tehokkaita keinoja vajaan verotuksen estämiseksi ei ollut näköpiirissä. Vielä 2010-luvulle tultaessa keinovalikoima – joka pelkistyi lähinnä OECD:n malliverosopimuksen mukaisiin kahdenvälisiin verosopimuksiin – rajoitti olennaisesti niitä tavoitteita, joita verosopimusjärjestelmälle voitiin realistisesti asettaa.<sup>12</sup>

BEPS-hanke vei keskustelun kansainvälisen vero-oikeuden tavoitteista ja keinoista sekä niiden välisestä tasapainosta nopeasti uudelle pohjalle. OECD:n vuosina 2013–2015 julkaisemissa toimenpidesuosituksissa vajaan verotuksen estäminen korostuu uudella tavalla, joka selvästi erottaa BEPS-ajan kansainvälisen vero-oikeuden sitä edeltävistä kehitysvaiheista.<sup>13</sup> OECD:n esittämään 15 toimenpiteen laajaan keinovalikoimaan sisältyi mm. siirtohinnoittelusäännösten muutoksia, välyhteisösääntelyä, korkovähennysrajoituksia, raportointiin ja tietojenvaihtoon liittyviä muutoksia sekä monenkeskisellä verosopimuksella toteutettava verosopimusmääräyksiä koskeva veronkiertonormi.<sup>14</sup> Sääntelykeinoja alettiin siis aiempaa voimakkaammin muokkaamaan tavoitteiden edellyttämään suuntaan.

BEPS-hankkeessa on poliittisella tasolla kysymys pyrkimyksestä parantaa kansainvälisen verojärjestelmän fiskaalista kantokykyä sekä sen tuottamien lopputulosten oikeudenmukaisuutta. Vero-oikeudellisesti BEPS-hankkeessa on kysymys kansainvälisen verojärjestelmän puutteiden laajamittaisesta korjaamisesta ja toimivuuden parantamisesta siten, että järjestelmän tarkoituksen vastainen vajaan verotus vähenisi ja veroja maksettaisiin yhä useammin siellä, missä taloudellista lisäarvoa tosiasiaa luodaan.<sup>15</sup>

BEPS-toimenpiteitä on toteutettu laajapohjaisesti sekä OECD:n jäsenvaltioiden että muiden maiden lainsäädännössä ja verosopimuksissa. EU:n jäsenval-

12. Aiemmin on katsottu, että WTO/GATT-järjestelyihin verrattuna kansainvälisessä vero-oikeudessa ei ole ollut erityistä painetta sopia monenkeskisesti. Samalla on kuitenkin ollut selvää, että esimerkiksi tehokas veron kiertämisen estäminen edellyttää monenkeskistä lähestymistapaa. Ks. Thomas Rixen – Ingo Rohlfing, *The Institutional Choice of Bilateralism and Multilateralism in International Trade and Taxation*. *International Negotiation* (12) 2007, s. 389–414, 408.

13. Ks. Rigoni 2017, s. 213–216.

14. BEPS-toimenpiteiden aihealueet ovat kokonaisuudessaan 1. Digitaalisen talouden verohaasteet, 2. Hybridi-järjestelyt, 3. Välyhteisösääntely, 4. Korkovähennysrajoitus, 5. Haitallisen verokilpailun ehkäiseminen, 6. Verosopimusten väärinkäytön ehkäiseminen, 7. Kiinteän toimipaikan uusi määritelmä, 8.–10. Siirtohinnoittelun markkinaehtoperiaatteen soveltamista koskevat päivitetty ohjeet, 11. BEPS-tietojen kerääminen ja analysointi, 12. Verosuunnittelurakenteiden ilmoittaminen, 13. Siirtohinnoitteludokumentoinnin sääntöjen päivitys, 14. Riitojenratkaisumeکانismien tehostaminen ja 15. Verosopimusten muuttaminen monenvälisellä instrumentilla.

15. OECD:n vuonna 2013 julkaiseman toimintasuunnitelman ”Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting” mukaan (s. 25) ”The BEPS project marks a turning point in the history of international co-operation on taxation.” OECD julkaisee BEPS-hankkeesta seurantaraportteja. Syyskuuhun 2021 ulottuvassa seurantaraportissa BEPS-hankkeen vaikutuksista todetaan, että vaikka ratkaisemattomia ongelmia on edelleen, tähän mennessä hanke ”has dramatically changed the international tax landscape and improved the fairness of tax systems”. Ks. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, Progress report July 2020 – September 2021.



tioissa BEPS-suosituksia on toteutettu direktiiveillä eli harmonisoidusti. Suomen näkökulmasta tämä on tuottanut BEPS-hankkeelle huomattavan vahvaa oikeudellista sitovuutta ja pysyvyyttä.<sup>16</sup> BEPS-toimenpiteet ovat yksittäin tarkasteltuna varsin teknisiä ja niiden soveltamisala rajoittuu pääasiassa kansainväliseen yritystoimintaan, mutta kokonaisuutena BEPS-hanke voidaan käsittää yritykseksi muodostaa verojärjestelmiä koskevia, kansainvälisesti laajapohjaisesti hyväksytyjä standardeja, joilla pyritään joko karsimaan verojärjestelmien haitallisina pidettyjä ominaisuuksia tai lisäämään niihin hyödyllisinä pidettyjä ominaisuuksia.<sup>17</sup>

Tätä kautta eri valtioissa voimassa olevien verojärjestelmien sisältöä pyritään nykyisin ohjaamaan kansainvälisellä yhteistyöllä paljon pidemmälle, kuin mitä aiemmin on tavoiteltu.<sup>18</sup> Muutos on merkittävä, vaikka sillä ei voidakaan viime kädessä ratkaista sääntelykentän perustavia taloudellisia ja poliittisia intressiristiriitoja. Kansainvälisen vero-oikeuden pelisääntöjen muutos voi nyt ja tulevaisuudessa olla edullista tai vähemmän edullista esimerkiksi kehittyneille ja kehittyville valtioille, isoille ja pienille markkina-alueille, korkean ja matalan verotuksen maille sekä teknologia- ja työvoimavaltaisille kansantalouksille.<sup>19</sup>

Se, että kansainvälisessä yhteistyössä valmistelluilla toimenpiteillä pyritään nyt huomattavasti aiempaa laajemmin vaikuttamaan eri lainkäyttöalueilla sovel-

16. On tosin huomattava, että BEPS-hankkeen toteuttamisen kannalta keskeinen direktiivi, ns. veronkiertodirektiivi (EU) 2016/1164, on minimisääntelyä, eli direktiivi ei sinänsä estä jäsenvaltioita omaksumasta direktiiviä pidemmälle meneviä keinoja veropohjan suojaamisessa. Ks. Marjaana Helminen, EU-vero-oikeus. Alma Talent 2018, s. 224. Eri asia on tietenkin se, miten pitkälle menevät sääntelykeinot pystytään sovittamaan yhteen EU-oikeudellisten syrjimättömyysvaatimusten kanssa. BEPS-hankkeen myötä EU:n veropolitiikan suunta yleisemminkin muuttui, kun BEPS-hankkeen tavoitteita omaksuttiin EU-tasoisien verolainsäädännön tavoitteiksi. Kysymys on lyhyesti ilmaistuna siitä, että EU:n veropolitiikassa tavoitteiden painopiste liikkui sisämarkkinoiden suojaamisesta kohti jäsenvaltioiden veropohjien ja veronkantokyvyn suojaamista. Ks. tästä esim. EU:n komission tiedonanto 18.5.2021 ”Business Taxation for the 21<sup>st</sup> Century”, KOM (2021) 251, jossa esillä ovat näkyvästi myös pandemiatilanne, digitalisaatio sekä ilmastonmuutos.

17. Ks. Gadzo – Jozipovic 2020, s. 439 ja 445, jotka tarkastelevat BEPS-hanketta pyrkimyksenä luoda koherenssia eri maiden verosääntelyn välille ja käyttävät termiä ”coherence standards”. Heidän mukaansa koherenssia syntyy kahdesta suunnasta: yhtäältä BEPS rajoittaa aiemmin olleita mahdollisuuksia veronkiertoon ja toisaalta ohjaa valtioita koordinoimaan lainsäädäntöjään.

18. BEPS-toimenpiteistä vain numerot 5, 6, 13 ja 14 ovat niin sanottuja minimistandardeja. Niihin sitoutuneet valtiot noudattavat vähintään suosituksen mukaisia sääntöjä, joiden toteutumista seurataan ”peer review” -arviointiraporteissa. Kaikki 15 BEPS-toimenpidettä voidaan kuitenkin käsittää tässä tarkoitetuiksi standardeiksi.

19. Suomessa valtiovarainministeriö on tehnyt alustavia vaikutusarvioita, ks. Valtiovarainministeriön julkaisu 26/2017, BEPS-toimenpiteiden taloudellisten vaikutusten arviointiraportti. Ks. myös Richard Collier – Seppo Kari – Olli Ropponen – Martin Simmler – Maximilian Todtenhaupt, Dissecting the EU’s Recent Anti-Avoidance Measures: Merits and Problems. EconPol Policy Report 8/2018, September, Vol 2.

lettujen verojärjestelmien sisältöön ja yhteensopivuuteen, on merkinnyt varsin perustavanlaatuisista muutosta sääntelyalan vakiintuneissa toimintaperiaatteissa. Kansainvälisen yhteistyön horisontti on laajentunut kohti aiempaa kunnianhimoisempia tavoitteita sekä uudenlaista visiota siitä, miltä kansainvälisen verojärjestelmän pitäisi tulevaisuudessa näyttää ja mitä sillä pitäisi saavuttaa.

BEPS-hankkeen tavoitteet ovat heijastuneet myös kansainvälisen vero-oikeuden konkreettisiin laintulkintaperiaatteisiin. Kahdenväliset verosopimukset ovat Wienin yleissopimuksessa (33/1980) tarkoitettuja valtiosopimuksia ja tutkimuskirjallisuudessa niiden tulkintaa on vakiintuneesti jäsenetty yleissopimuksen 31 artiklan yleisen tulkintasäännön ja 32 artiklassa mainittujen täydentävien tulkintakeinojen kannalta.<sup>20</sup>

Wienin yleissopimuksen nojalla verosopimuksen tulkinta tehdään kahdenvälisen verosopimuksen tekstin, sekä tarvittaessa sen pohjalta rekonstruoitavan sopijapuolten tarkoituksen perusteella. Verosopimuksen tulkinta lähtee Wienin yleissopimuksen nojalla siis siitä, että osapuolten oikeudet ja velvollisuudet luodaan ja ne perustuvat vain ja ainoastaan tulkittavaan valtiosopimukseen, sen tekstiin ja tarkoitukseen kontekstissään ymmärrettynä.<sup>21</sup> OECD:n malliverosopimuksen kommentaaria voidaan käyttää täydentävänä tulkinta-aineistona, sikäli kun se ei ole ristiriidassa tulkittavan verosopimuksen kanssa. Tähän asetelmaan ei jää erityisen paljon tilaa yleisille, siis yksittäisen verosopimuksen tekstin ja tarkoituksen ylittävälle tulkintaperiaatteille.<sup>22</sup>

Voidaankin sanoa, että kytkös Wienin yleissopimukseen on ollut omiaan eriyttämään verosopimusten tulkintakäytäntöjä niistä lähtökohdista, joista verolainsäädäntöä yleisesti ottaen tulkitaan. OECD:n BEPS-hankkeessa verosopimusten tulkintaperiaatteita on kuitenkin nimenomaisesti täydennetty ja muutettu OECD:n monenkeskisellä verosopimuksella (MLI), joka sisältää verosopimusetuuskien väärinkäyttöä estävän PPT (*principal purpose test*) -määräyksen. Sen nojalla verosopimusetuus voidaan evätä, mikäli järjestelyn pääasiallisena tai yhtenä pääasiallisista tarkoituksista on verosopimusetuuden saaminen, ja etuuden myöntäminen olisi verosopimuksen tarkoituksen vastaista.<sup>23</sup> Suomessa Verohal-

20. Yleisesityksenä ks. Martti Nieminen, *OECD Commentaries Under the Vienna Rules*, Tampere 2014.

21. Ks. esim. Roy Rohatgi, *Basic International Taxation*. Kluwer 2002, s. 21, jonka mukaan “the treaty interpretation should be kept as free as possible from the interpretation rules under domestic law, unless specified in the treaty itself”.

22. Myös ns. dynaaminen sopimustulkinta on katsottu mahdolliseksi Wienin yleissopimuksen puitteissa, mutta kysymys on ennen kaikkea siitä, missä määrin malliverosopimuksen kommentaarin uudempia versioita voidaan käyttää tulkinta-aineistona tulkittaessa aiemmin voimaantulleita verosopimusmääräyksiä. Ks. Nieminen 2014, s. 180–187.

23. Ks. Elisa Veikkola, *Kansallisten väärinkäytön vastaisten sääntöjen ja PPT-määräyksen välinen suhde*, s. 1–2. Verotus-lehden väitöskirja-artikkelit 2020, saatavilla osoitteesta <https://www.verotus-lehti.fi/vaitoskirja-artikkelit/65-kansallisten-vaearerinkaeytoen-vastaisten-saeaeentojen-ja-ppt-maeeraeyksen-suhde>

linto on ottanut sen kannan, että kyseessä on yleinen verosopimusten tulkintaa koskeva periaate myös sellaisten kahdenvälisten verosopimusten osalta, joiden rinnalla ei muodollisesti sovelleta MLI:n määräyksiä.<sup>24</sup>

PPT-määräyksen soveltaminen edellyttää verovelvollisen oikeustoimien muodon ja taloudellisen sisällön välisen jännitteen, sekä oikeustoimien veruksellisten syiden ja liiketaloudellisten syiden välisen jännitteen arvioimista ja näiden näkökohtien keskinäistä punnintaa. Siten PPT-määräyksen ja veron kiertämistä estävien yleislausekkeiden soveltamislogiikassa on paljon samankaltaisuutta, kun molemmissa sanamuodon pohjalta muodostettavaa muodollista tulkintaa tarvittaessa punnitaan lainsäädännön tavoitteita ja verovelvollisen oikeustoimien tarkoitusta vasten. Tältä osin kansallisen verolainsäädännön tulkinnaassa yleisesti sovellettavat ja verosopimusten tulkinnassa sovellettavat tulkintaperiaatteet ovat BEPS-hankkeen vaikutuksesta selvästi lähentyneet toisiaan.<sup>25</sup>

On vielä epäselvää, miten laajalti PPT-määräystä tullaan käytännössä soveltamaan, mutta muutos on teoreettisesti huomionarvoinen.<sup>26</sup> PPT-määräys avaa verosopimusnormien soveltamistilanteita sellaisille verovelvollisten toimien ja verosopimusmääräysten tarkoitusta koskeville punninnolle, joille ei ollut verosopimusjärjestelmässä kiistatonta tukea vielä ennen BEPS-hanketta. Yksittäisissä soveltamistilanteissa PPT voi aiheuttaa huomattavaa oikeudellista epävarmuutta, mutta kokonaisuudessaan kansainvälisen vero-oikeuden laintulkintaperiaatteet ovat nyt huomattavasti helpommin yhteensovittavissa yleisten vero-oikeuden tulkintaa koskevien käsitystapojen kanssa.<sup>27</sup>

24. Verohallinnon ohje ”Verosopimusten artiklat”, 29.5.2020. PPT-määräyksen osalta ohjeessa todetaan, että ”riippumatta siitä, onko sovellettavassa verosopimuksessa kyseistä määräystä, kaikkien Suomen tekemien verosopimusten tarkoituksena on, että verosopimuksen väärinkäytöstilanteisiin voidaan puuttua.”

25. PPT-määräyksen ja VML 28 §:n päällekkäisyys ilmenee siinä, että konkreettisisä soveltamistilanteissa on valittava, kumpaa jossain määrin päällekkäisistä normeista sovelletaan ja miten niiden välinen ristiriita poistetaan. Ks. Veikkola 2020, s. 18–20. Tätä kehitystä voidaan havaita myös EU-oikeudellisten ja verosopimukseen perustuvien normien välillä. Knuutinen toteaa, että EU-tuomioistuin on veron kiertämistä koskevissa ratkaisuisaan siirtynyt lähemmäksi PPT-määräyksen yhteydessä käytettyjä muotoiluja. Ks. Reijo Knuutinen, Veron kiertäminen yritysten tuloverotusta koskevissa direktiiveissä. Verotus 1/2021, s. 60–70, 70.

26. PPT-määräystä ei kuitenkaan ole sisällytetty, eikä välttämättä tulla koskaan sisällyttämään kaikkiin globaalisti solmittuihin kahdenvälisiin verosopimuksiin. Verosopimukseen liittyy paljon muitakin huomionarvoisia tulkintatilanteita kuin niiden väärinkäyttö, joten tältäkin kannalta PPT-määräyksen käytännöllistä merkitystä ei ehkä kannata ylikorostaa.

27. Kari S. Tikka on tunnetusti luonnehtinut pääasiallisia tulkintavaihtoehtoja - niin sanottuja tulkinta-asenteita - formalismiksi ja realismiksi. Ks. Veron minimoinnista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1972, s. 125–130. Tämä kuvaus on jokseenkin yleispätevä kaikissa vero-oikeudellisissa soveltamistilanteissa, myös kansainvälisen vero-oikeuden normistoja sovellettaessa. Pitkälti samasta asiasta, mutta ratkaisun pohjaksi otettavien tosiseikkojen kannalta, on kyse *substance over form* -tulkintaopissa. Ks. Reijo Knuutinen, Muoto ja sisältö vero-oikeudessa - erityistarkastelussa rahoitus- ja sijoitusinstrumentit. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009, s. 19 ss. Sitä seurattaessa veroseuraamukset määrätään vahvemmin verovelvollisen oikeustoimien

### 3. Kansainväliset verosopimukset: bilateralismista kohti laajavaikutteista monenkeskisyyttä

BEPS-hankkeen vaikutus näkyy selvästi myös verotuksen kansainvälisessä sopimusjärjestelmässä. Kansainvälisen vero-oikeuden rakenteellisten piirteiden näkökulmasta sääntelyalan tärkeimpiä taustatekijöitä on jo kauan ollut *unilateralismi*: se, että eri valtioilla on varsin vapaat kädet määritellä verojärjestelmiensä sisältö omista lähtökohdistaan ja tavoitteistaan käsin. Talouden näkökulmasta kysymys on eri lainkäyttöalueiden välisestä verokilpailusta, joka on viimeistään 1980-luvulta lähtien kuulunut sääntelyalan peruspiirteisiin.<sup>28</sup>

Siltä osin, kun eri lainkäyttöalueiden verojärjestelmien yhteensovittamisessa on onnistuttu, se on aina Kansainliiton ajoista lähtien perustunut pääasiassa kahdenvälisiin eli *bilateraalisiin* verosopimuksiin. Kahdenväliset verosopimukset sitovat ja velvoittavat vain sopimuksen osapuolina olevaa kahta lainkäyttöaluetta, jolloin vain näissä sopimusvaltioissa asuvat verovelvolliset ovat oikeutettuja kyseisen verosopimuksen mukaiseen verokohteluun.

Kaksinkertaisen verotuksen poistaminen on siten edellyttänyt laajaa verosopimusten verkostoa. Suomen verosopimuskannassa on yli 70 kahdenvälistä verosopimusta, globaalisti niiden lukumäärä joudutaan laskemaan jo tuhansissa. Kahdenvälisten verosopimusten sisältö ja tulkinta perustuvat OECD:n malliverosopimukseen ja sen kommentaariin, tyypillisesti myös silloin kun toinen tai molemmat sopijavaltioista eivät ole OECD:n jäsenvaltioita. Kansainvälinen verosopimus-oikeus oli siis vuosikymmenten varrella muotoutunut paitsi kahdenväliseksi, myös vahvasti OECD-keskeiseksi.

Bilateraalilla verosopimuksilla on saatu aikaan varsin tehokkaita mekanismeja kaksinkertaisen verotuksen poistamiseksi, mutta niillä ei sen sijaan ole pystytty, eikä oikeastaan pyrittykään, syvällisemmin vaikuttamaan eri lainkäyttöalueiden verojärjestelmien sisältöön tai määrittelemään millaiset verojärjestelmien piirteet ovat yleisesti ottaen suositeltavia tai hylättäviä. Tämä on luonnollisesti osaltaan korostanut kansainvälisen vero-oikeuden formalistista luonnetta. Perinteiset, bilateraalisten verosopimusten varaan rakentuvat kaksinkertaisen

taloudellisen sisällön, kuin niille annetun oikeudellisen muodon perusteella. Oikeudellisen muodon ja taloudellisen sisällön väliset jännitteet verolakien tulkinnessa eivät nekään ole aikaan ja paikkaan tai mihinkään tiettyyn oikeusjärjestykseen sidottuja, vaan näyttävät kuuluvan lähes aina ja kaikkialla vero-oikeudellisen sääntelyn perusuonteeseen.

28. BEPS-toimenpide numero 5 koskee haitallisen verokilpailun torjumista, mutta siinä on kysymys lähinnä tilanteista, joissa lainkäyttöalue suuntaa erityisiä veroetuja muissa maissa asuville ja näiden asuinvaltioiden veropohjaa rapauttavasti. OECD:n johdolla on 8.10.2021 saavutettu 136 valtion yhteisymmärrys ns. pilari 2-sääntelystä, jolla määritellään globaali minimiverotaso. Pilari 2 tulee menemään verokilpailun rajoittamisessa siis olennaisesti pidemmälle kuin BEPS-hanke.

verotuksen poistamismekanismit parantavat nekin eri lainkäyttöalueiden verojärjestelmien yhteensopivuutta, mutta funktioltaan ne lähenevät muodollisia lainvalintasääntöjä.

Se, että kansainvälisestä vero-oikeudesta on siirtohinnoittelua lukuun ottamatta pitkään puuttunut verojärjestelmien rakennetta ja yksityiskohtia määritteleviä sisällöllisiä standardeja, on ollut tavallaan itsestään selvää, koska perinteisessä verosopimusoikeudessa, ennen BEPS:iä, niiden luomista ei vakavasti edes tavoiteltu. BEPS-hanke tai sen jälkeiset kehityskulut eivät ole sinänsä horjuttaneet kahdenvälisten verosopimusten verkoston keskeistä asemaa, mutta huomionarvioisia nyansseja on kylläkin tullut näkyviin.

BEPS-hankkeen myötä verosopimusoikeudessa on alettu tavoitella aiempaa laajapohjaisempaa sopimista.<sup>29</sup> OECD:n johdolla on neuvoteltu monenkeskinen verosopimuksia koskeva yleissopimus MLI, jolla on sovittu verosopimusten väärinkäyttämistä (veron kiertämistä) koskevasta tulkintaperiaatteesta sekä vahvistettu kaksinkertaisen verotuksen poistamiseen liittyviä, valtioidenvälisiä riitojenratkaisumekanismeja ja niiden sitovuutta. MLI on neuvoteltu laajapohjaisesti ja siihen on sitoutunut joukko OECD:n ulkopuolisia valtioita, myös kehittyviä valtioita. MLI on yksittäinen ja vielä tällä hetkellä ainutlaatuinen monenkeskinen sääntelyinstrumentti, jonka määräykset koskevat lisäksi vain varsin rajattuja soveltamistilanteita.<sup>30</sup>

MLI:stä sopiminen on ollut tarpeellista BEPS-hankkeen tavoitteiden, erityisesti verosopimusten väärinkäytön estämisen näkökulmasta, koska vain monenkeskisellä sopimisella kyetään välttämään muutosten aikaa ja resursseja vievä (globaali) implementointi yksittäisten kahdenvälisten verosopimusten tasolla. Monenkeskisellä sopimisella kyetään myös rajoittamaan verosopimusmääräysten valinnaisuutta ja variaatiota, sekä sitomaan määräysten tulkinta eri valtioissa riittävän suppeisiin ja yhdenmukaisiin lähtökohtiin. Monenkeskisen sopimisen hyötyjä on pidetty selvänä jo ennen BEPS-hanketta ja siihen liittyviä tavoitteita.

29. OECD:n piirissä on jo vuonna 1958 yritetty laatia monenkeskistä verosopimusta, mutta yritys epäonnistui. ks. Rohatgi 2002, s. 48. Multilateralismin hyötyjä verrattuna bilateraalseen järjestelyyn on todennettu tutkimuskirjallisuudessa myös tilastoaineistolla, ks. Vincent Arel-Bundock, *The Unintended Consequences of Bilateralism: Treaty Shopping and International Tax Policy*. International Organization (71) 2017, s. 349–371. Arel-Bundock ei tosin suosita pelkästään MLI:n kaltaista rajattua instrumenttia, vaan monenkeskisyys nähdään keinona toteuttaa globaalin talouden hallintaa – ”global economic governance”, s. 367–369.

30. Suomi allekirjoitti MLI:n kesäkuussa 2017. Lokakuussa 2021 allekirjoittajavaltioita on globaalisti kaikkiaan 96 ja ratifiointiprosessin edettyä MLI:n määräyksiä sovelletaan jo laajasti kahdenvälisten verosopimusten rinnalla. Suomen tekemien valintojen ja varaamien johdosta useimpien Suomen kahdenvälisten verosopimusten rinnalla tulevat sovellettavaksi MLI:n PPT-määräys ja välimiesmenettelyä koskevat määräykset. Ks. Anette Ala-Lahti-Kataja – Eveliina Laaki – Janika Mattila – Sofia Lindström, *Monenvälisen yleissopimuksen vaikutukset Suomen verosopimuksiin*. Verotus 2/2020, s. 201–211.

<sup>31</sup> Laajapohjaisella MLI:llä on merkitystä myös onnistuneena koepallona, joka avaa yleisemminkin tietä *multilateralism*in vahvistumiselle kansainvälisessä vero-oikeudessa.<sup>32</sup> MLI on siis lähes sadan vuoden odottelun jälkeen osoittanut, että verosopimusverkoston muuttamien monenkeskisellä sopimisella on sittenkin mahdollista.

BEPS-hankkeen myötä virinnyt multilateralismi onkin perusteltua ymmärtää MLI:tä tai muita yksittäisiä monenkeskisiä sopimuksia laajemmaksi ilmiöksi: kysymys on kansainvälistä yhteistyötä ohjaavasta toimintaperiaatteesta, joka vaikuttaa osaltaan siihen, millaisia tavoitteita lainkäyttöalueiden väliselle yhteistyölle asetetaan, millä keinoilla tavoitteita pyritään toteuttamaan, sekä millaiseksi näin syntyvän kansainvälisen normiston luonne, velvoittavuus ja vaikutuskanavat on syytä käsittää.<sup>33</sup> Näin ajateltuna multilateralismia ei ole syytä pitää pelkästään sopimusosapuolien määrää koskevana teknisenä kysymyksenä, vaan järjestelyjen monenkeskisyys voi samalla aivan olennaisesti vaikuttaa siihen, mistä sovitaan ja millaista normistoa sopimusten perusteella syntyy. Siksi ensi katsomalta lyhyetkin askelet perinteisestä bilateraalista sopimisesta kohti monenkeskistä sopimista voivat lopulta osoittautua hyvin perustavanlaatuisiksi koko sääntelyalan perusuolteen ja kehitysnäkymien kannalta.<sup>34</sup>

Multilateralism

31. Jo ennen BEPS-hanketta oli nähtävissä, että monenkeskisellä sopimisella olisi huomattavia etuja myös EU:n sisämarkkinoilla, ks. Marjaana Helminen, *The Nordic Multilateral Tax Treaty as a Model for a Multilateral EU Tax Treaty*. IBFD 2013, s. 3–6.

32. Ks. esim. Victor Thuronyi, *International Tax Cooperation And a Multilateral Treaty*. Brooklyn Journal of International Law 26(4) 2001, s. 1641–1681.

33. Muussa kansainvälisen talouden sääntelyssä multilateralismi on ollut tarkastelujen näkökulmana erityisesti WTO:n osalta. Ks. esim. Richard Baldwin, *The World Trade Organization and the Future of Multilateralism*. Journal of Economic Perspectives 30(1) 2016, s. 95–116.

34. Ks. esim. Piergiorgio Valente, *BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument*. Intertax (45) 2017, s. 219–228, 228. Hänen mukaansa MLI “turns what until today was wishful thinking into actual applicable rules able to inaugurate a new era in international taxation”. Asia voi näyttää toiselta, jos asiaa tarkastellaan vain MLI:n sisältämien määräysten kannalta: kahdenvälisten verosopimusten muutosten yhteydessä MLI:n määräyksiä tullaan oletettavasti sisällyttämään kahdenvälisten verosopimusten tekstiin, joten tässä mielessä MLI saattaa ajan myötä käydä teknisesti ottaen tarpeettomaksi. Ks. Mason 2020, s. 400.

35. Ks. esim. Gadzo – Jozipovic 2020, s. 445, jotka käyttävät vajaanverotuksen estämiseen liittyvistä toimenpiteistä nimitystä ”coherence standards”.

koskevaa sisällöllisyyttä, jota tavataan muillakin kansainvälisen sääntelyn lohkoilla, esimerkiksi työoloja tai ympäristöä koskevassa sääntelyssä.

Varsinkin vähimmäistason mukaisesta verotustietojen vaihtamisesta on muodostunut standardi, jonka noudattamista kansainvälinen yhteisö odottaa kaikilta valtioilta: jos lainkäyttöalue ei toteuta OECD:n ja EU:n määrittelemää vähimmäistasoa, se saattaa joutua ns. mustalle listalle eli kansainvälisen yhteisön sanktioinnin kohteeksi.<sup>36</sup> Vaikka OECD:llä ja EU:lla ei ole sanktioinnin kohteena olevissa maissa sitovaa sääntelyvaltaa, ne pystyvät tätä kautta käytännössä vaikuttamaan maiden valintoihin ja kansallisen lainsäädännön sisältöön. Tämänkaltaista vaikuttamista ei välttämättä pidetä ongelmallisena valtiosuvereenisuuden näkökulmasta, koska lainkäyttöalueilta edellytetään "vain" sitoutumista laajapohjaisesti kansainvälisesti hyväksytyihin ja yleisesti käytössä oleviin toimintamalleihin.<sup>37</sup>

Kansainväliseen vero-oikeuteen näyttää siis parhaillaan syntyvän standardin kaltaisia normeja, jotka koetaan jokseenkin sitoviksi ja joiden noudattamista odotetaan myös sellaisten lainkäyttöalueiden osalta, jotka eivät ole niihin esimerkiksi allekirjoittamallaan verosopimuksilla sitoutuneet. Tällainen monenvälisesti luotu kansainvälinen vero-oikeus poikkeaa oikeusteoreettiselta luonteeltaan jo varsin paljon siitä, millaiseksi se on perinteisen bilateraalisin verosopimusoi-keuden osalta yleensä käsitetty.

## 4. Tulkinta-aineistojen monipuolistuminen

### 4.1. OECD:n aineistot

Vero-oikeudessa on vakiintuneesti katsottu, että verotuksen alalla on korostuneen tärkeää huolehtia julkisen vallan käytön sitomisesta lakiin. Kysymys on

36. Suomessa listauksilla on eräiltä osin merkitystä väliyhteisölain (1217/1994) 3 §:ää sekä raportoitavista järjestelyistä verotuksen alalla annetun lain (1559/2019) 18 §:ää sovellettaessa. Suomessa ei ole laadittu omia listauksia yhteistyöhaluttomista lainkäyttöalueista. Verohallinto on antanut väliyhteisölain soveltamista varten ns. valkoisen listan lainkäyttöalueista, joiden kanssa Suomella on toimiva tietojenvaihtosopimus. Ks. Verohallinto 14.1.2019, "Laki ulkomaisten väliyhteisöjen osakkaiden verotuksesta, valkoinen lista". OECD seuraa tietojenvaihdon toimivuutta maakohtaisesti, ks. esim. OECD Global forum on transparency and information exchange for tax purposes: Peer review of the automatic exchange of financial account information 2020

37. Kuten Hidalgo toteaa: "the transfer of sovereignty in tax matters to supranational organizations along with recommendations, reports, opinions and directives show evidence that multilateralism, as a principle of international tax solutions, is a reality". Ks. Guillermo Sanchez-Archidona Hidalgo, Reflections on Multilateral Tax Solutions in a Post-BEPS Context. *Intertax* (45) 2017, s. 714–721, 720.



vero-oikeudellisen legaliteettiperiaatteen noudattamisesta: verovelvollisuus voi perustua vain ennalta annettuun lainsäädäntöön.<sup>38</sup> Lakisidonnaisuus ulottuu täydellä painollaan myös kansainväliseen vero-oikeuteen: verosopimuksilla sovitetaan verotusoikeuden jakamisesta, mutta veroseuraamuksista täytyy säätää kunkin valtion valtiosisäisessä lainsäädännössä. Lisäksi verosopimusoikeuden ns. kultaisen säännön nojalla verosopimukset voivat ainoastaan kaventaa, mutta eivät koskaan laajentaa sisäisen lainsäädännön mukaisesti määräytyvää tulon veronalaisuutta.<sup>39</sup>

Kansainvälisen vero-oikeuden meneillään oleva murroskohta on aiheuttanut jonkin verran jännitteitä näiden vakiintuneiden käsitystapojen suhteen. OECD:n BEPS-muutoksia on meillä ja muualla tosin toteutettu erittäin laajasti nimenomaan voimassa olevaa verolainsäädäntöä ja sen yksityiskohtia muuttamalla. Muutoksia on toteutettu kansallisella verolainsäädännöllä, EU-direktiivejä implementoivalla lainsäädännöllä sekä laintasoisesti voimassa olevilla verosopimusmuutoksilla. Tämä ei ole kuitenkaan muutosten koko kuva. Kansainväliisiin tilanteisiin liittyvissä oikeus- ja tulkintalähteissä, niiden normiauktoireissa ja muodollisessa sitovuudessa on nykyisin jo huomattavan paljon variaatiota.

Siihen pääperiaatteeseen, että veron määräämisen tulee perustua lakitasoiseen sääntelyyn, ei ole tullut muutoksia. Lisäksi verolainsäädännön yksityiskohdaisuus ja volyymi on ollut edelleen kasvusuunnassa. Siksi olisi ehkä liioiteltua puhua varsinaisesti *soft law*'n läpimurrosta tällä alalla. Senkaltaisia piirteitä kansainvälisen vero-oikeuden lähteistöön ja tulkintatilanteisiin on joka tapauksessa alkanut enenevästi ilmaantua. Kuvaa täydentää osaltaan myös yritys vastuun ja siihen liittyvien eettisten koodistojen merkityksen kasvu.<sup>40</sup> On sinänsä riidatonta, että yritys vastuun eettisestä normistosta ei voida johtaa yrityksille oikeudellista velvollisuutta maksaa veroja, ja että eettiset näkökohdat eivät voi muodostaa veroviranomaisen toimivaltaperustetta verotarkastuksissa ja maksuunpanopäätöksissä. Siitä huolimatta yritys vastuun periaatteet ohjaavat varsin monelta kantilta yritysten raportointia ja päätöksentekoa myös verotuksen alalla. Tässä mielessä ne ovat osa käytännön liiketoimintaa ohjaavia normistoja, jotka ovat merkittäviä siksi, että toimijat ovat enenevässä määrin sitoutuneet noudattamaan niitä.<sup>41</sup>

Käytännössä huomioon otettavia tulkintalähteitä ja niiden merkittävyyttä ja normatiivista painoarvoa ei nykyisin ole aina mahdollista tunnistaa pelkästään

38. Ks. Reijo Knuutinen, Legaliteettiperiaate vero-oikeudessa. Lakimies 6/2015, s. 811–833, 813–817.

39. Ks. Marjaana Helminen, Kansainvälinen verotus, Alma Talent jatkuvatäydenteinen, luku 3.

40. Verotuksen yritys vastuusta ks. kootusti Reijo Knuutinen, Verosuunnittelun oikeudelliset ja yhteiskunnalliset rajat. Alma Talent 2020, s. 377–405.

41. Suomessa varsinkin valtionyhtiöiden veroraportointia on kehitetty ja se on ollut esillä myös tutkimuksessa Ks. esim. Katariina Heikkilä – Timo Hyvönen – Pekka Nykänen, Valtionyhtiöiden verojalanjälki. Sidosryhmä- ja legitimaatioteoriaan perustuva tutkimus kuuden suomalaisen yhtiön maakohtaisesta veroraportoinnista. Oikeus 2/2021, s. 132–158.



sillä perusteella, onko kysymys sitovasta verolainsäädännöstä tai verosopimusmääräyksestä, vaiko ei-sitovasta normistosta. Kansainvälisen vero-oikeuden tosiasiallinen oikeuslähdeoppi ei siis täysin vastaa legaliteettiperiaatteen varaan rakentuvaa ideaalimallia.

OECD:llä ei ole muodollista lainsäädäntövaltaa, mutta sen luonnehtiminen pelkäsi valmistelu- ja asiantuntijaorganisaatioksi olisi jo ennen BEPS-muutoksia ollut varsin pitkälle menevä yksinkertaistus.<sup>42</sup> OECD:n malliverosopimus laajoine kommentaareineen on jo vuosikymmeniä ollut tärkeässä roolissa kahdenvälisen verosopimusten sisällön ja tulkinnan määrittäjänä. Oikeuslähdeopillisesti kysymys ei ole välittömästi tai edes välillisesti OECD:n asettamien normien noudattamisesta, vaan sopijavaltioita velvoittava ja verovelvollisten oikeusasemaan vaikuttava normisto on sisältynyt ja oikeusvaikutukset on johdettu kulloinkin sovellettavasta kahdenvälisestä verosopimuksesta. Kun OECD:n malliverosopimus käytännössä määrittää verosopimusten sisältöä artiklanumerointia myöten, ja kun kommentaariin on kirjattu verosopimusten kansainvälisesti hyväksytyt tulkintalähtökohdat, näiden aineistojen tosiasiallinen merkitys on jo ennen BEPS-muutoksia ollut huomattavasti niiden muodollisjuridista sitovuutta suurempi.

Varsinkin OECD:n siirtohinnoitteluohteet ovat jo ennen BEPS-aikaa ohjanneet markkinaehtoperiaatteen tulkintaa hyvinkin yksityiskohtaisella tasolla, myös muualla kuin OECD:n jäsenvaltioissa. Osana BEPS-hanketta julkaistiin vuonna 2015 siirtohinnoitteluohteiden päivitysteksti (toimenpiteet 8–10) sekä vuonna 2017 uusi yhtenäinen versio.<sup>43</sup> On huomionarvoista, että koska siirtohinnoitteluohteet ovat oikeudellisesti sitomattomia, niitä koskevia muutoksia ei ole tarvinnut saattaa muodollisesti voimaan, eli niiden sitovuudesta ei ole tarvinnut kansainvälisesti sopia. Tästä syystä BEPS-hankkeessa julkaistut muutokset ovat alkaneet vaikuttaa verovelvollisten oikeusasemaan jo vuodesta 2015 lähtien.<sup>44</sup> Keskustelua on käyty lähinnä siitä, missä määrin uusia ohjeita voidaan

42. OECD:lla on nähty keskeinen rooli esimerkiksi siinä, että myös OECD:n ulkopuoliset maat alkoivat laajalti solmia kahdenvälisiä, OECD:n malliverosopimuksen mukaisia verosopimuksia 1990-luvun kuluessa. Ks. Lyne Latulippe, *The expansion of the bilateral tax treaty network in the 1990s: the OECD's role in international tax coordination*. *Australian Tax Forum* (27) 2012, s. 851–883.

43. Siirtohinnoitteluohteiden aiemmat versiot on julkaistu vuosina 1995 ja 2010, ks. Merja Raunio – Jukka Karjalainen, *Siirtohinnoittelu*. Alma Talent 2018, s. 34–40.

44. Muutosten yleiskuva on se, että BEPS-hankkeen yhteydessä julkaistut päivitykset antavat viranomaisille aiempaa enemmän mahdollisuuksia tarkastella siirtohinnoittelun markkinaehtoisuutta kirjallisesti solmittujen sopimusten ehtojen sijasta liiketoimien sisällön ja osapuolten kantamien riskien valossa. Ks. Raffaele Petrucci, *The Arm's Length Principle: Between Legal Fiction and Economic Reality*, s. 17–23 teoksessa Michael Lang – Alfred Storck – Raffaele Petrucci (eds), *Transfer Pricing in a Post-BEPS World*. Kluwer 2016, s. 1–32.

hyödyntää arvioitaessa ennen niiden julkaisemista tehtyjen liiketoimien markkinaehtoisuutta.<sup>45</sup>

Siirtohinnoitteluohjeet ovat nykyisin laajuudeltaan useita satoja sivuja, ja niillä pyritään varmistamaan markkinaehtoperiaatetta koskevien tulkintojen yhdenmukaisuus ja siten vähentämään veroriitoja sekä kaksinkertaista verotusta. OECD:n siirtohinnoitteluohjeet ovat jo pitkään olleet laajasti hyväksytyin kansainvälisen standardin asemassa, ja niillä on ollut vahvaa tosiasiallista sitovuutta ylimpiä tuomioistuimia myöten, myös Suomessa.<sup>46</sup> Siirtohinnoitteluohjeet ovat siis saavuttaneet merkittävän aseman kansainvälisen vero-oikeuden normistona ilman muodollista sitovuutta. Siirtohinnoitteluohjeet eivät siinä mielessä ole täysin edustava esimerkki, että markkinaehtoperiaate, ts. miten riippumattomat osapuolet toimisivat vastaavissa olosuhteissa, perustuu melko objektiiviseen taloudelliseen perusideaan. Kansainvälisessä verotuksessa on joka tapauksessa jo aiemmin totuttu vahvasti seuraamaan OECD:n tuottamia aineistoja, joilta puuttuu muodollisjuridinen oikeudellinen sitovuus.

OECD:lle on BEPS-hankkeessa ja sen jälkeen annettu ja se on omaksunut valmistelu- ja koordinoititehtäviä, joilla tavoitellaan kansainvälisen verojärjestelmän entistä pidemmälle menevää yhdenmukaistamista. OECD:n valmistelemissa papereissa ehdotettuja sääntelytoimia on tosiasiaa alettu varsin laajalti toteuttaa, ja ne on monissa maissa päätetty saattaa oikeudellisesti sitovaan muotoon joko sisäisellä lainsäädännöllä tai verosopimustasoisilla muutoksilla. Siksi pelkkä normihierarkkinen tarkastelutapa – siis OECD:n aineistojen luonnehtiminen pääasiassa oikeudellisesti sitomattomiksi suosituksiksi – kuvaa nyt entistäkin huonommin niiden luonnetta ja merkitystä kansainvälisessä vero-oikeudessa.

OECD:n aineistojen merkityksen kasvusta kertoo osaltaan se, että ne on BEPS-hankkeesta lähtien valjastettu uudella tavalla myös EU:n veropolitiikan ja EU:n oman lainsäädäntöyön ohjenuoriksi. EU-tuomioistuimen vakiintuneen tulkinnan mukaan jäsenvaltioilla on oikeus solmia (yleensä OECD:n malliverosopimukseen pohjautuvia) verosopimuksia, kunhan sopimusmääräykset eivät ole ristiriidassa EU-oikeuden kanssa. EU-tuomioistuin on myös jo varhaisissa tuloverotusta koskevissa ratkaisuisaan viitannut OECD:n malliverosopimukseen eräänlaisena kansainvälisesti yleisesti hyväksytyjen käytäntöjen mittapuuna

45. Ks. Verohallinnon ohje ”Siirtohinnoitteluohjeiden päivitykset tulkintalähteinä”, 21.4.2021. Verohallinnon kanta on, että päivitykset voidaan ottaa huomioon myös aiempien verovuosien osalta, jos ne eivät sisällä perustavanlaatuisia uusia tulkintasuosituksia.

46. Ks. esim. KHO 2013:36, jonka perustelujen mukaan ”OECD:n siirtohinnoitteluohjeet eivät sido OECD:n jäsenvaltioita. Ohjeisiin sisältyy kuitenkin suositus, että sekä kansalliset veroviranomaiset että kansainväliset konsernit nojautuisivat niihin. Esimerkiksi hallituksen esityksessä 107/2006 vp on todettu, että kyseisillä OECD:n ohjeilla on siirtohinnoittelun alalla pitkälti kansainvälisen standardin asema, ja ohjeita voidaan pitää markkinaehtoperiaatteen tärkeänä tulkintalähteenä.”

arvioidessaan, onko jäsenvaltion verotuskäytäntöä pidettävä syrjivänä EU:n taloudellisia perusvapauksia sovellettaessa.<sup>47</sup> BEPS-hankkeen myötä EU:n omaa veropolitiikkaa ja sen toteuttamiseksi tarvittavia toimenpiteitä alettiin kuitenkin viemään lainsäädännön teknisiä yksityiskohtia myöten eteenpäin OECD:n papereissa viitoitettujen suuntaviivojen mukaisesti.<sup>48</sup>

Malliesimerkki EU-lainsäädännön ja OECD:n aineistojen vahvistuneesta sidoksesta on hybridisääntelyä koskeva direktiivi<sup>49</sup>, jonka johdannoissa on nimenomaisesti vahvistettu OECD:n (oikeudellisesti sitomattoman) raportin asema (oikeudellisesti sitovan) direktiivin tulkinta-aineistona.<sup>50</sup> OECD:n ja EU:n veropolitiikan muuttuneesta sidoksesta on syytä nostaa esiin myös se näkökohta, että BEPS-muutosten toteuttaminen direktiivillä tekee niistä jokaisen yksittäisen jäsenvaltion kannalta käytännössä peruuttamattomia: direktiiviin perustuva sääntelyä voidaan muuttaa tai se voidaan kumota vain, mikäli jäsenvaltiot ovat asiasta yksimielisiä.

Kansainvälisessä vero-oikeudessa on tietenkin edelleen tärkeää tunnistaa selväpiirteisesti erot yhtäältä sitovien normien – lainsäädännön ja verosopimusmääräysten – ja toisaalta suositusluontoisen tulkinta-aineiston välillä. Samalla on kuitenkin syytä tunnistaa myös meneillään oleva kehitys, jossa kansainvälisen vero-oikeuden aineistoihin on alkanut muotoutua yhä merkittävämmässä määrin muodollisessa katsannossa ei-sitovaa, mutta tästä huolimatta merkityksellistä tulkinta-aineistoa.

Tältä osin on huomattava, että kansainvälisen vero-oikeuden järjestelmälle edelleen täysin keskeinen pyrkimys välttää kaksinkertaista verotusta voi yllättävänkin vahvasti tukea eri valtioissa tavoiteltavien tulkintojen yhdenmukaisuutta ja samalla tuottaa ei-sitovalle tulkinta-aineistolle huomattavaa tosiasiallista painoarvoa. OECD:n siirtohinnoitteluoheilla on jo pitkään ollut tällainen asema, mutta sama logiikka voinee toistua muidenkin OECD:n tuottamien aineistojen

47. Verosopimusten erityisasema EU:n sisämarkkinaoikeudessa näkyy osaltaan myös siinä, että EU-tuomioistuin ei ole edellyttänyt verosopimusten osalta, että jäsenvaltioiden kahdensiväisessä verosopimuksessa myönnetty edut tulisi sellaisenaan laventaa myös kaikkien muiden jäsenvaltioiden kansalaisia koskeviksi. Ks. Matti Urpilainen, Vapaa liikkuvuus ja verosuveriniteetti Euroopan unionin sisämarkkinoilla. Lakimiesliiton Kustannus 2012, s. 105–116.

48. Kuten Panayi huomauttaa, OECD:n BEPS-projektin alkuperäisenä tarkoituksena ei ollut asettaa verotuksen alalla yleisiä *good governance* -periaatteita, vaan tilkitä tiettyjä ongelmakohtia olemassa olevassa sääntelyssä. EU:ssa BEPS-suosituksille on kuitenkin alettu antaa tällaista merkitystä verotustietojenvaihdon kehittämisessä ja tehostamisessa. Ks. Christina Panayi, The Europeanization of Good Tax Governance. *Yearbook of European Law* (36) 2017, s. 442–495, 450.

49. Direktiivi (EU) 2017/952 direktiivin (EU) 2016/1164 muuttamisesta siltä osin kuin on kyse verokohtelun eroavuuksista kolmansien maiden kanssa, 29.5.2017 (ns. ATAD II -direktiivi).

50. Kohta 28: ”Pannessaan tämän direktiivin täytäntöön jäsenvaltioiden olisi käytettävä esimerkkinä tai tulkintalähteenä toimenpidettä 2 koskevan OECD:n BEPS-raportin soveltuvia selityksiä ja esimerkkejä siltä osin, kuin ne ovat yhdenmukaisia tämän direktiivin ja unionin oikeuden kanssa.”

kohdalla. Kansallisesti on järkevää tehdä samanlaisia tulkintoja, kuin muissakin maissa tehdään, jotta tulkintakonflikteja syntyisi tulkinnanvaraisissa asioissa mahdollisimman vähän.

Jos tuomioistuin antaa ratkaisussaan tosiasiallista painoarvoa ei-sitovalle tulkintaohjeelle, tämä ei sellaisenaan tarkoita, että ratkaisu missään vahvassa merkityksessä perustuu tähän aineistoon, vaan se perustuu kulloinkin sovellettavaan sitovaan normistoon – sisäiseen lainsäädäntöön ja verosopimuksen määräyksiin. Kysymys on enemmänkin sitoviin säännöksiin jäävän tulkintavaran käyttämisestä ja sillä oletuksella, että muuallakin pyritään seuraamaan samaa ei-sitovaa tulkintaohjetta, jolloin riski sekä kaksinkertaisesta verotuksesta että vajaaverotuksesta pienenee. Näissä tilanteissa ratkaisuharkintaan vaikuttavien tulkintalähteiden analysointi pelkästään perinteisellä sitova/ei-sitova-dikotomilla ei välttämättä anna oikeaa kuvaa ratkaisutilanteen kannalta merkityksellisistä normeista.

## 4.2. Ulkomaiset tuomioistuinratkaisut

Uusien kansainvälisten tulkinta-aineistojen vaikutus voi välittyä ratkaisuharkintaan myös epäsuoremmin, toisissa valtioissa tehtyjen viranomais- ja tuomioistuinratkaisujen kautta. Uudet verosopimustasoiset määräykset ja EU-direktiivien kautta sisäiseen lainsäädäntöön implementoidut säännökset ovat jo tulleet ja tulevat jatkossa varsin samansisältöisinä sovellettaviksi useiden eri valtioiden viranomaisissa ja tuomioistuimissa, sekä EU-alueella että muualla. Verojärjestelmien eroavuudet ovat edelleen suuria, mutta BEPS-toimenpiteiden johdosta eri valtioissa sovellettavan sitovan verolainsäädännön sisältö ja tulkintalähtökohdat ovat alkaneet entistä vahvemmin lähentyä toisiaan, koska yhä useammin lainsäädännöllä on kansainvälisesti jaettu tavoiteperusta ja tulkinta-aineistoa.<sup>51</sup> Voidaankin ennakoida, että BEPS-toimenpiteiden myötä kansainvälisessä vero-oikeudessa on avautumassa uudenlainen keskusteluyhteys eri maiden veroviranomaisten ja tuomioistuinten välille. Kun huomioidaan, että epäyhdenmukaiset tulkinnat eri valtioissa voivat helposti johtaa joko vajaaverotukseen tai kaksinkertaiseen verotukseen, ulkomaisten tulkintojen havainnointi vaikuttaa kansainvälisessä vero-oikeudessa jo lähtökohtaisesti tärkeämmältä kuin monilla muilla sääntelyaloilla.<sup>52</sup>

51. Suomessa tällaisia normistoja ovat esimerkiksi väliyhteisölainsäädäntö, korkovähennysrajoitukset, yritysten maastapoistumisvero, hybridisäännökset sekä monet tietojenvaihtoon ja raportointiin liittyvät säännökset, joita kaikkia on EU-alueella harmonisoitu direktiiveillä, ja joilla tämän lisäksi on taustansa OECD:n BEPS-suosituksissa.

52. Ks. myös siirtohinnoittelua koskeva KHO 2021:73. KHO perusteli ulkomaisten veroviranomaisten solmimien ennakkohinnoittelusopimusten näyttöarvoa Suomessa sillä, että komissio

Oikeuslähdeopillisesti ulkomainen oikeuskäytäntö on lähinnä vain sallitun tai reaalisen argumentin asemassa.<sup>53</sup> Suomessa hallintotuomioistuimet eivät perusteluissaan ulkomaisiin tuomioistuinratkaisuihin viittaa, joskin voidaan arvella, että niihin vetoaminen on viime aikoihin asti ollut veroasioissa melko harvinaista.<sup>54</sup> On kuitenkin nähtävissä, että suomalaisten tuomioistuinten ratkaistavaksi voi tulevaisuudessa edetä yhä useammin sellaisia kansainvälisen vero-oikeuden tulkintakysymyksiä, joihin jonkun muun maan tuomioistuin on jo ehtinyt ottaa kantaa.

Eri maiden verolainsäädännön yksityiskohdat, tavoitteet ja systematiikka voivat olla lähes loputtoman erilaisia silloin, kun kysymys on pelkästään valtion-sisäisesti sovellettavasta verolainsäädännöstä, mutta eri maiden kansainvälisiä tilanteita koskevassa sääntelyssä on vähemmän vaihtelua, eivätkä verojärjestelmien yhteydet suinkaan rajoitu vain BEPS-hankkeesta johtuvaan uuteen sääntelyyn. Monet ns. klassisen verosopimus-oikeuden tulkintakysymykset toistuvat eri maiden verojärjestelmissä lähes samankaltaisessa muodossaan, kuten kiinteän toimipaikan määritelmä sekä verosopimusten eri tulotyyppien väliset rajanvedot, tyyppiesimerkkinä rojalitin ja liiketulon välinen rajanveto. Myös markkinaehtoperiaatteen tulkintaan liittyy monia kysymyksenasetteluja, joissa kansallisten verojärjestelmien yksityiskohtien eroilla ei ole olennaista merkitystä. Voidaan ajatella, että suhteellisen avoimissa tulkintatilanteissa jopa yksittäiset ulkomaiset tuomioistuinratkaisut saattavat olla huomionarvoisia navigointimerkkejä.

Asian ydin ei välttämättä ole siinä, mikä on ulkomaisten tuomioistuinratkaisujen oikeuslähdeopillinen status, vaan siinä, katsovatko tuomioistuimet meillä ja muualla perustelluksi ottaa muiden maiden tuomioistuinten tulkintoja huomioon omassa ratkaisuharkinnassaan. Käytännössä tuomioistuin ei näissä tilanteissa välttämättä pohdi pelkästään ulkomaisten tuomioistuinratkaisujen oikeuslähdeopillista sitovuutta, vaan enemmänkin sitä, onko parempi seurata muualla jo koeteltuja perusteluja, vai alkaa ratkaista asiaa ns. puhtaalta pöydältä. Vaille käytännöllistä merkitystä ei varmasti jää sekään, että ulkomaista tuomioistuinikäytäntöä on nykyisin erittäin helposti saatavilla sekä alkuperäiskielillä että käännoksinä tuomioistuinten omilta sivuilta sekä erilaisista tietopalveluista.

on suositellut niiden käyttämistä. Yksi komission suosituksessa mainituista syistä on kaksinkertaisen verotuksen välttäminen.

53. Ks. Kalle Määttä, Verolakien tulkinta. Edita 2014, s. 271–273. Määttän mukaan ulkomaiseen oikeuskäytäntöön tukeuduttaessa on oltava hyvin perillä maiden sääntely-ympäristön eroista.

54. Viimeaikaisessa julkaistussa oikeuskäytännössä esimerkiksi ratkaisussa KHO 2020:152 verovelvollinen on vedonnut Ruotsissa annettuun tuomioistuinratkaisuun ja ratkaisussa KHO 2021:127 verovelvollinen on vedonnut kolmeen Ruotsissa, Kanadassa ja Espanjassa annettuun tuomioistuinratkaisuun.

## 5. Yhteenvetoa: uuden teorianmuodostuksen tarpeellisuudesta

Edellä hahmoteltu tulkinta-aineistojen huomattava moninaistumien ja siihen liittyvät uudenlaiset hankaluudet määritellä aineistojen merkittävyyttä pelkäästään niiden muodollisen sitovuuden perusteella voidaan mielestäni nostaa BEPS-hankkeen tärkeimmäksi teoreettiseksi piirteeksi. Tällaista muutosta ei välttämättä ole erityisesti tavoiteltu, vaan kansainvälisen vero-oikeuden lähes globaalisti toteutunut murros on ollut ensisijaisesti välineellistä ja teknistä: sääntelymuutoksia on ollut välttämätöntä toteuttaa, jotta kansainvälisen vero-oikeuden järjestelmä soveltuisi paremmin digitalisoituvan talouden sääntelytarpeisiin ja jotta sen fiskaalinen kantokyky säilyy.

Muutoksia on toteutettu mitä moninaisimmilla lainsäädäntö- ja verosopimusmuutoksilla, joilla on tavoiteltu kansainvälisen verojärjestelmän varsin keskeistenkin tavoitteiden ja toimintaperiaatteiden muuttamista. Laaja yhteisymmärrys näyttää vallitsevan lähinnä siitä, että muutokset ovat olleet kansainvälisen vero-oikeuden kentällä ennennäkemättömän suuria. Tähän mennessä toteutettujen muutosten fiskaaliset ja käytännölliset vaikutukset sekä yleisesti että yksittäisten maiden kannalta ovat kuitenkin vasta hahmottumassa. Samoin se, mille tasolle kansainvälisen verojärjestelmän fiskaalista kantokykyä ja toimivuutta onnistutaan nyt muodostuneista lähtökohdista lopulta kehittämään, on vielä varsin avoin kysymys.

Oikeustieteellisen tutkimuksen tehtäväksi jää analysoida ja jäsentää myös usein hyödyiltään ja vaikutuksiltaan kiistanalaisten teknisten yksityiskohtien taustalla toteutuvaa sääntelyalan normatiivisten peruslähtökohtien muutosta sekä tunnistaa, miten kansainvälinen vero-oikeus muuttuu ja kehittyy *oikeutena*. Siinä on kysymys sääntelyalan teoreettisesta asemoinnista suhteessa muuhun oikeusjärjestykseen. Myös BEPS-hankkeen jälkimainingeissa muotoutuva ”uusi” kansainvälinen vero-oikeus on varsin erityislaatuista ja muista julkisoikeudellisista sekä talouden sääntelyaloista eriytynyttä oikeutta. Monenkeskisyyden vahvistuminen, oikeus- ja tulkintalähteiden monipuolistuminen sekä laajapohjaisesti sovellettavaksi tulevien sisällöllisten standardien muotoutuminen ovat kuitenkin piirteitä, jotka ovat tuoneet kansainvälistä vero-oikeutta ainakin muutaman askelen lähemmäs oikeudellisen sääntelyn valtavirtaa. Tämä voidaan käsittää kansainvälisen vero-oikeuden modernisoitumisprosessiksi, joka on BEPS-hankkeen konkreettisista tavoitteista, yksityiskohdista ja fiskaalisista lopputuloksista erillinen oikeudellinen kehityskulku.

Varsin vaikeasti lähestyttävä kysymys on se, millaiseen uuteen teorianmuodostukseen muuttuneessa sääntely-ympäristössä tulisi pyrkiä. Kansainvälisen vero-oikeuden nykyisen teorianmuodostuksen haasteena on tiivistetysti se, että sääntelyalan paikka ja tavoitteet osana laajempaa talouden sääntelyä ja ylipäänsä yhteiskunnan normeerausta ovat muuttuneet ja edelleen muuttumassa. Kysymys

on kansainvälisen vero-oikeuden muuttuvista rajapinnoista yhtäältä suhteessa muuhun oikeudelliseen sääntelyyn ja toisaalta yhteiskunnallisiin tavoitteenasetteluihin.

Tätä voidaan luonnehtia myös tarpeeksi mukauttaa ja uudistaa kansainvälisen verotuksen *yleisiä oppeja* BEPS-hankkeen myötä toteutuneiden kehityskulkujen valossa, sekä ymmärtää teoreettisten käsitteiden avulla alalla toteutuvaa sääntelyparadigman muutosta. Kuten tavallista, myöskään kansainvälisessä vero-oikeudessa vanhan ja uuden paradigman välillä ei ole yksiselitteistä siirtymäkohtaa, vaan ne ovat molemmat rinnakkain ”voimassa”, tai ainakin ”olemassa” osana kansainvälisen vero-oikeuden toimijoiden itseymmärrystä.

Perinteinen lainopillinen käsitystapa, jonka mukaan eri valtioiden verojärjestelmiä linkittävää kansainvälistä vero-oikeutta syntyy ja sitä muutetaan kahdenvälisillä verosopimuksilla, sekä yksittäisissä ratkaisutilanteissa sovellettavan kahdenvälisen verosopimuksen tekstistä ja tavoitteista ponnistavilla tulkintoilla, tarjoaa oikeuden voimassaololle ja tulkintaopeille vakaan teoriaperustan. Kuten edellä on kuitenkin tuotu esiin, pelkästään sen avulla ei voida tunnistaa kansainvälisen vero-oikeuden monitasoista muutosta, eikä kaikilta osin vastata oikeuden voimassaoloa ja oikeudellista tulkintaa koskeviin peruskysymyksiin: missä ja miten kansainvälistä vero-oikeutta syntyy, ja mitkä kaikki aineistot on huomioitava tulkintalähteinä. Näihin kysymyksiin ei kaikilta osin päästä käsiksi sääntelyn yksityiskohtien lainopillisella analyysillä, vaan tueksi tarvitaan myös sääntelyalan muuttuvien peruslähtökohtien rakenteellista ja teoreettista tarkastelua.

## **International tax law at a crossroads: Pathways to modernisation**

MATTI URPILAINEN, LL.D., Senior Lecturer, Tampere University

An OECD project on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) has brought significant changes to international tax law and to the international tax treaty system. Recent years have witnessed many changes to tax law rules in Finland and elsewhere, as required by the OECD recommendations, BEPS-related EU directives, and domestic policy considerations. The new regulatory measures have brought changes to countless technical details of tax legislation, but also to the underlying objectives and key operational principles of international tax law. The author discusses the broader normative and theoretical implications beneath the technical layer – how BEPS has changed and is about to change the nature of international tax law as a field of law. The ascent of multilateralism and changes in the sources of international tax law are highlighted in the analysis. The author concludes that recent developments have given rise to a need for the formation of new theory. In order to fully recognise and understand the normative impacts of recent changes in the field, practically-oriented legal analysis must be supplemented with conceptual and theoretical approaches.



# Negatiivinen korko ja velvoiteoikeus

**HAKUSANAT:** negatiivinen korko, korkolaki, kuluttajaluotot, velvoiteoikeus

## 1. Korko taloudellisena ja oikeudellisena ilmiönä

Monet keskeiset länsimaiset markkinakorot, mukaan lukien euroa koskevat eu-ribor-korot, ovat olleet negatiivisia viime vuosina. Negatiivinen korko tarkoittaa sitä, että sen, joka antaa varoja toisen haltuun, on maksettava tästä varojen säilyttämisestä ja takaisinmaksusta. Negatiivisen koron oloissa velallinen saa tuottoa koronmaksamisen sijaan. Ilmiö on vaikeasti ymmärrettävissä, koska koko rahatalouden viisisataavuotisen aiemman historian ajan korko on käytännössä ollut positiivinen.<sup>1</sup>

Negatiivisen koron ymmärtämiseksi ja sen oikeudellisen seurauksien hahmottamiseksi on välttämätöntä aloittaa perusteista eli koron talousteoriasta. Talousteoriassa lähdetään siitä, että rahalla on niin sanottu aika-arvo. Myöhemmin saatavan rahan nykyarvo on pienempi kuin saman rahamäärän arvo tänään. Rahan aika-arvo johtuu monesta tekijästä. Kulutuksen lykkääntymisestä aiheutuva haitta synnyttää rahalle aika-arvoa. Tavallisesti ihmiset ja yritykset haluavat toteuttaa rahoitettavat hankintansa mahdollisimman pian, koska kokevat hyötyvänsä hankinnasta taloudellisesti tai muuten. Toiseksi inflaatio johtaa rahan aika-arvoon. Jos rahan ostovoima on ajan myötä heikkenevä, kuten yleensä on, myöhemmin saatavan rahan arvo on vähäisempi. Kolmantena rahan aika-arvoa synnyttävänä tekijänä voidaan mainita riski. Rahan saamiseen myöhemmin liittyy aina jonkinlainen riski ja tästä epävarmuudesta on saatava korvaus.<sup>2</sup> Rahan aika-arvosta johtuu, että rahavelalle on maksettava korkoa.

\* Sakari Wuolijoki, OTT, dosentti, Helsingin yliopisto; lakiasiaintoimittaja, Nordea Suomen toiminnot.

1. Ks. koron perimisen historiasta Hannu Tolonen, *Korko, raha ja sopimus*. Lakimiesliiton Kustannus 1992, s. 1–22. Tolosen aatehistoriallisessa tutkimuksessa keskitytään erityisesti koronoton kieltoa koskevaan debattiin, jota käytiin keskiajalta 1600- ja 1700-luvuille asti. Koronottoa pidettiin keskiajalla ja uuden ajan alussa kiellettynä uskonnollisista ja muista aatteellisista syistä. Esimerkiksi Matthias Calonius selosti vielä 1700- ja 1800-luvun taitteessa pitämillään luennoillaan laajasti perusteluja sille, miksi korkokielto ei ole aiheellinen. Ks. Matthias Calonius, *Siviilioikeuden luennot*. Werner Söderström Lakitieto Oy 1998, s. 286–290.

2. Samuli Knüpfer – Vesa Puttonen, *Moderni rahoitus*. Alma Talent 2017, s. 75–76.

Rahan aika-arvon takia velvoiteoikeudessa on ikään kuin oikeudenalan luonnollisena osana tunnistettu velan koron mahdollisuus. Rikosoikeuden keinoin puolestaan on pitkään puututtu koronkiskonnan aiheuttamiin ongelmiin.<sup>3</sup> Vaikka pohjoismaisessa oikeudessa vallitseekin luottoajalta korottomuusoletama, velvoiteoikeuden oikeussäännöt rakentuvat kuitenkin (positiivisen) koron perimismahdollisuudelle. Viivästyskorossa puolestaan dispositiivisen oikeuden mukainen lähtökohtakin on koronmaksuvelvollisuus. Viivästyskorolla kompensoidaan velkojalle aiheutuvaa haittaa siitä, että tämä ei saa varoja käyttöönsä soveltuna aikana tai vahingonkorvaustilanteessa heti vahingon aiheuduttua. Tämäkin on ilmentymä rahan aika-arvosta.

## 2. Negatiivinen korko

### 2.1. Korkojen painuminen negatiiviseksi

Yllä kuvatun rahan aika-arvon takia tuntuu luonnolliselta, että koron on oltava positiivinen. Viimeisen kymmenen vuoden aikana tästä ajattelusta on kuitenkin irtaannuttu keskuspankkien rahapolitiikassa, mikä on heijastunut korkomarkkinaan yleisemminkin. Keskuspankit ovat harjoittaneet erittäin elvyttävää rahapolitiikkaa talouden tukemiseksi. Matalan korkotasonhan on perinteisesti nähty tukevan talouskasvua siksi, että luoton ottaminen tulee edulliseksi, mikä puolestaan kannustaa yrityksiä ja yksityishenkilöitä investointeihin.

Keskuspankkien toimet vuosien 2008–2009 finanssikriisin ja sitä seuranneen Euroopan valtiolainakriisin jälkeen ovat olleet monin tavoin poikkeuksellisia. Euroopan keskuspankki (EKP) on laskenut ohjauskorkojaan ja käyttänyt monia epätavanomaisia rahapolitiikan välineitä vastatakseen kriisiin tehokkaasti. Tunnetuksi on tullut EKP:n pääjohtajan *Mario Draghin* puhe vuonna 2012, jossa hän korosti euron pysyvyyttä valuuttana ja vakuutti EKP:n tekevän kaiken mahdollisen euron pelastamiseksi.<sup>4</sup> EKP:n epätavanomaisiin toimiin on kuulunut muun muassa valtioiden liikkeeseen laskemien joukkovelkakirjojen osto-ohjelmia ja niin sanottu määrällinen keventäminen, joka viittaa lähinnä arvopapereiden osto-ohjelmien massiiviseen kokoon.<sup>5</sup> Kaikki toimet ovat osaltaan vaikuttaneet

3. Ks. esim. Calonius 1998, s. 292.

4. Ks. tunnetuksi tulleesta ”whatever it takes” -puheesta esim. Antti Suvanto – Jarmo Kontulainen, EKP ilmoitti tänään... Rahapolitiikkaa tyyneessä ja myrskyssä. Docendo 2016, s. 135.

5. Ks. EKP:n toimista eurovaltiolainakriisissä esim. Kaarlo Tuori – Klaus Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*. Cambridge University Press 2014, s. 101–104 ja toiminnan oikeudellisesta arvioinnista s. 162–168. Kirjoittajat arvioivat kriittisesti EKP:n toiminnan EU-oi-

negatiiviseen korkotasoon, mutta suurin vaikutus on ollut EKP:n rahapoliittisilla korkopäätöksillä.

Euroopan keskuspankilla on monia eri ohjauskorkoja, jotka vaikuttavat välittömästi euroalueen pankkeihin, mutta välillisesti myös markkinakorkoihin, kuten euribor-korkoihin. EKP:n ohjauskorot muodostuvat kolmesta korosta: perusrahoitusoperaatioiden korosta, pankeille tarjottavien lyhytaikaisten maksuvalmiusluottojen korosta ja talletuskorosta. Tämä talletuskorko on korko, jota keskuspankki maksaa pankille pankin tekemästä lyhytaikaisesta talletuksesta keskuspankkiin. Pankeilla on tietty vähimmäisvarantovelvoite pitää varoja keskuspankkitalletuksissa. Yhdessä nämä EKP:n määrittelemät korot muodostavat niin sanotun korkokäytävän, joka on tavallisesti symmetrinen perusrahoitusoperaatioiden koron ympärillä niin, että maksuvalmiusluoton korko on yhtä paljon sitä korkeampi kuin talletuskorko sitä matalampi. Keskuspankin rahapolitiikka ja ohjauskorot välittyvät muuhun talouteen, kuten esimerkiksi markkinakorkoihin.<sup>6</sup>

Euroopan keskuspankin rahapolitiikassa madallettiin ohjauskoroilla markkinakorkoja voimakkaasti finanssikriisistä alkaen. Vuonna 2014 EKP:n talletuskorko laskettiin ensimmäistä kertaa negatiiviseksi.<sup>7</sup> Tämän jälkeen kyseistä talletuskorkoa on laskettu vielä useaan otteeseen. Tällä hetkellä se on -0,5 %.<sup>8</sup> Pankit joutuvat siis maksamaan keskuspankille varojensa pitämisestä keskuspankissa. Negatiivista korkoa on sovellettu myös perusrahoitusoperaatioihin, mikä merkitsee sitä, että pankit ovat voineet lainata rahaa keskuspankista negatiivisella korolla. Myös eräät muut keskuspankit ovat siirtyneet negatiivisiin ohjauskorkoihin. Näistä Suomen kannalta merkityksellisimpiä ovat Ruotsin ja Tanskan keskuspankit.<sup>9</sup> Keskuspankkitalletuksien negatiivinen korko muodostaa pankeille kannustimen käyttää varojaan luotonmyöntöön, minkä ajatellaan tukevan talouskasvua.

EKP:n rahapolitiikka on välittynyt myös niihin markkinakorkoihin, joita sovelletaan viitekorkoina esimerkiksi pankkien ja niiden asiakkaiden välisiin luottosopimuksiin. Euribor-korot ovat painuneet negatiivisiksi. Negatiivisista euribor-koroista ei vielä seuraa se, että luottojen kokonaiskorot olisivat negatiivisia, koska luotonannossa viitekoron päälle lisätään asiakaskohtaisesti sovitettava korkomarginaali ja koska luottoehdoissa saatetaan sopia niin sanotusta nollassa korkolattiasta, kuten jäljempänä selostetaan.

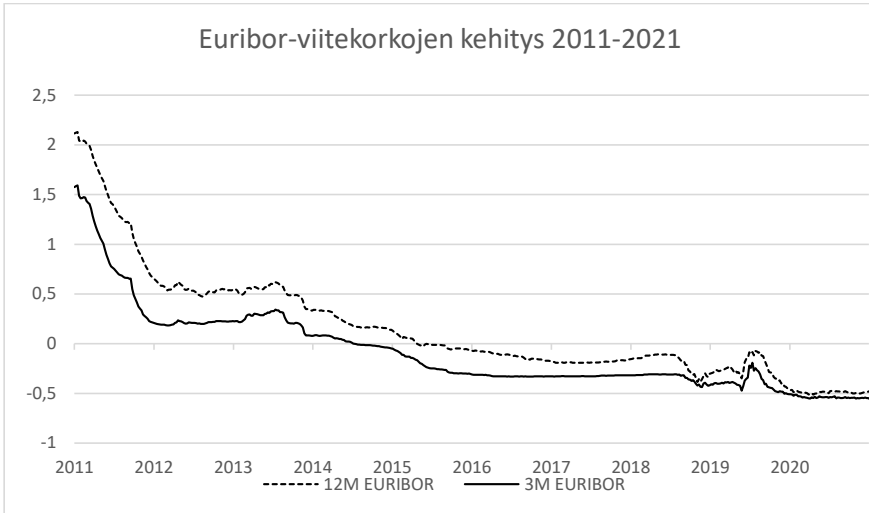
keudenmukaisuutta. Ks. määrällisen keventämisen teoriasta myös Frederic S. Mishkin, *The Economics of Money, Banking, and Financial Markets*. Pearson 2019, s. 430–432.

6. Ks. ohjauskoroista ja niiden vaikutusmekanismeista Suvanto – Kontulainen 2016, s. 71–92.

7. Suvanto – Kontulainen 2016, s. 140.

8. EKP:n kulloisetkin talletuskorot selviävät muun muassa Suomen Pankin internetsivuilta [www.suomenpankki.fi](http://www.suomenpankki.fi).

9. Mishkin 2019, s. 433 ja Suvanto – Kontulainen 2016, s. 140.



**Kuvaaja 1.** Oheisesta kuvaajasta ilmenee euribor-markkinakorkojen painuminen negatiivisiksi vuosina 2014–2015. Vaikka tietyt pitkät korot, esimerkiksi 10 vuoden valtionvelkojen korot, ovat olleet viime aikoina nuosussa, 12 ja 3 kuukauden euribor-korot ovat yhä selvästi negatiivisia.<sup>10</sup>

Monet taloustieteilijät katsovat, että keskuspankkien toimien lisäksi tietyt talouden rakenteelliset tekijät ovat johtaneet tai ainakin myötävaikuttaneet korkojen painumiseen historiallisen alhaiseksi. Näitä tekijöitä ovat muun muassa väestön ikärakenteen muutos ja siihen kytköksissä oleva säästämisasteen muutos.<sup>11</sup> Selvää silti on, että keskuspankkien rahapolitiikalla on keskeinen merkitys markkinakorkojen negatiivisuudelle.

## 2.2. Negatiivisten korkojen taloudellisia vaikutuksia

Tässä oikeustieteellisessä artikkelissa ei voida pureutua perusteellisesti negatiivisten korkojen talousvaikutuksiin, mutta yleisluontoinen katsaus on tarpeen oikeudellisten argumenttien kehittämiselle ja oikeudellisestikin relevanttien kysymysten tunnistamiseksi.

Talusteoriassa negatiivinen korko johtaa periaatteessa siihen, että rahan arvo vähenee sitä säilytettäessä. Tästä seuraa kannustin käyttää rahaa sen säästämisen

10. Ks. korkojen viimeaikaisesta kehityksestä myös esim. Finanssivalvonnan 14.9.2021 julkaissama analyysi ”Suomen finanssisektorin toimintaympäristö: talous elpyy mutta alasuuntaiset riskit edelleen koholla”, s. 8–9.

11. Ks. esim. The Economist, The Fall in Interest Rates, September 24<sup>th</sup> 2016, s. 19–22.

asemesta. Negatiivisen koron tulisi siis kiihdyttää rahankäyttöä ja sikäli tukea talouskasvua. Tähän vaikutukseen liittyy toki myös epävarmuustekijöitä, kuten se että negatiivinen korkoympäristö voi vähentää pankkien kannattavuutta ja sitä kautta vähentää talouskasvulle tärkeää luotonantoa.<sup>12</sup>

Negatiivisen koron talousvaikutuksien kannalta on olennaista, että negatiivinen korko myös vähentää pankkien varainhankinnan kustannuksia. Pankit ovat voineet ottaa luottoa keskuspankista hyvin edullisin ehdoin tietyissä EKP:n tarjoamissa luotto-operaatioissa. Pankkien varainhankinnan halpeneminen välittyy kotitalouksille ja yrityksille matalampina korkokustannuksina. Kun pankkirahoituksen hinta laskee, luottojen kysyntä lisääntyy, mikä puolestaan johtaa investointien ja kulutuksen lisääntymiseen. Negatiivinen korkoympäristö tosin heikentää herkästi pankkien kannattavuutta, mikä voi pidemmällä aikajänteelle vaikuttaa kielteisesti rahoitusmarkkinoiden toimintaan.<sup>13</sup> Pankkirahoituksen ohella negatiivinen tai matala markkinakorkotaso madaltaa yrityksiens rahoituskustannuksia joukkovelkakirjamarkkinoilla.<sup>14</sup> Edullisten rahoituskustannuksien lisäämät investoinnit ja muu kulutus kiihdyttävät talousteorian mukaan talouskasvua. Koronlaskuun liittyy usein myös valuutan heikkeneminen muita valuuttoja vastaan, mikä osaltaan tukee yritysten ulkomaankauppaa.<sup>15</sup>

Negatiivinen korkotaso vaikuttaa myös sijoitusmarkkinoihin. Matala tai negatiivinen korko vähentää korkosijoittamisen tuottoja, mistä seuraa, että sijoittajat eivät välttämättä enää pidä korkosijoittamisen tuotto- ja riskisuhdetta houkuttelevana. Tämä on johtanut osakemarkkinoiden nousuun, mutta myös muiden sijoituskohteiden, kuten erilaisten kiinteistö-, private equity- tai muiden vaihtoehtoissijoitusten, kasvaneeseen käyttöön.<sup>16</sup>

### 3. Negatiivisten korkojen aiheuttamia oikeudellisia kysymyksiä

#### 3.1. Yleistä

Siviilioikeudellisessa lainsäädännössä ei ole otettu huomioon negatiivisia korkoja. Korkojen määräytymisen kannalta keskeisin säädös, korkolaki (633/1982), sisältää koron määrää koskevia, pääosin tahdonvaltaisia, säännöksiä. Korko-

12. Mishkin 2019, s. 433–434.

13. Ks. esim. Eeva Ketola – Kimmo Koskinen, Lievästi negatiivinen keskuspankkikorko keventää rahoitusoloja. *Euro & Talous* 4/2019, s. 50.

14. Ketola – Koskinen 2019, s. 46–50.

15. Ketola – Koskinen 2019, s. 53. Ks. negatiivisten korkojen taloudellisista vaikutuksista myös Ruotsin keskuspankin selvitys, Riksbanken: Redogörelse för penningpolitiken 2019, s. 17–19.

16. Ks. myös Suvanto – Kontulainen 2016, s. 141.

laissa ei ole kiinteitä korkoprosentteja velasta maksettavalle korolle tai viivästyskorolle, vaan viittauksia tiettyihin EKP:n viitekorkoihin, joiden perusteella korot määräytyvät velkasuhteessa, jos muuta ei ole sovittu. Vaikka korkolaissa onkin tällä tavalla varmistettu joustavuus ja lakisäateisten korkojen määräytyminen markkinakorkojen perusteella, laki on silti selvästi säädetty ajatellen positiivisia korkoja.<sup>17</sup> Laissa puhutaan muun muassa *velallisen* velvollisuudesta maksaa korkoa.

Sama koskee muutakin siviilioikeudellista sääntelyä. Kuluttajansuojalain (38/1978, KSL) kuluttajaluottoja koskevissa 7 ja 7 a luvuissa on korkoja koskevia säännöksiä, mutta koron positiivisuuteen tai negatiivisuuteen säännöksissä ei oteta kantaa. Kuluttajaluottoja koskevassa sääntelyssä on tältä osin tavoitteena lähinnä varmistaa kuluttajavelallisen tiedonsaanti luoton korosta ja toisaalta suojata kuluttajaa kohtuuttoman korkealta luoton korolta.<sup>18</sup> Myös esimerkiksi kauppalaisissa (355/1987) on tiettyjä korkoa koskevia säännöksiä, mutta niissäkään ei ole otettu huomioon negatiivisen koron mahdollisuutta. Sääntelyn lähtökohta on päinvastoin se positiiviseen korkoon liittyvä ajatus, että maksun viivästyminen aiheuttaa vahinkoa, jota kompensoidaan koronmaksuvelvollisuudella.

Myöskään pankkeja koskevassa luottolaitossääntelyssä ei ole erityisiä negatiivisia korkoja koskevia normeja. Luottolaitossääntelyssä on sen sijaan tietyt normeja, joista voidaan päätellä lainsäätäjän lähtökohdan tälläkin sääntelyn alueella olevan korkojen positiivisuus. Esimerkiksi vakavaraisuussääntelyssä on normeja, jotka rakentuvat sille ajatukselle, että velallinen maksaa pankille luottojen korkoja.

Suomalaisessa oikeustieteessä ei ole juurikaan tutkittu negatiivista korkoa.<sup>19</sup> Negatiivisiin korkoihin kohdistuva tutkimuksellinen mielenkiinto on ollut suurinta taloustieteessä. Eräissä muissa maissa, joissa markkinakorot ovat laskeutuneet negatiivisiksi, on käyty myös oikeustieteellistä keskustelua negatiivisista koroista.<sup>20</sup> Tässä artikkelissa käydään läpi tärkeimpiä negatiivisen koron aiheut-

17. Nykyinen korkolaki on tullut voimaan vuonna 1983, mutta sitä on uudistettu perusteellisesti vuonna 2002 voimaan tulleilla säännöksillä. Ks. korkolain säätämisen ajan käsityksistä ja korkopolitiikasta hallituksen esitys Eduskunnalle korkolainsäädännöksi 109/1981 vp, s. 3–12.

18. Ks. KSL:n sääntelymallista esim. Antti Makkonen, Asunto- ja kuluttajarahoitus. Alma Talent 2016, s. 171–197.

19. Negatiivista korkoa on silti sivuttu eräissä tutkimuksissa. Mainita voidaan esim. Olli Norros, Velvoiteoikeus. Alma Talent 2018, s. 240–241. Ks. myös Makkonen 2016, s. 197.

20. Vilkkainta oikeustieteellinenkin keskustelu negatiivisista koroista lienee ollut Saksassa, joka euroalueen suurena taloutena on muutenkin ollut merkittävässä asemassa Euroopan rahapolitiittisen keskustelun kannalta. Saksassa negatiivisen koron mahdollisuudesta on tuomioistuinratkaisuja. Sikääläisen negatiivisia korkoja koskevan oikeustieteellisen kiinnostuksen perusteellisuutta kuvaa sekin, että Saksan valtiopäivien tieteellinen toimikunta on julkaissut kattavan tiivistelmän negatiivisen koron siviilioikeudellisista vaikutuksista. Ks. Zur Zulässigkeit von Negativzinsen. Zivilrechtliche Implikationen. Deutscher Bundestag 17.9.2019 (WD 7 – 3000 – 137/19). Saksassa negatiivisten tilikorkojen osuus on myös euroalueen suurin. Saksassa noin

tamia oikeudellisia kysymyksiä pääasiassa Suomen lain valossa. Artikkelissa keskitytään erityisesti pankkirahoituksen korkoehtoihin ja pankkitilien korkoihin, koska näissä sopimustyypeissä negatiivisella korkotasolla on käytännössä suurin merkitys.

## 3.2. Luotosta perittävä korko

### 3.2.1. Yleistä

Ammattimaisessa rahoitustoiminnassa luoton kokonaiskorko on usein vaihtuva siten, että se määräytyy sovitusta viitekorosta ja niin sanotusta korkomarginaalista. Tällaisella koronmääräytymisellä varmistetaan se, että kokonaiskorko pysyy markkinakorkojen tasolla pitkänkin luottoajan aikana. Yksi keskeisimpiä negatiivisten viitekorkojen aiheuttamia oikeudellisia kysymyksiä on, voiko luoton kokonaiskorko muodostua negatiiviseksi. Tämä merkitsisi sitä, että velkojan olisi maksettava velalliselle korvausta siitä, että luottovarot ovat velallisen käytettävissä ja hallussa.

Koska korko on lähtökohtaisesti sopimuksenvarainen asia, on selvää, että osapuolet voivat sopia luoton koron olevan negatiivinen. Osapuolet voivat sopia luotolle kiinteän negatiivisen koron koko luottoajaksi. Vaihtoehtoisesti osapuolet voivat nimenomaisesti sopia, että kokonaiskorko on vaihtuva ja voi viitearvon muutoksien myötä olla myös negatiivinen. Osapuolten vapautta sopia koron negatiivisuudesta ei rajoiteta korkolaissa eikä koron käsitteestä myöskään voida tehdä mitään sellaisia oikeudellisesti merkityksellisiä päätelmiä, ettei korkoa voisi sopia negatiiviseksi.<sup>21</sup>

Vaikeimmat kysymykset koskevat kuitenkin niitä – huomattavasti yleisempiä – tilanteita, joissa kokonaiskoron negatiivisuudesta ei ole alun alkaen sovittu. Tällöin negatiivisen koron mahdollisuus voi tulla arvioitavaksi siksi, että viitekorko muuttuu luottoaikana negatiiviseksi. Seuraavaksi arvioidaan luottosuhteita erikseen pankkien myöntämien yritysluottojen ja kuluttajaluottojen osalta,

15 % koko talletuskannasta oli negatiivisen koron piirissä vuonna 2019. Ks. Ketola – Koskinen 2019, s. 51.

21. Viitekorkojen muuttuessa negatiivisiksi käytiin jonkin verran keskustelua siitä, onko velalliselle maksettavaa korvausta luottovarojen hallussapidosta (eli negatiivista korkoa) edes syytä kutsua *koroksi*. Korkohan on totuttu mieltämään rahan aika-arvosta seuraavaksi positiiviseksi eräksi. Ks. tästä esim. Mishkin 2019, s. 126. Tämä keskustelu käytiin kuitenkin lähinnä taloustieteen piirissä ja negatiiviset korot vakiintuivat taloustieteenkin terminologiaan nopeasti. Vaikka oikeusjärjestyksenkin lähtökohtana on ollut koron positiivisuus, pelkästään tällainen käsitelainopillinen argumentaatio ei tietenkään sopimusvapauden vallitessa tee sitomattomaksi nimenomaisia negatiivista korkoa koskevia sopimusehtoja.

koska yritysluotot ovat pitkälti sääntelemättä, kun taas kuluttajaluottoja koskee hyvin yksityiskohtainen sääntely. Lopuksi arvioidaan vielä omassa jaksossaan muita velkasuhteita, kuten yksityishenkilöiden välisiä luottoja.

### 3.2.2. Yritysrahoitus

Pankkien ja muiden ammattimaisten luotonmyöntäjien luottosopimukset yritysvelallisten kanssa ovat tavallisesti vaihtuvakorkoisia, vaikka kiinteäkorkoisiakin luottoja käytetään korkoriskien välttämiseksi. Negatiivisen koron tulkintakysymykset eivät aktualisoidu kiinteäkorkoisissa luotoissa, koska niissä koron määräytyminen on yksiselitteistä.

Vaihtuvakorkoisissa luotoissa kokonaiskorko on viitekorko lisättynä tapauskohtaisesti sovittavalla korkomarginaalilla, joka yritysluotoissa voi myös vaihdella luottoaikana. Euromääräisissä luotoissa viitekorko on tavallisesti jokin euribor-viitekorko, jotka ovat olleet negatiivisia pitkään. Jos tämä negatiivinen viitekorko ja korkomarginaalin summa on negatiivinen, on laskennallinen kokonaiskorko negatiivinen. Tällöin joudutaan arvioimaan sitä, sovelletaanko velkaan todella negatiivista kokonaiskorkoa, jossa velkoja tulee maksuvelvolliseksi.

Luottosopimuksissa negatiivisen viitekoron mahdollisuuden on yleensä varauduttu niin sanotulla nollakorkolattialla.<sup>22</sup> Tällaisella korkoehdolla sovitetaan, että kokonaiskorkoa laskettaessa viitekoron arvona pidetään aina vähintään nollaa. Tämä merkitsee sitä, että kokonaiskorko on aina positiivinen ja vähintään korkomarginaalin suuruinen. Sopimusvapauden takia asetelma on tällöin ongelmaton eikä velkoja tule velvolliseksi maksamaan korkoa velalliselle.

Tilanne muodostuu tulkinnallisemmaksi, jos nollakorkolattiasta ei ole sovittu, mutta luottosopimus on tehty positiivisten viitekorkojen aikana. Jos korkomarginaali on hyvin pieni, luottosopimuksen tekemisen jälkeinen viitekorkokehitys voi johtaa siihen, että kokonaiskorko tulee negatiiviseksi. Velallisen intressissä on tällöin vaatia korkosuorituksia velkojalta vedoten korkoehdon sanamuotoon. Velkoja puolestaan voi pyrkiä tulkitsemaan sopimusta sen sanamuoto sivuuttaen niin, että viitekoron arvon tai kokonaiskoron olisi aina oltava vähintään nolla. Tätä tulkintamahdollisuutta velkoja voisi puoltaa olosuhteiden muuttumisella ja osapuolten tarkoituksella: kun korkoehdosta on sovittu, viitekorot olivat positiiviset eikä kukaan edes pitänyt negatiivisia korkoja mahdollisina.<sup>23</sup> Tämän argumentaatiolinjan mukaan sopimusehdon tarkoituksena ei ikinä

22. Ks. nollakorkolattiaa koskevasta ehdosta esim. Elisabeth Ahlinder, *Negativ ränta – avtalstolkning i ränteunderlandet*. Svensk Juristtidning 2016, s. 372–373.

23. Ks. osapuolten tarkoituksesta sopimuksen tulkintaperusteena esim. Mika Hemmo, *Sopimusoikeus I*. Toinen, uudistettu painos. Talentum 2007, s. 620–624 ja Bert Lehrberg: *Avtalstolkning. Tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*. Sjunde upplagan. Iusté 2016, s. 51–62.



ole ollut se, että velkoja maksaisikin korkoa velalliselle. Tulkintaa tukee se, että muuten sangen yksityiskohtaisissa luottoehdoissa ei ole mitään sopimusehtoja siitä, millä tavoin velkoja maksaa korkoa velalliselle ja mitä esimerkiksi velkojan koronmaksuviivästyksestä seuraa. Niissä tilanteissa, joissa luottosopimus on tehty positiivisten korkojen vallitessa, on vahvoja perusteita hyväksyä osapuolten tarkoituksen mukainen tulkinta. Tämä tulkinta on omaksuttu myös finanssialan riidanratkaisuelimen, Pankkilautakunnan, kuluttajasuhteita koskevilla ratkaisusuosituksissa. Niitä esitellään tarkemmin seuraavassa jaksossa.

Tulkinnanvaraisissa yritysrahoituksen tilanteissa saatetaan vedota myös kauppatapaan. Kauppatavaksi on viime vuosina muodostunut nollakorkolattian käyttö. Suurimmat yritysluotot dokumentoidaan yleensä hyödyntäen kansainvälisen Loan Market Associations -yhdistyksen mallipohjia ja -ehtoja. Näissä malliehdoissa sovietaan muun muassa koron määräytymisen ja laskennan mekanismeista. LMA-malliehdot ovat sisältäneet myös nollakorkolattiaa koskevan mahdollisuuden vuodesta 2011 alkaen. Negatiivista korkoa ja luottosopimusten tulkintaa Ruotsissa tutkinut *Ahlinder* on suhtautunut skeptisesti siihen, että sopimusehtokäytännön ja kauppatavan nojalla voitaisiin katsoa nollakorkolattian vallitsevan ainakaan niissä tapauksissa, joissa kyse on luottosopimuksesta, joka on tehty sen jälkeen, kun osapuolet ovat LMA-mallien perusteella voineet harkita nollakorkolattian sisällyttämistä sopimukseen. Sen sijaan *Ahlinder* katsoo osapuolten tarkoituksen ja sopimuksen systematiikan puoltavan tulkintaa, jonka mukaan nollakorkolattia soveltuu niihinkin vanhoihin sopimuksiin, joista klausuuli puuttuu.<sup>24</sup> Kauppatapaan vetoaminen vanhojen sopimusten osalta olisikin luonnollisesti problemaattista, koska sopimuksen tekohetkellä kyseistä kauppatapa ei vielä ollut ehtinyt ainakaan dokumentoidusti muodostua.

### 3.2.3. Kuluttajaluotot

Kuluttajaluottojen koronmuodostus vastaa pitkälti yllä selostettua yritysluototusta. Vaihtuvakorkoisen kuluttajaluoton kokonaiskorko muodostuu viitekorosta ja korkomarginaalista. Viitekorkona voi olla esimerkiksi negatiiviseksi mennyt euribor-viitekorko. Kuluttajaluotoissa käytetään viitekorkona yleisemmin kuin yritysluotoissa pankin itsensä vahvistamaa markkinakorkoja seuraavaa primekorkoa.<sup>25</sup> Nämä viitekorot eivät kuitenkaan ole muodostuneet negatiivisiksi. Kuluttajaluotoissakin voidaan sopia kiinteäkorkoisesta luotosta.

Kuluttajaluottojen sääntely eroaa täysin yritysluottojen hyvin kevyestä sääntelystä. Kuluttajaluotoista säädetään yksityiskohtaisesti KSL 7 ja 7 a luvuissa. Koronmääräytymisestä säädetään KSL 7:24:ssä. Säännöksestä ilmenee pääsääntö, jonka mukaan korko saa muuttua luottosopimuksen kuluessa vain sopimuksessa yksilöiden viitekoron muutosten mukaisesti. Tämä säännös merkitsee *prima facie* sitä, että nollakorkoehto, jonka mukaan korko ei muutukaan viitekoron

24. *Ahlinder* 2016, s. 359–377.

25. Sakari Wuolijoki – Mika Hemmo, Pankkioikeus. Talentum 2013, s. 206.

laskettua nollan tai muun sopimuksessa määritellyn rajan alle, ei ole kuluttajaa sitova. KSL 7:24:n lähtökohta on siis se, että luotosta perittävä kokonais korko seuraa mekaanisesti sovittua viitekorkoa. KSL 7:24:kään ei kuitenkaan estäne sitä, että luottosopimuksessa sovitaan selvyiden vuoksi, ettei luoton kokonais korko voi olla negatiivinen.<sup>26</sup> Sen sijaan korko voi painua nolnaan.

Yllä mainittua KSL 7:24:ää sovelletaan kuitenkin vain muihin kuluttajaluottoihin kuin asuntoluottoihin.<sup>27</sup> KSL 7 a:31:ssä on asunto-omaisuuteen liittyvien luottojen osalta poikkeus. Asuntoluotoissa voidaan kyseisen säännöksen mukaan KSL 7:24:n estämättä sopia, että luotosta kuluttajan maksettavaksi tuleva korko ei muutu, jos viitekoron arvo on pienempi kuin nolla. Tämä mahdollistaa nol-lakorkolattiasta sopimisen asuntoluotoissa. Tällainen nollakorkolattiaa koskeva ehto turvaa siis sen, että korko on aina vähintään korkomarginaalin suuruisen.

Kyseisen säännöksen valmistelun yhteydessä arvioitiin myös mahdollisuutta kieltää kuluttajaluotoissa nollakorkolattian käyttö. Lainmuutosta valmisteli oikeusministeriön asettama työryhmä, joka esitti erimielisessä mietinnössään nollakorkolattian kieltöä. Tätä sääntelymallia vastustivat kuitenkin muun muassa Finanssialan Keskusliitto (nykyinen Finanssiala ry), Keskuskauppakamari, Vakuutus- ja rahoitusneuvonta FINE ja Finanssivalvonta. Nollakorkolattian kieltöehdotusta kritisoitiin muun muassa siitä syystä, että se olisi voinut johtaa asuntoluottojen korkomarginaalien kohoamiseen ja talletuskannalla toimintaansa rahoittavien pienten pankkien aseman heikentymiseen sekä sen kautta vähentää kilpailua.<sup>28</sup> Tässä mielessä voidaan sanoa, että asetelmassa näkyi hyvin kuluttajansuojasääntelyssä ajoittain aktualisoituva problemaattisuus. Kuluttajan aseman edistäminen mikrotasolla, siis yksittäisen sopi-

26. Lainvalmisteluaineistossa ei ole tästä selvää kantaa. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kuluttajansuojalain muuttamisesta, asunto-omaisuuteen liittyvien kuluttajaluottojen välittäjistä ja eräiden luotonantajien ja luotonvälittäjien rekisteröinnistä sekä eräksi niihin liittyviksi laeiksi 77/2016 vp, s. 42 ja s. 49. Oikeuskirjallisuudessa Makkonen on pitänyt mahdollisena sopia KSL 7:24:n soveltamistilanteissa siitä, ettei kokonais korko voi muodostua negatiiviseksi. Ks. Makkonen 2016, s. 196–197. Tätä tulkintaa tukevat myös jäljempänä esiteltävät Pankkilautakunnan ratkaisusuositukset PKL 9/16 ja 43/16 sekä Finanssivalvonnan kannanotto (valvottavatiedote 12.12.2016 – 82/2016). Kysymys on käytännössä vähämerkityksellinen, koska kokonais korko voi nykyisenkaltaisilla negatiivisilla koroilla muodostua laskennallisesti negatiiviseksi vain, jos marginaali on hyvin pieni (selvästi alle 1 %-yksikköä). Näin matalia marginaaleja esiintyy lähinnä asuntoluotoissa, joita koskee joka tapauksessa KSL 7 a:31:n poikkeus.

27. KSL:ssä on omaksuttu sääntelymalli, jossa KSL 7 lukuun on koottu kuluttajaluottoja koskevat säännökset ja KSL 7 a lukuun asunto-omaisuuteen liittyviä luottoja koskevat säännökset. Asuntoluotot (riippumatta siitä onko kyse kiinteistömuotoisesta asunnosta vai esimerkiksi asunto-osakeyhtiön osakkeista) ovat tärkein luottotyyppi, johon KSL 7 a lukua sovelletaan. KSL 7 a luvun soveltamisalan piiriin kuuluvat kuitenkin myös muut asuntovakuudelliset kuluttajaluotot.

28. HE 77/2016 vp. Ks. myös Oikeusministeriö, Asunto-omaisuuteen liittyvät kuluttajaluotot. Mietintöjä ja lausuntoja 54:2015. Ks. erityisesti liitteenä oleva Finanssivalvonnan edustajan eriyvä mielipide. Ks. myös TaVM 17/2016 vp, jossa tuetaan valittua lainsäädäntöratkaisua ja perustellaan sitä luottomarkkinoiden toimivuudella.

mussuhteen tasolla, voi kuitenkin heikentää kuluttajan asemaa makrotasolla eli koko kuluttajakollektiivin tasolla.

Myös kuluttajarahoituksessa on tilanteita, joissa ennen negatiivisten korkojen aikaa tehdyssä luottosopimuksessa ei ole ehtoa nollakorkolattiasta. Kuluttajarahoituksessa tämä on yleisempää kuin yritysrahoituksessa, koska varsinkin asuntoluottojen luottoajat ovat huomattavasti pidempiä kuin yritysluottojen. Peruskysymys on sama kuin yritysluotoissa. Jos viitekorko laskee negatiiviseksi, miten koronmääräytymisehtoa tulee tulkita? Asuntoluottojen toisinaan hyvin matalien korkomarginaalien takia tilanne on voinut olla se, että viitekorko marginaalilla lisätynäkin on alle nollan. Tällöin korkoehdon sanamuodon mukainen tulkinta johtaa siihen, että pankilla olisi velvollisuus maksaa kuluttajalle luottovarojen hallussapitämisestä.

Pankkitoiminnan erimielisyyksiin oikeudellisesti sitomattomia ratkaisusuosituksia antava Vakuutus- ja rahoitusneuvonta FINE:n ylläpitämä Pankkilautakunta on ratkaissut kuluttajien vaatimuksia negatiivisen kokonaiskoron soveltamisesta.<sup>29</sup> Pankkilautakunta on antanut vuonna 2016 kaksi ratkaisusuositusta luottosopimuksen korkoehdon tulkitsemisesta negatiivisten korkojen ympäristössä. Kummassakin tapauksessa lautakunta katsoi, ettei velkakirjan korkokohdan mukaisen kokonaiskoron laskennallinen negatiivinen arvo synnytä pankille maksuvelvollisuutta tai muuta hyvitysvelvollisuutta asiakkaalle ja että asiakkaalta perittävä luoton korko on tuolloin 0 %. Pankkilautakunta perusteli ratkaisujaan korkoa koskevilla vakiintuneilla käsityksillä, velkakirjan korkoehdojen tarkoituksella ja sillä, että osapuolet eivät olisi sopineet negatiivisesta kokonaiskorosta, jos viitekorot olisivat olleet negatiiviset sopimusta tehtäessä.<sup>30</sup>

Pankkilautakunnan ratkaisujen ja ratkaisuista ilmenevä osapuolten argumentaatio oli tapauksissa poikkeuksellisen kiinnostavaa tulkintatilanteen uutuuden ja ratkaisun laajakantoisuuden vuoksi. Tapauksessa 9/16 pankki katsoi muun ohella, että velkakirjalaista ja korkolaista seuraa, että vain velallisella voi olla koronmaksuvelvoite. Tapauksessa 43/16 pankki viittasi kantansa tueksi muun muassa kilpailu- ja kuluttajaviraston lakimiehen haastatteluun *Talouselämä*-lehdessä, jossa kyseinen lakimies oli todennut olevan ”todella selvää, ettei kokonaiskorko voi koskaan mennä miinukselle”. Tällaisilla haastattelulauseumilla ei kuitenkaan tulisi olla merkitystä oikeudellisissa

29. Ks. FINE:n riidanratkaisulautakuntien ratkaisusuositusten oikeuslähdeasemasta esim. Marja Luukkonen, *Sijoittajan velvollisuudet*. Unigrafia 2018, s. 8–9, Olli Norros, *Vakuutuksenantajan korvauspäätös*. Talentum Pro 2016, s. 12–13, Justus Könkkölä, *Vastuuvakuutus vahingonkorvausriidassa*, Talentum 2009, s. 23. Itse katson, ettei lautakuntien ratkaisusuosituksille voi antaa kovin merkityksellistä oikeuslähdeasemaa, mutta ne ovat silti tutkimuksellisesti erittäin hyödyllisiä. Lautakuntien ratkaisusuositukset ovat asiantuntijatahojen riippumattomia näkemyksiä riidan oikeasta oikeudellisesta ratkaisusta. Ratkaisusuositukset myös kuvaavat oikeustilaa sikäli hyvin, että finanssialan toimijat noudattavat niitä lähes aina.

30. PKL 9/16 ja PKL 43/16, molemmat ratkaisusuositukset on annettu 25.10.2016.

ratkaisutoiminnassa. Pankkilautakunnan melko lyhyissä perusteluissa on tuotu esille ensinnäkin korkoa koskevat käsitykset, joiden perusteella lautakunta katsoo, ettei velkoja ole velvollinen suorittamaan korkoa velalliselle. Toiseksi Pankkilautakunta katsoo velkakirjojen sanamuotojen osoittavan, että niissä on pidetty silmällä vain velallisen velvollisuutta maksaa korkoa velkojalle. Lautakunta piti ilmeisenä, ettei sopimusta tehtäessä oltu otettu huomioon nyt kysymyksessä olevaa poikkeuksellista tilannetta, jossa viitekorko on sillä tavoin negatiivinen, että sen ja marginaalin yhteenlaskettu määrä on laskennallisesti negatiivinen. Pankkilautakunta piti ilmeisenä myös, että jos käsillä oleva tilanne olisi osattu ennakoita velan korosta sovittaessa, sopimuspuolet eivät olisi sopineet korosta sillä tavoin, että velkojan olisi maksettava korkoa velalliselle. Pankkilautakunta viittasi ratkaisuihinsa myös epäselvyyssääntöön, jonka mukaan epäselviä sopimusehtoja on yleensä tulkittava laatijansa vahingoksi. Tämäkään periaate ei Pankkilautakunnan mukaan merkinnyt velkojan koronmaksuvelvollisuutta.

### 3.2.4. Muut velkasuhteet

Yllä on käsitelty negatiivisen koron mahdollisuutta ja sopimusehtojen tulkintaa ennen kaikkea pankin ja sen asiakkaiden välisissä luottosopimuksissa. Näiden luottosopimuksien huolellinen analyysi on ollut perusteltua pankkirahoituksen suuren käytännön merkityksen takia ja siksi, että pankkien tekemille luottosopimuksille on tyypillistä pitkä luottoaika ja vaihtuva viitekorkoihin sidottu korko.

Muissakin luottosopimuksissa, kuten esimerkiksi yksityishenkilöiden välisissä luotoissa, voidaan joutua arvioimaan negatiivisten viitekorkojen vaikutusta koronmääräytymiseen. Tulkintavaikeuksia ei kuitenkaan ilmene, jos osapuolet ovat sopineet luoton kiinteästä korosta. Tämä lienee yleisintä luottosopimuksissa, joiden osapuolet eivät ole rahoitusmarkkinoiden ammattimaisia toimijoita.

Jos osapuolet ovat sopineet korollisuudesta sopimatta kuitenkaan korkokantaa, noudatetaan korkolain 3 §:n mukaan maksettava vuotuista korkoa korkolain 12 §:ssä tarkoitetun viitekoron mukaisesti. Säännöksessä tarkoitettu viitekorko on Euroopan keskuspankin viimeisimpään perusrahoitusoperaatioon ennen kunkin puolivuotiskauden ensimmäistä kalenteripäivää soveltama korko pyöristettynä ylöspäin lähimpään seuraavaan puoleen prosenttiyksikköön. Tuo korko on tällä hetkellä 0 %, mistä seuraa, että luotto onkin koroton, jos sen korollisuudesta on sovittu korkokantaa sopimatta.<sup>31</sup> Sääntelyn johtaa epäilemättä osapuolten tarkoituksen vastaiseen tulokseen, jos osapuolet ovat nimenomaan sopineet koronmaksusta. Tästä huolimatta tulkinna on melko vaikeaa päätyä muuhun kuin korkolain sanamuodon mukaiseen lopputulemaan sääntelyn yksiselitteisyys huomioon ottaen.

31. Kyseiset EKP:n perusrahoitusoperaatioiden korot ilmoitetaan mm. Suomen Pankin internet-sivuilla, [www.suomenpankki.fi](http://www.suomenpankki.fi).

Tulkintatilanteen ja sääntelyn ongelmallisuutta voidaan havainnollistaa esimerkiksi. Kuvitelkaamme, että yksityishenkilö A antaa velaksi yksityishenkilö B:lle 10.000 euroa ja toteaa, että ”tämä velka on sitten korollinen”. A:n halu saada saatavalleen korkoa voi perustua vaikka siihen, että hän itse ottaa kulutusluoton voidakseen auttaa sukulaistaan B:tä. B suostuu velan ehtoihin, mutta koron määrää ei sovi. Korkolain 3 § ja 12 § johtavat siihen, että velka muodostuu korottomaksi ja A:lle tappiolliseksi osapuolten nimenomaisesta sopimuksesta huolimatta. Tämä ei ole osapuolten eikä alun perin korkolainkaan tarkoitus. Korkolain säännöksessä on pyritty siihen, että velkoja saisi itselleen markkinakorkoja vastaavan kohtuullisen korvauksen velaksiannosta.<sup>32</sup> *Norros* on velvoiteoikeuden monografiassaan arvioinut tilannetta, jossa korkolain 12 §:n tarkoittama viitekorko olisi negatiivinen ja korkolain 3 §:n soveltaminen johtaisi lain sanamuodon mukaan siihen, että korko muodostuisi negatiiviseksi. *Norros* on katsonut, että tällaisessa tilanteessa voitaisiin tulkita sääntelyä niin, että sen nojalla voi tulla maksettavaksi ainoastaan positiivista korkoa, ellei osapuolten katsota poikkeuksellisesti ottaneen huomioon aidon negatiivisen koron mahdollisuutta.<sup>33</sup> *Norros*’n tulkinta on osapuolten tarkoituksen näkökulmasta hyvin perusteltu, mutta toki sääntelyn sanamuodon kannalta hankala. Yksi ulospääsy ongelmalliseen lopputulokseen johtavasta korkolain sääntelystä voi olla tulkita, että osapuolet eivät ole tarkoittaneet korkolain sääntelyä tältä osin lainkaan sovellettavaksi ja tästä syystä ollaan sopimuksen täydentämistilanteessa, jossa korko on määriteltävä kohtuuden mukaan, samoin kuin jos osapuolet sopivat kaupasta sopimatta kauppahintaa.<sup>34</sup> Korkolakihan on dispositiivinen, joten tällainen – sinänsä hieman konstruktiiivinen – tulkinta on mahdollinen.

Jos osapuolet ovat sopineet vaihtuvasta korosta niin, että kokonaiskorko muuttuu jonkin viitekoron arvonvaihteluiden mukaisesti, noudatetaan lähtökohtaisesti tätä sopimusta. Siinä tapauksessa, että osapuolten sopima kokonaiskorko muodostuisi negatiiviseksi, voidaan soveltaa yllä selostettuja ratkaisuperiaatteita. Erityistä painoarvoa on syytä antaa osapuolten tarkoitukselle, joka ei yleensä ole se, että velkoja maksaisi korkoa velalliselle.

### 3.3. Pankkitalletuksen korko

#### 3.3.1. Yleistä

Luottojen lisäksi negatiivisen koron käyttäminen on tullut oikeudellisesti arvioitavaksi pankkitalletuksissa. Pankkitilien negatiivisten korkojen ymmärtämiseksi on välttämätöntä tuntea pankin taseen rakenne ja liiketoimintalogiikka. Pankki

32. Ks. HE 109/1981 vp, s. 18. Ks. korkolain sääntelystä ja sen varhaisesta tulkinnasta myös Erkki Aurejärvi, *Luotto- ja maksuvälineet. Conductio 1986*, s. 61–66.

33. *Norros* 2018, s. 240–241.

34. Ks. sopimuksen täydentämisestä esim. Hemmo 2007, s. 657–664.

rahoittaa toimintaansa useista eri lähteistä. Pankin rahoituslähteitä ovat tyypillisesti pankkitalletukset, joukkovelkakirjamarkkinalta hankittava velkarahoitus ja pankin oma pääoma. Näin hankittuja varoja pankki käyttää luotonmyöntöön.<sup>35</sup> Pankki ei kuitenkaan voi käyttää kaikkia varoja luotonmyöntöön, vaan pankin on likviditeetinhallintaan liittyvistä syistä myös välttämätöntä pitää varoja sijoitettuna likvideihin arvopapereihin ja keskuspankkitalletuksiin. Pankin maksuvalmius- eli likviditeetti vaatimuksista säädetään luottolaitostoiminnasta annetun lain (610/2014, luottolaitoslaki) 9:17:ssä ja sitä täydentävissä EU-asetuksissa.

Pankin likviditeetin hallinnassa on kyse sen varmistamisesta, että pankilla on riittävästi keskuspankkitalilivaroja tai muita nopeasti realisoitavissa olevia likvidejä sijoituksia pankin omien maksuvelvoitteiden kattamiseksi niiden erääntyessä. Pankin maksuvelvoitteet eivät ole täydellisellä varmuudella ennakoitavissa, koska esimerkiksi suuri osa talletuksista on maksettava vaadittaessa.<sup>36</sup> Näistä syistä likviditeettisääntely ja riskienhallintavaatimukset johtavat käytännössä siihen, että pankin on pidettävä huomattava osa varoistaan keskuspankkitalletuksissa. Näiden talletuksien korko EKP:ssa on tällä hetkellä negatiivinen (-0,5 %). Pankilla on myös vähimmäisvarantovelvoitteeksi kutsuttu velvollisuus pitää tiettyä määrää varoja keskuspankkitalletuksissa. Tämä vähimmäisvarantovelvoite riippuu muun muassa talletuksien määrästä. Näiden keskuspankkitalletuksien korko on kuitenkin tällä hetkellä 0 %.<sup>37</sup>

Likviditeettisääntelystä ja negatiivisista koroista seuraa, että pankin vastaanottama talletus muodostuu pankille herkästi tappiolliseksi. Tästä näkökulmasta olisi neutraalia, että talletuksenkin korko olisi negatiivinen.<sup>38</sup> Monet pankit ovat siirtyneet negatiiviseen tilikorkoon yritysasiakkaiden osalta. Kuluttaja-asiakkaiden tilikorot ovat sen sijaan tavallisesti vähintään 0 %. Negatiiviseen tilikorkoon liittyy omia oikeudellisia erityiskysymyksiään, joita tarkastellaan seuraavaksi.

Tärkeää on kuitenkin huomata, että kysymykseen negatiivisista tilikoroista liittyy varsinkin kuluttaja-asiakkaiden osalta myös muita kuin oikeudellisia näkökohtia. Negatiivisella tilikorolla voisi teoriassa olla laajakantoisia vaikutuksia rahoitusjärjestelmän kannalta, koska negatiivinen tilikorko synnyttäisi kuluttajille kannusteen sijoittaa varat negatiivisen tuoton välttämiseksi tai nostaa varat käteisenä pankista nollatuoton saamiseksi.<sup>39</sup> Yrityksille käteisen käyttö

35. Ks. pankin taseen rakenteesta ja rahoituslähteistä Mishkin 2019, s. 238–242.

36. Ks. pankin likviditeetin hallinnasta Joël Bessis, Risk Management in Banking. Wiley 2015, s. 31–42.

37. Ketola – Koskinen 2019, s. 47.

38. Ks. Janne Kaisto – Jyri Terämaa, Kohti digitaalista keskuspankkirahaa. Edilex-tietokannassa 20.9.2019 julkaistu refereer-artikkeli. Edilex 2019/34, s. 26.

39. Pankkitalletuksen negatiivisen koron aiheuttama talletuskato on myös kiinnostava psykologinen tai käyttäytymistaloustieteellinen (behavioral economics) ilmiö. Rahoitusteoreettisesti tallettaja voi nimittäin kärsiä talletuksen ostovoiman heikkenemisestä aivan samalla tavalla

ei käytännön syistä ole tavallisesti vaihtoehto. Laajamittainen käteisen käyttö vähentäisi talletuksia pankkitoiminnan rahoituslähteenä ja aiheuttaisi yhteiskunnalle muitakin ongelmia ja kustannuksia.

### 3.3.2. Negatiivisen talletuskoron sopimusehdot

Yritys- ja muiden yhteisöasiakkaiden kanssa on laajasti käytössä tilisopimuksia, joissa on sovittu negatiivisesta korosta tai talletuspalkkiosta, joka voi käytännön merkitykseltään vastata negatiivista korkoa. Tyypillistä on, että negatiivista korkoa ruvetaan perimään vasta tietyn summan ylittävästä talletuksesta. Negatiivisen koron määrä ja kynnyksarvo sen perimiselle vaihtelevat tietenkin pankkikohtaisesti. Negatiivisesta talletuskorosta voidaan sopimusvapauden turvin sopia tehokkaasti. Sopimuksen muuttaminen tällaiseksi edellyttää normaalisti molempien osapuolten nimenomaista hyväksyntää. Negatiivisen talletuskoron käyttöönotto ja sopimusehtojen muuttaminen sen mahdollistamiseksi tapahtuu luonnollisesti pankin aloitteesta. Jos ehdot eivät mahdollista tällaista yksipuolista muutosta, pankin on esitettävä sopimusmuutosta tallettajan hyväksyttäväksi. Jos muutoksesta ei päästä yksimielisyyteen, tilisopimus on normaalisti molempien osapuolten vapaasti päätettävissä irtisanomisella.<sup>40</sup>

Kuluttaja-asiakkaiden negatiivinen talletuskorko on oikeudellisesti pulmallisempi kuin yritysasiakkaiden. Kuluttajien osalta sopimusehtojen muutosprosessi ei ole yhtä yksinkertainen ja kuluttajansuojanäkökohdat vaikuttavat ehtojen kohtuullisuusarviointiin. Kuluttajien tilisopimuksien muutoksiin sovelletaan maksupalvelulain sääntelyä. Maksupalvelulaki sisältää säännöksiä maksupalveluja koskevan puitesopimuksen (kuten siis tilisopimuksen) muuttamisesta ja korkojen muuttamisesta.<sup>41</sup> Negatiivisia talletuskorkoja ei ilmeisesti ole mikään pankki Suomessa ottanut käyttöön kuluttajien kanssa.

Kuluttajien negatiivisten talletuskorkojen suuren periaatteellisen merkityksen vuoksi Finanssivalvonta on ottanut kantaa asiaan vuonna 2019. Finanssivalvonnan toimivaltuuksiin ei kuulu esimerkiksi negatiivista korkoa koskevien sopimusehtojen kieltäminen, mutta Finanssivalvonta voi antaa ohjeita tai suosituksia, joilla on toimialan ohjaamisessa käytännössä suuri painoarvo.<sup>42</sup> Kannanotossaan

positiivisten korkojen vallitessa, jos tilin korko alittaa inflaation. Käyttäytymistaloustieteessä tunnetaan tapiovinoumaksi (negativity bias) kutsuttu ilmiö, jossa kielteisillä tapahtumilla on liian korostunut asema päätöksenteossa. Ks. tästä Eyal Zamir – Doron Teichman, *Behavioral Law and Economics*. Oxford University Press 2018, s. 44. Kiitän artikkelini referee-vertaisarvioijaa huomioni kiinnittämisestä tähän seikkaan.

40. Ks. tiliehtojen muuttamisesta Wuolijoki – Hemmo 2013, s. 606–607.

41. Ks. sääntelystä lähemmin maksupalvelulain 30 § ja 32 § sekä hallituksen esitys Eduskunnalle maksupalvelulaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 169/2009 vp, s. 54–55.

42. Ks. Finanssivalvonnan toimivaltuuksista ja ohjeiden antamisesta esim. Wuolijoki – Hemmo 2013, s. 57–60.

Finanssivalvonta katsoo, että lainsäädäntö ei erityisesti kiellä negatiivisten korkojen perimistä kuluttaja-asiakkaiden talletuksista. Tästä huolimatta negatiivisten korkojen perimiseen välttämättömyyspalveluiksi luettavilta perusmaksutileiltä tulisi Finanssivalvonnan mukaan suhtautua pidättyvästi. Finanssivalvonnan kannanotossa kuitenkin todetaan, että sijoituksissa katsottavissa suurissa talletuksissa pankkien harkintavalta on suurempi. Suurelle talletukselle ei ole mitään legaalimääritelmää, mutta Finanssivalvonta viittaa kannanotossaan siihen, että joissain EU-maissa negatiivista korkoa on ruvettu perimään 100.000 euroa ylittäviltä talletuksista.<sup>43</sup> Tälle summalle saakin tiettyä tukea talletussuojajärjestelmästä, koska talletussuojan yläraja on pääsääntöisesti sama 100.000 euroa.<sup>44</sup>

Lisäksi Finanssivalvonta kiinnittää kannanotossaan huomiota sopimuksen muutosmenettelyyn. Finanssivalvonta pitää kuluttajan tilikoron muuttamista olennaisena sopimusmuutoksena ja viittaa lainsäädännön ohella ”sopimusoikeuden yleisiin periaatteisiin, kuten kielttoon tehdä olennaisia sopimusmuutoksia”.<sup>45</sup> Viittaus sopimusoikeuden periaatteisiin on tässä yhteydessä sikäli ongelmallinen, että tilisopimuksen ehtojen muuttamisesta säädetään kuluttajien osalta pakottavasti maksupalvelulaissa. On vaikea nähdä, että melko täsmällisen lain sääntely väistyisi sopimusoikeuden periaatteiden takia etenään, kun maksupalvelulailla on pantu täytäntöön harmonisointiasteeltaan pääosin täysharmonisoiva maksupalveludirektiivi, mistä syystä lain tulkinnassa on otettava huomioon myös EU-oikeus.<sup>46</sup> Toisaalta on toki selvää, ettei maksupalvelulain mukaisella muutosmenettelylläkään voida muuttaa sopimuksia KSL 4:1:n tai luottolaitoslain 15:3:n tarkoittamalla tavalla kohtuuttomiksi. Nämä ovat kuitenkin lakisääteisiä sopimuksen sisältörajoituksia, joihin viittaaminen tässä yhteydessä olisi tarkkaan ottaen ollut oikeudellisesti perustellumpaa kuin sopimusoikeuden yleisiin periaatteisiin viittaaminen. Lisäksi on huomattava, ettei sopimusoikeuden yleisiinkään periaatteisiin luonnollisestikaan kuulu kieltoa tehdä olennaisia sopimusmuutoksia, jos molemmat osapuolet suostuvat muutokseen.<sup>47</sup> Finanssivalvonnan huomio on kuitenkin sikäli aiheellinen, että massasopimuksissa on varsinkin kuluttajien kanssa vaikea päästä yksilöllisiin muutosneuvotteluihin.

43. Finanssivalvonnan valvottavatiedote 29.11.2019 – 65/2019.

44. Talletussuojasta säädetään rahoitusvakausviranomaisesta annetussa laissa (1195/2014). Ks. erityisesti kyseisen lain 5:8.

45. Finanssivalvonnan valvottavatiedote 29.11.2019 – 65/2019.

46. Ks. maksupalvelulain EU-oikeudellisesta taustasta HE 169/2009 vp, s. 5–6. Ks. direktiivien tulkintavaikutuksesta esim. Mikko Puumalainen, EU:n etusijaperiaatteesta Suomen valtiosäännössä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2018, s. 93–94 ja 105–108.

47. Tanskan finanssivalvontaviranomainen onkin lähestynyt negatiivisen talletuskoron sisällyttämistä jo voimassa olevaan tilisopimukseen olennaisen sopimusmuutoksen näkökulmasta. Tanskan finanssivalvonta on katsonut muutoksen olevan kuluttajalle niin olennainen muutos, että pankin lojaliteettivelvollisuus edellyttää sopimusmuutoksen ilmoittamista yksilöllisesti (eikä pelkästään sanomalehdessä tai pankin internetsivuilla). Ks. *Finanstilsynet: Kunder skal varsles personligt, hvis deres inlånsrente bliver negativ*. *Finanstilsynet* 16.11.2020.



Negatiivisen talletuskoron yhteydessä saattaa tulla esille kysymys siitä, miten on suhtauduttava erilaisiin kuluttajilta perittäviin tililiitännäisiin palvelu- tai tilin ylläpitomaksuihin. Tallettaja-asiakkaan näkökulmastahan on taloudellisesti yhdenmukaista, veloitetaanko tililtä negatiivista korkoa vai jotain palkkiota. Erottelulla on kuitenkin tietty oikeudellinen merkitys, koska esimerkiksi perusmaksutilin kuluista säädetään muun muassa luottolaitoslain 15:6a:ssä, kun taas negatiivinen korko on sääntelemättä ja siihen liittyy Finanssivalvonnan pidättyväinen näkemys. Käytännössä asetelma ei kuitenkaan aiheuta ongelmia, koska perusmaksutilien palkkioveloitukset ovat säänneltyjä ja koska pankin mahdollinen intressi perii negatiivista korkoa koskisi oletettavasti taloudellisesti merkittäviä talletuksia, joissa negatiivinen korko olisi Finanssivalvonnan mukaan mahdollinen.

### 3.3.3. Negatiivinen talletuskorko ja omaisuuden suoja

Negatiivisia talletuskorkoja koskevassa keskustelussa voidaan esittää myös omaisuuden suojanäkökohtia.<sup>48</sup> Kysymys on tällöin siitä, rajoittavatko perusoikeussääntely ja omaisuuden suoja pankin oikeutta ruveta perimään negatiivista talletuskorkoa asiakkaalta. Tallettajan näkökulmastahan negatiivien korko merkitsee tilillä olevien varojen asteittaista vähenemistä. Omaisuuden suoja on keskeinen osa perusoikeusjärjestelmää ja välttämätön elementti markkinatalouden perustuvassa oikeusvaltiossa.<sup>49</sup>

Selvää sinänsä on, että tilillä olevat varat nauttivat omaisuuden suojaa eikä valtio esimerkiksi voi sosialisoida näitä varoja. Normaali perustuslain 22 §:n mukainen lähtökohta on, että perusoikeudet velvoittavat lainsäätäjää tai julkista valtaa suhteessa yksityiseen. Jotta omaisuuden suoja sääntelyllä voisi ylipäänsä olla merkitystä negatiivisia korkoja koskevassa pankin ja sen asiakkaan välisessä oikeussuhteessa, on kuitenkin katsottava, että perusoikeuksilla on vaikutuksia myös niin sanotussa horisontaalisuhteessa eli yksityisten kesken. Tämä on jo sinänsä kiistanalaista perusoikeuskeskustelussa.<sup>50</sup> Jos hyväksytään se – sinänsä

48. Negatiivisen koron erilaisiin periaatteellisiin kysymyksiin joudutaan ottamaan kantaa myös, mikäli rahataloudessa siirrytään digitaaliseen keskuspankkirahaan. Esimerkiksi Kaisto ja Terämaa ovat käsitelleet sitä skenaariota, että digitaalinen keskuspankkirahan haltija ei saisi vaatia varojensa muuttamista käteiseksi ja keskuspankki asettaisi koron negatiiviseksi. Kaisto ja Terämaa ovat pitäneet tätä erittäin tärkeänä periaatteellisenä seikkana, koska käteiseksi vaihtamisen mahdottomuus merkitsi merkittävää muutosta nominalismia koskevaan periaatteeseen. Ks. Kaisto – Terämaa 2019, s. 18–19.

49. Ks. omaisuuden suoja osana perusoikeusjärjestelmää esim. Pekka Lämsineva, Perusoikeudet ja varallisuus suhteet. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2002, s. 151–273. Ks. omaisuuden suoja markkinatalouden kannalta Dennis C. Mueller, *The Oxford Handbook of Capitalism*. Oxford University Press 2012, s. 204–219.

50. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista selostaa kaikkea horisontaalivaikutusta koskenutta kotimaistakaan oikeustieteellistä keskustelua. Pisimmälle menevää perusoikeuksien horisontaa-

perustuslain 22 §:n vastaiselta vaikuttava - katsantokanta, että perusoikeuksilla voi olla suoraa vaikuttavuutta yksityisten välisissä suhteissa, lienee negatiivista talletuskorkoa arvioitava suhteessa perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin.<sup>51</sup> Yksityisten välisessä suhteessahan ei voine olla rajoitetumpaa mahdollisuutta rajoittaa sopimusperusteisesti perusoikeuksia kuin mitä julkisella vallalla olisi.

Tässä artikkelissa ei voida arvioida syvällisesti negatiivista korkoa perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta, mutta joitain arvioinnin kannalta luultavasti merkityksellisiä suuntaviivoja voidaan esittää. Ensinnäkin negatiiviset korot ovat määrältään hyvin pieniä ja monissa tapauksissa verrattavissa erilaisiin pankin palvelumaksuihin. Toiseksi negatiivisille koroille on objektiivinen pankin likviditeetinhallintaan ja EKP:n rahapolitiikkaan liittyvä syy. Tällaisilla argumenteilla voitaisiin perustella negatiivisten korkojen asianmukaisuutta siviilioikeudellisesti esimerkiksi sopimuksen kohtuullisuusarvioinnissa. Nämä seikat todennäköisesti puoltaisivat myös perusoikeusarvioinnissa negatiivisten talletuskorkojen hyväksyttävyyttä. Tällä hetkellä kysymys on kuitenkin puhtaasti teoreettinen, koska negatiivisia korkoja ei Suomessa käytetä kuluttajatalletuksissa ja koska yritysasiakkaiden kanssa negatiivisten korkojen käyttäminen tapahtuu asiakkaan suostumuksin. Jos taas perusoikeusanalyysiin mennään, asiaa ei voida tarkastella pelkästään omaisuudensuojan kannalta. Esimerkiksi Saksassa on kiinnitetty huomiota siihen, että mahdollisuutta sopia negatiivisesta korosta turvaa osaltaan myös perustuslain suojaama sopimusvapaus.<sup>52</sup>

### 3.4. Sijoitustuotteet ja johdannaissopimukset

Negatiiviset markkinakorot ovat vaikuttaneet välillisesti tai välittömästi myös monien sijoitustuotteiden toimintaan tai tuotonmuodostukseen. Luonnollista on, että negatiivinen korkotaso vaikuttaa talouteen ja esimerkiksi joukkovelkakirjojen arvoon. Oikeudellisesti kiinnostavampia ovat kuitenkin tilanteet, joissa negatiivinen viitekorko johtaa tulkinnanvaraisiin kysymyksiin sijoituksen tuo-

livaikutusta lienee puoltanut Juha Karhu teoksessaan Uusi varallisuus oikeus, jossa hän esitteli omaperäisen ja luovan mallin varallisuus oikeuden hahmottamisesta perusoikeusjärjestelmän varassa. Ks. Juha Pöyhönen (nyk. Karhu), Uusi varallisuus oikeus, Talentum 2003. Ks. myös Pekka Lämsineva, Perus- ja ihmisoikeudet yksityisten välisissä oikeusriidoissa. Defensor Legis 4/2011 sekä Joonas Norr, Perusoikeuksien horisontaalivaikutus sopimus oikeudellisen kohtuuden ja hyvän tavan tulkinnassa. Lakimies 3–4/2019, s. 363–372. Ks. esimerkkinä torjuvammasta suhtautumisesta horisontaalivaikutukseen Markku Helin, Perusoikeuksilla argumentoinnista. Teoksessa Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952–9/6–2012. Turun yliopisto 2012, s. 12–13.

51. Ks. perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä esim. PeVM 25/1994 vp, s. 5.

52. Zur Zulässigkeit von Negativzinsen. Zivilrechtliche Implikationen. Deutscher Bundestag 17.9.2019 (WD 7 – 3000 – 137/19), s. 10.

tosta tai ehtojen tulkinnasta. Oikeudellisia pulmatilanteita voi myös syntyä sen johdosta, että jonkin sijoituskohteen arvo on kehittynyt negatiivisten korkojen takia sijoittajan kannalta epäsuotuisasti ja sijoittaja katsoo sijoituspalvelun tarjoajan laiminlyöneen velvoitteensa varoittaa negatiivisen koron riskeistä. Kyse voi myös olla vaikkapa siitä, että luotonottaja on suojannut korkoriskinsä johdannaisopimuksilla, mutta suojaus käy tarpeettomaksi, kun korot ovatkin laskeneet jopa nollan alapuolelle. Tällöin luotonottaja saattaa katsoa tulleen väärin neuvotuksi korkosuojauksessa. Tällaiset sijoituspalveluja koskevat tulkintakysymykset eivät kuitenkaan kuulu tämän artikkelin piiriin, koska niiden ratkaisuperusteet eivät liity erityisen läheisesti negatiiviseen korkoon velvoiteoikeudellisena ilmiönä.

Negatiivinen korko voi kuitenkin olla tulkinnan keskiössä esimerkiksi johdannaisopimuksissa, joihin liittyy vakuudentoimittamisvelvoitteita. Tietyille rahoitusalan ammattimaisille toimijoille on säädetty velvoite kattaa johdannaispositioiden riskit vakuuksilla, jotka ovat tyypillisesti tällöin rahaa. Tällaisiin johdannaisyleissopimukseen liittyviin vakuussopimukseen sovelletaan usein Englannin lakia.<sup>53</sup> Siksi on laajemminkin merkityksellistä, että eräästä negatiivisen koron synnyttämästä riidasta on englantilaisen oikeusistuimen tuomio vuodelta 2018. Riidassa Hollannin valtio vaati Deutsche Bank AG:lta negatiivista korkoa varoista, jotka sille oli annettu vakuudeksi. Sopimuksen sanamuoto tuki tätä vaadetta, koska sopimuksen mukainen laskennallinen koron määräytyminen johti negatiiviseen korkoon. Tuomioistuin katsoi, ettei rahaa valtiolle vakuudeksi antanut pankki ollut velvollinen maksamaan tästä negatiivista korkoa vakuudensaajana olleelle valtiolle. Hieman samoin kuin suomalaisissa Pankkilautakunnan ratkaisuissa, oikeus katsoi, ettei osapuolten tarkoituksena sopimusta tehtäessä ole ollut tällainen epätavallinen negatiivisen koron maksuvelvollisuus.<sup>54</sup>

#### 4. Päätelmiä velvoiteoikeuden yleisten oppien kannalta

Vaikka tietyt EKP:n ohjauskorot ja markkinakorot ovat olleet pitkään negatiivisia, negatiiviset korot eivät ole välittyneet yritysten tai kuluttajien luotto- tai

53. Kyseisiä johdannaisyleissopimuksia kutsutaan yleensä ISDA-sopimuksiksi vakioasiakirjojen laatijatahon (International Swap Dealers Association) mukaan ja vakuussopimuksia CSA-sopimuksiksi (Credit Support Annex). Ks. näistä ja vakuudenantosääntelystä Antti P. Salonen, *Transnational Law of the Over-The-Counter Derivatives Market. A Study on the Interactions Between Finance and Law*. Unigrafia 2019, s. 155–253.

54. High Court of Justice, The Business and Property Courts of England & Wales, Case No: FL-2017-00007, date 25/07/2018. Before Mr. Justice Robin Knowles CBE, Between The State of Netherlands and Deutsche Bank AG.

muihin sopimuksiin kuin rajoitetusti. Luottosopimuksissa kokonaiskorot ovat edelleen positiivisia ja talletuksien negatiiviset korot koskevat Suomessa lähinnä yritysten suurempia talletuksia. Tiedossa ei ole, tekevätkö yksityiset keskenään esimerkiksi luottosopimuksia negatiivisin koroin, mutta voidaan olettaa, että se on hyvin harvinaista. Negatiiviset korot ovat ainakin toistaiseksi jääneet ikään kuin ammattimaisten rahoitusmarkkinoiden rahapoliittiseksi ilmiöksi, joka sinänsä vaikuttaa vahvasti esimerkiksi pankkien toimintaan, mutta joka ei ole täysin siirtynyt yksityisten välisiin suhteisiin.

Olennaista talousteorian ja velvoiteoikeudenkin kannalta on, että negatiivisista koroista huolimatta rahan aika-arvo ei ole menettänyt merkitystään. Edelleen on niin, että talouden toimijat haluavat mieluummin rahat haltunsa nopeammin kuin myöhemmin ja edelleen on niin, että rahojen saaminen myöhemmin aiheuttaa riskiä, joka on kompensoitava. Tästä seuraa, että korkoa koskevat peruskäsitykset ovat edelleen relevantteja myös velvoiteoikeudessa.

Negatiivisista koroista ei ainakaan toistaiseksi ole aiheutunut taloudellisia ilmiöitä tai merkittäviä oikeudellisia ongelmia, jotka edellyttäisivät velvoiteoikeuden perustavanlaatuisen korko-oppien uudelleenarviointia. Tällaiseen arviointiin voitaisiin kuitenkin joutua, jos korkotaso laskisi edelleen merkittävästi ja jos negatiiviset korot välittyisivät pankkien luotonantoon ja esimerkiksi yritysten välisiin maksuaikajärjestelyihin. Korkolaki – jonka säännöksistä suurin osa koskee viivästyskorkoa – saattaisi säädöksenä soveltua tällaisiin oloihin, mutta esimerkiksi tuottokorkoa koskevia oppeja olisi todennäköisesti tarkistettava.<sup>55</sup> Tällä hetkellä korkojen lasku näyttää pysähtyneen, joten on epätodennäköistä, että ainakaan lähiaikoina jouduttaisiin velvoiteoikeuden korko-oppien tai -sääntelyn radikaaliin uudistamiseen.

*De lege ferenda* voidaan silti katsoa, että nykyinenkin negatiivisten korkojen tilanne puoltaisi pieniä muutoksia korkolakiin. Tässä artikkelissa kuvattu ongelma, johon korkolain 3.2 § ja 12 § voivat johtaa niissä tilanteissa, kun velan korkokannasta ei poikkeuksellisesti ole sovittu, voitaisiin korjata lakia muuttamalla. Korkolain 3.2 §:ssa voitaisiin esimerkiksi säätää, että jos velasta on sovittu maksettavaksi korkoa korkokantaa kuitenkin määräämättä, velallisen on maksettava olosuhteisiin nähden kohtuullista korkoa. Tämä säännös olisi tarkoituksenmukainen myös normaalien positiivisten korkojen vallitessa. Tällaisen väljän säännöksen varjopuolena toki olisi se, että koronmääritys saattaisi edellyttää tuomioistuinprosessia.

Kaiken kaikkiaan velvoiteoikeuden järjestelmä on osoittanut hyvää resilienssiä eli sopeutumisen- tai mukautumiskykyä muuttuneeseen korkoympäristöön. Tämä on pääosin sen ansiota, että lainsäädännössä ei ole turhan yksityiskohtaisia tai kaavamaisia normeja koron määräytymisestä tai vaikkapa tuottokorosta.

55. Ks. tuottokorkojen kannalta Ari Saarnilehto, Tuottokoron määrä ja alenevat viitekorot. Oikeustieto 6/2016, s. 28–29.

Tilan jättäminen oikeuskäytännölle, oikeustieteelliselle tutkimukselle ja ennen kaikkea osapuolten väliselle sopimusvapaudelle on mahdollistanut oikeuden tehokkaan mukautumisen muuttuneisiin olosuhteisiin.

### **Negative interest rates and contract law**

SAKARI WUOLIJOKI, LL.D., Title of Docent, University of Helsinki; General Counsel, Nordea, Finland

Euribor interest rates, which are important reference rates in banks' lending and deposit taking contracts, have been negative since 2014–2015. In addition, certain key European Central Bank (ECB) reference rates are negative. The purpose of this exceptional monetary policy by the ECB has been to stimulate the economy and support growth in the euro area.

This article examines the legal implications of negative interest rates. The starting point in Finnish contract law is that the interest on a loan is for the parties to agree on, in line with the doctrine of freedom of contract. The parties to the loan can therefore also agree to apply a negative interest rate. A more difficult contractual question arises if the parties have agreed on a loan with a floating interest rate, which is common in loan agreements between banks and borrowers. Today loan agreements usually include a zero-rate floor, in which the reference rate will never be less than zero. These are valid clauses not only in corporate lending but also in consumer mortgages. In the absence of a zero-rate floor in the loan agreement, and if the agreement has been entered into before the rates have become negative, the starting point in the interpretation is, nevertheless, that the interest rate of a loan cannot be negative.

In Finland, banks have implemented negative rates on corporate deposits. This is reasonable because of the liquidity regulation of banks and negative central bank rates. For consumer deposits, negative interest rates have not been implemented. The Finnish Financial Supervisory Authority has recommended a cautious approach to negative deposit rates in consumer accounts.

Thomas Wilhelmsson

Lakimies  
7–8/2021  
s. 1354–1360

## Aikalaisdiagnoosina kokeellisuus

### 1. Aikalaisdiagnoosi tieteen tehtävänä

Covid-19-pandemian kurittaessa maailmaa olemme tottuneet pukemaan sanomisemme medikalisoivaan käsitteistöön. Minun on siten luontevaa aloittaa diagnoosin käsitteestä. Otan lähtökohdakseni yhteiskuntatieteen niin sanotut aikalaisdiagnoosit<sup>1</sup> (Zeitdiagnose).<sup>2</sup>

Aikalaisdiagnoosi pyrkii katsomaan ohi päiväkohtaisia muoti-ilmiöitä ja mielipideaaltoja ja kysyy, missä määrin on mahdollista löytää yhteiskunnasta peruspiirteitä, jotka syvällisemmin heijastavat ajan ja yhteiskunnan tilaa. Tyyppillisiä paljon keskustelua herättäneitä kokonaisdiagnooseja ovat esimerkiksi riskiyhteiskuntaan<sup>3</sup>, vakuutusyhteiskuntaan<sup>4</sup>, informaatioyhteiskuntaan ja postmodernin eri variantteihin viittaavat rakennelmat<sup>5</sup>, tai vastaavasti nykypäivän digitalisaatiota ja globalisaatiota, mutta myös nationalismia ja ”retrotopiaa”<sup>6</sup> painottavat yhteiskunta-analyysit.

On selvää, että aikalaisdiagnoosi on aina tietystä määrin subjektiivinen. Vaikka empiria on tärkeää, sillä ei voida loppuun saakka osoittaa, mitkä seikat tulisi nostaa tietyn yhteiskunnan tietyn kehitysvaiheen leimaaviksi piirteiksi. Tutkijan kokemukset, näkökulma ja arvot vaikuttavat valikointiin. Aikalaisdiagnoosissa empiirinen ja normatiivinen sekoittuvat väistämättä. Tästä huolimatta diagnoosit ovat tärkeitä. Ne täyttävät tutkimuksen tehtävän toimia yhteiskunnan peilinä, joka auttaa ymmärtämään kulloinkin olemassa olevaa yhteiskuntaa.

Oikeus ja oikeustiede ovat yhteiskunnallisia käytäntöjä. Vaikka olemmekin tottuneet ajattelemaan oikeutta suhteellisen autonomisena järjestelmänä, yh-

\* *Thomas Wilhelmsson*, OTT, kansleri emeritus, professori emeritus, Helsingin yliopisto. Kirjoitus perustuu vuoden Allan Serlachius-Särkilähti -palkinnon saajan puheeseen Oikeuskulttuurin päivänä 12.11.2021.

1. Ks. esim. Arto Noro, Aikalaisdiagnoosi sosiologian teorian kolmantena lajityyppinä. *Sociologia* 4/2000, s. 321–329.
2. Klaus Lichtblau, *Soziologie und Zeitdiagnose*, s. 57–79 teoksessa *Zwischen Klassik und Moderne*. Springer 2017, Walter Reese-Schäfer, *Zeitdiagnose als wissenschaftliche Aufgabe*. *Berliner Journal für Soziologie* 1996, s. 377–390.
3. Ulrich Beck, *Risikogesellschaft*. Suhrkamp 1986.
4. François Ewald, *L'état providence*. Grasset 1986.
5. Zygmunt Bauman, *Intimations of Postmodernity*. Routledge 1992, Fredric Jameson, *Postmodernism or, the cultural logic of late capitalism*. Verso 1991.
6. Zygmunt Bauman, *Retrotopia*. Polity Press 2017.

teiskunnan tila heijastuu myös oikeustieteeseen. Itsestään selvästi tämä koskee oikeustieteen kysymyksenasetteluja oikeuden pintatasolla,<sup>7</sup> mutta sillä on vaikutusta myös käsitteiden ja menetelmien tasolla. Yhteiskunnan tila vaikuttaa oikeuskulttuurin kehittymiseen. Minun sukupolveleni paradigmaattinen esimerkki on *Simo Zittingin* väitöskirja omistajanvaihdoksesta,<sup>8</sup> jossa staattisen omistusoikeuskäsityksen tilalle tuotu dynaaminen käsitteistö heijasti maatalousyhteiskunnan muuttumista yhteiskunnaksi, jossa vaihdannan intressillä oli tärkeämpi rooli.

Vaikka yhteiskunnan tila heijastuu oikeustieteen tutkimukseen, oikeustieteessä useimmiten ei ole ollut tapana nimenomaisesti nojautua yhteiskuntatieteellisiin aikalaisdiagnooseihin. Koska en yleensä pidä tieteellistä lokeroitumista hyvänä asiana, soisin itse tieteenalojen välisen vuorovaikutuksen olevan tiiviimpää. Samalla on syytä korostaa, ettei hedelmällinen vuorovaikutus merkitse toisen tieteen erittelyjen kritiikitöntä omaksumista oman ajattelun pohjaksi. Koska yhteiskunnan kehitystä voidaan analysoida monella tapaa, oikeustieteilijä ei voi piiloutua jonkin aikalaisdiagnoosin taakse, perustelematta, miksi juuri tämä näkökulma on hänen mielestään sopiva.

On syytä muistuttaa, että oikeustieteellä on myös itsellään annettavaa, kun rakennetaan aikalaisdiagnoosia. Oikeus on suoraan kytköksissä yhteiskunnan toimintaan, minkä vuoksi sen käytäntöjen kautta voidaan saavuttaa sellaista käytännön tietoa, jota tarvitaan yhteiskunnan ja sen kehitysmahdollisuuksien pohtimiseen. Oikeustieteellä on potentiaalia tarjota oma luova näköalansa aikansa yhteiskunnan keskeisiin piirteisiin.<sup>9</sup>

## 2. Aikalaisdiagnoosit oman työni inspiroijina

Kun Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen puheenjohtaja kertoi minulle palkinnon myöntämisestä, hän kehotti minua refleктоimaan puheessani esimerkiksi omaa työtäni, josta palkinto on myönnetty. Puhe aikalaisdiagnooseista ja yhteiskunnan tilan heijastumisesta oikeustutkimukseen onkin mahdollista havainnollistaa oman tutkimukseni kautta.

Sosiaalista siviilioikeutta koskevat työni kasvoivat 1970- ja 1980-luvun suomalaisesta maaperästä. Elimme hyvinvointivaltion kukoistuskautta ja oli

7. Oikeuden tasottelusta tietysti Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*. Ashgate 2002.

8. Simo Zitting, *Omistajanvaihdoksesta* silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1951.

9. Kuten kriittisen oikeustieteen amerikkalainen guru Roberto Mangabeira Unger, *Legal Analysis as Institutional Imagination*. *Modern Law Review* 1996, s. 1–23, 1 on todennut, oikeustieteellä on potentiaalia ”to become a master tool of institutional imagination in a democratic society”.

luonnollista kysyä, voidaanko ja miten kehittää myös siviilioikeutta hyvinvointivaltiolliseen suuntaan. Vaikka *Social civilrätt* -teokseni keskittyi yhteen hyvinvointivaltiollisuuden kannalta keskeiseen kysymykseen, eli siihen, missä määrin siviilioikeudellisessa päätöksenteossa oli ollut ja oli mahdollista kiinnittää nimenomaista huomiota osapuolen työttömyyteen, sairauteen, heikkoon taloudelliseen asemaan tai muihin vastaaviin henkilökohtaisiin kriteereihin, uskoin silloin mahdollisuuteen luoda myös kokonaisvaltaisempi siviilioikeudellinen järjestelmä, joka johdonmukaisesti vastaisi hyvinvointivaltion tarpeita. Kun silloin elettiin hyvinvointivaltion huippuhetkiä, jolloin tuloerot jatkuvasti kaventuivat ja sosiaaliturva kasvoi, oli helppo ajatella siviilioikeuden seuraavan yhteiskunnan kehitystä.

Olkoon syynä lamat tai globalisaatio, yhteiskunnan tila on tänään aika erilainen. Koherentin hyvinvointivaltiollisen oikeuden visio on muuttunut yhä epärealistisemmäksi. Joissakin asioissa suunta on pysynyt samana, kun taas toisissa on tapahtunut merkittäviä käännöksiä. Oli pakko tunnustaa yhteiskunnan muutoksen pirstaleisuus, jonka johdosta oikeuskin kehittyi vähemmän johdonmukaisesti. Monet ajan aikalaisdiagnooseista, joista mainitsin joitakin esitykseni alussa, korostivat myöhäismodernin yhteiskunnan sekä epistemologista että eettistä epävarmuutta, ja päätöksenteon väistäämätöntä kokeellisuutta. Oma johtopäätökseni näiden aikalaisdiagnoosien merkityksestä oli keskittymisen rajoitetumpiin kokonaisuuksiin ja niiden kehitykseen. Halusin selvittää, millaisia oikeuskehitystä koskevia ”pieniä hyviä kertomuksia” oli mahdollista löytää monenlaisten muutosten joukosta. Tästä näkökulmasta analysoin teoksessani *Senmodern ansvarsrätt* vahingonkorvaus- ja laajemmin vastuuoikeuden mahdollisuuksia toimia yhteiskunnallisen vallan kontrolloijana ja vastapainona.

Myöhäismodernin yhteiskunnan edellyttämästä päätöksenteon joustavuudesta ja ristiriitaisten ajankohtaisten haasteiden aiheuttamasta oikeuden systemaattisuuden vähenemisestä on jo keskusteltu vuosikymmeniä. Siviilioikeuden pirstaloitumista on kritisoitu, mutta sitä on myös pidetty yhteiskunnallisen tilanteen luontevana seurauksena.<sup>10</sup>

Kansainvälisyys otti meillä merkittävän askeleen eteenpäin Suomen liitetyssä EU:hun vuonna 1995. Suomea koskevassa aikalaisdiagnoosissa seuraa-

10. Oma lempiesimerkkini pirstaloitumisesta on vahingonkorvausoikeudellinen. Tuottamuseriaatteelle rakentuvaa vahingonkorvausoikeudellista järjestelmää haastetaan jatkuvasti uusilla ankaraan vastuuseen perustuvilla sääntelyillä, jotka eivät näytä perustuvan kovin systemaattiseen ajatteluun, ja oikeuskäytäntö lisää omia uusia askeleita tähän kokonaisuuteen, ks. tarkemmin esim. Pauli Ståhlberg – Juha Karhu, Suomen vahingonkorvausoikeus. 7. painos. Alma Talent 2020, s. 151–199. Erityislaeilla on säädetty ankarasta vastuusta liittyen esimerkiksi tiettyjen kuljetusvälineiden käyttöön, tiettyjen sähkölaitteiden hallintaan, ydinvoimaan, taisteluvälineisiin, geenitekniikkaan, tiettyihin ympäristövahinkoihin sekä joittenkin rekistereiden ylläpitoon. Oikeuskäytännössä on myös lisätty joitakin toimintoja tähän luetteloon, kuten räjäytystöiden suorittaminen ja autokilpailun järjestäminen. Mitään kovin selkeää systemaattisuutta näiden sääntelyjen ja ratkaisujen taustalla on vaikea nähdä. On vain useita pieniä kertomuksia.



vien vuosikymmenien yksi tärkeä piirre oli maan nopea kansainvälistyminen ja eurooppalaistuminen. Oikeustieteenkin keskusteluteemat ja metodit painotuivat kasvavassa määrin tähän suuntaan. Näin kävi minullekin. Siviilioikeuden eurooppalaistumiseen liittyvät kysymykset ovat viime vuosikymmeninä olleet ja ovat edelleenkin tutkimustyöni fokusalue.

Eurooppalaisen projektin voiman yliarviointi johti tunnetusti siviilioikeuden puolella keskusteluun mahdollisen eurooppalaisen siviililakikirjan (European Civil Code) tarpeellisuudesta. Suomestakin osallistuttiin yhteisten normikokoelmien luomistyöhön. Eurooppalaista siviililakikirjaa ei kuitenkaan syntynyt, vaikka sen pohjaksi tarjottiin laaja normikokoelma (Draft Common Frame of Reference) saatiin aikaan.<sup>11</sup> Aiemmin mainittujen aikalaisdiagnoosien valossa epäonnistuminen ei ole yllättävä. Pirstaleiseen ja vastakohtaisuuksia korostavaan yhteiskuntaan on aika mahdotonta luoda johdonmukaiseen oppirakennelmaan perustuvaa uskottavaa siviililakikirjaa. Olenkin itse tässä keskustelussa – aikalaisdiagnoosiemme perusteella – kodifikaation sijaan puoltanut kokeellisempaa oikeudellisten ideoiden vapaata liikkumista unionin sisäisten rajojen yli.<sup>12</sup> EU toimii parhaimmillaan eräänlaisena oikeudellisten ratkaisujen ja konstruktioiden laboratoriona,<sup>13</sup> jossa kansalliset kokeilut onnistuessaan tarjoavat aineksia sekä EU-oikeuden että kansallisten oikeuksien kehittämiseen.

### 3. Nykytilan diagnoosi ja kasvava kokeellisuus

Jo viime vuosisadan lopun aikalaisdiagnoosit painottavat yhteiskunnallisen päätöksenteon kasvavaa epävarmuutta. Epävarmuus ja kokeellisuus olivat nousseet monien aikalaisdiagnoosien keskeisiksi piirteiksi. Kuluvan vuosisadan aikana ambivalenssia ovat vielä kasvattaneet globalisaation ja eurooppalaistumisen hankaukset lisääntyvän nationalismin kanssa, digitalisaatioon ja tekoälyyn perustuvan neljännen teollisen vallankumouksen ajamat muutosprosessit sekä ihmiskunnan suuret eksistentiaaliset haasteet. Kaikkiällä ilmastonmuutokseen ja biodiversiteetin katoamiseen liittyvät uhat ja vaihtelevat näkemykset siitä, miten niihin pitäisi reagoida, korostavat yhteiskunnallisen päätöksenteon epävarmuutta. Kaiken kukkuraksi Covid-19-pandemia on nostanut epävarmuuden

11. Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Sellier 2009.

12. Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation? *European Review of Private Law* 2002, s. 77–94.

13. Laboratoriometaforaa käyttää esim. Mireille Delmas-Marty, *Towards a Truly Common Law, Europe as a Laboratory for Legal Pluralism*. Cambridge University Press 2002, s. 170.

ja kokeellisuuden vielä entistä selvemmin yhteiskunnallisen kokemuksen keskiöön – emme vielä oikein tiedä, kuinka syvällisesti pandemia tulee muuttamaan aikalaisdiagnoosejamme. Millä tavalla tämä yhteiskunnallinen tila näkyy ja millä tavoin sen tulisi näkyä oikeudessa?

Yhteiskunnan uudet kehityspiirteet herättävät tietysti uusia kysymyksiä, jotka edellyttävät oikeudellisia ratkaisuja. Hyvä ajankohtainen esimerkki on keskustelu siitä, millä tavoin sosiaalista mediaa tulisi säännellä. Sen lisäksi, että yhteiskunnan muutos johtaa uusiin aineellisiin kysymyksiin, se vaikuttaa myös syvemällä oikeuskulttuurin tasolla. Mainitsen tässä yhden tärkeän kehityspiirteen, nimittäin oikeuden kasvavan kokeellisuuden. Se linkittyy luontevasti nykyajan kahteen suureen haasteeseen, pandemiaan ja ilmastomuutokseen.

Kuten olen jo todennut, aiempien aikalaisdiagnoosien korostama myöhäis-modernin oikeuden pirstaleisuus on sinänsä myös tietystä määrin kokeellista. Kokeellisuus näkyy kuitenkin, luonnollisista syistä, vielä selkeämmin, kun Covid-19-pandemiaa ja sen seurauksia on pyritty käsittelemään myös oikeudellisesti.

Pandemian poikkeusaika on koetellut maailman oikeusjärjestyksiä monella tapaa. Suomessa perustuslailliset näkökulmat ovat hallinneet keskustelua. Esimerkit monesta maasta kuitenkin osoittavat, kuinka pandemian käsittely on aiheuttanut paineita myös siviilioikeudelliselle järjestelmälle.<sup>14</sup> Jo pandemian ensimmäisen puolen vuoden aikana eri maissa säädettiin lukuisia pandemian seurausten hallintaan liittyviä lakeja. Joissakin maissa säädettiin tiettyjen velkojen moratoriosta, toisissa rajoitettiin saatavien täytäntöönpanoa tai vuokrasopimusten irtisanomista. Kuluttajaan vaikuttivat säännökset esimerkiksi matkojen ja tilausten peruuttamisesta ja niihin liittyvät maksut ja mahdolliset voucherit. Oikeustieteessä keskusteltiin esimerkiksi muuttuneista olosuhteista ja sosiaalisesta suoritusesteestä. Suomessa säädettiin mahdollisuuksista pitää yhtiökokous tai yhdistyksen kokous myös verkkopohjaisena.<sup>15</sup> European Law Institute laati jopa normikokoelman Principles for the Covid-19 Crisis,<sup>16</sup> jossa käsiteltiin sekä moratoriota että ylivoimaista estettä ja kohtuuttomuutta.

Kokeilut ovat varmasti osin lyhytaikaisia, sidottuja pandemiaan, mutta ei ole mahdotonta, että tästä seuraa myös pysyviä muutoksia. Vielä mielenkiintoisempaa on se, missä määrin pandemian hallinnasta saadut kokemukset lisäävät kokeellisuutta laajemmin ja syvemmin myös oikeuskulttuurin tasolla. Uskon näin käyvän.

14. Ks. esim. jo Covid-19-Consumer Law Research Group, Consumer Law and Policy Relating to Change of Circumstances Due to the COVID-19 Pandemic. *Journal of Consumer Policy* 2020 s. 437–450. Tekstin esimerkit ovat tästä julkaisusta.

15. Laki väliaikaisesta poikkeamisesta osakeyhtiölaista, asunto-osakeyhtiölaista, osuuskuntalaista, yhdistyslaista ja eräistä muista yhteisölaeista (375/2021).

16. [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_for\\_the\\_COVID-19\\_Crisis.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf)

Pandemiaan liittyvissä kokeiluissa on etsitty esikuvia yli kansallisten rajojen. Uudessa tilanteessa jokainen malli on ollut mielenkiintoinen. Johtaako tämä suhtautumisemme laajemminkin rajoja ylittävän oikeudellisen oppimisen merkityksen kasvuun? Aina silloin tällöin on maailmalla ja erityisesti EU:ssa esiintynyt esimerkkejä siitä, kuinka kansalliset tuomioistuimet hakevat johtoa ja siteeraavat toisten maiden ratkaisuja<sup>17</sup> – mitä olen kutsunut oikeudellisten ideoitten vapaaksi liikkumiseksi. Pandemiaan liittyvät tilanteet ja tarve keksiä nopeita ratkaisuja niihin ovat ehkä avanneet tällaisia oppimisväyliä laajempaan käyttöön, samalla tavoin kuin etäkokouksista on tullut luonteva osa arkeamme. Myös digitalisaatio tukee kasvavassa määrin rajoja ylittävää oikeudellista oppimista, kun vieraatkin oikeuslähteet ovat yhä tehokkaammin kaikkien käytössä.<sup>18</sup> Kasvava kokeellisuus voi merkitä kasvavaa avoimutta hakea oikeudellista oppia, eli oikeuslähteitä, yli rajojen.

Kasvava kokeellisuus on inspiroinut myös uusia toimijoita. Oikeutta on aiemminkin käytetty erilaisten järjestöjen ja aktivistien harjoittaman niin sanotun mikropolitiiikan välineenä, kuten esimerkiksi monissa maissa käydyt tupakka-oikeudenkäynnit osoittavat.<sup>19</sup> Näyttää siltä, että ihmiskunnan haasteet ovat viime vuosina nostaneet tällaisetkin mahdollisuudet entistä keskeisemmin oikeudelliselle agendalle.

Ilmastonmuutokseen liittyvät lukuisat uudenlaiset prosessit ovat tästä hyvä esimerkki. Eri puolilla maailmaa on jo aloitettu satoja eri oikeudellisia menettelyjä, joiden avulla halutaan taivuttaa sekä julkisvaltaa että yksityisiä toimijoita myötävaikuttamaan ilmastonmuutoksen hillintään. Yhdistyneiden Kansakuntien ympäristöohjelman (UNEP) kuluvan vuoden alussa julkaistun raportin mukaan ilmasto-oikeudenkäyntejä oli jo 1550, 38 eri maassa.<sup>20</sup> Monet oikeudenkäynnit ja menettelyt ovat julkisoikeudellisia, mutta siviilioikeuttakin on käytetty hyväksi tähän tarkoitukseen. Tunnetuin tapaus, jota on Suomessakin kommentoitu,<sup>21</sup> on hollantilainen Urgenda-tapaus, jossa kanne perustui, paitsi ihmisoikeuksiin, valtion velvollisuuteen ehkäistä ennakoitavia vahinkoja. Olen varma siitä, että jatkossa tulemme näkemään yhä luovempia tapoja käyttää oikeutta ja myös siviilioikeutta välineenä ilmastonmuutosta vastaan käydyssä taistelussa.

17. Ks. esim. Michal Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press 2013.

18. Näin ennakoivasti jo aikanaan Peter Blume, *Changes in the Sources of Law in Information Society*. *International Review of Law, Computers & Technology* 1999, s. 325–335.

19. Ks. näistä esim. Geraint Howells, *The Tobacco Challenge: Legal Policy and Consumer Protection*. Ashgate 2011.

20. *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, 26 January 2021. <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>

21. Lena Sisula-Tulokas, *En liten notis om ett stort rättsfall – domen i det nederländska Urgenda-klimatfallet*. *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 5–6/2019, s. 335–337.

Oikeudellinen kokeellisuus ja luovuus siis kasvavat. Mikä on oikeustieteen ja erityisesti lainopin tehtävä tässä tilanteessa? Uskon, että lainopilta toivotaan nykyistä enemmän rajojen etsimistä ja uusien ratkaisumallien kehittämistä. Oikeudellisesti mahdollisen käsitteen käytännön merkitys kasvaa. Eikä tässä ole mitään outoa. Kuten muissa tieteissä, oikeustieteessäkin luovuus, kriittisyys ja uusien mahdollisuuksien etsintä ovat ja niiden tulee olla keskeisiä arvoja.

# Verojärjestelmien kansainvälinen keskinäisriippuvuus ja oikeuden kommodifikaatio

## 1. Kansallisen vero-oikeuden ja ylikansallisen kapitalismin rinnakkaisuus

1900-luvun oikeudellista kehitystä määritteli kaksi laajaa poliittista liikerataa. Ensimmäinen oli sosiaalisen ja demokraattisen verovaltion muodostaminen. Sosiaalinen ja demokraattinen verovaltio tunnusti markkinatalouden yhteiskunnan keskeiseksi organisoitumisen tavaksi, mutta samalla se demokraattisen politiikan keinoin määritteli rajat markkinoiden yhteiskunnalliselle hyväksyttävyydelle. Tässä valtiomuodostelmassa politiikalla olikin olennainen määrittelyvalta suhteessa talouteen. Sosiaalisessa ja demokraattisessa verovaltiossa yhteiskunnan poliittinen muovaaminen tapahtui ratkaisevasti tuloverotuksen avulla, ja verotus olikin sosiaalivaltion elinehto. Toinen 1900-luvun oikeudellista kehitystä määritellyt poliittinen liikerata oli ylikansallisen markkinatalouden rakentaminen eli talouden globalisaatio. Kansalliset markkinataloudet integroitiin osaksi ylikansallista markkinaregiimiä, kuten Euroopan unionin sisämarkkinoita. Seurauksena oli, että pääomat saattoivat liikkua valtioiden rajojen yli totuttua massiivisemmassa mitassa. Jos maailmansodat 1900-luvun alkupuolella olivatkin väliaikaisesti tuhonneet ylikansallisen markkinayhteiskunnan edellytykset, vuosisadan loppu todisti ylikansallisen kapitalismin vastaansanomaton läpilyöntiä.

Sosiaalinen ja demokraattinen verovaltio kehittyi eri institutionaalisessa kehityksessä kuin ylikansallinen kapitalismi. Ensin mainitun keskeinen kasvualusta oli kansallisvaltio ja kansallinen politiikka, minkä seurauksena tuloverojärjestelmät säilyivät kansallisen oikeuden asiana. Ylikansallinen markkinatalous puolestaan rakennettiin ennen kaikkea kansainvälisissä organisaatioissa, kuten Euroopan unionissa. Ylikansalliset oikeusjärjestelmät olivat siten leimallisesti epäsymmetrisiä. Ne rakentuivat eetokselle vahvasta markkinaintegraatiosta mutta välttivät puuttumasta valtioiden demokraattisesti herkkiin politiikkalohkoihin, kuten tuloverotukseen ja sosiaaliturvaan. Euroopan unionikaan ei merkinnyt olennaista poikkeamaa tästä epäsymmetriasta. Tämän seurauksena sekä eurooppalaista että globaalimpaakin poliittista rakennetta leimasi monita-soisuus: kansainvälisiä markkinoita rakennettiin ylikansallisella oikeudella, kun

\* Jussi Jaakkola, OTT, FM, tutkijatohtori, Turun yliopisto. Kirjoitus perustuu vuoden väittelijän puheeseen Oikeuskulttuurin päivässä 12.11.2021.

taas tuloverotusta säänneltiin kansallisilla normeilla. Tämä antoi verotusvalan käytölle sen edellyttämän demokraattisen legitimitetin. Välittömästi toista maailmansotaa seuranneina vuosikymmeninä kansallisen tuloverotuksen ja ylikansallisten markkinoiden liitto näyttäytyi siunauksellina. Kansallinen verotus mahdollisti verotuksen varaan rakentuvan demokraattisen sosiaalivaltion, kun taas kansainväliset markkinat synnyttivät taloudellista kasvua.

Tulkinta kansallisen verotusvallan ja ylikansallisten markkinoiden saumattomasta rinnakkaiselosta alkoi rakoilla 1980-luvulla. Yhtenä taustavaikuttimena tälle oli kansainvälisen talousintegraation nopea syveneminen. Vaikka ylikansallinen oikeus ei normatiivisessa mielessä vieläkään merkittävästi sanellut kansallisten tuloverojärjestelmien ratkaisuja, se kuitenkin radikaalisti muutti kansallisen veropolitiikan tekemisen tosiasiallisia ehtoja. Kun pääomat liikkuvat aiempaa herkemmin rajojen yli, nähtiin niiden myös reagoivan aiempaa herkemmin kansallisten verojärjestelmien eroihin. Valtioiden verojärjestelmät tulivat keskinäisriippuvaisiksi, koska pääomien liikkuvuuden välityksellä yhden valtion veropolitiikan nähtiin asettavan tosiasialliset reunaehdot toisen valtion mahdollisille veroratkaisuille. Ylikansallisen veropoliittisen auktoriteetin puuttuessa verojärjestelmät muotoutuivat spontaanien ja koordinoimattomien keskinäisvaikutusten risteyksessä. Tässä tilanteessa kansallisten verojärjestelmien suhde hahmotettiin ennen kaikkea kilpailusuhteeksi. Vero-oikeuden kohtalonsymykseksi nähtiin, kykeneekö se takaamaan valtiolle kilpailuedun suhteessa muihin valtioihin. Poliitiikan kielessä tämä ilmeni kansainvälisen kilpailukyvyyn esiinmarssina vaikutusvaltaiseksi ja ohjaavaksi poliittikkatavoitteeksi. Verojärjestelmien kehitykseen uusi poliittinen tietoisuus heijastui verokilpailun logiikkana. Poliitiikan tutkimuksessa uudenlainen valtio käsitteellistettiin nopeasti ja perustellusti kilpailuvaltiona.<sup>1</sup> Kilpailuvaltion uskottavuus ja elinkelpoisuus mitattiin sen herkkyydellä sovittaa kansallinen vero-oikeus kansainvälisesti liikkuvan pääoman vaatimuksiin.

Verokilpailun syntyminen ylikansallisen markkinayhteiskunnan olosuhteissa ei ollut varsinaisesti ennakoimaton ilmiö. Se päinvastoin odotetusti muistutti eräästä verotuksen perustavasta piirteestä, jota voidaan kutsua ”valtion rakenteelliseksi riippuvaisuudeksi pääomasta”<sup>2</sup>. Toisin kuin usein esitetään, verotus ei ole markkinayhteiskunnalle vastakkainen instituutio vaan sen olennainen rakenneosaa tai vastinpari. Markkinayhteiskunnan liberaali valtiosääntöinen perusratkaisu merkitsee, että taloudellisen arvonluonnin keskeiset elementit ovat yksityisomistus, yksityinen tuotanto ja yksityinen vaihdanta. Tämän val-

1. Kilpailuvaltion käsite oli erityisen tärkeä Philip G. Cernyn kirjoituksissa (ks. esim. Philip G. Cerny, *The Changing Architecture of Politics. Structure, Agency and the Future of the State.* Sage 1990).

2. Tästä käsitteellistyksestä ks. Adam Przeworski – Michael Wallerstein, *Structural Dependence of the State on Capital.* *American Political Science Review* 82(1) 1988, s. 11–29.

tiosääntöisen perusratkaisun puitteissa valtion on hankittava hallinnon resurssit muutoin kuin taloudellisen toimijan roolissa. Resurssien hankinta on tyypillisesti tapahtunut verotuksen keinoin. Verotus on kuitenkin riippuvainen yksityisestä taloudesta, koska verotusvallan käyttö ekstraktiivisena toimintana kohdistuu siihen, mitä tapahtuu markkinoilla. Verotuksen riippuvaisuus yksityisen pääoman toiminnasta olikin syy sille, että Joseph Schumpeter tunnetusti luonnehti verotusta talouden parasitiikiksi.<sup>3</sup> Yksityinen talous on verotuksen mahdollisuuden ehto, eikä verotus voi tuhota edellytyksiä, joista sen oma olemassaolo riippuu. Yksi verotuksen mahdollisuuden ehdoista on verotuskohteiden läsnäolo valtion verotusvallan alueella. Juuri tästä syystä verokilpailu ei kansainvälisesti liikkuvan pääoman olosuhteissa ollut ennakoimaton ilmiö. Verokilpailu lähinnä teki näkyväksi verotuksen sekä verotuksesta elävän valtion rakenteellisen riippuvaisuuden pääomasta ja yksityisen arvonluonnin prosessista. Se, että kansainvälisen pääoman kyky sietää veropoliittisia ratkaisuja tuli yhdeksi määrääväksi raja-arvoksi poliittiselle mielikuvitukselle, lähinnä paljasti uudenlaisen ulottuvuuden valtion riippuvaisuudessa pääomasta. Samoin se osoitti, että tämä rakenteellinen riippuvaisuus oli tullut vahvemmaksi osaksi poliittista arkitietoisuutta.

## 2. Poliitiikan autonomian murentuminen ja oikeuden kommodifikaatio

Eräs väitöskirjani johtavista tavoitteista on ollut tunnistaa, kuinka ylikansallisen talouden synnyttämä verojärjestelmien keskinäisriippuvuus muuttaa demokraattisen politiikan dynamiikkaa ja oikeuden funktiota. Poliitiikan näkökulmasta ratkaiseva seuraus on, että politiikka menettää autonomiansa. Sosiaalisessa ja demokraattisessa verovaltiossa politiikka oli muodostanut vahvan autonomian suhteessa talouteen. Kaikkein selvimmin tämä näkyi siinä, että 1800-luvun liberaalia sosiaalista järjestystä leimannut taloudellinen aseman ja poliittisten oikeuksien välinen liitto purettiin. Lisäksi politiikka oli keskeinen sosioekonomisten olosuhteiden ja talouden muovaamisen instituutio, jolla oli etusija suhteessa talouteen. Verotus oli yksi tärkeimmistä välineistä, joilla yksilöiden välisiä sosioekonomisia suhteita muokattiin siten, että taloudellisen vallan kasaantu-

3. Joseph Schumpeter, *Die Krise des Steuerstaats*, s. 329–379 teoksessa Rudolf Hickel (hrsg.), *Rudolf Goldscheid/Joseph Schumpeter. Die Finanzkrise des Steuerstaats. Beiträge zur politischen Ökonomie der Staatsfinanzen*. Suhrkamp 1976, s. 346. Liberaalissa yhteiskunnassa markkinatalouden ja verotuksen suhde ei kuitenkaan ole yksisuuntainen. Siinä missä markkinatalous tekee verotuksen mahdolliseksi, luo myös verotus edellytykset markkinatalouden toiminnalle (ks. esim. Lorenz von Stein, *Lehrbuch der Finanzwissenschaft. Zweiter Teil. Erste Abteilung*. F. A. Brockhaus 1885, s. 346–361).

minen ei suhteettomasti murentaisi poliittista yhdenvertaisuutta. Verokilpailun ilmaantuminen merkitsi osittain tämän kehityksen kääntymistä päälle. Kun kansainvälisesti liikkuvalla pääomalla muodostui olennainen mahdollisuus määritellä veropolitiikan reunaehdoja, taloudellisen ja poliittisen vallan välille muodostui uudenlainen sidos. Poliittinen valta tuli osittain riippuvaiseksi siitä, mitä voidaan kutsua markkinakansalaisuudeksi ylikansallisessa talousregiimissä. Tämä murensi poliittisen toimijuuden yhtäläisyyttä, ja sen onkin todettu paa-  
luttaneen poliittiseen todellisuuteen uudella tavalla talouteen sidoksissa olevan oligarkian elementin. Tämä kehitys ei merkitse muutosta ainoastaan eri veropoliittisten vaihtoehtojen painoarvossa. Muutos on oikeamminkin rakenteellinen. Ylikansallisesti liikkuvan pääoman vaikutusvalta perustuu sen mahdollisuuden vaihtaa maantieteellistä asemapaikkaa, ja tästä maantieteellisestä asemapaikasta tulee vaihtoarvoista kauppatavaraa. Veropolitiikan ja pääoman suhde alkaa rakenteeltaan muistuttaa vaihdantasuhdetta. Poliitiikan uusi toimintatapa on osa kehityskulkua, jonka myötä Michel Foucault'n sanoin ”poliittisen vallan kaikkinaisen harjoittaminen voidaan mallintaa markkinatalouden periaatteiden mukaisesti”<sup>4</sup>. Tästä seuraa politiikan omalakisyyden ja politiikan tosiasiallisen autonomian heikentyminen.

Oikeustieteellisen tutkimuksen näkökulmasta huomionarvoista on erityisesti se, kuinka verokilpailun – ja yleisemminkin sääntelykilpailun – logiikka muuttaa oikeuden yhteiskunnallis-poliittista roolia ja funktiota. Keskeisin muutos on läheisessä yhteydessä jo mainittuun politiikan ja pääoman väliseen suhteeseen vaihdantasuhteena. Tämä vaihdantasuhde lähentää oikeuden roolia kauppatavaran rooliin. Kauppatavaran roolissa vero-oikeus nähdään valtioiden vastikkeena pääoman läsnäolosta valtion verotusvallan alaisuudessa. Kutsuttakoon tätä muutosta oikeuden kommodifikaatioksi. Oikeuden poliittinen käyttö kauppatavarana eroaa periaatteellisesti useista oikeudelle aiemmin kehittyneistä funktioista. Liberaalissa sosiaalisessa järjestelmässä oikeuden tehtävänä oli luoda viitekehys, jonka puitteissa markkinat ja vaihdanta tulevat mahdollisiksi. Sosiaalisessa ja demokraattisessa verovaltiossa oikeuden tehtävänä oli asettaa myös ehdot markkinoiden hyväksyttävyydelle sekä määrätä markkinamekanismin toiminnalliset rajat. Kummassakin tapauksessa oikeudella oli ulkoinen rooli suhteessa markkinoihin, eikä sitä itseään siten ollut mahdollista mieltää markkinoiden tai vaihdannan mekanismin alaiseksi. Voidaan sanoa, että vaihdannan kohteena oikeudella on luonne, joka on vieras sen tyypillisille funktioille. Tässä mielessä sitä voidaan Karl Polanyin käsittein pyrkiä alustavasti hahmottamaan fiktiivisenä tavarana<sup>5</sup>. Polanyi viittasi fiktiivisellä tavaramalla ilmiöihin, jotka mark-

4. Michel Foucault, *The Birth of Biopolitics. Lectures at the Collège de France 1978–1979*. Translated by Graham Burchell. Picador 2004, s. 131. (Sitaatin suomennos JJ.)

5. Karl Polanyi: *Suuri murros. Aikakautemme poliittiset ja taloudelliset juuret [1944]*. Suom. Natasha Vilokinen. Vastapaino 2009.



kinayhteiskunnassa muodostuvat vaihdannan kohteiksi, vaikka ne eivät todellisen luonteensa puolesta olekaan tavaroita. Fiktiiviset tavarat mielletään markkinamekanismin alaiseksi, vaikka niillä on yhteiskunnassa siinä mielessä perustava asema, että ne eivät sovellu markkinoiden logiikkaan. Oikeuden kommodifikaatio on kenties hämärtänyt myös oikeuden luonnetta yhtenä yhteiskunnan perustavana kehysrakenteena. Tätä oikeuden funktion historiallista muutosta myöhempi tutkimukseni pystyy toivottavasti valottamaan enemmän.

### 3. Ylikansallisen vero-oikeuden tulevaisuus ja verokilpailun politiikka

Viimeisen kymmenen vuoden aikana verotuksen kansainvälinen oikeudellinen hallinta on osoittanut merkkejä muutoksesta. Euroopan unionissa ja globaalimassakin mittakaavassa on otettu uudenlaisia askelia ylikansallisen vero-oikeuden uudistamiseksi. Osa näistä pyrinnoista on ehtinyt jo toteutua, osa on pysynyt keskeneräisinä hahmotelmina. Vielä 20 vuotta sitten tällaisten sääntelypyrkimysten ennakoiminen olisi saanut leiman lähinnä poliittisena harhaisuutena, joka kieli kyvyttömyydestä ymmärtää politiikan realiteetteja. Monet uusista kehityskuluista voivat hillitä verokilpailun logiikalle perustuvaa politiikkaa, mikä saattaa osaltaan rakentaa uudelleen vero-oikeuden demokraattista legitimizeettiä. Verotusvallan sääntely ylikansallisella tasolla herättää kuitenkin kysymyksen, vastaavatko ylikansalliset poliittiset menettelyt vaatimukseen verotuksen demokraattisesta oikeutuksesta, ja vastaavatko ne siihen missään sellaisessa mielekkäässä merkityksessä, jossa demokratiavaade kansallisessa kontekstissa on ymmärretty. Tämä pakottaa ajattelemaan ja artikuloimaan uudelleen sitä, mitä demokratia voisi tarkoittaa maailmassa, jossa demokratian mahdollisuudet kansallisella tasolla ovat heikentyneet, mutta sen edellytykset ylikansallisella tasolla eivät ole vielä rakentuneet. Saattaa olla, että poliittinen järki löytää itsensä aporian tilasta, jossa kumpikaan vaihtoehto ei näytä vastaavan ideaalia. Olipa asia miten tahansa, tulevaisuuden kehityssuuntien mielekäs ennakoiminen vaatii huomattavaa enustustaitoa, ja sen harjoittamiseen oikeustieteellinen jatkotutkiminto on antanut vain rajatut valmiudet. Tässä asiassa historia kulkekeon tutkimuksen edellä ja Minervan pöllö malttakoon uteliaisuutensa.

# Ylimpien tuomioistuinten asema ja prejudikaatit oikeusyhteisössä

## Common law v. civil law

Kun Oikeuskulttuurin päivänä saa kunnian alustaa prejudikaateista, on aloitettava oikeuskulttuurien tai oikeusjärjestelmien vakiintuneesta, joskin karkeasta ja yleistävästä, kahtiajaosta säädännäiseen oikeuteen (civil law) ja oikeuskäytäntöön perustuviin järjestelmiin (common law). Kysymys on oikeudellisten instituutioiden kokonaisuudesta ja oikeudellisesta traditiosta.

Common law -järjestelmän ytimenä on stare decisis -doktriini eli tuomioistuimen (vahva oikeudellinen) sidottuus aiempiin ratkaisuihin. Oikeus on pohjimmiltaan tuomioistuinten luomaa oikeutta, ei lainsäätäjän kirjoittamaa oikeutta. Järjestelmien eroa suhteellistaa nykyisin sekä yksityiskohtaisen sääntelyn lisääntyminen common law -maissa (katsokaapa vaikka USA:n liittovaltion ilmansuojelulainsäädäntöä) että esimerkiksi unionioikeus sille ominaisine tulkintamodeeineen ja jäsenvaltiota sitovine ennakkoratkaisuineen. Unionin tuomioistuimen samoin kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja luetaan tuomioistuimissamme tarkoin ja niillä on vahva ennakkopäätösluonteinen merkitys.

## Oikeuslähdeoppi ja ennakkopäätökset

Mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä, kuten Suomessa, oikeuslähdeopin lähtökohtana on, että oikeuskäytäntöä eli edes ylimpien oikeuksien ennakkopäätöksiä ei pidetä vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä. Ennakkopäätökset ovat heikosti velvoittava oikeuslähde samoin kuin lainsäätäjän tarkoitus eli lainvalmisteluaineisto. Kuten oikeusneuvos *Juha Häyhä* Oikeustutkimus 2021 -seminaarissa 13.10.2021 totesi, oikeuskäytäntö on tuomioistuimen arjen toiminnassa selvästi merkittävämpi lähde kuin oikeuskirjallisuus, jota tosin yleensä luonnehditaan (vain) sallituksi oikeuslähteeksi.

\* *Kari Kuusiniemi*, OTT, presidentti, korkein hallinto-oikeus. Kirjoitus perustuu Oikeuskulttuurin päivässä 12.11.2021 pidettyyn esitelmään.

Yhtä kaikki, myös Suomessa korkeimmat oikeudet vakiintuneen käsityksen mukaan antavat ennakkopäätöksiä. Prejudikaatti on tapana määritellä ylimmän asteen ennakkopäätökseksi itse tarkoittamaksi, julkaistuksi ratkaisuksi. Vaikka common law -järjestelmässä tunnustettu vahva oikeudellinen sitovuus ei suomalaisten korkeimpien oikeuksien päätöksiin liity, myös niistä on tunnistettavissa ratkaisun keskeissisältö, vahvistettu oikeussääntö (ratio decidendi), minkä lisäksi päätös saattaa sisältää common law -maiden tapaan lausumia, jotka eivät välittömästi liity ratkaistavaan oikeuskysymykseen mutta joilla saattaa olla tulokinnallista merkitystä jatkossa (obiter dictum).

Prejudikaattivaikutus merkitsee sitä, että päätöksellä on vaikutuksia sillä ratkaistun konkreettisen tapauksen ulkopuolella. Kysymys on vähintään heikosti normatiivisesta vaikutuksesta asian osapuoliin rajautuvien konkreettisten vaikutusten yli. Ennakkopäätöksillä pyritään lainkäytön yhdenmukaisuuteen, tulkintojen harmonisointiin ja ennakoitavuuteen sekä samalla yhdenvertaisuuteen. Ennakkopäätöksillä yhtäältä selkeytetään oikeustilaa mutta toisaalta myös kehitetään oikeutta varsinkin aukkotilanteissa. Vaikka ennakkopäätös ei muodollisesti sido alempia asteita, järjestelmä luonnollisesti perustuu ajatukselle siitä, että ennakkopäätöksiä noudatetaan jatkossa niin asianomaisessa tuomioistuimessa itsessään kuin muissa prejudikaattien kohteissa.

## Valituslupaperusteiden eroista

Korkein oikeus on vuosien myötä kehittynyt prejudikaattituomioistuimeksi. Se on jo nelisenkymmentä vuotta toiminut lähinnä ennakkopäätöstuomioistuintena, jonka tehtävänä on lainsäätäjän toiminnan jatkajana kehittää ja yhdenmukaistaa oikeudellisia tulkintoja.

Lain mukaan korkein oikeus voi myöntää valitusluvan ainoastaan seuraavilla perusteilla (oikeudenkäymiskaari 30:3.1):

- 1) lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeää saattaa asia korkeimman oikeuden ratkaistavaksi
- 2) siihen on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen sellaisen oikeudenkäynti- tai muun virheen takia, jonka perusteella ratkaisu olisi lain mukaan purettava tai poistettava;
- 3) valitusluvan myöntämiselle on muu painava syy.

Korkeimman oikeuden keskeisin tehtävä on sen kotisivujen mukaan antaa ennakkopäätöksiä sellaisista kysymyksistä, joihin laki ei anna selvää vastausta. En-

nakkopäätöksillä annetaan oikeusohjeita tulevien vastaavanlaisten oikeusriitojen varalle ja pyritään varmistamaan, että tuomioistuimet eri puolilla maata tulkitsevat lakia samalla tavalla. Ennakkopäätösperuste on tärkein ja yleisin valitusluvan myöntämisperuste. Purku- ja painava syy -perusteita sovelletaan harvoin. Niillä valituslupa voidaan myöntää lähinnä silloin, kun ilmenee tarvetta oikaista selvästi virheellisiä ratkaisuja. Valituslupahakemusten käsittelemisen yhteydessä ei tutkita sitä, onko juttu ratkaistu oikein, vaan selvitetään, onko hakemuksessa esitetyn perusteella pääteltävissä, että laissa säädetty edellytykset luvan myöntämiseen ovat olemassa.

Korkeimman hallinto-oikeuden rooli on kehittynyt ainoasta hallintotuomioistuimesta lääninoikeuksien itsenäistymisen jälkeen 1989 yleiseksi muutoksenhakutuomioistuimeksi ja lopulta eri vaiheiden myötä valituslupatuomioistuimeksi (näistä vaiheista kirjoitti äskettäin *Janne Aer* artikkelissaan Lääninoikeuksien itsenäistyminen osana liberaalin oikeusvaltion kehitystä. Lakimies 5/2021, s. 719 ss.). Vaikka valtaosa KHO:een sisään tulevista jutuista jo 2010-luvun puolivälistä lukien on ollut valituslupa-asioita, periaatteellinen muutos tapahtui 1.1.2020. Tuosta hetkestä alkaen nimittäin oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain (808/2019, HOL) mukaan hallinto-oikeuden päätöksestä valittaminen korkeimpaan hallinto-oikeuteen edellyttää valituslupaa, jollei laissa erikseen toisin säädetä. Toisin on säädetty esimerkiksi lastensuojelulaissa koskien hallinto-oikeuden ensimmäisenä asteena antamaa lapsen huostaanottoa ja sijaishuoltoa koskevaa päätöstä. Valituslupajärjestelmän kehittymistä ilmentävää perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä ja hallituksen esityksiä on analyttisesti kuvannut professori Veli-Pekka Viljanen artikkelissaan presidentti Pekka Vihervuoren juhla kirjassa (2020, s. 417 ss.) ja äskettäin Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen hallintolainkäytön teemaillalla.

On kuitenkin korostettava, että KHO kyllä on valituslupatuomioistuin, mutta ei pelkästään prejudikaattituomioistuin. HOL 111 §:n 1 momentin mukaan valituslupa on myönnettävä, jos:

- 1) lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeitä saattaa asia korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi;
- 2) asian saattamiseen korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen ilmeisen virheen vuoksi; tai
- 3) valitusluvan myöntämiseen on muu painava syy.

Kaksiasteisessa hallintotuomioistuinrakenteessa on katsottu olevan tarve säilyttää laajemmat valituslupaperusteet ja hallinnon lainalaisuuden valvonta. Keskeinen osa KHO:laista itseymmärrystä on lakiin kirjattu vaatimus velvollisuudesta

myöntää valituslupa, jos jokin kolmesta valituslupaperusteesta on käsillä. Valituslupaperusteet on kirjattu lakiin varsin joustavasti, mutta keskeinen on ajatus siitä, että valituslupa tulee myöntää myös virheperusteella tai painavista syistä, jos niiden arvioidaan olevan käsillä.

Silti KHO on myös ennakkopäätöksiä antava tuomioistuin. Oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain valmistelutyöt osoittavat, että sääntelyn tarkoituksena on nimenomaan vahvistaa KHO:n oikeus- ja hallintokäytäntöä ohjaavaa roolia. Voidaan yleistäen lähteä siitä, että kun KHO antaa ennakkopäätöksen, sen merkitys on verrannollinen KKO:n ennakkopäätöksiin.

## Ennakkopäätösten vaikutuksista eri tilanteissa

Prejudikaateilla on vaikutusta oikeusyhteisössä monissa erityyppisissä tilanteissa. Ensinnäkin ylimmän tuomioistuimen ennakkopäätöksellä on vaikutusta tuossa tuomioistuimessa itsessään. Ylimmän tuomioistuimen päätöksellä saattaa toiseksi olla vaikutusta toisessa ylimmässä tuomioistuimessa. Kolmanneksi ja prejudikaattivaikutuksen kannalta tyypillisimmin, ennakkopäätös vaikuttaa alempiin tuomioistuihin sekä yleisesti että varsinkin palautetussa asiassa konkreettisesti. Neljänneksi ennakkopäätös vaikuttaa viranomaisten toimintaan niiden tehdessä ratkaisujaan. Viidenneksi ennakkopäätökset vaikuttavat laajasti oikeusyhteisön arkisessa toiminnassa. Kysymys voi olla vaikutuksista yksityisoikeudellisiin transaktioihin, luvanhakijoiden toimintaan, asianajajien ja muiden oikeudellisten avustajien neuvoihin sekä välillisemmin yhteiskuntamoraaliin, oikeudenmukaisuusideaaliin ja oikeusvaltion toimintaan kohdistuvaan luottamukseen.

Ennakkopäätösten vaikutusta jäsenettäessä voidaan aloittaa prejudikaatin merkityksestä ylimmässä tuomioistuimessa itsessään. Korkeimmissa oikeuksissa on lakiin tai vakiintuneeseen käytäntöön perustuen lähtökohtana, että prejudikaatista poikkeaminen edellyttää asian käsittelemistä laajemmassa kokoonpanossa. Tuomioistuimen linjan jatkuvuutta pidetään yllä siten, että linjan muutokset edellyttävät laajempaa punnintaa. Presidentti *Tatu Leppänen* on käsitellyt tätä kysymystä *Lakimies-lehdessä* (Korkeimman oikeuden vahvennetun kokoonpanon ratkaisusta. *Lakimies* 7–8/2020, s. 1221 ss.).

Yhtenä konkreettisenä esimerkkinä mainitsen Suomen kannabisyhdistys ry:n rekisteröimistä koskevan ratkaisun KHO 2014:1. Asia vietiin ratkaistavaksi koko jaoston istunnossa, koska KHO oli kaksikymmentä vuotta aikaisemmin hylännyt vastaavaa hakemusta koskevan muutoksenhaun (KHO 1994 A 8).

Ylimpien tuomioistuinten ratkaisut voivat vaikuttaa myös ristiin, toiseen ylimpään tuomioistuimeen. Mainitsen esimerkkinä velvollisuuden käyttää lainoppinutta avustajaa purkuhakemuksissa. Korkeinta hallinto-oikeutta tämä

vaatimus tuli koskemaan oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain tultua voimaan 1.1.2020, mutta korkeinta oikeutta koskeva oikeudenkäymiskaaren samansisältöinen säännös oli voimassa aiemmin. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa tuli ratkaistavaksi, koskiko vaatimus lainoppineesta avustajasta myös asianajajaa, joka haki purkua omaan verotukseensa (KHO 2021:119). Korkein oikeus oli aiemmin antanut ennakkopäätöksen KKO 2014:77, jossa äänin 3–2 velvollisuuden avustajan käyttämiseen katsottiin koskevan myös asianajajaa omassa asiassaan. KHO päätyi asiassa samaan lopputulokseen ja viittaisi perusteluissaan korkeimman oikeuden ratkaisuun.

Tilanteesta, jossa korkein oikeus ja korkein hallinto-oikeus ovat päätyneet erilaisiin lopputuloksiin samankaltaisessa oikeuskysymyksessä, on usein mainittu esimerkkinä ratkaisut KKO 2010:12 ja KHO 8.7.2011 taltionumero 1996. Ratkaisut koskivat tavaramerkkiä Ingmariini, KKO:ssa tavaramerkin loukkausta ja KHO:ssa sen rekisteröintiä. Erilaiselle tulkinnalle on kuitenkin ilmeinen selitys: korkeimman oikeuden ratkaisun jälkeen unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö tavaramerkkien sekoitettavuudesta oli kehittynyt, ja KHO tukeutui tähän uuteen tulkintaan. Sovellettavan normiston erilaisuus taas voi legitimoimista johtaa erilaisiin arvioihin erilaisissa asioissa, vaikka tunnusmerkistö olisikin samankaltainen (esimerkiksi rikosoikeudellisen arvioinnin vaikutus tulliasiassa, virkasuhteen irtisanomisasiassa tai aseluvan peruuttamisasiassa). Se, että tuomitsemiskynnys ei ole ylittynyt, ei välttämättä tarkoita, ettei laittomasta tuonnista voitaisi määrätä maahantuontiveroa, virkasuhdetta irtisanoa tai aselupaa peruuttaa, mutta joskus rikostuomiolla voi sellaisenaan olla vaikutus hallintoprosessissa (esimerkiksi edellytyksenä ulkomaalaisen karkottamiselle).

KKO:n ratkaisut ohjaavat alempien tuomioistuinten ratkaisuja. Tästä tyyppitilanteesta esimerkkejä ei edes kaivattane. KHO puolestaan ohjaa ennakkopäätöksillään sekä alempia hallintotuomioistuimia että hallintoviranomaisia niiden tehdessä lakiin perustuen päätöksiään. Pohdittaessa prejudikaattien vaikutusta on pidettävä mielessä se, että hallinnolliseen päätöksentekoon sisältyy aina harkintavaltaa tai ainakin harkintamarginaalia. Tuomioistuimen ratkaisu ei välttämättä tai useinkaan tyhjennä tuota marginaalia niin, että prejudikaatinkaan perusteella vain yksi ratkaisu olisi oikeudellisesti mahdollinen, lainmukainen. Tästä mainitsen vain yhden esimerkin. Tapauksessa KHO 2020:45 korkein hallinto-oikeus totesi muun ohella, että kuvaohjelman ikäräjaluokittelua koskevan hallintopäätöksen lainmukaisuuteen kohdistuvan tuomioistuinvalvonnan ala rajautui ensi sijassa sen arviointiin, että ensi asteen viranomaisen ja valitusvaiheen muutoksenhaku-elimen päätökset perustuvat virheettömään menettelyyn, oikeisiin tosiseikkoihin ja säännöksiin sekä asiaa koskevien säännösten mahdollistaman harkinnan asianmukaiseen suorittamiseen edellä todetun harkintamarginaalin rajoissa ja myös hallinnon yleisten oikeusperiaatteiden mukaisesti. Tilanne on lähtökohdiltaan toinen kuin vaikkapa rangaistuksen mittaamisessa yleisissä tuomioistuimissa (olen käsitellyt tätä aihepiiriä laajemmin kirjoituksessani Hal-

lintoviranomaisen ja tuomioistuimen roolit – harkintavalta, erityisasiantuntemus, valituslupajärjestelmä. Juhlajulkaisu Pekka Vihervuori 2020, s. 187 ss.).

Myös korkeimman oikeuden prejudikaatit vaikuttavat viranomaisten toimintaan. Vain yksi esimerkki: Digi- ja väestötietoviraston tulee avioehtosopimusta rekisteröidessään ottaa huomioon tuollaisen sopimuksen muotoa (ks. esim. KKO 2021:28) ja sisältöä koskeva oikeuskäytäntö samoin kuin sopimuksen mahdollista rekisteröimisaikaa koskeva oikeuskäytäntö. Samoin ennakkopäätökset vaikuttavat välillisesti esimerkiksi siviilioikeudellisiin transaktioihin: vaikkapa avioehtosopimusta koskevat ennakkopäätökset vaikuttavat siihen, millaisia sopimuksia käytännön oikeuselämässä tehdään.

Prejudikaateilla on myös erilaisia yleisempiä ja laaja-alaisempia vaikutuksia oikeusyhteisön arkisessa toiminnassa, hienommin sanoen yhteiskunnallisessa faktisiteetissa. Oikeudellinen avustaja osaa kertoa päämiehelleen, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan asiaa ei kannata viedä tuomioistuimeen (esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden käytäntö huomioon ottaen kaivoslain mukaisesta varausilmoituspäätöksestä ei maanomistajilla tai ympäristöjärjestöillä ole valitusoikeutta, KHO 2021:145, tai että tietyssä asetelmassa ei ole esteellisyyttä tai tapahtunut kuulemisvirhettä). Näin säästyään turhilta prosessilta ja kustannuksilta. Samoin vanhan vesilain (264/1961) 2:5:n ehdottomalla luvan myöntämisesteellä (ympäristönsuojeluedellytys) katsottiin olevan eräänlainen pelotevaikutus: vaikka pykälä ei KHO:ssa ennen Vuotos-tapausta (KHO 2002:86) ollut koskaan johtanut luvan epäämiseen, sen soveltamiskäytännön katsottiin ehkäisevän ennalta massiivisia ympäristö- ym. vaikutuksia aiheuttavia hankkeita, joihin ei lupaa kannattanut edes hakea.

Ennakkopäätösten voidaan niin ikään välillisemmin vaikuttavan yhteiskuntamoraaliin, oikeudenmukaisuusideaaliin ja oikeusvaltion toimintaan kohdistuvaan luottamukseen. Esimerkiksi asiakirjojen julkisuutta, sananvapautta ja muita perusoikeuksien suojaan liittyviä kysymyksiä koskevat ratkaisut saattavat parhaassa tapauksessa lujittaa luottamusta tuomioistuimiin. Mediakeskustelusta päätellen esimerkiksi tuoreella ratkaisulla, joka koski sitä, kuuluiko oikeuskanslerin ja ministerin viestinvaihto julkisuuslain piiriin, voidaan ajatella olevan tällaisia vaikutuksia (KHO 2021:152). Prejudikaattivaikutuksen kannalta voidaan havaita, että tässä ratkaisussa, jolla hallinto-oikeuden päätöksen lopputulos pysytettiin, linjattiin alemman asteen kannasta poiketen, että oikeuskanslerin ja ministerin välisen viestinvaihdon ei katsottu olleen viranomaisen sisäistä toimintaa. Myöskään tällä perusteella kysymys ei ollut julkisuuslain 5 §:n 4 momentissa tarkoitetuista, mainitun lain soveltamisalan ulkopuolelle jääneistä asiakirjoista.

Prejudikaattien kautta ylimpien oikeuksien tulkinnat vaikuttavat alempiin tuomioistuihin, viranomaisiin ja oikeusyhteisöön. Vaikka prejudikaateilla ei muodollisesti ottaen ole vahvasti velvoittavan oikeuslähteen asemaa, niitä noudatetaan laajasti alemmissa asteissa. Muu tulos olisi koko muutoksenhakujärjestelmän tarkoituksen kannalta järjetön. Tietenkin on kosolti tilanteita, joissa preju-

dikaatin ja myöhemmin ratkaistavan tapauksen välillä ei ole isomorfiatilannetta, vaan ratkaisu joudutaan tekemään esimerkiksi unionioikeutta, perustuslakia ja lakia soveltaan prejudikaatin ja tapauksen tosiseikkojen perusteella. Näennäisesti toinen lopputulos kuin prejudikaatissa voi olla seurausta ratkaistavan tapauksen erilaisuudesta verrattuna prejudikaattiin (*distinguishing*) tai tarpeesta korjata aiempaa tulkintaa (*overruling*). Viimeksi mainittu voi perustua vaikkapa juuri unionioikeuden tai ihmisoikeussopimusten tulkintoihin tai perusoikeussääntelyn muutoksiin tai uuteen tulkintaan taikka muutoksiin yhteiskunnallisessa todellisuudessa, arvoissa jne.

## Erityyppisistä ennakkopäätöksistä ja niiden vaikutuksista

Erityyppisillä ennakkopäätöksillä on erilaisia vaikutuksia. Esimerkiksi ympäristöoikeudellisessa doktriinissa on keskusteltu siitä, että kyseisellä oikeudenalalla ensinkään prejudikaatteja. Tähän lienee vastattava niin, että aineellisen sääntelyn tulkintaan liittyvät ennakkopäätökset ovat tyypillisesti periaateprejudikaatteja, joilla osoitetaan punninnassa relevantit tekijät ja ehkä valotetaan niiden painoarvoa. Usein tämänyyppisissä ratkaisuisa tosiseikkojen tai asiassa saadun selvityksen sekä asian olosuhteiden vaikutus käy yli juridiikan (vaikkapa ratkaisu, jossa otetaan kantaa siihen, onko asemakaavan vaikutuksia selvitetty maankäyttö- ja rakennuslain 9 §:n mukaan riittävästi; esimerkkinä vaikkapa KHO 2021:60). Vastaavia esimerkkejä löytyy muiltakin oikeudenoilta. Ajatellaanpa vaikkapa ampuma-aseen hallussapitoluvan peruuttamista avustuspetoksen vuoksi koskevaa tapausta KHO 2021:116 (ään. 3–2). Asiassa sovellettavana ollut joustava sopimattomuuskriteeri johti kokoonpanon tuomarit eri lopputuloksiin heidän painotettuaan kokonaispunninnassa eri näkökohtia.

Yleisten tuomioistuinten puolella erotellaan joskus deklaratoriset ja demonstratiiviset prejudikaatit: edellisissä julistetaan oikeussääntö, jälkimmäisissä poimitaan seikkoja, joilla merkitystä ratkaistaessa vastaavanlaisia tapauksia. Edellä mainitun tyyppisestä prejudikaatista oli kysymys asiassa KKO 2021:73 (ään. 4–1): Asianomistajana ollut vastaajan avopuoliso, jolla ei ollut asiassa vaatimuksia, oli kieltäytynyt todistamasta pahoinpitelyä koskevassa asiassa. Todistajien kertomuksia siitä, mitä he olivat kuulleet asianomistajan kertovan alustavassa puhuttelussa poliisille, ei sallittu hyödyntää näyttönä. Tämä oikeussäännön omainen tulkintatuloks on otettava jatkossa huomioon oikeudenkäynneissä eri tuomioistuimissa. Punnintaprejudikaatin tai demonstratiivisen prejudikaatin piirteitä on vaikkapa rangaistuksen määräämistä ja mittaamista koskevissa ennakkopäätöksissä. Esimerkiksi tuoreessa huumausainerikosta koskevassa tapauksessa KKO 2021:81 lähdettiin liikkeelle ensin rangaistuksen määräämistä



koskevasta sääntelystä ja sitten mitattiin rangaistus kyseisen asian olosuhteissa eri näkökohtien merkityksellisyyttä arvioiden, myös korkeimman oikeuden aiempaan käytäntöön viitaten.

Kaikilla oikeudenaloilla on myös sääntöprejudikaatteja tai deklaratorisia prejudikaatteja. Jos korkein hallinto-oikeus ennakkopäätöksellään vaikkapa ratkaisee kysymyksen tietynlaisen yhteisön, viranomaisen tai muun tahon muutoksenhakuoikeudesta, tuo sääntö otetaan huomioon hallinto-oikeuden käsitellessä vastaavaa muutoksenhakua myöhemmässä tapauksessa. Välttömästi vaikutus voi kulminoitua siihen, että kumotessaan hallinto-oikeuden päätöksen, jolla valitus on jätetty tutkimatta, KHO palauttaa asian hallinto-oikeudelle uudelleen käsiteltäväksi. Varsinkaan tuolloin ei ole ajateltavissa, että hallinto-oikeus jättäisi valituksen uudelleen tutkimatta samalla perusteella tai muulla perusteella, joka KHO:n päätöksessä on suljettu pois (ks. esim. KHO 2021:103). Jos taas ratkaisu sisältää periaatteellisen kannanoton muutoksenhakuoikeuteen, myöhemmässä ratkaisussa voi edelleen tulla tutkittavaksi ja tulkittavaksi se, onko muutoksenhakija kyseisenlainen yhteisö.

Tapauksessa KHO 2021:97 oli kysymys oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annettuun lakiin aiemmasta hallintolainkäyttölaista poiketen sisällytetyin purkupuhevaltaa koskevan säännöksen (HOL 118 §:n 2 mom.) tulkinnasta. Momentin mukaan puhevalta kuuluu asianosaisille. Lain esitöihin tukeutuen KHO tulkitsi, että purkupuhevalta maankäyttö- ja rakennuslain mukaisessa suunnittelutarveratkaisua koskevassa asiassa kyseisestä lainmuutoksesta huolimatta määräytyi samankaltaisin, pelkkä asianosaisuutta laajemmin perustein kuin aiemminkin eli oikeus hakea purkua kuului MRL 193 §:ssä säädetyille tahoille. Tässä asiassa kuivatusyhtiöllä ei kuitenkaan ollut puhevaltaa.

## Yhteenvedo

Yhteenvedonomaaisesti voidaan todeta, että muutoksenhakujärjestelmä ja oikeusastehierarkia perustuvat ajatukselle, että ylimpien tuomioistuinten ratkaisuja noudatetaan. Vielä selkeämmin tämä luonnollisesti koskee (palautus)ratkaisua samassa prosessissa, mutta prejudikaattien seuraamiseen yleisesti on vahvoja käytännöllisiä perusteita. Heikko velvoittavuus ei ehkä hyvin kuvaa tosiasiallista tilannetta, sillä poikkeaminen ennakkopäätöksistä on mahdollista myös common law:ssa. Erityisesti uudet Eurooppa-tuomioistuinten ratkaisut voivat antaa aiheen poiketa aiemmista ennakkopäätöksistä. Tunnetuin esimerkki lienee Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen Zolotukhin-ratkaisusta käynnistynyt ne bis in idem -saaga, jonka seurauksena hallinnollisen veronkorotuksen ja veropetos-

tuomion väliset suhteet muuttuivat perustavasti; sittemmin lakiakin muutettiin ja myöhemmin vielä Euroopan ihmisoikeustuomioistuinkin tarkensi linjaansa!

Myös muut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut samoin kuin unionin tuomioistuimen tuomiot ovat voineet johtaa aiemmasta oikeuskäytännöstä poikkeaviin ratkaisuihin jopa ylimääräisen muutoksenhaun kautta (esimerkkinä tässä vain isyyslakia koskenut täysistuntoratkaisu KKO 2015:97, jossa purkamisen perusteena oli ihmisoikeustuomioistuimen tuomio, ja väliyhteisötulon verotusta koskenut KHO 2011:38, jossa purkamisen perusteena oli unionin tuomioistuimen uusi ennakkoratkaisu).

Suomen laissa ei varsinaisesti tunnusteta eikä tunnisteta sitovaa prejudikaattivaikutusta. Prejudikaattivaikutukseen liittyy vallanjaollinen ja tuomioistuinten asteelliseen riippumattomuuteen liittyvä näkökulma. Riippumaton tuomioistuin tietenkin voi ilman virkasyytettä ja rangaistuksen uhkaa ratkaista asian ennakkopäätöksestä poiketen. Oikeusteoreettisessa doktriinissa edellytetään kuitenkin alemmalta asteelta perusteluvastuuta ennakkopäätöksestä poikettaessa. Usein ei olekaan kysymys sääntöprejudikaatin uhmaamisesta, vaan tapauksen olosuhteisiin kiinnittyvästä distinktioinnista. Ennakkopäätökset ja niiden seuraaminen palvelevat ennakoitavuutta, yhdenmukaisuutta ja yhdenvertaisuutta. Tämä ajattelumalli on hyödyllinen oikeudenmukaisuuden ideaalille, yhteiskunnan toiminnalle ja oikeusvaltiota kohtaan tunnettavalle luottamukselle.

# Lainkäyttö ja oikeudenmukaisuus Aulis Aarnion historiallisessa romaanissa

## 1. Johdanto

Muutamia vuosia sitten hyvin tuntemani belgialainen kollegani tokaisi, että ”Kyllä teillä suomalaisilla on sitten kumma käsitys siitä, mitä tarkoitetaan Law & Literature suuntauksella.” Lausuma vaikutti kryptiseltä, enkä oikein ymmärtänyt mitä hän tarkoitti. Kysyessäni asiasta hän mainitsi eräiden suomalaisten oikeusteoreetikoiden ryhtyneen ihka oikeiksi kirjailijoiksi. Hän tarkoitti *Aulis Aarniota* ja *Jarkko Tonttia*.<sup>1</sup> Näistä kahdesta suurelle yleisölle tutumpi lienee Tontti, joka ryhtyi kirjallisellet uralle paljon aikaisemmassa vaiheessa akateemista uraansa kuin Aarnio, joka on edelleen erityisen hyvin tunnettu oikeustieteilijöiden keskuudessa. Tontti tunnetaan ennen kaikkea kirjailijana. Aarnion kirjailijanura on painottunut vuosiin hänen virallisen eläköitymisensä jälkeen, mutta sen alku voidaan kyllä jäljittää jo vuosikymmenten taakse. Etevä kirjoittaja Aarnio on aina ollut, kuten kaikki hänen tekstejään lukeneet muistavat. Hyvin kuitenkin tiedetään, ettei etevästäkään kirjoittajasta aina tule kirjailijaa.<sup>2</sup>

Tässä kirjoituksessa käsitellään sitä, miten Aarnion oikeusteoreetikko ja juristinä näkyvät hänen tuoreessa ei-oikeustieteellisessä kirjoittamisessaan. Hänen kirjallinen tuotantonsa on erittäin laaja ja siihen kuuluu muun muassa lainoppia, oikeusteoriaa ja kaunokirjallisuutta. Näiden lisäksi hän on kirjoittanut näytelmiä ja kolumneja sekä monenlaista muutakin. Suomalaiselle oikeustieteen yhteisölle hänen tunnetuimmat kirjansa ovat monen juristisukupolven käsissä kuluneet *Mitä lainoppi on* (1978), *Oikeussäännösten tulkinnasta* (1982) ja *Laintulkinnan teoria* (1989). Näitä täydentää *Tulkinnan taito* (2006), joka on ehkä jäänyt vähän

\* Jaakko Husa, HTT, professori, Helsingin yliopisto. Kiitän Juha Raitiota kommenteista.

1. Kollega tarkoitti nimenomaan oikeusteoreetikoita, joista hän oli tietoinen oman tuotantonsa kautta. Muiden oikeustieteen alojen osalta voidaan mainita esimerkiksi Antero Jyränki, joka kirjoitti muistelmateoksia sekä historiallisia tietokirjoja. Erkki Aurejärvi koetti muutama vuosi sitten siipiään dekkarikirjailijana, mutta on julkaissut myös muistelmateoksen. Lars D. Eriksson on puolestaan näyttänyt kirjallista puoltaan erityisesti runouden alalla. Juristien suhteesta kirjallisuuteen ja kirjastoihin laveammin ks. Toni Malminen ja Sakari Wuolijoki (toim.), *Oikeus, kirjastot ja kulttuuri*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2019.
2. Esipuheessa Aarnion 60-vuotis juhlakirjassa Heinonen piti romaanikirjailijan uraa yllätyksenä, vaikka oikein ennakoikin että ”romaanikirjailija tuottaa vastaisuudessakin iloa lukijoilleen”, Olavi Heinonen, *Tase* keväällä 1997. *Oikeustiede–Jurisprudentia* XXX:1997. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1997, s. 11–12.

vieraammaksi kuin aiemmat kirjat, joista erityisesti Laintulkinnan teoriaa on lupa pitää yleisen oikeustieteen klassikkona. Luetuin oikeusteoreettinen kirja Suomessa se luultavasti on, vaikka onkin ajan kuluessa jäänyt ymmärrettävistä syistä taka-alalle. Lainopin puolelta klassikkoaseman on saavuttanut yhdessä *Urpo Kankaan* kanssa kirjoitettu Suomen jäämistöoikeus I & II, joista on otettu useita uudistettuja painoksia. Aarnion uraa ja elämää valottavat parhaiten omaelämäkerralliset kirjat *Vastahankaan* (2006) ja *Oikeutta etsimässä* (2014).

Kaunokirjallisuuden puolelta voidaan mainita erityisesti teokset *Kostian pappi* (1992), *Kettu ja leijona* (1995), ja *Johannes Richterin erehdys* (1998). Näitä täydentävät teokset *Surullinen humoristi* (2003), *Taivaanrannan maalari* (2007), *Herra Himmelsraumin päiväkirja* (2013) ja *Väsynyt vaeltaja* (2019). Oma tarinaansa kertoo, etteivät tässä mainitut kirjat muodosta suinkaan tyhjentävää luetteloa. Jonkinlaisen yleisnäkömän ne antavat siitä, millainen kirjallinen profiili Aarniolla Suomessa on. Oma lukunsa ovat tietenkin runsaslukuiset kansainväliset oikeusteoreettiset julkaisut, joista tunnetuin – ehkä sisällöltään Aarnion oikeusajattelua kuvaavin – on *The Rational as Reasonable* (1987), joka on käännetty myös muille kielille. Oikeustieteellisten artikkelien määrää on tässä edes turha ryhtyä sen kummemmin selostamaan, koska sen verran mittava se on.

Tässä kirjoituksessa analysoidaan Aarnion uusimpaan kaunokirjalliseen teokseen *Viiltävät muistot* (2021) sisään kirjoitettua oikeusajattelua sekä siihen liittyvää yhteiskuntateoreettista näkemystä.<sup>3</sup> Tarkoituksena on valaista sitä, miten kirjallisuuden keinoin voi käsitellä syvällisesti oikeusteoreettisia teemoja ilman, että lukija tyrmätään akateemisilla koukeroilla ja loppumattomien alavii-  
tepatereiden selkänöjan tuella. Käsitelytapa tässä tekstissä perustuu siihen, että kaunokirjallisuudessa on mahdollista käsitellä myös oikeustieteellisiä teemoja tavalla, joka on parhaimmillaan sekä hyvää kaunokirjallisuutta että erinomaista analyysiä oikeudesta.<sup>4</sup> Huomautettakoon vielä, ettei tämä kirjoitus ole oikeusteoreettinen läpileikkaus, arvio tahi kokonaisanalyysi Aarnion oikeusajattelusta. Tarkastelu perustuu ennen kaikkea viimeisimpään kaunokirjalliseen teokseen, vähälukuiset viittaukset muuhun tuotantoon tukevat tarkastelua.

3. Aulis Aarnio, *Viiltävät muistot* – Kertomus ihmisistä Suomen syntyessä. Warelia 2021.

4. Näkemyksestä tarkemmin ks. Jaakko Husa, *Comparative law, literature and imagination: Transplanting law into works of fiction*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2021, s. 371–389.

## 2. Epäoikeudenmukainen tuomio

Viiltävät muistot keskittyy vuoden 1918 sisällissotaan ja sitä välittömästi seuraavaan viidentoista vuoden ajanjaksoon. Teksti on tyyli-iljiltaan historiallista kaunokirjallisuutta. Kansakunnan kohtalokkaita tapahtumakulkuja seurataan tavallisten ihmisten perspektiivistä. Tässä teoksen näkökulma on mikrohistoriallinen vähään samaan tapaan kuin mitä ruotsalainen *Peter Englund* on käyttänyt kehuissa sotahistoriallisissa teoksissaan Pultava (suomennettu 1989) ja Suuren sodan vuodet (suomennettu 1996). Lähestymistapa tuo tapahtumiin paitsi elävyyttä, niin myös tekee lukijasta tapahtumien myötäeläjän.<sup>5</sup>

Vaikka lukija ehkä odottaisi Aarniolta professorimaista oppimestarimaisuutta ihmisten ja tapahtumien kuvaamisessa, niin teksti on aidosti vangitsevaa. Tarina elää. Etenkin Tampereen taisteluja kuvatessaan teos on tunteita herättävää kirjallisuutta, josta oppimestarimaisuus on kaukana. Kirjailija Aarnio on ratkaisevalla tavalla erilainen kynänkäyttaja ja kertoja kuin professori Aarnio. Viiltävät muistot on komea osoitus siitä, kuinka juristiprofessori jätetään taka-alalle kirjoittajaminän varjoon, muttei silti kokonaan unohdeta.

Kerronnan keskushahmo on räätälimestari Wilenius, jonka kautta kerrotaan tarinaa väen jakautumisesta kahteen leiriin ja sitä seuranneeseen väkivallan sekä murhaamisen kierteeseen. Aarnio ei asetu kirjassaan kummallekaan puolelle, vaan kuvaa ymmärtäväisesti ja tuomitsematta eri leireihin päätyneiden ihmisten tunteja ja kokemuksia. Wileniuksen keskushahmon kautta kerrotaan suuresta joukosta maltillisia suomalaisia, joka jää ääripäiden väliin. Kaikki tämä kerrotaan lukijalle uskottavasti ja tavalla, jota voinee parhaiten kuvata sanalla myötäelävä. Epävarmuus ja sattuma ohjaavat kohtaloita enemmän kuin varmuus tai aatteen puhdasoppisuus. Itse asiassa lukijalle välittyy kuva siitä, että kirjoittaja säälii puhdasoppisuuteensa käpertyneitä ihmisiä, jotka eivät pysty sovintoon ja kompromisseihin. Tässä lukija näkee Aarnion pohjoismaisen ajatteluperinteen osana; on osattava tehdä kompromisseja, jotta edes jotain saadaan aikaan.

Maltillinen ja aseesta kieltäytyvä Wilenius selviää vuoden 1918 koettelemuksista hengissä, muttei vailla kolhuja. Epäoikeudenmukainen tuomio, joka vie räätälimestarin Tammissaaren punavankileirin ankariin oloihin, varjostaa myöhempää elämää. Wilenius kantaa kaunaa sekä oman tuomionsa että muiden sisällissodan jälkiselvittelyjen vääryyksien vuoksi. Juristilukijan kannalta juuri tuo koettu epäoikeudenmukaisuus tuo teokseen mukaan kantavan oikeuden-

5. Aarnio on aiemminkin korostanut mikrohistoriallisen lähestymistavan tärkeyttä. Lähestymistavan ytimessä on ajatus siitä, että ”Pienet ihmiskohtalot muotoutuvat valtaväyliltä syrjässä”, Aulis Aarnio, *Vastahankaan – Muistikuvia*. Siltala 2009, s. 21 (samalta sivulta ilmenee myös ajatus mikrohistorian tuoneen tarinan kerronnan historialliseen kirjallisuuteen; erikseen mainitaan Le Roy Ladurie, Ginzburg ja Levi).

mukaisuuden teeman. Kirjassa kuvataan, miten laillisuus ja oikeus laimennetaan vuonna 1918 ohueksi savuverhoksi, jonka takana rehottavat mielivalta ja puolueellinen lainkäyttö. Oikeuden naamion takana, syystäkin katkeroitunut, Wilenius vaistoa vallanpyyteiden ja halujen sekä ahneuden silmät. Ennen kuin myöhemmät tapahtumat mahdollistavat anteeksiantamisen ja sovituksen, on räätälimestarin näkemys oikeudesta ja lainkäytöstä armoton:

”Miten seitinohut voikaan olla oikeuden ja laillisuuden kuori. Ulkoapäin katsoen se toki voi olla tyylikäs kuin kimmeltävä silkki tai satiini, mutta tarvitaan vain kevyt vetäisy ja oikeudenkin naamion takaa kurkistavat vääryyden kasvat.”<sup>6</sup>

Näkemyksen taustalla on kokemus yhteiskunnallisesta eriarvoisuudesta ja valtarakenteista, jotka eriarvoisuutta ylläpitävät. Wileniuksen kokemus kertoo, että tuomarit eivät suinkaan ole puolueettomia vaan asettavat ammattitaitonsa vallan palvelukseen. Kirjoitettu lainsäädäntö antaa tuomareille ei pelkästään ratkaisuperusteita, vaan myös jotain minkä taakse suojautua tukalassa paikassa.

”Ja valtaa pitävät antavat niin monin ja sekavin sanoin määräyksiä, kuinka lakeja on noudatettava, etteivät ihmiset enää tiedä, mikä on oikein ja mikä väärin. Ja tuomarit voivat helpottuneina sanoa, että se on oikein, mikä on lakeihin kirjoitettu. Se on aina ollut ja on aina oleva tuomareiden pelastus.”<sup>7</sup>

Lainkäytön ja tuomarien tehtävän pulmallisuus ja moraalinen jännitteisyys poikkeuksellisissa oloissa tuodaan esiin kirjan toisen keskeisen hahmon kautta. Tuomari Strömforsin kautta kirja avaa uuden perspektiivin Wileniuksen näkökulman rinnalle, tuoden esiin oikeamielisyyden ja ulkoisten paineiden puristuksessa toimivan juristin. Kuten Wilenius niin myös Strömfors piirtyy kirjassa esiin oikeana ihmisenä, eikä minään pakotettuna kirjallisena sätkyukkona, jonka välityksellä kirjoittaja julistaisi omaa näkemystään oikeudesta ja oikeudenmukaisuudesta. Kirjan päähenkilöt ovat inhimillisiä olentoja, puutteineen ja kaikkineen. Sama koskee taiten kirjoitettuja sivuhahmojakin, joita ei tässä tekstissä kuitenkaan käsitellä.

### 3. Tuomari pinteessä

Assessori Strömfors esitellään lukijalle tilanteessa, joka saa hänet paitsi kirjaimellisesti hikoilemaan niin myös tunnontuskissaan kärvistelemään. Strömfors on

6. Aarnio 2021, s. 18–19.

7. Aarnio 2021, s. 19.

tuomarinuransa pahimmassa tilanteessa, puun ja kuoren välissä. Hän perehtyy käsillä oleviin tapauksiin, jotka koskevat kaikki valkoisen oikeuden jakamista punavangeille kesällä 1918. Strömfors on yhteiskuntanäkemykseltään valkoisen Suomen joukoissa. Hän uskoo olevansa historian oikealla puolella. Moraalinen ja juridinen dilemma on kuitenkin siinä, ettei hän ole sokean kostonhimon vallassa. Strömfors luovii horjuvan tuomarinetiikkansa ja ympäristön asettamien ankaraa ja summaarisesti kostavaa lainkäyttöä haluavien paineiden välissä.

Aarnio pistää asessorinsa kunnan pinteeseen. Strömfors ei oikein kykene edes kunnolla nukkumaan, saati mieleltään rauhoittumaan. Hän hakee johtoa suomalaisesta rikosoikeusopista ja antiikin filosofiasta, muttei oikein tunnu saavan mistään kaipaamansa selkänöjää ratkaisutoiminnalleen. Tuomarina Strömfors kokee vastuun ihmishengistä niin raskaaksi kantaa, että rauhattomuus ja epäily estävät häntä kallistumasta kostavan lainkäytön puolelle. Samaan tapaan kuin Wilenius, Strömforskaan ei ole äärilaidan mies eikä siksi ole hanakka ääritekoihin edes lain ja oikeuden suoman arvovallan turvin. Kirjan oikeudenmukaisuuteen ja lainkäyttöön kiteytyvä ydinteema piirretään esiin, kun Strömforsin tuomittavaksi päätyy räätälimestari Wilenius.

Strömfors haluaa tuomita Wileniuksen paitsi lain kirjaimen mukaan myös niin, että tuomio on oikea. Pulma on siinä, että todisteet langettavaan tuomioon ovat huterat ja kiireessä kasaan huitaistu. Lukija tietää, ettei Wilenius ollut tarttunut aseeseen. Lukijalle on selvää, että räätälimestari toimi työväenliikkeen piirissä väkeä rauhoitellen ja pahimpien kuumakallejen kiihkoa jarruttaen. Todisteisiin perehtyessään asessori myös käsittää tosiasioiden oikean laidan, muttei empivänä ja varovaisena lainkäyttäjänä oikein löydä moraalin ja ulkoisen paineen kestävää ulospäisyä.

”Tätä tosiasiaa sinä pakenet asessori Ruben H. Strömfors. Pakenet sitä, vaikka se on oikeamielisen tuomarin loukkaamaton ohjenuora. Sinä yrität Wileniuksen asiassa rimpuilla irti oikeudenmukaisuuden vaatimuksesta siitä huolimatta, että toistelet muissa yhteyksissä Olavus Petrin sanoja: *Mikä ei ole oikeus ja kohtuus...*”<sup>8</sup>

Lukija voi päätellä, että punavankien tuomitseminen ja siihen liittyvät lainkäytölliset ylilyönnit ovat miltei murtaneet Strömforsin lainkäyttäjän selkärangan. Pakeneminen rutiineihin ei auta, sillä asessorin odotetaan osallistuvan rinta rottingilla Suomen puhdistamiseen rosvoista ja huligaaneista. Ulkoinen paine on kova. Pyytämättä tullut määräyskirja valtiorikosoikeuden tuomariksi ajaa Strömforsin lopulta kompromissiin.<sup>9</sup> Kompromissin löytämistä ei auta Sokrates

8. Aarnio 2021, s. 228.

9. Juristien saaminen mukaan valkoiseen lainkäyttöön oli ratkaistu 29. toukokuuta 1918 valtiorikosoikeuksista annetun lain avulla. Käsillä oli n. 75 000 juttua, tuomioistuimia asetettiin 145. Kokoonpano oli kaksi juristia, kaksi maallikkoa ja sotilasjäsen. Ks. Antero Jyränki, *Kansa kahtia, henki halpaa – Oikeus sisällissodan Suomessa*. Art House 2014, s. 178–183.

tai mikään muukaan ulkoinen opinkappale, vaan pikemminkin se, että asessori löytää itsestään ratkaisevalla hetkellä tuomarin. Tämä tuomari ei ole mikään *Dworkinin* kuvitteellinen supertuomari Herkules, vaan oman riittämättömyytensä kanssa painiskeleva ihminen: ”Minun on tehtävä ratkaisu itse, ihan itse päätettävä mitä tuomitaan ja miten.”<sup>10</sup>

Syyttäjänä toimivan upseerin liioitellun patrioottisesta raivoamisesta huolimatta Strömfors, notaari ja maallikkojäsen kääntävät Wileniusta uhkaavan kuolemantuomion elinkautiseksi kuritushuonetuomioksi äänin 3–2. Tuomarinrohkeutensa löydettyään asessori ilmoittaa myös pitävänsä annettua tuomiota oikeusmurhana, vaikka hän sen tuomitseeikin. Wilenius tuomitaan valtio- ja maanpetoksesta elinkaudeksi kuritushuoneeseen ja menettämään ainiaaksi kansalaisluottamuksensa. Ottaen huomioon Wileniuksen teot, rangaistus on täysin kohtuuton.

Wileniuksen jutulla on peruuttamattomia vaikutuksia Strömforsiin ja hän jättyy pois Suojeluskunnan esikuntatoiminnasta. Aarnio ei käy sen tarkemmin selittelemään tahi psykologisoimaan asessorin mielen muutosta. Lukija ymmärtää ilmeisesti, että Strömfors häpeää toimintaansa. Hän tuntee syyllisyyttä tuomarinetiikkansa tahraamisesta. Lukija totta kai näkee, että tuomarina Strömfors oli pahassa välikädessä. Välikädessä oleminen ei näyttäydä Wileniukselle, jonka kokemus oikeusprosessista on toisenlainen.

Koska Wilenius on perin juurin katkera saamansa tuomion vuoksi, hän ei osaa arvostaa sitä, että välttyi kuolemantuomiolta. Strömfors ei puolestaan osaa antaa arvoa sille, että onnistui välttämään kuolemantuomion antamisen. Oikeudenmukaisuuden saavuttamiseen tarvitaan vielä jotain muuta, johon kirja antaa vastauksen, kun elämä ajaa räätälimestarin ja tuomarin kohtaamaan toisensa sisällissodan arpia kantavassa maassa. Lain ja oikeuden kannalta Wilenius ja Strömfors antavat ihmiskasvoisen kuvan sille lainkäytön alennustilalle, jota Jukka Kekkonen on kuvannut osuvasti ilmaisulla laillisuuden haaksirikko.<sup>11</sup> Nuori tasavalta ja orastava mutta hauras oikeusvaltio seisovat kaikkea muuta kuin varmallalla perustalla.

#### 4. Kohti sovintoa

Tammisaaren vankileiri miltei tappaa Wileniuksen, mutta hän nilkuttaa vuonna 1921 takaisin kotiinsa armahdettuna. Kansalaisluottamuskin palautetaan aika-

10. Aarnio 2021, s. 229.

11. Jukka Kekkonen, Laillisuuden haaksirikko – Rikosoikeudenkäyttö Suomessa vuonna 1918. Lakimiesliiton Kustannus 1991.



naan. Rääätälimestaria kalvaa paitsi heikentynyt terveys ja kovat koettelemukset niin myös väärän tuomion aiheuttama katkeruus ja viha. Kauna kiteytyy Strömforssiin: ”Ettei vaan olisi omasta päästään keksiny koko tuamioo... Mutkat vaan suariks ja Wilenius Tammisaareen”.<sup>12</sup> Toiminta työväenliikkeessä alkaa kuitenkin uudelleen. Rääätälimestari ottaa jälleen jonkinlaisen johtajan ja suunnannäyttäjän roolin. Hän on myös aiempaa vähemmän suvaitseva vasemman äärilaidan väelle, jota hän hyvin perustein syyttää aiemmasta väkivallan kierteestä.

Vuoden 1918 oikeudenkäynti kuitenkin muistuttaa itsestään, kun kylän raitilla käyskentelee vastaan miehiä, jotka olivat olleet vaatimassa Wileniukselle kuolemantuomiota. Monet suojeluskunnan miehistä ovat rääätälimestarin asiakkaita, mutta sisällissodasta eikä sen jälkimainingeista suoraan puhuta. Työt hoidetaan ilman suurempaa dramatiikkaa tai menneisyyden kohtaamista. Kohtaamiset suojeluskunnan esikunnan miesten kanssa ovat sen sijaan ensi alkuun kiusallisia: ”Wilenius ei vilkuillut tuomitsijoihinsa, vaikka joku näistä yritti nyökätä tervehdyksen. Useimmat käänsivät katseen sivuun.”<sup>13</sup>

Aarnio laittaa kohtalon ivailemaan rääätälimestarille ja asessorille, asettaen nämä kohtaamaan toisensa. Strömfors perheineen muuttaa maaseudulle pois kaupungin hälinästä. Kohtalon iva on siinä, että Wilenius asuu vain kilometrin päässä asessorista. Kun osapuolet saavat toistaan tietää, alkaa karttaminen ja kyräily. Lukijaa askarruttaa mihin päädytään; vihanpitoon vai sovintoon?

Pienessä kylässä kohtaamisia ei voida välttää. Strömfors yrittää parhaansa mukaan saada aikaan edes säälliset suhteet, mutta alkuun Wilenius tyyliä torppaa yritykset. Tarjottu sovinnon käsi ei rääätälimestarille kelpaa. Strömfors on myös huolissaan yhteiskunnallisesta ilmapiiristä ja Lapun liikkeen vallan kasvusta. Hän jopa yrittää varoitella Wileniusta, jottei tämä ärsyttäisi esiin nousevaa väkivaltaa ihannoivaa valkoista poliittista liikettä. Strömfors on toki edelleen oikean laidan mies, mutta vuoden 1918 tapahtumista viisastuneena hän kavahtaa väkivaltaa ja äärimmäisiä toimia. Aarnio pistää asessorin vastakkain nousevan äärioikeistoliikkeen kanssa, kirjoittamalla mukaan Strömforsin kiihkeästi oikeistolaisen ja väkivaltaa naivistisesti ihannoivan pojan. Isä ja poika eivät onnistu hiomaan toistensa särmiä, vaan ovat kykenemättömiä sopimaan. Armeijan palveluksessa olevalta kiihkoilevalta pojalta puuttuu kyky kompromissiin eikä hänellä ole isänsä elämänkokemusta.

Vaikeuksista ja esteistä huolimatta Strömfors ja Wilenius saavat lopulta aikaan sovinnon. Asessorin anteeksipyyntö hyväksytään nikotellen, mutta kuitenkin hyväksytään. Rääätälimestari pääsee kuin pääseekin kaunansa ylitse ja ojentaa kätensä: ”Tossa on käsi. Kaippa tekin olette oman rankastuksenne kärsiny.”<sup>14</sup>

12. Aarnio 2021, s. 237.

13. Aarnio 2021, s. 246.

14. Aarnio 2021, s. 272.

Saavutettu sopu tuntuu ennakoivan parempia aikoja, mutta taivaanrannassa on uusia synkkiä pilviä.

Strömfors seuraa Wileniuksen tavoin huolestuneena kovenevaa yhteiskunnallista ilmastoja ja nousevaa fasismia.<sup>15</sup> Keskusteluissaan ystäviensä kanssa asessorista kuoriutuu esiin lainkäyttäjät, joka korostaa oikeudenmukaisuutta ja tuomioiden perustelemisen tärkeyttä. Niille juristilukijoille, jotka tuntevat Aarnion oikeusteoreettista ajattelua ei tuomioiden perustelemisen tärkeys tule tietenkään yllätyksenä.<sup>16</sup> Tässä kirjoituksessa ei ole tarpeen ryhtyä kertaamaan sitä, kuinka suuri merkitys Aarniolla on Suomessa ollut osana lainkäytön muutosta siten, että tuomion oikeutus on tehty riippuvaiseksi siitä, että tuomiot myös perustellaan.

Kysymys tässä kohtaa on, kirjoittaako Viiltävät muistot kirjassa professori vaiko kirjailija Aarnio, kun tuomion perusteleminen nostetaan etualalle? Vastaus kysymykseen on lopultakin selvä. Kirjassa perustelujen tärkeys kumpuaa uskottavasti Strömforsista itsestään, eikä lukijalle tule tunnetta siitä, että oppimestari olisi omaa oppiansa tuputtamassa lukijalle kaunokirjallisuuden kaapuun puettuna. Aarnio avaa perustelemisen ja sitä kautta lainkäytön legitimitettä asessorin ajattelun kautta. Kyse ei ole vain kirjoitetusta laista. Niinpä Strömforsin suurin syntipukki ei ole väärin kirjoitettu laki, vaan väärämieliset tuomarit. Näitä ei löydy vain kotimaasta, vaan myös fasismien kynsiin joutuvasta Mussolinin Italiasta. Strömfors muotoilee asian seuraavasti:

”...julkurituomarit, jotka ovat valmiit kääntämään oikeuden nurinniskoin vain sen takia, että saisivat omiensa joukossa juhlitun sankarin maineen. Pahinta on, että juhlijat ovat niitä, joille oikeudella ei ole mitään arvoa. Olen saanut sen kokea, kantapään kautta.”<sup>17</sup>

Kantapään kautta kokeminen viittaa lavealti valtiorikostuomioiden antamiseen, mutta teoksen puitteissa tietenkin juuri Wileniuksen tapaukseen.

Ystävät koettavat kääntää Strömforsin pään ja puolustelevat tämän toimintaa sisällissodan jälkiselvittelyissä. Asessori ei suostu siirtämään syyllisyytensä taakka harteiltaan. Lain pelkän kirjaimen ja heiveröisen näytön varassa toimiminen painaa edelleen. Erityisesti Wileniuksen tapaus on jäänyt Strömforsin mieleen, mitä edesauttaa se, että he ovat saaneet omat välinsä setvittyä onnistuessaan kääntämään uuden lehden. Sovintohakuisuus ja syyllisyydentunne ovat muovanneet Strömforsin lainkäyttöfilosofian uusiksi. Legalistinen ideologia on muuntunut toiseksi, oikeusajattelu on kypsytynyt monivivahteisemmaksi.

15. Kolmekymmentäluvun kummallinen jännittänyt ilmapiiri on jäänyt kiinnostamaan Aarniota jo lapsuudesta saakka, joten ei ole ihme, että Viiltävät muistot purkaa myös osin sitä, miksi noista vuosista oli jälkikäteen niin vaikea puhua. Ks. Aarnio 2009, s. 85–96.

16. Perustelemisen tärkeydestä Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria – Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY 1989, s. 194–192.

17. Aarnio 2021, s. 290.

”Lain kirjain on Rubenille lain kirjain ja lain tarkoitus tärkeä, mutta mitä vanhemmaksi hän on tullut, sitä enemmän hänelle merkitsee oikeudenmukaisuus ja moraali.”<sup>18</sup>

Kirjassa kerrotaan pienten ihmisten ja tapahtumien kautta, kuinka Lapuan liike nousee ja muuntuu epäonnistuneen kapinan myötä IKL:ksi. Näissä elävästi kerrotuissa tapahtumissa on sekä Wileniuksella että Strömforsilla roolinsa. Muilutukset ja muu poliittinen väkivalta tulevat esiin, mutta samalla ilmenee myös tavallisten ihmisten ja keskitien kulkijoiden arkipäiväinen realismi. Kyse on lopultakin niistä lukemattomista pienistä teoista ja valinnoista, joita me ihmiset elämässämme teemme. Kirjan lopussa on vielä traaginen kuolemaan päättävä ampumistapahtuma, jonka johdosta Strömfors lopullisesti sanoutuu irti valkoisesta väkivallasta. Tämä vaatii henkilökohtaista uhrautumista, koska syyllinen tappoon on hänen oma harhautunut poikansa.

Lukija ei voi välttyä ajatukselta, että Strömforsin jälkikasvulla kommentoidaan myös meidän aikaamme, niin historiallinen romaani kuin kirja onkin. Mahtaako olla niin, että Aarnio näkee ympärillään 1930-luvun kiihkoilua. Olisiko kenties asessorin kiihkoileva poika nykyajan kansalliskonservatiivi? Tämä jää lukijan arvioitavaksi, mutta on vaikea olla näkemättä aikamme ilmiöissä ja asessorin pojan kansalliskiihkoilussa tiettyä rinnasteisuutta.

## 5. Pohdinta

Viiltävät muistot ei ole kirja oikeudesta tai lainkäytöstä, vaikka sen kerronnallinen jännite kiertyy epäoikeudenmukaiseen tuomioon. Asessori Strömfors ei ole kirjan päähenkilö, eikä ehkä lopulta edes räätälimestari Wilenius. Kirjailija Aarnio arvostaa tavallisia ihmisiä. Puhe on siitä suuresta maltillisten joukosta, joka pyrkii elämään jaettua arkea erilaisten ihmisten kanssa. Tässä on myös teoksen kaunokirjallinen vahvuus, ei siinä kuinka etevästi juristikirjailija Aulis Aarnio kuvaa lainkäytön haaksirikkoa ja siitä paranemista.

On toki ilmeistä, että teos sisältää onnistuneeseen ja tunteita lukijassa herättävään muotoon puristettua teoriaa lainkäytöstä ja oikeudesta. Tuota teoriaa ei tungeta väkisin lukijan kurkusta alas, vaan se hengittää elävästi tapahtumien osana lomittuen kirjan hahmojen elämäntulkun. Lakimieslukijalle kirja on erityisen kiintoisaa luettavaa siksi, että se kuvaa niitä epävarmuuksia ja jännitteitä, joita tuomitsemiseen liittyy. Aarnio kurkistaa tuomarin pään sisään ja avaa lu-

18. Aarnio 2021, s. 337.

kijalle sävyjä sisältävän näkymän. Toisessa yhteydessä Aarnio kytkee lainkäytön olemiseemme: ”Elämme ihmisten maailmassa”.<sup>19</sup>

Jos kirjasta yrittää pelkistää esiin Aarnion oikeusajattelun ytimen, niin se on helpommin sanottu kuin tehty. Selvää kuitenkin on, että tarina kannustaa irtautumaan legalismista ja kantamaan lainkäytön vastuuta perustellen, oikeudenmukaisuutta tavoitellen ja ulkoisista paineista piittaamatta. Tietenkään tällainen arkinen teoria oikeudesta ei ole sellaista, josta kirjoitetaan oppineita akateemisia tekstejä korkealle rankatuissa julkaisuissa. Sen vastaansanomaton voima on oikeuden arkipäiväisyydessä; lainkäyttökin koostuu pienistä ratkaisuksista, joita tuomarit joutuvat virkansa puolesta tekemään sen näytön pohjalta, joka jutussa on onnistuttu hankkimaan. Ei siinä kenestäkään ole tuomari Herkulekseksi, ei sinne päinkään.<sup>20</sup>

Juuri tuossa ihmistä ymmärtävässä vähäeleisyydessä on nähdäkseni Aarnion oikeusajattelun ydin – siinä ei uskota suuriin ohjelmajulistuksiin, vaan ihmisten arkiseen toimintaan.<sup>21</sup> Tuloksena ei ole yleviä teorioita oikeudesta tai oikeudenmukaisuudesta. Oikeudelliset ratkaisut perustuvat suurten oikeusteorioiden sijaan sille hiljaiselle tiedolle, joka lainkäyttäjillä oman oikeuskulttuurinsa jäsenenä on.<sup>22</sup> Omasta puolestani kutsun tällaista ajattelua nimellä *arkipäivän oikeusvaltio*. Se toteutuu pieninä tekoina, ei suurina puheina. Juridiikka on tässä katsannossa väline oikeudenmukaisuuden toteuttamisessa, ei itsetarkoitus.<sup>23</sup> Tiivistäen, ”Oikeus on aina enemmän kuin lain kylmä kirjain”.<sup>24</sup>

19. Aulis Aarnio, Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Forum Iuris 2011, s. 94.

20. Sinänsä Aarnion ajattelu ja Dworkinin ajattelu eivät ole ristiriidassa; ainoastaan usko yhteen ainoaan ratkaisuun ei mahdu Aarnion ajatteluun – supertuomari on ennen kaikkea metafora, Aarnio 1989, s. 270.

21. ”Vanhempani olivat sitä sukupolvea, jota ohjattiin ohjelmajulistuksilla. Minä en usko ohjelma- enkä muihinkaan julistuksiin. Kysymys ei ole siitä, ettenkö olisi perillä, mitä niillä ajetaan takaa, vaan siitä, että uskon oivaltavani niihin kätkeytyvät vakavat ongelmat. Vapaus, veljeys ja tasa-arvo ovat ohjelmajulistuksia, joille voidaan antaa ja on myös maailman sivu annettu kirja joukko tulkintoja, melkein yhtä monta kuin tulkitsijoita”, Aarnio 2009, s. 429.

22. Aarnio 2011, s. 25.

23. Ks. Aarnio 2009, s. 268.

24. Aulis Aarnio, Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY 2006, s. 45.

# ESG-perusteinen yritysinformaatio – Tuoreen komissioehdotuksen mukaiset velvoitteet ja vastuu raportointivirheestä

## 1. Johdanto – komissioehdotus

Euroopan unionin komissio julkisti 21.4.2021 ehdotuksensa Euroopan parlamentin ja neuvoston uudeksi *kestävyyssraportointidirektiiviksi* (engl. Corporate Sustainability Reporting Directive, CSRD), jolla muutettaisiin *tilinpäätösdirektiiviä* (2013/34) sekä niin kutsuttua *avoimuusdirektiiviä* (2004/109) pörssiyritysten säännöllisestä tiedonantovelvollisuudesta samoin kuin *tilintarkastusdirektiiviä* (2006/43) ja komissioasetusta pörssiyritysten ja muiden yleisen edun kannalta merkittävien yhteisöjen tilintarkastuksesta (537/2014).<sup>1</sup> Tarkoituksena on saada aikaan säännöstö, jolla kestävyysraportointi saavuttaisi vähitellen saman taloudellisen raportoinnin kanssa.<sup>2</sup> ESG-akronyymien mukaisesti tämän CSRD-ehdotuksen mukaiset raportointivelvoitteet kattaisivat niin ympäristölliset seikat (engl. Environmental aspects), ihmisoikeudelliset ja muut sosiaaliset kysymykset (Social aspects) sekä yrityshallinnolliset näkökohdat (Governance aspects). Koska uudella direktiivillä edesautetaan 11.12.2019 julkistetun EU:n vihreän kehityksen ohjelman (European Green Deal) toteutumista, säännökset pyritään sovittamaan yhteen muiden ohjelmaan kuuluvien EU-lakihankkeiden kanssa.<sup>3</sup>

Komission mukaan CSRD-ehdotus varmistaa, että yritykset raportoivat sellaisia kestävyystietoja, jotka ovat merkityksellisiä, vertailukelpoisia, luotettavia ja helposti ymmärrettäviä. Lisäämällä tilivelvollisuutta vaikutuksista, joita taloudellisella toiminnalla on yhteiskuntaa ja ympäristöä kohtaan, vahvistetaan yhteiskuntavastuun merkitystä yrityksissä. Kun ehdotuksen myötä sijoittajille tarjoutuu mahdollisuus ottaa aikaisemmin paremmin huomioon kestävyysriskit

\* Timo Kaisanlahti, OTT, työelämäprofessori, Helsingin yliopisto.

1. COM(2021) 189 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0189&from=EN>; vierailtu 22.7.2021). Jäljempänä CSRD-ehdotus.
2. Euroopan unionin komission edustusto Suomessa: Utinen – ”Kestävä rahoitus ja EU:n luokitussjärjestelmä: komissio kanavoi varoja kestäväan toimintaan” ([https://ec.europa.eu/finland/news/taxation\\_210421\\_fi](https://ec.europa.eu/finland/news/taxation_210421_fi); vierailtu 22.7.2021).
3. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 24 kohdan mukaisesti yhteensovittaminen koskee muun muassa kestävyysseikkojen määritelmiä.

ja -vaikutukset, saadaan yksityistä rahoitusta tukemaan Euroopan vihreän kehityksen ohjelmaa. Tuottamalla sijoittajien saataville vertailukelpoisia kestävyystietoja edistyy komission mukaan myös pääomamarkkinaunionin toteutuminen. Lisäksi yhdenmukaistaessaan informaatiovaatimuksia CSRD olisi omiaan vähentämään raportoinnista yrityksille aiheutuvia kustannuksia.<sup>4</sup>

Kyse ei ole yksinomaan yhtiön omasta taloudellisesta toiminnasta ja sitä koskevasta tiedonantovelvoitteista. CSRD-ehdotus kiinnittyy elimellisesti parlamentin ja neuvoston asetukseen (EU) 2019/2088 kestävyysliittymien tietojen antamisesta rahoitussektorilla (engl. Sustainable Finance Disclosure Regulation, SFDR). Tämä asetus velvoittaa esimerkiksi sijoitusrahaston julkistamaan markkinoinnissa tarjoamiensa osuuksien kestävyysnäkökohtiin liittyvät ominaisuudet.<sup>5</sup> Vain sellaiset rahastot, jotka edistävät muiden ominaisuuksiensa ohella ympäristöllisiä tai sosiaalisia näkökohtia (SFRD 8 art.) tai joissa nimenomaisena tavoitteena on kestävien sijoitusten tekeminen (SFDR 9 art.), saavat käyttää nimensään kestävyysliittymiä termejä kuten ”kestävä”, ”ESG” tai ”vastuullinen”.<sup>6</sup> Tähän tarkoitukseen tarvitaan kohdeyhtiöistä muun muassa CSRD-ehdotuksen tarkoittamia tietoja.<sup>7</sup>

Arvioitu kertakustannus siirtymästä CSRD-ehdotuksen mukaiseen raportointimalliin EU:ssa on 1,2 miljardia euroa ja jatkuva vuosikustannus 3,6 miljardia euroa. Toisaalta velvoitteiden yhdenmukaistamisen aikaansaa komission mukaan merkittäviä säästöjä yritysten hallinnollisissa kustannuksissa. Koska sijoittajien yrityksille osoittamat lukuisat yksilölliset tietopyynnöt kestävyysinformaation saamisesta vähenisivät, ei yrityksissä enää kuluisi niin paljon työaikaa ja muita resursseja näihin pyyntöihin vastaamisen edellyttämän informaation tuottamiseksi. Tämän säästön komissio arvioi 1,2–2 miljardiksi euroksi vuositasolla.<sup>8</sup>

Komission ehdottaman aikataulun mukaan suuryritysten tulisi julkistaa kestävyystietonsa standardien mukaisesti ensimmäisen kerran tilivuodelta 2023 laadittavassa toimintakertomuksessa eli käytännössä keväällä 2024, mutta pienemmillä yrityksillä velvoite realisoituisi vasta kolmea vuotta myöhemmin.

Seuraavassa 2. jaksossa kuvataan CSRD-ehdotuksen merkitystä suomalaisen yritysten tiedonantovelvoitteille kestävyysseikoista. Kuvaukseen perustuen

4. Komission yksiköiden valmisteluasiakirja – tiivistelmä vaikutusten arvioinnista. SWD(2021) 151 final. Bryssel 21.4.2021, s. 3 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0151&from=EN>; vierailtu 22.7.2021).

5. Täydentävästi parlamentin ja neuvoston asetuksessa (EU) 2020/852 vahvistetaan kriteerit sille, pidetäänkö jotakin taloudellista toimintaa ympäristön kannalta kestäväksi (1.1 art.).

6. Finanssivalvonnan verkkosivut (<https://www.finanssivalvonta.fi/saantely/saantelykokonaisuu-det/kestava-rahoitus/>; vierailtu 4.8.2021).

7. CSRD-ehdotus s. 5: ” – ehdotuksen tarkoituksena on varmistaa, että kohdeyritykset raportoivat tiedot, joita finanssimarkkinatoimijat tarvitsevat täyttääkseen omat [SFRD:stä] johtuvat raportointivaatimuksensa.” Ks. myös CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 9, 16 ja 18 kohdat.

8. CSRD-ehdotus, s. 11–12.

artikkeli erittelee vahingonkorvausvastuuta informaatiovirheistä ja -puutteista (jaksot 3 ja 4) samoin kuin rikosoikeudellisia ja hallinnollisia seuraamuksia tiedonantovelvollisuuden tehosteena (jakso 5). Tarkastelun kohteena on erityisesti voimassaolevan seuraamussääntelyn riittävyys CSRD-ehdotuksen jäsenvaltioille asettamien velvoitteiden täyttämiseksi. Kirjoituksen päättävässä 6. jaksossa tiivistetään tarkastelun keskeiset tulokset.

## 2. Muutokset nykytilaan Suomessa

### 2.1. Soveltamisala

Voimassa olevassa tilinpäätösdirektiivissä, sellaisena kuin se on muutettuna muiden kuin taloudellisten tietojen raportointidirektiivillä (2014/95/EU; engl. Non-Financial Reporting Directive, NFRD) säännellään jo kestävyystietojen julkistamista.<sup>9</sup> Suomessa sen mukaiset velvoitteet saatettiin voimaan kirjanpitolain (1336/1997, KPL) 3a luvun säännöksin (laki 1376/2016) siten, että ensimmäisen kerran sen mukaista selvitystä edellytettiin tilikaudelta 2017.

Nykyisin kestävyys selvitys – jota KPL 3a luku nimittää NFRD:n tavoin ”selvitykseksi muista kuin taloudellisista tiedoista” – on tullut julkistaa KPL 1:9:n tarkoittamassa yleisen edun kannalta merkittävässä yhteisössä (engl. Public Interest Entity, PIE) edellyttäen vielä, että se on kooltaan KPL 1:4c:ssä mukainen suuryritys, jonka palveluksessa on ollut tilikauden aikana keskimäärin yli 500 henkilöä (KPL 3a:1). Luottolaitosten ja vakuutusyhtiöiden ohella yleisen edun kannalta merkittäväksi on laissa määritelty myös suomalainen yhteisö, jonka liikkeeseen laskema osake, velkakirja tai muu arvopaperi on kaupankäynnin kohteena arvopaperimarkkinalain (746/2012, AML) 2:5:ssä tarkoitetulla säännellyllä markkinalla,<sup>10</sup> eli yleiskielisesti ilmaistuna ”pörssilistattu” tai ”pörssino-

9. Tilinpäätösdirektiivin vuoden 2013 johdanto-osan 26 kohdassa jo ohjattiin ennakoivasti, että toimintakertomukseen ” – olisi sisällyttävä liiketoiminnan ympäristönäkökohtia ja sosiaalisia näkökohtia koskeva analyysi, jota yrityksen kehityksen, tuloksen ja tilan ymmärtäminen edellyttää.” Tähän velvoittavia säännöksiä ei kuitenkaan sisällynyt itse direktiiviin ennen NFRD:iin perustuvia muutoksia.

10. Säännelty markkina (engl. regulated market) määritellään rahoitusvälineiden kaupankäynnistä annetun lain (1070/2017, RKL) 1:2.1:n 5 kohdassa. Määritelmä perustuu rahoitusvälineiden markkinoita koskevan direktiivin (2014/65/EU) 4.1 artiklan 21 kohtaan. Esimerkiksi Nasdaq Helsinki -nimisessä pörssissä noteeratun osakkeen tai joukkolainan liikkeeseen laskenut yritys on siten PIE yhteisömuodostaan riippumatta; näihin kuuluu muun muassa osuuskunta, jos sen joukkolaina on pörssinoteerattu. Lisäksi on rahoitusvälineitä, joilla käydään kauppaa viimeksi mainitun artiklan 22 kohdan ja siihen perustuvan RKL 1:2.1:n 8 kohdan säätämässä monenkeskisessä kaupankäyntijärjestelmässä tai artiklan 23 kohdan ja RKL 1:2.1:n 11 kohdan

teerattu” yritys.<sup>11</sup> Voimassaolevat NFRD-velvoitteet kohdistuvat PIE-yhteisöistä kuitenkin vain niihin, joissa edellä mainitun henkilöstöä koskevan raja-arvon ylittymisen lisäksi täyttyy suuryritykselle KPL 1:4c:ssä säädetty muu edellytys eli joko taseen loppusumma on ollut 20 miljoonaa euroa tai liikevaihto 40 miljoonaa euroa suurempi sekä päätyneellä että sitä välittömästi edeltäneellä tilikaudella.

CSRD-ehdotus laajentaa kestävyysraportoinnin soveltamisalaa. Pörssinoteeratuista yhteisöistä vain KPL 1:4b:ssä tarkoitetulla tavalla mikrokokoiset yritykset jäisivät velvoitteen ulkopuolelle.<sup>12</sup> Lisäksi – mahdollisesta pörssinoteerauksesta riippumatta – kestävyysraportointi tulisi tehtäväksi jokaisessa suuryrityksessä eli KPL 1:4c:n mukaisesti sellaisessa kirjanpitovelvollisessa, jolla on ylittynyt vähintään kaksi seuraavista raja-arvosta: (i) taseen loppusumma 20 miljoonaa euroa; (ii) liikevaihto 40 miljoonaa euroa; (iii) palveluksessa keskimäärin 250 henkilöä. Työntekijöiden lukumäärää koskeva kriteeri näin puolittuisi NFRD:n mukaisesta 500 henkilöstä.

Laajentamalla soveltamisalaa, etenkin sen ulottamisella myös pörssissä noteeraamattomiin suuryrityksiin, CSRD tulee moninkertaistamaan raportointivelvollisten lukumäärän. Komission arvion mukaan 49 000 yritystä kuuluisi uuden säännösten piiriin, mikä vastaa 75 prosenttia kaikkien yhtiöiden liikevaihdosta EU:ssa, kun nykyinen liikevaihto-osuus jää 47 prosenttiin 11 700 NFRD:n alaisen yrityksen tuottamana.<sup>13</sup>

Niin NFRD kuin CSRD-ehdotus ovat yhtiöoikeudellisia lainsäädäntövälineitä, jotka koskevat tilinpäätösdirektiivin soveltamisalaan kuuluvia yhteisöjä. Näitä ovat direktiivin 1.1 artiklan ja siinä viitattujen I ja II liitteen mukaisesti osakeyhtiöt sekä sellaiset henkilöyhtiöt, joissa vastuunalaisiin yhtiömiehiin kuuluu osakeyhtiö.<sup>14</sup> Toisaalta osuuskunnat jäävät niin NFRD:n kuin CSRD-ehdotuksen ulkopuolelle. Suomessa kirjanpito- ja tilinpäätösoikeudellisen sääntelyperinteen lähtökohtiin kuitenkin kuuluu, että yritystoiminnasta julkisesti saatavissa oleva informaatio on vertailukelpoista toiminnan harjoittajan oikeudellisesta muodosta riippumatta.<sup>15</sup> Näin ollen myös NFRD-perusteiset velvoitteet KPL 3a

tarkoittamassa *organisoidussa kaupankäyntijärjestelmässä*. Siten muut julkiset arvopaperimarkkinat, kuten First North -listan kaupankäynti, jää PIE-määritelmän ulkopuolelle.

11. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 15 kohdassa käytetään samassa tarkoituksessa käsitettä ”säännellyllä markkinalla listattu yritys”.
12. KPL 1:4b:ssä mikroyritykseksi määritellään kirjanpitovelvollinen, jolla sekä päätyneellä että sitä välittömästi edeltäneellä tilikaudella ylittyy enintään yksi seuraavista raja-arvoista: i) taseen loppusumma 350 000 euroa; ii) liikevaihto 700 000 euroa; iii) palveluksessa keskimäärin 10 henkilöä.
13. CSRD-ehdotus, s. 11. Suomessa CSRD koskisi noin 600–800 yritystä, eduskunnalle CSRD-ehdotuksesta annettu U-kirjelmä 29/2021 vp, kohta 4.2, s. 6.
14. Tilinpäätösdirektiivin vuoden 2013 johdanto-osan 5 kohta.
15. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kirjanpitolain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta sekä puunkorjuuta aarniometsissä harjoittavien yritysten viranomaisille suorittamien maksujen julkistamista koskevaksi laiksi 89/2015 vp, s. 6.



luvussa koskevat kirjanpitovelvollisia yleisesti, eikä vain tilinpäätösdirektiivin soveltamisalaan kuuluvia yritysmuotoja. Odotettavaa on, ettei tästä lähtökohdasta tultane poikkeamaan, kun CSRD saatetaan kansallisesti voimaan.<sup>16</sup>

## 2.2. Raportoinnin sisältövaatimukset

NFRD:n velvoitteet kestävyysinformaation sisällölle ovat jääneet niukoiksi. Keskeisin normitus sisältyy tilinpäätösdirektiiviin lisätyn 19a.1 artiklan ensimmäiseen kappaleeseen, jonka mukaan ” – selvity[ksen tulee] sisältää yrityksen kehityksen, tuloksen, aseman ja sen toiminnan aiheuttamien vaikutusten ymmärtämisen edellyttämässä laajuudessa tietoja vähintään ympäristöasioista, sosiaalisista ja työntekijöihin liittyvistä seikoista, ihmisoikeuksien kunnioittamisesta sekä korruption ja lahjonnan torjuntaan liittyvistä seikoista, mukaan lukien seuraavat: a) lyhyt kuvaus yrityksen liiketoimintamallista; b) kuvaus toimintaperiaatteista, joita yritys noudattaa suhteessa näihin seikkoihin, sovelletut due diligence -prosessit mukaan luettuina; c) kyseisten toimintaperiaatteiden noudattamisen tulokset; d) näihin seikkoihin liittyvät merkittävimmät riskit, jotka koskevat yrityksen toimintoja, mukaan luettuina, kun se on merkityksellistä ja oikeasuhteista, sen liikesuhteet, tuotteet tai palvelut, ja jotka todennäköisesti aiheuttavat haitallisia vaikutuksia näillä aloilla, ja miten yritys hallitsee näitä riskejä; e) tärkeimmät muut kuin taloudelliset tulosindikaattorit, jotka ovat merkityksellisiä kyseessä olevalle liiketoiminnalle.” Tähän perustuva säännös on Suomessa saatettu voimaan KPL 3a:2:llä.

NFRD:n sisältövaatimusten yleispiirteisyys on käynyt esteeksi yhtenäisen raportointikäytännön muodostumiselle. Komissio julkaisikin vuonna 2017 ei-sitovat ohjeet raportoinnille ja vielä kahta vuotta myöhemmin täydentävät ohjeet erityisesti ilmastoon liittyvien tietojen raportoinnista.<sup>17</sup> Komission mukaan nämä eivät kuitenkaan ole parantaneet julkistettavan informaation laatua. Siten oikeustilaa pyritään muuttamaan CSRD:llä: Tarkemmat vaatimukset kestävyysinformaatiolle tulisivat määriteltäviksi pakottavilla raportointistandardeilla, jotka komissio säätäisi asetuksenantovaltuutuksensa nojalla (19b art.). CSRD-ehdotus sisältää ei-tyhjentävän esimerkkiluettelon tiedoista, jotka tulisivat ainakin julkistettaviksi standardeissa niin ympäristöllisistä, sosiaalisista kuin hyvään hallintotapaan kuuluvista tekijöistä (19a.2 art. toinen kappale).<sup>18</sup>

Nykyisen NFRD:n tavoin velvoitteet perustetaan CSRD-ehdotuksessa niin kutsuttuun kaksinkertaisen olennaisuuden -näkökulmaan (engl. double mate-

16. U-kirjelmä 29/2021 vp ei kuitenkaan sisällä tästä mainintaa.

17. Komission tiedonannot COM(2017) 4234 final ja COM(2019) 4490 final.

18. Komissioasetuksina annettavien kestävyysstandardeja tarkemmasta sisällöstä ei ole tätä kirjoitettaessa (heinäkuu 2021) käytettävissä tarkempia tietoja.

riality perspective):<sup>19</sup> raportoitaviin kuuluvat yhtäältä ”tiedot, jotka ovat tarpeen, jotta voidaan ymmärtää yrityksen vaikutukset kestävyysseikkoihin”, ja toisaalta ”tiedot, jotka ovat tarpeen sen ymmärtämiseksi, miten kestävyysseikat vaikuttavat yrityksen kehitykseen, tulokseen ja asemaan” (19a.1 art.).<sup>20</sup> Periaatteen mukaisesti CSRD edellyttää muun muassa erityisesti tietoa ”yrityksen liiketoimintamallin ja -strategian sietoky[vystä] kestävyysseikkoihin liittyviin riskeihin nähden” ja ”tieto[a] siitä, miten yrityksen liiketoimintamallissa ja -strategiassa otetaan huomioon yrityksen sidosryhmien edut ja yrityksen vaikutukset kestävyysseikkoihin” (19a.2 art. a.i ja a.iv kohdat).

Kaksisuuntaisesti toteutettavan vaikutusarvioinnin kanssa yhtä keskeisessä asemassa on CSRD-ehdotuksen voimassaolevaa NFRD:ää ankarampi vaatimus yrityksessä käytössä olevien toimintamallien kuvaamisesta. Tämä ilmenee selvästi ehdotuksen 19a.2 artiklan e.i–e.iii kohdista, jotka edellyttävät raportissa informaatiota muun muassa seuraavista menettelyistä:

– ”sovellettu due diligence -prosessi kestävyysseikkojen osalta”

– ”yrityksen arvoketjuun, mukaan lukien sen omat toiminnot, sen tuotteet ja palvelut, liikesuhteet ja toimitusketju, liittyvät pääasialliset tosiasialliset tai mahdolliset haittavaikutukset [ja niiden] ehkäisemiseksi, lieventämiseksi tai korjaamiseksi toteutetut toimet ja niiden tulokset”.

CSRD-ehdotus on raportointisäännöstö, joka koskee annettavaa informaatiota, joten siinä ei sinänsä aseteta raportoitaville menettelyille tai muille toimille sisällöllisiä vaatimuksia. Tältä osin oikeustila säilyy samana kuin voimassaolevassa NFRD:ssä. Toisaalta, osana EU:n vihreän kehityksen ohjelmaa, komissio valmistelee erikseen säädäntöaloitetta yritysten kestäväälle hallintotavalle (engl. Sustainable Corporate Governance, SCG).<sup>21</sup> Aloitteesta laaditun vaikutusarvion mukaan ”[a]lthough the [CSRD] is expected to clarify the requirement to report on due diligence processes, such requirement would still not be underpinned by a corporate obligation to carry out due diligence, including mitigation of adverse

19. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 25 kohta.

20. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 25 kohta täsmentää tätä tavoitetta: ” – – yritysten olisi otettava huomioon kukin olennaisuusnäkökulma sellaisenaan ja julkistettava tiedot, jotka ovat olennaisia sekä molemmista näkökulmista, että tiedot, jotka ovat olennaisia vain yhdestä näkökulmasta.”

21. Komission verkkosivujen mukaan SCG-säädäntöehdotus oli tarkoitus antaa kuluvan vuoden toisella neljänneksellä, mutta ehdotusta ei ole tätä kirjoitettaessa vielä julkistettu ([https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Yritysten-kestava-hallintotapa\\_fi](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Yritysten-kestava-hallintotapa_fi); vierailtu 24.7.2021).

*impacts*.”<sup>22</sup> Komission odotuksena kuitenkin on, että tiukemmat raportointivaatimukset sinänsä saavat yritykset parantamaan toimintaansa.<sup>23</sup>

Nykyisten NFRD-velvoitteiden yleispiirteisyyden ohella yrityskohtaisten kesävyyستیöjen arviointia samoin kuin yritysten keskinäistä vertailtavuutta julkistettujen tietojen perusteella vaikeuttaa se, ettei NFRD ole pakottava. Tahdonvaltaisuus ilmenee nimenomaisesta noudata tai selitä -periaatteesta (comply or explain), joka on kirjattu NFRD19a.1 artiklan toiseksi kappaleeksi: ”*Jos yritys ei noudata tiettyjä toimintaperiaatteita suhteessa yhteen tai useampaan näistä seikoista, muita kuin taloudellisia tietoja koskevassa selvityksessä on annettava selkeä ja perusteltu selvitys siitä, miksei se tee näin.*”<sup>24</sup> Tällaista harkinnanvaraisuutta CSRD-ehdotus ei enää salli yrityksille.<sup>25</sup>

22. Alustava vaikutusten arviointi – Ares(2020)4034032, s. 3.
23. Esimerkiksi vain 45 % yrityksistä, jotka kuuluvat tällä hetkellä NFRD:n soveltamisalaan, on ottanut käyttöönsä ympäristö- tai ihmisoikeuskysymyksissä due diligence -menettelyitä nykyisten vaatimusten vuoksi. Komission yksiköiden valmisteluasiakirja – tiivistelmä vaikutusten arvioinnista. SWD(2021) 151 final. Bryssel 21.4.2021, s. 3 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0151&from=EN>; vierailtu 24.7.2021).
24. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 31 kohta: ”*Yritysten mahdollisia toimintaperiaatteita koskevien tietojen erilainen kohtelu verrattuna muihin kyseisissä artikloissa mainittuihin raportoinnin osa-alueisiin on aiheuttanut sekaannusta raportoivien yritysten keskuudessa eikä ole auttanut parantamaan raportoitujen tietojen laatua.*”
25. Toisaalta CSRD kuitenkin pysyttäisi tilinpäätösdirektiivin 19a.1 artiklan neljännen kappaleen mukaisen poikkeusmahdollisuuden yrityksessä parhaillaan neuvoteltavina olevien tai muuten valmisteilla olevien seikkojen osalta. Mainittu säännös kuuluu: ”*Jäsenvaltiot voivat sallia, että käynnissä olevaa kehitystä tai neuvoteltavana olevia asioita koskevia tietoja jätetään pois poikkeustapauksissa, jos hallinto-, johto- ja valvontaelinten jäsenet, jotka toimivat niille kansallisessa lainsäädännössä annettujen valtuuksien mukaisesti ja ovat yhteisesti vastuussa asiasta, ovat asianmukaisesti perustellusti sitä mieltä, että tällaisten tietojen julkistaminen aiheuttaisi vakavaa haittaa yrityksen kaupalliselle asemalle, jos tällaisten tietojen poijättäminen ei estä yrityksen kehityksen, tuloksen, aseman ja sen toimintojen aiheuttamien vaikutusten oikeaa ja tasapuolista ymmärtämistä.*” Samanasaisesti CSRD-ehdotuksen 19a.3 artiklan neljäs kappale. Suomessa on jo nyt hyödynnetty tätä jäsenvaltio-optiota, kutenkin rajautuen yksinomaan ”[n]euvotteluihin tai niiden kuluessa ilmeneviin tapahtumiin tai asioihin liittyvi[in] tieto[ihin]” (KPL 3a:3); säännös ei siten salli – toisin kuin direktiivi – muutoin ”käynnissä olevaan kehitystä” koskevien tietojen julkistamatta jättämistä. Mainitun lainkohdan samoin kuin sen pohjana olevan NFRD:n ja CSRD-ehdotuksen suhde EU:n markkinoiden väärinkäyttöasetuksen (596/2014, MAR) edellyttämään jatkuvaan tiedonantovelvollisuuteen on avoin. MAR 17.1 artiklan ensimmäisen kappaleen mukaan ”[l]iikkeeseenlaskijan on ilmoitettava yleisölle mahdollisimman pian sisäpiiritiedosta – –”. MAR 17.4 artikla asettaa ankarat vaatimukset julkistamisen myöhentämiselle: ”[l]iikkeeseenlaskija – – voi omalla vastuullaan lykätä sisäpiiritiedon julkistamista yleisölle, jos kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät: a) välitön julkistaminen todennäköisesti vaarantaisi liikkeeseenlaskijan – – oikeudetut edut; b) julkistamisen lykkääminen ei todennäköisesti johtaisi yleisöä harhaan; c) liikkeeseenlaskija – – pystyy takaamaan kyseisen tiedon säilymisen luottamuksellisenä.” Lähemmin näistä edellytyksistä Alain Pietrancosta, Article 17: Public disclosure of inside information, teoksessa Marco Ventrucchio – Sebastian Mock (eds), Market Abuse Regulation. Oxford University Press 2017, s. 370–384. Koska MAR:n muotoilu on NFRD:ää ja CSRD-ehdotusta tiukempi, voidaan kysyä, rajautuuko viimeksi mainittujen säännösten sovel-

### 2.3. Tavoitteen merkitys raportointivelvoitteen täyttämässä

Voimassa olevan tilinpäätösdirektiivin 19.1 artikla edellyttää toimintakertomukselta ”oikean kuvan” (engl. fair review) ” – – antava[a] selostus[ta] yrityksen liiketoiminnan kehitymisestä ja tuloksesta sekä yrityksen tilanteesta, mukaan luettuna kuvaus yritystä koskevista merkittävimmistä riskeistä ja epävarmuustekijöistä.”<sup>26</sup> Toisaalta tilinpäätöksen tavoitteena on ”oikean ja riittävän kuvan” (engl. true and fair view) antaminen ” – – yrityksen varoista ja veloista, taloudellisesta asemasta sekä tuloksesta.”<sup>27</sup> Toimintakertomus, johon kestävyysraportti sisältyy, on kuitenkin itsenäinen, toimintakertomuksesta erillinen asiakirja.<sup>28</sup> Siten sillä ei ole tehtävää oikean ja riittävän kuvan antamisessa.<sup>29</sup>

CRSD-ehdotuksen mukaisesti raportointi perustuu erikseen direktiivissä mainittujen seikkojen samoin kuin komission tulevissa raportointistandardeissa<sup>30</sup> tarkemmin yksilöitävien tietojen esittämiseen todenmukaisesti. Tämä ilmenee ehdotetun 19a.2 artiklan a–f kohdista, joissa kussakin edellytetään nimenomaisesti ”kuvausta” (engl. description) tietystä seikasta tai asiantilasta. Huomionarvoista on, ettei tällä kuvauksella itsessään ole samankaltaista sisällöltään avoimeksi jätettyä tavoitetta kuin mikä on asetettu tilinpäätösinformaatiolle tilinpäätösdirektiivin 4.3 artiklassa säädettyllä oikean ja riittävän kuvan vaatimuksella. Jälkimmäisenä mainitun säännöksen avoimuus ilmenee lisätietojen esittämisvelvollisuudesta: ”*Jollei tämän [tilinpäätös]direktiivin soveltaminen riitä oikean ja riittävän kuvan antamiseksi yrityksen varoista ja veloista, taloudellisesta asemasta sekä tuloksesta, on tilinpäätöksen liitetiedoissa annettava kyseisen vaatimuksen noudattamiseksi tarvittavat lisätiedot.*” Vastaavanlaista varaumaa ei

tamisala tosiasiallisesti vain pörssilistauksen ulkopuolisiin yrityksiin. Selvyyden vuoksi artiklaa olisi tarpeen täsmentää NFRD-ehdotuksen jatkovalmistelussa.

26. Tämä toistetaan pörssiyhtiöiden osalta AML 7:6.1 toisessa virkkeessä [”[t]oimintakertomuksessa on annettava oikean kuvan antava selostus – –”] Vaikka säännöksen perustana olevan avoimuusdirektiivin 4.2 artiklan c kohdassa käytetään käsitettä ”*todenmukaisen kuvan antava selostus*”, englanninkielisessä versiossa termi on sama kuin tilinpäätösdirektiivissä: ”fair review”. Toisaalta muita kirjanpitovelvollisia koskevassa KPL 3:1a:ssä ei käytetä lainkaan ”oikean kuvan” käsitettä.

27. Oikean ja riittävän kuvan vaatimus toistetaan KPL 3:2.1:ssä.

28. Erillisyyks ilmenee niin tilinpäätösdirektiivin 30.1 artiklasta (”*Jäsenvaltioiden on varmistettava, että yritykset julkistavat – – asianmukaisesti vahvistetun tilinpäätöksen ja toimintakertomuksen – –*”) kuin KPL 3:1.3:sta (”*Tilinpäätökseen on liitettävä – – toimintakertomus, jos kirjanpitovelvollinen on: 1) julkinen osakeyhtiö; 2) sellainen osuuskunta tai yksityinen osakeyhtiö, joka ei ole mikro- tai pienyritys; tai 3) yleisen edun kannalta merkittävä yhteisö*”).

29. KPL 3:1a.1 määrittää toimintakertomukseen yleiseksi tehtäväksi kuvata 1) toiminnan kehitymistä ja tuloksellisuutta; 2) taloudellista tilannetta; sekä 3) merkittävimpiä riskejä ja epävarmuustekijöitä. Lisäksi siihen on sisällytettävä tiedot KPL 3:1a.3:ssa samoin kuin OYL:ssä ja muussa erityislainsäädännössä erikseen mainituista seikoista.

30. CSRD-ehdotuksen 19b.1 artiklan a kohta velvoittaa komission antamaan ensimmäiset standardinsa 31.10.2022 mennessä.

ole CSRD-ehdotuksessa vaan sen mukaiset vaatimukset on tarkoitettu tyhjentäväksi siten kuin niistä tullaan tarkemmin säätämään komission kestävyysstandardeilla. Näin CSRD:n mukainen informointivelvollisuus tulee täytetyiksi ilman että yrityksen olisi tarpeen punnita muiden kuin erikseen nimettyjen seikkojen julkistamista.<sup>31</sup>

CSRD-sääntely vastaa mikroyhtiön ns. tilinpäätösoikeudellista suojasatama-säännöstä.<sup>32</sup> Edellä mainitusta oikean ja riittävän kuvan tarkoituksellisesta avoimuudesta poiketen tilinpäätösdirektiivin 36.4 artiklassa säädetään, että mikroyhtiön tilinpäätös täyttää oikean ja riittävän kuvan vaatimuksen, jos direktiivin edellyttämät seikat on esitetty.<sup>33</sup> Suomessa poikkeus on ulotettu mikro-osaakeyhtiöiden ohella muihinkin mikrokokosiin kirjanpitovelvollisiin yritysmuodosta riippumatta (PMA 1:3.2). Mikroyrityksen ei siten ole tarpeen erikseen punnita tilinpäätöstään laatiessaan, vaikuttaako sen toimintaan muita sellaisia seikkoja, joista tulisi myös antaa tieto oikean ja riittävän kuvan aikaansaamiseksi.

CSRD-ehdotus kuitenkin hyödyntää toisenlaista lakiteknistä ratkaisua tyhjentävyyden aikaansaamiseksi kuin mitä on käytetty mikroyritysten tilinpäätössääntelyssä. CSRD-ehdotuksen 19b.2 artiklan toisen kappaleen a–c kohdissa edellytetään, että tulevaisuudessa laadittavissa komission kestävyysraportointistandardeissa ”on – – täsmennettävä” (engl. shall – – specify) informaatiovaatimukset niin ympäristöllisistä kuin sosiaalisista tekijöistä sekä hyvään hallintotapaan liittyvistä tekijöistä. Kutakin ESG-ulottuvuutta koskevat informointivelvollisuudet tyhjentäisivät näin kokonaisuudessaan standardien säännöksiin. Toisin sanoen komissiolla ei olisi toimivaltaa asettaa velvoitteita raportointistandardeissa niin avoimina, että niiden edellyttämä informaatio määräytyisi tapauskohtaisesti tavoitteellisella tavalla samankaltaisesti tilinpäätösinformaatiota koskevassa oikean ja riittävän kuvan vaatimuksessa. Tämän tulkinnan kanssa yhdensuuntaisesti 19a.4 artiklassa säädettäisiin, että ”[y]ritysten on raportoitava [19a.1–19a.3 artiklassa] tarkoitetut tiedot [ESG-ulottuvuksista] – – kestävyysraportointistandardien mukaisesti.” Siten yleisisistä 19a.–19a.3 artikloista ei voisi seurata kestävyysstandardit ylittäviä informointivelvoitteita yrityksille.

31. Tätä tulkintaa puoltaa osaltaan myös CSRD-ehdotuksen edellä käsitelty 19a.3 artiklan neljäs kappale, joka koskee mahdollisuutta valmisteilla olevan seikan salaamiseen. Mainituksa kohdassa säädetyt edellytykset rajautuvat CSRD:ssä tai kestävyysstandardissa erikseen määritellyn tiedon poisjättämiseen: ” – – jos tällaisten tietojen poisjättäminen ei estä yrityksen kehityksen, tuloksen, aseman ja sen toimintojen aiheuttamien vaikutusten oikeaa ja tasapuolista ymmärtämistä.” Säännöksessä tarkoitettu ”oikea ja tasapuolinen ymmärtäminen” ei kuitenkaan ole tietyt nimetyt seikat kattavien informaatio-säännösten ylimenevä velvoite.

32. Lähemmin Timo Kaisanlahti, EU:n uusi tilinpäätösdirektiivi. Defensor Legis 2013, s. 886–992, 888; sekä HE 89/2015 vp, s. 8.

33. Mainittu 36.4 artikla kuuluu: ”Mikroyritysten osalta [36.1 – 36.3] artiklan – – mukaisesti laadittujen vuositilinpäätösten katsotaan antavan – – oikean ja riittävän kuvan.”

## 2.4. Muotovaatimukset kestävyysraportoinnissa

Paitsi sisällöllisesti myös muotoseikkojen osalta CSRD-ehdotus yhdenmukaisiksi menettelytapoja. Vaikka nykyinen NFRD edellyttää kestävyysinformaation sisällyttämistä toimintakertomukseen (19a.1 art.), jäsenvaltiolle kuitenkin sallitaan mahdollisuus säätää mahdollisuudesta laatia ja julkistaa informaatio itsenäisenä asiakirjana eli toimintakertomuksesta erillisenä selvityksenä (19a.4 art.). Myös Suomi on ottanut käyttöön tämän option (KPL 3a:5). Mutta CSRD-ehdotus ei enää sallisi tätä vaihtoehtoista julkistamistapaa: kestävyysraportointi kuuluisi aina poikkeuksetta toimintakertomuksen sisältöön. Tämä on omiaan edesauttamaan käyttäjien näkökulmasta informaation kokoamista eri yrityksistä.<sup>34</sup> Toisaalta informaatiota tuottavien yritysten kannalta raportointi joudutaan sopeuttamaan toimintakertomuksen laadintaprosessin mukaisiin menettelyihin, mikä ei rasita nykyisin erillisenä asiakirjana koottavaa kestävyysraporttia.<sup>35</sup>

Lisäksi CSRD-ehdotus tiukentaisi kestävyysraportoinnin varmentamismenettelyitä. Voimassa oleva NFRD edellyttää yrityksen tilintarkastajan lausuvan yksinomaan siitä, onko kestävyys selvitys annettu toimintakertomuksessa tai erillisenä asiakirjana (19a.5 art.). Suomessa on säädetty näin KPL 3a:6:ssä. Tarkastustehtävä ei kuitenkaan kohdistu annettujen tietojen sisällön varmentamiseen, ellei jäsenvaltio ole tästä erikseen säätänyt tai näin on erikseen sovittu tilintarkastajan ja asianomaisen yrityksen välillä.

CSRD-ehdotuksessa ei kuitenkaan pidetä näin suppeaa varmistusta enää riittävänä raportoinnin uskottavuudelle.<sup>36</sup> Siksi tilintarkastusdirektiiviin lisättäisiin uusi 26a.1 artikla, joka velvoittaisi kestävyysraportoinnin varmentamiseen sekä täydentäisi 28.1 artiklaa siten, että tilintarkastuskertomuksessa esitettäisiin

34. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 31 kohta: ”*Mahdollisuus julkaista erillinen kertomus haittaa kuitenkin sellaisten tietojen saatavuutta, joissa yhdistyvät taloudelliset tiedot ja tiedot kestävyysseikoista. Se myös vaikeuttaa tietojen löytämistä ja saatavuutta käyttäjille, erityisesti sijoittajille, jotka ovat kiinnostuneita sekä taloudellisista tiedoista että kestävyystiedoista.*”

35. CSRD edistää osaltaan myös taloustiedon sähköistä käsiteltävyyttä. Voimassa oleva tilinpäätös-direktiivi ei edellytä tilinpäätöksen eikä toimintakertomuksen julkistamista digitaalisessa muodossa. Komission mukaan tämä haittaa raportoitujen tietojen löydettävyyttä ja käytettävyyttä, CSRD-ehdotuksen 19d.1 artikla velvoittaisi tilinpäätöksen ja toimintakertomuksen laatimiseen digitaaliseen XHTML-muotoon siten kuin asetuksen 2019/815 artiklassa 3 säädetään. Niin ikään kestävyystiedot – mukaan lukien ne seikat, jotka julkistetaan asetuksen 2020/852 artiklassa 8 edellytetyllä tavalla – tulisivat merkittäviksi erityisin digitaalisin tunnistein (engl. tagged) ensiksi mainitun asetuksen mukaisesti. Lähemmin CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 48 kohta.

36. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 52 kohta: Ehdotus myös sallisi jäsenvaltion säätävän tilintarkastusinstituutiolle vaihtoehtoisesta varmennusjärjestelmästä tietyin edellytyksin. Perusteena komissiolla on ” – riski tilintarkastusmarkkinoiden keskittymisestä entisestään – ” (johdanto-osan 54 kohta). Tätä jäsenvaltio-optiota ei kuitenkaan mainita U-kirjelmässä 29/2021, ja se jätetään lähemmän tarkastelun ulkopuolelle jäljempänä.

julkinen lausuma varmennuksen tulema. Tilinpäätösdirektiivin 34.1 artiklaan ehdotetun uuden aa-alakohdan mukaan kyse olisi tilinpäätöksen lakimääräistä tilintarkastusta suppeammasta tarkastustoimesta eli toimeksiannosta, joka antaa niin kutsutun ”rajoitetun varmuuden” tilintarkastuslain (1141/2015) 3:1.1:ssä tarkoitelta lakisääteiseltä kirjanpidon, tilinpäätöksen ja hallinnon tilintarkastukselta edellytetyn ”kohtuullisen varmuuden” sijasta. Rajoitettua varmuutta tavoittelevassa varmennuksessa aineistotarkastukset ja muut toimenpiteet jäävät vähäisemmiksi ja työ määrä kaikkiaan pienemmäksi.<sup>37</sup> Tilintarkastuskertomus olisi kuitenkin nykyisiä NFRD-perusteisia velvollisuuksia kattavampi. Lausumaa edellytettäisiin siitä, ” – onko kestävyysraportointi [tilinpäätös]direktiivin vaatimusten mukainen, mukaan lukien 19b artiklan nojalla vahvistettujen raportointistandardien noudattaminen kestävyysraportoinnissa, prosessi, jolla yritys yksilöi kyseisten raportointistandardien mukaisesti raportoidut tiedot ja 19d artiklassa säädetyn merkitsemisvaatimuksen noudattaminen kestävyysraportoinnissa, ja noudatetaanko asetuksen (EU) 2020/852 8 artiklan raportointivaatimuksia” (CSRD-ehdotus, tilinpäätösdirektiivi 34.1 art. uusi aa kohta).<sup>38</sup> Kohdassa mainittu asetus vahvistaa kriteerit sen määrittämiseksi, pidetäänkö yrityksen harjoittamaa toimintaa kestäväna ympäristön kannalta ja sen 8 artikla velvoittaa sisällyttämään tästä tiedot kestävyysraporttiin.

### 3. Osakeyhtiölaki ja tilintarkastuslaki vahingonkorvausoikeudellisen vastuun perustana

Korvausvastuu ja sen laajuus määräytyy kunkin EU-valtion kansallisten säännösten mukaan.<sup>39</sup> Vastuun tulee käsittää ainakin yhtiölle aiheutettu vahinko.<sup>40</sup> Suomessa osakeyhtiön tilinpäätöksen tai toimintakertomuksen virheellisyydestä tai puutteellisuudesta aiheutuva korvausvelvollisuus perustuu OYL 22:1:ään. Mainitussa lainkohdassa tarkoitettu ”tämän lain” rikkominen käsittää myös KPL:n vastaisuuden, sillä OYL 8:3 sisältää nimenomaisen viittauksen KPL:iin:

37. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 53 kohta.

38. Siteeratussa kohdassa viitattua 19b artiklaa raportointistandardeista on käsitelty edellä jaksossa 2.2 ja 19d artiklaa digitalisoinnista jaksossa 2.4.

39. Tilinpäätösdirektiivin vuoden 2013 johdanto-osan 41 kohta: ”Vastuu vuositilinpäätösten – – sekä toimintakertomusten – – laatimisesta ja julkistamisesta perustuu kansalliseen lainsäädäntöön. Kunkin jäsenvaltion kansallisen lainsäädännön mukaisia vastuun määräytymissääntöjä olisi voitava soveltaa yrityksen hallinto-, johto- ja valvontaelinten jäseniin. Jäsenvaltioiden olisi voitava päättää vastuun laajuudesta.”

40. Vuoden 2013 tilinpäätösdirektiivin johdanto-osan kohta 40: ”Tämän ei pitäisi estää jäsenvaltioita menemästä pidemmälle ja säätämästä kyseisten jäsenten suorasta vastuusta osakkeenomistajille tai muillekin sidosryhmille.”



”Tilinpäätös ja toimintakertomus on laadittava kirjanpitolain ja tämän [OYL 8] luvun säännösten mukaisesti.” Niin ikään viittauksen myötä KPL:iin perustuvat alemmanasteiset säännökset – kirjanpitoasetus (1339/1997, KPA) samoin kuin valtioneuvoston ase pien- ja mikroyhtiön tilinpäätöksessä esitettävistä tiedoista (1753/2015, PMA) rinnastuvat OYL:iin.

Käytännössä tilinpäätösasiakirjat valmistelevat kirjanpitäjät ja muut taloushallinnon asiantuntijat, jotka ovat yhtiön itsensä tai kirjanpidon ja tilinpäätöksen laatimispalveluita tarjoavan yrityksen (”tilitoimiston”) palveluksessa. He eivät kuitenkaan pääätä tilinpäätöksestä tai toimintakertomuksesta oikeudellisessa mielessä. Hallitus allekirjoittaa niin tilinpäätöksen kuin toimintakertomuksen mahdollisen toimitusjohtajan ohella (KPL 3:7.1); tähän viitataan myös PMA 1:1:ssä. Allekirjoituksellaan asianomainen henkilö ilmaisee hyväksyvänsä asiakirjan. Muuten allekirjoittamisella ei olisi mitään oikeudellista merkitystä. Allekirjoitusta edellytetään sellaiseltakin jäseneltä, joka on aloittanut hallituksessa vasta asianomaisen tilikauden päättymisen jälkeen, vaikkei hän ole vastuussa aikaisemmista toimista. Siinä tapauksessa, että jäsen on hallituksen enemmistön kanssa eri mieltä sisällöstä, hänellä on oikeus saada tätä koskema lausumansa tilinpäätökseen tai toimintakertomukseen (KPL 3:7.2).

Tilinpäätös ei siten ole valmis oikeudellisena, OYL:n ja KPL:n tarkoittamana, asiakirjana ennen kuin hallitus on sen käsitellyt ja hyväksymistä kuvaavin allekirjoituksin ottanut – ainakin implisiittisesti – kantaa muun muassa laadintaratkaisuihin eli tilinpäätösoikeudellisiin valintoihin.<sup>41</sup> Vastaavasti toimintakertomuksen osalta hallituksella tulee olemaan vastuu siihen tulevaisuudessa sisällytettävästä CSRD-ehdotuksen mukaisesta kestävyysraportista toimintakertomuksen muun informaation tavoin.

Osakeyhtiön toimitusjohtajan ja hallituksen jäsenen vastuulla niin tilinpäätöksestä kuin toimintakertomuksesta on EU-oikeudellinen perusta: tilinpäätösdirektiivin 33.1 artikla.<sup>42</sup> Vuoden 2014 NFRD:llä vastuu ulotettiin tässä säännöksessä nimenomaisesti myös kestävyyselvitykseen.<sup>43</sup> Tässä kirjoituksessa

41. Samansuuntaisesti, joskin varovaisemmin, Ari Savela, Vahingonkorvaus osakeyhtiössä. 3., uudistettu painos. Talentum 2015, s. 123: ”Jos hallituksen jäsen tai toimitusjohtaja varauksetta allekirjoittaa tilinpäätöksen, hänen voidaan joskus katsoa joutuvan vastuuseen ainakin merkittävimpien tilinpäätöksen sisältyvien oikeustoimien oikeellisuuden tarkastamisesta.” Allekirjoittamista – eli tilinpäätöksestä ja toimintakertomuksesta päättämistä – hallitus ei voi delegoida toimitusjohtajalle eikä muullekaan taholle; delegointi olisi ristiriidassa OYL 6:2.1:n toisessa virkkeessä hallitukselle asetetun kirjanpidon – joka on tilinpäätöksen perustana – valvonnan järjestämisvastuun kanssa. Vaikka järjestäminen annettaisiin muun tahon tehtäväksi, tämä delegointi jäisi vaille hallituksen vastuuta rajoittavaa vaikutusta.

42. Vuoden 2013 tilinpäätösdirektiivin johdanto-osan kohta 40: ” – – hallinto-, johto- ja valvontaelinten jäsenten olisi oltava ainakin kollektiivisesti vastuussa yritykselle vuositilinpäätösten ja toimintakertomusten laatimisesta ja julkistamisesta.”

43. Voimassa oleva tilinpäätösdirektiivin 33.1 artikla kuuluu: ”jäsenvaltioiden on varmistettava, että yrityksen hallinto-, johto- ja valvontaelinten jäsenillä, jotka toimivat niille kansallisessa



tarkasteltava CSRD uudistaisi artiklaa vain säädösteknisesti, sisällyttäen siihen viittaukset edellä käsiteltyihin 19b ja 19d artikloihin. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 52 kohdan mukaan ”[y]hteinen vastuu olisi laajennettava delegoidussa asetuksessa (EU) 2019/815 vahvistettuihin digitalisaatiovaatimuksiin, unionin kestävyysraportointistandardien noudattamista koskevaan vaatimukseen ja kestävyysraportoinnin tunnisteilla merkitsemistä koskevaan vaatimukseen.”

”Yhteistä vastuuta” koskevan lausuman taustana on EU:n komission tiedonanto 21.5.2003 Euroopan parlamentille ja neuvostolle etenemissuunnitelmasta yhtiöoikeuden uudistamiseksi ja omistajaohjauksen (corporate governance) parantamiseksi Euroopan unionissa.<sup>44</sup> Tässä asiakirjassa (s. 17) vaaditaan, että ” – – hallituksen kaikkien jäsenten kollektiivinen vastuu taloudellisista ja tärkeimmistä muista kuin taloudellisista tiedoista – – olisi vahvistettava EU:n lainsäädännössä vastuullisemman johdon varmistamiseksi”.

Tilinpäätösdirektiivin edellä mainitun 33.1 artiklan sanamuodosta huolimatta Suomessa ei ole mahdollista, että hallitus kollektiivina asetettaisiin vastuuseen silloin, kun vain osa jäsenistä on aiheuttanut vahinkoa tuottamuksellisella teollaan tai laiminlyönnillään. Direktiivin sanavalinnan ilmeisenä tarkoituksena onkin ollut ohjata jäsenvaltioita pidättäytymään sellaisen järjestelmän säätämisestä, jossa korvausvastuu voisi kohdentua vain tiettyihin jäseniin hallituksesta, esimerkiksi puheenjohtajaan tai osakeyhtiölain (624/2006, OYL) 6:16b:n tarkoittaman tarkastusvaliokunnan jäseniin. Kuten modernisointidirektiivin 2006/46/EY johdannon 2 kohdassa korostetaan, ”[t]ämä ei kuitenkaan saisi estää – – tuomioistuimia tai lainvalvontaelimiä määräämästä seuraamuksia yksittäiselle hallituksen jäsenelle”.

Myös tilintarkastaja on jo nykyisin vahingonkorvausoikeudellisessa vastuussa kestävyysraportoinnista. KPL 3a:6:n nojalla hän varmentaa, onko kestävyysraportti annettu. Mahdollisesta laiminlyönnistä voi periaatteessa seurata TTL 10:9:n mukainen korvausvastuu kolmatta kohtaan.<sup>45</sup> Voimassaolevan lain mukainen tehtävä ei kuitenkaan kohdistu kestävyystietojen sisällölliseen varmentamiseen, joten vastuu jäänee käytännössä realisoitumatta muuten kuin aivan poikkeuksellisesti. Edellä jaksossa 2.4 esitetyllä tavalla CSRD-ehdotus laventaisi tilintarkastajan velvollisuudeksi lausua muun muassa siitä, onko kestävyysraportointi tilinpäätösdirektiivin vaatimusten mukainen. Toisaalta lausunnolta edel-

*lainsäädännössä annettujen valtuuksien mukaisesti, on kollektiivinen velvollisuus varmistaa, että – – vuositilinpäätös, toimintakertomus ja selvitys hallinnointi- ja ohjausjärjestelmästä, jos se annetaan erikseen, ja 19 a artiklan 4 kohdassa tarkoitettu kertomus – – laaditaan ja julkistetaan tämän direktiivin vaatimusten ja soveltuviissa tapauksissa asetuksen (EY) N:o 1606/2002 mukaisesti hyväksytyjen kansainvälisten tilinpäätösstandardien vaatimusten mukaisesti.”*

44. \*KOM (2003) 284 lopullinen.

45. Mainitun lainkohdan jälkimmäisen virkkeen mukaisen vastuun kolmannelle TTL:n rikkomisesta perustaa TTL 4:3.1:ssä edellytetyn hyvän tilintarkastustavan vastainen toiminta. Savela 2015, s. 154–155.

lytettäisiin vain ”rajoitettua” varmuutta.<sup>46</sup> Tämä on omiaan nostamaan kynnystä korvausvastuun perustavalle TTL 4:3:ssä säädetyn hyvän tilintarkastustavan vastaisuuden synnyttämälle tuottamukselle verrattuna kirjanpidon, tilinpäätöksen ja hallinnon tilintarkastukselta edellytetyltä ”kohtuulliselta” varmuudelta.<sup>47</sup>

#### 4. Arvopaperimarkkinaoikeudellinen vastuu

Arvopaperimarkkinalaki (746/2012, AML) sisältää omana vahingonkorvaussäännöksenä 16:1:n, joka koskee muun muassa säännellyllä markkinalla kaupankäynnin kohteeksi otetun arvopaperin liikkeeseenlaskijaa, kuten osakeyhtiötä. Koska toimintakertomus kuuluu AML 7:5:n mukaisesti julkistettavaan asiakirjoihin, pörssiyritys on lähtökohtaisesti vastuussa siihen sisällytettävän CSRD-ehdotuksen tarkoittaman kestävyysraportin todenmukaisuudesta. Nykysääntely ei kuitenkaan ole kattava tältä osin. AML 7:6.1:n toinen virke määrittää toimintakertomuksen arvopaperimarkkinaoikeudellisen tavoitteen edellyttämällä ”[o]ikean kuvan antava[a] selostus[ta] – – toiminnan kehitymisestä ja tuloksellisuudesta, taloudellisesta tilanteesta sekä niihin kohdistuvista merkittävistä riskeistä ja epävarmuustekijöistä.”

Käsite ”riskit ja epävarmuustekijät” -käsite kohdistuu asianomaisen yrityksen toimintaan, kattaen ESG-kestävyyssnäkökohtien vaikutuksen tulokseen, asemaan ja kehitykseen (outside-in). Mutta CSRD-ehdotuksen kaksinkertaisen olennaisuuden periaatteen toinen ulottuvuus eli yrityksen oman toiminnan vaikutus ESG-ulottuvuuksissa ympäristöön ja sidosryhmiin (inside-out) jää huomiotta. Tämän katveen täyttämiseksi on ilmeinen tarve täydentää AML:ia. Edellä jaksossa 2.2 selostetulla tavalla myöhemmin annetaan Euroopan komission asetuksella CSRD-ehdotuksen 19b artiklassa edellytetyt standardit kestävyysraporttiin sisällytettävien tekijöiden tarkemmasta sisällöstä. Siten olisikin tarkoituksenmukaista lisätä AML 16:1.1:n vahingonkorvaussäännökseen maininta myös

46. CSRD-ehdotus, tilinpäätösdirektiivin uusi 34.1 art. a.ii kohta.

47. Suomen Tilintarkastajat ry:n julkaisemassa tilintarkastuskertomuksen mallissa kuvataan kohtuullista varmuutta seuraavasti: ”Kohtuullinen varmuus on korkea varmuustaso, mutta se ei ole tae siitä, että olennainen virheellisyys aina havaitaan hyvän tilintarkastustavan mukaisesti suoritettavassa tilintarkastuksessa” (<https://tilintarkastajat.fi/wp-content/uploads/2020/04/tilintarkastuskertomus-osakeyhti.pdf>; vierailtu 5.8.2021). Tulevan oikeuskäytännön varaan jää, onko rajoitetun ja kohtuullisen varmuuden välisellä erolla kuitenkin merkitystä vahingonkarsijan päätöksenteolle siitä, keneltä – yritysjohtoon kuuluvalta vai tilintarkastajalta – hän vaatii korvausta. Nykyisin ei ole tavatonta, että vaatimus tilinpäätöksen virheestä kohdistetaan yksinomaisesti tilintarkastajaan tämän, muun muassa pakolliseen vastuuvakuutukseen perustuvan, paremman maksukykyisyyden vuoksi, vaikka yritysjohtoon kuuluvien henkilöiden tuottamusta ei voitaisi selvästi poissulkea.

CSRD:stä lainkohdassa lueteltujen muiden komissioasetusten tavoin, kun lopullinen CSRD saatetaan aikanaan voimaan Suomessa.<sup>48</sup>

Arvopaperimarkkinaoikeudellinen vastuu kohdentuu lähtökohtaisesti asianomaiseen oikeushenkilöön. Arvopaperimarkkinain esitöissä todetaan, että esimerkiksi pörssiyhtiöiden sekä muiden liikkeeseenlaskijoiden ja yhteisöjen johtohenkilöiden vastuu AML 16:1:n perusteella voi tulla kyseeseen vain, ”jos vahingon on aiheuttanut asianomainen luonnollinen henkilö rikkomalla tätä lakia – – sekä edellyttäen, että rikotussa säännöksessä asetetaan kyseiselle henkilölle nimenomainen toimimisvelvollisuus”.<sup>49</sup> Toimintakertomuksen allekirjoittaminen ei sinänsä ulota tämän säännöksen mukaista vastuuta hallituksen jäsenelle eikä toimitusjohtajalle, koska siitä toimesta säädetään edellä kuvatulla tavalla KPL:ssa eikä AML:ssa tai muussa AML 16:1:n viittaamassa säännöksessä.

CSRD-ehdotus ei edellytä jäsenvaltioiden säätävän ehdotuksen tarkoittamien raportointivelvollisten yhtiöiden korvausvastuusta oikeushenkilöinä; vastuunalaisuutta vaaditaan vain johtoon kuuluvilta henkilöiltä. Suomessa oikeushenkilöllinen korvausvastuu CSRD-perusteisten raportointivelvollisuuksien rikkomisesta tulee siten olemaan kattavampi pörssiyhtiöillä kuin toisaalta niillä CSRD-ehdotuksen soveltamisalaa kuuluvilla suuryrityksillä, joiden arvopaperit eivät ole säännellyllä markkinalla tai muun AML:n tarkoittaman kaupankäynnin kohteena.<sup>50</sup> Nämä muut listaamattomat yhtiöt voivat oikeushenkilöinä tulla korvausvastuullisiksi kolmatta kohtaan vain yleisen vahingonkorvauslain (412/1974, VahL) nojalla, jolloin hyvityksen saaminen henkilö- tai esinevahinkoon liittymättömästä puhtaasta varallisuusvahingosta edellyttää VahL 5:1:n mukaisesti ”erittäin painavia syitä” tai vahingon aiheutumista ”rangaistavaksi säädetyllä teolla”.<sup>51</sup>

Kuitenkin ”noteeraamatonkin” suuryritys saattaa olla pörssiyhtiön tavoin sijoituskohteena finanssimarkkinatoimijoilla.<sup>52</sup> Esimerkiksi niin kutsutussa vaihtoehtoisessa sijoitusrahastossa SFDR 8 tai 9 artiklan mukaisena markkinoitu investointipolitiikka voi perustua nimenomaan siihen, että rahaston hankkimat omistukset listaamattomissa kohdeyrityksissä täyttävät mainittujen artiklojen mukaiset kestävyysvaatimukset. Koska tällainen kohde jää AML:n soveltamisalan ulkopuolelle, sen raportointivirheestä voisivat olla rahastolle mahdollisesti vastuussa vain yrityksen johto ja tilintarkastaja OYL- ja TTL-perusteisesti, muttei itse yhtiö oikeushenkilönä. Tämä on omiaan lisäämään sijoittajan riskiä kuvatun kaltaisessa rahastossa.

48. U-kirjelmässä 29/2021 vp ei käsitellä arvopaperimarkkinaoikeudellista vahingonkorvausvastuuta.

49. Hallituksen esitys eduskunnalle arvopaperimarkkinoita koskevaksi lainsäädännöksi 32/2012 vp, s. 173.

50. Soveltamisalaa käsitellään edellä jaksossa 2.1.

51. Lähemmin esim. Savela 2015, s. 388–392.

52. CSRD-ehdotuksen johdanto-osan 16 kohta.

## 5. Hallinnolliset seuraamukset sekä rikosoikeudellinen vastuu

Voimassa olevan OYL 8:10.1:n nojalla tilinpäätösasiakirjat ilmoitetaan patentti- ja rekisterihallitukselle (PRH) rekisteröitäviksi kahden kuukauden kuluessa tilinpäätöksen vahvistamisesta. Velvoitteen tehostamiseksi PRH:llä on oikeus kehottaa yritystä tekemään tämän ilmoituksen tai täydentämään puutteellisia asiakirjoja sakon uhalla (OYL 8:10.2). Jos – kehotuksesta huolimatta – velvollisuus asiakirjojen toimittamiseen on laiminlyöty, PRH:n tulee määrätä yhtiö selvitystilaan tai poistettavaksi kaupparekisteristä (OYL 20:4.1 kohta 3). OYL 8:10.1:sta ilmenevällä tavalla tämä seuraamusuhka ulottuu tilinpäätöksen ja siitä annetun tilintarkastuskertomuksen ohella myös toimintakertomukseen.

CSRD-ehdotus kuitenkin vaatii tämän hallinnollisen sääntelyn täydentämistä.<sup>53</sup> Uusi 51.2 artikla velvoittaisi säätämään hallinnolliset seuraamukset (engl. administrative measures and sanctions) 19a artiklan voimaansaattavan kansallisen lain rikkomisesta. Seuraamuksiin kuulusivat erityisesti a) julkinen ilmoitus, josta ilmenee rikkomuksesta vastuussa olevan henkilön nimi sekä rikkomisen luonne, b) määräys, jolla asianomaista kielletään jatkamasta tai toistamasta rikkomustaan, ja c) taloudellinen seuraamus rikkomuksesta (administrative pecuniary sanction). Näitä edellytettäisiin myös kestävyysraportointi- ja tilinpäätöstietojen digitalisoimista koskevien velvoitteiden (19d art.) rikkomisesta, mutta muuten hallinnolliset seuraamukset eivät ulottuisi tilinpäätösinformaation puutteisiin tai virheisiin.

Rikosoikeudellisen vastuun osalta tilinpäätösdirektiivin voimassa oleva 51.1 artikla velvoittaa ”[j]äsenvaltioiden – – sää[tävän] seuraamuksista (engl. penalties), joita sovelletaan – – direktiivin mukaisesti annettujen kansallisten säännösten rikkomiseen ja toteutettava kaikki tarvittavat toimenpiteet seuraamusten täytäntöönpanon varmistamiseksi.” Uudessa CSRD-ehdotuksessa tähän ei esitetä sisällöllisiä muutoksia. Mainittu artikla kuitenkin tehostaa CSRD-ehdotuksen – sinänsä itsestään selvää – vaatimusta, että yrityksen tulee esittää kestävyystietonsa todenmukaisina (engl. in a faithful manner).<sup>54</sup>

Suomen rikoslain (39/1889) voimassa oleva 30:9 kirjanpitorikoksesta täyttää mainitun artiklan vaatimuksen tilinpäätöksen osalta. Kirjanpitorikoksen tunnusmerkistö edellyttää, että lainkohdassa tarkoitettu teko tai laiminlyönti ” – – vaikeuttaa oikean ja riittävän kuvan saamista kirjanpitovelvollisen toiminnan tuloksesta tai taloudellisesta asemasta”. Koska toimintakertomus – mukaanlukien

53. Tämä todetaan myös U-kirjelmässä 29/2021 vp, s. 3.

54. Lisäksi uusi 19b.2 artikla edellyttäisi kestävyysraportilta ymmärrettävyyttä (engl. understandable), merkityksellisyyttä (relevant), edustavuutta (representative), todennettavuutta (verifiable) ja vertailukelpoisuutta (comparable). CSRD-ehdotuksen johdanto-osassa ei selosteta lähemmin näiden kriteerien sisältöä.

siihen sisältyvä kestävyysraportti – ei ole tilinpäätösoikeudellinen väline oikean ja riittävän kuvan vaatimuksen täyttämiseksi, jää rikoslain 30:9 tarkoittaman kriminalisointi kuitenkin ulottumatta sen puutteisiin tai virheisiin.<sup>55</sup> Siten CSRD:n voimaansaattaminen 51.1 artiklan edellyttämän rangaistusuhan suhteen edellyttää rikosoikeudellisten säännösten täydentämistä kattamaan toimintakertomuksen myös muuten kuin kestävyysraportin tietojen osalta.<sup>56</sup>

## 6. Yhteenveto

Komission julkistama CSRD-ehdotus tiukentaisi merkittävällä tavalla pörs-siyhtiöiden samoin kuin listaamattomien suuryritysten julkista raportointivelvoitetta toimintansa vaikutuksista ESG-ulottuvuuksien mukaisesti. Ehdotuksen tarkoituksena on aikaansaada säännöstö, jolla kestävyysraportointi saavuttaisi vähitellen saman aseman tilinpäätösraportoinnin kanssa. Kuitenkin – toisin kuin yleisesti ”oikean ja riittävää kuvan” antamiseen velvoittavassa tilinpäätössäännöstössä – kestävyysraportissa esitettäväksi edellytetyt seikat luelteltaisiin tyhjentävästi erikseen säädettävissä komission raportointistandardeissa. Näin on periaatteessa mahdollista hallita riskejä kestävyysinformaation antamisessa paremmin kuin laadittaessa tilinpäätöstä, joka säännösten tavoitteen avoimuuden vuoksi on omiaan altistamaan yrityksen – mikrokokoisia lukuun ottamatta – jälkikäteiselle moitteelle laadintaratkaisuihin, etenkin maksukyvyttömyystilanteissa.

Informaatiovelvoitteen myötä yritysjohdon korvausvastuu raportoitavien kestävyystietojen mahdollisista puutteista tulee olemaan aikaisempaa ankarampi, sillä kestävyysraportointi saatettaisiin pakottavasti toimintakertomuksen osaksi; nykysäädäntö sallii julkistamisen vaihtoehtoisesti erillisenä asiakirjana, jota nykyinen OYL 8:3 ei tunnista, jolloin se jää OYL 22:1 vahingonkorvausnormin ulkopuolelle. Mutta CSRD-ehdotuksen myötä hallitukselle ja toimitusjohtajalle kuuluisi korvausvastuu kestävyysraportin virheen mahdollisesti aiheuttamasta vahingosta samalla tavalla kuin tilinpäätöksenkin osalta. Niin ikään myös tilintarkastajan korvausvastuu ulottuisi kestävyysraportin sisältöön, vaikka raporttia koskevassa tarkastustoimessa ei edellytetäkään samanlaista, kohtuullisen var-

55. Aiempi oikeustila oli toisenlainen. Ennen 31.12.2016 voimaantullutta kirjanpitolaain muutosta (2016/1376) oikean ja riittävän kuvan toteutuminen tuli arvioitavaksi sekä tilinpäätöksen että toimintakertomuksen perusteella. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kirjanpitolaain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 208/2016 vp, s. 6.

56. U-kirjelmä 29/2021 vp ei tunnista tällaista tarvetta.

muuden tuottavaa seikkaperäisyyttä kuin kirjanpidon, tilinpäätöksen ja hallinnon lakimääräisessä tilintarkastuksessa.

Johtoon osallistuvien henkilöiden ja tilintarkastajan ohella kestävyysraportin mahdollisesta puutteesta korvausvastuu voisi AML 16:1:n vahingonkorvaussäännöksen mukaisesti kohdistua myös itse yhtiöön silloin, kun tämä on pörssinoteerattu. Kestävyysraportti toimintakertomuksen osana julkistettaisiin AML 7:5:n mukaisesti, joten sen tulee kuulua mainitun korvaussäännöksen piiriin. Koska kestävyysraportoinnin sisältövaatimukset säädetään erikseen Euroopan komission asetuksella, olisi johdonmukaista mainita niistä AML 16:1:ssä samalla tavalla kuin siinä viitataan muihin korvausvastuun piiriin saatettuihin komissioasetuksiin. Toisaalta noteeraamattomien suuryritysten kohdalla kynnys korvausvastuu toteutumiseksi asetuu huomattavasti korkeammalle, sillä hyvityksen saaminen puhtaasta varallisuusvahingosta edellyttää Vahl 5:1:n yleisäännöksen mukaisesti erittäin painavia syitä tai vahingon aiheutumista rangaistavaksi säädetyllä teolla.

Rikosoikeudellisen vastuun suhteen toimintakertomus jää RL 30:9:n kirjanpitorikoksen tunnusmerkistön ulkopuolelle. Koska uusi CSRD-ehdotus kuitenkin edellyttää vastaavanlaista sanktiouhkaa kestävyysraportoinnin – samoin kuin muun toimintakertomusinformaation – osalta kuin mikä koskee tilinpäätösvelvoitteita, on ilmeinen tarve täydentää lakia tältä osin. Sama koskee myös hallinnollista valvontaa CSRD-ehdotuksen seuraamuksia koskevien erityissäännösten voimaansaattamiseksi.

# Ulkomaalaisasiassa esitetyn asiakirjaselvityksen näytönarviointi – tarkastelussa EIT:n tapaus N.A. v. Suomi

Lakimies  
7–8/2021  
s. 1403–1412

## 1. Johdanto

Irakin kansalainen N.A. (jäljempänä myös N.A.) saapui Suomeen yhdessä isänsä ja veljensä kanssa 2.9.2015. Seuraavana päivänä N.A:n isä haki Suomesta turvapaikkaa (kansainvälistä suojelua). Maahanmuuttovirasto hylkäsi isän turvapaikkahakemuksen 16.12.2016 ja määräsi hänet käännyttäväksi kotimaahansa Irakiin. Helsingin hallinto-oikeus hylkäsi valituksen 26.9.2017 ja korkein hallinto-oikeus (KHO) valituslupahakemuksen 30.11.2017. N.A. teki valituksen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen (EIT) 23.4.2018. Valituksen mukaan N.A. oli joulukuussa 2017 saanut tietoonsa, että hänen isänsä oli tapettu Irakissa 17.12.2017. N.A. liitti valitukseensa muun ohessa valokopioita isänsä kuolintodistuksesta ja rikosilmoituksesta koskien kuolemaan johtaneita tapahtumia. EIT antoi 14.11.2019 tuomion, jossa se katsoi Suomen rikkoneen Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) artikloja 2 ja 3, jotka koskevat oikeutta elämään ja kidutuksen kieltä. Tuomio oli historiallinen ja aiheutti Suomessa runsaasti yhteiskunnallista keskustelua.<sup>1</sup> Kuitenkin jo 23.4.2020 Suomen hallitus ilmoitti EIT:lle, että sillä oli syytä epäillä N.A:n isän kuolemaa osoittavia asiakirjoja väärennetyiksi sekä isän olevan yhä elossa ja oleskelevan Irakissa. Tästä syystä Suomen hallitus pyysi 6.9.2020 EIT:tä sen työjärjestyksen säännön 80 mukaisesti muuttamaan 14.11.2019 antamansa tuomion.<sup>2</sup>

EIT päätyi harkinnassaan siihen, että työjärjestyksen säännön 80 edellytykset täyttyivät ja että uuden selvityksen perusteella oli osoitettu N.A:n vedonneen epätosiin seikkoihin ja väärennetyihin asiakirjoihin valituksensa pääväitteiden

\* *Klaus Järvinen*, OTK, VT, hallinto-oikeustuomari, Helsingin hallinto-oikeus. Kirjoittaja ei ole osallistunut nyt kysymyksessä olevia henkilöitä koskevien valitusasioiden ratkaisemiseen hallinto-oikeudessa. Kirjoitus perustuu EIT:n tapauksessa N.A. v. Suomi antamista englanninkielisistä tuomioista 14.11.2019 ja 13.7.2021 saatavaan selvitykseen. EIT, N.A. v. Finland 14.11.2019.

1. EIT ei ollut tuominut Suomea aiemmin yhtä aikaa sekä 2 että 3 artiklan rikkomisesta. Tapauksessa *Kotilainen ja muut v. Suomi* 17.9.2020 Suomi tuomittiin 2 artiklan rikkomisesta. Tapauksessa *N. v. Suomi* 30.11.2005 EIT katsoi, että Suomi rikkoi 3 artiklaa, mikäli valittaja poistettaisiin maasta.

2. Ks. säännön 80 mukaisesta menettelystä Päivi Hirvelä – Satu Heikkilä, *Ihmisoikeudet – Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön*. 2. painos. Alma Talent 2017, s. 272–273.

tueksi. Tässä yhteydessä EIT sovelsi EIS:n 35 artiklan 3 kohdan a alakohtaa ja totesi, että valitus voidaan jättää tutkimatta a alakohdassa tarkoitettuna yksilövalitusoikeuden väärinkäyttönä, muun ohessa, jos se on tietoisesti perustettu väärin tosiseikkoihin tarkoituksena harhauttaa tuomioistuinta. EIT:lle oli selvää, että N.A. oli tietoisesti pyrkinyt harhauttamaan sitä valituksensa väitteiden keskeisten osien osalta. Jos EIT olisi tiennyt nämä seikat ennen tapauksen arviointia, N.A:n valituksen osalta olisi julistettu, että tutkittavaksi ottamisen edellytykset eivät täyty. EIT kumosi 13.7.2021 asiassa antamallaan uudella tuomiolla aiemmin 14.11.2019 antamansa tuomion.<sup>3</sup> EIT ei ottanut kantaa N.A:n isän toimintaan tai tutkinut uudelleen myöhemmin esitetyn uuden selvityksen perusteella, rikkoiko Suomi 2 ja 3 artikloja palauttaessaan N.A:n isän kotimaahansa Irakiin.

Väärennettyyn selvitykseen perustetun virheellisen tuomion kumoaminen on itsessään hyvä asia ja osoittaa oikeusjärjestelmän toimivuutta. Tavoitteena tulisi kuitenkin olla, että jo asiaa ensimmäisen kerran käsiteltäessä päästäisiin oikeaan lopputulokseen. Tapauksen N.A. v. Suomi ensimmäistä käsittelyä EIT:ssä on syytä katsella kriittisesti ja arvioitava, missä mahdollisesti epäonnistuttiin tai missä voisi olla muuten parantamisen varaa. Tämän oikeustapauskommentin tavoitteena ei olekaan arvioida EIT:n 13.7.2021 antamaa tuomiota oikeusohjeena ja tehdä sen perusteella johtopäätöksiä jonkin EIS:n artiklan tulkinnasta. Sen sijaan tavoitteena on tarkastella tuomion näkyville nostamia haasteita liittyen näytönarviointiin, kun kysymys on muiden kuin Suomen viranomaisten antamiksi väitetyistä asiakirjoista. Tapauksen perustana oli Suomessa hallintomenettelyssä ja hallintoprosessissa käsitelty N.A:n isän turvapaikka-asia, joka asian laatua määrittävänä tekijänä on merkityksellinen näytönarvioinnissa. Näistä syistä käsittelen tässä kirjoituksessa lyhyesti sekä EIT:n prosessin että Suomen hallintomenettelyn ja hallintoprosessin eräitä erityispiirteitä asian selvittämisessä kommentoitavana olevan tapauksen näkökulmasta. Lisäksi käsittelen turvapaikka-asiassa esitetyn kysymyksessä olevan kaltaisen asiakirjaselvityksen luotettavuuden arviointia Suomessa.

## 2. Asian selvittämisestä ja näyttökysymyksistä – vertailussa Suomi ja EIT

EIT katsoi asiaa ensimmäisen kerran käsitellessään, että sille esitetyt valokopiot ja käännökset kuulintodistuksesta yhdessä rikosilmoituksesta esitettyjen valokopioiden ja käännösten kanssa olivat luotettava ja riittävä selvitys N.A:n isän

3. EIT, N.A. v. Finland 13.7.2021.



kuolemasta.<sup>4</sup> Varsinkin näin jälkikäteen lopputuloksen tietäen tuntuu suomalaisen hallintomenettelyn ja hallintoprosessin näkökulmasta jossain määrin yllättävältä, miten EIT ilman kummempaa uskottavuusarviointia hyväksyi esitetyn asiakirjaselvityksen luotettavaksi ja riittäväksi selvitykseksi. Tämä ei lopulta ehkä kuitenkaan ole niin yllättävää, kun tarkastellaan suomalaisen hallintomenettelyn ja -prosessin eroja verrattuna EIT:n omaksumaan asian selvittämiskäytäntöön sekä tuomiosta 14.11.2019 ilmeneviä seikkoja.

Ulkomaalaisoikeuteen liittyvät kysymykset ratkaistaan Suomessa hallintomenettelyssä Maahanmuuttovirastossa (Migri) hallintolakia (434/2003, HL) ja ulkomaalaislakia (301/2004, UlkomL) noudattaen. Valitukset käsitellään taas hallintoprosessissa noudattaen sitä, mitä laissa oikeudenkäynnistä hallintoasioissa (808/2019, HOL) on säädetty hallintopäätöksestä valittamisesta.<sup>5</sup> Myös ulkomaalaislaki sisältää ulkomaalaisasioiden muutoksenhaussa sovellettavia säädöksiä, ja niitä sovelletaan erityissäännöksinä vastaavien HOL:n säännöksiä sijaan. Sekä hallintomenettelyssä viranomaisella että hallintoprosessissa tuomioistuimella on velvollisuus huolehtia asian selvittämisestä (HL 31 § ja HOL 37 §).<sup>6</sup> Asian huolellisella selvittämisellä tavoitellaan lainmukaista ja sisällöllisesti oikeaa ratkaisua. Tämän saavuttaminen edellyttää esimerkiksi hakemusasiassa sitä, että toimivaltainen viranomainen katsoo hakemuksen hyväksymisen edellytykseksi säädetyistä seikoista saadun riittävästi luotettavaa selvitystä.<sup>7</sup> Varsinaisia näyttötaakkasäännöksiä HL tai HOL eivät sisällä, mutta yleensä selvitysvastuun on katsottu olevan sillä, jolla on parhaat edellytykset esittää kyseisestä seikasta selvitystä.<sup>8</sup> Arvioidessaan asiassa esitettyä selvitystä viranomainen ja hallintotuomioistuimet soveltavat vapaan todistusharkinnan teoriaa.<sup>9</sup>

EIT:n toiminnasta, toimivallasta ja valitusasioiden käsittelystä on määräyksiä sekä EIS:ssä (II osa) että tuomioistuimen työjärjestyksessä. EIS 38 artiklan mu-

4. Ibid., kohta 79.

5. HOL tuli voimaan 1.1.2020. Sitä ennen sovellettiin hallintolainkäyttölakia (586/1996).

6. UlkomL 7.2 §:n mukaan viranomaisen on huolehdittava asian selvittämisestä. Viranomaisen on osoitettava asianosaiselle, mitä lisäselvitystä asiassa tulee esittää. Selvityspyynnön tulee olla yksilöity sekä oikeassa suhteessa niihin selvityskeinoihin, jotka asianosaisella on hänen olosuhteensa huomioon ottaen käytettävissään.

7. Ks. hallintomenettelyn osalta Olli Mäenpää, Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. 5. painos. Edita 2016, s. 225 ja hallintoprosessin osalta Anu Koivuluoma – Mirjami Paso – Petri Saukko – Veijo Tarukannel – Matti Tolvanen, Hallintolainkäyttö. 2. painos. Alma Talent 2020, s. 176.

8. Ks. hallintomenettelyn osalta Heikki Kulla, Hallintomenettelyn perusteet. 9. painos. Talentum pro 2015, s. 218 ja hallintoprosessin osalta Koivuluoma ym. 2020, s. 194. HL 31.2 §:n mukaan asianosaisella ja HOL 37.3 §:n mukaan asianosaisella ja päätöksen tehneellä viranomaisella on velvollisuus esittää selvitystä vaatimustensa perusteista ja myötävaikuttaa asian selvittämiseen. UlkomL 7.2 §:ssa asianosaiselle asetettu myötävaikuttamisvelvollisuus ulottuu myös viranomaisaloitteisten asioiden selvittämiseen. Ks. Heikki Kallio – Toomas Kotkas – Jaana Palander (toim.), Ulkomaalaisoikeus. Alma Talent 2018, s. 88.

9. Ks. hallintomenettelyn osalta Kulla 2015, s. 228 ja hallintoprosessin osalta Olli Mäenpää, Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Alma Talent 2019, s. 494.

kaan tuomioistuimien tutkii asian osapuolten edustajien kanssa ja tarvittaessa tekee selvityksen, jonka tehokkaaksi toteuttamiseksi asianosaiset korkeat sopimuspuolet antavat kaiken tarpeellisen avun. EIT:llä on siis velvollisuus tutkia asia, mutta asian selvittäminen on tarvesidonnaista, ja vastuu siitä on jaettu tuomioistuinten ja osapuolten edustajien kesken. Yleensä tosiseikoista ei ole kiistaa, jolloin erillisille selvittelytoimenpiteille ei ole tarvetta. Mikäli kuitenkin tosiseikkojen selvittämiseksi nähdään tarvetta, sitä voidaan hankkia kirjallisesti, kuulemalla todistajia tai suorittamalla katselmus.<sup>10</sup> Luotettavuusarviointi suoritetaan esimerkiksi sellaisen henkilön kohdalla, jota väitetysti uhkaa EIS 3 artiklassa tarkoitettujen kohtelun riski, ja huomioidaan tämän esittämät kirjalliset selvitykset.<sup>11</sup>

EIT:n tutkimisvaltaa ja asioiden tutkimista määrittää subsidiariteetti- eli toissijaisuusperiaate.<sup>12</sup> EIS 35 artiklan 1 kohdan mukaan tuomioistuin voi ottaa asian käsiteltäväkseen vasta, kun siinä on turvauduttu kaikkiin kansallisiin oikeussuojakeinoihin.<sup>13</sup> Asian tutkimista subsidiariteettiperiaate määrittää esimerkiksi siten, että esitetyn selvityksen osalta näytönarviointi tehdään ensisijaisesti kansallisesti eikä EIT uudelleenarvioi riidattomia tosiseikkoja.<sup>14</sup> Siltä osin, kun EIT arvioi sille esitettyä selvitystä, se soveltaa vapaan todistusharkinnan teoriaa. Näyttökynnyksen osalta EIT soveltaa *beyond reasonable doubt* -standardia.<sup>15</sup> EIT on korostanut aiemmassa oikeuskäytännössään, että se, mikä riittää järkevän epäilyksen ylittämiseen, riippuu yksittäisen tapauksen seikoista ja olosuhteista.<sup>16</sup> Myös näyttötaakan jakautumisen osalta merkitystä on asian seikoilla, esitettyjen väitteiden luonteella ja sillä, minkä EIS:n suojaaman ihmisoikeuden rikkominen on arvioitavana.<sup>17</sup>

Suomen hallintomenettely ja -prosessi ovat edellä todetusti monelta osin yhteneväisiä EIT:n prosessin kanssa. Huomioisin kuitenkin asian selvittämiseen liittyvänä selvänä erona Suomessa hallintotuomioistuimellakin olevan itsenäisen velvollisuuden huolehtia asian selvittämisestä, kun taas EIT:n prosessissa vastuu selvittämisestä, ei pelkästään selvityksen esittämisestä, on selkeämmin

10. Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölönen – Antti Tapanila, Euroopan ihmisoikeussopimus. 6. painos. Alma Talent 2018, s. 252–253.

11. Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 195–196.

12. Toissijaisuutta vahvistettiin edelleen 1.8.2021 voimaan tulleella 15 lisäpöytäkirjalla.

13. Vaatimus koskee vain tehokkaita keinoja ja tehokkuutta arvioidaan tapauskohtaisesti. Suomen kohdalla tämä tarkoittaa aina säännönmukaisia muutoksenhakukeinoja mutta ylimääräisiä vain silloin, kun niillä olisi reaalisesti ollut mahdollista korjata asiantila. Pellonpää ym. 2018, s. 171–183.

14. Ks. subsidiariteettiperiaatteesta ja EIT:stä Pellonpää ym. 2018, s. 206–207 ja 252–253.

15. Hirvelä – Heikkilä 2017. Ks. vapaasta näytön arvioinnista *ibid.*, s. 216 ja *beyond reasonable doubt* -näyttökynnyksestä *ibid.*, s. 144 ja 217.

16. Ks. esim. suuren jaoston tuomio tapauksessa *Nachova and Others v. Bulgaria* 6.7.2005, kohta 147.

17. Suuren jaoston tuomio tapauksessa *Giuliani and Gaggio v. Italy* 24.3.2011, kohta 181. Ks. myös Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 111.

oikeudenkäynnin osapuolilla. Tällöin valittajan vastapuolena olevan valtion passiivisuudella voi olla merkitystä valittajan esittämän selvityksen painoarvon arvioimisessa.<sup>18</sup> Tapauksen N.A. v. Suomi ensimmäisessä tuomiossa EIT totesi näyttötaakan osalta valittajan tehtäväksi esittää maasta poistamistapauksissa<sup>19</sup> todisteita siitä, että asiassa on merkittäviä perusteita uskoa tämän olevan maasta poistettuna todellisessa vaarassa joutua 3 artiklan vastaisen kohtelun kohteeksi. Osapuolena olevan valtion hallituksen tehtävänä on taas esittää epäilynsä kyseisten todisteiden osalta. EIT katsoi asiassa esitetyn todisteita N.A.:n taholta tällä tavalla 2 ja 3 artiklan osalta. EIT huomioi myös, että N.A.:n isän kertomusta oli pidetty Suomen viranomaisissa ja tuomioistuimissa sekä uskottavana että johdonmukaisena.<sup>20</sup> Asiassa ei siis missään aiemmassa vaiheessa ollut herännyt uskottavuutta koskevia epäilyksiä. N.A.:n EIT:lle esittämän kuolintodistuksen osalta Suomen hallitus totesi ainoastaan, että alkuperäistä todistusta ei ollut esitetty Suomen viranomaisille tai tuomioistuimille ja että ne eivät ole voineet arvioida todistuksen aitoutta tai alkuperää.<sup>21</sup> Näin ollen minkäänlaisia asiakirjojen aitouden kiistämisiä ja kiistämisiä tukevaa perustelua ei tuomion mukaan ollut Suomen taholta esitetty.

### 3. Turvapaikanhakijan esittämän asiakirjaselvityksen arvioinnista Maahanmuuttovirastossa ja hallintotuomioistuimissa

Olisiko Suomen hallituksella ollut perusteita esittää epäilyjä N.A.:n esittämän asiakirjaselvityksen uskottavuuden osalta ensimmäisessä käsittelyssä? Lähestyn kysymystä käsittelemällä Suomessa turvapaikka-asioissa tapahtuvaa näytönarviointia.

Kansainvälistä suojelua koskevissa asioissa hakemuksen hyväksyminen ei välttämättä edellytä, että turvapaikkaperusteiden tueksi on esitetty riittävästi selvitystä. Turvapaikanhakijan on esitettävä hakemuksensa tueksi kaikki asiaan vaikuttavat lausumat ja asiakirjat, mutta hyvin usein tilanne on se, että ainoa

18. Suuren jaoston tuomio tapauksessa El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia 13.12.2012, kohta 166.

19. Ulkomaalaislaissa maasta poistaminen tarkoittaa kolmannen maan kansalaisen maahantulon epäämistä (142.1 §), ulkomaalaisen käännättämistä (141.2 §) ja ulkomaalaisen karkottamista (143 §). Ks. Janne Aer, Ulkomaalaisoikeuden perusteet. Alma Talent 2016, s. 294–296. Ulkomaalaislain 3.1 §:n mukaan tarkoitetaan 1) ulkomaalaisella henkilöä, joka ei ole Suomen kansalainen; 2) unionin kansalaisella ja häneen rinnastettavalla Euroopan unionin (EU) jäsenvaltion sekä Islannin, Liechtensteinin, Norjan ja Sveitsin kansalaista; ja 2 a) kolmannen maan kansalaisella muun maan kansalaista kuin unionin kansalaista ja häneen rinnastettavaa.

20. EIT, N.A. v. Finland 14.11.2019, kohdat 76, 81–82.

21. Ibid., kohta 70.

hakijan henkilökohtaista vainon pelkoa välittömästi tukeva selvitys on hänen oma kertomuksensa. Muun selvityksen esittämistä hakijalta ei ole välttämättä edes kohtuullista odottaa. Pakolaisoikeudessa noudatettava *benefit of the doubt* -periaate mahdollistaa kansainvälisen suojelun myöntämisen myös kyseisenlaisessa tilanteessa. Tällöin kuitenkin edellytetään, että vakuututaan hakemuksen yleisestä uskottavuudesta.<sup>22</sup> Sen selvityksen, jonka turvapaikanhakija kykenee esittämään hakemuksensa tueksi, on oltava uskottavaa ja luotettavaa.<sup>23</sup>

Kysymys turvapaikanhakijan hakemuksensa tueksi esittämän asiakirjaselvityksen aitoudesta ja alkuperästä ei ole merkityksellinen pelkästään arvioitaessa sitä selvityksenä, joka on esitetty tukemaan jotakin hakijan väitettä. Jos turvapaikanhakija on tietoisesti esittänyt hakemuksensa tueksi asiakirjoja, jotka todetaan väärennetyiksi, tämä voi vaikuttaa arvioon hakijan yleisestä uskottavuudesta ja sitä kautta koko turvapaikkahakemuksen menestymismahdollisuuksiin.<sup>24</sup> Yleensä hallintomenettelyssä ja hallintolainkäyttöprosessissa selvityksenä esitettyjen kotimaisten viranomaisasiakirjojen aitoutta ja alkuperää ei epäillä, ellei tällaiseen ilmene erityistä syytä. Asiakirjan laatinut viranomainen voi olla osapuolena prosessissa tai asiakirjan luotettavuus on muuten helposti arvioitavissa esimerkiksi vertaamalla sen sisältöä muuhun asiassa saatuun selvitykseen. Turvapaikanhakijoiden esittämien kotimaansa viranomaisten laatimiksi väitettyjen asiakirjojen kohdalla vastaavia keinoja ei ole käytettävissä.

Tapauksen N.A. v. Suomi tosiseikoista ilmenee, että Suomen poliisi oli ottanut yhteyttä Irakin viranomaisiin. Irakin viranomaiset olivat vahvistaneet Suomen poliisin tiedot siitä, että N.A:n isä oli yhä elossa ja että kuolintodistus ja Irakin poliisin rikosilmoitus kuolemasta olivat väärennetyjä. Ottamatta millään tavalla kantaa Suomen poliisin menettelyyn kyseisessä asiassa totean yleisesti, että voimassa oleva lainsäädäntö suhtautuu hyvin tiukasti tällaisiin tiedusteluihin. Lain viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999, JulkiisuusL) 24 §:n 1 momentin 31 c kohta määrää lähtökohtaisesti viranomaisten Suomessa oleskelevaa ulkomaalaista koskevat asiakirjat salassa pidettäviksi, jos on perusteltu syy epäillä, että tiedon antaminen niistä vaarantaa asianosaisen tai

22. Ks. *benefit of the doubt* -periaatteesta UNHCR, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. December 2011, s. 38–39, saatavilla osoitteessa <https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html> (haettu 8.10.2021); Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/95/EU vaatimuksista kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden määrittämiseksi kansainvälistä suojelua saaviksi henkilöiksi, pakolaisten ja henkilöiden, jotka voivat saada toissijaista suojelua, yhdenmukaiselle asemalle sekä myönnetyn suojelun sisällölle (uudelleen laadittu määritelmädirektiivi) 4 artikla sekä ulkomaalaislaki 98.3 §.

23. Ks. turvapaikkahakemuksen uskottavuuden arvioinnista Aer 2016, s. 273–278.

24. Ks. yleisestä uskottavuudesta ja sen merkitykselle arvioitaessa kansainvälisen suojelun tarvetta James C. Hathaway – Michelle Foster, *The Law of The Refugee Status*. Cambridge University Press 2014, s. 100–102 ja Aer 2016, s. 273–278.

hänen läheisensä turvallisuuden. Tästä poikkeaminen vaatii erillistä sääntelyä. Riippumatta siitä, onko henkilö Suomessa, vastaavin edellytyksin salassa pidettäviä ovat myös muun muassa asiakirjat, jotka koskevat kansainvälisen suojelun tarvetta, ulkomaalaisen maahantulon edellytyksiä ja maassa oleskeluoikeutta tai niiden perustetta (JulkisuusL 24 § 1 mom 24 kohta). UlkomL 97 b §:ssä on vielä erikseen säädetty, että ulkomaalaislaissa tarkoitetut viranomaiset eivät saa yksittäisessä kansainvälistä suojelua koskevassa asiassa hankkia tietoa tavalla, jonka seurauksena vainoa harjoittavat tai vakavaa haittaa aiheuttavat toimijat saavat tietää kansainvälistä suojelua koskevasta asiasta ja joka vaarantaa asianomaisen tai hänen läheistensä turvallisuuden.<sup>25</sup>

Edellä mainittujen säännösten edellyttämä vahinkoarvio estää tehokkaasti varsinkin turvapaikka-asioissa sen, että Suomesta käsin tiedusteltaisiin turvapaikanhakijan kotimaan viranomaiselta kyseisen viranomaisen antamaksi väitetyn asiakirjan aitoutta. Vaikka tiedustelun yhteydessä ei kerrota Suomessa käsiteltävän asian laatua, turvapaikanhakijan kotimaassa lienee varsin helposti pääteltävissä, mistä on kysymys. Salassapito ei lakkaa myöskään turvapaikanhakijan kuolemaan tai esimerkiksi turvapaikka-asian lainvoimaiseen hylkäämiseen (JulkisuusL 31 §), vaan tällöinkin on suoritettava vahinkoedellytysarvio.<sup>26</sup>

Turvapaikanhakijan henkilöllisyyttä osoittavan passin tai muun vastaavan henkilöllisyysasiakirjan aitoutta arvioidaan yleensä ensimmäiseksi poliisin tai Rajavartiolaitoksen toimesta osana ulkomaalaisvalvontaa.<sup>27</sup> Passin ja vastaavan asiakirjan turvaominaisuudet mahdollistavat tämän ilman, että Suomesta ollaan yhteydessä passin myöntäneeseen turvapaikanhakijan kotimaan viranomaiseen. Sen sijaan muissa turvapaikanhakijan esittämissä asiakirjoissa tällaisia turvaominaisuuksia ei yleensä ole. Mikäli asiakirja esitetään ainoastaan valokopiona, esimerkiksi asiakirjassa olevien leimojen aitoudesta on vaikeaa varmistua. Alkuperäisinä esitettyjen asiakirjojen osalta on taas huomattava, että tietotekniikan kehitys mahdollistaa laadukkaiden asiakirjaväarennösten valmistamisen edullisesti käytännössä kenen tahansa toimesta. Lisäksi on otettava huomioon turvapaikanhakijan kotimaan viranomaisten mahdollinen korruptoituneisuus. Tämä on merkittävä ongelma useiden Suomeen saapuvien turvapaikanhakijoiden kotimaissa.

Turvapaikanhakijan kotimaan viranomaisten antamaksi väitettyjen asiakirjojen painoarvoa turvapaikkaperusteita vahvistavana selvityksenä ei tule arvioida vähäiseksi suoraan edellä mainittujen ongelmien perusteella. Turvapaikanhakijan omaa lausumaa arvioitaessa kiinnitetään huomiota kertomuksen

25. Ks. myös Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2013/32/EU, annettu 26 päivänä kesäkuuta 2013, kansainvälisen suojelun myöntämistä tai poistamista koskevista yhteisistä menettelyistä 30 artikla.

26. Ks. ulkomaalaisasioiden julkisuudesta ja salassapidosta Aer 2016, s. 70–72 sekä ratkaisut KHO 2013:120 ja KHO 2013:121.

27. Ks. UlkomL 7 luku ja erityisesti 129 a, 129 b, 130 ja 132 §.

ristiriidattomuuteen ja johdonmukaisuuteen kaiken muun asiassa esitetyn tai muuten saadun selvityksen kanssa. Asiassa saatua kirjallista selvitystä tulee arvioida vastaavasti. Huomiota voidaan kiinnittää asiakirjojen johdonmukaisuuteen turvapaikanhakijan asiassa kertoman kanssa ja asiakirjojen sisällön ristiriidattomuuteen maatietoraporteista tai muista vastaavista lähteistä saatavan selvityksen kanssa.<sup>28</sup> Asiakirjojen aitoutta on mahdollista arvioida myös silmämääräisesti ilman sen kummempaa erikoisosaamista tai laitteistoa. Esimerkiksi jos useammassa asiakirjassa on sama leima samassa asennossa ja samoine virheineen, voi olla syytä epäillä, että kyseessä ei ole musteleima. Mikäli turvapaikka-asian käsittelyn katsotaan vaativan asiakirjan aitouden selvittämistä tarkemmin kuin Maahanmuuttovirasto tai asiaa käsittelevä tuomioistuin on kykenevä suorittamaan, harkittavaksi tulee ulkopuolisen avun pyytäminen. HL 10 §:n 1 momentin mukaan viranomaisen on toimivaltansa rajoissa ja asian vaatimassa laajuudessa avustettava toista viranomaista tämän pyynnöstä hallintotehtävän hoitamisessa sekä muutoinkin pyrittävä edistämään viranomaisten välistä yhteistyötä. Saman pykälän 2 momentin mukaan viranomaisten välisestä virka-avusta säädetään erikseen. HOL:n 43 §:n 1 momentin mukaan hallintotuomioistuin voi oma-aloitteisesti pyytää erityistä asiantuntemusta vaativasta kysymyksestä lausunnon muulta kuin päätöksen tehneeltä viranomaiselta taikka yksityiseltä asiantuntijalta. Tuomioistuin voi myös kuulla asiantuntijaa suullisessa käsittelyssä.

Lainsäädäntö siis mahdollistaa esimerkiksi poliisin tai Rajavartiolaitoksen kuulemisen asiakirjan aitoudesta. Sen sijaan erillisen rikosteknisen tutkimuksen pyytämässä rajanveto siitä, milloin on kysymys toisen viranomaisen avustamisesta ja milloin taas virka-avusta, ei ole yksiselitteistä. HL:n esitöissä avustamispynnön käyttöalaa on rajattu ensinnäkin pyynnön kohteena olevan viranomaisen toimivaltaan kuuluviin asioihin. Lisäksi pyynnön tulisi olla asian laatuun nähden oikeasuhtainen ja tarkoituksenmukainen.<sup>29</sup> Migri on lähtenyt siitä, että se voi pyytää toista viranomaista tutkimaan käsittelemässään asiassa esitetyn asiakirjan aitouden. Migrin oman ohjeen mukaan asiakirjan aitous tutkitaan Migrissä, jos poliisin tai Rajavartiolaitoksen kantaa asiakirjan aitouteen ei ole kirjattu ulkomaalaisasioiden asiankäsittelyjärjestelmään. Vaihtoehtoisesti Migri voi hyödyntää Rajavartiolaitoksen asiakirjatutkintaa. Tarvittaessa Migri lähettää

28. Ks. KHO 2019:23. Ks. asiakirjojen aitouden arvioinnista myös *European Asylum Support Office:n* opas EASO Practical Guide: Evidence Assessment. Publications Office of the European Union 2015, s. 15, saatavilla osoitteessa [https://easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-Practical-Guide\\_-\\_Evidence-Assessment.pdf](https://easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-Practical-Guide_-_Evidence-Assessment.pdf) (haettu 8.10.2021).

29. Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta 72/2002 vp, yksityiskohtaiset perustelut, 10 §. Ks. rajanvedosta myös Seppo Laakso – Outi Suviranta – Veijo Tarukannel, Yleishallinto-oikeus. Tampereen yliopisto. Oikeustieteiden laitos 2006, s. 160–161.

asiakirjan lausuntoa varten Keskusrikospoliisin Rikostekniseen laboratorioon.<sup>30</sup> Ohjeessa ei ole tarkemmin määritelty, miten asiakirjojen aitoutta voidaan tutkia Migrissä tai millä edellytyksillä aitouden tutkimista voidaan pyytää muilta viranomaisilta.<sup>31</sup>

#### 4. Lopuksi

Arvioitaessa turvapaikka-asiaa kansallisesti tai EIS 2 ja 3 artiklojen rikkomista EIT:ssä voidaan päätyä hakijan tai valittajan kannalta myönteiseen ratkaisuun vajaallakin selvityksellä, kun asianosaisella on asian seikoista ja olosuhteista johdun vaikeuksia esittää selvitystä perusteidensa ja väitteidensä tueksi. Tämä tuo mukanaan kohonneen riskin siitä, että asiassa annettu ratkaisu on aineellisesti väärä. Suojattavien oikeuksien merkittävyyden takia tätä riskiä on perusteltu sietää. Riskiä on kuitenkin mahdollista pienentää panostamalla asian selvittämisen laatuun ja edellytyksiin. Keskeisintä olisi onnistua asian selvittämisessä heti viranomaiskäsittelyssä. Se, miten asia ratkaistaan ja perustellaan ensimmäisen kerran, vaikuttaa asian käsittelyyn myöhemmissä tuomioistuinprosesseissa. Vaikutuksen voimakkuus riippuu tuomioistuinprosessissa sovellettavista säännöksistä ja periaatteista.

EIT tutki tapauksessa *N.A. v. Suomi* 2 ja 3 artiklojen suojaamia oikeuksia eli oikeutta elämään ja kidutuksen kieltoa. Näitä artikloja koskevia valituksia, joissa asiaa on aiemmin käsitelty hallintotuomioistuimessa, Suomea vastaan on EIT:n HUDOC-tietokannan mukaan jätetty tutkimatta tuomiolla tai päätöksellä

30. Maahanmuuttoviraston turvapaikkaohje (MIGDno-2019-377, 28.5.2019), voimassaoloaika 1.6.2019–1.6.2021, s. 17. Tätä kirjoitettaessa uutta ohjetta ei ole julkaistu. Migristä saadun tiedon mukaan vanhoja ohjeita kuitenkin hyödynnetään soveltuvin osin seuraavaan päivitykseen asti.

31. Ottamatta kantaa Migrin toimintaan, totean yleisesti, että mikäli Rajavartiolaitoksen tai Keskusrikospoliisin tutkiminnan hyödyntäminen tulkittaisiin virka-avun pyytämiseksi, asiasta tulisi olla säädetty erikseen lailla. Poliisilain (872/2011) 9 luvun 1 §:n 1 momentti ja Rajavartiolaitoksesta annetun lain (578/2005) 77 §:n 1 momentti edellyttävät tätä yhdessä HL 10 §:n 2 momentissa säädetyn kanssa. Ulkomaalaislaissa ei ole säädetty mahdollisuudesta pyytää virka-apua asiakirjaväärennösten tutkimiseksi. Oikeudellista tilaa ei voida pitää tältä osin tyydyttävänä. Menettelyn asiakirjaväärennösten tutkimiseksi ulkomaalaisasioissa pitäisi olla selkeää jo yhdenvertaisen kohtelun nimissä. Kysymys on myös resurssista. Turvapaikka- ja oleskelulupa-asioissa esitetään vuosittain huomattava määrä erilaista muualta kuin Suomesta peräisin olevaa asiakirjaselvitystä. Ks. myös Migrin Itä-Suomen yliopistolta tilaama selvitys, jonka mukaan olisi syytä pohtia lainvalmistelutarvetta poliisin velvollisuudesta antaa virka-apua Migrille (Evganiya Kurvinen – Matti Muukkonen – Tomi Voutilainen, *Selvittämiselvollisuus ja tiedonhankinta ulkomaalaisasioissa*. Oikeustieteiden tiedekunta 21.8.2020, s. 193).

yhteensä 50 kertaa.<sup>32</sup> Langettavia tuomioita on tullut vain yksi.<sup>33</sup> Tämä yhdessä kotimaisen viranomais- ja oikeuskäytännön kanssa on voinut vaikuttaa siihen, miten asiaa on Suomen puolesta ”prosessattu”. Myös asiakirjaselvityksen esittäminen ensi kerran vasta EIT:lle on voinut tehdä tilanteesta poikkeuksellisen. Joka tapauksessa nyt voidaan todeta, että EIS 38 artikla ja EIT:n omaksumat tulkin-takäytännöt huomioon ottaen Suomelta olisi ollut perusteltua odottaa aktiivisempaa otetta asian selvittämiseksi heti ensimmäisessä käsittelyssä. Kuten edellä on tuotu esille, esitettyjen asiakirjojen luotettavuudesta olisi ollut mahdollista argumentoida usealla eri perusteella, jolloin EIT olisi myös joutunut arvioimaan niiden painoarvoa nyt tapahtunutta laajemmin. Suomen edustaminen EIT:ssä kuuluu ulkoministeriön (UM) vastuulle.<sup>34</sup> Mahdolliset selvittelytoimet eivät ole tätä kirjoitettaessa tiedossa, mutta sekin on syytä todeta, että UM:llä olisi ollut mahdollisuus pyytää muilta viranomaisilta apua HL 10 §:n 1 momentin sallimissa puitteissa.

*Klaus Järvinen*

32. Haku on 15.9.2021 kohdistettu kaikkiin tuomioihin (*judgments*) ja päätöksiin (*decisions*), suodattimena ”Finland” ja avainsanoina kaikki artiklojen 2 ja 3 kohdat sekä ”Administrative Court”.

33. Edellisessä alaviitteessä todettuun hakuun on lisätty suodattimeksi ”violation”.

34. Valtioneuvoston asetus ulkoministeriöstä (1171/2005) 1.1 § 19 kohta. Tässä kirjoituksessa ei ole mahdollista käsitellä tarkemmin UM:n asemaa ja velvollisuuksia sen edustaessa Suomea EIT:ssä.



*Kiinan oikeudellisesta kehityksestä kattavasti*Lakimies  
7–8/2021  
s. 1413–1415**Chen, Albert HY****An Introduction to the Chinese Legal System.**

Viides painos, LexisNexis. Hong Kong 2021. XXII + 445 sivua.

Hongkongin yliopiston oikeustieteen professori *Albert HY Chen* on julkaissut viimeisimmän painoksen jo alun perin vuonna 1992 ilmestyneestä kirjastaan *An Introduction to the Chinese Legal System*. Sittemmin kirjasta on julkaistu useita painoksia, joista nyt arvioitava laitos on jo viides. Painosten runsas määrä kieliä siitä, että tällaiselle teokselle riittää kysyntää vuodesta toiseen, olihan kirjan ensimmäinen painos ilmestyessään yksi ensimmäisistä englanninkielisistä teoksista Kiinan kehittyvästä oikeusjärjestelmästä.

Muutos edelliseen neljanteen painokseen kiteytyy kirjan viimeiseen lukuun, jossa kirjoittaja esittelee pääpiirteissään huomattavampia Kiinan oikeudellisia uudistuksia vuoden 2011 jälkeen aina vuoteen 2018 asti. Voidaan kuitenkin kysyä, riittääkö yksi ajantasainen luku korvaamaan sen, että suurinta osaa kirjan sisällöstä eli muita 10 lukua ei ole päivitetty vuoden 2011 jälkeen. Tämän luvun anti jää hiukan pintapuoliseksi, sillä siinä kirjoittaja lähinnä tyytyy esittelemään deskriptiivisesti muutoksia kirjan lukujen mukaisessa järjestyksessä, jolloin muutosten vaikutusten arviointi jää sängen niukaksi. Toisaalta Kiinan presidentin ja Kiinan kommunistisen puolueen (CCP) *Xi Jinpingin* vaikutus oikeuden viimeaikaiseen kehitykseen ei jää tämän luvun jälkeen epäselväksi, ja siitä muodostuukin yksi luvun kantavista pääteemoista.

*Xi Jinpingin* vallan lisääntyminen käy myös vahvasti ilmi viidennen painoksen esipuheesta (s. xiv). Chen nimittäin käsittelee siinä pakollisten muodollisuuksien lisäksi enimmäkseen Xin ajamia muutoksia, joista merkittävimmäksi nousee presidentin valtakausien poistaminen. Tämä mahdollistaa Xin jatkamisen maan johdossa potentiaalisesti kuolemaansa saakka. Lisäksi Chen pohtii ansiokkaasti sitä, miten vallan siirtämisen lykkääminen saattaa enteillä ongelmia Kiinan poliittisessa kentässä Xin poistumisen jälkeen. Juuri tämän tyyppistä, syvällisempää analyysiä olisin kaivannut enemmän itse teoksessa ja erityisesti sen viimeisimmässä, päivitettyssä luvussa.

Kirja koostuu siis johdantoinen 11 luvusta. Kirjan johdanto on otsikkonsa mukaisesti vain johdanto aiheeseen, mutta jää harmillisesti suppeaksi. Koska kirja kuitenkin (liitteet pois lukien) kattaa yli 300 sivua, olisi nimenomaan kii-reistä lukijaa palvellut johdannossa kirjan lukujen keskeisen sisällön tiivistämisen, mitä Chen ei kuitenkaan siis tee. Alaviitteitä on teoksessa määrällisesti melko kohtuullisesti, joskin paikoin ne ahmaisevat puolet sivusta ja pistävät eittämättä suomalaisen lukijakunnan silmään. Jos alaviitteissä onkin säästely, niin samaa ei voida todeta liitteistä. Vaikka liitteitä on määrällisesti vain neljä,

sivumääräisesti ne käsittävät lähes 100 sivua. Näihin sivuihin mahtuu teoksen lähdeluettelon (s. 355–397) lisäksi kattava listaus Kiinaa käsittelevistä kirjallisuuslähteistä (s. 345–354), samoin kuin listaus keskeisestä lainsäädännöstä ja oikeusnormeista (s. 413–437) aina keskeisten termien mandariinikiinan sanastoon (s. 399–412).

Vaikka minkään maan oikeutta ei pystytä analysoimaan irrallaan yhteiskunnallisesta kontekstista, erityisesti Kiinan oikeusjärjestelmän hahmottaminen edellyttää edes jonkinlaisia pohjatietoja Kiinan historiallisesta ja poliittisesta kehityksestä. Tämä heijastuu myös kirjan rakenteessa: ensimmäiset kolme kappaletta, joissa historiallisella aikajanalla esitellään tärkeimmät muutokset, valmistelevat lukijaa ymmärtämään Kiinan oikeusjärjestelmää. Näitä kappaleita seuraavat perustuslain ja poliittisen järjestelmän esittely sekä oikeuslähteiden, oikeudellisten instituutioiden ja prosessioikeuden esittely. Lukija pääsee vasta toiseksi viimeisessä kappaleessa lyhyesti tutustumaan itse Kiinan aineelliseen oikeuteen, siihenkin varsin lyhyesti ja ytimekkäästi. Nimensä mukaisesti kirja onkin esittely Kiinan oikeusjärjestelmästä, eikä niinkään Kiinan aineellisen oikeuden lohkoista.

Kirjan ansiona on pidettävä sitä, ettei Chen tarjoa valmiiksi pureskeltuja vastauksia, vaan jättää myös tilaa lukijan omalle pohdinnalle. Esimerkiksi kysymys siitä, kuinka pitkälle Kiinan oikeusjärjestelmä on länsimaalaistunut, jää pitkälti lukijan omaan harkintaan (s. 23). Samoin Chen esittää Kiinan oikeudellisesta kehityksestä yhdeksän kiperän kysymyksen listauksen (s. 5). Jokaisesta näistä kysymyksestä voisi jo itsessään kirjoittaa itsenäisen teoksen. Kysymyksissä Chen pohtii esimerkiksi sitä, missä määrin Kiinan oikeus voidaan luokitella oikeusperheenä siviilioikeuteen; miten Kiinan liittyminen WTO:hon vaikuttaa maan oikeuden kehitykseen; ja toisaalta sitä, missä määrin maan poliittiset voimat tulevat jarruttamaan Kiinan oikeudellista kehitystä. Kirjoittajan motivaatio olla tarjoamatta valmiita ratkaisuja saattaa myös johtua osaltaan siitä, että hänen asemansa on puun ja kuoren välissä. Hongkongissa hänen kirjoituksiaan pidetään liian myötämielisinä manner-Kiinaa kohtaan, kun taas mannerkiinalaisille hänen ajatuksensa saattavat näyttytyä liian liberaaleina.

Kokonaisuutena arvioiden teos on laaja mutta riittävän tiivis yleisesitys, joka tarjoaa pelkkää englantia taitavalle lukijalle kattavasti syvällistä tietoa. Toisaalta kiinan osaamisestakaan ei ole haittaa, koska Chen viljelee paljon kiinankielisiä termejä, joihin viitataan kattavasti myös liitemateriaaleissa. Chenin kirjoitus-tyyli on harmillisesti hiukan puisevaa, eikä teoksessa ole juuri hyödynnetty tarinallisuutta saati huumoria. Toisaalta kirja on hyvin informatiivinen eikä jätä tarkkojen vuosilukujen ja numeroiden ystäviä kylmäksi. Yksi teoksen suurimmista ongelmista on sen olematon saatavuus. Saksan Jenassa toimiva *Thüringer Universitäts- und Landesbibliothek* suostui pitkin hampain tarjoamaan teoksen kaukolainaksi niin, että sitä oli mahdollista lukea vain kaukolainaa pyytäneen kirjaston lukusalissa. Tätä menettelyä perusteltiin kirjan heikolla saatavuudella

niin kirjastoissa kuin kirjakaupoissa. Jos tämän kirjan kuitenkin onnistuu saamaan jollakin konstilla käsiinsä, niin edellä mainituista heikkouksista huolimatta se tarjoaa kattavasti tietoa Kiinan oikeusjärjestelmän kehityksestä ja nykytilasta yhdeltä alan johtavalta asiantuntijalta.

*Päivi Hutukka*

**Kolehmainen, Antti – Räbinä, Timo**

Jäämistösuunnittelu I ja II

Alma Talent. Helsinki 2020 ja 2021. 475 + 533 sivua.

## 1. Yleistä teosten sisällöstä

Kysymys, millä tavoin yksilö voi vaikuttaa tulevan jäämistönsä kohtaloihin, on herättänyt viime aikoina paljon huomiota tiedotusvälineissä. Sanoma- ja aikakauslehdet sisältävät harva se päivä kirjoituksia, joissa annetaan ohjausta näissä asioissa. Tyypillisiä tietoisuuksien aiheita ovat esimerkiksi elämänkumppanin aseman turvaaminen, mahdollisuus rintaperillisen sivuuttamiseen, pätevän avioehdon tai testamentin tekeminen ja perimyksen liittyvien verojen minimointi.

Tähän samaan tematiikkaan pureutuvat professori *Antti Kolehmainen* ja oikeusneuvos, dosentti *Timo Räbinä* nyt arvioitavassa kaksiosaisessa teossarjassaan. Sen ensimmäisessä osassa (*Jäämistösuunnittelu I*) aihetta käsitellään perittävän toteuttaman suunnittelun näkökulmasta, ja toisessa osassa (*Jäämistösuunnittelu II*) mielenkiinto suunnataan lesken ja perillisten toimintaan perinnönjättäjän kuoleman jälkeen. Suunnittelun kohteina tarkasteltavia asiaryhmiä ovat kummassakin osassa seuraavat neljä: 1) kuolinpesän hallinto, 2) jaettavaksi tulevan omaisuuden määrä ja laatu, 3) kuka tai ketkä ovat omaisuuden saajia sekä 4) mitä ja kuinka paljon he jäämistöstä saavat. Tarkastelussa otetaan huomioon sekä yksityisoikeudelliset että verotukselliset näkökohdat.

Kirjoittajat eivät ole teemansa kanssa asialla ensimmäistä kertaa. Heiltä ilmestyi vuonna 2012 teos *Jäämistösuunnittelu*, jossa keskityttiin perittävän käytettävissä oleviin keinoihin ohjata varallisuuden siirtymistä jälkipolville.<sup>1</sup> Uusi teossarja tarjoaa näin aiheeseen tätä ensiteosta selvästi laajemman näkökulman, tuodaanhan siinä tarkasteluun mukaan perittävän kuoltua tapahtuva kuolinpesän osakkaiden jäämistösuunnittelu. Laajentumista on tapahtunut myös sivumäärässä. Kun vuoden 2012 Jäämistösuunnittelu-kirjalla oli mittaa (ilman hakemistoja) 347 sivua, uusi Jäämistösuunnittelu I yltää 475 sivuun ja Jäämistösuunnittelu II 533 sivuun. Tarjolla on siis runsaan 1 000 sivun laajuinen tietopaketti.

1. Teoksesta on *Pekka Tuunaisen* laatima kirja-arvostelu; ks. lähemmin Defensor Legis 2013, s. 682–684.

Tarkastelun painopiste teoksissa on Suomessa asuvan perittävän yksityisvällisyyteen kohdistuvassa jäämistösuunnittelussa. Yrityksen sukupolvenvaihdokseen liittyvät kysymykset on joitakin poikkeuksia lukuun ottamatta rajattu tarkastelun ulkopuolelle. Melko selvä raja on tehty myös luonteeltaan kansainvälisyksityisoikeudellisten kysymysten suhteen. Perittävän mahdollisuus lakiviittauksen avulla määrätä perimyksen sovellettavasta laista saa kyllä ansaitsemansa huomion, mutta muuten on näiden ongelmien käsittely jätetty suppeaksi.

## 2. Teosten rakenne

Jäämistösuunnittelu siinä muodossa, kuin se tässä teossarjassa käsitetään, on laaja kokonaisuus, jota voidaan hahmottaa monella eri tavoin. Aihetta saatetaan lähestyä ensinnäkin perittävän tai perillisten käytettävissä olevien instrumenttien näkökulmasta. Tällöin käsitellään esimerkiksi lahjan, testamentin ja avioehtosopimuksen käyttämistä jäämistösuunnittelun välineinä. Toisen mahdollisen jäsenysperusteen tarjoavat jäämistöintresanttien oikeudet, niiden huomioon ottaminen ja niiden sisältöön vaikuttaminen. Tarkasteltavina ovat tällöin esimerkiksi puolison avio-oikeuden, rintaperillisten lakiosaoikeuden ja toissijaisille perillisille perintökaaren (40/1965, PK) 3 luvun säännösten mukaan kuuluvien oikeuksien perittävän määräämisvallalle asettamat rajoitukset. Merkitystä on lisäksi etutahojen menettelyllisillä oikeuksilla esimerkiksi kuolinpesän hallinnossa ja perinnönjaossa, samoin kuin menettelyä koskevilla kysymyksillä yleisemminkin.

Nämä kaksi lähestymistapaa on teoksissa yhdistetty. Tämä näkyy hyvin jo ensimmäisen osan 2. luvussa ”Parisuhdenormisto ja jäämistösuunnittelu”, jossa tarkastellaan yhtäältä avioehtosopimusta jäämistösuunnittelun välineenä ja toisaalta avio-oikeuskysymysten huomioon ottamista erilaisia jäämistöjärjestelyjä tehtäessä. Luvusta selviää näin esimerkiksi se, mitä eri määräyksiä avioehtosopimukseen voidaan ottaa. Tämän ohella lukijalle annetaan hyvä kuva siitä, millaista epävarmuutta esimerkiksi osituksen sovittelua koskeva avioliittolain (234/1929, AL) 103b § voi saada aikaan testamentin tai lahjan tehokkuutta ajatellen: perittävän avio-osan suuruus ei ole täysin ennakoitavissa, vaikka häneltä jäävä omaisuusmäärä melko tarkasti tiedettäisiinkin. Ykkösosan myöhemmissä luvuissa esitys etenee päälukujen tasolla instrumenttivetoisesti niin, että luvussa 3 käsitellään testamenttia, luvussa 4 henkivakuutusta, luvussa 5 lahjaa, luvussa 6 erityyppisiä luovutuksen ja testamentin rajoilla liikkuvia oikeustoimia, luvussa 7 perinnöstä luopumista perittävän eläessä ja luvussa 8 edunvalvontavaltuutusta. Lukuun sisällä tarkastelu on sitten vuorostaan ”oikeusperusteista”. Selvitettävänä

siis on, mitä rajoituksia tai reunaehtoja esimerkiksi lesken avio-oikeus tai rintaperillisten oikeus lakiosaan asettavat tietyn suunnittelukeinon käyttämiselle.

Perillisten ja lesken jäämistösuunnittelua koskevan Jäämistösuunnittelu II:n dispositio on hieman toisenlainen. Se etenee enemmänkin kuolinpesän selvitykseen ja jakoon kuuluvien osavaiheiden mukaisesti. Tarkasteltavina ovat luvuittain esitettynä: 2. perunkirjoitus, 3. kuolinpesän hallinto, 4. jäämistöomaisuutta ja perillisasemaa koskevat oikeustoimet (kuten perintöosuuden luovutus ja perittävän kuoltua tapahtuva perinnöstä luopuminen), 6. jäämistöositus, 7. PK 3 luvun mukainen pesänjako ja 8. perinnönjako. Lyhyen katkon tähän kronologiseen etenemiseen aiheuttaa jäämistöoikeudellista avustusta ja työhyvitystä käsittelevä 5. luku. Perhevarallisuus oikeuden näkökulmasta osaa II voisi ehkä parhaiten luonnehtia kuolinpesän osakasta avustavan lakimiehen oppaaksi, jossa annetaan tietoa osakkaan oikeuksista ja niiden toteuttamisesta. Varsinaiset suunnittelunäkökohdat tulevat selvemmin esille verotuksellisissa jaksoissa, joille onkin tässä osassa perustellusti annettu huomattava painoarvo. Esimerkiksi omaisuuden myyntiajankohdasta taikka osituksen ja perinnönjaon sisällöstä päätettäessä voi olla tärkeää kiinnittää huomiota eri vaihtoehtojen veroseuraamuksiin ja tietyn vaihtoehdon valinnalla saavutettavissa oleviin verosäästöihin.

Teosten rakenteen, esimerkiksi lukujaotuksen ja esittämisjärjestyksen pohjittaminen on varmasti tuottanut kirjoittajille paljon työtä ja päänvaivaa. Tässä tehtävässä he ovat onnistuneet erinomaisesti. Tarkastelu etenee luontevasti ja johdonmukaisesti, ja asiat tuntuvat tulevan esille oikeissa yhteyksissään. Turhaa toistoakaan en teoksia lukiessani havainnut – kaikkea toistoahan ei tämän kaltaisissa kirjoissa voi eikä tarvitse yrittääkään välttää.

### 3. Käsitteilytapa

Kun teoksen nimenä on Jäämistösuunnittelu, sen pääsisällön voisi olettaa olevan teoksen tarjoamissa konkreettisissa toimintaohjeissa. Lukijalle siis annettaisiin kuvauksia pulmallisiksi osoittautuneista käytännön ongelmatilanteista ja kerrottaisiin esimerkiksi siitä, millä tavoin tietty omaisuus voidaan kätevimmin siirtää halutulle uudelle omistajalle rintaperillisten lakiosasuojan estämättä tai miten osituksen ja perinnönjaon suhteen pitäisi menetellä, jotta tietty perillisten suunnittelema myynti saataisiin toteutetuksi mahdollisimman kevein veroseuraamuksin. Tällaista tietoa Jäämistösuunnittelu -teossarja antaakin, mutta ei aivan yksinkertaisella tavalla. Mistään maallikolle suunnatusta, helpotajuisia menettelyvinkkejä jakavasta esityksestä ei ole kysymys, vaan teokset on tarkoitettu vaativaan ammattikäyttöön.

Tyypillisestä käytännön opaskirjasta *Jäämistösuunnittelun* erottaa ennen muuta kirjoittajien työlleen asettama tutkimuksellinen tavoite. Teoksen ykkösosan alkusivuilla määritetään sen tutkimuskysymys: *millä tavoin ja missä laajuudessa perittävä pystyy muovaamaan sitä lopputulosta, joka seuraa lakiperusteisten normien varaan jättäytymisestä*. Samalla tavalla on tutkimuskysymys muotoiltu kakkososassa – kuitenkin niin, että jäämistösuunnittelijoina ovat siinä perittävän asemesta leski ja perilliset. Asetettu kysymys ei jää vastausta vaille, vaan teossarjan kumpikin osa päättyy yhteenvetolukuun (”Kokoavia näkökohtia”), joka sisältää tiivistetyn kuvauksen jäämistösuunnittelun tarjoamista mahdollisuuksista.

Tutkimuksellinen ote näkyy myös siinä, että teossarja sisältää valtavan määrän voimassaolevan oikeuden sisällön lainopillista tarkastelua. Voi sanoa, että siinä tulevat käsitellyiksi likimain kaikki käytännössä tärkeät perintökaaren säännökset sekä jäämistöoikeudellisesti relevantit avioliittolain normit. Laajasti huomiota osakseen saavat myös monet perintö- ja lahjaverolain (378/1940, PerVL) sekä omaisuuden luovutusvoittoverotusta koskevat tuloverolain (1535/1992) säännökset. Jäämistö- ja aviovarallisuus oikeudellisten säännösten merkitys on suurimmillaan perittävän harjoittamassa jäämistösuunnittelussa, kun hänen täytyy ottaa huomioon esimerkiksi rintaperillisten, lesken ja toissijaisen perillisen asemaa koskevat perintökaaren pakottavat säännökset. Perillisten ja lesken jäämistösuunnittelussa taas painottuvat vero-oikeudelliset näkökohdat. Osakkaathan saavat yleensä toimittaa osituksen ja perinnönjaon sopimallaan tavalla – avioliittolain ja perintökaaren jakonormeista piittaamatta – mutta toimituksen verovaikutuksista he eivät voi disponoida.

Vaikka oikeustilan kuvaus on tarkoitettu ennen muuta tukemaan teoksen pääkysymyksen, jäämistösuunnittelun mahdollisuuksien arviointia, se saa välillä melko itsenäisen aseman. Kirjoittajat eivät tyydy laista suoraan ilmenevien pääsääntöjen esittelyyn vaan ottavat monesti kantaa myös säännösten synnyttämiin tulkintaongelmiin, kiistanalaisiakaan kysymyksiä väistämättä. Tällaista tarkastelua sisältyy sekä perhevarallisuus- että vero-oikeudellisiin jaksoihin. Monessa kohdin teos muistuttaa näin enemmän verojuridiikalla rikastettua jäämistö- ja aviovarallisuus oikeuden tieteellistä yleisesitystä kuin käytännön käsikirjaa. Esitys pysyy kuitenkin koko ajan käytännönläheisenä ja konkreettisenä. Lukijalle tarjotaan hyvää, systemaattisella otteella kirjoitettua ja selventävillä esimerkeillä havainnollistettua jäämistö- ja verolainoppia, jonka tarjoamaa oppia hän voi sitten hyödyntää omassa tapauksessaan. Tällainen tieto on etenkin juristilukijalle huomattavasti käyttökelpoisempaa kuin yksittäisiä ongelmatilanteita varten annettu keittokirjamainen opastus. Tässäkin pätee vanha viisaus: mikään ei ole niin käytännöllistä kuin hyvä teoria.

Tarkasteluotteen tieteellisyydestä kertoo myös teoksen laajahko lähdeluettelo. Lähteisiin myös viitataan niin kuin tutkimuksellisessa lainopissa on ollut tapana. Kriittinen lukija ei tosin voi välttyä havaitsemasta viittaustarkkuudessa lievää epätasaisuutta. Teoksissa on kohtia, joissa lähdeviitteiden tai lisälähteiden mer-

kitseminen olisi lisännyt tekstin vakuuttavuutta ja tarjonnut apua käsiteltävästä aiheesta lisätietoja etsivälle.

Teossarjan kumpikin osa on kauttaaltaan huolellista työtä, enkä havainnut niissä varsinaisia asiavirheitä. Pientä huomautettavaa toki aina löytyy; näin laajaan esitykseen tahtoo esimerkiksi väkisin jäädä epäjohdonmukaisuuksia. Otan seuraavassa esille yhden tällaisen kritiikille alttiin kohdan.

Teoksen I osassa (s. 98–99) nostetaan esille oikeustieteessä runsaasti keskustelua synnyttänyt tulkintaongelma: lesken PK 3:1a:n mukaisen asumissuojan mahdollinen vaikutus lakiosan laskemiseen. Ongelma konkretisoituu, kun jäämistöön sisältyy lesken elinikäiseen hallintaan PK 3:1a:n nojalla jäävä asunto ja esimerkiksi perittävän tekemän testamentin tai ennakkoluovutuksen vuoksi joudutaan määrittämään rintaperillisten lakiosien suuruudet. Syntyy kysymys, otaanko asunto lakiosalaskelmassa huomioon täydestä arvostaan vai tehdäänkö siitä lesken hallintaoikeudesta aiheutuvaa rasisitusta vastaava vähennys.

Oikeuskirjallisuudessa tulkintaongelmaan on tarjottu kahta vastakkaista ratkaisua: *Aulis Aarnion*, *Urpo Kankaan* ja *Ahti Saarenpään* puoltama vähennyksen torjuva kanta sekä *Markku Helinin* ja allekirjoittaneen omaksuma hallintaoikeusvähennyksen tekemistä suosittava kanta.<sup>2</sup> Kolehmainen ja Räbinä päätyvät, näkemyksensä hyvin perustellen, puoltamaan jälkimmäistä tulkintaa.<sup>3</sup> He toteavat sen johtavan oikeudenmukaisempiin lopputuloksiin kuin tulkinnan, jossa perillisten omistaja-asemaa merkittävästi rajoittava hallintaoikeus jätetään kokonaan huomioon ottamatta.

Sama kysymys nousee esille teoksen II osassa (s. 481–482). Siinä kirjoittajat yllättäen arvioivatkin kysymystä toisin. He pitävät oikeustilaa epäselvänä, mutta arvelevat vallitsevan kannan olevan, että lesken asumisoikeutta *ei* tule ottaa huomioon lakiosia laskettaessa. Näyttää siis siltä, että I osassa esitetty päinvastainen kannanotto olisi kirjoittajilta kokonaan unohtunut.<sup>4</sup> Esityksen perusteella ei ainakaan synny sitä vaikutelmaa, että kysymys olisi tietoisesta – heinäkuun 2020 ja huhtikuun 2021 välisenä aikana tapahtuneesta – kannanmuutoksesta.

2. Tästä keskustelusta kokoavasti ks. Lohi Tapani, *Legaatinsajaan oikeusasemasta*. Talentum 2011, s. 272–280.

3. Kysymystä tarkastellaan teoksessa myös *perintöosien* laskemisen kannalta ja päädytään käyttöoikeusvähennyksen tekemisen kannalle. Ks. lähemmin *Jäämistösuunnittelu I*, s. 351.

4. Hieman yllättävältä kirjoittajien kannanotto tuntuu myös verrattaessa sitä heidän yhtä sivua aikaisemmin perintöosien määrittämisen osalta omaksumaansa tulkintaan. Tässä kohdin he nimittäin päätyvät – käsityksensä laajasti perustellen – sille jo I osassa edustamalleen kannalle, että lesken PK 3:1a:n mukainen oikeus tulee ottaa huomioon perintöosia määrättäessä. Saatetaan kysyä, eivätkö ne hyvät argumentit, joita kirjoittajat mainitun tulkinnan tueksi esittävät, olisi puoltaneet saman säännön noudattamista myös lakiosalaskelmissa.



#### 4. Jäämistöjärjestelyjen verovaikutuksista

Teossarjassa käsitellään seikkaperäisesti erilaisiin jäämistöjärjestelyihin liittyviä verotuskysymyksiä. Tämä tarkastelu paitsi antaa lukijalle erinomaisen perehdytyksen jäämistövero-oikeuteen myös tuo havahduttavalla tavalla esille sen, kuinka suuressa määrin perittävän kuolemaan liitännäisten varallisuusdisponointien verovaikutukset voivat määräytyä perittävän ja hänen oikeudenomistajiensa tekemien valintojen mukaan. Tietyn varallisuuden jälkipolville siirtämisestä tai perinnöksi jättämisestä aiheutuva verorasitus ei todellakaan ole vakio, vaan siihen on mahdollista vaikuttaa monin eri keinoin. Huomattava merkitys saattaa olla ensinnäkin sillä, millaisia määräyksiä perittävä testamenttiinsa tai lahjakirjaansa ottaa tai miten hän omistajanvaihdokset ajoittaa. Vähintään yhtä tärkeiksi voivat osoittautua ne ratkaisut, joita perittävältä jääneet leski ja perilliset tekevät esimerkiksi osituksen, perinnönjaon ja jäämistöomaisuuden luovuttamisen suhteen.

Jäämistöjuristin ammattitaitoon kuuluu, että hän hallitsee vaihtoehtoisten jäämistöjärjestelyjen veroseuraamuksissa olevat erot. Oikeustieteessä ja lainvalmistelussa olisi kuitenkin syytä joskus pysähtyä pohtimaan myös sitä, missä määrin tällainen erikohtelu on oikeuspoliittisesti perusteltua. Onko siis perintöverotuksessa järkevää antaa merkitystä esimerkiksi sille, täyttääkö tietty perittävän perilliselleen antama lahja perintöverotuksen näkökulmasta ennakkoperinnön tunnusmerkistön? Minkä takia vaikkapa järjestely, jossa perittävä antaa jokaiselle lapselleen 100 000 euron lahjan ja jättää loput varansa heille perinnöksi, saa aikaan pienemmät verot kuin järjestely, jossa mainittu lahjoitus tehdään inter vivos vain osalle lapsista ajatuksin, että lasten väliset suhteet tasaantuvat perinnönjaossa PK 6 luvun ennakkoperintösäännösten nojalla? Yhtä lailla voidaan kysyä, tuleeko avio-oikeudesta vapaan omaisuuden luovuttamisen tasingoksi todella saada aikaan aivan erilaiset veroseuraamukset kuin jos tasingoksi valitaisiin avio-oikeuden alaista omaisuutta.

Sikäli kuin jäämistöjärjestelyjen veroseuraamuksissa havaitaan asiallisesti perusteettomia eroja, kysymys on merkittävästä ongelmasta. Tällainen sääntely saa ensinnäkin aikaan jäämistöntresenttien epäyhdenvertaista kohtelua. Jos esimerkiksi kaksi rintaperillistä on saanut perittävältään yhtä suuren vastikkeettoman varallisuusedun, saannosta välittömästi tai välillisesti koituvat veroseuraamukset eivät saisi ilman perusteltua syytä poiketa toisistaan. Toinen haitallinen seuraus on, että verotusnäkökohdat alkavat helposti ohjata liiaksi ihmisten käyttäytymistä ja saada heidät valitsemaan kannaltaan epätydyttäviä ratkaisuja. Ajatellaan vaikkapa jäämistöositusta, jossa lesken tasinko-oikeus olisi kaikkien osakkaiden kannalta tarkoituksenmukaisinta toteuttaa niin, että tasinkoksi annetaan perittäville kuulunut avio-oikeudesta vapaa loma-osake. Tieto siitä, että tällaista varallisuudensiirtoa arvioidaan verotuksessa vapaaehtoisena

luovutuksena eikä verovapaana tasinkosaantona, voi saada osituspuolet valitsemaan tasingoksi jotakin avio-oikeuden alaista omaisuutta, vaikka näin ei ehkä päästäisikään esineellisessä mielessä optimaaliseen lopputulokseen.

Kolehmainen ja Rabinä aiheellisesti varoittavatkin kummankin teoksensa aluksi verojen minimoinnin vääristä houkutuksesta.<sup>5</sup> Totta tosiaan: muutaman tuhannen euron verosäästön tuottama ilo voi haihtua nopeasti, kun puoliso tai perillinen jälkikäteen huomaa, miten epätarkoituksenmukainen heidän valitsemansa järjestely on ollut tarjolla olleeseen, hylättyyn vaihtoehtoon verrattuna. Tällaiset varoituksen sanat saattavat kuitenkin kaikua kuuroille korville tai unohtua, kun verottaja ehkä nähdään suurimpana vihollisena, jolle ei tule antaa mitään ylimääräistä.

Vaihtoehtoiisiin jäämistöjärjestelyihin perusteetta liitetyt erilaiset veroseuraamukset ovat siis huomion arvoinen oikeuspoliittinen ongelma. Lainopin näkökulmasta erityisen ongelmallista taas on, jos tällaisen erikohtelun alaiseksi joutuu kaksi varallisuusosikeudellisesti samansisältöistä järjestelyä. Tästä ehkä tunnetuimman esimerkin tarjoaa PerVL 15.1 §:ssa annettu niin kutsuttua *yhteistestamenttia* koskeva säännös. Lainkohdassa todetaan, että jos tietty omaisuus tulee testamentin nojalla yhteisesti kahdelle tai useammalle henkilölle, jotka ovat erilaisessa sukulaisuussuhteessa testamentintekijään, vero määrätään sen henkilön sukulaisuuden mukaan, joka on *kaukaisinta* sukua. Tällainen yhteistestamentti johtaa näin lähtökohtaisesti ankarampaan perintöverotukseen kuin testamentti, jossa saajille tulee kullekin erikseen tietty murto-osa kyseisestä omaisuudesta. Siinä tapauksessa, että testamentinsaajina ovat aviopuolisot, on yhteistestamentiksi katsomisen vaikutus kuitenkin päinvastainen. PerVL 15.1:ssa nimittäin säädetään, että aviopuolisolle yhteisesti testamentatusta omaisuudesta vero lasketaan *läheisempää* sukua olevan saajan mukaan.

PerVL 15.1 §:ssa lähdetään siis siitä, että on mahdollista tehdä ero näiden kahden testamenttaustavan kesken. Perittävän oletetaan voivan määrätä esimerkiksi tietty kiinteistö A:lle ja B:lle joko 1) yhteisesti taikka 2) sillä tavoin erikseen, että kumpikin saa siitä tietyn murto-osan (tavallisimmin puolet). Perintöverotuksen toimittajan tulisi täten aina testamenttia tulkitsemalla ottaa kantaa siihen, kummalla tavalla perittävä on tarkoittanut saannon tapahtuvan. Oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa onkin jouduttu hahmottelemaan kriteerejä kyseisen tulkintaongelman ratkaisemiseksi. Tämä pohdinta vaikuttaa kuitenkin mielettömältä. Oikeudessamme ei yksinkertaisesti tunneta sellaista jaotonta yhteissaantoa, jollaiseen yhteistestamenttia koskeva säännös viittaa. Jos

5. Teoksen I osan s. 3 todetaan osuvasti: ”Verotusta koskevat kysymykset ja verosuunnittelu saavat käytännön elämässä usein ylikorostuneen aseman. Oikeustoimien sisällön määrää liian usein verotus. Häntä heiluttaa koiraa. Lopputulos saattaa olla verotuksellisesti tarkastellen sinänsä optimaalinen, mutta järjestelyn asiallinen sisältö ei vastaa perittävän tahtoa, eikä se ehkä ole jäämistöön osallistenkaan näkökulmasta toimiva.”

tietty kiinteistö testamentataan A:lle ja B:lle omistusoikeuksin, se tuottaa aina heille samanlaisen murto-osaisen yhteisomistuksen. Kaikki ne rajankäyntikriteerit, joita oikeuskäytännössä ja -tieteessä on koetettu PerVL 15.1:n ympärillä kehitellä, ovat näin keinotekoisia, ja niiden varassa on mahdotonta tehdä varallisuus oikeuden näkökulmasta kestävää juridista päättelyä.

Viimeksi mainitut PerVL 15.1 §:n ongelmat ovat tietysti olleet teoksen kirjoittajien tiedossa. Lainkohdassa tehdyn erottelun epämielikkyydestä huolimatta lukijalle on ollut syytä antaa se opastus, jonka avulla hän osaa valita säännöksen soveltamiskäytäntö huomioon ottaen verotuksellisesti edullisimman toimintatavan.<sup>6</sup> Tämän kirjoittajat ovatkin tehneet taitavasti. Teoksessa omaksuttu tieteellinen tarkasteluote huomioon ottaen olisi kuitenkin lisäksi toivonut, että säännöksen yhteensopimattomuus varallisuus oikeuden järjestelmän kanssa olisi tuotu esille hieman näkyvämmiin. Lukijalle olisi ollut hyvä kertoa, että lainkohtaa sovellettaessa ollaan tekemisissä sellaisen erottelun kanssa, jolla ei ole vastaavuutta varallisuus oikeudessa ja jota ei siksi oikeastaan pitäisi joutua koskaan tekemään. Kun tästä sääntelymme ongelmallisuudesta tyydytään nyt huomautamaan lyhyesti yhdessä alaviitteessä (Jäämistösuunnittelu I s. 144 av. 191), koko asia jää helposti havaitsematta.

## 5. Lopuksi

Antti Kolehmainen ja Timo Räbinä ovat kirjoittaneet jäämistösuunnittelusta erinomaisen teossarjan, joka tulee epäilyksittä kulumaan käyttäjiensä käsissä. Se hyödyttää erityisesti juristeja, joiden tehtävänä on neuvoa ja opastaa yksityishenkilöitä jäämistöoikeudellisissa ja jäämistöverotukseen liittyvissä kysymyksissä. Vaikka teoksissa painottuu suunnittelunäkökulma, ne tarjoavat merkittävää apua myös oikeudellisen ratkaisutoiminnan tueksi esimerkiksi pesänjakajille, tuomareille ja verotuspäätöksiä tekeville. Teosten tieteellisen otteen vuoksi käyttäjäkuntaan tulevat lisäksi kuulumaan perhe- ja jäämistöoikeuden ja vero-oikeuden tutkijat sekä opiskelijat.

Kirjoittajat suosittavat takakansiteksteissä teoksiaan ”kaikille oman omaisuutensa kohtalosta kiinnostuneille”, siis myös maallikoille. Tätäkin tarkoitusta teokset toteuttavat, niin selkeästi ne on kirjoitettu. Toinen asia sitten on, kuinka laajamittaiseen jäämistösuunnitteluun voi lainopillista koulutusta vailla oleva tällaisen itseopiskelun avulla ryhtyä. Jos teoksiin perehtyy vähänkään tarkemmin, useimmat niissä tarkastelluista ongelmista paljastuvat siinä määrin monisyisiksi

6. Ks. lähemmin Jäämistösuunnittelu I, s. 143–148.

## KIRJALLISUUTTA

ja vaativiksi, että edes kohtalaisella itsekritiikillä varustettu lukija ymmärtänee hakeutua juridisen asiantuntijan puheille.

*Tapani Lohi*

**Phelan, William**

Great Judgments of the European Court of Justice: Rethinking the Landmark Decisions of the Foundational Period

Cambridge: Cambridge University Press 2019 (paperback 2021). XX + 258 sivua.

## 1. Aluksi

Euroopan unionin oikeuden historia on kasvava tutkimusala. Alan tutkijoiden kiinnostuksen kohteina ovat viime vuosina olleet erityisesti EU-tuomioistuimen varhaiset ratkaisut ja niiden taustalla vaikuttaneet henkilöt. Kehitykseen ovat vaikuttaneet EU:n arkistojen aiempaa parempi saatavuus niiden tultua keskiteykiksi Italian Firenzeen, EU-oikeuden historiaa enenevässä määrin käsittelevät aikakausjulkaisut sekä näiden julkaisujen taustalla toimivat tuotteliaat tutkijat. Käsillä oleva Trinity Collegen (Dublin) apulaisprofessori *William Phelanin* teos sijoittuu tähän tutkimukselliseen viitekehykseen.

Hahmotellessaan katalogiaan merkittävistä varhaisista ratkaisuista Phelan tukeutuu erityisesti tuomioistuimen pitkäaikaisen presidentin *Robert Lecourtin* (1908–2004) kirjoituksiin. Teoksen läpäisevänä teemana painotetaan jäsenvaltioiden kesken vallitsevan kansainvälisoikeudellisten vastatoimien kiellon merkitystä vuoden 1957 Rooman sopimuksen järjestelmässä. Lecourtin oikeudellisen ajattelun merkitystä valotetaan kieltoa koskevan oikeuskäytännön taustalla. Näistä lähtökohdista teos tarjoaa myös uuden näkökulman EU-oikeuden välittömän vaikutuksen ja etusijan oppeihin.

## 2. Teoksen sisältö

Teos jakautuu johdantoon, loppupäätelmiin ja yhdeksään päälukuun. Vuosina 1961–1979 annettua yhdeksää tuomiota käsittelevät luvut noudattelevat yhtenäistä kaavaa: ensiksi esitellään tuomioistuimen ratkaisu, seuraavaksi luodaan katsaus muuhun asiaan liittyvään oikeuskäytäntöön, ja lopuksi analysoidaan ratkaisun merkitystä osana EU-oikeuden laajempaa kehitystä. Phelanin

valitsevat EU-tuomioistuimen ratkaisut ovat osin yllätyksettä (kuten asiat 26/62 *Van Gend en Loos*, 6/64 *Costa*, 106/77 *Simmenthal*, 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* ja 41/74 *Van Duyn*), mutta mukaan mahtuu myös harvemmin varhaisesta oikeuskäytännöstä esiin nostettuja tuomioita (asiat 90–91/63 *komissio v. Luxemburg ja Belgia* ja 21–24/72 *International Fruit*) sekä lähestulkoon unohdettuja tapauksia (7/61 *komissio v. Italia* ja 232/78 *komissio v. Ranska*).

Harvemmin käsiteltyjä ratkaisuja hyödyntäen Phelan vertaa vuoden 1957 Rooman sopimusta muihin monenvälisiin kansainvälistä kauppaa säänteleviin järjestelmiin, kuten vuoden 1947 GATT-sopimukseen, arvioiden erityisesti niiden täytäntöönpanojärjestelmiä. Ensimmäisenä käsitteilyyn valittu sianlihatuotteiden maahantuontirajoituksia koskenut rikkomusmenettelyasia 7/61, *komissio v. Italia*, on Phelanin mukaan tässä suhteessa merkittävä, koska EU-tuomioistuin vahvisti siinä Rooman sopimuksen sulkevan pois jäsenvaltioiden mahdollisuuden asettaa yksipuolisesti tuontirajoituksia. Kirjoittaja korostaa ratkaisussa vahvistettujen yhtenäistettyjen menettelyjen systeemimerkitystä nostamalla esiin aikalaisarvioita Rooman sopimuksen täytäntöönpanomekanismien puutteellisuudesta.

Tästä seuraava kirjoittajan pääargumentti rakentuu maitotuotteiden tuontilupamaksuja koskeneissa asioissa 90–91/63, *komissio v. Luxemburg ja Belgia*, tehdyn ratkaisun ympärille. Kyseisellä tuomiolla EU-tuomioistuin vahvisti, että Rooman sopimuksen järjestelmässä vallitsee kansainvälisoikeudellisten vastatoimien kieltö, jonka mukaan sopimusosapuolet eivät voi vedota muiden toimijoiden sopimuskenvastaiseen toimintaan oikeutuksena omille rikkomuksilleen. Phelan katsoo tämän kiellon olevan koko EU-oikeuden järjestelmälle ratkaisevan tärkeä periaate (ks. esim. s. 232–233, jossa siihen viitataan ilmaisulla ”*the master principle of the European legal order*”), joka auttaa ymmärtämään myös tarpeen EU-oikeuden välittömille oikeusvaikutuksille. Lampaanlihan tuontirajoituksia ja maksuja koskeva asia 232/78, *komissio v. Ranska*, on vastaavasti sisällytetty teoksen ”suuriin” tuomioistuinratkaisuihin, sillä siinä vahvistettiin vastatoimien kieltö nimenomaan jäsenvaltioiden välillä.

Teos lähestyy vakiintuneesti kanonisoituja ratkaisuja *Van Gend en Loos*, *Costa*, *Van Duyn* ja *Simmenthal* samasta näkökulmasta. Ne esitetään teoksessa ennen kaikkea osana tuomioistuimen visiota varmistaa Rooman sopimuksella perustetun oikeusjärjestyksen toimivuus tilanteessa, jossa kansainvälisen oikeuden mukaiset vastatoimet oli suljettu pois. Phelan havainnollistaa argumenttiaan vertaamalla *Van Gend en Loos* -ratkaisussa ilmaistua oppia Rooman sopimuksen välittömästä vaikutuksesta *International Fruit* -ratkaisuun. Jälkimmäisessä ratkaisussa katsottiin, etteivät GATT:n määräykset luoneet välittömiä oikeusvaikutuksia, joihin yksilöt voisivat vedota kansallisissa tuomioistuimissa. Phelanin mukaan ratkaisujen keskinäinen ero selittyy sillä, että Rooman sopimuksen piirissä jäsenvaltioiden väliset vastatoimet oli kielletty, mikä edellytti yksityisten toimijoiden valjastamista yhteiseurooppalaisen oikeuden valvojiksi, kun taas

GATT salli sopimusvaltioiden väliset vastatoimet eikä välittömien oikeusvaikutusten tunnustaminen siten ollut aiheellista.

### 3. Arviointia

Teoksen nimi voisi virheellisesti johtaa lukijan ajattelemaan, että käsillä on lähinnä oikeustapauskatalogi kommentein. EU-tuomioistuimen tärkeimpinä pidettyjen ratkaisujen nimeämisellä ja analysoimisella on sinänsä pitkä perinteet. Esimerkkeinä tästä ovat Phelaninkin johdonmukaisesti mainitsevat *Jean Boulois*'n ja *Roger-Michel Chevallier*'n *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes* (Dalloz, 1974) sekä myöhäisempi *Miguel Pórigues Maduron* ja *Loïc Azoulain* toimittama *The Past and Future of EU law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Hart, 2010). Phelanin teos kuitenkin eroaa näistä teoksista siinä, että ratkaisuja arvioidaan läpi teoksen kulkevan pääargumentin kautta. Näin ollen se tarjoaa paitsi näkökulmia yksittäisiin ratkaisuihin, myös vaihtoehtoisen tavan lähestyä varhaista oikeuskäytäntöä kootusti vertaamalla Rooman sopimuksen täytäntöönpanomekanismeja muihin monenvälisiin kansainvälisen kaupan alan sopimusjärjestelmiin.

Metodologisesti varhaisia ratkaisuja arvioidaan paitsi lainopillisesti myös osana niiden historiallista kontekstia ja aikalaislähteitä hyödyntäen. Phelan painottaa sekä toisen maailmansodan jälkeisten kauppasopimusten vallitsevia sääntelymalleja että ratkaisujen takana olevia henkilöitä. Teoksessa korostetaan yhteismarkkinakontekstia alleviivaamalla ratkaisujen taustalla vaikuttaneiden, verrattain teknisluonteisten tosiseikastojen arvioinnin merkitystä. Erityisen laajasti hyödynnetään 1960- ja 1970-luvuilla Luxemburgissa tuomarina ja tuomioistuimen presidenttinä toimineen Robert Lecourtin kirjoituksia, mukaan lukien tämän 1930-luvulla kirjoitettua yliopistollista väitöskirjaa. Kyseisen opinnäytteen aiheena oli Ranskan oikeuden kiinteään omaisuuteen kohdistuva edunpalautuskanne, jonka perimmäisenä tarkoituksen oli minimoida omankädenoikeus kiinteistöriidoissa. Lecourtin elämänsä eri vaiheissa laatimien kirjoitusten kautta Phelan osoittaa tämän näkemysten vaikutuksen EU-tuomioistuimen varhaisen, erityisesti vastatoimien kieltoa koskevan oikeuskäytännön taustalla.

Phelanin esitys on perusväitteidensä osalta vakuuttava. Erityisesti teoksen voidaan katsoa aiheellisesti painottavan asiassa 90–91/63, *komissio v. Luxemburg ja Belgia*, annetun ratkaisun tärkeyttä varhaisen oikeuskäytännön ymmärtämisessä. Vaikka kyseinen ratkaisu ei ole ollut aiemminkaan tuntematon, sen perinteisesti vähäisemmästä statuksesta kertoo osaltaan esimerkiksi sen jättäminen oikeustapauskokoelman suomenkielisen erityispainoksen ulkopuolelle. Phelan kritisoi aiheellisesti EU-oikeuden yleisesityksiä, jotka eivät ota tarpeeksi

huomioon varhaisen oikeuskäytännön taustalla vaikuttaneita tosiseikkoja ja kontekstia, mukaan lukien jäsenvaltioiden välillä vallitsevan vastatoimien kiellon merkitystä EU-oikeuden ominaispiirteinä. Erityisesti vähemmän tunnetun oikeuskäytännön analyysi on antoisaa luettavaa. Ainoastaan esityksen kronologian hieman rikkova, *Internationale Handelsgesellschaft* -ratkaisua käsittelevä viimeinen oikeustapauskäytäntö jää muuhun kokonaisuuteen nähden irralliseksi, olkoonkin, että siihen sisältyy mielenkiintoisia näkökohtia valtiosopimusten tulkintakäytännöstä ja varhaisen EU-oikeuden reseptiosta jäsenvaltioissa.

Phelan ottaa teoksen lopussa vielä kiitettävästi kantaa revisionistisen näkemyksensä merkityksestä keskustelulle EU:n valtiosääntökehityksestä. Kirjoittaja katsoo, että varhaisen oikeuskäytännön analyysissä ratkaisujen yksityiskohdat ja niiden historiallinen asiayhteys pakottavat arvioimaan niiden konkreettisia vaikutuksia. Tällöin erityisesti jäsenvaltioiden välisten vastatoimien kieltä on tunnistettavissa huomattavaksi edistysaskeleeksi, kun sitä verrataan muissa monenvälisissä kansainvälisen kaupan sopimusjärjestelyissä toteutettuihin ratkaisuihin. Tämä nimenomaan valtioiden välisiä suhteita koskeva muutos ei kuitenkaan Phelanin mukaan itsessään luonut vielä 1960-luvulla Euroopan laajuista valtiosääntöjärjestystä. Teoksessa sen sijaan tasapainoisesti todetaan, että kehityskulku teki myöhemmin mahdolliseksi entistä valtiosääntöisemmän ymmärryksen Rooman sopimuksella luodusta oikeusjärjestyksestä.

*Pekka Pohjankoski*



## Vuoden 2021 palkinnot ja apurahat

---

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen rahastoista jaettiin palkintoja ja apurahoja yhteensä 204 676 euroa., vastaava luku vuotta aiemmin oli 171 970 euroa.

Yhdessä Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön kanssa palkintoja ja apurahoja jaettiin kaikkiaan yli 351 000 euroa. Yhdessä Laitisen säätiön kanssa Suomalainen Lakimiesyhdistys on suurin oikeustieteen rahoittaja yhdistys- ja säätiökentässä.

### Allan Serlachius-Särkilahti -palkinto kansleri Thomas Wilhelmssonille

Allan Serlachius-Särkilahti -palkinto voidaan myöntää tunnustuksena suomalaiselle oikeustieteen harjoittajalle, joka on joko viimeksi kuluneen vuoden aikana tai pitemmällä aikavälillä toiminut erityisen ansiokkaasti oikeustieteen tutkijana tai opettajana taikka oikeustieteellisen tutkimuksen, koulutuksen tai keskustelun edistäjänä taikka suomalaisen oikeustieteen ja oikeuden tunnetuksi tekijänä kotimaassa tai ulkomailla. Valittavan henkilön ansioiden pääpainon tulee olla oikeustieteen tutkimuksessa tai opetuksessa. Palkinnon suuruus on 10 000 euroa.

Kansleri, professori Thomas Wilhelmsson täyttää kiistatta kaikki tämän tunnustuksen myöntämisen edellytykset.

Professori Thomas Wilhelmsson on maamme johtavia asiantuntijoita useilla siviili- ja kauppaoikeuden lohkoilla, muun muassa sopimusoikeudessa, vahingonkorvausoikeudessa, vakuutusosoikeudessa, kuluttajaoikeudessa ja yhtiöoikeudessa. Lisäksi Thomas Wilhelmsson on ansioitunut oikeusteoreetikko. Wilhelmssonin tutkimukset ovat teoreettisesti korkeatasoisia ja samalla merkittäviä käytännön oikeuselämän kannalta. Tyypillisesti hän tarkastelee aiheitaan sekä oikeus- että yhteiskuntatutkijana. Tutkimuksista välittyy käsitys siitä, että hänen mukaansa ylipäätään tarkka rajanveto oikeusdogmaattisen ja muun oikeustutkimuksen välille on epätarkoituksenmukainen, ellei peräti mahdoton. Varsinkin Wilhelmssonin tutkimuksia *Social civilrätt* (1987) ja *Senmodern ansvarsrätt* (2001) on kiitetty tutkimusmenetelmien uudistamisesta, ja niitä on pidetty opihistoriallisesti tärkeinä uusien keskusteluvaiheiden avaajina.



Jani Laukkanen

Professori Thomas Wilhelmsson on tehnyt pääosan työurastaan Helsingin yliopistossa. Hänet nimitettiin siviili- ja kauppaoikeuden professoriksi vuonna 1982. Hän toimi yliopiston vararehtorina vuosina 1998–2008, rehtorina vuosina 2008–2013 ja kanslerina vuosina 2013–2017. Siten myös akateemisena johtajana professori Wilhelmssonin kokemus ja näytöt ovat vertaansa vailla. Niistä toimistaan hänet tunnetaan keskustelevana johtajana, joka kykenee myös kiperiin päätöksiin ja kantamaan niistä oman vastuunsa.

Omassa toiminnassaan professori Thomas Wilhelmsson on korostanut oikeustieteellisen tutkimuksen yhteisöllistä luonnetta. Hänen johdossaan on toiminut useita Suomen Akatemian rahoittamia tutkimushankkeita muun muassa hyvinvointivaltiollisen ja eurooppalaistuvan yksityisoikeuden teemoista. Wilhelmssonin tutkimushankkeet ovat tyypillisesti olleet teemoiltaan kansainvälisiä, ja monet nuoret tutkijat ovat hyötynet uraa aloitellessaan hänen verkostoistaan ja yhteyksistään. Väitöskirjaohjaajana Wilhelmsson tiedetään kannustavaksi ja ymmärtäväiseksi rinnallakulkijaksi, joka omalla rakentavalla kritiikillään tuloksetkaasti auttaa ohjattavia löytämään oman tiensä. Hänen ohjauksessaan valmistuneet väitöskirjat edustavat useita eri oikeudenaloja ja tutkimustapoja. Wilhelmsson on toiminut myös Foundations of European Law -tutkijakoulun ja esimerkiksi Foundations of European Law and Polity -huippuyksikön johtotehtävissä.

Professori Thomas Wilhelmsson on edistänyt suomalaisen oikeustieteen kansainvälistymistä. Vuosikymmeniä hän on osallistunut oikeudenalojensa kansainväliseen keskusteluun ja esittänyt julkaisuissaan painavia puheenvuoroja muun muassa yksityisoikeuden eurooppalaistumisesta. Siinä hän on kannattanut sellaisia integraation muotoja, jotka turvaavat oikeuden dynaamista luonnetta, uudistumiskykyä ja ”oikeudellisten ideoiden vapaata liikkuvuutta”. Hän on toiminut lukuisissa huomattavissa työryhmissä, kuten Euroopan sopimusoikeuskomissiossa (ns. Lando-komissiossa) ja Acquis-ryhmässä, ja yhdistyksissä, kuten kansainvälisessä kuluttajaoikeusyhdistyksessä.

Professori Thomas Wilhelmssonin toiminta ruotsinkielisen oikeuskulttuurin vaalijana Suomessa ja pohjoismaisen oikeustieteellisen yhteistyön edistäjänä on niin ikään merkittävää. Pohjoismaisessa oikeusyhteisössä hänen oikeustieteellinen tutkimuksensa ylittää rajoja kuin luonnostaan.

Professori Thomas Wilhelmsson on Uppsalan, Oslon ja Tarton yliopistojen kunniaohtori. Hänelle on myönnetty esimerkiksi pohjoismainen Knut ja Alice Wallenbergin säätiön palkinto ansioista oikeustieteen alalla.

Suomalainen Lakimiesyhdistys liittyy kansleri, professori Thomas Wilhelmssonin työn julkisen arvostuksen osoittajiin ja samalla kiittää häntä tähänastisesta työstä suomalaisen oikeustutkimuksen ja -opetuksen eteen.

## Vuoden 2020 väittelijän palkinto oikeustieteen tohtori Jussi Jaakkolalle

Jussi Jaakkola tarkastelee väitöskirjassaan ”European Economic Integration, Fiscal Interdependence, and the Crisis of the Social and Democratic Tax State”, kuinka Euroopan integraatio on muuttanut poliittista tilaa, jossa Euroopan unionin jäsenvaltioiden vero-oikeudelliset järjestelmät muotoutuvat. Jussi Jaakkola väitteli Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa artikkeliväitöskirjamuotoisella tutkimuksellaan 25.9.2020.

Oikeustieteen tohtori Jussi Jaakkolan tutkimuksessa Euroopan integraatio hahmotetaan rakenteellisesti epäsymmetriseksi kehitykseksi. Yhtäältä yritysten ja pääoman kansainvälinen liikkuvuus Euroopassa on



Jani Laukkainen

syventynyt EU:n sisämarkkinoiden myötä. Toisaalta jäsenvaltioiden tuloverojärjestelmät ovat pitkään ja olennaisilta ratkaisuiltaan säilyneet kansallisen päätöksenteon asiana. Integraation epätasapainoinen rakenne on ollut omiaan lisäämään jäsenvaltioiden verojärjestelmien keskinäisriippuvuutta, minkä seurauksena kansallinen veropolitiikka on muuttunut verokilpailun politiikaksi. Väitöskirjan tematiikka on paitsi ajankohtainen myös oikeudellisesti ja laajemminkin yhteiskunnallisesti merkittävä.

Tutkimuksen keskeinen lähtökohta on, kuinka markkinaintegraatio ja verokilpailu synnyttävät uudenlaisen liitoksen politiikan ja talouden välille. Kun ylikansallisesti liikkuvan pääoman rooli veropolitiikassa vahvistuu, on seurauksena verotuksen demokraattisen legitimitetin moninainen murentuminen. Verotuksen saralla markkinoiden ja politiikan keskinäinen määräysvalta on osittain muotoutunut uudelleen. Tutkimuksen mukaan verokilpailun logiikka muuttaa olennaisesti myös oikeuden funktiota. Vero-oikeus toimii enenevästi vaihdannan kohteen roolissa, kun vero-oikeudelliset ratkaisut mielletään vastikkeeksi ylikansallisesti liikkuvan pääoman läsnäolosta valtion verotusvallan alaisuudessa. Tutkimuksen mukaan verotuksen sääntely ylikansallisella tasolla, kuten Euroopan unionissa, saattaisi auttaa palauttamaan vero-oikeuden demokraattista legitimitettä. Toisaalta tämä kehitys herättäisi kysymyksen ylikansallisen vero-oikeuden demokraattisista mahdollisuuksista. Verotuksen kysymykset kääntyvät nopeasti kysymyksiksi demokratian ehdoista: demokraattinen vero-oikeus onkin vaikeasti hahmotettavissa kansainvälisessä järjestelmässä, jossa demokratian mahdollisuudet kansallisella tasolla ovat ehtineet heikentyä mutta sen edellytykset ylikansallisella tasolla eivät ole ehtineet muotoutua.

Jussi Jaakkolan väitöskirjassa analyttinen ja kriittinen käsittely on nyansseiltaan rikasta sekä kauttaaltaan oppinutta, perusteellista ja tarkkaa, vaikkakin varsin monipolvista. Tutkimuksen rakenne on selkeä. Vero-oikeuden järjestelmää tarkastellaan asiantuntevasti yhteiskunnallisten kehityspiirteiden valossa. Yhteenveto ja arvostetuissa kansainvälisissä julkaisukanavissa julkaistut artikkelit muodostavat sisällöllisesti koherentin, hallitun kokonaisuuden, joka on kielellisesti hiottu, myös kiitettävän monitieteinen ja lisää tietoa tutkittavaksi valitusta teemasta.

Oikeustieteen tohtori Jussi Jaakkola työskentelee tällä hetkellä Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa tutkijatohtorina.

### Lakimies-aikakauskirjan kirjoittajapalkinnot (à 3 000 e)

- Lakimies-lehden kirjoituspalkinto parhaasta vuonna 2020 julkaistusta kirjoituksesta myönnetään professori Jaakko Husalle kirjoituksesta ”Tuomioistuintratkaisut oikeuslähteenä – oikeuslähteoppi ja oikeusyhteisön kulttuurinen identiteetti” (LM 7–8/2020) ja
- vuoden 2020 nuorten kirjoittajien palkinto myönnetään OTM Minni Leskiselälle kirjoituksesta ”Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus? – Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa” (LM 3–4/2020).

### Oivallisten oikeustieteen maisteritutkielmien palkinnot (à 2 000 e) v. 2020 valmistuneista tutkielmista

- OTM *Karin Cederlöfille* Helsingin yliopistosta valtiosääntöoikeuden tutkielmasta ”Gammal och skröplig eller funktionshindrad? Gränsdragningen mellan normalt åldrande och funktionshinder ur människorättssynvinkel”
- OTM *Päivi Hutukalle* Helsingin yliopistosta oikeusvertailun/eurooppaoikeuden tutkielmasta ”Intellectual Property and Financial Markets Law in Comparative Context”
- OTM *Jarno Heinolle* Turun yliopistosta rikosprosessioikeuden tutkielmasta ”Hätävarjelu-oikeus hätävarjelutilanteissa”
- OTM *Julia Korkatille* Lapin yliopistosta prosessioikeuden tutkielmasta ”Vähäisyysperusteinen syyttämättä jättäminen erityisesti parisuhdeväkivaltarikoksissa”
- OTM *Jussi Karkkulaiselle* Itä-Suomen yliopistosta rikosoikeuden tutkielmasta ”Junanvaunuja täyttämässä. Volitiivinen tahallisuus seksuaalisessa ahdistelussa ja lapsen seksuaalisessa hyväksikäytössä”

**Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen tutkimusrahastosta ja Ministeri, molempien oikeuksien tohtori K. G. Idmanin rahastosta myönnetty apurahat**

Tutkimusapurahat vuoden päätoimiseen väitöskirjatyöhön (à 23 668 e)

- OTM *Henri Halilalle* Helsingin yliopistosta prosessioikeuden väitöskirjatyöhön ”Esteellisyys modernissa asianajotoiminnassa”
- OTM, KTM, HuK *Päivi Hutukalle* Helsingin yliopistosta kansainvälisen yksityisoikeuden ja oikeusvertailun väitöskirjatyöhön ”Intellectual Property and Financial Markets Law in Comparative Context”
- OTM *Eero Mäkelälle* Helsingin yliopistosta velvoiteoikeuden väitöskirjatyöhön ”Perusteettoman edun palautus. Siviilioikeudellinen tutkimus”
- OTM *Otava Pihalle* Helsingin yliopistosta rikosoikeuden väitöskirjatyöhön ”Examining the Wrongness of Rape The theory and implementation of rape legislation in Finland”
- OTM *Kreetta Pölöselle* Itä-Suomen yliopistosta hallinto-oikeuden väitöskirjatyöhön ”Lapsen oikeus oppimisen tukeen esi- ja perusopetuksessa”
- OTM *Juho Salorannalle* Itä-Suomen yliopistosta kansainvälisen oikeuden väitöskirjatyöhön ”Ever developing human rights due diligence Operationalizing Access to Remedy Impediments and Opportunities”
- OTM *Nina Toivoselle* Helsingin yliopistosta oikeusteorian väitöskirjatyöhön ”Theoretical Foundations for Systemic Design of Law (Debt Adjustment of Private Individuals by Systemic Design)”

**Pienet apurahat**

- professori Panu Minkkiselle Helsingin yliopistosta Law and Society Association 2022 -konferenssin osallistumiskuluihin Lissabonissa sekä tutkijavierailuun Coimbrassa 2.000 e
- OTT Katja Tikalle Katja Helsingin yliopistosta oikeushistorian väitöskirjan ”Laijojen tuomaa lakia. Ruotsin ensimmäiset kauppakomppaniat 1600-luvulla” kääntämiseen englanniksi 6.000 e

## Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön myöntämät apurahat

---

Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön apurahat olivat haussa keväällä 2021. Säätiön hallitus myönsi apurahoja yhteensä 146 455 euroa.

### Tutkimusapurahat

- VTM Frida *Alizadeh Westerlingille* Helsingin yliopistosta oikeusinformatiikan väitöskirjatyöhön ”Kohti algoritmista turvapaikkapäätöstä – ihmistoimijuuden turvaaminen oikeudellisilla suojatoimilla” 23 666 euroa
- OTM *Merike Helanderille* Helsingin yliopistosta lääkäntä- ja bio-oikeuden väitöskirjatyöhön ”Syntyvän lapsen oikeus terveyteen. Sikiön asemaan liittyvät oikeudelliset ja eettiset kysymykset” kuuden kuukauden apuraha 11 833 euroa
- OTM *Merilii Mykkäselle* Helsingin yliopistosta valtiosääntöoikeuden väitöskirjatyöhön ”Religious Minorities in Finland – A Socio-Legal Study of the Existence of Discrimination Based on Religion and the Actualization of Religious Freedom of Finnish Muslims and Jews” 23 666 euroa
- OTM *Kaisa Näkille* Itä-Suomen yliopistosta perhe- ja jäämistöoikeuden väitöskirjatyöhön ”Muistisairauden monet muodot – Tutkimus edunvalvonnan tarpeen arvioinnista” 23 666 euroa
- OTT, KTM, DI *Eelis Paukulle* Lapin yliopistosta rikosoikeuden post doc -tutkimukseen ”Piittaamattomuutta ja elinkeinotoimintaa – tapaustutkimus ympäristö- ja luonnonvararikoksista” 7 889 euroa
- OTM Panu *Ståhlbergille* Helsingin yliopistosta säätiöoikeuden väitöskirjatyöhön ”Säätiön hallituksen jäsenen tuottamus ja vahingonkorvausvastuu” 23 666 euroa

### Opintoapurahat

- VTM *Aura Kostiaiselle* Helsingin yliopistosta väitöstutkimuksen ”Rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan perustaa asettamassa – Rikosoikeuskomitean (1972–1977) oikeudellinen ja poliittinen ajattelu käsitehistorian ja diskurssiteorian näkökulmasta” viimeistelyyn 4 000 euroa
- LL.M. *Shorena Nikoleshvilille* Turun yliopistosta väitöskirjatyöhön ”Resistance to Change. An International Legal Argument of Secession. Potentials and Limitations of International Law” liittyvään tutkimusvaihtoon University of Luxembourg 4 000 euroa
- MICL *Liudmila Sivetcille* Turun yliopistosta väitöskirjatyöhön liittyvään tutkijavierailuun Yale University, USA 4 000 euroa

– OTM, KTM *Tuomas Tikkaselle* (Helsingin yliopisto) väitöstitkimuksen ”Kuitaus ja nettoutus –varallisuus oikeudellinen tutkimus suorituksensaannista rahoitusvakuuslain järjestelmässä” viimeistelyyn 4 000 euroa

### **Julkaisuapurahat**

– OTK, MCCM Cert. *Suvi Hirvonen-Erelle* Helsingin yliopistosta väitöskirjan ”Contract Management Modus Operandi in the Post-Enron World” oikoluku- ja painatuskuluihin 2 600 euroa

– OTL, FM *Heikki Kemppiselle* Helsingin yliopistosta väitöskirjan ”Rangaistuksen määräämisen perusteleminen” painatuskuluihin 1 875 euroa

– professori *Raimo Lahdelle* Helsingin yliopistosta julkaisun ”Towards an Efficient, Just and Humane Criminal Justice” kustannuksiin 5 024 euroa

– OTK *Aki Ollilalle* Helsingin yliopistosta väitöskirjan ”Työntekijän lojaalisuusvelvollisuuden sisältö ja merkitys työsopimuslakiin perustuvana sekä työsopimukseen sisältyvänä velvollisuutena” kuluihin 1 000 euroa

– OTT *Milka Sormuselle* Helsingin yliopistosta väitöskirjan ”The Best Interests of the Child in Human Rights Practice: An Analysis of Domestic, European and International Jurisprudence” taitto- ja painatuskuluihin 2 406 euroa

– OTT *Katja Tikalle* Helsingin yliopistosta väitöskirjan ”Laivojen tuomaa lakia” painokuluihin 667 euroa

– OTM, VT *Tuukka Vähätalolle* Lapin yliopistosta väitöskirjan ”Tuomion lopullisuuden eurooppalaistuminen – tutkimus Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja EU-oikeuden vaikutuksista niiden kanssa ristiriitaisten kansallisten tuomioiden lopullisuuteen” painatuskuluihin 2 500 euroa

- Hakkarainen, Maria*, YTT, yliopistonlehtori, Lapin yliopisto  
*Halonen, Kirsi-Maria*, OTT, professori, Lapin yliopisto,  
 kirsi-maria.halonen@ulapland.fi  
*Hovila, Ilari*, OTT, yliopistonlehtori, Lapin yliopisto, ilari.hovila@ulapland.fi  
*Husa, Jaakko*, HTT, professori, Helsingin yliopisto  
*Hutukka, Päivi*, OTM, KTM, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto, Hanken  
 Svenska handelshögskolan  
*Jaakkola, Jussi*, OTT, OTM, FM, tutkijatohtori, Turun yliopisto  
*Järvinen, Klaus*, OTK, VT, hallinto-oikeustuomari, Helsingin hallinto-oikeus  
*Kaisanlahti, Timo*, OTT, työelämäprofessori, Helsingin yliopisto  
*Knuutinen, Reijo*, OTT, professori, Turun yliopiston kauppakorkeakoulu  
*Korkka-Knuts, Heli*, OTT, VT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto  
*Kuusiniemi, Kari*, OTT, presidentti, korkein hallinto-oikeus  
*Leino-Sandberg, Päivi*, OTT, professori, Helsingin yliopisto  
*Lohi, Tapani*, OTT, dosentti, yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto,  
 tapani.lohi@helsinki.fi  
*Norros, Olli*, OTT, professori, Helsingin yliopisto  
*Piippo, Jenna*, OTM, nuorempi tutkija, Lapin yliopisto  
*Pohjankoski, Pekka*, OTM, VT, LL.M. (Harvard), Esq. (N.Y.), tohtorikoulutet-  
 tava, Helsingin yliopisto  
*Päläs, Jenna*, OTM, väitöskirjatutkija, Lapin yliopisto  
*Ukkola, Markus*, OTT, markkinaoikeustuomari, markkinaoikeus  
*Urpilainen, Matti*, OTT, dosentti, yliopistonlehtori, Tampereen yliopisto  
*Wilhelmsson, Thomas*, OTT, kansleri emeritus, Helsingin yliopisto  
*Wuolijoki, Sakari*, OTT, dosentti, Helsingin yliopisto; lakiasiaainjohtaja, Nor-  
 dea, Suomen toiminnot, sakari.wuolijoki@helsinki.fi



# LAKIMIET

SUOMALAISEN  
LAKIMIESYHDISTYKSEN  
AIKAKAUSKIRJA

*Toimitus:*

Professori  
SAKARI MELANDER  
Päätoimittaja

Oikeustieteen tohtori  
MARJA LUUKKONEN YLI-RAHNASTO  
Toimitussihteeri

Oikeustieteen tohtori  
ANETTE ALÉN-SAVIKKO  
Oikeuskäytäntöosaston  
toimittaja

Oikeustieteen tohtori  
TIMO SARANPÄÄ  
Kirjallisuusosaston  
toimittaja

Sadasyhdeksästoista vuosikerta  
2021

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS  
Helsinki

## Toimitusneuvosto:

EEVA NYKÄNEN  
OTT, tutkimusjohtaja

JANNE AER  
OTT, oikeusneuvos

ILARI HOVILA  
OTT, yliopistonlehtori

JAAKKO HUSA  
HTT, professori

PEKKA KOPONEN  
OTT, oikeusneuvos

PETRI KUOPPAMÄKI  
OTT, professori

PÄIVI LEINO-SANDBERG  
OTT, professori

HENNA PAJULAMMI  
OTT, asianajaja

MIKA VILJANEN  
OTT, apulaisprofessori

# Lakimies 2021

Artikkeleita  
Artikel • Articles



- Aaltonen, Mikko – Kivivuori, Janne – Tyni, Sasu – Lehti, Martti – Virtanen, Miialiiila: Vapautuneiden vankien asunnottomuus: kehitys, taustatekijät ja yhteys uusintarikollisuuteen* ..... 412
- Wohnungslosigkeit von Gefangenen nach ihrer Freilassung: Entwicklung, Hintergrundfaktoren und Zusammenhang mit der Wiederholungskriminalität*  
Homelessness among released prisoners: Trends, risk factors and association with recidivism
- Aer, Janne: Lääninoikeuksien itsenäistyminen osana liberaalin oikeusvaltion kehitystä* ..... 719
- Die Verselbständigung der Provinzialverwaltungsgerichte als Teil der Entwicklung des liberalen Rechtsstaates*  
Establishment of independent County Courts as a step in the development of the rule of law
- Dahlberg, Maija: Perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvosten rooli perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmässä – valiokunnan työrukkanen vai merkittävä vallankäyttäjä?* ..... 745
- Die Rolle der Ausschussräte des Verfassungsausschusses bei der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit – Laufbursche des Ausschusses oder bedeutender Machthaber?*  
Role of the Committee Counsel of the Constitutional Law Committee in the system of ex ante review of constitutionality – simply a secretary or a real user of power?
- Halonen, Kirsi-Maria: Näkökulmia julkisten hankintojen tehokkuuteen* 1113
- Perspektiven zur Effektivität öffentlicher Beschaffungen*  
Perspectives on the effectiveness of public procurement
- Heinämäki, Leena: Saamelaiskulttuurin heikentämiskielto ja viranomaisten aktiivinen velvoite turvata perinteisten elinkeinojen harjoittamisen ja kehittämisen edellytykset*..... 3
- Das Verbot der Abschwächung der samischen Kultur und die aktive Verpflichtung der Behörden, die Voraussetzungen für die Ausübung und Entwicklung der traditionellen Erwerbstätigkeit zu sichern*  
The prohibition to weaken Sámi culture and the obligation of the authorities to guarantee the conditions to practice and develop traditional Sámi livelihoods

<i>Helander, Merike</i> : Genomitutkimukset ja lapsen puolesta annettu suostumus .....	147
<i>Genomuntersuchungen und die für das Kind erteilte Einwilligung</i>	
Genome research and consent on the behalf of a child	
<i>Hirvonen, Ari</i> : Oikeus käy aikaa tilassa: retki Euroopan oikeuden legitimitettiin.....	314
<i>Recht in Zeit und Raum: ein Ausflug in die Legitimität des europäischen Rechts</i>	
Justice in time and space: A journey into the legitimacy of European law	
<i>Kallio, Heikki</i> : Valvonta- ja suojeluvastuun laiminlyönti yksityisissä hoiva- ja päiväkodeissa .....	36
<i>Die Vernachlässigung der Aufsichts- und Schutzverantwortung in privaten Pflege- und Tagesheimen</i>	
Neglect of the duty to supervise and protect in private nursing homes and kindergartens	
<i>Karjalainen, Katja – Ylhäinen, Marjo</i> : Vammaisten oikeuksien yleisöpöimus ja sosiaalinen osallisuus – oikeus työhön .....	946
<i>Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und soziale Beteiligung – das Recht auf Arbeit</i>	
UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, social inclusion, and the right to work	
<i>Kimpiämäki, Minna</i> : Ulkomaisten työntekijöiden hyväksikäyttö: ihmiskauppaa, kiskonnantapaista työsyrintää vai alipalkkausta? .....	785
<i>Die Ausnutzung ausländischer Arbeiter: Menschenhandel, wucheriartige Arbeitsbenachteiligung oder Unterbezahlung?</i>	
Exploitation of foreign workers: Human trafficking, extortionate work discrimination or criminal underpay?	
<i>Knuutinen, Reijo</i> : Veron kiertäminen tutkimuskohteena – tutkimuksen näkökulmia, menetelmiä ja suuntauksia koskeva oikeusvertaileva tarkastelu .....	1136
<i>Steuerungsumgehung als Forschungsgegenstand – eine rechtsvergleichende Betrachtung über die Perspektiven, Methoden und Richtungen der Forschung</i>	
Tax avoidance as a research topic – Approaches, methods, and research lines in a comparative perspective	
<i>Koivisto, Ida</i> : Miksi läpinäkyvyyden ihanne globalisoituu? .....	333
<i>Warum wird das Ideal von Transparenz global?</i>	
Why is the ideal of transparency becoming global?	
<i>Koivukari, Kristiina</i> : Voisiko maalittaminen olla rangaistavaa? .....	963
<i>Könnte Public Shaming strafbar sein?</i>	
Could online shaming be criminalised?	

<i>Kolster, Thomas – Norros, Olli: Kvalifioitu tuottamus ja vastuunrajoituslausekkeet .....</i>	57
<i>Qualifiziertes Verschulden und Haftbeschränkungsbestimmungen</i>	
Intention and gross negligence versus contractual limitations of liability	
<i>Konttinen, Laura – Koulu, Riikka – Mähänen, Beata: Oikeuden digitalisaatio ja juristityön arkipäivä .....</i>	173
<i>Die Digitalisierung des Rechts und der Alltag der Juristenarbeit</i>	
Digitalisation of the law and the everyday work of the lawyer	
<i>Korkka-Knuts, Heli: Yrityskulttuuri ja yhtiön rikosoikeudellinen vastuu .....</i>	1165
<i>Unternehmenskultur und die strafrechtliche Haftung einer Firma</i>	
Corporate culture vis-à-vis corporate criminal liability	
<i>Kytölä, Marika – Niemi, Johanna: Vauvasta vaariin – Työn ja perheen yhteensovittamisen lainsäädännölliset mallit .....</i>	439
<i>Von Jung bis Alt – Gesetzgeberische Modelle der Vereinbarung von Arbeit und Familie</i>	
Care from cradle to grave: Regulatory models for work-life balance	
<i>Lehti, Martti – Kivivuori, Janne – Raeste, Anna – Aaltonen, Mikko – Tyni, Sasu: Vankien asunnottomuus ja liikkuvuus sosiaalisen integraation haasteena: systemaattinen katsaus .....</i>	365
<i>Die Wohnungslosigkeit und Mobilität von Gefangenen als Herausforderung der Integration: ein systematischer Überblick</i>	
Lack of housing and residential mobility as challenges in post-release social integration of prisoners: A systematic review	
<i>Leino-Sandberg, Päivi: Unionin oikeuden harmailla alueilla – pohdintaa fiskaalisen integraation oikeudellisista rajoista .....</i>	1187
<i>In der Grauzone des Unionsrechts – Erörterung der rechtlichen Grenzen fiskaler Integration</i>	
In the grey zone of EU law – Some remarks on the legal limits of fiscal integration	
<i>Lähtenmäki, Noora – Kääriäinen, Juha: Yleisökäsitykset valvontarangaistuksesta .....</i>	200
<i>Publikumsmeinungen zu dem elektronisch überwachten Hausarrest</i>	
Public attitudes toward home detention	
<i>Malminen, Toni: ”Toimistoa ei ollut organisoitu tieteellisesti ennen kuin Cravath otti ohjat sen johdossa” – modernin asianajotoimiston synty 1900-luvun alun New York Cityssä .....</i>	812
<i>”Die Kanzlei war nicht wissenschaftlich organisiert bevor Cravath die Leitung übernahm” – die Geburt der modernen Anwaltskanzlei in New York City am Anfang des 20. Jahrhunderts</i>	

<p>“Before Cravath took charge, there was no scientific organization in the office”: Emergence of the modern corporate law firm in early-twentieth-Century New York City</p>	
<p><b>Marjosola, Henna – Saranpää, Timo – Korkman, Julia:</b> Hypoteesit ja vaihtoehtoiset selitykset rikosasian näytön arvioinnissa .....</p>	460
<p><i>Hypothesen und alternative Erklärungen bei der Beurteilung der Beweise in Strafsachen</i></p> <p>Hypotheses and alternative explanations in the evaluation of evidence in criminal cases</p>	
<p><b>Myöhänen, Sami:</b> Hallintoprosessuaalista väliaikaista oikeusturvaa koskevan sääntelyn irtaantuminen siviiliprosessuaalisista turvaamistoimista ja tarve ennakkoliselle oikeusturvalle hallintolainkäyttöasioissa .....</p>	497
<p><i>Die Loslösung der Regulierung des verwaltungsprozessuellen einstweiligen Rechtsschutzes von den zivilprozessuellen einstweiligen Verfügungen und die Notwendigkeit antizipierenden Rechtsschutzes in Verwaltungsrechtssprechungssachen</i></p> <p>Disconnection of provisional protection in administrative adjudication from precautionary measures in civil procedure and the need for effective provisional protection in administrative matters</p>	
<p><b>Norros, Olli:</b> Ylisuuri lasku ja reklamaatiovelvollisuus .....</p>	1218
<p><i>Übergröse Rechnung und Reklamationspflicht</i></p> <p>Overinvoicing and the customer’s duty to give notice</p>	
<p><b>Pellonpää, Matti:</b> Perustuslakikontrollista neljässä Euroopan maassa ja Suomessa .....</p>	911
<p><i>Über die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit in vier europäischen Ländern und in Finnland</i></p> <p>Control of constitutionality of legislation in Finland and four other European countries</p>	
<p><b>Piippo, Jenna:</b> Itsepesukriminalisoinnin suhde myötärangaistuja tekoja koskevaan oppiin .....</p>	1242
<p><i>Die Kriminalisierung von Selbstwasche im Verhältnis zur Doktrin mitbestrafter Taten</i></p> <p>Criminalisation of self-laundering in relation to the concurrence doctrine</p>	
<p><b>Pikkujämsä, Mikko:</b> Rooliperiaatteista hallintoprosessissa .....</p>	528
<p><i>Rollenprinzipien im Verwaltungsprozess</i></p> <p>On role principles in administrative judicial process</p>	
<p><b>Pohjankoski, Pekka:</b> Eurooppalaisen oikeusvaltion etulinjassa: tuomarin ratkaisu EU-oikeudellisen ennakkoratkaisun pyytämisestä .....</p>	76

<i>In der Frontlinie des europäischen Rechtsstaats: die Entscheidung des Richters, eine EU-rechtliche Vorabentscheidung anzurufen</i>	
<i>On the front lines of rule of law in Europe: judicial decision on making a preliminary reference under EU law</i>	
<b>Päläs, Jenna – Hovila, Ilari – Hakkarainen, Maria: Jakamistalous kaavoituksen ja asuintilojen käyttötarkoituksarviointin häirikkönä – taltuttaako epätyypillisisyysoppi häirikön?.....</b>	<b>1269</b>
<i>Sharing Economy als Storenfried von Planung und Verwendungszwecksbewertungen von Wohnraumen – zugelt die Lehre von der Atypischkeit den Storenfried?</i>	
The sharing economy and permitted housing usage	
<b>Saarinen, Ville A. – Palomäki, Jussi: Psykojuridinen näkökulma tuomarin päätöksentekoon, erityisesti rangaistuksen määräämiseen .....</b>	<b>993</b>
<i>Die Entscheidungsfindung des Richters, insbesondere die Entscheidungsfindung des Amtsrichters bei der Strafbemessung</i>	
District Judges' decision-making in sentencing	
<b>Sarvilinna, Sami: Kunnan kiinteistöluovutusten oikeudellinen valvonta</b>	<b>556</b>
<i>Die rechtliche Aufsicht von Grundstücksübereignungen der Kommune</i>	
Judicial control of local authorities' real estate transactions	
<b>Ukkola, Markus: Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus 4D .....</b>	<b>1291</b>
<i>Blickwinkel zur Entsprechung des Angebots mit der Angebotsausschreibung;</i>	
Conformity between the tender and the procurement documents in 4-D	
<b>Urpilainen, Matti: Kansainvälinen vero-oikeus murroksessa: sääntelyalan modernisoitumisen askelmerkkejä .....</b>	<b>1312</b>
<i>Internationales Steuerrecht im Umbruch: Schrittzeichen der Modernisierung des Regelungsbereiches</i>	
International tax law at a crossroads: Pathways to modernisation	
<b>Vatjus-Anttila, Jalo: Tunnustukseen perustuva esitutkinnan rajoittaminen ja syyttämättä jättäminen toimenpiteistöluopumisjärjestelmän uudenkaltaisten tavoitteiden ilmentäjänä .....</b>	<b>1015</b>
<i>Auf Geständnis beruhende Begrenzung der Vorermittlung und Nichtverfolgung als Ausdruck neuer Ziele des Systems des Verzichtens auf Maßnahmen</i>	
Confession-based waiver of penal measures as an expression of the novel objectives of the waiver system	
<b>Wuolijoki, Sakari: Negatiivinen korko ja velvoiteoikeus .....</b>	<b>1333</b>
<i>Negativer Zins und das Obligationsrecht</i>	
Negative interest rates and contract law	

## Katsauksia ja pienempiä kirjoituksia

Rundschau und kleinere Schriften • Reviews and Smaller Writings

<i>Husa, Jaakko</i> : Lainkäyttö ja oikeudenmukaisuus Aulis Aarnion historiallisessa romaanissa .....	1375
<i>Rechtsprechung und Gerechtigkeit in Aulis Aarnios historischem Roman</i> Adjudication and justice in Aulis Aarnio's fictional work	
<i>Jaakkola, Jussi</i> : Verojärjestelmien kansainvälinen keskinäisriippuvuus ja oikeuden kommodifikaatio .....	1361
<i>Die internationale gegenseitige Abhängigkeit von Steuersystemen und die Kommodifizierung des Rechts</i> International interdependence of tax systems and the commodification of justice	
<i>Kaisanlahti, Timo</i> : ESG-perusteinen yritysinformaatio – Tuoreen komissioehdotuksen mukaiset velvoitteet ja vastuu raportointivirheestä.....	1385
<i>Auf ESG grundlegende Unternehmensinformation – Obligationen gemäß des kurzlichen Kommissionsvorschlages und Verantwortung für Berichtfehler</i> Corporate ESG information – obligations under the European Commission's recent proposal and liability for misinformation	
<i>Kuusiniemi, Kari</i> : Ylimpien tuomioistuinten asema ja prejudikaatit oikeusyhteisössä.....	1366
<i>Die Rolle der obersten Gerichte und Prajudikate in der Rechtsgemeinschaft</i> Status of the Supreme Courts and of precedents in the legal community	
<i>Rautiainen, Pauli</i> : Tarvitsisimme perustuslakivaliokunnan kannanoton delegoituihin valtionavustuksiin .....	835
<i>Wir bräuchten die Stellungnahme des Verfassungsausschusses über delegierte Staatszuschüsse</i> The need for an opinion from the Constitutional Law Committee of the Parliament on the delegation of decision-making authority regarding state subsidies	
<i>Suviranta, Outi</i> : Perustuslain tuomioistuinvalvonta Suomessa – vertailevia näkökohtia .....	357
<i>Die gerichtliche Aufsicht über das Grundgesetz in Finnland – vergleichende Gesichtspunkte</i> Judicial control of constitutionality in Finland – Some comparative notions	
<i>Tarasti, Lauri</i> : Perustuslain 124 § ja valtionavustukset .....	229
<i>§ 124 des Grundgesetzes und Staatszuschüsse</i>	



State subsidies in view of the delegation of administrative authority under section 124 of the Constitution of Finland.....	
<i>Tuori, Kaarlo</i> : Siileistä, ketuista ja suhteellisesta itsenäisyydestä .....	309
<i>Über Igel, Füchse und relative Selbstständigkeit</i>	
The hedgehog, the fox and relative sovereignty	
<i>Wilhelmsson, Thomas</i> : Aikalaisdiagnoosina kokeellisuus .....	1354
<i>Experimentalismus als zeitgenössische Diagnose</i>	
Experimentality as contemporary diagnosis	

## Väitöksiä

### Dissertationen • Dissertations

<i>Ala-Mikkula, Enni</i> : Työnantajan työsuojeluvastuusta – tutkimuskohteena työnantajan keskeiset työsuojeluvollisuudet sekä niissä työnantajan työsuojelutoiminnalle asetettu vaatimustaso .....	95
<i>Ala-Mikkula, Enni</i> : Työnantajan työsuojeluvastuu: tutkimus työnantajan keskeisistä työsuojeluvollisuuksista sekä niissä työnantajan työsuojelutoiminnalle asetetusta vaatimustasosta ( <i>Jari Murto</i> ) ....	103
<i>Helle, Karoliina</i> : Rakennuksen salainen omistus .....	1048
<i>Helle, Karoliina</i> : Rakennuksen salainen omistus ( <i>Matti Ilmari Niemi</i> )	1053
<i>Häkkinen, Esko</i> : Institutionalistinen kriminaalipolitiikan teoria ja suomalaisen rikosoikeuden muotoutuminen 1910-luvulta 2010-luvulle	110
<i>Häkkinen, Esko</i> : Institutionalistinen kriminaalipolitiikan teoria ja suomalaisen rikosoikeuden muotoutuminen 1910-luvulta 2010-luvulle ( <i>Jussi Pajuoja</i> ) .....	115
<i>Jämsä, Jurkka</i> : Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosasiassa .....	592
<i>Jämsä, Jurkka</i> : Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosasiassa ( <i>Antti Tapanila</i> ) .....	597
<i>Kemppinen, Heikki</i> : Rangaistuksen määräämisen perustelevinen ....	840
<i>Kemppinen, Heikki</i> : Rangaistuksen määräämisen perustelevinen ( <i>Matti Tolvanen</i> ) .....	845
<i>Nieminen-Finne, Hanna</i> : Asiantuntija tuomarina .....	614
<i>Nieminen-Finne, Hanna</i> : Asiantuntija tuomarina. Tekniikan ja luonnontieteiden alan hallinto-oikeustuomarit ympäristönsuojeluasioissa ( <i>Anne Kumpula</i> ) .....	620
<i>Rantaeskola, Satu</i> : Asianomistajan yksityiselämän suoja rikosprosessissa	1067
<i>Rantaeskola, Satu</i> : Asianomistajan yksityiselämän suoja rikosprosessissa ( <i>Matti Tolvanen</i> ) .....	1080
<i>Ristaniemi, Michael</i> : International antitrust – toward upgrading coordination and enforcement .....	245
<i>Ristaniemi, Michael</i> : International antitrust – toward upgrading coordination and enforcement ( <i>Petri Kuoppamäki</i> ) .....	251
<i>Rudanko, Jorma</i> : Näkökohtia todistusharkinnasta .....	854
<i>Rudanko, Jorma</i> : Näkökohtia todistusharkinnasta ( <i>Timo Saranpää</i> )	858

<i>Silvernoinen, Elisa</i> : Lapsen oikeudet ja lapsiasianomistajan rooli esitutkinnassa .....	260
Silvernoinen, Elisa: Lapsen oikeudet ja lapsiasianomistajan rooli esitutkinnassa ( <i>Heini Kainulainen – Veijo Tarukannel</i> ) .....	265
<i>Soini, Sirpa</i> : Geenitestausta ja lakien henki – tutkimus geenitestien sääntelystä .....	624
Soini, Sirpa: Geenitestausta ja lakien henki – tutkimus geenitestien sääntelystä ( <i>Salla Silvola ja Veikko Launis</i> ) .....	630
<i>Vuorela, Miikka</i> : Autonomian ajan rikos ja rangaistus oikeustilaston valossa .....	639
Vuorela, Miikka: Autonomian ajan rikos ja rangaistus oikeustilaston valossa – tutkimus rikollisuuden ja rangaistuskäytännön kehityksestä Suomessa ja muissa Pohjoismaissa 1809–1917 ( <i>Jussi Pajujoja</i> ) .....	645

## Oikeuskäytäntöä

Rechtsprechung • Legal Cases

KHO 2021:13 – Viranomaisen tiedonsaantioikeus ( <i>Tomi Voutilainen</i> )	676
KKO 2019:86 – Vastuu sähköpostin perille saapumisesta tuomioistuimenmenettelyssä ( <i>Asko Lehtonen</i> ) .....	272
KKO 2020:99 – Vähemmistöosakkeiden lunastus ja negatiivinen lunastushinta ( <i>Veikko Vahtera</i> ) .....	665
KKO 2021:5 – Seksuaalirikos – Törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö – Oikeudenkäyntimenettely – Todistelu – Näytön arviointi – Videokuuleminen – Puolustaja – Puolustajan palkkion korvaaminen valtiolle ( <i>Jorma Rudanko</i> ) .....	879
KKO 2021:17 – Työsuhteen ehtojen muuttamisoppi ja yhteistoimintalain mukainen hyvitys ( <i>Jari Murto</i> ) .....	282
KKO 2021:25 – Rajoitettu valituslupa ja vastavalituksen laajuus ( <i>Tuula Linna</i> ) .....	655
Ulkomaalaisasiassa esitetyn asiakirjaselvityksen näytönarviointi – tarkastelussa EIT:n tapaus N.A. v. Suomi ( <i>Klaus Järvinen</i> ) .....	1403

## Kirjallisuutta

Literatur • Literature

Brake, Elisabeth – Ferguson, Lucinda (eds): Philosophical Foundations of Children's and Family Law ( <i>Markku Helin</i> ) .....	125
Chen, Albert HY: An Introduction to the Chinese Legal System ( <i>Päivi Hutukka</i> ) .....	1413
Halonen, Tarja – Liukkunen, Ulla (eds): International Labour Organization and Global Social Governance ( <i>Manfred Weiss</i> ) .....	688
Helenius, Dan – Linna, Tuula: Siviili- ja rikosprosessioikeus ( <i>Matti Tolvanen</i> ) .....	1091
Husa, Jaakko – Jyränki, Antero: Valtiosääntöoikeus ( <i>Liisa Nieminen</i> )	887

Hyttinen, Tatu: Rahanpesu ja rikosvastuu. Teoria ja käytäntö ( <i>Ritva Sahavirta</i> ) .....	1096
Kolehmainen, Antti – Råbinä, Timo: Jäämistösuunnittelu I ja II ( <i>Tapani Lohi</i> ) .....	1416
Krakatau, Tarja – Haapalehti, Saija: Tietopyynnöt ja henkilötietojen luovuttaminen ( <i>Riku Neuvonen</i> ) .....	895
Lappalainen, Mirkka: Pohjoisen noidat. Oikeus ja totuus 1600-luvun Ruotsissa ja Suomessa ( <i>Katja Tikka</i> ) .....	294
Launiala, Mika: Korkeimman oikeuden ennakkopäätösjärjestelmä ( <i>Heikki Kempainen</i> ) .....	131
Lohi, Tapani: Jäämistöositus ja kuolinpesä ( <i>Antti Kolehmainen</i> ) .....	135
Nieminen, Kati – Lähtenmäki, Noora (toim.): Empiirinen oikeustutkimus ( <i>Outi Ratamäki ja Niko Vartiainen</i> ) .....	692
Niemivuo, Matti: Lainvalmistelu – oikeudelliset perusteet ja käytäntö ( <i>Anssi Keinänen</i> ) .....	898
Phelan, William: Great Judgments of the European Court of Justice: Rethinking the Landmark Decisions of the Foundational Period ( <i>Pekka Pohjankoski</i> ) .....	1425
Uitto, Antero – Kamppinen, Ossi: Stalinin lavastukset. Näytös- oikeudenkäynnit 1936–1938 ( <i>Jukka Kekkonen</i> ) .....	299
Vuorenpää, Mikko: Valittuja kysymyksiä todistus oikeudesta ( <i>Pasi Pölönen</i> ) .....	696
Toimitukselle saapunutta kirjallisuutta .....	141, 700, 1102

## Personalia

Ari Hirvonen in memoriam ( <i>Toomas Kotkas ja Susanna Lindroos- Hovinheimo</i> ) .....	905
Pirkko-Liisa Haarmann in memoriam ( <i>Virpi Tiili</i> ) .....	902

## Ajankohtaista

Aktuelle Nachrichten • Current Issues

Lukijalle ( <i>Sakari Melander</i> ) .....	308,1111
Olga ja Kaarlo Oskari Laitisen säätiön apurahat 2021 .....	1434
Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen toimintakertomus 2020, tase ja tuloslaskelma 31.12.2020 .....	701
Tämän numeron kirjoittajat .....	142, 303, 712, 907, 1103, 1436
Vuoden 2021 palkinnot ja apurahat .....	1429

## Vuosikerran 2021 numeroiden sisällysluettelot

1 (n:o 1), 145 (n:o 2), 305 (n:o 3–4), 717 (n:o 5), 909 (n:o 6), 1109 (n:o 7–8)

### Kirjoittajat

Aaltonen Mikko .....	365, 412
Aer Janne .....	719
Ala-Mikkula Enni .....	95
Dahlberg Maija .....	745
Hakkarainen Maria .....	1269
Halonen Kirsi-Maria .....	1113
Heinämäki Leena .....	3
Helander Merike .....	147
Helin Markku .....	125
Helle Karoliina .....	1048
Hirvonen Ari .....	314
Hovila Ilari .....	1269
Husa Jaakko .....	1375
Hutukka Päivi .....	1413
Häkkinen Esko .....	110
Jaakkola Jussi .....	1361
Jämsä Jurkka .....	592
Järvinen Klaus .....	1403
Kainulainen Heini .....	265
Kaisanlahti Timo .....	1385
Kallio Heikki .....	36
Karjalainen Katja .....	946
Keinänen Anssi .....	898
Kekkonen Jukka .....	299
Kemppinen Heikki .....	131, 840
Kimpimäki Minna .....	785
Kivivuori Janne .....	365, 412
Knuutinen Reijo .....	1136
Koivisto Ida .....	333
Koivukari Kristiina .....	963
Kolehmainen Antti .....	135
Kolster Thomas .....	57
Konttinen Laura .....	173
Korkka-Knuts Heli .....	1165
Korkman Julia .....	460
Kotkas Toomas .....	905
Koulu Riikka .....	173
Kumpula Anne .....	620
Kuoppamäki Petri .....	251
Kuusiniemi Kari .....	1366
Kytölä Marika .....	439

Kääriäinen Juha .....	200
Launis Veikko .....	630
Lehti Martti .....	365, 412
Lehtonen Asko .....	272
Leino-Sandberg Päivi .....	1187
Lindroos-Hovinheimo Susanna .....	905
Linna Tuula .....	655
Lohi Tapani .....	1416
Lähteenmäki Noora .....	200
Malminen Toni .....	812
Marjosola Henna .....	460
Melander Sakari .....	308, 1112
Murto Jari .....	103, 282
Myöhänen Sami .....	497
Mäihäniemi Beata .....	173
Neuvonen Riku .....	895
Niemi Johanna .....	439
Niemi Matti Ilmari .....	1053
Nieminen Liisa .....	887
Nieminen-Finne Hanna .....	614
Norros Olli .....	57, 1218
Pajuoja Jussi .....	115, 645
Palomäki Jussi .....	993
Pellonpää Matti .....	911
Pikkujämsä Mikko .....	528
Piippo Jenna .....	1242
Pohjankoski Pekka .....	76, 1425
Päläs Jenna .....	1269
Pölönen Pasi .....	696
Raeste Anna .....	365
Rantaeskola Satu .....	1067
Ratamäki Outi .....	692
Rautiainen Pauli .....	835
Ristaniemi Michael .....	245
Rudanko Jorma .....	854, 879
Saarinen Ville A. ....	993
Sahavirta Ritva .....	1096
Saranpää Timo .....	460, 858
Sarvilinna Sami .....	556
Silvennoinen Elisa .....	260
Silvola Salla .....	630
Soini Sirpa .....	624
Suviranta Outi .....	357
Tapanila Antti .....	597
Tarasti Lauri .....	229
Tarukannel Veijo .....	265
Tiili Virpi .....	902
Tikka Katja .....	294
Tolvanen Matti .....	845, 1080, 1091
Tuori Kaarlo .....	309

Tyni Sasu .....	365, 412
Ukkola Markus .....	1291
Urpilainen Matti .....	1312
Vahtera Veikko .....	665
Vartiainen Niko .....	692
Vatjus-Anttila Jalo .....	1015
Virtanen Miialiila .....	412
Voutilainen Tomi .....	676
Vuorela Miikka .....	639
Weiss Manfred .....	688
Wilhelmsson Thomas .....	1354
Wuolijoki Sakari .....	1333
Ylhäinen Marjo .....	946

# Oikeustiede–Jurisprudentia- vuosikirja LIV:2021

*Marko Forss:* Lankapuhelinkuulustelusta etävideokuulusteluun – poliisin tiedonsiirtovälineellä suorittama kuulustelu esitutkinnassa ennen, nyt ja tulevaisuudessa

*Aleksi Heinilä:* Kirkollisten rakennusten suojelu ja rakennussuojelua koskevien lakien keskinäiset suhteet

*Elina Inberg:* Motiivierhdys testamentissa

*Eeva-Maija Kalkela – Kai Kotiranta:* Todennäköisesti ja välinpitämättömästi – seuraustahallisuuden määrittelyä suomalaisen ja ruotsalaisen oikeuskäytännön valossa

*Petteri Laitila:* Geenivarojen saatavuus ja hyödynjako oikeudellisenä keinona edistää biodiversiteetin suojelua

*Veera Välihalo:* Kulttuurisen kansanmurhan käsite

429 sivua

ISBN 978-951-855-390-1

Hinta 75 € / jäsenhintana 52,50 €

Lakimies-keskustelutilaisuus

# Oikeus ja talous

ti 25.1.2022 klo 17.00–19.00

Puheenvuorot:

- professori *Kirsi-Maria Halonen*
- yliopistonlehtori *Ilari Hovila* ja väitöskirjatutkija *Jenna Päläs*
- dosentti, yliopistonlehtori *Matti Urpilainen* ja
- dosentti *Sakari Wuolijoki*

Tarkemmat tiedot paikasta ja ilmoittautumisesta  
yhdistyksen kotisivulla [www.lakimiesyhdistys.fi](http://www.lakimiesyhdistys.fi)

Tervetuloa mukaan keskustelemaan!