LAKIMIES 1/2020

SISÄLLYS

Artikkeleita
Hong, Tuuli: Kohtaako lainsäädäntö pakkoavioliiton uhrin? 3
Knuutinen, Reijo: Veron kiertämistä koskevien yleislausekkeiden historiallinen kehitys, soveltamisedellytykset ja soveltamisen pidäkkeet eräiden valtioiden kansallisessa vero-oikeudessa 28
Vatjus-Anttila, Jalo: Rikoksentekijän pyrkimys edistää rikoksensa selvittämistä – syyllisyys- ja tarkoituksenmukaisuusargumentti 55
Väisänen, Tiina: Vapaaehtoisiin eläkevakuutuksiin avioero-osituksessa liittyvät tulkintaongelmat 75

Katsauksia ja pienempiä kirjoituksia
Rajaniemi, Erkki: Vahinko- ja henkivakuutustoiminnan erityispiirteistä 96

Kirjallisuutta
Salojärvi, Juhana: Oikeus ja kohtuus. Suomen Lakimiesliitto 1944–2019 (*Matti Vuoria*) 114
Tapanila, Antti: Itsekriminointisuoja (*Pekka Koponen*) 119

Keskustelua
Norros, Olli: Keskustelua ratkaisusta KKO 2019:13 123

Ajankohtaista
Malminen, Toni: Oikeuskirjallisuus ja oikeuskulttuuri 132
Wuolijoki, Sakari: Oikeustieteelliset yksityiskirjastot 137
Malminen, Toni – Wuolijoki, Sakari (toim.): Oikeus, kirjastot ja kulttuuri (*Urpo Kangas*) 142

Tämän numeron kirjoittajat 152

Contents

Hong, Tuuli: Does Finnish law meet the needs of the victim of forced marriage?; *Knuutinen, Reijo*: Historical development, conditions of application and checks to the application of general anti-avoidance rules in the domestic tax law of certain States; *Vatjus-Anttila, Jalo*: An offender's attempt to further the clearing up of the offence – issues of culpability and expediency; *Väisänen, Tiina*: Voluntary pension insurance in the division of matrimonial property; *Rajaniemi,*

Erkki: On the special characteristics of accident insurance and life insurance; *Literature*; *Discussion*; *Current Issues*

Inhalt

Hong, Tuuli: Begegnet die Gesetzgebung den Opfern von Zwangsehen?; *Knuutinen, Reijo*: Die historische Entwicklung von Generalklauseln angehend Steuerumgehung, ihre Anwendungsvoraussetzungen und Hindernisse ihrer Anwendung im nationalen Steuerrecht einiger Staaten; *Vatjus-Anttila, Jalo*: Das Streben eines Straftäters, die Ermittlung seines Verbrechens zu fördern – Schuld- und Zweckmäßigkeitsargumente; *Väisänen, Tiina*: Freiwillige Rentenversicherungen betreffende Auslegungsprobleme bei der Aufteilung des Vermögens bei einer Scheidung; *Rajaniemi, Erkki*: Über die Besonderheiten der Schaden- und Lebensversicherungstätigkeit; *Literatur*; *Diskussion*; *Aktuelle Nachrichten*

Tuuli Hong

Kohtaako lainsäädäntö pakkoavioliiton uhrin?

Lakimies
1/2020
s. 3–27

HAKUSANAT: pakkoavioliitto, ihmisoikeusvelvoitteet, Istanbulin sopimus, rikosoikeus, rikoslaki

1. Johdanto

Suomessa alaikäisten solmimat avioliitot ja pakkoavioliittoilmiö laajemmin nousivat otsikoihin ja suuren yleisön tietoisuuteen Euroopassa 2014–2015 puhjenneen pakolaiskriisin myötä.[1] Samaan ajankohtaan sijoittuu myös Euroopan neuvoston naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemistä ja torjumista koskevan yleissopimuksen, niin kutsutun Istanbulin sopimuksen, suomalainen ratifiointi ja voimaantulo.[2]

Artikkelissa Istanbulin sopimuksen asettamia kansallisen minimistandardin osoittavia velvoitteita käytetään mittapuuna, jota vasten tarkastellaan voimassaolevan suomalaisen lainsäädännön riittävyyttä ja soveltuvuutta pakkoavioliittotapauksiin. Rikosoikeudellisen vastuun toteutumisen lisäksi kiinnitetään huomiota siihen, millaisen suojan lainsäädäntö antaa pakkoavioliiton uhrille ja potentiaaliselle uhrille. Koska pakkoavioliiton uhrit usein ovat nuoria, jopa alaikäisiä, pohditaan artikkelissa myös sitä, tulisiko alaikäisten solmimien avioliittojen ehkäisyä tehostaa säätämällä erillinen nimenomaisesti lapsiavioliittotapauksiin soveltuva pykälä.

Pakkoavioliittoa tarkastellaan artikkelissa pääosin rikosoikeudellisesta näkökulmasta, mistä johtuen siviilioikeudellisten kysymysten pohdinta jää lähinnä pintaraapaisuksi. Tulevaisuudessa siviilioikeudellisen sääntelyn perusteellisempi arviointi olisi kuitenkin tärkeää esimerkiksi sen aviopuolisoiden varallisuuteen ja yhteisten lasten asemaan ulottuvien vaikutusten vuoksi.[3]

* *Tuuli Hong*, OTT.

1. Ks. esim. Iltasanomat 23.10.2016: ”Joillakin turvapaikanhakijoilla alaikäiset puolisot – Suomeenkin on tullut lapsivaimoja”, osoitteessa https://www.is.fi/kotimaa/art-2000001023449.html.
2. SopS 53/2015.
3. Pakkoavioliittoilmiötä olisi sen erityispiirteiden vuoksi perusteltua havainnoida myös lastensuojelullista näkökulmaa painottaen. Lisäksi ilmiön maantieteelliset rajat ylittävästä luonteesta johtuen on ilmeistä, ettei siihen voida puuttua riittävän tehokkaasti ilman kansainvälisoikeudel-

2. Eurooppalainen pakkoavioliittokeskustelu

Euroopan valtioissa käyty pakkoavioliittoon liittyvää lainsäädäntöä koskeva keskustelu on 2010-luvulla keskittynyt pitkälti kriminalisointiin kiertyviin kysymyksiin. Yksi syy tähän ovat Istanbulin sopimuksen sopimusvaltioille asettamat pakkoavioliittoa koskevat rikosoikeudelliset velvoitteet. Sopimuksen mukaan valtioiden on varmistuttava siitä, että aikuisen tai lapsen tahallinen pakottaminen avioliittoon on kansallisen lainsäädännön mukaan rangaistavaa. Rangaistavuuden on ulotuttava myös tilanteisiin, joissa henkilö on tahallaan, avioliittoon pakottamisen tarkoituksessa, houkuteltu kotivaltionsa rajojen ulkopuolelle.[4] Rikosoikeudellisten velvoitteiden lisäksi sopimus sisältää myös pakkoavioliittoja koskevan siviilioikeudellisen velvoitteen, jonka mukaan sopimusosapuolten on toteutettava tarvittavat toimet sen varmistamiseksi, että pakottamalla solmitut avioliitot voidaan mitätöidä, kumota tai purkaa ilman uhriin kohdistuvaa kohtuutonta taloudellista tai hallinnollista taakkaa.[5]

Istanbulin sopimus tuli Suomen osalta voimaan elokuussa 2015. Avioliittoon pakottamista koskevien sopimusvaatimusten osalta sopimusratifiointia ulkoministeriön alaisuudessa valmistellut työryhmä päätyi mietinnössään esittämään, että Suomen voimassa oleva lainsäädäntö täyttää sopimusvelvoitteet. Pakkoavioliiton rangaistavuuden osalta näkemystä perusteltiin viittaamalla oikeusministeriön ihmiskauppatyöryhmän mietinnössä tarkasteltuun ihmiskaupan tunnusmerkistöön. Ihmiskauppapykälän mukaan ihmiskaupan tunnusmerkistö voi täyttyä esimerkiksi tilanteissa, joissa henkilö saatetaan ihmisarvoa loukkaaviin olosuhteisiin.[6] Kyseisenlaisina olosuhteina voidaan pitää muun muassa tiettyjä YK:n orjuuden, orjakaupan ja orjuuteen verrattavien järjestelmien ja käytännön tukahduttamiseksi laaditussa lisäsopimuksessa mainittuja pakkoavioliiton muotoja. Valmistelutyöryhmän näkemys oli, että ihmiskauppalainsäädäntö on siinä määrin kattava, ettei erilliselle pakkoavioliiton kriminalisoivalle säännökselle ole itsenäistä tarvetta.[7] Myös pakkoavioliiton päättämistä koskevan velvoitteen osalta viitattiin olemassa olevan lainsäädännön riittävyyteen, Suomessa hakijan kannalta yksinkertaiseen avioeroprosessiin.[8]

listen seikkojen huomioimista. Näin ollen merkitystä on myös sillä, kuinka Euroopan valtioiden pakkoavioliittoa koskeva sääntely on sopusoinnussa keskenään.

4. Istanbulin sopimus, art. 37.
5. Istanbulin sopimus, art. 32.
6. Rikoslaki (1889/39, RL) 25:3.
7. Ulkoministeriö 2013: Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietintö, s. 65–66.
8. Ulkoministeriön mietintö 2013, s. 61–62.

Ratifiointia valmistelleen työryhmän näkemys sai osakseen kritiikkiä jo mietintöä koskevissa lausunnoissa. Lausunnoissa tuotiin esimerkiksi esille, että vaikka ihmiskauppasääntelyä voitaisiinkin välillisesti ja pitkän päättelyketjun kautta soveltaa joihinkin pakkoavioliittotapauksiin, tämä ei käytännön tasolla vastaisi niihin tavoitteisiin, joihin yksiselitteinen kriminalisointi pyrkii.[9] Alusta asti on ollut kyseenalaista, täyttääkö Suomen valitsema linja tosiasiassa Istanbulin sopimuksen asettamat avioliittoon pakottamisen rangaistavuutta koskevat vaatimukset. Näkemys tulee jossain määrin tunnustetuksi myös ratifiointityöryhmän mietintöön sisältyvässä toteamuksessa, jonka mukaan ”voisi olla syytä harkita, onko lainsäädännön tarkemmalle arvioimiselle tältä osin tarvetta”.[10]

Istanbulin sopimuksen voidaan nähdä vauhdittaneen eurooppalaisia pakkoavioliittoon liittyviä lainsäädäntöhankkeita. Vaikka asianmukainen ilmiöön puuttuminen vaatii rikosoikeutta laajempaa lähestymistapaa, keskustelussa ovat painottuneet rangaistusvastuun toteuttamista koskevat kysymykset. Sinänsä sopimus jättää valtioille liikkumavaraa sen suhteen, kuinka rangaistavuus kansallisessa lainsäädännössä varmistetaan. Tästä huolimatta monessa Euroopan maassa on päädytty nimenomaan erilliskriminalisoinnin säätämiseen.[11] Vaikka uusien kriminalisointien määrä viittaisikin siihen, että Euroopan valtioissa vallitsee pakkoavioliiton kriminalisoimista tukeva suuntaus, kriminalisointihankkeita koskevat keskustelut ovat sisältäneet runsaasti myös kriminalisointia vastustavia kantoja. Pääpiirteissään kriminalisointia vastustetaan ja kannatetaan valtiosta toiseen samoin argumentein.[12]

9. Ulkoministeriön mietintö 2013, liitteet, Monika-Naiset liitto ry:n lausunto.
10. Ulkoministeriön mietintö 2013, s. 66.
11. Sopimuksen ratifioineista 34 valtioista kriminalisoinnin ovat tähän mennessä säätäneet ainakin Alankomaat (2016), Belgia (2007), Espanja (2015), Italia (2015), Itävalta (2006), Kreikka (2013), Kroatia (2015), Kypros (2009), Luxemburg (2014), Malta (2014), Norja (2005), Portugali (2015), Ranska (2011), Ruotsi (2015), Saksa (2011), Slovenia (2015), Sveitsi (2013) ja Tanska (2008). Lisäksi pakkoavioliito on kriminalisoitu sopimuksen allekirjoittaneissa mutta toistaiseksi ratifioimatta jättäneissä Iso-Britanniassa (2013), Slovakiassa (2013) ja Bulgariassa (2015). Virossa, Latviassa, Liettuassa ja Irlannissa avioliittoon pakottamiseen sovelletaan erilliskriminalisoinnin sijasta ihmiskauppasäännöksiä. Samaan ratkaisuun on päädytty myös Euroopan neuvostoon kuulumattomassa Pohjois-Irlannissa. (Vrt. European Parliament 2016. Forced marriage from a gender perspective, study; Irem A. Ebeturk – Oliver Cowart, Criminalization of forced marriage in Europe: A qualitative comparative analysis. International Journal of Comparative Sociology 3/2017, s. 169–191, 175.)
12. Ks. esim. Anja Bredal, Tackling forced marriages in the Nordic countries: Between women's rights and immigration control, s. 332–353 teoksessa Lynn Welchmann – Sara Hossain (eds), “Honour” – Crimes, Paradigms and Violence against Women. Zed Books Ltd. 2005, s. 336–337; Aisha K. Gill – Sundari Anitha, Introduction, Framing forced marriage as a form of violence against women, s. 1–22 teoksessa Aisha K. Gill – Sundari Anitha (eds), Forced Marriage. Introducing a social justice and human rights perspective. Zed Books 2011, s. 9; Mohammad Mazher Idriss, Forced Marriages – The Need for Criminalisation? Criminal Law Review 9/2015, s. 687–703.

Kriminalisointia puoltavassa keskustelussa on tuotu esille kriminalisoinnin vaikutukset yleisesti pakkoavioliittokäytäntöä koskevaan suhtautumiseen: kriminalisointi nähdään keinona osoittaa avioliittoon pakottamisen luonne vakavana ihmisoikeusloukkauksena ja viestinä siitä, että valtiovalta tuomitsee avioliittoon pakottamisen. Tuomio- ja rangaistusuhkan uskotaan toimivan pelotteena potentiaalisia tekijöitä kohtaan ja ajan kuluessa johtavan toteutuneiden tekojen määrälliseen laskuun. Viranomaistoiminnassa kriminalisoinnin uskotaan johtavan tekojen aikaisempaa parempaan tunnistamiseen. Lisäksi kriminalisoinnin nähdään avaavan uhrille mahdollisuuden saada hyvitystä koetuista loukkauksista, jolloin kriminalisointi voisi uhrinäkökulmasta olla parhaimmillaan uhria voimaannuttava muutos.[13]

Kriminalisointia vastustavissa argumenteissa korostetaan huolta kriminalisoinnin vaikutuksista uhrien ilmoitushalukkuuteen. Pelkona on, että uhrit karttaisivat viranomaisyhteydenottoja ja itseään suojaavien siviilioikeudellisten vaatimusten esittämistä varmistaakseen, etteivät heidän perheenjäsenensä joutuisi rikoksista syytetyiksi. Pelätään myös, että uhrit joutuisivat kärsimään tilanteessa, jossa syyte syystä tai toisesta kaatuisi. Yksi vastaperuste liittyy näyttökysymyksiin. Huolena on syytteiden kaatuminen avioliiton tahdonvastaisuuden osoittavan näytön riittämättömyyteen. Lisäksi esille on tuotu pelko siitä, että kriminalisointi johtaisi tilanteisiin, joissa uhrit vietäisiin ulkomaille avioliiton solmimisen tarkoituksessa entistä nuorempina.[14]

Vasta-argumenteissa ilmaistut näkökulmat ovat jossain määrin aktualisoituneet valtioissa, joissa kriminalisointi on otettu osaksi lainsäädäntöä. Esimerkiksi tuomioita avioliittoon pakottamisesta ei ole juurikaan annettu. Monesti syynä on syytteiden kaatuminen näytön riittämättömyyteen, mikä on yhteydessä uhrien haavoittuvuuteen ja puuttuviin tukipalveluihin.[15] Toisaalta on huomattava, että kriminalisoinnit ovat tuoreita. Ruotsissa oli tuoreen selvityksen mukaan tehty lain voimaantulon (2015) jälkeen vuoden 2017 loppuun mennessä 234 pakkoavioliittoa koskevaa rikosilmoitusta. Maaliskuun 2018 lopussa tapauksista kolme oli johtanut langettavaan tuomioon. Lisäksi ainakin kahdessa tapauksessa oli nostettu syyte ja useita oli edelleen esitutkinnassa. Syitä tuomioiden suhteellisen pieneen määrään voidaan selvityksen mukaan hakea prosessin kulusta. Suurimmassa osassa tapauksista asianomistaja on lapsi ja teosta epäillyt hänen vanhempansa. Tilanteessa on tavallista, että asianomistaja ei ole yhteistyöhaluinen tai vähintäänkin myöhemmin kiistää esitutkinnassa antamansa kertomuksen. Kuten selvityksestä käy ilmi, lopputuloksen kannalta on ensiarvoista, että lapselle määrättäisiin kyseisenlaisissa tapauksissa edunvalvoja. Ruotsissa näin

13. Gill – Anitha 2011, s. 9; European Union Agency for Fundamental Rights, Addressing Forced Marriages in the EU: Legal Provisions and Promising Practices, 2014, s. 19.
14. Gill – Anitha 2011, s. 10; European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, s. 19.
15. European Parliament 2016, s. 52–55.

ei ole säännönmukaisesti menetelty. Kaikkiaan selvityksestä muodostuu käsitys siitä, että lainsäädäntö sinänsä on toimiva, mutta sen soveltaminen vaatii vielä opettelemista. Esimerkiksi näyttövaikeuksien osalta todetaan, että toimimalla nopeasti poliisi voisi saada haltuunsa todistemateriaaliksi käyttökelpoisia videoita, kuvia tai sähköpostikeskusteluita.[16] Tutkinnan kehittämiseksi Ruotsissa on luotu poliisin sisäinen verkosto, jonka tarkoituksena on nostaa kyseisten rikosten tutkinnallista tasoa.[17] Selvityksessä todetaankin, että ”suuntana on, että yhä useampi rikosilmoitus johtaa haasteeseen”.[18]

Suomessa pakkoavioliittojen esiintymistä ja ilmituloa on selvitetty Helsingin yliopiston kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin toimesta syksyllä 2017.[19] Selvityksen pohjalta oikeusministeriössä laadittiin alkuvuodesta 2019 julkaistu muistio, jonka tarkoituksena oli koota tilannekuva pakkoavioliittojen ehkäisystä ja torjunnasta sekä kartoittaa jatkotoimenpiteiden tarvetta.[20] Lainsäädännön muutostarpeiden osalta muistiossa viitataan oikeusministeriön edustajan toteamukseen erilliskriminalisoinnin tarpeen selvittämisen ennenaikaisuudesta.[21] Näin ollen ratifiointityöryhmän mainitsema lainsäädännön tarkempi arviointi on edelleen tekemättä.

Avioliittoon pakottamiseen soveltuvaa voimassaolevaa lainsäädäntöä tarkasteltaessa ja uusia säännöksiä hahmoteltaessa on pohdinta ulotettava siihen, kuinka pakkoavioliitto tulisi ymmärtää ja määritellä. Seuraavassa luvussa määrittelemiseen liittyviä haasteita lähestytään ensin yhteisöllisen kontrollin ja sen kautta tavoiteltavien pyrkimysten kautta. Tämän jälkeen avioliittoon pakottamista, usein ”muiden” väkivallaksi miellettävää ilmiötä, peilataan ”meidän” harjoittamaan väkivaltaan. Kolmannessa alaluvussa kysytään, mitä pakottamisen seurauksena solmittavalta suhteelta vaaditaan, jotta se voidaan ymmärtää pakkoavioliitoksi.

16. Statens offentliga utredningar SOU 2018:69. Slutbetänkande av Utredningen om starkare skydd mot barnäktenskap, tvångsäktenskap och brott med hedersmotiv, Ökat skydd mot hedersrelaterad brottslighet, s. 112–115.
17. Ks. SOU 2018:69, s. 112, alaviite 12.
18. SOU 2018:69, s. 115.
19. Virve Toivonen, Pakkoavioliittojen esiintyminen ja ilmitulo Suomessa, selvitysmuistio. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti 2017.
20. Oikeusministeriön muistio Pakkoavioliittojen ehkäisyn ja torjunnan tilannekuva sekä kartoitus jatkotoimenpiteistä, 2019.
21. Oikeusministeriön muistio 2019, s. 10. ”Oikeusministeriön edustajan mukaan on ennenaikaista selvittää erilliskriminalisoinnin tarvetta. Todettiin, että Istanbulin sopimuksen toimeenpanosuunnitelman 2018–2021 mukaan naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan torjunnan toimikunta (NAPE) tarkastelee toimeenpanosuunnitelman puolivälissä mahdollisia lainsäädännön muutostarpeita. Tässä vaiheessa voidaan arvioida myös pakkoavioliittoa koskevaa rikoslainsäädäntöä.”

3. Miten pakkoavioliitto tulisi ymmärtää ja määritellä?

3.1. Pakkoavioliitto yhteisöllisen kontrollin ilmentymänä

Avioliittoon pakottaminen on yksi kunniakontekstissa käytettävistä kontrollimekanismeista. Taustalla on pyrkimys varjella suvun mainetta tyttöjen ja nuorten naisten seksuaalisuuteen kohdistuvilla rajoituksilla ja kontrollilla ja näin toimimalla varmistaa henkilön päätöksenteon ja käyttäytymisen yhteensopivuus yhteisössä noudatettavan moraalinormiston kanssa.

Kunniakonfliktien kirjo on laaja, ja osa lapsiin ja nuoriin kohdistuvasta kontrollista, valvomisesta ja rajoittamisesta on tulkittavissa vanhempien normaaliin kasvatusvastuuseen kuuluvaksi.[22] Vain pieni osa toimista täyttää jonkin rikoslain tunnusmerkistön. Ääripäiden väliin jää huomattava määrä tulkinnanvaraisia tekoja, joista osa – huolimatta siitä, että ne rikoslain näkökulmasta ovat oikeutettuja – loukkaa lapsen tai nuoren integriteettiä. Tekojen arvioimista vaikeuttaa se, että samankaltainen teko tai toiminta saa varsin erilaisia merkityksiä riippuen siitä, kohdistuuko se pikkulapseen vai varttuneempaan lapseen tai nuoreen.[23] Avioliittoon pakottamisen kohdalla teolla tavoiteltavan seurauksen, vastoin uhrin tahtoa tapahtuvan avioliiton solmimisen, oikeudenvastaisuus ei ole tulkinnanvarainen kysymys. Sen sijaan tulkintaongelmia voi aiheutua siitä, millaiset vaikutustoimet tai teot riittävät muodostamaan uhriin kohdistuvan pakon.

Pakkoavioliitto konstruoidaan usein vastakohdaksi vapaaseen suostumukseen perustuvalle avioliitolle. Pakkoelementtiä tarkasteltaessa tulisi pakon ja vapaan tahdon vastakkainasettelun sijasta korostaa pakon asteittaisuutta ja hienovaraisuutta. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin pakkoavioliittoa käsittelevää muistiota varten haastateltujen asiantuntijoiden mukaan pakkoavioliittotilanteissa käytettävä pakko voi esiintyä hyvin eri muotoisena ja asteisena. Pakko voi olla luonteeltaan fyysistä, henkistä, hengellistä tai taloudellista tai käsittää piirteitä näistä kaikista.[24] Pakottaminen voi toisaalta ilmetä uhkana henkeen tai terveyteen kohdistuvasta rikoksesta, toisaalta saada hyvinkin hienovaraisia ja abstrakteja muotoja samoin tavoin kuin muunlaisen kunniaan liittyvän väkivallan yhteydessä ilmenevässä sosiaalisessa kontrollissa.

22. Anna Kaldal – Emelie Kankaanpää Thell, Hedersrelaterat våld och förtryck mot barn och unga. Del II: Samhällets ansvar och förutsättningar att utreda och beivra brott. Juridisk Tidskrift 2016/17 s. 349–380, 354.
23. Esim. Tuuli Hong, Yhteisö, kontrolli ja oikeuden konteksti: suojaako rikoslaki yhteisöllisen väkivallan uhria? Lakimies 3–4/2017, s. 362–386, 376.
24. Toivonen 2017.

Evan Stark on esitellyt tutkimuksessaan pakottavan kontrollin (*coercive control*) käsitteen.[25] Vaikka Stark on luonut käsitteen etenkin naisiin kohdistuvan lähisuhdeväkivallan selittämiseksi, käsite auttaa ymmärtämään myös avioliittoon pakottamista ja muita kunniaan liittyvän väkivallan ilmiöitä. Starkin mukaan pakottava kontrolli on vahingollista ja oikeudetonta henkilön toiseen henkilöön kohdistamaa lukemattomien pienien, niin fyysisten kuin ei-fyysisten, tekojen keinoin tapahtuvaa kontrollointia. Käsitteen tarkoituksena ei ole niinkään alleviivata tekoja itsessään vaan ennemminkin tehdä näkyväksi lyhytkestoisten tekojen pitkäkestoiset seuraukset. Stark näkeekin pakottavan kontrollin välineenä, jolla naisia alistavaa valta-asemaa ylläpidetään ja jolla naisten käyttäytymistä sekä alistumista patriarkaalisille normeille kontrolloidaan. Myös avioliittoon pakottamisen voi nähdä juuri kyseisenlaisena yhteisöjen nuoriin, etenkin naisiin ja tyttöihin, kohdistettavana kontrollimekanismina.

Starkin ajatukset pakottavasta kontrollista ovat yhteydessä *Liz Kellyn* 1980-luvun loppupuolella luomaan käsitteeseen ”seksuaalisen väkivallan jatkumosta”.[26] Käsitteen avulla Kelly pyrki laajentamaan seksuaalista väkivaltaa koskevaa ymmärrystä esittämällä erilaiset väkivaltateot ”elementtien jatkumona”, jossa yksi teko johtaa toiseen liukuvasti tekorajat ylittäen. Sen sijaan, että jatkumo asettaisi teot hierarkkiseen tai tekojen vakavuutta ilmentävään järjestykseen, tavoittelee se tekojen ja väkivaltakokemusten kompleksisuuden ja limittäisyyden kuvaamista. Samalla jatkumo auttaa tunnistamaan teoissa toistuvat erityispiirteet, jotka yhdistävät muutoin huomattavan erilaisia tekoja toisiinsa.[27]

Liz Kellyn käsite väkivallan jatkumosta havainnollistaa myös yhteisölliselle väkivallalle tyypillistä sosiaalista kontrollia. Sosiaalisen kontrollin eri ilmenemismuotoja yhdistää pyrkimys varmistaa tietyn käyttäytymismallin noudattaminen. Avioliittoon pakottamisen tilanteissa nuoreen kohdistettu kontrolli voi ilman varsinaista pakottamista riittää siihen, että nuori solmii itselleen vastentahtoisen avioliiton. Tavallisia ovat myös tilanteet, joissa pakkoa käytetään, mutta sitä vahvistavat keinot ovat niin hienovaraisia, että ne jäävät rikoslain tunnusmerkistöjen ulkopuolelle. Vanhempi voi esimerkiksi kertoa lapselle tai nuorelle, että tämän kieltäytyminen vanhempien toivomasta avioliitosta johtaa perheelle häpeälliseen tilanteeseen tai lapsen ajamiseen pois perhepiiristä. Kyseisenlaisissa tilanteissa nuori voi olla asemassa, jossa hän ei edes uskalla ilmaista haluttomuuttaan avioliiton solmimiseen.[28]

Pakkoavioliittoilmiön tarkastelu rikastuisi, jos ilmiötä tarkasteltaisiin edellä esitetyn kaltaisten tilanteiden huomioimisen mahdollistavalla tavalla jatkumona.

25. Evan Stark, Coercive control: How men entrap women in personal life. Oxford University Press 2009.
26. Liz Kelly, Surviving sexual violence. Polity Press 1988.
27. Liz Kelly, What’s in a Name? Defining Child Sexual Abuse. Feminist Review Spring/1988, s. 65–73, 67.
28. SOU 2018:69, s. 122.

Tällöin myös ääripäiden, suostumuksen ja pakon, välille sijoittuvat erilaiset ja eri asteiset yhteisölliset odotukset, kontrollin ja suostuttelun keinot sekä painostaminen nähtäisiin lopputuloksen kannalta relevantteina toisen tahtoon vaikuttavina elementteinä.[29] Koska hienovarainen ja epäsuora yhteisön sosiaalisesta säännöstöstä kumpuava pakottaminen ja uhkailu vaikuttavat (potentiaalisen) uhrin valintoihin ja toimiin samalla tavoin kuin konkreettinen fyysinen pakko tai uhka, niiden merkitys tulisi nostaa esille pakkoavioliittokeskustelussa.[30]

3.2. ”Meidän” ja ”muiden” väkivaltaa

Pohjoismaisissa naisiin kohdistuvaa väkivaltaa ja lähisuhdeväkivaltaa koskevissa poliittisluonteisissa asiakirjoissa tietyt väkivaltatyypit on esitetty korostuneesti maahanmuuttajayhteisöjen ongelmana. Myös Suomessa kunniaan liittyvää väkivaltaa ja siihen monessa suhteessa kiinnittyvää avioliittoon pakottamista käsitellään poliittisissa asiakirjoissa pääasiassa ”tavallisesta” sukupuolistuneesta väkivallasta irrallisina ilmiöinä. Kyseisenlainen esitystapa paitsi ruokkii kulttuurisia stereotypioita myös rakentaa eroa ”meidän” ja ”muiden” välille. Seurauksena kantaväestön harjoittama väkivalta muuttuu näkymättömäksi ja vähintäänkin ”muiden” väkivaltaa ”hyväksytymmäksi”.[31]

Vastakkainasettelu ”meidän” ja ”muiden” välillä näkyy jossain määrin myös pakkoavioliiton määritelmissä. Tavallisimmin pakkoavioliitto määritellään avioliitoksi, joka on solmittu vastoin joko toisen tai molempien puolisoiden suostumusta. Näin avioliittoon pakottaminen konstruoidaan vastakohdaksi avioliittolain mukaiselle ”vapaasti” annettuun suostumukseen perustuvalle avioliitolle.[32]

29. Geetanjali Gangoli – Khatidja Chantler – Marianne Hester – Ann Singleton, Understanding forced marriage: definitions and realities, s. 25–45 teoksessa Aisha K. Gill – Sundari Anitha (eds), Forced Marriage. Introducing a social justice and human rights perspective. Zed Books 2011. Näkökulma johdattaa myös esittämään kysymyksen siitä, kuinka suostumus tosiasiassa on määriteltävissä tai kuinka se sijoittuu suhteessa pakkoon. Kati Nieminen tarkastelee artikkelissaan sitä, kuinka suostumus olisi määriteltävissä osana raiskausrikoksen tunnusmerkistöä. Niemisen esille nostamat ongelmat ovat relevantteja myös muissa suostumukseen perustuvissa (juridisissa) konstruktioissa, pakkoavioliitto mukaan lukien. Milloin suostumusta voidaan pitää vapaaehtoisesti annettuna? Mihin kategoriaan sijoittuu esimerkiksi vastentahtoinen alistuminen sosiaalisen tai emotionaalisen paineen alla? (Kati Nieminen, Mitä raiskauksen määritelmä kertoo oikeuskulttuuristamme? s. 394–411 teoksessa Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka – Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä – Sakari Melander (toim.), Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019. Oikeustieteellinen tiedekunta, Helsingin yliopisto 2019.)
30. Ks. Hong 2017.
31. Ks. tarkemmin Tuuli Hong, Discourses on Honour-Related Violence in Finnish Policy Documents, NORA – Nordic Journal of Feminist and Gender Research 22(4) 2014, s. 314–329.
32. ”Vihkimisessä kihlakumppanien tulee samanaikaisesti olla läsnä. Kun kumpikin kihlakumppani on vastannut myöntävästi vihkijän hänelle tekemään kysymykseen, tahtooko hän mennä kihlakumppaninsa kanssa avioliittoon, vihkijä toteaa heidät aviopuolisoiksi.” (Avioliittola-

Kyseisen määritelmän seurauksena ilmiötä lähestytään alleviivaamalla avioliiton solmimishetkellä vallinneen pakon ja suostumuksen välistä dikotomiaa. Myös Istanbulin sopimuksen artiklat toistavat samaa näkemystä. Arviointi kohdistetaan nimenomaan solmimishetken tilanteeseen: artiklan 37 mukaan rangaistavaksi on säädettävä henkilön tahallinen pakottaminen avioliittoon – toisin sanoen henkilön pakottaminen *solmimaan* avioliitto – sekä henkilön tahallinen houkutteleminen asuinvaltionsa ulkopuolelle avioliiton solmimistarkoituksessa.[33]

Huolimatta siitä, että lähtökohta puuttuu sinänsä oleelliseen seikkaan, se luo ilmiöstä yksinkertaistetun kuvan. Ensinnäkin, avioliitto voi olla pakkoavioliitto paitsi avioliiton solmimishetkeen liittyvän myös sen kestäessä alkaneen tai puolison eroaikeisiin liittyvän pakottamisen vuoksi. Siinä missä perinteisempi näkemys ymmärtää pakon pakkona solmia avioliitto, laajennettu ymmärrys nostaa esille myös tapaukset, joissa puoliso pakotetaan pysymään avioliitossa vastentahtoisesti. Puolison jääminen liittoon voidaan pyrkiä varmistamaan samanlaisin painostuksen ja väkivallan keinoin kuin millä vastentahtoinen puoliso tyypillisesti pakotetaan avioliiton solmimiseen.[34]

Vaikka avioliitto voi muuttua pakkoavioliitoksi koska tahansa liiton aikana, solmimisajankohtaan sidottu määritelmä on selkeä – ja kansainvälisesti vertaillen yhdenmukainen – lähtökohta rikoslain säännöksen perustaksi. Pakkoavioliittoilmiön laajuus on kuitenkin hyvä tiedostaa ja sisällyttää teemasta käytävään keskusteluun. Tämä on tärkeää jo siksi, että avioliiton päättymisvaiheeseen liittyvä pakottaminen tekee pakkoavioliiton piirteitä näkyviksi myös vähemmistöyhteisöjen ulkopuolella solmituissa liitoissa, mikä osaltaan hälventää ”meille” ja ”muille” tyypillisen väkivallan välillä vallitsevaa erottelua. Sukupuolittuneen väkivallan tutkimuksessa on toistuvasti näytetty, miten erotilanne ylipäätään kasvattaa puolisoiden välisen väkivallan riskiä. Lisäksi liittojen päättymiseen kytkeytyy tyypillisesti esimerkiksi taloudellisiin seikkoihin ja lasten eron jälkeiseen asemaan liittyvä taktikoiminen ja painostus, jotka niin ikään voivat saattaa puolison seurauksiltaan pakkoa vastaavaan tilanteeseen.[35]

ki,1929/234, AL, 4:15.) Määritelmä on sopusoinnussa ihmisoikeussopimuksissa asetettavien velvoitteiden kanssa. Ks. Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus (SopS 85–86/1998), art. 12; Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus, ns. CEDAW-sopimus (SopS 67–68/1986), art. 16; YK:n ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus (1948), art. 16.

33. Kriminalisointisäännösten kohdistuminen avioliiton solmimisajankohtaan tulee erityisen hyvin esille sopimuksen englanninkielisestä versiosta, jossa todetaan, että “[P]arties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct of forcing an adult or a child to enter into a marriage is criminalized”. (Istanbulin sopimus, art. 37.)
34. Gangoli – Chantler – Hester – Singleton 2011, s. 40. Huolimatta siitä, että joissain yhteisöissä eronneeseen naiseen kohdistuu stigmatisointia, painostus ja pakottaminen avioliitossa pysymiseen liittyy harvoin haluun suojella naista (ibid.).
35. Ks. esim. Johanna Niemi-Kiesiläinen, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY 2004, s. 43.

3.3. Avioliittoja ja avioliitonomaisia suhteita

Pakkoavioliitto konstruoidaan helposti avioliittolain tarjoamaa mallia käyttäen. Tosiasiassa yhteisöissä solmittavat avioliitot eivät läheskään aina täytä avioliittolain mukaisen avioliiton kriteereitä. Esimerkiksi uskonnollisissa yhteisöissä ei sitä, että suomalainen viranomainen vahvistaa liiton, pidetä välttämättä kovinkaan merkittävänä tai edes tarpeellisena.[36] Tästä huolimatta liitot ovat yhteisön ja puolisoiden näkökulmasta päteviä ja luovat osapuoliin kohdistuvia oikeuksia ja velvollisuuksia avioliittolain mukaisesti solmitun avioliiton tavoin. Huolestuttavaa on, että ne solmimistavastaan johtuen ovat myös avioerosääntelyn ulkopuolella, mikä voi käytännössä tehdä suhteesta irtaantumisen hyvinkin vaikeaksi.

Mitä pakottamalla muodostetulta suhteelta sitten vaaditaan, jotta se täyttäisi pakkoavioliiton määritelmän? Pitäytyminen avioliittolain mukaisessa määritelmässä tarkoittaisi käytännössä sitä, että pakkoavioliittokäytäntöä tarkasteltaessa merkitykselliset avioliitonomaiset suhteet putoaisivat määritelmän ulkopuolelle. Ruotsalaisessa avioliittoon pakottamista koskevassa säännöksessä kriminalisointi kattaa niin avioliittoon kuin avioliitonomaiseen suhteeseen pakottamisen. Muotoilua perusteltiin sillä, että esimerkiksi uskonnollisen yhteisön käytännön mukaisesti muodostettu epävirallinen liitto voi vaikutuksiltaan olla puolisoille yhtä sitova ja velvoittava kuin siviilioikeudellisesti pätevä avioliitto. Lisäksi epävirallisten suhteiden jättäminen säännöksen ulkopuolelle voisi helposti johtaa tilanteeseen, jossa lainsäädäntöä kierrettäisiin suosimalla rikosoikeudellisten seuraamusten välttämiseksi epävirallisia liittoja.[37]

Ruotsalaista kriminalisointia koskevista valmisteluasiakirjoista käy hyvin ilmi hankaluus laatia riittävän tarkka epäviralliset avioliitonomaiset suhteet kattava määritelmä.[38] Lopulta lakitekstiin sisällytettiin määritelmä, jonka mukaan rangaistavaa on henkilön pakottaminen avioliitonomaiseen suhteeseen, joka solmitaan tietyssä ryhmässä noudatettavien sääntöjen mukaisesti ja jonka myötä osapuolia pidetään toistensa puolisoina, joilla on oikeuksia ja velvollisuuksia toisiaan kohtaan. Esitöissä korostetaan, että lähtökohta suhteen laatua arvioitaessa on suhteelle kulloinkin kyseessä olevan yhteisön sisällä annettava merkitys, ei pakottamista kokeneen osapuolen subjektiivinen kokemus.[39] Määritelmä tuo esille pakkoavioliittokäytännön yhteisöllisen aspektin. Avioliittoon pakottaminen

36. Ks. esim. Kristiina Kouros, Suomessa asuvien muslimien suhtautumisesta perhearvoihin ja perhelainsäädäntöön, Ihmisoikeusliitto ry:n selvitys 2007, s. 27–29.
37. Regeringens proposition 2013/14:208, Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap samt tillträde till Europarådets konvention om våld mot kvinnor, s. 55.
38. Regeringens proposition 2013/14:208, s. 45–46.
39. Regeringens proposition 2013/14:208, s. 143.

on usein sidoksissa yhteisöissä vallitseviin moraalinormeihin ja pyrkimykseen suojella kyseisiä normeja ja yhteisön yhtenäisyyttä.[40]

Seuraavassa luvussa kysytään, täyttääkö suomalainen lainsäädäntö Istanbulin sopimuksen asettamat pakkoavioliiton rangaistavuutta koskevat velvoitteet. Kuinka voimassa oleva lainsäädäntö soveltuu avioliittoon pakottamisen tilanteisiin? Pystytäänkö sen turvin huomioimaan edellä tarkastellut pakkoavioliiton erityispiirteet ja niiden seurannaisvaikutukset?

4. Rikoslain soveltuvuus avioliittoon pakottamisen tilanteisiin

4.1. Vapauteen kohdistuvia rikoksia koskeva sääntely

Istanbulin sopimus velvoittaa sopimusvaltioita toteuttamaan tarvittavat lainsäädäntö- ja muut toimet sen varmistamiseksi, että henkilön tahallinen pakottaminen avioliittoon on kansallisen lainsäädännön mukaan rangaistava teko. Sopimusta ratifioitaessa velvoitteen nähtiin täyttyvän ihmiskauppasääntelyn kautta. Soveltamisedellytysten todellisen tarkastelun sijasta mietinnössä tyydyttiin viittaamaan YK:ssa vuonna 1956 solmittuun orjuuden kieltävään sopimukseen.[41] Sopimuksessa luetellaan pakkoavioliiton orjuuteen rinnastuvia muotoja. Tällaisina mainitaan tapaukset, joissa

a. nainen, ilman että hänellä on oikeus kieltäytyä, luvataan tai annetaan avioliittoon hänen vanhemmilleen, holhoojalleen, perheelleen tai mille muulle henkilölle tai henkilöryhmälle tahansa suoritettavaa raha- tai luontaissuoritusta vastaan; tai

b. naisen aviomiehellä, tämän perheellä tai suvulla on oikeus luovuttaa hänet kolmannelle vastikkeellisesti tai muulla tavalla; tai

c. nainen voidaan hänen aviomiehensä kuoltua luovuttaa perintönä toiselle henkilölle.[42]

40. Määritelmä on kuitenkin altis myös kritiikille. Syntyykö oikeuskäytännössä tulkintaongelmia, jotka koskevat sitä, milloin tietyn ryhmän noudattama sääntö täyttää lakitekstin määritelmän? Huomattavaa on myös se, että rangaistavaa on ainoastaan yhteisön noudattamiin sääntöihin perustuva avioliitonomaiseen suhteeseen pakottaminen. Jos henkilö sen sijaan pakottaa toisen epäviralliseen liittoon yksinomaan oman arvomaailmaansa vedoten, kriminalisointi ei kata tekoa.
41. Ulkoministeriön mietintö 2013, s. 65–66. Sopimukseen viitataan myös ihmiskauppapykälän valmistelua koskevassa hallituksen esityksessä (hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 103/2014 vp, s. 8).
42. Lisäsopimus orjuuden, orjakaupan ja orjuuteen verrattavien järjestelmien ja käytännön tukahduttamisesta (SopS 17/1959), art. 1.

Huolimatta siitä, että hallituksen esityksessä todetaan, kuinka ihmiskauppapykälässä tarkoitettujen ihmisarvoa loukkaavien olosuhteiden voidaan katsoa riippuvan ajankohdasta ja kulttuurista, lainsäätäjän antamaa yli puolen vuosisadan takaista soveltamisohjetta on vaikea soveltaa tähän päivään.[43] Näin siitäkin huolimatta, että pakkoavioliitolla on eittämättä yhtymäkohtia ihmiskauppaan ja että sitä tänä päivänä jopa pidetään ”ihmiskaupan nousevana muotona”.[44]

Arvioitaessa ihmiskauppapykälän soveltumista pakkoavioliittotapauksiin on huomattava, että pykälän soveltamisen kynnys on asetettu Suomessa ylipäätään korkealle. Jotta tunnusmerkistö täyttyisi, tulee teon täyttää pykälässä eritellyt keinoa, tekotapaa ja tarkoitusta koskevat osatekijät. Tahallisuuden on ulotuttava kaikkiin osatekijöihin ja tekijän on tullut toimia nimenomaisesti tarkoituksessa saattaa uhri pykälän mukaisiin olosuhteisiin.[45] Sääntelyn soveltamattomuudesta kielii sekin, että vaikka ammattilaiset törmäävät pakkoavioliittoihin jopa joitain kymmeniä kertoja vuodessa, ne eivät juurikaan näy poliisin tai tuomioistuinten tilastoissa. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutissa laaditun selvityksen osana tehdyn syyttäjille suunnatun kyselyn tulokset ovat samansuuntaisia: pakkoavioliitot näkyvät syyteharkinnassa vain satunnaisesti, tällöinkin lähinnä epäilyinä.[46]

Voimassaolevan lainsäädännön mukaan avioliittoon pakottaminen on rangaistava teko paitsi silloin, kun tapaukseen voidaan soveltaa ihmiskauppasääntelyä, myös tilanteissa, joissa teko täyttää rikoslain pakottamissäännöksen (RL 25:8) tunnusmerkistön. Kuten ihmiskauppapykälä, myös pakottamista koskeva pykälä sisältyy rikoslain ”vapauteen kohdistuvia rikoksia” sääntelevään lukuun. Tunnusmerkistö on kuitenkin laadittu tavalla, joka käytännössä sulkee säännöksen soveltamisen pois useimmissa yhteisöllisen väkivallan tilanteissa. Rikoslain tunnusmerkistön mukaan pakottamisesta tuomitaan se, ”[J]oka oikeudettomasti väkivallalla tai uhkauksella pakottaa toisen tekemään, sietämään tai tekemättä jättämään jotakin”.[47]

Aikaisemmassa artikkelissani olen pohtinut RL 25 luvun säännösten soveltumista yhteisöllisen väkivallan tapauksiin.[48] Yksi tärkeimmistä tuloksista on, että vaikka pakottamisen, samoin kuin laittoman uhkauksen (RL 25:7) tunnusmerkistöt ovat sanamuodoiltaan melko avoimia ja siksi laillisuusperi-

43. Vrt. HE 103/2014 vp, s. 8. Maija Koskenoja – Venla Roth – Minna Viuhko – Laura Turkia, Tuntematon tulevaisuus – selvitys ihmiskaupan uhrien auttamista koskevan lainsäädännön toimivuudesta. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 24/2018, s. 77.
44. Valtioneuvoston selvitys 24/2018.
45. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 34/2004 vp, s. 93; Venla Roth, Defining human trafficking, identifying its victims: a study on the impact and future challenges of international, European and Finnish legal responses to prostitution-related trafficking in human beings. Turun Yliopisto 2010, s. 182–184.
46. Toivonen 2017. Vrt. Valtioneuvoston selvitys 24/2018, s. 78.
47. RL 25:8.
48. Hong 2017.

aatteen kannalta jopa jossain määrin ongelmallisia, ne eivät kata suurta osaa yhteisölliseksi väkivallaksi laskettavista pakottamis- ja uhkaamistapauksista.[49] Kohtaamisongelman perussyy on, että siinä missä rikoslain tunnusmerkistöt edellyttävät teoilta konkreettisuutta ja välittömyyttä, uhkaus ja pakottaminen voivat yhteisöllisessä kontekstissa välittyä edellä esitetyn mukaisesti hyvinkin hienovaraisesti ja huomaamattomasti. Tällainen sosiaalisen säännöstön asettama pakko voi kuitenkin yhteisön määrittelemän moraalikoodin sisäistäneelle uhrille tarkoittaa samaa kuin rikoslaissa määritellyt pakkotilanteet. Tekojen abstraktisuuden vuoksi uhrin, samoin kuin tutkintaa suorittavan poliisin tai syytettä ajavan syyttäjän, on vaikeaa – ellei mahdotonta – osoittaa rikostunnusmerkistön täyttyneen.[50]

Avioliittotarjoukseen annettavan vastauksen sisältö määrittyy monenlaisten avioliittoon liittyvien paineiden kautta. Vaikka kyseiset paineet jossain määrin koskettavat naisia yhteiskuntarajoista riippumatta, esimerkiksi taloudellinen riippuvuus, seksuaalisuus tai mahdollinen raskaus rajoittavat yhteisöllisessä kontekstissa varttuneen naisen valintamahdollisuuksia huomattavasti enemmän kuin ns. valtaväestöön kuuluvan, samassa tilanteessa olevan naisen valintoja. Lisäksi päätöksenteossa painavat yhteisöissä vallitsevat moraalikoodit, joiden noudattaminen voi olla sidottu normin tai sosiaalisen odotuksen vastaisesta käyttäytymisestä automaattisesti seuraaviin sanktioihin.[51]

Kuten *Sundari Anitha* ja *Aisha K. Gill* ovat todenneet, vaatimukset moraalikoodiston mukaisesta käytöksestä ovat riippuvaisia yhteisöllisessä kontekstissa vahvasta vanhempien (sekä kulttuurin ja uskonnon) kunnioituksesta. Kunnioitus ei ole sisäsyntyistä vaan sosiaalisesti, kulttuurisesti ja sukupuolittuneesti rakentunut käyttäytymismalli, joka vahvistuu esimerkiksi kunniakäsityksiin liitetyn normiston kautta.[52] Kunnian ja häpeän kaltaiset sosiaalisesti ja kulttuurisesti rakentuneet normit voivat määrittää yhteisölliseen kontekstiin kasvaneen potentiaalisen uhrin päätöksentekoa huomattavasti. Yhteisöllisen identiteetin omaksunut nuori voi nähdä perheen stigmatisoinnin välttämisen itseisarvoksi, eikä siksi näe omalle toiminnalleen muuta vaihtoehtoa kuin suostumisen avioliittoon.[53]

Anitha ja Gill ovat tarkastelleet pakkoavioliittoa intersektionaalisuutta hyödyntävästä perspektiivistä.[54] Etelä-aasialaisen taustan omaavien naisten pakko-

49. Hong 2017.
50. Ks. rikoslain yhteisölliseen väkivaltaan soveltamisen ongelmista tarkemmin Hong 2017.
51. Sundari Anitha – Aisha K. Gill, Reconceptualising consent and coercion within an intersectional understanding of forced marriage, s. 46–66 teoksessa Aisha K. Gill – Sundari Anitha (eds), Forced Marriage. Introducing a social justice and human rights perspective. Zed Books 2011, s. 52.
52. Anitha – Gill 2011, s. 53.
53. Geetanjali Gangoli – Amina Razak – Melanie J. McCarry, Forced marriage and domestic violence among South Asian communities in North East England. University of Bristol 2006, s. 11.
54. Intersektionaalisuudesta ks. Kimberlé Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. The University of Chicago Legal Forum 1989, s. 139–168; Kimberlé Crenshaw, Map-

avioliittokokemuksiin kohdistuvassa tutkimuksessaan he ovat todenneet, että kokemuksiin pakon ja suostumuksen välisestä punninnasta sekoittuu sosiaalisen paineen lisäksi myös useita muita tekijöitä. Tällaisia voivat olla esimerkiksi naisen sosiaaliluokka, koulutus ja työhistoria. Lisäksi merkitystä on sillä, millainen suhdeverkosto potentiaalisella uhrilla on uudessa yhteiskunnassa sekä esimerkiksi se, miten hän suhtautuu ja millaisia kokemuksia hänellä on rasismista.[55] Pakon ja suostumuksen välisen rajapinnan tarkastelussa huomiota on lisäksi kiinnitettävä yhteisöjen käytäntöjä muovaaviin maahanmuutosta kumpuaviin ja siihen liittyviin kokemuksiin. Uuden kotimaan maahanmuuttopolitiikka, lähtömaan maailmanpoliittinen tilanne ja yksilöiden ja perheiden maahanmuuttokokemukset vaikuttavat siihen, kuinka pakkoa käytetään ja kuinka yksilö siihen reagoi.[56]

Edellä esitetystä käy ilmi, että pakkoavioliittotilanteissa vallitsevaa pakkoa arvioitaessa on oltava tietoinen paitsi kontekstista, jossa uhrit elävät, myös heidän sijainnistaan erilaisten epätasa-arvoisuutta ilmentävien muuttujien risteämiskohdissa. Avioliittoon pakottamisen tapauksissa kontekstuaalisuus korostuu mahdollisesti jopa enemmän kuin muissa yhteisöllisen väkivallan tilanteissa. Samanaikaisesti uhrin sijainti erilaisten identiteettiinsä vaikuttavien ja toisiinsa sulautuvien sosiaalisten kategorioiden risteyskohdassa vaikuttaa hänen mahdollisuuksiinsa toimia pakkoavioliittotilanteessa. Toimintamahdollisuuksien arvioinnissa ei vaille merkitystä voida jättää myöskään ympäröivän yhteiskunnan asenteita uhriksi joutunutta henkilöä kohtaan, tarjolla olevan tiedon ja tuen saatavuutta sekä auttamisjärjestelmän toimivuutta ja luotettavuutta.[57] Viimeksi mainitut ovat yhteydessä esimerkiksi siihen, miten yhteiskunta määrittelee uhrit ja potentiaaliset uhrit: nähdäänkö heidät ”uhriutuneina” vai tuetaanko heidän ”voimaantumistaan”.[58] Myös teot itsessään kumpuavat tietystä kontekstista. Te-

ping the margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. Stanford Law Review 6/1991, s. 1241–1299. Myös Päivi Honkatukia – Suvi Keskinen, The social control of young women's clothing and bodies: A perspective of differences on racialization and sexualization. Ethnicities 1/2018, s. 142–161.

55. Sundari Anitha – Aisha K. Gill, Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK. Feminist Legal Studies 17/2009, s. 165–184, 177.
56. Anitha – Gill 2009, s. 173.
57. Vrt. Anitha – Gill 2009, s. 177; Satu Lidman, Väkivaltakulttuurin perintö. Sukupuoli, asenteet ja historia. Gaudeamus 2015, s. 327.
58. Lidman 2015, s. 14. ”Uhrin” käsitettä on kritisoitu voimakkaasti feministisessä tutkimuksessa. Riikka Kotanen avaa väitöskirjassaan kritiikin taustoja lähtemällä liikkeelle uhri-sanan yleiskielisestä merkityksestä vastoinkäymisen kohdanneena henkilönä. Kuten Kotanen jatkaa, uhri-status voi toisaalta mahdollistaa henkilön pääsyn tukipalvelujen ja vahingonkorvausoikeuden piiriin, toisaalta leimata henkilön uhrikokemukseen kiinnittymättömillä merkityksillä. Tällöin uhrius viittaa passiivisuuteen ja heikkouteen, uhrin omaan elämäänsä kohdistuvan kontrollin menettämiseen. Feministisen kritiikin kärki kohdistuu juuri uhri-käsitteeseen liitettäviin mielikuviin henkilöiden passiivisuudesta ja avuttomuudesta. Konnotaatioita on lähdetty feministisen liikkeen piirissä purkamaan kutsumalla rikoksen uhreja esimerkiksi selviytyjiksi.

korikosoikeuden periaatteille rakentuvassa rikosoikeudellisessa arvioinnissa teko kuitenkin irrotetaan tekokontekstistaan, niin yksittäistä tekoa edeltäneistä kuin sitä seuraavista tapahtumista.[59]

Istanbulin sopimukseen liittyvän selitysmuistion mukaan pakkoavioliiton rangaistavuuden tulee kattaa uhrin, aikuisen tai lapsen, pakottaminen avioliittoon riippumatta siitä, toteutetaanko pakottaminen fyysisen vai henkisen pakottamisen tai uhkaamisen keinoin. Rikos täyttyy, kun avioliitto tulee solmituksi ilman toisen tai molempien puolisoiden vapaaehtoista suostumusta.[60] Kuten kyseisestä selitysmuistion selvennyksestä käy ilmi, pakkoavioliiton kriminalisoinnilta vaaditaan pakon ymmärtämistä rikoslaissa pakottamiselle annettua sisältöä laajemmin.

Vaikka ihmiskauppapykälän soveltuvuutta pakkoavioliittotapauksiin on kritisoitu tässäkin artikkelissa, pykälässä on myös elementtejä, joita voitaisiin hyödyntää pakkoavioliiton kriminalisointia laadittaessa. Yksi ihmiskauppapykälän tunnusmerkistössä luetelluista tekotavoista on toisen riippuvaisen aseman tai turvattoman tilan hyväksikäyttäminen taikka toisen painostaminen. Säännöksen esitöissä rikoksen kohteen riippuvaisen aseman todetaan voivan johtua esimerkiksi perhe-, sukulaisuus-, työ-, vuokra- tai velkasuhteesta. Oleellista on, että riippuvainen asema johtuu rikoksentekijän ja uhrin välisessä suhteessa vallitsevasta epätasapainoisesta valta-asetelmasta ja sen väärinkäytöstä.[61] Turvattomalla tilalla puolestaan viitataan uhriin itseensä. Esimerkiksi uhrin nuori ikä tai pakolaisuuteen tai maahanmuuttoon liittyvät kokemukset voivat tehdä hänet haavoittuvaksi ja alttiiksi ajautua hyväksikäyttötilanteeseen.[62]

Yhteisöllisessä kontekstissa hyväksyttävänä pidettävälle käytökselle rajat asettava moraalinormisto vaikuttaa yksilön päätöksentekoon ja valinnanvapauteen monin tavoin. Pakkoavioliittotilanteessa normisto voi asettaa nuoren tilanteeseen, jossa hänellä ei käytännössä ole muita vaihtoehtoja kuin suostua vanhempiensa, monesti myös laajemman yhteisön, suunnittelemaan avioliittoon tai avioliitonomaiseen suhteeseen. Lainsäädännössä vakiintuneet riippuvaista asemaa ja turvatonta tilaa koskevat käsitteet kattavat nähdäkseni kyseiset tilanteet samoin kuin tapaukset, joissa tekijä käyttää hyväkseen esimerkiksi uhrin ymmärryskykyyn vaikuttavaa kehityshäiriötä tai hänen avunsaantimahdollisuuksiaan heikentävää sijaintia kotimaan ulkopuolella.

Yksi mahdollinen vaihtoehto, jolla avioliittoon pakottamisen kriminalisointi voitaisiin toteuttaa Istanbulin sopimuksen asettamat vaatimukset huomioiden,

Riikka Kotanen, Näkymättömästä näkökulmaksi. Parisuhdeväkivallan uhrit ja oikeudellisen sääntelyn muutos Suomessa. Unigrafia 2013, s. 22.

59. Ks. tarkemmin Hong 2017.
60. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, muistion kohta 196.
61. HE 103/2014 vp, s. 6.
62. HE 103/2014 vp, s. 7.

mutta rikoslain omaa jo olemassa olevaa keinovalikoimaa käyttäen, on laatia pykälä ihmiskauppapykälän mallia mukaillen. Edellä on käsitelty pakottamispykälän pakkoavioliittotapauksiin soveltamista koskevia haasteita. Suurin osa näistä liittyy yhteisöllisessä kontekstissa tyypillisten pakottamisen keinojen hienovaraisuuteen, joita rikoslain pakottamispykälä ei yletä kattamaan. Katvealueelle jäävä pakottaminen on kiinteässä yhteydessä yhteisöjen hierarkkisuuteen ja siitä seuraavaan tyttöjen ja nuorten naisten heikkoon asemaan. Avioliittoon pakottamista koskevan pykälän kirjoittaminen siten, että tekotavat käsittäisivät paitsi rikoslain mukaisen pakottamisen, myös ihmiskauppapykälän mukaisesti henkilön painostamisen tai tämän riippuvaisen aseman tai turvattoman tilan hyväksikäyttämisen, ratkaisisi ongelman ainakin suurimmaksi osaksi. Käytännössä tämä tosin vaatisi myös painostamis- ja hyväksikäyttötilanteiden tunnistamista ja soveltamiskäytännön riittävää vakiintumista.[63]

Tässä yhteydessä on hyvä korostaa, että Istanbulin sopimuksen pakkoavioliittoartiklan mukainen sopimusvaltioille asetettu rangaistusvastuu ulottuu myös tilanteisiin, joissa pakkoavioliitto solmitaan sopimusvaltion rajojen ulkopuolella. Jos Suomen kansalainen tai Suomessa pysyvästi asuva henkilö houkutellaan pakkoavioliiton solmimiseksi ulkomaille, rangaistaan tekijää avioliittoon pakottamisesta siinäkin tapauksessa, että teko ei olisi tekopaikan lain mukaan rangaistava. Poikkeama kaksoisrangaistavuuden vaatimuksesta on avioliittoon pakottamisen osalta mainittu rikoslaissa erikseen.[64] Tämä voidaan nähdä poikkeuksena Istanbulin kansallisen sopimusratifioinnin linjasta, joka pääasiassa toteutettiin ilman lainsäädäntöön ulottuvia vaikutuksia. Rikoslain riittävyyttä ja soveltavuutta koskevat ongelmat vaikuttavat tällaisten liittojen rikosoikeudelliseen arviointiin samoin kuin Suomessa solmittujen liittojen oikeudelliseen arviointiin.

Pakkoavioliittoartiklan toisen momentin mukaan sopimusvaltioiden on lisäksi varmistuttava siitä, että aikuisen tai lapsen tahallinen houkutteleminen asuinvaltionsa ulkopuolelle avioliittoon pakottamisen tarkoituksessa säädetään rangaistavaksi.[65] Rikoksen täyttyminen ei vaadi, että ulkomaille houkuteltu uhri solmisi avioliiton. Riittävää on, että henkilö saapuu kohteeseen ja että matka on suunniteltu nimenomaisesti tarkoituksessa solmia pakkoavioliitto.

4.2. Seksuaalirikossääntelyn ongelmallisuus

Keskusteltaessa pakkoavioliiton kriminalisoinnista on huomattava, että uhriin kohdistuvat loukkaukset eivät välttämättä rajoitu avioliiton solmimishetkellä

63. Ihmiskauppapykälässä käytettävään sääntelymalliin viitataan myös luvussa 5, jossa pohditaan erillisen vain lapsiavioliittoihin soveltuvan pykälän tarvetta.
64. RL 1:11 8 mom.
65. Istanbulin sopimus, art. 37 mom. 2.

vaadittavan vapaasti annettavaa suostumusta koskevan periaatteen loukkaukseen. Puolisoon voi pakkoavioliiton aikana kohdistua kumppanin toimesta myös esimerkiksi seksuaali- tai väkivaltarikoksiksi määrittyviä tekoja tai häneltä voidaan riistää mahdollisuus vaikuttaa perhesuunnitteluun.[66] Pahimmillaan loukkauksista muodostuu elinikäinen, jatkuva ja toistuva ihmisoikeusrikkomusten kokonaisuus. Valtaosaan yksittäisistä loukkauksista voidaan ainakin periaatteessa puuttua rikoslainsäädännön keinoin. Voidaan kuitenkin perustellusti kysyä, kuinka hyvin uhriin kohdistuneiden loukkausten muodostama kokonaisuus pystytään kattamaan ilman pakkoavioliiton erilliskriminalisointia. Kysymystä tarkasteltaessa on huomioitava myös haasteet, joita kohdataan sovellettaessa voimassaolevaa lainsäädäntöä lähisuhdeväkivaltatapauksiin. Kuten sukupuolistunutta väkivaltaa koskevassa oikeustieteellisessä tutkimuksessa on tuotu esille, rikoslain tunnusmerkistöt on esimerkiksi pahoinpitelyä koskevissa pykälissä kirjoitettu tavalla, joka vastaa vain heikosti sukupuolistuneen väkivallan erityispiirteisiin.[67] Samoin voimassaolevan lainsäädännön soveltuvuus kyseenalaistuu seksuaalirikossääntelyn osalta.

Istanbulin sopimuksen lähtökohta on, että kansallisen lainsäädännön on tunnistettava seksuaalirikoksiksi teot, joihin uhri ei ole antanut oman tahtonsa mukaista suostumusta.[68] Rikoslain vuonna 2014 uudistetussa seksuaalirikoksia koskevassa luvussa uhrin suostumukselle ei anneta merkitystä. Sen sijaan tunnusmerkistö määrittyy yhä edelleen väkivallan ja pakon kautta: raiskauksesta on tuomittava henkilö, ”[j]oka pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa”.[69] Vaikka uudistusta koskeva hallituksen esitys viittaa suostumuksen Istanbulin sopimuksessa saamaan merkitykseen sekä perustelee pitkällisesti suomalaisen sääntelyn riittävyyttä, perustelut ohittavat suostumusnäkökohdan kannalta oleellisia kysymyksiä.[70] RL 20 luvun mukaan aviopuoliso voidaan tuomita puo-

66. James Brandon – Salam Hafez, Crimes of the Community: Honour-Based Violence in the UK. Centre for Social Cohesion 2008, s. 15–26.
67. Esim. Niemi-Kiesiläinen 2004; Minna Ruuskanen, Hätävarjelu ja parisuhdeväkivalta: rikosoikeudellinen ja diskurssianalyyttinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005.
68. Sopimuksen selitysmuistiossa todetaan sopimuksen seksuaalista väkivaltaa koskevan 36 artiklan osalta seuraavasti: ”[– –]Parties to the Convention are required to provide for criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts [– –].” (Explanatory Report, muistion kohta 193.)
69. RL 20:1.
70. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta 216/2013 vp, s. 35–38. Perusteluissa tukeudutaan vahvasti Ruotsin pitkälti Suomen nykysääntelyä vastaavaan lainsäädäntöuudistukseen (Statens offentliga utredningar SOU 2010:71. Betänkande av 2008 års sexualbrottsutredning Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag). Tosiasiassa Ruotsin seksuaalirikossääntely sai osakseen paljolti suostumusnäkökulman puuttumisesta johtuvaa ankaraa kritiikkiä, minkä seurauksena seksuaalirikossääntelyn muutostarpeita ryhdyttiin selvittämään vuonna 2014 (Kommittédirektiv 2014:123, Översyn av våldtäktsbrottet). Kesällä 2018 voimaan tullut uudistettu sääntely perustuu Istanbulin sopimuksen mukaisesti siihen, että

lisoonsa kohdistamasta seksuaalirikoksesta. Samanaikaisesti ennakko-oletus kuitenkin on, että yhteisessä taloudessa elävien parisuhteeseen kuuluu myös yhteinen sukupuolielämä.[71] Voimassa oleva seksuaalirikossääntely ei esimerkiksi juuri pakkoavioliittotilanteissa annakaan riittävää suojaa. Tilannetta helpottaisi, jos rikoslaissa huomioitaisiin Istanbulin sopimuksen mukaisesti myös suostumuksen merkitys.[72] Vaikka ilman puolison vapaaseen tahtoon perustuvaa suostumusta solmittu avioliitto ei välttämättä tarkoitakaan sitä, että kaikki liiton aikainen seksuaalinen kanssakäyminen olisi vastentahtoista, suostumukseen perustuva seksuaalirikossääntely turvaisi uhria nykyistä sääntelyä paremmin.[73] Alisteisessa asemassa oleva puoliso tuskin vastustaa seksuaalista kanssakäymistä niin voimallisesti, että vastentahtoisuuden murtamiseen vaadittaisiin väkivaltaa tai edes väkivallalla uhkaamista. Toistaiseksi voimassaolevan lainsäädännön mukaan ei raiskauksen tai seksuaaliseen tekoon pakottamisen tunnusmerkistö tällöin täyty.[74]

kaiken seksuaalisen kanssakäymisen tulee perustua osapuolten vapaaehtoiseen suostumukseen (ks. Regeringens proposition 2017/18:177, En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet).

71. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi avopuolisoiden yhteistalouden purkamisesta ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 37/2010 vp, s. 20.
72. Askelia kohti suostumusperusteista seksuaalirikossääntelyä on jo otettu. Kesällä 2019 julkistetun hallitusohjelman mukaan vaalikaudella "[t]oteutetaan seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistus, jossa lähtökohtina ovat koskemattomuus ja seksuaalinen itsemääräämisoikeus. Muutetaan rikoslain raiskausmääritelmä suostumuksen puutteeseen perustuvaksi oikeusturvasta huolehtien." (Valtioneuvoston julkaisuja 2019:23. Pääministeri Antti Rinteen hallituksen ohjelma 6.6.2019, Osallistava ja osaava Suomi – sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta.) Myös Suostumus2018-nimellä tunnetuksi tulleen kansalaisaloitteen, Raiskauksen määritelmä suostumusperusteiseksi (KAA 2/2019 vp), tavoitteena on seksuaalirikossääntely, jossa tekojen arviointi perustuu henkilön vapaaehtoisesti antamaan suostumukseen.
73. Ks. esim. Khatidja Chantler, Recognition of and Intervention in Forced Marriage as a Form of Violence and Abuse. Trauma, Violence, & Abuse 13/2012, s. 176–183, 176.
74. Mainittujen rikosten tunnusmerkistöt täyttyvät myös silloin, kun henkilö tekee rikosnimikkeen mukaisen teon käyttäen hyväkseen toisen tiedottomuutta, sairautta, vammaisuutta, pelkotilaa tai muuta avutonta tilaa, jonka vuoksi uhri on kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan (RL 20:1, RL 20:4). Vaihtoehtoisen tekotavan soveltaminen avuttomaan tilaan viittaamalla ei kuitenkaan soveltune pakkoavioliitossakaan tehtäviin seksuaalirikoksiin kuin poikkeuksellisesti. Kuten tunnusmerkistöistä käy ilmi, säännöksissä kyvyttömyyttä tahdon ilmaisemiseen ei liitetä uhrin kypsyyteen vaan hänen muihin ominaisuuksiinsa, joista esimerkkeinä mainitaan tiedottomuus, sairaus ja vammaisuus. Lisäksi tahdonmuodostus voi tunnusmerkistöjen mukaan estyä pelkotilan vuoksi. Hallituksen esityksen mukaan "[p]elkotilalla tarkoitetaan sellaista pelon aiheuttamaa tilaa, joka lamauttaa puolustuskyvyn joko sen vuoksi, että uhattu pitää puolustautumista liian vaarallisena tai ei pelkonsa vuoksi kykene toimimaan oman tahtonsa mukaisesti." Esimerkkinä mainitaan asuntomurron tekijää kohtaan murtotilanteessa tunnettava pelko. (Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi 6/1997 vp, s.173. Samaan määritelmään viitataan myös myöhemmissä seksuaalirikoksia koskevissa hallituksen esityksissä.) Heikossa asemassa olevan uhrin vahvempaa osapuolta kohtaan tuntemaa pelkoa tuskin arvioidaan samankaltaiseksi peloksi

5. Alaikäisten avioliitot

Kansainvälisessä ihmisoikeuskeskustelussa on tuotu vahvasti esille lapsiavioliittojen haitallisuus. YK:n lasten oikeuksien sopimus asettaa sopimusvaltioille velvollisuuden ryhtyä tehokkaisiin toimenpiteisiin lasten terveydelle vahingollisten perinteisten tapojen poistamiseksi.[75] Lapsen oikeuksien komitean yleiskommentin mukaan sopimusartiklan viittaus vahingollisiin perinteisiin tapoihin kattaa nimenomaisesti esimerkiksi varhaisten avioliittojen kaltaiset käytännöt.[76] Lisäksi lasten oikeuksien komitea on yleiskommentissaan suosittanut sopimusvaltioita asettamaan lainsäädännössään avioliiton solmimiselle 18 vuoden vähimmäisikärajan.[77] Myös YK:n ihmisoikeusneuvosto on vuonna 2015 antamassaan päätöslauselmassa ja YK:n yleiskokous vuonna 2016 suosittanut jäsenvaltioita ryhtymään toimenpiteisiin alaikäisten solmimien avioliittojen kieltämiseksi.[78]

Suomessa alaikäinen on vielä alkuvuonna 2019 voinut solmia avioliiton oikeusministeriön myöntämällä poikkeusluvalla.[79] Osin poikkeuslupamenettelyyn kohdistuneen kotimaisen kritiikin, osin kansainvälisen kehityksen myötä oikeusministeriössä tehtiin vuonna 2018 arviomuistio alaikäisten avioliittojen sääntelytarpeesta. Arvion pohjalta laaditun ja eduskunnan sittemmin hyväksymän hallituksen esityksen myötä poikkeuslupamenettelystä luovuttiin kesäkuusta 2019 alkaen.[80]

kuin millaiseksi ymmärretään odottamatta tulleessa asuntomurtotilanteessa tuntematonta tekijää kohtaan koettava pelko.

75. YK:n yleissopimus lapsen oikeuksista (SopS. 60/1991), art. 24:3.
76. YK:n lapsen oikeuksien komitean yleiskommentti nro 4 (2003) nuorten terveydestä ja kehityksestä lapsen oikeuksien yleissopimuksen yhteydessä, kohta 10.
77. YK:n lasten oikeuksien komitean yleiskommentti nro 4 (2003).
78. UN Human Rights Council resolution 29/8, 2.6.2015, Strengthening efforts to prevent and eliminate child, early and forced marriage; UN General Assembly resolution 71/175, 19.12.2016, Child, early and forced marriage.
79. AL 4 § 2 mom. Poikkeuslupamenettely sisälsi kyseenalaisia piirteitä. Menettelyssä ei esimerkiksi kuultu lainkaan alaikäistä, jolle myönnettävästä luvasta prosessissa oli kysymys, vaan ainoastaan tämän huoltajaa. Oikeusministeriö pyysi sosiaaliviranomaisen lausunnon vain tapauksissa, joissa hakija oli alle 16-vuotias, hänen huoltajansa oli avioliittoa vastaan tai hakemusta käsiteltäessä ilmeni jokin muu lastensuojeluviranomaisen lausunnon tarpeen aiheuttava syy. Poikkeuslupamenettelyssä oli viime vuosina vuosittain 10–30 hakemusta, joista suurimpaan osaan annettiin myönteinen päätös. Luvan myöntämisen vaatimia erityisiä syitä ei avioliittolaissa tarkemmin eritelty, mutta yleisimmin hakemuksissa vedottiin raskauteen sekä uskonnollisiin ja kulttuurisiin syihin. (Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 21/2018. Arviomuistio alaikäisavioliittojen sääntelytarpeesta.)
80. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi avioliittolain 4 ja 109 §:n sekä lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 3§:n muuttamisesta 211/2018 vp. Lakimuutos vastaa Ruotsin, Tanskan ja Norjan linjauksia. Ruotsissa poikkeuslupamenettelystä luovuttiin vuonna 2014, Tanskassa vuonna 2017 ja Norjassa vuonna 2018.

Kansainvälisessä keskustelussa alaikäisavioliittoihin liittyvät riskit ovat yleisesti tunnistettuja. Tästä huolimatta muistiosta ja hallituksen esityksestä välittyy kuva, etteivät kyseiset riskit kosketa Suomessa solmittuja alaikäisavioliittoja. Muistiossa todetaan, että ”ne uhkakuvat, joita kansainvälisillä sopimuksilla ja suosituksilla ymmärrettävästi pyritään ennalta ehkäisemään (muun muassa tyttöjen koulunkäynnin keskeytyminen, nuorena synnyttämisestä aiheutuvat terveysriskit, altistuminen hyväksikäytölle, omien elämänvalintojen tekemisen estyminen) eivät käytännössä ole erityisen vakava uhka suomalaisessa yhteiskunnassa.”[81] Lausuman sisältö on kestämätön. Toisaalta se sopii hyvin yhteen muistion ja hallituksen esityksen muun sisällön kanssa. Kuten usein sukupuolistuneen väkivallan kohdalla, myös lapsiavioliittojen sääntely toteutettiin minimivaatimukset täyttäen.

Merkittävä ongelma, jota lainsäädäntömuutosta valmisteltaessa ei lainkaan huomioitu, on alaikäisten solmimien avioliitonomaisten suhteiden jääminen sääntelyn ulkopuolelle. Lainsäädännöllisesti kyseisenlaiset suhteet ovat lakimuutoksen jälkeenkin sallittuja. On kuitenkin oletettavaa, että merkittävä osa lapsiavioliitoista solmitaan uskonnollisissa yhteisöissä, joille suomalaisen avioliittoinstituution merkitys on marginaalinen. Oletus saa tukea alaikäisille haettujen avioitumislupien perusteluista ilmenevistä seikoista sekä hakijoita koskevista tiedoista. Suurin hakijaryhmä ovat olleet suomalaistaustaiset nuoret, jotka ovat hakeneet avioitumislupaa uskonnolliseen vakaumukseen vedoten. Näiden hakemusten ja kansainvälisen liitännän omaavien hakemusten lukumäärällinen suhde on vuosien 1990 ja 2010 välillä pysynyt samana. Vuonna 1990 uskonnolliseen vakaumukseen perustuvaa poikkeuslupaa haki 30 suomalaisnuorta. Samana vuonna jätettiin neljä hakemusta, joissa oli kansainvälinen liityntä. Vuonna 2010 vastaavat luvut olivat 15 ja 2.[82] Havainto on mielenkiintoinen ottaen huomioon, että ulkomaalaisten määrä Suomessa lähes nelinkertaistui kyseisen ajanjakson aikana.[83]

Lapsiavioliittoja koskevaa lainsäädäntötarvetta tarkasteltaessa on huomioitava myös alaikäisten avioliittojen ja avioliitonomaisten suhteiden solmimisen taustalla vaikuttavat mekanismit. Iso osa liitoista solmitaan seurauksena vanhempien tai suvun toiveesta tai painostuksesta.[84] Alaikäiseen kohdistuvaa painostamista ja pakkoa arvioitaessa korostuu lasten erityisen haavoittuva asema ja sen myötä heikot mahdollisuudet vastustaa painostusta ja hyväksikäyttöä. Tästä näkökulmasta katsottuna huomattava osa lapsiavioliitoista onkin pakkoavioliit-

81. Oikeusministeriön arviomuistio 21/2018, s. 24.
82. Laura Karppinen, Pakkoavioliitto, lapsiavioliitto ja Suomi. Oikeustieteen maisterin tutkinnon tutkielma. Helsingin yliopisto 2011, liite 1, liitesivut I–II.
83. Tuomas Martikainen – Matti Saari – Jouni Korkiasaari, Kansainväliset muuttoliikkeet ja Suomi, s. 23–54 teoksessa Tuomas Martikainen – Pasi Saukkonen – Minna Säävälä (toim.), Muuttajat. Gaudeamus 2013, s. 38.
84. Esim. SOU 2018:69, s. 121.

toja. Kaikkiaan voidaan kyseenalaistaa, voiko alaikäinen missään olosuhteissa antaa pätevää suostumusta avioliittoon.

Pakkoavioliitto loukkaa vakavasti uhrin ihmisoikeuksia. Kun kyseessä on lapsi, loukkausta voidaan pitää vielä raskaampana. Periaatteessa lapsiavioliittoihin voidaan pakkoavioliitoihin rinnastuvina soveltaa pakkoavioliittoa koskevaa sääntelyä. Pakkoavioliittojen rikosprosessoinnin ongelmakohdaksi on toistuvasti nimetty syytteiden kaatuminen näytön riittämättömyyteen. Ei ole tavatonta, että asianomistaja peruu esitutkinnan aikana antamansa kertomukset. Toisaalta, vaikka näin ei kävisikään, tutkinnassa kuultavat perheen- tai suvun jäsenet todennäköisesti kiistävät uhrin kertoman. Oman haasteensa tuo se, että epäillyt voivat olla ulkomailla, mikä tekee tutkimisen ja näytön hankkimisen vielä entistä vaikeammaksi.[85] Lapsiavioliiton kriminalisoinnin kohdalla näyttövaikeudet voitaisiin kuitenkin ohittaa ihmiskauppapykälän mallin mukaisella säännöksellä, jossa alaikäiseen kohdistuvan rikoksen täyttyminen ei riipu siitä, onko teon toteuttamisessa käytetty pakkoa tai hyväksikäytetty uhrin haavoittuvaa asemaa. Näin ollen riittävää olisi alaikäisen avioliiton tai avioliitonomaisen suhteen solmiminen, mistä johtuva rikosvastuu kohdistuisi niihin henkilöihin, jotka ovat myötävaikuttaneet suhteen solmimiseen.[86] Vastaavaa sääntelymallia on ehdotettu Ruotsissa 2018 laaditussa lapsi- ja pakkoavioliittoja sekä kunniaan liittyviä rikoksia koskevassa selvityksessä.[87] Norjassa avioituminen alle 16-vuotiaan lapsen kanssa on kriminalisoitu.[88] Norjassa rikosvastuu kuitenkin kohdistuu ainoastaan alaikäisen kanssa avioituneeseen täysi-ikäiseen henkilöön, kun se Ruotsissa voi puolison lisäksi kohdistua suhteen solmimisessa myötävaikuttaneisiin tahoihin, käytännössä usein lapsen vanhempiin.

Alaikäisten solmimat avioliitot mahdollistavasta poikkeuslupamenettelystä luopuminen sekä artikkelissa ehdotettu sääntelymalli, jossa alaikäisen solmima avioliitto tai avioliitonomainen suhde synnyttäisi suhteen solmimisessa myötävaikuttaneisiin henkilöihin kohdistuvan rikosvastuun, nostavat esille kysymyksen rikosoikeudellisen tai yleisemmin oikeudellisen lähestymistavan rajoista. Ensin mainittua koskevaan hallitukseen esitykseen annetuissa asiantuntijalausunnoissa esitetään kysymys, voiko melko harvakseltaan käytetystä poikkeuslupamenettelystä luopuminen johtaa siihen, että ongelmat yksinkertaisesti siirtyvät eri taholle. *Sanna Mustasaari* esittää näkemyksenään lupamenettelystä luopumisen rajoittavan alaikäisten itsemääräämisoikeutta erityisen henkilökohtaisella identiteetti- ja seksuaalioikeuksien alueella. Mustasaaren mukaan on mahdollista, että poikkeuslupamenettelystä luopuminen aiheuttaa joillekin

85. Esim. SOU 2018:69, s. 114; Åklagarmyndigheten, Granskning av ärenden angående äktenskapstvång, försök och förberedelse därtill samt vilseledande till tvångsäktenskapsresa. ÅM-A 2016/0359, 2016.
86. Vrt. SOU 2018:69, s. 123–124.
87. SOU 2018:69. Esitys on artikkelia kirjoitettaessa lausuntokierroksella.
88. Lov om straff (straffeloven) 262 §.

alaikäisille konkreettisesti hankalia tilanteita.[89] Mustasaaren esittämä kysymys on perusteltu ja voidaan esittää myös suhteessa yllä hahmoteltuun kriminalisointimalliin. Koska jokaisen yksilön erityistarpeet huomioivaa lainsäädäntömallia on käytännössä mahdoton luoda, ratkaisun on pohjauduttava lapsen oikeuksien kokonaisvaltaiseen tarkasteluun.

Alaikäisten solmimien avioliittojen kriminalisoinnin taustalla on pyrkimys turvata lapsen tasapainoinen kehitys ja estää varhain solmittuihin avioliittoihin liittyvien riskien konkretisoituminen yksilötasolla. On totta, että lapset ja nuoret kehittyvät ja kypsyvät eri ikäisinä. Tutkimustieto, johon myös kansainvälinen ihmisoikeuskehitys vahvasti tukeutuu, luo kuitenkin yksiselitteisen kuvan varhaisten avioliittojen riskeistä. Lisäksi intressivertailussa on huomioitava lasten erityinen haavoittuvuus ja siitä johtuva valtion korostunut velvollisuus turvata lapsen hyvinvoinnille välttämätön suojelu ja huolenpito.[90] Näin ollen alaikäisten seksuaalisuuteen ja identiteettiin ulottuvaa itsemääräämisoikeutta tuleekin lähestyä myös – ja ennen kaikkea – suojelunäkökulmasta. Kuten edellä on tuotu esille, alaikäisen mahdollisuudet vastustaa heihin kohdistuvaa pakkoa tai painostamista ovat heikot. Selkeä lapsiavioliitot kieltävä sääntely antaisi nuorille mahdollisuuden odottaa täysi-ikäisyyttä ja sen myötä saavutettavia parempia valmiuksia itsenäiseen päätöksentekoon ja tahdonmuodostukseen.[91]

Sääntelyllä olisi merkitystä myös syrjimättömyysnäkökulmasta. Poikkeuslupamenettelystä luopumisen voi tilastotiedon valossa olettaa vaikuttavan lähinnä niiden nuorten asemaan, joiden perheellä ei ole ulkomaalaisliityntää. Tämä johtaa tilanteeseen, jossa lainsäädäntö ei anna lapsille ja nuorille yhdenvertaista suojaa. Toinen syrjintänäkökulma koskee sukupuolten välistä tasa-arvoa. Vaikka erityinen haavoittuvuus pitää paikkansa niin poikien kuin tyttöjenkin kohdalla, enemmistö sosiaaliselle kontrollille, mukaan lukien pakkoavioliitto, altistuvista lapsista ja nuorista on tyttöjä. Näin ollen sillä, että lainsäädännössä nyt oleva avioliitonomaiset suhteet salliva porsaanreikä suljettaisiin, olisi merkitystä erityisesti tyttöjen oikeuksien kannalta.

6. Siviilioikeudellinen sääntely

Pakkoavioliiton uhrin näkökulmasta siviilioikeudellisella sääntelyllä on huomattava merkitys. Istanbulin sopimuksen 32 artiklassa sopimusvaltioita kehotetaan

89. Sanna Mustasaari, Lausunto liittyen hallituksen esitykseen HE 211/2018 vp ja lakialoitteeseen LA 8/2015 vp, 2018.
90. YK:n yleissopimus lapsen oikeuksista, art. 3.
91. Ks. ihmisoikeusliiton lausunto alaikäisavioliittojen sääntelytarvetta koskevaan arviomuistioon.

toteuttamaan tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että pakottamalla solmitut avioliitot voidaan mitätöidä, kumota tai purkaa aiheuttamatta uhreille kohtuutonta taloudellista tai hallinnollista taakkaa. Suomessa sopimuksen ratifiointi toteutettiin näiltä osin voimassaolevaan avioeroa koskevaan sääntelyyn viittaamalla. Ratifiointimietinnössä tätä perusteltiin muun muassa avioeroprosessin helppoudella, edullisuudella ja nopeudella.[92]

Suomessa avioliitto voi päättyä avioeron ohella ainoastaan toisen puolison kuolemasta seuraavaan avioliiton purkautumiseen tai vihkimistä koskevien muotovaatimusten noudattamatta jättämisestä aiheutuvaan pätemättömyyteen. Avioliittolain mukaan pätemättömyys voi johtua joko siitä, etteivät kihlakumppanit ole vihkimisessä samanaikaisesti läsnä, toinen heistä ei vastaa myöntävästi avioliiton solmimishalukkuutta koskevaan kysymykseen, vihkijä jättää julistamatta kihlakumppanit aviopuolisoiksi tai vihkimisen toimittaa henkilö, jolla ei ole vihkimisoikeutta.[93] Suurimmassa osassa Euroopan unionin jäsenmaita siviilioikeudellinen sääntely sisältää säännöksen pakottamisen tai uhkaamisen alaisena solmitun avioliiton päättämisestä. Tavallisinta on, että pakottamalla solmittu avioliitto pystytään mitätöimään. Vain Suomessa, Irlannissa, Kroatiassa ja Unkarissa ei siviililainsäädännössä ole lainkaan pakkoavioliiton päättämistä koskevia säännöksiä.[94]

Pakkoavioliiton uhrille avioliiton päättymistapa voi olla hyvinkin merkityksellinen. Mitätöinnin seurauksena pakolla solmittu avioliitto pyyhitään pois ikään kuin sitä ei olisi koskaan ollut olemassa. Tällöin julkinen valta pidättäytyy tunnustamasta pakolla solmittua avioliittoa ja uhrin statukseksi merkitään eronneen sijasta naimaton. Pakkoavioliittokokemuksesta toipuvalle uhrille tämä voi olla symbolisesti tärkeää.[95] Vaihtoehtoja tarkasteltaessa on kuitenkin huomioitava eroavaisuudet mitätöinnin ja avioeron aiheuttamissa varallisuus-, jäämistö- ja lapsioikeudellisissa seuraamuksissa.[96] Siinä missä mitätöinti voi olla asianmukainen vaihtoehto vain lyhyen aikaa kestäneen pakkoavioliiton päättämiseksi, tilanne voi olla toisenlainen pitkään kestäneen liiton kohdalla, jossa edellä mainittujen oikeusseuraamusten merkitys voi olla huomattavan suuri.

Pakkoavioliittojen uhrit ovat usein ulkomaalaistaustaisia. Vaikka avioerolla ei Suomessa ole leimaavaa vaikutusta, osan uhreista elinpiirissä asia voi olla toisin

92. Ulkoministeriön mietintö 2013, s. 62.
93. AL 15 §, 19 §.
94. European Parliament 2016, s. 41. Ks. myös European Union Agency for Fundamental Rights 2014, s. 22.
95. Ks. Toivonen 2017.
96. Pakkoavioliiton aikana mahdollisesti syntyneiden lasten oikeudellisesta asemasta päättäminen on ylipäätään haastava kysymys. Sitä ratkaistaessa voidaan joutua ottamaan kantaa esimerkiksi siihen, kuinka lapsen ja vanhemman edun välinen keskinäinen ristiriita tulisi yksittäistapauksessa ratkaista.

ja avioero vaikeuttaa tuntuvasti eronneen henkilön elämää tulevaisuudessa.[97] Myös tämä näkökulma tulee huomioida arvioitaessa pakkoavioliiton päättämistä sääntelevien siviilioikeudellisten keinojen riittävyyttä. Näkemykseni onkin, että vaikka mitätöintiä käytännössä sovellettaisiin vain rajallisessa määrässä pakkoavioliittotapauksia, tulisi avioliittolain sisältää myös kyseinen vaihtoehto.

Istanbulin sopimus ei aseta sopimusvaltioille ulkomailla solmitun avioliiton tunnustamista koskevia velvoitteita. Koska tunnustamista koskevilla käytännöillä voi olla huomattavia vaikutuksia paitsi uhrien mahdollisesti myös muiden perheenjäsenten elämään, kysymystä on aiheellista sivuta lyhyesti tässäkin yhteydessä. Suurin merkitys tunnustamiskäytännöllä on tapauksissa, joissa ainakin toinen aviopuolisoista on alaikäinen. Avioliittolain kesäkuussa 2019 voimaan tulleen muutoksen jälkeen alaikäisen ei enää ole mahdollista solmia Suomessa avioliittoa. Jotta säännöstä ei voitaisi kiertää solmimalla avioliitto ulkomailla, tunnustamiskäytäntöjen tulee olla sopusoinnussa avioliittolain kanssa. Tällä hetkellä maistraattien tunnustamiskäytäntö perustuu *ordre public* - eli ehdottomuusperiaatteen soveltamiselle. Avioliittolain 139 pykälään liittyvien esitöiden mukaan vieraan valtion lain mukaan pätevä avioliitto voidaan jättää tunnustamatta, jos se johtaisi Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden vastaiseen lopputulokseen.[98] Ehdottomuusperiaatteen soveltaminen on selkeintä räikeästi oikeusjärjestyksen vastaisissa tapauksissa. Hallituksen esityksessä esimerkiksi annetaan ”selvästi lapsi-ikäisen” solmima avioliitto.[99] Vaikka maistraatit käytännössä jo soveltavat ehdottomuusperiaatetta esitöissä esitettyä laajemmin, tunnustamiskäytäntöjä ohjaavia periaatteita tulisi punnita mahdollisen pakkoavioliiton kriminalisointia koskevan lainsäädäntöprosessin yhteydessä tarkemmin.[100] Oma näkemykseni on, artikkelissa esitettyjen etenkin alaikäisavioliittoihin liittyvien näkökulmien mukaisesti, ettei alle 18-vuotiaiden solmimia avioliittoja tulisi pääsääntöisesti tunnustaa edes niissä tapauksissa, joissa kummallakaan puolisolla ei ole liityntää Suomeen.[101] Toisaalta tapauskohtaista harkintaa tulisi voida käyttää tilanteissa, joissa tunnustamatta jättäminen johtaisi ainakin toisen avioliiton osapuolen kannalta sietämättömään tilanteeseen.[102]

97. Gangoli – Chantler – Hester – Singleton 2011, s. 27.
98. Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden avioliittoa ja perimystä koskevien kansainvälisen yksityisoikeuden alaan kuuluvien säännösten uudistamisesta 44/2001 vp, s. 51–52.
99. HE 44/2001 vp, s. 52.
100. Ks. oikeusministeriön arviomuistio 21/2018, s. 13–14; HE 211/2018 vp, s. 10.
101. Vrt. Regeringens proposition 2017/18:288.
102. Ks. Sanna Mustasaari, The Married Child Belongs to No One: Legal Recognition of Forded Marriages and Child Marriages in the Reuniting of Families, Child and Family Law Quarterly, 26(3) 2014, s. 262–282.

7. Lopuksi

Viime vuosina tehdyistä suomalaista pakkoavioliittoa koskevista selvityksistä ilmenee, että pakkoavioliittoja koskeva kotimainen lainsäädäntö on riittämätön. Vaikka kyseinen huoli heräsi jo Istanbulin sopimuksen ratifioinnin yhteydessä, lainsäädännöllisesti ollaan edelleen samassa tilanteessa kuin ratifiointineuvottelujen aikana vuonna 2013.

Pakkoavioliittoilmiössä ei puhuta ainoastaan vakavasta ihmisoikeusloukkauksesta, vaan myös teoista, joiden torjumiseen Suomi on kansainvälisin sopimuksin sitoutunut. Ihmisoikeussopimuksista juontuvat standardit ovat yksiselitteisiä. Niiden asianmukainen ratifioiminen vaatii kuitenkin uusia säännöksiä. Uusien pykälien sujuvan ja tehokkaan soveltamisen oppiminen vaatii aikaa, jota uhrien näkökulmasta ei enää riitä tuhlattavaksi.

Lainsäädäntöön kohdistuvien muutosten lisäksi vaaditaan myös muuta. Uhrien haavoittuvan aseman vuoksi tapaukset jäävät herkästi piilorikollisuudeksi. Näin ollen olisikin ensiarvoisen tärkeää lisätä viranomaisten kompetenssia tunnistaa tapauksia ja niiden riskitekijöitä sekä turvata uhrien ja potentiaalisten uhrien tukipalveluita, joiden olemassaolo ja saavutettavuus saattavat viime kädessä ratkaisevasti vaikuttaa yksittäisen pakkoavioliiton solmineen tai sen uhan alla elävän nuoren selviytymiseen.

Does Finnish law meet the needs of the victim of forced marriage?

TUULI HONG, LL.D.

In Finland, child marriages and forced marriages received public attention in the context of the refugee crisis that burst out in Europe in 2014–2015. The Finnish ratification of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, also known as the Istanbul Convention, was prepared during the same period. In the article, the Convention is used as the benchmark against which the Finnish legislation applicable in case of forced marriage is compared. In addition to criminal law, also civil legislation is considered. The author asserts that the legislation does at present not protect the victims – and potential victims – appropriately. The question of whether there should be a separate criminalisation of forced marriage should be properly evaluated. Furthermore, since the victims of forced marriage often are minors, the issue should be discussed from a perspective that would safeguard underage children at risk of becoming victims of forced marriage.

Reijo Knuutinen

Veron kiertämistä koskevien yleislausekkeiden historiallinen kehitys, soveltamisedellytykset ja soveltamisen pidäkkeet eräiden valtioiden kansallisessa vero-oikeudessa

Lakimies
1/2020
s. 28–54

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

1. Johdanto

Verojärjestelmät sisältävät veron kiertämisen ehkäisemiseksi tai siihen puuttumiseksi monentyyppisiä säännöksiä tai muita normeja. Säännöstyyppien yhdessä päässä ovat täsmällisesti muotoillut ja soveltamisalaltaan rajoitetut erityissäännökset.[1] Tavanomaisen aineellisen verolainsäädännön tavoin näissä säännöksissä ei välttämättä mainita eksplisiittisesti mitään veron kiertämisestä. Erityissäännöksiä on säädetty usein reaktioina sellaisiin oikeudellisiin ratkaisuihin, joissa olemassa olevilla oikeudellisilla keinoilla ei ole katsottu mahdolliseksi puuttua liian pitkälle menevään verosuunnitteluun.[2] Jatkumon toisessa päässä ovat veron kiertämistä koskevat yleislausekkeet.[3] Tällaisissa säännöksissä – kuten Suomessa tuloverotusta koskevassa verotusmenettelylain 28 §:ssä[4] – pyritään ainakin jollain tavoin luonnehtimaan veron kiertäminen, vaikka sitä on mahdoton tyhjentävästi määritellä. Tunnusmerkistö voi olla varsin avoin eikä soveltamistilanteita ole etukäteen juurikaan rajattu, joten yleislausekkeet mahdollistavat laajan harkintavallan. Edellä olevien säännöstyyppien väliin sijoittuu muunlaisia veron kiertämisen ehkäisemiseksi säädettyjä säädöksiä tai säännöksiä.[5]

* *Reijo Knuutinen*, OTT, professori, Turun yliopiston kauppakorkeakoulu.

1. Special anti-avoidance rule (SAAR).
2. Esimerkkinä työpanososinkoa koskeva erityissääntely, tuloverolaki (1535/1992, TVL) 33 b.3 §.
3. General anti-avoidance rule (GAAR).
4. Laki verotusmenettelystä (18.12.1995/1558, VML). VML 28.1 §:n säännöksestä ilmenevät veron kiertämisen oikeudellisesti relevantit tunnusmerkit: (1) olosuhteet tai toimet, joille on annettu asian varsinaista luonnetta vastaamaton oikeudellinen muoto, sekä (2) tapaukset, joissa kauppahinta on määrätty tai muuhun toimeen on ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin.
5. Veron kiertämiseen on eräissä valtioissa puututtu myös tuomioistuinten muodostamilla doktriineilla.

Sekä täsmäsäännöksillä että yleislausekkeilla on etunsa ja haittansa. Koska lainsäätäjä ei millään pysty verosäännöksissä ennakoimaan kaikkia mahdollisia tilanteita, on monessa valtiossa päädytty yleislausekkeen säätämiseen. Viime vuosina yleislausekkeiden säätämiseen ovat päätyneet monet sellaiset valtiot, joissa tällaista ei aikaisemmin ole ollut. OECD:n ja G20-maiden BEPS-hankkeen[6] seurauksena yleislausekkeeseen rinnastettavaa avoimempaa normistoa on tullut yhä enemmän myös kansainväliseen ja EU-vero-oikeuteen. Koska verotus tapahtuu kuitenkin edelleen kansallisesti, niin rajaa hyväksyttävän verosuunnittelun ja ei-hyväksyttävän veron kiertämisen välillä vedetään jatkossakin ensisijaisesti kansallisissa tuomioistuimissa, mutta varsinkaan EU:n sisäisesti tämä rajanveto ei ole täysin itsenäistä. Euroopan unionissa veron kiertämiseen puuttumista on harmonisoimassa yhteisöverovelvollisten osalta niin sanottu veronkiertodirektiivi.[7] Direktiivin 6 artikla sisältää yleisen veronkierron vastaisen sääntelyn, ja jäsenvaltioiden on tullut tarvittaessa implementoida ”ATAD-GAAR” kansalliseen lainsäädäntöönsä vuoden 2018 loppuun mennessä.[8] Jatkossa myös EU-tuomioistuimen tekemillä ratkaisuilla voi olla merkitystä kansallisen säännöksen soveltamisedellytysten ja -rajojen suhteen. Monenkeskisellä verosopimuksella[9] suureen osaan kaikista kahdenvälisistä verosopimuksista on puolestaan sisällytetty verosopimusetujen väärinkäyttöä estävät määräykset, kuten liiketoimien tai järjestelyjen pääasiallisen tarkoituksen arviointia koskeva testi (*principal purpose test*, PPT).

Yleislausekkeita on ollut jo pitkään monien valtioiden kansallisissa järjestelmissä. Kansainvälisessä ja EU-vero-oikeudessa aihetta koskevan tutkimuksen kysymyksenasetteluna on usein ollut, millä tavoin verosopimukset tai EU-vero-oikeus rajoittavat kansallisten säännösten soveltamista. Nyt veron kiertämistä koskevaa sääntelyä on oikeuden monilla tasoilla, ja kaiken kaikkiaan erilaiset veronkiertämissäännökset muodostavat toistaiseksi osittain vielä jäsentymättömän kokonaisuuden.

Tässä artikkelissa ei ole kuitenkaan tarkoitus keskittyä näiden eri säännöstöjen välisiin suhteisiin. Sen sijaan kirjoituksessa tarkastellaan oikeusvertailevasti, (i) minkälaisen kehityskaaren kautta tuloverotusta koskevat yleislausekkeet ovat eräissä valtioissa muodostuneet, (ii) minkälaisia ovat näiden yleislausekkeiden

6. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.
7. Neuvoston direktiivi (EU) 2016/1164, annettu 12 päivänä heinäkuuta 2016, sisämarkkinoiden toimintaan suoraan vaikuttavien veron kiertämisen käytäntöjen torjuntaa koskevien sääntöjen vahvistamisesta.
8. Monet jäsenvaltiot, kuten Suomi sekä kaikki tässä vertailtavat valtiot, ovat katsoneet, että heidän olemassa oleva yleislauseke on ollut riittävä, eikä muutoksiin ole ollut tarvetta. Ks. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.193.01.0001.01.ENG, jossa on jäsenvaltioiden notifiointeja kansallisten toimeenpanosäännöstensä tai -säädöstensä osalta.
9. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (ns. multilateraalinen instrumentti, MLI).

laissa todetut tai soveltamiskäytännössä vakiintuneet soveltamisedellytykset sekä (iii) minkälaisia rajoitteita ja pidäkkeitä yleislausekkeiden soveltamiselle on näiden valtioiden kansallisessa järjestelmässä.[10]

Koska yleislausekkeiden soveltamisedellytykset ovat enemmän tai vähemmän avoimesti muotoillut, on yleislausekkeen käyttöä useissakin maissa kritisoitu verotuksen ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden näkökulmasta. Tästä johtuen on mielenkiintoista vertailla, minkälaisia menettelyllisiä tai muita oikeusturvakeinoja yleislausekkeiden soveltamiseen liittyy. Tällaisia malleja on mahdollista huomioida kansallista sääntelyämme kehitettäessä. Yleislausekkeiden soveltamista koskevia menettelyllisiä seikkoja ei ole mahdollisuus käsitellä tässä kuitenkaan tyhjentävästi, vaan tarkasteluun poimitaan valittujen valtioiden järjestelmien erityisiä piirteitä.

Mukana tarkastelussa ovat Ruotsi, Saksa ja Yhdistynyt kuningaskunta. Vertailevan vero-oikeuden kirjallisuudessa on katsottu, että Yhdysvallat, Iso-Britannia ja Saksa ovat vertailevan vero-oikeuden eräänlaiset perustyyppivaltiot, joita tutkimalla saa jo hyvin kattavan kokonaiskuvan vero-oikeudesta useimmissa peruskysymyksissä. Lisäksi nämä järjestelmät ovat vaikuttaneet edelleen useiden muiden valtioiden verojärjestelmiin.[11] Yhdysvaltoja ei tässä yhteydessä kuitenkaan tarkastella, koska Yhdysvalloissa ei ole varsinaista yleislauseketta.[12] Ruotsi sen sijaan on luontevaa ottaa mukaan vertailumaihin suomalaisesta näkökulmasta, koska vero- ja koko oikeusjärjestelmissämme on paljon yhteisiä piirteitä.

2. Saksa

2.1. Yleislauseke § AO 42 ja sen kehitysvaiheet

Yleisen verolain (*Abgabeordnung*, AO) § 42 sai nykymuotonsa vuonna 2008:

10. Olen eräitä tässä kirjoituksessa käsiteltäviä asioita käsitellyt myös vuonna 2009 ilmestyneessä väitöskirjassani Muoto ja sisältö vero-oikeudessa – erityistarkastelussa rahoitus- ja sijoitusinstrumentit. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009. Asetelmat ovat 10 vuoden aikana kuitenkin muuttuneet, esimerkiksi Yhdistyneessä kuningaskunnassa ”UK-GAAR” säädettiin vuonna 2013. Artikkeli päivittää tilannetta, minkä lisäksi tässä kirjoituksessa tarkastellaan erityisesti soveltamista rajoittavia pidäkkeitä ja muita oikeusturvakeinoja.
11. Ks. Viktor Thuronyi, Comparative Tax Law. Kluwer Law International 2003, s. 9.
12. Yhdysvalloissa on kuitenkin vuonna 2010 kodifioitu oikeuskäytännössä muodostunut economic substance -doktriini, ks. IRC § 7701(o).

Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten

Absatz (1)

[1] Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. [2] Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. [3] Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

Absatz (2)

[1] Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. [2] Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

Yleislausekkeen kehityskaari alkoi ensimmäisen maailmansodan jälkeisestä tarpeesta varmistaa ja lisätä verotuloja. Vuonna 1919 voimaan tulleen yleisen verolain (*Reichsabgabenordnung*, RAO) § 4 koski niin sanottua taloudellista katsantotapaa, § 5 sisälsi yleislausekkeen.[13] Usein tapaukset ratkaistiin alkuvuosina yleislausekkeen sijaan taloudellisella katsantotavalla: ”*Bei der Auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen*.”[14] Tätä ennen verolakien tulkinnassa oli nojauduttu tiukasti yksityisoikeudellisiin käsitteisiin ja luokitteluihin. Taloudellinen katsantotapa höllensi linkkiä: yksityisoikeudellinen käsite antoi eräänlaisen käsiteytimen, joka itsenäisen ja vapaan tulkinnan kautta sai vero-oikeudellisessa yhteydessä vero-oikeudellistaloudellisen sisältönsä.[15]

Lähestymistapa kukoisti 1920- ja 1930-luvuilla. Toisen maailmansodan jälkeisinä vuosina *Bundesfinanzhof* korosti oikeudellisen järjestelmän koherenssia ja kehitti yksityisoikeuden etusijaisuutta koskevan tulkintaopin.[16] Taloudellisen

13. Ks. vuoden 1919 yleislausekkeesta Ekkehart Reimer, Germany, s. 343–384 teoksessa Ana Paula Dourado (ed), Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context. IBFD 2017, s. 344.
14. § 4 RAO (myöhemmin § 9 RAO 1931, vuodesta 1934 alkaen § 1 II Steueranpassungsgesetz). Ks. taloudellista katsantotavasta Knuutinen 2009, s. 318–324.
15. Ks. Klaus Tipke, Die Steuerrechtsordnung (Band III). Verlag Dr. Otto Schmidt 1993, s. 1285–1287.
16. Ks. Tipke 1993, s. 1288 ja 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.

katsantotavan myötä oikeusvarmuuden katsottiin heikentyneen: kriitikoiden mukaan tulkintatapa ei ollut ainoastaan taloudellinen vaan myös fiskaalisesti tavoiteorientoitunut.[17] Tasapainon hakeminen vero-oikeuden ja yksityisoikeuden väliseen sidonnaisuuteen onkin ollut sittemmin Saksan vero-oikeustieteen keskeisiä kysymyksiä yli vuosikymmenten.

Vaikka taloudellinen katsantotapa hallitsi vero-oikeudessa pitkään, niin koskaan ei tullut ainakaan yksimielisesti selväksi, mitä sillä täsmällisesti tarkoitettiin.[18] Kun yleinen verolaki vuonna 1977 uusittiin (*Abgabeordnung*, AO), taloudellinen katsantotapa eksplisiittisenä säännöksenä jäi laista pois. Olisi kuitenkin liioiteltua väittää taloudellisen katsantotavan kuuluvan vain historiaan, sillä se on jättänyt saksalaiseen tulkintaperinteeseen ja oikeudelliseen ajatteluun pysyviä jälkiä.[19] Vuoden 1977 lainvalmistelumateriaaleista ilmenee, että taloudellisen katsantotavan mukaisesta suhtautumisesta vero-oikeudelliseen tulkintaan oli tullut tavallaan itsestäänselvyys.[20] Yleislausekkeen rinnalle tuli taloudellisen katsantotavan jonkinlaisiksi korvikkeiksi kapea-alaisemmat säännökset §§ 39–41 AO. Termillä *wirtschaftliche Betrachtungweise* voidaan siten suppeasti viitata säännöksiin § 4 RAO seuraajineen. Toisinaan termiä käytetään oikeuskirjallisuudessa viittamaan yleisen verolain säännöksiin §§ 39–42 AO, rinnastaen lainkohdat ja taloudellinen katsantotapa toisiinsa.[21] Termillä voidaan myös viitata yleisemmin taloudelliseen tulkintametodiin.[22]

Taloudellinen katsantotapa merkitsi pitkään sitä, että yleislausekkeen itsenäinen merkitys jäi vähäisemmäksi. Lähestymistavalla päästiin eroon yksityisoikeussidonnaisesta formaalista tulkintatavasta, mikä mahdollisti sekä veroviranomaisille että tuomioistuimille verosäännösten vapaan tulkinnan. Veron kiertämiseen puuttumiseen yleislauseketta ei välttämättä silloin tarvittu.[23]

Vuoden 1977 uudistuksen myötä yleislausekkeen itsenäinen merkitys korostui. Yleislausekkeen tuolloin tiiviissä muotoilussa soveltamisedellytyksiä ei ollut täsmennetty:

17. Wolfgang Schön, Die zivilrechtlichen Voraussetzungen steuerlicher Leistungsfähigkeit. Steuer und Wirtschaft 2005, s. 247–255, 247.
18. Ks. Tipke 1993, s. 1286 ja Schön 1998, s. 72.
19. Markus Seiler, GAARs and Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU. Linde 2016, s. 24.
20. Ks. Drucksache 7/4292 (7.11.1975), s. 15–16 ja Seiler 2016, s. 24.
21. Oikeuskirjallisuudessa säännökset §§ 39–42 AO esitellään ja otsikoidaan usein yhdessä taloudellisena katsantotapana, sen eräänlaisena kvalifioituna laissa täsmennettynä nykyisenä ilmenemismuotona. Ks. esim. Tipke 1993, s. 1308–1356 ja Klaus Tipke – Joachim Lang, Steuerrecht (20. völlig überarbeitete Auflage). Verlag Dr. Otto Schmidt 2010, s. 159–169, jotka otsikoitu: "Steuergesetzliche Vorschriften zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise".
22. Ks. Tipke 1993, s. 1283–1284, jossa hän rinnastaa taloudellisen katsantotavan (wirtschaftliche Betrachtungweise) ja taloudellisen tulkintatavan (wirtschaftliche Auslegung) osittain toisiinsa, todeten kuitenkin jälkimmäisen olevan muutakin kuin vain tulkintametodi.
23. Seiler 2016, s. 11–13.

> Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Liegt ein Missbrauch vor, so entsteht der Steueranspruch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

Vuonna 2001 lisättiin toinen kappale – "*Absatz 1 ist anwendbar, wenn seine Anwendbarkeit gesetzlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist*." – reaktiona ratkaisuihin, joissa *Bundesfinanzhof* oli katsonut, ettei yleislauseketta voitu soveltaa tilanteisiin soveltuvien erityissäännösten johdosta.[24] Lisäyksellä haluttiin mahdollistaa yleislausekkeen käyttö myös sellaisessa tilanteessa, jossa tarkasteltavaa kysymystä voi koskea myös jokin erityinen veronkierron vastainen säännös.

Vuoden 2008 muutoksen valmistelussa tavoitteena näyttää alun perin olleen tehostaa yleislauseketta sen soveltamisalaa laajentamalla. Joidenkin näkemysten mukaan tuomioistuinten tulkinta oli ollut liian verovelvollismyönteistä, mihin haluttiin muutosta.[25] Ensimmäisissä luonnoksissa väärinkäytön kuvattiin tapahtuvan jo hyödynnettäessä *epätavallisia* oikeudellisia rakenteita.[26] Tämä johti kritiikkiin ja poliittiseen keskusteluun siitä, että veroviranomaiset voisivat laajasti puuttua erilaisiin rakenteisiin vain niiden epätavallisuuteen viitaten. Tällainen soveltamisalan laajennus ei toteutunut. Sen sijaan muotoilussa veron kiertämisen oikeudellinen määritelmä ja lausekkeen soveltamisedellytykset esitettiin jälleen eksplisiittisesti tekstissä.[27] Samalla poistettiin yleisen ja erityisten normien suhdetta koskeva vuonna 2001 lisätty kappale. Soveltamisedellytysten lisäämisellä pyrittiin vastaamaan oikeusvarmuutta ja ennustettavuutta koskevaan kritiikkiin.[28] Muutoksen taustalla voi nähdä pyrkimyksiä painopisteen siirtämiseksi oikeuskäytäntöpohjaisesta veron kiertämisen määrittelystä ja rajanvedosta lakisidonnaisempaan suuntaan.[29]

Lopullista versiotakin on kuitenkin kritisoitu oikeuskirjallisuudessa: todistustaakkaa siirtyi verovelvollisille, yleislausekkeen ja erityissäännösten soveltamisen suhde ei tullut selvemmäksi eikä uudistuksen katsota edes parantaneen oikeusvarmuutta.[30] Muutokset eivät käytännössä olleet edes kovin merkittäviä, sillä uusitut veron kiertämistä koskevat määrittelyt ja soveltamiskriteerit vasta-

24. BFH 15.12.1999, I R 29/97 ja BHF 19.1.2000, I R 94/97. Ks. Seiler 2016, s. 25. Ks. ensimmäisestä tapauksesta myös Knuutinen 2009, s. 570–572.
25. Wolfgang Kessler – Rolf Eicke, Germany's New GAAR – 'Generally Accepted Antiabuse Rule'? Tax Notes International 2008, s. 151–153.
26. Drucksache 16/7036 (08. 11. 2007), s. 6: "Bei der Definition des Missbrauchstatbestandes werde anstelle der „Ungewöhnlichkeit" der rechtlichen Gestaltung auf deren „Unangemessenheit" abgestellt."
27. Reimer 2017, s. 346.
28. Ks. Drucksache 16/6290 (4.9.2007), s. 80–81.
29. Reimer 2017, s. 346.
30. Ks. Seiler 2016, s. 26–27 viittauksineen.

sivat varsin pitkälle oikeuskäytännössä jo vakiintuneita.[31] Koska kyse oli lähinnä kodifioinnista, myös muutosta edeltävän oikeuskäytännön on katsottu olevan pääosin edelleen relevanttia.[32]

2.2. Soveltamisedellytykset

Yleislausekkeen otsikkona on *Gestaltungsmissbrauch*, oikeudellisten muotojen väärinkäyttö. Sillä ei tarkoiteta, ettei verovelvollinen voisi verosuunnittelusyistä valita verotuksellisesti edullisinta toimintatapaa.[33] Myös perustuslaki antaa verovelvolliselle oikeuden järjestää asiansa siten, että verot jäävät mahdollisimman pieneksi, kuten Saksan perustuslakituomioistuin *Bundesverfassungsgericht* on katsonut.[34]

Milloin sitten on kysymys sallitusta oikeudellisten muotojen hyödyntämisestä ja milloin niiden väärinkäytöstä? Oikeuskirjallisuudessa muotojen väärinkäytölle on hahmoteltu oikeuskäytännön perusteella kolme kiistatonta kriteeriä: [35]

Ensimmäinen kriteeri on käytettyjen muotojen *epäasianmukaisuus.* Epäasianmukaiseksi voidaan luonnehtia sellaista oikeudellista muotoa, jonka käyttöön rationaaliset osapuolet eivät taloudelliset realiteetit tai päämäärät huomioiden päätyisi.[36] Tällaisen muodon käyttö johtaa lopputulokseen, joka lainsäätäjän tavoitteita ajatellen ei pitäisi olla saavutettavissa.[37] Epäasianmukaisuudesta kertoo, jos transaktio tai järjestely on taloudellisesti järjetön, tarpeeton tai jopa haitallinen, keinotekoinen tai tarpeettoman monimutkainen.[38] Valitun muodon epätavallisuus tai verojen välttäminen motiivina eivät yksin sellaisenaan tee valitusta muodosta epäasianmukaista.[39]

Toiseksi edellytetään, että epäasianmukaisen muodon hyväksyminen johtaisi ei-tarkoitettuun *veroetuun*.[40] Tätä arvioitaessa verrataan käytettyä muotoa ja asianmukaista muotoa keskenään: tulee olla näytettävissä, että sivuutettu

31. Seiler 2016, s. 27.
32. Kessler – Eicke 2008, s. 152–153.
33. Ks. Johanna Hey, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem. Verlag Dr. Otto Schmidt 2002, s. 14.
34. BVerfG v. 14.4.1959, BVerfGE 9, 237, erityisesti s. 249–250. Verojen minimointia koskeva oikeus on vahvistettu lukuisissa ratkaisuissa myös vuoden 1977 jälkeen eli § 42 AO:n aikana. Ks. Hey 2002, s. 14.
35. Ks. kuitenkin Schön 1998, s. 78, jonka mukaan näissä edellytyksissä on ollut sekä oikeuskäytännön että oikeustieteen piirissä pientä häilyvyyttä.
36. Tipke 1993, s. 1337.
37. Ks. Dieter Birk, Steuerrecht (7., neu bearbeitete Auflage). C.F. Müller Verlag 2004, s. 103.
38. Reimer 2017, s. 350 ja Gerhard Kraft, Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules: Germany (Cahiers 103a). Sdu 2018, s. 339–358, 342.
39. Birk 2004, s. 103 ja Reimer 2017, s. 350.
40. Ks. Birk 2004, s. 104 ja Kraft 2018, s. 339.

asianmukainen muoto olisi johtanut valittuun muotoon nähden suurempaan veroon.[41] Veroeduksi väitetty ei tällöin voi olla kuitenkaan jotain sellaista, jonka verolainsäädäntö suoraan tarjoaa.[42]

Kolmantena kriteerinä edellytetään, että tavanomaisesta poikkeavalle muotoilulle ei ole hyväksyttäviä *liiketaloudellisia perusteita.* Etua ei tule evätä, mikäli verovelvollinen osoittaa valinnalleen verotuksesta riippumattomat syyt, joita kokonaisarvioiden voidaan pitää huomattavina.[43]

Eräiden tutkijoiden mukaan lisäksi neljäntenä edellytyksenä vaadittaisiin, että verovelvollinen on valinnut muotoilun *tietoisesti* verorasituksensa alentamiseksi.[44] Subjektiivista veronkiertotarkoitusta koskeva kriteeri on ollut kuitenkin kiistanalainen: toiset katsovat, ettei lain kiertämistä ilman nimenomaista tarkoitustakaan voida pitää hyväksyttävänä.[45] Säännöstekstin muoto ei ota kysymykseen suoraan kantaa. Vallalla oleva käsitys näyttäisi olevan, että verovelvollisen subjektiivinen tarkoitus on oikeastaan merkityksetön.[46]

2.3. Oikeusteoreettisia ja oikeuspoliittisia näkökulmia

Suhtautuminen yleislausekkeeseen vaikuttaa olleen koko historiansa ajan kiistanalaista. Ongelmaksi on nähty lähinnä muotoilun avoimuus: säännöstekstin perusteella on vaikea arvioida, milloin sitä voidaan soveltaa. Suhteellisen kattava oikeuskäytäntö lieventää ongelmaa.[47]

Myös yleislausekkeen oikeusteoreettiseen asemaan on liittynyt näkemyseroja. Yleislausekkeen alkutaipaleella monet ratkaisut tehtiin taloudellisen katsantotavan mukaisella tulkinnalla, eikä yleislauseke ollut merkittävässä roolissa.[48] Saksan vero-oikeustieteessä onkin käyty debattia siitä, onko yleislauseke sellaisenaan edes välttämätön. Kysymys on jakanut tutkijoita kahteen koulukuntaan. *Innentheorie*n kannattajat kieltävät yleislausekkeen materiaalisen relevanssin: säännös halutaan nähdä pelkästään *esimerkkinä* aineellisten verosäännösten vapaammasta, lain tarkoitusta painottavasta teleologisesta tulkintatavasta. Yleis-

41. Reimer 2017, s. 351.
42. Ks. tästä Reimer 2017, s. 351.
43. Ks. Birk 2004, s. 104 ja Reimer 2017, s. 353. Tipke 1993, s. 1339 huomauttaa, että lainsoveltajille ei ole kuitenkaan annettu valtuutuksia harkita taloudellisten tarkoitusperien järkevyyttä.
44. Ks. Schön 1998, s. 78. Ks. Birk 2004, s. 104, jonka mukaan tietoisuutta ei edellytetä siitä, että valittu muoto arvioitaisiin oikeudellisesti harhaanjohtavaksi: tätä arvioidaan vain objektiivisesti.
45. Ks. Martin Schiessl, Form and substance in tax law: Germany (Cahiers LXXXVIIa). Kluwer 2002, s. 287–311, 297. Hänen mukaansa (s. 302–303) BFH olisi subjektiivisen kriteerin suhteen jo tuolloin pehmentänyt kantaansa: aiemmin ”Umgehungsabsicht” oli soveltamisen edellytys.
46. Kraft 2018, s. 339 ja Reimer 2017, s. 353.
47. Ks. oikeuskäytännöstä esim. Tipke – Lang 2010, s. 163–167.
48. Seiler 2016, s. 11.

lausekkeella ei tällaisena teleologisen tulkinnan apunormina ole siten itsenäistä merkitystä, eikä väärinkäyttöä koskevalla arvioinnilla ole tulkinnassa varsinaisesti merkitystä.[49] *Außentheorie* lähtee puolestaan siitä, että yleislausekkeella on itsenäinen merkitys.[50] Sen soveltamiseen voidaan turvautua silloin kun tavanomaisen laintulkinnan keinot loppuvat.[51] Tämän suuntauksen kannattajien mukaan esimerkiksi analoginen tulkinta ei olisi mahdollista ilman yleislausekkeen luomaa valtuutusta.[52]

Saksan yleislauseke on kokenut monenlaisia historiallisia vaiheita. Kansallissosialistinen vaihe oli aivan oma lukunsa yhteiskunnallisessa ja oikeudellisessa kehityksessä. Sotien jälkeisinä vuosina tuomioistuimet suhtautuivat yleislausekkeen käyttöön sen merkitystä ja vaikutusta rajoittaen. Tähän oli *Reimerin* mukaan kolme keskeistä syytä. Ensinnäkin tämä oli vastareaktio siihen, että yleislauseketta oli kansallissosialismin aikana hyödynnetty väärin: tuomioistuimissa oli tehty ratkaisuja ideologiapohjaisesti tai vastauksena poliittisiin odotuksiin. Toinen merkittävä asia oli perustuslaki, *Grundgesetz*, linjauksineen siitä, että epätäsmällisiä säännöksiä tulee tulkita perustuslakimyönteisesti. Oikeuskäytännössä nojauduttiin mieluummin verolakien lain tarkoitusta korostavaan teleologiseen tulkintaan kuin yleislausekkeeseen. Kolmanneksi, mitä haluttomampia tuomarit olivat yleislausekkeeseen nojautumisessa, sitä enemmän tarvittiin erityissäännöksiä. Tämä johti monissa tapauksissa siihen, että kun asiasta oli olemassa erityissäännös, ei sitä tullut enää tarkastella yleislausekkeen valossa.[53]

Ennen 1970-luvun puoltaväliä yleislauseketta ei ollut sovellettu kovinkaan ahkerasti. *Tipke* totesi vuoden 1993 kolmiosaisessa mammuttiteoksessaan, että noin viidentoista edeltävän vuoden aikana tässä suhteessa oli tapahtunut muutoksia: sekä veroviranomaiset että tuomioistuimet olivat soveltaneet yleislauseketta aktiivisemmin. Syynä oli ollut ensinnäkin se, että aineellisesta verolainsäädännöstä oli tullut monimutkaisempaa. Toiseksi verokonsultit olivat kehittäneet kreatiivisia verosuunnittelukeinoja.[54]

Veron kiertämisen ehkäiseminen on ollut poliittisella agendalla korkealla viime aikoina myös Saksassa. Yleislausekkeella on tässä asetelmassa kaksijakoinen rooli: verohallinto nojautuu siihen ahkerammin, tuomioistuimet rajoitetummin.[55] Tuomioistuimet ovat huomattavasti useammin hylänneet kuin hyväksyneet verohallinnon vaatimukset yleislausekkeen soveltamisesta; etenkin

49. Ks. Seiler 2016, s. 28. Hänen mukaansa (s. 14) myös RAO:n päävalmistelija Enno Becker oli ilmeisesti itse sillä kannalla, että yleislauseketta ei välttämättä tarvita.
50. Ks. esim. Tipke 1993, s. 1326–1327 ja Birk 2004, s. 103.
51. Seiler 2016, s. 30.
52. Ks. Seiler 2016, s. 32, jonka mukaan analogisen tulkinnan mahdollisuudessa onkin ehkä konkreettisin koulukuntien välinen ero.
53. Reimer 2017, s. 345–346.
54. Tipke 1993, s. 1325.
55. Reimer 2017, s. 347–348.

Bundesfinanzhof on toiminut soveltamista rajoittavana vastavoimana.[56] Silloin kun tuomioistuimet ovat ratkaisuillaan rajoittaneet verohallinnon aktiivisia soveltamispyrkimyksiä, on reaktiona on ollut tyypillisesti uuden erityisnormin säätäminen.

2.4. Soveltamista rajoittavia sekä edellyttäviä seikkoja

Yleislausekkeen tekstiin on tehty vuosien varrella useita muutoksia, tarkoituksena vaikuttaa sen soveltamisedellytyksiin. Muutokset kertovat osaltaan myös pyrkimyksestä oikeusjärjestyksen konsistenssiin eli oikeusnormien loogiseen ristiriidattomuuteen sekä laajemmin koko oikeusjärjestelmän koherenttisuuteen.[57] Tällaiset pyrkimykset ovat havaittavissa esimerkiksi siinä, millä tavoin on pyritty ratkaisemaan pitkään hiertänyttä kiistanalaista kysymystä erityisten ja yleisten normien suhteesta.

Soveltamistilanteissa tulee ensimmäisenä katsoa, arvioidaanko tapausta erityissäännösten vai yleislausekkeen nojalla.[58] Koska Saksan verojärjestelmään on säädetty paljon erityisiä säännöksiä, on tämä käytännössä kaventanut *Kraft*in mukaan yleislausekkeen soveltamisalaa. Saksan valtionvarainministeriöllä ja sen alaisuudessa toimivalla liittovaltion verohallinnolla sekä toisaalta ylintä valtaa käyttävällä tuomioistuimella on ollut yleislausekkeen ja erityissäännösten suhdetta koskevaan kysymyksen erilainen perussuhtautuminen. *Bundesfinanzhof* on ollut usein *lex specialis* -tulkinnan kannalla.[59]

Lainsäädännön tasolla asiaan on pyritty vaikuttamaan yleislausekkeen muotoilulla. Vuonna 2001 yleislausekkeeseen lisättiin toinen kappale selventämään suhdetta erityissäännöksiin. Vuoden 2008 uudistuksessa muotoilua uudistettiin siten, että lainkohdan ensimmäisen kappaleen toisessa kohdassa todetaan, että jos tarkasteltavaa kysymystä on sääntelemässä erityisnormi, jonka soveltamisedellytykset täyttyvät, määräytyvät oikeudelliset seuraukset erityislain soveltamisen seurauksena. Jos erityisnormin soveltamisedellytykset eivät täyty, mahdollisuus yleislausekkeen soveltamiseen on olemassa. Reimerin mukaan veroviranomaisten tulee tuolloin kuitenkin näyttää, että erityissääntö ei osoita (*e contrario*) jotakin toimea tai järjestelyä ”ei-väärinkäytöksi”. Jos erityissään-

56. Ylemmät oikeusasteet ovat olleet varauksellisimpia soveltamisen suhteen, mitä ei ole juurikaan muuttanut se, että vuonna 2008 soveltamisedellytyksiä koskevat määrittelyt lisättiin lakiin. Reimer 2017, s. 348.
57. Ks. Kaarlo Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas. WSOY 2007, s. 107, jonka mukaan oikeuden konsistenssilla tarkoitetaan yleisesti oikeusnormien loogista ristiriidattomuutta; koherenssi on puolestaan sisällöllistä johdonmukaisuutta, joka on pikemminkin oikeusperiaatteiden kuin oikeussääntöjen ominaisuus.
58. Reimer 2017, s. 350.
59. Kraft 2018, s. 340.

nös on riittävän täsmällinen ja soveltamisalaltaan tarkkarajainen, niin yleislausekkeeseen vetoaminen ei onnistu. Yleislauseke voi soveltua erityissäännöksen olemassaolosta huolimatta erityisesti kahdessa tapauksessa: ensinnäkin jos lain väärinkäyttöä koskeva argumentti jää erityissäännöksen fokuksen ulkopuolelle (eli erityissäännöksellä testataan toista näkökulmaa asiaan), tai toiseksi silloin, jos toimilla on kierretty erityissäännöksen soveltamisaluetta siten, että tämä voidaan katsoa lain väärinkäytöksi.[60]

Saksassa perustuslain (*Grundgesetz*) merkitys on suuri, joten yleislausekkeen perustuslainmukaisuuttakin on toki pohdittu. Vallitsevan käsityksen mukaan tästä ei ole juuri epäilyksiä. *Tipke* katsoo, että § 42 AO ei ole kohtuuttoman epätäsmällinen eikä siten oikeusvaltioideologian vastainen. Lainkohta ei loukkaa myöskään luottamuksensuojaperiaatetta, koska sen soveltamisen edellytyksenä on väärinkäyttötarkoitus. Perustuslain tavoitteena ei ole vain oikeusvaltioajatuksen formaalin, vaan myös sen materiaalisen puolen täytäntöönpano.[61]

Perustuslain mainitseminen veron kiertämisen yhteydessä tuo varmasti ensimmäiseksi mieleen legaliteettiperiaatteen. Saksan perustuslaki ei sisällä tätä koskevaa eksplisiittistä säännöstä, mutta legaliteettiperiaate on johdettu oikeusvaltioperiaatteesta ja perustuslain takaamasta omaisuudensuojasta.[62] Perustuslaki vaikuttaa Saksassa perustuslakimyönteisen laintulkintatavan (*verfassungkonforme Auslegung*) kautta: epäselviä säännöksiä tulkitaan perustuslain hengessä.[63] Saksan perustuslakituomioistuin *Bundesverfassungsgericht* on ollut aktiivinen muun muassa yhdenvertaisuusvaatimusta rikkovan verolainsäädännön eliminoimisessa.[64]

Yhdenvertaisuus oli arvioitavana myös vuonna 2014 perintöverotusta koskeneessa tapauksessa, joka toi veron kiertämistä koskevaan keskusteluun uuden ulottuvuuden.[65] Aineellisen verolainsäädännön mukaan liiketoimintavarallisuus oli perintöverotuksen ulkopuolella. Kysymys oli siitä, oliko verovelvollisen ja missä määrin mahdollista konvertoida henkilökohtaisessa käytössä olevaa varallisuutta liiketoimintavarallisuudeksi. *Bundesverfassungsgericht* katsoi, että verolain säännökset ovat perustuslain takaaman yhdenvertaisuuden vastaisia, mikäli ne eivät estä verovelvollisia ryhtymään sellaisiin verovelvollisuutta alentaviin järjestelyihin, jotka selvästikään eivät ole lainsäätäjän tarkoittamia ja jotka eivät ole yhdenvertaisuusvaatimuksen näkökulmasta perusteltuja.[66] Verolakia

60. Reimer 2017, s. 380–381.
61. Tipke 1993, s. 1332–1333. Tietty yleislausekkeille tunnusomainen epätäsmällisyys ei ole kuitenkaan hänen mukaansa vältettävissä; eräät oikeustieteilijät ovatkin kritisoineet yleislauseketta liian epätäsmälliseksi.
62. Art. 2 I, Art. 20 III, Art. 14 I 2 ja Art. 14 III 2 GG. Ks. Tipke 1993, s. 157–160.
63. Reimer 2017, s. 345.
64. Ks. Viktor Thuronyi, Comparative Tax Law. Kluwer Law International 2003, s. 82–88.
65. BVerfG, 17.12.2014 – 1 BvL 21/12.
66. BVerfG, 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, kohta 254.

tai sen säännöstä voidaan siis pitää perustuslain yhdenvertaisuusvaatimuksen vastaisena, jos se antaa mahdollisuuksia verojen epäasianmukaiseen välttämiseen tai minimoimiseen.

Näin ollen perustuslaki itse asiassa velvoittaa lainsäätäjää huolehtimaan veron kiertämisen ehkäisemisestä.[67] Yksittäisten verolakien soveltamistilanteita ja yhdenvertaisuuden arvioimista varten yleislausekkeen olemassaolo ja soveltamisen mahdollisuus on perustuslakituomioistuimen mukaan keskeisessä asemassa.[68] Verolakeja soveltavien tuomioistuinten tulee mahdollisuuksien mukaan puuttua yleislausekkeen tulkinnalla ja soveltamisella verolainsäädännön oikeudellisten muotojen väärinkäyttöön, jotta verolakia tai sen säännöksiä ei yhdenvertaisuusvaatimuksen johdosta tulisi pitää perustuslain vastaisina. Jos verolaki pitää sisällään rakenteellisia puutteita, *strukturelle Vollzugsdefizite*, sen voidaan katsoa rikkovan yhdenvertaisuusvaatimusta, koska laki ei silloin täytä yleisesti velvoittavien normien muodostamisen tehtäväänsä.[69] Perustuslain yhdenvertaisuusvaatimusta arvioidaan siten myös siinä valossa, voidaanko verosäännösten lähtökohtaisiin epäyhdenvertaisuuksiin puuttua veron kiertämistä koskevien normien avulla.

3. Ruotsi

3.1. *Lag mot skatteflykt* ja sen soveltamisedellytykset

Ruotsi kuuluu mannermaiseen *civil law* -perheeseen, ja sen oikeudessa on paljon samankaltaisuutta Saksaan nähden. Veron kiertämisen ehkäisemisessä kehityskulku on kuitenkin ollut hyvin erilainen.

Veronkiertojärjestelyt muodostuivat Ruotsissa merkittäväksi ilmiöksi toisen maailmansodan ja sen jälkeisinä vuosina verorasituksen ollessa korkealla tasolla.[70] Klassinen esimerkki on niin sanottu *Nordbäck*-tapaus.[71] Verovelvollinen oli hyödyntänyt yhtiöiden välisten osinkojen verovapauteen perustuvaa kaupallistettua verosuunnittelujärjestelyä, jolla likvidoitiin verottamattomia voittovaroja sisältäviä yhtiöitä. *Regeringsrätten*[72] katsoi, että vaikka verovelvollinen oli päässyt tavoitteeseensa useiden toimien kautta, niin kutakin vaihetta tulee arvioida erik-

67. Ks. myös Reimer 2017, s. 357–358.
68. BVerfG, 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, kohta 255.
69. Ks. BVerfG, 27.06.1991 – 2 BvR 1493/89 ja Reimer 2017, s. 359.
70. Leif Mutén: The Swedish Experiment with a General Anti-avoidance Rule. Teoksessa "Tax Avoidance and the Rule of Law". IBFD Publications 1997, s. 307–324, 308.
71. RÅ 1953 ref. 10.
72. 1.1.2011 alkaen Högsta förvaltningsdomstolen.

seen.[73] Tapaus aktivoi keskustelun yleisen veronkiertonormin tarpeellisuudesta, mitä pohtimaan asetettiin vuoden 1953 *skatteflyktskommitté*. Komitea julkaisi raporttinsa vuonna 1963.[74]

Ruotsissa katsottiin pitkään, että yleislauseketta ei tulisi oikeusvarmuussyistä säätää.[75] Veron kiertämisen ehkäiseminen jäi siten korostetusti lainsäädäntötason ongelmaksi.[76] Ongelmaa korosti tuomioistuinten tiukahko tulkintatraditio.[77] Lopulta päädyttiin veron kiertämistä koskevan lain, *lag mot skatteflykt* (jäljempänä myös veronkiertolaki), säätämiseen.[78]

Ensimmäinen veron kiertämistä koskeva laki tuli Ruotsissa voimaan vuoden 1981 alusta.[79] Laki oli säädetty määräaikaiseksi vuoteen 1985 asti, jonka jälkeen tuli arvioida sen toimivuutta,[80] mutta laki oli voimassa vain pari vuotta eikä sitä ehditty soveltaa *Regeringsrätten*issä lainkaan.[81]

Vuoden 1983 versiossa veron kiertämisen tunnusmerkistö muotoiltiin seuraavasti:

> Vid taxeringen skall hänsyn ej tas till rättshandling som har företagits av den skattskyldige eller av juridisk person, vars inkomst helt eller delvis beskattas hos den skattskyldige, om
>
> 1. rättshandlingen, ensam eller tillsammans med annan rättshandling i vilken den skattskyldige eller den juridiska personen direkt eller indirekt medverkat, ingår i ett förfarande som medför en inte oväsentlig skatteförmån för den skattskyldige,

73. Ks. myös Gustaf Lindencrona, Den nya svenska lagen mot skatteflykt. JFT 1981, s. 363–377, 364–365 ja Mutén 1997, s. 309.
74. SOU 1963:52. Om åtgärder mot skatteflykt: Betänkande av 1953 års skatteflyktskommitté.
75. Ks. esim. SOU 1963:52, s. 94–99.
76. Ks. Kari S. Tikka, Veron minimoinnista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 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.
77. Ks. Bettina Banoun, Tax Avoidance Rules in Scandinavian and Anglo-American Law. Bulletin for International Taxation 2002, s. 485–492, 485.
78. Ruotsissa veron kiertämiseen viitataan sekä termillä kringgående av skattelag että skatteflykt. Erityisesti termillä skatteflykt voidaan tarkoittaa veron kiertämistä yleisenä ilmiönä, minkä ohella sillä tarkoitetaan erityisesti sellaista menettelyä, joka kuuluu skatteflyktslagenin soveltamisalan piiriin. Ks. Ulrika Rosander, Generalklausul mot skatteflykt. JIBS Dissertation Series 2007, s. 13: "Det är vanligt att tala om en allmän och en teknisk definition av begreppet skatteflykt." Suomessa veropako viittaa pikemminkin kansainvälisiin yhteyksiin. Ks. Knuutinen 2009, s. 187–188.
79. Lagen (1980:865) mot skatteflykt.
80. Ks. Prop. 1980/81:17, s. 199.
81. Ensimmäinen laki oli voimassa 1.1.1981–28.2.1983. Ks. tästä ensimmäisestä versiosta ja vaiheesta Sture Bergström, Generalklausulen mot skatteflykt. Skattenytt 1981, s. 111–117 ja Lindencrona 1981.

2. skatteförmånen med hänsyn till omständigheterna kan antas ha utgjort det huvudsakliga skälet för förfarandet och

3. en taxering på grundval av förfarandet skulle strida mot lagstiftningens grunder.[82]

Vuoden 1983 lakia sovellettiin tuomioistuimissa melko varovaisesti, vain vähäiseen osaan tapauksista, joissa soveltaminen oli harkittavana.[83] Eräiden kriittisten puheenvuorojen mukaan lakia käytettiin laadullisesti nimenomaan aineellisen verolainsäädännön aukkojen paikkaamiseen, ei niinkään sen arvioimiseen, mitä verovelvolliset olivat tosiasiallisesti tehneet.[84] Veronkiertolaki päätettiin poliittisesti kiistanalaisena lakkauttaa vuoden 1993 alusta.[85] Sosiaalidemokraattien otettua syyskuun 1994 vaalien jälkeen hallitusvastuun laki tuli jälleen voimaan heinäkuusta 1995 alkaen. Vuonna 1997 lakia jälleen muutettiin, jonka seurauksena veronkiertolaki sai jokseenkin nykyisin muotonsa tullen voimaan vuoden 1998 alusta.[86]

Nykyisessä muodossaan (2011:1372) lain 2 §:n mukaan verotuksessa ei huomioida sellaista oikeustointa, johon liittyen seuraavat neljä edellytystä täyttyvät:

1. rättshandlingen, ensam eller tillsammans med annan rättshandling, ingår i ett förfarande som medför en väsentlig skatteförmån för den skattskyldige,

2. den skattskyldige direkt eller indirekt medverkat i rättshandlingen eller rättshandlingarna,

3. skatteförmånen med hänsyn till omständigheterna kan antas ha utgjort det övervägande skälet för förfarandet, och

4. ett fastställande av underlag på grundval av förfarandet skulle strida mot lagstiftningens syfte som det framgår av skattebestämmelsernas allmänna utformning och de bestämmelser som är direkt tillämpliga eller har kringgåtts genom förfarandet.

Tiivistetysti todeten lakia voidaan soveltaa tilanteissa, joissa verovelvollinen on ollut suoraan tai epäsuorasti osallisena transaktiossa, jonka pääaasiallisena tarkoituksena on ollut tavoitella huomattavaa ja lain tarkoituksen vastaista ve-

82. Lag (1983:75).
83. Ks. Anders Hultqvist, Sweden, s. 669–693 teoksessa Ana Paula Dourado (ed), Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context. IBFD 2017, s. 676.
84. Ks. esim. Stig von Bahr, Nordbäcksmålet, skatteflykt och genomsyn. Skattenytt 1992, s. 602–607, 606. Ks. 1980-luvun ja 1990-luvun alun oikeuskäytännöstä Hultqvist 2017, s. 677.
85. Laki oli kumottuna välillä 1.1.1993–1.7.1995. Lain saamaan kritiikkiin poistamisen syynä viittaa mm. Rosander 2007, s. 1.
86. Lagen (1997:777) om ändring i lagen (1995:575) mot skatteflykt. Tämän jälkeen lakiin on tehty eräitä vähäisiä, lähinnä teknisiä muutoksia.

rotuksellista hyötyä. Sana ”*och*” edellyttää jokaisen 2 §:ssä todetun kriteerin toteutumista.

Ensimmäisessä kohdassa mainitun veroedun tulee olla merkittävä (*väsentlig skatteförmån*), kun aikaisemmin laki oli käyttänyt muotoilua veroetu, joka ei ole vähäinen (*inte oväsentlig skatteförmån*). Veroedun tavoittelua koskevaa kolmatta kriteeriä (*det* övervägande *skälet* för *förfarandet*) on tulkittu ja pelkistetty siten, että veroetujen tavoittelun tulee olla syynä tai tarkoituksena yli 1/2 painoarvolla kokonaisuuteen (eli verotukselliset syyt ja liiketoiminnalliset syyt yhdessä) nähden. Sitä vastoin ensimmäisessä vuoden 1980 laissa veroedun tavoittelun tuli olla ratkaiseva tai hallitseva syy (*det avgörande skälet*), minkä on tulkittu tarkoittavan noin 3/4 painoarvovaatimusta.[87]

Nykyversiossa lain tarkoituksen osalta ei enää ole riittävää, että kysymys on oletetusta lain tarkoituksesta, vaan tarkoitus tulee ilmetä lainsäädännön muotoiluista, kuten neljänteen kohtaan on muotoiltu: jos verotus toteutettuun menettelyyn perustuen olisi vastoin lain tarkoitusta, sikäli kun se käy ilmi suoraan tapaukseen sovellettavista tai oikeustoimen avulla kierretyistä säännöksistä tai verolainsäädännöstä yleensä. Lainsäädännön muotoilu voi viitata yksityiskohtaisten säännöstekstien muotoiluun, tai laajemmin verolainsäädännön yleiseen muotoiluun.[88] Jonkin verran erilaisia näkemyksiä on kuitenkin siitä, onko riittävää jos lain tarkoitus ilmenee lainvalmistelumateriaaleista.[89] Tämän lain tarkoituksen vastaisuutta koskevan neljännen edellytyksen onkin katsottu olevan erityisen tulkinnanvarainen.[90]

Koska Ruotsi eli pitkään ilman yleislauseketta, on tämä varsinkin aikoinaan korostanut muun keinovalikoiman merkitystä. Veron kiertämistä koskevan lain ohella Ruotsissa on myös joukko erityisiä veronkiertosäännöksiä.[91] Myös pyrkimyksiä turvautua vero-oikeudelliseen *genomsyn*-ajatteluunkin tuntuu edelleenkin esiintyvän, vaikka ylimpien tuomioistuinten oikeuskäytännöstä tai oikeustieteestä tällaisen ruotsalaisen *substance over form* -periaatteen olemas-

87. 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. Vrt. myös vuoden 1983 versio, jossa käytettiin muotoilua ”det huvudsakliga skälet”.
88. Abed Ali – Larsén 2018, s. 732.
89. Vrt. Anders Hultqvist, Den nya skatteflyktslagen – vad har hänt? s. 193–209 teoksessa Festskrift till Gustaf Lindencrona. Norstedts juridik 2003, s. 195 ja Rosander 2007, s. 107, joka nojautuu lainvalmisteluaineistoon. Ks. Prop. 1996/97:170, s. 39–40. Ks. Hultqvist 2017, s. 684, jonka mukaan nykyistä lakia valmisteltaessa pyrittiin huomioimaan legaliteettiperiaatteen näkökulmasta esitetty kritiikki: tästä syystä lain tarkoituksen pitää jollakin tavoin ilmetä laista.
90. Ks. Rosander 2007, s. 113 ja Abed Ali – Larsén 2018, s. 731. Jälkimmäiset arvioivat (s. 727 ja 741), että lain tarkoitus lienee yleensä ilmeisempi silloin kuin jokin kierretyksi väitetty säännös on osa laajempaa ja selkeää sääntelykokonaisuutta, verrattuna yksittäisiin ja erillisiin säännöksiin.
91. Ks. tästä yleisesti Rosander 2007, s. 38–40.

saololle ei saa ainakaan kovin vahvaa tukea.[92] Yksi tärkeimmistä veron kiertämisen ehkäisykeinoista keinovalikoimasta usein unohtuu: veronormistoa voidaan kehittää, ja on ajoittain myös onnistuttu kehittämään siihen suuntaan, että veronkiertomahdollisuudet pienenevät.[93] *Helmers* katsoikin jo vuonna 1956 aihetta koskevassa väitöskirjassaan, että oikeastaan ainoa kunnon keino veron kiertämisen ehkäisyssä on verolakien huolellinen laatiminen.[94]

3.2. Huomioita soveltamiskäytännöstä

Veron kiertämistä koskevan lain sanatarkoilla muotoiluilla ja muutoksilla on nimenomaan pyritty vaikuttamaan lain soveltamisalaan. Uuden veronkiertolain muotoilun tavoitteena oli parantaa oikeusvarmuutta, samalla säilyttäen tai jopa laajentaen sen soveltamisalaa.[95] Nykyistäkin lakia on kuitenkin kritisoitu monesta syystä: sitä on pidetty tehottomana, tarpeettomana ja monimutkaisena, väliin sitä on kritisoitu puolestaan terminologiansa vuoksi.[96] Yhtenäisten linjausten ja periaatteiden hahmottamista on pidetty jopa oikeuskäytännönkin perusteella vaikeana.[97] Tuomioistuimet eivät ole kovin yksityiskohtaisesti perustelleet sitä, miten veron kiertämistä koskevaa lakia tulee soveltaa, mikä on tehnyt soveltamisesta vaikeasti ennustettavaa.[98] Lain perustuslaillisuus on joissakin puheenvuoroissa vuosien varrella kyseenalaistettu.[99] Vallitseva mielipide Ruotsissa kuitenkin on, että veronkiertolaki ei ole perustuslain vastainen.

Vielä reilu vuosikymmen sitten katsottiinkin, että veronkiertolakia on sovellettu suhteellisen harvoin, koska 2 §:n soveltamisedellytykset ovat melko tiukat

92. Ks. Knuutinen 2009, s. 350–355 ja Abed Ali – Larsén 2018, s. 744.
93. Ks. Sture Bergström, Rättsliga metoder att förhindra skatteflykt. Lagtolkningsmetoder och en allmän generalklausul mot skatteflykt. Skattenytt 1992, s. 597–601, 597, jonka mukaan tämä oli yksi vuoden 1990 verouudistuksen tavoitteista ja se osin myös toteutui.
94. Dag Helmers, Kringående av skattelag. Studier i svensk och utländsk beskattningsrätt. Almqvist & Wiksell 1956, s. 516. Ks. ja vrt. Tikka 1972, s. 198, joka katsoo Helmersin edustaneen tiukkaa legaliteettinäkemystä.
95. 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.
96. Ulrika Rosander, Form and substance in tax law: Sweden (Cahiers LXXXVIIa). Kluwer 2002, s. 523–536, 531.
97. Ks. Hultqvist 2005, s. 319; Rosander 2007, s. 113–114 ja Hultqvist 2017, s. 681.
98. Ks. Rosander 2007, s. 113 ja Abed Ali – Larsén 2018, s. 738.
99. Erityisesti Anders Hultqvist nosti väitöskirjassaan Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen (Juristförlaget 1995) esiin kysymyksen, voitiinko Ruotsin veronkiertolakia pitää perustuslain mukaisena.

ja niiden toteennäyttäminen voi olla hankalaa.[100] Ajan henki on nyt Ruotsissakin toinen. Veron kiertäminen on ollut esillä poliittisessa ja laajemmassa yhteiskunnallisessa keskustelussa. Ruotsissa on esitelty laaja 10-kohtainen ohjelma veronkierron ehkäisemiseksi.[101]

Abed Ali ja *Larsén* katsovat, että veronkiertolain soveltaminen on lisääntynyt ja että veron kiertämistä koskevan lain soveltamisalakin olisi soveltamiskäytännön myötä laajentunut. Perinteisesti on katsottu, että veronkiertämistä koskevalla lailla ei voida paikata lainsäätäjän passiivisuutta, mutta tässäkin suhteessa on jotakin muutosta oikeuskäytännön perusteella ollut havaittavissa. Kirjoittajat huomauttavat, että on legaliteettiperiaatteen ja verovelvollisten oikeussuojan näkökulmasta hankalaa, jos veronkiertolailla paikataan sellaisia aineellisen verolainsäädännön aukkoja, jotka olisivat ennakoitavissa ja huolellisella valmistelulla poistettavissa.[102]

Lain ongelmat tulee toki suhteuttaa koko veron kiertämistä koskevaan problematiikkaan. *Hultqvist* onkin katsonut, että voi olla vaikeaa, ellei mahdotonta, löytää veronkiertoproblematiikkaan jonkinlainen synteesi rationaalisen metodin ja toisinaan myös tunnepitoisesti arvioitujen fiskaalisten tavoitteiden välillä.[103]

3.3. Soveltamista rajoittavia seikkoja

Myös Ruotsissa on – Saksan tapaan – kiinnitetty paljon huomiota yleislausekkeen (lain) tarkkoihin kielellisiin muotoiluihin, millä on pyritty säätämään lain soveltamisedellytyksiä ja -alaa. Ehkä kaikkein keskeisin soveltamista rajoittava ja hillitsevä seikka on kuitenkin veronkiertolain 4 §:ssä todettu: veron kiertämistä koskevan lain soveltamista koskevat ratkaisut tekee hallinnollinen tuomioistuin verohallinnon (*Skatteverket*) valmistelun ja esityksen pohjalta.

Koska vain tuomioistuin saa soveltaa veronkiertolakia, tulee veroviranomaisten kääntyä tuomioistuimen puoleen tilanteissa, jossa se haluaa vedota veronkiertolakiin. Tällaisessa tapauksessa tuomioistuin tekee kaksivaiheisen analyysin: Ensimmäiseksi asiaa arvioidaan tavanomaisen aineellisen verolainsäädännön

100. Hultqvist 2005, s. 311 ja Stig von Bahr, Skatteflykt i EG-rättslig belysning. Skattenytt 2007, s. 644–651, 645.
101. Ks. verkko-osoite https://www.regeringen.se/artiklar/2016/04/regeringens-10-atgarder-for-att-motverka-skatteflykt-skatteundandragande-och-penningtvatt/. Ks. myös Abed Ali – Larsén 2018, s. 729–730.
102. Abed Ali – Larsén 2018, s. 727–728, 741 ja 747.
103. Hultqvist 2005, s. 320.

valossa. Mikäli tämä ei johda verotukseen, veroviranomaiset vaativat veronkiertolain soveltamista.[104]

Skatteverket julkaisee verkkosivuillaan informaatiota sellaisista transaktioista ja menettelytavoista – *felaktiga skatteupplägg* –, joiden se katsoo mahdollisesti olevan veron kiertämistä.[105] *Skatteverket* tiedottaa verkkosivuillaan sellaisista verojärjestelyistä, joita se pitää epäasianmukaisina ja että se saattaa ajaa veron kiertämistä koskevan lain soveltamista tällaisissa tilanteissa tuomioistuimessa.[106] Verohallinto viestittää siis verovelvollisia siitä näkemyksestään, että kysymys on aggressiivisesta verosuunnittelusta, joka saattaa ylittää veron kiertämisen kynnyksen.

Oikeusvarmuussyistä on nähty tärkeäksi, että ennakkotietojärjestelmä on käytettävissä myös veronkiertolain mahdolliseen soveltamiseen liittyen.[107] Ruotsin korkein hallinto-oikeus myöntää harvemmin valituslupia verotusta koskevissa asioissa, mutta koska ennakkoratkaisuja koskevissa valitusasioissa ei tarvita valituslupaa, niin monet ratkaistuista asioista koskevat nimenomaan ennakkoratkaisuja.[108]

4. Yhdistynyt kuningaskunta

4.1. Oikeuskäytäntö ja formalistinen tulkintatraditio

Yhdistynyt kuningaskunta kuuluu *common law* -valtioihin eikä yleislauseketta ennen vuotta 2013 ollut. Veron kiertämistä koskevaa keskustelua hallitsi pitkään 1980-luvun alkupuolelta saakka aina 2000-luvun alkuvuosille oikeustapaus *Ramsay* ja sen kanssa samaan linjaan kuuluvat tapaukset.[109] Tapauksessa *Ramsay* yhtiö pyrki vähentämään aiemmin saamastaan suuresta luovutusvoitosta menevää veroa muodostamalla verokonsulttien provisiopohjaisella avustuksella vähennyskelpoisen tappion.[110] *Ramsay*-doktriinia rinnastettiin aikoinaan jopa Yhdysvaltojen *substance over form* -doktriiniin.[111] Tällainen oli kuitenkin liian

104. Ks. tästä Abed Ali – Larsén 2018, s. 744. Ks. Hultqvist 2017, s. 681, jonka mukaan menettely kertoo yleislausekkeen ongelmallisuudesta.
105. Verkko-osoite: www.skatteverket.se/skatter/skatteupplagg. Ks. tätä menettelyä koskevasta arvioinnista Rosander 2007, s. 37–38.
106. Verkko-osoite: https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/510.html.
107. Rosander 2002, s. 531 ja Abed Ali – Larsén 2018, s. 747.
108. Abed Ali – Larsén 2018, s. 738.
109. Ramsay (W.T.) Ltd v IRC [1982] AC 300.
110. Ks. tapauksesta Knuutinen 2009, s. 238–240.
111. Ks. esim. Karen B. Brown, Applying Circular Reasoning to Linear Transactions: Substance Over Form Theory in U.S. and U.K. Tax Law. Hastings Int'l & Comp. Law Review 1992, s. 169–196, 171.

pitkälle menevä johtopäätös. Tapauksen *Ramsay* aloittama *new approach* kuihtui lopulta koskemaan vain sellaisia sarjatoimiin sisältyviä transaktioita, joilla ei ollut muuta tarkoitusta kuin veron kiertäminen. Tämän kapeahkon *step transaction* -doktriinin soveltamisedellytykset ovat olleet varsin tiukat.[112] Myös tapauksessa *Ramsay* oli siten kysymys lopulta vain lakien enemmän tai vähemmän tavanomaisesta tulkinnasta, mikä näkemys varmistui eräiden 2000-luvun alun merkittävien oikeustapausten myötä.[113]

Tapauksessa *MacNiven v. Westmoreland*[114] oli kysymys siitä, oliko korko vähennyskelpoista tilanteessa, jossa tuloverotuksesta verovapaa eläkesäätiö lainasi rahaa omistamalleen yhtiölle, joka näillä varoilla maksoi aikaisemmin kumuloituneet korot eläkesäätiölle.[115] Kumuloituneet korot muuttuivat siten velaksi. Veroviranomaiset kieltäytyivät myöntämästä yhtiölle oikeutta korkojen vähennykseen perustellen, että suoritus ei ollut maksu kyseisen verosäännöksen tarkoittamassa merkityksessä, koska suoritus oli tehty vain verotuksellisten etujen tavoittelemiseksi. *House of Lords* joutui ottamaan kantaa siihen, tuliko koron ”maksamista” korkovähennykseen oikeuttavalla tavalla tulkita taloudellisena vai oikeudellisena käsitteenä.

House ratkaisi asian verovelvollisen hyväksi. Jos tulkittavassa säännöksessä on viitattu sellaiseen transaktioon, jolla tulee olla liiketoiminnallinen tarkoitus tai jos on viitattu johonkin sellaiseen käsitteeseen, jolla oli reaalinen taloudellinen (*commercial*) merkitys – kuten voitto tai tappio –, niin sitä tulee tulkita sen mukaisesti. Sen sijaan jos säännöksessä edellytetään ainoastaan jotakin sellaista, jonka merkitys ja vaikutus ovat oikeudellisia (*legal*), niin silloin transaktio täyttäessään tämän oikeudellisen vaikutuksen kriteerin täyttää myös säännöksessä esitetyn vaatimuksen, vaikka varsinaista liiketoiminnallista tarkoitusta ei olisikaan.[116] *House* päätyi siihen, että termiä *payment* tuli tässä kohden lakia tulkita oikeudellisessa merkityksessä. Tämä puolestaan tarkoitti, että maksu oli tapahtunut, kun velvollisuus koronmaksuun oli oikeudellisesti lakannut.[117]

Tapauksessa *Barclays Mercantile* vahvistui oikeastaan lopullisesti, että mitään varsinaista veron kiertämistä koskevaa doktriinia ei ole eikä oikeastaan edes ole

112. Doktriini ei mahdollista esim. tehdyn transaktion korvaamista jollakin toisella tilanteissa, joissa kahdella eri vaihtoehtoisella transaktiolla on sama taloudellinen sisältö mutta erilaiset verotukselliset vaikutukset. Ks. Mark Penney, Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions: United Kingdom (Cahiers LXXXVa). Kluwer 2000, s. 645–661, 648.
113. Ks. John Tiley, Tax Avoidance Jurisprudence as Normal Law. British Tax Review 2004, s. 304–331, erit. s. 305 ja Judith Freedman, Interpreting Tax Statutes: Tax Avoidance and the Intention of Parliament Law Quarterly Review 2007, s. 53–90, erit. s. 59.
114. MacNiven (HM Inspector of Taxes) v Westmoreland Investments Ltd [2003] 1 AC 311.
115. Eläkesäätiön ei puolestaan tarvinnut maksaa näistä veroa. [2003] 1 AC 311, 316.
116. [2003] 1 AC 311, 331.
117. [2003] 1 AC 311, 339 ja 341.

ollut, vaan kysymys on ollut yksinkertaisesti vain lain tulkinnasta.[118] Kysymys on kuitenkin siitä, että tuomioistuimet eivät tee tätä tulkintatehtäväänsä – tai ainakaan niiden ei pitäisi tehdä – vain mekaanisesti lain kirjaimeen nojautuen, vaan tulkinnassa tulee huomioida se, mitä lain kirjaimilla ja sanoilla tarkoitetaan (”*purposive approach*”).[119]

Jos *Ramsay*-doktriinista ei ollut juuri mitään jäljellä ja jos kysymys oli ollutkin koko ajan vain yleisestä tulkinnasta, niin silloin oli syytä käydä vakavaa keskustelua siitä, onko tämä riittävästi taistelussa veron kiertämistä vastaan.[120] Yleislausekkeen – GAAR – tarpeellisuudesta ja toisaalta vastaavasti sen mahdollisesti aiheuttamasta oikeudellisesta epävarmuudesta käytiinkin keskustelua vuosikaupalla.[121] Yleislauseketta peräänkuulutettiin muun muassa siksi, että sillä lainsäätäjä voisi indikoida ja valtuuttaa tuomioistuinten menemistä lainkäytössään pitemmälle mitä tavanomaisten normien tavanomainen tulkinta tarkoittaisi.[122] Keskeisenä esteenä nähtiin yleislausekkeiden käyttöön liittyvä ennustettavuuden vähentyminen ja siten lisääntyvä epävarmuus.[123] Joissakin arvioissa yleislausekkeen säätämisen esteeksi nähtiin jopa perustuslailliset ongelmat. Edellä todettujen ja eräiden muiden oikeudellisten ratkaisujen seurauksena turvautuminen GAAR:iin alkoi kuitenkin näyttää väistämättömältä.

118. Barclays Mercantile Business Finance Ltd v Mawson (Inspector of Taxes) [2005] 1 AC 684. Ks. Leonard Hoffmann, Tax Avoidance. British Tax Review 2005, s. 197–206, 203: “Indeed it may be said that [Barclays Mercantile] has killed off the Ramsay doctrine as a special theory of revenue law and subsumed it within the general theory of the interpretation of statutes, perhaps the interpretation of utterances of any kind.” Ks. myös Freedman 2007, s. 53–54.
119. Sandra Eden, United Kingdom, s. 737–777 teoksessa Ana Paula Dourado (ed), Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context. IBFD 2017, s. 739. Myöskään tapausten faktoja ei tule tarkastella vain mekaanisesti.
120. Freedman 2007, s. 53.
121. Ks. Inland Revenue, A General Anti-Avoidance Rule for Direct Taxes: A Consultative Document, 1998. Ks. yleislauseketta koskevista ehdotuksista ja sen tarpeellisuutta koskevista pohdinnoista esim. Colin Masters, Is There a Need for General Anti-Avoidance Legislation in the United Kingdom. British Tax Review 1994, s. 647–673; Judith Freedman, Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti Avoidance Principle. British Tax Review 2004, s. 332–357. Ks. Edwin Simpson, The Ramsay Principle: A Curious Incident of Judicial Reticence. British Tax Review 2004, s. 358–374, 360–361: “Proposals have usually been of two kinds. Either it is suggested that we need to reorder our formalistic tax law generally, to provide space for “principles” to complement the “rules”; or it is suggested that we need a GAAR (or a GAAP, or a GANTIP).”
122. Ks. Freedman 2004, s. 333.
123. Ks. Malcolm Gammie, Tax Avoidance and the Rule of Law: A Perspective from the United Kingdom, s. 181–218 teoksessa Tax Avoidance and the Rule of Law. IBFD Publications, s. 197 ja Freedman 2004, s. 332.

4.2. Erilaiset sääntelymallit: GAAR, TAAR, SAAR

Yhdistyneen kuningaskunnan vero-oikeus ei ole siten missään vaiheessa sisältänyt – Yhdysvaltojen tapaan – *substance over form* -tyyppistä oikeudellista oppirakennelmaa tai muutoinkaan yleistä tai soveltamisalaltaan laajempaa tuomioistuinpohjaista veronkiertodoktriinia. Oikeudellisessa traditiossa ei ole hyväksytty, että tuomioistuimet voisivat etsiä transaktioiden taloudellista sisältöä (*economic substance*), vaan niiden tehtävänä on pohjata ratkaisunsa toimien oikeudelliseen sisältöön (*legal substance*).[124] Tuomioistuimet eivät eräiden muiden maiden tapaan ole olleet aktiivisia tulkinnallisten doktriinien kehittelyssä. Tuomarit ovat katsoneet, että se ei ole heidän tehtävänsä tai että heillä ei ole siihen oma-aloitteisesti toimivaltaa.[125]

Tulkintadoktriinien ja yleislausekkeen puuttuminen yhdistettynä sanamuodon mukaiseen tulkintatraditioon on siirtänyt paineet veronkierron torjunnasta lainsäätäjän puolelle. Verolakien yksityiskohtaisen tarkka muotoilutapa ja lainsäädännön jatkuva paikkaaminen reaktiona uusien epäkohtien ilmaantuessa on luonnollisesti vaikuttanut säädösmateriaalin paisumiseen.

Veron kiertämistä koskevat säännökset jaetaan oikeudellisessa systematiikassa usein yleislausekkeisiin ja erityissäännöksiin. Yhdistyneessä kuningaskunnassa on ollut tarvetta tehdä hienojakoisempaa jakoa, eli jakoa kolmeen, käyttäen termejä *specific*, *targeted*, ja *general anti-avoidance* (tai *anti-abuse*) *rules*, lyhenteinä SAAR, TAAR ja GAAR.

Lyhenteellä SAAR viitataan erityisiin veron kiertämisen ehkäisemiseksi tähtääviin säännöksiin. Sääntelytekniikaltaan ja oikeusnormiluonteeltaan nämä voivat näyttää tavanomaisilta *aineellisen* verolain säännöksiltä, eli veron kiertämisen ehkäisemistä ei itse säännöstekstissä ole yleensä eksplisiittisesti tuotu esiin. Säännökset ovat tyypillisesti täsmällisiä ja tarkkarajaisia eivätkä edellytä useinkaan soveltajaltaan mitään erityistä harkintaa, tai edes valtuuta sellaiseen.[126]

124. Ks. esim. Lord Wilberforce tapauksessa Ramsay (W.T.) Ltd v IRC [1982] AC 300, 322: ”Given that a document or transaction is genuine, the court cannot go behind it to some supposed underlying substance. [– –] It is the task of the court to ascertain the legal nature of any transaction [– –].” Ks. myös Ks. Freedman 2007, s. 73.

125. Ks. Tiley 2004, s. 305: “[– –] as the members of the House of Lords [– –] have repeatedly said, at least since Craven v White in 1988, they have not created a judicial anti-avoidance rule; such an activity is beyond their constitutional competence [– –]. Ks. myös s. 304: “[– –] the UK courts have no power to reconstruct a transaction merely because it is entered into for tax avoidance purposes; [– –].”

126. Ks. Pasquale Pistone, The Meaning of Tax Avoidance and Aggressive Tax Planning in European Union Tax Law: Some Thoughts in Connection with the Reaction to Such Practices by the European Union, s. 73–100 teoksessa Ana Paula Dourado (ed), Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context. IBFD 2017, s. 76. Ks. HM Revenue and Customs (HMRC), General anti-abuse rule (GAAR) guidance (Approved by the GAAR Advisory Panel with effect from 28 March 2018), kohta B7.1: “There are many statutory provisions relating to the taxes covered

Lyhenteellä TAAR viitataan sellaisiin veron kiertämisen ehkäisemiseksi tähtääviin säännöksiin, joissa lainsoveltajalle on *tilannekohtaisesti* annettu erityistä harkintavaltaa säännöksen soveltamisen suhteen, mutta jotka on säädetty ja rajattu toimimaan vain tietynlaisissa tilanteissa. Yhdistyneessä kuningaskunnassa on jo pitempään ollut jopa useita satoja erilaisia soveltamistilanteiltaan kapea-alaisia ”mini-GAAReja”, eli *targeted anti-avoidance rules* (TAAR).[127] Näihin sisältyy ”*main purpose*”-testi, tai muu vastaava testi, eli transaktio voidaan verotuksellisessa tarkastelussa evätä, jos sen pääasiallinen tarkoitus tai yksi pääasiallisista tarkoituksista on veron kiertäminen.[128] TAAR antaa veroviranomaisille harkintavaltaa rajatuissa tilanteissa.[129] Yhdistyneessä kuningaskunnassa pohdittiin vuosikymmenten ajan yleislausekkeen tarpeellisuutta. Kun tämä ei tuntunut johtavan mihinkään konkreettiseen, niin yleislausekkeille tunnusomainen sääntelytyyli – *the use of general anti-avoidance language* – levisi hajautuneesti verolainsäädännön eri osiin.[130] Tällainen toimintatapa nähtiin ongelmallisena.

4.3. UK GAAR ja sen soveltamisedellytykset

Lopulta Yhdistynyt kuningaskunta päätyi vuonna 2013 yleisen veron kiertämistä koskevan lainsäädännön säätämiseen.[131] Sääntelyä täydennettiin vuonna 2016.[132] Lyhenne GAAR ei siellä kuitenkaan muodostu sanoista *general anti-avoidance rule*, vaan sanoista *general anti-abuse rule*. Kyse ei ole merkityksettömästä erosta. Muiden GAAR-säännösten tavoin se antaa harkintavaltaa ja soveltamisympäristö on yleinen, erilaisia tilanteita koskeva. Termillä *abuse* on kuitenkin haluttu alleviivata sitä, että kysymyksessä täytyy olla nimenomaan lain *väärinkäyttö*, ja sääntelyn soveltamiskynnys on tarkoitettu korkeaksi.[133]

UK-GAAR on säännöstekstiltään moniin muihin maihin verrattuna poikkeuksellisen pitkä ja yksityiskohtainen, kaikkine määritelmineen useiden sivujen

by the GAAR which set out specific anti-avoidance rules. Some of these are known as targeted anti-avoidance rules (TAARs), while others may take the form of less explicit anti-avoidance protection.”

127. Ks. Eden 2017, s. 741 ja Anna Burchner – Jeremy Cape – Matthew Hodkin, Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules: United Kingdom (Cahiers 103a). Sdu 2018, s. 805–828, 823.
128. Burchner – Cape – Hodkin 2018, s. 818.
129. Ks. Pistone 2017, s. 76.
130. Tracey Bowler, Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward? (TLRC Discussion Paper No.7). The Institute for Fiscal Studies 2009, s. 3.
131. Finance Act 2013.
132. Finance Act 2016.
133. Ks. Judith Freedman, Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance. Asia-Pacific Tax Bulletin 2014, s. 167–173, 169. Ks. Eden 2017, s. 746.

laajuinen, joten sen esittäminen ei tässä yhteydessä ole mahdollista. On tyydyttävä referoimaan sen eräitä keskeisiä piirteitä.

GAAR soveltuu sellaisiin verojärjestelyihin, joiden voidaan katsoa olevan verojärjestelmän ja sen säännösten väärinkäyttöä.[134] Tarkoitus on puuttua "verojärjestelyihin" (*tax arrangement).* Kyseessä on verojärjestely, mikäli on järkevää päätellä veroedun saamisen olleen järjestelyn pääasiallisena tai yhtenä pääasiallisena tarkoituksena.[135] Veroetu ymmärretään tässä hyvin laajasti.[136]

Sen sijaan siihen, mikä katsotaan verolainsäädännön epäasianmukaiseksi väärinkäytöksi (*abusive*), kynnys on huomattavan korkealla.[137] Verojärjestelyt ovat "väärinkäytöksiä", jos ne ovat järjestelyjä, joiden tekemistä tai toteuttamista ei kohtuudella voida pitää asianmukaisten verosäännösten mukaisena kohtuullisena toimintatapana ottaen huomioon kaikki olosuhteet, kuten a) onko järjestelyjen olennaiset tulokset johdonmukaisia niiden periaatteiden kanssa, joihin kyseiset säännökset perustuvat (nimenomaisesti tai implisiittisesti), ja näiden säännösten poliittiset tavoitteet, b) onko kyseisten tulosten saavuttamiseen tarkoitetut keinot yksi tai useampi keinotekoinen vai poikkeava vaihe, c) onko järjestelyillä tarkoitus hyödyntää näiden säännösten puutteita.[138] Merkittävää on järkevän toimintatavan käsite (*reasonable course of action*) suhteessa relevantteihin verosäännöksiin.[139]

Verovelvollisen varsinainen subjektiivinen tarkoitus on tässä arvioinnissa lähtökohtaisesti irrelevantti, eli kyseessä on objektiivinen testi.[140] Koska veroetuuden tavoittelun tulee olla yhtenä pääasiallisena tarkoituksena, niin liiketoiminnallisen syyn olemassaolo ei sellaisenaan ole rajoittamassa sen sovellettavuutta.[141]

4.4. Soveltamista rajoittavia seikkoja

UK GAAR on valmisteltu ja säädetty välineeksi, jolla voidaan puuttua sellaisiin tilanteisiin, joissa kysymys on selvästä väärinkäytöstä (*abusive*). Sen soveltamiskynnyksen asettumiseen korkealle on pyritty vaikuttamaan paitsi sääntelyn yksityiskohtaisella ja tarkalla muotoilulla – myös niin sanotulla *double reasonableness*

134. S 206(1).
135. S 207(1).
136. S 208. Ks. HMRC: GAAR guidance, kohta C2.2: This definition of 'tax advantage' [– –] is intended to have a very wide meaning.
137. HMRC: GAAR guidance, kohta B10.2
138. S 207(2).
139. Ks. tästä HMRC: GAAR guidance, kohta C5.6.
140. Ks. HMRC: GAAR guidance, kohta C3.3.
141. Burchner – Cape – Hodkin 2018, s. 805.

-testillä.[142] Veroviranomainen HM Revenue and Customs (HMRC) on antanut laajahkon ohjeistuksen GAAR:n soveltamisesta.[143]

GAAR-sääntely sisältää myös useita menettelyllisiä seikkoja, jotka toimivat sen soveltamisen pidäkkeinä.[144] Merkittävä soveltamista pidättelevä ja mahdollisesti myös konkreettisia soveltamistilanteita rajaava seikka on se, että UK-GAAR:n soveltaminen edellyttää tätä varten asetetun paneelin (*GAAR Advisory Panel*) myötävaikutusta. Tämän eräänlaisen ”valamiehistön” jäsenet ovat riippumattomia asiantuntijoita. Jotta UK-GAAR:ia voidaan soveltaa, on paneelin ensin katsottava että sen soveltaminen jossakin tilanteessa on perustelua ja järkeenkäypää.[145] Neuvoa-antava paneeli hyväksyy myös HMRC:n ohjeistuksen ennen niiden julkistamista.[146]

Koska GAAR-sääntely on suhteellisen uusi ja kynnys sen käyttöön on tietoisesti asetettu korkealle, niin varsinaista oikeuskäytäntöä ei siitä vielä ole ehtinyt muodostua. Sen sijaan *GAAR Panel* on antanut jo toistakymmentä lausuntoa UK-GAAR:n soveltuvuudesta eri tilanteissa. Useimmat paneelin käsittelemät soveltamiskysymykset ovat liittyneet joko finanssi-instrumentteihin tai palkitsemisjärjestelmiin.[147]

5. Analyysiä ja johtopäätöksiä

Jokaisessa tarkastellussa valtiossa on yleislauseke, mutta säädösteknisesti ja -teksteiltään nämä ovat melko erilaisia. Nykytilanteeseen on myös tultu hyvin erilaisen historiallisen kehityksen kautta. Samalla kun opimme oikeusvertailun kautta tuntemaan muita oikeusjärjestelmiä, niin havaitsemme ja opimme jotain myös omasta järjestelmästämme.

142. Ks. HMRC: GAAR guidance, C5.10.1: “The double reasonableness test (’cannot reasonably be regarded’) is the crux of the GAAR test. It does not ask whether entering into or carrying out the arrangements was a reasonable course of action in relation to the relevant tax provisions. Instead it asks whether there can be a reasonably held view that entering into or carrying out the tax arrangements in question was a reasonable course of action.”
143. HM Revenue and Customs (HMRC): General anti-abuse rule (GAAR) guidance (Approved by the GAAR Advisory Panel with effect from 28 March 2018) Parts A, B and C.
144. S. 211.
145. Ks. HMRC: GAAR guidance, kohta B12.1: “[– –] requiring HMRC to obtain the opinion of an independent advisory panel as to whether an arrangement constituted a reasonable course of action, before HMRC can finally apply the GAAR.”
146. S 211(2). Ks. myös HMRC: GAAR guidance, kohta C8.3 “[– –] it is explicitly provided that the tribunal or court must take into account the parts of this guidance which have been approved by the GAAR Advisory Panel at the time when the arrangements were entered into.”
147. Ks. https://www.gov.uk/government/collections/tax-avoidance-general-anti-abuse-rule-gaar.

Tarkastelluissa valtioissa oikeusvarmuusnäkökohdat ja osin myös perustuslailliset kysymykset ovat olleet merkittävässä roolissa ajallisen kehityskaaren aikana yleislauseketta koskevassa tutkimuksessa ja veropoliittisessa keskustelussa. Suomessakin yleislausekkeen käyttöön liittyviä oikeusvarmuusnäkökohtia on eräissä yhteyksissä pohdittu,[148] mutta ei kovin yleisesti tai laajassa mitassa. Oikeusvarmuusnäkökohdat ja niiden painottamista koskevat kysymykset kytkeytyvät laajemmin myös kunkin valtion oikeudellisiin traditioihin ja muihin kansallisiin erityispiirteisiin.

Suomen veron kiertämistä koskeva yleislauseke, VML 28 §, on ollut järjestelmässämme jo vuosikymmenten ajan, ja tekstiltään lähes muuttumattomana. Kaikissa tämän kirjoituksen vertailuvaltioissa yleislausekkeen soveltamisedellytyksiin on sen sijaan tietoisesti pyritty vuosien varrella vaikuttamaan tekstimuotoilua koskevilla harkitulla muutoksilla. Saksassa on etsitty koherenssia yleislausekkeen ja erityissäännösten suhteen kautta. Ruotsissa veronkiertolain muotoiluun on tehty useita säätöjä tarkoituksena vaikuttaa sen soveltamisalaan. Yhdistyneessä kuningaskunnassa rima soveltamiseen on haluttu tietoisesti asettaa jo pelkästään yleisäännöksen yksityiskohtaisen tarkan muotoilun avulla korkealle.

Toinen tapa vaikuttaa yleislausekkeen soveltamisen riman korkeuteen käytännössä on menettelyllinen puoli. Yksi merkittävä ero Suomeen nähden on siinä, että eräissä valtioissa verohallinnot eivät voi täysin itsenäisesti turvautua yleislausekkeeseen. Ruotsissa ratkaisun tekee tuomioistuin, Yhdistyneessä kuningaskunnassa asia kulkee arviointipaneelin kautta. Näiden muutaman vertailuvaltion tarkastelun nojalla ei luonnollisesti voi tehdä kuitenkaan pitemmällä meneviä päätelmiä siitä, millä tasolla rajoitteet, pidäkkeet ja muut oikeusturvakeinot eri valtioissa yleisemmin ovat.[149]

Suomessa yleislausekkeen käyttöä on erityisesti viime vuosien aikana kritisoitu.[150] Yleislausekkeen muotoilu kaksine erillisine tunnusmerkkeineen on varsin avoin, eikä sanamuodon mukaan ole kovin helppo ennustaa, minkälaisiin tilanteisiin se soveltuu. Oikeuskäytännössä tarkentuneet soveltamiskriteerit vastaavat tosin hyvin pitkälle saksalaisessa oikeustieteessä vakiintuneita ja nyt myös lakitekstiin kodifioituja yleislausekkeen soveltamisen edellytyksiä. Oikeusvarmuuden ja yleisemminkin oikeusturvan näkökulmasta tarkastellen soveltamisen rajoitteet ovat Suomessa pääosin kuulemisvelvoitetta lukuun ottamatta lähinnä jälkikäteisiä, eli yleislauseketta sovellettaessa verovelvollisen käytettävissä ovat

148. Ks. esim. Verotuksen oikeussuojatyöryhmän muistio (VM 1997:36) s. 73.
149. Ks. yleislausekkeen käyttöön liittyvistä oikeusturvakeinoista Paulo Rosenblatt – Manuel E. Tron, Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules. General Report (Cahiers 103a). Sdu 2018, s. 11–51, 43–46.
150. Ks. esim. Janne Juusela, Legaliteettiperiaate vero-oikeudessa. Defensor Legis 2018, s. 449–467.

verotuksen muutoksenhakukeinot. Oikeusprosessit ovat kuitenkin usein pitkäkestoisia.

Avoimesti muotoillun yleislausekkeemme olemassaolo on saattanut vaikuttaa siihen, että veronkiertopyrkimyksiin ei ole reagoitu kovin aktiivisesti ja nopeasti lainsäädäntötasolla.[151] Erilaisiin soveltamistapauksiin tulisikin ehkä reagoida nykyistä aktiivisemmin tavanomaista aineellista lainsäädäntöä tarkentamalla tai erityistilanteita koskevaa lainsäädäntöä lisäämällä.[152] Yleislausekkeen käyttö tulisikin nähdä aina jonkinlaisena herätteenä tai impulssina pohdinnoille, onko aineellinen lainsäädäntö riittävän täsmällinen tai ajan tasalla.[153]

Toisaalta yleislausekkeen käyttöä puoltavat monet seikat, ja kaiken kaikkiaan verosääntely on ajan hengen mukaisesti menossa kansainvälisesti siihen suuntaan, että veron kiertämiseen puuttuvat normit eri oikeusjärjestyksissä pikemminkin lisääntyvät kuin vähentyvät. 2010-luvulla yleislauseke on säädetty moniin sellaisiin Euroopan unionin jäsenvaltioihin, joista se on puuttunut, kuten esimerkiksi Italiaan vuonna 2015 ja Puolaan vuonna 2016. Myös Norja on kodifioinut oikeuskäytännössä muodostuneen yleislausekkeensa lainsäädäntöönsä vuoden 2020 alusta alkaen.

Veronkiertodirektiivi on muuttanut asetelmia Euroopan unionin jäsenmaiden osalta kaiken lisäksi siten, että veron kiertämisen estäminen ei ole ainoastaan eräin rajoituksin mahdollista, vaan se on myös eräiltä osin pakollista.[154] Direktiivin tulkinta kuuluu viime kädessä EU-tuomioistuimelle, ja sen ratkaisukäytäntö vaikuttaa yhteisöverotuksessa jatkossa myös jäsenvaltioiden veron kiertämistä koskevaan rajanvetoon. Eräs tähän liittyvä erityiskysymys – ja myös mahdollinen ongelma – on siinä, että myös ATA-direktiivin yleinen veronkierron vastainen sääntö on direktiivin 3 artiklan mukaisesti minimisäännös, jolla jäsenvaltioiden sääntelylle asetetaan vähimmäistaso. Jäsenvaltioilla on ainakin lähtökohtaisesti mahdollisuus soveltaa myös direktiivissä asetettua sääntelyä tiukempaa sääntelyä. On kuitenkin mahdollista, että tällaiselle olisi rajat ylittävissä tilanteissa vastassa muita rajoitteita.[155]

151. Knuutinen 2009, s. 375.
152. Ks. ja vrt. vastaavasti Saksan osalta Reimer 2017, s. 348–349.
153. Esimerkkinä voisi mainita edestakaisia osakekauppoja koskevat ratkaisut (KHO 2004:8, KHO 2009:53, KHO 2012:56), joiden nojalla on vasta usein vuosien myötä muodostunut jonkinlainen epätarkka normi luovutustappioiden vähennyskelpoisuuden hyväksyttävyyden suhteen.
154. Yhdistynyt kuningaskunta brexit-prosesseineen on tietysti tässäkin suhteessa erityistapauksensa.
155. Ks tähän liittyvistä näkökohdista Luc de Broe – Dorien Beckers, The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law. EC Tax Review 2017, s. 133–144, 140–141.

Historical development, conditions of application and checks to the application of general anti-avoidance rules in the domestic tax law of certain States

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

This article compares general anti-avoidance rules (GAARs) in some states' tax systems. The topics considered are historical development, conditions of application and checks to the application of GAARs in Germany, Sweden and the United Kingdom.

There are different methods to combat tax avoidance. In most states, it has been deemed that, in addition to all other methods, GAARs are necessary. GAARs are typically very broadly formulated; therefore, their application may raise problems of predictability and legal certainty in taxation. Alongside the GAARs of the national systems, such broad norms have become increasingly common in tax treaty law and EU tax law. While the application of GAARs may undermine the predictability and legal certainty of taxation, many states have established specific procedures for or checks to their application.

Although the basic objectives of GAARs are very similar in different countries, their wording and conditions of application differ. There are particularly significant differences in the procedures that operate as a check to the application of the general anti-avoidance rule.

Jalo Vatjus-Anttila

Rikoksentekijän pyrkimys edistää rikoksensa selvittämistä – syyllisyys- ja tarkoituksenmukaisuusargumentti

Lakimies
1/2020
s. 55–74

HAKUSANAT: rikosoikeus, rangaistuksen määrääminen, lieventämisperusteet, pyrkimys edistää rikoksen selvittämistä, tunnustus

1. Johdanto

Rikoslainsäädännön suunnitteleminen ja toteuttaminen ovat osa rikollisuutta koskevaa yhteiskunnallista päätöksentekoa, eli kriminaalipolitiikkaa. Rikosoikeusjärjestelmä voidaan instituutiona nähdä yhteiskunnallisten päämäärien edistämiseksi tähtääväksi kriminaalipolitiikan toteuttamiskeinoksi, jolloin esimerkiksi rangaistuksen mittaamisen tulisi viime kädessä tukea kriminaalipoliittisten tavoitteiden ja arvopäämäärien toteutumista.[1] Se, miten tämä tulisi toteuttaa, on alati kiistanalainen kysymys.

Kriminaalipolitiikan vallitsevina tavoitteina voidaan pitää 1) rikollisuudesta ja sen kontrolloinnista aiheutuvien kärsimysten ja muiden kustannusten minimoimista, sekä 2) näiden kustannusten oikeudenmukaista jakamista. Yleiset tavoitteet voidaan tämän mukaisesti jakaa karkeasti kahtia, jolloin rikollisuuden aiheuttamien kustannusten vähentäminen luetaan kuuluvaksi kriminaalipoliittisiin *tavoiteperiaatteisiin.* Rikosoikeusjärjestelmän ja kriminaalipolitiikan päämääränä on minimoida rikollisuudesta koituvia kustannuksia, jolloin näkökulma on tarkoituksenmukaisuussuuntautunut. Koska kriminaalipolitiikan tavoitteita ei rajata ainoastaan kustannusten vähentämiseen, tavoitteenasettelu ei ole ainoastaan hyötysuuntautunut. Kustannusten mahdollisimman oikeudenmukaisen jakamisen lisääminen tavoitteisiin osoittaa tarkastelutavan olevan myös oikeudenmukaisuussuuntautunut. Kustannusten oikeudenmukaista jakamista voidaan luonnehtia hyötysuuntautuneesta tavoiteperiaatteesta poiketen *arvoperiaatteeksi*.[2]

* *Jalo Vatjus-Anttila*, OTM, tohtorikoulutettava, Turun yliopisto.

1. Mikko Vuorenpää, Syyttäjän tehtävät. Erityisesti silmällä pitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007, s. 15–17; Jukka Oikarainen, Syyteneuvottelu rikosoikeudellisen järjestelmän osana ja rikosprosessuaalisena menettelynä. Lapin yliopisto 2017, s. 29–32.
2. Vuorenpää 2007, s. 17–18; Inkeri Anttila – Olavi Heinonen, Rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Kustannusosakeyhtiö Tammi 1977, s. 67–69; Raimo Lahti, Toimenpiteistä luopumisesta

Konflikti arvojen ja tavoitteiden välillä heijastuu kriminaalipolitiikan ohella rikosoikeusjärjestelmän kaikille eri tasoille. Problematiikasta ei päästä täysin eroon edes lainkäytön tasolla päätettäessä yksittäisen rangaistuksen ankaruudesta. Erinomaisena esimerkkinä tästä toimii rikoslain (39/1889, RL) 6 luvun 6 §:n 3 kohdan mukainen rangaistuksen lieventämisperuste. Kyseisen mittaamisperusteen mukaan rangaistusta voidaan lieventää, jos rikoksentekijä on pyrkinyt edistämään rikoksensa selvittämistä. Mittaamisperustetta voidaan justifioida ja soveltaa sekä oikeudenmukaisuus- että tavoiteperiaatteiden kannalta, vaikka vallitseva näkemys painottuukin jälkimmäisen puoleen.[3] Nähdäkseni ongelmana tässä on kuitenkin paradoksaalisesti se, että tarkastelemalla lieventämisperustetta ainoastaan tarkoituksenmukaisuusperusteiden kautta tavoiteperiaatteen vaatimukset eivät toteudu – oikeudenmukaisuudesta puhumattakaan. Toisin sanoen, jotta säännöksen taustalla olevat seurauslähtöiset hyötytavoitteet tulisivat toteutetuiksi, mittaamisessa tulee kyetä tukeutumaan myös syyllisyysajatteluun.

Tässä artikkelissa kysytään, voidaanko rikoksen selvittämistä pitää puhtaasti kriminaalipoliittisena reaaliargumenttina vai tulisiko siihen kyetä suhtautumaan vallitsevasta tendenssistä poiketen myös syyllisyysargumenttina?[4] Tarkoituksenani on esittää, että mittaamisharkinnassa tulisi kyetä tukeutumaan nykyistä vahvemmin myös syyllisyystermeihin ja -argumentointiin.

rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1974, s. 237–239.

3. Aikaisemmin säännöksen soveltamiseksi edellytettiin, että rikoksentekijä on *oma-aloitteisesti* pyrkinyt myötävaikuttamaan rikoksensa selvittämiseen. Vapaaehtoisuus, oma-aloitteisuus ja aktiivisuus liittyvät oikeudenmukaisuusperusteiden mukaiseen syyllisyysarvosteluun. Nykyisin rikoksen selvittäminen huomioidaan mittaamisharkinnassa kuitenkin lähinnä käytännöllisten syiden sanelemana, kuten tunnustuksen tuottamien prosessitaloudellisten säästöjen perusteella. Kannustaminen rikoksen selvittämiseen rangaistushuojennuksen tarjoaman porkkanan avulla on tavoitteellinen tarkoituksenmukaisuusperuste. Ks. syyllisyyteen kytkeytyvästä perustelusta Tapio Nousiainen, Rangaistuksen määräämisestä. Erityisesti silmällä pitäen tuomarin mittaamistoimintaa oikean rangaistusmäärän tavoittamiseksi normaalilatitudin puitteissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1961, s. 235–237, 270–271; vrt. Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 489; hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 44/2002 vp, s. 199; Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Rikosoikeus. Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano. Kolmas, uudistettu painos. Talentum 2016, s. 112.

4. Kyseisen problematiikan tarkastelu on varsin ajankohtaista, sillä RL 6 luvun 6 §:n 3 kohdan lieventämisperusteen soveltamiskäytäntö on hakemassa uutta linjaa erityisesti syyteneuvottelumenettelyn käyttöönoton myötä. Oikeuskäytäntö rikoksen selvittämisen lieventävästä vaikutuksesta on ollut epäyhtenäistä eikä tunnustuksen ole voitu taata vaikuttavan lieventävällä tavalla. Tämä on johtanut siihen, että rikoksentekijät eivät välttämättä uskalla ryhtyä yhteistyöhön viranomaisten kanssa. Tematiikan käsittely on yleisemminkin tarpeellista rikosprosessien venymisen ja tähän liittyvien resurssikysymysten ollessa viime aikoina vilkkaan oikeuspoliittisen keskustelun kohteena. Ks. jäljempänä luvut 3.2 ja 4 sekä Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 47/2010, Arviomuistio syytteestä sopimisesta (plea bargain), s. 32–33.

2. Lieventämisperusteen lyhyt historia

Rikoksen selvittämisen vaikutusta rangaistuksen mittaamiseen on edellä kuvatun mukaisesti mahdollista tarkastella kahden erilaisen argumentointilinjan perusteella: syyllisyys- ja tarkoituksenmukaisuusajattelun. Jaottelusta voidaan käyttää tarkasteltavan rikosoikeusjärjestelmän tasosta riippuen useampia eri termejä, mutta tärkeintä on ymmärtää niiden kaikkien kulminoituvan jakoon oikeudenmukaisuus- ja hyötynäkökohtien välillä.

Vielä 1960-luvulla esiintyi näkemyksiä, joiden mukaan rikoksentekijän käyttäytyminen teon jälkeen vaikuttaisi karakterologiseen syyllisyyteen. Tunnustamisen ja jopa kiistämisen nähtiin vaikuttavan syyllisyyden määrään, jos niiden voitiin katsoa olevan kiinteitä ilmauksia tekijäpersoonallisuudesta.[5] Lähtökohtana oli tekijäsyyllisyyden arviointi, mikä on kuitenkin nyttemmin viimeistään 1970-luvun rikoslain uudistuksessa väistynyt tekosyyllisyyden tieltä.[6] Vaikka erityisesti kiistämisen huomiointi on oikeusturvasyistä rajattu nykyään ehdottomasti syyllisyysarvostelun ulkopuolelle, rangaistuksien lieventämistä on kuitenkin näihin päiviin saakka justifioitu (toissijaisesti) myös syyllisyysperustein.[7] Syyllisyyteen pohjautuva rangaistuksen mittaaminen kytkeytyy hyötynäkökohtien sijaan oikeudenmukaisuusajatteluun.

Rikoksen selvittämisen lieventämisperustetta on syyllisyysajattelun sijaan perusteltu viimeaikoina ensisijaisesti hyötysuuntautuneesti tarkoituksenmukaisuussyin. Esimerkiksi *Anttila* ja *Lahti* katsoivat jo 1970-luvulla, että tunnustamista ei ole mielekästä kytkeä yhteiskunnan vastaisen tahdon arviointiin (syyllisyyteen), vaan tunnustamisen huomioiminen on perustellumpaa sen *hyötyvaikutuksien* kautta. Rikoksentekijän myötävaikutuksen huomioiminen rangaistuksen määräämisessä perustetaan ensisijaisesti tämän mahdollistamiin prosessiekonomisiin säästöihin, eikä käsitykseen rikoksentekijän vähentyneestä syyllisyydestä (oikeudenmukaisuudesta).[8] Nykyisin mittaamisperusteen ensi-

5. Ks. esim. Nousiainen 1961, s. 270–271.
6. Tekosyyllisyys eroaa tekijäsyyllisyydestä siten, että syyllisyys muodostuu rikoksentekijän yleisen elämäntavan ja persoonallisuuden sijaan itse rikosteosta. Syyllisyysarvostelu ei siis kohdistu rikoksentekijän henkilöön, vaan tämän konkreettiseen tekoon. Ks. Anttila – Heinonen 1977, s. 63; hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta 125/1975 II vp, s. 10; HE 44/2002 vp, s. 189; Tapani – Tolvanen 2016, s. 62.
7. Esim. KKO 2018:2, kohta 25. Ks. mahdollisuudesta arvioida rikoksen selvittämistä syyllisyysajattelun kautta jopa tekorikosoikeudellisessa järjestelmässä HE 44/2002 vp, s. 198–199 sekä jäljempänä luvut 4.1 ja 5.
8. Näin mm. Lahti 1974, s. 275–276; Inkeri Anttila, Rangaistuksen valitseminen lainsäätäjän ja tuomarin tehtävänä. Lakimies 1973, s. 374–388, 378; Lappi-Seppälä 1987, s. 489. Ks. myös virallislähteet HE 44/2002 vp, s. 169, 199; hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi 58/2013 vp, s. 12.

sijainen taustaperustelu kytkeytyy tämän mukaisesti tavoitteeseen vaikuttaa rikollisuuden kontrollihaittoihin, mikä onnistuu edistämällä rikoksentekijän tunnustamis- ja korvausalttiutta rangaistuksen lievennyksen tarjoaman porkkanan avulla.[9]

Edellä kuvattua kehitystä alleviivaa ensinnäkin rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä tehty lakimuutos, jossa syyllisyysajatteluun kytkeytynyt rikoksentekijän oma-aloitteisuuden vaatimus poistettiin lain sanamuodosta.[10] Viimeaikaisessa oikeuskäytännössä syyllisyysnäkökohdille annettavaa painoarvoa on entisestään vähennetty itse mittaamisharkinnassakin erityisesti syyteneuvottelumenettelyn käyttöönoton jälkeen. Kehitystä havainnollistaa hyvin ratkaisun KKO 2018:60 kohta 29:

> ”Korkein oikeus toteaa, että puheena olevan rangaistuksen lieventämisperusteen soveltaminen ei edellytä oma-aloitteisuutta eikä tekijän rikoksensa selvittämiseen liittyvillä motiiveilla ole merkitystä säännöksen soveltamisedellytyksiä arvioitaessa. Korkeimman oikeuden vanhemmassa oikeuskäytännössään asettamat tiukat edellytykset tunnustuksen oma-aloitteisuudelle ja sen merkittävälle vaikutukselle asian selvittämiseen eivät ole ainakaan enää rikosoikeudellisesti perusteltuja, kun syyteneuvottelumenettelyssä sovelletaan varsin huomattavaa, pääsääntöisesti noin yhden kolmasosan suuruista alennusta rangaistukseen. Syyteneuvottelun osalta soveltamiskäytäntö on jo laajentunut koskemaan myös hyvin myöhäisiä prosessin vaiheita, joissa on kysymys vain oikeudenkäynnissä, mahdollisesti vasta muutoksenhaussa, saatavista prosessuaalisista hyödyistä.”

9. Rikollisuuden kontrollihaitat voidaan kuvata yhteiskunnalle aiheutuviksi kustannuksiksi, jotka syntyvät mm. rikosten tutkinnasta ja oikeuskäsittelyistä. Oikarainen 2017, s. 31; Lappi-Seppälä 1987, s. 261–262.
10. HE 44/2002 vp, s. 199: ”Se, mikä merkitys tekijän oma-aloitteisuudelle asiassa annetaan, ratkeaa paljolti sen mukaan, pannaanko paino syyllisyys- vai tarkoituksenmukaisuusperusteille. Vapaaehtoisuus lievennyksen ehtona liittyy ennen kaikkea syyllisyysarvosteluun. Tässä esityksessä sekä aiemmassa lainsäädännössäkin omaksutun kannan mukaan selvä pääpaino on kuitenkin erilaisilla käytännöllisillä syillä kuten uhrin korvausintresseillä, prosessitaloudellisilla säästöillä ja rikoksen selvittämisestä saaduille muilla eduilla.” Lieventämisperusteen syyllisyysperusteiden ja sen tulkintasisällön kannalta on huomionarvoista, että rangaistushuojennuksen ansaitsevan edistämispyrkimyksen tunnusmerkkinä on käytetty niin *vapaaehtoisuuden* kuin *oma-aloitteisuuden* käsitettä. Termejä on käytetty varsin sporadisesti, ja niitä on pidetty jopa toistensa synonyymeina. Samoin on lieventämisperusteen lähisukulaisen tehokkaan katumisen laita, jonka mukaisen toiminnan on edellytetty syntyvän *omasta tahdosta*, *omasta aloitteesta* ja *vapaaehtoisesti*. Nähdäkseni termit saavat tarkemman tarkastelun jälkeen kuitenkin varsin erilaiset merkityssisällöt osakseen, jolloin niiden välillä tehtävä valinta vaikuttaa huomattavasti lieventämisperusteen soveltamisedellytyksien ja sen *syyllisyysperustelun* muotoutumiseen. Paneudun käsitteiden välisiin merkityseroihin sekä tehokkaan katumisen ja lieventämisperusteen väliseen suhteeseen tarkemmin jatkotutkimuksessani. Ks. vapaaehtoisuuden ja oma-aloitteisuuden sekoittumisesta toisiinsa esim. Lappi-Seppälä 1987, s. 490; HE 44/2002 vp, s. 138, 199.

Vaikka ensisijaisesti kyseessä on kannanotto lieventämisperusteen soveltamisen *estäviä* syyllisyysperusteita vastaan, mittaamisperusteen syyllisyyspohjaisen soveltamistavan kehityksessä on tämän ohella havaittavissa myös kokonaisvaltaisempi muutos. Lieventämisperusteen soveltamisessa ei nähdäkseni huomioida syyllisyystekijöitä tarpeeksi vahvasti rikoksentekijän eduksi, vaan arviointi kiinnittyy edellä mainittujen sijaan lähinnä lieventämisperusteen tavoittelemiin hyötyvaikutuksiin.[11]

Tämä on ongelmallinen kehityssuunta, koska säännöksen tavoitteen toteutuminen edellyttää tehokasta vaikuttamista rikoksentekijän *selvittämistahtoon* ja tämän *tosiasialliseen menettelyyn*. Jotta rikoksentekijän voidaan olettaa edes harkitsevan tunnustamista, tällä tulisi nähdäkseni olla mahdollisuus luottaa siihen, että tämän menettelylle voidaan antaa sellaisenaan painoarvoa riippumatta tunnustamisen tuloksista, jotka saattavat hyvinkin olla ennakoimattomia ja hänen vaikutusvaltansa ulkopuolella.[12] Kustannusten minimoimisen tavoitteen toteuttamiseksi lainkäyttäjän ei nähdäkseni tulekaan tukeutua pelkästään toteutuneiden säästöjen arviointiin, vaan pelkälle *pyrkimykselle* tulisi varmistaa ensiksi mainittujen ohella oma itsenäinen painoarvo. Tämä edellyttää syyllisyysajattelun vahvempaa omaksumista osaksi mittaamisharkintaa.[13]

Tarkoituksenani onkin seuraavaksi havainnollistaa, että syyllisyysarvioinnin mahdollisuutta ja rikoksentekijän pyrkimyksien huomioimista ei tulisi jatkossakaan jättää täysin vaille merkitystä mittaamisratkaisua tehdessä, vaan myös

11. Rikoksentekijän menettelylle itsessään annetaan korostuneen vähän painoarvoa syyteneuvottelussa, jossa on erityisesti kyse prosessitaloudellisten etujen tavoittelusta. Tätä havainnollistavat jo syyteneuvottelumenettelyn soveltamisedellytykset, joiden mukaan syyttäjän tulee punnita, voidaanko asian käsittelemisellä syyteneuvottelussa saavuttaa merkittäviä prosessiekonomisia etuja verrattuna täysimääräiseen rikosprosessiin ja tutkintasuunnitelman mukaiseen esitutkintaan. Myös rangaistuksen lievennyksen suuruutta arvioitaessa kiinnitetään nimenomaisesti huomiota toteutuneisiin prosessisäästöihin. Viimeaikaisessa oikeuskäytännössä RL 6 luvun 6 §:n 3 kohdan mukaista lieventämisperustetta on ryhdytty samaistamaan kohti syyteneuvottelusäännösten logiikkaa, jolloin painoarvo on siirtymässä toteutuneiden säästöjen arvioinnin suuntaan poiketen rikoksentekijän pyrkimyksen itseisarvoisesta arvioinnista. Oikarainen 2017, s. 112–113, 187; Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Syyteneuvottelun ongelmia. Defensor Legis 2/2015, s. 229–247, 243; HE 58/2013 vp, s. 37; PeVL 7/2014 vp syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi, s. 6. Ks. samaistamiskehityksestä oikeuskäytännössä esim. KKO 2018:2, kohdat 15–16; KKO 2018:60, kohta 29; KKO 2018:23, kohta 27; sekä tarkemmin luku 4.2.
12. Ks. jäljempänä luku 3.2 sekä Ritva Sahavirta, Syyteneuvottelu – kun käytäntö kohtaa teorian, s. 385–398 teoksessa Altti Mieho (toim.), Oikeustieteiden moniottelija. Matti Tolvanen 60 vuotta. Edita 2016, s. 387, 392.
13. Periaatteessa säännöksen nykyinen sanamuoto ja sen esityöt mahdollistavat tämän jo nyt. Nähdäkseni syyllisyystekijöiden ja edistämis*pyrkimyksen* arviointi ei kuitenkaan käytännössä toteudu optimaalisella tavalla. Tämä korostunee erityisesti silloin, kun on kyse lievennyksen suuruuden sijaan mittaamisperusteen kategoristen soveltamis*perusteiden* arvioinnista. Syyllisyystekijät eivät ts. *mahdollista* lieventämisperusteen soveltamista tarpeeksi tehokkaasti ja luotettavasti. Ks. jäljempänä luku 4.2 sekä HE 44/2002 vp, s. 199.

näiden näkökohtien tulisi vaikuttaa itsenäisesti mittaamisharkinnassa rikoksentekijän eduksi.[14] Tulen jäljempänä esittämään, että vaikka rikoksentekijän pyrkimykset voidaan huomioida mittaamisharkinnassa jo vallitsevan reaalisen argumentoinnin perusteella, rangaistushuojennusta tulisi kyetä perustelemaan tämän ohella myös syyllisyysargumentein.

3. Pyrkimyksen vai seurauksien arvottaminen?

3.1. Syyllisyys- ja seuraushakuisten ajattelumallien taustaperustelut

Kysymys on pohjimmiltaan siitä, keskitytäänkö lieventämisperusteen soveltamisharkinnassa prosessitaloudellisten säästöjen toteutumiseen (tunnustuksen seuraukset) vai rikoksentekijän menettelyyn itsessään (tunnustus itseisarvoisena menettelynä). Mittaamisperusteen tavoitteen ollessa rikoksentekijän kannustaminen rikoksen selvittämiseen, tilannetta tulee lähestyä oikeudenmukaisuuskysymysten lisäksi myös sen kannalta, miten kyseinen tavoite tulisi toteutetuksi mahdollisimman tehokkaasti. Käsittelyyn voidaan hakea kummankin näkökulman kannalta lisäulottuvuutta tarkastelemalla syyllisyys- ja seurausvastuullisten järjestelmien ominaisuuksia.[15]

Rangaistuksen mittaaminen – ja samalla rankaiseminen itsessään – on perustunut 1970-luvun uudistusten jälkeen seurausvastuun sijaan syyllisyysvastuuseen. Ensiksi mainitun sääntelytavan mukaan moitittavaa käyttäytymistä määriteltäessä pidetään kiinteänä lähtökohtana tietystä menettelystä aiheutunutta konkreettista vahinkoa. Vastaavasti menettelyä, joka on omiaan johtamaan vahinkoon mutta ei ole siihen johtanut, pidetään rankaisemattomana tai vain lievähkön rangaistuksen ansaitsevana. Seurausvastuuseen perustuvaa järjestelmää on kritisoitu sen epäoikeudenmukaisuuden vuoksi, sillä sen mukaan sattumaltakin aiheutunut lisävahinko tai vähäisen huolimattomuuden aiheuttama suuri vahinko pääasiallisesti määrää teosta koituvan rangaistuksen. Jos ri-

14. Tukea syyllisyys- ja tarkoituksenmukaisuusperusteiden rinnakkaiselon mahdollisuudelle voidaan löytää myös oikeuskäytännöstä. Esimerkkinä voidaan mainita ratkaisu KKO 2018:2, kohta 25.
15. Rikoksen selvittäminen kytkeytyy ja samaistuu rikoksen vaikutuksien poistamiseen ja ehkäisemiseen, jolloin esim. tutkinnan kustannuksia voitaneen pitää rikoksen haitallisina seurauksina niiden laajassa mielessä. Tällöin edistämispyrkimys voi vähentää tutkinnan kuluja ja näin ollen rikosteon seurauksia myös sellaisissa rikostyypeissä, jotka eivät sinänsä sisällä rikosteosta erillistä vahinkoseurausta (tekorikokset). Ks. Oikarainen 2017, s. 31; Inkeri Anttila, Kannattaako katua?, s. 1–10 teoksessa Erkki Ailio – Pekka Koskinen – Raimo Lahti – Martti Majanen – Terttu Utriainen (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV. Reino Kalervo Ellilälle 26.6.1980 omistettu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1980, s. 5; Lappi-Seppälä 1987, s. 261–262; HE 58/2013 vp, s. 6; KKO 2015:69, kohta 18; KKO 2005:56, kohdat 11–12.

koksentekijä puolestaan hyvällä onnella välttyy aiheuttamasta vahinkoa, hän voi päästä jopa kokonaan rangaistuksetta korkeasta tahallisuudestaan riippumatta.[16]

Seurausvastuun vastinparina olevan syyllisyysvastuun mukaan painoarvoa annetaan rikoksentekijän syyllisyydelle ja rikolliselle tahdolle. Syyllisyyshakuisen ajattelutavan mukaan tarkastellaan esimerkiksi sitä, onko rikoksentekijä harkinnut ja suunnitellut tekoaan tai ainakin ryhtynyt siihen tahallaan, tietoisena seurauksen mahdollisuudesta ja siitä todennäköisyydestä, millä se oli odotettavissa. Syyllisyyshakuisen ajattelun perustella sellaisia seurauksia, joita niiden aiheuttaja ei ole tarkoittanut eikä voinut ottaa huomioon, ei enää lueta hänen syykseen rangaistusta korottavina seikkoina. Toisaalta vaaran aiheuttamisesta rangaistaan, vaikka mitään vahinkoa ei olisikaan syntynyt.[17]

Kuten todettu, rikosoikeutemme on nykyisin sidoksissa syyllisyyshakuiseen ajattelutapaan. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, etteikö konkreettisilla vahingoilla ja rikosteon seurauksilla olisi mitään painoarvoa mittaamisharkinnassa. Rangaistuksen mittaamisen yleisperiaatteen mukaan rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttimiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen (RL 6 luvun 4 §). Yleissäännös vahvistaa rangaistuksen mittaamisen pääperiaatteeksi suhteellisuusperiaatteen. Vahvistettaessa rikoksen ja rangaistuksen välistä oikeudenmukaista suhdetta tulee kiinnittää huomiota muun muassa rikoksen vahingollisuuteen ja vaaraan. Tämä tuo myös rikoksen seuraukset osaksi suhteellisuusperiaatteen mukaista moitittavuusarvostelua.[18]

Rikollisella tahdolla ja syyllisyydellä on kuitenkin rikoksen seurauksien arvioinnista riippumaton ja sitä rajoittava vaikutus. Rangaistuksen mittaamisessa on lupa ottaa huomioon rikoksen seurauksista vain ne, joihin rikoksentekijän syyllisyys on ulottunut.[19] Konkreettisten seurausten ja syyllisyyden välistä suhdetta sekä viimeksi mainitun ensimmäistä rajoittavaa (ja jopa hallitsevaa) vaikutusta voidaan perustella ja tarkastella niin oikeudenmukaisuus- kuin tarkoituksenmukaisuusargumentein. Oikeudenmukaisuusnäkökohtien kannalta on varsin selkeää, ette emme voi moittia henkilöä tämän toiminnan seurauksista, jos hän ei ole voinut vaikuttaa niihin. Kytkemme moraaliarvostelmamme vain sellaiseen käyttäytymiseen, joka on ollut yksilön säänneltävissä. Normatiivisen syyllisyysajatuksen kannalta syyllisyys onkin ennen muuta moitittavuutta, jonka edellytyksenä taas on, että henkilö olisi voinut toimia toisin. Jos toisintoimimismahdollisuus on heikentynyt tai sitä ei ole ollenkaan, toiminnan moraalinen arvosteleminen ei tule kyseeseen, ja tämä tulee huomioida syyllisyysarvostelua

16. Ks. seurausvastuun kritiikistä Anttila – Heinonen 1977, s. 64–65; Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72, s. 58–59; HE 125/1975 II vp, s. 7.
17. Anttila – Heinonen 1977, s. 64–65.
18. Tapio Lappi-Seppälä, Rikosten seuraamukset. Werner Söderström Lakitieto Oy 2000, s. 330–332; Lappi-Seppälä 1987, s. 327; HE 44/2002 vp, s. 187.
19. Ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 331; Lappi-Seppälä 2000, s. 331–332.

lieventävänä seikkana tai rajaamalla syyllisyyden ulkopuolelle jäävien seurausten huomioiminen arvostelusta pois.[20]

Tarkoituksenmukaisuusargumentointia seuraten käy samoin selväksi, että siltä osin kuin vahinko on ollut seurausta ulkoisista tekijöistä, joihin ei rikosoikeudella kyetä vaikuttamaan, ei myöskään rangaistusuhkien manipulointiin löydy rationaalisia perusteita. Esimerkiksi ankaraa vastuuta perustellaan yleisimmin yleisestävyydellä ja muilla tehokkuusargumenteilla. Tällaiset tehokkuusnäkökohdat voidaan kuitenkin perustellusti riitauttaa. Jos rangaistussäännöksellä pyritään vaikuttamaan yksilöiden käyttäytymiseen, on vaikea nähdä tavoitteen toteutuvan, jos yksilön menettelyssä ei voida vahingon sattuessa osoittaa mitään virhettä. Rangaistavan yksilön ollessa täysin kykenemätön vaikuttamaan menettelyynsä ei rangaistusuhallakaan ole voitu vaikuttaa tämän käyttäytymiseen. Sama seuraus olisi tapahtunut riippumatta siitä, oliko tilanteen varalle asetettu rangaistusnormi.[21] Syyllisyysvastuun vastakohtana olevan seurausvastuun tueksi ei voida vakuuttavasti esittää kriminaalipoliittisia tarkoituksenmukaisuussyitä tai näyttöä tällaisen järjestelmän käyttäytymiseen vaikuttavasta tehosta. Tapaturmaisia seurauksia aiheuttavaa käyttäytymistä ei voida ohjata rangaistuksin, eikä rankaiseminen täten ole rationaliteettinäkökohtien valossa järkevää.[22]

Kyseiset käyttäytymisen ohjaamiseen liittyvät argumentit tarkoituksenmukaisuus- ja oikeudenmukaisuusperusteineen pätevät myös rikoksen selvittämisen lieventämisperusteen kohdalla. Katson mahdolliseksi hyödyntää tässä tehtyjä huomioita myös mittaamisperusteen arvioinnissa.[23] Seuraavaksi osoitan syyllisyys- ja seuraushakuisten järjestelmien välisen jaottelun esiin nostamien näkökohtien avulla, että lieventämisperusteen soveltamisessa tulee tukeutua nimenomaisesti syyllisyyshakuiseen ajatteluun – eli pidättäytyä edistämispyrkimyksen seurauksien (konkreettisesti toteutuneiden prosessihyötyjen) liiallisesta korostamisesta.

20. Lappi-Seppälä 1987, s. 139–140; HE 44/2002 vp, s. 189.
21. Jos rangaistuksen tarkoitus on sidottu rikosoikeuden ohjausvaikutukseen, rankaiseminen on rationaalista ja oikeutettua vain sellaisten henkilöiden kohdalla, jotka voivat olla ohjauksen kohteena eli vaikuttaa toimintaansa. Lappi-Seppälä 1987, s. 139–140; Alf Ross, On Guilt, Responsibility and Punishment. Stevens & Sons Limited 1975, s. 159. Toisaalta on huomautettu, että esim. syyttömänkin rankaiseminen voi vaikuttaa muiden yksilöiden käyttäytymiseen. Ks. tavoiterationaalisen justifikaation kritiikistä H.L.A Hart, Punishment and Responsibility [1968]. Toinen, uudistettu painos. Oxford University Press 2008, s. 42–43.
22. Ks. Matti Tolvanen, Johdatus kriminaalipolitiikan teoriaan. Joensuun yliopisto 2005, s. 187–190; Lappi-Seppälä 1987, s. 141–142, 331–332.
23. Näin myös esim. Anttila 1980, s. 6–7.

3.2. Seuraus edellyttää pyrkimystä

Lievennyksen epääminen tilanteessa, jossa rikoksentekijä on vilpittömästi pyrkinyt selvittämään rikostaan onnistumatta tässä, on ensinnäkin oikeudenmukaisuusajattelun vastaista. On vaikea väittää, että vilpittömästi toimiva henkilö olisi saman moitteen (rangaistuksen) arvoinen kuin henkilö, joka ei edes yritä edistää tutkintaa. Oikeudenmukaisuusarviointi ja siihen elimellisesti kytkeytyvä suhteellisuus- sekä syyllisyysarvostelu edellyttävät väistämättä rikoksentekijän pyrkimyksien arvottamista sellaisenaan. Mikäli lieventämisperusteen soveltaminen sidotaan puhtaasti lopputuloksen arviointiin, jäävät rikoksentekijän *pyrkimys* sekä tähän liittyvät oikeudenmukaisuusnäkökohdat huomiotta.[24] Tämän mukaisesti esimerkiksi *Matikkala* on esittänyt, että samalla tavalla rikoksensa selvittämiseen pyrkivien tulisi saada lievennys, vaikka vain jonkun toimi todella edistäisi tutkintaa.[25]

Tilannetta voidaan havainnollistaa esimerkkien avulla. Ajatelkaamme tilannetta, jossa A harjoittaa huumekauppaa, jota poliisit ovat alkaneet epäillä. Poliisit kohdistavat A:han salaisia pakkokeinoja, joiden avulla he saavat epäilyilleen vahvistusta. A:lla ei ole tässä vaiheessa mitään syytä tai mahdollisuutta epäillä, että poliisit olisivat tietoisia tämän rikollisesta toiminnasta. Eräänä aamuna A kuitenkin tulee katumapäälle ja ilmiantaa itsensä poliisille. Tilanne voi johtaa siihen, että A on toiminut täysin vilpittömästi tunnustaessaan ja ilmiantaessaan itsensä, mutta salaisten pakkokeinojen vuoksi hänen toimensa eivät enää tuota merkittäviä prosessiekonomisia säästöjä.

Toisena esimerkkinä voidaan kuvitella tilanne, jossa rikoksentekijä antaa rikoksen selvittämisen kannalta tärkeitä tietoja, joiden oikeellisuuden varmentaminen edellyttää lisänäytön hankkimista ja ylimääräisten todistajien kuulemista. Rikoksentekijän antamat tiedot eivät välttämättä tuota tällöinkään mainittavia säästöjä tutkintaan. Kummassakin esimerkkitilanteessa olisi varsin epäoikeudenmukaista ja jäljemmin osoitettavalla tavalla myös epätarkoituksenmukaista jättää lievennys antamatta vedoten rikoksentekijän vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolisiin ja hänen kannaltaan ennakoimattomiin

24. Tällöin rangaistushuojennus olisi evättävissä esim. silloin, kun edistämispyrkimyksen seuraus (prosessihyöty) jää toteutumatta rikoksentekijästä riippumattoman ja tämän kannalta vaikeasti arvattavan syyn johdosta. Tällaisen syyn lukeminen rikoksentekijän haitaksi ja tämän ”vastuulle” olisi vastoin edellä luvussa 3.1 kuvailtuja oikeudenmukaisuuskäsityksiä. Ks. kattavammin Anttila 1980, s. 6–7; Jack Ågren, Billighetsskälen i BrB 29:5. Berättigande och betydelse vid påföljdstämning. Jure Förlag 2013, s. 115, 118, 120–121, 138–139; Martin Borgeke, Att bestämma påföljd för brott. Toinen, uudistettu painos. Norstedts Juridik 2012, s. 193–194; Lars Heuman, Semantiskt dolda kausalrekvisit vid strafflindringsgrunder, s. 103–128 teoksessa Annika Norée – Catarina Sitte-Durling – Josef Zila – Suzanne Wennberg (toim.), Festskrift till Madeleine Leijonhufvud. Norstedts Juridik 2007, s. 118, 121–122.
25. Seurausvaikutuksia ei kuitenkaan voida täysin jättää vaille merkitystä. Jussi Matikkala, Rikosoikeudellinen seuraamusjärjestelmä. Edita 2010, s. 139.

seurausvaikutuksiin. Rangaistuksen määrän ilmentäessä rikoksentekijään kohdistuvan moitteen määrää, tulisi esimerkkitilanteiden mukainen menettely ja rikoksentekijän pyrkimykset kyetä huomioimaan mittaamisharkinnassa.[26]

Tämänkaltaisen tarkastelutavan puolesta puhuvat myös tarkoituksenmukaisuussyyt. Rikoksen selvittämisen välttämättömänä edellytyksenä on rikoksentekijän tahto ja pyrkimys tähän. Ilman näiden olemassaoloa tarkoituksenmukaisuussyiden tavoittelemat säästöt eivät voi toteutua tehokkaasti. Lieventämisperusteen soveltaminen tulisi toteuttaa tavalla, joka kykenee vaikuttamaan rikoksentekijän selvittämishalukkuuteen. Tämä on nähdäkseni toteutettavissa tehokkaimmin siten, että arvioinnissa kiinnitetään huomiota rikoksentekijän aikomuksiin, tahtoon ja pyrkimyksiin itsessään. Jos annamme tehottomaksikin jääneelle hyvälle yritykselle merkitystä, voimme olettaa yritysten määrän lisääntyvän – ja lopulta muissa tulevissa rikosjutuissa myös onnistumisia sekä prosessisäästöjä. Jos toisaalta emme huomioisi tehottomiksi jääneitä yrityksiä, merkitsisi tämä sitä, että kynnys selvittää rikosta nousisi varsin korkeaksi. Rikoksentekijä ei välttämättä halua edistää tutkintaa, jos tämä ei voi luottaa siihen, että hänen menettelynsä tulee varmasti tuottamaan konkreettisia prosessisäästöjä.[27] Tämä vähentäisi selvittämisyritysten kokonaismäärää, mikä vaikuttaa myös todellisuudessa saavutettaviin prosessisäästöihin.[28]

Voidaan väittää, että tavoite kannustaa rikoksentekijää myötävaikuttamaan rikoksensa selvittämiseen ei toteudu optimaalisesti, jos lieventämisperusteen soveltamisen edellytyksenä on onnistuminen prosessisäästöjen tuottamisessa. Esimerkiksi Norjassa käsillä olevaan problematiikkaan on puututtu siten, että ratkaisevaksi tekijäksi lievennyksen arvioinnissa on asetettu rikoksentekijän omat käsitykset poliisin näyttömahdollisuuksista poliisilla todellisuudessa olevien tietojen ja seurausvaikutuksien sijaan. Tämän on katsottu toimivan hyvä-

26. Ks. Heuman 2007, s. 121–122; Ågren 2013, s. 138–139.
27. Kuten aikaisemmin on todettu, oikeuskäytäntö rikoksen selvittämisen lieventävästä vaikutuksesta on ollut epäyhtenäistä eikä tunnustuksen ole voitu taata johtavan rangaistushuojennukseen. Syyllisyysperusteiden ulkopuolisiin seikkoihin nojaava soveltaminen perustuu nimittäin varsin ennakoimattomiin tekijöihin rikoksentekijän ja tämän tosiasiallisten vaikutusmahdollisuuksien kannalta – kuten esim. viranomaisten resurssitilanteeseen ja tutkinnan tapauskohtaiseen onnistumiseen. Sinänsä identtisetkin rikosteot voivat tulla ilmi ja selvitetyiksi hyvin erilaisin tavoin sekä menestyksin. Vilpittömänkin tunnustamisen tuottamat edut voivat tämän mukaisesti riippua varsin sattumanvaraisista seikoista, minkä vuoksi rikoksentekijät eivät välttämättä uskalla ryhtyä yhteistyöhön viranomaisten kanssa. Ks. Sahavirta 2016, s. 387, 392; Tapani – Tolvanen 2015, s. 246; Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 47/2010, Arviomuistio syytteestä sopimisesta (plea bargain), s. 32–33; Oikarainen 2017 s. 60–61; Tatu Hyttinen – Jussi Tapani, Rikoksen ja rangaistuksen äärellä. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2018, s. 102; HE 58/2013 vp, s. 6; PeVL 7/2014 vp, s. 6.
28. Toisaalta voidaan myös väittää, että ankarat seuraushakuiset soveltamiskriteerit pakottaisivat rikoksentekijän ”antamaan kaikkensa” rikoksensa selvittämisessä. Tässä esitetyn mukaisesti on nähdäkseni kuitenkin perusteltua otaksua, että suuremmassa mittakaavassa tähän näkemykseen ei ole tarkoituksenmukaista tukeutua.

syttävänä ja tehokkaana kannusteena tunnustukseen – rikoksentekijä myötävaikuttaa rikoksensa selvittämiseen todennäköisemmin, jos hänellä on tae siitä, että hyvälle yritykselleki annetaan mittaamisharkinnassa merkitystä.[29]

Tässä kohdin herää kuitenkin kysymys, eikö rikoksentekijän pyrkimyksiä ja tahtoa voida huomioida riittävällä vahvuudella jo vallitsevan reaalisen argumentoinnin perusteella ilman tarvetta syyllisyystermien käyttämiselle? Esimerkiksi tällaiseen argumentaatioon tukeutuva *Lappi-Seppäläkin* antaa lieventämisperusteen soveltamisessa merkitystä sille, kuinka laajalti rikoksentekijä on pyrkinyt selvittämään rikosta tai poistamaan sen seurauksia.[30] Pyrkimys löytyy lisäksi lain sanamuodosta ja oikeuskäytännöstä ilman ehdotonta kytkentää syyllisyystermeihin ja -arvosteluun.

Rikoksentekijän pyrkimyksen ja tämän välttämättömänä edellytyksenä olevan tahdon huomioimiselle ei kuitenkaan nähdäkseni voida taata reaalisen argumentoinnin varassa sellaista painoarvoa, joka varmistaisi ensiksi mainitun riittävyyden lieventämisperusteen itsenäisenä soveltamisperusteena. Tarkoituksenani onkin seuraavaksi havainnollistaa, miksi rikoksen selvittämistä tulisi pitää myös syyllisyysargumenttina sen sijaan, että sen katsottaisiin olevan pelkästään reaalinen argumentti.

4. Pyrkimys itseisarvoisena syyllisyysargumenttina

4.1. Rangaistuksen mittaamisen systematiikka ja oikeudenmukaisuusnäkökohdat

Yksittäiset mittaamisperusteet ja -ratkaisut perustuvat ja ovat johdettavissa rangaistusteorioista ja edellä esitellyistä kriminaalipoliittisista arvo- ja tavoiteperiaatteista. Viimeksi mainitut ohjaavat rangaistuksen mittaamista yleisten mittaamisperiaatteiden välityksellä. Konkreettiselle mittaamisharkinnalle ja yksittäisille mittaamisperusteille asetettavat vaatimukset sekä niiden ainekset määräytyvät rangaistusteorioista sekä näitä ilmentävistä yleisistä mittaamisperiaatteista.[31]

29. Norjan syyttäjien ohjeissa todetaan olevan tärkeää, että asiakirjoista ilmenee se, mikä näyttö poliisilla oli käytettävissään ennen tunnustusta ja mikä tieto epäillyllä oli todisteista. Ks. Riksadvokatens Rundskriv 3/2007, Tilståelserabatt, s. 10 ja Pekka Koponen, Talousrikokset ja syytteestä sopiminen, s. 59–81 teoksessa Tatu Hyttinen – Antti Jokela – Jussi Tapani – Mikko Vuorenpää (toim.), Rikoksesta rangaistukseen, juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2012, s. 65, 74.
30. Lappi-Seppälä 1987, s. 491.
31. Ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 30–33; Matti Tolvanen, Rangaistusteoriat – mitä ne ovat ja mihin niitä tarvitaan? Oikeus 4/2009, s. 358–379, 358–359.

Yksittäisen mittaamisperusteen – kuten rikoksen selvittämisen lieventämisperusteen – soveltamisen kannalta on olennaista, minkä mittaamisperiaatteen mukaisiin aineksiin mittaamistoiminnassa tukeudutaan.

Kriminaalipoliittisten (tai rangaistusteoreettisten) arvojen ja tavoitteiden ero heijastuu edellä esitetyn mukaisesti rikosoikeudelliseen jakoon oikeudenmukaisuusperiaatteiden ja tarkoituksenmukaisuusperiaatteiden välillä.[32] Mittaamisteoriassa deontologista oikeudenmukaisuutta ilmentävät muun muassa käsitteet ansainta, sovitus, syyllisyys, suhteellisuus ja yhdenvertaisuus. Oikeudenmukaisia ratkaisuja tavoiteltaessa ei kiinnitetä huomiota mittaamisratkaisun seurauksiin, vaan periaatteen seuraaminen koetaan itsessään tärkeäksi ja siten deontologisesti velvoittavaksi. Teleologisena vastinparina ovat erilaiset hyötypainotteiset tarkoituksenmukaisuus- ja preventioperiaatteet.[33]

Yleiset mittaamisperiaatteet jaotellaan edeltävän tarkastelun mukaisesti seuraavasti:

> Arvoperiaatteet: suhteellisuusperiaate, yhdenvertaisuus, kohtuus.
>
> Tavoiteperiaatteet: tarkoituksenmukaisuussyyt (laajasti), yleisestävyys, erityisestävyys.[34]

Yllä olevassa jaottelussa moitittavuutta määrittävät näkökohdat sijoitetaan suhteellisuusperiaatteen alle. Kyseessä ovat rikoksen vakavuuteen ja rikoksentekijän syyllisyyteen liittyvät oikeudenmukaisuusperusteet. Useimmissa rikosoikeudellisissa esityksissä rikoksen selvittämisen lieventämisperusteen katsotaan kuuluvan suhteellisuus- ja syyllisyysargumenttien sijaan reaalisten argumenttien joukkoon.[35] Nämä perustelevat päätymisen suhteellisuusperiaatteen edellyttämää rangaistusta lievempään lopputulokseen. Kyse on siis syyllisyys- ja moitearvostelun ulkopuolisesta kriminaalipoliittisesta ratkaisuperusteesta.[36]

32. Vastaavista perusnäkemyksistä voidaan kontekstista riippuen käyttää useita eri termejä tai kuvauksia. Käsitteillä on kuitenkin viime kädessä yhteinen tehtävä: määritellä suuntaviivat, joiden perusteella kriminaalipolitiikkaa harjoitetaan sekä ne periaatteet, joiden mukaan rangaistuksen käytöstä päätetään niin yksittäistilanteessa kuin yleisemminkin. Lappi-Seppälä 1987, s. 145–146.
33. Mm. Dworkinin käyttämän jaon perusteella voidaan erottaa toisistaan periaatteet, joita seuraamalla edistetään määrättyjä kollektiivisia tavoitteita (tavoiteperiaate) ja periaatteet, joilla perustetaan yksilöllisiä oikeuksia ja joita seurataan niiden edustaman arvon vuoksi (arvoperiaate). Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously. Harvard University Press 1977, s. 82–83. Ks. myös Kimmo Nuotio, Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998, s. 498; Lahti 1974, s. 238–239; Lappi-Seppälä 1987, s. 149.
34. Lappi-Seppälä 1987, s. 150.
35. Poikkeuksena voidaan mainita esim. Nousiainen 1961, s. 235–237, 271.
36. Myös Lappi-Seppälä katsoo eettisiin syihin (syyllisyysperusteisiin) nojautumisen olevan sinänsä mahdollista, vaikka hän tukeutuukin ensisijaisesti reaalisiin argumentteihin. Lappi-Seppälä 2000, s. 327–328, 357–358; Lappi-Seppälä 1987, s. 487–489.

Vaikka myös reaaliargumentit ovat lainkäytön tasolla sellaisenaan noudatettavia ratkaisuperusteita,[37] tukeutuminen pelkästään niihin ilman mahdollisuutta syyllisyystermien käyttämiselle on nähdäkseni ongelmallista useammasta syystä. Ensinnäkin rangaistuksen mittaamisen kivijalkana olevan suhteellisuusperiaatteen mukaan rangaistuksen tulee vastata rikoksentekijään kohdistuvan moitteen määrää.[38] Vaikka tarkoituksenmukaisuusperusteisestikin sovellettuna lieventämisperuste vaikuttaa ainoastaan rikoksentekijän eduksi, rikoksentekijään kohdistuva rangaistuksen määrä on tällöinkin epäsuhdassa syyllisyyden ja moitteen määrään nähden. Näkökulma on entistä relevantimpi verrattaessa toisiinsa kahta identtisen rikoksen tehnyttä henkilöä, joista toinen tunnustaa ja toinen ei.[39]

Nähdäkseni meidän tulisi yhteiskuntana arvottaa rikoksen jälkeistäkin käyttäytymistä siten, että rikoksentekijä voi vaikuttaa moitteen (syyllisyyden) määrään vähentävästi poistamalla rikoksensa vaikutuksia esimerkiksi tunnustamalla. Tällainen suhteellisuuskäsitys olisi paremmin sopusoinnussa mittaamisjärjestelmämme systematiikan ja näkemyksen kanssa, jonka mukaan rangaistuksen määrän tulisi viestiä mahdollisimman tarkkaan syyllisyysmoitteen suuruudesta. Jos kykenemme ymmärtämään rikoksen selvittämisen *myös* syyllisyyteen vaikuttavaksi mittaamisperusteeksi, kunnioitamme mittaamisharkinnan kulmakivinä olevia periaatteita[40] ja niiden edustamia arvoja tehden mittaamisesta oikeuden-

37. Yleisesti tarkoituksenmukaisuusperiaatteet ovat ennen kaikkea lainsäätäjän ja oikeudenmukaisuusperiaatteet lainkäyttötason argumentteja. Tavoiterationaalisuus korostuu lainsäädäntötason ratkaisuissa, siinä missä lainkäyttö perustuu arvoperiaatteiden noudattamiseen. Koska koko rikosoikeusjärjestelmällä tulee kuitenkin olla pohjimmiltaan pragmaattis-rationaalinen justifikaatio, myös lainkäyttötason toiminnalta vaaditaan yhteyttä tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien toteuttamiseen. Kyseinen yhteys lainsäädäntö- ja lainkäyttötasojen sekä niiden seuraamien periaatteiden välillä on siinä, että normin muotoon puetulla arvoargumentilla on tavoiterationaali taustaperustelu. Kun tavoiteperiaatteet konkretisoidaan mittaamisperusteiksi, ne kääntyvät lainkäyttäjän noudatettaviksi arvoargumenteiksi, joita sovellettaessa säännöksen tavoitteet ovat mukana välillisesti. Tavoitenäkökohtien tulisi toteutua normia sovellettaessa siis eräällä tapaa lainkäyttöratkaisun välillisenä oheistuotteena, eikä soveltamisratkaisuja tehtäessä tavoitenäkökohtien tulisi olla etusijalla tai edes näkyvissä. Ks. deontologisten ja teleologisten periaatteiden, arvo- ja tavoiteargumenttien sekä lainsäädäntö- ja lainkäyttötason välisistä suhteista tarkemmin Lappi-Seppälä 1987, s. 160–162, 255, 264–265.
38. Tapani – Tolvanen 2016, s. 16.
39. "As an initial matter, it seems unjust that when two virtually identical defendants have committed virtually identical crimes, one should receive a more severe sentence than the other only because he has exercised his right to trial – –. The practice of sentencing defendants who are convicted at trial more severely than defendants who plead guilty would seem proper if the guilty-plea defendants deserved lighter sentences" [syyllisyyden määrän väheneminen]. Vaikka kyseessä on angloamerikkalaisesta järjestelmästä ja syyteneuvottelusta tehty huomio, katson sen soveltuvan myös RL 6 luvun 6 §:n 3 kohdan arvioimiseen. Albert Alschuler, The Changing Plea Bargaining Debate. California Law Review 69(3) 1981, s. 652–730, 657–658, 661.
40. Esim. suhteellisuusperiaatetta ja siihen kytkeytyvää syyllisyysperiaatetta sekä yhdenvertaisuusperiaatetta.

mukaisempaa – ja tässä esitetyn mukaisesti samalla myös tarkoituksenmukaisempaa.[41]

Rikoksen selvittämisen suhdetta suhteellisuus- ja syyllisyysarviointiin on syytä tarkastella avoimin mielin myös siksi, että käsitykset *rangaistuksen oikeudenmukaisuudesta* ovat yleisemminkin muutostilassa rikosprosessin ”roolijakoa” koskevien uudistuksien myötä. Viimevuosina rikoksentekijästä on tullut yhä enenevissä määrin prosessin aktiivinen osallinen ja sen *subjekti*, minkä vuoksi rikosteonjälkeinen menettely on saanut entistä enemmän painoarvoa seuraamusharkinnassa. Sen sijaan, että rikoksentekijän katsottaisiin olevan ainoastaan passiivinen tutkinnan ja rankaisemisen kohde, tälle on annettu sananvaltaa vaikuttaa rikosprosessin kulkuun sekä hänelle määrättävään seuraamukseen muun muassa syyteneuvottelun ja sovittelun kaltaisten instrumenttien avulla.[42] Rikoksentekijän ollessa entistä aktiivisemmin mukana vaikuttamassa hänelle määrättävään rangaistukseen, on tarpeellista tarkastella kyseisen kehityksen suhdetta ja vaikutuksia *oikeudenmukaisen* rangaistuksen käsitteeseen (suhteellisuuteen) uusista näkökulmista.

Tällainen kehitys on nähdäkseni lähtökohtaisesti varsin toivottavaa. Rikoslain tulisikin viestiä siitä, että rikokseen syyllistyneet voivat sovittaa tekonsa ja kantaa siitä vastuuta selvittämällä tekemäänsä rikosta siten, että tämä heijastuu syyllisyysmoitteen ja paheksunnan määrään.[43] Syyllisyysperusteinen rangaistus-

41. Ks. Ågren 2013, s. 138–139; Andrew von Hirsch, Proportionalitet och straffbestämning. Iustus Förlag 2001, s. 84–85, 94; Lappi-Seppälä 2000, s. 312–313, 317; Matikkala 2010, s. 112, 119; Tapani – Tolvanen 2016, s. 16.
42. Ks. rikosprosessia koskevien käsityksien kehityksestä Matti Tolvanen, Sopimuksellisuus rikosoikeudellisessa seuraamusjärjestelmässä. Lakimies 7–8/2012, s. 1070–1088, 1070, 1073; Tapani – Tolvanen 2015, s, 240–241.
43. Vaikka nykyaikaisessa rangaistuksen mittaamisessa syyllisyyskäsite kytketään nimenomaan *tekosyyllisyyteen*, ja rikoksen selvittämisen vallitseva syyllisyysmerkitys perustuu tästä poiketen tekijäsyyllisiin aineksiin, katson rikoksen selvittämisen mahtuvan sen tarkennetussa muodossa myös tekorikosoikeuteen pohjautuvan suhteellisuusperiaatteen alaan. Lieventämisperusteen *vallitsevaan* syyllisyysperusteluun liittyy nimittäin useita ongelmakohtia, joita tarkistamalla rikoksen selvittäminen on entistä mielekkäämmin huomioitavissa syyllisyysargumenttina osana (laajennettua) suhteellisuusarviointia. Merkittävimmät ongelmat nykyisen ajattelun suhteen voidaan tiivistää kahteen kohtaan. Ensinnäkin, lieventämisperusteen syyllisyysperusteet kytketään itse selvittämis*toiminnan* sijaan siihen, miten rikoksentekijä *suhtautuu* rikolliseen tekoonsa. Syyllisyysarvostelu kohdistuu tällöin tekijäpersoonallisuuteen konkreettisten tekojen (toiminnan) sijaan. Itse olen taipuvainen puoltamaan tästä poikkeavaa syyllisyyskäsitystä, jonka mukaan edistämispyrkimyksen syyllisyysmerkitys ja vaikutus moitittavuusarvosteluun perustuu rikoksentekijän tunnetilojen ja motiivien sijaan tämän konkreettiseen edistämis*tekoon* sellaisenaan. Toisena ongelmakohtana on se, että rikoksen selvittäminen on *riko*steosta erillistä ja tämän ulkopuolista toimintaa. Nähdäkseni selvittämistoiminnalla on kuitenkin yhteys rikosteon haitallisiin seurauksiin ja niiden perusteella muodostuneen moitteen määrään. Koska rikoksen selvittämisellä voidaan vähentää rikosteon seurauksia niiden laajassa mielessä, tällaisen menettelyn tulisi katsoa olevan osa ”rikosepisodia” ja vähentävän kyseisen episodin perusteella ansaittavaa syyllisyysmoitetta. Kun rikosteon seuraukset ovat vielä avoinna, tulisi niihin kyt-

huojennus toimisi yhteiskunnan osoituksena siitä, että se antaa rikoksentekijän toimille ja vastuunotolle *sellaisenaan* arvoa lieventämällä moitearvostelua.[44]

4.2. Lieventämisperusteen soveltamisen perusteleminen

Edistämispyrkimyksen konstruointi ja sen huomioimisen perusteleminen reaalisen argumentaation varassa on ongelmallista myös säännöksen tehokkaan ja luotettavan soveltamisen kannalta. Erityisesti *tehottoman* edistämispyrkimyksen huomioimisen turvaaminen edellyttää nähdäkseni normin kytkemistä kriminaalipoliittisten reaaliargumenttien ohella myös syyllisyystermeihin. Vaikka lainkäyttäjän seuraaman ratkaisuperusteen ei jo aikaisemmin esittämäni mukaisesti *tulisi* tyhjentyä säännöksen taustaperusteluna oleviin prosessihyötyihin,[45] vallitseva reaalisiin argumentteihin perustuva soveltamiskäytäntö on tästä huolimatta vaarassa tukeutua varsin suoraviivaisesti kyseisiin tarkoituksenmukaisuusperusteisiin korostamalla *toteutuneita* prosessihyötyjä rikoksentekijän *tahdon* ja *pyrkimyksen* sijaan.

Selitys kehitykselle löytynee syyteneuvottelujärjestelmän käyttöönotosta. Syyteneuvottelumenettelyssä *toteutuneet* ja *toteutuvat* kustannussäästöt ovat säännöksen taustaperustelun ohella myös lainkäyttäjän seuraama itsenäinen mittaamis- ja soveltamisperuste. Kun ratkaisuperusteena käytetään toteutuneita (tai odotettavissa olevia) kustannussäästöjä, kyse on seuraushakuisesta hyötyargumentoinnista. Rikoksentekijän pyrkimykset eivät saa mittaamisessa merkitystä sellaisenaan, vaan painoarvo on siirretty tunnustuksen seurauksien tarkasteluun.[46] Sovellettaessa syyteneuvottelusäännöksiä on toisin sanoen kyet-

keytyvän moitittavuudenkin olla (lieventävään suuntaan). Kuten tulen jatkotutkimuksessani tarkemmin havainnollistamaan, tämän suuntaisten tarkennuksien myötä lieventämisperusteen syyllisyysperusteisessa soveltamisessa ei tarvitse tukeutua tekijäsyyllisiin aineksiin yhtä vahvasti kuin nykyisin tehdään. Tällöin edistämispyrkimys on helpommin hyväksyttävissä syyllisyysargumentiksi myös tekorikosoikeudellisessa järjestelmässä. Ks. tämänkaltaisesta ajattelusta Ågren 2013, s. 109, 137–140, 156–158; von Hirsch 2001, s. 94; Nils Jareborg – Josef Zila, Straffrättens påföljdslärä. Fjärde upplagan. Norstedts Juridik 2014, s. 132; ja teko- ja tekijäsyyllisyydestä HE 44/2002 vp, s. 188–189, 199.

44. Ks. Tapani – Tolvanen 2015, s. 235–236; Tolvanen 2012, s. 1072, 1077; Kimmo Nuotio, Mitä törkeämpi rikos, sen ankarampi rangaistus – suhteellisuusperiaatteesta rikosoikeudessa. Oikeus 2/2005, s. 178–184, 183.
45. Konkreettisessa mittaamisratkaisussa ei tulisi toimia järjestelmän perustavoitteiden välittömästi ohjaamana, vaan tavoiterationaalisuuden tulisi olla mukana lainkäyttötason ratkaisussa korkeintaan vain välillisessä mielessä. Tarkasteltavan lieventämisperusteen kannalta tämä merkitsee sitä, ettei tavoiterationaalin taustaperustelun saaneen mittaamisperusteen konkreettisen soveltamisen tulisi edellyttää yksittäistapauksellista osoitusta saavutetuista prosessihyödyistä. Ks. luvut 3 ja 4.1.
46. Laura Törnqvist, Rangaistuksen määrääminen tuomioesityksen perusteella, s. 311–329 teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Elina Elo (toim.), Valittuja kysymyksiä rikos- ja rikos-

tävä osoittamaan, että yleisemmän tavoiteperiaatteen vaatimukset ja sen tavoittelemat tarkoituksenmukaisuussyyt täyttyvät käsillä olevassa yksittäistapauksessa. Tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat ohjaavat syyteneuvottelumenettelyssä tehtäviä ratkaisuja tällöin välittömästi sitovalla tavalla, jolloin lainkäyttötason arvoargumenttien ja lainsäädäntötason tavoiteargumenttien sisällöt eivät juuri eroa toisistaan. Lainkäyttäjän arvoargumenttina seuraama ratkaisuperuste on käytännössä seuraushakuinen tarkoituksenmukaisuusargumentti, jonka soveltaminen edellyttää, että säännöksen reaalinen perusta on näkyvillä ja toteutunut.[47]

Edellä mainittuja piirteitä on nähdäkseni ujuttautumassa myös RL 6 luvun 6 §:n 3 kohdan mukaisen lieventämisperusteen tulkintaan ja soveltamiskäytäntöön. Huomioiden lieventämisperusteen ja syyteneuvottelusäännösten soveltamisessa käytettävien argumenttien samaistaminen sekä tästä johtuva syyllisyyselementtien merkityksen väheneminen, konkreettisesti toteutuneiden prosessihyötyjen asema RL 6 luvun 6 §:n 3 kohdan soveltamisedellytyksenä ei vaikuta olevan ainakaan heikentymään päin. Uuden tulkintatendenssin perusteella vaikuttaa päinvastoin siltä, että lieventämisperusteen soveltamisessa saatetaan siirtyä syyteneuvottelua seuraten korostamaan rikoksentekijän pyrkimykseen ja tahtoon liittyvien (syyllisyys)tekijöiden sijaan nimenomaisesti *toteutuneita säästöjä*.[48] RL 6 luvun 6 §:n 3 kohta reaalisena argumenttina saattaa toisin sanoen alkaa muistuttaa tulkintasisällöltään entistä enemmän seuraushakuista ratkaisuperustetta.

Vaikka tukeutuminen reaaliseen argumentointiin ei sinänsä estä tehottomienkaan edistämispyrkimyksien huomioimista, sen mukaisissa tulkintasuosituksissa suhtaudutaan entistä nuivemmin rikoksentekijän tahtoon ratkaisuperusteena viimeksi mainitun kuuluessa selvemmin syyllisperusteiden alaan. Tällainen tulkintatapa olisi kriminaalipoliittisesti epätarkoituksenmukainen ja

prosessioikeudesta I. Helsingin hovioikeuden julkaisuja 2018, s. 320, 326; Tapani – Tolvanen 2015, s. 243.

47. Deontologisesti velvoittavia syyllisyysargumentteja on tästä poiketen noudattaminen myös silloin, kun todellisten taustasyiden reaalinen perusta on pettänyt. Lappi-Seppälä 1987, s. 487, 489.

48. Esim. ratkaisun KKO 2018:60 kohdassa 29 korostetaan sitä, että rikoksentekijän tahtoon liittyvillä syyllisyystekijöillä ei ole merkitystä säännöksen soveltamisedellytyksiä arvioitaessa. Koska erityisesti tehottoman edistämispyrkimyksen huomiointi tapahtuu kuitenkin juuri kyseisten subjektiivisten elementtien (esim. vapaaehtoisuuden) kautta, tällaisten rikoksentekijän tahtoon liittyvien tekijöiden liiallinen vierastaminen voi vaarantaa edistämispyrkimyksen huomioinnin kokonaisuudessaan. Jos tarkastelussa ei anneta painoarvoa tehottoman pyrkimyksen huomioinnin *mahdollistaville* subjektiivisille tekijöille, edistämispyrkimyksen itsensä huomioiminen on epävakaalla pohjalla. Jos selvimmin syyllisyysarvostelun alaan kuuluvan rikoksentekijän tahdon tarkastelua karsastetaan sen syyllisyyslatautuneisuuden vuoksi, lieventämisperusteen tulkintasisältö saattaa kytkeytyä ”huomaamatta” rikoksentekijän omien käsityksien (vilpittömyyden) sijaan puhtaasti edistämispyrkimyksen tosiasiallisiin vaikutuksiin. Ks. Ågren 2013, s. 137–139; Oikarainen 2017, s. 112–113, 187; Tapani – Tolvanen 2015, s. 243; Hyttinen – Tapani 2018, s. 100; HE 44/2002 vp, s. 199; PeVL 7/2014 vp s. 4 sekä oikeuskäytännöstä ratkaisun KKO 2018:60 ohella mm. Turun HO 8.6.2018 nro 18/125115.

epäoikeudenmukainen. Lieventämisperusteesta tehdyissä tulkintasuosituksissa tulisi päinvastoin kyetä *takaamaan* myös rikoksentekijän tahtoon ja käsityksiin liittyvien tekijöiden asema mittaamisperusteen itsenäisenä *soveltamisperusteena.*[49] Tämä on varmistettavissa siten, että rikoksen selvittämistä pidetään myös syyllisyysargumenttina. Puettaessa rikoksentekijän tahto ja tästä muodostuva edistämispyrkimys syyllisyysargumentin muotoon ne saavat mittaamisharkinnassa deontologisesti velvoittavan sitovuuden.[50] Tukeuduttaessa syyllisyystermeihin edistämispyrkimyksen pohjana olevaa rikoksentekijän tahtoa voitaisiin käsitellä systemaattisemmalla ja koherentimmalla tavalla, sillä subjektiivisia elementtejä (esimerkiksi vapaaehtoisuutta) on luonnollisempaa lähestyä juurikin syyllisyysnäkökulmista.[51] Rikoksen selvittämisen omaksuminen syyllisyysargumentiksi korostaisi näin ollen rikoksentekijän tahdon ja myös tehottoman edistämispyrkimyksen itsenäistä asemaa rangaistushuojennuksen mahdollistavina tekijöinä.[52]

49. Tältä kannalta on nähdäkseni erityisen merkillepantavaa, että lieventämisperusteen soveltamisen voidaan katsoa sisältävän kaksi eri merkityksen saavaa kysymystä: 1) kysymys lieventämisperusteen *soveltamisesta ylipäätänsä,* ja 2) kysymys sovellettavan *lievennyksen suuruudesta.* Syyllisyysargumentointi vaikuttaa nimittäin saavan erivahvuista merkitystä ratkaistavasta kysymyksestä riippuen. Tämä käy ilmi luettaessa tarkemmin esim. ratkaisua KKO 2018:60. Kyseisen ratkaisun jo edellä esitellyssä kohdassa 29 oma-aloitteisuuden vaatimuksesta lieventämisperusteen *soveltamisedellytyksenä* sanoudutaan vahvasti irti. Kohdassa 31 on puolestaan kyse ”jo sovellettavan” lievennyksen suuruuden arvioinnista. Toisin kuin pohdittaessa soveltamis*perusteiden* täyttymistä kohdissa 29 ja 30, oma-aloitteisuudelle (tai kyseisessä ratkaisussa sen puutteelle) annetaan selkeästi merkitystä kohdassa 31 punnittaessa lievennyksen suuruutta. Kokonaisuutena vaikuttaakin siltä, että syyllisyysargumentointi hyväksytään helpommin osaksi lievennyksen suuruuden arviointia, kuin osaksi lievennyksen kategorisen soveltamisen arviointia – vaikka jälkimmäisessä puhuttaisiinkin ainoastaan rikoksentekijän eduksi vaikuttavasta soveltamisesta. Ts., kynnys *soveltaa* lieventämisperustetta tehottoman mutta oma-aloitteisen pyrkimyksen nojalla vaikuttaa siis olevan korkeampi, kuin kynnys huomioida vastaavanlaiset syyllisyystekijät ”jo sovellettavan” lievennyksen määrää arvioitaessa. Voidaankin perustellusti kyseenalaistaa, miksi rikoksentekijän oma-aloitteisuus (tai sen puute) huomioidaan syyllisyysargumenttina lievennyksen suuruutta mitattaessa jopa rikoksentekijän haitaksi, mutta sen ei vallitsevan tendenssin mukaisesti katsota samalla *mahdollistavan lievennyksen soveltamista* nimenomaan syyllisyysperusteisesti.
50. Syyllisyydellä ja tämän kautta hahmotettavalla rikoksentekijän tahdolla on nimittäin teon seurauksista riippumaton vaikutus arviointiin. Lappi-Seppälä 1987, s. 331; Lappi-Seppälä 2000, s. 331–332; Ågren 2013, s. 137, 157–159.
51. Ks. Ågren 2013, s. 138–139, 143, 156–160; Brynolf Honkasalo, Suomen rikosoikeus. Yleiset opit II. Toinen, korjattu painos. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1967, s. 181–182; HE 44/2002 vp, s. 142, 199.
52. Esim. oma-aloitteisuuden puutteen ei kuitenkaan tulisi johtaa lievennyksen epäämiseen, jos rikoksen selvittämisellä saavutetaan kyseisestä puutteesta huolimatta prosessitaloudellisia säästöjä. Tämä on perusteltua jo po. lieventämisperusteen ja syyteneuvottelusäännösten välisten yhdenvertaisuusnäkökohtien vuoksi. Näin myös esim. Tapani – Tolvanen 2015, s. 246 sekä edellä esitelty KKO 2018:60, kohta 29.

5. Lopuksi

Yhteenvedonomaisesti voidaan todeta, että rikoksen selvittäminen tulisi kyetä mieltämään myös syyllisyyteen kytkeytyväksi argumentiksi päätettäessä rangaistushuojennuksesta. Tarkoituksenmukaisuussyitä ei tule kokonaan unohtaa säännöksen justifioinnissa ja soveltamisessa, mutta mittaamisperustetta ei tulisi tästä huolimatta nähdä ainoastaan reaalisyiden sanelemaksi tavoitteelliseksi konstruktioksi. Lieventämisperustetta tulisi kyetä lähestymään ja soveltamaan tavalla, joka takaa rikoksentekijän tehottomankin menettelyn ja tahdon huomioimisen sellaisenaan. Tämän varmistaminen edellyttää nähdäkseni tukeutumista syyllisyysajatteluun.

Olenkin taipuvainen puoltamaan kantaa, jonka mukaan rikoksen selvittämisen edistäminen olisi mahdollista lukea niin sanotun laajennetun suhteellisuusteorian (utvidgad proportionalitetsteorin) piiriin. Tässä rikoksen selvittämisen ymmärretään mahtuvan suhteellisuusperiaatteen mukaisen moitearvostelun alaan, jolloin lieventämisperusteen soveltamisessa voitaisiin operoida myös syyllisyystermein. Vaikka tekosuhteellisuus ja -rikosoikeus ovat vahvassa asemassa myös esimerkiksi Ruotsissa, sikäläisessä oikeuskirjallisuudessa muun muassa *Ågren* ja *von Hirsch* eivät näe esteitä sille, etteikö rikoksen selvittämisen voisi katsoa vaikuttavan moitearvosteluun.[53]

Tämänkaltainen syyllisyysperusteinen arviointitapa ei sekään kuitenkaan ole täysin ongelmaton. Haasteita liittyy muun muassa teko- ja tekijäsyyllisyyden väliseen kädenvääntöön sekä itsekriminointisuojaan ja sen sisältämiin elementteihin.[54] Ongelmallista on myös määrittää tehottomaksi jääneen hyvän yrityksen rajat, eli milloin ja minkälaisten edellytysten vallitessa rikoksentekijän katsotaan toimivan syyllisyysarvostelua alentavasti.[55] Lievennyksen suuruutta mitattaessa

53. Laajennettu suhteellisuus on ahdasta tekosuhteellisuutta laajempi käsite, mikä mahdollistaa muidenkin kuin ainoastaan ahtaan rikosteon ilmentämien elementtien huomioimisen suhteellisuus- ja syyllisyysarvioinnissa. Kuten olen edellä luvussa 4.1 maininnut, en näe tällaista näkemystä yhteensopimattomana suomalaisenkaan mittaamisteorian kanssa. Laajennettua suhteellisuusteoriaa ja sen mukaista syyllisyyskäsitystä tulee kuitenkin jalostaa jatkotutkimuksessa. Ågren 2013, s. 109, 138–139, 142, 160, 183; von Hirsch 2001, s. 84–85, 94.
54. Tahdon tässä kohdin vielä erityisesti korostaa, että syyllisyysarvostelun tulee rikoksen selvittämisen osalta vaikuttaa ainoastaan rikoksentekijän eduksi. Rikoksentekijää ei voida velvoittaa osallistumaan oman rikoksensa selvittämiseen, eikä rangaistuksen ja syyllisyysarvostelun koventaminen tule esim. kiistämisen perusteella kyseeseen. Oma kysymyksensä kuitenkin on, merkitseekö syyllisyysarvostelun avaaminen (lieventävään suuntaan) teonjälkeisen menettelyn osalta välillisesti sitä, että vaitiolon katsotaan ankaroittavan syyllisyysarvostelua ja rangaistusta samoissa määrin? Ts. muodostuuko kiistämisestä rangaistusta faktuaalisesti ankaroittava tekijä – verrattuna tilanteeseen, jossa tunnustetaan. Onhan kiistämisen ja tunnustamisen välillä väistämättä eroa sekä syyllisyyden että rangaistuksen määrässä.
55. Mainittakoon tässä kohdin, että esim. Tuula Linna katsoo lieventämisperusteen taustalla olevien eettisten syiden kytkeytyvän rikoksentekijän tunnontuskien ja motiivien huomioimiseen.

ratkaistavaksi kysymykseksi nousee myös se, miten paljon syyllisyystekijöiden ja toisaalta toteutuneiden prosessihyötyjen tulisi vaikuttaa rangaistuksen määrään – ja miten nämä näkökohdat suhteutuvat toisiinsa.[56] Kyseisiä ongelmakohtia ei kuitenkaan tule paeta reaalisen argumentoinnin ja tarkoituksenmukaisuusperustelujen taakse – päinvastoin. Samoista haasteista ei nimittäin päästä eroon edes syyllisyysperusteet kieltävässä mittaamistoiminnassa.

Nähdäkseni rikoksen selvittämisen konstruktiota ei olekaan ainoastaan mahdollista tarkastella oikeudenmukaisuusperiaatteiden ja syyllisyysargumentoinnin kautta, vaan tämä on jopa *välttämätöntä* edellä kuvailtujen ongelmien hillitsemiseksi. Jotta voisimme varmistaa rikoksen selvittämisen lieventämisperusteen mahdollisimman tarkoituksen- ja oikeudenmukaisen aseman seuraamusjärjestelmässämme, syyllisyysperusteisen soveltamisen ongelmakohdat tulisi rohkeasti nostaa keskustelunalaisiksi. Ymmärtämällä rikoksen selvittämisen vaikuttavan oikeudenmukaisuus- ja syyllisyysarvosteluun mahdollistamme täysimääräisesti näkemyksen, jonka mukaan rikoksentekijällä on *oikeus* aktiivisesti myötävaikuttaa asian selvittämiseen, *sovittaa* tekonsa ja palata prosessin jälkeen yhteisön täysivaltaiseksi jäseneksi.[57] Rangaistuksen lieventäminen tällä tavoin on puollettavissa niin sovitus- kuin tarkoituksenmukaisuuselementin kannalta, minkä lisäksi sen voidaan katsoa olevan koherenssissa sekä arvo- että tavoiteperiaatteiden kanssa. Pidän tällaista kehitystä erittäin toivottavana, eikä se nähdäkseni voi olla täysin vastoin kriminaalipoliittista käsitystä rikosoikeutemme tehtävistä ja toimintatavoista.

Itse yhdistän eettiset syyt sen sijaan sellaiseen syyllisyyskäsitykseen, jonka mukaan rikoksentekijä voi teon jälkeisellä aktiivisella ja vapaaehtoisella käyttäytymisellään osoittaa olevansa vähemmän moitteen arvoinen riippumatta tämän motiiveista ja sieluntilasta. Motiivien ja tunnontuskien sijaan syyllisyyden vähenemisen edellytyksenä tulisi nähdäkseni olla se, että rikoksentekijän pyrkimyksien katsotaan ilmentävän tämän *vapaaehtoista tahtoa* edesauttaa rikoksen selvittämisessä. Jo aikaisemmin toteamani mukaisesti analysoin kyseisiä näkökulmia ja omaksumaani syyllisyyskäsitystä perusteellisemmin myöhemmässä jatkotutkimuksessani. Tuula Linna, Oikeudenmukaisen rankaisemisen ideaali ja reaali – tunnustaminen rangaistuksen lieventämisperusteena, s. 275–297 teoksessa Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka – Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä – Sakari Melander (toim.), Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2019, s. 282–283, 287, 290–291.

56. Tässä esiin nostetut haasteet vaikuttanevat osaltaan myös siihen, miksi lieventämisperustetta ei lähestytä ensisijaisesti syyllisyysperustein.

57. Ks. Tapani – Tolvanen 2015, s. 235–236; Tolvanen 2009, s. 372.

An offender's attempt to further the clearing up of the offence – issues of culpability and expediency

JALO VATJUS-ANTTILA, LL.M., Doctoral Student, University of Turku

According to the Criminal Code of Finland, punishments can be reduced if the offender attempts to further the clearing up of the offence (chapter 6, section 6(3)). This reason for reducing the punishment can be justified and by both the principles of appropriateness and expediency, even though the currently prevailing view tends towards the latter. The article asks whether an offender's attempt to contribute to the investigation should be seen solely as a pragmatic issue, or should it be seen also as an issue of culpability.

The author notes that a court ought to be able to base its judgment explicitly on culpability argumentation, instead of resorting solely to pragmatic reasons. This is because the fulfilment of the provision's objective (process economy) requires that the provision has an effect on the offender's will to contribute and on their concrete actions. The author notes further that offenders will most probably confess in a situation where they can be certain that the confession will be taken into consideration regardless of whether they have actually resulted in process-economic benefits. This type of reasoning in the sentencing process requires reliance on deontological culpability argumentation. This is because if the sentencing consideration is based solely on expediency instead of culpability argumentation, the will and efforts of the offender will not be taken into account reliably and credibly. In other words, the offender's will and concrete endeavours ought to be sufficient grounds for reducing the punishment, but this cannot be fully guaranteed by relying only on pragmatic expediency argumentation. Apart from the goal-oriented and pragmatic aspects of the provision, the author justifies the argument also by examining the foundations of the sentencing system (principles of proportionality and equality).

Tiina Väisänen

Vapaaehtoisiin eläkevakuutuksiin avioero-osituksessa liittyvät tulkintaongelmat

Lakimies
1/2020
s. 75–95

HAKUSANAT: siviilioikeus, aviovarallisuusoikeus, avioero, ositus, vapaaehtoinen eläkevakuutus, osituksen sovittelu

1. Johdanto

Vapaaehtoiset eläkevakuutukset ovat osituksen näkökulmasta haastavia niiden kahdenlaisen luonteen vuoksi. Yhtäältä ne ovat eläkkeitä eli tarjoavat edunsaajalleen lakisääteistä eläketurvaa laajempaa eläketurvaa. Toisaalta ne ovat sijoitusomaisuutta, sillä niihin liittyvät vakuutussäästöt ovat eräissä tapauksissa, kuten yleensä avioerotilanteessa, takaisinostettavissa jo ennen eläkeiän alkamista. Vapaaehtoisilla eläkevakuutuksilla voidaan myös olettaa olevan suuri käytännön merkitys osituskäytännössä. Niiden suosio on vuodesta 2010 hiipunut[1], mutta edelleen yli 700 000 suomalaisella on yksilöllinen eläkevakuutus, ja niiden vakuutussäästöjen yhteenlaskettu takaisinostoarvo on lähes 12 miljardia euroa.[2]

Avioliittolaissa (13.6.1929/234, AL) ei ole erityistä sääntelyä siitä, miten näihin luonteeltaan kahdenlaisiin oikeuksiin tulisi osituksessa suhtautua. Erityisen sääntelyn puuttuessa vapaaehtoisia eläkevakuutuksia, samoin kuin lakisääteisiä eläkkeitä, tarkastellaan avioliittolain 35 §:n 3 momentin niin sanottua kolmatta

* *Tiina Väisänen*, OTL, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto; esittelijäneuvos, korkein oikeus (opintovapaalla). Olen ollut esittelijänä ennakkopäätöksessä KKO 2016:67. Artikkeli ei ole ratkaisun oikeustapauskommentti, vaan sen tarkoituksena on tuoda esille ja keskusteluun sellaisia näkökulmia, joista ei ratkaisussa ollut kysymys. Kiitän Tapani Lohea, Pertti Välimäkeä ja Tuomo Antilaa sekä refereitä artikkelini käsikirjoitusversiosta saamastani arvokkaasta palautteesta

1. Suosion lasku johtuu siitä, että eläkevakuutuksiin liittyvää verovähennysoikeutta on asteittain vähennetty samalla kun eläkeikää on nostettu. Vapaaehtoisten eläkevakuutusten suosio ei itse asiassa kestänyt kovin montaa vuotta. Eläkesäästäminen oli Suomessa vähäistä 1990-luvun puoliväliin saakka. Suosion huippu oli 2000-luvun alkupuolella, jolloin verovähennysoikeus oli parhaimmillaan samalla, kun työmarkkinoiden muutokset antoivat suomalaisille aiheen pohtia lakisääteisen työeläketurvan täydentämistä. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi sidotusta pitkäaikaissäästämisestä ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 159/2009 vp, s. 21.
2. Tiedot on saatu Finanssivalvonnan ja Eläketurvakeskuksen verkkosivuilta sekä Finanssialan keskusliiton tilastosta Henkivakuutusten vakuutussäästöt kesäkuu/2019.

omaisuuslajia koskevan sääntelyn nojalla.[3] Lainkohdan mukaan oikeuteen, jota ei voida luovuttaa tai joka muuten luonteeltaan on henkilökohtainen, on avio-oikeutta koskevia määräyksiä sovellettava ainoastaan sikäli kuin ne eivät ole vastoin sitä, mitä sellaisesta oikeudesta erityisesti on voimassa.[4]

Eläkkeistä osituksessa on oikeuskirjallisuudessa kirjoitettu paljon. Kirjoittajat ovat melko yksimielisiä siitä, että puolisoiden lakimääräisiä eläkkeitä ei oteta osituslaskelmassa huomioon.[5] Suurin osa kirjoittajista on yksimielisiä myös siitä, että vapaaehtoisten eläkevakuutusten säästö eli takaisinostoarvo sen sijaan voidaan ottaa osituslaskelmassa huomioon, jos puoliso pystyy siitä avioerotilanteessa määräämään.[6] Korkein oikeus on asettunut samalla kannalle ennakkopäätöksessä KKO 2016:67. Siinä vapaaehtoisten eläkevakuutusten takaisinostoarvot

3. Oikeuskirjallisuudessa jo Osvi Lahtinen käytti tästä oikeudesta nimitystä avioliittolain kolmas omaisuuslaji. Ks. Osvi Lahtinen, Avioliittolain kolme omaisuuslajia. Defensor Legis 1951, s. 122–129. Sittemmin termi on vakiintunut oikeustieteessä. Ks. esimerkiksi Aulis Aarnio – Markku Helin, Suomen avioliitto-oikeus. 3. uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus 1992, s. 137 ja Tapani Lohi, Aviovarallisuusoikeus. Alma Talent 2016, s. 194.
4. Aarnio ja Helin (1992, s. 137–138) ovat katsoneet, että AL 35 §:n 3 momentin tarkoittamaa oikeutta on harhaanjohtavaa kutsua avio-oikeudesta vapaaksi omaisuudeksi. Kyseessä on avioliittolain kolmas omaisuuslaji, joka saattaa olla vuoroin avio-oikeuden alaista ja vuoroin avio-oikeudesta vapaata omaisuutta riippuen sitä koskevista erityisistä määräyksistä.
5. Ks. esimerkiksi Aarnio – Helin 1992, s. 138; Urpo Kangas, Suomen henkivakuutusoikeus. Lakimiesliiton kustannus 1992, s. 324–325; Pertti Välimäki, Osituksen sovittelu. Lakimiesliiton kustannus 1995, s. 162–165; Eva Gottberg, Perhe, elatus ja sosiaaliturva. Tutkimus yksityisen ja julkisen elatusvastuun rajoista, rakenteesta ja toimivuudesta. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 1995, s. 89–93; Ahti Saarenpää, Ositus sopimuksena, toimituksena, ammattitaitona. Lapin yliopiston verkkojulkaisu 2005, s. 97–99 (osoitteessa http://www.ulapland.fi); Tiina Nystén, Parisuhteen juridiikka. Helsingin kauppakamari 2015, s. 51 ja Lohi 2016, s. 195–202. Väitöskirjassaan Eva Gottberg (1995, s. 91–93) on tosin katsonut, että kun aviovarallisuusjärjestelmän pääperiaatteena on puolisoiden omaisuuden puolittaminen, ei ole perusteltavissa, miksi avioliiton aikana ansaittu ja puolisoiden oloissa ehkä huomattavaa taloudellista arvoa omaava eläkeoikeus olisi tulevaisuudessakin automaattisesti nähtävä osittamiskelvottomana. Hän on viitannut Eläketurvakeskuksen hallitukselle antamaan muistioon ”Työeläkkeen jakaminen avioeron yhteydessä” 7.1.1980, jossa yhtenä vaihtoehtona on esitetty työeläkkeiden jakamista osituksessa. Sittemmin Eläketurvakeskus on vuonna 2014 tehnyt vastaavanlaisen esityksen muistiossaan 04/2014 ”Näkökulmia perhe-eläkkeen kehittämistarpeisiin” (Marjukka Hietaniemi ja Suvi Ritola (toim.)). Siinä (s. 79–82) on pohdittu mahdollisuutta jakaa puolisoiden lakisääteiset eläkkeet osituksessa.
6. Ks. esimerkiksi Kangas 1992, s. 324–325; Välimäki 1995, s. 162–165; Saarenpää 2005, s. 97–99; Eva Gottberg, Perhesuhteet ja lainsäädäntö. 7. ajantasaistettu painos. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2013, s. 20–21, ja Nystén 2015, s. 59–60. Hieman varovaisemman kannan vapaaehtoisten eläkevakuutusten huomioon ottamiseen ovat ottaneet Aarnio – Helin 1992, s. 138 ja Lohi 2016, s. 195–196. He ovat maininneet eläkeoikeudet esimerkkeinä oikeuksista, jotka saattavat kuulua avioliittolain 35 §:n 3 momentin soveltamisalaan. He eivät kuitenkaan tässä yhteydessä ole tarkemmin yksilöineet sitä, mitä eläkkeitä (pakolliset eläkkeet/vapaaehtoiset eläkkeet) he tällä tarkoittavat. Lisäksi oikeuskäytännössä ratkaisussa KKO 1993:62 on sivuttu kysymystä yksilöllisten eläke- ja henkivakuutusten huomioon ottamisesta osituksessa.

otettiin osituksessa huomioon, koska puolisolla oli mahdollisuus niistä päättää.[7] Lakimääräisten eläkkeiden osalta puolisot eivät olleet väittäneetkään, että ne tulisi ottaa osituslaskelmassa huomioon. Lakimääräisistä eläkkeistä ei siis ollut tuossa ratkaisussa kysymys muutoin kuin toisen puolison vaatiman osituksen sovittelun edellytysten harkinnassa.

Sovitteluharkinnassa korkein oikeus päätyi siihen, että pääasiassa eläkevakuutuksista johtuva puolison tasingonmaksuvelvollisuus olisi johtanut hänen kannaltaan kohtuuttomaan lopputulokseen ja siihen, että toinen puoliso olisi saanut perusteettomasti taloudellista etua. Sen vuoksi ositusta soviteltiin. Korkein oikeus otti sovitteluharkinnassa huomioon avioliiton keston ja panosperusteiden ohella sen, että eläkevakuutukset muodostivat olennaisen osan puolison muutoin selvästi toisen puolison lakimääräistä eläkettä heikommasta eläketurvasta, eikä viimeksi mainittua otettu osituslaskelmassa huomioon.[8]

Vapaaehtoisten eläkevakuutusten osituksessa aiheuttamista mahdollisista kohtuuttomuustilanteista ei ole Suomessa käyty kovin vilkasta keskustelua. *Pertti Välimäki* on väitöskirjassaan sivunnut kysymystä. Hän on pitänyt mahdollisena, että eläkeoikeudet voidaan ottaa sovitteluharkinnassa huomioon.[9] Hän on kuitenkin katsonut, että asia tulisi ratkaista lainsäädännöllä, koska eläkeoikeuksiin liittyvät osituspulmat ovat liian mutkikkaita ja tärkeitä sysättäväksi osituksen sovitteluun.[10] Muissa Pohjoismaissa asiasta on käyty vilkasta keskusteltua, ja kysymystä on pohdittu myös lainsäädäntötasolla. Tämän artikkelin tarkoituksena on tuoda aihe myös suomalaiseen oikeustieteelliseen keskusteluun.

Tarkastelen siis vapaaehtoisiin eläkevakuutuksiin osituksessa liittyviä mahdollisia kohtuuttomia tilanteita ja yritän löytää näkökulmia niiden korjaamiseksi. Asiasta on Pohjoismaista muun ohella Ruotsissa keskusteltu paljon, joten aloitan artikkelin käymällä läpi ruotsalaista sääntelyä sekä sen taustoja (luku 2). Sen jälkeen tarkastelen vapaaehtoisiin eläkevakuutuksiin osituksessa mahdollisesti liittyviä ongelmia käyttämällä esimerkkinä ennakkopäätöksen KKO 2016:67 ositustilannetta (luku 3), jonka jälkeen tarkastelen AL 103 b §:n sovittelusäännöstä ja sen tarjoamien sovittelukeinojen rajallisuutta (luku 4). Lopuksi esitän johtopäätökset sekä eräitä näkemyksiä siitä, miten mahdollisia kohtuuttomuustilanteita voisi korjata (luku 5).

Rajaan tarkastelun avioeron perusteella toimitettaviin toimitusosituksiin. Sopimusosituksia en käsittele, koska niissä puolisot voivat lähtökohtaisesti sopia vapaaehtoisista eläkevakuutuksista kohtuulliseksi katsomallaan tavalla.[11] Sitä-

7. KKO 2016:67, kohta 13–14 ja 17.
8. KKO 2016:67, kohta 34. Ks. myös. Urpo Kangas, Perhe- ja jäämistöoikeuden perusteet. 2. uudistettu painos. Alma Talent 2019, s. 323 ja 401.
9. Ks. myös Kangas 2019, s. 323.
10. Välimäki 1995, s. 165–166.
11. Tästä sopimusosituksille ominaisesta piirteestä ks. esimerkiksi Lohi 2016, s. 619–620. Sopimusvapaudesta huolimatta tärkeää on huomioida, että sopimusosituksesta voi syntyä lahja-

kään kysymystä, miten vapaaehtoiseen eläkevakuutukseen pitää suhtautua, kun ositus toimitetaan toisen puolison kuoleman johdosta, en tässä artikkelissa tarkastele.[12] Kysymys on mielenkiintoinen, mutta se vaatisi oman tutkimuksensa.

Käsitteellä vapaaehtoinen eläkevakuutus tarkoitan perinteisiä, vakuutusyhtiöiden tarjoamia vapaaehtoisia eläkevakuutuksia sekä niin sanottua PS-säästämistä. PS-säästämisellä tarkoitetaan säästämistä koskevaa sopimusta, jonka ehtojen mukaan säästövarat ovat nostettavissa vasta, kun säästövaroihin oikeutettu saavuttaa määrätyn iän tai kun muu ehdoissa mainittu säästövaroihin oikeutetun elämäntilanteeseen liittyvä erityinen nostoperuste täyttyy.[13] Kummankin tarkoituksena on tarjota lakisääteistä eläketurvaa laajempi eläketurva. Niitä myös tuetaan verohelpotuksin.[14]

2. Vapaaehtoiset eläkevakuutukset Ruotsissa

2.1. Taustaa

Muualla Pohjoismaissa on jo pidemmän aikaa keskusteltu eläkkeiden huomioon ottamisesta osituksessa. Ruotsissa tätä keskustelua on käyty ainakin 1960-luvulta lähtien. Siellä lainsäädäntöä on myös muutettu useaan kertaan.[15] Ruotsalaisessa

veroseuraamus, mikäli puoliso saa tasinkoa enemmän kuin hänen tulisi pääsäännön mukaan saada. Sen sijaan siitä, että puoliso joltain osin luopuu oikeudestaan tasinkoon ei muodostu verotettavaa lahjaa tasingonmaksuvelvolliselle puolisolle (KHO 2014:135).

12. Ruotsissa on tästäkin oma sääntelynsä (Äktenskapsbalk 1987:230, ÄktB, 10:3,2).
13. Ks. esimerkiksi Jaakko Ossa, Pitkäaikaisäästämisen verokohtelu. Defensor Legis 4/2010, s. 360–361. Ks. PS-säästämisestä tarkemmin myös HE 159/2009 vp s. 33. Ks. myös Antti Kolehmainen, Pitkäaikaissäästämissopimuksen säästövarat osituksessa. Defensor Legis 3/2015, s. 447–454.
14. Verohelpotusten edellytyksenä on eläkkeen nostamiselle säädettyjen rajoitusten noudattaminen kuitenkin siten, että säästöt ovat yleensä avioerotilanteessa takaisinostettavissa. Vapaaehtoisista eläkevakuutuksista säädetään tarkemmin vakuutussopimuslaissa (28.6.1994/543) ja PS-sopimuksista laissa sidotusta pitkäaikaissäästämisestä (22.12.2009/1183). Kummankin säästämismuodon maksujen verovähennysoikeudesta ja sen rajoituksista säädetään tuloverolain (30.12.1992/1535) 54 d §:ssä.
15. Myös Norjassa ja Tanskassa, joissa aviovarallisuusjärjestelmät ovat yhteispohjoismaista perua, aviovarallisuuslait näyttäisivät sääntelevän eläkkeitä laajemmin ja niissä näyttäisi olevan enemmän kohtuuttomien tilanteiden korjaamiseen liittyvää joustonvaraa kuin suomalaisessa sääntelyssä. Norjassa avioliittolaissa (Ekteskapsloven 1993, EL) on erityinen kohtuullistamissäännös (EL 61 § b-kohta), joka mahdollistaa eläkkeiden tasoittamisen osituksessa. Lisäksi Norjassa on sovittelusäännös (EL 59 §), joka mahdollistaa painavista syistä myös muun kuin ennen avioliittoa, perintönä tai lahjalla saadun omaisuuden arvon jättämisen jaon ulkopuolelle (Ks. Peter Lødrup – Tone Sverdrup, Familieretten. 8. utg. Peter Lødrup og Tone Sverdrup 2016, s. 249–251 ja 280–282). Tanskassa on vuoden 2018 alusta tullut voimaan uusi laki aviopuo-

oikeuskirjallisuudessa on todettu, että sääntelyyn usein tehdyt muutokset osoittavat, että kysymys on vaikea.[16] Tämän jakson tarkoituksena on siis tarkastella sitä, minkälaisia lainsäädäntötason ratkaisuja Ruotsissa on tehty vapaaehtoisten eläkevakuutusten osituksessa aiheuttamiin kohtuuttomuustilanteisiin liittyen. Tarkoituksena on antaa näkökulmia siihen, miten mahdollisia kohtuuttomuustilanteita voitaisiin Suomessa pohtia.

Ruotsalaisen järjestelmän olen valinnut tarkastelun kohteeksi siitä syystä, että ruotsalainen aviovarallisuusjärjestelmä on samankaltainen suomalaisen aviovarallisuusjärjestelmän kanssa. Sekä suomalaisessa että ruotsalaisessa aviovarallisuusjärjestelmässä pääajatuksena on avio-oikeuden alaisen omaisuuden puolittaminen ja tasaaminen avioliiton purkauduttua (ns. lykätty omaisuuden yhteisyys).[17] Kummassakin järjestelmässä avio-oikeuden alaisen omaisuuden (Ruotsissa giftorättsgods) eli puolittamisen piiriin kuuluvan omaisuuden piiri on lisäksi laaja. Puolittamisen ulkopuolelle jää lähtökohtaisesti vain sellainen omaisuus, joka on erikseen, esimerkiksi avioehtosopimuksella määrätty avio-oikeuden ulkopuolelle (Ruotsissa enskild egendom).[18] Lisäksi puolittamisen ulkopuolelle voi jäädä sellainen ns. kolmanteen omaisuuslajiin kuuluva omaisuus, joka on luonteeltaan henkilökohtainen ja jota ei voida luovuttaa. Ruotsalainen eläkejärjestelmä sen sijaan poikkeaa suomalaisesta järjestelmästä. Perusperiaate on silti sielläkin sama kuin Suomessa eli se, että eläkkeet jakautuvat yhtäältä lakimääräisiin eläkkeisiin, joita ei osituksessa oteta huomioon ja toiseksi yksityisiin eläkevakuutuksiin[19], jotka pääsäännön mukaan otetaan osituksessa huomioon.[20]

Tämä artikkeli toimii alkusysäyksenä väitöskirjalleni, jonka aiheena on eläkkeet avioero-osituksessa. Siinä tarkoitukseni on tehdä syvällisempi tutkimus siitä, minkälaisia lainsäädäntöratkaisuja muualla Pohjoismaissa on omaksuttu eläkkeisiin liittyen. Tässä artikkelissani tarkoitukseni ei sen sijaan ole tehdä sys-

lisoiden varallisuussuhteista (Lov om ægtefællers økonomiske forhold, ÆFL). Laissa on erityinen säännös eläkkeistä osituksessa (ÆFL 34 §) Lisäksi siinä on erityisiä hyvityssäännöksiä eläkkeisiin liittyen (ÆFL 13 luku 44–46 §). Tässä uudessa sääntelyssä eläkkeiden huomioon ottaminen osituksessa ei riipu siitä, onko kysymys pakollisesta vai vapaaehtoisesta eläkkeestä, vaan siitä, onko eläkettä pidettävä kohtuullisena (Irene Nørgaard – Caroline Adolphsen – Eva Naur, Familieret, 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag 2017, s. 297–298 ja Linda Nielsen – Anette Kronborg, Skilsmisseret: de økonomiske forhold, 4. udg. Karnov 2018, s. 201–210).

16. Margareta Brattström, Makars pensionsrättigheter. Iustus 2004, s. 166.
17. Ks. esim. Markku Helin, Onko aviovarallisuusjärjestelmämme vanhentunut? Lakimies 7–8/2010, s. 1314.
18. Ks. esimerkiksi Anders Agell, Nordisk Äktenskapsrätt. En jämförande studie av dansk, finsk, norsk och svensk rätt med diskussion av reformbehov och harmoniseringsmöjligheter. Nordisk Ministerråd 2003:2, s. 167–169 ja 262–263.
19. Ruotsissa on tarjolla käytännössä kahdenlaisia vapaaehtoisen eläkesäästämisen muotoja: vapaaehtoinen eläkevakuutus, jota säädellään vakuutussopimuslailla (Försäkringsavtalslagen 2005:104) sekä niin sanottu PS-säästäminen (IPS eli lagen om individuellt pensionssparande 1993:931).
20. Ks. ruotsalaisesta eläkejärjestelmästä Brattström 2004, s. 51–62.

temaattista oikeusvertailua[21] tai hahmottaa ruotsalaisen aviovarallisuus- ja eläkejärjestelmän kaikkia teoreettisia taustaehtoja. Tarkastelutapani ja -metodini on pikemminkin rinnastettavissa *Jaakko Husan* kuvaamaan ensimmäisen asteen vertailuun, jota harjoitetaan, kun etsitään malleja oman oikeuden kehittämiseen tai kritiikkiin.[22]

2.2. Nykytila Ruotsissa liittyen vapaaehtoisiin eläkevakuutuksiin

Äktenskapsbalk (1987:230, ÄktB) 10:3,1:n ensimmäisessä virkkeessä on säädetty henkilökohtaisista ja luovuttamattomista oikeuksista pitkälti samaan tapaan kuin AL 35 §:n 3 momentissa. Sääntelyä on Ruotsissa tulkittu siten, että yksityinen eläkevakuutus otetaan sen perusteella osituksessa huomioon, jos puoliso pystyy siitä ositustilanteessa määräämään. Sen sijaan lakisääteisiä eläkkeitä ei pääsäännön mukaan oteta osituksessa huomioon.[23] Tilanne on siis tältä osin samantyyppinen kuin Suomessa.

Mainitun ÄktB 10:3:n 3 momentissa on kuitenkin erityinen säännös liittyen yksityisiin eläkevakuutuksiin. Sen mukaisen erityisen sovittelusäännöksen nojalla ositusta voidaan sovitella siten, että yksityinen eläkevakuutus jätetään osituksen ulkopuolelle, mikäli ositus muutoin johtaisi kohtuuttomuuteen puolisoiden taloudelliset sekä muut olosuhteet huomioon ottaen. Ruotsin korkein oikeus (HD) ei ole antanut ennakkopäätöksiä tämän viimeksi mainitun sääntelyn tulkinnasta.

Esitöissä vapaaehtoisiin eläkevakuutuksiin liittyvää pääsääntöä on perusteltu sillä, että se turvaa mahdollisuuden tasoittaa eläkesäästöjä vähemmän omistavan hyväksi.[24] Osituksen erityistä sovittelusäännöstä taas on perusteltu sillä, että tietyissä tilanteissa vapaaehtoisen eläkevakuutuksen huomioon ottaminen saattaa kuitenkin johtaa kohtuuttomuuteen. Tällaisesta on mainittu esimerkkinä tilanne, jossa toisen puolison eläkkeet eivät kuulu osituksen piiriin mutta toisen puolison eläkkeet kuuluvat.[25] Tätä epäsuhtaa Ruotsin ÄktB:n yleinen sovittelu-

21. Ks. oikeusvertailusta ja siihen liittyvästä metodista tarkemmin esimerkiksi Heikki E.S. Mattila, Vertaileva oikeuslingvistiikka. Juridinen kielenkäyttö, lakimieslatina, kansainväliset oikeuskielet. Alma Talent 2017, s. 31–32.
22. Jaakko Husa, Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa: ”oikeaa oikeusvertailua”? Lakimies 5/2010, s. 715.
23. Ks. Brattström 2004, s. 43–49 ja 166–174; Anders Agell – Margareta Brattström, Äktenskap, samboende, partnerskap. 6. uppl. Iustus 2018, s. 212 ja Örjan Teleman, Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa. 7. uppl. Norstedts juridik 2016, s. 81–88.
24. Regeringens proposition (Prop) 1997/98:106. Pensionsrättigheter och bodelning. Prop, s. 35–38.
25. Ks. Prop 1997/98:106 s. 43 ja 60–64, Brattström 2004, s. 145–150 ja Teleman 2016 s. 87.

säännös (12:1) ei kaikilta osin pysty korjaamaan, koska sen perusteella sovittelu on mahdollista toteuttaa vain tasingonmaksuvelvollisuutta rajoittamalla.[26]

2.3. Ruotsalaisen sääntelyn aikaisemmat vaiheet

Vapaaehtoisista eläkevakuutuksista on Ruotsissa keskusteltu siis ainakin 1960 luvulta lähtien. Tuolloin vapaaehtoisia eläkevakuutuksia osituksessa arvioitiin silloisen Giftermålsbalk (1920:405) 6:1,2:n nojalla, joka oli samantyyppinen säännös kuin AL 35 §:n 3 momentti. Vakiintunut tulkinta oli jo tuolloin se, että lakimääräiset eläkkeet jäävät osituksen ulkopuolelle. Vapaaehtoisten eläkevakuutusten osalta oikeuskäytännössä (NJA 1960 s. 411) sen sijaan oli katsottu, että ne otetaan osituksessa lähtökohtaisesti huomioon.[27] Tämä synnytti keskustelun siitä, voidaanko pitää oikeudenmukaisena sellaista ositustilannetta, jossa toisen puolison eläkkeet koostuvat osituslaskelmassa huomioon otettavista yksityisistä eläkevakuutuksista, kun taas toisen puolison eläkkeet koostuvat osituksen ulkopuolelle jäävistä lakimääräisistä eläkkeistä. Vuonna 1964 annetussa perheoikeuskomitean mietinnössä ehdotettiinkin, että lakiin otettaisiin sääntely korjaamaan tällaista epäkohtaa, jossa puolisoiden eläkkeet ovat osituslaskelman kannalta epäsuhtaiset.[28] Mietintö ei kuitenkaan johtanut toimenpiteisiin.[29]

Asiaan palattiin ÄktB:n valmistelun yhteydessä vuonna 1986. Tuolloin ÄktB:ssa (10:3) päädyttiin säätämään, että vapaaehtoisia eläkevakuutuksia ei osituksessa oteta huomioon. Esitöissä tätä perusteltiin sillä, että kaikkia eläkkeitä tulisi osituksessa kohdella samalla tavoin.[30] Samalla lakiin (11:4) otettiin uusi vastikesääntely siltä varalta, että puoliso on tulevan avioeron varalta siirtänyt avio-oikeuden alaista omaisuuttaan sellaiseksi erityiseksi omaisuudeksi, jota ei osituksessa otettaisi huomioon, kuten eläkevakuutuksiin, ja pyrkinyt välttämään näin tasingon maksamisen.[31]

Tätä vuoden 1987 sääntelyä myös arvosteltiin. Kritiikin mukaan ongelmallista oli, että vapaaehtoista eläkevakuutusta ei missään tilanteessa otettu osituksessa huomioon, vaikka sitä joka tapauksessa oli mahdollista käyttää myös sijoituksena ja sen huomiotta jättäminen saattoi johtaa kohtuuttomaan tilanteeseen erityisesti vähemmän omistavan puolison näkökulmasta. Tämän vuoksi

26. Prop 1997/98:106 s. 43–44 ja 63–65. ÄktB 12:1 yleisen sovittelusäännöksen perusteella ositusta voidaan sovitella, mikäli tasingonmaksuvelvollisuus olisi avioliiton kesto, puolisoiden taloudelliset suhteet sekä olosuhteet muutoin huomioiden kohtuuton. Sovittelu on siis suojakeino sille puolisolle, jonka avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on puolisoaan suurempi.
27. Ks. Brattström 2004, s. 125–128.
28. SOU 1964:35 Äktenskapsrätt, s. 116.
29. Ks. Brattström 2004, s. 128–130.
30. Regeringens proposition. Prop. 1986/81:1 om äktenskapsbalk m.m., s. 163.
31. Ks. Brattström 2004, s. 131.

jo vuonna 1989 ÄktB 10:3:n otettiin erityinen sovittelua koskeva 3 momentti (1989:925). Sen mukaan eläkevakuutus oli mahdollista ottaa huomioon osituksessa, mikäli ositus muutoin johtaisi kohtuuttomuuteen. Esitöissä korostettiin, että kyse on poikkeussäännöksestä.[32]

Keskustelu jatkui edelleen ja siinä voidaan hahmottaa kaksi vastapuolta. Toinen puoli korosti yksityisen eläkevakuutuksen sijoitusominaisuutta ja sitä, että sen huomioimatta jättäminen johtaisi toista puolisoa vähemmän omistavan puolison kannalta kohtuuttomuuteen. Toinen puoli taas korosti yksityisen eläkevakuutuksen sosiaalisia tavoitteita turvata puolison eläke. Viimeksi mainittua kantaa edustavat tahot perustelivat näkemystään muun ohella sillä, että puolisoaan vähemmän omistavan puolison toimeentulo oli avioeron jälkeen joka tapauksessa mahdollista turvata elatusapusääntelyn kautta. Keskustelu johti lopulta vuoden 1999 (1998:619) lainmuutokseen, mikä sääntely on siis edelleen voimassa.[33]

2.4. Johtopäätökset Ruotsin tilanteesta

Johtopäätöksenä ruotsalaisesta järjestelmästä voidaan todeta, että nykyisellään Ruotsissa lakimääräisiä eläkkeitä ei oteta huomioon osituslaskelmassa, mutta vapaaehtoiset eläkevakuutukset otetaan lähtökohtaisesti huomioon, jos niillä on ositustilanteessa sellaista varallisuusarvoa, josta puoliso pystyy määräämään. Osituksessa saattaa siis syntyä tilanne, jossa toisen puolison eläkkeet otetaan osituslaskelmassa huomioon, mutta toisen puolison eläkkeet jäävät sen ulkopuolelle. Juuri tähän eläkkeiden epäsuhtaan liittyen Ruotsissa on katsottu tarpeelliseksi säätää erillinen kohtuullistamissäännös korjaamaan sellaisia yksityisten eläkevakuutusten aiheuttamia kohtuuttomuustilanteita, joita ei osituksen sovittelun yleissäännön keinoin ole mahdollista korjata.[34]

Ruotsissa eläkkeistä ja vapaaehtoisista eläkevakuutuksista on keskusteltu paljon, ja eläkevakuutuksiin liittyvää sääntelyä on myös useaan kertaan muutettu. Ruotsalaisesta keskustelusta saattaakin olla löydettävissä näkökulmia yhtäältä siihen, minkälaisia ongelmia eri sääntelyvaihtoehdoista saattaa seurata sekä toisaalta siihen, miten mahdollisia kohtuuttomuustilanteita voisi olla mahdollista lainsäädännöllä korjata. Ruotsalainen keskustelu osoittaa, että kysymys vapaa-

32. Regeringens proposition. Prop. 1989/90:30 om vissa äktenskapsliga frågor, s. 13. Ks. myös Brattström 2004, s. 132.
33. Brattström 2004 s. 133–136.
34. Todettakoon, että vapaaehtoisiin eläkevakuutuksiin on säädetty joustovaraa myös niistä sopimisen suhteen. ÄktB 10:4:n mukaan puolisot voivat sopia siitä, ettei näitä vakuutuksia huomioida osituksessa. Tällaista sopimusta ei katsota lahjaksi. Ks. Lars Tottie – Örjan Teleman, Äktenskapsbalken: En kommentar. 3. uppl. Norstedts juridik 2018, s. 315; Agell – Brattström 2018, s. 216 ja Teleman 2016, s. 81–88.

ehtoisten eläkkeiden huomioon ottamisesta osituksessa on ongelmallinen ja sen ratkaiseminen vaatisi syvällisen tutkimuksen aiheesta. Palaan tähän kysymykseen jäljempänä.

3. Vapaaehtoisten eläkevakuutusten avioero-osituksessa aiheuttamia ongelmakohtia: esimerkkinä ratkaisu KKO 2016:67

3.1. Kysymyksenasettelusta

Korkeimman oikeuden ratkaisemassa tapauksessa KKO 2016:67 arvioitavana oli ensiksi se, tuliko vapaaehtoisia eläkevakuutuksia ylipäätään ottaa osituksessa huomioon. Toiseksi kysymys oli siitä, tuliko eläkevakuutusten arvoa määritettäessä niiden takaisinostoarvosta 167 106 eurosta vähentää siihen liittyvä piilevä verovelka 68 525 euroa, mihin korkein oikeus vastasi myöntävästi. Lopuksi kysymys oli osituksen sovittelusta. Tarkastelen mainituista kysymyksistä viimeistä. Ensimmäistä kysymystä olen käsitellyt jo johdannossa, jossa todettiin, että vapaaehtoisen eläkevakuutuksen takaisinostoarvo kuului osituksen piiriin, koska se oli puolison määrättävissä. Toinen kysymys eli piilevän verovelan huomioiminen on oikeudellisesti erittäin kiinnostava. Se ei kuitenkaan ole tämän artikkelin kysymyksenasettelun kannalta merkityksellinen, joten sitä en tarkastele.[35]

Tapauksessa kysymys oli toisen puolison eli B:n kommandiittiyhtiön omistamista ja B:n hyväksi otetuista vapaaehtoisista eläkevakuutuksista. B oli saanut ansiotulonsa tästä yhtiöstä, jonka omistaja ja ainoa vastuunalainen yhtiömies hän oli. Toinen puoliso A oli saanut ansiotulonsa työstään kaupungin palveluksessa. B oli esittänyt selvitystä siitä, että eläkevakuutusten tarkoituksena oli ollut täydentää hänen lakisääteistä yrittäjän eläkettään, joka oli huomattavasti pienempi kuin A:n lakisääteinen eläke.

Puolisoilla ei ollut avioehtosopimusta, ja heillä oli lähtökohtaisesti avio-oikeus kaikkeen toistensa omaisuuteen. He olivat olleet avioliitossa 22 vuotta. Kumpikin

35. Asiasta on oikeuskirjallisuudessa käyty keskustelua, johon voi perehtyä esimerkiksi seuraavien kirjoitusten kautta: Aarnio – Helin 1992, s. 161; Pertti Välimäki, Ositettavan omaisuuden ja sen arvon määrityksestä. Defensor Legis 2/1996, s. 157–160; Urpo Kangas, Optiot ja omaisuuden ositus. Lakimies 6–7/2001, s. 1066–1068; Antti Kolehmainen, Ositus ja piilevä verovelka. Defensor Legis 1/2015, s. 59–75; Lohi 2016, s. 418–425 ja Aulis Aarnio – Urpo Kangas, Suomen jäämistöoikeus I, Perintöoikeus. 6. uudistettu laitos. Talentum 2016, s. 1309–1310. Ruotsissa oikeuskäytännössä (NJA 1975 s. 288 ja NJA 2015 s. 558) ja oikeuskirjallisuudessa (Ks. Brattström 2004, s. 138; Tottie – Teleman 2018 s. 237–238 ja Agell – Brattström 2018, s. 186–187) on lähdetty siitä, että piilevä verovelka otetaan huomioon omaisuuden arvoa osituksessa määritettäessä.

oli avioliiton aikana toiminut kykyjensä mukaan yhteisen talouden hyväksi sekä omaisuuden kartuttamiseksi ja säilyttämiseksi. Osituksessa kommandiittiyhtiön arvoksi määritettiin 110 000 euroa, mistä määrästä vapaaehtoisten eläkevakuutusten osuus oli 98 581 euroa. B:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästöksi määritettiin yhteensä 336 790 euroa ja A:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästöksi 240 950 euroa. Puolisoiden avio-oikeuden alaisten varojen säästöt olivat yhteensä 577 741 euroa ja säästön puolikas eli avio-osat 288 870 euroa. B:n varat olivat siten 47 919 euroa avio-osaa suuremmat.

Ilman vapaaehtoisia eläkevakuutuksia kummankin puolison varat olisivat olleet lähes yhtä suuret. B:n tasingonmaksuvelvollisuus perustui siis ennen kaikkea vapaaehtoisiin eläkevakuutuksiin, joiden tarkoituksena oli ollut täydentää hänen lakisääteistä eläkettään, joka oli huomattavasti pienempi kuin A:n lakisääteinen eläke. B katsoi, että tasingonmaksuvelvollisuus olisi johtanut hänen kannaltaan kohtuuttomaan lopputulokseen sekä siihen, että A olisi saanut perusteettomasti taloudellista etua. Tästä syystä B vaati osituksen sovittelua.[36]

3.2. Kohtuuttomuus ja osituksen sovittelu

Korkein oikeus otti sovitteluharkinnassaan huomioon sen, että puolisoiden avioliitto oli kestänyt 22 vuotta ja kumpikin oli avioliiton aikana toiminut kykyjensä mukaan yhteisen talouden hyväksi sekä omaisuuden kartuttamiseksi ja säilyttämiseksi. Lisäksi B:n tasingonmaksuvelvollisuus johtui käytännössä hänen eläketurvakseen tarkoitetuista säästöistä. Tasingonmaksuvelvollisuus olisi vaikuttanut B:n mahdollisuuksiin saavuttaa suunniteltu eläketurva, kun taas A ei joutunut tinkimään omasta eläketurvastaan, koska puolisoiden lakisääteisiä eläkeitä ei otettu osituksessa huomioon. Korkein oikeus hyväksyi sovitteluvaatimuksen ja määräsi, ettei B:n ollut maksettava A:lle tasinkoa.[37]

Korkeimman oikeuden ratkaisu tuo esille sen, että vapaaehtoiset eläkevakuutukset ovat omaisuuslaji, jonka huomioon ottaminen osituksessa avio-oikeuden alaisena omaisuutena ei ole ongelmatonta ja saattaa johtaa kohtuuttomiin tilanteisiin. Avioliittolain sääntelyn avulla tätä kohtuuttomuutta on mahdollista korjata osituksen sovittelun kautta silloin, kun vapaaehtoisen eläkevakuutuksen omistava puoliso on myös osituslaskelman mukaan se, jonka avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on puolisoaan suurempi taikka, jos vapaaehtoinen eläkevakuutus on hänen niin sanottua sivuomaisuuttaan. Sovittelu sen puolison hyväksi, jonka avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on puolisoaan pienempi, ei sen sijaan ole mahdollista, eikä sovittelu ole mahdollista silloinkaan, jos puolisoiden avio-oikeuden alaiset säästöt ovat yhtä suuret.

36. KKO 2016:67, kohta 32.
37. KKO 2016:67, kohdat 33–35 ja 37.

On kuitenkin ajateltavissa tilanteita, joissa myös toista puolisoa vähemmän avio-oikeuden alaista omaisuutta omistavan puolison vapaaehtoisen eläkevakuutuksen huomioon ottaminen osituksessa voi johtaa kohtuuttomuuteen. Tällaista kohtuuttomuutta ei siis kuitenkaan ole sovittelusäännöksen avulla lähtökohtaisesti mahdollista korjata. Sovittelusäännöksestä on apua lähinnä siinä tilanteessa, jossa vähemmän omistavalla puolisolla on myös sivuomaisuutta (ennen avioliittoa omistettua tai avioliiton aikana vastikkeetta saatua), jolloin niin sanottu sivuomaisuussääntö voi tulla avuksi (sivuomaisuus määrätään avio-oikeudesta vapaaksi). Käyn tällaisia esimerkkitilanteita ja osituksen sovittelua koskevaa sääntelyä läpi jäljempänä seuraavassa luvussa.

Muutkaan avioliittolain säännökset eivät näytä mahdollistavan tällaisen kohtuuttomuuden korjaamista. AL 35 §:n 3 momentti ei sisällä erillistä kohtuusharkintaa. Säännös sisältää kylläkin harkinnanvaraa sen suhteen, sovelletaanko sen tarkoittamaan omaisuuteen avio-oikeutta koskevia määräyksiä vai ei. Tämä on kuitenkin omaisuuden luonteeseen liittyvää harkintaa, ei kohtuullisuusharkintaa.[38] AL 35 §:n 3 momentin perusteella ajateltavissa ei siis ole, että vapaaehtoinen eläkevakuutus voitaisiin katsoa avio-oikeuden ulkopuoliseksi omaisuudeksi sen perusteella, että puolisoiden eläkkeet ovat osituslaskelman kannalta epäsuhtaiset.

Myöskään vastikesääntelystä ei ole apua tällaisessa tilanteessa. Vastikesäännöt ovat osituksen korjausnormeja. Niillä pyritään turvaamaan puolittamisperiaatteen toteutuminen erilaisissa häiriötilanteissa, kuten siinä tapauksessa, että puoliso on käyttänyt avio-oikeuden ulkopuolista omaisuuttaan avio-oikeuden alaisen omaisuuden kartuttamiseen (AL 92 §), kun puoliso on hukannut avio-oikeuden alaista omaisuuttaan (AL 94 §), kun puoliso on antanut avio-oikeuden alaista omaisuuttaan ennakkoperintönä (AL 94 a §) taikka kun puoliso on parantanut avio-oikeuden ulkopuolista omaisuuttaan avio-oikeuden alaisella omaisuudellaan (AL 95 §).[39] Vastikesääntelystä voisi siis ajatella olevan apua lähinnä seuraavanlaisessa eläkevakuutuksiin liittyvässä tilanteessa. Puolison vapaaehtoinen eläkevakuutus on avioehtosopimuksella jätetty avio-oikeuden ulkopuolelle ja puoliso on maksanut siihen liittyviä maksuja avio-oikeuden alaisella omaisuudellaan.

38. Ks. tältä osin esimerkiksi Aarnio – Helin 1992, s. 137 ja Lohi 2016, s. 194.
39. Ks. vastikesääntelystä tarkemmin esimerkiksi Lohi 2016, s. 467–528.

4. Sovittelusäännös ja sovittelukeinojen rajallisuus

4.1. Sovittelusäännöksen taustaa ja sovittelun edellytykset sekä konkreettiset harkintakriteerit

Osituksen sovittelua koskeva säännös otettiin avioliittolakiin vuonna 1988 varmistamaan, että pääsäännön mukaan toimitettavaan ositukseen liittyviä kohtuuttomuustilanteita voidaan tarvittaessa korjata. Lain esitöissä on lähdetty siitä, että puolittamisperiaate[40] tulee useimmissa tapauksissa edelleen johtamaan kohtuullisimpaan ja kummankin puolison oikeutetut edut tasapuolisimmin huomioon ottavaan lopputulokseen osituksessa. Kuitenkin joissain tilanteissa se saattaa johtaa kohtuuttomiin lopputuloksiin ja siihen, että toinen puoliso saa osituksessa perusteettomasti taloudellista etua.[41] Tästä syystä avioliittolakiin päädyttiin säätämään harkinnanvarainen osituksen sovittelua koskeva säännös, avioliittolain 103 b §.[42]

Sovittelun edellytyksiä sääntelevän pykälän 1 momentin mukaan ositusta voidaan sovitella, jos ositus muutoin johtaisi kohtuuttomaan lopputulokseen tai siihen, että toinen puoliso saisi perusteettomasti taloudellista etua. Osituksen sovittelua harkittaessa on erityisesti otettava huomioon avioliiton kestoaika, puolisoiden toiminta yhteisen talouden hyväksi sekä omaisuuden kartuttamiseksi ja säilyttämiseksi sekä muut näihin verrattavat puolisoiden taloutta koskevat seikat.

Lain esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa todetun mukaan 1 momentin ensimmäisessä virkkeessä ilmaistaan sovittelun varsinaiset edellytykset eli kohtuuttomuus tai perusteeton taloudellinen etu.[43] Koska näiden edellytysten harkinta saattaa yksittäisessä tapauksessa muodostua vaikeaksi, momentin toisessa virkkeessä on säädetty sovittelun erityisistä harkintakriteereistä.[44]

40. Esitöissä käytetään käsitettä tasajaon periaate. Oikeuskirjallisuudessa käsitettä on kuitenkin perustellusti kritisoitu ja katsottu, että se on harhaanjohtava ja että se sopii perinnönjakoon mutta ei osituksen. Oikeustieteessä ositustilanteessa on vakiintuneesti käytetty käsitettä puolittamisperiaate. Ks. tältä osin esimerkiksi Ahti Saarenpää, Avioliittolain muutokset, 4. uudistettu painos. Artikla 1992, s. 132; Aarnio – Helin 1992, s. 229; Välimäki 1995, s 59 ja Tapani Lohi, Ositus, tasinko ja sivullissuoja, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 52.
41. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta 62/1986 vp, s. 32.
42. HE 62/1986 vp, s. 32.
43. Oikeuskirjallisuudessa Välimäki (1995, s. 67–70) ja Lohi (2016, s. 622–623) ovat pohtineet sitäkin, onko lainsäädäntötasolla tarpeen erotella perusteettoman edun ja kohtuuttomuuden tilanteita. He ovat päätyneet siihen, että ositusharkinnassa riittävää on kysyä, johtaako ositus ilman sovittelua kohtuuttomaan lopputulokseen.
44. HE 62/1986 vp, s. 34. Ks. myös esimerkiksi KKO 2008:74, kohta 8 ja Välimäki, Ositusta ja sen sovittelua. Defensor Legis 2/2010, s. 138.

Konkreettisista harkintakriteereistä tärkeimpinä on lain esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa pidetty kahta keskimmäistä kriteeriä eli puolisoiden panoksia yhteiseen talouteen. Välimäki on käyttänyt niistä nimitystä panosperusteet.[45] Konkreettisista harkintakriteereistä ensimmäistä ja viimeistä eli avioliiton kestoa ja muita puolison taloutta koskevia seikkoja on pidetty panosperusteisiin verrattuna heikompina, toissijaisina harkintakriteereinä.[46] Korkein oikeus on antanut lukuisia sovittelusäännöksen tulkintaa koskevia ennakkopäätöksiä, joista tämän artikkelin kysymyksenasettelun kannalta keskeinen on jo edellä mainittu ratkaisu KKO 2016:67.[47]

Sovittelusäännöksen sanamuodossa ja sen esitöissä on jätetty avoimeksi mitä lainkohdan viimeisellä harkintakriteerillä eli muilla puolisoiden taloutta koskevilla seikoilla tarkoitetaan. Lainkohdan esitöissä on todettu, että luettelon kolme ensimmäistä kohtaa eivät ole tyhjentäviä, vaan näiden lisäksi on otettava huomioon myös puolisoiden taloutta koskevat seikat. Sen sijaan puolisoiden välisiin henkilökohtaisiin suhteisiin, kuten siihen, voidaanko puolisoa pitää syyllisenä avioeroon, ei tule sovitteluharkinnassa kiinnittää huomiota.[48]

Oikeuskirjallisuudessa *Tapani Lohi* on todennut, että kun lain sanamuoto jättää avoimeksi sen, mitä kaikkia seikkoja voidaan tämän viimeisen lainkohdan nojalla ottaa huomioon, kannanotto siihen, mille kaikille tekijöille voidaan antaa merkitystä, on viime kädessä jätetty oikeuskäytännön tehtäväksi.[49] Korkein oikeus on siis ratkaisussa KKO 2016:67 hyväksynyt sen, että puolisoiden eläkkeet voitiin ottaa sovitteluharkinnassa huomioon.[50] Korkein oikeus otti sovitteluharkinnassaan huomioon myös kaikki muut sovittelusäännöksessä mainitut harkintakriteerit eli avioliiton keston sekä panosperusteet eli puolisoiden toiminnan yhteisen talouden hyväksi sekä omaisuuden kartuttamiseksi ja säilyttämiseksi.[51]

45. Välimäki 1995, s. 70–73 ja Välimäki 2010, s. 138.
46. HE 62/1986 vp, s. 69. Ks. myös esimerkiksi Pauliine Koskelo, Avioliittolain uudet säännökset. Lakimies 1987, s. 972–973; Välimäki 1995, s. 183–2013 ja Välimäki 2010, s. 138. Ks. myös Lohi 2016, s. 624.
47. Muusta oikeuskäytännöstä todettakoon ratkaisut KKO 2013:34 ja KKO 2013:13 (ns. sivuomaisuuden merkityksestä), KKO 2008:74 (rekisteröimättömän avioehtosopimuksen merkityksestä), KKO 2008:40 (puolison velkaantumisen merkityksestä), KKO 2003:29 (avioliiton keston merkityksestä sekä sivuomaisuudesta), KKO 2000:27 (avioehtosopimuksen sovittelemisesta), KKO 1993:113 (sivuomaisuuden määrittelemisestä) ja KKO 1992:52 (avioliiton keston merkityksestä sekä sivuomaisuudesta).
48. HE 62/1986 vp, s. 34–35.
49. Lohi 2016, s. 636.
50. Välimäki (1995, s. 165) on jo aiemmin todennut, ettei ole estettä sille, etteikö eläkeoikeuksia voitaisi ottaa sovitteluharkinnassa huomioon. Ks. myös ratkaisun kommentista Kangas 2019, s. 323.
51. KKO 2016:67, kohta 33.

4.2. Sovittelukeinot ja niiden rajallisuus

Sovittelusäännöstä koskevissa esitöissä on todettu, että ne tilanteet, joissa puolittamisperiaatteen soveltaminen saattaisi johtaa kohtuuttomaan tai muutoin epäoikeudenmukaiseen lopputulokseen, voivat olla keskenään varsin erilaisia. Myös puolisoiden varallisuussuhteet ja erilaiset avio-oikeudesta annetut määräykset saattavat luoda hyvin erilaisia tilanteita harkittaessa osituksen sovittelun toimeenpanoa. Esitöiden mukaan osituksen sovittelua koskevat säännökset on tämän vuoksi pyritty laatimaan sellaiseen muotoon, että sovittelu on periaatteessa toteutettavissa kaikissa erilaisissa tilanteissa ja että sovittelun mahdollisuus on aina käytettävissä siitä riippumatta, mistä seikasta sovittelun tarve johtuu.[52]

Esityölausumista saattaa saada sen käsityksen, että lainsäätäjän tahtona on ollut mahdollistaa osituksen sovittelu aina silloin, kun pääsäännön mukaisesti toimitettava ositus johtaisi kohtuuttomuuteen. Esityölausuma on kuitenkin ristiriidassa sen kanssa, että lain esitöissä ja ositussäännöksen systematiikassa osituksen sovittelu on sitä koskevan pykälän 2 momentissa säädetty mahdolliseksi vain rajatuin keinoin. Rajaus on ollut omiaan helpottamaan sovitteluvaatimuksia ratkaisevien pesänjakajien ja tuomarien työtä ja tekemään sovittelusäännöksestä käytännössä toimivan säännöksen.[53] Samalla se johtaa siihen, että sovittelu ei ole kaikissa kohtuuttomuustilanteissa mahdollista.[54]

Sovittelukeinoja koskeva 2 momentti kuuluu seuraavasti. Ositusta soviteltaessa voidaan määrätä: 1) että puoliso ei saa avio-oikeuden nojalla toisen puolison omaisuutta taikka että sanottua oikeutta rajoitetaan; 2) että tietty omaisuus, jonka puoliso on ansainnut tai saanut puolisoiden asuessa erillään tai joka puolisolla on ollut avioliittoon mentäessä taikka jonka puoliso on saanut avioliiton aikana perintönä, lahjana tai testamentin nojalla, on omaisuuden osituksessa kokonaan tai osaksi oleva omaisuutta, johon toisella puolisolla ei ole avio-oikeutta; 3) että omaisuus, johon toisella puolisolla ei avioehtosopimuksen nojalla ole avio-oikeutta, on omaisuuden osituksessa kokonaan tai osaksi oleva omaisuutta, johon toisella puolisolla on avio-oikeus.

52. HE 62/1986 vp, s. 33. Toisaalta lain esitöissä (s. 31–32) on korostettu myös sitä, että pääsäännön mukaan toimitettava ositus johtaa yleensä oikeudenmukaisimpaan lopputulokseen. Lakivaliokunnan mietinnössä (LaVM 14/1986 vp s. 9) on todettu, että kysymys on poikkeussäännöksestä. Muun muassa nämä lausumat ovat oikeuskirjallisuudessa johtaneet vilkkaaseen keskusteluun sovittelukynnyksestä. Ks. esimerkiksi Koskelo 1987, s. 978–979; Aarnio – Helin 1992, s. 231; Välimäki 1995, s. 410–411; Saarenpää 2005, s. 57; Gottberg 2013, s. 38; Välimäki 2010, s. 147; Pekka Savola, Sivuomaisuus osituksen sovittelussa. Defensor Legis 1/2015, s. 78 ja Lohi 2016, s. 651–654. Välimäki on tältä osin todennut (1995, s. 411), että sovittelun normatiivisesta poikkeuksellisuudesta ei tulisi johtaa sovittelun edellytyksiä koskevia normikannanottoja – Toisaalta on kuitenkin selvää, että sovittelulla ei tavoitella millimetrioikeudenmukaisuutta.
53. Ks. esimerkiksi Lohi 2016, s. 617 ja Pertti Välimäki, Är den oinskränkta giftorätten föråldrad? JFT 1/2007, s. 8–9.
54. Ks. esimerkiksi Lohi 2016, s. 654 ja Välimäki 1995, s. 412.

Kohta 1 mahdollistaa sovittelun ensinnäkin siten, että puolison tasingonmaksuvelvollisuus poistetaan tai sitä rajoitetaan. Tämä sovittelukeino on käytettävissä sen puolison hyväksi, jonka avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on puolisoaan suurempi. Se ei voi johtaa siihen, että tämä puoliso joutuisi luovuttamaan tasinkoa enemmän kuin avioliittolain pääsääntö edellyttäisi.[55] Toisaalta se ei voi johtaa siihenkään, että se puoliso, jonka avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on puolisoaan pienempi, velvoitettaisiin suorittamaan tasinkoa.

> Korkein oikeus totesi viimeksi mainitun ennakkopäätöksessään KKO 2016:67. Siinä B vaati paitsi vapauttamistaan velvollisuudesta maksaa tasinkoa mutta myös sitä, että eläkevakuutusten huomiotta jättämisen seurauksena A olisi velvoitettu suorittamaan hänelle tasinkoa. Korkein oikeus hylkäsi viimeksi mainitun vaatimuksen.[56]

> Mainitussa tapauksessa B:n ensin vaatimalla tavalla sovittelu oli mahdollista toteuttaa, koska vapaaehtoisen eläkevakuutuksen yrityksensä kautta omistaneen ja sovittelua vaatineen B:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö oli A:n säästöä suurempi ja siten B oli tasingonmaksuvelvollinen. Ositusta myös soviteltiin, eli osituksessa ilmennyttä kohtuuttomuutta oli sovittelun keinoin mahdollista korjata.

> Aina kohtuuttomuuden korjaaminen ei ole kuitenkaan mahdollista. On ajateltavissa tilanteita, joissa myös toista puolisoa vähemmän avio-oikeuden alaista omaisuutta omistavan puolison vapaaehtoisen eläkevakuutuksen huomioon ottaminen osituksessa voi johtaa hänen kannaltaan kohtuuttomaan tilanteeseen. Kuvaan kaksi tällaista esimerkkiä jäljempänä jaksossa 4.3.

Sovittelukeinoja koskeva kohta 2 mahdollistaa sovittelun siten, että puolison omistuksessa oleva sivuomaisuus määrätään avio-oikeuden ulkopuoliseksi omaisuudeksi.[57] Sivuomaisuutta on ennen avioliittoa tai erillään asuessa saatu omaisuus taikka sellainen omaisuus, jonka puoliso on avioliiton aikana saanut vastikkeetta lahjana, perintönä tai testamentilla. Sivuomaisuus on lainkohdassa tyhjentävästi määritetty, eikä se siis sisällä joustonvaraa siinä, että se mahdollistaisi muunlaisen omaisuuden määräämistä avio-oikeuden ulkopuoliseksi omaisuudeksi. Lainkohta mahdollistaa hyvin erilaiset tasinkovelvollisuuteen tehtävät muutokset. Sitä soveltamalla tasinkovelvollisuutta voidaan paitsi pienentää mutta myös suurentaa. Lisäksi sen avulla on mahdollista kääntää tasingon suuntaa.[58]

55. HE 62/1986 vp, s. 62. Oikeuskirjallisuudessa ks. esimerkiksi Lohi 2016, s. 656.
56. KKO 2016:67, kohta 36.
57. Oikeuskirjallisuudessa lainkohdassa käytetystä omaisuudesta on vakiintuneesti käytetty nimitystä sivuomaisuus. Ks. esimerkiksi Välimäki 1995, s. 124; Aarnio – Kangas 2010, s. 219; Savola 2015, s. 76–93 ja Lohi 2016, s. 657.
58. Lohi 2016, s. 661–662.

> Sivuomaisuutta koskeva kohdan 2 sovittelukeino mahdollistaa siis hyvin erilaiset tasinkovelvollisuuteen tehtävät muutokset. Kuvaan tätä seuraavalla esimerkillä. A:n ja B:n välillä suoritetaan ositus. A:lla on perintönä saatua sivuomaisuutta. Mikäli sovittelun edellytykset täyttyvät ja sovittelu toteutetaan siten, että sivuomaisuus määrätään avio-oikeuden ulkopuoliseksi omaisuudeksi, se saattaa vaikuttaa tasinkoon eri tavoin riippuen siitä, kummalla puolisoista on enemmän avio-oikeuden alaista omaisuutta.
>
> Ensinnäkin jos A:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on suurempi kuin B:n, osituksen sovittelu vähentää A:n velvollisuutta maksaa tasinkoa B:lle. Toiseksi jos A:n sivuomaisuuden määrä on huomattava, sen määrääminen A:n avio-oikeudesta vapaaksi voi merkitä sitä, että B:llä onkin enemmän avio-oikeuden alaista säästöä ja siten velvollisuus maksaa tasinkoa siirtyy B:lle eli B:stä tulee tasingon maksamisvelvollinen. Kolmanneksi, jos sivuomaisuutta omistavan A:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on pienempi kuin B:n, sovittelu lisää B:n tasingonmaksuvelvollisuutta.

Sovittelusäännöksen 2 momentin viimeisessä kohdassa säädetään mahdollisuudesta sovitella puolisoiden tekemää avioehtosopimusta. Lain esitöiden mukaan tämän sovittelukeinon käyttäminen edellyttää painavia perusteita.[59] Tällä sovittelukeinolla ei ole mahdollista oikaista vapaaehtoisten eläkevakuutusten osituksessa aiheuttamia ongelmia, ellei kyse ole siitä, että puolisot ovat avioehtosopimuksessa sopineet, että toisen tai molempien puolisoiden vapaaehtoinen eläkevakuutus on avio-oikeuden ulkopuolista omaisuutta.

4.3. Kaksi kuvitteellista kohtuuttomuustilannetta ja sovittelukeinojen riittämättömyys

Kuvailen jäljempänä kaksi kuvitteellista ositustilannetta, joissa vapaaehtoisen eläkevakuutuksen huomioon ottaminen osituksessa avio-oikeuden alaisina varoina saattaisi johtaa kohtuuttomuuteen mutta mitä kohtuuttomuutta ei ole mahdollista sovittelusäännöksen keinoin korjata. Ensimmäinen tilanne on muunneltu esimerkki KKO:n ratkaisun 2016:67 avioerotilanteesta, jossa toinen puoliso on toiminut yrittäjänä ja hän on maksanut vain pientä lakisääteistä yrittäjän eläkettä. Toinen tilanne on klassinen esimerkki kotona pitkään lapsia ja perhettä hoitamassa olleesta isästä tai äidistä, jonka lakisääteinen eläketurva on kotityön vuoksi jäänyt pieneksi.

Ensimmäisessä esimerkissä puolisoilla C ja D on takanaan pitkä avioliitto. Sen aikana kumpikin on toiminut kykyjensä mukaan yhteisen talouden hyväksi sekä omaisuuden kartuttamiseksi ja säilyttämiseksi. Heillä on avio-oikeus kaikkeen toistensa omaisuuteen. Avioliiton aikana puolisot ovat hankkineet perheelle

59. HE 62/1986 vp, s. 73.

yhteisen kodin arvoltaan 300 000 euroa. Lisäksi D:n omistukseen on hankittu kesämökki, nykyiseltä arvoltaan 100 000 euroa, jonka rakentamiseen C on aktiivisesti osallistunut eli kyse on yhdestä puolisoiden yhteisten ponnistelujen hedelmästä. C toimii rakennusalan pienyrittäjänä. Yrityksen toiminta perustuu hänen työpanokseensa, ja puolisot ovat yksimielisiä siitä, että yritys on osituksessa otettava huomioon substanssiarvostaan 10 000 eurosta. C on täydentänyt pientä lakisääteistä yrittäjän eläketurvaansa vapaaehtoisella eläkevakuutuksella, joka otetaan huomioon osituksessa takaisinostoarvostaan 90 000 eurosta. D:n eläketurva muodostuu lakisääteisistä eläkkeistä, joita ei osituksessa oteta huomioon.

Osituslaskelman mukaan kummankin puolison avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on 250 000 euroa eli kumpikaan ei ole velvollinen maksamaan tasinkoa. Osituksessa kumpikin pitää oman omaisuutensa eli C pitää yrityksensä ja vapaaehtoisen eläkevakuutuksensa, D pitää kesämökin ja koti jää yhteiseen omistukseen. Ositus johtaa siis siihen, että C ei saa yhtä suurta osuutta avioliiton aikana yhteisin panostuksin hankitusta ja perheen yhteisessä käytössä olleesta omaisuudesta kuin D. Mahdollista kohtuuttomuutta tässä tilanteessa voisi olla se, että D:n lakisääteisiä eläkkeitä ei oteta huomioon osituksessa ja käytännössä ilman C:n vapaaehtoista eläkevakuutusta muu omaisuus eli siis myös kesämökki, jonka rakentamiseen ja ylläpitämiseen C on aktiivisesti osallistunut, jaettaisiin puoliksi.

Tätä mahdollista kohtuuttomuutta ei kuitenkaan ole mahdollista osituksen sovittelun keinoin korjata, vaikka kaikki sovittelun perusteet puhuisivatkin sovittelun puolesta. Puolisoilla on osituslaskeman mukaan yhtä paljon omaisuutta, joten AL 103 b §:n 2 momentin 1 kohdan sovittelukeino eli tasingon rajoittaminen ei ole käytettävissä. Momentin 2 kohdan sovittelukeino olisi käytettävissä vain siinä tapauksessa, että C:n vapaaehtoinen eläkevakuutus olisi sivuomaisuutta. Näin ei ole. Kohtuuttomuutta ei ole mahdollista korjata myöskään kohdan 3 sovittelukeinon avulla, koska puolisoilla ei ole avioehtosopimusta.

Toisessa esimerkkitilanteessa puolisoilla E ja F on takanaan pitkä avioliitto. He ovat vastaavin tavoin kuin edellisen esimerkin puolisot toimineet kumpikin kykyjensä mukaan perheen, yhteisen talouden ja omaisuuden hyväksi. Puolisoilla on avio-oikeus kaikkeen toistensa omaisuuteen. Avioliiton aikana F:n omistukseen on hankittu koti arvoltaan 200 000 euroa ja kesämökki arvoltaan 100 000 euroa. F:llä on lisäksi raha- ja osakesäästöjä 100 000 euroa. E on pitkälti F:n toiveesta ollut kotona hoitamassa kotia, lapsia ja perhettä ja mahdollistanut sen, että F on voinut panostaa uraansa ja kerryttää varallisuuttaan. Tosiasiassa kaikki F:n varat ovat kuitenkin puolisoiden yhteisten ponnistelujen hedelmiä. Kotityö ei ole kerryttänyt E:lle suurta lakisääteistä eläkettä, minkä vuoksi puolisot ovat ottaneet hänelle F:n eläketurvaa vastaavan vapaaehtoisen eläkevakuutuksen. Sen takaisinostoarvo on merkittävä, 200 000 euroa. F:n eläketurva muodostuu lakisääteisistä eläkkeistä, joita ei osituksessa oteta huomioon.

Osituslaskelman mukaan F:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on 400 000 euroa ja E:n 200 000 euroa, mikä määrä koostuu siis hänen eläketurvakseen tarkoitetuista vapaaehtoisista eläkevakuutuksista. F on velvollinen maksamaan E:lle tasinkoa 100 000 euroa, minkä hän suorittaa raha- ja osakesäästöillään. Muutoin puolisot pitävät omaisuutensa eli E pitää vapaaehtoisen eläkevakuutuksensa ja F kodin ja kesämökin.

Myös tässä tapauksessa ositus johtaa siis siihen, että E ei vapaaehtoisen eläkevakuutuksensa vuoksi saa yhtä suurta osuutta avioliiton aikana yhteisin panostuksin ja ponnisteluin hankitusta ja perheen yhteisessä käytössä olleesta omaisuudesta kuin F. Tässäkin tapauksessa mahdollista kohtuuttomuutta voisi olla se, että F:n lakisääteisiä eläkkeitä ei oteta osituksessa huomioon ja ilman E:n vapaaehtoista eläkevakuutusta F:n tasingonmaksuvelvollisuus olisi 100 000 euroa suurempi eli vastaisi käytännössä kodin puolisosuuden tai koko kesämökin arvoa.

Tätäkään mahdollista kohtuuttomuutta ei kuitenkaan voida osituksen sovittelun keinoin korjata. E:llä on osituslaskelman mukaan vähemmän avio-oikeuden alaista omaisuutta kuin F:llä, joten AL 103 b §:n 2 momentin 1 kohdan sovittelukeino eli tasingon rajoittaminen ei ole käytettävissä. Myöskään 2 kohdan sovittelukeino ei ole käytettävissä, koska E:n vapaaehtoinen eläkevakuus ei ole lainkohdassa tarkoitettua sivuomaisuutta. Kohtuuttomuutta ei voida korjata myöskään kohdan 3 sovittelukeinon avulla, koska puolisoilla ei ole avioehtosopimusta.

Johtopäätöksenä voidaan todeta, että sovittelusäännös on epätasapainoinen. Sen soveltamisedellytykset ja harkintakriteerit ovat avoimet ja sallivat, ja esityölausumat antavat aiheen olettaa, että sovittelun mahdollisuus olisi aina käytettävissä siitä riippumatta, mistä seikasta sovittelun tarve johtuu. Sovittelukeinot eivät kuitenkaan vastaavasti ole avoimia ja sallivia, vaan ne on lueteltu säännöksessä tyhjentävästi, eivätkä ne sisällä harkinnanvaraa. Sovittelu ei ole aina käytettävissä, vaikka pääsäännön mukaan toimitettava ositus johtaisikin kohtuuttomuuteen. Sovittelukeinoja voidaan tässä mielessä pitää riittämättöminä. Vapaaehtoiset eläkevakuutukset osituksessa saattavat tuoda esiin sellaisia kohtuuttomia tilanteita, joita olisi syytä voida korjata, mutta johon sovittelusäännös ei anna keinoja.

5. Johtopäätökset

Vapaaehtoiset eläkevakuutukset ovat omaisuuslaji, jonka huomioon ottaminen osituksessa avio-oikeuden alaisena omaisuutena ei aina ole ongelmatonta ja saattaa johtaa kohtuuttomiin lopputuloksiin. Tällaisia tilanteita voi syntyä erityi-

sesti silloin, jos puolisoiden eläkkeet ovat osituslaskelman kannalta epäsuhtaiset: toisen puolison jo kertyneet eläkesäästöt muodostuvat osituslaskelman ulkopuolelle jäävistä lakisääteisistä eläkkeistä, kun taas toisen puolison jo kertyneet eläkesäästöt muodostuvat avio-oikeuden alaisuuteen kuuluvasta vapaaehtoisesta eläkevakuutuksesta.

Avioliittolain sääntelyssä tällaista kohtuuttomuutta on eräissä tapauksissa mahdollista korjata osituksen sovittelusäännöksen (AL 103 b §) avulla. Sovittelukeinona on tällöin lähinnä pykälän 2 momentin 1 kohta eli tasingonmaksuvelvollisuuden rajoittaminen tai poistaminen. Tämä sovittelukeino ei kuitenkaan mahdollista sitä, että puoliso joutuisi luovuttamaan enemmän tasinkoa kuin mitä avioliittolain pääsääntö edellyttäisi. Sovittelu ei siten ole mahdollista siinä tilanteessa, että vapaaehtoisen eläkevakuutuksen omistava puoliso on osituksessa se puoliso, jonka avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö on puolisoaan pienempi. Sovittelu ei ole mahdollista silloinkaan, jos puolisoiden avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästöt ovat yhtä suuret. Jos samalla puolisoiden eläkkeet ovat osituslaskelman kannalta epäsuhtaiset ja he ovat kumpikin avioliiton aikana osaltaan kykyjensä mukaan panostaneet yhteiseen talouteen ja omaisuuteen, pääsäännön eli puolittamisperiaatteen mukaan toimitettava ositus saattaa johtaa kohtuuttomuuteen eli sovittelu saattaisi olla tarpeen.

Pertti Välimäki on väitöskirjassaan esittänyt, että eläkeoikeuksiin liittyvät osituspulmat tulisi ratkaista lainsäädännöllä. Olen samaa mieltä kuin Välimäki siitä, että asiaa tulisi tarkemmin pohtia. Meillä ei kuitenkaan ole käyty kovin vilkasta keskustelua tästä aiheesta ja siihen liittyvistä avioliittolain mahdollisista muutospaineista. Muissa Pohjoismaissa eläkkeistä ja vapaaehtoisista eläkevakuutuksista on sen sijaan keskusteltu paljon, ja niissä on asiasta myös erillistä sääntelyä. Ruotsissa ÄktB:n sääntely mahdollistaa sen, että vapaehtoisiin eläkevakuutuksiin liittyvät kohtuuttomuustilanteet voidaan yleensä korjata.

Vapaaehtoisten eläkevakuutusten aiheuttamiin kohtuuttomuustilanteisiin saattaa olla meilläkin aihetta puuttua. Mahdollisina korjauskeinoina voisi ensinnäkin olla aihetta selvittää, olisiko sovittelusäännöksen toista sovittelukeinoa eli sivuomaisuuteen liittyvää sovittelua aihetta muuttaa. Muutos voitaisiin toteuttaa siten, että lainkohdassa tarkoitetun sivuomaisuuden alaa laajennettaisiin lukemalla mahdolliseksi sivuomaisuudeksi tai sivuomaisuuteen verrattavaksi omaisuudeksi myös muu omaisuus eli esimerkiksi vapaaehtoiset eläkevakuutukset. Tämä toisi joustonvaraa osituksen sovitteluun, koska mainittu sovittelukeino mahdollistaa hyvin erilaiset tasinkovelvollisuuteen tehtävät muutokset. Toiseksi aiheellista voisi olla senkin selvittäminen, voitaisiinko meilläkin säätää Ruotsissa omaksutun kaltainen vapaaehtoisia eläkevakuutuksia koskeva erityinen sääntely, jonka mukaan vapaaehtoiset eläkevakuutukset voitaisiin jättää osituksessa huomioon ottamatta, jos pääsäännön mukaan toimitettava ositus johtaisi kohtuuttomuuteen.

Joka tapauksessa ruotsalainen keskustelu osoittaa, että vapaaehtoiset eläkevakuutukset osituksessa on aiheena vaikea ja sitä on syytä perusteellisesti tutkia. Kokonaiskuvan saamiseksi tutkimuksessa on aiheellista pohtia myös sitä, miten lakimääräisiä eläkkeitä on osituksessa tarkasteltava. *Eva Gottberg* on väitöskirjassaan nostanut tämän kysymyksen esille ja esittänyt, että myös lakimääräiset eläkkeet voisivat tulla osituksessa jaettavaksi. Tämän artikkelini tarkoituksena on ollut paitsi tuoda esille ja suomalaiseen keskusteluun vapaaehtoisiin eläkevakuutuksiin osituksessa liittyviä näkökulmia mutta myös toimia alkusysäyksenä väitöskirjalleni, jossa tarkoitukseni on tarkastella eläkkeitä osituksessa ja nykyiseen sääntelyyn ja oikeustilaan mahdollisesti liittyviä muutospaineita.

Voluntary pension insurance in the division of matrimonial property

Tiina Väisänen, LL.Lic., Doctoral Student, University of Helsinki

This article considers voluntary pension savings in the division of property following a divorce, particularly in cases where this would result in unreasonable outcomes. In one such case, KKO 2016:67, the Supreme Court stated that, in principal, voluntary pensions constitute assets subject to the matrimonial rights of the other spouse if the pension savings can be redeemed during the divorce process. Here, spouse B's pension scheme was voluntary, whereas spouse A's pension scheme was statutory and as such not considered property subject to the matrimonial right. The marriage had lasted a long time and both spouses had actively contributed to the household and engaged in the accumulation and preservation of common assets. Owing to B's voluntary pension, B was deemed to own more assets than A, which suggested the need for redistribution of B's assets in A's favour. The Supreme Court, however, considered this to be unreasonable and adjusted the division so that A was not, under the matrimonial right, to receive anything from B.

The article examines the rule of adjustment (section 103b) in the Finnish Marriage Act, noting that the provision does not cover many potentially unreasonable cases that might arise from voluntary pension schemes. For instance, the rule does not, in principle, provide means to adjust the division of assets in favour of the spouse with less assets. In Finland, unlike in other Nordic countries, there has not been any broader discussion on adjustment in relation to voluntary pensions. In other Nordic countries, the subject has been actively discussed in the literature, and Sweden has enacted a specific provision regarding voluntary pensions in the division of matrimonial property. The article examines this dis-

cussion and the Swedish provision and suggests means for solving potentially unreasonable situations in Finnish legislation.

The author concludes by proposing the addition of a specific provision in the Marriage Act concerning voluntary pensions in the division of matrimonial property, such as that in the Swedish Marriage Act. Alternatively, the current Finnish rule of adjustment could be amended so that voluntary pensions could be, for weighty reasons, totally or partly excluded from the marital right. In either case, further research is needed in Finland on voluntary and statutory pensions in the division of matrimonial property.

Erkki Rajaniemi

Lakimies
1/2020
s. 96–113

Vahinko- ja henkivakuutustoiminnan erityispiirteistä

HAKUSANAT: kauppaoikeus, yhtiöoikeus, vakuutuslainsäädäntö, yhtiöoikeudelliset periaatteet, vakuutusyhtiöoikeudelliset periaatteet

1. Johdanto

1.1. Vakuutustoiminnan luonteen vaikutus keskeisiin vakuutusyhtiöoikeudellisiin periaatteisiin

Yleisten yhtiöoikeudellisten periaatteiden merkityksestä saa peruskuvan tarkastelemalla osakeyhtiölakia (624/2006, OYL). Sen ensimmäisessä luvussa säädetään osakeyhtiön toimintaa ohjaavista keskeisistä periaatteista. Ne antavat käsityksen siitä, mihin periaatteisiin laki perustuu ja mitä oikeushyviä laissa pyritään suojelemaan. Tämä auttaa ymmärtämään lain yksityiskohtaisten säännösten tarkoitusta ja sisältöä.

Yleisten yhtiöoikeudellisten periaatteiden esittäminen lain alussa korostaa niiden merkitystä oikeusperiaatteina. Yhtiöoikeudellisen toiminnan monimutkaistuessa ja toimintamahdollisuuksien lisääntyessä OYL:ssa katsottiin tärkeäksi tuoda esille niitä periaatteita, joiden avulla ongelmalliset tilanteet viime kädessä ratkaistaan. Osalla periaatteista, kuten toiminnan tarkoituksella, yhdenvertaisuudella ja johdon huolellisuusvelvoitteilla on myös suora aineellisoikeudellinen merkitys.[1]

Samalla tavoin kuin OYL rakentuu yleisten yhtiöoikeudellisten periaatteiden varaan, rakentuu myös vakuutusyhtiölaki (521/2008, VYL) keskeisten vakuutusyhtiöoikeudellisten periaatteiden varaan.[2]

* *Erkki Rajaniemi*, OTL, VT, KTT, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto; johdon neuvonantaja ja johtoryhmän jäsen, Finanssivalvonta/Suomen Pankki.

1. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi 109/2005 vp, s. 17–18. Ks. OYL:n yleisten yhtiöoikeudellisten periaatteiden merkityksestä Jukka Mähönen – Seppo Villa, Osakeyhtiö I, Yleiset opit. WSOYpro 2006, s. 44–49. Ks. edelleen Seppo Villa, Henkilöyhtiöt ja Osakeyhtiö. 3., uudistettu painos. Talentum Media Oy 2006, s. 198–199. Vrt. osuustoiminnan keskeiset periaatteet teoksessa Jukka Mähönen – Seppo Villa, Osuuskunta. WSOYpro 2006, s. 4–7.
2. Ks. keskeisistä vakuutusyhtiöoikeudellisista piirteistä VYL 1:12–25. Ks. yleisten periaatteiden merkityksestä voimassa olevaan VYL:iin hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi vakuutusyh-

Vahinko- ja henkivakuutusyhtiöiden yhtiöoikeudellisessa sääntelyssä VYL on erityislaki ja OYL taustalla oleva yleislaki. Vakuutusyhtiöön sovelletaan OYL:a siten kuin VYL:ssa säädetään. Näin ollen vakuutusyhtiöitä koskevat keskeiset periaatteet johdetaan ensisijassa VYL:sta ja niitä koskevat täydentävät periaatteet OYL:sta.[3]

Syyt, miksi vakuutusyhtiöille on säädetty OYL:sta tai yleisestä yhtiöoikeudesta jossakin määrin poikkeavia periaatteita, eivät ilmene laista. Laista ei ilmene myöskään se, mikseivät säännökset ole yhteneviä edes keskeisille finanssimarkkinatoimijoille eli vakuutus- ja luottolaitoksille.

VYL:n periaatteet ja niiden muusta yhtiöoikeudesta joiltakin osin poikkeavat tulkinnat ovat seurausta vakuutustoiminnan luonteesta. Kyse on aikojen saatossa vakuutustoiminnan toimintaideologian myötä muotoutuneista käsitteistä ja vakiintuneista käytänteistä, joista osa on löytänyt tiensä sääntelyyn esimerkiksi keskeisinä vakuutusyhtiöoikeudellisina periaatteina.

1.2. Artikkelin rakenne ja tavoitteet

Artikkeli lähtee finanssimarkkinasääntelyn kuvauksesta, ja vakuutustoiminnan toimintaideologian hahmottamiseksi vakuutustoimintaa verrataan luottolaitostoimintaan. Sitten tarkastellaan vakuutustoiminnan toimintaideologian ilmenemistä keskeisissä vakuutusyhtiöoikeudellisissa periaatteissa ja eroina muun liiketoiminnan sääntelyyn. Muulla liiketoiminnalla tarkoitetaan tässä artikkelissa muun toimialan liiketoimintaa, eli muuta kuin vakuutusliiketoimintaa. Lopuksi, aiemmin kuvatun valossa, tarkastellaan vakuutusyhtiön mahdollisuutta harjoittaa muuta liiketoimintaa omistamiensa osakkeiden kautta.

Tutkimusongelma muodostuu siitä, että vakuutusyhtiöt ovat sidottuja VYL:ssä ilmaistuihin keskeisiin vakuutusyhtiöoikeudellisiin periaatteisiin. Käytännössä epäselväksi on sen sijaan koettu kysymys siitä, voivatko henki- ja vahinkovakuutusyhtiöt ryhtyä omistamiensa osakkeiden välityksellä harjoittamaan

tiölaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 13/2008 vp, s.19. ”Osakeyhtiölain 1 luvun rakennetta vastaavalla tavalla vakuutusyhtiölain 1 luvussa ehdotetaan säädettäväksi vakuutusyhtiön toiminnan keskeisistä periaatteista. Näiden periaatteiden kirjaamisella lakiin ja niiden kokoamisella ensimmäiseen lukuun halutaan osakeyhtiölain tapaan korostaa periaatteiden merkitystä vakuutusyhtiöiden toiminnassa ja helpottaa myös lain kokonaisuuden ymmärtämistä.”

3. Käytännön vakuutustoiminnassa OYL:sta käytetään usein ilmaisua ”VYL:n taustalaki”. Menettely saattaa eräässä mielessä olla selkeämpää. Tämä johtuu siitä, että ”yleislain” saatetaan mieltää tarkoittavan OYL:n soveltamista vain osakeyhtiömuotoisiin vakuutusyhtiöihin. Ks. OYL:n soveltamisesta kumpaankin yhtiömuotoon esimerkiksi HE 13/2008 vp, s. 8: ”Suomalainen vakuutusyhtiö voi olla yhtiömuodoltaan joko vakuutusosakeyhtiö tai keskinäinen vakuutusyhtiö. Näiden yhtiömuotojen yhtiöoikeudellisista eroista huolimatta kumpaankin yhtiömuotoon sovelletaan vakuutusyhtiölain lisäksi osakeyhtiölakia (734/1978) ja osakeyhtiölain voimaanpanosta annettua lakia (735/1978).”

muuta liiketoimintaa osana vakuutusliiketoimintaansa ja altistaa siten välillisesti vakuutustensa käsittämät edut niille riskeille, joilta keskeisillä vakuutusyhtiöoikeudellisilla periaatteilla pyritään suojautumaan.

Artikkelin keskeisen viitekehyksen muodostavat vakuutustoiminnan toimintaideologia sekä sen vaikutus keskeisiin vakuutusyhtiöoikeudellisiin periaatteisiin. Lisäksi tutkitaan keskeisten vakuutusyhtiöoikeudellisten periaatteiden merkitystä vakuutusyhtiöille, kun ne harkitsevat vaihtoehtoisia tapoja hyödyntää osakeomistuksiaan vakuutusliiketoiminnassaan.

Artikkelin tavoitteena on selvittää vakuutusyhtiöoikeudellisten periaatteiden ohjausfunktion rajat, toisin sanoen hahmottaa, missä määrin ja millä tavalla vakuutusyhtiöt saavat hyödyntää osakeomistuksiaan muissa osakeyhtiöissä vakuutusliiketoimintansa osana. Kysymys vaikuttaisi pintapuolisesti tarkasteltuna olevan sijoitustoiminnan ja vakuutusliiketoiminnan välisestä suhteesta. Tosiasiallisesti kyse on kuitenkin vakuutusyhtiön sallitun ja kielletyn toiminnan välisestä rajankäynnistä. Siksi kirjoitus kulminoituu kysymykseen siitä, voivatko vakuutusyhtiöt laillisesti välttää niitä sitovia, laista ilmeneviä keskeisiä vakuutusyhtiöoikeudellisia periaatteita harjoittamalla omistustensa kautta muuta liiketoimintaa osana vakuutusliiketoimintaansa.

Artikkelin tematiikka on vakuutusyhtiöiden toiminnan, niiden tasapuolisen valvonnan sekä vakuutettujen etujen näkökulmasta ajankohtainen. Markkinainformaatiota ja lehtikirjoittelua seuraamalla voi havaita, että vakuutusyhtiöillä on selvää kiinnostusta koetella toimintansa sekä siten samalla toimilupiensa rajoja ja laajentaa eri tavoin toimialaansa ”monipalveluyritystoiminnan” suuntaan. Vastaavasti vakuutustoiminnan keskeisten vakuutusyhtiöoikeudellisten periaatteiden merkitys vaikuttaa jääneen vähemmälle huomiolle.[4]

Artikkeli on metodiltaan lainopillinen.

4. Ks. vakuutustoiminnan yhteiskunnallisesta merkityksestä http://www.finanssiala.fi/materiaalit/FA-Julkaisu-Vakuutusvuosi-2017.pdf. Vakuutusyhtiöiden (so. vahinko-,henki- ja eläkevakuutus) yhteenlaskettu maksutulo oli noin 23 miljardia euroa. Korvauksia ja eläkkeitä maksettiin noin 22 miljardia euroa. Sijoituksia vakuutusyhtiöt tekivät vuonna 2017 noin 150 miljardin euron verran. Vertailun vuoksi todettakoon, että Suomen valtion talousarvio vuodelle 2018 oli noin 55 miljardia euroa. Ei ole aivan yhdentekevää, minkälaisin säännöin vakuutustoiminta ja sen tarjoama turva toimii, tai miten turva toimii, mikäli vakuutustoiminnan mahdollisesti sallitaan integroituvan muille toimialoille. Ks. myös http://www.finanssiala.fi/materiaalit/FA-Esitys-Vakuutusvuosi-2017-kuvat.pptx.

2. Finanssimarkkinasääntely

Vakuutus- ja rahoitusmarkkinat muodostavat yhdessä finanssimarkkinat. Lähtökohtaisesti voi todeta, että finanssimarkkinasääntelyssä on korostunut yhteiskunnallinen intressi, ja sääntely poikkeaa tässä mielessä syiden, tarkoituksen ja sisällön osalta monin osin tavanomaisen liiketoiminnan sääntelystä.[5]

Rahoitus- ja vakuutusmarkkinatoimijoiden kontrollointitarve liittyy markkinoiden vakaus-, uskottavuus- sekä yksilönsuojasyihin. Luotto- sekä vakuutuslaitoksille on siten asetettu esimerkiksi sellaisia vakavaraisuus-, riskienhallinta- ja hallinnon pätevyysvaateita, jotka ovat muussa liiketoiminnassa tuntemattomia.[6]

Voimakkaimmin yhteiskunnallinen intressi ilmenee julkisena kontrollioikeutena, joka voidaan luottolaitosten ja vakuutusyritysten elinkaaren aikana jaotella perustamis-, toiminta- ja selvitystilakontrolliksi. Erityisesti yhteisöjen vakavaraisuus on jatkuvan julkisen kontrollin alaisena. Perustaminen on erillisen toimilupaharkinnan alainen, omistamista valvotaan ja hallinnon jäsenten *fit & proper* -kelpoisuutta arvioidaan. Vakuutuskantojen luovutukset ja vastaanottamiset sekä muut yritysjärjestelyt vaativat Finanssivalvonnan suostumuksia. Viranomaisvaltuudet sisältävät osin laajaakin harkintavallan käyttöä.[7]

Pintapuolisesti tarkasteltuna finanssimarkkinatoimijoita koskevalla sääntelyllä on siten lähtökohtaisesti enemmän keskinäisiä lainsäädännöllisiä yhtene-

5. Ks. finanssimarkkinoiden rakenteesta Finanssimarkkinoiden makrotaloudellisten vaikutusten sääntely ja valvonta, valtiovarainministeriön julkaisuja 32/2012, Työryhmän muistio, Suomen Finanssimarkkinoiden rakenne, s. 21–22.
6. Ks. sääntelyn tarpeeseen liittyvästä kysymyksenasettelusta erityisesti taloustieteen näkökulmasta Veikko Vahtera, Osakeomistuksen riski ja sääntely. Lakimiesliiton Kustannus 2011, s. 46–49.
7. Ks. luottolaitossääntelyn yhteiskunnallisen luonteen korostumisesta esimerkiksi makro- ja mikrotaloudellisissa tavoitteissa Sakari Wuolijoki – Mika Hemmo, Pankkioikeus. 2., uudistettu painos. Talentum Media Oy 2013, s. 7–12. Ks. vakuutustoiminnan yleisestä yhteiskunnallisesta vaikuttavuudesta Sharon Tennyson, Challenges and Approaches in the Consumers Protection in the Insurance Industry, s. 191–215, teoksessa Patrick Liedtke – Jan Monkiewicz (eds.), The Future of Insurance Regulation and Supervision. Palgrave 2011. Tennyson toteaa muun muassa, että vaikka rajoittamaton kilpailu on yleensä paras tapa markkinoiden edistämiselle, niin vakuutustoiminta, samoin kuin muu finanssiala on jo pitkään tunnustanut estottoman kilpailun johtavan markkinoiden haittoihin. Oikeudelliset suojakeinot ovatkin Tennysonin mukaan välttämättömiä terveille finanssimarkkinoille. Ks. Jukka Rantala – Esko Kivisaari, Vakuutusoppi. 12. uudistettu painos, Finanssi- ja vakuutuskustannus Oy 2014, s. 101–118. Ks. yhteiskunnallisesta vaikuttavuudesta myös keskustelu virkamieseläkkeiden eläkemenon vaikutuksesta valtion budjettiin ja kansantalouteen Valtion Eläkerahaston perustamisen yhteydessä Veijo Åberg – Mikko Laakso, Varautua ja tasata, Valtion Eläkerahaston vaiheet, Otavan Kirjapaino Oy 2010, s. 14–18. Myös vakuutusyhtiölain kokonaisuudistusten yhteydessä yhteiskunnalliseen merkitykseen on otettu monesti kantaa. Esimerkiksi hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi vakuutusyhtiölaiksi ja laiksi vakuutussopimuslain muuttamisesta 179/1979 vp, s. 6: ”Vakuutusliikkeen harjoittaminen on tärkeää yhteiskunnallista toimintaa, minkä vuoksi yhtiön perustamiselle on asetettava korkeat vaatimukset”.

vyyksiä kuin eroavuuksia. Edellä todetusta voisi päätellä, että luotto- ja vakuutuslaitosten toiminta muodostaisi lainsäädännöllisesti yhdenmukaisen, muusta yritystoiminnasta poikkeavasti säännellyn kokonaisuuden. Tiettyjen lähtökohtien, kuten todetun yhteiskunnallisen intressin osalta näin onkin.

Lainsäädännön materiaalinen sisältö poikkeaa kuitenkin myös luotto- ja vakuutuslaitosten välillä monin osin toisistaan. Keskeisin syy vakuutuslainsäädännön ja sen tulkintaa koskevien presumptioiden poikkeavuuteen luottolaitoslainsäädännöstä perustuu toiminnallisiin eroavuuksiin. Luotto- ja vakuutuslaitosten toiminta ei ole toimintaideologialtaan samanlaista. Vakuutustoiminnan suhde riskiin sekä ansaintalogiikka eroavat ratkaisevasti luottolaitostoiminnasta. Vakuutustoiminnan toimintaideologia on peräisin vakuutustoiminnan luonteesta ja vaikuttaa keskeisiin vakuutusyhtiöoikeudellisiin periaatteisiin sekä yksittäisiin säännöksiin ja niiden tulkintaan.[8]

Finanssimarkkinoiden sääntely ei todetuista syistä muodosta yhtenäistä kokonaisuutta. Vakuutusyhtiöihin kohdistuvat lainsäädännölliset vaatimukset poikkeavat monin osin luottolaitossääntelystä.

3. Vakuutustoiminnan toimintaideologia

3.1. Vakuutustoiminnan ja luottolaitostoiminnan vertailu

Kategorisesti ilmaistuna vakuutustoiminta perustuu hallitun vakuutusriskin ottamiseen, luottolaitostoiminta riskin välttämiseen. Ero juontuu vakuutustoiminnan perustarkoitukseen suojata yksilöitä ja yhteisöjä riskeiltä. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että vakuutusriski siirretään vakuutusyhtiöön, joka toiminnan tarkoituksensa ja toimilupansa rajoissa ottaa sen vastattavakseen ja tasaa riskin muiden vakuutuksenottajien kannettavaksi. Tätä kutsutaan usein lyhyesti vakuutusperiaatteeksi.[9]

Yhteiskunnan toiminnan häiriöttömän jatkuvuuden kannalta mahdollisuus riskin siirtoon, vakuuttamiseen ja toimiviin vakuutusmarkkinoihin ovat merkit-

8. Teoriassa paljastavampaa olisi ”tavanomaista liiketoimintaa” harjoittavan osakeyhtiön toiminnan sääntelyn vertaaminen esimerkiksi työeläkevakuutustoiminnasta säädettyyn. Sääntelyjen lähtökohdat, oikeussuojan kohteet jne. saattaisivat kuitenkin olla kokonaisuuden hahmottamisen kannalta paikka paikoin liiankin kaukana toisistaan.
9. Ks. vakuutuksista ja vakuutustoiminnasta Jaana Norio-Timonen, Vakuutussopimuslain pääkohdat. Talentum Media Oy 2010, s. 1–3. ”Vakuutussopimuslaissa ei ole vakuutuksen tai vakuutussopimuksen määritelmää. Vakuutus on perinteisesti kuvattu sopimukseksi, jolla vakuutuksenantaja ottaa vakuutuksenottajan maksamaa vakuutusmaksua vastaan kantaakseen vakuutussopimuksessa määritellyn riskin.”

täviä elementtejä.[10] Vakuutustoiminnalla mahdollistetaan toiminta niille, jotka eivät halua ottaa riskiä tai kykene sitä kantamaan. Toisaalta vakuuttaminen tarjoaa yhteiskunnalle mahdollisuuden lakisääteisillä vakuutuksilla pakolla suojata yhteiskunnan tärkeäksi kokemia suojeluintressejä, kuten väärän liikennekäyttäytymisen, sairauksien, vanhuuden tai työttömyyden kohdanneita. Vakuutustoiminnan yhteiskunnallinen merkittävyys ja sen luoma vakaus palautuvat siten suurelta osaltaan vakuutustoiminnalla tarjottuun mahdollisuuteen siirtää riskiä maksua vastaan.[11]

Koska riski siirretään vakuutusyhtiöön, muodostuu vakuutuslainsäädännön päämääräksi vakuutusten käsittämien etujen suojaaminen. Tavoite sisältyy VYL 1 luvun keskeisten vakuutusyhtiöoikeudellisten periaatteiden piirteisiin. Vakuutuslainsäädäntö ohjaa vakuutusyhtiön toimintaa yhtäältä riskiottoon mutta toisaalta vakavaraiseen, hallitsematonta riskiottoa karttavaan ja vakuutusten käsittämät edut turvaavaan toimintaan.[12]

Toinen keskeinen ero luottolaitostoimintaan muodostuu siitä, että vakuutustoiminnan ansaintalogiikka korostaa vakuutusperiaatteesta johtuvia, lainsäädännölle asetettavia vaatimuksia. Käytännössä edellä todettu tarkoittaa sitä, että myös liiketoiminnan ansaintalogiikan kannalta vakuutus- ja luottolaitostoiminta poikkeavat toisistaan merkittävästi. Vakuutustoiminnassa maksua peritään ennen vastikkeen suorittamista. Itse asiassa vasteaika korvaukselle saattaa olla pitkä. Ero vakuutusmaksun ja vakuutustapahtuman välillä saattaa olla jopa puoli vuosisataa. Tai sitten vastiketta ei suoriteta koskaan.

Maksun ja sitä vastaavan suoritteen ajallinen jänne verrattuna luottolaitostoimintaan on siis poikkeuksellisen pitkä.[13] Ansaintalogiikalle on oikeudellisesti tyypillistä, että vakuutusyhtiö sitoutuu (vakuutussopimuksella) korvaukseen siihen saakka, kunnes vakuutustapahtuma tapahtuu. Saatu vakuutusmaksu sijoitetaan, ja sijoituksille saadaan erilaista tuottoa ja arvonnousua. Tämä johtaa

10. Riskin siirtämisen mahdollisuudella on lisäksi kansantaloudellisia ulottuvuuksia. Se generoi bruttokansantuotteesta laskettuna kansantalouteen noin 10 prosentin suuruisen maksuvirran, joka maksun suorittamista vastaan mahdollistaa yksilöille, yrityksille ja yhteisöille elämän sekä toiminnan taloudellisen vakauden ja jatkuvuuden odottamattomia tilanteita vastaan. Lisäksi, kuten todettua, vakuutusjärjestelmien sijoitustoimintojensa kautta kansantalouteen generoimat pääomavirrat ovat noin 150 miljardia euroa.
11. Ks. vakuutuksen luonteesta ja riskin tasaamisesta Rantala – Kivisaari 2014, s. 69–77.
12. Ks. Petri Mäntysaari, Vakuutuskannan luovutuksen erityiskysymyksiä. Defensor Legis 2/2001, s. 286–287. ”Vakuutusyhtiölain yleisenä tarkoituksena on suojata vakuutuksenottajien ja edunsaajien etuja.” Ks. vakavaraisuuden lähtökohtaisesta merkityksestä vakuutusten käsittämien etujen suojaamiselle esimerkiksi HE 13/2008 vp, s. 9. ”Vakuutusyhtiöiden toiminnan perusedellytyksenä on vakavaraisuus, jonka turvaamisesta on säännökset vakuutusyhtiölainsäädännössä. Vakuutusyhtiöllä on kaikissa tilanteissa oltava riittävästi varallisuutta kattamaan vakuutetuille ja muille korvaukseen oikeutetuille kuuluvien suoritusten maksaminen.”
13. Itse asiassa tästä perustotuudesta seuraa tarve vakuutustoiminnan riskienhallinnalle ja vakavaraisuussääntelylle, ts. vakuutuksenottajalla pitää olla varmuus korvauksesta, mikäli sopimuksenalainen vahinko tapahtuisi.

siihen, että vakuutusyhtiöllä on ennakollisia suorituksia, tämän vakuutusmaksuvelan luoman varallisuuden perusteella käytännössä vieraalla pääomalla tehtyjä sijoituksia ja toteutumatonta korvausvastuuta.[14]

Ennakollisesti haltuun saatuja varoja ei saa vaarantaa esimerkiksi vastuuttomalla sijoitustoiminnalla, heikolla hallinnolla tai vaikkapa kumuloivia riskejä keräämällä. Toiminta kokonaisuudessaan ei myöskään saa johtaa vakuutuksenottajien ja korvaustensaajien, sekä sitä kautta yhteiskunnan kannalta epätoivottavaan lopputulokseen, eli liiallisen riskinoton realisoitumiseen yhtiön konkurssina. Toimintaa on pakko kontrolloida erilaisin lainsäädännöllisiin suojaelementein.[15]

Keskeisimmät suojaelementit on säädetty vakuutusyhtiöoikeudellisiksi periaatteiksi. Ne korostavat esimerkiksi toimiluvan merkitystä, muun toiminnan harjoittamiskieltoa, toiminnan tarkoitusta, johdon tehtävää sekä pitkälti vakavaraisuusvaatimuksiin perustuvaa turvaavuutta. Suojaelementtejä löytyy toki myös muualta vakuutusyhtiölaista. Vakuutuslainsäädännössä on painotettu voimakkaasti riskienhallintaa sekä esimerkiksi velanottokieltoa.[16]

14. Vrt. osakeyhtiöoikeudellisesta ansaintalogiikasta ja sen suhteesta toiminnan tarkoitukseen Vahtera 2011, s. 179–181. On lisäksi sinällään kiintoisaa huomata, että vakuutus- ja luottolaitostoiminnassa velalliset ja luotonantajat ”menevät vastakkain”. Vakuutusyhtiö on velkaa vakuutuksenottajille kollektiivina ja luotonantajilla tilanne on päinvastainen. Yksilöt ja yhteisöt vastaavat luottosopimustensa mukaisesti kollektiiville. Yhteistä on puolestaan se, että kummankin finanssisektorin säännöksillä yritetään suojata heikompaa osapuolta.
15. Ks. riskin olemuksesta ja riskienhallinnasta Lasse Koskinen, Riskienhallinta ja tietämyksen tasot, s. 11–28 teoksessa Aarno Ahteensivu – Lasse Koskinen – Jarna Kulmala – Pauliina Havakka (toim.), Riskienhallinnan ajankohtaisia teemoja. Suomen Yliopistopaino Oy – Juvenes Print 2018. Ks. erityisesti vakuutusyhtiön riskinkannon spekulatiivisesta luonteesta s. 13, riskin ja tietämyksen luokittelusta s. 15–18 sekä riskienhallinnan käsiteestä s. 21.
16. Ks. ansaintalogiikasta Seppo Ilvessalo – Raimo Voutilainen, Näkökulmia vakuutusliiketoiminnan strategiseen johtamiseen, Finanssi- ja vakuutuskustannus Oy 2011, s. 9. Esimerkkinä voidaan mainita, että vakuutusyhtiö ei VYL 15:1:n mukaan saa ottaa velkaa. Säännös sallii muutamia poikkeuksia, kuten välttämättömän maksuvalmiuden hoitaminen jne. Kaikista otetuista luotoista tulee ilmoittaa Finanssivalvonnalle. Työeläkevakuutusyhtiöiden osalta periaate murrettiin väliaikaisesti säätämällä väliaikainen poikkeus työeläkevakuutusyhtiön tytäryhteisönä toimivan asunto-osakeyhtiön mahdollisuuteen ottaa luottoa. Ks. tematiikasta laki työeläkevakuutusyhtiöistä (354/1997, TVYL), 5 a §, sekä hallituksen esitys eduskunnalle laiksi työeläkevakuutusyhtiöistä annetun lain väliaikaisesta muuttamisesta 202/2014 vp. Vakuutusmaksuvastuun osalta periaatteen loogisuus horjuu. Vakuutusyhtiöiden sijoitustoiminta toimii lähtökohtaisesti vakuutuksenottajilta vakuutusmaksun muodossa otetulla velalla. Velanottokiellolla on vaikutuksensa myös yhtiön muuhun velvoiteoikeudelliseen toimintaan. Vakuutusyhtiön toimintaa koskee lisäksi vakuudenantokielto. Vakuutusyhtiö saa antaa vakuuden vain omasta tai tytäryhteisönsä sitoumuksesta. Säännösten tarkoituksena on estää vieraiden tai hallitsemattomien vastuiden muodostuminen, joka saattaisi johtaa vakuutusten käsittämien etujen vaarantumiseen.

3.2. Vakuutustoiminnan toimintaideologiasta vakuutusyhtiölain mukaiseen vakuutettujen etujen suojaamistarkoitukseen

Vakuutustoiminnan toimintaideologia on ohjannut VYL:n sisältöä. Systematiikan toteutuminen edellyttää vakuutettujen etujen suojaamista. Tavoitteen saavuttamiseksi vakuutuslainsäädäntöön on kehitetty käsite ”vakuutusten käsittämät edut”. Siihen liittyvillä säännöksillä pyritään ehkäisemään ”vakuutusten käsittämien etujen loukkaaminen”, tai esimerkiksi ”vakuutettujen etujen vaarantuminen”.[17]

Käsitettä on käytetty VYL:ssa 1930-luvulta lähtien, mutta laissa tai sen esitöissä ei ole ilmaistu selkeästi, mitä käsitteellä tarkoitetaan. Vuoden 1979 muutoksilla haluttiin kuitenkin sulkea osakasoikeudet ”vakuutusten käsittämät edut” -määritelmän piiristä pois.[18] Tuolloinkaan käsite ei saanut täsmällistä sisältöä. Vuonna 1991 VYL:iin tehdyssä muutoksessa mainitaan käsitteen tarkoittavan ”kaikkia varsinaista vakuutussuhdetta koskevia vakuutuksenottajien ja vakuutettujen etuja, jotka johtuvat laista, vakuutuksen perusteista ja ehdoista sekä vakuutussopimuksista”.[19] Vuoden 2008 VYL:n kokonaisuudistuksessa termi mainitaan useasti esimerkiksi Finanssivalvonnan fuusiosuostumusten yhteydessä mutta sen tarkempaa merkitystä ei selosteta. Käsitteelle ei edelleenkään haluttu antaa poissulkevaa sisältöä.

Menettely liittynee siihen, että Finanssivalvonnan ratkaisuharkintaa ei ole haluttu sitoa tarkemmin. Harkinta on aina sidottu laillisuuteen, mutta täsmällisen lakimääräisen sisällön antaminen käsitteelle on vaikeaa jos kohta mahdotonta. Tämä johtuu siitä, että vakuutusten käsittämät edut saavat käytännössä aina sisältönsä myös tapauskohtaisesti ja käsitteen voinee jossakin määrin katsoa muuttuvan myös ajassa.[20]

Summaarisesti ilmaistuna vakuutusten käsittämät edut voidaan johtaa vanhasta vakuutusoikeudellisesta turvaavuusperiaatteesta. Sen keskeisenä tavoitteena on ollut varmistaa, että edunsaajille ja vakuutuksenottajille turvataan kaikissa olosuhteissa heille kuuluvat korvaukset, jolloin myöskään yhteiskunnan

17. Ks. esimerkiksi VYL 3:16.3: ”[l]iitännäistoiminta ei saa vaarantaa yhtiön vakavaraisuutta eikä vakuutettuja etuja.” Tai VYL 6:20a.3, jonka mukaan ”[v]arat on sijoitettava vakuutettujen etujen mukaisesti ottaen huomioon yhtiön julkistetut sijoitustoimintaa koskevat tavoitteet ja muut tavoitteet. Jos yhtiön edut ja vakuutetut edut ovat ristiriidassa keskenään, sijoitukset on tehtävä vakuutettujen etujen mukaisesti.” Saman tyyppisiä edellytyksiä löytyy esimerkiksi viranomaisille asetettujen sulautumisen edellytysten harkinnalle tai yhtiömuodon muutoksen edellytyksenä.
18. Ks. vuoden 1979 muutoksesta HE 179/1979 vp, s. 58.
19. Ks. vuoden 1991 muutoksesta hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi vakuutusyhtiölain sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 303/1990 vp, s. 12.
20. Menettelytapa ei ole poikkeuksellista vakuutuslainsäädännössä. Ks. tematiikasta Erkki Rajaniemi, Kilpailun asema työeläkejärjestelmän hajautetussa toimeenpanossa. Kauppaoikeudellinen tutkimus erityisesti kilpailun merkityksestä työeläkevakuutusyhtiöille. Aalto University publication series – doctoral dissertations 53/2015, s. 46.

toimivuus ei vaarannu. Turvaamisen keskeinen merkitys on aikojen saatossa muodostunut niin läpitunkevaksi, että se heijastuu tavalla tai toisella lähes kaikista vakuutusyhtiölain tavoitteista ja säännösten tulkinnasta.[21]

Edellä todettu voidaan todentaa tarkastelemalla voimassa olevan vakuutusyhtiölain keskeisiä vakuutusyhtiöoikeudellisia periaatteita.[22]

4. Vakuutustoiminnan sääntelyn eroista muun liiketoiminnan sääntelyyn

4.1. Turvaavuusperiaate vakuutusyhtiöoikeudellisena periaatteena

Lain mukaan vakuutusyhtiön oma varallisuus, jälleenvakuutus ja muut yhtiön vakavaraisuuteen vaikuttavat seikat on järjestettävä vakuutetut edut turvaavalla tavalla ottaen huomioon tuottojen ja kulujen todennäköinen vaihtelu sekä arvioitavissa olevat muut epävarmuustekijät.[23] Hallituksen esityksen toteama asiasta on paljon puhuva. Sen mukaan turvaavuusperiaatteen keskeisyyden korostamiseksi säännös ehdotettiin siirrettäväksi toimintapääomaa koskevasta luvusta vakuutusyhtiöoikeudellisia periaatteita käsittelevään 1 lukuun.[24] Säännöksen tarkoituksena on pakottaa vakuutusyhtiö ottamaan kaikessa toiminnassaan huomioon vakuutettujen etujen turvaaminen. Näin yhtiöt pakotetaan arvioimaan koko toimintansa ”turvaavuusration” suodattamana. Vakuutusyhtiöllä olisi kaikissa mahdollisissa tilanteissa oltava riittävästi varoja vastuiden kattamiseksi.

4.2. Toimilupavaatimus vakuutusyhtiöoikeudellisena periaatteena

Lain mukaan vakuutustoimintaa saa harjoittaa ainoastaan vakuutusyhtiö, jolla on siihen toimilupa.[25] Hallituksen esityksen mukaan eräs vakuutustoiminnan

21. Saman tyyppisen lopputuleman muodostaa myös Mäntysaari 2001, s. 294.
22. Ks. Katriina Lehtipuro – Irene Luukkonen – Lea Mäntyniemi – Ville Raulos – Pia Santavirta, Vakuutuslainsäädäntö. 4. uudistettu painos, Suomen vakuutusalan koulutus ja kustannus Oy 2010, s. 32. Vakuutusyhtiön toiminnan keskeisiä periaatteita käsittelevässä jaksossa VYL:n keskeiset vakuutusyhtiöoikeudelliset periaatteet peräytetään yleisestä yhtiöoikeudesta ja vakuutustoiminnan erityispiirteistä johtuvaan jakoon. Jako on oikeudellisesti selkeä ja tuo hyvin esille sekä vakuutustoiminnan erityispiirteiden että yleisten yhtiöoikeudellisten periaatteiden vaikutuksen vakuutuslainsäädännön periaatteisiin.
23. Ks. VYL 1:16.
24. Ks. HE 13/2008 vp, s. 39–40.
25. Ks. VYL 1:13.

keskeisimpiä ja samalla muusta liiketoiminnasta poikkeavia periaatteita on juuri vakuutusyhtiöltä edellytettävä toimilupa.[26] Säännöksen tarkoituksena on turvata vakuutetut edut rajaamalla vakuutustoiminnan harjoittamisen perustaminen elinkelpoisille, yhteiskunnan kontrolliharkinnan läpäisseille yhteisöille.

4.3. Muun liiketoiminnan harjoittamiskielto vakuutusyhtiöoikeudellisena periaatteena

Lain mukaan vakuutusyhtiö ei saa harjoittaa muuta toimintaa kuin vakuutustoimintaa ja vakuutustoimintaan liittyvää toimintaa (liitännäistoiminta). Liitännäistoiminnan osalta todetaan erikseen, että sen on oltava yhtiön harjoittaman vakuutustoiminnan luonteeseen sopivaa, eikä se saa olla laajuudeltaan vakuutustoimintaan nähden olennaisessa asemassa. Liitännäistoiminta ei saa vaarantaa yhtiön vakavaraisuutta eikä vakuutettuja etuja.[27]

Muun liiketoiminnan harjoittamiskiellossa on kyse vanhasta, vakiintuneesta periaatteesta vakuutustoimialalla. Periaate sisällytettiin jo vuoden 1952 vakuutusyhtiölakiin (450/1952). Muun liiketoiminnan harjoittamiskielto on perusteltua vakuutettujen etujen turvaamisen näkökulmasta. Jos vakuutusyhtiö saisi vakuutuksenottajilta keräämiensä varojen turvin ryhtyä rajoituksitta harjoittamaan mitä tavanomaista liiketoimintaa tahansa, se voisi laajentaa toimintaansa alueille, joilla toimiminen olisi riskialtista vakuutettujen etujen turvaamisen kannalta.

Myös EU:n sääntely edellyttää, että vakuutusyritykset rajoittavat liiketoimintansa vakuutusliikkeeseen ja siitä välittömästi johtuvaan liiketoimintaan. Kotijäsenvaltion on nimittäin vaadittava, että vakuutusyritykset, joille haetaan toimilupaa, rajoittavat liiketoimintansa vakuutustoimintaan ja siitä välittömästi johtuvaan liiketoimintaan lukuun ottamatta muita kaupallisia liiketoimia. Toisin sanoen muun liiketoiminnan harjoittamiskielto on ehdoton ”vakuutettujen etu-

26. Ks. HE 13/2008 vp, s. 38.
27. Ks. VYL 1:14. Ks. liitännäistoimintasäännöksestä VYL 2:16.3. Ks. liitännäistoimintasäännöksestä HE 13/2008 vp, s. 49, joka viittaa liitännäistoimintasäännöksen muotoutumiseen nykymuotoonsa. Ks. tästä hallituksen esitys Eduskunnalle vakuutusyhtiölain muuttamiseksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 206/2000 vp, s. 1. ”Ehdotuksen mukaan edellä luetellut vakuutusyritykset saisivat pääasiallisen toimintansa, vakuutusliikkeen harjoittamisen, ohella toimia määrätyn tyyppisten yritysten edustajana sekä markkinoida ja myydä kyseisten yritysten lukuun niiden tarjoamia palveluja ja tuotteita asiakkaille – – vakuutusyrityksen toimiminen muun yrityksen edustajana tapahtuisi Vakuutusvalvontaviraston valvonnassa ja laissa säädetyissä rajoissa. Vakuutusvalvontavirasto voisi kieltää vakuutusyritykseltä kyseisen toiminnan harjoittamisen tai rajoittaa sitä, jos toiminta ei vastaa lain vaatimuksia.” Liitännäistoiminnalle on siis asetettu selkeät rajat.

jen", turvaamisperiaatteen, riskien rajoittamisen ja Euroopan unionin oikeusnormiston perusteella. Kaupalliset liiketoimet eli esimerkiksi omistukset sallitaan.[28]

Muun liiketoiminnan kiellon tarkoituksena on rajata vakuutusyritysten toiminta vakuutustoiminnan harjoittamiseen. Poikkeuksena rajoituksesta on liitännäistoiminta, jonka senkin on kuitenkin oltava muussa kuin merkittävässä suhteessa toimiluvalliseen vakuutustoimintaan.[29]

4.4. Erillisyysperiaate vakuutusyhtiöoikeudellisena periaatteena

Lain mukaan henkivakuutustoimintaa harjoittava vakuutusyhtiö (henkivakuutusyhtiö) ei saa harjoittaa muuta vakuutustoimintaa kuin henkivakuutusta ja vahinkovakuutusluokkiin 1 ja 2 kuuluvaa vahinkovakuutusta sekä näiden vahinkovakuutusten ja henkivakuutuksen jälleenvakuutusta.[30] Henkivakuutusyhtiön on pidettävä harjoittamansa vahinkovakuutustoiminta erillään henkivakuutustoiminnasta. Vahinkovakuutustoimintaa harjoittava vakuutusyhtiö (vahinkovakuutusyhtiö) ei saa harjoittaa muuta vakuutustoimintaa kuin vahinkovakuutusta ja jälleenvakuutusta. Jälleenvakuutusyhtiö ei saa harjoittaa muuta vakuutustoimintaa kuin jälleenvakuutustoimintaa ja siitä välittömästi johtuvaa toimintaa.[31]

Henki- ja vahinkovakuutus ovat luonteeltaan niin erilaista toimintaa, että niiden harjoittaminen samassa vakuutusyhtiössä riskien erilaisuuden vuoksi voisi johtaa vakuutettujen etujen vaarantumiseen. Myös EU:n direktiivit edellyttävät henki- ja vahinkovakuutuksen harjoittamista erillisissä yhtiöissä.[32]

Säännöksen eräänä tarkoituksena on estää eri vakuutuslajien riskien sekoittuminen ja sitä kautta hallitsematon vakuutusriskien yhteisvaikutus. Taustalla on ajatus siitä, että yhteiskunta estää vakuutusyhtiötä sekoittamasta esimerkiksi

28. Ks. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/138/EY vakuutus- ja jälleenvakuutustoiminnan aloittamisesta ja harjoittamisesta (Solvenssi II), annettu 25.11.2009, 1 osasto, II luku, 18 artikla: "[k]otijäsenvaltion on vaadittava". Kansallista liikkumavaraa ei implementoinnissa ole.
29. Ks. HE 206/2000 vp, s. 25–26, jossa todetaan muun muassa, että liitännäistoiminnan on oltava yhtiön harjoittaman vakuutustoiminnan luonteeseen sopivaa eikä se saa olla laajuudeltaan vakuutustoimintaan nähden olennaisessa asemassa. Liitännäistoiminta ei saa vaarantaa yhtiön vakavaraisuutta eikä vakuutettuja etuja. Tarkoituksena on estää se, että vakuutusyhtiön toiminnan luonne muuttuu olennaisesti muun liiketoiminnan johdosta verrattuna siihen tilanteeseen, jossa toimilupa on yhtiölle annettu. Ks. Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi – Raulos – Santavirta 2010, s. 33, jossa todetaan asian ydin selkeäsanaisesti. Liitännäistoimintasäännöksellä pyritään ensisijaisesti suojaamaan vakuutettuja etuja riskeiltä, joita muun kuin vakuutustoiminnan harjoittaminen saattaisi aiheuttaa vakavaraisuudelle.
30. Vahinkovakuutusluokilla 1 ja 2 tarkoitetaan tapaturmia ja sairautta. Ks. tästä tarkemmin laki vakuutusluokista (526/2008, LVL), 2 §.
31. Ks. erillisyysperiaatteesta VYL 1:15.
32. Ks. HE 13/2008 vp, s. 39.

henkivakuutustoimintaan vahinkovakuutustoiminnan eri luonteisuudesta johtuvia riskejä, jotta vakuutetut edut eivät vaarantuisi.

Kyseessä on vakuutusoikeudellisesti perustavaa laatua oleva periaate. Se tarkoittaa käytännössä sitä, että vakuutusyhtiö ei saa ottaa kannettavakseen (edes) rajoittamatonta vakuutusriskiä, vaan riskin ottamista on rajoitettu vakuutusryhmä-, tai käytännössä jopa vakuutuslajikohtaisesti.

4.5. Toiminnan tarkoitus vakuutusyhtiöoikeudellisena periaatteena

Lain mukaan vakuutusyhtiön on otettava huomioon vakuutettujen etujen turvaamiseksi vakuutustoimintaa koskevassa lainsäädännössä säädetyt periaatteet toimiessaan voiton tai muun taloudellisen edun tuottamiseksi.[33] Voiton tuottaminen ei siis itsessään ole kielletty, mutta se ei saa vaarantaa vakuutettujen etujen turvaamista.

VYL:n mukainen vakavaraisuus- ja valvontajärjestelmä on säädetty turvaamaan vakuutetut edut. Tämän varmistaminen perustuu ensi sijassa ajatukseen siitä, että vakuutusyhtiön omistajat ja johto toimivat lain edellyttämällä tavalla. Sitä täydentää vakuutustoiminnan julkinen valvonta. Esitöiden mukaan vakuutusyhtiön toiminnassa voiton tuottamisen rinnalla tulee myös korostaa vakuutustoiminnan erityispiirteitä. Jos vakuutusyhtiö, sen johdon kaikista toimista huolimatta, joutuu taloudellisiin vaikeuksiin, vakuutetut edut on silloinkin pyrittävä turvaamaan ensisijaisesti. Toisin sanoen, vakuutusyhtiön toiminnan tarkoitus mahdollistaa voiton tavoittelun, joka voi sinällään olla tavoite. Toiminnassa johdon velvollisuutena on kuitenkin valita keinot, jotka täyttävät ja ottavat huomioon vakuutustoiminnan erityispiirteet erityisesti ”vakuutusten käsittämät edut turvaavalla tavalla”.[34]

Säännöksen tarkoituksena on estää vakuutusyhtiötä voittoa tavoitellessaan ottamasta vakuutusten käsittämien etujen kannalta hallitsemattomia riskejä sekä estää lain tai hyvän vakuutustavan vastainen toiminta. Jopa vaikeuksiin ajautuneen vakuutusyhtiön on huomioitava toiminnassaan ensisijaisesti vakuutetut edut.[35]

33. Ks. VYL 1:17.
34. Ks. HE 13/2008 vp, s. 40.
35. On sinällään erikoista, että lainsäätäjä ei ole ”korottanut” VYL 13:2 kohtuusperiaatetta VYL 1 luvun mukaiseksi keskeiseksi vakuutusyhtiöoikeudelliseksi periaatteeksi. Periaate kun on vastinpari turvaavuusperiaatteelle. Oikeuspoliittisesti ajateltuna VYL 1:16 turvaavuusperiaate vaatisi parikseen keskeisiin vakuutusyhtiöoikeudellisiin periaatteisiin säännöksen tai ainakin jonkinlaisen kuvauksen (henki- ja eläkevakuutuksen) kohtuusperiaatteen vaikutuksesta turvaavuuteen. Logiikkahan menee periaatteiden keskinäisen suhteen ja vakuutusmaksua ajatellen siten, että maksu pitää määritellä turvaavasti, jolloin syntyy lähtökohtaisesti ylijäämää. Ylijäämästä kohtuullinen osa pitää kohtuullisuusperiaatteen mukaan palauttaa asiakkaille ”kohtuullisen oikeasti kohdistaen”. Periaate on tosin leimallisesti henkivakuutustoimintaa koskeva mutta

5. Vakuutusyhtiön omistukset vakuutettujen etujen turvaamisen ja yhtiön riskinottamisen rajaamisen näkökulmasta

Vakuutustoiminnassa vakuutettujen etujen turvaaminen on keskeinen vakuutuslainsäädännöllinen tavoite. Tämä herättää kysymyksen siitä, millä tavoin vakuutettujen etujen suojaamisen tavoite vaikuttaa vakuutusyhtiön omistuksiin, niiden käyttöön ja niiden kautta kertyviin riskeihin.

Kysymys voidaan purkaa kolmeen osaan. 1. Voiko vakuutusyhtiö omistaa muun toimialan yrityksiä? 2. Voiko vakuutusyhtiö omistamisen lisäksi maksimoida tällaisten omistuksensa arvoa omistajaoikeuksiaan käyttämällä, esimerkiksi kohdeyrityksen hallintoon osallistumalla? 3. Voiko vakuutusyhtiö omistajaoikeuksien käytöllä integroida kohdeyrityksen liiketoiminnan osaksi vakuutustoimintaansa?

Kysymyksenasetteluun liittyvä lainsäädäntökehitys on ollut karkeasti esitettynä seuraava. Vuoden 1979 VYL:n kokonaisuudistuksen periaatteiden mukaan vakuutusyhtiöt eivät saaneet harjoittaa muuta toimintaa kuin vakuutusliikettä. ”Vakuutustoiminnan päätehtävänä on tarjota vakuutusturvaa yleisölle. Sen tarkoituksena ei ole määräämisvallan hankkiminen muulla toimialalla toimivissa yrityksissä – –. Vakuutusyhtiön sivuyhtiö on aina muu osakeyhtiö tai muu yritys kuin vakuutusyhtiö. Vakuutusyhtiöllä voi ehdotuksen mukaan eräissä tapauksissa olla sivuyhtiö vain sosiaali- ja terveysministeriön suostumuksella – –. Esillä olevaan momenttiin sisältyy erittäin tärkeä vakuutusyhtiön toimintaa rajoittava säännös.”[36] Vakuutusyhtiöt eivät siis tosiasiallisesti saaneet ottaa kannettavakseen muun toiminnan riskejä.

Vuonna 1986 vakuutusyhtiön omistuksiin liittyviä säännöksiä ankaroitettiin. Vakuutusyhtiöille sallittujen omistusosuuksien rajaa muuta toimintaa harjoittavissa yhtiöissä pienennettiin määräysvaltarajoitteesta (välillisten kirjanpitovaikutusten vuoksi) 20 prosenttiin.[37]

Sen sijaan vuonna 1992 ETA-ratkaisun perusteella toteutettu muutos poisti omistusrajoitukset sekä muutti sallitun liiketoiminnan määritelmää. Ulkopuolisen toiminnan (ts. muun liiketoiminnan) oli ollakseen sallittua oltava selvästi

vaikuttaa myös vahinkovakuutuksessa. Siinä ajallinen viive on lyhempi. Periaatteen merkitys on myös siinä mielessä huomattava, että käytännössä se voi leikata oikeutta voittoon. Periaatteella on siten yhteys myös VYL 1:17 mukaiseen toiminnan tarkoituksesta säädettyyn.

36. HE 179/1979 vp, s. 13. Esitys korostaa vakuutusyhtiöiden yhteiskunnallista merkitystä. Toiminnan laatu ja laajuus huomioon ottaen katsottiin paremmaksi, että vakuutusyhtiöt keskittyvät perustoimintaansa.

37. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vakuutusyhtiölain 1 luvun 3 §:n muuttamisesta 177/1986 vp, s. 3–4. Ajattelu oli kirjanpitoperustaista. Kyseistä rajaa suurempien omistusosuuksien antavan niin suuren vaikutusvallan, että omistettu yritys olisi otettava tulosvaikutteisesti mukaan omistajayrityksen tilinpäätökseen.

vakuutusliikkeeseen liittyvä ja hyödyttää vakuutusliiketoimintaa.[38] Vuoden 2008 VYL:n kokonaisuudistus sekä voimassa oleva VYL jatkoivat samaa systematiikkaa. Toimiluvallinen vakuutusyhtiö saa harjoittaa vain vakuutustoimintaa. Muun toiminnan on täytettävä liitännäistoiminnan edellytykset. Siten myös liitännäistoiminta noudattaa vuoden 1992 periaatteita. Omistamiselle ei, vuoden 1992 lainmuutoksen tapaan, ole muodostettu rajoitteita.[39]

Omistamisen kautta tapahtuva muun liiketoiminnan harjoittaminen integroimalla tällainen toiminta osaksi vakuutusliiketoimintaa vaikuttaa jo Euroopan unionin normiperustan ja sen perusteella implementoidun kansallisen lainsäädännön valossa hyvinkin selkeästi kielletyltä toiminnalta.[40]

Toiveet omistamisen kautta tapahtuvasta toimialan laajenemisesta ovat kuitenkin nykypäivän ilmiö.[41] Yleisin näkökantaa vastaan esitetty oikeusteoreettinen argumentaatio perustuu siihen, että näin voitaisiin kiertää toimilupakontrolli. Alun perin toimiluvallinen toiminta olisi hetken kuluttua aivan erimuotoista kuin mihin toimilupa olisi annettu. Väite on sinällään totta, mutta argumentaatio

38. Ks. hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi vakuutusyhtiölain, työntekijäin eläkelain 3 §:n ja potilasvahinkolain 5 §:n muuttamisesta 350/1992 vp, yleisperustelut, 1:3. Omistusrajoitusten poistot liittyvät siten siihen fundamentaaliseen keskusteluun, voiko omistamista Euroopan unionissa rajoittaa. Ei siis siihen, halutaanko omistusrajoitusten poistolla antaa lupa harjoittaa omistetun yhteisön liiketoiminta. Samalla omistusrajoitusten poisto liittyy laajemman sijoitustoiminnan mahdollistamiseen. Lähinnä omistusrajoituksilla ei enää haluttu rajoittaa tuottavaa ja turvaavaa sijoittamista.
39. Ks. omistamisen vaikutuksiin lähinnä omistusosuuksien suuruudesta ja toiminnalle vieraan riskin näkökulmasta hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi työeläkevakuutusyhtiöistä ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 255/1996 vp, 5 §, yksityiskohtaiset perustelut. ”Lakiehdotuksen mukaan enemmistöomistukselle kuitenkin tarvittaisiin sosiaali- ja terveysministeriön lupa. Näin on pidetty tarpeellisena ehdottaa, jotta valvontaviranomainen voisi seurata työeläkevakuutusyhtiöiden toimintaa rahoitusmarkkinoilla siitäkin näkökulmasta, onko enemmistöosuuden hyväksyminen rahastoyhtiössä tulkittava työeläkevakuutusyhtiön toimialan laajentamiseksi siltä kielletylle vieraalle toimialalle. Työeläkevakuutusyhtiö voi harjoittaa vain työeläkevakuutustoimintaa ja siihen suoranaisesti liittyvää jälleenvakuutusta. Enemmistöosuuden omistaminen kokonaan muun alan yhtiöstä tai ratkaisevan vaikutusvallan muu hankkiminen tällaisesta yhtiöstä saattaa käytännössä merkitä sellaista vastuuta yhtiön toiminnasta, jota on jo pidettävä muun kuin työeläkevakuutusyhtiölle sallitun toiminnan harjoittamisena.” Huomaa, että esitysteksti koskee siis työeläkevakuutusliikkeen harjoittamista mutta teksti viittaa vakuutusyhtiölaista käytyyn keskusteluun.
40. Ks. myös alaviite 29.
41. Asiasta on viime aikoina käyty aika ajoin vilkastakin yhteiskunnallista keskustelua. Esitetyissä huomioissa heijastuu keskustelijoiden liityntä yhtäällä liiketoiminnan asettamiin paineisiin ja toisaalta finanssijärjestelmän toimeenpanon legalistiseen valvontaan. Ks. Maaseudun Tulevaisuus, 4.4.2018: Finanssivalvonnan johtaja Anneli Tuominen on huomauttanut pankki- ja vakuutusyhtiöiden kolkuttelevan toimialalupiensa rajoja laajentuessaan terveyspalveluihin. Pääjohtaja Ritakallion mukaan toimilupien rajoja pitäisi laajentaa lainsäädäntöä muuttamalla, sillä muiden alojen yhtiöitä eivät rajoitukset koske. ”Isot kansainväliset yhtiöt voivat rynniä valloittamaan Suomen, jos lakia ei muuteta. Muutos tarvitaan jo kilpailuneutraliteetin vuoksi”, Ritakallio toteaa Maaseudun Tulevaisuuden haastattelussa. Ks. haastattelu osoitteessa https://www.maaseuduntulevaisuus.fi/talous/artikkeli-1.230304.

ei liene aivan oikeusteoreettisen ongelma-asettelun keskiössä. ”Saan omistaa, siksi saan harjoittaa myös omistamaani toimintaa” -keskustelu on vakuutusjärjestelmien kannalta erityisen ongelmallinen siksi, että toive on voimassa olevan oikeuden ja sen taustalla olevien periaatteiden vastainen. Perustavaa laatua oleva riskivaikutus vyöryisi vakuutettujen etujen turvaksi rakennettuun vakuutusyhtiön riskinottoa rajaavaan kokonaisuuteen, ja tällä saattaisi olla arvaamattomat yhteiskunnalliset vaikutukset. Oikeuspoliittisesti käytännön muuttaminen mainittuun suuntaan edellyttäisi myös lainsäädännöltä vakuuttamiseen liittyvien sekä vakuutusten käsittämien etujen suojaamiseksi laadittujen sääntöjen täysremonttia.[42]

Vakuutusyhtiöiden osakeomistukset ovat yleensä julkisesti noteerattujen yhtiöiden osakeomistuksia. Osakeyhtiöinstituution peruspiirteisiin kuuluu sijoittajaomistus, johon puolestaan kuuluvat oikeus voittoon ja kontrolliin yhtiössä. Osakkeenomistajan hallinnoimisoikeudet turvaavat osakkeenomistajalle mahdollisuuden omistustensa riskien vähentämiseen ja mahdollisten liiketoiminnallisten riskien ehkäisemiseen. Vastaavasti tämä lisää omistetun yhtiön ja siten osakkeen arvoa. Osakkeenomistajan kontrollioikeus on siten yhdistettävissä osakeyhtiön institutionaalisiin piirteisiin.[43]

Ero muodostuu siinä, että omistajaohjauksen perusteella kohdeyhtiön hallituksessa toimitaan kohdeyhtiön yhtiön edun mukaisesti. Johdon velvollisuutena on osakkeenomistajan osakkeeseen sitoutuneen varallisuusarvon pitkäkestoinen kehittäminen. Toiminta hallituksessa ei siten lähtökohtaisesti tavoittele omistajayhtiön etujen maksimointia ja esimerkiksi omistajayhtiön liiketoiminnallisten näkökulmien optimointia.

Vakuutusyhtiölainsäädäntö ei sellaisenaan rajaa vakuutusyhtiön omistamiin osakkeisiin kohdistuvien hallinnollisten oikeuksien käyttöä.[44]

Vastaukset omistamisen kohdalla esitettyihin kysymyksiin kuuluvat siis seuraavasti.

42. Kuten artikkelista ilmenee, vakuutuslainsäädäntö ei kuitenkaan ole kokoelma irrallisia sääntöjä, joista joitakin voitaisiin muuttaa satunnaisesti vain liiketoiminnallisten paineiden niin vaatiessa. Kyse on vakuutusperiaatteesta johdetuista kokoelmasta toisiinsa kiinteästi liittyvistä säännöistä, jotka toimivat jatkuvassa keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa. Ks. Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi – Raulos – Santavirta 2010, s. 33, jossa lähestytään samaa tematiikkaa liitännäistoiminnan näkökulmasta. Siinä todetaan, että liitännäistoiminnalle on ominaista, että vakuutusyhtiö ei ota kantaakseen muuhun yritystoimintaan liittyviä riskejä. Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi – Raulos – Santavirta toteavat sen jälkeen nimenomaisesti, että liitännäistoiminnan harjoittaminen ei estä omistamista. Toisin sanoen piirtää selvän rajan omistamis- ja toiminnan harjoittamisoikeuden välille.
43. Ks. Vahtera 2011, s. 280–287.
44. Ks. keskustelusta SHRD II, Osakkeenomistajien oikeudet muutosdirektiivi, Shareholders Rights Directive II ja siihen liittyvä hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi arvopaperimarkkinalain ja osakeyhtiölain muuttamisesta sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi 305/2018 vp. Direktiivi jopa edellyttää institutionaalista sijoittajaa julkaisemaan omistajaohjauspolitiikan.

1. Voiko vakuutusyhtiö omistaa muun toimialan yrityksiä?

Vastaus: Kyllä voi. Lähtökohtaisia vakuutusyhtiölainsäädännön rajoituksia ei omistamiselle ole. VYL:n omistajakontrollisäännökset kohdistuvat tilanteisiin, joissa hankitaan toisen vakuutusyhtiön osakkeita tai osuuksia. Muuta liiketoimintaa harjoittavien yhtiöiden omistusten suhteen samanlaisia rajoituksia ei ole, mutta esimerkiksi VYL:n varovaisuusperiaate ja varojen hajauttamisvaade saattavat kuitenkin asettaa tällaisille omistuksille käytännössä rajoituksia.[45]

2. Voiko vakuutusyhtiö omistamisen lisäksi lisätä tällaisten omistuksensa arvoa omistajaoikeuksiaan käyttämällä, esimerkiksi kohdeyrityksen hallintoon osallistumalla?

Vastaus: Kyllä voi. Kohdeyrityksissä toimitaan kuitenkin kohdeyhtiön etua tavoitellen. Ei omistajayhtiön liiketoiminnallisten etujen optimoimiseksi. Rajoituksia ei seuraa vakuutusyhtiölainsäädännöstä.

3. Voiko vakuutusyhtiö omistajaoikeuksien käytöllä integroida kohdeyrityksen liiketoiminnan osaksi vakuutustoimintaansa?

Vastaus: Mahdollisuus on hyvin rajoitettu. Se, mitä tarkemmin tarkoitetaan liiketoiminnan harjoittamisella tai liiketoiminnan integroimisella osaksi omistavan yrityksen liiketoimintaa, on kussakin yksittäistapauksessa tulkittava valvontakysymys, kun toimialaeroavuudet vakuutusliiketoimintaan, hallinto-, päätöksenteko- ja raportointijärjestelmät, rahavirrat yms. seikat ovat tiedossa.[46]

Lähtökohtaisesti kuitenkin ainoastaan sellainen tavanomainen liiketoimintayhteys vakuutustoimintaan hyväksytään, joka täyttää vakuutusyhtiölainsäädännön liitännäistoimintaa koskevan tunnusmerkistön. Tällaista toimintaa voi olla vaikkapa toimiminen muiden yritysten edustajana ja suppea markkinointiyhteistyö vakuutusyhtiön kanssa samaan konserniin kuuluvien yritysten kanssa.[47]

6. Yhteenvetoa ja johtopäätöksiä vakuutustoiminnan erityispiirteistä

Keskeiset vakuutustoimintaideologiaan liittyvät fundamentit ovat vaikuttaneet VYL:n 1 luvun edellä todettuihin keskeisin vakuutusoikeudellisiin periaatteisiin. Näin muodostuneet periaatteet vaikuttavat sen jälkeen paitsi omina säännöksinään myös muiden VYL:n säännösten tulkintaan. Näin ollen toimintaideolo-

45. Ks. varovaisuusperiaatteesta VYL 6:20a ja varojen hajauttamisvaateesta VYL 6:20b.
46. ”Valvontakysymys” tarkoittaa tässä sitä, että Finanssivalvonta antaa valvottavan tulkinnasta valituskelpoisen tulkintaratkaisun. Sinällään laajaa kysymystä ei valitettavasti voi tässä yhteydessä käsitellä laajemmin. Eräs teoreettinen tapa saattaisi olla lähestyä asiaa vakuutusluokkien ja niihin liittyvien riskilajien läpikäymisen kautta. Ks. esimerkiksi VYL 1:3a.
47. Ks. Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi – Raulos – Santavirta 2010, s. 31–32.

giaa, eli vakuutusperiaatetta ja ansaintalogiikkaa heijastavia vivahteita voi löytää VYL:stä lähes loputtomiin.[48]

Vakuutusyhtiön toiminta perustuu vakuutusperiaatteelle. Riski ei koskaan voi olla vakuutettuja etuja vaarantava, vaan vakuutusyhtiön toiminnan tarkoituksena on vakaan ja maksukykyisen suojan tarjoaminen, myös selvitystilassa. Vakuutusyhtiöltä on kielletty muun liiketoiminnan harjoittaminen, jotta siitä aiheutuvat riskit eivät sekoittuisi vakuutustoiminnan riskeihin ja vaarantaisi vakuutettuja etuja. Rajoitus leikkaa toimintamahdollisuuksia jopa vakuutustoiminnan sisällä. Sama yhtiö ei voi harjoittaa useampaa vakuutuslajia (ts. vahinko-, henki- ja lakisääteinen eläkevakuutus), koska riskiprofiili saattaisi johtaa vakuutettujen etujen vaarantumiseen. Kulminaationa toiminnallisen riskin rajaamisesta vakuutusriskeihin tai niiden osaan on säännös, jossa jopa toiminnan laajentaminen saman vakuutuslajin ”sisällä” (esim. vahinkovakuutuksessa) yhdestä vakuutusluokasta toiseen vaatii mahdollisen riskikumulaationsa vuoksi viranomaisen luvan.[49]

Vakuutustoiminnan merkittävyys ja vakuutusperiaatteen suhde riskiin edellyttävät vakuutusyhtiölainsäädännössä määräyksiä vakuutusten käsittämien etujen turvaamisesta. Toteutuakseen tavoite on edellyttänyt vakuutustoiminnan erityispiirteiden kirjaamista keskeisinä vakuutusyhtiöoikeudellisina periaatteina lainsäädäntöön. Periaatteiden välityksellä tavoitellaan vakuutettujen etujen turvaamista ja sen peilikuvana vakuutusyhtiön riskinoton rajaamista.

Piirtyvää, vakuutusyhtiön riskin rajoittamiseen vakuutettujen etujen turvaamiseksi liittyvää kokonaiskuvaa vahvistaa edelleen vakuutustoiminnan ansaintalogiikka. Se rajoittaa osaltaan vakuutusyhtiön toiminnan rahoittamisesta muodostuvia, vakuutettuja etuja mahdollisesti vaarantavia riskejä.

Oikeus omistaa ei kumoa VYL:ssa olevaa vakuutusyhtiön muun liiketoiminnan harjoittamiskieltoa, eikä tällaisen liiketoiminnan harjoittamiskielto kumoa oikeutta omistaa muuta liiketoimintaa harjoittavaa yhteisöä. Tämä on jo lain sanamuodon mukaan selvää. Muutoinhan esimerkiksi muun liiketoiminnan harjoittamiskielto ja liitännäistoimintarajoitus olisi tullut kumota vieraan toi-

48. Esimerkiksi vakuutuskannan luovuttamisen hyväksymisen edellytykset nivoutuvat vakuutettujen etuihin, samoin sulautumisen. Kaikella tällä on tarkoitettu ehkäistä vakuutettujen etujen vaarantuminen esimerkiksi tilanteessa, jossa vakuutuskantaa oltaisiin siirtämässä taloudellisesti heikommassa asemassa olevaan vakuutusyritykseen tai kantaan, jonka riskillisyys ei vastaa vakuutussopimuksen tekoaikana vakuutuksenottajan oletettavissa olevaa riskiä ja tuottoa. Ks. esimerkiksi VYL 21:12.
49. Vahinko- ja henkivakuutusyhtiö saa toimilupansa aina vakuutusluokittain, tai luokkaryhmittäin. Se ei voi laajentaa toimintaansa miten sattuu ”omin lupineen”, edes sille sallitun vakuutuslajin, esimerkiksi vahinkovakuutustoiminnan sisällä. Yhtiö joutuu hakemaan laajennukselle Finanssivalvonnalta luvan. Näin esimerkiksi vahinkovakuutusluokkaan 1 kuuluvaa tapaturmavakuutusta harjoittava vahinkovakuutusyhtiö ei ilman viranomaislupaa saa ryhtyä harjoittamaan vahinkovakuutusluokkaan 8 kuuluvaa palovakuutusta. Säännöksen tarkoituksena on estää vakuutustoimintaan liittyvien riskien hallitsematon laajentuminen mahdollisesti vaarantamaan jo myönnetyn vakuutusluokan vakuutettuja etuja. Ks. LVL, 4§.

mialan omistusten sallimisen yhteydessä. Kokonaisuuden voi ilmaista myös toisin. Sataan prosenttiin asti nouseva omistusosuus on mahdollinen, mutta toimialarajoitus kieltää omistetun muun liiketoiminnan harjoittamisen osana vakuutusliiketoimintaa.

Käytännössä edellä todettu tarkoittaa summaarisesti ilmaistuna sitä, että omistaja on oikeutettu nauttimaan osakkeidensa tuottamat hallinnollispitoiset oikeudet. Näin ollen ”tavanomainen” omistajapolitiikan harjoittaminen on sallittua, mutta omistetun yrityksen toimintaa ei lähtökohtaisesti voida integroida osaksi omistavan vakuutusyhtiön vakuutusliiketoimintaa.

Oiva järjestöhistoria

Lakimies
1/2020
s. 114–118

Salojärvi, Juhana
Oikeus ja kohtuus. Suomen Lakimiesliitto 1944–2019
Alma Talent. Helsinki 2019. 399 sivua.

Suomen Lakimiesliiton tuore historiateos juhlistaa liiton 75-vuotista toimintaa arvokkaalla tavalla. Historiateoksen kirjoittaja on vuonna 1981 syntynyt OTT *Juhana Salojärvi*. Teos on Lakimiesliiton toimintaa liiton lähtökohdista tarkasteleva kokonaisvaltainen järjestöhistoria. Siinä tarkastellaan liiton toimintaa ja sen vaikuttimia osana suomalaisen yhteiskunnan kehitystä.

Järjestön toimintaa kuvattaessa Salojärven fokuksessa ovat edunvalvonnan kehitys, oikeuspolitiikan linjaukset ja koulutuspolitiikka. Kirjoittaja on valinnut työnsä tutkimuksellisiksi teemoiksi kaksi aihealuetta. Ensimmäinen niistä on lakimiesidentiteetti ja liiton rooli ja toimet tuon identiteetin kehityksessä. Toinen on Lakimiesliiton rooli osana Suomen oikeudellista elämää.

Tekijä on kirjoittanut teoksen pääasiassa kirjallisten lähteiden pohjalta. Työn on tehnyt haastavaksi liiton päätöksentekoelinten pöytäkirjojen puuttuminen eräiden vauhdikkaitten vaiheiden ajalta ja se, että liiton toimielinten pöytäkirjat ovat nk. päätöspöytäkirjoja. Virallisen aineiston puutteita tekijä on pyrkinyt korvaamaan haastatteluin. Salojärvi kirjoittaa työnsä helpottuneen nykyaikaa kohti tultaessa myös Lakimiesuutisten ja Lakimiesliiton viestinnän kehityksen myötä.

Salojärvi on jakanut teoksen kahteen osaan. Ensimmäinen osa kattaa vuodet 1944–1994 ja toinen vuodet 1995–2019. Jako on hyvin perusteltu. Salojärvi taustoittaa ja kuvaa hyvin juristikunnan roolin ja vaikutusvallan muutokset autonomisen Suomen yhteiskunnallisen eliitin lakimieskeskeisistä oloista itsenäisen Suomen valtionhallinnon juristien kieli- ja ammattikuntapohjaisen järjestäytymisen kautta tilanteeseen, jossa eri lakimiesammatteja edustavat järjestöt ja maan nuori juristikunta katsoivat tarpeelliseksi ryhtyä toimiin lakimiesten yhteiskunnallisen aseman ylläpitämiseksi maan koko lakimieskuntaa edustavan järjestön avulla.

Lakimiesten dominanssi valtionhallinnossa alkoi purkautua itsenäisyyden ensi vuosikymmenillä. Sodan vuodet yhtenäistivät suomalaisia. Työmarkkinoilla siirryttiin kollektiiviseen neuvottelujärjestelmään. Lakimiesten yhteisen järjestön perustamista ajavat tahot halusivat olla tukemassa rauhallista yhteiskuntakehitystä. Salojärven sanoin Lakimiesliitto perustettiin tavoitteenaan yhtenäistää juristikuntaa, joka oli poliittisesti suhteellisen homogeeninen mutta ammatillisesti heterogeeninen.

Suomen Lakimiesliiton tultua perustetuksi 16.11.1944, pidettiin liiton ensimmäinen hallituksen kokous puheenjohtaja *Antti Tulenheimon* työpaikalla Helsingin yliopiston kanslerinvirastossa. Salojärvi käy lävitse liiton ensimmäisen

hallituksen jäsenten taustoja ja työuria osoittaen näin, kuinka vahva lakimiesten yhteiskunnallinen asema oli liiton perustamisen hetkellä, ja miten ansioituneita liiton perustamiseen sitoutuneet avainhenkilöt liiton alkutaipaleella olivat.

Puheenjohtajan tehtävään valittu Antti Tulenheimo oli toiminut asianajajana, lainvalmistelukunnan jäsenenä, senaattorina, Helsingin kaupunginjohtajana, rikosoikeuden professorina, pääministerinä sekä Helsingin yliopiston rehtorina ja kanslerina. Nuoren liiton hallituksessa toimineista henkilöistä useat olivat rauhaan siirryttäessä kansakunnalle kriittisen tärkeissä tehtävissä dramaattisessa sotasyyllisyysoikeudenkäynnissä ja Pariisin rauhanneuvotteluissa.

Salojärvi tuo henkilöesittelyjensä avulla hyvin esille myös sen, että nuori lakimieskunta oli jo liiton perustamisvaiheessa keskeisesti mukana liiton toimintaa ja toimintatapoja määritettäessä. Tekijä kuljettaa ansiokkaasti läpi teoksensa yhtäältä nuoren lakimieskunnan ja opiskelijajärjestöjen ja toisaalta muun jäsenkunnan välisen dialogin teemoja ja kehitystä liiton eri vuosikymmenillä.

Lakimiespäivät on ollut liiton toiminnan alusta alkaen tärkeä instrumentti sekä lakimiehille että suomalaiseen yhteiskuntaan kohdistetussa vaikuttamisessa ja viestinnässä. Vaikuttaa siltä, että Lakimiespäivillä esitetyt puheenvuorot ja käyty keskustelu ovatkin olleet historian kirjoittajalle antoisampaa aineistoa kuin liiton toimielinten niukat päätöspöytäkirjat.

Juhana Salojärvi avaa lukijalle lähdeaineiston niukkuuteen nähden ilahduttavan monipuolisen kuvan liiton ja sen piirissä toimineiden roolista Suomen sodan jälkeisen yhteiskunnan ja oikeusjärjestyksen kehityksessä. Salojärvi selostaa liiton toimia 1950-luvulla oikeusvaltion vahvistamiseksi, jotka liittyivät oikeudenkäyntijärjestelmän kehittämiseen ja hallintolainkäytön uudistuksiin. Liiton ponnistelut eivät aina rajoittuneet vain kansallisiin kysymyksiin. Lakimiesliiton liittokokous antoi 5.12.1956 Unkarin kansannousun tukahduttamisen johdosta julkilausuman. Siinä liittokokous katsoi velvollisuudekseen lausua, että yhtenä kansojen välisten suhteiden kulmakivenä on välttämättömästi oltava oikeuden ja oikeudenmukaisuuden kunnioitus, mihin sisältyy sekä ihmisten että kansojen luovuttamattomien perusoikeuksien, ennen kaikkea vapauden, arvossa ja loukkaamattomana pitäminen. Lakimiesliitto ei siis ollut vielä tuolloin aatteiden tasolla luopumassa tuomarin rooliin liittyvästä retoriikasta. Suomen sisäänpäin kääntyminen oli tuolloin vasta aluillaan.

Historiikkia lukiessa tulevat vuosikymmeniä sitten liiton toimintaan aktiivisesti osallistuneelle vahvasti pintaan ne monet väännöt, joissa liitto maltillisesti mutta sinnikkäästi tuki rauhallista kehitystä eri oikeuselämän ja -politiikan kysymyksissä. Yleiseltä kannalta 1960- ja 70-luvut olivat intensiivistä aikaa niin lainsäädännön, työmarkkinoiden, koulutuspolitiikan kuin oikeustieteenkin kannalta.

Salojärven mukaan Lakimiesliitto oli tavallaan myrskyn silmässä pyrkiessään ylläpitämään ammattikunnan yhtenäisyyttä sekä valvomaan intressiryhmiensä etuja. Lakimiesliiton hallitusta avustamaan perustettiin vuonna 1973 oikeus-

poliittinen neuvottelukunta käsittelemään asiantuntijaelimenä laajakantoisia ja periaatteellisia oikeus- ja yhteiskuntapolitiikan piiriin kuuluvia kysymyksiä. Radikaali ja Lakimiesliittoon kriittisesti suhtautunut oikeustieteilijöiden joukko katsoi liiton aatteellisesti yksipuoliseksi ja edunvalvonnassaan eriarvoisuutta edistäväksi. Tämän joukon siirtyminen toimimaan Demokraattiset Lakimiehet -yhdistykseen hillitsi jännitteiden kasvua Lakimiesliiton sisällä.

Salojärvi käy lävitse oikeuspolitiikan eri lohkoilla käytyä keskustelua, josta ehkä haastavimmaksi muodostui oikeuslaitokseen ja tuomioistuinten toimintaan liittynyt osin hyvin kriittinen debatti. Myös tasavallan presidentti *Kekkonen* osallistui tähän keskusteluun arvostelemalla tuomioistuinten toimintaa ja tuomarien arvomaailmaa haastattelussa, jonka hän antoi Lakimies-lehdelle 70-vuotisjuhliensa yhteydessä. Ajan radikaaleimmat ajatukset sisälsivät vaatimukset tuomioistuinten alistamisesta poliittiseen kontrolliin, ja haastattelussaan Kekkonen asettui periaatteessa tätä tukemaan. Perustuslakien tulkinta on Suomessa edelleen eduskunnan perustuslakivaliokunnan poliittisessa kontrollissa, eivätkä maamme perustuslakiasiantuntijat näytä pitävän asiasta tarpeellisena juuri keskustella. Maamme poliittisten puolueiden parlamentaaristen voimasuhteiden nykyinen kehitys saattaa jatkuessaan muuttaa arvioita asiassa.

Lakimiesliitto on pitänyt kysymystä lakien perustuslainmukaisuuden valvonnasta tärkeänä jo 1950-luvulta alkaen. Liitto esitti vuonna 1970 asetetulle valtiosääntökomitealle valtiosääntötuomioistuimen perustamista valvomaan perustuslain ja kansalaisten perusoikeussuojan noudattamista. Vuonna 1992 perusoikeuskomitean ehdotuksesta antamassaan lausunnossa liitto totesi, ettei sillä ole huomauttamista siihen, että lakien perustuslainmukaisuuden valvonta edelleen jäisi eduskunnan perustuslakivaliokunnalle. Salojärvi kuvaa liiton kantoja ehdotettuun perusoikeusjärjestelmään konservatiivisiksi ja on tässä varmaan oikeassa. Konservatiivin mielessä kansalaisten taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten perusoikeuksien julistuksenomaiset sisällöt ovat ongelmallisia. Esimerkistä käyköön sivistyksellisten perusoikeuksien tiukka tulkitseminen johtamalla niiden sisällöstä täsmällisiä määrällisiä rajoja peruskoulun luokkakokojen laillisuudelle.

Menneet vuosikymmenet ovat osoittaneet Lakimiesliiton kannanotot sekä oikeustieteellisten tutkintojen uudistamisessa että uusien oikeustieteellisten opetusyksiköiden perustamisesta Turkuun, Rovaniemelle ja Joensuuhun aikaa hyvin kestäviksi. Ei ole vaikeaa ennustaa alkavan vuosikymmenen muodostuvan erittäin haastavaksi sekä suomalaisen yliopistojärjestelmän että nuorimpien oikeustieteellisten yliopistoyksikköjen rahoituksen kannalta.

Salojärvi kuvaa maltillisesti mutta terävästi Lakimiesliitossa Suomen kansainvälistymisen ja länsi-integraation käynnistymisen vuosina käytyä keskusteluja, tehtyjä linjauksia ja niiden taustoja. Suomi ei ollut ensimmäisten joukossa tunnustamassa Viron itsenäisyyttä, mutta kirjailija *Lennart Meri* oli yksi Lakimiespäivän puhujista vuonna 1989. Hän puhui oikeudenmukaisuudesta ja tasa-ar-

vosta käyttäen esimerkkinä Neuvostoliiton tekemiä vääryyksiä. Hämmentäväksi Salojärvi arvioi Lakimiesliiton hallituksen vaikenemisen EY-jäsenyysasiassa. Liiton oikeuspoliittinen valiokunta oli alkuvuonna 1994 yhtynyt Akavan myönteiseen kantaan EY:n jäsenyyteen. Jäsenyyden toteuduttua kansallisen lainsäädännön yhteensovittaminen unionin normistoon sai vauhtia, tuomioistuinprosessia uudistettiin ja toteutettiin siirtyminen hallinto-oikeuksiin hallintolainkäytössä.

Salojärvi tarkastelee ja kuvaa liiton organisatorista kehitystä ja liiton ammatillisten ja tieteellisten jäsenyhdistysten välisiä näkemyseroja ja niiden vaikutuksia järjestön rakenteeseen ja toimintaan teoksensa eri jaksoissa. Koko Lakimiesliiton olemassaolon ajan esillä ollut valinta liittomuotoisen yhdistyksen ja henkilöjäsenyyteen perustuvan liiton mallista sai elegantin ratkaisun. Vuonna 1999 liitosta tuli 35 jäsenyhdistyksen liitto, johon henkilöt kuuluivat kuitenkin suoraan eivätkä jäsenyhdistysten välityksellä. Lakimiesliiton hallintomallia kehitettiin tiiviisti 90-luvulla ja tuolloisten suurten reformien jälkeen toteutetut uudistukset ovat olleet pienempiä. Kokonaisuutena Lakimiesliitto oli muuttunut vuosituhannen vaihteessa 1970-luvun työmarkkinajärjestöstä monipuolisemmaksi ja avoimemmaksi ammattijärjestöksi.

Taloutemme murrosvuodet muokkasivat voimalla suomalaisen talouden rakenteita. Lama ja pankkikiriisi tekivät pahaa jälkeä, edistyksellinen osuustoimintaliike oli raunioina ja kasinovuosina kontrollista karanneet sijoitukset tekivät lopun toimihenkilöiden keskusjärjestön TVK:n tarusta. Palkansaajajärjestöjen sijoitukset ja yritystoiminta eivät kuulu taloutemme läpinäkyvimpiin alueisiin. Pankkikriisin seurausten hoitoon Valtion vakuusrahastossa osallistuneena saatoin havaita, että vastuun välttäminen sujui parhaiten niissä pankeissa, joissa päätöksentekoon liittyvä dokumentaatio oli hävinnyt tai se ainakin puuttui lähes tyystin. Menetelmä näyttää olleen sittemmin suosittu myös Helsingin huumepoliisin ja sitä valvoneen hallinnon käytännöissä.

Osattiin sitä Lakimiesliitossakin. Lakimiesliitto harjoitti aluksi julkaisutoimintaa omissa nimissään, kunnes vuonna 1957 perustettiin erillinen yhtiö hoitamaan julkaisu- ja kustannustoimintaa. Ensimmäisen päätoimisen toimitusjohtajan Lakimiesliiton Kustannus Oy sai 1980-luvun alussa. Vuosikymmenen puolivälissä nimi muuttui Kauppakaari-yhtymä Oy:ksi. Konsernissa harjoitettiin juridisen kustannus- ja julkaisutoiminnan ohella pikapainotoimintaa sekä liike- ja mainoslahjojen ja matkojen myyntiä. Laman alla 90-luvun alussa Kauppakaaren liikevaihto ylitti 200 milj. markkaa ja konsernin palveluksessa oli 250 työntekijää. Yhtiölle löytyi kiinnostuneita ostajia, mutta Lakimiesliiton valtuuskunta päätyi vastustamaan Kauppakaaren myyntiä syyskuussa 1994.

Salojärvi on tehnyt hyvää työtä kuvatessaan viittä vuotta myöhemmin toteutetun Kauppakaaren ja Talentumin välisen osakevaihdon valmistelua ja toteuttamista. Vaativaksi työn on tehnyt prosessiin liittyvän dokumentaation puutteellisuus. Pöytäkirjoista ei löydy merkintöjä eikä myöskään päätöksiin liittyvää kirjallista dokumentaatiota ole olemassa. Salomäen arvion mukaan Lakimiesliiti-

ton hallitus toi helmikuussa 2000 jo valmiiksi päätetyn Kauppakaaren fuusioitumisen Talentumiin valtuuskunnan käsiteltäväksi saadakseen vahvistuksen jo de facto tehdylle päätökselle. Valtuuskunnassa tuolloin käydystä keskustelusta ei löydy kirjauksia. Fuusion toteuttamisen ajoitus oli tarkoin mietitty. Liiton uusien sääntöjen myötä osakevaihto voitiin nyt toteuttaa hallituksessa ilman liittokokouksen laajempaa keskustelua. Valtuuskunnan tuli vain lyödä leima tehtyihin toimenpiteisiin. Kauppakaaren itsenäistyminen ja erkaantuminen liitosta oli toki mahdollista vain Lakimiesliiton myötävaikutuksella. Kauppakaaren haamu ja seikkailut kummittelivat vielä liiton taakkana joitakin vuosia Talentumin kieltäydyttyä ottamasta Kauppakaaren Venäjän liiketoimintoja mukaan yhdistettävään kokonaisuuteen. Liitto sai Kauppakaareen liittyvät takausvastuut aikaa myöten järjestellyiksi.

Juhana Salojärvi on kirjoittanut ansiokkaan ja hämmästyttävän elävän historiikin. Hän kirjoittaa täsmällisesti ja terävästi, mutta samalla hyvin harkitusti. Hän päättää teoksen mainioon epilogiin. Teoksen lukemista on helppo suositella.

Matti Vuoria

Yleisesitys itsekriminointisuojasta

Lakimies
1/2020
s. 119–122

Tapanila, Antti
Itsekriminointisuoja
Tietosanoma. Helsinki 2019. 319 sivua.

Antti Tapanila on lainkäytön ammattilaisen roolinsa ohella sangen ahkera kirjoittaja prosessioikeuden alalla, ja hän on julkaissut useita kirjoja sekä lukuisia artikkeleja. Vuonna 2019 kirjoja ilmestyi jopa kaksi kappalein, nyt arvioitavan teoksen ohella myös teemallisesti siihen hyvin yhteensopiva Kontradiktorisuus syytetyn oikeutena. Myös Tapanilan vuonna 2015 toisena kirjoittajana julkaisemalla teoksella Todistelu oikeudenkäynnissä on osittainen liityntä käsiteltävään aiheeseen.

Tapanilan yleisesitys itsekriminointisuojasta on epäilemättä hyvinkin tarpeellinen ja käytännön oikeuselämässä kaivattu teos. Itsekriminointisuojasta on toki olemassa jo varsin kattavasti ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja ja kotimaista oikeuskäytäntöä sekä runsaasti oikeuskirjallisuutta. Ajan tasalla oleva yleisesitys helpottaa kuitenkin tiedon etsijää, joka haluaa selvittää taikka tarkistaa periaatteen ilmenemismuotoja erilaisissa soveltamistilanteissa. Teos lähestyy aihettaan konkreettisesti oikeustapauksia analysoiden ja tulkintasuosituksia esittäen. Tapanila esittää tarvittaessa oman kantansa ja kritiikkinsäkin varsin selväsanaisesti.

Ehkä aivan yhtä selväpiirteinen ei ole teoksen rakenne. On sinänsä jo asian luonteesta johtuvaa, että tämän moniulotteisen periaatteen eri sovellutuksiin paneutumista on pakko paloitella pienempiin osioihin. Silti kokonaiskuvan hahmottamista voi vaikeuttaa se, että tulkinnassa niin keskeinen oikeuskäytäntö tulee esille useissa eri jaksoissa erilaisin näkökulmin.

Esimerkkinä tästä ovat itsekriminointisuojaa periaatetasolla käsittelevä pääjakso 2 ja epäillyn kuulemista esitutkinnassa koskeva jakso 4.5. Ensin mainitussa jaksossa Tapanila arvioi ja painokkaasti kritisoi kotimaista pilottiratkaisua KKO 2012:45 (s. 57–61). Tapanilan ratkaisun kommentoinnissa esittämä arvio sen tavoitteesta kansallisen oikeuskäytännön ohjaamiseen lienee perusteltu. Itsekriminointisuojaan perustuvaa hyödyntämiskiellon asettamista epäillyn esitutkintakertomukselle voitaneen pitää jutun olosuhteissa pitkälle menevänä tulkintana. Toisaalta tässä kohdin vaikuttaa siltä kuin Tapanila poikkeaisi vallitsevasta tulkinnasta antaessaan itsekriminointisuojan ja oikeuden avustajaan välistä suhdetta arvioidessaan suuren merkityksen ensin mainitun oikeuden tuntemiselle. Vaikka epäilty olisi tietoinen oikeudestaan vaieta, tämä ei välttämättä korvaa avustajalta saatavaa apua sanotun oikeuden tapauskohtaisessa arvioinnissa. Vasta luottamuksellinen keskustelumahdollisuus avustajan kanssa saattaa realisoida vapautensa menettäneen epäillyn tosiasialliset edellytykset päättää oikeutensa käytöstä.

Tämän kokonaisuuden hahmottaminen ja tapauskohtaisen arvioinnin merkityksen mieltäminen edellyttää teoksessa myöhemmin tehtävään kattavampaan arviointiin tutustumista. Sanottu jakso pitää siten lukea yhdessä varsinaisen epäillyn kuulemista esitutkinnassa koskevan laajemman esityksen kanssa, josta vasta saa kattavan käsityksen vallitsevasta oikeustilasta ja Tapanilan omastakin näkemyksestä asiaan.

Itsekriminointisuojan ytimessä on rikoksesta epäillyn oikeus vaieta. Kyseinen oikeus on väistämättä jännitteisessä suhteessa siihen seikkaan, että tietyissä rajoissa vastaajan vaikenemisesta voidaan tehdä hänelle epäsuotuisia näytöllisiä johtopäätöksiä. Viimeksi mainittu on meillä hyväksytty myös säädännäisessä oikeudessa ja tästä säädetään uudistetun OK 17 luvun 6 §:ssä. Edellä mainitut rajoitukset haitallisten näytöllisten johtopäätösten tekemiseen on sidottu rikosasian vastaajan oikeuteen olla myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen. Siten on varsin perusteltua, että Tapanila kiinnittää erityistä huomiota tähän kysymykseen.

Mainitun lainkohdan esitöissäkin tulkinta on nimenomaisesti sidottu ihmisoikeustuomioistuimen soveltamiskäytäntöön ihmisoikeussopimuksesta. Tähän vastaajan selitystaakkaa koskevaan ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön nojautuvaan esitykseen (s. 31–33) lisäyksenä voidaan silti todeta, että KKO on oikeuskäytännössään (KKO 2012:27, 2017:12, 2018:3 ja 2019:2) kansallisesti lausunut siitä, millä edellytyksillä sanottu huomioon ottaminen on sallittua.

Edellä todettuun nähden on luonnollista, että vaikenemisen ohella totuudenvastaisella kertomuksella voi olla haitallista merkitystä. Kiinnostavaa voisi olla tarkemminkin arvioida sitä, voiko vastaajan antamilla väärillä tiedoilla olla näyttöharkinnassa erilainen merkitys kuin vaikenemisella (ks. s. 48–49). Mielenkiintoinen ja periaatteellisesti tärkeä kysymys tällöin on, tuottaako itsekriminointisuoja periaatteena vain oikeuden vaieta vai sisältääkö se myös oikeuden valehdella. Ja jos sisältää, niin millaisen argumentaation nojalla. Mahdollista on, että tähän kiperään kysymykseen on meillä oikeuskäytännössä vastattu liian kevyin perusteluin.

Tapanila palaa pohtimaan tätä kysymystä toisessa kohtaa teoksessaan (s. 134–141) erityisesti ratkaisujen KKO 2011:46 ja KKO 2017:78 avulla. Tapanila käy tekstissään dialogia korkeimman oikeuden kanssa ja ottaa keskusteluun mukaan myös *Tuomas Huplin* teemaa koskevan artikkelin[1]. Mihin lukija itse päätyneekin, Tapanilan arviointi antaa ajatteluun olennaisia argumentteja ja osoittaa hyvin sen, että lainkäytössä on aina otettava huomioon myös soveltamistilanne ja että kategoriset ratkaisut ovat harvoin vakuuttavia.

1. Tuomas Hupli, Would I lie to you? Valehtelu itsekriminointisuojan erityisongelmana, s. 75–87 teoksessa Juhana Riekkinen (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon. Juhlajulkaisu Tuula Linna. Alma Talent Oy 2017.

Itsekriminointisuojan soveltamisesta ulostotossa ja konkurssissa on jaksossa 3.5 selkeä ja yksityiskohtainen esitys. Nämä täytäntöönpanotilanteet ovatkin käytännön kannalta keskeisiä itsekriminointisuojan soveltamistilanteita. Kansallisten lainsäädäntöratkaisujen erilaisuus ulosottokaaressa ja konkurssilaissa on herättänyt oikeuskirjallisuudessa yleisemminkin hämmennystä (Tapanilan mainitsemien lähteiden lisäksi tuore arviointi teoksessa Reima Kukkonen, Velallisen rikokset, 2019, s. 152–161). Tähän arvosteluun yhtyy omalta kohdaltaan myös Tapanila (s. 56–57).

Itsekriminointisuojan soveltamisessa liikennevalvonnan yhteydessä ihmisoikeustuomioistuimen yleisiin tulkintakriteereihin tekemiä poikkeuksia käsiteltäessä (s. 72–73) lukija olisi kiinnostunut tietämään, miksi esille otetut seikat kuten liikenteeseen osallistujan sitoutuminen noudattamaan tiettyjä sääntöjä ja asianosaisen edellytykset etukäteen ennakoida laiminlyöntinsä seuraukset riittäisivät perustelemaan sanotun poikkeuksen? Nämä kriteerithän soveltuvat yhtä hyvin tai vielä paremmin esimerkiksi myös liiketoiminnan harjoittamisessa otettuihin velvollisuuksiin kuten verovelvollisuuteen tai kirjanpitovelvollisuuteen. Tapanila palaakin (s. 129–134) tieliikennettä koskeviin tulkintoihin ja aiheellisesti arvioi ratkaisua KKO 2014:67 muusta kansallisesta tulkintakäytännöstä poikkeavaksi.

Itsekriminointisuojaa koskevana yleisesityksenä kirjan antia ja arvoa nostavat siinä käsitellyt hallinnolliset menettelyt (verotus, ulkomaalaisasiat). Verotuksen osalta Tapanila käsittelee useiden tuomioistuinratkaisujen avulla sekä itse verotusmenettelyä että verotuksessa annettujen tietojen käyttöä rikosprosessissa. Eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön kohdalla Tapanila pitäytyy tässä kohdin kuten teoksessa muutoinkin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin. EU-lainsäädännöstä on teoksessa oma erillinen esityksensä myöhemmin jaksossa 4.4, joka jää vähän irralliseksi ilman enempiä käytännön sovellutuksia. Esimerkiksi suhteellisuusperiaatteen kohdalla huomiota herättävää on se, kuinka suuri painoarvo sanotulla periaatteella on unionin tuomioistuimen ratkaisuissa.

Teoksen keskeisimmäksi osaksi osoittautuu rikoksesta epäillyn kuulemista esitutkinnassa koskeva jakso 4.5 (s. 186–239). Valtaosa kotimaisesta oikeuskäytännöstä koskee periaatteen soveltamista sittemmin syytetyksi päätyneen epäillyn esitutkintakertomuksen hyödyntämiseen. Jaksossa tarkastellaan KKO:n puheena olevaa teemaa koskevaa oikeuskäytäntöä seikkaperäisesti. Tämän ohella esitetään lukijalle laaja kattaus hovioikeusratkaisuja. Ratkaisujen tapauskohtainen arviointi osoittautuu välttämättömäksi sen vuoksi, että melko pienetkin nyanssit voivat perustella toisistaan poikkeavat lopputulokset.

Hovioikeuskäytännössä ilmenee Tapanilan mukaan sellainenkin mielenkiintoinen piirre, että uudemmasta ratkaisukäytännöstä puuttuvat jo lähes kokonaan viittaukset ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin. Näyttää siis siltä, että hovioikeudet ovat katsoneet oikeudenkäymiskaaren 17 luvun uudistuksen – osin jopa ennen voimaantuloaan – vastanneen lainkäytön tulkintaongelmiin. Tähän

niukkuuteen saattaa liittyä ongelmallisiakin piirteitä, vaikkei sanotuilla viittauksilla toki itseisarvoa olekaan.

Osallisen mahdollisuuksia vedota toiseen vastaajaan kohdistuvaan itsekriminointisuojan loukkaukseen koskeva ja tapauksia KKO 2010:41 ja KKO 2012:16 arvioiva jakso sisältää perusteltuja ja asiasta käytyä keskustelua rikastavia näkemyksiä. Näihin on lukijan syytä perehtyä sanottuun ongelmaan törmätessään. Myös tässä yhteydessä Tapanila hyödyntää lisäksi runsaasti hovioikeustason oikeuskäytäntöä.

Tuomioistuinten lainkäyttäjien ja asianosaisina taikka näiden avustajina tuomioistuimissa esiintyvien tahojen olisi suotavaa perehtyä kattavasti itsekriminointisuojan soveltamiseen ja soveltamiskäytännön kehitykseen. Tähän käyttötarpeeseen Tapanilan teos antaa hyvän kuvan kyseisestä vaikeaselkoisesta ja monitahoisesta prosessioikeudellisesta periaatteesta. Useat eri lähestymistavat aiheuttavat sen, että teos on syytä lukea huolella läpi kokonaisuudessaan ennen johtopäätöksiä tiettyyn tulkintaongelmaan. Kirjan kohtuullisen kompakti koko ja sujuva kirjoitustapa helpottavat tämän jälkeen vastausten löytämistä.

Pekka Koponen

Olli Norros

Lakimies
1/2020
s. 123–131

Keskustelua ratkaisusta KKO 2019:13

1. Johdanto

Ville Pönkä tarkastelee Lakimies-lehden numerossa 5/2019 alkuvuodesta 2019 annettua ennakkoratkaisua KKO 2019:13, joka koskee ikuiseksi sovitun jauhatusoikeussopimuksen irtisanottavuutta.[1] Kommentoin tässä lyhyessä keskustelupuheenvuorossa ratkaisua ja Pöngän näkemyksiä sen kysymyksen osalta, missä määrin Suomen oikeus ylipäänsä sallii irtisanomiskelvottoman, ei-määräaikaisen sopimuksen.[2] Olen aiemmin analysoinut tapausta kokonaisvaltaisesti teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein I:2019, eikä tuossa kirjoituksessa esitettyä ole tarpeen tässä toistaa.[3]

Nyt käsillä olevan keskustelupuheenvuoron sisältö perustuu keskeisiltä osin 23.10.2019 antamaani oikeustieteelliseen asiantuntijalausuntoon eräässä, yleisessä tuomioistuimessa vireillä olevassa riita-asiassa. Pöngän kirjoitus puolestaan näkyy suurelta osin vastaavan hänen 17.4.2019 päiväämäänsä asiantuntijalausuntoa, jonka hän on antanut edellä mainitun riidan vastapuolelle edelleen oikeudelle toimitettavaksi.[4]

2. Tapauksen ydinsisältö

Pönkä on kuvannut ratkaisun pääsisällön kommenttikirjoituksessaan asianmukaisesti, mutta lukijan helpottamiseksi tiivistän vielä tässä ratkaisun ydinkohdat keskustelupuheenvuoron kohteena olevilta osin. Tapauksessa KKO 2019:13 kah-

* *Olli Norros*, OTT, apulaisprofessori, Helsingin yliopisto.

1. Ville Pönkä, KKO 2019:13 – Ikuiseksi tarkoitetun sopimuksen irtisanominen. Lakimies 5/2019, s. 667–680.
2. Ks. tältä osin Pönkä 2019, lähinnä s. 672–677.
3. Olli Norros, KKO 2019:13 – Pysyväisoikeuden irtisanominen, s. 114–118 teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I:2019. Alma Talent 2019.
4. Todettakoon, että käsillä oleva kirjoitukseni on sisällöllisesti täysin linjassa KKO:n ratkaisut kommentein -teokseen laatimani artikkelin kanssa, joka on kirjoitettu ja lähetetty kirjan toimitukseen jo keväällä 2019 ennen kuin edes kuulin leipätekstissä mainitusta uudesta oikeudenkäynnistä.

den kotitarvemyllyn jakokuntien osakkaat olivat myyneet myllykiinteistönsä ja koskiosuutensa kiinteistönkaupoilla vuonna 1895. Kauppakirjoissa oli sovittu myyjien ikuisista vastikkeettomista kotitarvejauhatusoikeuksista. Velvoitetuksi sopijapuoleksi sittemmin tullut yhtiö oli 9.6.2011 päivätyllä kirjeellä ilmoittanut irtisanovansa kotitarvejauhatusoikeuden päättymään 31.12.2011. Myllyn toiminta oli tuolloin päättynyt. Osa jakokuntien osakkaista nosti kanteen yhtiötä vastaan vaatien ensisijaisesti jauhatusoikeuksien pysyttämistä voimassa.

Kysymys siitä, voitiinko jauhatusoikeudet irtisanoa, oli KKO:n mukaan ratkaistava yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaan.[5] KKO totesi ratkaisuun KKO 1994:95 viitaten, että sellainen sopimus, jonka on sovittu olevan voimassa pysyvästi, ei lähtökohtaisesti ole irtisanottavissa. KKO kuitenkin lisäsi, että ”[j]os ikuisesti voimassa olevaksi eli siis pysyväksi järjestelyksi tarkoitetusta sopimuksesta on tullut toiselle osapuolelle kohtuuttoman rasittava, esimerkiksi olosuhteiden muutoksista johtuen, myös tällainen sopimus voi poikkeuksellisesti olla irtisanottavissa kohtuullista irtisanomisaikaa noudattaen”.[6] KKO mukaan ”[i]rtisanomiskynnyksen tulee ikuiseksi tarkoitetussa sopimussuhteessa olla korkealla”.[7] Ratkaistavana olleessa tapauksessa irtisanomiskynnyksen kuitenkin katsottiin ylittyvän, koska yhteiskunnan muutokset, elintarvikemarkkinoiden ja teknologian kehittyminen sekä vesivoiman merkityksen vähentyminen jauhatustoiminnassa olivat johtaneet siihen, että velvollisuus jauhatusoikeuden ja myllyn ylläpitämiseen oli merkinnyt yhtiölle suhteetonta rasitusta sen todelliseen käyttöön ja jauhatusoikeuksien haltijoiden siitä saamaan hyötyyn nähden.[8]

3. Yleisesti kestosopimuksen päättymistavoista

Sopimukset voidaan yleisellä tasolla jakaa *kerta-* ja *kestosopimuksiin* sen mukaan, ovatko sopimuksen mukaiset pääsuoritusvelvollisuudet täytettävissä kertaluontoisella suorituksella, vai onko sopimuksen kohteena jokin jatkuva tai toistuva toiminta. Esimerkkinä ensin mainitusta tilanteesta eli kertasopimuksesta voidaan mainita kauppa tai rakennusurakka, kun taas tyypillisiä kestosopimuksia ovat esimerkiksi erilaiset vuokra- ja käyttöoikeussopimukset. Kerta- ja kestosopimusten keskeisin normatiivinen ero liittyy siihen, miten sopimuksen mukaiset suoritusvelvollisuudet lakkaavat. Kertasopimuksen säännönmukainen päättymistapa on sopimuksen täyttäminen. Kestosopimukset sen sijaan eivät voi

5. KKO 2019:13, perustelujen 14 kappale.
6. KKO 2019:13, perustelujen 19 kappale.
7. KKO 2019:13, perustelujen 21 kappale.
8. KKO 2019:13, perustelujen 22–27 kappale.

lakata täyttämisen kautta, koska suoritusvelvollisuuden sisältönä nimenomaan on jokin jatkuva tai toistuva toiminta. Kestosopimuksen säännönmukaisia päättymistapoja ovat 1) ennalta asetetun *määräajan täyttyminen* ja 2) sopimuksen tuleminen *irtisanotuksi*. Tämän lisäksi kestosopimus voi lakata, samoin kuin kertasopimus, monella tarkkarajaisemmalla ja erityisiin edellytyksiin sidotulla oikeusperusteella, esimerkiksi *purkamisen*, *sovittelun* tai *edellytyksen raukeamisen* perusteella.[9]

Jos tarkastellaan kestosopimuksen säännönmukaisia lakkaamistapoja eli määräajan päättymistä ja sopimuksen irtisanomista, voidaan todeta, että ne ovat tavallaan toisensa poissulkevat. Määräaikainen sopimus lakkaa itsestään määräajan täyttyessä, mutta ennen sanottua ajankohtaa kumpikaan osapuoli ei voi yksipuolisesti irtisanoa sopimusta, ellei näin ole poikkeuksellisesti sovittu. Muu tulkinta loukkaisi osapuolten sopimusvapautta: kun velvoitteen on sovittu säilyvän voimassa tietyn ajan, kummankin osapuolen on voitava luottaa tähän ilman pelkoa vastapuolen yksipuolisesta poikkeamisesta sovitusta. Toisaalta sikäli kuin sopimuksen on sovittu olevan voimassa toistaiseksi eli siis irtisanomisen varaisesti, sopimus voi pysyä voimassa miten kauan tahansa, kunnes irtisanominen todella tapahtuu.

Lähtökohta on, että jos kestosopimukselle ei ole sovittu määräaikaa, sen tulkitaan olevan voimassa toistaiseksi irtisanomisen varaisesti.[10] Kyseessä on kuitenkin vain lähtökohta. Laista seuraa irtisanomisoikeuden syntymiselle tai irtisanomisen toteuttamiselle erityisiä edellytyksiä monessa keskeisessä sopimustyypissä. Yhteiskunnallisesti keskeisin esimerkki on toistaiseksi voimassa oleva työsopimus, joka on työnantajan irtisanottavissa vain asiallisesta ja painavasta syystä (työsopimuslain, 26.1.2001/55, 7:1) laissa tarkemmin säädettävällä tavalla. Toinen esimerkki: liikehuoneiston vuokranantajaa kielletään irtisanomasta vuokrasopimusta eräillä laissa tarkemmin määriteltävillä epäasiallisilla perusteilla (laki liikehuoneiston vuokrauksesta, 31.3.1995/482, jäljempänä LiikHVL, 44.1 §).

Irtisanomisoikeuden rajoittaminen on mahdollista myös sopimuksen kautta sikäli kuin lain pakottavista säännöksistä, esimerkiksi työsopimuslaista, ei muuta seuraa. Yksinkertainen mutta yleensä tehokas tapa on sopia hyvin pitkä, esimerkiksi sadan vuoden pituinen, määräaikainen sopimus.[11] Yhtä lailla sallittua on sitoa irtisanomisoikeuden syntyminen joihinkin sisällöllisiin tai muodollisiin edellytyksiin.

9. Ks. kerta- ja kestosopimuksista sekä niihin perustuvien kerta-, toistuvais- ja kestovelvoitteiden lakkaamisesta yleisesti Olli Norros, Velvoiteoikeus. Toinen, uudistettu painos. Alma Talent 2018, s. 179–182.
10. Ks. esimerkiksi Mika Hemmo, Sopimusoikeus II. Toinen, uudistettu painos. Talentum 2003, s. 376–377.
11. Ks. kuitenkin maanvuokralain (29.4.1966/258) 28.1 §, jonka mukaan tontinvuokrasopimus on tehtävä määräajaksi, vähintään kolmeksikymmeneksi ja enintään sadaksi vuodeksi.

Lausuttua havainnollistaa ratkaisu KKO 2010:69. Siinä oli kysymys huoltoasematoimintaa koskevan franchising-sopimuksen irtisanomisesta, joka oli sopimusehdon mukaan sallittua vain, jos irtisanomiseen on pätevä syy. Pätevän syyn tunnusmerkistöä havainnollistettiin sopimusehdossa esimerkein. Franchising-lisenssin antaja ilmoitti irtisanovansa sopimuksen vedoten markkinatilanteen muutokseen ja tästä johtuvaan yhtiön ketjuliiketoiminnan uudelleenjärjestelyyn. KKO katsoi äänin 3–2, ettei irtisanomiseen ollut tapauksessa ollut sopimusehdoissa tarkoitettua pätevää syytä. Sillä seikalla, olisiko irtisanomiseen oikeuttavaa syytä ollut näköpiirissä myöskään tulevaisuudessa, ei ollut tapauksessa merkitystä. Toisin sanoen, elleivät sovitut irtisanomisen edellytykset täyttyisi myöskään tulevaisuudessa, sopimus voisi pysyä voimassa miten pitkään tahansa.

4. Lähtökohta: irtisanomiskelvoton, ei-määräaikainen sopimus on sallittu

Toinen ja nimenomaan ratkaisussa KKO 2019:13 esiin noussut kysymys on se, salliiko Suomen oikeus sellaisen pysyvästi voimassa olevan suoritusvelvollisuuden, jota ei ole sidottu määräaikaan tai edes erityisedellytysten käsillä ollessa syntyvään irtisanomisoikeuteen. On tosin heti todettava, ettei tällaisenkaan suoritusvelvollisuuden pysyvyys olisi absoluuttista, koska pakottavasta lainsäädännöstä on johdettavissa rajoituksia velvoitteen kestolle, muun muassa varallisuusoikeudellisista oikeustoimista annetun lain (13.6.1929/228, jäljempänä OikTL) 36 §:n mukaisen sopimuksen sovittelun, sopimusrikkomustilanteisiin liittyvän sopimuksen purkamismahdollisuuden ja velvoitteen vanhentumisen kautta. Kysymys on siitä, voidaanko pitkäkestoinen ja ei-määräaikainen suoritusvelvollisuus tehdä immuuniksi *irtisanomiselle*.

Tosin kun Suomen sopimusoikeuden keskeinen lähtökohta on sopimusvapaus, kysymys täytyy itse asiassa kääntää toisin päin: sisältyykö oikeusjärjestykseemme kielto sopia ei-määräaikaisia ei-irtisanomisen varaisia sopimuksia? Ellei tällaista kieltoa ja sen oikeusperustaa pystytä yksilöimään, kuvatun kaltainen sopimus on katsottava sopimusvapauden lähtökohdan mukaisesti sallituksi niissä puitteissa, mitä edellä mainituista sopimusvapauden rajoitusmekanismeista, ennen kaikkea OikTL 36 §:stä, seuraa.

Ennen ratkaisun KKO 2019:13 antamista kysymyksen kannalta keskeisin ratkaisu oli KKO 1994:95. Siinä perheyrityksen osakkeenomistajat A ja B olivat sopineet vuonna 1978, että enemmistöosakas A ja vähemmistöosakas B saavat samat palkkaedut työstään yhtiössä. Yhtiö oli A:n päätöksellä irtisanonut B:n työsuhteen vuonna 1990 taloudellisten ja tuotannollisten syiden perusteella. KKO katsoi, että työsuhteen irtisanominen oli merkinnyt myös osakassopimuk-

sen irtisanomista. Tämä oli KKO:n mukaan osakassopimuksen tarkoituksen vastaista, koska osakassopimus oli KKO:n mukaan ymmärrettävä tarkoitetun osapuolten väliseksi ”pysyväksi järjestelyksi”. A:lla ei siten katsottu olleen oikeutta sopimuksen irtisanomiseen, mistä syystä A velvoitettiin suorittamaan B:lle vahingonkorvausta. – Oikeuskirjallisuudessa tapauksen on katsottu osoittavan, että Suomen oikeus sallii irtisanomiskelvottoman ei-määräaikaisen sopimuksen. Tällä kannalla ovat olleet allekirjoittanut[12] ja *Mika Hemmo*[13] samoin kuin aiemmin myös Pönkä itse.[14] Lisäksi ainakin *Juhani Kyläkallio* on esittänyt vastaavan tulkinnan jo ennen ratkaisua KKO 1994:95 osakassopimuksen osalta.[15]

Ruotsin Högsta Domstolen (HD) on päätynyt ratkaisua KKO 1994:95 vastaavaan lopputulokseen ratkaisussaan NJA 1992 s. 439. Tapauksessa tavaratalo Åhléns ja kenkäliike Sko-City olivat sopineet, että Åhléns pidättäytyy käyttämästä markkinoinnissaan nimiä ”City” ja ”City's”, minkä vastikkeeksi Sko-City salli Åhlensille nimien ”Åhléns City” ja ”Åhléns i City” käytön. Sopimuksessa ei puhuttu sen kestoajasta, mutta Åhléns ilmoitti myöhemmin irtisanovansa sen. HD:n mukaan sopimusta ei kuitenkaan ollut luontevaa ymmärtää toistaiseksi voimassa olevaksi ja siten irtisanomisenvaraiseksi, vaan sen tarkoituksena oli säännellä osapuolten välejä niin kauan kuin tuotenimistä saattoi ylipäänsä tulla riitaa. Sopimusta oli HD:n mukaan siten pidettävä immuunina irtisanomiselle.

12. Olli Norros, Vahingonkorvaus kestosopimuksen oikeudettoman irtisanomisen perusteella. Defensor Legis 4/2009, s. 631–658, 634; Norros 2018, s. 591–592.
13. Mika Hemmo, Sopimusriippuvuus ja kestosopimuksen irtisanomisen edellytykset. Liikejuridiikka 1/2015, s. 84–116, 92 alaviite 22: ”Suomen oikeutta koskevana peruskuvauksena on tavattu esittää, että siltä osin kuin toisin ei ole sovittu, toistaiseksi voimassa oleva sopimus voidaan irtisanoa päättymään ilman erityisen irtisanomisperusteen vaatimusta ja sovellettavaksi tulee tällöin kohtuullisena pidettävä irtisanomisaika. – – Sopimukseen perustuvan toiminnan luonne ja siihen sitoutuvat intressit saattavat kuitenkin tapauskohtaisesti johtaa sopimuksen vahvempaan pysyvyyteen, kuten on tapahtunut KKO:n ratkaisussa 1994:95, jossa pienyhtiön osakassopimuksen on katsottu tarkoittaneen pysyvää sen osapuolten välistä järjestelyä.”
14. Ville Pönkä, Osakassopimuksen tavoitteet ja voimassaolon hallinta. Edita 2008, s. 465–466. Ks. s. 465 alaviite 551: ”Bono on katsonut, että edellä selostetussa ratkaisussa A:n ja B:n välillä pysyväksi järjestelyksi tarkoitettua osakassopimusta ”voidaan ainakin yhtiöoikeudellisten periaatteiden mukaan pitää määräaikaisena. Osakassopimus on voimassa niin kauan kuin veljekset ovat yhtiön osakkeenomistajia.” – – KKO lienee kuitenkin tarkoittanut, että osakassopimusta tuli pitää irtisanomiskelvottomana, koska tämä vastasi osapuolten alkuperäistä tarkoitusta. Näin ollen ratkaisulla ei ole sinänsä mitään tekemistä yhtiöoikeudellisten periaatteiden kanssa.” Ks. s. 466: ”Myös oikeuskirjallisuudessa on yleisesti katsottu, että toistaiseksi voimassaoleva osakassopimus, joka ei perusta yksinkertaista yhtiötä ja jonka yhteydessä ei ole sovittu irtisanomismahdollisuudesta, ei ole yksipuolisesti irtisanottavissa. Tosin esimerkiksi ajan saatossa muuttuneet olosuhteet voivat antaa perusteita kohtuullistaa sopimusta OikTL 36 §:n nojalla tai jopa erityisperusteisen irtisanomisoikeuden rauenneiden edellytysten seurauksena.”
15. Juhani Kyläkallio, Osakassopimus osakeyhtiössä, Defensor Legis 1991, s. 137–149, 147: ”Jos asianosaiset eivät ole sopineet osakassopimuksen voimassaolosta, sopimuksen lienee katsottava olevan irtisanomisen varainen, jollei sopimuksen (asianosaisten tarkoituksesta) muuta johdu.”

Pönkä toteaa kommenttikirjoituksessaan, että ”oikeuskirjallisuudessa tai -käytännössä ei ole aikaisemmin käsitelty kysymystä ikuisen sopimuksen solmimisen mahdollisuudesta, siis ehdottoman irtisanomiskiellon sitovuudesta”.[16] Pönkä on sikäli oikeassa, että nimenomaan *ikuisen* sopimuksen irtisanottavuutta ei ole aiemmin tarkasteltu. Juridisesti relevantti ero yhtäältä ikuiseksi sovitun ja toisaalta irtisanomiskelvottoman, ei-määräaikaisen sopimuksen välillä on kuitenkin nähdäkseni vähäinen. Niin kuin edellä on osoitettu, jälkimmäisestä sopimustyypistä on merkityksellistä oikeuslähdeaineistoa jopa melko paljon.

Tulkinta irtisanomiskelvottoman, ei-määräaikaisen sopimuksen sallittavuudesta on myös sikäli ymmärrettävä, ettei oikeusjärjestyksestämme liioin seuraa mitään yleisiä rajoituksia sille, miten pitkään voimassa olevia määräaikaisia sopimuksia on sallittua solmia. Tätä taustaa vasten käsitys siitä, että irtisanomiskelvottomat, ei-määräaikaiset sopimukset olisivat kategorisesti kiellettyjä, olisi epäjohdonmukainen ja epätarkoituksenmukainen, koska tällainen kielto olisi helposti kierrettävissä sopimalla esimerkiksi sata tai tuhat vuotta voimassa olevasta määräaikaisesta sopimuksesta.

Edellä esitetty huomioon ottaen KKO:n tulkinta ratkaisussa KKO 2019:13 siitä, että sääntelemättömässä tilanteessa Suomen sopimusoikeuden yleiset opit ainakin pääsääntöisesti sallivat irtisanomiskelvottoman, ei-määräaikaisen sopimuksen, on nähdäkseni ollut tuolloin vallinneen käsityksen mukainen ja muutenkin perusteltu. Tarkastelen kuitenkin kirjoitukseni seuraavassa jaksossa vielä yksilöidymmin eräitä Pöngän oman kantansa tueksi esittämiä argumentteja.

5. Pönkän eräiden argumenttien arviointia

Pönkä katsoo, ettei ratkaisuista KKO 1994:95 olisi mahdollista tehdä päätelmiä sopimusoikeuden yleisten oppien sisällöstä, koska tapaus on koskenut omaa, erityistä sopimustyyppiään eli osakassopimusta. Argumentille ei nähdäkseni voida antaa kovin suurta painoarvoa. Todelliset oikeustapaukset koskevat poikkeuksetta jotakin erityistä sopimustyyppiä – ”yleistyyppisiä” sopimuksia ei ole todellisuudessa olemassakaan. On toki niin, että mitä keskeisempään asemaan tietyn sopimustyypin erityispiirteet ovat nousseet sitä koskevan ratkaisun perusteluissa, sitä vähemmän ratkaisu kertoo sopimusoikeuden yleisten oppien sisällöstä. Ratkaisun KKO 1994:95 perusteluissa ei kuitenkaan viitata siihen, että

16. Pönkä 2019, s. 673.

mahdollisuus ei-määräaikaiseen irtisanomiskelvottomaan sopimukseen koskisi vain juuri tätä sopimustyyppiä.[17]

Toisaalta Pönkä tukeutuu kannassaan varsin laajasti ”UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts” ja ”Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference” -nimisiin sopimusoikeuden periaatekokoelmiin. Periaatekokoelmien merkitys puheena olevan kysymyksen arvioinnissa on nähdäkseni kuitenkin vähäinen. Ensinnäkin on huomattava, etteivät periaatekokoelmat ole ylipäänsä saaneet Suomen voimassa olevan oikeuden tulkinnassa edes sellaista, melko välillistä merkitystä kuin niille oltiin 2000-luvun ensimmäisellä vuosikymmenellä oikeuskirjallisuudessa toisinaan valmiita antamaan. Tämä on luonnollista ottaen huomioon, etteivät periaatekokoelmat kuvasta voimassa olevan oikeuden sisältöä yhdessäkään maassa – eivätkä edes kenenkään objektiivista tulkintaa lain sisällöstä, niin kuin totunnainen lainopillinen kirjallisuus – vaan ne ovat ainoastaan tutkijavoimin muodostettuja ehdotuksia siitä, minkälaisia oikeusjärjestysten rajat ylittäviä sääntöjä ja periaatteita *voitaisiin ajatella olevan tai tulisi olla olemassa*.[18] Periaatekokoelmien vähäistä oikeuslähdearvoa kuvastaa, että niiden yli kahdenkymmenen vuoden aikana, kun tämäntyyppisiä periaatekokoelmia on ollut olemassa, KKO on viitannut ratkaisuissaan periaatekokoelmiin kahdesti.[19]

Kenties painavin vastaperuste periaatekokoelmien merkityksellisyydelle lausunnon kohteena olevassa tapauksessa liittyy kuitenkin yhteen perustavanlaatuiseen eroon yhtäältä periaatekokoelmien ja toisaalta Suomen ja muiden Pohjoismaiden oikeusjärjestysten välillä. Kumpaankaan edellä mainituista periaatekokoelmista ei sisälly yleissäännöstä sopimuksen sovittelusta, toisin kuin Suomen ja muiden Pohjoismaiden oikeuteen.

Lausuttu merkitsee, että periaatekokoelmien mukaisessa oikeustilassa, sikäli kuin tätä sanaa voidaan periaatekokoelman yhteydessä käyttää, mahdollisuudet puuttua ikuisesti voimassa olevaksi solmitun sopimuksen sisältöön myöhemmin olisivat vähäiset, jos tällaiset sopimukset olisivat edes lähtökohtaisesti sallittuja. Koska kuitenkin on nähtävissä, että ikuisesti voimassa olevaksi sovittu sopimus voi ainakin osassa tilanteita muuttua olosuhteiden muuttumisen myötä kohtuuttomaksi, ongelmaa on periaatekokoelmissa jouduttu hallitsemaan täsmällisen kieltosäännön kautta. Sen sijaan Suomen ja muiden Pohjoismaiden oikeudessa

17. Pönkä itsekin toteaa ratkaisusta KKO 1994:95 väitöskirjassaan, että ”[n]äin ollen ratkaisulla ei ole sinänsä mitään tekemistä yhtiöoikeudellisten periaatteiden kanssa.” Pönkä 2008, s. 465 alaviite 551.
18. Ks. aiheesta ja asenneilmapiirin muutoksesta Norros 2018, s. 55–58 viitteineen. Todettakoon, että myös oma suhtautumiseni periaatekokoelmien oikeuslähdearvoa kohtaan on muodostunut vuosien varrella kriittisemmäksi. Ks. edellä mainitun teokseni lisäksi saman teoksen ensimmäinen painos Olli Norros, Velvoiteoikeus. Sanoma Pro 2012, s. 44–46. Ks. myös Olli Norros, Sopimusoikeudellisten periaatekokoelmien oikeuslähdearvo. Lakimies 2007 s. 25–42.
19. KKO 2015:26, perustelujen 10 kappale, ja KKO 2018:37, perustelujen 14–15 kappale.

vastaavaa ongelmaa ei ole, koska OikTL 36 § antaa tehokkaan mahdollisuuden kohtuuttomaksi muodostuneen, ikuisesti voimassa olevaksi sovitun sopimuksen sovitteluun olosuhteiden niin vaatiessa. Toisin sanoen, OikTL 36 §:n vuoksi Suomen oikeudessa ei tarvita sellaisia kapea-alaisia poikkeuksia sopimusvapauden periaatteesta, joihin periaatekokoelmissa on paikoin jouduttu turvautumaan.

On tosin huomattava, että ratkaisussa KKO 2019:13, jossa KKO edellä todetulla tavalla päätyi tapauskohtaisin poikkeussyin puoltamaan ikuiseksi sovitun sopimuksen irtisanottavuutta, KKO ei ainakaan nimenomaisesti perustanut kantaansa OikTL 36 §:ään vaan jonkinlaiseen tapauskohtaiseen erityisharkintaan, jonka normipohja jää ratkaisun perusteluista epäselväksi. Suurta merkitystä asialla tuskin on, koska ne perustavanlaatuiset olosuhdemuutokset, joihin KKO ratkaisunsa perusti, olivat sellaisia, jotka olisivat sinänsä voineet tulla otetuksi huomioon myös OikTL 36 §:n soveltamista harkittaessa.[20] Omasta puolestani olisin pitänyt perustellumpana arvioida tapausta selkeästi OikTL 36 §:n alaisena kysymyksenä, jotta ratkaisulle olisi saatu selkeämmät oikeudelliset puitteet.[21]

Kolmanneksi Pönkä perustelee kantaansa *järjestelmäargumentiksi* kutsumallaan näkökohdalla. Argumentin keskeinen sisältö näkyy olevan se, että kun oikeudellisessa ajattelussamme kestosopimukset useimmissa tilanteissa ovat luokiteltavissa joko toistaiseksi voimassa oleviksi sopimuksiksi tai sitten määräaikaisiksi sopimuksiksi, muunlaisia kestosopimuksia ei tulisi lainkaan hyväksyä.

Argumentti on kuitenkin altis kritiikille. Se sisältää piirteitä yhtäältä niin sanotusta *käsitelainopillisesta päättelytavasta* ja toisaalta esineoikeudessa tunnetusta *numerus clausus* -opista eli *tyyppipakko-opista*. Käsitelainopillinen päättelytapa, jossa oikeustieteen käsitteistä eli tässä tapauksessa toistaiseksi voimassa olevan sopimuksen ja määräaikaisen sopimuksen käsitteistä, pyritään johtamaan oikeusvaikutuksia, on todettu yksiselitteisesti kielletyksi päättelytavaksi.[22] Tyyppipakko-oppi taas merkitsee ajatusta siitä, että oikeusjärjestyksen tunnustamien esineoikeuksien luku ja tyypit on rajoitettu, joten muita kuin laissa määritettyjä esineoikeuksia ei voida perustaa. Tämä Saksan oikeudesta juontuva ajattelutapa on Suomen esineoikeudessa kuitenkin jo pitkään vallinneen kannan mukaan torjuttu.[23] Velvoiteoikeuden puolella tyyppipakko-opilla ei ole ylipäänsä ymmärretty olevan merkitystä, vaan tältä osin yksinomaisena vallitsevana periaatteena

20. Tämänsuuntaisesti myös Pönkä 2019, s. 680.
21. Ks. Norros, KKO:n ratkaisut kommentein I:2019, s. 117.
22. Ks. esimerkiksi Markku Helin, Käsitteistä päättelemisestä. Teoksessa Leena Kartio ym. (toim.), Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 – 14/2 – 1985". Suomalainen Lakimiesyhdistys 1985, s. 82–92, 86, jonka mukaan käsitteistä päättelyn kielto on lähes yksimielisesti hyväksytty ja itsestään selvä metodologinen vaatimus.
23. Ks. esimerkiksi Leena Kartio, Esineoikeuden perusteet. Toinen, uudistettu painos. Kauppakaari 2001, s. 8.

on sopimusvapaus.[24] Lausuttua taustaa vasten katson, ettei Pöngän ”järjestelmäargumenttia” voida hyväksyä ainakaan sellaiseen seuraukseen johtavana, että osapuolten sopimusvapautta – jonka kunnioittaminen on sopimusoikeudessa erityisessä asemassa – tältä osin rajoitettaisiin.

6. Lopuksi

Niin kuin käsillä oleva keskustelu osoittaa, ratkaisu KKO 2019:13 on periaatteellisesti mielenkiintoinen ja moniulotteinen ennakkoratkaisu, jonka sisältö ja tulkinta voidaan nähdä sinänsä ymmärrettävin perusteluin varsin eri tavoin. Käsillä olevassa kirjoituksessa on pyritty rakentavassa hengessä osoittamaan, ettei Pöngän kritiikki tapausta kohtaan ole kaikilta osin kestävää, vaan KKO:n ratkaisua on tässä puheenvuorossa käsitellyiltä osin päinvastoin pidettävä odotettuna ja vakuuttavasti perusteltuna.

Toivoa voi, että tämäntyyppisiä, tutkimusperustaisia vuoropuheluja tuoreiden ennakkoratkaisujen sisällöstä ja tulkinnasta käytäisiin Lakimiehen sivuilla jatkossa nykyistä enemmänkin.

24. Ks. P. J. Muukkonen, Sopimusvapauden käsitteestä. Lakimies 1956, s. 601–612, 607–608 viitteineen; T. M. Kivimäki – Matti Ylöstalo, Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Kolmas, uudistettu painos. Werner Söderström osakeyhtiö 1973, s. 33.

Oikeuskirjallisuus ja oikeuskulttuuri

Lakimies
1/2020
s. 132–136

Aluksi haluan esittää kiitokseni Suomalaiselle Lakimiesyhdistykselle teoksen ”Oikeus, kirjallisuus ja kulttuuri” ottamisesta julkaisuohjelmaansa sekä mahdollisuudesta esittää tämä puheenvuoro Oikeuskulttuurin päivässä. Ilokseni paikalla on myös professori emeritus *Antti Kivivuori*. Hänen sopimusoikeuden harjoitusseminaariinsa keväällä 2000 – ja sen yhteydessä lukemiimme suomalaisen siviilioikeuden klassikoihin kuten *Väinö Vihmaan* – ulottuvat nimittäin keskustelumme oikeuskirjallisuudesta *Sakari Wuolijoen* kanssa, joiden tuloksena nyt julkistettava kirjammekin on syntynyt.

Päätökseemme toimittaa teos ”Oikeus, kirjastot ja kulttuuri” vaikuttivat useat aikakautemme trendit. Kirjojen lukeminen on Suomessakin huolestuttavasti vähentynyt. Kirjahyllyjen myynti on laskenut, eikä kotikirjasto ole edes sivistyneistölle itsestäänselvyys. Juristienkin työkenttään vaikuttavat erikoistuminen, normitulva ja digitalisaatio, jotka uhkaavat heikentää oikeudellista yhtenäiskulttuuria. Tällaisista syistä johtuen tuntui tärkeältä dokumentoida suomalaisia oikeudellisia kirjastoja 2010-luvun lähestyessä loppuaan.

Puheenvuoroni aiheena on oikeuskirjallisuuden merkitys oikeuskulttuurille.[1] Kun puhumme teemasta, on syytä aloittaa yhdestä oikeutemme erityispiirteestä. Suomalaisen oikeustieteen juuret ulottuvat monin tavoin saksalaisen systemaattisen lainopillisen tutkimuksen kultakauteen 1800-luvun lopulla ja 1900-luvun

* Kirjoitus on hieman muokattu versio Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Oikeuskulttuurin päivässä 8.11.2019 pitämästäni puheenvuorosta, jonka innoittajana toimi minun ja Sakari Wuolijoen toimittama teos ”Oikeus, kirjastot ja kulttuuri”. Alaviitteet ovat kuitenkin lisätty vasta tähän kirjalliseen versioon, koska niiden tärkeydestä huolimatta kukaan ei liene vielä keksinyt luontevaa tapaa sisällyttää viitteitä puhuttuun esitykseen. Alaviitteiden merkityksestä humanistis-yhteiskuntatieteellisen oppineisuuden kehitykselle ks. Anthony Grafton, The Footnote: A Curious History. Harvard University Press 1999.

1. Oikeuskulttuurin käsitteestä on käyty paljon keskustelua. Tässä yhteydessä haluan korostaa kahta sen erityispiirrettä. Oikeuskulttuurille on ominaista pitkäkestoisuus: sen erityispiirteet voivat jatkua lainsäädäntömuutoksista huolimatta sukupolvien ajan. Oikeuskulttuurin käsitteestä ks. esim. Jukka Kekkonen, Suomen oikeuskulttuurin suuren linjan jäljillä teoksessa Jyri Inha (toim.), Muutos ja jatkuvuus. Näköaloja oikeushistoriaan: Jukka Kekkosen juhlakirja 1953–12/10–2003. Talentum 2003, s. 319–329. Lisäksi tässä puheenvuorossa painopiste on juristien sisäisessä asiantuntijakulttuurissa, ei koko kansakunnan ulkoisessa oikeuskulttuurissa, Lawrence Friedmanin tekemää jaottelua mukaillen. Lawrence M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective. Russell Sage Foundation 1975. Oikeuskirjallisuus on myös monimerkityksinen termi. Tarkoitan sillä tässä yhteydessä nimenomaan akateemisia tutkimuksia, en lakikirjoja tai oikeustapauskokoelmia. Oikeuskirjallisuuden kehityksestä laajasti ks. S. Dauchy – G. Martyn – A. Musson – H. Pihlajamäki – A. Wijffels (eds), The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing. Springer 2016.

alussa, ja myöhemminkin juuri saksalainen tutkimus on ollut monilla oikeudenaloilla tärkeä suunnannäyttäjä.[2] Saksalaiselle oikeuskulttuurille on puolestaan pitkään ollut ominaista oikeustieteen ja oikeustieteen professoreiden keskeinen rooli oikeuselämässä. Siinä missä anglo-amerikkalaisessa oikeudessa keskeinen hahmo on tuomari, ovat Saksassa oikeuden oraakkeleja olleet oppineen oikeuden edustajat, kuten vertailevan oikeushistorian klassikko *John P. Dawson* on asian ilmaissut.[3]

Teoksemme perusteella oikeuskirjallisuudella on ainakin kuusi tehtävää oikeuskulttuurissa. Ensimmäisenä niistä voidaan mainita oikeudellinen koulutus ja pedagogiikka. Manner-eurooppalainen oikeudellinen koulutus on pitkään perustunut oppikirjoille ja systemaattisille yleisesityksille, joiden avulla opiskelijoille pyritään antamaan kokonaiskuva eri oikeudenalojen ja jopa koko oikeusjärjestelmän yleisistä käsitteistä ja periaatteista. Ero angloamerikkalaiseen juristikoulutukseen on havainnollinen. Suoritin Yale Law School'issa muiden opintojen ohessa vahingonkorvausoikeuden peruskurssin. Siinä missä Suomessa opintoni olivat keskittyneet tahallisuuden ja tuottamuksen kaltaisiin käsitteisiin, eri vahinkolajeihin sekä vahingon määrää koskevien periaatteiden hallitsemiseen, opetti *Guido Calabresi* oikeudenalaa tapausten kautta. Esimerkiksi vahingonkärsijän poikkeuksellisen ohut kallo, joka vahingoittui kevyestä lyönnistä, havainnollisti "kananmunankuoripääkallo"-sääntöä, jonka mukaan uhrin erityispiirteet eivät vapauta vahingonaiheuttajaa vastuusta ("you take your victim as you find them"). Koko kurssi koostui tällaisista yksittäisistä oikeustapauksista, eikä amerikkalaisen vahingonkorvausoikeuden systematiikasta muodostunut sen selkeämpää kuvaa.

Teoksessamme "Oikeus, kirjastot ja kulttuuri" *Klaus Ilmonen* on kirjoittanut eloisan kuvauksen omista kokemuksistaan suomalaisen ja anglo-amerikkalaisen

2. Vertailevan oikeustieteen asiantuntijat saattavat kavahtaa Suomen ja Saksan oikeusjärjestelmien näin läheistä kytkemistä toisiinsa, koska pohjoismaisella oikeudella on omat erityispiirteensä, kuten maallikkovaltaisuus, pragmatismi ja lainsäädäntökeskeisyys. Silti oikeustieteen ja systematiikan merkitys on Suomessa nähdäkseni lähempänä Saksaa kuin esimerkiksi Yhdysvaltoja, jossa lainopillinen tutkimus on melko marginaalinen ilmiö suhteessa poikkitieteelliseen oikeustutkimukseen (lainoppia myös kutsutaan Yhdysvalloissa hieman halventavalla termillä "black-letter studies"). Muistan kiitoksella professori John Langbeinin kanssa asiasta käymiäni keskusteluja Yalessa lukuvuonna 2006–2007.
3. John P. Dawson, The Oracles of the Law (1959): "But it seems clear, at least, that by 1800 the primacy of the learned men–mainly academicians–had been still further enhanced. Even more than in earlier times they were the oracles of German law." Ks. myös James Q. Whitman, The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change. Princeton University Press 1990. Oikeustieteen suuri merkitys juuri saksalaisella kielialueella selittää myös Franz Wieackerin eurooppalaisen yksityisoikeuden historian klassikon "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung" painotuksen. Nimestään huolimatta teos on pikemminkin eurooppalaisen oikeudellisen ajattelun historiaa, kun taas esimerkiksi oikeuskäytäntö on teoksessa hyvin marginaalisessa asemassa.

oikeuden parissa, ja keskeinen kokemus hänellekin on ollut juuri systematiikan erilainen merkitys. Toimiessaan amerikkalaisen asianajotoimiston palveluksessa Lontoossa Ilmonen havaitsi, että oikeusvarmuutta ja ennustettavuutta loivat oikeustieteellisen systematiikan sijasta pikemminkin laajasti käytössä olevat sopimus- ja asiakirjamallit.

Oikeudellisen systematiikan luomista voidaan pitää oikeuskirjallisuuden toisena päätehtävänä. Oikeuden peruskäsitteet ja -periaatteet ovat pikemminkin oikeustieteen kuin lainsäätäjän tai oikeudenkäyttäjien luomia. Moni juristisukupolvi on hankkinut asiantuntemuksensa esimerkiksi prosessioikeudesta *Tauno Tirkkosen* kautta ja rikosoikeuksesta *Brynolf Honkasalon* avulla. Teoksessamme muun muassa *Pekka Vihervuori* painottaa nimenomaan systemaattisen otteen merkitystä korkeatasoiselle lainopilliselle tutkimukselle.

Juuri systemaattinen ote erottaa lainopin, *Rechtswissenschaftin*, amerikkalaisen realismin inspiroimasta oikeuden yhteiskuntatieteellisestä tutkimuksesta, jonka tutkimusintressi on erilainen.[4] Vastakkainasettelun sijasta on syytä korostaa *Hans Kelsenin* ja *Karl Llewellynin* hengessä, että molempia tarvitaan. Oikeutta on tarkasteltava sekä normatiivisesti että empiiris-yhteiskuntatieteellisesti, ja on syytä muistaa juridiikan olevan paitsi tiedettä myös taitoa.

Uudenlaisen haasteen systematiikalle asettaa normitulva. Finanssialan voi mainita esimerkkinä lohkosta, jossa sääntelyä on paljon ja se aukeaa vaikeasti muille kuin alaan erikoistuneille juristeille. Tällöin on vaarana fakkiutuminen, jossa erityisasiantuntijat eivät koe saavansa hyötyä oikeustieteellisestä tutkimuksesta, eikä tutkimus toisaalta huomioi näitä erityisaloja systematiikkaa luodessaan.

Oikeuskirjallisuuden kolmas tehtävä on antaa tulkintasuosituksia ja toimia oikeuslähteenä. Tätä oikeuskirjallisuuden roolia korostaa teoksen toimittajille antamassaan haastattelussa tasavallan presidentti *Sauli Niinistö*. Muista kirjoittajista muun muassa *Sakari Melander* painottaa, että oikeustieteen asema sallittuna oikeuslähteenä ei anna täysin oikeaa kuvaa oikeuskirjallisuuden merkityksestä: myös lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö saavat vaikutteita oikeustieteestä, ja oikeuslähteitä tulkitaan oikeuskirjallisuudessa muotoiltujen käsitteiden ja periaatteiden luoman tulkintakehyksen avulla.

4. Vielä 1800-luvulla laajat, saksalaistyyppiset systemaattiset tutkimukset olivat tosin amerikkalaisen oikeustieteen keskeinen julkaisumuoto. A. W. B. Simpson, The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature. University of Chicago Law Review (48) 3/1981, s. 632–679. Sittemmin oikeusrealismi, law & society, law & economics ja critical legal studies sekä muut kriittisen oikeustieteen suuntaukset ovat marginalisoineet lainopillisen tutkimusotteen Yhdysvalloissa. Lisäksi on tärkeä huomata, että Yhdysvalloissa ei käytännössä tunneta lainopillista tohtorintutkintoa, vaan yhä suurempi osa tutkijoista on suorittanut tohtorintutkinnon filosofiasta, taloustieteestä tai muista yhteiskuntatieteistä. Tämä on omiaan viemään tutkimusta poikkitieteelliseen suuntaan.

Oikeuskirjallisuus toimii luonnollisesti myös informaatiolähteenä muiden oikeuslähteiden sisällöstä. Muun muassa oikeustapauskommentit ja -kokoelmat, kirja-arvostelut, artikkelit uudesta lainsäädännöstä ja sen yhteydessä esiin nousseista tulkintaongelmista, monografiat ja systemaattiset yleisesitykset sekä oppikirjat antavat kaikki tietoa eri oikeuslähteistä ja niiden sisällöstä sekä mahdollisista tulkintaongelmista. Normitulva tosin vaikeuttaa kokonaisuuksien hallintaa tästäkin näkökulmasta.

Oikeuskirjallisuudella on myös tieteellinen tehtävä, ja tällöin sitä arvioidaan tieteelle ominaisten mittapuiden mukaisesti. Tässä yhteydessä on syytä korostaa yhtä oikeuskirjallisuuden uhkakuvaa. Kuten muun muassa *Panu Minkkinen* on korostanut, nykyisin oikeustiedettä arvioidaan muiden tieteenalojen kanssa samoilla kriteereillä ja se kilpailee niiden kanssa tutkimusrahoituksesta.[5] Tällöin tärkeään asemaan nousevat poikkitieteellisyys, tutkimusryhmät ja kansainvälisyys – mittapuita, jotka ovat haastavia perinteiselle lainopille, jota on julkaistu perinteisesti suomeksi ja myös laajaa oikeusyhteisöä palvelemaan. Nähdäkseni on myös realistista olettaa Minkkisen tapaan, ettei rahoituksen myöntämisperusteita tulla ainakaan lähitulevaisuudessa muuttamaan lainopillisen tutkimuksen erityispiirteiden perusteella, vaan lainopin itsessään on mukauduttava tähän haasteeseen.

Oikeuskirjallisuuden kuudentena tehtävänä voidaan mainita kansainvälisten vaikutteiden välittäminen. Sydänkeskiajan oppinut oikeus, renessanssin humanismi, varhaisen uuden ajan luonnonoikeus, valistuksen oikeusfilosofiat, 1800-luvun saksalainen oikeustiede ja toisen maailmansodan jälkeinen amerikkalainen oikeusajattelu ovat kaikki olleet kansainvälisiä ilmiöitä, jotka ovat levinneet maasta toiseen nimenomaan oikeustieteen välityksellä.[6] Teokseemme sisältyvistä artikkeleista muun muassa *Mia Korpiolan*, *Marianne Vasara-Aaltosen* ja *Jyri Inhan* tekstit kuvaavat sitä, miten Suomessa on 1700-, 1800- ja 1900-luvuilla hankittu ja luettu kansainvälistä oikeuskirjallisuutta.

Oikeuskirjallisuudella on täten ollut historiallisesti aivan keskeinen asema oikeuskulttuurin luomisessa. Lainopillisella tutkimuksella on silti edessään haasteita. Miten huolehtia Suomen oikeusjärjestelmän systemaattisuudesta, kun tutkimus keskittyy enenevässä määrin poikkitieteellisiin, usein yhteiskuntatie-

5. Panu Minkkinen, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus: suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7–8/2017, s. 908–923.
6. Realismia on todeta, että vaikutteiden suunta on yleensä suurista oikeuskulttuureista pienempiin. Silti suomalainenkin tutkimus voi vaikuttaa merkittävästi kansainvälisiin keskusteluihin. Esimerkiksi Martti Koskenniemen työ kansainvälisen oikeuden teorian ja historian tutkimuksessa on vaikuttanut oikeudenalan kehitykseen maailmanlaajuisesti. Suomalainen oikeusteoria on myös Otto Brusiinista alkaen herättänyt kiinnostusta Italiassa ja espanjankielisessä maailmassa. Havahduin tähän itse, kun väitöskirjani The Intellectual Origins of Legal Realism otettiin käännettäväksi ja julkaistavaksi espanjalaisen Tirant lo Blanch -kustantamon julkaisuohjelmassa.

teellisesti orientoituneisiin hankkeisiin, ja julkaisut ovat yhä useammin kansainvälisiä? Tässä yhteydessä voi mainita neljä mahdollista ratkaisuehdotusta ja trendiä. Yksi on, että pääpaino systemaattisista tutkimuksista jää yhä enemmän professoreille, joiden ei tarvitse enää huolehtia virkoihin meritoitumisesta. Lisäksi eläkkeelle jääneillä tutkijoilla lienee paljon annettavaa, kun heidän työkykynsä säilyy yhä parempana yhä pidempään, eikä heidän tarvitse kilpailla tutkimusrahoituksesta. Viime vuosina yleistyneet työelämäprofessorit voivat myös pyrkiä luomaan näkökulmia, jotka ovat kiinnostavia sekä akateemisesti että käytännön juridiikan kannalta. Lopuksi Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen kaltaisten instituutioiden rooli korostunee, koska ne voivat jakaa tutkimusrahoitusta oikeuselämän toimijoiden tärkeäksi kokemille hankkeille, jotka eivät välttämättä menestyisi esimerkiksi Suomen Akatemian hauissa.

Muutospaineista ja -trendeistä huolimatta voidaankin ennustaa, että oikeuskirjallisuuden tärkeä historiallinen merkitys oikeuskulttuurille säilynee myös tulevaisuudessa.

Toni Malminen

Oikeustieteelliset yksityiskirjastot

Lakimies
1/2020
s. 137–141

Oikeuskirjallisuuden käytön ja omistamisen muutos

Tänään julkistettavassa kirjassamme ”Oikeus, kirjastot ja kulttuuri” puhutaan oikeudellisista julkisista kirjastoista ja yksityiskirjastoista. Mitä tarkoitetaan oikeustieteellisillä yksityiskirjastoilla? Kirjamme sai jo ennen sen ilmestymistä paljon huomiota sosiaalisessa mediassa ja eräs nuori tutkija kysyi siellä, kuinka monta kirjaa on omistettava, jotta voi sanoa omistavansa ”yksityiskirjaston”. Voin nyt jo kertoa, ettei mitään numeerista rajaa ole. Ruvetkaa rohkeasti kutsumaan kokoelmaanne kirjastoksi! Kukaan ei voi riitauttaa tällaista kielenkäyttöä.

Jos kuitenkin haluatte olla vaatimattomia, voitte kutsua kokoelmaanne käsikirjastoksi. Muutenkin kirjastoterminologia ja kirjastoanalogiat ovat osuvia ja niitä viljellään tässä teoksessa. Moni bibliofiili esimerkiksi puhuu leikkisästi kotikirjastonsa ”poistoista”, ”luokista” tai jopa ”kokoelmapolitiikasta”. Vaikka bibliofiileillä on tapana mennä kirjanhankinnassa ja kirjastomaailmassa liiallisuuksiin, kukaan ei tietääkseni sentään ole hankkinut kirjastoautoa. Sillä olisi kieltämättä kätevä tehdä matkoja, kun käsikirjasto olisi aina mukana.

Yksi terminologinen täsmennys on kuitenkin aiheellinen. Tässä teoksessa on pidetty silmällä nimenomaan painetuista, fyysisistä kirjoista koostuvia kirjastoja. Tietynlainen huoli painetun kirjan ja lukemisen kohtalosta on nimittäin ollut yksi vaikuttimista sille, että tämän kirjan toimitustyöhön päätettiin ryhtyä. Koimme *Toni Malmisen* kanssa tärkeäksi dokumentoida, minkälaista oikeuskirjallisuuden - ja ehkä kirjojen yleisemminkin - omistus on nyt meidän aikanamme, kun ilmiö vielä on olemassa. Kiitämme Suomalaista Lakimiesyhdistystä tämän oikeuskulttuuriin liittyvän teoksen ottamisesta kustannettavaksi ja julkaistavaksi juhlavassa C-sarjassa.

Monet syyt ovat johtaneet siihen, että oikeuskirjallisuuden käyttö ja omistaminen ovat vähenemässä. Näitä syitä ovat:

1. digitalisaatio
2. juristien työtapojen muutos
3. oikeustieteellisen julkaisemisen muutos
4. lukemisen yleisempi väheneminen.

* Oikeuskulttuurin päivässä 8.11.2019 pidetty esitelmä vähäisin muutoksin ja alaviitteillä täydennettynä. Oikeuskulttuurin päivän teemana oli oikeuskirjallisuus ja Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen kustantama teos ”Oikeus, kirjastot ja kulttuuri” julkaistiin tilaisuudessa.

Lähdeaineistojen digitalisaatio ei tietenkään ole ensi sijassa kielteinen ilmiö. Juristien työtä helpottaa valtavasti, että säädösaineisto, lainvalmisteluaineisto ja oikeustapaukset ovat vaivatta löydettävissä sähköisesti. Lisäksi oikeuskirjallisuutta julkaistaan yhä enemmän sähköisesti. Sähköinen aineisto vähentää tarvetta käyttää tai ainakaan omistaa oikeuskirjallisuutta. Digitalisaatio saattaa myös muuttaa lukemisen tapaa. Sähköinen tiedonhaku tukee työskentelytapaa, jossa juristi lukee vain tietyn kapea-alaisen säännöksen ja sen tulkintaa koskevan aineiston. Tämä ei ole pelkästään myönteistä.

Vaikka tutkittua tietoa aiheesta on vähän, lienee silti selvää, että ainakin osalla lakimieskunnasta työskentelytavat ovat muuttuneet tavalla, joka on omiaan vähentämään oikeuskirjallisuuden käyttöä. Monet juristit erikoistuvat yhä kapeammille aloille eivätkä tarvitse oman erikoisalansa oikeuskirjallisuutta ainakaan muutamaa teosta enempää. Normitulva johtaa myös siihen, että relevanttia oikeuskirjallisuutta ei välttämättä edes ole. Olen itse harrastusluonteisen tutkimustoimintani lisäksi johtanut finanssialalla lakiasiainyksiköitä yli kymmenen vuotta ja tänäkin aikana nähnyt nopeasti normiaineksen valtavan lisääntymisen, joka on vähentänyt juristien mahdollisuuksia oikeuskirjallisuuden käyttöön.

Oikeustieteellisen julkaisutoiminnan muutostrendeistä on keskusteltu viime aikoina vilkkaasti enkä tässä puheenvuorossani keskity siihen. Kyse on joka tapauksessa siitä, että tutkimusrahoitus ja akateeminen meritoituminen kannustavat herkästi tutkijaa tuottamaan julkaisuja, jotka eivät ole käytännön juristien käsissä kuluvaa lainoppia.

On vaikea sanoa, missä määrin lukemisen yleinen vähentyminen vähentää myös oikeus- tai muun ammattikirjallisuuden lukemista.[1] Todennäköisesti tällainen vaikutussuhde on olemassa.

Yllä kuvatussa muutoksessa on hyviäkin piirteitä, mutta kaikille juristi-bibliofiileille on yleensä tuskallista lukea esimerkiksi uutisia siitä, miten kirjoista on tullut ongelmajätettä ja miten niitä silputaan käytettäväksi rakennuseristeenä. Moni myös tietää tarinoita siitä, mitä oikeuskirjallisuudelle on tapahtunut, kun virastojen tai yrityksien tilankäyttöä on tehostettu ja ”vanhanaikaisesta” kirjastosta on luovuttu.

Tähän teokseen olemme oikeuskulttuurin vaalimisen takia koonneet 12 artikkelia, joissa oikeuskirjallisuuden omistajat kuvaavat omia ammatillisia kirjastojaan ja oikeuskirjallisuuden merkitystä heidän ajattelulleen. Äänessä on tutkijoita, tuomareita ja muita käytännön juristeja.[2] Kaikkia yhdistää suorastaan intohimoinen suhde kirjoihin ja lukemiseen. Kiinnostavaa on myös se, miten

1. Ks. tärkeänä puheenvuorona asiasta Kai Ekholm, Kansakunta, joka lakkasi lukemasta. Helsingin Sanomat 6.8.2019, s. A5. Myös Kai Ekholm, joka on Kansalliskirjaston eläkkeelle jäänyt johtaja, piti esitelmän Oikeuskulttuurin päivässä. Hän puhui otsikolla ”Miksi kirjallisuuden, muistin ja ymmärryksen monitahoisuus ei ole enää muodikasta?”.
2. Otimme teosta toimitettaessa yhteyttä laajaan joukkoon oikeustieteilijöitä ja käytännön juristeja, kun kartoitimme mahdollisia kirjoittajia. Kaikki, joilta kirjoituksia pyydettiin, eivät kuitenkaan

yksittäiset tutkimukset ovat saattaneet vaikuttaa vahvasti oikeustieteilijöiden ajatteluun ja miten näihin inspiraation lähteisiin saatetaan palata uudestaan ja uudestaan.

Ajattelimme, että kuvattaessa yksityiskirjastoja kulttuurisena ilmiönä on parasta perustaa teksti omakohtaisille kokemuksille. Toivomme, että tällaiset henkilökohtaiset kertomukset ovat myös lukijoille kiinnostavia. Henkilökohtaisten kirjastokuvauksien lisäksi teoksessa on etevien tutkijoiden kuvauksia kirjanomistamisen historiasta ja julkisen kirjastolaitoksen kehityksestä.

Yksityiskirjastojen merkitys

Mitä merkityksiä yksityiskirjastoilla on? Kirjat ja kirjastot ovat tiedon lähde. Kirjat on yhdistetty viisauteen jo tuhansia vuosia. Antiikin Rooman tarustoon kuuluu esimerkiksi kertomus Rooman kuningas *Numa Pompiliuksesta*, joka hallitsi Roomaa 700-luvulla eKr. Numa Pompiliusta pidettiin niin oppineena ja viisaana, että hänen kuollessaan katsottiin parhaaksi, ettei kukaan enää saavuta samanlaista tietämyksen tasoa kuin hän. Niinpä Numa Pompiliuksen kirjat haudattiin hänen kanssaan.[3]

Voimme siis sanoa, että perinteinen viisauden kerryttäminen on yksi yksityiskirjastojen funktioista. Yksityiskirjastoilla on tiedon lähteenä selvä käyttöarvo omistajilleen. Työnteko on kätevää, kun kirjat ovat kotona saatavilla. Jos ajatellaan oikeustieteellisen tutkimuksen tekemistä, olemme yhä tilanteessa, jossa lähdeaineistosta vain pieni osa on sähköisessä muodossa. Esimerkiksi väitöskirja, jossa lähdeaineisto olisi vain sähköisesti julkaistua aineistoa, olisi todennäköisesti hyvin puutteellinen.

Mutta käyttöarvon lisäksi tänään julkistettavan teoksen teksteistä käy ilmi, että kirjat ovat omistajilleen paljon muutakin kuin vain pragmaattinen työväline tiedonhakuun. Yksityiskirjasto on omistajalleen myös inspiraatiolähde ja innoittaja keskittymiseen. Kyse ei vain siitä, että tieto on tarvittaessa saatavilla. Kyse on myös siitä, että kotona oleva kirjastointerióori luo rauhoittavan tyyssijan, joka innoittaa lukemiseen ja löytämiseen. Kirjasto on kuin löytöretki. Kuvitelkaa, että

ehtineet kirjoittaa teokseen eikä kaikkia aihepiiristä kiinnostuneita potentiaalisia kirjoittajia välttämättä osattu lähestyä.

3. Ks. Numa Pompiliuksesta esim. Carl Grimberg, Kansojen historia. Osa 5. Roomalaiset. Suom. Weikko Pakarinen. Werner Söderström Osakeyhtiö 1957, s. 37. Numa Pompiliukseen liittyvää tarua kirjojen hautaamisesta ja varsinkin niiden löytymisestä v. 181 eKr on jo pitkään pidetty pötypuheena. Kirjojen hautaaminen vainajan kanssa voisi tosin nykyään ratkaista pulmia, joita bibliofiilien perijät kohtaavat. Kirjassamme on monia kuvauksia siitä, minkälaiseksi tilaa vieväksi taakaksi laaja kirjasto voi muodostua siinä vaiheessa, kun sen omistaja ei enää sitä käytä.

teillä olisi kaikki kirjastonne kirjat vain tietokoneella. Tulisiko ikinä tehtyä selailulöytöjä? Pysähtyisittekö lukemaan artikkelia, jota ette olleet etsimässä? Monille esimerkiksi vanhanaikainen tietosanakirja on rauhoittavampi ja inspiroivampi kuin internetin maailma, jossa voi pyöriä näennäisen tehokkaasti tuntikausia ilman, että omiin aivoihin tulisi yhtäkään uutta syvällistä ajatusta. Lisäksi moni tämänkin teoksen kirjoittaja toteaa muistavansa paremmin paperilta kuin näytöltä luetut asiat.

Yksityiskirjastoilla – kuten sivumennen sanoen julkisillakin kirjastoilla – on myös sosiaalinen merkitys tutkijayhteisössä. Lähdeteoksia metsästettäessä syntyy sosiaalisia kontakteja, kun kirjoja lainaillaan toisille. Kirjalahjoitukset ovat myös henkilöhistoriallisesti kiinnostavia. Bibliofiilit puhuvat usein teoksen provenienssista eli omistushistoriasta, joka voi selvitä esimerkiksi omistuskirjoituksista. Omistuskirjoitukset ovat tieteen henkilöhistorian kannalta hyödyllisiä, samoin kuin kirjoissa olevat erilaiset marginaalimerkinnätkin. Kun painetut kirjat ja traditioiden merkitys vähenevät, kaikki eivät enää tunne omistuskirjoituksiin liittyviä käytänteitä.[4]

On yksityiskirjastossa toki huonojakin puolia. Yksi on tilan tarve. Oikeus, kirjastot ja kulttuuri -teoksessamme on suorastaan koomisia anekdootteja siitä, miten asuntoon on mahdutettu kirjoja. Säilytystilaongelmien takia tuhansien niteiden kirjastojen omistajat ovat joutuneet ottamaan käyttöön kaikki tilansa ja teettämään erityisiä kirjahyllyjä. Kun oma kirjastoni ei esimerkiksi mitenkään mahdu kaupunkiasuntomme työhuoneeseen, olen joutunut hajasijoittamaan kirjoja myös maalle eri rakennuksiin ja kirjastohuoneisiin. Säilytystilojen suhteen paras tilanne lienee kirjaamme haastatellulla tasavallan presidentti *Sauli Niinistöllä*, joka on voinut ottaa kirjojen säilytystilaksi myös Mäntyniemen virka-asunnon.

Miltä oikeustieteellisten yksityiskirjastojen tulevaisuus näyttää?

Oikeuslähteiden käyminen sähköiseksi on ilman muuta vakava haaste perinteisille yksityiskirjastoille. Tätä esitelmää tai tämän kirjan toimittamista ei pitäisi nähdä vain konservatiivisena hätähuutona kirjojen puolesta. Sähköisissä aineistoissa on nimittäin käytettävyyden kannalta paljon hyvää: sanahaut ovat

4. Oikeaoppinen tapahan on kirjoittaa omistuskirjoitus teoksen nimiösivulle (siis sivulle, jossa on myös kirjan otsikko). Henkilöhistoriaa tutkittaessa puolestaan on hyvä tietää, että omistuskirjoitus on pitkään ollut tapana kirjoittaa muodollisemmassa ja kunnioittavammassa muodossa kuin mihin henkilöiden tosiasiallinen tuttavuussuhde antaisi aihetta. Omistuskirjoitus voi olla esimerkiksi muotoa ”Professori X:lle kunnioittaen NN:ltä”. Ks. dedikaatioista E.J. Ellilä, Kirjojen taika. Werner Söderström Osakeyhtiö 1952, s. 115–117.

ylivertaisia ja säädösaineistot ovat aina ajan tasalla. Älypuhelimien ansiosta tällaiset oikeudelliset aineistot ovat aina mukana. Esimerkiksi perinteinen painettu lakikirja lienee näistä syistä uhanalainen kirjalaji, vaikka lakikirjan pedagogiset edut tulevat monissa tämänkin teoksen kirjoituksissa esille.

En kuitenkaan usko, että oikeudelliset yksityiskirjastot syrjäytyvät pelkästään sähköisten aineistojen takia. Niin moni juristi pitää painetun kirjan lukukokemusta parempana muistamisen ja lukunautinnon kannalta. Itse uskon, että suurempi uhka yksityiskirjastoille on pikemminkin yleinen lukutottumuksien ja työelämän muutos. Kun lukeminen vähenee, eivät lakimiehet kokoa ammattikirjallisuuttakaan koteihinsa siten kuin ennen. Juristien työ käy myös yhä intensiivisemmäksi, ja kun työpäivät venyvät iltaan asti, vain juridiikalle kaikkein omistautuneimmat viettävät vapaa-aikansa ammattikirjallisuutta lukien. Aikaa perusteelliselle ja syvälliselle lukemiselle ei ole, vaikka se olisi usein ammatillisten taitojen kehittämisen ja ylläpitämisen kannalta kaikkein arvokkainta.

Silti voi todeta, että kirjojen ja yksityiskirjastojen tulevaisuus ei suinkaan ole välttämättä synkkä. Oikeuskirjallisuutta julkaistaan yhä paljon ja kehityksessä on ristiriitaisia piirteitä. Tietyillä oikeudenaloilla, kuten vaikkapa perus- ja ihmisoikeustutkimuksessa, oikeustieteen merkitys oikeuslähteenä on jopa lisääntynyt. Yhä on paljon lakimiehiä, jotka työskentelevät laaja-alaisesti eri oikeudenalojen parissa ja käyttävät painettua oikeuskirjallisuutta päivittäin. Joka tapauksessa kaikilla juristeilla lienee myös ikiaikainen tarve lukemiseen.

Lopuksi haluan vielä kiittää kaikkia teokseen kirjoittaneita. Yksityiskirjastojen avaaminen lukijoille on ollut kirjoittajilta rohkeaa ja samalla tärkeää oikeuskulttuurin taltioimisen kannalta. Lisäksi kirjastoon muita artikkeleilla kirjoittaneilla on ollut suuri merkitys siinä, että tänään julkaistusta kirjasta on tullut mielekäs kokonaisuus.

Sakari Wuolijoki

Oikeus, kirjastot ja kulttuuri

Lakimies
1/2020
s. 142–151

Toni Malminen ja Sakari Wuolijoki (toim.)

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. C-sarja N:o 43. Helsinki 2019. VI + 296 sivua.

Erinomainen kirja kirjoista, tähän kannattaa tarttua. Kirjoja on kirjoitettu käsin ja painettu kirjapainoissa. Niitä on kerätty, myyty, ostettu ja koottu kirjastoiksi. Kirjoja on myös poltettu ja kirjastoja viety sotasaaliiksi. Kirjojen varaan rakentuvat opin perusasiat, ammatti ja sivistys. Oikeudellinen kirjallisuus ja oikeuskulttuuri kulkevat käsi kädessä menneestä nykyisyyteen. Sekin käy hyvin ilmi *Toni Malmisen* ja *Sakari Wuolijoen* toimittamasta teoksesta. Kirjoihin muodostuu henkilökohtainen suhde, jonka salaisuuden tietää usein vain lukija itse.

Oikeus, kirjastot ja kulttuuri on avartava lukuelämys. Se on kuitenkin rosoinen, kirjan artikkelit eivät ole yhteismitallisia, ja teoksen otsikko lupaa ehkä enemmän kuin lukija odottaa saavansa. Tästä huomauttaa jo *Tatu Leppänen* kirjan esipuheessa. Oikeustieteellisiä kirjastoja on Suomessa huomattavasti enemmän kuin ne kaksi, jotka kirjassa on esitelty. *Kaisa Sinikaran* artikkeli ”Lainopillisesta seminaarikirjastosta Helsingin yliopiston pääkirjastoon” on runsassisältöinen kuvaus Helsingin yliopiston kirjaston oikeustieteellisten kokoelmien karttumisesta Turun palon jälkeisenä aikana. Juristia kiinnostaa varmasti kuitenkin erityisesti Lainopillisen seminaarikirjaston perustaminen ja sen kokoelmien karttuminen. Kirjaston perustamisesta tulee vuonna 2020 kuluneeksi 120 vuotta. Miten pienestä kaikki alkoikaan ja miten suureksi kaikki on kasvanut. Pääkirjaston oikeustieteellinen kirjallisuus käsittää nykyisin noin 60 000 nimikettä. Se ei ole maailman kirjastojen mittakaavassa paljon, mutta se on kuitenkin niin mittava tietovaranto, että olisi vaikea kuvitella Helsingin yliopiston oikeustieteellistä tiedekuntaa ilman sitä. Kirjat rakentuvat kirjojen varaan. *Erika Bergströmin* artikkeli ”Eduskunnan kirjasto ja sen oikeudelliset kokoelmat” kertoo vielä vanhemman ja suuremman oikeudellisen kirjaston kasvusta vuodesta 1872 alkaen. Vuonna 2018 Eduskunnan kirjaston kokoelmissa oli 530 100 nidettä. Eduskunnan kirjasto on Suomen merkittävin oikeustieteellinen kirjasto, joka palvelee niin eduskuntaa, lainvalmistelua, oikeustieteellistä tutkimusta kuin perustutkintoa suorittavien opiskelijoiden tiedontarvettakin.

Näiden kahden tärkeän kirjaston perustaminen ja kokoelmien karttuminen ovat epäilemättä aivan keskeisessä asemassa oikeustieteellisen perustutkimuksen ja sivistyksen kannalta. Mutta tämän päivän perspektiivistä yhtä merkittäviä oikeudenhoidon kannalta ovat alioikeuksien, hovioikeuksien ja korkeimpien oikeuksien kirjastot. Vaikka perinteisen oikeuslähdeopillisen käsityksen mukaan oikeuskirjallisuus ei ole velvoittava oikeuslähde samassa mielessä kuin säädännäinen oikeus, eikä tuomioistuinten päätöksissä juurikaan viitata suoraan oikeuskirjallisuuteen, ilman kunnollista tuomioistuinkirjastoa ei missään oikeus-

asteessa ole mahdollista tulla toimeen. Oikeustieteellistä aineistoa sisältäviä mittavia kirjastoja on kuitenkin muuallakin. Turun yliopiston oikeustieteellinen kirjasto Calonia sekä Lapin yliopiston, Itä-Suomen yliopiston ja Vaasan yliopiston oikeustieteellistä aineistoa sisältävät kirjastot olisivat ansainneet tässä teoksessa kukin oman artikkelinsa. Ne ovat alueellisesti vähintään yhtä tärkeitä kuin pääkaupungissa olevat kirjastot. Suomessa on myös asianajotoimistoja, joilla on runsaasti oikeustieteellistä kirjallisuutta ja jopa oma informaatikko, jonka yhtenä tehtävänä on hankkia tutkimukseen perustuvaa kirjallisuutta asianajajia varten.

Myös julkisissa kirjastoissa on oikeustieteellistä kirjallisuutta, mutta varsinaisiin oikeustieteellisiin kirjastoihin verrattuna vain niukasti. Julkisista kirjastoista on useimmiten saatavilla vain suomen kielellä ilmestynyttä oikeustieteellistä kirjallisuutta. *Juha Raitio* korostaa artikkelissaan ”Kunnia kotimaisille kielille, kirjoille ja kirjastolle” kansalliskielillä kirjoitetun tutkimuksen merkitystä oikeuskulttuurille.

Kirjan tutkimuksellisesti kiintoisimmat artikkelit liittyvät vanhoihin kirjoihin. *Tuija Laine* tarkastelee Oikeustieteellistä kirjaa esineenä. Matka alkaa kaukaa toorista tefillineihin ja jatkuu kiertokirjeistä painettuihin käsikirjoituksiin ja ensimmäiseen Suomessa painettuun suomenkieliseen lakikirjaan. Artikkeli keskittyy temaattisesti kirjan vaikuttavuuteen esineenä, kiinnostava näkökulma. Laineen artikkelin sisälle mahtuu ekskursio kahteen tietokantaan, joista löytyy yksityiskohtaisia tietoja kirjojen omistamisesta Suomessa 1700- ja 1800-luvulla. Toinen näistä tietokannoista on *HENRIK*, kirjojen omistus Suomessa vuoteen 1809 ja toinen *Kirjojen levinneisyys vuoteen 1850*. Edellisessä tietokannassa on 57 000 kirjaa, joiden tiedot on koottu perukirjoissa ja huutokauppaluetteloissa olevista kirjamaininnoista. Jälkimmäisessä tietokannassa on oikeustieteellistä aineistoa yli 3 000 kirjaa. Molemmat tietokannat kuuluvat Kansalliskirjaston digitaaliseen aineistoon, jota voi vapaasti jokainen selailla. Kiinnostavaa, äärimmäisen kiinnostavaa. Kirjoitin Henrikin hakukenttään ”oikeustiede” ja sain osumia 1 637 ja mainintoja 1 833 kirjasta. Sen jälkeen kävin tarkastamassa toisen tietokannan. Kirjoitin hakukenttään ”lakiteos” ja haun mukaan tietokannassa oli 3 073 lakiteosta. Tarkempi hakutuloksen selailu kuitenkin osoitti, että lakiteoksista yleisin oli *Jakob Tengströmin* kirjoittama teos Afhandling om presterliga tjenstgöringen och aflöningen i Åbo erke-stift 3. Suomen ensimmäisen arkkipiispan teos on mahdollisesti kirkko-oikeutta, jos sitä oikeustieteen alaan kuuluvana pitäisi pitää.

Mia Korpiolan artikkeli ”Kirjastosta kirjastoon: 1730- ja 1740-luvun turkulaislakimiesten huutokaupatuista oikeudellisista kirjoista” ja *Marianne Vasara-Aaltosen* artikkeli ”Kun Kuopiossa lakikirjoja kaupattiin: oikeudellisen kirjallisuuden omistaminen 1800-luvun huutokauppaluetteloiden valossa” ovat hienoja tutkimuksia kirjojen omistamisesta ja niiden vaihdannasta. Ne kertovat myös siitä, minkälaiset ihmiset olivat kiinnostuneita oikeudellisesta kirjallisuudesta. Kaikilla omistajilla ja ostajilla ei suinkaan aina ollut oikeudellisia opintoja

tai yliopistollista tutkintoa juridiikassa. Juristin tehtäviä saattoi hoitaa milloin raatimies, milloin notaari, räätäli tai kauppias. Pääasia oli, että asiat tuli hoidettua, muodollisella tutkinnolla niistä ei olisi tullut mitään. Mia Korpiolan artikkeli on luontevaa jatkoa hänen laajemmalle hankkeelleen, jossa hän on tutkinut oikeudellista kirjanomistusta 1700-luvulla Helsingissä, Oulussa, Porvoossa ja Kokkolassa. Kirjanomistuksen historian selvittäminen vaatii äärimmäistä tarkkuutta, kykyä vanhojen käsialojen tulkitsemiseen ja tutkittavan aikakauden oikeudellisen kirjallisuuden hyvää hallintaa. Marianne Vasara-Aaltonen on laatinut artikkelinsa osana Suomen Akatemian rahoittamaa projektia ”Oikeudellinen tieto ja taito Suomessa n. 1750–1920”. Tämä projekti avaa tehokkaasti ikkunoita menneeseen ja tekee osaltaan nykypäivää paremmin ymmärrettäväksi. Oli nautinnollista tehdä kirjallinen retki Turkuun ja Kuopioon, kirjoittajille kiitos.

Malmisen ja Wuolijoen toimittamassa teoksessa nousee esille kaksi presidenttiä, kuollut ja elävä. Kuolleista presidenteistä oman artikkelinsa on saanut *K. J. Ståhlberg. Jyri Inha* rekonstruoi K. J. Ståhlbergin oikeudellista ajattelua hänen kirjastonsa sisältämien kirjojen perusteella. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa on talon ensimmäisen presidentin K. J. Ståhlbergin perinnehuone, jossa säilytetään pientä osaa hänen Kulosaaren kotinsa lainopillisesta kirjallisuudesta. Inhan artikkeli on tiivistelmä hänen vuonna 2004 ilmestyneestä teoksestaan Elämä ja oikeus – K. J. Ståhlberg oikeusajattelijana. Inha on poiminut Ståhlbergin perinnehuoneen kirjahyllyistä teoksia, joiden sisältämien ajatusten ja Ståhlbergin oman oikeudellisen ajattelun välistä yhteyttä hän pyrkii selvittämään. Metodisesti lähestymistapa on kiinnostava ja on edellyttänyt laajaa perehtymistä 1800-luvun saksalaiseen julkisoikeuteen. Kirjat vaikuttavat ihmisten ajatteluun ja toimintaan, Ståhlberg oli vaikutteille altis ihminen.

Elävistä presidenteistä oman artikkelinsa on saanut *Sauli Niinistö*. Toni Malmisen ja Sakari Wuolijoen haastattelussa palautetaan kuitenkin ensin mieliin haastattelu, jonka silloinen tasavallan presidentti *Urho Kekkonen* antoi vuonna 1970. Kekkonen oli tuolloin saman ikäinen kuin Niinistö, 70-vuotias. Niinistö kertoo haastattelussaan oikeustieteen alaan kuuluvien kirjojen merkityksestä hänen toimiessaan lakimiestehtävissä. Ne kuuluivat ammatissa toimivan hovioikeuden viskaalin ja asianajajan arkipäivään, kirjat olivat työkaluja. Niinistön mukaan lakimiestyötä tehtäessä ”oli vapauttava ja mukava tunne löytää oikeuskirjallisuudesta selkeä omaa käsitystä tukenut kannanotto. Se synnyttää itsevarmuuden tunnetta, kun käytännön lakimiehenä voi varmistua siitä, että maan parhaat asiantuntijat ovat tulkinneet asiaa samoin.” Tästä haastattelusta ei varmasti synny samanlaista kalabaliikkia kuin aikanaan syntyi Kekkosen haastattelusta. Niinistöllä on jalat tukevasti maan pinnalla, eikä hän esitä poliittisia näkemyksiä oikeuslaitoksesta. Niinistö keskittyy kirjaan ja lukuharrastukseensa. Hän on siinä onnellisessa asemassa, ettei hänen ole pakko enää lukea vain oikeustieteellistä kirjallisuutta, hän voi lukea kaunokirjallisuutta. Kaunokirjallisuudessa ja oikeustieteellisessä kirjallisuudessa Niinistöä kiehtoo toisen ihmisen

ajattelu. Se on hyvin sanottu, vaikka joskus toisen ihmisen ajatuksenjuoksua on mahdoton seurata. Silloin voi tehdä niin kuin Akateemisen kirjakaupan ja Werner Söderströmin entinen johtaja, dosentti *Jorma Kaimio* ja jättää kirjan kesken. Useimmiten oikeustieteen alaan kuuluvaa kirjaa ei edes lueta kannesta kanteen. Siitä avataan asiahakemisto ja etsitään sopiva hakusana, jonka avulla kirjasta voi parhaassa tapauksessa löytää sivun tai kaksi, joista voi olla hyötyä oman kannanoton tueksi. Tai sitten ei.

Oikeus, kirjastot ja kulttuuri -teos on nyt puolimatkan krouvissa. Kirja muuttaa luonnettaan, se muuttuu yksityisiksi kertomuksiksi omista ja muiden lakimiesten kirjastoista. Se ei luonnollisestikaan voi tavoittaa kuin muutaman kiinnostavan kirjaston. Lakimiesliitossa on yli 16 000 jäsentä ja epäilemättä jokaisella lakimiehellä on muutama kirja, jonka hän on hankkinut ammatillisilla perusteilla. Kirjassa näistä kirjastoista esitellään 12, eikä valinnan kriteereitä ole oikeastaan missään esitetty. Kuvittelisin, että kirjan toimittajat ovat halunneet mukaan erilaisia yksityisiä kirjastoja ja tiedän, että kaikki eivät ole ehtineet tai jaksaneet pyynnöstä huolimatta kirjoittaa tähän kirjaan. Tai eivät ole voineet sen vuoksi, että he ovat jo kuolleet. *Otto Brusiinilla* oli huomattava kotikirjasto, jossa oli yli 5 500 lähinnä oikeusfilosofian ja -historian alaan kuuluvaa teosta. Elossa olevista ja vaikutusvaltaisista professoreista *Aulis Aarniolla* on yli 3 000 niteen kirjasto, *Kaarlo Tuorilla* on itse asiassa kolme kirjastoa, yksi yliopistolla, yksi kotona kaupungissa ja yksi maalla. *Lars D. Erikssonilla* on laaja kirjasto, koko talo on vuorattu kirjoilla. Samanlaisia kirjastoja on muillakin, *Jukka Kemppisen* kirjasto on kerääjänsä näköinen. Siellä on kaikkea maan ja taivaan väliltä, itse käännettyä ja kääntämätöntä kirjallisuutta.

Vanhoilla professoreilla oli perinteisesti suuret kotikirjastot, jotka ovat vuosien saatossa hajonneet. Tästä prosessista, oikeuskirjallisuuden kiertotaloudesta kertoo *Heikki Halila* artikkelissaan ”Lakimiesten kotikirjastojen matka”. Yliopistot ovat aina saaneet lahjoituksina professoreiden kuolinpesistä oikeustieteellistä kirjallisuutta. Minä olen nuorena assistenttina ollut kantamassa tiedekuntaan *Aatos Alasen* ja *Osvi Lahtisen* kirjastoa ja *Kaarle Makkosen* kirjastoon kuuluneita oikeustieteellisiä teoksia. Heikki Halila kertoo hauskasti, miten *Matti Ylöstalon, Erik* ja *Martti Castrénin* ja *Matti Norrin* kirjastot toimitettiin Helsingin yliopiston oikeustieteelliseen tiedekuntaan kirjatorille, josta jokainen sai käydä ilmaiseksi poimimassa itselleen mieluisat niteet. Ne, jotka eivät kelvanneet kenellekään, kelpasivat poltettaviksi Vantaan kaupungin jätteidenpolttolaitoksella. Suomalaisen oikeuskirjallisuuden polttaminen roviolla ei herätä yhtä suuria tunteita kuin 1930-luvun kirjaroviot.

Jaakko Husa pohtii artikkelissaan ”Voiko oikeustieteelliseen kirjaan rakastua?” sitä tunnetta, joka viehättää lukijaa ja omistajaa kirjoissa. Husan mukaan kysymys on lukijan platonisesta suhteesta kirjaan, eräänlaisesta ystävyydellisestä rakkaudesta, joka syntyy lukijan ja kirjan välille. Kysymys on lukijan, kirjoitetun kielen ja juridisen mielikuvituksen liitosta. Luetun ymmärtäminen on aina

subjektiivinen kokemus. Se tunne voi koukuttaa. Varmasti on ihmisiä, jotka ovat kirjariippuvaisia kuten *Juha Häyhän* äiti ja miksei myös *Juha Häyhä* itse. Ja on niitä, jotka eivät kirjaa avaa. Husa kuuluu selvästikin kirjaan addiktoituneiden ryhmään. Ja siihen kuuluu myös Juha Häyhä. Hykerryttävässä artikkelissaan ”Elämäni kirjat” hän yrittää esittää itsensä lukevana ja viisaampana kuin on. Tämä on ehdottomasti kirjan parasta antia, kaunokirjallisesti upea ja äärimmäisen paljastava artikkeli. Häyhä riisuu itsensä alasti lukijan edessä. Hän ei todellakaan ole mies ilman ominaisuuksia. *Robert Musilin* kirja tuli minulle tutuksi, kun olin Kaarle Makkosen assistenttina ja organisoimme yleisen oikeustieteen projektin ”Oikeus maailmankirjallisuuden valossa”. Tuohon projektiin osallistui myös Juha Häyhä, joka oli aivan Musilin lumoissa. Minun oli pakko lukea tuo kirja, jotta olisin voinut edes jollakin tavalla osallistua projektissa projektiopetukseen. Ero oikeustieteen ylioppilaan ja oikeustieteen lisensiaatin kirjallisen sivistyksen välillä oli suuri, vaikka olen pitänyt itseäni kirjan suurkuluttajana pienestä pitäen. Kuluttajan ja sivistyneen lukijan välillä on kuitenkin suuri ero.

Häyhän artikkelia on mahdoton tiivistää, se ei alistu niin banaaliin puristukseen. Mutta sitä ei voi olla kertomatta, että Häyhän mukaan yksi maailman tärkeimmistä kirjoista kulttuurisessa merkityksessä on raamattu. Raamattu on kirjojen kirja, iso kirja, jota voidaan käyttää myös väärin. Mutta niin voidaan monia muitakin kirjoja käyttää väärin. Häyhän mukaan raamatuntuntemus on tärkeä osa tutkijan yleissivistystä. Raamatun jälkeen Häyhä nostaa podiumille *Erkki Aurejärven* teoksen Urakkasopimus ja *Markku Helinin* magnum opuksen Lainoppi ja metafysiikka. Häyhä päättää artikkelinsa sitaattiin *Senecan* teoksesta Elämän lyhyydestä, jota hänelle oli suositellut hänen äitinsä. Samaa kirjaa Häyhä suosittelee myös lukijalleen. Tosin ei kaikille, sillä hän jakaa lukijat hyviin ja pahoihin ja suosittelee kirjaa vain hyvälle lukijalleen.

Matka jatkuu ja kieli vaihtuu. *Klaus Ilmosen* artikkeli ”Cases and Materials” on otsikostaan huolimatta kirjoitettu ruotsiksi. Hauskaa, että Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisupolitiikka on avarakatseista. Kieli ei ole enää ollut aikoihin este ajatusten esittelemiseksi Lakimiesyhdistyksen julkaisuissa. Ilmosen artikkelin ydin on oikeudellisen ajattelun muutos. Opiskelu oikeustieteellisessä tiedekunnassa antoi nuorelle Ilmoselle kuvan oikeudesta yksiselitteisenä, sisäisesti koherenttina ja organisoituna järjestyksenä. Oikeudellisen ajattelun taustalla oleva kirkas positivistinen logiikka muodosti oikeudellisen ajattelun perusnormin, jonka varaan hänen oli turvallista rakentaa oma oikeudellinen maailmankuvansa. Tuo maailmankuva on nyt pirstoutunut ja juridiikasta on tullut yhä kansainvälisempää, kontekstualisempaa ja fragmentoitunutta. Oikeustiede ei Ilmosen mukaan voi enää rakentua vain suljetulle yhteiskunnalliselle arvoperustalle samalla tavoin kuin aikaisemmin. Tämän havainnon kirjoittaja on tehnyt syventyessään kansainväliseen arvopaperi- ja yhtiöoikeuteen. Myös tutut turvalliset kirjat ovat muuttuneet digitaalisiksi tietokannoiksi, kirjastohuone on supistunut pukukopin kokoiseksi ja tilalle ovat tulleet massiiviset tietokannat.

Kirjastonhoitajista on tullut informaatikkoja, joiden tehtävänä on avustaa lakimiehiä pysymään mukana informaatiotulvan pyörteissä. Muutos on ulottunut koskemaan myös yhtiö- ja arvopaperioikeutta, josta on tullut poikkitieteellistä. Moderni yhtiöoikeudellinen tutkimus ankkuroituu poliittiseen taloustieteeseen, talouden historiaan ja yhteiskuntatieteeseen. Ilmosen kotikirjaston merkittävimmät teokset voisivat löytyä yhtä hyvin kansantaloustieteen tutkijan kuin modernin yhtiöoikeuden tutkijan kirjastosta.

Ja seuraavana vuorossa on toinen maailmanmatkaaja, *Toni Malminen*, toinen kirjan toimittajista. Malmisen artikkeli ”Helsinki, Tukholma, Lontoo, New Haven, New York ja Cambridge, Massachusetts. Oikeudellisen kirjaston rakentaminen väitöstutkimuksen tarpeisiin” kertoo hänen kulkemansa reitin hyvin. Kunnianhimoinen väitösprojekti voi edellyttää pitkän matkan kulkemista ja tutustumista erilaisiin oikeuskulttuureihin. Malminen aloitti kirjallisuuden keräämisen jo opiskeluaikanaan 2000-luvun alussa. Aluksi tutuiksi tulivat helsinkiläiset kirjakaupat ja antikvariaatit, myöhemmin hankinnat ulottuivat Tukholmaan. Satunnaisostokset muuttuivat säännöllisiksi kesällä 2004 ja vimma jatkuu yhä. Nyt Helsinki ja Tukholma eivät enää riitä. Vuorossa oli seuraavaksi Lontoo, jonka kirjakaupat olivat aarreaitta ja The Folio Society. Ja kuten artikkelin otsikosta ilmenee, matka jatkui. Seuraavaksi vuorossa oli Yale, sen kirjakaupat ja Amazon. Malminen on siitä harvinainen väitöskirjan kirjoittaja, että hän on systemaattisesti pyrkinyt hankkimaan omistukseensa sen tutkimuskirjaston, jonka varaan hänen väitöskirjansa teesit rakentuvat. Kun Yale ja sen kirjastot oli koluttu, Malminen suuntasi tiensä Harvardiin, jossa hän vietti vuoden. Harvard Law school´in oikeustieteellinen kirjasto on maailman suurin ja käsittää 2 000 000 nidettä. Malminen ei tyytynyt vain lainaamaan ja lukemaan, vaan hankki Harvardista itselleen merkittävän määrän amerikkalaisten oikeusrealistien elämäkertoja. Hänen oma kotikirjastonsa on paisunut ja käsittää jo nyt yli 2 000 nidettä. Matkaa Brusiinin kirjaston 5 500 niteeseen vielä on, mutta kaikki merkit viittaavat siihen, että Malmisen kirjastosta on muodostumassa oloissamme arvokas oikeustieteellinen kotikirjasto. Tulevaisuudessa kirjojen joukkoon aivan ilmeisesti tullee pujahtamaan taloustieteellistä kirjallisuutta, sillä Malminen on laatimassa aiheesta toista väitöskirjaansa. Enkä usko, että hän parantuu keräilyaddiktiostaan sitä kirjoittaessaan.

Heikki E. S. Mattilan artikkeli ”Oikeussanakirjat työhuoneessani” kertoo systemaattisesta tutkijasta, joka pyrkii hankkimaan itselleen kaikki tärkeimmät lähteet. Mattila on kansainvälisesti tunnettu oikeuslingvisti, jonka verkostot ulottuvat ympäri maailmaa. Hän on myös poikkeuksellisen kielitaitoinen henkilö, joka jo ranskankielistä oikeusvertailun alaan kuuluvaa väitöskirjaansa varten opetteli puolan kielen. Väitöskirjassa Mattila vertaili maatilaperimystä koskevia ratkaisuja eri maissa. Yksi kohdemaista oli sosialistinen Puola, jossa pienten maatilojen perimys oli ratkaistu erityissäännöksin. Mattilan artikkeli pitää lukea voidakseen ymmärtää, miten oikeudellinen kulttuuri jäsentyy eri kielialueilla

erilaisiksi oikeudellisiksi käsitteiksi ja niiden vivahde-eroiksi. Hyllymetreittäin sanakirjoja oikeudesta, yksinomaan lakimieslatinan sanakirjoja pari hyllymetriä. Mattila jakaa sanakirjat kielen sisäisiin sanakirjoihin ja käännössanakirjoihin. Hänellä on niitä molempia, koska vain kielensisäiset sanakirjat kuvaavat luotettavasti jokaisen oikeuskulttuurin sisäisestä näkökulmasta käsin oikeudellisten käsitteiden sisältöä. Käännössanakirjat antavat vain karkean kuvan siitä, millaisesta oikeusilmiöstä lähdekielisessä termissä on kyse. Ei ole mikään ihme, että Heikki Mattilan Vertaileva oikeuslingvistiikka (2. painos suomeksi 2017), (2. painos englannin kielellä 2013) ja ranskankielinen laitos (1. painos 2012) valittiin vuonna 2019 oikeustieteellisen tutkimuksen klassikoksi. Niin vankalla perustalla tuo tutkimus lepää.

”Kirjastot ovat oikeustieteilijälle kuin laboratorio kemistille tai fyysikolle” aloittaa *Sakari Melander* artikkelinsa ”Oikeuskirjallisuudesta ja sen käyttämisestä rikosoikeustutkijan kirjahyllyn näkökulmasta” lainaamalla Harvardin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan entistä dekaania *Christopher Columbus Langdelliä*. Melander on toinen rikosoikeuden tutkija, joka on kirjoittanut oman artikkelinsa arvosteltavaan teokseen. Toinen heistä on *Matti Tolvanen*, jonka artikkeli ”Kriminaalipolitiikka ja rikosoikeudellinen tuottamus pohjoismaisessa ja saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa – vaikutus omiin systemaattisiin valintoihini” on samalla tavalla rehellisen paljastava kuin Melanderinkin. Kirjat eivät synny tyhjästä, kirjat syntyvät ajatuksista, joista monet ovat olleet iduillaan jo ennen kuin ne on voitu kiteyttää osaksi doktriinia. Tutkimus on usein näiden orastavien ajatusten analyysiä ja niiden perustelemista. Kysymys on oikeudellisesta ajattelusta ja siitä, mikä merkitys oikeuskirjallisuudella on oikeudellisen ajattelun kehittymisen kannalta. Melanderin mukaan ”aidosti tutkimuksellinen oikeudellinen kirjallisuus tukee oikeudellisen ajattelun ja argumentaation syvällistä kehittymistä, kun tällaiseen oikeuskirjallisuuteen perehtyminen mahdollistaa tiettyä oikeudellista kysymystä koskevan syvällisemmän analyysin hahmottamisen.” Tolvasen artikkeli on oivallinen todiste siitä, miten oikeaan osunut tuo Melanderin tiivistys on. Tolvanen kertoo artikkelissaan niistä tutkijoista, joiden ajattelu on vaikuttanut hänen omaan ajatteluunsa. Merkittävimmät vaikutteensa hän kertoo saaneensa norjalaisesta, tanskalaisesta ja saksalaisesta oikeuskirjallisuudesta. Näistä kahdesta rikosoikeuden tutkijasta Tolvanen on voimakkaammin sidoksissa saksalaiseen rikosoikeustutkimukseen kuin nuorempi kollegansa. Melander kertoo kirjahyllynsä sisältävän suunnilleen puoliksi kotimaista ja englanninkielistä kirjallisuutta, jos kotimaisia oikeustieteellisiä aikakauskirjoja ei lasketa mukaan. Mutta hänkin kertoo tutkimustyössään hyödyntävänsä edelleen myös pohjoismaista ja saksalaista lähdeaineistoa. ”Kirjallisuudella on ollut ja on edelleen vaikutusta, kun paikannamme voimassa olevaa oikeuttamme osana eurooppalaista oikeusperinnettä”, tiivistää kirjojen merkityksen tutkijalle ja samalla suomalaiselle oikeuskulttuurille Tolvanen. Ilman kirjoja ei ole oikeuskulttuuria.

Pauli Rautiainen kertoo artikkelissaan ”Elämäni antikvariaatit, kirjakaupat ja kirjastot” intiimistä suhteestaan kirjoihin ja lukemiseen. Kaikkea sitä, mikä on kiinnostavaa ja tarpeellista, ei aina löydy läheltä. Rautiaisen mukaan hän ei ole koskaan löytänyt Suomesta kirjakaupoista laajemmin itseään kiinnostavaa oikeustieteellistä kirjallisuutta. Se ei ole mikään ihme, sillä suomalaisista kirjakaupoista ei juuri löydä miltään oikeudenalalta kirjoja. Akateemisessa kirjakaupassa oli aikoinaan oikeuskirjallisuudelle varattu oma tilansa, nyt sellaista ei enää sieltä löydy. Sellaista ei ole myöskään Suomalaisessa kirjakaupassa. Rautiaisen on sen vuoksi ollut pakko matkustaa Berliiniin KulturKaufhaus Dussmanniin. Siellä hän on voinut saada sielullensa rauhan ylimmän kerroksen laajojen oikeustieteellisen kirjallisuuden hyllyjen äärellä. Myöhemmin sen paikan on vallannut Ihmisoikeustuomioistuimen kirjasto, josta on muodostunut Rautiaiselle erityisen tärkeä pyhiinvaelluskohde. Vaikka kirjasto ei ole suuri, se on hyvin järjestetty ja sitä koskeva metatiedosto auttaa löytämään omalle tutkimukselle olennaisimmat uudet lähteet. Rautiaisen mukaan ”oikeustieteilijän tutkimuskirjallisuus ei voi rajoittua oikeuslähteitä ja niiden tulkintaa koskeviin julkaisuihin.” Oikeuden hahmottamisessa yhtä keskeisellä paikalla on kaunokirjallisuus, sen avulla voi tutkia ”niitä kaikkia sosiaalisia maailmoja, joissa ihmiset ovat eläneet, elävät tai voisivat elää jonkinlaisen oikeudellisen sääntelyn piirissä”, kirjoittaa Rautiainen. Tässä menevät kirjallisuuden luokituskriteerit uusiksi, mutta Rautiaisen mukaan kirjojen luokittelu tieteenalaluokkiin on lähinnä ”kokoelmanhoitoon liittyvä käytännöllinen kirjastoammatillinen kysymys.”

Pekka Vihervuoren artikkelin kysymyksenasettelu ”Omassa hyllyssä vai bitteinä?” kertoo selkeästi siitä, millä tavalla oikeudellisen lähdeaineiston saatavuus on muuttunut parin viimeisen vuosikymmenen aikana. Vaikka tätä kysymystä sivutaankin useimmissa arvosteltavan kirjan artikkeleissa, Vihervuori nostaa tämän keskeisen kysymyksen kepin nokkaan. Jokainen vanhempi tutkija on aloittanut tutkimustyönsä ennen sähköisiä tietokantoja. Kaikki lähteet olivat painettuja ja fyysisesti olemassa. Niiden luokse piti mennä, jos niitä ei saanut lainaksi tai niitä voitu hankkia omistukseensa. Vanha oikeustieteen resepti, otetaan sata kirjaa ja tehdään niistä yksi, ei ole tänä päivänä enää ainoa mahdollinen tapa tehdä tutkimusta. Se on edelleen mahdollista, mutta kun painettu kirja on vain yksi mahdollisista oikeuslähteistä, reseptistä voi tehdä muunnelman. Otetaan viisikymmentä kirjaa, kaksikymmentä artikkelia ja kolmekymmentä tietokantaa verkossa ja tehdään niistä kirja. Jossain vaiheessa tilanne voi olla jopa sellainen, ettei painettua oikeuslähdettä tarvita lainkaan enää painetun kirjan tekemiseen. Vihervuoren mukaan koko yhteiskunnan kannalta on erinomaisen tärkeää, ”että säädökset ja lainvalmisteluaineisto ovat verkosta vapaasti saatavilla”. Se on suorastaan oikeusvaltion velvollisuus kansalaisiaan kohtaan, hän kirjoittaa. Tästä asiasta ei voi olla kuin samaa mieltä. Aineistojen vapaa saatavuus on asia, jota on aihetta tulevaisuudessa edistää. Mutta se ei saa merkitä sitä, että lakimiehen perusammattitaito voisi rakentua vain irrallisten hakukoneiden etsimien vastaus-

ten varaan. ”Vain vanha, kunnon kirjoista saatava teoreettinen pohja voi antaa perusvalmiudet tulevaisuudenkin työtehtäville, joiden sisältöä ei nyt kukaan voi tietää”, toteaa Vihervuori. Kirjaa ei ole aiheellista vielä julistaa kuolleeksi.

Teoksen viimeisimmän artikkelin on kirjoittanut toinen teoksen toimittajista, *Sakari Wuolijoki*. Artikkelissaan ”Pankkijuristin ja bibliofiilin kirjasto” Wuolijoki kertoo omasta kotikirjastostaan, joka jakaantuu tieteelliseen ja bibliofiiliseen osaan. Tieteellinen osa käsittää sellaista lähdekirjallisuutta, jota hän oli hankkinut kirjoittaessaan velvoiteoikeuden alaan kuuluvaa väitöskirjaansa. Kirjaston siemenen muodostivat aikoinaan tutkimuksen kannalta olennaisimmat pohjoismaiset väitöskirjat ja monografiat. Suomi on edelleen osa pohjoismaista oikeuskulttuuria ja on mahdotonta edes ajatella velvoiteoikeuden alaan kuuluvaa tutkimusta, jossa ei käytetä norjalaista, ruotsalaista ja tanskalaista oikeuskirjallisuutta ideoiden lähteenä ja oman ajattelun kaikupohjana. Mutta oikeudellisten ilmiöiden kansainvälistyminen ei oikeuta myöskään tuudittautumaan ajatukseen, että se riittää. Jos tutkimuskohde on rajat ylittävä, oikeuslähteinä käytettävän oikeuskirjallisuuden tulee myös johdonmukaisesti olla rajat ylittävää. Wuolijoen kirjahankinnat kirjastonsa tieteelliseen osaan noudattivat tätä periaatetta. Vähitellen tutkimuksen lähdepohja laajeni ja lopulta väitöskirjan lähdeaineistosta huomattava osa oli ulkomaista oikeuskirjallisuutta. Tämä kuvastaa hyvin sitä oppimisprosessia, joka väitöskirjan kirjoittamisen aikana tapahtuu. On aloitettava alusta ja edettävä riittävän pitkälle. Sen vaikeampaa tieteen teko ei ole.

Wuolijoen kirjaston bibliofiilinen osa on hieno. Hänen keräilyalueensa ydin on 1600- ja 1700-lukujen Ruotsi-Suomen oikeuskirjallisuus. Rajaus on hyvä, koska se estää kirjaston paisumisen kohtuuttoman suureksi. Ja se on järkevä siinäkin mielessä, että kirjoja on vielä saatavilla huutokaupoista ja antikvariaateista. Kirjaston bibliofiilisen osan helmi on ensimmäinen suomenkielinen lakikirja vuodelta 1759. Laaja kirjojen kerääminen aiheuttaa aina tilaongelman. Kotiin mahtuu vain rajallinen määrä kirjoja, vaikka kaikki kodin seinät vuoraisikin kirjahyllyillä. Tilaa tarvitaan kodissa ja kodin ulkopuolella. Wuolijoen kirjoja onkin paitsi kotona, myös maalla ja kellaritiloissa. Kirjat valtaavat kaiken sen tilan, mitä on käytettävissä ja vähän enemmänkin.

Kirja-arvostelun lopuksi on aihetta palata aivan kirjan alkuun, sen ensimmäiseen artikkeliin ”Oikeuskirjallisuus ja sen käyttö muutoksessa”. Artikkelin ovat laatineet kirjan toimittajat Toni Malminen ja Sakari Wuolijoki. Artikkelin keskeinen kysymys kuuluu: ”Mitä oikeuskirjallisuudelle oikein on tapahtumassa?” Tähän kysymykseen on kirjassa annettu monenlaisia vastauksia. Kirja painettuna tuotteena on saanut rinnalleen sähköiset kirjat ja tietokannat, joiden saatavuus on Suomessa suhteellisen hyvä. Se ei kuitenkaan ole ainakaan vielä merkinnyt samalla sitä, että kirja painettuna tuotteena olisi menettänyt merkityksensä. Onneksi näin on asianlaita, näin vanhan liiton miehenä sen uskaltaa tunnustaa. Kirjoittajien mukaan heidän toimittamansa teoksen ensisijainen tarkoitusperä liittyy oikeuskulttuuriin. Heidän tärkeänä tavoitteenaan on ollut taltioida sitä,

minkälaista oikeuskirjallisuuden käyttö ja omistaminen lakimieskunnan piirissä on. Mutta kirjalla on myös toinen tavoite. Kirjoittajat esittävät toivomuksen siitä, että Oikeus, kirjastot ja kulttuuri -teos tukee oikeuskirjallisuuden arvostusta osoittamalla, kuinka suuri merkitys ammattikirjallisuudella ja tutkimuksellisella kirjallisuudella on lakimieskunnalle. Teos täyttää sille asetetut tavoitteet hyvin. Tämä kirja kuuluu painettuna jokaisen lakimiehen kirjastoon, sitä voi selailla, siitä voi lukea artikkelin silloin tällöin tai sen voi lukea alusta loppuun ja nauttia sen sisällöstä. Kirjan loppuun on koottu tiedot kirjoittajista. Kiitos heille kirjasta.

Urpo Kangas

Hong, Tuuli, OTT, lakimies, Asianajotoimisto Kattelus, Ruokola & Mukkala Oy, tujrant@utu.fi
Kangas, Urpo, OTT, professori emeritus, urpo.kangas@helsinki.fi
Knuutinen, Reijo, OTT, KTM, professori, Turun yliopiston kauppakorkeakoulu, reijo.knuutinen@utu.fi
Koponen, Pekka, OTT, oikeusneuvos, korkein oikeus
Malminen, Toni, OTT, asianajaja, Hanne Snellman Asianajotoimisto; Professor of Practice, Itä-Suomen yliopisto, toni.malminen@hannessnellman.com
Norros, Olli, OTT, apulaisprofessori, Helsingin yliopisto, olli.norros@helsinki.fi
Rajaniemi, Erkki, OTL, VT, KTT, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto; johdon neuvonantaja ja johtoryhmän jäsen, Finanssivalvonta/Suomen Pankki
Vatjus-Anttila, Jalo, OTM, tohtorikoulutettava, Turun yliopisto, jivaan@utu.fi
Vuoria, Matti, OTK, VT, yrittäjä
Väisänen, Tiina, OTL, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto; esittelijäneuvos, korkein oikeus, tiina.x.vaisanen@helsinki.fi
Wuolijoki, Sakari, OTT, dosentti, lakiasiainjohtaja, Nordea Wholesale Banking