








# LAKIMIES 3–4/2023

## SISÄLLYS

Päätoimittajalta (*Tatu Hyttinen*) 387

### Artikkeleita

- Heikkinen, Pirkko – Halonen, Kirsi-Maria – Kurttila, Sara*: Vaihtoehtoja julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmäksi – tehokkuutta etsimässä tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolelta 388 
- Karjalainen, Katja*: Nykyinen minä, tuleva minä ja laki edunvalvontavaltuutuksesta 416 
- Murto-Unkila, Minna*: Osakeyhtiöoikeudelliset sisaryhtiösulautumisen toteuttamistavat 440 
- Paukku, Eelis – Kimpimäki, Minna*: Tilastollinen analyysi rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavista tekijöistä talousrikostuomioissa 462 
- Piha, Otava*: Miten uuden seksuaalirikoslain vapaaehtoisuuskriteeriä tulisi tulkita? 485 
- Seppänen, Jaakko*: Viranomaisdatan kaupallisen uudelleenkäytön reunaehdoista 512 
- Silvennoinen, Elisa – Kainulainen, Heini*: Väliaikaisen edunvalvojan määrääminen esitutkinnassa 538 

### Väitöksiä

- Meri, Otto*: Lain ja hyvän tavan vastaiset sopimukset – Sopimusoikeudellinen tutkimus kiellonvastaisista oikeustoimista ja niiden oikeusvaikutuksista 560
- Meri, Otto*: Lain ja hyvän tavan vastaiset sopimukset – Sopimusoikeudellinen tutkimus kiellonvastaisista oikeustoimista ja niiden oikeusvaikutuksista (*Kari Hoppu*) 565

### Oikeuskäytäntöä

- KKO 2023:14 – Miksi lainvastaisesti hankittuja Anom-viestejä sai hyödyntää? (*Susanna Lindroos-Hovinheimo*) 572
- KKO 2023:11 – Oikeudetonta vai ei? Moottorikäyttöisen ajoneuvon kuljettaminen ajokiellon päätyttyä ilman palautettua ajo-oikeutta (*Mika Sutela*) 584
- KKO 2023:17 – Virka-aseman väärinkäyttäminen kunnan päätöksenteossa (*Pekka Viljanen – Matti Muukkonen*) 592

## Kirjallisuutta

- Asma A. I. Vranaki: Regulating Social Network Sites. Data Protection, Copyright and Power (*Anette Alén*) 603
- Antti Tapanila: Seksuaalirikokset ja oikeudenkäynti (*Minna Kimpimäki*) 607
- Christina Jensen: Småkravsprosessen. Funksjoner og virkemidler (*Jaakko Markus*) 612

## Ajankohtaista

- Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen 125-vuotisjuhlaseminaari:  
*Salminen, Janne*: Oikeustieteelliset seurat tänään 619
- Ryynänen-Karjalainen, Lea*: TSV ja tieteelliset seurat vaikuttajina 621
- Letto-Vanamo, Pia*: Suomalaiset oikeustieteelliset seurat – mistä tullaan, minne mennään 623
- Pirjatanniemi, Elina*: Kotimainen tieteellinen julkaisutoiminta 629
- Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen toimintakertomus 2022, tase ja tuloslaskelma 31.12.2022 634
- Tämän numeron kirjoittajat** 646

## Contents:

*Heikkinen, Pirkko – Halonen, Kirsi-Maria – Kurttila, Sara*: Alternatives for a public procurement judicial review system – Looking for effectiveness outside the courts; *Karjalainen, Katja*: Current me, future me and the Act on Continuing Power of Attorney; *Murto-Unkila, Minna*: Limited Liability Company Act includes new provisions on the merger of sister companies; *Paukku, Eelis – Kimpimäki, Minna*: Statistical analysis of the factors affecting sentencing in economic offences cases; *Piha, Otava*: How should the involuntariness criterion in the new sexual crimes legislation be interpreted?; *Seppänen, Jaakko*: Preconditions for the commercial re-use of public information; *Silvennoinen, Elisa – Kainulainen, Heini*: Appointment of a temporary guardian during a criminal investigation; *Dissertations; Legal Cases; Literature; Current Issues*

## Kirjoittajiensa näköinen kaksoisnumero

Lakimies  
3–4/2023  
s. 387

Vuodesta 2015 alkaen Lakimies-aikakauskirjassa on julkaistu vuosittain kaksi kaksoisnumeroa, joista ensimmäinen on ilmestynyt alkukesästä (LM 3–4) ja jälkimmäinen loppuvuodesta (LM 7–8). Loppuvuoden perinteikäs kaksoisnumero on tyypillisesti ollut tiettyyn aihealueeseen keskittyvä teemanumero. Sen sijaan kevätkuuden kaksoisnumerolle on ollut ominaista spontaanisuus eli se, että aikakauskirja on usein koostunut kirjoituksista, joita kirjoittajat ovat omaehtoisesti tarjonneet Lakimieheen.

Sama linja jatkuu käsillä olevassa kaksoisnumerossa, johon valikoituneet vertaisarvioidut artikkelit muodostavat monipuolisen ja ajankohtaisen näkökulman kirjoittajia tällä hetkellä kiinnostaviin oikeudellisiin kysymyksiin. Niiden lisäksi julkaisu sisältää yhden lektion sekä siihen liittyvän vastaväittäjän lausunnon, kolme oikeustapausanalyysia ja kolme kirja-arvostelua.

Ajankohtaista-osioon kuuluvat myös Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuoden 2022 toimintakertomuksen ohella yhdistyksen maaliskuussa Säätytalon Helsingissä järjestetyssä 125-vuotisjuhlaseminaarissa Oikeustieteellisten seurojen rooli ja tehtävät tieteellisinä seuroina pidettyjen alustusten pohjalta laaditut kirjoitukset, joissa käsitellään muun muassa kotimaisen tieteellisen julkaisutoiminnan näkymiä.

*Tatu Hyttinen*  
päätoimittaja

*Pirkko Heikkinen – Kirsi-Maria Halonen – Sara Kurttila*



Lakimies  
3–4/2023  
s. 388–415

# Vaihtoehtoja julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmäksi – tehokkuutta etsimässä tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolelta

**HAKUSANAT:** julkiset hankinnat, oikeussuoja, tehokkuus, hankinta- ja hankintalautakunta, oikeustaloustiede, muutoksenhakulautakunta, muutoksenhaku-aika, hankintalaki

## 1. Johdanto

Julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmä on ollut murroksessa enemmän tai vähemmän siitä lähtien, kun Suomi liittyi osaksi Euroopan unionia ja ensimmäinen laki julkisista hankinnoista (1505/1992, hankintalaki) tuli voimaan vuonna 1994. Muutoksenhakujärjestelmän lukuisat uudistukset ovat yksi kerrallaan pyrkineet osaltaan tehostamaan oikeussuojaa julkisissa hankinnoissa. Viimeisimpänä suurena uudistuksena vuonna 2010 tuli voimaan suorahankintaseuraamuksia koskeva sääntely.<sup>1</sup> Aiemmin hankintojen oikeussuojajärjestelmää on tehostettu säättämällä hyvitysmaksusta, sopimuksen syntymisestä, odotusajasta ja automaattisesta täytäntöönpanokiellosta.<sup>2</sup>

\* *Pirkko Heikkinen*, OTT, yliopistonlehtori, Lapin yliopisto – *Kirsi-Maria Halonen*, OTT, professori, Lapin yliopisto – *Sara Kurttila*, OTM, asiantuntija, Kilpailu- ja kuluttajavirasto. Tämä julkaisu on osa Suomen Akatemian rahoittamaa talous- ja oikeustieteen tutkimushanketta Comp\_Eff\_PP – Kilpailun ja tehokkuuden edistäminen julkisissa hankinnoissa, päätös: 340044.

1. Suorahankinnoista ei ennen direktiivin 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi, EYVL L 335, 20.12.2007 voimaansaattamista ollut tehokkaita seuraamuksia. Vuodesta 2010 lähtien EU-kynnysarvon ylittävä suorahankintasopimus on voitu määrätä tehottomaksi tai sopimuskautta on voitu lyhentää ja määrätä hankintayksikölle seuraamusmaksu, ks. tarkemmin Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta 190/2009 vp. Vuonna 2017 puolestaan saatettiin voimaan vuoden 2014 hankintadirektiivit, joissa edellytettiin hankintojen valvontatoiminnan perustamista, ks. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi 108/2016 vp, s. 12–13.
2. Vuodesta 1998 lähtien hankinnasta on myös hallintoprosessissa voitu määrätä seuraamus (hyvitysmaksu) sopimuksen tekemisen jälkeen, ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta 69/1997 vp, s. 21. Odotusaikasaäntely tuli voimaan 2005, ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttami-

Julkisten hankintojen oikaisu- ja muutoksenhakujärjestelmän tehokkuus on noussut esiin lukuisissa hankintalainsäädäntöä koskevissa selvityksissä ja uudistuksissa sekä EU:ssa että kansallisesti.<sup>3</sup> Keskeisin selvityksissä esiin tullut ongelma ja ”tehokkuusvajeen ydin” on liittynyt markkinaoikeuden käsittelyaikaan. Suomessa tämä on ollut EU:n pisin<sup>4</sup> ja on oletettavasti vähintään pisimpien käsittelyaikojen joukossa edelleen (vastaavaa vertailua ei ole vuosiin tehty). Syynä hankintaosapuolten ahdinkoon ja tehottomuuskeskusteluun ovat EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen oikeussuojasääntelyyn liittyvät odotusaika<sup>5</sup> ja automaattinen täytäntöönpanokiello<sup>6</sup>, jotka estävät hankinnassa etenemisen ilman markkinaoikeuden myöntämää täytäntöönpanolupaa. Käytännössä markkinaoikeuteen tehtävä valitus usein estää hankintasopimuksen täytäntöönpanon valitusprosessin keston ajaksi.<sup>7</sup>

sesta 237/2006 vp, s. 4; automaattinen täytäntöönpanokiello vuonna 2010, ks. HE 190/2009 vp, s. 64; sopimuksen syntymistä koskeva erityissääntely vuodesta 2010 alkaen, ks. HE 190/2009 vp, s. 51–52 ja Kirsi-Maria Halonen, Hankintasopimuksen tehottomuus. Turun yliopisto 2015, s. 70–75.

3. Jukka-Pekka Salmela, Markkinaoikeuden käsittelyaikojen lyhentäminen julkisia hankintoja koskevissa valitusasioissa. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 6/2015. [https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/74975/TEMjul\\_6\\_2015\\_web\\_05022015.pdf](https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/74975/TEMjul_6_2015_web_05022015.pdf); Komission kertomus Euroopan parlamentille ja neuvostolle muutoksenhakumenettelyjä julkisten hankintojen alalla koskevien direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY, sellaisina kuin ne ovat muutettuina direktiivillä 2007/66/EY, tehokkuudesta. Bryssel 24.1.2017, COM(2017) 28 final ja Julkisia hankintoja koskevien oikeudenkäyntien tehostaminen. Selvityshenkilön (Leena Halila) raportti. Valtiovarainministeriön julkaisuja 2021:47. [https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/163447/VM\\_2021\\_47.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/163447/VM_2021_47.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Selvityshenkilön raportti 2021:47).
4. Ks. Commission Staff Working Document, Annual Public Procurement Implementation Review 2012, SWD(2012) 342 final, s. 32. Tästä myös HE 108/2016 vp, s. 287.
5. Odotusajalla tarkoitetaan julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016) 129 §:ssä säädettyä 14 päivän määräaika, jonka aikana hankintayksikkö ei saa tehdä hankintasopimusta EU-kynnysarvon ylittävissä sekä kansallisen kynnysarvon ylittävissä hankintalain liitteen E palveluhankinnassa tai käyttöoikeussopimuksessa. Ks. odotusajasta hankintasopimuksen tekemiselle Elise Pekkala – Mika Pohjonen – Katariina Huikko – Markus Ukkola, Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Tietosanoma 2019, s. 585–587.
6. Automaattisella täytäntöönpanokiellolla tarkoitetaan kieltoa tehdä hankintasopimus, jos hankintayksikön hankintapäätöksestä on valitettu markkinaoikeuteen. Hankintalain 129 §:n mukainen odotusaika sekä lain 131 §:n 1 momentissa säädetty suorahankinnan 14 päivän ilmoitusaika jatkuvat automaattisesti, jos hankintayksikön hankintapäätöksestä valitetaan markkinaoikeuteen. Ks. muutoksenhaun vaikutuksesta hankintasopimuksen tekemiseen Pekkala ym. 2019, s. 649.
7. Suurimmassa osassa valituksia täytäntöönpano on keskeytettyä, mutta joissain hankinnoissa myönnetään täytäntöönpanolupa kesken prosessin. Järjestelmä takaa oikeusturvan tehokkaan toteutumisen varmistamalla sen, että virheellisiin päätöksiin voidaan vielä puuttua ne oikaisemalla, ks. oikeussuojadirektiivi 2007/66/EY, johdanto (3) ja (4); asia C-81/98 Alcatel, EU:C:1999:534, kohta 43 ja asia C-212/02 komissio v. Itävalta, EU:C:2004:386, kohta 14. Pitkien käsittelyaikojen on katsottu vaikuttavan myös palveluiden loppukäyttäjien asemaan ja lisäävän julkisten hankintojen kustannuksia: väliaikaisjärjestelyt voivat olla kalliimpia, tai niitä toteute-

Tässä artikkelissa ei kuitenkaan pohdita nykyisen tuomioistuinvetoisen mallin kehittämismahdollisuuksia vaan keskitytään tuomioistuimen ulkopuolisiin oikaisu- ja muutoksenhakujärjestelmiin. Vaikka artikkelissa ei käsitellä markkinaoikeuskäsittelyn tehostamista, tausta-ajatuksena ja motivaationa tälle tutkimukselle on, että tehostamalla julkisten hankintojen oikeussuojaa tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolella voidaan myös vähentää valituspainetta markkinaoikeuteen.

Tuomioistuimen ulkopuolinen itseoikaisujärjestelmä, hankintaoikaisu, otettiin käyttöön vuonna 2010.<sup>8</sup> Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, hankintalaki) 132 §:ssä säädetty yrityksen tai hankintayksikön aloitteesta vireille tuleva hankintaoikaisu ei ole varsinaista muutoksenhakua. Hankintaoikaisu muistuttaa jossain määrin hallintolain (434/2003) asiavirheen korjaamista. Asiavirheen korjatessaan viranomainen poistaa virheellisen päätöksensä ja ratkaisee asian uudelleen, jolloin asiassa annetaan uusi päätös.<sup>9</sup> Vuonna 2021 julkaistussa julkisten hankintojen oikeudenkäyntien tehostamista koskevassa selvityksessä nostetaan esiin hankintaoikaisun tärkeä rooli hankintamenettelyssä tapahtuneiden selvien virheiden korjaamisessa.<sup>10</sup>

Muutamissa EU:n jäsenvaltioissa, kuten Virossa ja Tanskassa, ensimmäisen vaiheen muutoksenhakuasteena on tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolinen hankintavalituslautakunta. Lautakunnissa käsittely on nopeaa ja asioita käsittelevät riippumattomat julkisiin hankintoihin perehtyneet asiantuntijat. Virossa ja Tanskassa valituslautakunta käsittelee valtaosan hankintavalituksista, joista tuomioistuimeen päätyy vain murto-osa.<sup>11</sup>

Hankintavalituslautakunnat on katsottu sekä Virossa että Tanskassa varsin tehokkaiksi muutoksenhakuorganisaatioiksi. Erityisesti automaattisen täytäntöpanokiellon piirissä olevien EU-kynnysarvot ylittävien valitusten käsitteilyajat näissä lautakunnissa ovat merkittävästi markkinaoikeuden käsittelyaikoja

taan heikomman laatusena kuin kilpailutettuja pitkäaikaisia ratkaisuja, ks. HE 108/2016 vp, s. 288.

8. Jäsenvaltioihin on perustettu erilaisia muutoksenhakuelimiä, joista osa on hallinnollisia julkisia hankintoja käsitteleviä muutoksenhakuelimiä. Osassa jäsenvaltioita hankintamenettelyn muutoksenhausta vastaa puolestaan oikeudellinen muutoksenhakuelin, ks. Komission kertomus Euroopan parlamentille ja neuvostolle muutoksenhakumenettelyjä julkisten hankintojen alalla koskevien direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY, sellaisina kuin ne ovat muutettuina direktiivillä 2007/66/EY, tehokkuudesta. Bryssel 24.1.2017, COM(2017) 28 final, s. 4.

9. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi hallintolain ja hallintolainkäyttölain muuttamisesta 226/2009 vp, s. 9 ja Leena Halila – Janne Aer, Oikaisumenettely hallinnossa. Sanoma Pro 2014, s. 44.

10. Selvityshenkilön raportti 2021:47.

11. Ks. luku 3.1. Markkinaoikeus ratkaisi vuonna 2021 kaikkiaan 394 julkista hankintaa koskevaa asiaa, <https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/ajankohtaista/vuositilastot.html>, ja korkein hallinto-oikeus 62 julkista hankintaa koskevaa asiaa, [https://www.kho.fi/material/collection-s/20220420102649/7Yeux9Fi/Korkein\\_hallinto-oikeus\\_-\\_Vuosikertomus\\_2021.pdf](https://www.kho.fi/material/collection-s/20220420102649/7Yeux9Fi/Korkein_hallinto-oikeus_-_Vuosikertomus_2021.pdf).

lyhyemmät. Hankintojen oikeussuojajärjestelmää uudistettaessa ja vuoden 2007 oikeussuojadirektiiviä voimaan saatettaessa JUHO-työryhmä päätyi lautakuntatyyppisen ratkaisun sijaan suosittamaan hallintolain itseoikaisujärjestelmän pohjalta kehitettyä hankinta-oikaisua.<sup>12</sup> Myöskään vuonna 2021 valmistuneessa hankintojen muutoksenhakuprosessin tehokkuutta arvioineessa kansallisessa selvityksessä lautakuntatyyppisen muutoksenhaku-elimen perustamisen ei katsottu tehostavan suomalaista järjestelmää eikä soveltuvan siihen.<sup>13</sup>

Lautakuntamallin hyviä ja huonoja puolia tai mallin soveltuvuutta julkisiin hankintoihin on ylipäättään tutkittu varsin vähän. Lautakuntamalli on nähty enemmän markkinaoikeuden kuin hankinta-oikaisujärjestelmän korvaajana.<sup>14</sup> Myös oikeussuojadirektiivissä 2007/66/EY tunnustetaan tuomioistuinjärjestelmää edeltävä tai rinnakkainen valituslautakuntamalli. Tähän kohdistuu samat tehokkuusperiaatteesta johtuvat vaatimukset kuin varsinaiseen tuomioistuin-käsittelyyn.<sup>15</sup> Hankinta-oikaisuille asetetuista tehostamistavoitteista huolimatta selvityksissä ei ole esitetty keinoja hankinta-oikaisujärjestelmän tehostamiseksi. Lisäksi julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän tehostamisessa on keskitytty pääasiassa etsimään keinoja markkinaoikeuden käsittelyaikojen lyhentämiseen. Tarkoituksenamme onkin tässä artikkelissa pohtia lautakuntamallin mahdollista soveltuvuutta Suomeen sekä sen hyviä ja huonoja puolia. Tämän artikkelin toisena tavoitteena on arvioida mahdollisuuksia tehostaa hankinta-oikaisujärjestelmää julkisissa hankinnoissa.

Näin ollen tutkimuskysymyksiä on kaksi ja ne keskittyvät julkisten hankintojen oikaisun ja muutoksenhaun tehostamiseen nykyisen tuomioistuinmallin ulkopuolella:

12. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2008:6, s. 99–100. [https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/76136/omtr\\_2008\\_6\\_176s.pdf?sequence=1](https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/76136/omtr_2008_6_176s.pdf?sequence=1). Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmää koskevia muutoksia valmisteltiin yhtäaikaaisesti hallinnon oikeussuojajärjestelmän kehittämisen kanssa. Hallinnon oikeussuojajärjestelmän kehittämisen keskeisenä tavoitteena oli laajentaa oikaisuvaatimusjärjestelmän käyttöalaa ja kohdentaa hallintopäätösten virheellisyyttä koskevat kysymykset tehokkaammin käsiteltäväksi hallintoviranomaisten ja hallintotuomioistuinten välillä. Oikaisuvaatimusten käytön laajentamisella pyrittiin karsimaan selvimmät virheet tuomioistuinten tehtäväalasta ja jättämään ne hallinnon itsensä korjattaviksi ennen varsinaista muutoksenhakua, ks. HE 226/2009 vp, s. 30.

13. Selvityshenkilön raportti 2021:47, s. 59. Salmela on selvityksessä tekemässään vertailussa huomioinut myös lautakuntien käytössä olevien resurssien, käsittelylle säädettyjen määräaikojen ja käsittelymaksujen vaikutusta lautakunnan tehokkuuteen, ks. Salmela 2015, s. 22–23.

14. Ks. Selvityshenkilön raportti 2021:47, s. 60.

15. Ks. tehokkaan oikeussuojan periaatteesta ja tehokkuusperiaatteesta Anne Nenonen, Oikeussuojaa koskevat vaatimukset julkisissa hankinnoissa EU-oikeuden alalla. Oikeustiede–Jurisprudencia 2012:XLV, s. 65–137, 72–75.

1. Voidaanko julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmää tehostaa hankintaoikaisujärjestelmää kehittämällä?
2. Tehostaisiko julkisiin hankintoihin keskittynyt oma valitus- tai muutoksenhakulautakunta muutoksenhakujärjestelmää?

Suomessa tehdyt julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän muutokset ovat jatkuvasti tähdänneet siihen, että julkisista hankinnoista valitettaisiin vähemmän, eivät siihen, että toimenpiteet olisivat pyrkineet itse muutoksenhakujärjestelmän tehostamiseen.<sup>16</sup> Ratkaisuja on toistaiseksi etsitty nykyisen vakiintuneen mallin sisältä ja eri toimin on pyritty vaikuttamaan siihen, että käsiteltävät asiamäärät laskisivat, vaikka hankintojen lukumäärä ja arvo lisääntyvät vuosi vuodelta.<sup>17</sup> Hankinta-asiat ovat monimutkaistuneet ja ovat usein siinä määrin haastavia, että muutoksenhakijat turvautuvat asiantuntija-apuun sekä hankintaoikaisun että hankintavalituksen laidinnassa<sup>18</sup>, mikä aiheuttaa osapuolille kuluja ja voi jopa ohjata tarjoajien toimintaa.<sup>19</sup> Tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolisten itseoikaisu- tai muutoksenhakujärjestelmien kannalta ongelmallisia voivat olla myös muutoksenhaun luotettavuustekijät.

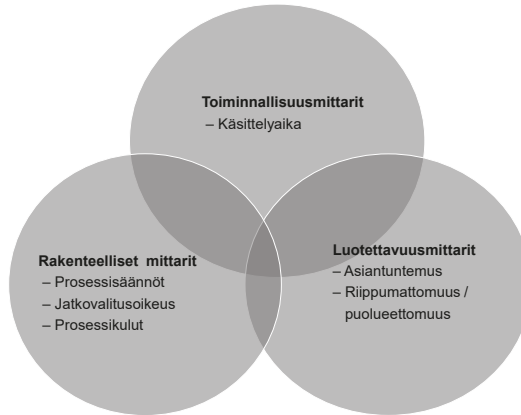
16. Kirsi-Maria Halonen, Näkökulmia julkisten hankintojen tehokkuudesta. *Lakimies* 7–8/2021, s. 1113–1135, 1127.

17. Hankintailmoitusten määrät ovat kasvaneet vuosi vuodelta, ks. hankintatilastot osoitteessa <https://www.hankinnat.fi/ajankohtaista/2022/hilman-vuoden-2021-hankintatilastot-julkaistu>. Myös hankintojen arvo kasvaa, ks. Maria Merisalo – Mika Naumanen – Janne Huovari – Salla Eskola – Mika Toivanen – Peetu Keskinen – Arash Hajikhani – Juha Oksanen – Salla Rausmaa, *Julkiset hankinnat. Kokonaisvolyymi ja datan hyödyntäminen. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2021:46*, s. 67–68, [https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/163212/VNTEAS\\_2021\\_46.pdf](https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/163212/VNTEAS_2021_46.pdf).

18. Muutoksenhakijoiden lisäksi myös hankintapäätöksen tehnyt viranomainen tai muu hankintapäätöksen tehnyt taho voi käyttää hankinta-asiassa organisaationsa ulkopuolista asiamiestä, ks. Sami Myöhänen, *Oikeudenkäyntikulut julkisia hankintoja koskevissa asioissa markkinaoikeudessa. Defensor Legis* 2/2012, s. 191–208, 191. Hallituksen esityksessä eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 29/2018 vp, s. 47 todetaan, että hallintolainkäyttö on pyritty järjestämään niin yksinkertaiseksi, että asianosaiset voivat useimmissa tapauksissa hoitaa asiansa ilman asiamiestä tai avustajaa. Kuitenkin osa hallintolainkäytössä ratkaistavista asioista ovat asioita, joissa asiamiehen tai avustajan käyttäminen on tarpeen asian luonteen ja oikeudellisen vaativuuden vuoksi.

19. Ks. Despina Pachnou, *The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece*. University of Nottingham 2003, s. 203; Richard Craven – Sue Arrowsmith, *Public procurement and access to justice: a legal and empirical study of the UK system. Public Procurement Law Review* 6/2016, s. 227–252, 246 ja Pekka Savola, *Oikeudenkäyntikulujen kohtuullisesta määrästä hankintavalituksissa. Defensor Legis* 6/2016, s. 971–990, 971. Ks. myös Stephen Clear – Dermot Cahill, *An Empirical Study of the Frequency and Distribution of Judicial Review in Resolving Public Procurement Disputes Within the UK: Proposals for Legal and Policy Reform. European Public Law* 27(1) 2021, s. 131–166, 150–151 ja Sami Myöhänen, *Oikeudenkäyntikulujen korvaaminen hallintoprosessissa verrattuna siviiliprosessiin – keskeiset erot. Defensor Legis* 2/2021, s. 281–301, 282, 301.





Kuvio 1. Julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmien tehokkuusmittarit.

Artikkelissa julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmää tarkastellaan oikeustaloustieteellisistä lähtökohdista käyttäen Kaldor–Hicks-tehokkuusstandardia, jolla pyritään hyvinvoinnin resurssien taloudelliseen maksimointiin.<sup>20</sup> Kaldor–Hicks-tehokkuus pohjautuu ajatukselle siitä, että sääntöjen ja oikeudellisten käytäntöjen seurauksena syntyy aina voittajia ja häviäjiä. Häviäjistä huolimatta sääntelyä voidaan pitää kustannustehokkaana, jos sen positiiviset vaikutukset ovat suuremmat ja riittävät ”kompensoimaan” negatiiviset vaikutukset – siinäkin tapauksessa, että kompensoitio ei välttämättä realisoituisi.<sup>21</sup> Näin ollen yksinomaan esimerkiksi käsittelyaikaa tarkastelemalla ei päästä Kaldor–Hicks-standardin tarkoittamaan hyvinvoinnin maksimointiin, jos muut muutoksenhakujärjestelmän ominaisuudet kärsivät merkittävästi käsittelyajan kustannuksella. Julkisten hankintojen oikeussuojan tehokkuutta ei näin ollen voida arvioida ainoastaan käsittelynopeutta tarkastellen. Huomioon on otettava käsittelynopeuden lisäksi myös oikeussuojan saatavuuteen, oikeusturvaan

20. Kaldor–Hicks-tehokkuusstandardi tunnetaan myös nimellä cost-benefit analysis. Standardi kehittyi 1930-luvulla käydyin usean taloustieteilijän välisen keskustelun lopputuloksena, kun Hicks vuonna 1939 julkaisi esseensä *The Foundations of Welfare Economics*. *Economic Journal* 49(196) 1939, s. 696–712, jossa hän muodosti synteessin Harold Hotellingin aiemmin vuonna 1938 ja Nicholas Kaldorin vuonna 1939 julkaisemista teorioista. Hyvinvoinnin maksimointi-standardin kehityksestä ks. Joseph Persky, *Cost-Benefit Analysis and the Classical Creed*. *The Journal of Economic Perspectives* 15(4) 2001, s. 199–208.

21. Kaldor–Hicks-standardia on käytetty muun muassa seuraavissa oikeustaloustieteen tutkimuksissa: Jules L. Coleman, *The Economic Analysis of Law. Ethics, Economics, and the Law* 24 1982, s. 83–103; John D. Graham, *Saving Lives through Administrative Law and Economics*. *University of Pennsylvania Law Review* 157 2008, s. 395–540 ja Jeanne L. Schroeder, *The End of the Market: A Psychoanalysis of Law and Economics*. *Harvard Law Review* 112(2) 1998, s. 483–558.

ja käsittelyn puolueettomuuteen liittyviä näkökohtia. Nämä ovat relevantteja myös tarkasteltaessa tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolista oikaisua ja muutoksenhakua. Kokonaishyvinvointiin perustuva Kaldor–Hicks-standardi soveltuu hyvin tällaisen moniulotteisen järjestelmän tutkimiseen ja vaihtoehtoisten mallien vertailuun.

Hallintoprosessin tehokkuutta on aiemmin Suomessa tutkinut etenkin *Eija Siitari*. Hänen tutkimuksensa ovat keskittyneet erityisesti tuomioistuinprosessiin ja ennen kaikkea hallintotuomioistuinten tehokkuuteen ja viranomaisten ja tuomioistuinten välisen työnjaon tehokkuuteen. Myös Siitarin lähestymistapa poikkeaa tässä artikkelissa omaksutusta, mutta yhtä kaikki ne edustavat paljolti lainopillista tulokulmaa.<sup>22</sup> Oikeustaloustieteellisessä tarkastelussa on omat vahvuutensa ja heikkoutensa. Tarkastelun rajoittaminen tiettyyn tehokkuutta arvioivaan kehikkoon ja mittareihin mahdollistaa eri järjestelmien välisen systemaattisen vertailun ja paljastaa näistä uusia näkökohtia. Kun julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmää kohtaan osoitetut huolet liittyvät nimenomaan sen tehokkuuteen ja käsittelyajan pituuteen, on oikeustaloustiede perusteltu lähtökohta järjestelmän kehittämisen arvioinnissa. Oikeustaloustieteen vahvuudet ovat myös sen heikkouksia: tehokkuuteen keskittyminen voi rajata tarkastelun ulkopuolelle muita moraalisia tai yhteiskunnallisia arvoja – esimerkiksi oikeudenmukaisuuden tai vastuullisuuden, joiden mittaaminen on oikeustaloustieteen keinoin vaikeampaa.<sup>23</sup> Julkisten hankintojen keskeisimpiä tavoitteita on julkisten varojen tehokas käyttö.<sup>24</sup> Siksi oikeustaloustiede soveltuu erityisen hyvin hankintoihin liittyvään tutkimukseen. Myös hankintojen oikeussuojajärjestelmän tutkimuksessa tehokkuudella on keskeinen rooli. Tämä johtuu erityisesti siitä, että usein hankintavalituksen tekeminen estää hankinnan täytäntöönpanon muutoksenhakuprosessin ajaksi, mikä aiheuttaa kustannuksia sekä tilaajana toimivalle julkisen sektorin organisaatiolle että tarjouskilpailun voittaneelle tarjoajalle.

Tässä artikkelissa taustoitetaan aluksi julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmän tehostomuden taustoja. Seuraavaksi tarkastellaan hankintavalituslautakunnan perustamista ja hankintoaikaisjärjestelmän kehittämistä vaihtoehtoina muutoksenhakujärjestelmän tehostamiseksi. Tämän jälkeen artikkelissa arvioidaan hankintoaikaisu- ja hankintavalituslautakuntamallien tehok-

22. Eija Siitari-Vanne, Hallintolainkäytön tehostaminen. Tutkimus hallintolainkäytön organisaatio- ja prosessisäännösten kehittämistarpeista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005 ja Eija Siitari-Vanne, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti – tehokkuus hallinnon ja hallintolainkäytön välisenä työnjakona, s. 256–267 teoksessa Erkki J. Hollo (toim.), Kansallinen oikeus ja liittovaltioistuva Eurooppa = National Law and Europeanisation. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009.

23. Ks. esimerkiksi Tibor Scitovsky, A Note on Welfare Propositions in Economics. *Review of Economic Studies* 9(1) 1941, s. 77–88 ja Douglas A. Kysar, Sustainability, Distribution, and the Macroeconomic Analysis of Law. *Boston College Law Review* 43(1) 2001, s. 1–72, 65–67.

24. Ks. Halonen 2021, s. 1113 ja Nicola Dimitri, ”Best value for money” in procurement. *Journal of Public Procurement* 13(2) 2013, s. 149–175, 150.

kuutta edellä asetettujen tehokkuusmittareiden avulla. Artikkelin keskeisimpänä johtopäätöksenä todetaan, että hankintavalituslautakunta vaikuttaa lupaavimmalta vaihtoehdolta hankintojen muutoksenhakujärjestelmän tehostamiseen markkinaoikeusjärjestelmän ulkopuolella. Viron ja Tanskan esimerkkien valossa voidaan todeta, että lautakuntamalli toimii tuomioistuinta nopeammin ja joustavammin tarjoten kuitenkin asiantuntevan käsittelyfoorumin. Ja vaikka lautakunnan perustamista ei ole Suomessa kunnolla selvitetty, olisi sellaisen perustaminen mahdollista meillä käytössä olevien muiden vastaavien valituslautakuntamallien pohjalta.

## 2. Muutoksenhakujärjestelmän tehottomuuden taustat

Julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmän perimmäisenä tavoitteena on varmistaa hankintasääntelyn tehokas toteutuminen ja turvata yritysten mahdollisuudet hakea muutosta hankinta-asioissa mahdollisimman tehokkaasti ja nopeasti.<sup>25</sup> Muutoksenhakujärjestelmän tehokkuudesta on Suomessa käyty paljon keskustelua. Markkinaoikeus erityistuomioistuimena käsittelee kaikki hankintavalitusasiat. Se antaa vuodessa 300–600 hankintaratkaisua. Vuonna 2021 ratkaistuja hankinta-asioita oli 394. Noin 2,5 prosentista kaikista vuonna 2021 tehdyistä hankinnoista valitettiin markkinaoikeuteen.<sup>26</sup> Hankinta-asioiden keskimääräinen käsittelyaika markkinaoikeudessa vuosina 2017–2021 on ollut 6,4–8,3 kuukautta.<sup>27</sup> Korkeimmassa hallinto-oikeudessa käsittelyajat ovat olleet aiemmin pidempiä, mutta hiljattain käsittelyaika painui ensimmäistä kertaa alle 11 kuukauden. Vuonna 2021 korkein hallinto-oikeus käsitteli julkisia hankintoja koskevan asian (myös valituslupa- ja pääasiantarkaisut) keskimäärin 8,6 kuukaudessa, kun vielä edellisinä vuosina vastaavat luvut olivat 17,4 ja 11,5 kuukautta.<sup>28</sup>

25. Oikeusneuvoston direktiivi 2007/66/EY, johdanto (1) ja (2) ja 1 artikla.

26. Vuonna 2021 julkaistiin hankinta-ilmoituksia yhteensä 12 785 (kaikkiaan hankintailmoituksia oli 19 076, mutta kokonaisluvusta on poistettu ennakkoilmoitukset, jälki-ilmoitukset, markkinakartoitusilmoitukset ja muut ilmoitukset, jotka eivät ole varsinaisia erillistä hankintaa koskevia ilmoituksia, sekä pienhankinnat, joista ei voi valittaa markkinaoikeuteen), ks. hankintailmoitustilasto osoitteessa [https://hankintailmoitukset.cdn.prismic.io/hankintailmoitukset/bb7c6401-e3e0-4f5d-9cfc-0c4fd908a539\\_Liite+1.pdf](https://hankintailmoitukset.cdn.prismic.io/hankintailmoitukset/bb7c6401-e3e0-4f5d-9cfc-0c4fd908a539_Liite+1.pdf). Valituksia markkinaoikeuteen tehtiin 325, ks. markkinaoikeuden tilastot osoitteessa <https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/ajankohtaista/vuositilastot.html>. Todellisuudessa luku on hieman pienempi, koska joistain hankinnoista on voitu tehdä useampi kuin yksi valitus.

27. Ks. markkinaoikeuden käsittelytilastot osoitteessa <https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/ajankohtaista/vuositilastot.html>.

28. Ks. korkeimman hallinto-oikeuden vuosikertomukset vuosilta 2021, 2020 ja 2019 osoitteessa <https://www.kho.fi/fi/index/ajankohtaista/vuosikertomukset.html>.

Suunta on oikea, mutta olemme edelleen jäljessä käsittelyajoissa esimerkiksi Ruotsia, jossa ensimmäisen asteen pääasiaratkaisujen käsittelyajat julkisia hankintoja koskevissa valituksissa olivat noin neljä kuukautta, toisessa asteessa viisi kuukautta ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa noin 12 kuukautta.<sup>29</sup>

Mahdollisuuksia tehostaa julkisten hankintojen muutoksenhakuprosessia on selvitetty lukuisia kertoja ja järjestelmään on tehty useita muutoksia vuosien saatossa. Jo ensimmäisessä selvityksessä vuonna 2008 esitettiin markkinaoikeuden resurssien pitkäaikaista turvaamista lyhyiden määräaikaisten lisäresurssien sijaan.<sup>30</sup> Vuonna 2015 julkaistussa selvityksessä pohdittiin erilaisia mahdollisuuksia saada markkinaoikeuden käsittelyaikoja lyhennettyä ja keinoiksi löydettiin sitovat enimmäiskäsittelymääräajat, oikeudenkäyntimaksun korottaminen, ratkaisukokoonpanojen keventäminen ja valituslupajärjestelmän käyttöönotto.<sup>31</sup> Käsittelyaikojen lyhentämiseen pyrittiin myös vuonna 2017 voimaan tulleella hankintalain kokonaisuudistuksella, jossa muun muassa korotettiin kynnyksarvoja, minkä seurauksena entistä suurempi osa hankinnoista jäi hankintalainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle.<sup>32</sup> Lisäksi kokonaisuudistuksessa säädettiin eräistä muutoksenhakurajoituksista<sup>33</sup> ja jatkovalituksen luvanvaraisuudesta, mitä perusteltiin kiireellisyyssargumenttiin vedoten.<sup>34</sup> Sitovaa enimmäiskäsittelymääräaika lukuun ottamatta kaikki muutoksenhakuprosessin tehostamiseen liittyneet toimenpiteet on toteutettu jossain määrin viime vuosien aikana.

Vuonna 2016 on lisäksi uudistettu tuomioistuinmaksulakia, jossa julkista hankintaa koskevan asian käsittelymaksua korotettiin merkittävästi markkinaoikeudessa, korkeimmassa hallinto-oikeudessa ja korkeimmassa oikeudessa.<sup>35</sup>

29. Statistik om offentlig upphandling. Upphandlingsmyndighetens rapport 2020:4 ja Konkursverkets rapport 2020:5, s. 164. [https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/dokument/publikationer/uhm\\_statistikrapport\\_2020.pdf](https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/dokument/publikationer/uhm_statistikrapport_2020.pdf). Luvut eivät ole vertailukelpoisia Suomen lukuihin, koska meillä ei erotella käsittelyaikoja pääasiaratkaisussa ja muissa päätöksissä. Toisin sanoen erot Suomen ja Ruotsin käsittelyaikojen välillä ovat vielä suuremmat kuin näistä luvuista voidaan havaita.

30. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2008:6, s. 144–145. Resurssien lisääminen tai uudelleen kohdentaminen sekä prosessisäännösten tarkistaminen ovat olleet tavanomaisia keinoja vaikuttaa lainkäytön ongelmiin, ks. Siitari-Vanne 2005, s. 263.

31. Salmela 2015.

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

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

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

35. Korkein oikeus käsittelee hankinta-asioita koskevia vahingonkorvauskanteita, ja näissä sovelletaan myös korotettua maksua. Sen sijaan hankintaan liittyvän vahingonkorvausasian käräjäoikeus- ja hovioikeuskäsittelyssä maksut ovat alhaisempia. Julkisia hankintoja koskevat maksut markkinaoikeudessa ovat nousseet tuomioistuinlain (1455/2015) säätämisen myötä aiemmasta 244 euron käsittelymaksusta 2 120–6 350 euroon hankintojen arvosta riippuen. Oi-

Uudistuksella tavoiteltiin käsittelyaikojen lyhentämistä korottamalla yritysten valittamiskynnystä ja näin ollen myös hankintayksiköiden toiminnan helpottamista.<sup>36</sup> Merkille pantavaa on se, ettei korotus koskenut muita markkinaoikeusasioita, vaikka niissä taloudellinen intressi on usein varsin huomattava.<sup>37</sup> Käsittelymaksujen korotus on ainakin jossain määrin vähentänyt markkinaoikeuteen saapuvien hankintoja koskevien valitusten määrää.<sup>38</sup> Syyskuussa 2021 julkaistu viimeisin selvitys hankintojen muutoksenhakujärjestelmän tehostamismahdollisuuksista tarkasteli vaihtoehtoja eri foorumien, preklusiosääntelyn, hankintaoikaisjärjestelmän roolin kasvattamisen ja markkinaoikeusprosessin tehostamisen kannalta. Selvityksessä päädyttiin suosittamaan muun muassa markkinaoikeuden työtapojen tehostamista esittelijäjärjestelmän käyttöönottolla ja automaattisen täytäntöönpanokiellon alaisten asioiden käsittelyä kiireellisenä.<sup>39</sup>

Edellä kuvatuista lukuisista selvityksistä ja lainsäädäntömuutoksista huolimatta markkinaoikeuden keskimääräisiä käsittelyaikoja ei ole pystytty laskemaan jo vuonna 2008 asetettuun tavoitteeseen eli alle puolen vuoden ja lähemmäksi kolmea kuukautta.<sup>40</sup> Julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmää on 15 viime vuoden aikana pyritty tehostamaan ja tehokkuutta on haettu ensisijaisesti valituksia vähentämällä sen sijaan, että itse markkinaoikeuden resurssit olisi pysyvästi lisätty.<sup>41</sup> On toisin sanoen sääntelyn keinoin luotu erilaisia mekanismeja, joilla epäsuorasti pyritään vaikuttamaan käsittelyaikaan vähentämällä markkinaoikeuteen ja korkeimpaan hallinto-oikeuteen tulevien valitusten määrää, vaikka todellinen ongelma ei liity niinkään valitusten määrään vaan prosessin kestosta osapuolille ja yhteiskunnalle aiheutuviin kustannuksiin.

keusministeriön asetuksen tuomioistuinmaksulain 2 §:ssä säädettyjen maksujen tarkistamisesta (1122/2021) mukaan julkisissa hankinnoissa maksu on alle 1 miljoonan euron hankinnoissa 2 120 euroa, 1–10 miljoonan euron hankinnoissa 4 240 euroa ja yli 10 miljoonan euron hankinnoissa 6 350 euroa.

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

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

38. Halonen 2021, s. 1127.

39. Selvityshenkilön raportti 2021:47.

40. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2008:6, s. 107.

41. Resurssien pysyvää lisäämisen tarvetta on korostettu myös muutoksenhakua koskevilla mietinnöissä ja selvityksessä, ks. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2008, s. 144, 155 ja Selvityshenkilön raportti 2021:47, s. 119.

### 3. Vaihtoehtoja muutoksenhakujärjestelmän tehostamiseen

#### 3.1. Hankintavalituslautakunnan perustaminen – esimerkkeinä Viro ja Tanska

Oikeussuojadirektiivi 2007/66/EY tunnistaa erilaisia vaihtoehtoja ja ratkaisuja julkisten hankintojen muutoksenhaun järjestämiseksi jäsenvaltioissa. Oikeussuojaa ensimmäisessä asteessa voivat tarjota esimerkiksi yleiset tuomioistuimet tai hallintotuomioistuimet. Toisaalta ensimmäinen muutoksenhakuvaihe voi sijoittua myös tuomioistuimen ulkopuolelle. Useissa maissa ensimmäisenä asteenä toimii tuomioistuimen sijaan hallinnollinen muutoksenhakuelin, joka voi olla rinnakkainen tai hierarkkinen tuomioistuimeen nähden.

Tässä luvussa tarkastellaan Viron ja Tanskan hankintavalituslautakuntia. Hankintavalituslautakuntamallia on ajoittain sivuttu myös Suomessa tehdyissä selvityksissä ja lainsäädännön valmisteluasiakirjoissa, mutta keskustelu on julkisten hankintojen tehostamista koskevien selvitysten jälkeen tyrehtynyt. Mallin ei ole katsottu soveltuvan Suomeen, vaikka meillä on erityistä asiantuntemusta ja nopeaa asioiden käsittelyä edellyttäville aloille vastaavia lautakuntia perustettu jo aiemmin.<sup>42</sup> Suomessa on sekä suosituksia<sup>43</sup> että velvoittavia ratkaisuja antavia lautakuntia.<sup>44</sup> Velvoittavia ratkaisuja antavia lautakuntia kutsutaan ”valituslautakunniksi” tai ”muutoksenhakulautakunniksi”.<sup>45</sup> Muutoksenhakulautakuntia on perustettu yleensä samoista syistä kuin erityistuomioistuimia – niitä on ollut helpompi perustaa kuin tuomioistuimia, ne ovat helpottaneet tuomioistuinten työtaakkaa ja ne ovat auttaneet välttämään tuomioistuinlaitoksen eriytymisestä

42. Lautakuntien samoin kuin erityistuomioistuinten perustamisen taustalla on vaikuttanut muun muassa tarve tuomioistuimia joustavampaan käsittelyyn, tuomioistuinten työmäärän keventämiseen sekä prosessikustannusten pienentämiseen, ks. Jyrki Virolainen, *Lainkäyttö. Lakimiesliiton Kustannus* 1995, s. 490–492.

43. Suomessa suosituksia antavien lautakuntien perustamiseen ovat liittyneet käsiteltävien asioiden erityinen luonne, niihin liittyvä erityisasiantuntemuksen tarve, käsiteltävien valitusten suuri määrä sekä käsittelyn vaatima nopeus ja joustavuus, ks. Raija Huhtanen, *Toimeentuloturvan muutoksenhakulautakunnat ja oikeusturva. Lakimies 7–8/2000*, s. 1264–1285, 1266–1267 ja Hallituksen esitys laeiksi kuluttajariitalautakunnasta ja Kuluttajavirastosta annetun lain muuttamiseksi 115/2006 vp, s. 4.

44. Erkki Havansi, *Oikeudenkäynti ja pakkotäytäntöönpano Prosessioikeuden oikeusdogmaattiset perusteet. Helsingin yliopisto* 2007, s. 52–54. Ks. myös yksityisistä lautakunnista Risto Koulu, *Yksityiset lautakunnat riidanratkaisijoina. Lakimiesliiton Kustannus* 2011 ja erityistuomioistuinten ja lautakunnista Mikko Vuorenpää – Dan Helenius – Petra Hietanen-Kunwald – Tuomas Hupli – Risto Koulu – Juha Lappalainen – Heidi Lindfors – Johanna Niemi – Jaakko Rautio – Timo Saranpää – Santtu Turunen – Jyrki Virolainen, *Prosessioikeus. Alma Talent* 2021, s. 247–257.

45. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaaliturvan muutoksenhakulautakunnasta ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 167/2006 vp, s. 5.

aiheutuvia haittoja.<sup>46</sup> Lautakuntia on erikoistumisensa puolesta verrattu erityistuomioistuimiin tai niitä on sanottu eräänlaisiksi hallintoviranomaisten ja tuomioistuinten välimuodoiksi.<sup>47</sup> Niissä erityisasiantuntemus on yleensä turvattu lakisääteisellä määrällä erilaisia asiantuntijajäseniä.<sup>48</sup> Muutoksenhakulautakunnissa on noudatettava oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annettua lakia, joten järjestelmä ei mahdollista prosessuaalisista vaatimuksista poikkeamista.<sup>49</sup>

Virossa julkista hankintaa koskeva valitus on tehtävä ensimmäisessä asenteessa tuomioistuimen ulkopuolisena riidanratkaisu- ja muutoksenhakuelimenä toimivalle hankintavalituslautakunnalle (Riigihangete vaidlustuskomisjon).<sup>50</sup> Tanskassa tavanomaisen tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolinen hankintavalituslautakunta (Klagenævnet for Udbud) perustettiin vuonna 1992. Hankintavalituslautakunnan perustamisen taustalla olivat tarve nopeaan ja tehokkaaseen menettelyyn sekä direktiivien asettama velvoite, jonka mukaan muutoksenhakuelimellä on oltava mahdollisuus tehdä sekä väliaikaisia toimenpiteitä että lopullisia päätöksiä.<sup>51</sup> Tanskassa julkisia hankintoja koskeva valitus voidaan saattaa joko hankintavalituslautakunnan tai tuomioistuimen käsiteltäväksi. Odotusaikana valitus on kuitenkin tehtävä aina hankintavalituslautakuntaan.<sup>52</sup> Suuri osa kaikista valituksista tehdään juuri odotusaikana, ja siten suurimman osan hankintapäätöksiä koskevista valituksista käsittelee Tanskassa hankintavalituslautakunta.<sup>53</sup>

Virossa julkisia hankintoja koskevat valitukset tutkitaan hankintavalituslautakunnassa hankintalain asettamassa nopeassa aikataulussa. Viron hankintalaissa

46. Antti Jokela, Oikeudenkäynnin perusteet, periaatteet ja instituutiot. Oikeudenkäynti I. Talentum 2016, s. 245.

47. Hallituksen esitys eduskunnalle toimeentuloturvan muutoksenhakulautakuntia koskevan lainsäädännön muuttamiseksi 74/2017 vp, s. 3 ja Huhtanen 2000, s. 1267.

48. Ks. laki sosiaaliturva-asioiden muutoksenhakulautakunnasta (1299/2006), 2 §; laki tapaturma-asioiden muutoksenhakulautakunnasta (1316/2010), 2 § ja laki työeläkeasioiden muutoksenhakulautakunnasta (677/2005), 2 §.

49. Ks. laki opintotuen muutoksenhakulautakunnasta (1080/2012), 12 §; laki työeläkeasioiden muutoksenhakulautakunnasta (677/2005), 12 §; laki sosiaaliturva-asioiden muutoksenhakulautakunnasta (1299/2006), 14 § ja laki tapaturma-asioiden muutoksenhakulautakunnasta (1316/2010), 14 §.

50. Hankintavalituslautakunta on tuomioistuimen ulkopuolinen riidanratkaisu- ja muutoksenhakuelin, jonka toiminnasta säädetään Viron hankintalaissa ja valituslautakunnasta annetussa asetuksessa. Ks. lautakunnan verkkosivut osoitteessa <https://www.fin.ee/>; Viron julkisia hankintoja koskeva laki osoitteessa <https://www.riigiteataja.ee/akt/123022023006> ja hankintavalituslautakuntaa koskeva asetus osoitteessa <https://www.riigiteataja.ee/akt/120072017001>.

51. Carina Risvig Hamer, Lov om Klagenævnet for Udbud. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020, s. 44.

52. Bekendtgørelse nr 593 af 02/06/2016 af lov om Klagenævnet for Udbud (LBK nr 593 af 02/06/2016) § 5 ja Risvig Hamer 2020, s. 182–183.

53. Arviolta 75 prosenttia valituksista tehdään odotusaikana, ks. Rapport om serviceeftersyn af det danske klagesystem for udbud, December 2012, s. 35. <https://em.dk/media/12466/rapport-om-serviceeftersyn-af-det-danske-klagesystem-for-udbud.pdf>.

säädetään tarkoista määräajoista hankintavalituslautakunnan päätöksenteolle ja muutenkin asianosaisten menettelylle muutoksenhaussa. Määräajat ovat lyhyitä, lyhyimmillään vain muutaman vuorokauden mittaisia. Valitus hankintavalituslautakunnalle on periaatteessa tehtävä 10 päivän kuluessa siitä, kun hakija on saanut tiedon tai hänen olisi pitänyt saada tietää oikeuksiensa loukkauksesta tai hankinnan virheestä. Esimerkiksi valitukset hankinta-asiakirjojen virheistä on tehtävä jo ennen varsinaisen hankintapäätöksen tekemistä. Valituksen vastaanottamisen jälkeen hankintavalituslautakunnan tulee yhden työpäivän kuluessa tutkia, täyttääkö valitus laissa valituksen sisällölle asetetut edellytykset.<sup>54</sup> Hankintavalituslautakunnan on ratkaistava valitus 30 päivän kuluessa sen vastaanottamisesta edellytyksellä, että valitus sisältää riittävät tiedot. Hankintavalituslautakunnan käsittelyaikojen pituuteen vaikuttaa erityisesti se, että asiat, joissa täytäntöönpano on keskeytetty, käsitellään nopeutetussa aikataulussa. Virossa muutoksenhakujärjestelmän yhtenä tavoitteena on siten minimoida automaattisen täytäntöönpanokiellon kesto.<sup>55</sup>

Tanskassa ei ole sääntelyä yleisestä hankintavalitusten käsittelyä koskevasta määräajasta. Kuitenkin jos valitus tehdään odotusajan tai laissa säädetyn määräajan kuluessa, muutoksenhaulla on automaattisesti täytäntöönpanoa lykkäävä vaikutus, jolloin hankintavalituslautakunnan on otettava kantaa täytäntöönpanoasiaan 30 päivän kuluessa valituksen vastaanottamisesta.<sup>56</sup> Arvioidessaan täytäntöönpanon lykkäämistä koskevaa asiaa hankintavalituslautakunta tekee samalla alustavan arvion valituksen asiasisällöstä. Jos hankintavalituslautakunta ei jatka täytäntöönpanokielloa, valitus usein peruutetaan tai hankintayksikkö keskeyttää hankinnan.<sup>57</sup> Vuonna 2021 hankintavalituslautakunnalle tehdyistä valituksista 46 prosenttia ratkaistiin 3 kuukauden kuluessa valituksen tekemisestä, kun keskimääräinen käsittelyaika oli 6 kuukautta.<sup>58</sup>

Virossa hankintavalituslautakunta koostuu neljästä lainoppineesta asiantuntijajäsenestä, jotka hallitus nimittää enintään viiden vuoden mittaiselle toimikaudelle.<sup>59</sup> Jäsenet ovat riippumattomia henkilöitä, joiden valintaan sovelletaan

54. Tarvittaessa hankintavalituslautakunta kehottaa valittajaa korjaamaan valitusta koskevat puutteet kahden työpäivän kuluessa. Mikäli puutteita ei korjata, asiaa ei oteta lainkaan käsiteltäväksi. Ks. Oikeusministeriön työryhämätietintö 2008, s. 49.

55. Vuonna 2021 Viron hankintavalituslautakunnalle jätettiin yhteensä 223 valitusta. Tilastotietoa riitojen määristä ja käsittelystä vuonna 2021 saa osoitteesta <https://www.fin.ee/media/6167/download>. Viron hankintavalituslautakunnan verkkosivut ovat osoitteessa <https://www.fin.ee/riigihanked-riigiabi-osalused-kinnisvara/riigihanked/kasulik-teave#riigihangete-valdkon--2>.

56. LBK nr 593 af 02/06/2016 § 12.

57. Risvig Hamer 2020, s. 303.

58. Keskimääräinen käsittelyaika vuosina 2007–2021 on vaihdellut 4:n ja 7 kuukauden välillä, ks. Klagenævnet for Udbud. Årsberetning 2021, s. 59–60.

59. Ks. Euroopan komission sivut, National review systems in the area of public procurement. <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/33983>.



tuomarin nimittämistä koskevia vaatimuksia.<sup>60</sup> Tanskan hankintavalituslautakunta koostuu neljäksi vuodeksi kerrallaan valittavasta puheenjohtajasta ja tuomareista (byrets- og landsdommere) koostuvasta puheenjohtajistosta sekä 20 asiantuntijajäsenestä. Asiantuntijajäsenet ovat henkilöitä, joilla on oikeudellista asiantuntemusta tai asiantuntemusta rakennusalalta, liikenteestä tai yleishyödyllisistä palveluista.<sup>61</sup> Asiantuntijajäsenet ovat tehtävissään riippumattomia, eivätkä he näin ollen ole sen viranomaisen tai organisaation ohjaus- tai valvontavallan alaisia, jossa he pääasiallisesti työskentelevät.<sup>62</sup>

Virossa hankintavalituslautakunnan päätöksestä voi valittaa edelleen hallinto-oikeuteen. Valitusaika lautakunnan päätöksestä on 10 päivää.<sup>63</sup> Myös hallintotuomioistuimessa asian käsittelylle on asetettu määräaikoja, mutta ei niin yksityiskohtaisesti kuin hankintavalituslautakunnan käsittelylle. Asianosainen voi pyytää hallintotuomioistuinta jouduttamaan asian käsittelyä, ja tuomioistuimen on käsiteltävä tällainen joudutuspyyntö ilman viivytyksiä.<sup>64</sup> Tanskan hankintavalituslautakunnan päätökseen voi hakea muutosta tuomioistuimelta kahdeksan viikon kuluessa siitä, kun päätös on annettu tiedoksi osapuolille.<sup>65</sup> Vuonna 2021 hankintavalituslautakunnan antamista 49 lopullisesta päätöksestä vain neljästä valitettiin edelleen tuomioistuimeen.<sup>66</sup>

Virossa lautakuntakäsittely maksaa valittajalle 640 euroa, jos kyse on EU-kynnsyarvon alittavasta hankinnasta. Mikäli hankinnan arvo ylittää EU-kynnsyarvon, käsittelymaksu lautakunnassa on 1 280 euroa.<sup>67</sup> Jos valittajan valitus menestyy lautakunnassa, lautakunta voi määrätä hankintayksikön korvaamaan valittajalle tämän maksaman käsittelymaksun sekä kohtuullisessa määrin asianmiehen käytöstä aiheutuneet kulut.<sup>68</sup> Valitusmaksu (klagegebyr) Tanskan hankintavalituslautakunnassa on 10 000 tai 20 000 Tanskan kruunua.<sup>69</sup> Jos valitus hyväksytään kokonaan tai osittain tai jos hankintayksikkö muuttaa päätöstään

60. Kohtute seadus § 47. Hankintavalituslautakunta käsittelee asiat yhden tai kolmen jäsenen kokoonpanossa. Ks. Riigihangete seadus § 195.

61. LBK nr 593 af 02/06/2016 § 9.

62. Bekendtgørelse nr 887 af 11/08/2011 om Klagenævnet for Udbud § 1 stk. 4.

63. Viron hankintavalituslautakunnan sivut osoitteessa <https://www.fin.ee/riigihanked-riigiabi-osalused-kinnisvara/riigihanked/vaidlustusmenetus>.

64. Salmela 2015, s. 14: Asianosainen voi esimerkiksi pyytää hallintotuomioistuinta jouduttamaan asian käsittelyä, kun asia on ollut vireillä viidentoista päivän ajan. Tuomioistuimen on käsiteltävä tällainen joudutuspyyntö ilman viivytyksiä. Hallintotuomioistuimen tulee käsitellä julkista hankintaa koskeva asia 45 vuorokauden kuluessa sen vireilletulosta.

65. LBK nr 593 af 02/06/2016 § 8.

66. Klagenævnet for Udbud. Årsberetning 2021, s. 9.

67. Riigilõivuseadus § 258.

68. Riigihangete seadus § 198. Ks. myös Hankintavalituslautakunnan internetsivut osoitteessa <https://www.fin.ee/riigihanked-riigiabi-osalused-kinnisvara/riigihanked/vaidlustusmenetus>.

69. Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud nr 550 af 29/05/2013 § 5 stk. 3-4.

valittajan vaatimuksen mukaisesti, maksu palautetaan valittajalle.<sup>70</sup> Hävinnyt osapuoli, olipa kyseessä tarjoaja tai hankintayksikkö, voidaan velvoittaa korvaamaan muutoksenhakumenettelystä aiheutuneita kuluja. Asian laajuus ja erityiset olosuhteet voivat oikeuttaa lautakunnan poikkeamaan laissa säädetystä muutoksenhakukuluja koskevasta 75 000:sta Tanskan kruunun enimmäismäärästä.<sup>71</sup>

### 3.2. Hankintaoikaisujärjestelmän kehittäminen

Julkisia hankintoja koskevien oikeudenkäyntien tehostamista koskevassa vuonna 2021 julkaistussa selvityksessä on katsottu olevan tarve tehostaa myös hankintaoikaisun käyttöä. Selvityksen mukaan julkisissa hankinnoissa tulisi tunnistaa hankintaoikaisun mahdollisuudet oikeussuojakeinona ja hankintayksiköiden tulisi hankintaoikaisua käyttämällä suodattaa selvimmät virheet markkinaoikeuden tehtävänälasta. Selvityksessä ei kuitenkaan esitetä konkreettisia toimenpiteitä, joilla menettelyä voitaisiin tehostaa.<sup>72</sup>

Hankintaoikaisu ei ole varsinaista muutoksenhakua edeltävä pakollinen menettelyvaihe. Hankintaoikaisu on markkinaoikeudelle tehtävään hankintavalitukseen nähden rinnakkainen oikeussuojakeino.<sup>73</sup> Ehdokas tai tarjoaja<sup>74</sup> voi tehdä joko hankintaoikaisun tai hankintavalituksen tai molemmat. Hankintaoikaisun tekeminen ei kuitenkaan jatka hankintavalituksen määräaika. Koska määräaika sekä hankintaoikaisun että hankintavalituksen tekemiselle on 14 päivää<sup>75</sup>, on ehdokkaan tai tarjoajan käytännössä tehtävä hankintaoikaisun kanssa samanaikaisesti myös hankintavalitus markkinaoikeuteen.

Hankintayksiköllä on velvollisuus käsitellä vireille tulleet hankintaoikaisu<sup>76</sup> mutta ei velvollisuutta korjata virhettä.<sup>77</sup> Oikaisuasian ratkaisua koskevan määräajan puuttuessa hankintayksikkö voi näin ollen käsitellä hankintaoikaisuasian nopeasti tai pitkittää ratkaisuaan. Hyvän hallinnon ja hankintakäytännön mu-

70. Bekendtgørelse nr 887 af 11/08/2011 om Klagenævnet for Udbud § 9 stk. 3.

71. Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud nr 550 af 29/05/2013 § 9 stk. 4-6. Ks. myös Risvig Hamer 2020, s. 291–293. Valittaja voi itse ajaa asiaansa hankintavalituslautakunnassa. Hankintavalituslautakunta voi myös suosittelaa avustajan palkkaamista, ks. Risvig Hamer 2020, s. 283.

72. Selvityshenkilön raportti 2021:47, s. 58–60.

73. HE 108/2016 vp, s. 286.

74. Ks. muista asianosaisaseman perusteella muutoksenhakuun oikeutetuista tahoista HE 190/2009 vp, s. 58–59 ja HE 108/2016 vp, s. 237.

75. Hankintayksikkö voi itse ottaa hankintapäätöksen tai ratkaisun korjattavakseen 90 päivän kuluessa siitä, kun hankintaoikaisun kohteena oleva päätös tai ratkaisu on tehty.

76. HE 190/2009 vp, s. 55.

77. Halila – Aer 2014, s. 45.

kaisesti hankintayksikön tulisi kuitenkin antaa päätös mahdollisimman pian, mitä edellyttää myös muutoksenhakujärjestelmää koskeva tehokkuusvaatimus.<sup>78</sup>

Hankintalaissa ei säädetä hankintaoikaisun käsittelyä koskevasta menettelystä. Hankintayksikkö voi siten järjestää hankintaoikaisun käsittelyn parhaaksi katsomallaan tavalla. Näin ollen hankintaoikaisun voi käsitellä joko alkuperäisen hankintapäätöksen tehnyt taho, kuten viranhaltija, tai vaihtoehtoisesti toimivalta oikaisuasian käsittelyyn voidaan uskoa hankintayksikön organisaatiossa jollekulle muulle elimelle, kuten lautakunnalle tai hallitukselle.<sup>79</sup> Hankintaoikaisun käsittelee useimmiten hankintapäätöksen tekijä itseoikaisuna. Hallintolain tulkinnassa lähtökohtana on, etteivät saman toimielimen jäsenet ole esteellisiä käsittelemään asiaa uudelleen.<sup>80</sup> Vaikka hankintaoikaisun käsittelijä ei sinänsä olisikaan esteellinen käsittelemään tekemäänsä hankintapäätökseen perustuvaa hankintaoikaisua, käsittelijälle on muodostunut asiasta ennakoosenne, koska hän on aikaisemmin käsitellyt asian ja tuntee asian sisällön. Hankintaoikaisun käsittelijä on siten jo hankintapäätöstä tehdessään arvioinut tekemänsä hankintapäätöksen perusteena olevat seikat.<sup>81</sup> Hankintaoikaisun käsittelijällä oleva ennakoosenne saattaa kuitenkin vaarantaa hankintaoikaisun käsittelyn puolueettomuuden.<sup>82</sup> Kun hankintayksikkö ottaa hankintaoikaisun käsiteltäväkseen, on hankintayksikkö hankintaoikaisun itseoikaisun luonteesta huolimatta muutoksenhakuviranomaisen asemassa. Hankintaoikaisuajärjestelmän tehokkuus oikeussuojakeinona voidaanakin kyseenalaistaa tilanteessa, jossa oikaisuvaatimuksen käsittelijä on sama kuin ensimmäisen vaiheen päätöksentekijä.<sup>83</sup>

78. Pekkala ym. 2019, s. 627.

79. HE 190/2009 vp, s. 55.

80. HE 190/2009 vp, s. 56 ja Kirsi Kuusikko, Esteellisyys hallinnossa. Alma Talent 2018, s. 393. Ks. myös toisen asteen eli kahden instanssin esteellisyydestä hallinnossa ja sääntelyä koskevista kehittämissesityksistä Kuusikko 2018, s. 386–400, 406–424. Hallintolain ja hallintolainkäyttölain muuttamista koskevan hallituksen esityksen mukaan oikaisuvaatimusinstituution itseoikaisukeinon luonnetta ei ole syytä torjua esteellisyyšnäkölmaa perusteena käyttäen. Virkamiehen edellytyksiä tarkastella oikaisuvaatimuksesta ratkaistavaa asiaa riittävän puolueettomasti virkamiehen jo muodostettua siitä kertaalleen kantansa ei kuitenkaan pidetty hyvän hallinnon edellytysten ja oikaisuvaatimusmenettelyyn liittyvien oikeusturvatarpeiden pohjalta täysin tyydyttävänä, ks. HE 226/2009 vp, s. 39–40.

81. Marja Sutela, Toisen asteen esteellisyydestä hallinnossa – Vaarantaako viranomaisen ennakokäsitys käsittelyn puolueettomuuden hallinnollisessa päätöksenteossa? Lakimies 6/2004, s. 983–1008, 994–995; HE 226/2009 vp, s. 39–40 ja Halila – Aer 2014, s. 175.

82. Sutela 2004, s. 996. Ks. myös Halila – Aer 2014, s. 169–179 ja Kuusikko 2018, s. 414. Jos hankintapäätöksen käsittelee hankintapäätöksen tehnyt taho, hankintaoikaisun käsittelijä voi pitää hankintaoikaisua jopa henkilökohtaisena kritiikkinä, ks. Janne Tukiainen – Kirsi-Maria Halonen, Competition and Litigation in Swedish Public Procurement. Uppdragsförkningsrapport 2020:1, s. 15, 32. <https://www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/rapportlista/competition-and-litigation-in-swedish-public-procurement/>. Ks. myös Pachnou 2003, s. 295, 355.

83. Halila – Aer 2014, s. 148.

Hankintaoikaisun tehokkuutta arvioitaessa on myös huomioitava hankintayksikön oma intressi hankintaoikaisuasiassa. Julkisia hankintoja koskevien oikeudenkäyntien tehostamista koskevan selvityshenkilön raportin mukaan hankintaoikaisun käyttämistä hankintamenettelyn selvien virheiden korjaamisessa tulisi lisätä.<sup>84</sup> Koska hankintayksiköllä on velvollisuus käsitellä vireille tulleet hankintaoikaisut<sup>85</sup> mutta ei velvollisuutta virheen korjaamiseen<sup>86</sup>, hankintaoikaisut ovat tehokkaita käytännössä vain niissä tapauksissa, joissa hankintayksiköllä on halua myöntää virheensä.<sup>87</sup> Viime kädessä hankintamenettelyssä tapahtuneen virheen korjaaminen hankintaoikaisun perusteella on hankintaoikaisua käsittelevän tahon harkinnassa. Hankintaoikaisua koskevaan päätökseen voivat siten vaikuttaa hankintayksikön omat intressit: hankintaan liittyvät taloudelliset, poliittiset ja toiminnalliset vaikutukset hankintayksikölle ovat usein hyvinkin merkittäviä. Näin ollen hankintaoikaisun potentiaali hankintamenettelyssä tehtyjen virheiden korjaamisessa on rajallinen ja riippuu paljon hankintayksikön omista intresseistä.

Hankintaoikaisuun liittyvien kulujen korvaamisesta ei ole nimenomaista sääntelyä hankintalaissa.<sup>88</sup> Oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain (808/2019) 97.1 §:n mukaan oikeudenkäyntiä edeltäneestä oikaisuvaatimusvaiheesta aiheutuneita kuluja ei korvata oikeudenkäyntikuluina.<sup>89</sup> Ehdokkaan tai tarjoajan päätökseen tehdä hankintaoikaisun ohella tai sijaan hankintavalitus voi vaikuttaa se, että hankintaoikaisusta ei peritä käsittelymaksua eikä asianosaisia voida velvoittaa korvaamaan hävinneen osapuolen oikeudenkäyntikuluja. Toisaalta ehdokas tai tarjoaja ei voi myöskään saada hankintaoikaisun laatimisesta aiheutuneita kuluja korvatuksi, vaikka hankintaoikaisu hyväksyttäisiin.<sup>90</sup>

84. Selvityshenkilön raportti 2021:47, s. 8.

85. HE 190/2009 vp, s. 55.

86. Halila – Aer 2014, s. 45.

87. Eskola ym. mukaan on epätodennäköistä, että hankintayksikkö myöntää virheellisen menettelynsä ja oikaisee tekemänsä hankintapäätöksen tilanteessa, jossa hankintayksikkö on toiminut lainvastaisesti pitäen virheellistä lain tulkintaansa oikeana, ks. Saila Eskola – Eeva Kiviniemi – Tarja Krakau – Erkki Ruohoniemi, Julkiset hankinnat. Alma Talent 2017, s. 600–601. Ks. myös Selvityshenkilön raportti 2021:47, s. 56, jonka mukaan hankintaoikaisua koskevaan lähtökohtaan ei tulisi tehdä muutoksia, koska hankintaoikaisu muodostaa joustavan ja tehokkaan keinon hankinta-asioiden selvien virheiden korjaamiseen.

88. Hankintaoikaisujen oikeudenkäyntikulut koostuvat asiantuntijan palkkiosta, koska hankintaoikaisusta ei peritä oikeudenkäyntimaksuun verrattavaa käsittelymaksua.

89. Myöhänen 2012, s. 204–205. Oikaisuvaatimusmenettelystä aiheutuneiden kulujen korvaamista on arvioitu hallintolain ja hallintolainkäyttölain muuttamista koskevan lain esitöissä. Kulujen korvaamista ei pidetty asianmukaisena ainakaan yleisellä tasolla säänneltynä, ks. HE 226/2009 vp, s. 39. Ks. myös Leena Halila, Oikaisuvaatimusjärjestelmän luonteesta ja kehittämisestä oikeusturvakeinona. Oikeustiede – Jurisprudentia: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 2006, s. 5–96, 90 ja hankintavalitusten kulukorvausperusteista Savola 2016, s. 974.

90. HE 29/2018 vp, s. 171. Oikeudenkäyntikulujen jääminen omaksi vahingoksi voi vaikuttaa vaatimusten vireillepanosta pidättäytymiseen sekä asiantuntija-avusta luopumiseen, ks. Savola

Hankintaoikaisu- ja hankintavalitusvaiheen oikeudenkäyntikulut voivat tulla välillisesti korvatuiksi, jos yritys tekee samanaikaisesti sekä hankintaoikaisu- että hankintavalituksen. On toki huomioitava, että hankintaoikaisu- ja hankintavalituksessa ei ole kyse peräkkäisistä vaan ainakin pääosin rinnakkaisista toimenpiteistä, minkä vuoksi oikeudenkäyntikulujen kohdistaminen erikseen hankintaoikaisuun ja hankintavalitukseen voi olla vaikeaa.<sup>91</sup> Jos hankintayksikkö oikaisee hankintapäätöstä valittajan esittämällä perusteilla ja valittaja peruu oikaisu- ja hankintavalituksen johdosta markkinaoikeuteen tekemänsä hankintavalituksen<sup>92</sup>, valittajalla voi olla mahdollisuus saada oikeudenkäyntikulunsa korvatuksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain 95 §:n 1 momentin nojalla. Jos oikaisuvaatimuksen tekijä peruuttaa markkinaoikeudelle tekemänsä valituksen ilman, että vetäytyminen johtuu hankintaviranomaisen tekemästä oikaisusta tai hankintamenettelyn keskeytyksestä, kulut jäävät yrityksen vahingoksi.

#### 4. Hankintaoikaisu- ja hankintavalituslautakuntamallin tehokkuuden arviointi

Oikeussuojadirektiivin 2007/66/EY 1 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintadirektiivin soveltamisalaan kuuluviin hankintasopimuksiin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti. Tehokkuudella ei hankintojen oikeussuojajärjestelmässä tarkoiteta ainoastaan käsittelynopeutta vaan periaate asettaa oikeuksien toteutumista ja oikeussuojan saatavuutta koskevia vaatimuksia.<sup>93</sup> Tämän artikkelin alussa asetettujen tehokkuusmittareiden avulla voidaan jäsentää ja arvioida hankintaoikaisu- ja hankintavalituslautakuntamallin tehokkuutta laaja-alaisesti.

Kaldor–Hicks-standardiin perustuva vaihtoehtojen tehokkuuden kokonaisarviointi antaa viitteitä eri järjestelmien välisistä eroista ja niistä kompromisseista, joita saatetaan tehokkuutta edistettäessä joutua tekemään. Kuten edellä on todettu, oikeussuojajärjestelmien tehokkuutta on aiemmin arvioitu lähinnä käsittelyajan perusteella ottamatta varsinaisesti huomioon menettelyjen luotettavuuteen tai oikeussuojajärjestelmän rakenteeseen liittyviä tekijöitä. Tässä

2016, s. 971; Clear – Cahill 2021, s. 150–151 ja Myöhänen 2012, s. 282, 301.

91. Myöhänen 2021, s. 296.

92. Tuomioistuinmaksulain (1455/2015) 2 §:ssä säädettyä oikeudenkäyntimaksua alemman oikeudenkäyntimaksun perimistä valittajan peruuttaessa hankintavalituksen hankintaoikaisu- ja hankintavalituksen johdosta tekemänsä valituksen peruuttamiseen, ks. HE 29/2015 vp, s. 48–49.

93. Ks. EU-oikeuden tehokkuusperiaatteesta Siitari-Vanne 2005, s. 320–332.

luvussa arvioidaan sekä hankintaoikaisu- että valituslautakuntamallia aiemmin määriteltyjen tehokkuusmittareiden valossa. Tehokkuuden eri osatekijöitä ja niiden toteutumista eri järjestelmissä on kuvattu oheisessa taulukossa (taulukko 1). Vaikka tässä kirjoituksessa keskitytään nimenomaisesti tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolisiin muutoksenhakumalleihin, on eri malleja vertailtaessa tarkasteltava myös markkinaoikeutta näiden rinnalla vertailun mahdollistamiseksi. Tämän vuoksi vastaavat tiedot on täytetty taulukkoon myös erityistuomioistuimena toimivan markkinaoikeuden muutoksenhaun osalta.

**Taulukko 1.** Julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmävaihtoehtojen tehokkuus.

TEHOKKUUSMITTARIT						
	TOIMINNALLINEN MITTARI	LUOTETTAVUUSMITTARIT		RAKENTEELLISET MITTARIT		
	Rajattu käsittelyaika	Asiantuntijuus	Riippumattomuus Puolueettomuus	Prosessisäännöt	Jatkovalitus	Kulujen korvaus
Markkinaoikeus		X	X	X	X	X
Hankintaoikaisu				osittain		
Hankintavalituslautakunta	X / osittain	X	X	X	X	X

Vaihtoehtoisen muutoksenhakujärjestelmän toiminnallista tehokkuutta voidaan arvioida erityisesti käsittelyajan perusteella. Kansainvälisiin muutoksenhakulautakuntiin peilaten hankintavalituslautakuntamalli vaikuttaa käsittelyajaltaan markkinaoikeusprosessia ja hankintaoikaisumallia tehokkaammalta. Vaikka Tanskan hankintavalituslautakunnan valitusten keskimääräinen käsittelyaika ei juuri poikkea esimerkiksi markkinaoikeuden käsittelyajoista<sup>94</sup>, eivät käsittelyajat ole keskenään vertailukelpoisia, koska Suomessa hankinnan täytäntöönpano on useimmiten keskeytettyä koko markkinaoikeuden prosessin ajan ja Tanskassa taas täytäntöönpanokiello jatkuu vain harvoin 30:tä päivää pidempään. Hankintariidan osapuolten näkökulmasta ratkaisevaa on nimenomaan hankinnan täytäntöönpanokiellon pituus, ei niinkään pääasiantarkaisuun kuluva aika.<sup>95</sup>

Tanskassa hankinnan täytäntöönpanoa koskeva ratkaisu ja alustava arvio pääasiantarkaisusta on tehtävä 30 päivän kuluessa valituksen tekemisestä ja vain

94. Tanskan valituslautakunta ratkaisi vuonna 2021 kaikkiaan 46 % valituksista 3 kuukauden sisällä, kun vastaava määrä oli markkinaoikeudessa vuonna 2019 kaikkiaan 20 %, ks. Klagenævnet for Udbud. Årsberetning 2021, s. 60 ja markkinaoikeuden käsittelyaikatilasto 1.1.–31.12.2019 osoitteessa [https://www.markkinaoikeus.fi/material/collections/20210205103401/7NtDG-XIgD/Kasittelyaikatilasto\\_2019.pdf](https://www.markkinaoikeus.fi/material/collections/20210205103401/7NtDG-XIgD/Kasittelyaikatilasto_2019.pdf).

95. Käytännössä markkinaoikeuteen tehtävä valitus usein estää hankintasopimuksen täytäntöönpanon valitusprosessin keston ajaksi ja aiheuttaa kustannuksia hankintayksikölle ja voittaneelle tarjoajalle, joka joutuu pitämään resurssiaan varattuna kyseisen sopimuksen varalle. Pitkien käsittelyaikojen on katsottu vaikuttavan myös palveluiden loppukäyttäjien asemaan ja lisäävän julkisten hankintojen kustannuksia: väliaikaisjärjestelyt voivat olla kalliimpia tai niitä toteutetaan heikomman laatuksena kuin kilpailutettuja pitkäaikaisia ratkaisuja, ks. HE 108/2016 vp, s. 288 ja Halonen 2021, s. 1124.

hyvin harvoin täytäntöönpanokielto jatkuu tätä pidempään. Näin ollen hankinnan osapuolet pääsevät tekemään hankintasopimuksen usein jo kuukauden kuluttua valituksesta ja lopullisen pääasiantarkaisun myöhemmästä antamisajankohdasta huolimatta. Virossa hankintavalituslautakunnan on hankintalain perusteella annettava ratkaisunsa 30 päivän kuluessa valituksen vastaanottamisesta, mikä on markkinaoikeuden päätöksentekoa huomattavasti tehokkaampaa. Näin ollen hankinnat ovat sekä Tanskan että Viron muutoksenlautakunnissa täytäntöönpanokelpoisia varsin pian eikä hankinnan keskeyttämisestä tai väliaikaisista järjestelyistä aiheudu samanlaisia kuluja kuin Suomessa, jossa automaattinen täytäntöönpanokielto päättyy useimmiten vasta markkinaoikeuden ratkaisun jälkeen. Meillä pitkien käsittelyaikojen aiheuttamia toiminnallisia ongelmia onkin pyritty lieventämään kansallisella poikkeussäätelyllä eli säätämällä hankintalain 153 §:ssä mahdollisuudesta järjestää hankinta väliaikaisin järjestelyin muutoksenhakuprosessin ajan.<sup>96</sup> Toisaalta Suomessa toimivien eri alojen muutoksenhakulautakuntien toimintaan ei kohdistu käsittelyn enimmäismääräaikoja ja käsittelyajat vaihtelevat eri muutoksenhakulautakuntien välillä.<sup>97</sup> Jotta nykyistä markkinaoikeusprosessia joutuisampi muutoksenhakulautakuntakäsittely voitaisiin varmistaa meillä, olisi muutoksenhakulautakuntaa mahdollisesti perustettaessa tärkeää pohtia myös enimmäiskäsittelyajan tai vähintään täytäntöönpanokieltoasian käsittelyä koskevan määräajan säätämistä Viron tai Tanskan tapaan.

Hankintaoikaisumallin arvioiminen käsittelyaikojen tehokkuuden valossa ei sen sijaan ole mahdollista. Tämä johtuu siitä, että hankintaoikaisuja käsitellään jokaisessa hankintayksikössä erikseen, ettei niiden osalta ole olemassa säädettyjä vähimmäiskäsittelyaikoja eikä tietoa toteutuneista hankintaoikaisujen käsittelyajoista ole saatavilla. Aiheesta ei tietojemme mukaan ole myöskään tehty tutkimusta. Näin ollen hankintaoikaisumallia ei voida todeta tehokkaaksi eikä sen tehokkuutta voi verrata markkinaoikeuden käsittelyaikoihin.

96. TaVM 2/2010 vp (HE 190/2009 vp laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta), s. 4. Hankinnan väliaikaista järjestämistä koskeva sääntely ei perustu EU:n hankinta- tai oikeussuojadirektiiveihin, ja kyse on kansallisesti pitkien käsittelyaikojen johdosta säädetystä poikkeussäätelystä ja eräänlaisesta ylimääräisestä EU-oikeuteen perustumattomasta ”suorahankintaperusteesta”, jonka EU-oikeudenmukaisuutta ei kuitenkaan ole koskaan testattu EU-tuomioistuimessa.

97. Käsittelyajat vaihtelevat noin viidestä kuukaudesta 11 kuukauteen lautakunnasta riippuen. Ks. sosiaaliturva-asioiden muutoksenhakulautakunta (10 kk) osoitteessa <https://www.samu.fi/viireilla-olevien-asioiden-kasittelyaika-2/>; tapaturma-asioiden muutoksenhakulautakunta (11 kk) osoitteessa <https://www.tapaturmalautakunta.fi/ohjeita-muutoksenhakijalle/kasittelyvaiheet/>; työeläkeasioiden muutoksenhakulautakunta (5–8 kk) osoitteessa <https://www.telk.fi/fi-FI> sekä opintotuen muutoksenhakulautakunta (6 kk) osoitteessa <http://www.opintotuenmuutoksenhakulautakunta.fi/toimintakertomus-2020.pdf>.

Hiljattain julkaistussa selvityksessä esitetään, että hankintaoikaisujärjestelmää kehittämällä voitaisiin tehostaa koko hankintojen muutoksenhakujärjestelmää.<sup>98</sup> Selvityksessä esitetyn näkemyksen taustalla vaikuttanee ajatus siitä, että hankintaoikaisujärjestelmää tehostamalla markkinaoikeuteen päätyisi vähemmän asioita käsiteltäväksi. Hankintaoikaisun mahdollisuuksia muutoksenhakujärjestelmän tehostamisessa rajoittaa kuitenkin sen ja markkinaoikeuteen tehtävän valituksen päällekkäinen 14 päivän määräaika. Markkinaoikeudelle tehtävää hankintavalitusta voidaan käyttää myös keinona painostaa hankintayksikköä korjaamaan virheellinen hankintapäätös hankintaoikaisulla.<sup>99</sup> Kun asia tulee vireille samanaikaisesti niin hankintaoikaisuna kuin markkinaoikeudessa, rasittaa asian käsittely sekä hankintayksikön että markkinaoikeuden resursseja, vaikka markkinaoikeus osittain keskeyttääkin asian käsittelyn, kunnes hankintaoikaisuasiassa saadaan ratkaisu.<sup>100</sup> Jos määrääjat eriyttäisiin siten, että markkinaoikeuteen voisi valittaa vasta hankintaoikaisuasian ratkaisun jälkeen, mikä edellyttäisi myös hylkäävän hankintaoikaisupäätöksen valituskelvottomuutta, voisi vaiheittaisuus jossain määrin lisätä muutoksenhaun tehokkuutta sillä edellytyksellä, että samanaikaisesti hankintaoikaisun käsittelylle asetettaisiin lyhyt enimmäiskäsittelyaika. Ongelmana tällaisessa mallissa olisi kuitenkin se, ettei odotusaika- tai automaattista täytäntöönpanokieltä koskevaa ratkaisua voitaisi tehdä hankintayksikön toimesta, vaan tämä edellyttäisi oikeussuojadirektiivin 2007/66/EY 2 (3) artiklan mukaan aina riippumattoman tahon arviota.<sup>101</sup> Näin ollen hankintaoikaisun ja markkinaoikeuteen tehtävän muutoksenhaun vaiheittaisuus johtaisi samalla myös siihen, että odotusaika ja täytäntöönpanokieltä jatkuisivat markkinaoikeuden mahdolliseen käsittelyyn asti.

Hankintojen muutoksenhakujärjestelmän tehokkuutta on syytä arvioida myös muutoksenhakuelimen luotettavuusmittareiden valossa. Tältä osin huomiota kiinnitetään erityisesti vaihtoehtoisten järjestelmien asiantuntemukseen, riippumattomuuteen ja puolueettomuuteen.<sup>102</sup> Vaihtoehtoisista muutoksenha-

98. Selvityshenkilön raportti 2021:47, s. 60.

99. Pirkko Heikkinen – Kirsi-Maria Halonen, Is it all worth it? Litigation risks in public procurement and role of reputation in particular. Evidence from Finland. *Public Procurement Law Review*, hyväksytty, julkaistaan kesällä 2023. Ks. myös Craven – Arrowsmith 2016, s. 246.

100. Hankintaoikaisun vaikutuksesta markkinaoikeuden käsittelyyn säädetään hankintalain 134 §:ssä.

101. Oikeussuojadirektiivin 2 (3) artikla: ”Kun muutosta hankintaa koskevaan päätökseen on haettava hankintaviranomaisesta riippumattomalta ensimmäisen oikeusasteen elimeltä, jäsenvaltioiden on varmistettava, että hankintaviranomainen ei voi tehdä sopimusta ennen kuin muutoksenhakuelin on ratkaissut joko välitoimia koskevan hakemuksen tai muutoksenhaun. Keskeyttäminen saa päättyä aikaisintaan 2 a artiklan 2 kohdassa ja 2 d artiklan 4 ja 5 kohdassa tarkoitetun odotusajan päätyttyä.”

102. Ks. riippumattomuudesta ja puolueettomuudesta yksityisissä lautakunnissa Koulou 2011, s. 135–150; riippumattomuudesta ja puolueettomuudesta hallintotoiminnassa Olli Mäenpää, Yleinen hallinto-oikeus. Alma Talent 2017, s. 159–161 ja tuomioistuinten riippumattomuus-



kujärjestelmistä luotettavuusmittareiden mukaan parhaiten menestyy muutoksenhakulautakuntamalli, joka näyttäytyy ainoana todellisena vaihtoehtona tuomioistuimeen verrattuna. Hankintaoikaisujärjestelmä sen sijaan on luotettavuusmittareiden ja hankintojen tehokkuuden valossa ongelmallinen. Hankintaoikaisujen käsittelystä vastaa useimmiten hankintayksikön edustaja tai toimielin, joka on myös tehnyt oikaisun kohteena olevan hankintapäätöksen. Oikaisun käsittelijällä on siten jo asiasta ennakkokäsitys. Hankintaoikaisu voidaan toki ohjata hankintayksikössä toisen tahon käsiteltäväksi, mutta tässäkin tilanteessa asian käsittelee jokin taho hankintayksikön organisaatiossa. Arvioitaessa asian käsittelyn luotettavuutta ja puolueettomuutta on myös huomioitava se, miten asian käsittely näyttäytyy hankintaoikaisun tekijälle.<sup>103</sup> Vastaavaa ongelmaa ei sen sijaan ole hankintavalituslautakunnissa, joiden kokoonpano – kansainvälisten esimerkkien valossa – muodostuu tehtäviin määrääjäksi nimitetyistä tuomareista sekä riippumattomista asiantuntijoista, kuten yliopiston palveluksessa olevista tutkijoista.

Ratkaisu toiminnan tehokkuus sen luotettavuuden näkökulmasta on kytköksissä myös toimialan erityisasiantuntemukseen. Julkisia hankintoja koskevat asiat on katsottu erityistä asiantuntemusta edellyttäväksi asiaryhmäksi, minkä vuoksi nämä on alun perin päädytty keskittämään ensin kilpailuneuvostoon ja sittemmin erityistuomioistuimeen eli markkinaoikeuteen.<sup>104</sup> Vaihtoehtoisissa muutoksenhakujärjestelmissä on eroja myös asiantuntemuksessa. Suurissa hankintayksiköissä tarvittava asiantuntemus voi löytyä organisaation sisältä. Pienissä toimintayksiköissä hankintoja puolestaan tehdään harvemmin eikä ajantasaista oikeudellista tai substanssiosaamista ole aina saatavilla.<sup>105</sup> Hankintalainsäädännön nojalla oikaisuasia käsitellään hankintayksikössä ja sen voi käsitellä yksittäinen virkamies tai ylempi toimielin, kuten lautakunta, hallitus tai valtuusto, eikä käsittelyyn välttämättä osallistu yhtään juridisen koulutuksen saanutta henkilöä. Näin ollen hankintaoikaisujärjestelmä ei takaa korkeaa asiantuntemusta asian käsittelyssä. Sen sijaan Virossa ja Tanskassa hankintavalituslautakuntiin on nimitetty riippumattomia julkisiin hankintoihin erikoistuneita tuomareita

desta ja puolueettomuudesta Matti Kuuliala – Tuula Linna – Timo Saranpää, Siviiliprosessi I. Riita-asian oikeudenkäynnin periaatteet ja toimijat. Alma Talent 2022, s. 229–238. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6(1) artiklan mukaisen tuomioistuinmenettelyn tulee tapahtua ”lailla perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa”. Suomessa 6 artiklaa sovelletaan kuitenkin paitsi tuomioistuihin myös erilaisiin lainkäyttötehtäviä hoitaviin lautakuntiin, ks. Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölonen – Antti Tapanila, Euroopan ihmisoikeussopimus. Alma Talent 2018, s. 578. Ks. myös Ginervo Greco, EUIPO Boards of Appeal in the Light of the Principle of Fair Trial. *European Public Law* 28(1) 2022, s. 19–34.

103. Monet yritykset voivat ylipäätään jättää valittamatta hankintapäätöksistä, koska ne ovat huolissaan valitusten mahdollisista vaikutuksista liikesuhteisiin hankintaviranomaisten kanssa, ks. Pachnou 2003, s. 259, 269–300, 369 ja Craven – Arrowsmith 2016, s. 244.

104. Selvityshenkilön raportti 2021:47, s. 32.

105. TaVM 31/2016 vp (HE 108/2016 vp hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi), s. 5.

ja muita asiantuntijoita.<sup>106</sup> Tämä lienee välttämätöntä, kun otetaan huomioon hankinta-asioiden oikeudellistuminen sekä niiden suuri taloudellinen ja yhteiskunnallinen merkitys.

Rakenteelliset mittarit (prosessisäännöt, jatkovalitusoikeus ja kulujen korvaaminen) tarjoavat mahdollisuuden arvioida vaihtoehtoisten muutoksenhakujärjestelmien saatavuuteen liittyviä tekijöitä. Myös näiden mittareiden valossa hankintavalituslautakuntamalli näyttäytyy hankinta-oikaisujärjestelmää tehokkaammalta vaihtoehdolta. Kun kyse on julkisista hankinnoista, oikeudenkäyntikulut, asiantuntijoiden palkkiot<sup>107</sup> ja oikeudenkäyntimaksut ovat keskeisiä yritysten oikeussuojan toteutumiseen vaikuttavia seikkoja.<sup>108</sup> Oikeudenkäyntikulut voivat vaikuttaa muutoksenhakua koskevaan päätöksentekoon eri tavoin riippuen yrityksen koosta.<sup>109</sup> Oikeussuojakeinoja käyttäessään markkinoilla toimivat yritykset paitsi huolehtivat omien oikeuksiensa suojaamisesta myös hankintaviranomaisen toiminnan lainmukaisuuden saattamisesta tuomioistuinkontrollin piiriin. Yritykset pyrkivät siten varmistamaan sääntelyn noudattamista julkisissa hankinnoissa yleisemminkin.<sup>110</sup> Viron ja Tanskan hankintavalituslautakuntakäsittelyyn sovelletaan prosessisääntöjä, joskin nämä ovat tuomioistuinkäsittelyä joustavampia. Lisäksi hankintavalituslautakuntien päätöksistä voidaan valittaa edelleen tuomioistuimeen ja käsittelymaksun ja kulujen jakautumisesta on annettu nimenomaiset säännöt tai ohjeet. Kaikki edellä mainitut seikat ovat tärkeitä arvioitaessa oikeussuojan saatavuutta. On myös otettava huomioon, että kansallisia ja kansainvälisiä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia sovelletaan paitsi tuomioistuihin myös erilaisiin lainkäyttötehtäviä hoitaviin lautakuntiin.<sup>111</sup> Näin ollen Suomessa myös hallintoprosessia koskeva lainsää-

106. Tuomareiden merkittävä lautakuntatoimintaan osallistuminen voi aiheuttaa esteellisyysongelmia tuomioistuinvaiheen jatkokäsittelyssä, ks. Siitari-Vanne 2005, s. 271.

107. Oikeudenkäyntikulut ovat Suomessa nousseet viime vuosikymmenten aikana. Ks. Oikeudenkäyntikulut riita-asioissa. Oikeusministeriön julkaisu 2021:16. [https://api.hankeikkuna.fi/asiakirjat/1cb98ff9-b10e-4fb4-93dc-1c403ba6ff2a/fd3cc0df-c704-4b84-9e72-4444ec4d2bda/JULKAISU\\_20210506091205.pdf](https://api.hankeikkuna.fi/asiakirjat/1cb98ff9-b10e-4fb4-93dc-1c403ba6ff2a/fd3cc0df-c704-4b84-9e72-4444ec4d2bda/JULKAISU_20210506091205.pdf). Vaikka hankinta-oikaisuissa ei olekaan kysymys tuomioistuinkäsittelystä, hankinta-oikaisuasioissa prosessikulujen nousu liittyy avustajien palkkioiden määrän nousuun.

108. Veijo Tarukannel – Heikki Jukarainen, Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa. Tampereen yliopiston julkisoikeuden laitos 1999, s. 301 ja Savola 2016, s. 971–972.

109. Pachnou 2003, s. 320 ja Craven – Arrowsmith 2016, s. 243.

110. Anne Nenonen, Oikeussuoja hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2014, s. 220. Ks. hankintojen oikeussuojajärjestelmän tavoitteista ja tehtävistä myös Markus Ukkola, Julkisia hankintoja koskevien asioiden oikeussuojamenettelyt osana hallintolainkäyttöä. Edilex 2019/30, s. 1–30, 5–11.

111. Matti Pellonpää ym. 2018, s. 578. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksista ks. esim. Greco 2022, s. 19–34; Janne Aer, Oikeusturva ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti hallintolainkäytössä, s. 9–62 teoksessa Oikeustiede – Jurisprudentia XXXVI. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 2003; Laura Ervo, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. WSOY 2005 ja Laura Ervo, Perustuslaki ja oikeuden saatavuus. Lakimies 7–8/2000, s. 1085–1105.

däntö soveltuu muutoksenhakulautakuntiin ja siksi osaltaan rajoittaa mahdollisuuksia poiketa oikeudenkäyntiä koskevista vaatimuksista muutoksenhakulautakunnissa.<sup>112</sup>

Sen sijaan hankintaoikaisuista on huomattava, ettei niihin liity oikeudenkäyntimaksua eikä riskiä hankintayksikön kulujen korvaamisesta. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteivätkö hankintaoikaisun laatimisesta aiheutuvat kulut voisi vaikuttaa oikeussuojan tehokkuuteen. Hankinta-asiat samoin kuin julkisia hankintoja koskevat valitusasiat ovat monimutkaistuneet ja ovat usein siinä määrin haastavia, että muutoksenhakijat joutuvat turvautumaan usein asiantuntija-apuun myös hankintaoikaisun laadinnassa.<sup>113</sup> Hankintaoikaisun käsittelystä aiheutuvia kuluja ei voida vaatia käsittelyn yhteydessä korvattaviksi, mikä voi vaikuttaa oikaisuväylän houkuttelevuuteen, kun oikaisua vaativa yritys joutuu aina vastaamaan omista kuluistaan.<sup>114</sup> Järjestelmän tehokkuutta ja mahdollisuuksia toimia vaihtoehtona tuomioistuimeen tehtävälle valitukselle toisaalta rajoittaa lisäksi se, ettei hankintaoikaisuasiasta tehdystä hylkäävästä päätöksestä voi edelleen valittaa tuomioistuimeen. Kun lisäksi otetaan huomioon jo aiemmin tarkasteltu päällekkäinen määräaika markkinaoikeusvalituksen kanssa, muutoksenhakua ei voida jättää yksinomaan hankintaoikaisun varaan, koska hylkäävä päätös merkitsisi muutoksenhakumahdollisuuksien päättymistä.

Vaikka hankintalaisissa ei säädellä hankintaoikaisun käsittelyä koskevasta menettelystä, hankintaoikaisun käsittelystä on kuitenkin huomioitava hankintaoikaisuun täydentävästi sovellettava hallintolaki.<sup>115</sup> Hankintaoikaisun käsittelyyn vaikuttavat näin ollen muun muassa hallintolain säännökset kuulemisesta (hallintolain 34 §) sekä päätöksen perustelemisesta (hallintolain 45 §). Lähtökohtaisesta kuulemisvelvollisuudesta huolimatta kuulemisvelvollisuuden laiminlyöntiin vetoaminen hankintaoikaisun käsittelyn yhteydessä ei kuitenkaan ole

112. Ks. alaviite 49.

113. Muutoksenhakijoiden lisäksi myös hankintapäätöksen tehnyt viranomainen tai muu hankintapäätöksen tehnyt taho voi käyttää hankinta-asiassa organisaationsa ulkopuolista asiamiestä, ks. Myöhänen 2012, s. 191.

114. Nenosen mukaan valvontafunktio on läheisessä yhteydessä oikeusturvafunktioon, ks. Nenonen 2014, s. 354. Ukkolan mielestä julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän valvontafunktiota ei ole perusteltua ylikorostaa, kun otetaan huomioon mm. hankintalainsäädännön noudattamista valvova erillinen viranomainen, ks. Ukkola 2019, s. 4. Kilpailu- ja kuluttajavirastolla on hankintalain 15 luvun mukainen valvontafunktio. Kilpailu- ja kuluttajaviraston valvontafunktion tarkoituksena on kuitenkin ensisijaisesti puuttua täysin lain säännöksistä piittaamatta tehtyihin suorahankintoihin, joista ei ole lainkaan ilmoitettu. Valvonnan ei ole tarkoitettu johtavan siihen, että Kilpailu- ja kuluttajavirasto hakee muutosta hankintamennettelyissä tapahtuneisiin lainvastaisuuksiin yritysten ja muiden tarjoajien puolesta, ks. HE 108/2016 vp, s. 231–232.

115. Matti Niemivuo – Marietta Keravuori-Rusanen – Kirsi Kuusikko, Hallintolaki. Alma Talent 2010, s. 367. Hallintolakia voidaan soveltaa myös muuhun kuin viranomaisen toimintaan, jos asia rinnastuu julkisen hallintotehtävän hoitamiseen, ks. Kaisa Mäkinen, Hankintojen oikeussuojauudistus. Edilex 2010/35, s. 6.

tehokasta, koska kuulematta jättäminen ei merkitse sellaista hankintasäännösten vastaista menettelyä, josta markkinaoikeus voisi määrätä seuraamuksia.<sup>116</sup>

Arvioitaessa Kaldor–Hicks-standardin näkökulmasta sitä, olisiko hankintavalituslautakuntamallista vaihtoehdoksi markkinaoikeusjärjestelmän rinnalle, on arvioinnissa otettava huomioon erityisesti oikeusturvan saatavuuden ja toteutumisen suhde asian käsittelynopeuden kannalta. Hankintavalituslautakunnan etuna nykyiseen malliin verrattuna olisi mahdollisuus joustavammin asettaa käsittelylle esimerkiksi enimmäismääräaikoja, mikä puolestaan tuomioistuimessa on oikeusturvanäkökohtien vuoksi haastavaa.<sup>117</sup> Lyhyilläkin määräajoilla on toki kääntöpuolensa. Jos määräaika valituksen käsittelylle on liian lyhyt, osapuolten kuulemiseen ei jää paljon aikaa ja oikeusturva voi vaarantua. Toisaalta käsittelyaikaa tehostamalla saavutettaisiin todennäköisesti myös julkistaloudessa säästöjä, kun järjestelmä mahdollistaisi sopimusten täytäntöönpanokiellon ja väliaikaisten järjestelyjen minimoinnin.<sup>118</sup> Lautakunnan perustamisesta huolimatta markkinaoikeuteen tehtäisiin todennäköisesti edelleen jatkovalituksia kiistanalaisista oikeudellisista kysymyksistä, mutta suurin osa valittajista tyytyisi lautakunnan antamaan ratkaisuun, kuten Viron ja Tanskan esimerkit osoittavat. Näin ollen vaikka nopeampi kuulemismenettely ja käsittely eivät toteuttaisi oikeusturvaa yhtä tehokkaasti kuin tuomioistuinprosessi, olisi hankinta-asioiden entistä nopeampi käsittely ensimmäisessä asteessa valituslautakunnassa yhteiskunnan kokonaishyvinvoinnin näkökulmasta perusteltua. Toisaalta kansalliset muutoksenhakulautakunnat Suomessa noudattavat samaa hallintoprosessilainsäädäntöä kuin tuomioistuimet. Enimmäismääräajan asettaminen käsittelylle voisi siksi olla haastavaa joka tapauksessa, joskaan mahdotonta se ei olisi. Meillä on säädetty esimerkiksi kilpailulain (908/2011) 29 §:ssä markkinaoikeudelle yrityskaupan käsittelyä ja valvontaa koskeva enimmäismääräaika, jonka asettamisen taustalla vaikuttavat hyvin samankaltaiset täytäntöönpanon keskeyttämisestä aiheutuviin kustannuksiin liittyvät syyt kuin julkisissa hankinnoissa.<sup>119</sup>

116. Kirsi Kuusikko, Hallintolaki markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä. Edilex 2017/45, s. 25 ja Pekkala ym. 2019, s. 627–628.

117. Salmela 2015, s. 23–29.

118. Halonen 2021, s. 1124. Kokoomuksen kotimaista markkina- ja kilpailupolitiikkaa koskevan pamfletin mukaan hankintavalituslautakunta voisi laskea oikeuskäsittelyyn siirtyvien hankintojen määrää ja nopeuttaa olennaisesti hankintojen prosesseja. <https://www.kokoomus.fi/reilumman-kilpailun-suomi/>.

119. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 243/1997 vp, luku 3.1.

## 5. Johtopäätökset

Julkisten hankintojen tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolisten oikaisu- ja muutoksenhakujärjestelmien tehokkuusmittareiden valossa hankintavalituslautakuntamalli toteuttaa oikeussuojan kokonaistehokkuutta selvästi hankinta-oikaisujärjestelmää paremmin. Hankinta-oikaisujärjestelmä sen sijaan toimii parhaiten silloin, kun on kyse selvästä virheestä ja hankintayksiköllä on halu korjata virhe nopeasti joko hankinta-oikaisun johdosta tai oma-aloitteisesti. Tällöin hankinta-oikaisu myös vähentää markkinaoikeuden työtaakkaa, kun hankinta-oikaisun hyväksyminen johtaa valituksen peruuttamiseen. Hankinta-oikaisun keskeisimmät ongelmat liittyvät kuitenkin siihen, että asian käsittelee taho, jolla on oma intressi asiaan, eikä siksi oikaisujärjestelmästä ole riippumattoman muutoksenhakujärjestelmän vaihtoehdoksi. Toisaalta myös nykyinen markkinaoikeusvetoinen tuomioistuinjärjestelmä vaikuttaa, käsitteleyäikää lukuun ottamatta, tässä kirjoituksessa käsiteltyjen tehokkuusmittareiden valossa tehokkaalta oikeussuojajärjestelmältä.

Julkisiin hankintoihin keskittyneen muutoksenhakulautakunnan perustaminen olisi mahdollista myös meillä. Hankintavalituslautakunta voisi vähentää markkinaoikeuteen tehtävien valitusten määrää tehokkaasti, koska hankintavalituslautakunta ikään kuin korvaisi markkinaoikeuden ensimmäisenä hankinta-asioita käsittelevänä muutoksenhakuasteena. Kun suurin osa asioista jää ensimmäisen asteen ratkaisun varaan, vapauttaisi lautakuntamalli merkittävästi markkinaoikeuden resursseja. Toisaalta on kuitenkin huomattava, että hankintalautakuntien kokoonpano siihen nimettävine jäsenineen ainakin edellä esitetyissä Viron ja Tanskan lautakuntamalleissa vaatii merkittävää resursointia.

Hankintavalituslautakunnan perustaminen tuskin vähentäisi valitusten määrää, mutta muutoksenhakupaine siirtyisi markkinaoikeudesta uuteen ensimmäiseen asteeseen eli muutoksenhakulautakuntaan. Muutoksenhakulautakunnan etuna olisivat kansainvälisten esimerkkien valossa asiantunteva kokoonpano ja mahdollisuus joustavampaan toimintamalliin esimerkiksi käsittelyssä noudatettavilta menettelysäännöiltä ja käsittelyn enimmäismääräajoilta. Näiden toteutuessa olisi todennäköistä, että myös Suomessa valituslautakunnan perustaminen nopeuttaisi hankintavalitusten käsittelyä merkittävästi.

Toisaalta hankintavalituslautakunnan perustamiseen Suomessa liittyy myös ongelmia. Eri alojen muutoksenhakulautakunnat rinnastuvat meillä monilta osin tuomioistuimiin ja noudattavat samaa hallintoprosessilainsäädäntöä kuin tuomioistuimet. Myöskään näiden käsittelyajat eivät vaikuta erityisen tehokkailta markkinaoikeuden nykyisiin käsittelyaikoihin verrattuna. Siksi enimmäiskäsittelyaikojen säätäminen olisi tarpeen, jos julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmää toivotaan tehostettavan kansallisen hankintavalituslautakunnan perustamisella. Muutoksenhakulautakuntien rinnastaminen tuomioistuimiin

voi kuitenkin johtaa siihen, ettei käsittelyn enimmäismääräajan asettaminen olisi Suomessa mahdollista edes hankintavalituslautakunnalle, joskaan mahdollonta tämä ei olisi. Esimerkiksi yrityskauppavalvonta-asioissa on asetettu markkinaoikeuden käsittelylle enimmäismääräaika. Perustelut määräajan asettamisen taustalla ovat samankaltaisia kuin hankinta-asioissa: täytäntöönpanon keskeyttämisestä aiheutuvat merkittävät kustannukset. Jos enimmäismääräajan asettaminen ei tästä huolimatta olisi mahdollista, vaihtoehtona meillä voisi kuitenkin olla Tanskan malliin perustuva automaattisen täytäntöönpanokiellon käsittelylle asetettu määräaika, jonka yhteydessä lautakunta tekisi myös ennakoarvion pääasiasta.

Hankintaoikaisujärjestelmän kehittämistä on esitetty mahdollisuudeksi hankintojen muutoksenhakujärjestelmän tehostamiseen. Tästä huolimatta vaikuttaa siltä, ettei siitä ole tähän tehtävään. Hankintaoikaisumalliin sisältyy lukuisia tässä kirjoituksessa tunnistettuja ongelmia: päällekkäinen määräaika markkinaoikeusvalituksen kanssa, mahdollinen juridisen asiantuntemuksen puute, asian käsittely puolueellisen tahon toimesta sekä jatkovalitusoikeuden ja prosessi- ja kulusääntelyn puuttuminen. Myöskään hankinnan täytäntöönpanoon liittyviä kysymyksiä ei voitaisi ratkaista muussa kuin riippumattomassa ensimmäisen asteen muutoksenhakuelimessä. Näin ollen jos hankintojen muutoksenhakujärjestelmää pyritään kehittämään nykyisen markkinaoikeusvetoisen mallin ulkopuolella, tulisi myös Suomessa pohtia muutoksenhakulautakunnan perustamista.

## Alternatives for a public procurement judicial review system – Looking for effectiveness outside the courts

PIRKKO HEIKKINEN, LL.D., University Lecturer, University of Lapland – KIRSI-MARIA HALONEN, LL.D., Professor, University of Lapland – SARA KURTTILA, LL.M., Specialist, Finnish Competition and Consumer Authority

The effectiveness of the judicial review system in public procurement has been addressed in a number of studies concerning procurement legislation, both at the national and EU levels. The main challenge identified in these studies and the so-called “efficiency gap” relating thereto is the processing time of the first instance review body, the Finnish Market Court. However, this article does not examine the possibilities of improving the current court-led model, but instead focuses on other alternative review systems.

The article assesses whether the effectiveness of a public procurement review system can be increased by improving the current procurement rectification system and whether a dedicated public procurement complaints board would enhance the efficiency of the review system as a whole. The Estonian and Danish procurement complaints boards serve as examples in this analysis. The effectiveness and improvement potential of the out-of-court review systems are analysed through the following indicators: functional indicator (processing times), structural indicators (procedural rules, appeal option and process costs) and reliability indicators (expertise, independence and impartiality).

The article’s main conclusion is that a public procurement complaints board appears to be the most promising option for increasing the efficiency of the procurement judicial review system. In addition, although the establishment of a complaints board has not yet been properly explored in Finland, establishing one would likely be possible on the basis of experiences from other similar appeal board models currently operating in Finland.

# Nykyinen minä, tuleva minä ja laki edunvalvontavaltuutuksesta

## 1. Aluksi

Itsemääräämisoikeus tarkoittaa sitä, että ihmisen pitää saada olla oman elämän-tarinansa pääkirjoittaja.<sup>1</sup> Tämä ilmeinen lähtökohta on erityisen kovilla, jos ihmisen päätöksentekokyky on rajoittunut. Tällöin hän tarvitsee suojaa, mutta sen lisäksi on turvattava hänen oma toimijuutensa sekä oikeutensa elää itsensä näköistä elämää ja päättää omista asioistaan. Miten tämä sinänsä yksinkertaiselta kuulostava yhtälö oikeusjärjestelmän kokonaiskontekstissa ratkaistaan, on erittäin vaikea kysymys.

Oikeusjärjestelmä on rakentunut sen varaan, että päätöksiä tekevät ihmiset ovat rationaalisia ja täysivaltaisia yksilöitä. Nämä rationaaliset päätöksentekokykyiset ihmiset voivat tehdä myös epärationaalisia päätöksiä. Sivuosassa ovat olleet ihmiset, joiden päätöksentekokyky on ollut normaalista poikkeava, heikompi. Heitä varten on ”jo muinaisten roomalaisten aikaan” kehitetty varajärjestelmä: holhousoikeudellinen ulkoistettu päätöksenteko, jonka keskeisenä tavoitteena on ollut perhevarallisuuden suojaaminen.<sup>2</sup> Vähitellen tämä ulkoistetun päätöksenteon paradigma ja sen tavoitteet on kyseenalaistettu. Yhdisty-

\* *Katja Karjalainen*, OTT, dosentti, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto. Haluan kiittää lämpimästi nimettömien vertaisarvioitsijoiden lisäksi siviilioikeuden professori Mia Hoffrénia ja asianajaja Minttu-Maaria Pekkasta arvokkaista kommentteista, joita he esittivät kirjoitusluonnoksesta. Kirjoitus on osa työikäisenä muistisairauksiin sairastuvia koskevaa monitieteellistä tutkimushanketta Mild-cognitive Impairments at Work 2018–2022. Sitä rahoitti Suomen Akatemia osana JPI More Years Better Lives -konsortioita. Hankkeen muut suomalaisjäsenet olivat Anna Mäki-Petäjä-Leinonen (Suomen osakonsortion johtaja), Marjo Ylhäinen, Mervi Issakainen, Sirkka-Liisa Heimonen ja Maija Moisio. Konsortion johtajana toimi Louise Nygård Karoliinisesta instituutista. Muita osakonsortioita johtavat Arlene Astell Toronton yliopistosta, Jennifer Boger Waterloon yliopistosta ja Ann-Charlotte Nedlund Linköpingin yliopistosta.

1. Ks. Brian H. Bix, *Private Ordering in Family Law*, s. 257–272 teoksessa Elizabeth Brake – Lucinda Ferguson (eds), *Philosophical Foundations of Children’s and Family Law*. First Edition. Oxford University Press 2018, 259–260 ja Joseph Raz, *Morality of Freedom*. Oxford University Press 1988.

2. Rudolph Sohm – Arvo Haveri, *Institutiot: Roomalaisen yksityisoikeuden arvot ja järjestelmä*. WSOY 1924, s. 654 ja esim. Pertti Välimäki, *Edunvalvontaoikeus*. Sanoma Pro 2013, s. 4–7. Edelleen esim. Sarja viittaa siihen, että edunvalvojat hoitavat eräänlaista yhteiskunnallisesti merkittävää tukitehtävää. Ks. Mikko Sarja, *Hyvä edunvalvontatapa holhoustoimessa*. Defensor Legis 2/2011, s. 133–162, 145.



neiden kansakuntien vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimus<sup>3</sup>, joka tuli Suomessa voimaan kesäkuussa 2016, edellyttää, että kaikki ihmiset ovat yhdenvertaisesti päätöksentekojärjestelmän keskiössä. Yleissopimuksen keskeinen teesi ”yhdenvertaisesti muiden kanssa” tarkoittaa, että kaikilla ihmisillä on oltava tosiasiallisesti yhdenvertaiset mahdollisuudet, oikeudet ja velvollisuudet osallistua yhteiskuntaan sen aktiivisina ja täysivaltaisina jäseninä (ks. artikla 12(2)).<sup>4</sup> Toisin sanoen yhteiskunnan olisi oltava saavutettavissa sillä tavalla, että vammaisen ihminen olisi samalla viivalla, samassa asemassa – ei paremmassa, ei huonommassa – vammattoman ihmisen kanssa.

Pätöksentekojärjestelmän tosiasiallinen yhdenvertaisuus (saavutettavuus) voidaan yleissopimuksessa esitetyn ajatuksen perusteella toteuttaa tukemalla vammaisen ihmisen päätöksentekokykyä. Sopimuksen 12(3) artikla edellyttää, että sopimusvaltiot järjestävät vammaisten ihmisten saataville tuen, jota nämä mahdollisesti tarvitsevat oikeudellista kelpoisuutta käyttäessään. Mittatikki on yleissopimuksen 12(4) artikla, jossa velvoitetaan valtioita huolehtimaan asianmukaisista ja tehokkaista suojatoimista.<sup>5</sup> Yleissopimuksen voimaansaattamista koskevassa hallituksen esityksessä ei ole problematisoitu sitä, mitä päätöksenteon tukeminen varsinkaan yksityisoikeudellisessa kontekstissa tarkoittaa, eikä lainsäädäntömuutoksia katsottu tarpeellisiksi. Esityksessä viitataan eräiden sosiaali-oikeudellisten ja vammaispalvelulain normien lisäksi mahdollisuuteen tehdä edunvalvontavaltuutus (laki edunvalvontavaltuutuksesta 648/2007, EVVL).<sup>6</sup>

Edunvalvontavaltuutuslaki on oikeustoimilain (laki varallisuus-oikeudellisista oikeustoimista 228/1929) edustamista koskevien sääntöjen ja eräiden holhous-toimilaista (laki holhous-toimesta 442/1999) poimittujen sääntöjen ja lähtökoh-tien perusteella muovailtu paketti, johon kansainvälinen ihmisoikeuskehitys on lyönyt leimansa. Oikeusjärjestelmän tosiasiallista yhdenvertaisuutta on kiinnos-tavaa arvioida nimenomaan edunvalvontavaltuutuksen näkökulmasta, koska

3. Yleissopimus vammaisten henkilöiden oikeuksista (SopS 27/2016).

4. Ks. Katja Karjalainen – Marjo Ylhäinen, Toimintavalmiudet yksityisoikeudessa – esimerkkinä vammaisuus ja työelämä. Oikeus 3/2021, s. 396–404.

5. Artiklan mukaan sopimuspuolet varmistavat, että kaikki oikeudellisen kelpoisuuden käyttöön liittyvät toimet antavat asianmukaiset ja tehokkaat takeet, joilla estetään väärinkäytökset ihmisoikeuksia koskevan kansainvälisen oikeuden mukaisesti. Näillä takeilla varmistetaan, että oikeudellisen kelpoisuuden käyttöön liittyvissä toimissa kunnioitetaan henkilön oikeuksia, tahtoa ja mielitymyksiä, ettei niissä esiinny eturistiriitoja eikä asiatonta vaikuttamista, että ne ovat oikeasuhtaisia ja kyseisen henkilön olosuhteisiin sovitettuja, että niitä sovelletaan mahdollisimman vähän aikaa ja että toimivaltainen, riippumaton ja puolueeton viranomainen tai oikeuselin arvioi niitä säännöllisesti uudelleen. Takeiden on oltava oikeassa suhteessa siihen, missä määrin nämä toimet vaikuttavat henkilön oikeuksiin ja etuihin.

6. Hallituksen esitys eduskunnalle vammaisten henkilöiden oikeuksista tehdyn yleissopimuksen ja sen valinnaisen pöytäkirjan hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen ja sen valinnaisen pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja eduskunnan oikeusasiamiehestä annetun lain muuttamisesta 284/2014 vp, s. 44.

valtuutus on ilmeinen yritys tukea vammaisen ihmisen itsemääräämisoikeutta ja tuoda vammaisia ihmisiä lähemmäksi päätöksentekojärjestelmän keskiötä.<sup>7</sup> Vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimus ehti valmistua ennen edunvalvontavaltuutuslakia, mutta lakia ei laadittu vastaamaan yleissopimuksen asettamiin velvoitteisiin eikä sitä myöskään myöhemmin juuri ole tarkasteltu yleissopimuksen näkökulmasta. Yleissopimuksen henkilöllisen soveltamisalan ulottuminen myös vanhuudesta johtuvaan vammaisuuteen – joka on puolestaan ollut edunvalvontavaltuutusten keskiössä – on alkanut saada enemmän huomiota vasta viime vuosina.<sup>8</sup> Toisaalta ymmärrys siitä, kuinka yleissopimuksessa edellytetty tosiasiallinen yhdenvertaisuus ulottuu koko oikeusjärjestelmään, on vasta hiljalleen alkanut kehittyä. Tämä ilmenee hyvin lainsäädännöllisistä uudistuksista, joita Euroopassa on alettu tehdä.<sup>9</sup>

Edunvalvontavaltuutus on erityisen mielenkiintoinen siitä näkökulmasta, että siinä nykyinen minä yrittää ennakoita tulevan minän tahtoa ja tarpeita. Oikeusjärjestelmä puolestaan sinetöi tulevan minän tahdon nykyisen minän tahdon pohjalta.<sup>10</sup> Vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksessa tarkoitettu päätöksenteon tukeminen merkitsee kuitenkin oikeutta saada riittävää tukea myös silloin, kun yksilö tekee päätöksiä enää osin toimintakykyisenä.<sup>11</sup> Ar-

7. Lailla pyrittiin edistämään yksilön tahdonautonomiamia, luomaan turvallisempi vaihtoehto oikeus-toimilakiin perustuvalla valtuutuksella ja vähentämään holhoustoimilain mukaisen edunvalvontajärjestelmän kuormittumista ikääntyvässä yhteiskunnassa. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi edunvalvontavaltuutuksesta sekä holhoustoimesta annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta 52/2006 vp, s. 4–5, 9.

8. Ks. esim. Hanna-Kaisa Hoppania – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen – Henna Nikumaa, (Un)equal Treatment? Elderly Care and Disability Services for People with Dementia in Finland. *European Journal of Social Security* 19(3) 2017, s. 225–241.

9. Esimerkiksi nyt vuodenvaihteessa 2023 Saksassa lakkautettiin vuodesta 1992 voimassa ollut Betreuung (holhous/edunvalvonta) ja vuodesta 2003 voimassa ollut mahdollisuus tehdä Vorsorgevollmacht, jolla on paljon yhtymäkohtia suomalaisen edunvalvontavaltuutukseen. Ne siirtyvät erillisinä järjestelminä historiaan. Saksalaisessa järjestelmässä ei ollut mitään perustavalla tavalla pielessä. Se katsottiin tarpeelliseksi uudistaa, koska voimassa olleessa järjestelmässä havaittiin oikeudenhoidollisia laatu puutteita. Vammaisen ihmisen itsemääräämisoikeutta nähtiin myös tarpeelliseksi arvioida kokonaisvaltaisemmin ja yhteisöllisemmin. Ks. Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts Vom 4. Mai 2021. *Bundesgesetzblatt Teil I G 5702*, s. 882. Uusi lainsäädäntö perustuu liittovaltion oikeus- ja kuluttajansuojaministeriön laajoihin selvityksiin. Ks. Des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Qualität in der rechtlichen Betreuung Abschlussbericht, Bundesanzeniger 2018. [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Forschungsbericht\\_Qualitaet\\_rechtliche\\_Betreuung.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Forschungsbericht_Qualitaet_rechtliche_Betreuung.html) (vierailtu 18.11.2022). Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte "andere Hilfen". Abschlussbericht: Band I – Band II, Bundesanzeniger 2018. [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht\\_BandI+II\\_Forschungsvorhaben\\_Erforderlichkeitsgrundsatz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_BandI+II_Forschungsvorhaben_Erforderlichkeitsgrundsatz.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (vierailtu 18.11.2022).

10. Ks. nykyisestä ja tulevasta minästä Bix 2018, s. 259–260.

11. Ks. esim. Mary Donnelly – Rosie Harding – Ezgi Tascioglu, Supporting legal capacity in the socio-legal context. *Onati International Series in Law and Society* 2022.

tikkelissa tarkastelen edunvalvontavaltuutusta nimenomaan siitä näkökulmasta, miten siinä onnistutaan tuomaan vammaisen ihminen päätöksentekojärjestelmän keskiöön sekä tukemaan ja toteuttamaan hänen itsemääräämisoikeuttaan. Onko valtuuttaja edunvalvontavaltuutuslain perusteella oman elämäntarinansa pääkirjoittaja?

Lähestyn aihetta jäsentämällä edunvalvontavaltuutuksen oikeudellisena instituutiona, joka rakentuu itsemääräämisoikeuden, luottamuksen ja suojelun tarpeen varaan, sekä kuvailemalla edunvalvontavaltuutukseen perustuvaan edustamiseen johtavan prosessin. Tämän jälkeen tarkastelen ensin nykyisen valtuuttavan minän itsemääräämisoikeutta ja toiseksi tulevan minän itsemääräämisoikeutta. Arvioin erilaisia päätöksentekotilanteita ja nostan esiin valtuuttajan tulevan tahdon toteuttamiseen liittyviä ongelmia. Lopuksi pohdin valtuutetun kelpoisuutta ja toimivaltaa ottaa valtuuttajan tulevan minän tahto huomioon sekä tarkastelen sopimuskumppanin selonottovelvollisuutta. Selvyden vuoksi viitataan nykyiseen minään myös silloin, kun kysymys on niin sanotusta menneestä nykyisestä minästä ja tuleva minä on korvannut nykyisen valtuuttavan minän. Artikkelissa nykyinen minä laatii edunvalvontavaltuutuksen tulevan minän tarpeisiin ja tulevasta minästä on kysymys silloin, kun edunvalvontavaltuutusta tarvitsee käyttää ja valtuutus on jo vahvistettu.

Artikkelin lähtökohta on yksityisoikeudellinen. En tarkastele muualla muun muassa sosiaalilainsäädännössä olevia tuetun itsemääräämisoikeuden normeja tai niiden kehittämistarpeita, vaikka edunvalvontavaltuutuslaki ei täysin irrallinen niistä olekaan.<sup>12</sup> Kirjoituksessa käsitellään holhoustoimilakia vain siltä osin kuin laki suoranaisesti liittyy edunvalvontavaltuutussäätelyyn.<sup>13</sup> Artikkelissa viitataan nimenomaan vammaiseen ihmiseen eikä esimerkiksi vajaakykyiseen tai toimintarajoitteiseen ihmiseen, kuten edunvalvontaoikeuden alalla usein tehdään, koska artikkelin tarkoitus on nimenomaan sitoa edunvalvontavaltuutus vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimukseen. Näin myös siksi, että yleissopimuksen henkilöllinen soveltamisala eittämättä kattaa tulevan minän, jonka tarpeisiin edunvalvontavaltuutus laaditaan.<sup>14</sup>

12. Ks. esim. Tuomo Antila, Edunvalvontavaltuutus. WSOY 2009, s. 130–131. Terveyden ja hyvinvoinnin laitos, Vammaispalveluiden käsikirja. <https://thl.fi/fi/web/vammaispalvelujen-kasikirja/> (vierailtu 9.8.2022).

13. Ks. esim. Johanna Aalto, Arvotodellisuus – tutkimus päämiehen asemasta holhoustoimen järjestelmässä. Lapin yliopisto 2020, s. 101–107 ja Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Päämies rationaalisenä toimijana – teoriaa ja käytäntöä edunvalvonnassa olevan ihmisen itsemääräämisoikeudesta. Lakimies 1/2018, s. 3–28.

14. Esim. Katja Karjalainen – Marjo Ylhäinen, Vammaisten oikeuksien yleissopimus ja sosiaalinen osallisuus – oikeus työhön. Lakimies 6/2021, s. 946–962, 951–952.

## 2. Edunvalvontavaltuutus tahdonilmaisuna ja prosessina

Edunvalvontavaltuutuksen taustalla vaikuttavat itsemääräämisoikeus ja luottamus sekä edunvalvontaoikeudellinen suojeleminen ja valvonta sekä näiden arvojen ja tekijöiden keskinäiset suhteet. Valtuuttaminen perustuu luottamukseen. Edunvalvontavaltuutus korostaa antajansa tahdon merkitystä, ja sen kohteena on valtuutetun ja valtuuttajan välinen suhde.<sup>15</sup> Edunvalvontavaltuutus perustuu myös vapaaehtoisuudelle ja itsemääräämisoikeudelle samalla tavalla kuin sopiminen. Edunvalvontavaltuutukset kiinnittyvät siten oikeusjärjestelmään itsemääräämisoikeuden ja sopimusvapauden välityksellä, joita rajoittaa haavoittuvassa asemassa olevien suojaaminen.<sup>16</sup>

Edunvalvontavaltuutus perustuu yksityisoikeudellisille valtuuttamista koskeville säännöille, joiden päälle on rakennettu edunvalvontaoikeudellisia suojaakeinoja.<sup>17</sup> Sekä oikeustoimilain että edunvalvontavaltuutuslain mukainen valtuutus on tahdonilmaisuuksella, jolla valtuuttaja antaa valitsemalleen luotetulle henkilölle, valtuutetulle, oikeuden edustaa itseään sopimuksenteossa kolmannen kanssa. Tällöin valtuuttajan ja valtuutetun välillä on valtuutusuhde, joka antaa valtuutetulle toimivallan toimia valtuuttajan puolesta. Valtuutetun ja kolmannen osapuolen välillä on edustussuhde, joka luo valtuutetulle kelpoisuuden toimia valtuuttajan puolesta oikeudellisesti sitovalla tavalla.<sup>18</sup>

Edunvalvontavaltuutus ja tavanomainen valtuutus turvaavat molemmat vaihdannan tarpeita. Edunvalvontavaltuutuksella on kuitenkin myös viime kädessä julkisoikeudelliseksi luonnehdittava tehtävä tarjota suojaa haavoittuvassa asemassa olevalle ihmiselle. Keskeinen ero edunvalvontavaltuutuslain ja oikeustoimilain mukaisen valtuutuksen välillä on siinä, että edunvalvontavaltuutus on tulevaisuussuuntautunut. Tavanomainen valtuutus tulee voimaan välittömästi, jos muuta ei ole erikseen valtakirjassa määrätty. Edunvalvontavaltuutuksella aikuinen voi järjestää asioidensa hoidon sen varalta, että hän tulee myöhemmin sairauden, henkisen toimintakyvyn häiriintymisen tai muun vastaavan syyn vuoksi kykenemättömäksi huolehtimaan asioistaan itse (EVVL 1 §).<sup>19</sup>

Edunvalvontavaltuutus ja siihen liittyvät vammaisen ihmisen itsemääräämisoikeuteen vaikuttavat jännitteet ja intressit ovat helpoiten ymmärrettävissä,

15. Vrt. luottamuksen merkitys holhoustoimilain alalla KKO 2006:72 ja esim. Aalto 2020, s. 82, 182, 220 ja Sarja 2011, s. 152.

16. Ks. sopimuksista ja suostumuksesta Bix 2018, s. 259.

17. Edunvalvontavaltuutus on ensisijainen edunvalvontaan nähden, kuten Itä-Suomen hallinto-oikeuden päätös (HAO 2.2.2015, 15/0035/4) korostaa.

18. Heikki Halila, Tieteen termipankki, Oikeustiede: hakusana valtuutus. <https://tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:valtuutus> (vierailtu 3.2.2022) ja Markku Helin, Edunvalvojan päätösvallan rajoista. Lakimies 6–7/2001, s. 1070–1088, 1071.

19. HE 52/2006, s. 11–12.

kun edunvalvontavaltuutusta tarkastellaan prosessina. Yksinkertaistetusti edunvalvontavaltuutukseen perustuvaan edustamiseen johtava prosessi on seuraava:

1. Valtakirjan edunvalvontavaltuutusta varten tekee 18 vuotta täyttänyt henkilö, joka ymmärtää valtuutuksen merkityksen (EVVL 5 §).
2. Valtuutettu hakee edunvalvontavaltuutuksen vahvistamista holhousviranomaiselta (EVVL 24.1 §).
3. Holhousviranomainen vahvistaa hakemuksesta edunvalvontavaltuutuksen, jos laissa asetetut vahvistamisen edellytykset täyttyvät (EVVL 24 §).
4. Holhousviranomainen merkitsee valtuutuksen holhousasioiden rekisteriin, jos se koskee valtuuttajan edustamista tämän taloudellisissa asioissa (EVVL 27 §).<sup>20</sup>
5. Valtuutus tulee voimaan, ja valtuutettu saa valtuutuksessa määrätyn kelpoisuuden edustaa valtuuttajaa (EVVL 10 §).

Valtuuttajan itsemääräämisoikeuteen liittyvät kysymykset tässä prosessissa ja niiden ympärille edunvalvontavaltuutuslailla luotu kehys ilmentävät lainsäätäjän tarvetta tasapainoilla erilaisten intressien välillä. Itsemääräämisoikeus kiinnittyy prosessissa erityisesti kohtiin 1, 3 ja 5. Kohdassa 1 nykyinen minä tekee päätöksiä tulevan minän puolesta, kun hän määrää valtuutetun kelpoisuudesta ja valtuutuksen sisällöstä (luku 3). Kohdassa 3 nykyinen minä on muuttumassa tulevaksi minäksi ja holhousviranomainen on velvollinen huolehtimaan, että valtuuttajaa kuullaan ja hänen tahtonsa otetaan mahdollisuuksien mukaan huomioon (luku 4.1). Kohdassa 5 valtuutettu edustaa tulevaa minää nykyisen (jo menneen) minän päätösten perusteella (luvut 4.2 ja 5). Nämä päätökset eivät välttämättä vastaa tulevan minän tahtoa eivätkä ole riittävän kattavia tai muutoinkaan täysin osuvia.

### 3. Nykyinen minä päätöksentekijänä

#### 3.1. Valtuutuksen laatiminen

Nykyinen minä tekee päätöksiä ennakolta. Ennakollinen itsemääräämisoikeus viittaa nimensä mukaisesti siihen valtaan, joka aikuisella itsellensä on ennakolta päättää asioidensa hoidosta muun muassa valitsemalla itse valtuutettunsa ja mää-

20. Digi- ja väestötietoviraston avoimen datan perusteella vuoden 2021 lopussa valtuutuksia oli rekisteröity 14 569.

rätä valtuutetun kelpoisuudesta ja ohjeista, joita valtuutetun tulee toimessaan noudattaa.

Edunvalvontavaltuutuslailla tuetaan monin tavoin nykyisen minän itsemääräämisoikeutta. Aikuinen valitsee itse, tekeekö edunvalvontavaltuutuksen ja kenet valitsee valtuutetukseen. Valtuutetun on kuitenkin oltava luonnollinen henkilö, koska edunvalvontavaltuutuksen peruslähtökohtana on korostetusti valtuutetun ja valtuuttajan välinen luottamussuhde (EVVL 3 §).<sup>21</sup> Myös esimerkiksi edunvalvontavaltuutukseen sovellettavasta laista voi tietyin edellytyksin määrätä, jos aikuisella on kiinnekohtia useampaan kuin yhteen valtioon.<sup>22</sup> Valtuuttaja voi vapaasti perua vahvistamattoman valtuutuksen eikä voi pätevästi sitoutua olemaan peruuttamatta valtuutusta (EVVL 12 §).<sup>23</sup> Oikeus peruuttaa valtuutus on tärkeä, koska valtuutus voidaan antaa ja usein annetaankin vuosia ennen kuin sen käyttäminen tulee ajankohtaiseksi. Valtuuttajan ja valtuutetun välisessä suhteessa tai olosuhteissa voi tapahtua muutoksia, joiden vuoksi valtuutus ei enää vastaa valtuuttajan tahtoa.<sup>24</sup> Edunvalvontavaltuutusta ei rekisteröidä ennakkoon, mikä omalta osaltaan mahdollistaa valtuutuksen joustavan peruuttamisen.<sup>25</sup>

Valtuuttaja voi laatia edunvalvontavaltuutuksen, jos hän ymmärtää valtuutuksen sisällön. Tämän on katsottava tarkoittavan sitä, että valtuuttajalta ei edellytetä täyttä päätöksentekokykyä vaan yleisten oikeustoimia koskevien sääntöjen mukaisesti valtuuttajan tulee ymmärtää valtuutuksen sisältö. Valtuuttajan päätöksentekokykyä arvioidaan tilannekohtaisesti, ja valtuuttajan tulee siten ymmärtää valtakirjan merkitys, sisältö ja vaikutukset.<sup>26</sup> Näin ollen valtuuttaja voi mahdollisesti antaa henkilökohtaisia asioitaan koskevan edunvalvontavaltuu-

21. HE 52/2006 vp, s. 18. Ks. em. hallituksen esityksestä annettu LaVM 29/2006 vp, s. 4. Lakivaliokunta edellytti oikeusministeriön seuraavan lain toteutumista ja arvioivan, onko edunvalvontavaltuutuksesta annettua lakia mahdollista muuttaa siten, että valtuutetuksi voitaisiin määrätä myös oikeushenkilö. Tämä tarkoittaisi esimerkiksi sitä, että valtuutetuksi voitaisiin määrätä asianajotoimisto tietyn nimetyn asianajajan tai lakimiehen sijasta.

22. Yleissopimus aikuisten kansainvälisestä suojelusta (SopS 11/2011), artikla 15. Ks. aiheesta Katja Karjalainen, Ikääntyminen, liikkuvuus ja kansainvälinen yksityisoikeus Euroopassa. Vertaileva tutkimus rajat ylittävistä ongelmista sekä edunvalvonnasta Suomessa ja Espanjassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2016, s. 267–271.

23. Valtuuttaja voi perua valtuutuksen sen voimaantulon jälkeenkin, jos hänellä on vielä riittävä päätöksentekokyky, mutta tällöin peruuttamisen voimaantulo edellyttää EVVL 12.3 ja 28 §:n mukaisesti maistraatin vahvistuksen.

24. HE 52/2006 vp, s. 23.

25. Valtuutuksien ennakkollinen rekisteröimättömyys voi toki olla ongelmallista mm. sen suhteen, että valtuutus voi hävitä tai jäädä valtuutetun toimeliaisuuden varaan jää huolehtia siitä, että edunvalvontavaltakirja on käytettävissä, kun sitä tarvitaan. Eurooppalaisessa keskustelussa nostetaan aina toisinaan esiin ajatus testamenttirekisterin kaltaisesta rekisteristä, johon valtuutukset rekisteröitäisiin. Suomessa myöskään testamenttirekisteri ei ole edennyt, koska on korostettu esimerkiksi juuri testaattorin rajoittamatonta oikeutta muuttaa mieltään.

26. Ks. esim. Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Ikääntymisen ennakointi. Vanhuuteen varautumisen keinot. Talentum 2013, s. 174–175.

tuksen, vaikka hänelle olisi jo määrätty edunvalvoja taloudellisissa asioissa, jos hän ymmärtää valtuutuksen sisältämien henkilökohtaisten asioiden merkityksen. Edunvalvontavaltuutuksen voi periaatteessa antaa myös, vaikka valtuutuksen vahvistaminen alkaisi olla jo ajankohtaista, koska valtuuttajan kelpoisuutta antaa valtuutus ei arvioida samoilla kriteereillä kuin edunvalvontakynnyksen ylittymistä, jota valtakirjan vahvistaminen ja käyttöönotto edellyttävät.<sup>27</sup> Tällöin valtuutuksen vahvistamista voidaan hakea Digi- ja väestötietovirastolta välittömästi valtuutuksen laatimisen jälkeen. Rajatapauksissa itsemääräämisoikeutta ja päätöksentekokykyä saatetaan kuitenkin pyrkiä löytämään myös silloin, kun ihmisellä ei tosiasiallisesti päätöksentekokykyä ole. Edunvalvontavaltuutusta ei näissä tapauksissa välttämättä myöskään laadita valtuuttajan itsensä aloitteesta.<sup>28</sup>

Vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimus edellyttää, että ennakkolisen varautumisen ja valtuuttamisen tulee olla yhdenvertaisesti kaikkien aikuisten käytettävissä – myös ihmisten, joilla on jo tai on aina ollut heikentynyt päätöksentekokyky.<sup>29</sup> Jos kelpoisuutta tehdä edunvalvontavaltuutus tulkitaan joustavasti, ei ole tarvetta muunkaltaiselle oikeudelliselle järjestelylle, jossa jo vammaisen ihminen voisi nimetä itselleen valtuutetun tai asainhoitajan. Brittiläisen Kolumbian esimerkki on tässä yhteydessä huomionarvoinen, koska oikeusjärjestelmää on kansainvälisesti pidetty vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen näkökulmasta esimerkillisenä.<sup>30</sup> Brittiläisessä Kolumbiassa on edunvalvontavaltuutukseksi rinnastettavan Enduring Power of Attorneyn (EPA)<sup>31</sup> lisäksi säädetty Representation Agreementista (RA)<sup>32</sup>. RA:ssa valtuut-

27. Ks. Välimäki 2013, s. 229.

28. Paul Tiensuu on pro gradu -tutkielmassaan tarkastellut mm. empiirisen aineiston avulla sitä, kuinka hyvin ja millä tavoin edunvalvontavaltuutus takaa valtuuttajan itsemääräämisoikeuden. Tiensuun haastattelema henkilökirjoittaja Anne Oksanen näkee ongelmallisiksi tilanteet, joissa valtuutuksen laatiminen ja vahvistettavaksi hakeminen tapahtuvat hyvin lyhyen aikavälin sisällä. Ks. Paul Tiensuu, Edunvalvontavaltuutus ja valtuutuksen antajan itsemääräämisoikeus. Edilex 2016, s. 39.

29. Vammaisten henkilöiden oikeuksien komitea, Yleiskommentti nro 1 (2014), kohta 17. On ympäröivän yhteiskunnan tehtävänä etsiä erilaisia keinoja, joilla tuetaan ihmisten päätöksentekokykyä. Merkityksellistä on tällöin mm. saavutettava oikeudellinen kieli, jolla oikeudellista terminologiaa ja päätöksentekoa pyritään saattamaan selkokielelle. Ks. Rosie Harding – Sophie O’Connell – Philippa Bragman, Making legal information accessible. Lessons from the CLARiTY Project. <https://legalcapacity.org.uk/wp-content/uploads/2020/10/CLARiTYReport-FullFinal-PDF.pdf> (vierailtu 18.11.2022). Vastaavasti kuvia hyödyntävät metodit on todettu tehokkaaksi avuksi jokapäiväisen päätöksenteon lisäksi myös edunvalvontavaltuutusta laadittaessa. Ks. esim. Stirlingin yliopistossa kehitelty metodi ”Talking mats”. <https://www.talkingmats.com> (vierailtu 18.11.2022).

30. Ks. esim. Lana Kerzner, Supported decision-making innovations: the Canadian experience. Teoksessa Charles O’Mahony C – Gerald Quinn G (eds), Disability law and policy: an analysis of the UN Convention. Clarus Press 2017, s. 111.

31. Sääntely koskien enduring power of attorney on yleisessä valtuuttamista koskevassa laissa. Ks. Power of Attorney Act [RSBC 1996], Chapter 370.

32. Representation Agreement Act [RSBC 1996], Chapter 405.

tajalle asetetut päätöksentekokykyä koskevat vaatimukset ovat merkittävästi alemmat kuin EPAssa, mutta valtuuttaja voi antaa valtuutuksen ainoastaan tietystä laissa ennalta määrätystä asiaryhmistä.<sup>33</sup> Oikeusjärjestelmän selkeyden ja koherenssin näkökulmasta yksi instrumentti – edunvalvontavaltuutus, joka taipuu useammanlaisiin käyttötarkoituksiin – lienee kelvollinen ja kannatettava vaihtoehto.

### 3.2. Valtuutuksen sisällöstä määrääminen

Valtuutuksen sisällöstä määrääminen on yksi valtuuttajana toimivan nykyisen minän tärkeimmistä ja vaikeimmista tehtävistä. Valtuuttajan määräämisvaltaan kuuluu laaja oikeus päättää valtuutetun kelpoisuuden laajuudesta ja siitä, kuinka tarkasti hän haluaa valtuutetun toimintaa ohjata – kunhan valtuuttaja vain ymmärtää valtuutuksen sisällön. Valtuuttajalla saattaa olla hyvinkin selvä näkemys siitä, mitä asioita hän haluaa valtuutuksella hoidettavan. Ne voivat olla esimerkiksi päivittäisiä raha-asioita tai omaan hyvään hoitoon liittyviä asioita. Sitä vastoin valtuuttajalle voi olla erittäin vaikeaa päättää, kuinka näitä asioita tulisi hoitaa ja kuinka yksityiskohtaisesti nykyisen minän tulisi tulevan minän asioista päättää. Keskeistä on valtuuttajan ja valtuutetun välinen luottamussuhde, koska se vaikuttaa siihen, kuinka laajan kelpoisuuden valtuuttaja valtuutetulle antaa, kuinka tarkasti valtuuttaja haluaa asioistaan määrätä ja millaisia suojaeinoja valtuuttaja näkee tarpeelliseksi ottaa käyttöön.

Edunvalvontavaltuutus voi olla kattava, taikka se voidaan rajoittaa koskemaan määrättyä oikeustointia, asiaa tai omaisuutta (EVVL 2.2 §). Edunvalvontavaltuutuksella valtuutettu voi edustaa valtuuttajaa tämän omaisuutta koskevissa ja muissa taloudellisissa asioissa. Tällaisia ovat esimerkiksi päivittäiset raha-asiat tai kiinteistön tai asunto-osakkeen myynti. Valtuutettu voi edustaa valtuuttajaa myös sellaisissa tämän henkilöä koskevissa asioissa, joiden merkitystä valtuuttaja ei kykene ymmärtämään päätöksentekohetkellä (EVVL 2.1 §). Tällaisia asioita voivat olla esimerkiksi hoitoon ja hoivaan liittyvät päätökset.<sup>34</sup> Erityisen henkilökohtaisista asioista valtuutuksella ei voida määrätä (EVVL 2.3 §).<sup>35</sup>

33. Ks. Katja Karjalainen, *Strengthening the Right to Personal Autonomy and Protection of Vulnerable Adults: from Human Rights to Domestic and European legislation on Voluntary Measures*, s. 65–87 teoksessa Katja Karjalainen – Iina Tornberg – Aleks Puriainen (eds), *International Actors and the Formation of Laws*. Springer 2022, s. 74–78.

34. HE 52/2006 vp, s. 11, 19–20.

35. Valtuutetulla ei ole kelpoisuutta valtuuttajan puolesta antaa suostumusta avioliittoon tai lapseksiottamiseen, tunnustaa isyyttä, hyväksyä isyyden tunnustamista, tehdä tai peruuttaa testamenttia eikä edustaa valtuuttajaa muussa sellaisessa asiassa, joka on näihin rinnastuvien tavoin henkilökohtainen (EVVL 2.3 §). Vrt. HolhTL 29.3 §. Kelpoisuutta arvioidaan kuitenkin tapauksen olosuhteet huomioon ottaen. Voi olla esimerkiksi perusteltua, että valtuutettu voi hakea avioeroa valtuuttajan puolesta. Ks. HE 52/2006 vp, s. 18.



Edunvalvontavaltuutuslakiin sisäänkirjoitettua tasapainoilua itsemääräämisoikeuden, luottamuksen ja valvonnan välillä ilmentää se, kuinka holhoustoimilain mukaisen luvan tarve ja valtuutetun valvonta riippuvat edunvalvontavaltakirjan sisällöstä. Valtuuttaja voi valtakirjassa määrätä, miltä osin holhoustoimilain 34.1 §:n lupasäännökset tulevat sovellettaviksi (EVVL 19 §).<sup>36</sup> Lupasäännökset eivät periaatteessa tule sovellettaviksi, koska edunvalvontavaltuutus perustuu valtuuttajan omaan tahdonilmaisuuksiin ja koska valtuutettu on valtuuttajan itsensä valitsema luotettu henkilö. Vastaavasti valtuuttajan ja valtuutetun välinen luottamussuhde perustelee sitä, ettei valtuutetun toimintaa valvota samalla tavoin kuin edunvalvojan toimintaa.<sup>37</sup> Valtuutetulla on esimerkiksi velvollisuus antaa säännöllisesti tietoja holhousviranomaiselle ainoastaan, jos näin on valtakirjassa määrätty (EVVL 33.1 §).<sup>38</sup>

Edunvalvontavaltakirjan sisällön yksityiskohtaisuudesta oikeuskirjallisuudessa esitetyt näkemykset kuvastavat sekä ennakoimisen vaikeutta että itsemääräämisoikeuden ja luottamuksen välisen rajanvedon hankaluutta. Mitä ehtoja nykyisen minän tulisi asettaa valtuutetulle ja samalla tulevan minän tahdolle? Valtuuttaja voi itse valtakirjamääräysten lisäksi antaa valtuutetulle valtakirjan ulkopuolisia määräyksiä, toimiohjeita. Toimiohjeisiin ei sovelleta valtuutuksen muotovaatimuksia, eivätkä ne rajoita valtuutetun kelpoisuutta suhteessa kolmanteen. Ne kuitenkin rajoittavat valtuutetun toimivaltaa. Toimiohjeilla valtuuttaja voi esimerkiksi tarkentaa, kuinka haluaa asioitaan hoidettavan eli esimerkiksi sitä, missä järjestyksessä omaisuutta tulisi myydä tai minkälaista kauppahintaa valtuuttaja mahdollisesti pitää sopivana. Esimerkiksi *Antila* kirjoittaa, että edunvalvontavaltuutusta ei tulisi laatia erityisen yksityiskohtaiseksi, jotta asioiden joustava hoito ei vaarantuisi. *Antilan* käsityksen mukaan viittausta toimiohjeisiin ei tulisi myöskään ottaa varsinaiseen valtakirjaan, jotta ei syntyisi epäselvyyttä siitä, onko kysymys valtuutetun kelpoisuuden rajoituksista vai pelkistä toimiohjeista. Valtuuttajan etujen mukaista on tuskin myöskään se, että kaikki valtuutetulle annetut ohjeet ovat mahdollisen sopimuskumppanin tiedossa (esimerkiksi tavoiteltu kauppahinta).<sup>39</sup> *Mäki-Petäjä-Leinonen* ja *Välimäki* ovat samoilla linjoilla *Antilan* kanssa.<sup>40</sup> *Saarenpää* on sitä vastoin esittänyt,

36. Ks. tarkemmin *Mäki-Petäjä-Leinonen* 2013, s. 288–220.

37. HE 52/2006 vp, s. 11, 27.

38. Holhousviranomaisen voi kuitenkin poikkeuksellisesti pyytää valtuutettua antamaan tilin tehtävänsä hoitamisesta, jos siihen on syytä, vaikka valtakirjassa ei olisikaan asiasta määräystä (EVVL 33.2 §). Valtuutetun toimintaa voidaan välillisesti valvoa myös holhoustoimilain avulla. HolhTL 91 §:n mukaan edunvalvonnan tarpeessa ilmeisesti olevasta henkilöstä voidaan ilmoittaa myös mahdollisen vaihtolovelvollisuuden estämättä. Ks. HE 52/2006 vp, s. 11–12, 37.

39. Ks. *Antila* 2007, s. 95–96.

40. *Mäki-Petäjä-Leinonen* kuitenkin suosittelee, että toimiohjeet merkittäisiin edunvalvontavaltakirjaan, jos kysymys on henkilökohtaisten asioiden hoitamisesta. Ks. *Mäki-Petäjä-Leinonen* 2013, s. 203 ja *Välimäki* 2013, s. 234–235.

että edunvalvontavaltuutuksesta tulisi laatia mahdollisimman yksityiskohtainen, jotta se olisi tehokas ja käyttökelpoinen.<sup>41</sup>

Edunvalvontavaltuutuslain perusteella edunvalvontavaltuutuksen sisältö on valtuuttajan itsensä päätettävissä, jos valtuuttajalla on riittävä päätöksentekokyky antaa haluamansa määräykset. Siten valtuuttajan nykyisen minän itsemääräämisoikeus voi toteutua hyvinkin laajasti, jos hän edunvalvontavaltakirjassa yksityiskohtaisesti ilmaisee oman tahtonsa ja tällä tavoin myös asettaa valtuutetun kelpoisuudelle selvät rajat. Ongelmana on kuitenkin se, että ennakointi on vaikeaa ja valtuuttajan mieli ja olosuhteet voivat muuttua. Nykyisen minän on vaikeaa ennakoida tulevan minän tahtoa ja tarpeita. Oikeuskirjallisuudessa painotetun asioiden joustavan hoidon lisäksi myös mahdollisuus tulevan minän tahdon huomioon ottamiseen perustelisi siten valtuutetulle edunvalvontavaltakirjassa annettavaa laajaa kelpoisuutta ja esimerkiksi juuri valtakirjan ulkopuolisia ja löyhiä, ei-sitovia, toimiohjeita. Riskinä tällöin on toki se, että valtuutettu voi helpommin sivuuttaa valtuuttajan nykyisen minän tahdon.

## 4. Valtuutettu astuu kuvioihin ja alkaa toimia

### 4.1. Edunvalvontavaltuutuksen vahvistaminen

Nykyisen minän itsemääräämisoikeuden ollessa kysymyksessä edunvalvontavaltuutuslaissa on löydetty hyvä tasapaino itsemääräämisoikeuden ja vaihdannalle ensiarvoisen tärkeän ennakoitavuuden turvaamisen välillä. Valtuuttajalla on laajat oikeudet päättää valtuutetun kelpoisuudesta ja valtuutuksen sisällöstä sekä peruuttaa valtuutus. Edunvalvontavaltuutuslaki ja sen mahdollistamat tulkintavaihtoehdot vastaavat siten hyvin vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen vaatimukseen päätöksentekojärjestelmän tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta mutta toisaalta kunnioittavat oikeusjärjestelmän peruslähtökohtia. Tämä ei sinänsä ole mikään ihme, koska näissä vaiheissa valtuuttaja on luontaisesti vielä edunvalvontavaltuutusproessin keskiössä ja toimijana on päätöksentekokykyinen nykyinen minä. Edunvalvontavaltuutuksen vahvistamisen hakeminen ja viranomaisvahvistaminen tuovat edunvalvontavaltuutusprosessiin mukaan yhtäältä viranomaisarvioinnin ja toisaalta valtuutetun, joka hakee valtuutuksen vahvistamista ja alkaa viimeistään valtuutuksen vahvistami-

41. Ks. Ahti Saarenpää, *Henkilö- ja persoonallisuus oikeus*, s. 203–430 teoksessa Marja-Leena Niemi (toim.), *Oikeus tänään*. Osa II. Lapin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2015, s. 288.

sen jälkeen toimia valtuuttajan rinnalla. Tällöin vasta todella testataan se, kuinka valtuuttajan itsemääräämisoikeutta kunnioitetaan.

Edunvalvontavaltuutuksen voimaantumisen edellytyksenä on edunvalvontakynnyksen ylittyminen. Tämä tarkoittaa sitä, että valtuutettu ei ole enää kykenevä huolehtimaan niistä asioista, joita valtuutus koskee (EVVL 24.1 §). Valtuutetun tehtävänä on arvioida, milloin kynnys ylittyy ja valtuutuksen vahvistamista on tarpeellista hakea. Edunvalvontavaltuutuslaki edellyttää, että valtuuttajalle on valtuutusta vahvistettaessa varattava tilaisuus tulla kuulluksi, jos valtuuttaja ymmärtää asian merkityksen (EVVL 26 §). Valtuuttajan tahdon merkitystä valtuutuksen vahvistamisessa ilmentää korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu. Valtuuttajan tahtoa on arvioitava vasten valtuuttajan päätöksentekokykyä, ja tapauskohtainen harkinta on aikuisen itsemääräämisoikeuden toteuttamisen näkökulmasta tärkeää.

Asiassa KHO 18.9.2020/3692 valtuuttaja vastusti valtuutuksen vahvistamista, koska piti vahvistamista ennenaikaisena ja halusi peruuttaa valtuutuksen. Korkein hallinto-oikeus totesi, että valtuuttaja oli johdonmukaisesti vastustanut edunvalvontavaltuutuksen vahvistamista ja ilmoittanut kykenevänsä huolehtimaan taloudellisista asioistaan itse. Arvioitaessa edunvalvontavaltuutuksen vahvistamisen edellytyksiä yksinomaan valtuuttajan subjektiiviselle näkemykselle ei kuitenkaan voitu antaa ratkaisevaa merkitystä, vaan asiassa oli otettava huomioon myös muuta selvitystä valtuutetun toimintakyvystä. Korkein hallinto-oikeus katsoi, etteivät asiassa valtuuttajan oma näkemys ja hänen toimintakyvystään esitetty selvitys olleet ristiriidassa keskenään. Valtuutuksen vahvistamiselle ei siten ollut edellytyksiä.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu korostaa viranomaisvahvistuksen vaatimisen tärkeyttä. Valtuuttajan ja valtuutetun välisessä suhteessa voi tapahtua merkittäviä muutoksia, minkä vuoksi aiemmin annettu edunvalvontavaltuutus ei enää vastaa valtuuttajan tahtoa ja viranomaisarkintaa, jossa valtuuttajaa kuullaan, voi estää ei-toivottujen ratkaisujen syntymistä.<sup>42</sup> Edunvalvontavaltuutuslain ratkaisut nykyisen minän muuttuessa tulevaisuuden minäksi kunnioittavat siten varsin tehokkaalla tavalla valtuuttajan itsemääräämisoikeutta.

42. Viranomaisvahvistus on olennainen myös siksi, että valtuutus olisi käytännössä mahdollisimman tehokas. Tämä on ilmeistä, kun suomalaista edunvalvontavaltuutusta verrataan ruotsalaiseen framtidfullmaktiin, jota koskevan lain (lag om framtidfullmakter 2017:310) mukaisesti valtuutettu arvioi itsenäisesti, milloin valtuuttaja ei enää itse pysty huolehtimaan asioistaan ja valtuutettu on kelpoinen toimimaan valtuuttajan puolesta. Käytännössä esimerkiksi pankit eivät kuitenkaan ole hyväksyneet valtuutetun omaan ilmoitukseen perustuvaa kelpoisuutta. Ruotsissa paikalliset alioikeudet ovat siten enenevässä määrin antaneet valtuutuksia koskevia vahvistustuomioita. Ks. Proposition 2016:17:30 Framtidfullmakter – en ny form av ställföreträderskap för vuxna, s. 41–43 ja Margareta Brattström – Anna Singer, Framtidfullmakt, s. 37–52 teoksessa Marie Linton – Mosa Sayed (red.), Festskrift till Maarit Jänterä-Järborg. Iustus 2022, s. 48.

## 4.2. Edunvalvontavaltuutuksen käyttäminen

Edunvalvontavaltuutuslaissa tulevan minän itsemääräämisoikeus rakentuu nykyisen (menneen) minän päätöksille. Tulevaisuuden tarpeiden ennakointi on kuitenkin vaikeaa, minkä vuoksi erityisesti valtuutetun liian laaja tai suppea kelpoisuus voi aiheuttaa ongelmia. Tulevan minän itsemääräämisoikeus edunvalvontavaltuutusta käytettäessä ja siihen liittyvä problematiikka voidaan jossain määrin rinnastaa päämiehen ja edunvalvojan välisessä suhteessa ilmeneviin kysymyksiin.<sup>43</sup> Valtuuttajan (mennyt) nykyinen minä pystyy kuitenkin mahdollistamaan ja rajoittamaan valtuutetun toimintaa toisin kuin päämiehen (mennyt) nykyinen minä edunvalvojan toimintaa. Valtuuttajan ja valtuutetun välillä on aina myös luottamusuhde, joka usein perustuu läheissuhteeseen. Päämiehen ja edunvalvojan välillä voi olla läheissuhde, mutta edunvalvonnan perustana on julkisoikeudellinen suojele.

Edunvalvontavaltuutuslain mukaan valtuutetun tulee valtuuttajan puolesta toimiessaan pitää tunnollisesti huolta valtuuttajan oikeuksista ja edistää tämän parasta (EVVL 16.1 §).<sup>44</sup> Valtuutetun on aktiivisesti edistettävä valtuuttajan etua ja huolehdittava valtuuttajan asianhoidosta. Tällöin on otettava huomioon muun muassa valtuutuksen sisältö ja käsillä olevat olosuhteet. Valtuutetun on huolehdittava, että tehtyjen oikeustoimien ehdot ovat valtuuttajan edun mukaiset. Valtuutetun tehtävänä on valvoa, että sopimuskumppani noudattaa asianmukaisesti sopimusta. Valtuutettu ei voi jättäytyä passiiviseksi suhteessa valtuuttajan asiainhoitoon.<sup>45</sup> Edunvalvontavaltuutuslaissa asetetaan myös valtuutetulle kuulemisvelvoite. Ennen kuin valtuutettu tekee päätöksen tehtäviinsä kuuluvassa asiassa, hänen on tiedusteltava valtuuttajan mielipidettä, jos asiaa on tämän kannalta pidettävä tärkeänä ja kuuleminen voi tapahtua ilman huomattavaa hankaluutta (EVVL 16.2 §). Valtuutettu on vahingonkorvausvelvollinen suhteessa valtuuttajaan, jos valtuutettu ylittää toimivaltansa. Tällainen tilanne voi tulla kysymykseen esimerkiksi silloin, jos valtuutettu on kuullut valtuuttajaa mutta ei ole noudattanut valtuuttajan näkemystä (EVVL 23.1 §).<sup>46</sup>

Valtuutetulle asetetut huolellisuus- ja kuulemisvelvoitteet ovat sisällöltään samankaltaiset kuin holhoustoimilaisissa (ks. HolhTL 42 ja 43 §). Holhoustoimi-

43. Ks. esim. Mäki-Petäjä-Leinonen 2018 ja Aalto 2020. Ks. Johanna Tornberg, Ikääntyminen ja edunvalvonta kiinteistön vaihdannassa – käytännön ongelmatilanteita kirjaamisasioissa, s. 431–460 teoksessa Anna Mäki-Petäjä-Leinonen – Liisa Nieminen (toim.), Vanhuus ja oikeus. Lakimiesliiton Kustannus 2013, s. 445.

44. Antila 2009, s. 96–98.

45. HE 52/2006 vp, s. 26.

46. Vahingonkorvausvelvollisuuden käyttöalaa – ja erityisesti sen pelotevaikutusta – tosin heikentää huomattavasti se, että on epäselvää, millä kriteereillä toimivallan ylittämistä tulisi arvioida. Keinona reagoida valtuutetun toimintaan on edelleen valtuuttajan mahdollisuus perua valtuutus, jos hänellä on vielä peruuttamiseen riittävä päätöksentekokyky. Valtuuttajalta harvoin löytynee riittävää päätöksentekokykyä.

lain antaman esimerkin mukaisesti vaihdannan tarpeiden ja asioiden joustavan hoidon näkökulmasta on perusteltua painottaa huolellisuusvelvoitetta ja rajata kuulemisvelvoite tärkeimpiin asioihin. Valtuutetun aktiivinen rooli lienee myös useimmissa tapauksissa valtuuttajan tahdon ja mieltymysten mukaista, koska edunvalvontavaltuutus on juuri tätä tarkoitusta varten laadittu. Edunvalvontavaltuutuksen pitäisi kuitenkin olla aikuisen itsemääräämisoikeutta korostava vaihtoehto verrattuna holhoustoimilain mukaiseen edunvalvontaan.<sup>47</sup> On kyseenalaista, saavutetaanko tavoitetta, jos ja kun valtuutetun tulevan minän tahdon huomioon ottaminen rinnastuu edunvalvonnassa olevan päämiehen tahdon arvioimiseen.<sup>48</sup>

Tulevan minän itsemääräämisoikeuden kiteytyminen valtuutetun melko rajattuun velvollisuuteen tiedustella valtuuttajan mielipidettä ei myöskään vastanne kansainvälisen ihmisoikeussääntelyn asettamiin vaatimuksiin. Vammaisten henkilöiden oikeuksien komitea on nimittäin yleiskommentissaan korostanut, että oikeudellisen kelpoisuuden tukemisen on aina perustuttava ihmisen omaan tahtoon ja mieltymyksiin (will and preferences), ei hänen objektiiviseen etuunsa (the best interest). Jos ihmisen tahtoa ja mieltymyksiä ei voida määrittää, on pyrittävä parhaaseen mahdolliseen tulkintaan aikuisen ihmisen tahdosta ja mieltymyksistä.<sup>49</sup> Edelleen Euroopan neuvoston toimintarajoitteisten aikuisten suoje-lua koskevaa suositusta mukaillen myös edunvalvontavaltuutusta käytettäessä edellytetään suhteellisuutta ja tarvittavat toimenpiteet pitää pystyä räätälöimään yksittäistapauksen olosuhteisiin. Edunvalvontavaltuutuksen perusteella tehtävien päätösten tulee rajoittaa yksilön oikeuksia ja vapauksia mahdollisimman vähän.<sup>50</sup>

Edunvalvontavaltuutuksia koskevaa tutkimustietoa ei ole siitä, kuinka valtuutetut pyrkivät ja pystyvät ottamaan valtuuttajan oman päätöksentekohetken mielipiteen huomioon. Tulevan edunvalvojan määräämisen vaikutusta päämiehen itsemääräämisoikeuteen ja siihen, kuinka edunvalvoja ottaa päämiehen oman mielipiteen huomioon, on sitä vastoin hiljattain tutkittu. Mäki-Petäjä-Leinonen

47. Ks. HE 52/2006 vp, s. 9.

48. Ks. päämiehen oikeudesta osallistua asioidensa hoitoon esim. Johanna Tornberg – Matti Kuuliala, Suomen edunvalvontaoikeus. Talentum 2015, s. 396.

49. Vammaisten henkilöiden oikeuksien komitean yleiskommentti nro 1 (2014), artikla 12: Yhdenvertaisuus lain edessä, kohdat 21 ja 29. Käsitteellä will and preferences on mm. haluttu tehdä ero lasten ja aikuisten suojelun välille. Käsite best interest of adult on viitannut paternalistisen suojelun paradigmaan, jossa joku muu kuin aikuinen ihminen itse määrittelee, mikä on ihmiselle itselleen parhaaksi. Suomalaisella päämiehen edun käsitteellä ei kaikilta osin ole samaa painolastia kuin best interest of adult -käsitteellä. Kuitenkin hiljattain julkaistussa edunvalvontavaltuutuslain käännöksessä on käytetty best interest -käsitettä, kun viitataan huolellisuusvelvoitteeseen. Käännös on varsin onneton, kun huomioidaan englanninkielisen käsitteen merkitysisältö.

50. Ks. Committee of Ministers: Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults.

on haastatellut yleisiä edunvalvojia. Päämiehen mielipiteen kuunteleminen ja huomioon ottaminen ovat tosiasiaissa olleet – vaikka ne ovatkin lakiin perustuvia velvollisuuksia – edunvalvojan harkinnassa.<sup>51</sup> Myös *Leilas* on tehnyt samansuuntaisia huomioita yleisen edunvalvojan työssään.<sup>52</sup> Edunvalvontavaltuutetun toiminta on samankaltaista kuin edunvalvojan toiminta, minkä vuoksi valtuuttajan tahdon toteutumiseen liittyvät ongelmat ovat mahdollisia myös edunvalvontavaltuutuslain soveltamisalalla. Niitä tosin vähentävät aikuisen itsensä ennakolta määrittelemät kelpoisuuden ja toimivallan rajat – jos nämä on onnistuttu aikoinaan kirjaamaan ylös riittävän ennakoivasti ja yksityiskohtaisesti – sekä valtuutuksen perustuminen valtuuttajan ja valtuutetun väliseen usein läheiseen ja luottamukselliseen suhteeseen.

## 5. Nykyisen (menneen) minän ja valtuutetun armoilla?

### 5.1. Erilaiset päätöksentekotilanteet ja tulevan minän monitahoinen tahto

Kansainvälinen ihmisoikeussääntely edellyttäisi, että edunvalvontavaltuutuslaista ilmenisi selvemmin valtuutetun velvollisuus, ja tässä luvussa perustelulla tavalla myös kelpoisuus, ottaa huomioon valtuuttajan nykyisen (menneen) minän tahdon lisäksi myös valtuuttajan tulevan minän tahto. Miten ja missä tapauksissa näin tulisi käytännössä toimia, on erittäin vaikea kysymys vastattavaksi. Tulevan minän itsemääräämisoikeuden suppeutta tai laajuutta joudutaan arvioimaan useiden erilaisten tekijöiden kannalta. Näitä ovat ajan kuluminen valtuutuksen antamisen ja käyttämisen välillä, oikeus antaa muiden hoitaa asioita valtuutuksella, oikeus muuttaa mieltään ja tehdä epärationaalisia päätöksiä sekä kolmannen osapuolen ja vaihdannan tarpeiden suojaaminen. Tulevan minän päätöksentekokyky harvoin on myöskään sillä tavalla yksiselitteinen, että sitä objektiivisesti arvioiden joko on tai ei ole.<sup>53</sup> Kysymystä valtuuttajan tulevan minän ja nykyisen (menneen) minän itsemääräämisoikeudesta on jäsennellävä suhteessa erilaisiin päätöksentekotilanteisiin, joissa valtuutettu toimii valtuuttajan rinnalla tai puolesta. Sitä on tarkasteltava myös suhteessa valtuutetun ja sopimuskumppanin

51. Maija Aalto-Heinilä – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Päämiehen itsemääräämisoikeuden tukeminen: filosofisesta ideaalista käytännön edunvalvontatyön tarkasteluun, s. 215–241 teoksessa Katja Weckström – Matti Ilmari Niemi – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen – Joonas Huuhtanen (toim.), *Modernit perhesuhteet ja oikeus*. Alma Talent 2021, s. 220.

52. Tapio Leilas, Yleisen edunvalvojan havainnot päämiehen itsemääräämisoikeudesta. *Defensor Legis* 1/2019, s. 69–76, 74–75.

53. Ks. esim. Aalto-Heinilä – Mäki-Petäjä-Leinonen 2021, s. 228–231.

mahdollisiin velvollisuuksiin, koska viime kädessä edunvalvontavaltuutuksella on vaihdantaa mahdollistava tehtävä.

Edunvalvontavaltuutusta käytetään hyvin monenlaisissa tilanteissa. Ainakin seuraavan kaltaisia päätöksenteon tyyppitilanteita voi tulla eteen:

1) Valtuuttaja ei ole millään lailla ”päätöksentekokykyinen” tai ei pysty ilmaisemaan mielipidettään, ja valtuutettu toimii yksin.

2) Valtuuttajalla on jäljellä tervettä päätöksentekokykyä, ja a) valtuutettu ja valtuuttaja toimivat yhdessä hyvässä yhteisymmärryksessä, b) valtuutettu toimii yksin tai on eri mieltä valtuuttajan kanssa, c) valtuuttajan (mennyt) nykyinen minä ja tuleva minä ovat eri mieltä.

Näennäisesti yksinkertaisinta on, jos valtuuttajalla ei ole enää lainkaan päätöksentekokykyä ja hän ei pysty ilmaisemaan mielipidettään. Tällainen tilanne on selvimmin käsillä, jos valtuuttaja on vaikkapa koomassa. Tällöin on periaatteessa selvää, että valtuutetun on toimittava nykyisen (menneen) minän antaman kelpoisuuden ja ohjeiden pohjalta yksin. Vaikeita tilanteita saattaa tosin tällöinkin tulla eteen, jos ohjeet eivät vastaa sitä, mitä valtuutetun ymmärryksen mukaan valtuuttajan tahto ja mieltymykset tosiasiallisesti olisivat päätöksentekohetken olosuhteissa.

Päätöksentekotilanteet voivat olla hyvin erilaisia silloin, kun valtuuttajalla on selvästi ja objektiivisesti arvioiden tervettä tahtoa jäljellä. Yksinkertaista on ainakin se, jos valtuuttaja vapaasta tahdostaan jättäytyy pois asiainhoidosta. Ongelmia tuskin aiheutuu silloinkaan, jos valtuuttaja ja valtuutettu tekevät yhdessä päätöksiä, jos he ovat asiainhoidosta yhtä mieltä ja varsinkin jos valtuuttajan (mennyt) nykyinen minä ja tuleva minä ovat yksimielisiä. Edelleen tervettä tahtoa omaavalla valtuuttajalla pitäisi niin toivoessaan olla täysi oikeus toimia yksin ja itsenäisesti.<sup>54</sup> Valtuutetun ei myöskään pitäisi voida toimia yksin ja itsenäisesti, jos valtuuttajalla on tervettä tahtoa jäljellä ja jos valtuuttaja haluaa asioidensa hoitoon osallistua.

Kiperiä tilanteita voi aiheutua, jos valtuuttaja ja valtuutettu ovat eri mieltä tai valtuuttajan (mennyt) nykyinen minä ja tuleva minä ovat eri mieltä. Tällainen tilanne on valtuutetulle hankala, koska yhtäältä hänen tulisi kunnioittaa valtuuttajan tulevan minän tahtoa mutta toisaalta ottaa huomioon (menneen) nykyisen minän tahto, jonka nykyinen minä on juuri päätöksentekokyvyn heikentymisen varalta kirjannut ylös. Yhtäältä valtuuttajalla pitäisi kuitenkin olla myös oikeus muuttaa mieltänsä tai tehdä epärationaalisia päätöksiä vastaavalla tavalla kuin täysin päätöksentekokykyisiksi katsottavat ihmiset tekevät.<sup>55</sup> Edelleen ihmisen

54. Käytännössä näissä tilanteissa ongelmaksi muodostuu myös se, että valtuuttajan sopimuskumppani (tyypillisesti pankki) kieltäytyy toimimasta itsenäisesti asioivan valtuuttajan kanssa.

55. Oikeutta tehdä epärationaalisia päätöksiä ja aihetta koskevaa kansainvälistä kirjallisuutta on tarkastellut aiemmin Mäki-Petäjä-Leinonen. Ks. Mäki-Petäjä-Leinonen 2018, s. 5–6.

olosuhteet ja läheissuhteet voivat muuttua, eikä heikentynyt päätöksentekokelpoisuus automaattisesti tarkoita sitä, että ihmisellä itsellään ei olisi tässä asiassa minkäänlaista ymmärrystä tai merkityksellistä mielipidettä. Toisaalta tuskin olisi valtuuttajan omankaan edun mukaista, jos valtuutettu ei voisi tehdä sitovia oikeustoimia, vaikka tämä tapahtuisi vastoin vielä päätöksentekokykyä omaavan valtuuttajan tahtoa. Tällöin valtuutetun asiat ja omaisuus voisivat jäädä asianmukaisella tavalla hoitamatta, koska olisi vaikeaa esimerkiksi löytää sopimuskumppania, joka olisi valmis ottamaan oikeustoimen pätevyyyteen liittyviä riskejä tai joka olisi valmis asian selvittämiseksi tarpeellisiin jälkitoimiin.<sup>56</sup>

## 5.2. Valtuuttajan kelpoisuus ja tulevan minän tahto

Edunvalvontavaltuutuksen perusteella tehtyjen oikeustoimien sitovuus on vastaava kuin holhoustoilain mukaisen edunvalvojan ja oikeustoilain mukaisen tavanomaisen valtuutetun tekemien oikeustoimien sitovuus.<sup>57</sup> Valtuuttaja tulee suhteessaan kolmanteen henkilöön välittömästi oikeutetuksi ja veloitetuksi oikeustoimen perusteella, jos valtuutetulla on ollut kelpoisuus oikeustoimeen (EVVL 14 §). Sitä vastoin valtuuttajaa ei sido oikeustoimi, jonka tekemiseen valtuutetulla ei ollut kelpoisuutta (EVVL 15.1 §). Tämä sinänsä yksiselitteinen ja kiistämätön lähtökohta herättää monenlaisia kiinnostavia kysymyksiä, kun sitä arvioidaan suhteessa valtuuttajan tulevan minän tahtoon.

Valtuutetun kelpoisuus on sidottu valtakirjan määräyksiin. Entä jos tulevan minän tahto on ristiriidassa menneen minän tahdon kanssa? Mitä nykyisen (menneen) minän ja tulevan minän tahtojen ristiriidan pitäisi tarkoittaa valtuutetun kelpoisuuden ja oikeustoimen sitovuuden näkökulmasta? Tämä riippunee erityisesti valtakirjan määräyksistä. Valtuuttajan tulevaa minää ei kuitenkaan pitäisi voida täysin sivuuttaa. Yhtenä tärkeänä kriteerinä voitaneen jälleen viitata valtuutetun elämäntarinan kirjoittamiseen. Valtuuttajalla tulisi olla oma tosiasiallinen kelpoisuuden piiri, joka on kaikissa olosuhteissa riittävän ja sopivan laaja.

On mahdollista, että valtuutettu vastustaa tai puoltaa kiistanalaista oikeustoimea. Ensinnäkin voidaan ajatella tilannetta, jossa valtuutetulla olisi kelpoisuus valtuuttajan tulevan minän tahdon toteuttamiseen, mutta valtuutettu pitää oikeustoimea valtuuttajan edun vastaisena. Voidaan ajatella, että tällaisessa tilanteessa huolellisuusveloitteeseen ja edunvastaisuuteen vetoaminen olisi pysyttävä perustelevaan suhteessa valtuuttajan elämäntarinaan, jotta valtuuttajan tahto ja mieltymykset tulisivat vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopi-

56. Ks. Antti Kolehmainen, Edunvalvojan edustusvalta ja päämiehen itsemääräämisoikeus. Lakimies 3–4/2019, s. 289–312, 303–305.

57. Ks. Helin 2001.



muksen edellyttämällä tavalla päätöksenteossa huomioiduksi. Esimerkiksi pelkästään valtuutetun subjektiivinen näkemys oikeustoimen edunvastaisuudesta ei voi olla ratkaiseva.<sup>58</sup> Oikeustoimi voinee siten olla sinänsä objektiivisesti arvioiden jopa järjetön, mutta sitä voitaneen perustella, jos se asettuu luontevasti osaksi valtuuttajan elämäntarinaa.

Tulevan minän hetkellinen tahto toimia tietyllä tavalla ei kuitenkaan voi olla ratkaiseva. Valtuuttajan tahtoa ja mieltymyksiä on sitä vastoin arvioitava siitä näkökulmasta, miten valtuuttaja voi elää itsensä näköistä elämää ja kirjoittaa itse omaa elämäntarinaansa – yhdenvertaisesti muiden kanssa. Valtuutetun tehtävänä on tällöin edistää valtuuttajan parasta ja valtuuttajan tahdon toteutumista pitkäjänteisesti, jotta valtuutettu voi elää itsensä näköistä elämää ja jotta varoja käytetään nimenomaan tällaisen elämän mahdollistamiseen. Kärjistäen voidaan ajatella, että jos valtuuttaja haluaisi käyttää yhtäkkiä kaikki varansa ostamalla kalliin auton ja seurauksena olisi se, että hänellä ei olisi enää jatkossa varaa ostaa niitä hyvinvointipalveluja (esimerkiksi kampaaja, hieroja, liikunta- ja kulttuuripalvelut), jotka ovat selvästi tuottaneet hänelle mielihyvää ja parantaneet hänen elämänlaatuaan, ei auton ostaminen todennäköisesti palvelisi valtuuttajan elämäntarinan kirjoittamista. Sitä vastoin jos valtuuttaja on aina pitänyt autoista eikä auton ostaminen vaikuttaisi hänen muuhun elämäänsä, valtuuttajan elämäntarinaa auton ostaminen voisi sopia ja oikeustoimi voisi olla perusteltu.

Toiseksi esiin voi tulla tilanne, jossa valtuutettu ja valtuuttajan tuleva minä ovat samaa mieltä mutta jossa valtuutetulla ei ole kelpoisuutta tai toimivaltaa valtuutetun tahdon toteuttamiseen. Valtuuttajan (mennyt) nykyinen minä on joko jättänyt käsillä olevan tilanteen huomioimatta tai nyt toivottu oikeustoimi on valtuuttajan nykyisen (menneen) minän tahdon vastainen. Entä jos valtuuttaja on pyrkinyt esimerkiksi toimiohjeilla estämään kaikki edellä mainitun autonoston kaltaiset epärationaaliset teot? Valtuuttajan (mennyt) nykyinen minä on nimittäin kenties ajatellut, että haluaa jättää varoja puolisolleen tai lapselleen, mutta puoliso tai lapsi on menehtynyt tai valtuuttajan ja läheisen välit ovat merkittävästi viilentyneet aiemmasta. Valtuuttajan varallisuusasema on myös saattanut ennakoimattomasti parantua esimerkiksi perinnön, yrityskaupan tai vaikkapa veikkausvoiton vuoksi.

Valtuutetun puuttuvasta kelpoisuudesta voi puolestaan tulla ongelma esimerkiksi sellaisessa tapauksessa, että valtuuttajalle on syntynyt lapsi edunvalvontavaltuutuksen laatimisen jälkeen. Valtuuttaja on elatusvelvollinen lapseensa nähden, mutta edunvalvontavaltakirjassa ei ole otettu lasta huomioon eikä siten ole varauduttu normaalin elatuksen ylittäviin kuluihin. Valtuuttaja on esimerkiksi saattanut aina arvostaa lasten kielitaitoa tai motocrossharrastusta, ja on todennäköistä, että hän haluaisi maksaa lapsensa kielikurssit ulkomailla tai kalliin

58. Ks. Aalto-Heinilä – Mäki-Petäjä-Leinonen 2021, s. 239.

harrastuksen kulut.<sup>59</sup> Oikeustoimilain yleiseen edustamiseen ja holhoustoimilain mukaiseen suojeluun perustuva edunvalvontavaltuutuslaki ei tämänkaltaista valtuutetun tulevan tahdon ja muuttuneiden olosuhteiden huomioon ottamista tue.<sup>60</sup>

Riippuen tilanteesta valtuutetulla ei voi olla kelpoisuutta tai toimivaltaa, jos valtuutuksen on antanut oikeustoimea vastustanut (mennyt) nykyinen minä tai käsillä olevaa tilannetta ei ole onnistuttu riittävällä tavalla ennakoimaan tai yksilöimään. Edunvalvontavaltuuksia ei myöskään välttämättä päivitetä, vaikka valtuuttajan olosuhteet merkittävästi muuttuisivat aiemmasta. On kysyttävä, pitäisikö valtuutetulla olla mahdollisuus ilman pelkoa oikeustoimen peruuttamisesta tai vahingonkorvausvastuusta pystyä toimimaan jossain määrin vastoin edunvalvontavaltuutuksen määräyksiä, jos valtuuttajan tulevan minän tahto tai oletettu tahto ja mieltymykset tätä päätöksentekohetken olosuhteissa puoltaisivat. Valtuuttaja on nimittäin itse valinnut valtuutetun ja luottanut siihen, että tämä pystyy ja osaa toimia ikään kuin valtuuttajan itsemääräämisoikeuden jatkeena. Kelpoisuuden tai toimivallan laajentaminen olisi yksityisoikeuden peruslähtökohtien valossa melko radikaali ajatus. Se myös vaatisi ainakin jossain määrin edunvalvontavaltuutuksen sekä tavanomaisen valtuutuksen ja holhoustoimilain mukaisen edustamisen kohtalonyhteyden katkaisemista. Pitäisikö edunvalvontavaltuutukseen perustuvan edustamisen kuitenkin erityispiirteidensä vuoksi olla pohjimmiltaan täysin rinnastettavissa tavanomaiseen valtuutukseen perustuvaan edustamiseen? Asiassa tulee tulevan minän itsemääräämisoikeuden lisäksi arvioida vammaisen ihmisen yhdenvertaista markkinatoimijuutta ja vaihdannan tarpeita: markkinoiden ennakoitavuutta ja kolmannen osapuolen suojaa. Mitä valtuuttajan kelpoisuuden tai toimivallan laajentaminen tarkoittaisi esimerkiksi sopimuskumppanin selonottovelvollisuuden näkökulmasta?

### 5.3. Sopimuskumppanin velvollisuudet ja vaihdannan tarpeet

Sopimuskumppania ja kysymystä sopimuskumppanin oikeuksista ja velvollisuuksista ei voida sivuuttaa, kun tarkastellaan edunvalvontavaltuutusta ja valtuuttajan itsemääräämisoikeutta. Vilpittömän mielen suoja ei anneta vilpil-

59. Yksi kysymys toki on, kuka valtuutetun kelpoisuuden tai toimivallan ylitykseen puuttuu. Digija väestötietovirasto voi ryhtyä asiassa toimiin esimerkiksi pankin ilmoituksesta. Myös läheiset saattavat tehdä ilmoituksia, jos esimerkiksi valtuuttajan lapset ovat riitaisia. Mäki-Petäjä-Leinonen puolestaan toteaa, että kelpoisuuden ylityksestä johtuvaan pätemättömyyteen voi vedota mahdollinen tuleva edunvalvoja. Ks. Mäki-Petäjä-Leinonen 2013, s. 206.

60. Tätä kuvastaa hyvin esimerkiksi lahjojen yksilöintivaatimus (EVVL 18.2 §): Jos edunvalvontavaltakirjan mukaan valtuutettu voi antaa tietynsisältöisiä lahjoja valtuuttajan puolesta valtuuttajan lapsille, ei valtuutettu voi antaa niitä valtuuttajan lapsenlapsille, vaikka valtuuttajan tuleva minä näin toivoisi.

lisessä mielessä toimineelle sopimuskumppanille (OikTL 11 §). Mahdollinen sopimuskumppani arvioi edunvalvontavaltakirjan perusteella valtuutetun kelpoisuuden ryhtyä käsillä olevaan oikeustoimeen valtuuttajan puolesta. Hän ei siis periaatteessa voi olla tietämätön valtuutetun puuttuvasta kelpoisuudesta. Vilpittömän mielen suojaa sopimuskumppanille annetaan siten ainoastaan suhteessa valtuutetun toimivaltaan. EVVL 15.2 §: ”Jos valtuutettu tehdessään oikeustoimen on toiminut vastoin valtuuttajan hänelle antamia ohjeita, oikeustoimi ei sido valtuuttajaa, jos kolmas henkilö tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää, että valtuutettu ylitti toimivaltansa.”<sup>61</sup> On kysyttävä, tarkoitetaanko (menneen) nykyisen minän antamia ohjeita vai tulevan minän antamia ohjeita. Entä onko sopimuskumppanilla jonkinlainen selonottovelvollisuus valtuuttajan tahdosta? Edunvalvontavaltuutuslain esitöiden ja oikeuskirjallisuuden perusteella vaikuttaa siltä, että ainakaan tulevan minän tahdosta selonottovelvollisuutta ei ole ja myös velvollisuus ottaa selvää nykyisen (menneen) minän tahdosta on varsin kyseenalainen.

Edunvalvontavaltuutuslakia laadittaessa on tässä yhteydessä ajateltu lähinnä nykyisen (menneen) minän antamia ohjeita mutta ei ole pohdittu sitä, mikä on tulevan minän antamien ohjeiden merkitys. Lain esitöissä asiaa ei ole tarkasteltu suoraan suhteessa sopimuskumppaniin, mutta tähän viittaa yhtäältä edunvalvontavaltuutuksen ennakoiva painotus ja toisaalta myös hallituksen esityksen esimerkki valtuutetun toimivallan ylityksestä. Valtuutettu ylittää toimivaltansa, jos hän ei noudata esimerkiksi kiinteistön kaupassa valtuuttajan vielä oikeustoimikelpoisena antamaa ohjetta vähimmäiskauppahinnasta.<sup>62</sup> Myös oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että sopimuskumppanilla ei liene selonottovelvollisuutta valtuuttajan tahdosta tai tämän antamista ohjeista, jos niihin ei ole suoraan viitattu edunvalvontavaltakirjassa.<sup>63</sup>

*Helin* kirjoittaa sopimuskumppanin selonottovelvollisuudesta, joka koskee edunvalvojan tekemiä oikeustoimia. Hänen mukaansa sopimuskumppanin selonottovelvollisuus on ymmärrettävä tavalla, joka antaa päämiehelle suojaa edunvalvojan ja ostajan vilpillistä menettelyä vastaan mutta joka ei kuitenkaan aiheuta ostajalle kohtuuttomia sopimusriskejä. Ostajan on voitava luottaa edunvalvojan antamaan ja uskottavalta vaikuttavaan selvitykseen myynnin tarpeellisuudesta. On tärkeää, että edunvalvojan tehtävää ei vaikeuteta olennaisesti, jotta omaisuutta ei jouduta myymään alihintaan eikä tarpeellinen omaisuuden myynti esty oikeustoimeen liittyvien sitomattomuusriskien vuoksi.<sup>64</sup> Myöskään vahingonkorvausoikeudellisen kirjallisuuden mukaan sopimuskumppanilla ei ole erityistä huolellisuusvelvollisuutta, joka koskee sopimuskumppanin toisia

61. Vrt. holhoustoimilain 36 § ja oikeustoimilain 11 §.

62. HE 52/2006 vp, s. 25.

63. Antila 2009, s. 95–96. Ks. myös Mäki-Petäjä-Leinonen 2013, s. 204–205.

64. Helin 2011, s. 1082.

sopimuskumppaneita<sup>65</sup>, joihin valtuuttaja voitaneen tässä yhteydessä lukea. Edelleen on huomattava, että sopimuskumppanille voi olla vaikeaa tai käytännössä mahdotonta selvittää, onko tulevan minän tahto tervettä tahtoa.<sup>66</sup>

Sopimuskumppanin selonottovelvollisuuden ymmärtäminen Helinin esittämällä tavalla niin, että suojataan vilpillistä menettelyä vastaan mutta ei aiheuteta kohtuuttomia sopimusriskejä, lienee kuitenkin joissain tapauksissa toteutettavissa, vaikka valtuuttajan (menneen) nykyisen minän valtakirjassa ilmoittamatonta tahtoa tai nykyinen tahto otettaisiin huomioon. Kuvitellaan, että auto-liike on myymässä tehokasta moottoripyörää valtuuttajalle. Myyjäliike ei ole koskaan myynyt tämältyypistä kalustoa yli 80-vuotiaalle asiakkaalle. Onko niin, että minkäänlaista kevyttäkään selonottovelvollisuutta ei voida vaatia edes sellaisissa tilanteissa, joissa ei ole erityinen kiire, joissa on kysymys tavanomaista suuremmasta taloudellisesta intressistä ja joissa niin sanottu arkijärki ei millään lailla tue oikeustoimea? Kohtuullinen selonottovelvollisuus voisi tarkoittaa tässä tilanteessa esimerkiksi sitä, että myyjäliike pyytäisi valtuutettua esittämään lyhyen perustellun selvityksen siitä, mihin käyttöön moottoripyörä on tulossa. Ja onhan siis täysin mahdollista, että valtuuttaja on aina ollut suuri moottoripyörien ystävä ja haluaa nyt ihailua uutta moottoripyörää autotallissaan, vaikka ei enää sillä pystyisi itse ajamaan. Moottoripyörän ostaminen voi siis tällöin selvästi olla osa valtuuttajan elämäntarinaa.

Valtuutetun mahdollisimman yksiselitteinen kelpoisuus sekä sopimuskumppanin vilpittömän mielen suoja ja rajattu selonottovelvollisuus ovat edellytyksenä vammaisen ihmisen yhdenvertaiselle markkinatoimijuudelle ja omaisuuden suojalle, joita kansainväliset ihmisoikeudet edellyttävät itsemääräämisoikeuden ohella. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklan mukaan jokaisella on oikeus nauttia omaisuudestaan. Vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen 12 artiklan 5 kappale velvoittaa sopimusvaltioita varmistamaan muun muassa vammaisten ihmisten yhdenvertaisen oikeuden omistaa tai periä omaisuutta, hoitaa taloudellisia asioitaan ja saada yhdenvertaisesti pankkilainoja, kiinnityksiä ja muita luottoja.

Ihmisoikeuksien toteutumisen ja oikeusjärjestelmän toiminnan kannalta on tärkeää, että myös vammaisen ihminen on perustellusti yhdenvertainen markkinatoimija vammattoman ihmisen kanssa. On kuitenkin rehellistä nostaa esiin kysymys siitä, liittyykö ja missä määrin vammaisen ihmisen samanlaiseen kohteluun välillisen syrjinnän riski. Yhtäältä vammaisella ihmisellä ei ole samantaisia edellytyksiä arvioida omaa etuaan tai valtuutetun toimintaa kuin vammattomalla ihmisellä. Toisaalta edunvalvontavaltuutuslaki ei juuri tue tulevan minän itsemääräämisoikeutta. Voidaanko ja miten voidaan välillisen syrjinnän mahdollisuus ottaa huomioon, kun arvioidaan esimerkiksi juuri edunvalvonta-

65. Ks. Mia Hoffrén, Tieto ja sivullissuoja. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 58.

66. Kolehmainen 2019, s. 302.

valtuutukseen perustuvaa edustamista? Tämä on erittäin vaikea kysymys, johon puuttuminen on ongelmallista, koska välilliseen syrjintään olisi lähes mahdollonta puuttua laajentamatta valtuutetun kelpoisuutta yli valtakirjassa asetettujen rajojen taikka kajoamatta kolmannen osapuolen suojaan selonottovelvollisuutta laajentamalla. Nämä toimet puolestaan todennäköisesti johtaisivat suoraan syrjintään, koska vammaisen ihminen ei kenties saisi riittävää ja tarvittavaa suojaa markkinoilla. Myös vammaisen ihmisen yhdenvertainen markkinatoimijuus voisi tosiasiallisesti vaarantua, koska oikeustoimiin saattaisi liittyä ennakoimattomia riskejä ja vammaisen ihmisen kanssa oikeustoimiin ryhtymistä saatettaisiin alkaa välttää. Tällöin valtuuttajan itsemääräämisoikeuden suojaaminen voisi kääntyä valtuuttajaa itseään vastaan.<sup>67</sup>

## 6. Lopuksi

Edunvalvontavaltuutusta koskeva ongelmakenttä kuvaa hyvin sitä, kuinka vaikeaa henkilökohtaisten pitkäaikaisten yksilöllisten suhteiden oikeudellinen käsittely on.<sup>68</sup> Valtuuttajan on tarkasti harkittava sitä, kenen antaa ja millä ehdoilla toimia tulevaisuudessa tuolloin jo menneen nykyisen minän valintojen pohjalta. Valtuutettu puolestaan joutuu tekemään päätöksiä toisen ihmisen menneen tahdon pohjalta tai tämän tulevan minän ja (menneen) nykyisen minän ristiriitaisissa tilanteissa. Valtuutettu joutuu päättämään, miten valtuuttajan itsemääräämisoikeutta toteutetaan esimerkiksi silloin, kun valtuuttaja on muuttanut mielensä tai edunvalvontavaltuutus ei anna riittävän täsmällisiä ohjeita.

Edunvalvontavaltuutuslaki itsessään vastaa hyvin nykyisen minän itsemääräämisoikeudelle asetettaviin edellytyksiin. Valtuuttajalle on annettu laajat oikeudet määrätä muun muassa valtuutuksen antamisesta, valtuutetun henkilöstä, valtuutuksen sisällöstä ja valtuutuksen peruuttamisesta. Myös joustava suhtautuminen valtuuttajan toimintakelpoisuuteen on tärkeää, jotta edunvalvontavaltuutus olisi mahdollisimman monen ihmisen käytettävissä. Nykyinen minä voi turvata tulevan minän asioidenhoitoa myös käyttämällä erilaisia lainsäädännön mahdollistamia suojakeinoja (muun muassa tietyt oikeustoimet edellyttävät viranomaislupaa) sekä antamalla valtuutetulle toimiohjeita tehtävän hoitoa varten. Epätäydellisessä maailmassa nykyisen minän on kuitenkin vaikea ennakoita tulevaisuutta ja täydellistä kaikki tilanteet huomioon ottavaa valtakirjaa on mahdotonta laatia ennakolta.

67. Vrt. päämiehen itsemääräämisoikeuden suojaaminen Kolehmainen 2019, s. 303.

68. Ks. Soile Pohjonen, Pari- ja liikesuhteet. Lakimies 6/2000, s. 884–901.

Kuulemis- ja huolellisuusvelvoite ja valtuuttajan kelpoisuudelle asetetut lainsäädännölliset rajat eivät ota huomioon valtuuttajan tulevan tahdon ja mieltymysten toteutumista. Laki ei siten tältä osin vastanne vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen asettamiin vaatimuksiin. Tulevan minän oikeus tulla kuulluksi ja tämän tahdon huomioon ottaminen tulisi muotoilla lainsäädännössä vahvemmin, vaikka monissa tapauksissa nykyisen (menneen) terveen minän tahdon priorisointi lienee perusteltua. Miten tulevan minän tahdon huomioon ottaminen käytännössä toteutettaisiin, on erittäin vaikea kysymys. Sekä valtuuttajaa että vaihdannan vaatimaa ennakoitavuutta turvaa se, että valtuutettu ei voi ylittää kelpoisuuttaan ja kelpoisuuden on nykyinen (mennyt) minä edunvalvontavaltakirjassa määrännyt (EVVL 15.1 §). Voidaan kuitenkin kysyä, pitäisikö valtuutetulla olla mahdollisuus ilman pelkoa oikeustoimen peruuntumisesta tai vahingonkorvausvastuusta pystyä toimimaan jossain määrin vastoin edunvalvontavaltuutuksen määräyksiä, jos valtuuttajan tulevan minän tahto tai oletettu tahto ja mieltymykset tätä päätöksentekohetken olosuhteissa puoltaisivat.

Nykyisen minän ja tulevan minän välinen jännite valikoitui tämän artikkelin keskeiseksi teemaksi, sillä se kuvastaa hyvin sitä yleisempää oikeusjärjestelmätason problematiikkaa, joka vaikeuttaa vammaisten ihmisten tuomista kohti päätöksentekojärjestelmän keskiötä ja holhousoikeudellisen ulkoistetun päätöksenteon purkamista. Kysymys on tasapainoilusta tilannekohtaisen herkkyyden ja ennakoitavuuden välillä sekä siitä, tulisiko kolmannen suojaan jollain tavalla puuttua vammaisen ihmisen itsemääräämisoikeuden varmistamiseksi. Vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen peräänkuuluttamaa yhdenvertaisen päätöksenteon ideaalia lienee mahdotonta oikeustodellisuudessa täysimääräisesti toteuttaa. Edunvalvontavaltuutuslain toimivuuden ja mahdollisten muutostarpeiden arviointi olisi kuitenkin paikallaan, koska vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimus edellyttää nykyisen minän tahdon kunnioittamisen lisäksi myös valtuuttajan tulevan minän tahdon huomioon ottamista. Suomessa ei ole myöskään kokonaisvaltaisesti arvioitu sitä, mitä yhdenvertainen päätöksenteko tosiasiallisesti tarkoittaa. Kysymys on tällöin viime kädessä koko sopimusperusteisen päätöksentekojärjestelmän perkaamisesta siitä näkökulmasta, miten mahdollistetaan entistä laajemman ihmisjoukon tuominen päätöksentekojärjestelmän keskiöön mutta kuitenkin samalla turvataan vaihdannan tarpeet ja yhdenvertainen markkinatoimijuus.

## **Current me, future me and the Act on Continuing Power of Attorney**

KATJA KARJALAINEN, LL.D., Title of Docent, University Lecturer, University of Eastern Finland

The article assesses how the law on continuing powers of attorney has succeeded in supporting the right to self-determination of people with disabilities and promoting equal decision-making. Does the law meet the requirements of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities? The article understands the continuing power of attorney (CPA) as a legal institution built on the right to self-determination, trust and the need for protection, and outlines the process leading to representation under the CPA. The right to self-determination is scrutinised by distinguishing the self-determination of the present me and the self-determination of the future me. The article shows that the right to self-determination of the present me is well established in the law, but it is questionable whether the law supports the right to self-determination of the future me. The article highlights that it is a difficult task to create an equal and accessible decision-making system, but at the same time respect basic premises of private law.

# Osakeyhtiöoikeudelliset sisaryhtiösulautumisen toteuttamistavat

**HAKUSANAT:** fuusiot, osakeyhtiöt, yhtiöoikeus, yritysjärjestelyt

## 1. Johdanto

Sisaryhtiösulautuminen on yksi osakeyhtiölain (624/2006, OYL) 16 luvussa tarkoitetuista sulautumistavoista. Sisaryhtiösulautumista koskevia säännöksiä ei ollut aikaisemmin osakeyhtiölaissa, vaan järjestely toteutettiin absorptiosulautumista<sup>1</sup> eli niin sanottua tavallista sulautumista koskevia säännöksiä noudattaen.<sup>2</sup> Tämän vuoden alussa OYL 16 luvun 2 §:n 2 momenttiin (1337/2022) lisättiin sisaryhtiösulautumista koskevat säännökset. Lisäys perustuu yhtiödirektiivin (EU) 2017/1132<sup>3</sup> muuttamisesta annettuun direktiiviin (EU) 2019/2121<sup>4</sup>, joka sisältää säännökset rajat ylittävistä sisaryhtiösulautumisista. Osakeyhtiölaissa säädettyjä sisaryhtiösulautumista koskevia säännöksiä sovelletaan direktiivissä säädettyjen rajat ylittävien sulautumisten lisäksi kansallisissa sulautumisissa.<sup>5</sup>

Sisaryhtiösulautumisen käsitettä on vakiintuneesti käytetty tuloverotuksessa elinkeinotulon verottamisesta annetun lain (360/1968) 52 a §:n 2 kohdan mukaiseen emoyhtiön kokonaan omistamien yhtiöiden keskinäiseen sulautumiseen.<sup>6</sup> Elinkeinotulon verottamisesta annetun lain säännökset kuitenkin poikkeavat

\* *Minna Murto-Unkila*, KTT, HTM, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto. Kiitän referaiteja arvokkaasta palautteesta.

1. Absorptiosulautumisella tarkoitetaan sulautumista, jossa yksi tai useampi yhtiö sulautuu toiminnaan olevaan vastaanottavaan yhtiöön. OYL 16:2.1.1.
2. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi osakeyhtiölain muuttamisesta sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi 146/2022 vp, s. 182 ja Manne Airaksinen – Pekka Pulkkinen – Vesa Rasinaho, Osakeyhtiölaki II. 3., uudistettu painos. Alma Talent 2018, s. 261.
3. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2017/1132, annettu 14 päivänä kesäkuuta 2017, tietyistä yhtiöoikeuden osa-alueista (kodifikaatio) (yhtiödirektiivi).
4. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2019/2121, annettu 27 päivänä marraskuuta 2019, direktiivin (EU) 2017/1132 muuttamisesta rajatylittävien yhtiömuodon muutosten, sulautumisten ja jakautumisten osalta (muutosdirektiivi).
5. HE 146/2022 vp, s. 91, 100, 177.
6. Ks. mm. Hallituksen esitys Eduskunnalle eräitä yritysjärjestelyjä koskeviksi muutoksiksi verolainsäädäntöön 247/2006 vp, s. 6.



osakeyhtiölain mukaisista sisaryhtiösulautumista koskevista säännöksistä.<sup>7</sup> Muutosdirektiivillä ei rajoiteta tai säännellä vero-oikeudellista sulautumista eikä osakeyhtiölain muutoksilla ole vaikutuksia vero-oikeudellisiin säännöksiin.<sup>8</sup> Toisin sanoen uudet osakeyhtiöoikeudelliset sisaryhtiösulautumisen käsitteet ja toteuttamistavat tulevat vastaisuudessaakin poikkeamaan vero-oikeudellisista säännöksistä.

Sisaryhtiösulautumista koskevat osakeyhtiölain säännökset sisältävät tavallisesta sulautumisesta poikkeavia erityispiirteitä, kuten yksinkertaistettuja muodollisuuksia, vastaavasti kuin tytäryhtiösulautumisessa.<sup>9,10</sup> Toisaalta sisaryhtiösulautumista koskevissa säännöksissä on erityispiirteitä, joita ei ilmene tytäryhtiösulautumisissa. Tällaisia ovat muun muassa säännökset välillisestä omistuksesta.<sup>11</sup> Lisäksi yhtiödirektiivin sulautumista koskevat säännökset luovat erityispiirteitä sisaryhtiösulautumiseen Euroopan unionin oikeuden tulkinta-vaikutuksen vuoksi.

Artikkelin tavoitteena on tutkia *de lege lata* osakeyhtiöoikeudellisia sisaryhtiösulautumisen vaihtoehtoisia toteuttamistapoja. Tarkastelu on keskitetty OYL 16:2.2:n mukaisiin säännöksiin ja niitä koskeviin tulkintoihin kansallisissa sulautumistilanteissa. Sisaryhtiösulautumista koskevat vero- ja kirjanpito-oikeudelliset säännökset ja tulkinnat on rajattu tarkastelun ulkopuolelle.<sup>12</sup> Lisäksi käsittelystä on rajattu pois muut sisaryhtiösulautumista koskevat yhtiöoikeudelliset, kuten sulautumismenettelyjä koskevat, säännökset, joihin on viitattu vain tarkoituksenmukaisin osin ja yleisesti.

7. Mm. sisaryhtiösulautumiselta edellytetään OYL 16:2.2:n mukaan vastikkeettomuutta, kun taas elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52 a–b §:n säännöksissä ei ole säädetty vastikkeettomuuden edellytyksestä.

8. Muutosdirektiivin johdanto-osan 53 kappale ja HE 146/2022 vp, s. 14, 99, 182.

9. Tytäryhtiösulautumisella tarkoitetaan absorptiosulautumista, jossa sulautumiseen osallistuvat yhtiöt omistavat kaikki sulautuvan yhtiön osakkeet, optio-oikeudet ja osakkeisiin oikeuttavat erityiset oikeudet. OYL 16:2.2.

10. Ks. mm. OYL 16:3.3.

11. OYL 16:2.2.

12. Sisaryhtiösulautumisen vero-oikeudellisista säännöksistä ks. mm. Raimo Immonen, Yritysjärjestelyt. 8., uudistettu painos. Alma Talent 2022, s. 301–357. Sisaryhtiösulautumisen kirjanpito-oikeudellisesta käsittelystä ks. mm. Tuomas Honkamäki – Emmiliina Kujanpää – Matti Pennanen, Yritysjärjestelyjen käsikirja. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2018, s. 189–194.

## 2. Yhtiödirektiivin tulkintavaikutus

Euroopan unionin oikeudessa direktiivit voivat vaikuttaa kansalliseen oikeuteen ensisijaisuuden, välittömän oikeusvaikutuksen ja tulkintavaikutuksen kautta.<sup>13</sup> Yhtiödirektiivin sulautumista koskevia säännöksiä tulee soveltaa julkisten osakeyhtiöiden sulautumisiin ja rajat ylittäviin sulautumisiin.<sup>14</sup> Siten direktiivin riittävän täsmällisillä ja ehdottomilla säännöksillä on välitön oikeusvaikutus näiden yhtiöiden sulautumista koskeviin kansallisiin säännöksiin.<sup>15</sup>

Euroopan unionin oikeuden tulkintavaikutus on välittömään oikeusvaikutukseen verrattuna ensisijaisempi ja kattavampi vaikutustapa.<sup>16</sup> Kansallisten tuomioistuinten ja lainsoveltajien tulee tulkita kaikkea kansallista oikeutta mahdollisimman pitkälle direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen kanssa yhteensopivalla tavalla direktiivillä tavoitellun tuloksen saavuttamiseksi. Kyse on normiharmoniaa tavoittelevasta tulkinnasta. Periaate koskee kansallisia säännöksiä, jotka on annettu kyseisen direktiivin saattamiseksi osaksi kansallista oikeusjärjestystä, sekä säännöksiä, joissa on annettu jäsenvaltiolle vapaus valita direktiivin tavoitteen toteuttamiseksi soveltuvista erilaisista ratkaisuista. Direktiivin tulkintavaikutus ei edellytä säännökseltä ehdottomuutta, täsmällisyyttä tai säännöksen välitöntä oikeusvaikutusta.<sup>17</sup> Välitön oikeusvaikutus ja tulkintavaikutus eroavat toisistaan

13. Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 4 artiklan 3 kohta; Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 267 ja 288 artikla ja Tuomas Ojanen, EY:n oikeuden perusvaikutuksista jäsenvaltioiden tuomioistuinten toiminnassa. Oikeustiede – Jurisprudentia XXXII 1999, s. 219–295, 224–226. Välitön oikeusvaikutus eroaa välittömästä sovellettavuudesta, joka tarkoittaa Euroopan unionin asetuksen kykyä tulla osaksi kansallista oikeutta ilman kansallisia säästösten täytäntöönpanotoimia. Asia 106/77 Simmenthal SpA, ECLI:EU:C:1978:49, kohdat 7 ja 17.

14. Yhtiödirektiivin 87 ja 118 artikla.

15. Asia 26/62 van Gend & Loos, ECLI:EU:C:1963:1; asia C-106/89 Marleasing SA, ECLI:EU:C:1990:395; yhdistetyt asiat C-397/01 ja C-403/01 Pfeiffer ym., ECLI:EU:C:2004:584, kohdat 102–106 ja Ojanen 1999, s. 276, 280–281. Direktiivin välitön oikeusvaikutus edellyttää direktiivin säännökseltä mm. ehdottomuutta ja riittävää täsmällisyyttä, sitä että direktiivi on pantu täytäntöön virheellisesti, tai sitä että täytäntöönpanosäännöksiä ei sovelleta siten, että direktiivillä tavoiteltu tulos saavutettaisiin. Mm. yhdistetyt asiat C-397/01 ja C-403/01 Pfeiffer ym., kohdat 102–109. EU-oikeuden ensisijaisuus koskee kaikkea EU-oikeutta suhteessa kaikkien kansalliseen oikeuteen. Ks. Heikki Kanninen, Euroopan yhteisön oikeuden normihierarkia ja kansallinen lainsoveltaja, s. 175–244 teoksessa Heikki Kanninen – Hannu Koskinen – Allan Rosas – Maija Sakslin – Kaarlo Tuori (toim.), Puhuri käy. Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme. Edita 2009, s. 212. EU-oikeuden ensisijaisuudesta ja välittömästä oikeusvaikutuksesta ks. mm. Ojanen 1999, s. 263–293 ja Juha Raitio – Tomi Tuominen, Euroopan unionin oikeus. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2020, s. 234–252.

16. Ojanen 1999, s. 224–226, 237.

17. SEUT 288 artikla; asia 14/83 von Colson ja Kamann, ECLI:EU:C:1984:153, kohdat 26–28; asia C-106/89 Marleasing SA; yhdistetyt asiat C-397/01 ja C-403/01 Pfeiffer ym., kohdat 110–116; asia C-212/04 Adeneler ym., ECLI:EU:C:2006:443, kohdat 108–111; yhdistetyt asiat C-378/07

siten, että edellisessä kansallinen tuomioistuin tukeutuu suoraan direktiiviin, kun taas jälkimmäisessä kansallinen tuomioistuin tulkitsee kansallista oikeusnormia.<sup>18</sup>

Euroopan unionin tuomioistuin on ratkaisuisaan ottanut kantaa direktiivin tulkintavaikutukseen tilanteissa, joissa direktiivin säännöksiin viitataan tai niitä otetaan osaksi kansallisia säädöksiä siten, että niitä sovelletaan sekä kansallisiin että direktiivillä säädettyihin tilanteisiin ja siten mukautetaan kansallista sääntelyä yhteisön oikeuteen. Näissä tilanteissa yhteisöjen tuomioistuimella on toimivalta tulkita yhteisön oikeutta. Tulkintavalta on siitä huolimatta, että kyse olisi täysin jäsenvaltion sisäiseen tilanteeseen sovellettavasta kansallisesta säännöksestä. Tällöin kansallista oikeutta tulee tulkita direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen kanssa yhteensopivalla tavalla siten, että taataan direktiivillä tavoitellut päämäärät.<sup>19</sup>

Direktiivin tulkintavaikutus ohjaa kansallista sääntelyä ja sen tulkintaa. Kahden yksityisen välisessä asiassa C-106/89 Marleasing SA kyse oli tilanteesta, jossa kansallisen lain säännöksen nojalla yhtiö voitiin julistaa pätemättömäksi laajemmilla kuin direktiivissä tyhjentyväksi tarkoitetuilla perusteilla. Tuomioistuimen mukaan kansallista oikeutta tulee tulkita huomioiden direktiivin sanamuoto ja tarkoitus, jotta estetään yhtiön julistaminen pätemättömäksi muilla kuin direktiivissä luetelluilla perusteilla. Vastaavasti tulkintavaikutus ohjaa kansallisten säännösten tulkintaa myös silloin, kun kyse ei ole välittömästä oikeusvaikutuksesta.<sup>20</sup>

Tulkintavaikutuksen ulottuvuuteen sisältyy kuitenkin rajoitteita. Oikeusvarmuuden periaatteesta johtuen direktiivillä sellaisenaan kansallisesta oikeudesta riippumatta ei voida luoda velvoitteita yksityisille oikeussubjekteille.<sup>21</sup>

ja C-380/07 Angelidaki ym., ECLI:EU:C:2009:250, kohdat 196–198 ja 211–212 sekä Ojanen 1999, s. 232, 239, 242–267.

18. Ojanen 1999, s. 226 av. 7 ja Tuomas Ojanen, EU-oikeuden perusteita. 3., uudistettu laitos. Edita 2016, s. 74–75, 91. Usein soveltamisvelvollisuus on viran puolesta. Ks. Niilo Jääskinen, EU ja Hohfeld, s. 245–302 teoksessa Heikki Kanninen – Hannu Koskinen – Allan Rosas – Maija Sakslin – Kaarlo Tuori (toim.), Puhuri käy. Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme. Edita 2009, s. 265 av. 45. Tulkintavaikutuksen kannalta merkitystä ei ole sillä, onko kyseessä yksityisoikeudellinen vai julkisoikeudellinen kansallinen oikeussäännös. Asia C-106/89 Marleasing SA ja Ojanen 1999, s. 254. EU-oikeuden tulkintavaikutuksesta ks. mm. Ojanen 1999, s. 226–262; Ojanen 2016, s. 90–98 ja Raitio – Tuominen 2020, s. 252–257.
19. Yhdistetyt asiat C-297/88 ja C-197/89 Dzodzi, ECLI:EU:C:1990:360, kohdat 36–37; asia C-28/95 Leur-Bloem, ECLI:EU:C:1997:369, kohta 34; asia C-3/04 Poseidon Chartering BV, ECLI:EU:C:2006:176, kohdat 15–17; yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohdat 106, 196–207 ja 211–212; asia C-603/10 Pelati d.o.o., ECLI:EU:C:2012:639, kohdat 16–20 ja asia C-110/13 HaTeFo GmbH, ECLI:EU:C:2014:114, kohta 20.
20. Ks. edellinen; asiassa C-212/04 Adeneler ym., kohdat 108–117 ja 122 sekä yhdistetyissä asioissa C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohdat 106 ja 207 viitataan asiaan C-106/89 Marleasing SA ja yhdistettyihin asioihin C-397/01 ja C-403/01 Pfeiffer ym. Ks. myös Ojanen 2016, s. 96–97.
21. Asia C-106/89 Marleasing SA; asia C-201/02 Wells, ECLI:EU:C:2004:12, kohta 56 ja asia C-321/05 Kofoed, ECLI:EU:C:2007:408, kohta 45. EU-oikeuden yleisistä oikeusperiaatteista

Direktiivi ei myöskään voi olla perustana kansallisen oikeuden *contra legem*-tulkinnalle.<sup>22</sup> Yksityisiin oikeussubjekteihin nähden direktiivin säännöksillä voidaan ainoastaan antaa oikeuksia.<sup>23</sup> Lisäksi tulkintavaikutukseen voidaan vedota ja se voi koitua yksilön oikeuksien hyväksi, vaikka lopputuloksella olisi kielteisiä vaikutuksia kolmansien oikeuksiin tai lopputulos olisi toisen osapuolen näkökulmasta kansallista säännöstä epäedullisempi.<sup>24</sup> Yhdenmukaisen tulkinnan periaate näistä huolimatta ja näissä tilanteissa edellyttää, että lainsoveltaja ja kansallinen tuomioistuin ottavat huomioon kansallisen oikeuden kokonaisuuden ja soveltavat siinä hyväksytyjä tulkintatapoja taatakseen direktiivillä tavoitellun päämäärän.<sup>25</sup>

Suomessa yhtiödirektiivin sisaryhtiösulautumista koskevat säännökset implementoitiin julkisten osakeyhtiöiden ja rajat ylittävien sulautumisten lisäksi yksityisten osakeyhtiöiden kansallisia sulautumisia koskeviin OYL 16 luvun säännöksiin.<sup>26</sup> Lisäksi rajat ylittäviä sulautumisia koskevissa säännöksissä ja lain esitöissä viitataan suoraan kansallisia sulautumisia koskeviin OYL 16:1–3:n säännöksiin.<sup>27</sup> Vastaavasti lain esitöissä kansallisia sisaryhtiösulautumisia koskevien säännösten yhteydessä viitataan yhtiödirektiivin säännöksiin.<sup>28</sup> Selvänä voidaan pitää sitä, että yhtiödirektiivillä on tulkintavaikutus yksityisten osakeyhtiöiden kansallisia sisaryhtiösulautumisia koskeviin osakeyhtiölain säännöksiin.<sup>29</sup> Yh-

johtuen tulkintavaikutuksen rajoina ovat mm. taannehtivuuden kiellon, oikeusvarmuuden ja lainalaisuuden periaatteet. Asia C-105/03 Pupino, ECLI:EU:C:2005:386, kohdat 44–45 ja yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohta 199.

22. Asia C-106/89 Marleasing SA ja yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohta 199. *Contra legem* -merkitys on laajempi kuin tulkinnan kohteena oleva kansallisen säännöksen sanamuoto. *Contra legem* tarkoittaa kaikkien asiaan vaikuttavien tekijöiden, oikeussäännöksen sanamuotoon palautuvien näkökohtien ja yleisten oikeusperiaatteiden arvioinnin perusteella tehtyä johtopäätöstä. Ks. Ojanen 1999, s. 246–247.

23. Asia C-201/02 Wells, kohta 56.

24. Asia C-201/02 Wells, kohta 57 ja Ojanen 1999, s. 243.

25. Asia C-212/04 Adeneler ym., kohta 111 ja yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohdat 197–201.

26. HE 146/2022 vp, s. 91, 100, 177. Ks. myös Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi osakeyhtiölain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 89/1996 vp, s. 138–139 ja Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi osakeyhtiöainsäädännöksi 109/2005 vp, s. 145.

27. Näin mm. OYL 16:19.1 ja OYL 16:22–25; Hallituksen esitys Eduskunnalle rajat ylittäviä pääomayhtiöiden sulautumisia ja jakautumisia koskevaksi yhteisöainsäädännöksi 103/2007 vp, s. 26 ja HE 146/2022 vp, s. 33, 63–64, 100, 105, 177.

28. HE 146/2022 vp, s. 177–189.

29. Direktiivin tulkintavaikutus koskee yksityisiä osakeyhtiöitä. Lisäksi Euroopan unionin tuomioistuinkäytännöllä voi olla tulkintaa ohjaava vaikutus, kuten mm. asiassa C-28/95 Leur-Bloem. Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2018, s. 231, 477 ja Jukka Mähönen – Seppo Villa, Osakeyhtiö II. 4., uudistettu painos. Alma Talent 2020, s. 571. Asia C-28/95 Leur-Bloem liittyi vero-oikeuden alaan tilanteessa, jossa direktiivin mukaisia sulautumista koskevia säännöksiä oli otettu osaksi kansallista sääntelyä ilman direktiivin velvoittavuutta. EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisestä suhteesta ks. mm. Ojanen 1999, s. 223–300 ja Raitio – Tuominen 2020, s.

tiödirektiivi ja muutosdirektiivi sisältävät vähimmäisharmonisoivia säännöksiä, mutta direktiivissä on erikseen todettu, että kansallisilla säännöksillä voidaan laajentaa muun muassa osakkeenomistajia koskevia oikeuksia.<sup>30</sup>

### 3. Yksinkertaistetut muodollisuudet

Osakeyhtiölaissa ja yhtiödirektiivissä säädetään tytär- ja sisaryhtiösulautumiselle poikkeuksia tavallista sulautumista koskevista edellytyksistä. Poikkeukset koskevat veloitetta antaa sulautumisvastiketta.<sup>31</sup> Lisäksi on säädetty helpotuksista sulautumissuunnitelmassa esitettäviin tietoihin<sup>32</sup>, tilintarkastajan lausuntoihin<sup>33</sup>, velkojille tehtävään kuulutukseen<sup>34</sup> ja päätöksentekovaatimukseen<sup>35</sup>. Näistä poikkeuksia ja helpotuksia sisältävistä säännöksistä käytetään nimitystä ”yksinkertaistetut muodollisuudet”.<sup>36</sup>

Osakeyhtiölain rakenne poikkeaa yhtiödirektiivin rakenteesta. Sulautumisen toteuttamistavat määritellään OYL 16:2:ssa ja sulautumismenettelyissä noudattavista muodollisuuksista säädetään OYL 16:3–18:ssa. Huomionarvoista on se, että sisaryhtiösulautumisen käsite määritellään yksinomaan OYL 16:2.2:n säännöksissä. Käsitteen edellytykset täyttävään sisaryhtiösulautumiseen voidaan näin ollen soveltaa yksinkertaistettuja muodollisuuksia.

Yhtiödirektiivissä sisaryhtiösulautuminen määritellään direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdassa.<sup>37</sup> Tämän lisäksi direktiivin 132 artiklan 1 kohdassa säädetään sellaisesta sisaryhtiösulautumisesta, johon voidaan soveltaa yksinkertaistettuja muodollisuuksia. Sisaryhtiösulautumista koskevia määritelmiä on siten kahdessa eri artiklassa. Huomionarvoista on, että yksinkertaistettuja

201–313. EU-oikeuden normihierarkiasta ja suhteesta kansalliseen oikeuteen ks. Kanninen 2009, s. 175–244.

30. SEUT 288 artikla; yhtiödirektiivin johdanto-osan 49 ja 56 kappale ja muutosdirektiivin johdanto-osan 6 ja 18 kappale ja HE 146/2022 vp, s. 14–15.

31. OYL 16:2.2 ja yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan johdantolause.

32. OYL 16:3.3 ja yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan ensimmäinen alakohta 122 artiklan osalta.

33. OYL 16:4.2 ja yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan ensimmäinen alakohta 125 artiklan osalta.

34. OYL 16:6.2.

35. OYL 16:9.1 ja yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan toinen alakohta 126 artiklan osalta.

36. Lain esitöissä käytetään sekä yksinkertaistettujen muodollisuuksien että yksinkertaistettujen menettelyjen käsitettä, ks. HE 146/2022 vp, s. 33, 105, 177, 179, 182. Yhtiödirektiivissä käytetään käsitettä yksinkertaistetut muodollisuudet, ks. yhtiödirektiivin 132 artikla.

37. Yhtiödirektiivin 119 artiklan 2 kohdan a alakohdassa määritellään absorptiosulautumista vastaava toteuttamistapa, b alakohdassa kombinaatiosulautumista vastaava toteuttamistapa, c alakohdassa tytäryhtiösulautumista vastaava toteuttamistapa ja d alakohdassa sisaryhtiösulautumista vastaava toteuttamistapa. Yhtiödirektiivissä ei käytetä sisaryhtiösulautumisen käsitettä. HE 146/2022 vp, s. 183.

muodollisuuksia ei sovelleta direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan mukaiseen (sisaryhtiö)sulautumiseen vaan ainoastaan niihin sulautumisiin, jotka täyttävät direktiivin 132 artiklan 1 kohdassa asetetut edellytykset.

Osakeyhtiölain ja yhtiödirektiivin mukaiset sisaryhtiösulautumisen määritelmät poikkeavat toisistaan. Sisaryhtiösulautumisella tarkoitetaan OYL 16:2.2:n mukaan sulautumista, jossa luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö omistaa suoraan tai välillisesti kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet. Lainkohdassa sekä luonnollisen henkilön että oikeushenkilön omistamien yhtiöiden sulautumisen määritelmä on samanlainen. Sen sijaan yhtiödirektiivissä tilanne on toinen. Direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan mukaan (sisaryhtiö)sulautumiselta edellytetään, että ”yhden henkilön hallussa on suoraan tai välillisesti kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet *tai* sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden jäsenten hallussa olevat osakkeet jakautuvat samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä”.<sup>38</sup> Toisin sanoen direktiivissä luonnollisen henkilön omistamien yhtiöiden sulautumisen määritelmä poikkeaa oikeushenkilön omistamien yhtiöiden sulautumisen määritelmästä. Sekä osakeyhtiölaki että direktiivi mahdollistavat luonnollisen henkilön omistamien yhtiöiden sulautumisen, olivatpa ne sitten suoraan tai välillisesti omistettuja. Sen sijaan osakeyhtiölain säännökset mahdollistavat oikeushenkilön suoraan ja välillisesti omistamien yhtiöiden sulautumisen, kun taas direktiivin mukaan edellytetään osakkeiden jakautumista samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä.

Osakeyhtiölaissa ja yhtiödirektiivissä säädettyjen yksinkertaistettujen muodollisuuksien soveltamisedellytykset poikkeavat toisistaan. Lain esitöiden mukaan osakeyhtiölain mukaisella sisaryhtiösulautumisella tarkoitetaan ainoastaan tilanteita, joissa on sovellettava tai voidaan soveltaa yksinkertaistettuja muodollisuuksia.<sup>39</sup> Laissa ei ole säädetty muita yksinkertaistettujen muodollisuuksien soveltamisedellytyksiä.<sup>40</sup> Sen sijaan yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaisia yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevat säännökset sisältävät itsenäiset sisaryhtiösulautumista koskevat edellytykset. Artiklan mukaan yksinkertaistettuja muodollisuuksia sovelletaan, jos ”absorptiosulautumisen toteuttaa *joko yhtiö*, joka omistaa kaikki osakkeet ja muut arvopaperit, jotka oikeuttavat äänestämään sulautuvan yhtiön tai sulautuvien yhtiöiden yhtiökokouksessa, *tai henkilö*, jonka hallussa on suoraan tai välillisesti kaikki vastaanottavan yhtiön ja sulautuvan yhtiön tai sulautuvien yhtiöiden osakkeet”.<sup>41</sup> Artiklan yhtiöitä koskeva alkuosa on ollut jo alkuperäisessä yhtiödirektiivissä. Muutosdirektiivillä artiklaan lisät-

38. Kursivointi on kirjoittajan lisäämä.

39. HE 146/2022 vp, s. 182.

40. Ks. mm. OYL 16:3.3; OYL 16:4.2; OYL 16:6.2 ja OYL 16:9.1.

41. Kursivoidut kohdat ovat kirjoittajan lisäämät.

tiin henkilöitä koskeva loppuosa.<sup>42</sup> Osakeyhtiölain ja yhtiödirektiivin säännökset mahdollistavat yksinkertaistettujen muodollisuuksien soveltamisen sisaryhtiösulautumisessa, jossa luonnollinen henkilö omistaa sulautuvien yhtiöiden osakkeet suoraan tai välillisesti. Sen sijaan laissa ja direktiivissä asetetut edellytykset yksinkertaistettujen muodollisuuksien soveltamisesta konserniyhtiöiden sulautumisessa poikkeavat toisistaan.

Yhtiödirektiivissä tarkoitettuun toteuttavan yhtiön käsitteeseen liittyy myös tulkinnanvaraisuutta. Direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaisten yksinkertaistettujen muodollisuuksien yhtiöitä koskevana soveltamisedellytyksenä on, että sulautumisen toteuttaa yhtiö, joka omistaa kaikki sulautuvan yhtiön osakkeet. Ensinnäkään direktiivissä ei edellytetä sitä, että sulautumisen toteuttaa yhtiö, joka omistaa kaikki vastaanottavan yhtiön osakkeet. Toisekseen tulkinnanvaraista on, mihin toteuttavalla yhtiöllä viitataan. Viittauksella voidaan tarkoittaa sulautuvan yhtiön osakkeenomistajaa tai vastaanottavaa yhtiötä. Direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaisissa luonnollista henkilöä koskevissa säännöksissä edellytyksenä on, että henkilö omistaa sulautuvan ja vastaanottavan yhtiön osakkeet. Toisin sanoen henkilöllä viitataan osakkeenomistajaan. Analogiapäätelmä olisi, että silloin toteuttavalla yhtiöllä viitataan sulautuvan yhtiön osakkeenomistajaan. Toisaalta direktiivin 113 artiklassa<sup>43</sup> säädetään hankkimalla tapahtuvasta sulautumisesta, jossa toteuttavalla yhtiöllä viitataan vastaanottavaan yhtiöön. Sen sijaan jakautumista koskevassa direktiivin 160 b artiklassa<sup>44</sup> toteuttavalla yhtiöllä viitataan jakautuvaan yhtiöön. Jos direktiivin 132 artiklan tarkoituksena on, että toteuttavalla yhtiöllä viitataan vastaanottavaan yhtiöön, artiklassa asetetut edellytykset täyttyisivät tytäryhtiösulautumisessa mutta eivät sisaryhtiösulautumisessa. Tämä johtuu siitä syystä, että kyse ei olisi sisaryhtiösulautumisesta, jos vastaanottava yhtiö omistaisi kaikki sulautuvan yhtiön osakkeet. Jos taas tarkoituksena on, että toteuttavalla yhtiöllä voidaan viitata myös sulautuvan yhtiön osakkeenomistajiin, artiklassa asetetut edellytykset täyttyisivät sisaryhtiösulautumisessa.

Yhtiödirektiivissä tarkoitettuun äänestämään oikeuttavien osakkeiden omistuksen käsitteeseen liittyy tulkinnanvaraisuutta. Direktiivin 132 artiklan 1 kohdan perusteella yksinkertaistettuja muodollisuuksia sovelletaan, kun yhtiö omistaa kaikki osakkeet, jotka oikeuttavat äänestämään sulautuvan yhtiön yhtiökokouksessa. Artiklassa säädetty edellytykset täyttyvät, jos yhtiö omistaa suoraan sulautuvan yhtiön osakkeet. Sen sijaan tulkinnanvaraista on, tarkoitetaanko äänestämään oikeuttavien osakkeiden omistuksella sitä, että emoyhtiö tosiasiaassa käyttää äänioikeutta kokonaan omistettujen tytäryhtiöiden yhtiökokouksessa. Jos näin on tarkoitettu, direktiivin 132 artiklan tarkoittamat edellytykset täyttyisivät välillisessä omistuksessa.

42. Ks. HE 146/2022 vp, s. 33.

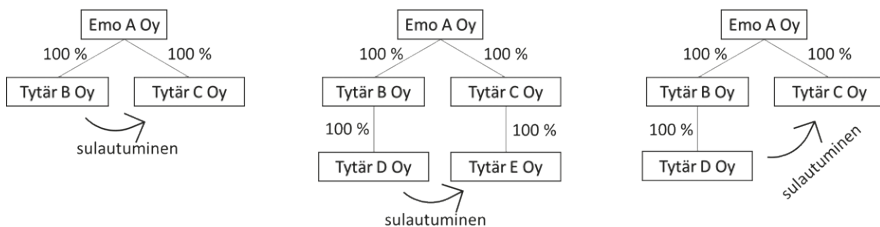
43. Yhtiödirektiivin 113 artiklan ensimmäisen kohdan johdantolause.

44. Yhtiödirektiivin 160 b artiklan 2 kohta.

Osakeyhtiölaissa ja yhtiödirektiivissä rakenteet, sisaryhtiösulautumisen määritelmät ja yksinkertaistettujen muodollisuuksien soveltamisedellytykset poikkeavat toisistaan. Lisäksi direktiivin mukaisiin toteuttavan yhtiön ja äänestämään oikeuttavien osakkeiden omistuksen käsitteisiin liittyvät tulkinnanvaraisuudet vaikeuttavat soveltamista. Niiden vuoksi osakeyhtiölain säännösten sekä normi-harmoniaa ja yhtiödirektiivin tarkoitusta tavoittelevat tulkinnat ilmenevät eri tavoin erilaisissa sisaryhtiösulautumisen toteuttamistavoissa.

#### 4. Suoraan tai välillisesti kokonaan omistettujen sisaryhtiöiden sulautuminen

Sisaryhtiösulautumisella tarkoitetaan sulautumista, jossa luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö omistaa suoraan tai välillisesti kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet (OYL 16:2.2). Perinteisimpänä sisaryhtiösulautumisen toteuttamistapana voitaneen nähdä kahden suoraan ja kokonaan omistetun sisaryhtiön keskinäinen sulautuminen. Lisäksi laki mahdollistaa sulautumisen välillisesti omistettujen yhtiöiden kesken. Lain esitöiden mukaan välillinen omistus ulottuu tilanteisiin, joissa ainoa osakkeenomistaja ei olisi sulautuvan ja vastaanottavan yhtiön välitön emoyhtiö. Laissa säädetty edellytykset täyttyvät järjestelyissä, joissa omistus toteutuu esimerkiksi kokonaan omistetun tytäryhtiön kautta.<sup>45</sup> Koska lain säännökset mahdollistavat sekä suoran että välillisen omistuksen, mahdollista olisi myös emoyhtiön suoraan ja kokonaan omistaman tytäryhtiön sekä emoyhtiön välillisesti kokonaan omistaman tytäryhtiön keskinäinen sulautuminen sisaryhtiösulautumisena.



Kuvio 1. Yhtiön suoraan tai välillisesti kokonaan omistamien yhtiöiden sulautuminen.

45. HE 146/2022 vp, s. 182.



Luonnollisen henkilön suoraan tai välillisesti omistamien yhtiöiden sulautuminen vastaa yhtiödirektiivin säännöksiä. Direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan mukaan (sisaryhtiö)sulautumisella tarkoitetaan järjestelyä, jossa yhden henkilön hallussa ovat suoraan tai välillisesti kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet. Direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan sulautumiseen sovelletaan yksinkertaistettuja muodollisuuksia, jos sulautumisen toteuttaa henkilö, jonka hallussa ovat suoraan tai välillisesti kaikki sulautuvan yhtiön ja vastaanottavan yhtiön osakkeet. Näin ollen järjestely, jossa yksi luonnollinen henkilö omistaa sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet (kuvio 1, ensimmäistä vastaava järjestely), täyttää direktiivissä säädetyt edellytykset. Direktiivi mahdollistaa myös luonnollisen henkilön yksin omistamien kahden eri yhtiön kokonaan omistamien tytäryhtiöiden keskinäisen sulautumisen (kuvio 1, toista vastaava järjestely). Lisäksi mahdollista on luonnollisen henkilön suoraan ja kokonaan omistaman yhtiön sekä luonnollisen henkilön välillisesti kokonaan omistaman yhtiön keskinäinen sulautuminen sisaryhtiösulautumisena (kuvio 1, kolmatta vastaava järjestely). Järjestelyihin voidaan soveltaa osakeyhtiölain ja direktiivin mukaan sekä sisaryhtiösulautumista että yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevia säännöksiä.

Kun kyse on konserniyhtiöistä, yhtiödirektiivissä säädettyjen edellytysten täyttyminen on osin tulkinnanvaraista. Direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan mukaan sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden jäsenten hallussa olevien osakkeiden tulee jakautua samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä. Kun emoyhtiö omistaa kaikki sulautuvan ja vastaanottavan yhtiön osakkeet (kuvio 1, ensimmäinen järjestely), emoyhtiön hallussa olevat osakkeet jakautuisivat silloin artiklan tarkoittamalla tavalla samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä. Kuvion 1 toisessa järjestelyssä sulautumiseen osallistuvia yhtiöitä ovat Tytär D Oy ja Tytär E Oy. Sulautuvan Tytär D Oy:n jäsen on Tytär B Oy, joka ei omista lainkaan vastaanottavan yhtiön (Tytär E Oy) osakkeita. Kuvion 1 kolmannessa järjestelyssä on vastaava tilanne. Tällöin sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden jäsenten hallussa olevat osakkeet eivät jakaudu samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä, kuten artikla sanamuotonsa perusteella edellyttää.<sup>46</sup> Toisaalta artiklassa viitataan hallussa oleviin osakkeisiin. Jos hallussa olevilla osakkeilla tarkoitetaan suoran osakeomistuksen lisäksi kokonaan omistettujen tytäryhtiöiden kautta tapahtuvaa välillistä hallussapitoa ja kun emoyhtiö tosiasiaassa hallitsee kokonaan omistettujen tytäryhtiöiden osakkeita, järjestely täyttäisi artiklassa säädetyt edellytykset.

Kun kyse on konserniyhtiöistä, tulkinnanvaraisuutta aiheuttaa yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohta. Artiklan mukaan yksinkertaistettuja muodollisuuksia sovelletaan, jos sulautumisen toteuttaa yhtiö, joka omistaa kaikki osakkeet ja

46. Kuvion 1 toinen ja kolmas järjestely vastikkeettomina järjestelyinä eivät vastaisi muitakaan yhtiödirektiivin 119 artiklan mukaisia sulautumisen toteuttamistapoja.

muut arvopaperit, jotka oikeuttavat äänestämään sulautuvan yhtiön tai sulautuvien yhtiöiden yhtiökokouksessa. Jos toteuttavalla yhtiöllä viitataan vastaanotettavaan yhtiöön, artiklassa säädetyt edellytykset eivät täyty kuvion 1 järjestelyissä. Jos taas artiklassa on tarkoitus viitata myös sulautuvan yhtiön osakkeenomistajaan, artiklan mukaiset edellytykset täyttyvät kuvion 1 ensimmäisessä järjestelyssä. Toisaalta jos artiklassa tarkoitetaan äänestämään oikeuttavien osakkeiden omistamisella suoraa omistusta, kuvion 1 toisessa ja kolmannessa järjestelyssä artiklassa asetetut edellytykset eivät täyty. Jos sillä sen sijaan tarkoitetaan myös välillistä omistusta ja kun emoyhtiö tosiasiaassa käyttää äänioikeutta kaikkien kokonaan omistettujen tytäryhtiöiden yhtiökokouksessa, artiklassa säädetyt edellytykset täyttyisivät.

Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisujen mukaan tilanteessa, jossa direktiivin säännöksiä on otettu osaksi kansallisia säännöksiä ilman direktiivin velvoittavuutta, kansallisia säännöksiä tulee tulkita direktiivin tulkintavaikutuksen periaatteita soveltaen.<sup>47</sup> Direktiivin 132 artiklan 1 kohdan säännökset luovat oikeuksia yksityisille oikeussubjekteille mahdollistaessaan yksinkertaistettujen muodollisuuksien soveltamisen artiklan mukaisissa tilanteissa. Direktiivissä ei ole rajoitettu direktiiviä laajempien kansallisten toteuttamistapojen käyttöönottoa, eikä direktiivin soveltamisalaa laajempien kansallisten säännösten soveltaminen estäisi direktiivin tarkoituksen saavuttamista.<sup>48</sup> Yksinkertaistettuja muodollisuuksia voidaan OYL 16:2.2:n mukaan soveltaa, kun oikeushenkilö omistaa suoraan tai välillisesti kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet. Osakeyhtiölain säännökset ovat yhtiödirektiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan ja direktiivin 132 artiklan 1 kohdan säännöksiä laajemmat. Lain esitöiden mukaan osakeyhtiölain säännökset perustuvat yhtiödirektiiviin, mutta sisaryhtiösulautumisen määritelmä on kansallinen.<sup>49</sup> Siten lain tarkoituksena on laajentaa direktiivin mukaista soveltamisalaa. Näillä perusteilla direktiivin ja direktiivin tulkintavaikutuksen ei katsottane estävän OYL 16 luvun mukaisten sisaryhtiösulautumista ja yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevien säännösten soveltamista sulautumiseen, jossa oikeushenkilö omistaa suoraan tai välillisesti kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet.

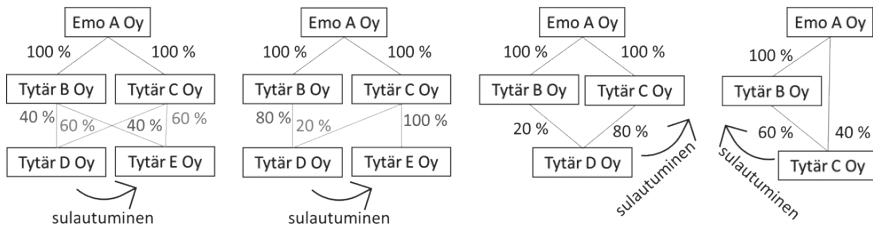
47. Mm. asia C-28/95 Leur-Bloem, kohta 34; yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohdat 196–201; asia C-603/10 Pelati d.o.o., kohdat 16–20 ja asia C-110/13 HaTeFo GmbH, kohta 20.

48. SEUT 288 artikla; yhtiödirektiivin johdanto-osan 49 ja 56 kappale; muutospäätöksen johdanto-osan 6 ja 18 kappale ja asia C-201/02 Wells, kohta 57. Ks. myös asia C-28/95 Leur-Bloem, kohta 34; yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohdat 196–201; asia C-603/10 Pelati d.o.o., kohdat 16–20 ja asia C-110/13 HaTeFo GmbH, kohta 20.

49. HE 146/2022 vp, s. 182.

## 5. Välillisesti kokonaan samassa tai eri suhteessa omistettujen sisaryhtiöiden sulautuminen

Osakeyhtiölain 16:2.2:n tarkoittama välillinen omistus voidaan tulkita laajasti – lainkohdassa käsitettä ei ole rajattu tai tarkennettu. Tämä mahdollistaisi sisaryhtiösulautumista koskevien säännösten soveltamisen sulautumisissa, joissa osakkeiden omistus on pirstaloitunut eri tytäryhtiöiden kesken, jos sulautumiseen osallistuvat yhtiöt ovat yksin luonnollisen henkilön tai emoyhtiön suorassa tai välillisessä omistuksessa.



Kuvio 2. Yhtiön välillisesti kokonaan samassa tai eri suhteessa omistamien yhtiöiden sulautuminen.

Lain esitöissä sisaryhtiösulautumisen yhteydessä todetaan seuraavaa: ”Välittömän omistuksen lisäksi määritelmä ulottuisi siten myös välillisen omistuksen tilanteisiin, joissa ainoa osakkeenomistaja ei olisi sulautuvan ja vastaanottavan yhtiön välitön emoyhtiö. Määritelmän mukaisella välillisellä omistuksella tarkoitettaisiin esimerkiksi kokonaan omistetun tytäryhtiön kautta tapahtuvaa omistusta. Osakkeet voivat myös jakautua samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä.”<sup>50</sup> Määritelmän edellytykset täyttyisivät siten ainakin kokonaan omistettujen tytäryhtiöiden kautta samassa suhteessa omistettujen yhtiöiden sulautumisessa (kuviota 2, ensimmäinen järjestely). Toisaalta lain tarkoitus on muotoiltu siten, että kyse on vaihtoehtoisista välillisen omistuksen tilanteista. Siten vaihtoehtona on myös kokonaan omistettujen tytäryhtiöiden kautta toteutuva omistus. Tämän perusteella kuvion 2 toinen ja kolmas järjestely täyttäisivät sekä lain sanamuodon mukaiset edellytykset että esitöiden mukaisen vaihtoehtoisen välillisen omistuksen määritelmän. Koska säännökset mahdollistavat niin suoran kuin välillisenkin omistuksen, mahdollista olisi myös kokonaan omistetun tytäryhtiön ja kokonaan omistettujen tytäryhtiöiden kautta omistetun tytäryhtiön keskinäinen sulautuminen (kuviota 2, neljäs järjestely). Lain säännöksen sanamuodon ja esitöiden kannanoton perusteella merkitystä ei olisi sillä, onko välillisenä omistajana yksi luonnollinen henkilö vai oikeushenkilö.

50. HE 146/2022 vp, s. 182. Kursivoidut kohdat ovat kirjoittajan lisäämät.

Luonnollisen henkilön välillisesti kokonaan samassa tai eri suhteessa omistamien yhtiöiden sulautuminen täyttää yhtiödirektiivissä säädetty edellytykset. Sekä direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan että direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan henkilön hallussa tulee olla välillisesti kaikki sulautuvan ja vastaanottavan yhtiön osakkeet. Näin ollen kuvion 2 järjestelyt siten, että Emo A Oy:n sijaan luonnollinen henkilö omistaa suoraan tai välillisesti kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet, täyttävät direktiivin 119 ja 132 artiklassa säädetty edellytykset. Järjestelyihin voidaan direktiivin perusteella soveltaa niin sisaryhtiösulautumista kuin yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevia säännöksiä.

Konserniyhtiöiden välillisesti kokonaan samassa tai eri suhteessa omistamien yhtiöiden sulautumisessa yhtiödirektiivissä säädetty edellytykset täyttynevät osittain. Direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan mukaan sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden jäsenten hallussa olevien osakkeiden tulee jakautua samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä. Kuvion 2 ensimmäisessä järjestelyssä sulautumiseen osallistuvia yhtiöitä ovat Tytär D Oy ja Tytär E Oy. Sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden jäseniä ovat Tytär B Oy ja Tytär C Oy, joiden hallussa olevat osakkeet jakautuvat samassa suhteessa Tytär D Oy:ssä ja Tytär E Oy:ssä. Järjestely täyttää direktiivin 119 artiklan mukaiset edellytykset. Sen sijaan kuvion 2 toisessa järjestelyssä sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden jäsenten hallussa olevat osakkeet eivät jakaudu samassa suhteessa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä, ellei hallussa olevilla osakkeilla tarkoiteta suoraan hallussa olevien osakkeiden lisäksi välillisesti hallussa olevia osakkeita. Vastaava tilanne on kuvion 2 kolmannessa ja neljännessä järjestelyssä. Yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevan direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan sulautumisen toteuttavan yhtiön tulee omistaa kaikki äänestämään oikeuttavat sulautuvan yhtiön osakkeet. Artiklassa säädetty edellytykset täyttyvät, jos toteuttavalla yhtiöllä viitataan myös sulautuvan yhtiön osakkeenomistajiin ja äänestämään oikeuttavien osakkeiden omistamisen katsotaan tarkoittavan järjestelyä, jossa emoyhtiö käyttää äänioikeuttaan välillisesti kokonaan omistettujen tytäryhtiöiden yhtiökokouksissa.

Osakeyhtiölain esitöissä toistetaan säännöksen välillistä omistusta koskeva sanamuoto. Sen jälkeen todetaan, että määritelmä luottuu tilanteisiin, joissa ainoa osakkeenomistaja ei olisi sulautumiseen osallistuvan yhtiön välitön emoyhtiö. Välillisellä omistuksella tarkoitetaan kokonaan omistetun tytäryhtiön kautta tapahtuvaa omistusta. Vaihtoehtoisesti omistus voi jakautua samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä. Näiden lisäksi esitöissä todetaan, että välillisen omistuksen käsitettä on tulkittava suppeasti, koska kyse on poikkeuksesta pääsäännön mukaisiin tilanteisiin.<sup>51</sup> Soveltamistilannetta, jossa välillistä omistusta voitaisiin tulkita suppeasti, ei esitöistä ilmene. Yhtiö-

51. HE 146/2022 vp, s. 182.

direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan ja direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan luonnollisen henkilön välillisesti omistamien yhtiöiden sulautumiseen sovelletaan sisaryhtiösulautumista ja yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevia säännöksiä. Kun otetaan huomioon, että direktiivissä ei ole säädetty jäsenvaltioille mahdollisuutta poiketa direktiivin säännöksistä tai rajata välillisen omistuksen määritelmää ja että kansallisilla säännöksillä ei saa rajoittaa direktiivin tarkoituksen saavuttamista, tulee osakeyhtiölain välillistä omistusta tulkita normiharmoniaa tavoittelevalla tulkinnalla.<sup>52</sup> Tällöin osakeyhtiölakia ei voitane tulkita rajaamalla soveltamisalan ulkopuolelle sulautumista, jossa osakkeiden omistus on pirstaloitunut eri tytäryhtiöiden kesken, jos sulautumiseen osallistuvat yhtiöt ovat yksin yhden luonnollisen henkilön välillisessä omistuksessa.

Osakeyhtiölain sanamuoto sallii sekä luonnollisen henkilön että oikeushenkilön välillisesti omistamien yhtiöiden sulautumisen sisaryhtiösulautumisena, jossa noudatetaan yksinkertaistettuja muodollisuuksia. Lain sanamuodosta ja esitöistä ei ole johdettavissa, että lain tarkoituksena olisi asettaa yhtiön tai luonnollisen henkilön omistamien yhtiöiden sulautumisille toisistaan poikkeavia edellytyksiä. Asia on juuri päinvastoin, sillä lain säännöksen sanamuoto yhdenmukaistaa näiden sulautumisten edellytykset. Tämän voidaan katsoa tukevan sitä, että riippumatta yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaisten omistusta koskevien edellytysten täyttymisestä konserniyhtiöiden tapauksessa, lain tarkoituksena on yhdenmukaistaa säännökset ja siten mahdollistaa sekä luonnollisen henkilön että oikeushenkilön välillisesti kokonaan eri suhteessa omistamien yhtiöiden sulautuminen sisaryhtiösulautumista koskevin säännöksin. Direktiiviä laajemmat oikeudet tai toteuttamistavat eivät estä direktiivin tarkoituksen saavuttamista.<sup>53</sup> Siten direktiivin ja direktiivin tulkintavaikutuksen ei katsottane estävän OYL 16 luvun mukaisten sisaryhtiösulautumista ja yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevien säännösten soveltamista yhtiön suoraan tai välillisesti kokonaan eri suhteessa omistamien yhtiöiden sulautumiseen.

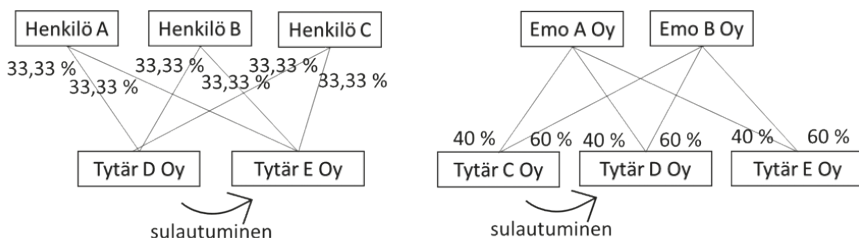
## 6. Samassa suhteessa omistettujen sisaryhtiöiden sulautuminen

Osakeyhtiölain 16:2.2:n mukaan sisaryhtiösulautumisella tarkoitetaan sulautumista, jossa osakkeenomistaja omistaa sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden

52. SEUT 288 artikla; yhtiödirektiivin johdanto-osan 49 ja 56 kappale; muutosdirektiivin johdanto-osan 6 ja 18 kappale ja asia C-201/02 Wells, kohta 57. Ks. myös asia C-28/95 Leur-Bloem, kohta 34; yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohdat 196–201; asia C-603/10 Pelati d.o.o., kohdat 16–20 ja asia C-110/13 HaTeFo GmbH, kohta 20.

53. Ks. edellinen viite.

osakkeet. Lain esitöissä tätä omistajien määritelmää on laajennettu. Hallituksen esityksessä ensin todetaan, että määritelmä ulottuu välillisen omistuksen tilanteisiin, joissa ainoa osakkeenomistaja ei olisi välitön emoyhtiö. Välillisellä omistuksella tarkoitettaisiin *esimerkiksi* kokonaan omistetun tytäryhtiön kautta tapahtuvaa omistusta. Näiden seikkojen jälkeen todetaan, että osakkeet voivat *myös* jakautua samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä.<sup>54</sup> Esitöissä asia on muotoiltu siten, että olisi ainakin kaksi vaihtoehtoa: kokonaan omistetun tytäryhtiön kautta tapahtuva omistus tai osakkeiden jakautuminen samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä. Näin ollen lain esitöiden perusteella sisaryhtiösulautumista koskevia säännöksiä olisi tarkoitettu sovellettavaksi kahden tai useamman osakkeenomistajan samassa suhteessa omistamien yhtiöiden sulautumiseen.



Kuvio 3. Samassa suhteessa omistettujen yhtiöiden sulautuminen.

Lain tarkoitusta sallia kahden tai useamman osakkeenomistajan samassa suhteessa kokonaan omistamien yhtiöiden keskinäinen sulautuminen voidaan perustella sillä, että OYL 1:2:n mukaisesta yhtiön ja osakkeenomistajan erillisyydestä ja rajoitetusta vastuusta johtuen yhtiöiden vastuupiiri velkojiin nähden ei poikkea sisaryhtiösulautumisesta, jossa emoyhtiön kokonaan omistamat tytäryhtiöt sulautuvat keskenään. Omistuksen ollessa samassa suhteessa järjestely ei myöskään laajenna tai supista osakkeenomistajien oikeuksia tai velvoitteita taikka muuta niiden keskinäisiä suhteita, elleivät yhtiöiden OYL 3:1:n mukaiset osakelajikohtaiset oikeudet ja velvoitteet poikkea toisistaan osakkeenomistajien ja sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden kesken.

Lain tarkoitusta sallia usean osakkeenomistajan samassa suhteessa omistamien yhtiöiden sulautumiset sisaryhtiösulautumisena voidaan perustella yhtiödirektiivillä. Direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan mukaan (sisaryhtiö) sulautumisessa edellytyksenä on, että yhden henkilön hallussa ovat suoraan tai välillisesti kaikki sulautuvan yhtiön osakkeet *tai* sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden jäsenten hallussa olevat osakkeet jakautuvat samassa suhteessa kaikissa

54. HE 146/2022 vp, s. 182. Kursivoidut kohdat ovat kirjoittajan lisäämät.

sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä.<sup>55</sup> Toisin sanoen kyse on vaihtoehtoisista edellytyksistä. Artiklan mukaiset jälkimmäiset edellytykset täyttyvät sulautumisessa, jossa kaksi tai useampi luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö omistaa samassa suhteessa sekä sulautuvan että vastaanottavan yhtiön osakkeet.

Yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan yksinkertaistettuja muodollisuuksia sovelletaan sulautumisessa, kun sulautumisen toteuttaa henkilö, jonka hallussa ovat suoraan tai välillisesti kaikki sulautuvan ja vastaanottavan yhtiön osakkeet. Lisäksi artiklan mukaan yksinkertaistettuja muodollisuuksia sovelletaan, kun sisaryhtiösulautumisen toteuttaa yhtiö, joka omistaa kaikki äänestämään oikeuttavat sulautuvan yhtiön osakkeet. Direktiivin 132 artiklan määritelmät eivät sanamuodoltaan kata järjestelyä, jossa sulautuvalla tai vastaanottavalla yhtiöllä on useita osakkeenomistajia.

Muutosdirektiivin täytäntöönpanon yhteydessä selvennettiin OYL 16:1:n säännöksiä. Pykälän mukaan sulautuvan yhtiön osakkeenomistajat voivat suostumuksellaan luopua oikeudestaan saada sulautumisvastiketta. Lain esitöiden mukaan tällä pannaan täytäntöön muutosdirektiivillä yhtiödirektiiviin lisätty 119 artiklan 2 kohdan d alakohta, jossa säädetään (sisaryhtiö)sulautumista koskevasta määritelmästä. Sen lisäksi todetaan, että direktiivin tavoin edellytetään, viitaten OYL 16:2.2:iin, että yhden henkilön hallussa ovat suoraan tai välillisesti kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet tai että sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeenomistajien hallussa olevat osakkeet jakautuvat samassa suhteessa kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä.<sup>56</sup> Huomionarvoista on se, että esitöissä kytkentää ei tehdä tiukempaan direktiivin 132 artiklan 1 kohtaan vaan direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohtaan. Se sallii usean osakkeenomistajan samassa suhteessa omistamien yhtiöiden sulautumisen. Lisäksi viitataan toteuttamistapoihin, joissa sovelletaan yksinkertaistettuja muodollisuuksia, eli OYL 16:2.2:iin eikä tavallista sulautumista koskevaan OYL 16:2.1:iin. Nämä tukevat tulkintaa siitä, että lain tarkoituksena on mahdollistaa sisaryhtiösulautumista koskevien säännösten soveltaminen järjestelyihin, joissa kaksi tai useampi luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö omistaa samassa suhteessa kaikkien sulautuvien yhtiöiden osakkeet.

Lain esitöissä sisaryhtiösulautumista koskevien säännösten yhteydessä tuodaan esille, että välillisen omistuksen käsitettä on tulkittava suppeasti.<sup>57</sup> Usean osakkeenomistajan samassa suhteessa kokonaan omistamien yhtiöiden sulautumisessa ei kuitenkaan ole kyse välillisestä omistuksesta vaan välittömästä, vaikkakin suhteellisesta, omistuksesta. Toisaalla esitöissä sisaryhtiösulautumista koskevien säännösten yhteydessä todetaan, että sisaryhtiösulautumisen mää-

55. Kursivoitu kohta on kirjoittajan lisäämä.

56. HE 146/2022 vp, s. 182.

57. HE 146/2022 vp, s. 182.

ritelmä perustuu yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan johdantolauseeseen.<sup>58</sup> Direktiivin 132 artiklan 1 kohta ei kata samassa suhteessa omistettujen yhtiöiden sulautumista. Esitöiden viittaus direktiivin 132 artiklaan ei voine kuitenkaan kumota edellä mainittua samassa suhteessa omistettujen yhtiöiden sulautumista, joka on esitöissä sananmukaisesti sallittu. Toisaalta direktiiviä laajemmat oikeudet tai toteuttamistavat eivät estä direktiivin tarkoituksen saavuttamista.<sup>59</sup> Siten osakeyhtiölain säännösten salliessa direktiivi ja direktiivin tulkintavaikutus eivät estäne OYL 16 luvun mukaisten yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevien säännösten soveltamista kahden tai useamman osakkeenomistajan samassa suhteessa omistamien yhtiöiden sulautumisiin.

## 7. Näkökulmia sisaryhtiösulautumisen muihin edellytyksiin

Sisaryhtiösulautumista koskevat yhtiödirektiivin ja osakeyhtiölain säännökset eroavat toisistaan optio- ja erityisten oikeuksien omistusedellytyksiltään. Direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan yksinkertaistettuja muodollisuuksia sovelletaan järjestelyissä, joissa sulautumisen toteuttaa yhtiö, joka omistaa kaikki osakkeet ja muut arvopaperit, jotka oikeuttavat äänestämään sulautuvan yhtiön tai sulautuvien yhtiöiden yhtiökokouksessa. Luonnollisia henkilöitä koskeva edellytys on, että henkilöllä on suoraan tai välillisesti kaikki sekä sulautuvan että vastaanottavan yhtiön osakkeet. Sen sijaan OYL 16:2.2:n mukaisen sisaryhtiösulautumisen edellytyksenä on, että oikeushenkilö tai luonnollinen henkilö omistaa kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet sekä mahdolliset optio-oikeudet ja muut osakkeisiin oikeuttavat erityiset oikeudet.

Osakeyhtiölain 10:1:n mukaan yhtiö voi antaa erityisiä oikeuksia, jotka oikeuttavat maksua vastaan saamaan yhtiön osakkeita. Oikeudenhaltijalla voi olla optio-oikeus eli oikeus valita, merkitseekö hän osakkeita. Toisaalta oikeuteen voi liittyä sitoumus osakkeen merkintään. Osakkeisiin oikeuttavan optio- ja erityisen oikeuden haltijalla ei ole OYL 3:2:n mukaan äänioikeutta yhtiökokouksessa eikä OYL 16:9:n mukaan oikeutta äänestää sulautumisesta sulautuvan yhtiön yhtiökokouksessa.<sup>60</sup> Näistä syistä optio- ja erityisten oikeuksien haltijoilla ei olisi

58. HE 146/2022 vp, s. 183.

59. SEUT 288 artikla; yhtiödirektiivin johdanto-osan 49 ja 56 kappale; muutosdirektiivin johdanto-osan 6 ja 18 kappale ja asia C-201/02 Wells, kohta 57. Ks. myös asia C-28/95 Leur-Bloem, kohta 34; yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohdat 196–201; asia C-603/10 Pelati d.o.o., kohdat 16–20 ja asia C-110/13 HaTeFo GmbH, kohta 20.

60. Äänioikeuden optio- ja erityisten oikeuksien haltija saa osakkeiden merkinnän yhteydessä. OYL 9:9; OYL 9:14–16; OYL 10:3.1,5 ja OYL 10:7.1.



yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan tarkoittamaa oikeutta äänestää sulautuvan yhtiön yhtiökokouksessa.

Optio- ja erityisten oikeuksien asemasta määrätään sulautumissuunnitelmassa. Suunnitelmassa tulee esittää OYL 16:3.2:n 7 kohdan ja yhtiödirektiivin 122 artiklan g alakohdan mukaan selvitys optio- ja erityisten oikeuksien haltijoiden oikeuksista vastaanottavassa yhtiössä.<sup>61</sup> Direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan noudatettaessa sulautumista koskevia yksinkertaistettuja muodollisuuksia sulautumissuunnitelmassa esitettävistä selvityksistä voidaan poiketa. Poikkeussäännökset eivät kuitenkaan koske direktiivin 122 artiklan g alakohdan mukaisia optio- ja erityisistä oikeuksista annettavia selvityksiä.<sup>62</sup>

Yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan yksinkertaistettuja muodollisuuksia sovelletaan, kun yhtiö omistaa kaikki osakkeet ja äänestämään oikeuttavat arvopaperit tai kun henkilö omistaa kaikki sulautuvan yhtiön osakkeet. Optio- ja erityisten oikeuksien haltijoilla OYL 3:2:n ja OYL 16:9:n mukaan ei kuitenkaan ole äänioikeutta sulautuvan yhtiön yhtiökokouksessa. Kun lisäksi otetaan huomioon, että näiden oikeuksien haltijoiden oikeuksista määrätään sulautumissuunnitelmassa<sup>63</sup>, direktiivin sanamuodosta tai tarkoituksesta ei saatane tukea sellaiselle tulkinnalle, että sisaryhtiösulautumisessa osakkeenomistajan tulisi omistaa sulautuvan tai vastaanottavan yhtiön osakkeiden lisäksi (kaikki) optio- ja erityiset oikeudet. Kansallisia säännöksiä tulee tulkita normiharmoniaa tavoittelevalla tulkinnalla. Kansallisilla säännöksillä ei saa rajoittaa direktiivin tarkoituksen saavuttamista, eikä direktiivin 132 artiklassa ole säädetty jäsenvaltioille mahdollisuutta poiketa direktiivin säännöksistä.<sup>64</sup> Näiden perusteella osakeyhtiölain mukaista optio- ja erityisten oikeuksien omistusvaatimusta ei voitane sellaisenaan edellyttää kansallisessa sisaryhtiösulautumisessa.<sup>65</sup>

Osakeyhtiölaki ja yhtiödirektiivi rajoittavat sisaryhtiösulautumista koskevien säännösten soveltamista sulautumiseen, jossa osakkeita on järjestelyn ulko-

61. Yhtiödirektiivin 101 artiklan mukaan erityisten oikeuksien haltijoille tulee antaa heidän oikeuksiaan vastaavat oikeudet vastaanottavassa yhtiössä, ja OYL 16:16.3:n mukaan oikeuksien haltijoille syntyy oikeus sulautumisvastikkeeseen sulautumisen täytäntöönpanossa. OYL 16:10.2:n mukaan sulautuvan yhtiön on ilmoitettava optio- ja erityisten oikeuksien haltijoille näiden OYL 16:13:n mukaisesta lunastusoikeudesta. OYL 16:13:n mukaan näiden oikeuksien haltijat voivat vaatia oikeuksiansa lunastamista ja mahdollinen lunastusriita voidaan saattaa välimiesmenettelyn päätettäväksi.

62. Yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan sulautumisessa yksinkertaistettuja muodollisuuksia sovellettaessa ei noudateta 122 artiklan b, c, e ja m alakohtaa.

63. Yhtiödirektiivin 122 artiklan g alakohta ja OYL 16:3.2.7.

64. SEUT 288 artikla; yhtiödirektiivin johdanto-osan 49 ja 56 kappale; muutospäätöksen johdanto-osan 6 ja 18 kappale ja asia C-201/02 Wells, kohta 57. Ks. myös asia C-28/95 Leur-Bloem, kohta 34; yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohdat 196–201; asia C-603/10 Pelati d.o.o., kohdat 16–20 ja asia C-110/13 HaTeFo GmbH, kohta 20.

65. Yhtiödirektiivin tulkintavaikutus ulottuisi vastaavasti OYL 16:2.2:n mukaisiin tytäryhtiösulautumista koskeviin säännöksiin.

puolisten jäsenten hallussa. Osakeyhtiölain 16:2.2:n mukaan osakkeenomistajan tulee omistaa kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet. Esitöiden mukaan sulautumista ei kuitenkaan estä se, että sulautuvalla tai vastaanottavalla yhtiöllä on hallussaan omia osakkeitaan.<sup>66</sup> Esitöissä ei ole otettu kantaa siihen, voidaanko sisaryhtiösulautumista koskevia säännöksiä soveltaa silloin, jos vain yksi sulautuvan tai vastaanottavan yhtiön osakkeista on ulkopuolisen (vähemmistö)osakkeenomistajan hallussa ja tämä OYL 16:1:n mukaisesti luopuu oikeudestaan sulautumisvastikkeeseen. Suppeaa tulkintaa voidaan perustella tytäryhtiösulautumista koskevien säännösten tulkinnan vastaavuudella. Tytäryhtiösulautumisen yhteydessä lain esitöissä on nimenomaisesti todettu, että kukaan järjestelyn ulkopuolinen ei voi omistaa sulautuvien yhtiöiden osakkeita.<sup>67</sup> Lisäksi direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan ja direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan osakkeenomistajan tulee omistaa kaikki osakkeet. Yhtiödirektiivissä ei ole poikkeuksia, joilla voitaisiin perustella laajempaa tulkintaa tai vedota direktiivin tulkintavaikutukseen.

Osakeyhtiölain ja yhtiödirektiivin mukaan mahdollista on usean yhtiön samanaikainen sulautuminen sisaryhtiösulautumisena. Osakeyhtiölain mukaan sisaryhtiösulautumisessa luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö omistaa suoraan tai välillisesti kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeet. Lain sanamuodossa ja esitöissä ei ole rajoitettu sulautuvien yhtiöiden lukumäärää.<sup>68</sup> Direktiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan mukaan sulautumisessa yksi tai useampi yhtiö siirtää varat ja vastuut vastaanottavalle yhtiölle. Direktiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan puolestaan yhtiö omistaa sulautuvan yhtiön tai sulautuvien yhtiöiden osakkeet tai luonnollisen henkilön hallussa ovat sulautuvan yhtiön tai sulautuvien yhtiöiden osakkeet. Näin ollen OYL:n ja direktiivin mukaan muiden edellytysten täytyessä sisaryhtiösulautumista ja yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevia säännöksiä voidaan soveltaa usean yhtiön samanaikaisessa sulautumisessa.

Sisaryhtiösulautumisella tarkoitetaan vastikkeetonta sulautumista (OYL 16:2.2). Lain esitöiden mukaan sisaryhtiösulautumisen määritelmällä ei ole tarkoitus estää tai rajoittaa sulautumisvastikkeen käyttöä. Sisaryhtiösulautumisessa voidaan esimerkiksi verotuksellisista syistä antaa sulautumisvastiketta. Tällaiseen sulautumiseen ei kuitenkaan sovelleta OYL 16 luvun mukaisia sisaryhtiösulautumista koskevia säännöksiä. Lain säännökset perustuvat direktiiviin ja saavat tukensa siitä.<sup>69</sup> Yhtiödirektiivin 132 artiklan 1 kohdan mukaan sisaryhtiösulautumista koskevia yksinkertaistettuja muodollisuuksia sovelletaan sisaryhtiösulautumiseen, jos vastaanottava yhtiö ei anna sulautumisvastiketta.

66. HE 146/2022 vp, s. 182.

67. HE 109/2005 vp, s. 147.

68. HE 146/2022 vp, s. 182–183.

69. HE 146/2022 vp, s. 182–183.

Vastaavasti yhtiödirektiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan mukaan (sisaryhtiö)sulautumisessa ei anneta osakevastiketta. Direktiivi ei esitä vaihtoehtoisia toteuttamistapaa vastikkeelliselle sisaryhtiösulautumiselle, mutta vastikkeellisena järjestely täyttää direktiivin 119 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisen tavallisen sulautumisen määritelmän. Näin ollen sekä laki että direktiivi mahdollistavat vastikkeellisen sisaryhtiösulautumisen, jos järjestely toteutetaan tavallista sulautumista koskevin muodollisuuksin. Muutoinkin yhtiöiden sulautumiset, jotka eivät täytä osakeyhtiölain mukaisia sisaryhtiösulautumisen edellytyksiä, voidaan toteuttaa OYL 16:2.1:n 1 kohdan mukaisena tavallisena sulautumisena.<sup>70</sup> Tällöin järjestelyssä tulee soveltaa niin mahdollista osakevastiketta kuin muita tavallisen sulautumisen muodollisuuksia koskevia säännöksiä.

## 8. Johtopäätökset

Suomessa yhtiödirektiivin mukaisia sisaryhtiösulautumista koskevia säännöksiä sovelletaan sekä kansallisiin että rajat ylittäviin sulautumisiin.<sup>71</sup> Euroopan unionin oikeudessa direktiivit vaikuttavat kansalliseen oikeuteen tulkintavaikutuksen kautta. Tulkintavaikutus koskee tilanteita, joissa direktiivin säännökset on otettu osaksi kansallisia säännöksiä ilman direktiivin velvoittavuutta – direktiivin säännöksiin viitataan tai niitä otetaan osaksi kansallisia säädöksiä siten, että niitä sovelletaan sekä kansallisiin että direktiivillä säädettyihin tilanteisiin. Tulkintavaikutus kohdistuu myös tilanteisiin, joissa on kyse täysin jäsenvaltion sisäiseen tilanteeseen sovellettavasta kansallisesta säännöksestä.<sup>72</sup>

Osakeyhtiölain 16 luvun mukaiset sisaryhtiösulautumista ja yksinkertaistettuja muodollisuuksia koskevat säännökset poikkeavat yhtiödirektiivin 119 artiklan 2 kohdan d alakohdan ja direktiivin 132 artiklan 1 kohdan säännöksistä. Nämä erilaiset säännökset ja keskinäiset viittaukset tulkinnanvaraisuuksineen muodostavat käytännön soveltamistilanteisiin vaikeasti yhteensovitettavan yhtälön. Direktiivin tarkoitus on edistää sijoittautumisvapauden rajoitusten poistamista. Tästä huolimatta Euroopan unionin tuomioistuimen yhtiödirektiiviä ja tulkinnan kohteena olevia artikloja koskevien ratkaisujen puuttuessa ei voida yksiselitteisesti tulkita, miten direktiivi ja direktiivin tulkintavaikutus vaikuttavat

70. HE 146/2022 vp, s. 182.

71. HE 146/2022 vp, s. 91, 100, 177.

72. SEUT 288 artikla; yhtiödirektiivin johdanto-osan 49 ja 56 kappale; muutosdirektiivin johdanto-osan 6 ja 18 kappale ja asia C-201/02 Wells, kohta 57. Ks. myös asia C-28/95 Leur-Bloem, kohta 34; yhdistetyt asiat C-378/07 ja C-380/07 Angelidaki ym., kohdat 196–201; asia C-603/10 Pelati d.o.o., kohdat 16–20 ja asia C-110/13 HaTeFo GmbH, kohta 20.

direktiivistä poikkeavien kansallisten säännösten soveltamiseen. Yhdessä nämä heikentävät oikeudellisten ratkaisujen ennakoitavuutta.

Olennaisin ero osakeyhtiölain sekä yhtiödirektiivin mukaisen sisaryhtiösulautumisen välillä on se, että laista ja lain esitöistä on johdettavissa direktiiviä laajempia vaihtoehtoisia sisaryhtiösulautumisen toteuttamistapoja. Direktiivin tulkinnanvaraisuudesta ja tulkintavaikutuksesta huolimatta osakeyhtiölain säännökset selkeyttävät sisaryhtiösulautumista koskevia toteuttamistapoja, sillä ne yhdenmukaistavat luonnollisen henkilön ja oikeushenkilön omistamien yhtiöiden sulautumista koskevat säännökset. Lisäksi lain säännökset välillisestä omistuksesta luovat laajempaa joustavuutta sisaryhtiösulautumisen toteuttamistapoihin kuin direktiivi.

Osakeyhtiölain sisaryhtiösulautumista koskevat määritelmät eivät vastaa aikaisempia oikeuskirjallisuudessa käytettyjä määritelmiä.<sup>73</sup> Yhtiöoikeudelliset sisaryhtiösulautumisen määritelmät eivät myöskään vastaa kirjanpito- tai vero-oikeudellisia määritelmiä. Toisaalta muutosdirektiivillä tai osakeyhtiölain muutoksilla ei pyritä rajoittamaan tai sääntelemään kirjanpito- tai vero-oikeudellista sisaryhtiösulautumista.<sup>74</sup> Näin ollen muutosdirektiivin täytäntöönpanon myötä yhtiö-, kirjanpito- ja vero-oikeudellinen sääntely-ympäristö on käytännön soveltamistilanteissa laajentunut ja monimutkaistunut.

73. HE 146/2022 vp, s. 182.

74. Muutosdirektiivin johdanto-osan 53 kappale ja HE 146/2022 vp, s. 14, 99, 182.

## **Limited Liability Company Act includes new provisions on the merger of sister companies**

MINNA MURTO-UNKILA, D.Sc. (Econ.), M.Sc. (Admin.), University Lecturer, University of Eastern Finland

The Company Law Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council has been amended by EU Directive 2019/2121, which contains provisions concerning the mergers of sister companies. The provisions regarding the merger of sister companies have been added to the Finnish Limited Liability Companies Act and entered into force on 31 January 2023. The simplified formalities can be applied to merger of sister companies.

The provisions of the Finnish Limited Liability Companies Act differ from the definitions of and the implementing provisions for the merger of sister companies and simplified formalities under the Company Law Directive. There are several alternative methods for implementing sister company mergers, and the provisions do not constitute a logically coherent set of rules for implementation. Some provisions in the Finnish Limited Liability Companies Act are national and limited or broader compared to the Company Law Directive. Due to the absence of rulings on the Company Law Directive and the articles of the Court of Justice of the European Union, the predictability of judicial solutions is low.

The national definitions of and the implementing provisions for the merger of sister companies differ from the definitions and the implementing provisions of national accounting and taxation legislation. However, neither the Company Law Directive nor the Limited Liability Companies Act affect accounting and taxation legislation. Therefore, the practical implementation of corporate, accounting and taxation legislation has increased in complexity.



# Tilastollinen analyysi rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavista tekijöistä talousrikostuomioissa

**HAKUSANAT:** rikosoikeus, rangaistuksen määrääminen, talousrikos

## 1. Johdanto

Rangaistuksen mittaamista koskevalla normistolla on kaksi tehtävää: rajoittaa lainkäyttäjän harkintavaltaa ja ilmentää lainsäätäjän kantaa rikoksen vakavuuteen.<sup>1</sup> Rangaistuksen mittaamista on perinteisesti perusteltu melko suppeasti oikeuskäytännössä, ja nykyiselläänkin rangaistuksen määräämistä perustellaan usein melko heikosti.<sup>2</sup> Rangaistuksen määrääminen on kuitenkin keskeinen osa rikosasian oikeudenkäyntiä ja tuomiota, ja siihen liittyvät ratkaisut ovat rikosasian vastaajan kannalta erityisen merkittäviä. Rangaistusta määrittäessä keskeinen rajanveto tehdään usein ehdollisen ja ehdottoman rangaistuksen välillä. Tällä valinnalla on huomattavan suuri merkitys rangaistuksen ankaruuden kannalta.<sup>3</sup>

Rangaistuksen määräämistä on tutkittu useilla empiirisillä metodeilla sekä lainopillisella metodilla, minkä perusteella Suomessa on todettu, että rangaistusasteikon laajuuden ja rangaistuksen välinen yhteys on heikko – mitä vakavammista rikoksista on kyse, sitä alemmaa osaa rangaistusasteikosta tyypillisesti käytetään.<sup>4</sup> Asteikon minimirangaistuksella onkin rangaistusmaksimia suurempi vaikutus rangaistuksen mittaamisessa.

\* *Eelis Paukku*, OTT, KTM, DI, KHT, vieraileva tutkija, Lapin yliopisto – *Minna Kimpimäki*, OTT, VT, professori, Lapin yliopisto. Empiirinen osio on kokonaan Paukun toteuttama, ja artikkelin muut osat on laadittu yhdessä.

1. Mika Sutela, Rangaistusten jakautuminen rangaistusasteikkojen rajoissa oikeuskäytännössä. *Defensor Legis* 2/2020, s. 215–229, 215.

2. Heikki Kempainen, Rangaistuksen määräämisen perusteleminen. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2021 sekä Heikki Kempainen, Korkeimman oikeuden ratkaisujen vaikutus rangaistuksen mittaamisen perustelemiseen alemmissa oikeusasteissa. *Defensor Legis* 6/2017, s. 853–866, 853–854, 865–855.

3. Mika Sutela, Ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välinen lajivalinta oikeuskäytännössä. *Defensor Legis* 3/2016, s. 401–409, 401.

4. Sutela 2020, s. 228–229.

Tämän tutkimuksen tarkoituksena on tarkastella talousrikosten rangaistus-käytäntöä. Aiemman tutkimuksen perusteella rikoshyödyn tai -vahingon määrä<sup>5</sup> on keskeinen seikka rangaistuksen määräämisessä talousrikoksissa.<sup>6</sup> Tutkimuk- sessa vastataan kahteen kysymykseen:

1. Mikä on rikoshyödyn ja rangaistuksen määrän suhde talousrikoksissa?
2. Millainen on rangaistuksen mittaamisen ja lajinvalinnan keskinäissuhde talousrikoksissa?

Tutkimuksen kontribuutio on pääasiassa akateeminen, mutta sitä voidaan hyö- dyntää myös käytännön ratkaisutyössä tehtäessä päätöksiä rangaistusten määrää- misestä. Tutkimus tuottaa uutta empiiristä tietoa sellaisen aineiston avulla, jota ei ole käytetty ennen kotimaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa. Tutkimus tarkastelee myös sellaisia kysymyksiä, joita ei ole aikaisemmin tarkasteltu koti- maisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa empiirisen aineiston avulla.

Rangaistuksen määräämistä talousrikoksissa on tutkittu Helsingin ho- vioikeuspiirin laatuhankeessa vuonna 2015.<sup>7</sup> Tätä ennen asiaa on tutkittu Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedoksiannossa.<sup>8</sup> Kummankaan tutkimuksen menetelmät eivät kuitenkaan olleet matemaattisesti kovin syvällisiä, eikä myöskään rangaistusteorian lähtökohtia käyty kovin perusteellisesti läpi. Lisäksi korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö on 2010-luvun alkupuoliskon jälkeen ohjannut rangaistuskäytäntöä niin, että hyödyn merkitys rangaistuksen määräämisessä on laskenut ja muiden seikkojen korostunut.<sup>9</sup>

Molempien edellä mainittujen tutkimusten kvantitatiiviset menetelmät kes- kittivät lähinnä prosenttilaskuihin, eikä niiden perusteella voida esittää kovin- kaan vahvoja johtopäätöksiä monimutkaisista syy-seuraussuhteista. Hyödyn ja rangaistuksen suhdetta on tässä kirjoituksessa tarkoitettu tarkastella huomatta- vasti analyttisemmin kvantitatiivisen tutkimuksen metodein regressioanalyy- sillä, jolla voidaan selvittää tiettyjen seikkojen keskinäisriippuvuus ja kertoa, millä varmuudella havainto pitää paikkansa. *Heikki Kempainen* on todennut rangaistuksen perustelemista käsittelevässä tutkimuksessaan täysin oikein, että

5. Käyttämämme termi ”rikoshyöty” kattaa tässä tutkimuksessa saavutetun hyödyn ja tavoitellun hyödyn sekä aiheutetun vahingon ja aiheutetun vahingon vaaran. Tieto näistä on kerätty tuo- mioiden perusteluista. Menettämisseuraamusta tai vahingonkorvausta ei kaikissa tapauksissa tuomittu, koska esimerkiksi osa verorikoksista syytetyistä oli jo maksanut verovelat, eikä saavu- tetun hyödyn, tavoitellun hyödyn, aiheutetun vahingon ja aiheutetun vahingon vaaran määriä siksi välttämättä tarkasti eritelty kaikkien tuomioiden perusteluissa.
6. Helsingin hovioikeus, Rangaistuksen määrääminen talousrikoksissa. Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke 2015, s. 11.
7. Helsingin hovioikeus 2015.
8. Hannu Niemi – Martti Lehti, Eräiden talousrikosten rangaistuskäytäntöjä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedoksiantoja 2014, s. 71.
9. Helsingin hovioikeus 2015, s. 11.3

pienellä otannalla tehty tutkimus on riittävä suuntaa antavien johtopäätösten tekemistä varten.<sup>10</sup> Tämän tutkimuksen tavoite on kuitenkin käyttää sellaisia kvantitatiivisia menetelmiä, joilla voidaan tehdä lähes varmoja johtopäätöksiä tai ainakin johtopäätöksiä, joiden varmuustaso voidaan ilmaista numeraalisesti.

Tutkimus jakautuu viiteen päälukuun, joista johdantoa seuraava luku kaksi sisältää kuvauksen rangaistusjärjestelmän tavoitteista ja sisällöstä. Luvussa kolme rangaistuksen määräämistä talousrikoksissa tarkastellaan lainopillisen tutkimuksen keinoin. Luku neljä sisältää tutkimuksen empiirisen osion, jossa tarkastelemme talousrikostuomioita kvantitatiivisin menetelmin. Tämän metodin ja käytetyn aineiston kuvaamme tarkemmin alaluvussa 4.1. Alaluku 4.2. sisältää tulosten kuvauksen. Luku viisi sisältää yhteenvedon.

## 2. Rangaistusjärjestelmän tavoitteista ja sisällöstä

Rangaistuspolitiikka on nimensä mukaisesti politiikkaa, jossa toteutetaan yhteiskunnan tahtoa poliittisten instituutioiden kautta.<sup>11</sup> Rangaistusjärjestelmällä on kaksi tavoitetta: retribuutio eli kosto ja sovitus sekä preventio eli tulevien rikosten estäminen.<sup>12</sup> Rangaistusjärjestelmän viimekätinen tavoite on rangaista tekijää sellaisesta toiminnasta, jota yhteiskunta ei pidä hyväksyttävänä.<sup>13</sup> Suomessa järjestelmä pyrkii painottamaan yhteiskunnallista etua koston kustannuksella, jotta rikoksista ja rangaistuksista aiheutuvat vahingot yhteiskunnalle saataisiin minimoitua.<sup>14</sup> Yleispreventio onkin keskeisessä roolissa suomalaisessa rangaistusteoreettisessa ajattelussa, vaikkakin myös sovitussajatteluun pohjautuva näkemys rangaistuksesta kommunikaationa on saanut viime aikoina lisääntyvässä määrin kannatusta. Yleisprevention muodoista Suomessa ja muissa Pohjoismaissa on painotettu ennen kaikkea välillistä yleispreventiota, jossa olennaista on pelotusvaikutuksen sijaan rangaistuksen moraalialueita ja lainkuuliaisuutta vahvistava vaikutus.<sup>15</sup>

10. Kemppinen 2017, s. 863.

11. Heather Schoenfeld, A research agenda on reform: penal policy and politics across the States. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 664(1) 2016, s. 155–174.

12. Jussi Matikkala, Rikosoikeudellinen seuraamusjärjestelmä. Toinen uudistettu painos. Edita Publishing 2021, s. 5–6.

13. Joseph Heffner – Oriël FeldmanHall, Why we don't always punish: Preferences for non-punitive responses to moral violations. *Scientific Reports* 9(1) 2019, s. 1–13.

14. Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Tatu Hyttinen, Rikosoikeuden yleinen osa: vastuuoppi. Kolmas uudistettu painos. Alma Talent 2019, s. 32–36.

15. Ks. tästä esim. Heli Korkka-Knuts – Dan Helenius – Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. Edita 2020, s. 21–24; Jalo Vatjus-Anttila, Seuraamusjärjestelmämme rangaistusteoreettisten painotuksien muutokset, s. 89–113 teoksessa Esko Yli-Hemminki – Sakari Melander – Kimmo



Vaikka pelotuspreventio on menettänyt merkitystään suomalaisessa rangaistusteoreettisessa ajattelussa, on kuitenkin syytä huomata, että pelotusvaikutus voi olla erilainen eri rikostyypeissä ja erilaisissa tilanteissa. Pelotusvaikutus on helpommin yhdistettävissä harkitusti ja mahdollisia seurauksia punniten tehtyihin talousrikoksiin kuin perinteisiin väkivalta- ja omaisuusrikoksiin.<sup>16</sup> Suomessa onkin perinteisesti ajateltu, että talousrikokset tehdään suunnitelmallisesti, jolloin niiden rangaistuksen tulisi perustua ennaltaehkäisyyn ja rangaistustaso tulisi mitoittaa nimenomaan siitä näkökulmasta, että rikos ei kannattaisi.<sup>17</sup> Myös toisensuuntaisia näkemyksiä on kuitenkin esitetty ja todettu, että talousrikokset ja varsinkin niiden taustalla olevat motiivit ovat hyvin heikosti ymmärrettyjä. Siksi edellä kuvattu ajatus- ja toimintamalli ei välttämättä johda tehokkaaseen preventioon.<sup>18</sup>

Ankarampiin rangaistuksiin liittyvän prevention vaikutus on ylipäättään kyseenalaistettu jo pitkään, ja on mahdollista, ettei sanktioankaruuden koventaminen vaikuta rikosten ennaltaehkäisyyn.<sup>19</sup> Laajasti omaksuttu näkemys onkin, että koettu kiinnijäämisriski vaikuttaa rikoksenteleopäätökseen enemmän kuin sanktioankaruus. Siksi rangaistusuhien tehokkuuteen vaikuttavat myös rangaistusten toimeenpantavuus ja valvonnan onnistuminen.<sup>20</sup> Olennaista on myös huomata, että yleispreventioon kytkeytyvät tavoitteet tulevat huomioiduksi kriminaalipoliittisella tasolla – rikossäännöksiä ja niiden rangaistusuhkia säädettyä. Konkreettisesti rangaistuksen mittaamisessa rangaistuksen yleispreventiiviset vaikutukset eivät sen sijaan tule huomioitavaksi.<sup>21</sup>

Suomessa kriminaalipolitiikan tavoitteiksi on määritelty seuraavat: 1) rikosten ehkäiseminen, 2) ennustettavan ja oikeudenmukaisen rikosoikeusjärjestelmän ylläpito, 3) luotettavan rikosseuraamusjärjestelmän toiminnan varmistaminen sekä 4) rikosvahinkojen ja rikollisuuskontrollin aiheuttamien kustannusten minimoiminen ja oikeudenmukainen jakaminen.<sup>22</sup> Erityisesti viimeiseen kohtaan sisältyy myös ajatus, että yksityisille tahoille aiheutuvat kärsimykset voi-

Nuotio (toim.), Rikoksen ja rangaistuksen filosofia. Gaudeamus 2022, s. 92–93, 104 ja Matti Tolvanen, Rangaistusteoria – Mitä ne ovat ja mihin niitä tarvitaan. Oikeus 3/2009, s. 358–379, 360–362, 365–367.

16. Tolvanen 2009, s. 359 ja Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 22.

17. Matikkala 2021, s. 7–8.

18. Sally S. Simpson, White-Collar Crime: A Review of Recent Developments and Promising Directions for Future Research. *Annual Review of Sociology* 39(1) 2013, s. 309–331.

19. Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuskäytännön hinta, s. 181–214 teoksessa Petri Jääskeläinen – Pekka Koskinen – Martti Majanen (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII. Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2006, s. 203–205.

20. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi rikoslain 48 a luvun, pakkokeinolain ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta 221/2010 vp, s.10.

21. Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 24.

22. Oikeusministeriön kriminaalipoliittinen toimintaohjelma vuosille 2007–2012. Oikeusministeriön toiminta ja hallinto 2007:13. Oikeusministeriö 2007, s. 4.

daan ottaa huomioon kriminalisoinneista seuraavina haittoina, minkä vuoksi rangaistuksen ankaruus on välttämätöntä suhteuttaa teon moitittavuuteen ja haitallisuuteen.<sup>23</sup> Rangaistusajattelu ja rangaistuksen mittaaminen perustuvatkin Suomessa pitkälti teon moitittavuuden arviointiin.<sup>24</sup>

### 3. Rangaistuksen määräämisestä talousrikoksissa

#### 3.1. Rangaistuksen määräämisen lähtökohdat

Rangaistuksen määräämisen pääsääntö on rikoslain (39/1889) 6 luvun 4 §:ssä ja kuuluu seuraavasti:

”Rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttamiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen.”

Rangaistuksen mittaamisessa lähtökohtana on, että tekoa verrataan eräänlaiseen hypoteettiseen rikostyyppiin keskivertorikokseen ja rangaistus määritetään sen mukaan, mikä on poikkeama tästä hypoteettisesta keskivertorikoksesta.<sup>25</sup> Tätä määräämistapaa kutsutaan normaalirangaistusajatteluksi.<sup>26</sup> Normaalirangaistusajattelua on hyödynnetty myös talousrikoksia koskevassa tutkimuksessa.<sup>27</sup>

Käytännössä vahingollisuus ja vaarallisuus on rangaistuksen määräämisen lähtökohta, koska rikosoikeusjärjestelmämme on tekorikosoikeudellinen eli periaatteessa rangaistus arvioidaan itse teon perusteella.<sup>28</sup> Teon vahingollisuus ja vaarallisuus arvioidaan rikostunnusmerkistön suojeluintressin mukaan.<sup>29</sup> Ran-

23. Sakari Melander, *Kriminalisointiteoria: rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 489–490.

24. Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsitteiksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi 94/1993 vp, s. 178–179.

25. Tapio Lappi-Seppälä, *Seuraamusjärjestelmän pääpiirteet*, luku 5.9 teoksessa Tapio Lappi-Seppälä – Kaarlo Hakamies – Sakari Melander – Kimmo Nuotio – Timo Ojala – Ilkka Rautio, *Rikosoikeus*. Alma Talent 2022, s. 165–168.

26. Timo Haikonen, *Rangaistuksen määrääminen talousrikosasioissa – ehdollinen vai ehdoton vankeusrangaistus?*, s. 101–126 teoksessa Tuomioistuinelaitos (toim.), *Rangaistuksen määrääminen*. Tuomioistuinelaitos 2013, s. 103–104. Tästä rangaistuksen määräämisen mallista on käytetty myös nimitystä ”tyyppirangaistusajattelu”. Ks. Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Heikki Kempainen, *Rikosoikeus – Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano*. Alma Talent 2022, s. 30. Näistä termeistä ”tyyppirangaistus” on osuvampi ja kuvaavampi mutta ”normaalirangaistus” vakiintuneempi.

27. Niemi – Lehti 2014, s. 39.

28. Jalo Vatjus-Anttila, *Rikosentekijän valinnanvapaus rikoksen selvittämisessä – uudenlainen tulkintamalli ja syyllisyysajattelu*. Oikeus 3/2020, s. 306–322, 306.

29. Tapani – Tolvanen – Kempainen 2022, s. 50–53.

gaistuksen määräämisessä teon vaikuttimien painoarvo ei ole yhtä suuri kuin teon vahingollisuus ja vaarallisuus.<sup>30</sup> Ylipäätään teon vaikuttimiin tulisi rangaistuksen määräämisessä suhtautua pidättyvästi.<sup>31</sup> Kirjallisuudessa on myös esitetty, että talousrikoksissa teon vaikuttimia ei tarvitsisi erikseen arvioida, koska teon tavoitteena on rahallisen hyödyn saaminen, jolloin teon vaikuttimet tulevat riittävällä tavalla käsitellyksi arvioitaessa teon vahingollisuutta teolla tavoitellun tai saadun hyödyn rahamäärän kautta.<sup>32</sup> Toisaalta on myös esitetty, että vahingon määrän kasvaessa olisi rangaistuksen määräämisen painopistettä siirrettävä yhä enemmän teon motiiviin perustuvaksi.<sup>33</sup>

Rangaistuksen määräämisen kannalta relevantti syyllisyys, mittaamissyylisyys, liittyy siihen, minkä asteista henkilön tahallisuus on ollut ja onko tekijällä ollut tarkoitus aiheuttaa tunnusmerkistön mukainen seuraus. Mittaamisen kannalta merkitystä on myös sillä, minkä asteinen tahallisuus on tavanomaista tarkasteltavana olevassa rikostyyppissä.<sup>34</sup> Tämä on talousrikosten kannalta olennaista, sillä tällaiset rikokset ovat tyypillisesti harkittuja ja tavoitteellisia ja usein myös suunnitelmallisia. Teon suunnitelmallisuus vaikuttaa rangaistuksen määräämiseen, koska suunnitelmallinen teko ilmentää suurempaa tekoväryyttä ja mittaamissyylisyyttä.<sup>35</sup>

### 3.2. Teon moitittavuuden arviointi talousrikoksissa

Lähes kaikissa omaisuuteen ja varallisuuteen kohdistuvissa rikoksissa rikoshyödyn määrä on kvalifointiperusteena törkeän ja tavallisen tekemuodon välillä. Hyötyä mitataan euromääräisesti, mutta kvalifointiin vaadittava euromäärä on eri rikostyypeissä erilainen. Kvalifointiperusteet on myös muotoiltu eri tavoin eri rikostyypeissä. Esimerkiksi törkeää velallisen epärehellisyyttä koskevan säännöksen mukaan velallisen epärehellisyydessä joko tavoitellaan huomattavaa hyötyä tai aiheutetaan huomattavaa tai erityisen tuntuva vahinkoa velkojille. Törkeää varkautta koskevassa säännöksessä taas käytetään termejä ”erittäin arvokas omaisuus” ja uhrin olot huomioiden ”erityisen tuntuva vahinko”. Vahinko- ja hyötytunnusmerkkejä ei voi tulkita samalla tavalla, koska huomattava hyöty on eri asia kuin erityisen tuntuva vahinko, joka on ainakin jossain määrin sidottu rikoksen uhrin asemaan.

30. Reima Kukkonen, *Velallisen rikokset: tunnusmerkistöt ja yleiset opit*. Edita Publishing 2018, s. 325–326.

31. Tapio Lappi-Seppälä, *Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus III*. Lakimies 3/2004, s. 422–450, 439–440.

32. Haikonen 2013, s. 107–108.

33. Helsingin hovioikeus 2015, s. 12.

34. Tapani – Tolvanen – Kemppinen 2022, s. 56.

35. Tapani – Tolvanen – Kemppinen 2022, s. 60.

Korkein oikeus on todennut ratkaisussaan KKO 2015:52 perusteluiden kohdissa 10 ja 11, että kvalifiointiperusteen arvioinnin tulisi olla samanlaista toisiaan vastaavissa rikoksissa. Korkein oikeus on myös antanut useita kvalifiointia yhtenäistäviä ennakkoratkaisuja.<sup>36</sup> Esimerkiksi ympäristörikoksissa ei kuitenkaan sovelleta samaa euromäärää kuin vero- ja varkausrikoksissa, koska muutoin lähes kaikki ympäristörikokset olisivat törkeitä.<sup>37</sup> Korkein oikeus on toisaalta korostanut ratkaisuisa 2013:92 ja 2013:93 sitä, että rangaistusta mitattaessa tulisi huomioida tapauskohtaisesti myös muita teon vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen liittyviä seikkoja.

Teon moitittavuuden arvioinnissa huomioidaan muiden seikkojen ohella myös törkeän tekemuodon kvalifiointiperusteissa mainitut tekijät ja teon moitittavuutta punnitaan niiden avulla.<sup>38</sup> Kaikissa merkittävässä talousrikoksissa tavoitellun tai saadun hyödyn taloudellinen arvo on jollain tavalla kvalifiointiperusteena törkeän ja perusmuotoisen tekemuodon välillä. Törkeässä veropetoksessa (RL 29:2) ”tavoitellaan huomattavaa taloudellista hyötyä”, törkeässä kirjanpitorikoksessa (RL 30:9 a) ”väärin tai harhaanjohtavien tietojen määrä on huomattavan suuri, ne koskevat suuria summia tai ne perustuvat sisällöltään väärin tositteisiin”, törkeässä rahanpesussa (RL 32:7) ”rikoksen kautta saatu omaisuus on ollut erittäin arvokas”, ja törkeässä velallisen epärehellisyydessä (RL 39:1 a) ”tavoitellaan huomattavaa hyötyä”.

Törkeiden talousrikosten kvalifioinnin euromäärä on muodostunut oikeuskäytännössä<sup>39</sup>, ja näitä oikeuskäytännössä tehtyjä talousrikoksiin liittyviä kvalifiointirajanvetoja on koottu yhteen tuomioistuinten lauluhankkeissa.<sup>40</sup> Törkeän veropetoksen raja on noin 20 000 euron kohdalla.<sup>41</sup> Törkeässä velallisen epärehellisyydessä huomattavan hyödyn määrä on vaihdellut noin 8 000 eurosta yli 20 000 euroon.<sup>42</sup> Törkeän velallisen epärehellisyyden toinen tekotapa, huomattavan vahingon aiheuttaminen velkojille, arvioidaan samalla rahallisella asteikolla, mutta on ensimmäisestä tekotavasta erillinen, koska tällaisissa velallisen epärehellisyyden tapauksissa tekijällä ei välttämättä ole hyötymistarkoitusta.<sup>43</sup> Hovioikeuden lauluhankkeessa on vuonna 2015 todettu, että oikeuskäytän-

36. Ks. esim. KKO 2005:119, KKO 2007:102, KKO 2015:52 sekä KKO 2019:33.

37. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 48 luvun muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 55/2015 vp, s. 19. Käytännössä ympäristörikoksissa puhutaan aina useiden tuhansien rikosvahingoista, ks. tarkemmin Eelis Pauku, *Environmental crime in a welfare state - a case study on the prosecution of environmental crimes in Finland 2015-2020*. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 2021.

38. Heidi Nummela, *Rangaistuksen mittaaminen ympäristörikoksissa*, s. 127–146 teoksessa *Tuomioistuinlaitos (toim.), Rangaistuksen määrääminen*. *Tuomioistuinlaitos 2013*, s. 143–144.

39. Lappi-Seppälä 2022.

40. Helsingin hovioikeus 2015, s. 12.

41. Helsingin hovioikeus 2015, s. 11.

42. Kukkonen 2018, s. 126–127.

43. Kukkonen 2018, s. 130–131.

nössä ei ole muodostunut selvää rajaa teon kvalifioimiselle törkeäksi velallisen epärehellisyys -rikoksissa.<sup>44</sup> Taloudellisen hyödyn kannalta on todettu lainsäätäjän tarkoituksena olleen, että toisiaan vastaavissa teoissa törkeysarvostelun tulisi olla pohjimmiltaan samanlaista rikosnimikkeestä riippumatta.<sup>45</sup> Korkein oikeus onkin tuoreemmassa ratkaisukäytännössään pyrkinyt korostamaan, että vertailukohtana törkeysarvostelussa käytetään muita omaisuus- ja vaihdantarikoksia.<sup>46</sup>

Tässä käsitellyistä rikoksista kaikkein haastavinta on todennäköisesti törkeän rahanpesun kvalifioinnin arviointi. Hallituksen esityksessä on mainittu useita tulkintaa vaikeuttavia seikkoja.<sup>47</sup> Esityksessä lähdettiin siitä, että koska rahanpesu on törkeämpi kuin muut kätkemisrikokset, tulisi törkeän rahanpesun kvalifioinnin euromääräisen rajan olla huomattavasti korkeammalla kuin muissa kätkemisrikoksissa. Käytännössä raja on kuitenkin asetunut muiden törkeiden talousrikosten rajan alapuolelle.<sup>48</sup> Toisaalta törkeän rahanpesurikoksen kvalifiointia on ylipäättään kritisoitu siitä, että asteikko on suhteellisen ankara verrattuna muihin talousrikoksiin, vaikka tällaiselle moitittavuuserolle on vaikea löytää perusteluja.<sup>49</sup> Hallituksen esityksessä todettiin myös, että kvalifioinnissa käytettävän rahamäärän arvioinnissa huomioidaan se, millä esirikoksella rahanpesun kohteena olevat varat on saatu. Tätä esityksen lausumaa on kritisoitu oikeuskirjallisuudessa.<sup>50</sup> Esitetty tulkintatapa ei kritiikin mukaan edistä lainkäytön ennakoitavuutta ja on myös kriminaalipoliittisesti ongelmallinen, koska jälkiteon rangaistuksen sitominen esirikokseen viestisi, että joissain tapauksissa rikoshyödyn peittely on hyväksyttävämpää kuin toisissa.<sup>51</sup>

Rikoshyödyn ohella toinen talousrikosten moitittavuutta arvioitaessa huomioitava tekijä on erityinen suunnitelmallisuus. Törkeissä talousrikoksissa suunnitelmallisuus esiintyy myös kvalifiointiperusteissa. Törkeässä veropetoksessa (RL 29:2), törkeässä rahanpesussa (RL 32:7) ja törkeässä velallisen epärehellisydessä (RL 39:1 a) kvalifiointiperusteen muodostaa se, jos ”rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti”. Näistä poiketen erityinen suunnitelmallisuus ei esitöiden mukaan sellaisenaan sovellu törkeän kirjanpitorikoksen ankaroitamisperusteeksi. Sen sijaan kirjanpitorikoksen kvalifioiminen törkeäksi on sidottu

44. Helsingin hovioikeus 2015, s. 17.

45. Kukkonen 2018, s. 127–128.

46. Kaarlo Hakamies, Velallisen rikokset, luku 27 39:1a § teoksessa Tapio Lappi-Seppälä – Kaarlo Hakamies – Sakari Melander – Kimmo Nuotio – Timo Ojala – Ilkka Rautio, Rikosoikeus. Alma Talent 2022, s. 1346–1348.

47. Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden rikoslain talousrikossäännösten ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi 53/2002 vp, s. 38.

48. Tatu Hyttinen, Rahanpesu ja rikosvastuu: Teoria ja käytäntö. Alma Talent 2021, s. 544–546.

49. Hyttinen 2021, s. 538–539.

50. Jussi Tapani, Rahanpesu, s. 683–794 teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg (toim.), Keskeiset rikokset. Neljäs painos. Edita Publishing 2018, s. 792–794.

51. Hyttinen 2021, s. 545–547.

kirjanpidon luotettavuudelle aiheutuvaan vahinkoon.<sup>52</sup> Käytännössä erityinen suunnitelmallisuus huomioidaan kaksinkertaisen kvalifioinnin välttämiseksi periaatteessa vain rajanvedossa perusmuotoisen ja törkeän tekemuodon välillä eikä enää rangaistuksen määräämisessä tekemuodon sisällä, jos teosta ei ilmene rikoslajille poikkeuksellista suunnitelmallisuutta.<sup>53</sup>

Käytännössä törkeissä talousrikoksissa ja etenkin törkeässä veropetoksessa erityinen suunnitelmallisuus tarkoittaa järjestelmällisesti ja laajamittaisesti väärin tehtyä kirjanpitoa.<sup>54</sup> Törkeää velallisen epärehellisyyttä tarkasteltaessa oikeuskirjallisuudessa ei sen sijaan nimenomaisesti mainita kirjanpitoa vaan tyypillisesti mainittavia suunnitelmallisuutta ilmentäviä tekijöitä on kuvattu seuraavasti: ”Erityisesti pitkäaikaiset valmistelutoimet, valeoikeustoimet, erityistä taitoa ja vaivannäköä edellyttävät täytäntöönpanotoimet sekä neuvonantajien ja välikäisien käyttäminen ovat viitteitä teon suunnitelmallisuudesta.”<sup>55</sup> Käytännössä tällaisiin toimiin liittyy usein myös väärin tehty kirjanpito, joka on keskeisessä roolissa eri talousrikosten ilmitulon peittelyssä.<sup>56</sup> Törkeä rahanpesu kuuluu rikoksiin, joissa väärin tehdyn kirjanpidon rooli ei välttämättä ole niin tärkeä. Törkeän rahanpesun luonteen vuoksi merkittävämmässä roolissa kvalifioinnissa ovat erityisen ammattitaidon käyttäminen, rahanpesuun erikoistunut organisaatio sekä monimutkaiset järjestelyt, joihin liittyy useita yhtiöitä.<sup>57</sup> Verorikoksissa rikoshyödyn määrä on merkittävin peruste kvalifioinnille törkeän ja perusmuotoisen tekemuodon välillä.<sup>58</sup> Törkeissä veropetoksissa rangaistus pohjautuu tavalisimmin vahvasti rikoshyödyn euromäärään eikä erityistä suunnitelmallisuutta huomioida erityisen merkittävästi kaksinkertaisen kvalifioinnin välttämiseksi.<sup>59</sup>

Erityinen suunnitelmallisuus on myös RL 6:5:n mukainen rangaistuksen koventamisperuste. Talousrikokset vaativat muutoinkin yleensä jonkintasoista suunnitelmallisuutta, joten koventamisperusteen soveltaminen edellyttää perusteosta erityisen paljon poikkeavaa suunnitelmallisuutta.<sup>60</sup> Esimerkiksi tapauksessa KKO 2017:41 todettiin, että useita eri toimia ja jatkuvasti eri rikoksenteleopäätöksiä sekä eriytyntä tehtävänjakoa edellyttänyt menettely oli ”tällaiselle rakennusalan talousrikollisuudelle tyypillistä”. Korkein oikeus myös totesi ratkai-

52. HE 53/2002 vp, s. 34–35.

53. Ville A. Saarinen, Kaksinkertaisen kvalifioinnin kiellon vaikutus rangaistuksen määräämiseen. Edilex 2021/56, s. 5.

54. Eelis Pauku, Verotuksen kirjanpitosidonnaisuudesta erkaantumisen vaikutukset kirjanpitorikoksen ja veropetoksen yhteyteen. Edilex 2021/47, s. 11. (Pauku 2021a)

55. Hakamies 2022, s. 1347–1348.

56. Pauku 2021a, s. 11–14.

57. Tapani 2018, s. 792–793.

58. Helsingin hovioikeus 2015, s. 31.

59. Jussi Tapani, Veropetos, s. 663–685 teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg (toim.), Keskeiset rikokset. Neljäs painos. Edita Publishing 2018, s. 684–685.

60. Helsingin hovioikeus 2015, s. 12–13.

sussaan, että kvalifointiperuste täyttyi kyseisessä tapauksessa mutta koventamisperusteen soveltaminen edellyttäisi erityisen voimaperäistä ja poikkeuksellisen perinpohjaista suunnitelmallisuutta, joka poikkeaisi merkittävästi tavallisesta talousrikoksesta.

Näyttääkin siltä, ettei suunnitelmallisuus vaikuta merkittäväällä tavalla rangaistuksen määräämiseen talousrikostapauksissa. Etenkin silloin, jos suunnitelmallisuus on jo huomioitu kvalifointiperusteissa, sen rooli rangaistuksen mittaamisessa jää törkeissä tekemuodoissa todennäköisesti vähäiseksi. Tapauksissa, joissa kvalifointi on tehty rikoshyödyn tai -vahingon perusteella, suunnitelmallisuuden merkitys rangaistuksen määräämisessä jääkin todennäköisesti hyödyn tai vahingon määrää pienemmäksi, joskin hyödyn suuri määrä voi jo itsessään ilmentää myös teon suunnitelmallisuutta.

### 3.3. Lajinvalinta osana rangaistuksen määräämistä

Rangaistuksen määräämisessä voidaan erottaa viisi osaratkaisua<sup>61</sup>, jotka vaikuttavat kaikkiin seuraaviin osaratkaisuihin: 1) rangaistusasteikon valinta, 2) rangaistuslajin valinta, 3) rangaistuksen mittaaminen, 4) vähennykset ja 5) muut rangaistusta koskevat lausumat.<sup>62</sup> Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua siitä, missä järjestyksessä rangaistuksen määräämisen osaratkaisut tulisi tehdä. Keskustelu on liittynyt ennen kaikkea siihen, tulisiko rangaistuslaji valita ennen rangaistuksen mittaamista vai päinvastoin. Kannatusta on saanut näkemys, jonka mukaan rangaistuslaji tulisi valita ennen rangaistuksen mittaamista, mitä on perusteltu sillä, että ensin tulisi tehdä ne päätökset, joilla on suurin relevanssi lopputuloksen kannalta.<sup>63</sup> Kempainen on kuitenkin kyseenalaistanut sen, missä määrin tätä järjestystä noudatetaan tai on ylipäätään mahdollista noudattaa käytännössä.<sup>64</sup> Lajinvalinta ja rangaistuksen mittaaminen ovatkin monella tapaa toisiinsa kytkeytynyt kokonaisuus<sup>65</sup>, eikä lajinvalintaa ole kaikilta osin edes mahdollista tehdä ennen kuin rangaistus on mitattu.<sup>66</sup> Rangaistuksen määrää-

61. Myös hienovaraisempia jaotteluja voidaan tehdä. Heikki Kempainen on esittänyt väitöskirjassaan jaottelun, jossa rangaistuksen määräämisen osaratkaisut on jaoteltu 14 vaiheeseen, ks. Kempainen 2022, s. 12.

62. Kempainen 2022, s. 7.

63. Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 604–605.

64. Kempainen 2022, s. 9–11. Kempainen on kiinnittänyt huomiota siihen, että tuomioiden perusteluissa käsitellään ensin rangaistuksen määrää ja lajinvalintaa vasta sen jälkeen. Kempainen mukaan tämä viittaa siihen, että lajinvalintaratkaisu tehdään käytännössä vasta rangaistuksen mittaamisen jälkeen.

65. Ks. tästä esim. Matikkala 2021, s. 204 ja Tapani – Tolvanen – Kempainen 2022, s. 24–25.

66. Kempainen on maininnut esimerkkeinä tilanteista, joissa mittaamisratkaisu on käytännössä tullut tehdä ennen lajinvalintaa, lähellä kahden vuoden rajaa olevan vankeusrangaistuksen

mistä koskevien säännösten esitöissä onkin korostettu sitä, ettei lajinvalinnan ja mittaamisen välille ole mahdollista määrittää sitovaa ja ehdotonta päätöksenteokjärjestyistä vaan kyse on viime kädessä kokonaisharkinnasta.<sup>67</sup>

Rangaistusta määrättäessä tehdään valinta sekä rangaistuslajista että rangaistuksen määrästä. Myös lajinvalinta perustuu arvioon rikoksen vahingollisuudesta ja vaarallisuudesta sekä tekijän syyllisyydestä<sup>68</sup>, joten hyödyn määrällä on talousrikoksissa keskeinen merkitys myös lajinvalinnan kannalta. Lainsäädäntö on ohjannut oikeuskäytäntöä siihen, että alle kahden vuoden rangaistukset on tuomittu usein ehdollisina, jos tekijällä ei ole aikaisempaa rikoshistoriaa tai teko ei ole poikkeuksellisen törkeä lajinsa sisällä.<sup>69</sup> Korkein oikeus on kuitenkin jo vakiintuneesti lähtenyt käytännössään siitä, että ” – mitä lähempänä rangaistus on kahta vuotta vankeutta, sitä painavampia perusteluja tarvitaan, jotta rangaistus voidaan tuomita ehdollisena”.<sup>70</sup> Tapauksessa KKO 2011:93 korkein oikeus on todennut, että tämä lajinvalinnan lähtökohta soveltuu myös talousrikoksiin. Tässä tapauksessa korkein oikeus määräsi kahdesta törkeästä veropetoksesta, törkeästä velallisen epärehellisyydestä sekä kirjanpitorikoksen ja törkeän kirjanpitorikoksen käsittäneestä rikoksesta tuomitun 1 vuoden ja 10 kuukauden vankeusrangaistuksen tekojen vakavuuden ja keston perusteella ehdottomana siitä huolimatta, ettei tekijällä ollut aiempia rikosrekisterimerkintöjä.<sup>71</sup>

Tämän tutkimuksen aineiston perusteella näyttää kuitenkin siltä, että talousrikoksissa korkeimman oikeuden esittämää presumption kääntymistä ei käytännössä tapahdu vaan vastaaja tuomitaan hyvin usein ehdolliseen vankeusrangaistukseen myös silloin, kun tuomio on lähellä kahden vuoden ylärajaa. Myös talousrikoksissa ehdottoman rangaistuksen käyttäminen olisi kuitenkin perusteltavissa.<sup>72</sup>

määräämisen ensikertalaiselle rikosentekijälle ehdottomana sekä ehdottoman vankeuden muuntamisen yhdyskuntapalveluksi, ks. Kemppinen 2022, s. 9–11.

67. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 44/2002 vp, s. 180.

68. Tapani – Tolvanen – Kemppinen 2022, s. 175.

69. Sutela 2016, s. 404.

70. Ks. kokoavasti 2010-luvun ja 2020-luvun alun käytännöstä Tapani – Tolvanen – Kemppinen 2022, s. 174–175 ja uusimmasta käytännöstä esim. KKO 2022:37, KKO 2020:48, KKO 2022:7 ja KKO 2022:2.

71. KKO 2011:93, kohdat 31–34.

72. Sutela 2016, s. 404–405.



## 4. Empiirisiä havaintoja

### 4.1. Metodi ja aineisto

Aineisto kattaa kaikissa käräjäoikeuksissa vuosina 2015–2021 seuraavilla rikosnimikkeillä annetut tuomiot: kirjanpitorikos, törkeä kirjanpitorikos, törkeä velallisen epärehellisyys, törkeä veropetos ja törkeä rahanpesu. Rikosnimikkeet valittiin, koska ne ovat yleisimmät talousrikokset. Tutkimus rajattiin törkeisiin tekemuotoihin, koska ne ovat todennäköisesti jossain määrin homogeenisempiä kuin perusmuotoiset teot sen vuoksi, että esimerkiksi veropetostuomioihin sisältyy useita tuomioita suhteellisen vähäisistä nuuskan tai tupakan maahan-tuonneista ja muista vastaavista teoista, joita ei voi pitää varsinaisina talousrikkoksina. Perusmuotoisten tekojen ottaminen mukaan tutkimukseen olisi myös laajentanut aineiston niin suureksi, että tutkimus olisi täytynyt toteuttaa otantamenetelmällä. Tutkimuksen pääpaino on vankeusrangaistusten analyysissä, eikä sakolla rangaistavien tekojen ottaminen mukaan olisi edistänyt analyysia. Kirjanpitorikoksesta otettiin kuitenkin mukaan perusmuotoinen tekemuoto, koska kyseinen rikos esiintyy joka tapauksessa usein muiden talousrikosten yhteydessä.<sup>73</sup>

Tuomiot kerättiin Oikeusrekisterikeskuksen antaman luettelon perusteella käräjäoikeuksista asiakirjapyyntöillä. Aineisto on täydellinen lukuun ottamatta Helsinkiä ja Varsinais-Suomea, joista saatiin arkiston rajoitusten vuoksi vain osa tuomioista. Aineisto on yhteensä 2 189 tuomiota. Rikosnimikkeet esiintyivät tuomioissa seuraavasti: kirjanpitorikos 201 kertaa, törkeä kirjanpitorikos 699 kertaa, törkeä veropetos 552 kertaa, törkeä velallisen epärehellisyys 548 kertaa ja törkeä rahanpesu 5 kertaa.

Aineiston tuomioista tilastoitiin rikosnimike, rikoshyödyn ja rikosvahingon summa euroina, asian lopputulos ja rangaistuksen määrä päivinä. Käytämme yksinkertaisuuden vuoksi rikoshyödyn ja rikosvahingon yhteissummasta jatkossa termiä ”rikoshyöty”. Tällä termillä ei siis viitata vain tapauksessa menetettäväksi tuomittuun rikoshyötyyn vaan yleisemmin teon euromääräisesti mitattavissa oleviin vaikutuksiin. Tilastoitujen seikkojen selitysaste on luvussa 4.2. selitetyllä tavalla korkea, joten muiden seikkojen huomioiminen ei ole merkityksellistä laajassa kuvassa. Käsittelyyn otettiin ne tuomiot, joissa tekijälle tuomittiin vankeusrangaistus, yhteensä 1 214 tuomiota. Aineistossa olevat tuomiot sisältävät sekä yhteisiä rangaistuksia että rangaistuksia, joissa mainittu talousrikos on ainoa kyseessä oleva rikos. Nämä valinnat tehtiin, jotta voitaisiin tarkastella, mikä on eri rikosnimikkeiden suhde toisiinsa ja mikä painoarvo niillä on ver-

73. Paukku 2021a.

rattuna rikoshyötyyn. Aineiston tiedot kerättiin Excel-tiedostoon numeraalisina arvoina käsittelyä varten.

Kirjanpitorikokset otettiin mukaan tarkasteluun, vaikka niistä ei synnykään mitattavaa rikoshyötyä, lukuun ottamatta vähäisiä säästöjä tekemättä jääneestä kirjanpidosta. Kirjanpitorikoksen rajaaminen kokonaan tarkastelun ulkopuolelle ei olisi ollut perusteltua tai mahdollista, koska valtaosassa talousrikostuomioita on tuomittu muiden talousrikosten ohella myös kirjanpitorikoksesta.<sup>74</sup> Rangaistuskäytäntöä elinkeinotoiminnassa tehdyissä talousrikoksissa ei olekaan mahdollista arvioida ilman kirjanpitorikosten sisältävien tuomioiden mukanaoloa analyysissä. Jotta kirjanpitorikoksen mukanaolon vaikutusta rangaistukseen voitaisiin arvioida tilastollisesti luotettavasti, aineistoon tulee sisällyttää myös tapauksia, jossa on tehty pelkkä kirjanpitorikos. Tällöin saadaan arvioitua eri rikosnimikkeiden vaikutusta rangaistukseen tilastollisesti merkittävällä tavalla. Tämä käy ilmi taulukosta 2, josta voi nähdä, että eri rikosnimikkeillä on erilainen tilastollinen vaikutus rangaistukseen.

Rikoksentekeyjötä ei jaoteltu ensikertalaisiin ja uusijoihin, vaikka tämä on rangaistukseen vaikuttava muuttuja. Toisaalta kuten taulukoiden 1–3 korkeasta R-kertoimesta käy ilmi, kokonaisaineistossa muiden kuin tutkittujen muuttujien merkitys on vähäinen.

Aineistossa rikoshyötyä analysoitiin yksinkertaisella lineaarisella regressiolla, jota käytetään kahden muuttujan välisen suhteen tarkasteluun. Kyseessä on kaikkien yleisin metodi kahden muuttujan välisen suhteen tarkasteluun.<sup>75</sup> Käytetyssä analyysissä rikoshyöty on selittävä muuttuja ja vankeuden määrä on selitettävä muuttuja. Malli on seuraava:

$$\text{Vankeusrangaistus} = \beta_0 + \beta_1 * \text{rikoshyödyn määrä} + \varepsilon$$

$\beta_0$  tarkoittaa niin sanottua pohjatermiä, joka tarkoittaa tässä tapauksessa tiettyä pohjarangaistusta, joka tuomittaisiin joka tapauksessa ilman rikoshyötyä. Yhtälössä  $\beta_1$  tarkoittaa rikoshyödyn ja vankeusrangaistuksen välistä suhdetta.  $\varepsilon$  taas on niin sanottu virhetermi, joka sisältää aineistoon liittyvän yksittäistapauksellisen hajonnan kuvauksen. Data käsitettiin Excel-ohjelmassa OLS-regression työkaluin.<sup>76</sup>

Tämän lisäksi rikosnimikkeet käsiteltiin niin sanottuina dummy-muuttujina eli ne muutettiin binääriseen muotoon ”0” ja ”1” sen mukaan, tuomittiinko henkilö tietyistä rikoksesta vai ei. Tämän avulla voitiin arvioida näiden seikkojen vai-

74. Aineiston koko oli yhteensä 1 214 tuomiota, mutta jos kirjanpitorikoksen tai sen törkeän tekemuodon sisältävät teot olisi rajattu pois, aineisto olisi supistunut 342 tapaukseen, joista 159 ei liittynyt elinkeinotoiminnassa tehtyihin tekoihin.

75. Statistical Methodologies. IntechOpen 2020, s. 127–129.

76. Matemaattisesta taustasta ks. tarkemmin Shahdad Naghshpour, Regression for Economics. Second edition. Business Expert Press 2016.

kutusta rangaistukseen. Käytännössä tässä tarkasteltiin, miten muuttujan muutos arvosta 0 arvoon 1 vaikutti rangaistuksen määräämiseen yksittäistapauksessa. Aineistoa myös visualisoitiin taulukkolaskennan työkaluilla. Yksi rangaistuksen määräämisen kannalta mielenkiintoinen mahdollisuuksien rajoissa tarkasteltava seikka on, miten yhteinen rangaistus vaikuttaa tuomion kovuuteen. Yhteistä rangaistusta määrättäessä vakavin teko tulee RL 7:5:n mukaan ottaa rangaistuksen pohjaksi ja huomioida muut rikokset yhteisessä rangaistuksessa.

## 4.2. Tulokset

Regressioanalyysin tulokset ovat alla taulukossa 1.

**Taulukko 1.** Regressioanalyysi rikoshyödyn ja rangaistuksen (vankeuspäivinä mitattuna) suhteesta. Selittävä muuttuja on rikoshyöty (euroa) ja selitettävä muuttuja rangaistus.

<i>Regressiotunnusluvut</i>			
Kerroin R	0,618642		
Havainnot	1233		
	<i>Kertoimet</i>	<i>Keskivirhe</i>	<i>P-arvo</i>
Leikkauspiste	285,3075	5,5213	0
Rikoshyöty	0,000538	1,95E-05	4,1E-131

Tärkein havainto on rikoshyödyn p-arvo 4,1E-131, joka on äärimmäisen pieni, mikä tarkoittaa, että tulokset ovat erittäin vahvasti selittäviä. Rikoshyöty ja rangaistuksen määrä korreloivat siis käytännössä varmasti, eikä yhteys liity tilastolliseen hajontaan. Toinen keskeinen havainto on, kuinka pieni keskivirhe-arvo on, mikä kertoo myös mallin tarkkuudesta. Kerroin R on 0,62, mikä tarkoittaa sitä, että noin puolet rangaistuksen muutoksesta selittyy rikoshyödyn muutoksella ja loppuosa liittyy muihin tekijöihin. Tämän perusteella voidaan melko varmasti todeta, että rikoshyöty on tosiaan talousrikosten rangaistuksen määräämisessä kaikkein tärkein tekijä.

Tulokset tarkoittavat, että rikoshyödyn ja vankeusrangaistuksen välinen kerroin on 0,000582. Mallin perusteella 285 vankeuspäivää eli noin yhdeksän kuukautta vaikuttaisi olevan rikoshyödystä riippumaton pohjarangaistus.<sup>77</sup> Pohjarangaistuksella tarkoitetaan käytännössä sitä, että parhaiten rikoshyötyjen ja rangaistusten

77. On syytä huomata, että tämä rikoshyödystä riippumaton ”pohjarangaistus” on huomattavasti rikoslaiissa mainittuja vähimmäisrangaistuksia korkeampi. Esimerkiksi RL 29:2:n mukaisen törkeän veropetoksen vähimmäisrangaistus on neljä kuukautta vankeutta kuten myös RL 39:1 a:n mukaisen törkeän velallisen epärehellisyden.

yhteyttä kuvaava regressiosuora asettuu noin yhdeksän kuukauden kohdalle silloin, kun rikoshyöty on nolla. Tämä malli tuottaa parhaan käyttökelpoisen tuloksen sen ennustamiseen, miten rangaistus tulee todennäköisimmin asettumaan tietyllä rikoshyödyllä. Malli ei saa suoraan tukea konkreettisesta rangaistuksen mittaamisesta, mutta tilastollisesti tällä mallilla saadaan paras ennuste yksittäistapaauksessa määrättävästä rangaistuksesta.

Rikoshyödyn ja vankeuden suhde tarkoittaa käytännössä sitä, että yhtä rikoshyötyeuroa kohden seuraa 0,000582 vankeuspäivää eli 46,5 sekuntia vankilassa. Kääntäen tämä selkeämpään muotoon jakamalla numero yksi tällä arvolla voidaan todeta, että noin 1 718 euroa johtaa yhteen vankeuspäivään lisää 285 päivän pohjarangaistuksen lisäksi. Tämä on mahdollisesti selvempi tapa hahmottaa törkeiden talousrikosten rangaistusten määräämistä verrattuna normaalirangaistusajatteluun, koska normaalirangaistusajattelu vaatisi sitä, että olisi olemassa normaali rikoshyöty, johon ratkaistavana olevassa tapauksessa saatua rikoshyötyä verrattaisiin.

Voidaan perustellusti väittää, ettei tässä käytetyllä mallilla voida selittää rangaistuksen määräämistä, jossa otetaan huomioon laajasti erilaisia seikkoja, kuten teon vaikuttimia. Mallin antama tulos vaikuttaisi kuitenkin ensi lukemalta tukevan edellä esitettyä näkemystä siitä, että rikoshyödyn määrä on talousrikoksissa käytännössä keskeisin rangaistuksen määrään vaikuttava tekijä. Mallin mukaan rikoshyödyn noustessa rangaistus nousee suhteellisen selvästi ja muut moitittavuutta ilmentävät seikat saavat rangaistuksen poikkeamaan tästä laskennallisesti. Tämä on malli huomioiden perusteltu johtopäätös, koska mallissa sellaiset moitittavuutta ilmentävät seikat, joita ei voida mitata, menevät tilastollisen hajonnan piiriin. On kuitenkin syytä tarkastella muitakin rangaistuksen määrään vaikuttavia seikkoja.

Tarkasteltaessa rikosnimikkeitä dummy-muuttujina havaitaan mielenkiintoisia asioita.

**Taulukko 2.** Regressioanalyysi rangaistukseen vaikuttavista muuttujista.

<i>Regressiotunnusluvut</i>		
Kerroin R	0,689363	
Havainnot	1214	
	<i>Kertoimet</i>	<i>P-arvo</i>
Leikkauspiste	154,2407	8,21E-29
Kirjanpitorikos	7,892887	0,563356
Törkeä kirjanpitorikos	106,2473	2,92E-24
Törkeä veropetos	97,47014	2,08E-15
Törkeä velallisen epärehellisyys	73,3469	9,92E-10
Törkeä rahanpesu	316,2449	4,57E-09
Rikoshyöty	0,000463	7,1E-111

Rikosnimikkeiden ottaminen mukaan nostaa korrelaatiokertoimen arvoon 0,69, mikä tarkoittaa, että rikosnimikkeiden lisääminen tarkasteluun selittää määrättyjä rangaistuksia vain hieman enemmän kuin rikoshyöty. Käytännössä tämä tulos tarkoittaa sitä, että erot yhteisten rangaistusten ja yksittäisestä rikoksesta määrättyjen rangaistusten välillä ovat vähäisiä. Rikoshyöty on selittävyyden kannalta merkittävin seikka, vaikka tämä ei näykään kertoimessa. Syy tähän on yksinkertainen: kerroin mittaa yhden yksikön muutosta. Kun törkeän velallisen epärehellisyyden dummy-muuttuja muuttuu yhden yksikön, tämä tarkoittaa, että henkilö syyllistyy kokonaan uuteen rikokseen. Kun taas rikoshyöty muuttuu yhden yksikön, se kasvaa yhdellä eurolla.

Analyysin perusteella törkeä kirjanpitorikos olisi kaikkein ankarimmin rangaistava talousrikos. Siitä saatu tuomio korotti tuomioita eniten. Mielenkiintoista oli myös, että perusmuotoisen kirjanpitorikoksen lisääminen tuomioon ei aineiston perusteella vaikuttanut rangaistukseen, koska P-arvo oli jopa 0,56. Tämän selittää todennäköisesti se, että perusmuotoinen kirjanpitorikos on aineiston perusteella tyypillisesti sakolla rangaistava teko, jolloin sen vaikutus vankeuteen voi olla lähes olematon, jos tekoon liittyy muita, törkeämpiä rikoksia. Määrällisesti rikosnimikkeen valinnat selittävät suuren osan rangaistuksista, koska tässä tarkastelussa leikkauspiste eli rikoshyödystä riippumaton ”pohjarangaistus” on 154 päivää verrattuna aiemman tarkastelun 285 päivään.

Havainto on mielenkiintoinen myös yhteisen rangaistuksen määrittämisen kannalta. Mallin avulla voidaan todeta hyvinkin luotettavasti, miten minkäkin rikosnimikkeen ”olemassaolo” tuomiossa lisää lopullista rangaistusta. Rikoslain 7:5:n mukaan vakavin teko otetaan rangaistuksen määrittämisen pohjaksi. Ensin siis arvioidaan, mikä rikoksista on törkein, ja tästä vakavimmasta rikoksesta määrättävään rangaistukseen lisätään oikeudenmukaiseksi arvioitu rangaistus muista samalla kertaa tuomittavana olevista rikoksista.<sup>78</sup> Yhteisen rangaistuksen määrittämisen kannalta on näin ollen olennaista se, mitä rikosnimikkeitä tapauksessa oli mukana. Lisäksi merkitystä on rikosten keskinäisellä yhteydellä. Rikoskokonaisuus, johon sisältyy toisistaan erillisiä tekoja ja rikoksentelepäätöksiä, on moitittavampi kuin useamman rikostunnusmerkistön täyttävä yksittäinen ja yhtenäiseen rikoksentelepäätökseen pohjautuva tekokokonaisuus.<sup>79</sup> Rikollisen

78. Käytännössä ankarimpaan rangaistukseen lisätään perinteisesti noin kolmasosa muiden rikosten ajatelluista rangaistuksista mutta kuitenkin niin, että rikosten määrän lisääntyessä niiden rangaistusta lisäävä vaikutus asteittain alenee. Ks. tästä esim. Matikkala 2021, s. 300 ja Tapani – Tolvanen – Kemppinen 2022, s. 147.

79. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2011:93 korkein oikeus huomioi yhteisen rangaistuksen määrittämisessä rangaistusta vähentävänä seikkana sen, että tapauksessa kyseessä olleissa velallisen rikoksissa ja veropetoksessa oli pääosin ollut kyse samoista ohimynnistä kertyneistä varoista. Näin ollen näillä rikoksilla oli ollut tiivis keskinäinen yhteys ja niillä loukatut oikeushyvät olivat osin päällekkäiset. Myös vastaajalle syyksi luetut kirjanpitorikokset olivat liittyneet kiinteästi kyseisiin rikoksiin ja pyrkimykseen estää niiden ilmitulo, kohdat 9, 14, 18. Ks. myös Matikkala 2021, s. 300–301.

toiminnan suunnitelmallisuus vaikuttaa rangaistusta korottavasti myös yhteistä rangaistusta määrättäessä.<sup>80</sup>

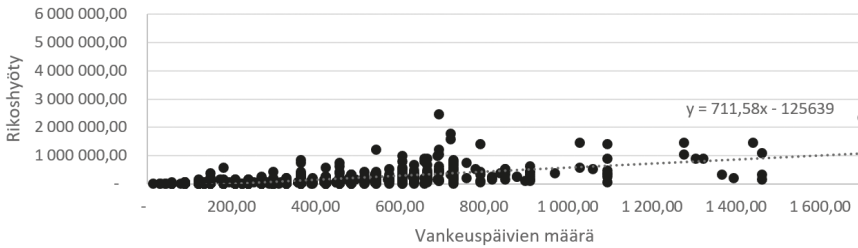
**Taulukko 3.** Regressioanalyysi yli kahden vuoden tuomioista sisältäen dummy-muuttujat, selitettävänä muuttujana vankeuden määrä.

<i>Regressiotunnusluvut</i>		
Kerroin R	0,700623	
Havainnot	49	
	<i>Kertoimet</i>	<i>P-arvo</i>
Leikkauspiste	850,7667	5,33E-10
Kirjanpitorikos	176,2043	0,106054
Törkeä kirjanpitorikos	47,52024	0,6351
Törkeä veropetos	115,9536	0,085591
Törkeä velallisen epärehellisyys	-131,496	0,029483
Törkeä rahanpesu	176,836	0,052717
Rikoshiöty	0,000174	2,34E-05

Mielenkiintoinen havainto yli kahden vuoden tuomioista on, että törkeä velallisen epärehellisyys on lievemmin rangaistava rikos kuin muut ehdottomaan vankeuteen johtaneet talousrikokset. Kaikista aineiston rikosnimikkeistä törkeä velallisen epärehellisyys oli lievimminkin rangaistutu teko, ja ehdottomalla vankeudella rangaistavissa teoissa sitä arvioitiin vähemmän ankarasti kuin muita talousrikoksia kertoimen ollessa negatiivinen. Koska muiden muuttujien p-arvo on yli 0,05, tuloksia ei tältä osin voida kuitenkaan käyttää kovinkaan suurella varmuudella.

Tarkasteltaessa dataa silmämääräisesti datapisteittäin havaitaan myös erikoisuus: Rikoshiödyn määrä on näkyvän lineaarinen, poikkeamana kahden vuoden kohdalla tapahtuva nousu. Kahden vuoden rajan läheisyydessä rikoshiödyt nousevat huomattavasti ja tippuvat kahden vuoden rajan ylittymisen jälkeen. Tähän loogisiin selitys olisi se, että rangaistuslaji valitaan ennen rangaistuksen määrää, jolloin rikoshiödyn ja vankeuspäivien määrän yhteys katkeaa tässä kohdassa, koska rangaistuslajin valinta rajoittaa harkintavaltaa rangaistuksen määrää valittaessa.

80. Tapani – Tolvanen – Kemppinen 2022, s. 147.

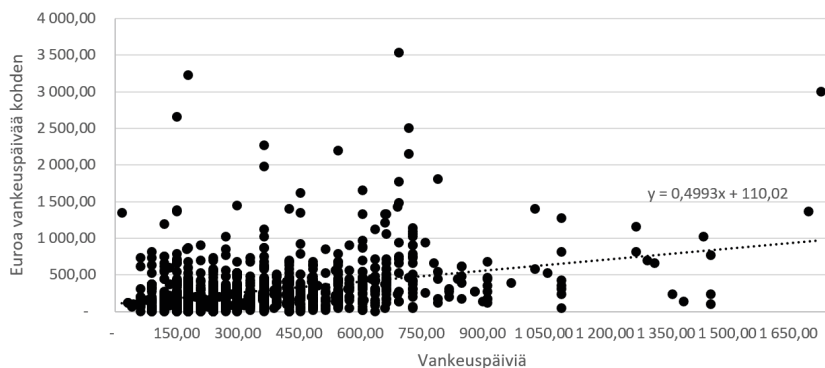


Kuvio 1. Vankeuspäivien ja rikoshyödyn suhde.

Tätä eli sitä, miten vankeuspäivien ja eurojen suhde kehittyy vankeuden pidentyessä, voidaan tarkastella myös kulmakertoimen avulla.<sup>81</sup> Kuten edellä todettiin, suurempi rikoshyöty tarkoittaa ankarampaa rangaistusta. Kun rikoshyöty jaetaan vankeuspäiville, keskiarvoksi muodostuu 286 euroa vankeuspäivää kohden. Tämä eroaa regressiomallin tuloksesta, koska regressiomallissa huomioidaan törkeästä talousrikoksesta annettava ”pohjarangaistus”, jota pelkkä keskiarvo ei ota huomioon. Tarkasteltaessa rikoshyöty/vankeuspäivä-muuttujaa suhteessa vankeuspäiviin voidaan tutkia, miten rikoshyödyn ja rangaistuksen keston välinen suhde muuttuu. Mitä suuremman arvon luku saa, sitä lievempi tuomio on suhteessa rikoshyötyyn.

Kuten alla olevasta kuvioista näkyy, tunnusluvun arvo kasvaa vankeuspäivien suhteessa eli ankarammin rangaistuihin rikoksiin sisältyy suhteellisesti enemmän rikoshyötyä kuin lievemmin rangaistuihin. Toisin sanoen pidemmissä vankeusrangaistuksissa rikoshyöty on suurempi suhteessa vankeusrangaistuksen pituuteen ja lyhyemmissä vankeusrangaistuksissa rikoshyöty on suhteessa pienempi. Tämä puoltaisi hypoteesia siitä, että rangaistustilanteen valinta tehdään ennen rangaistuksen määrän valintaa ja ehdottoman vankeusrangaistuksen tapauksessa rangaistuksen koveneminen vankeuspäivällä vaatii moitittavampaa toimintaa. Käytännössä tällöin yhtä vankeuspäivää kohden pitää tuottaa enemmän vankeusrangaistusta ankaroitettavia mittausperusteyksiköitä.

81. Tämä rikoshyödyn euromäärän ja vankeuspäivien keskinäistä suhdetta koskeva analyysi ei pyri kuvaamaan sitä, miten ja millaisen pohdinnan perusteella talousrikosten rangaistuksia käytännössä määrätään tai tulisi määrätä. Kyse on työkalusta, jonka avulla pystytään jälkikäteen arvioimaan sitä, millainen on ollut rikoshyödyn määrän ja rangaistuksen pituuden keskinäis-suhde.



Kuvio 2. Rikoshyötyä/vankeuspäivää suhteessa vankeuspäiviin.

Myös aineistosta tehty regressioanalyysi tukee tätä havaintoa.

Taulukko 4. Regressioanalyysi – yli kahden vuoden vankeusrangaistuksen vaikutus euroa/vankeuspäivä-tunnuslukuun.

<i>Regressiotunnusluvut</i>		
Kerroin R	0,174281	
Havainnot	1214	
	<i>Kertoimet</i>	<i>P-arvo</i>
Leikkauspiste	275,0587	9,6E-145
Yli kahden vuoden tuomio	285,7883	9,78E-10

Kuten analyysistä voidaan havaita, vankeustuomion muuttuessa yli kahden vuoden pituiseksi eli ehdottomaksi tuomioksi vaaditaan yhteen vankeuspäivään keskimäärin 285,7 euroa enemmän rikoshyötyä kuin alle kahden vuoden tuomioissa. Tämä tarkoittaa sitä, että rangaistuslajin valinta tehdään käytännön ratkaisuharkinnassa ennen rangaistuksen määräämistä. Määrän mittaaminen taas tehdään vasta kun lajinvalinta on tiedossa. Aineiston perusteella voidaan todeta yli 99,99 %:n varmuudella, että rangaistuksen määrää arvioidaan eri tavalla ehdollista ja ehdotonta vankeutta tuomittaessa. Tuomittaessa ehdotonta vankeutta teosta annetaan kestoltaan lyhyempi rangaistus kuin mikä vastaavasta teosta annettaisiin ehdollista vankeutta tuomittaessa.<sup>82</sup>

82. Tämä mittaamiskäytäntö on tunnistettu myös rangaistuksen määräämistä koskevien säännösten esitöissä. Hallituksen esityksessä nimittäin todetaan, että jos rangaistuslaji muutoksenhaun



Alla olevasta taulukosta voidaan havaita, että rangaistuslajin valinta ohjaa rangaistuksen määräämistä. Yli kahden vuoden vankeusrangaistuksia ei voida tuomita ehdollisena, minkä vuoksi aineistossa on merkittävä nousu 1 v:n 9 kk:n ja 1 v:n 11 kk:n välillä olevien rangaistusten määrässä. Ainakin osassa näistä todennäköisesti olisi käytetty pidempää rangaistusta, mutta rangaistuslajin valinta pakotti sovittamaan rangaistuksen määrän kahden vuoden kehykseen.

**Taulukko 5.** Vankeuspäivien jakauma. Yksi kuukausi on 30 päivää ja yksi vuosi 365 päivää.

Ala (vankeuspäiviä)	Ylä (vankeuspäiviä)	Yhteensä
0	30	3
30	60	15
60	90	30
90	120	41
120	150	89
150	180	142
180	210	81
210	240	112
240	270	73
270	300	93
300	330	33
330	365	111
365	395	23
395	425	72
425	455	30
455	485	36
485	515	15
515	545	49
545	575	13
575	605	34
605	635	19
635	665	179
665	695	13
695	730	23

yhteydessä muutetaan ehdollisesta vankeudesta ehdottomaksi, saattaa tällaisessa tilanteessa olla perusteita lyhentää samalla vankeuden kestoja. Ks. HE 44/2002 vp, s. 180.

730	755	0
755	750	0
750	780	3
780	810	5
810	840	4
840	870	5
870	900	3
900	930	8
930	960	0
960	990	1
990	1020	0
1020	1050	2
1050	1080	1
1080	1110	7
1110	1140	0
1140	1170	0
1170	1200	0
1200	1230	0
1230	1260	0
1260	1290	2
1290	1320	2

## 5. Yhteenveto

Yhteenvetona voidaan todeta, että empiirinen tarkastelu tuotti monipuolisesti tietoa rangaistuksen määrittämisestä talousrikoksissa – lajinvalinnasta, rangaistuksen mittaamisesta ja niiden keskinäisestä yhteydestä.

Keskeinen aineistosta tehtävä havainto oli, että talousrikoksissa rangaistuslajin valinta tehdään käytännössä ennen rangaistuksen määrän mittaamista. Lajinvalinnan kannalta keskeinen huomio on, että talousrikoksista määräytyissä vankeusrangaistuksissa rangaistuksen mittaaminen painottuu alle kahden vuoden tuomioihin. Mittaaminen toteutetaan niin, että kahden vuoden rajaa lähestyttäessä erilaisista teoista, ainakin rikoshyödyllä mitattuna, annetaan samanlaisia rangaistuksia, jotta rangaistus pysyisi alle kahden vuoden ja se voitaisiin näin ollen määrätä ehdollisena. Vankeusrangaistuksen ylittäessä kaksi vuotta rikos-

hyödyn määrällä mitattuna eri vakavuutta olevista teoista puolestaan annetaan erilaisia rangaistuksia ja rangaistus seuraa hyvin tarkasti rikoshyödyn muutosta.

Lähellä kahden vuoden rajaa olevia rangaistuksia annetaan paljon ja tuomiot määrätään näissä tapauksissa nimenomaan ehdollisina. Ehdollisen ja ehdottoman vankeusrangaistuksen erilainen tuntuvuus rangaistuksena huomioidaan siten, että rangaistuksen kesto arvioidaan eri asteikolla sen mukaan, mikä on valittu rangaistuslaji. Ehdottomana tuomitut vankeusrangaistukset ovat hyödyn määrään suhteutettuna lyhyempiä kuin ehdolliset. Tämä on hyvä tiedostaa tilanteessa, jossa valitusvaiheessa päädytään eri rangaistuslajiin kuin alemmassa oikeusasteessa.

Aineiston perusteella voidaan myös todeta, että talousrikoksissa rikoshyöty on kaikkein merkittävin rangaistuksen määrään vaikuttava tekijä. Rikoshyötyä voitaisiin jopa kuvata rangaistuksen mittaamisessa lähes kaavamaisesti mittariksi. Asiassa voidaan toki esittää krittinen kysymys siitä, miten hyvin tällainen kaavamainen euroa/vankeuspäivä-malli kuvaa tuomarin tosiasiallista mittaamisharkintaa. Aineiston perusteella luotu laskennallinen malli osoittautui kuitenkin suhteellisen tarkaksi. Kerroin R nousi suurimmillaan niin suureksi, että mallin avulla pystyttiin ennustamaan täysin oikein noin puolet tuomioista vain sillä, että tiedettiin rikoshyöty ja rikosnimikkeet. Suuri osa muista tuomioista osui myös hyvin lähelle mallin ennustamaa. Toki yksittäiseen tapaukseen voi liittyä aina muita seikkoja, jotka huomioidaan mittaamisharkinnassa, mistä syystä voidaan perustellusti sanoa, että mallia ei voida käyttää luotettavasti ennustamaan yksittäisen tapauksen lopputulosta. Toisaalta jos tapauksia otetaan kymmenen, sata tai tuhat, malli osuu noin puolessa oikeaan, minkä vuoksi voidaan perustellusti sanoa, että malli kuvaa melko hyvin tuomarin mittaamisharkinnan lopputulosta – vaikka ei kuvastakaan sitä mittaamiseen liittyvää harkintaprosessia, jonka seurauksena tähän lopputulokseen on päädytty.

Yhtenä syynä rikoshyödyn määrän painottumiseen mittaamisharkinnassa lienee se, että talousrikokset ovat jo pohjimmiltaan harkittuja, tavoitteellisia ja suunnitelmallisia tekoja eikä teon poikkeukselliselle suunnitelmallisuudelle jää siksi kovin paljon soveltamisalaa rangaistuksen määräämisessä etenkin rikosten törkeissä tekemuodoissa, joissa suunnitelmallisuus on usein myös kvalifointiperuste.

Rikosnimikkeet itsessään eivät vaikuta läheskään yhtä merkittävästi rangaistuksen määrään verrattuna teolla aiheutettuun vahinkoon. Mielenkiintoista oli kuitenkin havaita törkeän kirjanpitorikoksen asema rangaistusta eniten koettava rikosnimikkeenä. Tämä kertoo mahdollisesti siitä, että törkeän kirjanpitorikoksen tapauksissa muu euromääräistä vahinkoa aiheuttava talousrikos ilmentää erityistä suunnitelmallisuutta, mikä ankaroiittaa rangaistusta. Näyttääkin siltä, että suunnitelmallisuus tulee talousrikoksissa huomioiduksi pikemminkin tekoon sovellettavia tunnusmerkistöjä valittaessa kuin rangaistuksen määräämisessä.

Rikoshyödyn määrällä sen sijaan näyttää olevan huomattava merkitys sekä kvalifioinnissa että rangaistuksen mittaamisessa.

### **Statistical analysis of the factors affecting sentencing in economic offences cases**

EELIS PAUKKU, LL.D., M.Sc. (Econ.), M.Sc. (Tech.), Visiting Research Fellow, University of Lapland – MINNA KIMPIMÄKI, LL.D., Professor, University of Lapland

Sentencing practices have been discussed somewhat in earlier legal studies. However, there is currently no empirical evidence with statistical certainty. In this study, we analyse sentencing in economic offence cases from 2015 to 2020 using a quantitative method. We made several significant findings in this study. The first is that the choice between conditional and unconditional imprisonment is made before the length of the imprisonment is decided. The second is that in economic offences, the sentence length is mostly based on the financial benefit obtained by the crime and the financial damage caused by it, which explains most of the sentence length. The final finding was that in economic offences, the sentence is almost always conditional if the length of the sentence is less than two years. This finding indicates that District Court practices differ from the precedents of the Supreme Court.

# Miten uuden seksuaalirikoslain vapaaehtoisuuskriteeriä tulisi tulkita?

**HAKUSANAT:** raiskaus, itsemääräämisoikeus, perusoikeudet, ihmisoikeudet, laintulkinta

## 1. Johdanto

Uusi seksuaalirikoslainsäädäntö tuli voimaan vuoden 2023 alusta. Lainmuutoksen on tarkoitus vahvistaa seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaa. Lain tuoma tärkein periaatteellinen muutos on aikuisiin kohdistuvien rikosten määritelmien muuttuminen suostumusperusteisiksi. Nykyään raiskaus on rikoslaisissa (39/1889, RL) määritelty sukupuolilyhteydeksi henkilön kanssa, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti (RL 20:1.1). Seksuaalinen kajoaminen (RL 20:3.1), joka korvasi rikosnimikkeenä pakottamisen seksuaaliseen tekoon, on määritelty vastaavasti, mutta se koskee muita seksuaalista itsemääräämisoikeutta olennaisesti loukkaavia seksuaalisia tekoja kuin sukupuolilyhteyttä. Osallistumisen vapaaehtoisuus on tarkemmin määritelty pykälien 2 momenteissa. Määritelmä kattaa aiemman lain mukaiset tekotavat: tekijä käyttää väkivaltaa tai uhkausta taikka hyväksikäyttää uhrin tiedottomuudesta, sairaudesta, vammaisuudesta, pelkotilasta tai muusta avuttomasta tilasta johtuvaa kyvyttömyyttä puolustautua tai muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Vapaaehtoisuuden määritelmä on kuitenkin näitä laajempi.

Artikkelin tutkimuskysymys ilmenee otsikosta: miten uuden seksuaalirikoslain vapaaehtoisuuskriteeriä tulisi tulkita? Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaamisen näkökulmasta olennaista on, millaisia tapauksia rikoslaki kattaisi tai ei edelleenkaan kattaisi. Kyse on siten lainopillisesta tarkastelusta, jossa haetaan lain rajoja. Näyttökysymyksiä en tarkastele. Johtopäätöksiin liittyy epävarmuutta muun muassa siksi, että vastausta tämentävää oikeuskäytäntöä ei vielä ole. Siksi tärkeä lakitekstiä ja esitöitä täydentävä tulkinnan lähde on seksuaalisen itsemääräämisoikeuden käsite itsessään. Oikeuskirjallisuudessa tulkintoja ovat ehtineet esittää *Minna Kimpimäki* lainsäädännön valmistelun kuluessa sekä *Timo Ojala* lopullisen sanamuodon vahvistumisen jälkeen.<sup>1</sup> *Minni Leskinen* on ennakoanut

\* Otava Piha, OTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto. Kirjoittaja oli jäsenenä seksuaalirikoslainsäädännön uudistusta valmistelevassa työryhmässä 2019–2020 Amnesty Internationalin edustajana. Tutkimusta on rahoittanut Suomalainen Lakimiesyhdistys. Väitöskirjatutkimusta

uuden lainsäädännön keskeisiä kysymyksiä Ruotsin ja Saksan suostumusperusteisten lainsäädäntöratkaisujen valossa.<sup>2</sup>

Tutkimuskysymykseen vastaamisessa riittävää ei ole hahmottaa vapaaehtoisuuden selviä merkityksiä, seksuaalisen itsemääräämisoikeuden ydinaluetta. Olennaista ja mielenkiintoisintakin on koetella lain rajoja, tutkia raja-alueita ja jopa spekuloida yllättävillä valloituksilla. Tähän tehtävään olen ottanut avuksi esimerkkejä vastaan tulleista oikeustapauksista, suomalaisesta ja kansainvälisestä oikeuskirjallisuudesta, mediassa esillä olleista tarinoista sekä omasta mielikuvi-  
tuksestani.

Artikkelin ensimmäisessä osassa tarkastelen vapaaehtoisuuden ja seksuaalisen itsemääräämisoikeuden määritelmiä. Toisessa osassa tutkin, miten vapaaehtoisuuden määritelmä mahdollisesti näyttäytyisi erilaisissa oikeusprosessiin päättyvissä tapauksissa. Keskityn sukupuoliyhteyden sisältäviin tekoihin.

## 2. Vapaaehtoisuus ja suostumus

Seksuaalirikoslainsäädännön muuttaminen suostumusperusteiseksi toteutettiin säätämällä, että raiskauksesta on tuomittava se, joka on sukupuoliyhteydessä sellaisen henkilön kanssa, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti (RL 20:1.1). Hallituksen esityksen mukaan henkilön osallistumista voidaan pitää vapaaehtoisena, kun hän on osallistunut siihen omasta valinnastaan, joka hänellä on ollut riittävä kyky ja vapaus tehdä.<sup>3</sup> Kyse on siis henkilön valinnanmahdollisuudesta ja valinnan tekemisestä. Vapaaehtoisuutta ei kuitenkaan arvioida suoraan, vaan vapaaehtoisuuden puuttuminen on tyhjentävästi määritelty 2 momentissa:

Henkilön osallistumista sukupuoliyhteyteen ei ole pidettävä vapaaehtoisena, jos

- 1) hän ei ole sanallisesti, käytöksellään tai muulla tavalla ilmaissut osallistuvansa siihen vapaaehtoisesti;
- 2) hänet on pakotettu sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkauksella tai

ovat rahoittaneet Suomalainen Lakimiesyhdistys, Emil Aaltosen Säätiö, Suomalainen Konkordia-liitto sekä Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiö.

1. Minna Kimpimäki, Näyttö raiskausrikoksissa: vapaaehtoisesti vai vastoin tahtoa. Edilex 30/2020, s. 1–16 ja Timo Ojala, Seksuaalirikokset. 2., uudistettu laitos. Edita 2022.
2. Minni Leskinen, Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus? – Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa. Lakimies 3–4/2020, s. 373–399 (2020a) ja Minni Leskinen, Vapaaehtoisuus seksuaaliseen kanssakäymiseen Saksan ja Ruotsin oikeuskäytännön valossa. Defensor Legis 6/2020, s. 958–976 (2020b).
3. Hallituksen esitys eduskunnalle seksuaalirikoksia koskevaksi lainsäädännöksi 13/2022 vp, s. 98.

## Miten uuden seksuaalirikoslain vapaaehtoisuusriteeriä tulisi tulkita?

- 3) hän ei ole voinut muodostaa tai ilmaista tahtoaan tiedottomuutensa, sairautensa, vammaisuutensa, pelkotilansa, voimakkaan päihtymistilansa, heikentyneen tajunnantilansa, tilanteen äkillisyyden, erityisen valta-aseman vakavan väärinkäytön tai muun näihin rinnastettavan syyän vuoksi.

Mielenkiintoinen kysymys on, voidaanko vapaaehtoisuuden tulkinnassa nojata rikosoikeudelliseen loukatun suostumus -oppiin tai onko tämä edes tarpeellista. Lainvalmistelussa hylättiin sanalle ”suostumus” perustuva kirjoitustapa, sillä tähän sisältyi sekoittumisvaara suostumusopin kanssa.<sup>4</sup> Jo se, ettei suostumusopin sisällöstä ole Suomessa yhteisymmärrystä, on ongelmallista. Lisäksi oikeushyvä haltijan suostumusta on yhtäältä hahmotettu tunnusmerkistön mukaisuuden poistavana tekijänä<sup>5</sup>, toisaalta oikeuttamisperusteena.<sup>6</sup> Jälkimmäinen ajattelutapa ei sovellu seksuaalirikoksiin: ei olisi perusteltua pitää seksuaalista kanssakäymistä yleisesti ottaen rikoksena, joka ei kuitenkaan olisi rangaistava oikeuttamisperusteen nojalla. Selvää on, että kun seksuaalirikoslainsäädäntö on kirjoitettu suostumusperusteiseksi, suostumuksen on tarkoitus toimia tunnusmerkistön mukaisuuden poistavana tekijänä. Tämä on perusteltua siksikin, että suostuessaan seksuaaliseen kanssakäymiseen henkilö käyttää seksuaalista itsemääräämisoikeuttaan ja tällainen positiivinen seksuaalinen itsemääräämisoikeus on sekin oikeushyvä.<sup>7</sup>

Suostumusopissa suostumukselle on annettu tiettyjä edellytyksiä, jotta sitä voidaan pitää pätevänä. Yksi näistä on, että suostumus on annettu vapaaehtoisesti. Jo kielellisistä syistä on siis tarpeen pohtia vapaaehtoisuuden ja suostumuksen suhdetta. Suostumusopissa vapaaehtoisuuden poistavina tekijöinä pidetään yleisimmin väkivallan käyttöä, väkivallalla uhkaamista ja muunlaista uhkaamalla pakottamista.<sup>8</sup> Suostumuksen edellytyksenä vapaaehtoisuus näyttäytyy siis pakon puuttumisena. Sen sijaan uudessa seksuaalirikoslaissa vapaaehtoisuutta on käytetty laajemmassa merkityksessä, mikä näkyy 2 momentin 1 ja 3 kohdassa. Laissa tarkoitettu vapaaehtoisuus on siten pikemminkin synonyymi itsemääräämisoikeuden käyttämiselle. Kuitenkaan itsemääräämisoikeuskaan ei kokonaisuudessaan tyhjenny vapaaehtoisuuteen, mikä näkyy esimerkiksi siinä, että osa rangaistavista sukupuoliyhteyksistä on kriminalisoitu seksuaalisina hy-

4. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 9/2020: Seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistus. Työryhmän mietintö, s. 113.

5. Esim. Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanoma 2016, s. 283 ja Heli Korkka-Knuts – Dan Helenius – Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. 3., uudistettu painos. Edita 2020, s. 241–243.

6. Esim. Vilja Hahto, Uhrin myötävaikutus ja rikoksentehtäjän vastuu. Edita 2004, s. 239.

7. Minttu Nieminen – Heikki Kallio – Matti Tolvanen, Seksuaalinen ahdistelu – itsemääräämisoikeus ja tahallisuus. Defensor Legis 2/2020, s. 149–167, 159.

8. Hahto 2004, s. 148; Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 243; Nieminen – Kallio – Tolvanen 2020, s. 160 ja Ojala 2022, s. 6, 97.

väksikäyttöinä (RL 20:5). Seksuaalirikosten yhteydessä sanaa ”suostumus” ovat käyttäneet esimerkiksi lakivaliokunta<sup>9</sup> sekä Ojala. Tällaiset viittaukset lienee turvallisinta tulkita vapaaehtoisuuden synonyymeiksi, ellei niitä käytetä nimenomaisesti suostumusopin yhteydessä. Näin myös tässä artikkelissa. Sekä vapaaehtoisuudella että suostumuksella on siten ainakin kaksi relevanttia merkitystä. Se, mistä merkityksestä on kyse, on pääteltävä asiayhteydestä.

Myös Ruotsissa sekoittumisvaara suostumusoppiin johti vapaaehtoisuudelle perustuvan sääntelyn valitsemiseen. Siellä pohdinnassa olivat suostumukselle asetettavat edellytykset. Suostumusopin mukaan vain täysin informoitu suostumus poistaa oikeudenvastaisuuden. Seksuaalisessa kanssakäymisessä tällaista edellytystä ei pidetty perusteltuna, sillä esimerkiksi seksitaudin salaaminen voisi tällöin tehdä sukupuoliyhteydestä raiskauksen.<sup>10</sup> On kuitenkin huomattava, että Ruotsissa suostumus oikeuttamisperusteena sisältyy lakitekstiin ja suostumusopin sisältö on siksi vakiintuneempi.

Lopullisessa hallituksen esityksessä ei oteta kantaa vapaaehtoisuuden ja loukatun suostumus -opin suhteeseen. Ojala viittaa suostumusoppiin muutamaaan otteeseen analysoidessaan vapaaehtoisuuden sisältöä ja seksuaalisen kanssakäymisen rangaistavuutta.<sup>11</sup> Tosin hieman epäselväksi jää, mitä osaa suostumusopista Ojala loppujen lopuksi pitää relevanttina seksuaalirikosten kannalta, ja suostumusoppi näyttyy pikemminkin täydentävänä lähteenä tulkinnalle. Voi myös olla, että ne suostumusopilliset kannanotot, joissa suostumusta pidetään tunnusmerkistön poistavana tekijänä, ovat relevantimpia kuin sellaiset kannanotot, joissa suostumusta pidetään oikeuttamisperusteena. Edelliset kannanotot voivat linkittyä vahvemmin muihin rikostunnusmerkistöihin, joihin sisältyy jonkinlainen suostumusperusteisuus – kuten kotirauhan rikkomiseen ”oikeudettomasti” tai moottorikulkuneuvon käyttövarkauteen ”luvattomasti” – ja siten olla parempia täydentäviä lähteitä myös seksuaalirikosten arvioinnissa.<sup>12</sup> Sikäli kuin vapaaehtoisuuden sisältö jää epäselväksi, voi suostumusoppi tarjota laintulkintaa täydentävän lähteen: se voi toimia myös eräänlaisena vastakohtaispäätelmän lähteenä, jossa arvioidaan, mitä osia suostumusopin sisällöstä on nimenomaan haluttu hylätä seksuaalirikosten yhteydessä.

9. LaVM 10/2022 vp (HE 13/2022 vp seksuaalirikoksia koskevaksi lainsäädännöksi), s. 8. Myös ruotsalaisessa lainvalmisteluaineistossa käytetään toisinaan sanaa ”suostumus” vapaaehtoisuuden apukäsitteenä. Ks. esim. Statens offentliga utredningar (SOU) 2016:60: Ett starkare skydd för den sexuella integriteten, s. 109 ja Regeringens proposition (Prop.) 2017/18:177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet, s. 131.

10. Prop. 2017/18:177, s. 30–31. Ks. myös Petter Asp, *Sex & Samtycke*. Iustus 2010, s. 159 ss. ja Linnea Wegerstad, *Är det straffbart att ta av kondomen utan samtycke? Rättsläget efter den svenska våldtäktsreformen 2018*. JFT 4–5/2021, s. 353–372, 364–365.

11. Ojala 2022, s. 6, 97, 124.

12. Ks. esim. Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 241–243.



## 2.1. Seksuaalinen itsemääräämisoikeus

Perusoikeusuudistuksen esitöiden mukaan itsemääräämisoikeutta on ”vapaus määrätä itsestään ja toimistaan”<sup>13</sup> ja rikoslain esitöiden mukaan seksuaalista itsemääräämisoikeutta on ”oikeus itse päättää seksuaalisesta käyttäytymisestään” sillä edellytyksellä, ettei loukkaa toisen vastaavaa oikeutta.<sup>14</sup> *Neuvonen* ja *Rautiainen* kuvaavat itsemääräämisoikeutta implisiittisenä perusoikeutena, joka ”koostuu useasta eksplisiittisestä perusoikeudesta tyhjentyttä sellaisenaan yhteenkään niistä”.<sup>15</sup> Seksuaaliselle itsemääräämisoikeudelle tärkeitä eksplisiittisiä perus- ja ihmisoikeuksia ovat oikeudet henkilökohtaiseen vapauteen, henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja yksityiselämän suojaan. Oikeus henkilökohtaiseen vapauteen suojaa ”ihmisen fyysisen vapauden ohella myös hänen tahdonvapauttaan ja itsemääräämisoikeuttaan”. Henkilökohtaiseen koskemattomuuteen sisältyy sekä psyykinen että fyysinen puoli, ja yksityiselämän suojaan kuuluu ”oikeus määrätä itsestään ja ruumiistaan”.<sup>16</sup> Näitä oikeuksia ei ole mielekästä yrittää erottaa tarkkarajaisesti toisistaan. Niiden yhteisvaikutuksesta voidaan todeta, että seksuaaliseen itsemääräämisoikeuteen sisältyy sekä vapaa tahdonmuodostus että siitä seuraava toiminta: esimerkiksi väkivallalla voidaan joko estää fyysisesti uhrin toisintoimimismahdollisuus tai saada uhri alistumaan eli vaikuttaa tämän tahdonmuodostukseen.

Kansainväliset ihmisoikeusnormit ja kansainvälinen oikeuskäytäntö, erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapaus *M.C. v. Bulgaria*<sup>17</sup> sekä niin sanottu Istanbulin sopimus, velvoittavat Suomea kriminalisoimaan ilman suostumusta tehdyt seksuaaliset teot. Henkilön on annettava suostumus ”vapaaehtoisesti vapaasta tahdostaan, joka arvioidaan kulloistenkin olosuhteiden mukaan”.<sup>18</sup> Haavoittuvia ryhmiä tulisi suojata, mutta raiskauksen uhrien välille ei pidä rakentaa hierarkiaa uhrien ominaisuuksien perusteella. Esimerkiksi sairaiden ja vammaisten henkilöiden suoja seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksilta ei saa olla heikompi kuin muiden.<sup>19</sup> Vaikka ihmisoikeusnormit ovat liian yleisluontoisia, että niiden avulla voisi määrittää rangaistavuuden rajat, määräys

13. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 42.

14. HE 13/2022 vp, s. 96.

15. Riku Neuvonen – Pauli Rautiainen, Perusoikeuksien tunnistaminen ja niiden sisällön määrittäminen Suomen perusoikeusjärjestelmässä. *Lakimies* 1/2015, s. 28–53, 35.

16. HE 309/1993 vp, s. 46, 47, 53. Ks. myös HE 13/2022 vp, s. 96.

17. *M.C. v Bulgaria* 4.12.2003.

18. Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta (Istanbulin sopimus), SopS 53/2015, 36 artikla.

19. Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, GREVIO Baseline Evaluation Report: Finland, GREVIO/Inf(2019)9, kappale 167.

kontekstiherkästä arvioinnista on olennainen erityisesti rangaistavuuden raja-alueilla.<sup>20</sup>

Filosofiassa itsemääräämisoikeus tai autonomia (käytän näitä käsitteitä synonyymeinä) on perinteisesti käsitetty ”itsensä hallitsemiseksi” (self-governance), jossa keskeistä on ollut ihmisen mielen sisäinen toiminta, kuten arvojen muodostaminen taikka rationaalinen, harkitseva tai arvoherkkä päättely.<sup>21</sup> Feministisen ja kriittisen tutkimuksen myötä on havahduttu siihen, ettei ihmisiä voi käsitellä perinteisin tavoin atomistisina olentoina vaan että heidän päätöksentekoaan ja käyttäytymistään on tarkasteltava suhteessa ympäristöön, joka väistämättä vaikuttaa heihin.<sup>22</sup> Mikäli itsemääräämisoikeutta halutaan pitää suojeltavana oikeushyväenä, on luovuttava ajatuksesta, että se olisi jonkinlaista absoluuttista riippumattomuutta toisista. Sen sijaan autonomia on kontekstisidonnaista ja asteittaista. Lainsäätäjän ja erityisesti lainsoveltajan vaikeaksi tehtäväksi jää sen hahmottaminen, mikä on autonomian riittävä taso.

## 2.2. Itsemääräämisoikeuden käyttäminen: valinta ja sen ilmaisu

Vapaaehtoisuuden näkökulmasta pelkästään mahdollisuus valita ei tietenkään ole riittävää vaan henkilön on myös pitänyt käyttää tätä mahdollisuutta. Tämä sisältyy 1 kohdan vaatimukseen, että henkilön on tavalla tai toisella ilmaistava vapaaehtoisuutensa. Vastaaaja ei esimerkiksi voi vedota siihen, että toinen osapuoli olisi voinut kieltäytyä seksuaalisesta kanssakäymisestä. Laki rakentuu siis ”kyllä tarkoittaa kyllä” -mallin varaan, joka suojaa seksuaalista itsemääräämisoikeutta paremmin kuin ”ei tarkoittaa ei” -malli, jossa henkilön on osoitettava vastustuksensa.<sup>23</sup> Ensimmäinen malli sisältää jälkimmäisen, ja hallituksen esityksen mukaan ”vapaaehtoisuuden puuttumista osoittavat esimerkiksi sanallinen kieltäytyminen tai torjuvat eleet”. Raiskauksen kohteelta ei kuitenkaan edellytettäisi nimenomaista kieltäytymistä sukupuoliyhteydestä, fyysisistä tai sanallista vastustelua tai muuta puolustautumista. Pelkkä vastustelun päättymisen ei sekään

20. Ks. myös Minna Kimpimäki, Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta? *Lakimies* 6/2017, s. 789–812, 796–799; Dana-Sophia Valentiner, *The Human Right to Sexual Autonomy*. *German Law Journal* 22(5) 2021, s. 703–717.

21. Joseph J. Fischel – Hilary R. O’Connell, *Disabling Consent, or Reconstructing Sexual Autonomy*. *Columbia Journal of Gender and Law* 30(2) 2015, s. 428–526 ja Sarah Buss – Andrea Westlund, *Personal Autonomy* teoksessa Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring 2018. Metaphysics Research Lab, Stanford University 2018. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/personal-autonomy/> (vierailtu 20.4.2023).

22. Catriona Mackenzie – Natalie Stoljar, *Relational Autonomy*. Oxford University Press 2000; Jennifer Nedelsky, *Law’s Relations*. Oxford University Press 2011 ja Fischel – O’Connell 2015.

23. Ks. esim. Rona Torenz, *The Politics of Affirmative Consent: Considerations from a Gender and Sexuality Studies Perspective*. *German Law Journal* 22(5) 2021, s. 718–733.

osoita vapaaehtoisuutta.<sup>24</sup> Aiemminkaan raiskauksen kohteelta ei edellytetty itsensä vaarantamista, mutta kohteen oli kuitenkin selvästi osoitettava vastustavansa sukupuoliyhteyttä.<sup>25</sup>

Vapaaehtoisuuden ilmaisu on oltava osapuolet ja olosuhteet huomioon ottaen riittävän selkeä. Hallituksen esityksessä painotetaan konteksti- ja tilannesidonnaista arviointia, sillä ”seksuaalielämä voi eri ihmisillä olla hyvinkin erilaista ja tapoja viestiä tahdostaan osallistua tai olla osallistumatta sukupuoliyhteyteen on hyvin monenlaisia”.<sup>26</sup> Toinen osapuoli ei kuitenkaan voi nojata perusteetomiin oletuksiin vapaaehtoisuudesta: ”Paljastava vaatetus ei osoita toisen tahtovan sukupuoliyhteyttä. Myöskään esimerkiksi epäselvä flirttailu, viettelevä tanssiminen, suuteleminen tai riisuminen eivät yksinään osoita toisen tahtovan sukupuoliyhteyttä.”<sup>27</sup> Tämäntyyppisiä seikkoja on tulkittava olosuhteiden ja osapuolten muun käyttäytymisen valossa. Lähtökohtana voitaneen pitää, että mitä tuntemattomampia osapuolet ovat toisilleen, sitä selkeämpää tahdonilmaisua voi edellyttää. Toisensa hyvin tuntevilla voi sen sijaan olla tapoja ilmaista vapaaehtoisuutta hyvinkin vaivihkaisesti.

Hallituksen esityksen mukaan vapaaehtoisuutta voisi ilmaista myös passiivisesti: ”Esimerkiksi yhden osapuolen edetessä yhdyntään toinen osapuoli voi olla passiivinen tai vähäeleinen, mutta osapuolten aikaisemman sanallisen tai sanattoman vuorovaikutuksen perusteella heillä voi olla yhteisymmärrys siitä, että sukupuoliyhteyden voi näin aloittaa.” Heti kuitenkin tarkennetaan, että pelkästään ”aikaisemmassa tilanteessa esitetyn myönteisen tahdonilmaisun tai aikaisemman sukupuoliyhteyden osapuolten kesken ei kuitenkaan voi lähtökohtaisesti katsoa tarkoittavan vapaaehtoisuutta osallistua myöhempänä ajankohtana tapahtuvaan sukupuoliyhteyteen”.<sup>28</sup> Jotta passiivisuus voisi ilmentää vapaaehtoisuutta, osapuolilla on siis oltava yhteisymmärrys passiivisuuden merkityksestä eli siitä, että sukupuoliyhteyden voi aloittaa, vaikka toinen olisi passiivinen. Pääsääntöisesti vapaaehtoisuutta on siten aktiivisesti – sanallisesti tai toiminnalla – ilmaista.<sup>29</sup> Lisäksi vapaaehtoisuuden ilmaisu ei ole ”voimassa” kovin pitkään<sup>30</sup> ja jos intiimi tilanne esimerkiksi keskeytyy, on vapaaehtoisuutta ilmaistava uudelleen. Kuitenkin 1 kohdan tunnusmerkistö jää täyttymättä passiivisen henkilön ollessa kyseessä silloin, kun osapuolet ovat aiemmin sopineet tai muutoin ilmaisseet passiivisuuden merkitsevän suostumista sukupuoliyhteyteen. Todennäköisesti osapuolet tuntevat toisensa hyvin ja ovat keskustelleet mieltymyksistään ja passiivisuuden merkityksestä. Tällä tavoin tulkittuna tilanteiden, joissa aktiivisen

24. HE 13/2022 vp, s. 99.

25. HE 6/1997 vp, s. 172.

26. HE 13/2022 vp, s. 99.

27. HE 13/2022 vp, s. 100.

28. HE 13/2022 vp, s. 99–100.

29. Ks. myös Ojala 2022, s. 100.

30. Ks. esim. Hahto 2004, s. 248.

tahdonilmaisun puutteesta huolimatta 1 kohdan tunnusmerkistö jäisi täytty-mättä, voidaan olettaa olevan hyvin harvinaisia rikosprosessissa.

Nähdäkseni hallituksen esityksestä edellä lainatuissa jaksoissa tarkoitetaan tilanteita, joissa toinen osapuoli on ollut huomattavan passiivinen sukupuoli-yhteyteen välittömästi johtaneiden tapahtumien kuluessa sekä sukupuoliyh-teyden alkamisen hetkellä. Kyse on tapauksista, joita olisi pääsääntöisesti pi-dettävä ilman vapaaehtoisuutta tapahtuvina. Kuitenkin tällaisissa tapauksissa vapaaehtoisuutta voisi ilmaista passiivisesti, jos passiivisesta kanssakäymisestä on yhteisymmärrys: esimerkiksi jos osapuolet sopivat etukäteen seksin aloittami-sesta toisen nukkuessa. Kyse on siten poikkeuksista pääsääntöön, jonka mukaan vapaaehtoisuutta on ilmaista aktiivisesti sukupuoliyhteyden aloittamiseen vä-littömästi liittyvässä tilanteessa.

Oma lukunsa ovat tapaukset, joissa henkilö on ollut aktiivinen välittömästi ennen sukupuoliyhteyttä esimerkiksi riisumisessa, hyväilyissä ja asteittain intiimimmiksi muuttuvissa seksuaalisissa teoissa mutta on passiivinen sukupuoli-yhteyden suhteen.<sup>31</sup> Näissä tilanteissa on nähdäkseni kyse pikemminkin siitä, voidaanko välittömästi edeltävää seksuaalista käyttäytymistä pitää vapaaehtoi-suuden ilmaisuna sukupuoliyhteyteen, kuin siitä, voidaanko passiivisuutta pitää vapaaehtoisuuden ilmaisuna. Esimerkiksi Ruotsissa, missä raiskaus on myös määritelty vapaaehtoisuuden puutteen kautta, tapaukset ovat olleet helpommin tulkittavissa vapaaehtoisuuden puuttumista osoittaviksi silloin, kun osapuolten välillä ei ole ollut edeltävää intiimiä kanssakäymistä.<sup>32</sup> Tapauksiin on voinut myös liittyä painostamista ja epäselviä tai ristiriitaisia tahdonilmaisuja.<sup>33</sup> Tällaisten tapausten arviointiin hallituksen esitys ei anna selkeitä vastauksia, vaan kyse on kontekstisidonnaisesta arvioinnista, jossa merkitystä on myös sillä, millaisia ennakkoehtoja vapaaehtoisuuden ilmaisemiselle asetetaan.

### 2.3. Valinnan tekemisen ennakkoehdot

Olenainen kysymys on, milloin ”kyllä” tarkoittaa ”kyllä”. Pelkän suostumuk-sen sijaan saatetaankin puhua pätevistä suostumuksesta, kun kysytään, missä olosuhteissa seksuaalinen kanssakäyminen on rangaistavaa näennäisestä suos-tumuksen ilmaisusta huolimatta.<sup>34</sup> Hallituksen esityksessä annettu vapaaeh-

31. Kiitän arvioijaa tällaisen mahdollisuuden esiin tuomisesta.

32. Kimpimäki 2020, s. 10–14 ja Brottsförebyggande rådet (Brå), Rapport 6/2020: Den nya samtyckeslagen i praktiken. En uppföljning av 2018 års förändringar, s. 43–44.

33. Esim. Brå 2020, s. 46–47, 49–52.

34. Tämä näkyy erityisen selvästi englanninkielisessä kirjallisuudessa, jossa käytetään käsitettä valid consent. Ks. esim. Victoria Brooks – Jack Clayton Thompson, Dude Looks Like a Lady: Gender Deception, Consent and Ethics. *Journal of Criminal Law* 83(4) 2019, s. 258–271, 258. Suomessa käsitettä giltigt samtycke on käyttänyt Daniela Alaattinoğlu artikkelissaan När en

toisuuden määritelmä vastaa tähän esittämällä, että kyky ja vapaus valita ovat vapaaehtoisuuden ennakkoehtoja. Lakitekstissä tätä toteutetaan käytännössä 2 ja 3 kohdassa. Kohtia 2 ja 3 on siis tulkittava niin, että niiden kuvaamissa olosuhteissa raiskauksen tunnusmerkistö täyttyy mahdollisesta vapaaehtoisuuden ilmaisusta huolimatta.<sup>35</sup> Muutenhan nämä kohdat olisivat tarpeettomia, sillä tunnusmerkistö täyttyisi jo sillä perusteella, ettei vapaaehtoisuutta ole ilmaistu.

Kohdassa 2 kielletään väkivallan tai uhkauksen käyttö toisen pakottamiseksi eli siinä suojataan henkilön vapautta, suppeasti ymmärrettynä. Kohta 2 vastaa asiallisesti aiemmin voimassa olleen lain 20:1:n 1 momenttia sekä 3 momentin toista virkettä. Näiden osalta vakiintunutta tulkintakäytäntöä ei ole ollut tarkoitus muuttaa, enkä siksi käsittele niitä tarkemmin.<sup>36</sup>

Momentin 3 kohta on monimutkaisempi. Vanhassa laissa vastaava sanamuoto viittasi henkilön ”kykenemättömyyteen” muodostaa tai ilmaista tahtonsa tai puolustaa itseään. Uudessa laissa viitataan sen sijaan siihen, että henkilö ”ei ole voinut” muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Hallituksen esityksen mukaan uusi ilmaisu on edellistä yleisempi ja ”kattaisi kaikki säännöksessä viitatu tilanteet, joissa henkilöllä ei ole kykyä, tilaisuutta tai muusta syystä kohtuullista mahdollisuutta muodostaa tai ilmaista tahtoaan”.<sup>37</sup> Vapaaehtoisuuden ennakkoehtoina voidaan siten pitää vapauden ja kyvyn lisäksi myös tilaisuutta ja muutenkin mahdollisuutta valita.

Autonomiaan kontekstisidonnaisena suhtautuvat kirjoittajat pitävät usein myös kyvykkyyttä dynaamisena, tilanteen ja ihmissuhteen mukaan vaihtelevana ominaisuutena ja kritisoiivat ajatusta tyhjiössä tarkasteltavasta individualistisesta kyvykkyydestä.<sup>38</sup> Itse miellän kyvykkyyden henkilöön liitettävänä ominaisuutena, vaikka se voikin vaihdella. Esimerkiksi nukkuvalla henkilöllä ei ole kykyä muodostaa tai ilmaista tahtoaan, vaikka hereillä ollessaan samalla henkilöllä olisi täysi kyky näin tehdä. Kyvykkyyks ei tässä kuitenkaan vaihtelee sen mukaan, kenen kanssa henkilö on tekemisissä, vaan henkilön neurologisen tilan mukaan. Sen sijaan vapaus, tilaisuus ja muuten mahdollisuus viittaavat ennemminkin henkilöiden väliseen vuorovaikutukseen ja sen vaikutukseen tahdonmuodostukseen ja -ilmaisuun. Voitaisiin tietysti määritellä, että myös kyvykkyyks olisi relationaalisesti vaihteleva ominaisuus. Voitaisiin esimerkiksi ajatella, että lievästi kehitys-

paragraf i strafflagen blir föremål för stor samhällelig debatt. JFT 2/2020, s. 275–282, 280. Ruotsissa komiteanmietinnössä SOU 2016:60 (s. 14) puhutaan suostumuksen hyväksymisestä tai pätevyyydestä. Ks. myös Leskinen 2020b, av. 6.

35. Näin myös Ojala 2022, s. 100.

36. HE 13/2022 vp, s. 101. Väkivalta- ja uhkaustunnusmerkistöjen soveltamisesta ks. esim. Minna Kimpimäki, Sukupuolilyhteys lapsen kanssa – raiskaus vai ei? Lakimies 6/2018, s. 677–697, 680–681, 686–688 ja Ojala 2022, s. 102–117.

37. HE 13/2022 vp, s. 55. Korostus lisätty.

38. Kyvykkyyks (capacity/capability) saattaa jopa näyttäytyä autonomian synonyyminä. Ks. erit. Fischel – O’Connell 2015, s. 469.

vammaisella voi olla kyky tehdä relevantteja valintoja silloin, kun toinen ihminen on tietyissä relaatioissa tai toimii tietyllä tavalla suhteessa häneen. Lievästi kehitysvammaisen voi esimerkiksi olla vaikeaa sanoa ”ei” varsinkin henkilölle, joka on hänelle tärkeä, mutta hän kykenee ilmaisemaan kieltäytymistä silloin, kun asiaa kysytään häneltä neutraalisti, vaihtoehtoja tarjoten. Mielestäni on kuitenkin perustellumpaa – vaikkakin varsin teoreettista – erottaa relationaalinen ulottuvuus omaan tarkasteluunsa, jotta voidaan tarkastella nimenomaan muiden roolia henkilön tahdonmuodostuksessa.<sup>39</sup> Tällöin esimerkin kehitysvammaisella henkilöllä on kyky ilmaista kieltäytymistä, mutta tämän kyvyn käyttämiseksi toisen henkilön on luotava myös tietynlainen mahdollisuus siihen. Jos asia esitetään tarjoamalla vain yksi vaihtoehto, johon kehitysvammaisen on joko suostuttava tai josta kieltäydyttävä (esimerkiksi ”Haluatko seksiä?”), hänen tosiasiallista mahdollisuuttaan valita on rajoitettu.

Tilaisuuteen vapaaehtoisuuden ehtona viittaa lakitekstissä tunnusmerkistö, jonka mukaan henkilö ei ole voinut muodostaa ja ilmaista tahtoaan tilanteen äkillisyyden vuoksi. Tällä tarkoitetaan tilanteita, joissa sukupuoliyhteys aloitetaan nopeasti, esimerkiksi silloin, kun henkilö on valmiiksi alaston tai vähäpukeinen.<sup>40</sup> Tämä kohta on päällekkäinen 1 kohdan kanssa sikäli, että äkillisessä tilanteessa henkilö tuskin on ilmaissut vapaaehtoisuuttaan. Ojala on esittänyt, että äkillisyyskriteeri soveltuisi myös silloin, kun osapuolten välillä on ollut seksuaalissävyytteistä viestintää, johon nähden sukupuoliyhteyden toteuttaminen on kuitenkin yllättävää.<sup>41</sup>

Tulkintaa siitä, milloin toisella on ollut mahdollisuus muodostaa ja ilmaista tahtonsa, vaikeuttaa lainsäädännön näennäinen ristiriita: pelkkää ilmaisemista, kuten aktiivisuutta, ei voida pitää osoituksena siitä, että henkilö on ”voinut muodostaa ja ilmaista tahtonsa”. Mistä tahdonmuodostus- ja tahdonilmaisumahdollisuuden olemassaolo tai puuttuminen silloin voidaan päätellä? Esimerkiksi Ojala kytkee 3 kohdan soveltamisen henkilön passiivisuuteen: voimakkaasti päihtynyt tai heikentyneessä tajunnantilassa oleva ei olisi vapaaehtoinen, jos hän on passiivinen. Sen sijaan vapaaehtoisuus voitaisiin päätellä aktiivisuudesta.<sup>42</sup> Tällöin 3 kohta ei kuitenkaan toisi lisäarvoa 1 kohtaan nähden. Nähdäkseni 3 kohdassa on kyse ensinnäkin siitä, että tahdon voi pätevästi ilmaista vain, jos se on ensin pätevästi muodostettu. Esimerkiksi voimakas päihtymys tai heikentyneet tajunnantila häiritsee tahdonmuodostusta. Näin ollen voimakkaasti päihtyneen

39. Esimerkiksi neurologiseen determinismiin viitaten voitaisiin esittää, että lievästi kehitysvammaisen ei ole neurologisesti mahdollista kieltäytyä hänelle tärkeän henkilön ehdotuksesta. Neurologista determinismia oikeustieteessä edustaa esim. Michael S. Moore, *Mechanical Choices: The Responsibility of the Human Machine*. Oxford University Press 2020.

40. HE 13/2022 vp, s. 104.

41. Ojala 2022, s. 131.

42. Ojala 2022, s. 121–122, 126. On mahdollista, että Ojala ymmärtää aktiivisuuden toisin kuin minä ja pitää esimerkiksi ”tahdotonta” toimintaa passiivisena, vaikka se toimintaa onkin.

tai puoliuudessa olevan tahdonilmaisujakaan ei voida pitää pätevinä. Toiseksi voi olla kyse siitä, ettei henkilö voi toisen osapuolen takia vapaasti ilmaista tahtoaan, vaikka olisi sen voinut muodostaa. Tämä tilanne voisi olla käsillä, kun toinen väärinkäyttää valta-asemaansa tai muutoin antaa ymmärtää, että vain yhdenlainen vastaus on mahdollinen. Olennaista on siis kontekstiherkkä arviointi 3 kohdassa lueteltujen olosuhteiden olemassaolosta.

Suostumusopissa on käsitelty kysymystä siitä, millaista ymmärrystä pätevä suostumus edellyttää. Seksuaalirikosten osalta voidaan kysyä, millaista ymmärrystä 3 kohdassa tarkoitettu tahdonmuodostus edellyttää. Hallituksen esityksessä ei oteta kysymykseen selvästi kantaa. Ojala esittää, että päihtynyt henkilö voisi muodostaa ja antaa pätevän suostumuksen sukupuoliyhteyteen, vaikka hän ei voisi ”suostumusopin tarkoittamalla tavalla ymmärtää suostumuksensa merkitystä ja sisältöä”<sup>43</sup> Ojalan näkemyksen mukaan päihtyneen henkilön ymmärrys voisi siis olla alhaisempi kuin mitä pätevältä suostumukselta suostumusopissa edellytetään ilman, että raiskauksen tunnusmerkistö täytyisi. Se taas liittyy oikeuttamisperusteena toimivan suostumusopin ja tunnusmerkistön mukaisuuden poistavan vapaaehtoisuus käsitteen eroavuuksiin. Ojala ei kuitenkaan ehdota, että pätevän ymmärtämisen raja esimerkiksi kehitysvammaisilla henkilöillä olisi muita alempana. *Korkka-Knuts, Helenius ja Frände* eivät tee eroa fyysisen väkivaltaan suostumisen ja seksuaaliseen kanssakäymiseen suostumisen välillä. He pitävät tunnusmerkistön mukaisuuden poistavan suostumuksen ehtona sitä, että suostumuksen antaja ymmärtää, mitä ”odotettavissa oleva oikeushyvän loukkaus merkitsee”<sup>44</sup> Koska itsemääräämisoikeuteen sisältyy olennaisena osana myös tahdonmuodostus, pidän jälkimmäistä näkemystä seksuaalisen kanssakäymisen arviointiin paremmin sopivana.

Erityisen valta-aseman vakava väärinkäyttö raiskauksen tekotapana on uusi. Aiemmin valta-aseman väärinkäyttö (ilman väkivaltaa, uhkausta tai avuttoman tilan hyväksikäyttöä) voitiin tuomita vain seksuaalisena hyväksikäyttönä ja silloinkin vain rajallisesti.<sup>45</sup> Uuden lain mukaan vakavimmat tapaukset kuuluisivat raiskauksen soveltamisalaan ja muut tapaukset tuomittaisiin edelleen seksuaalisina hyväksikäyttönä. Rajanveto on pidetty epäselvänä, ja se selkiytynee vasta oikeuskäytännön myötä. Hallituksen esityksen mukaan erityinen valta-asema tarkoittaa henkistä yliotetta tai muuta valtaa vaikuttaa toisen etuun tai asemaan ja sen tulisi olla merkitykseltään erityisen suuri. Merkittävyyttä on arvioitava elämän perusedellytysten, kuten toimeentulon, työsuhteen, asumisen, tervey-

43. Ojala 2022, s. 124.

44. Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 241–243. Kirjoittajat eivät tietenkään ole voineet arvioida uuden seksuaalirikoslain merkitystä, mutta heidän näkemyksensä koskee myös niitä rikoksia, joiden tunnusmerkistöön jo aiemmin eksplisiittisesti sisältyi suostumusta tarkoittavia tunnusmerkistötekijöitä, kuten ”oikeudettomasti” tai ”luvattomasti”.

45. Ks. Otava Piha, Seksuaalinen hyväksikäyttö – seksuaalisen autonomian lisäsuojaa vai harhakuvaa? *Defensor Legis* 1/2022, s. 18–39.

den, hengellisten tai muiden keskeisten tarpeiden tai perusvapauksien, kannalta. Valta-aseman ei tarvitse olla muodollinen. Tällainen valta-asema voi muodostua lyhytkestoisessakin tilanteessa, esimerkiksi lääkärintarkastuksen yhteydessä.<sup>46</sup> Erityisyyskriteeri ei siis viittaa poikkeuksellisuuteen vaan valta-aseman vahvuuteen.

Raiskauksen soveltamisalaan kuuluisi vain tällaisen valta-aseman vakava väärinkäyttö. ”Pelkkä” erityisen valta-aseman väärinkäyttö olisi sen sijaan rangaistavaa seksuaalisena hyväksikäyttönä. Lisäksi raiskauksen soveltamisalaan kuuluisivat vain tapaukset, joissa henkilö ei ole väärinkäytön vuoksi voinut lainkaan muodostaa tai ilmaista tahtoaan, kun taas seksuaalisessa hyväksikäytössä riittää, että henkilön mahdollisuus muodostaa tai ilmaista tahtoaan on heikentynyt väärinkäytön vuoksi. Säännöksessä lienee tarkoitettu, että jälkimmäinen kriteeri muodostaa mittarin ensimmäiselle: väärinkäyttö on siis vakavaa, jos se kokonaan poistaa henkilön mahdollisuuden muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Jos väärinkäyttö sen sijaan vain heikentää tätä mahdollisuutta, kyseessä olisi ”pelkkä” väärinkäyttö.<sup>47</sup>

### 3. Rajatapauksia ja villejä kortteja

Miten uuden tunnusmerkistön tulkinta näkyisi käytännössä ja millaisiin tapauksiin sekään ei soveltuisi? Leskinen on systematisoinut Ruotsin ja Saksan oikeuskäytännön ongelmat kolmeen kokonaisuuteen, joista ensimmäinen on vapaaehtoisuuden ilmeneminen uhrin toiminnassa ja toinen olosuhteet, joissa vapaaehtoisuus ei voi toteutua.<sup>48</sup> Käytännössä kyse on siis siitä, mikä voidaan tulkita vapaaehtoisuuden ilmaisuksi, ja siitä, milloin osallistumista ei voida pitää vapaaehtoisena tällaisesta ilmaisusta huolimatta. Kun otetaan huomioon, että uusi raiskauspykälä noudattaa tätä systematiikkaa, ei liene yllättävää, että nämä ovat ne kysymykset, joihin oikeuskäytännössä on vastattava ja jotka siten aiheuttavat myös rajanvetoja. Olen nostanut tähän osioon esimerkkejä oikeustapauksista<sup>49</sup>, oikeuskirjallisuudesta sekä mediassa esillä olleista tarinoista. Tarkoitus ei tällä kertaa ollut löytää tyypillisiä tapauksia vaan mahdollisia rajatapauksia

46. HE 13/2022 vp, s. 104.

47. Ks. HE 13/2022 vp, s. 104–105, 114–115.

48. Leskinen 2020b, s. 959. Kolmas kokonaisuus on tekijän tahallisuus.

49. Käytössäni on ollut tutkimuslupien nojalla käräjäoikeuksien tuomioita, syyttäjän päätöksiä sekä poliisin ei rikosta -päätöksiä vuosilta 2016–2017. Myös korkeimman oikeuden ennakkoratkaisut olivat tietysti käytössäni. Ulkomaisia tapauksia tarkastelin lähinnä oikeuskirjallisuuden välityksellä.



tai suorastaan viljejä kortteja, joiden kautta uuden lain vapaaehtoisuuskaavaa sisältöä ja rajoja voisi spekuloida. Kyse ei tietenkään ole tyhjentyvästä otoksesta.

### 3.1. Päihtyneiden ja puoliuunisten mahdollisuus muodostaa ja ilmaista tahtonsa

Vuonna 2014 postinjakaja oli kohdannut asuintalon ulkopuolella päihtyneen naisen, jonka hän oli päästänyt sisään rappuun. Postinjakaja oli palannut töihinsä ja jonkin ajan kuluttua kohdannut naisen uudelleen. He olivat jutelleet, minkä jälkeen he olivat olleet sukupuoliyhteydessä. Postinjakajan mukaan nainen oli ollut aloitteellinen. Nainen ei muistanut tapahtumia.<sup>50</sup>

Yllä käsiteltiin 3 kohtaan liittyvää teoreettista ongelmaa: säännöksen pitäisi voida soveltua myös silloin, kun henkilö on 1 kohdan mukaisesti ilmaissut vapaaehtoisuutta. Jo tällä perusteella pitäisi hylätä Ojalan esitys, että rajana voisi pitää toisen aktiivisuutta. Aktiivisuuden vapaaehtoisuuden merkinä liittyy myös empiirinen ongelma. Päihteet voivat vaikuttaa henkilön kognitiivisiin toimintoihin ja motorisiin toimintoihin erivahvuisesti. Esimerkiksi postinjakajatapauksessa todistaja X oli havainnut, että asianomistaja ”B:n kyky suulliseen kommunikointiin on ollut huomiota herättävän huono” mutta ”B:n kyky liikkua on ollut melko normaali niin, että X:lle on jäänyt kuva sekavuudesta”.<sup>51</sup> Sen takia ei ole perusteltua tehdä johtopäätöksiä kognitiivisista kyvyistä motoriikan perusteella, kuten nykykäytännössä usein tehdään. Tähän nähden tapauksessa huomautettu seikka, että B on ”jossakin vaiheessa ennen kello kahdeksaa kyennyt tekemään täysin rationaalisen päätöksen kävelemisestä joidenkin kilometrien päähän vanhempiansa luokse ja myös toteuttamaan päätöksensä”<sup>52</sup>, on alkuosaltaan hyväksyttävämpi kuin loppuosaltaan. Toisaalta B:n päätös vanhempiansa luo menemisestä on syntynyt pari tuntia sukupuoliyhteyden toteutumisen jälkeen, joten sekään ei selvästi osoita B:llä olleen mahdollisuus päätöksentekoon sukupuoliyhteyden toteutuessa.

Toisaalta pelkkää estojen löystymistä ei voida pitää neurologisena seurauksena, jonka myötä henkilö ei voi muodostaa tahtoaan.<sup>53</sup> Vapaaehtoisen päihtymyksen ei pitäisi poistaa potentiaalisen asianomistajan vastuuta valinnoistaan. Näiden valintojen on kuitenkin synnyttävä autonomisesti, eikä aktiivisuus saa olla seurausta esimerkiksi siitä, että päihtynyt henkilö noudattaa toisen osapuol-

50. KKO 2019:78.

51. KKO 2019:78, kohta 25.

52. KKO 2019:78, kohta 25.

53. HE 13/2022 vp, s. 103.

len ohjeita ja ohjaamista tahdottomasti eli sen vuoksi, ettei päihtymykseltään pysty kieltäytymään.

Lisäämällä 3 kohtaan erillinen maininta voimakkaasta päihtymystilasta on haluttu tehdä sukupuoliyhteys voimakkaasti päihtyneen kanssa aiempaa selvemmin rangaistavaksi. Kohtia 1 ja 3 voitaisiin myös lukea yhdessä ottaen huomioon uuden lain tarkoitus seksuaalisen itsemääräämisoikeuden vahvistamisesta niin, että voimakkaasti päihtyneen kanssa sukupuoliyhteyteen ryhtyvällä on erityinen velvollisuus varmistua vapaaehtoisuuden olemassaolosta.<sup>54</sup> Laissa on kuitenkin lähdetty myös siitä, ettei sanallista tai muutoin määrämuotoista suostumusta edellytetä. Laissa ei ole myöskään asetettu varsinaista huolellisuusvelvoitetta esimerkiksi tuottamuksellisen raiskauksen kriminalisoinnilla. Esimerkiksi sanallista varmistamista ei myöskään voi pitää edellytyksenä tilanteessa, jossa pelkkää suostumuksen ilmausta ei sellaisenaan edes voi pitää vapaaehtoisuutta osoittavana tekijänä. Erityisesti silloin, jos voimakkaasti päihtynyt henkilö on aloitteellinen ja mahdollisesti jopa sanallisesti pyytänyt toista sukupuoliyhteyteen, olisi erikoista velvoittaa toinen osapuoli vielä erikseen varmistumaan vapaaehtoisuudesta, sillä tämä voisi käytännössä tarkoittaa toisen vastuuttamista voimakkaasti päihtyneen käyttäytymisestä.<sup>55</sup>

Miten siis olisi perusteltua arvioida voimakkaasti päihtyneen osallistumista sukupuoliyhteyteen? Kysymykseen ei liene yksinkertaista vastausta. Ehdotan, että merkitystä voisi pelkän (heikon) aktiivisuuden sijaan antaa päihtyneen aloitteellisuudelle ja innokkuudelle (selkeälle aktiivisuudelle). Vaikka kumpikaan näistä kriteereistä ei sinänsä aukottomasti osoita, että päihtynyt on kyennyt ymmärtämään sukupuoliyhteyteen ryhtymisen merkityksen ja muutenkin lain edellyttämällä tavalla muodostamaan ja ilmaisemaan tahtonsa, on aloitteellisuus tai innokkuus kuitenkin sellaista ulkoisesti havaittavissa olevaa käyttäytymistä, jonka nojalla toisen osapuolen ei voida edellyttää havaitsevan mahdollista vapaaehtoisuuden puutetta. Sikäli kuin postinjakajan kertomus B:n aloitteellisuudesta pitää paikkansa (muuta todistelua ei B:n muistinmenetyksen vuoksi ollut), raiskauksen tunnusmerkistö jäisi vastaavassa tapauksessa täyttymättä myös uuden lain nojalla.

Vuonna 2018 Ruotsissa mies sopi sosiaalisessa mediassa menevänsä naisen luo yöksi. Nainen oli ennen tapaamista ilmoittanut, ettei halua seksiä. Mies saapui yöllä ja meni nukkumaan sänkyyn, jossa nainen oli jo nukkumassa, eri peiton alle. Nainen oli puukeutunut vain alushousuihin. Mies oli ensin kosketellut asianomistajaa ja sitten ollut tämän kanssa sukupuoliyhteydessä. Oli riidatonta, että nainen oli ollut passiivinen

54. Kiitän arvioijaa tästä huomiosta.

55. Oma kysymyksensä on myös, miten erityinen varmistuminen toimisi tilanteessa, jossa molemmat osapuolet ovat voimakkaasti päihtyneitä. Onko molempien silloin erityisesti varmistuttava toisen vapaaehtoisuudesta, ja miten sen voisi käytännössä toteuttaa tavalla, joka toisi lisätietoa toisen suhtautumisesta suhteessa jo annettuihin ilmaisuihin?

sukupuoliyhteyden aikana, mutta epäselväksi jäi, oliko hän kääntynyt miestä kohti ja osallistunut alushousujensa riisumiseen.

Tässä ensimmäisessä Ruotsin korkeimman oikeuden käsittelemässä uuden lain aikaisessa tapauksessa tekijä tuomittiin vain tuottamuksellisesta raiskauksesta (oaktsam våldtäkt). Vastaajan tulkinta tilanteesta ja asianomistajan liikehdinnästä sekä vastaajan suhtautuminen näihin eivät yltäneet Ruotsin lain edellyttämälle tahallisuuden tasolle. Sen sijaan vastaaja oli havainnut riskin asianomistajan vapaaehtoisuuden puuttumisesta mutta suhtautunut tähän riskiin välinpitämättömästi.<sup>56</sup> Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisua voi siis tulkita niin, että vastaaja on voinut mieltää asianomistajan liikehdinnän uudeksi ilmaisuksi vapaaehtoisuudesta siitä huolimatta, että tämä on aiemmin sanallisesti ja selvästi ilmoittanut, ettei halua seksiä. Ruotsin lain mukaan vastaaja ei kuitenkaan olisi saanut tehdä päätelmäänsä näin yksioikoisesti vaan hänen olisi pitänyt pyrkiä varmistumaan asianomistajan vapaaehtoisuudesta.

Suomessa aivan vastaavaa tulkintatilannetta ei synny siksi, että tahallisuuden määritelmä ja kynnys ovat täällä erilaiset. Kysymys siitä, miten sukupuoliyhteyden kohteen liikehdintää on tulkittava, on kuitenkin olennainen täälläkin. Oikeuskäytännössä on useita tapauksia, joissa yhdessä nukkumaan menneistä henkilöistä toinen aloittaa hyväilyn ja etenee sukupuoliyhteyteen. Hyväilyn ja sukupuoliyhteyden kohde saattaa reagoida mumisemalla, äännelemällä, painautumalla toista vasten tai kiihottumalla ja helpottaa sukupuoliyhteyden toteuttamista nostamalla itseään tai avaamalla jalkansa. Aloitteellinen osapuoli ei kuitenkaan ole välttämättä pyrkinyt varmistumaan edes siitä, että toisen silmät ovat auki.

Nukkuva tai nukahtamassa oleva henkilö voi äännellä tai liikkua – olla siis aktiivinen – ymmärtämättä, mitä tekee. On tietysti mahdollista katsoa, että tekoja ja muminoita ei voida pitää riittävän selvinä vapaaehtoisuuden ilmaisuina, jolloin myös 1 kohdan tunnusmerkistö täyttyy. Liikkeistä ja ääntelystä riippuen tästä voinee kuitenkin jäädä varteenotettava epäily. Tällöin on tarpeen soveltaa 3 kohdan tunnusmerkistöä tiedottomasta tai heikentyneessä tajunnantilassa olevasta henkilöstä. Olennaista on, että 3 kohta soveltuu myös silloin, kun asianomistaja ei ole ollut täysin passiivinen. Vaikka tahallisuutta arvioidaankin subjektiivisesti, on tuomioistuimen syytä arvioida kriittisesti vastaajan mahdollista väitettä siitä, että luuli asianomistajan muminoiden ja liikehdinnän perusteella tämän olevan hereillä. Tuomioistuimen tulisi pysähtyä arvioimaan vastaajan väitettä erityisesti, jos osapuolet kertovat, että tarkoituksena oli mennä nukkumaan tai että vastaaja ei voinut nähdä asianomistajan kasvoja ja mahdollista

56. NJA 2019, s. 668. Tapauksesta ovat Suomessa kirjoittaneet ainakin Kimpimäki 2020, s. 13–14 ja Leskinen 2020a, s. 393–394.

unitilaa tai heikentyntä tajunnantilaa, koska huoneessa oli pimeää tai koska sukupuoliyhteys tapahtui takaapäin.

### 3.2. Ehdollinen suostumus ja seksuaalinen petos

Vuonna 2010 kaksi ruotsalaisnaista teki rikosilmoitukset tunnettua tietovuotajaa vastaan. Naisten kertomusten mukaan tietovuotaja oli naisten tietämättä riisunut itseltään kondomin ja ollut heidän kanssaan suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä, mihin he eivät olleet suostuneet.

Uusi laki ei ota nimenomaisesti kantaa seksuaaliseen kanssakäymiseen suosivan erehdykseen tai erehdyttämiseen, mutta hallituksen esityksen mukaan tilanteessa, jossa seksuaalisen kanssakäymisen osapuoli ilmaisee tälle kanssakäymiselle joitain rajoja, näiden noudattamatta jättäminen voisi tilanteesta riippuen täyttää raiskauksen, seksuaalisen kajoamisen tai terveyden vaarantuessa tai vahingoittuessa rikoslain 21 luvussa säädetyn rikoksen tunnusmerkistön. Raiskauksena tuomitseminen edellyttäisi sitä, että henkilöltä ”puuttuu vapaaehtoisuus osallistua minkäänlaiseen sukupuoliyhteyteen”. Kondomin käytön lisäksi rajojen asettaminen voi koskea muutakin ehkäisyvälinettä tai sukupuoliyhteyden toteuttamistapaa muuten.<sup>57</sup>

Selvää on, että vapaaehtoisena alkanut sukupuoliyhteys voi muuttua raiskaukseksi, jos osapuoli ilmoittaa, ettei haluakaan jatkaa.<sup>58</sup> Petostapauksissa henkilöllä ei kuitenkaan välttämättä ole teoriassakaan mahdollisuutta arvioida kieltäytymisen tarvetta, jos hän ei tiedä esimerkiksi kondomin poisottamisesta. Vaikka tällainen mahdollisuus olisikin, ei kieltäytymistä ole itsemääräämisoikeuden kannalta perusteltua vaatia, jos rajoja kanssakäymiselle on jo ilmaistu etukäteen. Lisäksi tuossa tilanteessa sukupuoliyhteys, johon toinen ei ole halunnut osallistua, on mahdollisesti jo täyttynyt, jolloin on arvioitava täyttyneen teon rangaistavuutta. Kyse on siten siitä, missä tilanteissa ennen sukupuoliyhteyden alkamista annettu ehdollinen vapaaehtoisuuden ilmaisu voi vaikuttaa toteutetun sukupuoliyhteyden rangaistavuuteen.

Kondomin riisumistapauksia (engl. *stealththing*) tai muuta valehtelemista ehkäisystä hahmotetaan usein erehdyttämisen ja tiedonsaannin kautta. Rikosoikeudelliseen suostumusoppiin kuuluu pätevän suostumuksen edellytyksenä tyypillisesti, että suostumuksen antajalla on riittävän kattava ja totuutta vastaava tieto siitä, mihin hän on suostumassa.<sup>59</sup> Vaatimus ilmoittaa kaikenlaiset sukupuoliyhteyden suostumiseen vaikuttavat asiointilat ei kuitenkaan ole realistinen

57. HE 13/2022 vp, s. 100–101.

58. HE 13/2022 vp, s. 100.

59. Hahto 2004, s. 248 ja Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 243.

tai välttämättä toivottavakaan, minkä vuoksi Ruotsissa haluttiin tehdä ero seksuaalirikosten sääntelyn ja suostumusopin välillä. Tällaista vaatimusta voitaisiin käyttää esimerkiksi transsukupuolisia syrjivällä taikka seksitautia sairastavia stigmatisoivalla tavalla.<sup>60</sup> Suostumusoppia ei tältä osin ole perusteltua soveltaa seksuaaliseen kanssakäymiseen Suomessakaan, sillä näin laajakantoisen ehdon tulisi selkeästi ilmetä lain sanamuodosta. Suostumuksen tiedolliseen ulottuvuuteen liittyvät ehdot toimivat kohtuullisemmin silloin, kun suostumus toimii oikeuttamisperusteena tekoon, joka on sinänsä sellaisenaan rangaistava, kuten toisen terveyden vahingoittaminen. Erehdyttäminen taas esiintyy rikoslaissa nimenomaisena tunnusmerkistökiteijänä esimerkiksi kotirauhan rikkomisen (RL 24:1), petoksen (RL 36:1) ja velallisen petoksen (RL 39:2) tunnusmerkistöissä. Myös seksuaalisen kanssakäymisen ollessa kyseessä olisi siten perusteltua perustaa erehdyttämisen rangaistavuus nimenomaiseen mainintaan erehdyttämisestä tekotapana.

Hallituksen esityksen mukaan seksuaaliselle kanssakäymiselle asetettujen rajojen rikkominen, kuten ehkäisyvälineen käyttämättä jättämisen salaaminen, voi kuitenkin olla rangaistavaa, joten tällaiset tapaukset on tarpeen hahmottaa muulla tavoin kuin erehdyttämisen tai tiedonsaannin kautta. Kyse on pikemminkin ehdollisesta suostumuksesta ja eri teon toteuttamisesta kuin mihin on suostuttu.<sup>61</sup> Selkeää vastausta siihen, milloin raiskauksen tunnusmerkistö täytyisi näissä tapauksissa, ei esitöistä saada. Ilmaisuu ”puuttuu vapaaehtoisuus osallistua minkäänlaiseen sukupuoliyhteyteen” viittaisi siihen, että henkilön toteuttaessa vaikkapa anaaliyhdyntään, kun toinen on selkeästi ilmaissut osallistuvansa vain emätinyhdyntään, teko ei olisi raiskauksena rangaistava ennen kuin toinen ilmaisee kieltäytymistä, sillä toinen on ilmaissut osallistuvansa jonkinlaiseen sukupuoliyhteyteen. Tämä tulkinta ei kuitenkaan vaikuta perustellulta, sillä siitä seuraavat rajanvedot olisivat seksuaalisen itsemääräämisoikeuden kannalta mielivaltaisia. Pitäisikö esimerkiksi suostumisen sukupuoliyhteyteen yhden henkilön kanssa merkitä suostumista sukupuoliyhteyteen myös toisen henkilön kanssa, kunnes sukupuoliyhteydestä kieltäydytään? Tällainen ajatus sotii selvästi seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaamista vastaan. Rangaistavuus myöskin aktualisoituisi vasta, jos kumppanin aloittaessa vääränlaista sukupuoliyhteyttä toinen kieltäytyy osallistumasta minkäänlaiseen sukupuoliyhteyteen. Olisi mielivaltaista, jos ”en halua anaaliseksiä” olisi ilmaisuna vähemmän vaikutuksellinen kuin ”en haluakaan seksiä”. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden näkökulmasta molemmissa loukataan selkeästi ilmaistua tahtoa. Epäloogista olisi tietysti myös se, että rangaistavuus syntyisi tilanteessa, jossa henkilö on nimenomaan ilmaissut

60. Prop 2017/18:177, s. 79; Brooks – Thompson 2019 ja Wegerstad 2021, s. 365.

61. Wegerstad 2021, s. 365–368 ja Marie Kagrell, *Sexuella vilseledanden*, s. 171–210 teoksessa Andreas Anderberg – Dennis Martinsson – Erik Svensson (red.), *Teori och politik: Straffrätt i omvandling*. Iustus 2022.

kieltäytymistä kyseisen kaltaiseen sukupuoliyhteyteen (”en halua anaaliseksiä”), mutta ei silloin, jos asia ilmaistaan listaamalla, millaiseen sukupuoliyhteyteen on valmis (”haluan vain emätinyhdyntää”). Lain sanamuoto ei edellytä, että henkilöltä puuttuisi vapaaehtoisuus minkäänlaiseen sukupuoliyhteyteen, vaan sanamuotoa voidaan tulkita niin, että rangaistavuus syntyy, kun henkilöltä puuttuu vapaaehtoisuus siihen (sellaiseen) sukupuoliyhteyteen, jonka tekijä suorittaa.

Kyse on siis siitä, että vapaaehtoisuus yhteen tekoon ei ole sama asia kuin vapaaehtoisuus toiseen tekoon. Tämä on selvää, kun teot ovat hyvin erilaisia: esimerkiksi suostumus riisuutumiseen tai suutelemiseen ei merkitse suostumusta sukupuoliyhteyteen, vaikka nämäkin teot voivat olla luonteeltaan seksuaalisia. Kysymykseksi nousee, pidetäänkö esimerkiksi sukupuoliyhteyttä kondomin kanssa ja sukupuoliyhteyttä ilman kondomia samana vai eri tekona. Tässä arvioissa voidaan soveltaa erilaisia kriteerejä. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden käyttämisen kannalta olennaisia ovat ainakin fyysinen kosketus ja teosta suoraan aiheutuvat riskit.<sup>62</sup> Sen sijaan muiden ehkäisyvälineiden tapauksessa eroa on teosta aiheutuva raskauden riskissä mutta ei seksitautien riskissä tai fyysisessä kosketuksessa. Anaalivydyntä toteuttamisessa, kun toinen on suostunut vain emätinyhdyntään, eroa on fyysisessä kosketuksessa mutta myös seksitautien tarttumisen riskissä. Eroja aiheuttaa tietysti myös se, toteutetaanko sukupuoliyhteys sormin, suulla, sukuelimellä vai esineellä. Jos sukupuoliyhteyden toteuttaa eri henkilö kuin se, jolle suostumus on annettu, ei kyse ole samasta teosta, koska yhden henkilön fyysinen kosketus ei ole sama asia kuin toisen henkilön fyysinen kosketus.

Hallituksen esityksen mukaan tapauskohtaisesti voisi soveltua myös seksuaalisen kajoamisen tunnusmerkistö. Kajoamissäännös soveltuu kuitenkin nimellisesti vain muihin tekoihin kuin sukupuoliyhteyksiin. Tapahtumien kuluista pitäisi siis löytää muu seksuaalinen teko kuin sukupuoliyhteys. Kondomin poisottaminen tai laittamatta jättäminen voitaisiin itsessään tulkita tällaiseksi seksuaaliseksi teoksi. Sen sijaan toteutettaessa anaalivydyntä henkilön kanssa, joka on suostunut vain emätinyhdyntään, ei tällaista erillistä tekoa voida helposti osoittaa, joten kajoamissäännöksen soveltaminen olisi vähintäänkin väkimmäistä. Johdonmukaisempaa olisi tulkita molemmat tapaukset ehdollisen suostumuksen tapauksiksi, joissa ilman vapaaehtoisuutta toteutettu teko on sukupuoliyhteys.

62. Vrt. Alexandra Brodsky, Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law* 32(2) 2017, s. 183–210 ja Wegerstad 2021, s. 362, 365. Brodsky ja Wegerstad yhdistävät riskiperusteen erehdyttämisdynamiikkaan eivätkä eri teko -lähestymistapaan. Nähdäkseni riski voi kuitenkin muodostaa yhden kriteerin tekojen erottamiseen toisistaan.

### 3.3. Ehdollisen suostumuksen ja motiivierehdyksen välissä

Vuonna 1985 kalifornialainen sairaalatyöntekijä soitti eräälle sairaalan potilaalle, esitteli itsensä lääkäriksi ja valehteli, että naisella on potentiaalisesti hengenvaarallinen tauti, joka voidaan parantaa joko 9.000 dollarin leikkauksella ja sitä seuraavalla kuuden viikon sairaalajaksolla, jota vakuutus ei kata, tai siten, että potilas on yhdynnässä nimettömän luovuttajan kanssa, johon on pistetty parantavaa seerumia. Jälkimmäisen hoidon kustannus olisi 4.500 dollaria. Nainen suostui, koska uskoi muuten kuolevansa. Mies hyväksyi ennakkomaksuksi 1.000 dollaria, koska nainen ei kyennyt maksamaan enempää.<sup>63</sup>

Common law -maissa seksuaalinen petos on tyypillisesti kriminalisoitu rajallisesti: rikollista on valheellisesti esiintyä toisena, uhrin henkilökohtaisesti tuntemana henkilönä (”identtisten kaksosten tapaukset”) tai erehdyttää uhria teon luonteesta (lääkäri esimerkiksi sanoo tutkivansa potilaan peräsuolen kameralla mutta työntääkin sisään peniksensä). Kalifornialaistapauksessa sairaalatyöntekijä tuomittiin taloudellisesta petoksesta mutta ei petoksella tehdystä raiskauksesta, koska uhri tiesi teon olevan seksuaalinen. Erehdys koski hänen suostumisensa syitä, motiivia. Motiivierehdyksellä tarkoitetaan sitä, että ”suostumuksen antaja on tekijän tietien erehtynyt niiden syiden olemassaolosta, joiden perusteella hän on suostumuksen antanut”.<sup>64</sup> Oikeuskäytännössä on esitetty, että laki sääntelee toisen erehdyttämistä tosiasioista (fraud in the factum) mutta ei motiivierehdyksestä (fraud in the inducement). Oikeuskirjallisuudessa nämä perustelut on kuitenkin osoitettu eri tavoin horjuviksi.<sup>65</sup> Kalifornialaistapauksen yhteydessä voidaan hyvällä syyllä kysyä, eikö kyse ollut nimenomaan teon luonteeseen liittyvästä erehdyttämisestä. Potilaan näkökulmasta kyse oli lääketieteellisestä toimenpiteestä, vaikka hän tiesikin, että ”toimenpiteeseen” sisältyi sukupuoliyhteys. ”Toimenpiteen” lääketieteellisen arvon puuttuminen oli mitä suurimmassa määrin todistettavissa oleva tosiasia.

On epäselvää, soveltuisiko vastaavaan tapaukseen uuden lain 1 kohta, sillä nainen on selvästi ilmaissut suostumuksensa sukupuoliyhteyteen. Toisaalta voidaan ajatella, että nainen on suostunut ehdoin, että kyseessä on todellinen lääketieteellinen toimenpide, josta ei ollut kyse. Mikäli tapauksessa ajateltaisiin siis olevan kyse ehdollisesta suostumuksesta, 1 kohta soveltuisi. Tällöin saman ja eri teon erotteleviin kriteereihin olisi lisättävä teon luonne. Ilmaisuu ”teon luonne” on epämääräinen, joten sitä olisi syytä tulkita suppeasti. Kuitenkin kriteeri voisi soveltua myös muihin kuin lääketieteellisiin konteksteihin. Esimerkiksi sek-

63. Prop 2017/18:177, s. 79; Brooks – Thompson 2019 ja Wegerstad 2021, s. 365.

64. Hahto 2004, s. 248.

65. Jed Rubenfeld, The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy. Yale Law Journal 122(6) 2013, s. 1372–1443, 1398–1401.

suaalisena hyväksikäyttönä tuomitussa tapauksessa KKO 2014:17 kansanparantajana, jäsenkorjaajana ja kouluttajana toiminut mies oli suggestion avulla saanut asianomistajat seksuaalisiin tekoihin kanssaan. Mies oli asianomistajille kertonut seksuaalisten tekojen liittyvän kansanparannustaitojen opettamiseen ja oppimiseen, niiden ”herkistävän” asianomistajan taitojen oppimiselle.<sup>66</sup> Teon luonne -kriteeri voisi soveltua myös silloin, kun teko olisi perusteltu toisessa kontekstissa. Esimerkiksi gynekologilla voi olla lääketieteellinen syy työntää sormensa potilaan emättimeen, mutta jos gynekologi tekisi saman teon ilman lääketieteellistä syytä, voisi kyse olla vapaaehtoisuuden puuttumisesta tehtyyn tekoon.

Esimerkkeinä annettuihin tapauksiin voisi soveltua myös valta-aseman väärinkäyttöä koskeva tunnusmerkistö, jota käsittelen jäljempänä luvussa 3.5. Voidaan kysyä, onko toisen saaminen sukupuoliyhteyden teon luonteesta erehdyttämällä käytännössä mahdollista muutoin kuin valta-asemaa väärinkäyttäen, jolloin tapaukset tulisivat katetuiksi valta-asemaa koskevien säännösten nojalla eikä teon luonteeseen liittyvää kriteeriä tarvittaisi. Lienee kuitenkin mahdollista keksiä tilanne, johon ei liittyisi ainakaan lain edellyttämää erityistä valta-asemaa tai sen vakavaa väärinkäyttämistä – esimerkiksi jos tapauksen KKO 2014:17 kansanparantajan oppilas uskottelisi toiselle oppilaille sukupuoliyhteyden hänen kanssaan liittyvän kansanparannustaitojen harjoitteluun. Tästä syystä erehdyttämistä teon luonteesta on syytä pohtia myös valta-asemasta erillisenä kriteerinä, kuten olen tässä tehnyt.

Merkitystä ei pitäisi antaa sille, tuleeko sukupuoliyhteyden sovitusta toteuttamistavasta poikkeaminen uhrin tietoon jo sukupuoliyhteyden aikana vai vasta sen jälkeen, vaikka jälkimmäisessä tapauksessa uhrin suhtautuminen sukupuoliyhteyden muuttuu vasta jälkepäin. Hallituksen esityksen mukaan se, että ”henkilö jälkepäin katuu vapaaehtoista osallistumisestaan sukupuoliyhteyden tai hänen suhtautumisensa siihen muuttuu kielteiseksi vasta sukupuoliyhteyden jälkeen, ei tekisi siitä raiskausta”.<sup>67</sup> Edellä hahmoteltu seksuaalisen autonomian relationaalinen määritelmä ei edellytä, että päätös on järkevä tai pidemmällä tähtäimellä henkilön arvojen mukainen. Näin ollen autonomisestikin tehty päätös voi alkaa kaduttaa. Päätöksen on kuitenkin ensin oltava autonomisesti tehty eli vapaaehtoinen, kuten hallituksen esityksessäkin todetaan.

Silloin kun rajojen rikkominen tulee kohteen tietoon sukupuoliyhteyden aikana tai vasta sen jälkeen, on tunnusmerkistön täyttävä teko jo ehtinyt toteutua. Jos poikkeaminen taas tulee kohteen tietoon jo ennen sukupuoliyhteyden alkamista, on arvioitava, onko kohde tehnyt uuden tahdonilmaisun, jossa on luopunut asettamisestaan ehdoista. Jos henkilö aktiivisesti edistää sukupuoliyhteyden toteutumista, vaikka on huomannut, ettei tekijä ole laittanut itselleen kondomia,

66. KKO 2014:17, kohdat 14 ja 23 sekä käräjäoikeuden tuomion selostus, 10. kappale.

67. HE 13/2022 vp, s. 100.



tai on saanut tietää, ettei sukupuoliyhteydellä olekaan lääketieteellistä vaikutusta, voidaan tätä aktiivisuutta pitää uutena tahdonilmaisuna, jonka myötä 1 kohdan tunnusmerkistö ei täytykään. Sen sijaan pelkästään se, että antaa tällaisen sukupuoliyhteyden tapahtua, ei ole vapaaehtoisuuden ilmaisu.

### 3.4. Motiivierehdys ja seksuaalinen petos

Nainen ilmoittaa hakevansa tulevaa aviopuolisoa. Mies valehtelee naiselle olevansa sinkku ja lapseton, vaikka on todellisuudessa naimisissa ja perheellinen. He ovat sukupuoliyhteydessä.

Nainen tietää miehen olevan naimisissa, mutta mies vakuuttaa rakastavansa naista ja aikovansa jättää aviopuolisonsa voidakseen solmia avioliiton naisen kanssa. Todellisuudessa miehellä ei ole tällaista tarkoitusta.

Avioliitossa oleva nainen on sukupuoliyhteydessä satunnaistuttavan kanssa, vaikka avioliitossa on sovittu, ettei muita suhteita harrasteta. Nainen salaa syrjähyppynsä aviomieheltään ja on sen jälkeen sukupuoliyhteydessä tämän kanssa.

Yllä on käsitelty sukupuoliyhteyttä koskevia ehtoja ja esitetty, ettei vapaaehtoisuuden ilmaisua ole, jos toteutettu sukupuoliyhteys poikkeaa ehdosta. Entä jos ehto ei koske sukupuoliyhteyttä itseään? Sukupuoliyhteydelle asetetut ehdot voivat periaatteessa olla millaisia vain. Esimerkiksi vastikkeen saaminen tai toisen seksuaalinen uskollisuus voi olla ehto sukupuoliyhteydelle. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden käyttämiseen kuuluu oikeus kieltäytyä seksuaalisesta kanssakäymisestä mistä tahansa syystä. Esimerkkitapaukset kuvaavat tilanteita, joissa henkilöt ovat suostuneet sukupuoliyhteyteen mutta joissa he eivät olisi suostuneet, jos olisivat tienneet toisen osapuolen taustan tai tarkoituksen oikean laidan. Kyse ei ole enää siitä, että olisi suostuttu eri tekoon kuin mikä on toteutettu, vaan motiivierehdyksestä.

*Pundik, Schnitzer ja Blum* ovat esittäneet, että minkä tahansa ehdon rikkominen voisi tehdä sukupuoliyhteydestä raiskauksen, kunhan tämä ehto on tosiasiassa ollut niin merkityksellinen, ettei henkilö olisi suostunut sukupuoliyhteyteen ilman sen täyttymistä, ja tekijä on ollut tahallisuuden edellyttämällä tavalla ehdosta tietoinen. Kirjoittajat perustelevat ehdotustaan seksuaalisen autonomian suojaamisella.<sup>68</sup> Ehdotuksen hyväksymisellä olisi potentiaalisesti laajakantoiset seuraukset.

68. Amit Pundik – Shani Schnitzer – Binyamin Blum, Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex. *Criminal Justice Ethics* 41(2) 2022, s. 167–189.

Erehdyttäminen ja erehdyksen hyväksikäyttäminen kiistatta vaikuttavat päätöksenteon autonomisuuteen, tahdonmuodostuksen pätevyYTEEN, ja siten keskustelu siitä kuuluu osaksi sääntelyn kehittämistä. Seksuaalisen motiivi-erehdyksen rangaistavuutta ei kuitenkaan voi helposti perustella uuden lain nojalla. Kyse ei ole siitä, että toteutettaisiin eri teko kuin mihin on ilmaistu vapaaehtoisuutta, joten 1 kohdan säännös ei sovellu. Voisiko erehdyttäminen tai erehdyksen hyväksikäyttäminen kuitenkin olla 3 kohdassa tarkoitettu ”muu näihin rinnastettava syy”, jonka vuoksi henkilö ei voi muodostaa tai ilmaista tahdotaan? Täsmällisyys-, tarkkarajaisuus- ja ennakoitavuusperiaatteet vaativat, että 3 kohdan avointa tunnusmerkistöä sovelletaan rajoitetusti. Hallituksen esityksen mukaan tällainen syy voisi olla erityisen voimakas painostus, kun se aiheuttaa tilanteen, jossa toisella osapuolella ei ole mahdollisuutta tehdä valintaa sukupuoliyhteyteen osallistumisesta.<sup>69</sup> Erityisen voimakas painostus voi rinnastua läheisesti uhkauksen käyttämiseen, kun henkilö ei koe itsellään enää olevan todellisia vaihtoehtoja. Sen sijaan erehtymistilanteessa tällaista (koettujen) vaihtoehtojen rajoittumista ei ole. Toinen osapuoli voisi kieltäytyä sukupuoliyhteydestä ilman suoria kielteisiä seurauksia. Uuden lain perusteella sukupuoliyhteyteen liittyvä motiivieredhys ei siten ole vapaaehtoisuuden poistava tekijä.

Ruotsissa *Petter Asp* on peräänkuuluttanut huolellisia perusteluja, jos harhaanjohtaminen on rangaistavaa vain joskus.<sup>70</sup> Nähdäkseni tällainen huolellinen perustelu olisi liittynyt tekoon itseensä. Kun toteutettu sukupuoliyhteys eroaa luonteeltaan, fyysiseltä kosketukseltaan tai teosta aiheutuvien riskien osalta siitä, mihin henkilö on riittävän selvästi ilmaissut suostuvansa, raiskauksen 1 kohdan tunnusmerkistö täyttyisi, sillä henkilö ei ole ilmaissut osallistuvansa kyseiseen sukupuoliyhteyteen vapaaehtoisesti. Tietysti tilanteesta riippuen rangaistavuus voisi perustua myös 2 tai 3 kohtaan. Jos harhaanjohtaminen sen sijaan koskee muuta kuin sukupuoliyhteyttä itseään, se ei olisi rangaistavaa.

### 3.5. Valta-aseman väärinkäyttö

Joulukuussa 2016 erään Saksassa olevan sairaalan ylilääkäri oli saman osaston hallinnollisen assistentin kanssa sukupuoliyhteydessä työpaikalla. Heillä oli jo aiemmin ollut useita sukupuoliyhteyksiä, joissa assistentti oli ollut aktiivinen ylilääkärin pyynnöstä. Syksyllä 2016 assistentti oli kuitenkin ilmoittanut, ettei halua enää jatkaa. Joulukuussa ylilääkäri pyysi assistentin kanssaan keittiöön, asettui, kuten aiemminkin, selkään suljettua ovea vasten ja pyysi sukupuoliyhteyttä. Assistentti kieltäytyi. Ylilääkäri yritti viedä assistentin kättä kohti sukuelintään, mutta tämä ei onnistunut, koska assistentti piti kätensä selkensä takana. Ylilääkäri otti peniksensä housuistaan ja vaati

69. HE 13/2022 vp, s. 105.

70. Asp 2010, s. 147–155.

uudelleen sukupuoliyhteyttä sekä sanoi, että kyseessä olisi viimeinen kerta. Lopulta assistentti otti peniksen hetkeksi suuhunsa.<sup>71</sup>

Saksalaistapaukseen ei saatu lopullista vastausta, sillä syyttäjä lopetti syytteen ajamisen, kun ylempi oikeusaste oli palauttanut jutun alempaan tuomioistuimeen. Oikeuskirjallisuudessa näkemykset eroavat. *Elisa Hoven* on katsonut, että assistentin lopulta ryhdyttyä aktiiviseksi hänen tahtotilansa oli ambivalentti eikä tunnusmerkistö täyttynyt. Saksassa raiskauksesta tuomitaan se, joka on sukupuoliyhteydessä vastoin toisen osapuolen tunnistettavissa olevaa tahtoa. Sen sijaan *Tatjana Hörnle* on katsonut, että tapauksessa olisi tullut arvioida, oliko assistentin tunnistettavissa oleva vastentahtoisuus tullut tunnistettavalla tavalla muutetuksi. Tässä olisi tullut ottaa huomioon muun muassa assistentin alisteinen asema ylilääkäriin nähden, vaikka assistentti ei ollutkaan ylilääkärin suora alainen. Osapuolten kanssakäyminen ei myöskään ollut ollut sopuisaa, vaan ylilääkäri oli ollut käskevä ja assistentti torjuva.<sup>72</sup>

Se, että assistentti oli lopulta se, joka toteutti sukupuoliyhteyden, ei estäisi ylilääkärin tuomitsemista Suomen lain mukaan, koska 3 kohta soveltuu myös silloin, kun asianomistaja on ollut aktiivinen. Tämäntapainen työpaikalla tapahtuva painostaminen sopisi luontevasti erityisen valta-aseman vakavaa väärinkäyttöä koskevan säännöksen soveltamisalaan.<sup>73</sup> Kun otetaan huomioon osapuolten kanssakäyminen, ei ylilääkärille ole voinut jäädä käsitystä, että assistentti olisi vapaasti muuttanut mielensä.

Myös edellä selostettuihin kalifornialais- ja kansanparantajatapauksiin voitaisiin luontevasti soveltaa säännöstä erityisen valta-aseman vakavasta väärinkäytöstä. Henkilö, joka luulee olevansa vakavasti sairas, lienee aina erityisen alisteisessa asemassa hoitohenkilökunnaksi luulemaansa henkilöön nähden, vaikka tämä luulo olisi perusteeton. Kalifornialaistapaus on valta-asetelmaltaan hyvin samantyyppinen kuin korkeimmassa oikeudessa käsitelty lääkäriin tekemää seksuaalista hyväksikäyttöä koskenut tapaus KKO 2011:1. Tapauksessa potilas oli tullut vastaanotolle syöpäepäilyn takia. Mieslääkäri oli muun muassa kourinut potilasta rinnoista ja imenyt tämän nänniä tavoilla, joille ei ollut ollut lääketieteellistä perustetta. Potilas oli suostunut tutkimustoimenpiteisiin, ja lääkäri oli pyytänyt ja saanut luvan nännin imemiseen. Korkein oikeus totesi, että potilas normaalisti kokee välttämättömäksi suostua myös vastenmielisiin toimenpiteisiin. Tiedollisen epätasa-arvon takia potilas tyypillisesti uskoo, että nämä ovat osa asianmukaista ja välttämätöntä tutkimusta.<sup>74</sup>

71. Tapaus LG Bamberg, selostettu artikkelissa Leskinen 2020b, s. 962–963.

72. Leskinen 2020b, s. 964–965.

73. HE 13/2022 vp, s. 104.

74. Ks. erit. kohdat 10–11.

Alisteisessa asemassa olevalle väärä tieto on omiaan aiheuttamaan sen, ettei henkilö voi muodostaa ja siten myöskään ilmaista tahtoaan. Kansanparantajatapauksessa asianomistajilla oli ollut vahva halu ja jopa kokemus velvollisuudesta oppia kansanparannustaitoja, he olivat luottaneet miehen ihme kykyihin ja uskoneet, että mies kykenisi ottamaan opitut taidot pois. Yksi asianomistaja oli myös ollut riippuvainen miehen antamista hoidoista, jotka olivat hetkellisesti helpottaneet hänen kovia kipujaan. Korkeimman oikeuden mukaan mies oli ollut asianomistajiin nähden valta-asemassa, vaikka heidän toimeentulonsa ei ollutkaan miehestä riippuvaista.<sup>75</sup> Ojala on arvioinut, että korkeimmassa oikeudessa seksuaalisina hyväksikäyttöinä tuomittuihin tapauksiin soveltuisi nykyisin erityisen valta-aseman vakavan väärinkäytön tunnusmerkistö.<sup>76</sup> Valta-asemataapauksissa erehdyttämiseen perustuva tekotapa voi siten olla raiskauksena rangaistavaa, vaikka erehdyttäminen yleisesti ottaen ei sitä olisikaan.

### 3.6. Suostuttelu, painostus ja henkinen väkivalta

Marian puoliso oli suhteen alussa todellinen hurmuri. Pian yhteenmuuton jälkeen hänestä kuitenkin paljastui kontrolloiva puoli. Hän muun muassa pommitti Mariaa puheluillaan pitkin iltaa. Mies suuttui, jos Maria ei joskus väsyneenä halunnut seksiä. Silloin mies aloitti raastavan mykkäkoulun, jota jatkui päiväkausia – niin kauan, kunnes Maria ei enää kestänyt ja pyysi anteeksi. Oli hirvittävää, kun itselle rakas henkilö kohteli kuin ilmaa. Mies ei kuitenkaan käyttänyt fyysistä väkivaltaa tai uhkaillut Mariaa. Kun Maria lakkasi haluamasta seksiä ollenkaan, mies ehdotti seksuaaliterapiaa. Toisella terapiakäynnillä mies oli mukana ja hurmasi terapeutin. Terapeutti antoi tehtäväksi harrastaa seksiä kerran viikossa, jotta kummankaan ei tarvitsisi vongata tai pahoittaa mieltään. Sen jälkeen mies levitti joka sunnuntai kello yhdeksän patjan olohuoneen lattialle ja sanoi ”no niin”. Maria ei kieltäytynyt, koska tiesi, että siitä seuraisi mykkäkoulu. Vastoin tahtoaan Maria riisui vaatteensa, meni patjalle vatsalleen, sulki silmänsä, puristi kätensä nyrkkiin ja laski mielessään sadastanolla. Mies joutui käyttämään liukuvoidetta, jotta yhdyntä onnistui. Mies ei näyttänyt välittävän siitä, että Maria ei olisi halunnut seksiä.<sup>77</sup>

Suostuttelu, painostus ja henkinen väkivalta muodostavat jatkumon toisen tahdonmuodostukseen vaikuttamisessa. Rajojen vetäminen siitä, milloin henkilöllä ei ole enää riittävää mahdollisuutta muodostaa tahtoaan, on vaikeaa. Kysymys

75. KKO 2014:17, kohdat 6, 9–10, 32, 34 sekä käräjäoikeuden tuomion selostus, 9. ja 11.–12. kappale.

76. Ojala 2022, s. 133–134.

77. Laura Savolainen, Maria ymmärsi terapiassa, että hänet käytännössä raiskattiin joka sunnuntai – vaikka seksuaalirikoslaki uudistuu, painostustapaukset jäävät silti pimentoon. Eeva 10.11.2022. <https://www.eeva.fi/jutut/maria-ymmarsi-terapiassa-etta-oli-joutunut-suhteessaan-raiskatuksi> (vierailtu 27.1.2023).

on myös siitä, mitä aikuisen ihmisen voidaan odottaa sietävän, ja ihmisten sietokynnys vaihtelee. Tällaisiin tapauksiin soveltuvat periaatteessa 3 kohdan pelkotilaa tai muuta rinnasteista syytä koskevat tunnusmerkit. Hallituksen esityksen mukaan pelkotila voi syntyä henkisen väkivallan seurauksena ja erityisen voimakas painostus voi olla laissa mainittu muu syy, jonka vuoksi henkilö ei voi muodostaa tai ilmaista tahtoaan.<sup>78</sup> Toisaalta vapaaehtoisuuden poistavasta pelkotilasta ei ole kyse, jos henkilö haluaa välttää ”jonkin vähäisemmän kielteisen seurauksen, esimerkiksi kiusallisen tilanteen, toisen murjottamisen tai sanaharkan”.<sup>79</sup>

Marian tapauksessa miehen mykkäkoulu, murjottaminen, on olennainen osa kontrollia, jolla mies saa Marian murtumaan. Kontrollia pönkittää myös terapeutilta saatu ohje, josta Marian miestä ei periaatteessa voi vastuuttaa mutta jota hän kuitenkin käyttää hyväkseen Marian toiveista piittaamatta. Toisaalta Maria ei kuvaile olevansa peloissaan. Alistunut ihminen saattaakin olla pikemminkin uupunut tai turta. Voiko henkilö olla pelkotilassa, vaikka ei koe pelkoa? Pohjimmiltaan tätä täytynee pitää sanan normaalimerkityksen vastaisena. Marian tapausta olisi siis arvioitava sen kannalta, ovatko miehen kontrolli ja painostus sen laatuista, että ne muodostavat ”muun syy”, jonka vuoksi Maria ei voi muodostaa tai ilmaista tahtoaan.

Tapauskohmainen arviointi tulee painottumaan erityisesti henkistä väkivaltaa ja ylipäätään parisuhdeväkivaltaa sisältävissä tapauksissa. Vaikka toinen parisuhteen osapuolista käyttäisi väkivaltaa, se ei tee kaikkea väkivallan kokijan tekoja tai kaikkia parin sukupuoliyhteyksiä ei-vapaaehtoisiksi. Väkivallan kokijan saattaa kuitenkin olla vaikea sanoittaa ja osoittaa, mikä teki tietystä sukupuoliyhteydestä ei-vapaaehtoisen, kun toisessa tilanteessa hän oli vapaaehtoinen.<sup>80</sup> Tekijä taas voi vedota siihen, että hän ei ole voinut toisen toiminnasta päätellä, että tämä ei olisi vapaaehtoinen. Esimerkiksi Maria ei ole kieltäytynyt ja hän riisuutuu ja käy patjalle makaamaan itse. Toisaalta 3 kohta on nimenomaan tarkoitettu tilanteisiin, joissa vapaaehtoisuutta on näennäisesti ilmaistu.

Saksalaistapauksessa painostus yhdistyi tekijän valta-asemaan. Marian tapauksessa kyse on pidempiaikaisesta kontrollin ja manipuloinnin kokonaisuudesta. Sen sijaan painostus ilman tällaisia lisätekiä – esimerkiksi se, että samana iltana tavanneista henkilöistä toinen toistuvasti kärttää sukupuoliyhteyttä välittämättä kieltäytymisistä ja lopulta kohde taipuu – tuskin katsottaisiin tilanteeksi, jossa kohteella ei ole mahdollisuutta muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Esimerkiksi valinnanmahdollisuuksia rajoittavat teko-olosuhteet, kuten vapaudenriistoa lähentelevät olosuhteet, voisivat kuitenkin muuttaa arviota toiseen suuntaan.

78. HE 13/2022 vp, s. 103, 105.

79. HE 13/2022 vp, s. 104.

80. Näin myös Kimpimäki 2020, s. 15.

#### 4. Lopuksi

Uusi seksuaalirikoslaki tuo raiskauksen soveltamisalan piiriin useita tekoja, jotka eivät aiemmin ole olleet raiskauksena rangaistavia. Vielä ei ole tiedossa, miten uutta vapaaehtoisuuskriteeriä tullaan tulkitsemaan käytännössä. Vapaaehtoisuuden määritelmä voidaan hahmottaa kaksiosaisena. Henkilön on ensinnäkin tehtävä osallistumista koskeva valinta. Toiseksi tämän valinnan ennakkoehtoja ovat riittävä kyky, vapaus, tilaisuus ja muutenkin mahdollisuus tehdä valinta. Seksuaalinen väkivalta voi loukata mitä tahansa näistä vapaaehtoisuuden osasista.

Uuden lain tulkinta tulee edellyttämään vaikeita rajanvetoja siitä, mikä voidaan tulkita vapaaehtoisuuden ilmaisuksi ja milloin osallistumista ei voida pitää vapaaehtoisena tällaisesta ilmaisusta huolimatta. Esimerkiksi passiivisuus vapaaehtoisuuden ilmaisuna tullee olemaan haastava kysymys. Olen esittänyt näkemyksenäni, että passiivisuutta tulisi pitää vapaaehtoisuuden ilmaisuna vain poikkeuksellisesti eli silloin, kun osapuolilla on viestintänsä perusteella yhteisymmärrys passiivisuuden merkityksestä. Myös painostamisen merkitystä henkilön mahdollisuudelle muodostaa tai ilmaista tahtoaan voi olla haastava tulkita, varsinkin jos siihen ei liity lisätekijöitä, kuten painostajan valta-asemaa tai pitkäaikaista henkistä väkivaltaa. Rajatapauksissa kontekstiherkkä arviointi tulee olemaan tarpeen.

Olen esittänyt myös, että mikäli toteutettu sukupuoliyhteys poikkeaa luonteeltaan, teosta suoraan aiheutuvilta riskeiltä tai fyysiseltä kosketukseltaan siitä, mihin henkilö on riittävän selvästi ilmaissut suostuvansa, ei henkilön voida katsoa ilmaisseen vapaaehtoisuutta tuohon sukupuoliyhteyteen. Kyse olisi kohteen ehdollisen suostumuksen vastaisesta toiminnasta silloin, kun nuo ehdot koskevat sukupuoliyhteyttä itseään. Tämä näkemys voidaan kuitenkin haastaa. Sen sijaan nykyisen lain perusteella vaikuttaa selvältä, että sukupuoliyhteyteen liittyvä motiivierhdys ei tee teosta rangaistavaa ainakaan raiskauksena.

Tahallisuus- ja näyttökysymyksiin en ole tilan puutteen vuoksi tässä artikkelissa ottanut kantaa. Ne ovat kuitenkin epäilemättä tärkeä tutkimuskohde tulevaisuudessa, sillä myös ne vaikuttavat seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojan tosiasialliseen kattavuuteen.

## How should the involuntariness criterion in the new sexual crimes legislation be interpreted?

OTAVA PIHA, LL.M., Doctoral Researcher, University of Helsinki

New consent-based sexual crimes legislation came into force in Finland in January 2023. Under the new legislation, rape is defined as sexual intercourse with a person who does not participate voluntarily (Chapter 20, section 1 of the Criminal Code). A person is not participating voluntarily if they have not expressed voluntariness through words, actions, or another manner (“yes means yes”) or, even if voluntariness has ostensibly been expressed, if the perpetrator carries out the sexual intercourse using violence or a threat or by abusing the other person’s inability to formulate or express their will. This article is an exploration of the limits of the new definition using example cases drawn from court cases, legal literature and stories reported in the media, from Finland and abroad. There is currently no case law to give any guidance on the interpretation of voluntariness, which introduces uncertainty into the conclusions offered.

The first part examines the definitions of voluntariness and sexual self-determination. Both voluntariness and sexual self-determination should be understood as relational qualities whose evaluation should be sensitive to context. Voluntary participation requires making a choice and possessing the capability, freedom, opportunity and overall possibility to make a choice.

The second part examines the operation of the voluntariness criterion in example cases, covering severe intoxication, being half-asleep, conditional consent, stealthing, sexual fraud, error in motivation, pressuring and the abuse of a position of power. I suggest that under conditions of intoxication, voluntariness could be assessed through initiative and enthusiasm rather than (weak) activity. Passivity should only be considered an expression of voluntary participation in exceptional cases, where the parties have a mutual understanding about the significance of passivity. In addition, I suggest that, for example, stealthing should be considered a case of conditional consent, where the sexual intercourse that is carried out is a different act from the sexual intercourse that was consented to. Criteria for what makes one form of sexual intercourse different from another form of sexual intercourse would include its nature, its physical sensation and the risks associated with it. These conclusions can, however, be contested.

Further research is also needed on questions of intent and proof.

# Viranomaisdatan kaupallisen uudelleenkäytön reunaehdoista

**HAKUSANAT:** julkisuusperiaate, avoin data, kaupallinen uudelleenkäyttö, immateriaalioikeus, tiedonhallinta, tietosuojat

## 1. Johdanto

Julkisen sektorin tiedonhallintaan on viime vuosina kohdistunut kiivaita sääntelytoimia, joilla on pyritty muun muassa vahvistamaan mahdollisuuksia julkisen sektorin tuottaman datan uudelleenkäyttöön. Suorimmin datan avaamiseen liittyy EU:n avoimen datan direktiivi<sup>1</sup>, jonka perusteella säädettiin hiljattain kokonaan uudet kansalliset säädökset yleishyödyllisiä palveluita tuottavien yritysten tietojen uudelleenkäytöstä (712/2021) sekä julkisesti rahoitettujen tutkimusaineistojen uudelleenkäytöstä (713/2021). Direktiivin perusteella tehtiin myös täydennyksiä olemassa oleviin julkisen hallinnon tiedonhallinnasta annettuun lakiin (906/2019, tiedonhallintalaki) ja viranomaisten toiminnan julkisuudesta annettuun lakiin (621/1999, julkisuuslaki).<sup>2</sup> Tiedonhallintalain säätäminen on muutenkin yhdenmukaistanut tapoja, joilla viranomaisten tulee järjestää tiedonhallintaansa niin, että esimerkiksi viranomaistiedon sähköinen käsittely ja luovuttaminen tehostuisivat.

Toisaalta myös esimerkiksi tietosuojalainsäädännön uudistukset ovat omalta osaltaan vaikuttaneet siihen, miten julkinen sektori käsittelee nykypäivänä henkilötietoja sisältävää dataa. Julkisen sektorin datan avaamiseen liittyvien pyrkimysten ja tietosuojan vahvistumisen välillä voidaan nähdä jännitteisyyttä.<sup>3</sup> Digitaalisessa alustataloudessa henkilötiedot voivat itsessään olla keskeistä raa-

\* Jaakko Seppänen, OTM, ICT-hankintalakimies Helsingin kaupungin kaupunkiympäristön toimialalla.

1. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2019/1024, annettu 20 päivänä kesäkuuta 2019, avoimesta datasta ja julkisen sektorin hallussa olevien tietojen uudelleenkäytöstä (uudelleenlaadittu).
2. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle avoimen datan direktiivin täytäntöönpanoa koskevaksi lainsäädännöksi 74/2021 vp.
3. Tietosuojan ja avoimen datan suhteesta ks. Lorenzo Dalla Corte, European right to data protection in relation to open data, s. 127–148 teoksessa Bastiaan van Loenen ym. (eds), Open data exposed. Information technology and law series. T.M.C. Asser Press/Springer 2018.



ka-ainetta erilaisissa yritysten arvontuotannon prosesseissa<sup>4</sup>, mutta kokonaan oma kysymyksensä on se, onko julkisen sektorin tuottamaa dataa hyväksyttävää käyttää tällaisiin tarkoituksiin. Keskustelua on herättänyt se, onko kansalliseen oikeuskulttuuriimme syvälle juurtunut perustuslaillinen julkisuusperiaate muokkautumassa toisen sisältöiseksi EU:n avoimen datan pyrkimysten myötä.<sup>5</sup> Viranomaisdatan kaupallisen uudelleenkäytön kysymyksissä teknologiset, taloudelliset ja oikeudelliset näkökohdat kietoutuvat yhteen kiinnostavalla tavalla.

Tässä artikkelissa tutkitaan viranomaisdatan kaupallisen uudelleenkäytön yleisiä reunaehtoja. Artikkelissa tarkastellaan erityisesti seuraavaa kysymystä: minkälaisen edellytysten vallitessa viranomaisilla on oikeus – tai velvollisuus – luovuttaa hallussaan olevaa dataa käytettäväksi kaupallisessa tarkoituksessa, ja millaisia reunaehtoja tällaisen datan kaupalliseen uudelleenkäyttöön voi muutoin liittyä?

Asiaa tarkastellaan ensisijaisesti kotimaisten viranomaisten näkökulmasta, ja lähestymistapaa voidaan pitää informaatio-oikeudellisena.<sup>6</sup> Viranomaisdatan luovuttamisen ja uudelleenkäytön eri näkökohtiin liittyvä sääntely on nykytilanteessa hajaantunut useisiin eri säädöksiin, kuten julkisuuslakiin, tiedonhallintalakiin, tekijänoikeuslakiin (404/1961) ja tietosuojalainsäädäntöön, joista erityisesti julkisuuslainsäädännön sisältö on peräisin kotimaisista, muiden vahvemmin eurooppalaisista lainsäädäntötoimista ja -perinteistä. Tämä korostaa tarvetta systematisoivalle ja eri näkökohtia integroivalle lainopilliselle tutkimusotteelle, jota pyritään hyödyntämään tässä artikkelissa.

Artikkelissa käytetään viranomaisdatan käsitettä kattoterminä kaikenlaisille tietosisällöille, asiakirjoille ja tallenteille, joita julkisuuslain 4 §:ssä tarkoitettuilla viranomaisilla on hallussaan riippumatta datan alkuperäisestä muodosta, laajuudesta, käyttötarkoituksesta tai jalostusasteesta. Tarkastelun yksinkertaistamiseksi datan oletetaan kuitenkin olevan tallennettu sähköiseen muotoon viranomaisen käyttämään tietojärjestelmään. Vaikka lainsäädännössä ei vakiintuneesti käytetä datan käsitettä, käsitteen käyttäminen on analyttisesti hyödyllistä, koska se on erilaisista tietoon liittyvistä käsitteistä avoimin ja laaja-alaisin. Esimerkiksi informaation ja tiedon käsitteet sisältävät jo enemmän taustaolettamuksia dataan liittyvästä informaatioarvosta.<sup>7</sup> Kuten myöhemmin tässä artikkelissa huoma-

4. Henkilötietojen hyödyntämisen perustuvan valvontakapitalismin toimintatavasta ks. Shoshana Zuboff, *The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*. Profile Books 2019.

5. Tanja Jaatinen, *Muokkaako avoin data kansallista julkisuusperiaatetta?*, s. 17–49 teoksessa Päivi Korpisaari (toim.), *Viestintäoikeus nyt: Viestintäoikeuden vuosikirja 2014*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2015.

6. Informaatio-oikeudellinen tarkastelu kulminoituu kysymykseen siitä, kenellä on oikeus tietoon ja missä tilanteessa, ks. Tomi Voutilainen, *Oikeus tietoon. Informaatio-oikeuden perusteet*. 2., uudistettu painos. Edita Publishing 2019, s. 24–25.

7. Datan, informaation ja tiedon käsitteiden eroista ks. Pekka Tarkela, *Digitaalinen talous, data ja varallisuus oikeuden muutostarpeet*. Liikejuridiikka 2/2016, s. 60–114, 67–74.

taan, viranomaisdatan uudelleenkäytön kysymysten tarkastelussa kiinnostavaa voi olla juuri se, onko uudelleenkäytön kohteessa kyse esimerkiksi pelkästään jalostamattomasta raakadatasta vai jo johonkin tarkoitukseen jalostetuista tai käytetyistä tiedoista tai asiakirjoista.

Uudelleenkäytölle on nykyisin säädetty legaalimääritelmä, sillä tarkoitetaan avoimen datan direktiivin 2 artiklan 11 kohdan mukaisesti sitä, että luonnolliset henkilöt tai oikeushenkilöt käyttävät julkisen sektorin elinten hallussa olevia asiakirjoja<sup>8</sup> kaupallisiin tai muihin kuin kaupallisiin tarkoituksiin, jotka poikkeavat alkuperäisestä julkisesta tehtävästä, jota varten asiakirjat tuotettiin. Sen sijaan nimenomaisesti kaupallista käyttötarkoitusta ei ole erikseen määritelty. Tässä artikkelissa sillä tarkoitetaan ensisijaisesti taloudellisen lisäarvon tai voiton tuottamiseen pyrkivää datan käyttötarkoitusta.<sup>9</sup> Lisäarvon tuottamiseen voidaan pyrkiä monilla keinoilla, kuten esimerkiksi myymällä julkisen sektorin dataa tai sen perusteella jalostettuja tietoaaineistoja, sovelluksia tai palveluita edelleen kolmansille osapuolille.<sup>10</sup>

Artikkeli on rakennettu siten, että viranomaisdatan kaupallisen uudelleenkäytön reunaehdoja tarkastellaan aluksi artikkelin toisessa luvussa perusoikeusjärjestelmän ja oikeudenalojen yleisten oppien näkökulmasta. Luvussa käsitellään julkisuusperiaatetta perusoikeutena ja sen suhdetta EU:n avoimen datan sääntelyn tavoitteisiin sekä näiden rajoittamisperusteita, kuten immateriaalioikeuksien ja henkilötietojen suojaa. Kolmannessa luvussa siirrytään tarkastelemaan tarkempia julkisuuslaissa säädettyjä edellytyksiä viranomaisdatan luovutukselle kaupallisen uudelleenkäytön tarkoitukseen. Neljännessä luvussa käsitellään lisäksi tietojärjestelmistä rajapintojen välityksellä tehtäviin datan luovutuksiin liittyviä erityiskysymyksiä tiedonhallinta-, tietosuojaja- ja hankintalainsäädännön näkökulmasta. Artikkelissa pyritään muodostamaan mahdollisimman kattava kuva kaupallisen uudelleenkäytön reunaehdoista ja siksi ensisijaisesti ei-kaupallisen datan uudelleenkäytön muodot, kuten journalismi ja tutkimus, rajataan tarkastelun ulkopuolelle.

8. ”Asiakirja” on määritelty direktiivissä hyvin laajalla ja datan käsitettä muistuttavalla tavalla: sillä tarkoitetaan direktiivin 2 artiklan 6 kohdan mukaisesti mitä tahansa tietosisältöä tallennusvälineestä riippumatta (paperilla tai sähköisessä muodossa tai äänenä, visuaalisessa muodossa tai audiovisuaalisena tallenteena) tai mitä tahansa tällaisen tietosisällön osaa.

9. Avoimen datan direktiivissä mainitaan muun muassa datan perusteella tuotettavat lisäarvopalvelut, tuotteet ja sovellukset, ks. direktiivin 2 artiklan 10 kohta ja 12 artiklan 1 kohta.

10. Kirjallisuudessa on tunnistettu avoimen datan hyödyntämiseen liittyvän arvoketjun toimijoiden arkkityyppejä, kuten aggregaattorit (aggregators), mahdollistajat (enablers), kehittäjät (developers) ja rikastajat (enrichers), ks. Fredrika Welle Donker, *Funding Open Data*, s. 55–78 teoksessa Bastiaan van Loenen ym. (eds), *Open data exposed. Information technology and law series*. T.M.C. Asser Press/Springer 2018, s. 58–59, viittaus Deloitte LLP:n selvitykseen.

## 2. Viranomaisdatan kaupallisen uudelleenkäytön yleisistä perusteista

### 2.1. Datat omistaminen, julkisuusperiaate ja avoin data

Merkittävä osa viranomaisten hallussa olevasta datasta muodostuu varsinaisen julkisen toiminnan, kuten hallinnollisten päätöksentekomenettelyiden ja julkisten palveluiden tuottamisen, sivutuotteena. Tällaista dataa vastaanotetaan, laaditaan ja tallennetaan monenlaisiin rekistereihin ja tietojärjestelmiin. Modernissa informaatioyhteiskunnassa tietoa on alettu pitää yhtenä yhteiskunnallisesti keskeisimmistä tuotannontekijöistä ja hyödykkeistä, mikä on kasvattanut myös julkisten tietovarantojen taloudellista arvoa.<sup>11</sup> Kehitys on samalla lisännyt tarvetta määritellä, millaista omistajan määräysvaltaa viranomaiset voivat käyttää hallinnoimiensa tietovarantojen osalta. Voivatko viranomaiset päättää vapaasti, millä ehdoin dataa saa tai ei saa käyttää kaupalliseen tarkoitukseen?

Kysymyksiä datan omistamisesta ja dataan kohdistuvista oikeuksista on ollut tähän mennessä haastavaa saada sovitettua yksityisoikeudellisiin viitekehyksiin. Esimerkiksi immateriaalioikeudellisen suojan kannalta keskeiset käsitteet, kuten teos, keksintö tai tietokanta, eivät välttämättä kaikissa tilanteissa ole tunnistanee tai riittäneet kattamaan kaikkia datan kaupalliseen hyödyntämiseen liittyviä varallisuus oikeudellisia ulottuvuuksia.<sup>12</sup> Suhteellisen yksimielisiä voitaneen olla siitä, että puhdasta jalostamatonta dataa ei sinänsä voi nykyisessä varallisuus oikeudellisessa kontekstissa yksityisestikään omistaa edes siinä merkityksessä kuin esimerkiksi immateriaalisia teoksia tai keksintöjä – datan suoja on häilyväisempää, ja sitä suojataan lähinnä tietokantasuojan, liikesalaisuuksien ja henkilötietojen suojan muodossa.<sup>13</sup> Omistajuuden määrittelyä keskeisempänä tekijänä datan suojaamisessa on pidetty sitä, miten sen käytöstä sopimuksellisesti määrätään.<sup>14</sup>

Julkisen sektorin mahdollisuuksiin omistaa dataa ja määrätä vapaasti sen käytöstä lienee syytä suhtautua vielä varauksellisemmin. Yleisten ”omistamisen” kysymysten lisäksi viranomaisdatan kannalta erityislaatuista on vielä nimittäin se, että perustuslain 12 §:n 2 momentissa säädetty julkisuusperiaate takaa jokai-

11. Viranomaisten tietovarantojen yhteiskunnallisesta merkityksestä Jaatinen 2015, s. 19–20.

12. Näistä haasteista ks. Tarkela 2016.

13. Esim. Pekka Takki – Sakari Halonen, IT-sopimukset. Käytännön käsikirja. Alma Talent 2017, s. 59–62; kansainvälisemmästä tarkastelusta ks. Chris Reed, Information ownership in the cloud, s. 145–176 teoksessa Christopher Millard (ed.), Cloud computing law. Second edition. Oxford University Press 2021. Ylipäättään aineettomien hyödykkeiden osalta voi olla jossain määrin harhaanjohtavaa puhua omistusoikeudesta, ks. Olli Pitkänen, Mitä lähioikeus suojaaa? Lakimies 5/2017, s. 580–602, 582–584.

14. Takki – Halonen 2017, s. 67–68.

selle oikeuden saada viranomaiselta julkisia asiakirjoja ja tietoja, jolle niiden julkisuutta ole välttämättömien syiden vuoksi lailla erikseen rajoitettu. Perusoikeus julkisten tietojen saamiseen sisältää periaatteessa myös oikeuden käyttää tietoja mihin tahansa tarkoitukseen, myös kaupallisen hyötymisen tarkoituksiin.<sup>15</sup> Myös Euroopan unionin tasolla tahtotilaa julkisen sektorin tietojen avaamiseksi kaupalliseen ja ei-kaupalliseen uusiokäyttöön ilmentävät muun muassa edellä mainittu avoimen datan direktiivi ja sitä edeltänyt PSI-direktiivi.<sup>16</sup> *Voutilainen* on luonnehtinut julkisuusperiaatteen ja tiedon uudelleenkäytön suhdetta siten, että julkisuusperiaate mahdollistaa julkisen tiedon hyödyntämisen myös erilaisissa yksityisen sektorin toiminnoissa ja että tietojen käytön rajoittamiselle tulisi puolestaan olla esimerkiksi tietosuojaan tai salassapitoon liittyviä painavia perusteluita. Tiedon uudelleenkäyttö ei kuitenkaan varsinaisesti kuuluisi julkisuusperiaatteen ydinalueeseen samalla tavalla kuin esimerkiksi mahdollisuus julkisen vallankäytön valvontaan.<sup>17</sup>

Uudessa EU:n avoimen datan direktiivissä asetetaan vielä aiempaa PSI-direktiiviäkin tiukempia reunaehtoja sille, millaisia ehtoja jäsenvaltiot voivat asettaa julkisen sektorin asiakirjojen uudelleenkäytölle: direktiivin 8 artiklan 1 kohdan mukaan asiakirjojen uudelleenkäytölle ei saa asettaa ehtoja, paitsi jos tällaiset ehdot ovat objektiivisia, oikeasuhteisia, syrjimättömiä ja yleisen edun mukaisen tavoitteen nojalla perusteltuja.<sup>18</sup> Tältä osin direktiivin implementoinnista on todettu kansallisessa hallituksen esityksessä, että kansallisessa lainsäädännössä julkisten asiakirjojen luovuttamiselle mahdollisesti asetettävien ehtojen tulisi perustua lakiin, eikä tällaista sääntelyä ole annettu. Lisäksi hallituksen esityksessä viitataan hallintolain oikeusperiaatteisiin.<sup>19</sup>

Edellä mainitut huomiot vahvistavat olettamusta siitä, että viranomainen ei voi vapaasti asettaa lakiin perustumattomia ehtoja tai rajoituksia julkisen datan kaupallisellekaan uudelleenkäytölle. Vaikka kansallisen julkisuusperiaatteen alkuperäisiä perustuslaillisia tarkoituseriä ei välttämättä täysin voida samastaa EU:n avoimen datan sääntelyn tarkoituksiin<sup>20</sup>, EU-oikeuden tulkintavaikutuksena tunnetusta periaatteesta<sup>21</sup> johtunee se, että myös EU:n avoimen datan direktiivin tavoitteita tulee jossain määrin huomioida julkisuuslainsäädäntöä sovel-

15. Olli Mäenpää, *Julkisuusperiaate*. 4., uudistettu painos. Alma Talent 2020, s. 154–155.

16. PSI-direktiivi eli Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2003/98/EY julkisen sektorin hallussa olevien tietojen uudelleenkäytöstä. Aiemmasta oikeudellisesta kehityskulusta ks. Jaatinen 2015.

17. *Voutilainen* 2019, s. 265–268.

18. PSI-direktiivin 8 artiklassa pidettiin uudelleenkäytön ehtojen asettamisen mahdollisuutta pääsääntönä, josta mainittiin tiettyjä poikkeuksia.

19. HE 74/2021 vp, s. 18.

20. Jaatinen 2015, s. 43–44.

21. Tulkintavaikutuksessa on kyse muun muassa siitä, että viranomaisten tulee lakia soveltaessaan tulkita kansallista oikeutta EU-oikeuden kanssa yhteensopivalla tavalla, ks. Olli Mäenpää, *Eurooppalainen hallinto-oikeus*. 3., uudistettu painos. Talentum Media 2011, s. 128–132.

lettaessa erityisesti nykyisessä tilanteessa, jossa lainsäätäjät on katsonut olemassa olevan julkisuuslainsäädännön kattavan pääosan EU-direktiivin implementointitarpeista.<sup>22</sup> Edellä mainittu herättää myös kysymyksen siitä, missä tilanteissa voidaan pätevästi soveltaa tietoaaineistojen käyttöehdoista annettuja suosituksia, kuten esitöissä mainittua avoimen tietoaaineiston käyttölupaa koskevaa JHS 189-suositusta.<sup>23</sup> Tällaiset suositukset saattavat hämärtää sitä lähtökohtaa, onko viranomaisilla todellisuudessa lainkaan oikeutta rajoittaa lisenssiehdoin julkisen datan käyttöä ilman, että siitä säädettäisiin nimenomaisesti.

## 2.2. Viranomaisdata ja immateriaalioikeudet

Vaikka viranomaiset eivät todetusti omista hallussaan olevaa dataa tai voi muutenkaan vapaasti määrätä sen käytöstä, kaupallisen uudelleenkäytön kannalta on tärkeää tarkastella, voivatko dataan kohdistuvat tekijänoikeudet tai muut immateriaalioikeudet rajoittaa datan uudelleenkäyttöä. Tältä osin on todettava, että myös tekijänoikeuslakiin näyttäisi sisältyvän ajatus siitä, että viranomaisdatan julkisuutta ei tulisi pääsääntöisesti rajoittaa immateriaalioikeudellisin perustein. Aluksikaan tekijänoikeuslain 9 §:n 1 momentin mukaan muun muassa lainsäädäntö, säädöskokoelmassa julkaistavat päätökset ja määräykset sekä viranomaisen tai muun julkisen toimielimen päätökset ja lausumat eivät pääsääntöisesti nauti tekijänoikeussuojaa. Lisäksi tekijänoikeuslain 25 d §:n 1 momentissa säädetään, että tekijänoikeus ei myöskään rajoita laissa säädettyä oikeutta saada tieto yleisestä asiakirjasta. Voutilainen on luonnehtinut kyseistä sääntelyä siten, että julkisuusperiaate menee tekijänoikeuksien edelle, kun kyse on julkisesta viranomaisen asiakirjasta. Viranomaisen ei siis voisi kieltäytyä antamasta julkista asiakirjaa tekijänoikeuksiin vedoten, vaikka sinänsä asiakirjan tekijänoikeudet voivat kuulua yksittäiselle virkamiehelle.<sup>24</sup>

On kuitenkin huomattava, että perustuslain 15 §:ssä perusoikeutena on turvattu jokaiselle myös omaisuuden suoja, jonka suojapiiriin kuuluvat varsinaisen omistusoikeuden lisäksi varallisuusarvoiset immateriaalioikeudet, kuten tekijänoikeus.<sup>25</sup> Siten vaatimus perusoikeuksien tasapainottamisesta tulee ottaa

22. HE 74/2021 vp, s. 15. Varsinaisen asiakirjajulkisuuslainsäädännön harmonisointi jäsenvaltioissa ei sen sijaan edes kuulu yleisesti EU:n perussopimusten toimivallan piiriin, ks. Mäenpää 2011, s. 354.

23. HE 74/2021 vp, s. 18.

24. Voutilainen 2019, s. 236.

25. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussääntöjen muuttamisesta 309/1993 vp, s. 63. Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja EU:n peruskirjan tulkintakäytännössä erilaisten immateriaalioikeuksien on katsottu kuuluvan omaisuuden suojan omaisuus käsitteen piiriin, ks. Pekka Lämsä, Omaisuuden suoja (PL 15 §), s. 549–604 teoksessa Pekka Hallberg ym. (toim.), Perusoikeudet. WSOYPro 2011, s. 573.

huomioon myös tekijänoikeuslainsäädäntöä tulkittaessa ja sovellettaessa.<sup>26</sup> Oikeudesta saada julkinen asiakirja tai yleisemmin viranomaisdataa tiedoksi julkisuusperiaatteen nojalla ei siis välttämättä voida suoraan päätellä, että saatua dataa voitaisiin rajoituksetta käyttää esimerkiksi kaupallisen uudelleenkäytön tarkoitukseen silloin, kun data sisältää tekijänoikeuslain ja viime kädessä omaisuuden suojaa koskevan perusoikeuden suojapiiriin kuuluvaa tietoa. Kuten *Jaatinen* on luonnehtinut, asiakirjajulkisuutta ei voida poikkeuksitta samastaa datan yleiseen hyödyntämisoikeuteen.<sup>27</sup>

Julkisuusperiaatteen ja immateriaalioikeuksien suhdetta täsmentää tekijänoikeuslain 9 §:n 2 momentissa säädetty poikkeustapaus, jossa 9 §:n 1 momentissa tarkoitettuun asiakirjaan sisältyy itsenäinen teos. Tällaisissa tapauksissa teosta periaatteessa suojataan tekijänoikeudella, mutta sitä saisi tekijänoikeuslain 25 d §:n 3 momentin mukaan toisintaa 9 §:n 1 momentissa tarkoitettua asiakirjan yhteydessä sekä käyttää asiakirjasta erillään siihen hallinnolliseen tai muuhun tarkoitukseen, johon asiakirja liittyy.<sup>28</sup> Itsenäisellä teoksella ei näytettäisi viitattavan pelkästään varsinaisiin teoskynnyksen<sup>29</sup> ylittäviin teoksiin, vaan hallituksen esityksen mukaan teosten lisäksi edellä mainitun poikkeussäännöksen soveltamisalaan kuuluisivat myös tekijänoikeuden lähioikeuksien tekijänoikeuslaissa erikseen suojatut luettelot, tietokannat ja valokuvat.<sup>30</sup> Lienee selvää, ettei myöskään muuhun viranomaisdataan kuin 9 §:ssä tarkoitettuihin tekijänoikeussuojaa vailla oleviin asiakirjoihin voi kohdistua ainakaan laajempia julkisuusperiaatteen liittyviä hyödyntämisoikeuksia, kun tällainen data ei määritelmällisestikään jää tekijänoikeussuojan ulkopuolelle.

Kyseisen 9 §:n 2 momentin säätämiseen liittyneen eduskuntakäsittelyn yhteydessä perustuslakivaliokunta kritisoi hallituksen esittämää poikkeussäännöstä ongelmalliseksi sananvapauden ja julkisuusperiaatteen kannalta. Perustuslakivaliokunta esitti, että poikkeussäännös olisi syytä muotoilla perusoikeuksia vähemmän rajoittavasta lähtökohdasta käsin esimerkiksi niin, että asiakirjassa mahdollisesti olevaa itsenäistä teosta ei saisi asiakirjasta erillään käyttää puhtaasti kaupalliseen tarkoitukseen.<sup>31</sup> Vaikka lausuntoa voidaan sinänsä pitää

26. PeVL 7/2005 vp (HE 28/2004 vp laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta), s. 2.

27. Jaatinen 2015, s. 34.

28. Käyttötarkoitussidonnaisuutta on kuvattu esitöissä siten, että esimerkiksi kaavoitusta koskevien päätösten liitteenä olevia karttoja saisi säännöksen nojalla käyttää kaavoituksen tarkoituksen toteuttamiseksi. Vastaavasti standardia koskevaan päätökseen sisältyvää standardia saisi käyttää standardoinnin tarkoituksen toteuttamiseksi, ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta 28/2004 vp, s. 80.

29. Teoskynnyksellä on vakiintuneesti tarkoitettu sitä, että teoksen tulee olla tekijänsä luovan työn omaperäinen tulos, ks. esim. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi tekijänoikeuslain muuttamisesta ja oikeudesta valokuvaan annetun lain kumoamisesta 287/1994 vp, s. 5.

30. HE 28/2004 vp, s. 80–81.

31. PeVL 7/2005 vp, s. 3.

vahvistuksena siitä, ettei kaupallinen uudelleenkäyttö kuuluisi valiokunnankaan näkemyksen mukaan ainakaan julkisuusperiaatteen ydinalueeseen, valiokunnan ehdottamaa kaupallista tarkoitusta koskevaa muotoilua ei kuitenkaan päädytty ottamaan lopulliseen säädöstekstiin eikä säännösten sanamuotoihin muutenkaan tältä osin koskettu.<sup>32</sup>

Säännöstä lienee siis nykyiselläänkin tulkittava niin, että teoskynnyksen ylittävien teosten lisäksi 9 §:n 2 momentin poikkeussäännösten piiriin kuuluvat periaatteessa myös tekijänoikeuden lähioikeuksin suojatut luettelot, tietokannat ja valokuvat. Edelleen tällaisten tietoaaineistojen lakisääteinen käyttöoikeus olisi sidottu periaatteessa asiakirjan alkuperäiseen käyttötarkoitukseen. Lisäksi myöskään muiden kuin tekijänoikeuslain suojaa vailla olevien asiakirjojen osalta julkisuusperiaatteen toteuttamiseen liittyvästä tekijänoikeuslain 25 d §:n 1 momentissa säädetystä oikeudesta saada asiakirjaan sisältyvä teoskappale tiedoksi ei itsessään voida johtaa suoraa oikeutta käyttää tällaista kappaletta kaupalliseen tarkoitukseen ilman tekijän lupaa.<sup>33</sup> Välitöntä merkitystä ei näyttäisi olevan sillä, onko kyse viranomaisen työntekijän, viranomaisen toimeksiannosta toimivan vai ulkopuolisen kolmannen osapuolen tuottamasta datasta, jos se kuitenkin kuuluu tekijänoikeussuojan piiriin.<sup>34</sup>

Edellä mainittuun johtopäätökseen ei voida kuitenkaan viranomaisen työntekijöiden osalta varauksetta luottaa ainakaan tietokannan suojaa koskevissa kysymyksissä. EU:n avoimen datan direktiivin 1 artiklan 6 kohdassa on nimenomaisesti säädetty, että julkisen sektorin elimet eivät saa käyttää tietokannan valmistajan oikeutta estääkseen asiakirjojen uudelleenkäyttöä tai rajoittaakseen sitä yli avoimen datan direktiivissä asetettujen rajojen. Kuten todettu, kansallinen lainsäädäntö edellyttäisi niin ikään tällaisten rajoitusten säätämistä lailla. Avoimen datan direktiivin perusteella näyttäisi selvältä, että jos viranomaisen muodostaa itse tietokannan, se ei voisi tietokannan valmistajana käyttää tekijänoikeuslain 49 §:ssä säädettyä valtaa määrätä tietokannan käytöstä. Kaupallisen käytön luvanvaraisuus voinee sen sijaan tulla kyseeseen viranomaisen työntekijöiden luomien teoskynnyksen ylittävien teosten osalta.

Tämä olisi loogista siinä mielessä, että varsinaisten teosten voidaan argumentoida olevan sidotumpia tekijänä toimiviin luonnollisiin henkilöihin kuin

32. SuVM 1/2005 vp (HE 28/2004 vp laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta), s. 7.

33. Tekijänoikeuslain vanhemmissa esitöissä on todettu, että 25 d §:n 1 momentin säännös antaisi viranomaisille ja tietojen pyytäjälle oikeuden valmistaa teoskappaleita ilman tekijän suostumusta. Rajoitus ei sen sijaan kohdistuisi laajemmalti tekijän taloudellisiin oikeuksiin, ja teoskappaleen muunlainen kuin tiedonsaantioikeuden toteuttamiseen liittyvä käyttö edellyttäisi tekijän lupaa, ellei käyttö olisi sallittua jonkin toisen rajoitussäännöksen nojalla, ks. HE 287/1994 vp, s. 32.

34. Myöskään EU:n avoimen datan direktiivissä ei rajata julkisyhteisön omia työntekijöitä tekijänoikeussuojan ulkopuolelle: direktiivin johdanto-osan 56 kohdan mukaan direktiiviä olisi sovellettava rajoittamatta julkisen sektorin työntekijöiden kansallisen lainsäädännön nojalla nauttimien oikeuksien, taloudelliset ja moraaliset oikeudet mukaan luettuina, noudattamista.

esimerkiksi työ- tai virkasuhteessa luotujen tietokantojen ja tietokoneohjelmien, joihin liittyvät oikeudet siirtyvät tekijänoikeuslain 49 b §:n perusteella automaattisesti työnantajalle.<sup>35</sup> On huomioitava, että vain luonnolliset henkilöt – sekä heidän kauttaan jossain määrin myös yksityiset oikeushenkilöt – voivat nauttia omaisuuden perusoikeussuojasta. Sen sijaan julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden ei ole katsottu kuuluvan tämän suojan piiriin. Suojaa on kuvailtu ennemmin persoonalliseksi kuin taloudelliseksi oikeudeksi, ja sen kohteena eivät ole niinkään omaisuuserät ja abstraktit sopimussuhteet itsessään vaan ihmisyksilöt ja heidän legitiimit oikeutensa ja odotuksensa.<sup>36</sup>

Siten viranomaisen työntekijöiden työ- tai virkasuhteessa luomat teosta persoonattomammat tietokannat ja tietokoneohjelmat eivät välttämättä nauti tekijöidensä kautta samanlaista perusoikeussuojaa kuin varsinaiset teokset eikä niissä liene kyse samanlaisesta perusoikeuksien välisestä punninta-asetelmasta kuin omaisuuden suojan piiriin kuuluvissa varallisuuserissä.<sup>37</sup> Tulkinnanvaraisempia lienevät muut tekijänoikeuden lähioikeudet, kuten oikeus valokuvaan. Kaikenlaisille valokuville tekijänoikeuslain 49 a §:ssä erikseen säädettyä suojaa on pidetty heikompana kuin varsinaisen valokuvateoksen suojaa muun muassa siinä mielessä, että valokuvaaja voi pätevästi luopua varsinaista teosta persoonattomampaan valokuvaan liittyvistä moraalisisistä oikeuksistaan.<sup>38</sup> Toisaalta valokuvien osalta ei ole nimenomaisesti säädetty oikeuksien siirtymisestä työnantajalle suoraan työsuhteen perusteella.

Hankalien kysymysten pariin saatetaan ajautua erityisesti tilanteissa, joissa konsulttiyritys tai muu yksityinen taho laatii viranomaisen toimeksiannosta asiakirjoja tai muunlaisia data-aineistoja, jotka sisältävät teoskynnyksen ylittäviä teoksia tai muuta tekijänoikeuslainsäädännön suojaamaa tietoa. Myös viranomaisen toimeksiannosta laaditut asiakirjat ovat julkisuuslain 5 §:n 2 momentin mukaisesti viranomaisen asiakirjoja. Sen sijaan se, kenen toimeksiannosta ja kustannuksella asiakirjat laaditaan, ei suoraan ratkaise sitä, minkä laajuiset oikeudet toimeksiannon lopputuloksiin kuuluvat toimeksiantajalle ja mitä oikeuksia jää toimeksisaajalle. Tekijänoikeuslain 27 §:n 2 momentin mukaisesti teoskappaleen luovutus ei sisällä oletusarvoisesti tekijänoikeuden luovutusta vaan laajemmasta tekijänoikeuksien luovutuksesta tulee nimenomaisesti sopia.

35. Työ- ja virkasuhteessa luodut tietokoneohjelmat ja niihin välittömästi liittyvät teokset sekä tietokannat siirtyvät säännöksen perusteella automaattisesti työnantajalle jo työsuhteen olemassaolon perusteella. Muunlaiset teoskynnyksen ylittävät teokset eivät siirry automaattisesti työnantajalle, vaan työnantajan tulee aina pystyä näyttämään toteen oikeuksien siirtymistä koskevan sopimuksen olemassaolo, ks. Kristiina Harenko – Valtteri Niiranen – Pekka Tarkela, Tekijänoikeus. 2. uudistettu painos. Alma Talent 2016, s. 335–336.

36. Länsineva 2011, s. 557–558, 566–567.

37. Tietokoneohjelmien osalta ei tosin selvää ole aina sekään, kuuluvatko ne viranomaisen asiakirjan määritelmän piiriin, ks. alaviitteet 47 ja 49.

38. Pirkko-Liisa Haarmann, Immateriaalioikeus. 5., uudistettu painos. Talentum Media 2014, s. 130–132.



Myöskään avoimen datan direktiivissä ei tarjota tekijänoikeuksien alaista dataa vapaasti hyödynnettäväksi, vaan direktiiviä ei sen 1 artiklan 2 kohdan c alakohdan mukaan sovelleta asiakirjoihin, joihin kohdistuu kolmansien osapuolten teollis- ja tekijänoikeuksia.<sup>39</sup>

Näin ollen varmin tapa välttää ristiriidat tekijänoikeusnäkökohtien, asiakirjajulkisuusvelvoitteiden ja datan uudelleenkäytettävyyteen liittyvien tavoitteiden välillä onkin pyrkiä määrittelemään jo konsulttitoimeksiannosta koskeviin sopimuksiin toimeksiannon lopputuloksille vapaat käyttö-, muokkaus- ja luovutus-oikeudet.<sup>40</sup> Tällöin toimeksiannon saajallekin on alusta alkaen selvää, että toimeksiannon lopputuloksia voidaan tulla käyttämään muissakin käyttötarkoituksissa kuin siinä alkuperäisessä tarkoituksessa, johon ne laadittiin. Toisaalta jos lopputuloksiin ei sovita vapaita oikeuksia, voivat mahdollisuudet niiden kaupalliseen uudelleenkäyttöön jäädä tekijän luvan puuttuessa käytännössä vajavaisiksi.

Oikeustilaa voidaan tältä osin kritisoida erityisesti tekijänoikeuden lähioikeuksien kannalta epätydyttäväksi. Kuten *Pitkänen* on tuonut esille, lähioikeuksien sääntelyä voidaan pitää nykytilanteessa epämääräisenä. Sitä ei ole pyritty rakentamaan johdonmukaisesti yhtenäisen suojan kohteen, kuten potentiaalisimmin investoinnin suojan, ympärille.<sup>41</sup> Kuten edellä huomattiin, myös julkisuusperiaatteen ja immateriaalioikeuksien suhdetta on pyritty jäsentämään tekijänoikeuslainsäädännössä varsin joustamattomien sääntöpoikkeuskategorioiden avulla eikä varsinaista tekijänoikeutta ole selväsanaisesti eroteltu persoonattommista lähioikeuksista. Tämä voi osaltaan hankaloittaa perusoikeuslähtöisten punninta-asetelmien rakentamista julkisuusperiaatteen, uudelleenkäytön ja immateriaalioikeuksien suojan välille. Erityisesti tilanteissa, joissa dataa tuotetaan julkisen sektorin toimeksiannosta ja kustantamana, uudelleenkäytön estyminen datan tuottajan immateriaalioikeuksien vuoksi voisi olla yleisen edun näkökulmasta ei-toivottu seuraus.

39. Direktiivin johdanto-osan 54 kohdan mukaan tekijänoikeuksilla tarkoitetaan tekijänoikeuden lisäksi myös sen lähioikeuksia.

40. Esimerkiksi IT-konsultointipalveluita koskevat JIT-vakioehdot takaavat tilaajalle vapaat oikeudet käyttää, muokata ja luovuttaa konsultoinnin lopputuloksia, ks. JHS 166 Julkisen hallinnon IT-hankintojen yleiset sopimusehdot. Liite 6: Erityisehtoja konsultointipalveluista (JIT 2015 – Konsultointi). <https://www.suomidigi.fi/ohjeet-ja-tuki/jhs-suositukset/jhs-166-julkisen-hallinnon-it-hankintojen-yleiset-sopimusehdot-jit-2015-huom-vanhentuneet> (vierailtu 25.1.2023), kohta 6. Sen sijaan muunlaisiin palveluihin sovellettavat JYSE 2014 Palvelut -ehdot eivät oletusarvoisesti takaa yhtä laajoja oikeuksia, ks. Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot palveluhankinnoissa. JYSE-ehdot, huhtikuu 2022. Valtiovarainministeriön julkaisu 23/2022. <https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/163990> (vierailtu 2.9.2022), kohta 20.

41. Pitkänen 2017, s. 600–602.

### 2.3. Henkilötietojen suoja ja muut rajoittamisperusteet

Yksityisyyden ja henkilötietojen suoja on tunnistettu EU:n avoimen datan direktiivissä niin ikään mahdolliseksi perusteeksi rajoittaa julkisen sektorin datan avointa uudelleenkäyttöä. Direktiivin 1 artiklan 4 kohdan mukaan direktiivi ei rajoita henkilötietojen suojelua koskevaa unionin oikeutta ja jäsenvaltioiden lainsäädäntöä, kuten EU:n yleistä tietosuojaa-asetusta (EU) 2016/679 sekä kansallisen lainsäädännön vastaavia säännöksiä. Myös kotimaisessa perustuslaillisessa kontekstissa muun muassa yksityisyyden suoja on tunnistettu mahdolliseksi perusteeksi rajoittaa julkisuusperusoikeutta.<sup>42</sup>

Julkisuusperiaatteen ja henkilötietojen suojan suhdetta on pidetty monimutkaisena. Tämä on voinut liittyä muun muassa siihen, että kotimaisessa oikeuskäytännössä henkilötietojen suoja on aikaisemmin pidetty lähinnä yksityiselämän suojaan kytkeytyvänä oikeutena ja siksi julkisessa asemassa olevien tai julkiseen toimintaan osallistuvien henkilöiden tietoja ei ole tulkittu välttämättä lainkaan henkilötietolainsäädännön suojapiiriin kuuluviksi henkilötiedoiksi. EU-oikeudessa sen sijaan EU:n perusoikeuskirjassa säädetty ja tietosuojalainsäädännössä konkretisoituva henkilötietojen suoja on saanut laajemman merkityksisällön: sen on todettu suojaavan myös muita luonnollisten henkilöiden oikeuksia ja vapauksia kuin yksityiselämän suoja, ja täten myöskään esimerkiksi virkamiesten tai yleisemmin julkista ammattitoimintaa harjoittavien henkilöiden tietoja ei ole kategorisesti jätetty suojan ulkopuolelle. Näin ollen siitä, että henkilötiedot ovat julkisuuslain nojalla julkisia, ei voi suoraan päätellä, että niitä voisi rajoituksetta käyttää kaupalliseen tarkoitukseen.<sup>43</sup> Henkilötietoja sisältävän viranomaisdatan kaupalliseen uudelleenkäyttöön liittyviä erityiskysymyksiä tarkastellaan lähemmin seuraavissa luvuissa.

Kaikki julkisuusperusoikeuden rajoitusperusteet eivät myöskään palaudu yksilön perusoikeuksiin, vaan joissain tilanteissa julkisuuden ja siten myös kaupallisen uudelleenkäytön rajoitukset voivat perustua myös yleiseen etuun liittyviin näkökohtiin. Tällaiset yleiseen etuun liittyvät rajoitteet uudelleenkäytölle voivat konkretisoitua esimerkiksi salassapitosäännöksinä, joita käsitellään tarkemmin jäljempänä alaluvussa 3.2. Seuraavaksi huomio suunnataan julkisuuslainsäädäntöön, joka konkreettisemmin ohjaa viranomaisissa sitä, milloin viranomaisdata kuuluu asiakirjajulkisuuden piiriin, sekä sitä, minkä edellytysten vallitessa ja millaisilla tekniikoilla viranomaisdataa voidaan luovuttaa kaupallisen uudelleenkäytön tarkoitukseen.

42. HE 309/1993, s. 58.

43. Jaakko Seppänen, *Julkisten henkilötietojen luovuttaminen viranomaisissa eurooppalaistuneen tietosuojalainsäädännön aikakaudella*. Pro gradu -tutkielma. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2019, erityisesti s. 43–44, viittaukset muun muassa kotimaiseen tapaukseen KHO 2012:88 ja EU-tuomioistuimen tapauksiin C-345/17 Buvivids, ECLI:EU:C:2019:122, kohdat 45–46 sekä C-615/13 P Client Earth ja PAN Europe, ECLI:EU:C:2015:489, kohdat 32–33.

### 3. Julkisuuslain mukaiset reunaehdot viranomaisdatan luovutuksille

#### 3.1. Data viranomaisen asiakirjana

Julkisuuslainsäädännössä ei suoranaisesti tunnisteta datan käsitettä vaan julkisuus koskee asiakirjoja ja muita tallenteita. Tärkeä esikysymys datan kaupallisen uudelleenkäytön tarkastelussa on siten se, missä tilanteissa viranomaisen hallinnoimassa datassa on kyse ylipäättään sellaisista viranomaisen asiakirjoista tai tallenteista, jotka kuuluvat julkisuuslainsäädännön mukaisen asiakirjajulkisuuden piiriin. Vain julkisuuslain mukaisesti julkisiksi tullessiin tietoihin kohdistuu kenen tahansa yleinen tiedonsaantioikeus; muunlaisten tietojen osalta liikutaan joko harkinnanvaraisuuden tai salassapitovelvollisuuden alueella.<sup>44</sup>

Julkisuuslain systematiikassa datan julkisuus on sidottu ensinnäkin viranomaisen asiakirjan käsitteeseen. Viranomaisen asiakirjan määritelmä itsessään on laaja: sillä tarkoitetaan julkisuuslain 5 §:n 1 momentin mukaisesti kirjallisen ja kuvallisen esityksen lisäksi sellaista käyttönsä vuoksi yhteen kuuluviksi tarkoitettua merkeistä muodostuvaa tiettyä kohdetta tai asiaa koskevaa viestiä, joka on saatavissa selville vain automaattisen tietojenkäsittelyn tai äänen- ja kuvantoistolaitteiden taikka muiden apuvälineiden avulla. Määritelmällä on tavoiteltu välineneutraaliutta: sen tulisi soveltua riippumatta siitä, minkälaiselle alustalle ja minkälaisin menetelmin informaatio tallennetaan ja saadaan selville.<sup>45</sup> Siten myös viranomaisten käyttämät tietojärjestelmät ja niihin tallennetut asiakirjat kuuluvat julkisuuslain soveltamisalaan.<sup>46</sup> Tietojärjestelmiin tallennettua dataa koskevaa tiedonsaantioikeutta on kuvailtu jopa monipuolisemmaksi kuin perinteisiä asiakirjoja koskevaa. Se voi ulottua periaatteessa mihin tahansa hakuparametrien perusteella muodostettavaan viestiin riippumatta siitä, käyttääkö viranomainen samanlaista hakua toiminnassaan.<sup>47</sup>

Poikkeuksen julkisuuslain soveltamisalaan muodostavat niin sanotut ei-asiakirjat, joiden julkisuus ei ole perusteltavissa julkisuusperiaatteella. Tällaisia voivat olla yksityiskirjeet, alustavat luonnokset ja muistiinpanot, vain sisäiseen käyt-

44. Mäenpää 2020, s. 164–167.

45. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi 30/1998, s. 53.

46. Mäenpää 2020, s. 77–80.

47. Voutilainen 2019, s. 285, viittaus HE 30/1998, s. 54. Samassa yhteydessä on esitöissä todettu, ettei viranomainen ole toisaalta velvollinen muuttamaan tietokoneohjelmiaan tai yhdistelemään eri käyttötarkoituksia varten laadittujen tiedostojen tietoja. Toisaalta viranomaisen vakiintunut käytäntö näyttäisi voivan laventaa edelleen oikeusohjeen tulkintaa: tietynlaisen verotietoaaineiston tuottamisen vaatima poiminta- ja ohjelmointityö oli tapauksessa muodostunut osaksi Verohallinnon vakiintunutta toimintaa, ja tapauksen erityisissä olosuhteissa Verohallinnolle oli syntynyt velvollisuus laatia pyydetty listaus, ks. KHO 2022:146, kohdat 67–68.

töön hankitut asiakirjat ja löytötavarat. Myös tietynlaiset viranomaisen sisäiseen työskentelyyn tarkoitetut asiakirjat jäävät julkisuuslain ulkopuolelle.<sup>48</sup> Datan julkisuuden ja luovuttamisedellytysten näkökulmasta mielenkiintoinen onkin kysymys siitä, missä vaiheessa viranomaisen hallussa olevasta datasta muodostuu julkisuuslaissa tarkoitettuja asiakirjoja ja missä kulkee raja julkisuuslain piiriin kuuluvien ja sen ulkopuolelle jäävien ei-asiakirjojen ja sisäisen työskentelyn asiakirjojen välillä.

Tapauksessa KHO 2007:64 otettiin nimenomaisesti kantaa rajanvetoon niin sanotun raakadatan ja sen pohjalta tiettyyn käyttötarkoitukseen muodostetun viranomaistiedon yhteydessä käytetyn asiakirjakäsitteen välillä. Tapauksessa käsiteltiin erilaisten poliisin televelvonnassa kertyneiden tietoaineistojen asiakirjaluonnetta. Poliisin toimittamassa yli kahden vuoden kestoisessa televelvonnassa ja -kuuntelussa oli kertynyt muun ohella suuri määrä tähän toimintaan liittyvää raakadataa. Korkein hallinto-oikeus totesi, että poliisin haltuun telepakkokeinoja käytettäessä tullutta tutkittavana olevaan asiaan liittymätöntä aineistoa, jota poliisi ei ole tarkoittanut ottaa sellaisenaan haltuunsa, ei voitu vielä pitää sellaisena julkisuuslaissa tarkoitettuna viranomaisen asiakirjana, joka olisi valmis käyttötarkoitukseensa. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan vasta niin sanotusta raakadatasta tuotettuja ja ymmärrettävissä olevia tallenteita voitiin pitää julkisuuslaissa tarkoitettuina viranomaisen asiakirjoina.

Edellä mainitun tapauksen perusteella näyttäisi mahdolliselta, että viranomaisen hallussa voisi olla raakadataa, jota ei olisi vielä käytetty viranomaisessa sellaiseen tarkoitukseen, jossa siitä muodostuisi julkisuuslain kannalta merkityksellisiä asiakirjoja.<sup>49</sup> Toisaalta on syytä pohtia, onko arviointiin vaikutusta kyseisen oikeustapauksen jälkeen säädetyllä EU:n avoimen datan direktiivillä ja sen implementoinnin yhteydessä julkisuuslain 16 §:n 2 momenttiin ja tiedonhallintalain 24 a §:ään otetuilla uusilla säännöksillä, jotka koskevat jokaisen oikeutta saada sähköisessä muodossa tieto tiheästi tai reaaliaikaisesti päivittyvistä julkisista asiakirjoista. Esimerkkinä tällaisesta dynamisesta datasta pidetään direktiivissä ja lakimuutoksen esitöissä muun muassa ympäristöön liittyviä, liikenteeseen liittyviä, satelliiteista saatuja, meteorologisia ja anturien tuottamia tietoja.<sup>50</sup>

Jos jo esimerkiksi minkä tahansa laatuista viranomaisen hallussa olevasta anturi- tai liikennedatasta voi muodostua julkisuuslain piiriin kuuluvia viranomaisen asiakirjoja, herää epäily, onko enää perusteltua erotella joiain

48. Mäenpää 2020, s. 91–100.

49. Asiakirjan määritelmä ei edellytä, että datasta muodostuva viesti olisi välittömästi ymmärrettävissä lukemalla, kuuntelemalla tai katselemalla, ks. HE 30/1998 vp, s. 53. Toisaalta esimerkiksi tapauksessa Helsingin HaO 5.11.2020 nro 20/0894/1 todettiin, että asemakaavasuunnittelussa käytetty 3D-tietomalli ei itsessään ollut sähköinen asiakirja vaan viranomaisen työväline. Tietomallin avulla tuotetut havainnekuvat puolestaan voivat olla viranomaisen asiakirjoja.

50. Avoimen datan direktiivin johdanto-osan 31 kohta ja HE 74/2021 vp, s. 44.

muunlaisia data-aineistoja, jotka eivät kuuluisi julkisuuslain asiakirjakäsitteen piiriin. Toisin kuin kotimaiseen asiakirjan määritelmään EU:n avoimen datan direktiivin 2 artiklan 6 kohdassa asiakirjan määritelmään ei ole selväsanaisesti sisällytetty lisämääreitä tietosisällön muodostavien merkkien kuulumisesta tai käyttämisestä johonkin tiedossa olevaan käyttötarkoitukseen. Näin direktiivin perusteella asiakirjana voidaan pitää mitä tahansa tietosisältöä tai sen osaa – eli dataa ylipäänsä. Jos hyväksytään edellä esitetty premissi siitä, että julkisuuslakia tulkittaessa tulisi ottaa huomioon myös EU:n avoimen datan sääntelyn tavoitteita, erottelu raakadatan ja julkisuuslain mukaisten asiakirjojen välillä saattaa jäädä jatkossa oikeudellisesti vähämerkitykselliseksi.

Viranomaisen sisäisen työskentelyn asiakirjojen osalta oikeuskäytännössä on arvioitu niin ikään pyydettyjen tietojen alkuperäistä käyttötarkoitusta ja liityntää viranomaiselle kuuluviin tehtäviin: tapauksessa KHO 18.3.2015 T 781 todettiin, että ministerin sähköinen kalenteri oli luonteeltaan viranomaisen sisäistä työskentelyä varten laadittu asiakirja. Myös koulutustilaisuutta varten laadittua diaesitystä on pidetty luonteeltaan sisäisen työskentelyn asiakirjana.<sup>51</sup> Toisaalta esimerkiksi poliisin tietojärjestelmän lokitietoja on pidetty yksiselitteisesti viranomaisen asiakirjana, joka ei jää julkisuuslain soveltamisalan ulkopuolelle.<sup>52</sup> Myöskään palolaitoksen palopaikalta ottamia valokuvia ei voitu pitää sisäisen työskentelyn asiakirjoina.<sup>53</sup>

Edellä tarkastellun perusteella usein käytetyt erottelut datan, informaation ja tiedon välillä näyttäisivät siis olleen jossain määrin merkityksellisiä myös julkisuuslain soveltamisessa. Kotimaisesta oikeuskäytännöstä on tunnistettavissa jonkinlaisia rajanvetoja, joiden perusteella kaikenlainen raakadata ei olisi automaattisesti viranomaisen asiakirjan käsitteen piirissä, ennen kuin siitä muodostetaan viranomaisessa johonkin käyttötarkoitukseen käytettävää tietoa. Toisaalta tietojen pyytäjän oman käyttötarkoituksen ja tähän tarvittavien hakuparametrien ei tarvitse olla samoja, joita viranomaiset käyttävät, ja EU:n avoimen datan direktiivin säännökset näyttäisivät edelleen laajentavan käsitystä julkisuuslain piiriin kuuluvan datan mahdollisista variaatioista.

### 3.2. Salassa pidettävä data

Asiakirjaluonteen lisäksi datan julkisuuskysymyksen tarkastelussa on huomioitava mahdolliset salassapitoperusteet. Vaikka tietojärjestelmässä käsiteltävä data olisi tulkittavissa julkisuuslain mukaisen viranomaisen asiakirjan käsitteen piiriin kuuluvaksi, se voi olla kuitenkin säädetty salassa pidettäväksi. Salassapito-

51. KHO 2020:113.

52. KHO 2014:69 ja Kuopion HaO 11.11.2011 T 11/0424/2.

53. KHO 2016:207.

perusteista on säädetty julkisuuslain 24 §:ssä ja erityislainsäädännössä. Tyypillistä pääsääntöisesti salassa pidettävää dataa, jota viranomaisten hallussa voi olla mittaviakin määriä, voi olla esimerkiksi turvallisuusjärjestelyihin liittyvä data, kuten tietojärjestelmien tietoturvallisuusjärjestelyihin liittyvät tiedot ja järjestelmän käytöstä kerättävät lokitiedot.<sup>54</sup>

Salassa pidettäviä tietoja koskevat asiakirjasalaisuus, vaitiolovelvollisuus ja hyväksikäyttökielto. Viranomaisen ei saa ilmaista salassa pidettäviä tietoja muille kuin niiden saamiseen lakisääteisesti oikeutetuille tahoille. Hyväksikäyttökielto puolestaan merkitsee muun muassa sitä, että jos tietty taho saa haltuunsa salassa pidettävää tietoa esimerkiksi asianosaisaseman perusteella, kyseinen taho ei saa käyttää tällaisia tietoja hyväkseen – myöskään kaupallisen hyötymisen tarkoituksessa.<sup>55</sup> Salassa pidettävän tiedon saamiseen voidaan erityistapauksessa antaa julkisuuslain 28 §:n mukaisesti lupa tieteellistä tutkimusta, tilastointia taikka viranomaisen suunnittelu- tai selvitystyötä varten, mutta kaupallista käyttötarkoitusta poikkeussäännös ei kata. Salassapitosäännösten voidaan siis todeta muodostavan rajoituksen myös tietynlaisen viranomaisdatan kaupalliselle uudelleenkäytölle.

Julkisuuslain 24 §:n 1 momentin 17 kohdassa mainittu julkisyhteisön liikesalaisuus ja 20 kohdassa mainittu yksityisen liikesalaisuus ovat erityisen kiinnostavia salassapitoperusteita tutkimuskysymyksen kannalta. Kuten *Vapaavuori* on todennut, liikesalaisuuden käsite on suhteellinen ja riippuvainen sen kulloisestakin soveltamistilanteesta. Liikesalaisuuden määritelmästä säädetään nykyisin liikesalaisuuslain (595/2018) 2 §:ssä. Liikesalaisuuden tunnuspiirteisiin kuuluvat tiedon salaisuus, salassapitointressi eli taloudellinen arvo sekä tosiasialliset toimenpiteet, joilla liikesalaisuuden haltija pyrkii suojaamaan kyseistä tietoa.<sup>56</sup> Tältä osin kysymys herää, missä laajuudessa viranomaisen voi pitää salassa sellaista tietoa, jolla on taloudellista arvoa viranomaiselle itselleen tai jollekin kolmannelle osapuolelle. On helppoa kuvitella tilanteita, joissa datan uudelleenkäyttöpotentiaali ja datan tuottajan salassapitointressi kasvavat yhtämittaa.

Liikesalaisuussäännöksiä koskevissa esitöissä on painotettu, että viranomaisen asiakirjojen julkisuus on perustuslain mukaisesti pääperiaate ja että salassapitosäännökset ovat aina poikkeuksia tästä, minkä vuoksi julkisuuden rajoitukset kohdistuvat vain välttämättömään ja niiden tulkinta on suppeaa ja tarkkarajaisista.<sup>57</sup> Näin ollen etenkin julkisyhteisön omaa liikesalaisuutta salassapitoperusteena lienee tulkittava suppeasti. Viranomaisen ei voi lähteä esimerkiksi siitä, että se voisi automaattisesti pitää salassa mitä tahansa dataansa vain siksi, että se ei ole

54. Voutilainen 2019, s. 460–461.

55. Mäenpää 2020, s. 414–429.

56. Tom Vapaavuori, Liikesalaisuudet ja salassapitosopimukset. 3. uudistettu painos. Alma Talent 2019, s. 69–72. Myös julkisuuslain soveltamistilanteissa lähtökohtana on liikesalaisuuslain mukainen liikesalaisuuden määritelmä, ks. Hallituksen esitys eduskunnalle liikesalaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 49/2018 vp, s. 122–123.

57. HE 49/2018 vp, s. 124.

yleisesti tunnettua ja että sillä on taloudellista arvoa. Laajentava tulkinta olisi julkisuusperiaatteen ja EU:n avoimen datan sääntelyn tavoitteiden vastainen. Viranomainen ei ole markkinaehtoinen toimija, eikä viranomaisen omien liiketaloudellisten näkökohtien tulisi ohjata julkisuuslain soveltamista. Käytännössä poikkeuksen alaan voivat kuulua lähinnä viranomaisten valmistelemiin konkreettisiin liiketoimiin, kuten osto-, myynti- ja sopimustilanteisiin, välittömästi vaikuttavat tiedot.<sup>58</sup>

Yksityisen liikesalaisuus voi sen sijaan olla merkittävä peruste rajoittaa tietojen kaupallista uudelleenkäyttöä. Esitöiden mukaan liikesalaisuudet voivat olla hyvin monenlaista teknistä tai taloudellista tietoa. Liikesalaisuuksia voivat olla muun muassa valmistustiedot, testitulokset, liikeideat, hinnoittelutiedot, taitotieto, markkinaselvitykset, talousennusteet, kilpailija-analyysit, asiakasrekisterit ja yritysten hallinnollis-organisatoriset tiedot. Liikesalaisuus voi olla tietokoneohjelman lähdekoodi tai muu ohjelman osa, kuten rakenne, määrittely tai siihen sisältyvät algoritmit tai tietokannat.<sup>59</sup> Esimerkiksi tietokanta voi siis tulla asiakirjajulkisuuden ja siten myös kaupallisen uudelleenkäytön rajoitusten piiriin immateriaalioikeuksien lisäksi myös liikesalaisuussääntelyn myötä.

### 3.3. Datan luovuttamistekniikat

Perinteinen lähtökohta julkisuuslaissa on ollut se, että tiedot julkisista asiakirjoista on ollut oikeus saada suullisesti tai nähtäväksi ja jäljennettäväksi viranomaisessa paikan päällä tai kopiona taikka tulosteena. Julkisuuslain 16 §:n 1 momentin mukaisesti näiden tiedonantotapojen ollessa kyseessä tieto on ensisijaisesti annettava pyydetyllä tavalla, jollei pyynnön noudattaminen asiakirjojen suuren määrän tai asiakirjan kopioinnin vaikeuden tai vastaavan synn vuoksi aiheuta kohtuutonta haittaa virkatoiminnalle. Sen sijaan säännökset datan sähköisestä luovuttamisesta eivät ole yhtä yksiselitteisiä.

Julkisuuslain 16 §:n 2 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan viranomaisen ratkaisusta automaattisen tietojenkäsittelyn avulla ylläpidetyn rekisterin julkisista tiedoista on oikeus saada kopio teknisenä tallenteena tai muutoin sähköisessä muodossa, jollei erityisistä syistä muuta johdu. Samoin 16 §:n 2 momentin toiseksi virkkeeksi on hiljattain lisätty edellä jo sivuttu dynaamista dataa koskeva säännös: sähköisessä muodossa olevista tiheästi tai reaaliaikaisesti päivittyvistä julkisista asiakirjoista on oikeus saada kopio sähköisessä muodossa, jos tieto on sisällöltään nopeasti muuttuvaa tai vanhenevaa eikä se sisälly viran-

58. Julkisuuslain esitöissäkin puhutaan pääsääntöisesti nimenomaan julkisyhteisön omista liiketoimista, ks. HE 30/1998 vp, s. 94. Ks. myös KHO 2020:6, jossa kaupungin suunniteltuun kiinteistöjen myyntiin liittynyt hinta-arvio todettiin salassa pidettäväksi.

59. HE 49/2018, s. 84.

omaisen henkilörekisteriin tai muuhun sellaiseen asiakirjaan, josta tieto voidaan luovuttaa vain tietyin edellytyksin. Päätösrekisterin tiedot ja dynaaminen data muodostavat siis sellaista dataa, jota viranomaisella on paitsi oikeus periaatteessa myös velvollisuus luovuttaa pyydettyessä sähköisessä muodossa.

Muunlaisten tietojen ja asiakirjojen osalta tietojen antaminen sähköisessä muodossa tai teknisenä tallenteena on julkisuuslain 16 §:n 2 momentin kolmannen virkkeen mukaan viranomaisen harkinnassa, jollei toisin säädetä. Näin ollen viranomaisella ei ole tiukasti ottaen ehdotonta velvollisuutta luovuttaa tällaisia muunlaisia tietoja nimenomaisesti sähköisessä muodossa. Harkinta kyseisen lainkohdan nojalla ei ole kuitenkaan vapaata, vaan sitä sääntelevät julkisuuslain 17 §:stä ilmenevät periaatteet, joilla voi olla vaikutusta myös sen arviointiin, missä muodossa tietoja tulisi luovuttaa julkisuusperiaatteen tarkoituksien toteuttamiseksi.<sup>60</sup>

Kun kyse on henkilötietoja<sup>61</sup> sisältävistä tietoaineistoista, tietojen luovuttamiseen sähköisessä muodossa liittyy tiettyjä erityisedellytyksiä. Yksittäisiä julkisia henkilötietoja sisältäviä asiakirjoja on käytännössä mahdollista saada viranomaisilta myös sähköisessä muodossa ilman luovutuksen erityisedellytysten laajempaa selvittelyä. Sen sijaan henkilötietojen laajamittaisempi luovuttaminen saattaa rinnastua julkisuuslain 16 §:n 3 momentissa erikseen mainittuun luovutukseen viranomaisen henkilörekisteristä, jolloin viranomaisen tulisi selvittää ennen luovutusta julkisuuslain 13 §:n 2 momentissa edellytetyllä tavalla tietojen käyttötarkoitus ja muut tietojen luovuttamisen edellytysten selvittämiseksi tarpeelliset seikat.<sup>62</sup> Näin ollen esimerkiksi laajamittaisen henkilötietoja sisältävän tietokannan luovuttaminen kokonaisuudessaan kaupalliseen tarkoitukseen kuuluisi ilmeisimmin viranomaisen henkilörekisteriä koskevien erityisedellytysten piiriin.

Tutkimuskysymyksen kannalta olennaista olisi selvittää, onko henkilötietoja sisältävän viranomaisdatan luovuttaminen kaupallisen uudelleen käytön tarkoitukseen ylipäätään julkisuus- ja tietosuojaalainsäädännön näkökulmasta hyväksyttävää. Tällaisessa tarkoituksessa tapahtuva henkilötietojen käsittely olisi todennäköisesti sellaista käsittelyä, joka kuuluu EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen ja kansallisen tietosuojalain (1050/2018) soveltamisalaan. Henkilötiedot

60. KHO 2022:112, kohta 56.

61. EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen (EU) 2016/679 4 artiklan 1 kohdan mukaan henkilötiedoilla tarkoitetaan kaikkia tunnistettuun tai tunnistettavissa olevaan luonnolliseen henkilöön liittyviä tietoja. Tunnistettavissa olevana pidetään luonnollista henkilöä, joka voidaan suoraan tai epäsuorasti tunnistaa erityisesti tunnistetietojen, kuten nimen, henkilötunnuksen tai muiden artiklassa lueteltujen lisätietojen, perusteella.

62. Ks. Seppänen 2019, erityisesti s. 48 ja viittaukset Päivi Korpisaari, Miten henkilötietojen suoja rajoittaa paikkatietojen käyttämistä? Liikejuridiikka 1/2018, s. 34–65; Olli Mäenpää, Julkisuusperiaate. 3., uudistettu painos. Talentum Media 2016, s. 203 sekä Riku Neuvonen, Oikeus julkiseen tietoon. Kauppakamari 2017, s. 137.



kuuluvat periaatteessa tietosuojalainsäädännön velvoitteiden ja esimerkiksi informointivelvollisuuden piiriin, vaikka ne olisivat julkisuuslainsäädännön perusteella julkisia ja saatu julkisesta lähteestä, kuten viranomaiselta.<sup>63</sup>

Mahdollisia tietosuoja-asetuksen 6 artiklan mukaisia henkilötietojen lainmukaisia käsittelyperusteita voisivat tässä kontekstissa olla lähinnä suostumus ja oikeutettu etu.<sup>64</sup> Suostumuksen merkitystä on korostettu myös julkisuuslain 16 §:n 3 momentin toisessa virkkeessä, jonka mukaan henkilötietoja saa luovuttaa suoramarkkinointia ja mielipide- tai markkinatutkimusta varten vain, jos niin erikseen säädetään tai jos rekisteröity on antanut siihen suostumuksensa.<sup>65</sup> Säännös on nykytarpeisiin valitettavan kasuistinen: se ei vastaa suoraan kysymyksiin henkilötietoja sisältävän viranomaisdatan minkä tahansa laatuisen kaupallisen hyödyntämisen käsittelyperusteista. Suoramarkkinointi ja mielipide- tai markkinatutkimukset ovat varsin spesifejä kaupallisen hyödyntämisen muotoja. Niissä otetaan todennäköisesti välitön kontakti rekisteröityyn henkilöön. Kuten edellä todettiin, ajateltavissa on muitakin tapoja, joilla henkilötietoja sisältävää viranomaisdataa voidaan hyödyntää kaupallisesti.

Lisäksi suostumuksen hankkiminen erikseen jokaiselta dataan sisältyvältä rekisteröidyltä voisi monissa tilanteissa muodostua käytännössä vaikeaksi. Tällöin oikeutettu etu nousee todennäköisesti ainoaksi suostumusta edellyttämättömäksi perusteeksi henkilötietojen käsittelylle. Siihen, voidaanko julkisuuslain mukaista luovutusta viranomaisen henkilörekisteristä ylipäätään perustaa tietojen pyytäjän oikeutettuun etuun, on oikeuskäytännön puutteen vuoksi vaikeaa vastata yksiselitteisesti. Oikeutettu etu on suomalaisessa tietosuojalainsäädännössä uudentyypinen käsittelyperuste.<sup>66</sup> *Korpisaari, Pitkänen ja Warma-Lehtinen* ovat luonnehtineet asiaa niin, että oikeutetun edun olemassaolon arviointi viranomaisessa voi muodostua vaikeaksi.<sup>67</sup> Oikeutetun edun olemassaolon arviointi edellyttää joka tapauksessa niin sanotun tasapainotestin tapauskohtaista tekemistä rekisteröidyn oikeuksien ja rekisterinpitäjän oikeutetun edun välillä. Tutkimuskysymyksen kannalta merkityksellistä voinee olla se, että oikeutettu etu voi unionin oikeuskäytännön valossa olla luonteeltaan myös taloudellinen.<sup>68</sup>

63. Päivi Korpisaari – Olli Pitkänen – Eija Warma-Lehtinen, *Tietosuoja. 2., uudistettu painos*. Alma Talent 2022, s. 61, 217.

64. Dalla Corte 2018, s. 144.

65. Säännöstä koskeissa esitöissä viitataan rekisteröityjen itsemääräämisoikeuden varmistamiseen, ks. HE 30/1998 vp, s. 74.

66. Korpisaari – Pitkänen – Warma-Lehtinen 2022, s. 132.

67. Korpisaari – Pitkänen – Warma-Lehtinen 2022, s. 692.

68. Korpisaari – Pitkänen – Warma-Lehtinen 2022, s. 133–135. Voidaan pohtia, olisivatko esimerkiksi ennakkoratkaisun C-73/07 Satakunnan Markkinapörssi Oy ja Satamedia Oy, ECLI:EU:C:2008:727 ja siihen liittyvän ratkaisun KHO 2009:82 perustelut voineet olla toisenlaiset, jos asiaa olisi arvioitu nykyisen oikeutettua etua koskevan säännöksen valossa. Kansallisessa ratkaisussa todettiin varsin kaavamaisesti silloisen lainsäädännön perusteella, ettei viranomaiselta saatujen verotietojen laajamittaista julkaisemista tekstiviestipalvelun välityksellä

Lopuksi on huomioitava, että tietosuojakysymyksistä riippumatta julkisuuslain systematiikan perustuminen tapauskohtaiseen tietopyyntöjen harkintaan ja toteuttamiseen voi rajoittaa tosiasiallisesti mahdollisuuksia hyödyntää viranomaisdataa kaupallisesti. Tietopyyntöjen tekeminen yhä uudelleen sekä niiden perusteella saatavien tietoaineistojen hallinnointi voivat muodostua kaupallisen toimijan kannalta haastavaksi, ja myös viranomaisen voi kuormittua kohtuuttomasti tietopyynnöistä.<sup>69</sup> Muun muassa näiden tosiasiallisten syiden takia on tarpeen tarkastella tarkemmin mahdollisuuksia datan luovuttamiseen suoraan tietojärjestelmien teknisten rajapintojen välityksellä, mistä säädetään nykyisin julkisuuslain sijasta tiedonhallintalaissa.

## 4. Datan luovuttaminen tietojärjestelmästä teknisten rajapintojen välityksellä

### 4.1. Tiedonhallinta- ja tietosuojalainsäädännön vaatimukset

Tiedonhallintalain 2 §:n 11 kohdan mukaan teknisellä rajapinnalla tarkoitetaan sähköisen tietojenvaihdon mahdollistavaa tiedonsiirtoratkaisua kahden tai useamman tietojärjestelmän välillä. Tekninen rajapinta voi olla mikä tahansa tekninen tiedonsiirtoratkaisu, jolla dataa siirretään tietojärjestelmästä toiseen. Kysymys on siis järjestelmien välisestä niin sanotusta integraatiosta. Rajapinta voidaan toteuttaa esimerkiksi viestipohjaisena eli niin sanottuna online-yhteytenä tai tiedostopohjaisena sanomana eräajopohjaisesti tietyin väliajoin tapahtuvana tiedonsiirtona. Teknisen rajapinnan käsite ei ole sidottu tiedonsiirtotapaan tai tiedostomuotoon, vaan teknisen rajapinnan toteuttamistapa ja teknologia määrittävät kunkin teknisen ratkaisun mukaisesti.<sup>70</sup>

Tiedonhallintalain rajapintaluovutuksia koskeissa säännöksissä tehdään ero tietojen erilaisten vastaanottajatahojen välille. Viranomaisille tehtäviä luo-

voitu pitää henkilötietojen käsittelynä toimituksellisessa tarkoituksessa eikä käsittelylle siksi ollut henkilötietolainsäädännön mukaista perustetta. Nykyinen sääntely saattaisi ohjata arvioimaan journalismin ohella tarkemmin sitä, voisiko tällaisen palvelun tarjoamiseen liittyä muunlaista rekisterinpitäjän oikeutettua taloudellista etua.

69. Tietopyynnöstä aiheutuva työmäärä viranomaiselle ei itsessään voi olla julkisuuslain mukainen peruste tietopyynnön toteuttamisesta kieltäytymiselle, ks. Seppänen 2019, s. 52, viittauss eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisuun EOA 5.12.2016 dnro 5372/2/15. Kuitenkin eduskunnan oikeusasiamieskin on esittänyt harkittavaksi julkisuuslain määräaikoja ja tietopyyntöjen rajaamista koskevien säännösten tarkistamista hyvin laajojen tietopyyntöjen osalta, ks. Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2017 K 16/2018 vp, s. 24–25.

70. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisen hallinnon tiedonhallinnasta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 284/2018 vp, s. 66.

vutuksia koskevat 22–23 §, joiden soveltamista ei ole tarpeen tarkastella tässä tarkemmin. Tämän artikkelin mielenkiinnon kohteena ovat tiedonhallintalain 24–24 a §, jotka koskevat tietojen luovuttamista muille kuin viranomaisille – kuten kaupallisille toimijoille. Tiedonhallintalain esitöissä todetaan, että 24 §:n säännös mahdollistaisi teknisen rajapinnan kautta tietojen luovuttamisen myös hallinnon ulkopuolisiin tietojärjestelmiin<sup>71</sup>, joihin voitaisiin tämän artikkelin tarkoituksessa lukea esimerkiksi kaupallisen toimijan datan jatkojalostamiseen käyttämä tietojärjestelmä tai avoimen datan tietopalvelu, josta aineistoja voisi kuka tahansa noutaa.

Aluksi on huomioitava, että viranomaisilla ei ole ehdotonta velvollisuutta rajapintojen avaamiseen mihin tahansa dataan. Kuten alaluvussa 3.3. todettiin, päätösrekisterin tiedot ja dynaaminen data on oikeus saada yleensä myös sähköisessä muodossa: muiden aineistojen kyseessä ollessa sähköinen luovuttaminen on periaatteessa viranomaisen harkinnassa. Myös tiedonhallintalain esitöistä ilmenee, että 24 § olisi luonteeltaan mahdollistava eikä sillä säädettäisi tiedonsaantioikeuksista eikä sen perusteella kukaan voisi vaatia teknisen rajapinnan avaamista, vaan se jäisi viranomaisen harkittavaksi.<sup>72</sup> Tiedonhallintalain uudessa 24 a §:ssä kuitenkin säädetään, että sähköisessä muodossa olevan dynaamisen datan olisi pyynnöstä oltava saatavilla nimenomaisesti teknisten rajapintojen avulla heti tiedon keräämisen jälkeen ja tarvittaessa useana kerralla ladattavana tiedostona. Dynaamisen datan osalta kyse ei siis ole nykyisin ainoastaan tarkoituksenmukaisuusharkinnasta vaan jopa velvoitteesta avata rajapintoja tällaiseen dataan.

Tiedonhallintalain 24 §:n mukaiselta rajapintaluovutukselta edellytetään myös, että tiedot saavalla toimijalla on erikseen laissa säädetty tiedonsaantioikeus ja oikeus käsitellä näitä tietoja. Tekninen rajapinta voidaan avata viranomaisia koskevassa 22 §:ssä säädettyjen edellytysten täyttyessä siten kuin mainitussa pykälässä säädetään. Tiedot luovuttavan viranomaisen on tarvittaessa varmistettava, että tietoja saava toimija noudattaa tietojen käsittelyssä tässä laissa säädettyjä velvollisuuksia. Julkista viranomaisdataa koskeva tiedonsaantioikeus voinee perustua julkisuuslain 9 §:n mukaiseen yleiseen tiedonsaantioikeuteen. Jos data ei sisällä henkilötietoja, tekijänoikeuksin suojattua tietoa tai muita mahdollisten asiakirjajulkisuuden rajoitusten piiriin kuuluvia tietoja, ei rajapintaluovutuksille liene lakisääteisiä esteitä.<sup>73</sup>

Henkilötietoja sisältävän datan luovutuksista todetaan tiedonhallintalain esitöissä, että viranomaisen olisi erikseen selvitettävä tiedonsaantioikeuden li-

71. 284/2018 vp, s. 110.

72. 284/2018 vp, s. 110.

73. Voutilainen on luonnehtinut asiaa niin, että rajapinta voitaisiin pääsääntöisesti avata vain silloin, kun erityislainsäädännössä johonkin rekisteriin on säädetty erikseen jokaiselle tiedonsaantioikeus, kun rekisterin tietosisältö on säädetty yleiseen käyttöön tai kun tietojen luovutusten edellytyksiä ei muusta syystä tarvitse erikseen arvioida, ks. Voutilainen 2019, s. 574.

säksi, onko luovutuksen saajalla henkilötietojen suojaa koskevien säännösten perusteella oikeus käsitellä luovutettavia henkilötietoja, jos tietoluovutus koskisi henkilötietoja.<sup>74</sup> Mikäli rajapintaluovutuksen kohteena olisi siis henkilötietoja sisältävää dataa, palataan alaluvussa 3.3. käsiteltyyn toistaiseksi tulkinnanvaraiseen kysymykseen datan pyytäjän tietosuojalainsäädännön mukaisesta käsitteilyperusteesta, kuten suostumuksesta tai oikeutetusta edusta.

Rajapintaluovutusten tietosuojariskejä voi lisätä vielä se, ettei luovuttaminen perustuisi samalla tavalla yksilöityihin asiakirjoihin kohdistuvaan tapauskohtaiseen harkintaan kuin tavanomaisten tietopyyntöjen tapauksessa. Sinänsä jo rajapintaluovutuksia koskevista yleisistä 22 §:n vaatimuksista johtuu se, että tietojen luovutusten tarpeellisuutta tulee kyetä tietoteknisesti kontrolloimaan.<sup>75</sup> Se lienee ainakin ilmeistä, ettei dataa hyödyntävä liiketoiminta voi olla luonteeltaan sellaista, että saatuja henkilötietoja julkaistaisiin internetissä rajoittamattomasti. Tiedonhallintalain 24 §:n 2 momentin nimenomaisen säännöksen mukaisesti henkilötietoja sisältävien aineistojen jakelusta yleisessä tietoverkossa toimivassa tietopalvelussa tulee säätää erikseen.<sup>76</sup>

## 4.2. Rajapintaluovutusten yhteys viranomaisten teknologisiin valintoihin

Kysymykset rajapintojen hyödyntämisestä datan luovutuksessa kytkeytyvät väistämättä myös dataa hallinnoivan viranomaisen teknologisiin valintoihin, kuten datan käsittelyyn käytettäviin tietojärjestelmiin. Käytännössä datan luovutukseen tarvittavat rajapinnat täytyy rakentaa jonkin ohjelmiston yhteyteen, ja toisin kuin ohjelmistossa käsiteltävää dataa itsessään, ohjelmiston lähdekoodia sen valmistajan tekijänoikeudet suojaavat yksiselitteisesti.<sup>77</sup> Jos viranomainen ei ole kehittänyt datan hallinnointiin liittyvää ohjelmistoa itse eikä myöskään ymmärtänyt vaatia ostamaltaan ohjelmistolta sopimuksellista ja teknistä valmiutta datan rajapintaluovutuksiin, voi mahdollisuus datan jakamiseen rajapintojen välityksellä jäädä riippuvaiseksi ohjelmiston valmistajan halukkuudesta ja kyvystä kehittää ohjelmistoa tällaiseen tarkoitukseen sopivaksi. Tällöin voidaan usein puhua myös niin sanottuun ICT-toimittajaloukkuun joutumisesta.<sup>78</sup>

Datan hyödyntämiseen ja teknologiavalintoihin liittyviä kysymyksiä on siis usein syytä käsitellä yhdessä: mikäli julkisyhteisö on velvoitettu tai muusta syystä halukas jakamaan tietojärjestelmässä käsiteltäviä tietoaineistoja rajapintojen vä-

74. HE 284/2018 vp, s. 110.

75. HE 284/2018 vp, s. 107.

76. HE 284/2018 vp, s. 111. Ks. henkilötietojen julkaisemisesta internetissä myös esim. Schecke C-92/09 ja Eifert C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662.

77. Takki – Halonen 2017, s. 34.

78. Toimittajaloukuista ks. Eelis Paukku – Essi Puhakainen, Hankintalaki ja ICT-toimittajaloukun välttäminen. Edilex 33/2020.

lityksellä, tulisi tähän tarvittavat sopimukselliset ja tekniset edellytykset kyetä huomioimaan järjestelmähankinnan ehdoissa mieluiten jo hankintavaiheessa.<sup>79</sup> Jo hankitun järjestelmän tapauksessa pitäisi vähintäänkin pyrkiä sopimaan tähän tarvittavista muutoksista järjestelmätoimittajan kanssa.

Merkitystä on myös sillä, millaisia ehtoja rajapintojen käytölle asetetaan: onko kyse avoimesta rajapinnasta, johon kuka tahansa saa liittyä ilman erityisedellytyksiä, vai rajatulle toimijajoukolle tarkoitettusta tai maksullisesta mahdollisuudesta. Avoimen datan direktiivin 12 artiklan 1 kohdasta ilmenevän pääsääntön mukaan direktiivin piiriin kuuluvan datan tulisi olla kaikkien mahdollisten markkinoilla toimivien uudelleenkäytettävissä, vaikka muut markkinatoimijat jo tarjoaisivat tähän perustuvia lisäarvotuotteita. Dataa hallussaan pitävien julkisten elinten ja kolmansien osapuolten sopimukset tai muut järjestelyt eivät saisi sisältää yksinoikeuksia. Artiklan kansallisen implementoinnin kannalta esitöissä ei ole myöskään nähty tarpeelliseksi säätää asiasta uutta sääntelyä, sillä viranomaisille ei ole kansallisessa lainsäädännössä säädetty mahdollisuutta sopia yksinoikeusjärjestelyistä julkisten asiakirjojen hyödyntämiseksi.<sup>80</sup>

Edellä mainittuun avoimen datan direktiivin ja esitöiden ilmaisemaan lähtökohtaan on helppo yhtyä siltä osin kuin kyse on viranomaisen suhteesta tietojen vastaanottajaan. Viranomainen ei voi pätevästi sitoutua luovuttamaan julkisia asiakirjoja vain tietyllä taholle ja pidättäytyä luovuttamasta niitä jollekin toiselle taholle. Eri asia on sen sijaan nähdäkseni se, voivatko viranomaisen ja järjestelmätoimittajien väliset sopimukset tosiasiallisesti rajoittaa mahdollisuuksia jakaa dataa viranomaisen tietojärjestelmästä nimenomaan rajapintojen avulla. Jos järjestelmähankinnan yhteydessä ei ole ymmärretty vaatia järjestelmään avoimia rajapintoja, ei viranomaisilla ole nykyisessä sääntelykehyksessä käytännössä juuri tehokkaita keinoja pakottaa sopimuskumppaneitaan näitä avaamaan.

Tekijänoikeuslain 25 k §:ssä on sinänsä säädetty reunaehdoista, joiden täyttyessä tietokoneohjelman käyttöoikeuden haltijalla on oikeus ilman ohjelmiston valmistajan suostumustakin kopioida ja kääntää ohjelman koodin muoto ohjelmistojen yhteentoimivuuden varmistamiseksi. Mahdollisuudet koodin muodon kääntämiseen ja rajapinnan rakentamiseen tämän keinon avulla ovat käytännössä kuitenkin epävarmoja, sillä säännöksen nojalla sallittujen toimenpiteiden rajat ovat jo oikeudellisestikin täsmentymättömät.<sup>81</sup> Lisäksi enenevissä määrin ohjelmistot tarjotaan ohjelmistopalveluksi (Software as a Service, SaaS) kutsutulla toimitusmallilla, joka ei edellytä lainkaan ohjelmiston asentamista tilaajan omaan laiteympäristöön. SaaS-palveluiden ostaja ei saa ole-

79. Suunnitelmallisuus näissä asioissa on yleisemminkin edellytys toimittajaloukkujen välttämiseen, ks. Paukku – Puhakainen 2020, s. 16–18.

80. HE 74/2021 vp, s. 18.

81. Tutkimuksessa vuonna 2016 on todettu, ettei 25 k §:n soveltamisessa ollut kotimaista ylempien oikeusasteiden oikeuskäytäntöä tai tekijänoikeusneuvoston lausuntoja, ks. Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 281.

tusarvoisesti lainkaan ohjelmistokoodia haltuunsa, jolloin yhteentoimivuuden varmistaminen tekijänoikeuslain 25 k §:ssä tarkoitetuilla keinoilla ei ole mahdollista.<sup>82</sup> Datan uudelleenkäytettävyyden tavoitteiden näkökulmasta SaaS-palveluissa on siis jopa entistä tärkeämpää huomioida jo niiden hankintavaiheessa, kuinka avoimia ja standardoituja rajapintateknologioita toimittajat ovat valmiita tarjoamaan ohjelmistoihinsa.<sup>83</sup>

Edellä esitettyjen näkökohtien lisäksi rajapintojen käytön ehdot voivat liittyä myös julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annettuun lakiin (1397/2016, hankintalaki). Vaikka todetusti rajapintojen avaaminen on periaatteessa viranomaisen harkinnassa, esimerkiksi sellaiset järjestelyt, joissa annettaisiin valikoivasti ainoastaan tietyille tahoille, kuten tyypillisesti järjestelmän toimittajalle, muita markkinatoimijoita edullisempi oikeus hyödyntää rajapintaa kaupallisiin tarkoituksiin, voivat olla myös viranomaisia velvoittavan hankintalain näkökulmasta ongelmallisia.<sup>84</sup> On huomattava, että hankintasopimuksen arvo voi koostua muistakin tekijöistä kuin hankintayksikön maksamasta rahallisesta korvauksesta. Esimerkiksi vaihtokauppa voi täyttää hankintasopimuksen määritelmän.<sup>85</sup>

Esimerkkejä on jo olemassa sellaisista järjestelyistä, joissa toimittaja on tarjonnut viranomaiselle järjestelmäänsä rajapintapalveluita maksutta ja toimittaja on saanut vastineeksi oikeuden käyttää rajapinnan kautta saatavaa dataa omassa liiketoiminnassaan. Mikäli tällainen erityisoikeus tuottaa toimittajalle liikevaihtoa esimerkiksi kolmansilta osapuolilta perittävien maksujen muodossa, maksuttomuudesta huolimatta tällainen sopimus voi tuottaa toimittajalle hankintalain

82. Lisenssi- ja SaaS-sopimusten eroista ks. Totti Hämäläinen, Ohjelmisto pilvipalveluna: SaaS-sopimusten oikeudelliset erityispiirteet. Liikejuridiikka 2/2021, s. 12–37. Pilvi- ja SaaS-palvelujenkin kyseessä ollessa on mahdollista sopia, että tilaajalla on oikeus saada ohjelmiston lähdekoodi lähdekielisenä haltuunsa. On myös olemassa pilvipalveluihin nimenomaisesti soveltuvia avoimen lähdekoodin lisenssiehtoja ja niihin sisältyviä lähdekoodin avoimen julkaisun velvoitteita, kuten GNU Affero General Public License. Version 3, 19 November 2007. <https://www.gnu.org/licenses/agpl-3.0.en.html> (vierailtu 25.1.2023). Tällaisesta sopiminen ei kuitenkaan kerro vielä juurikaan siitä, onko pelkästä ohjelmiston lähdekoodista ilman alkuperäistä pilviympäristöä tosiasiallisesti hyötyä viranomaisen rajapintaongelman ratkaisemisessa.

83. Justice Opara-Martins – Reza Sahandi – Fen Tiang, Critical analysis of vendor lock-in and its impact on cloud computing migration: a business perspective. *Journal of Cloud Computing: Advances, Systems and Applications* 5/2016, s. 1–18, 16.

84. Hankintalain mukainen arviointi ja julkisuuslain mukainen arviointi voi olla tarpeen erotella toisistaan myös siksi, että julkisuuslain organisatorinen soveltamisala on erilainen kuin hankintalain. Esimerkiksi tapauksessa KHO 2023:7 todettiin, ettei yhteishankintayksikkönä toiminut KL-Kuntahankinnat Oy ollut luonteeltaan julkisuuslaissa tarkoitettu viranomainen eikä siihen siten sovellettu julkisuuslakia hankintalain viittaussäännöksen perusteella.

85. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi 108/2016 vp, s. 75. Samassa yhteydessä todetaan, ettei palvelun veloituksettomuus hankintayksikölle vielä tarkoita sitä, ettei sopimuksella olisi taloudellista arvoa.

näkökulmasta merkityksellistä taloudellista hyötyä.<sup>86</sup> Riippuen järjestelyn luonteesta ja taloudellisen hyödyn määrästä ilman kilpailutusta tällaiseen järjestykseen ryhtyminen voinee johtaa myös kilpailuttamisvelvollisuuden laiminlyöntiin, jollei järjestelylle ole löydettävissä hankintalain mukaista suorahankinta- tai sopimusmuutosperustetta.<sup>87</sup>

Sen sijaan viranomaisdatan jakamista avoimesti kenelle tahansa mihin tahansa tarkoitukseen esimerkiksi avoimen rajapinnan avulla voitaneen pitää markkina-toimijoiden tasapuolisen kohtelun kannalta turvallisena vaihtoehtona.<sup>88</sup> Jos rajapintaan liittymistä ja datan käyttöä ei sopimusehdoin tai muulla tavalla pyritä valikoivasti ohjaamaan, rajapinnan käyttämisessä myös kaupallisiin tarkoituksiin voitaneen katsoa olevan kyse eräänlaisesta hankintalain ulkopuolelle jäävästä valinnanvapausjärjestelmästä, jota kaikki halukkaat toimijat voivat hyödyntää tasapuolisesti ja joka siten kilpailuttaa itse itseään. Valinnanvapausjärjestelmän tunnuspiirteisiin kuuluu se, että hankintayksikkö ei saa käyttää harkintaa järjestelmään liittyvien tahojen valinnassa esimerkiksi asettamalla järjestelmään pyrkivien toimijoiden kelpoisuudelle lakisääteiset vähimmäisvelvoitteet ylittäviä vaatimuksia. Mitä pidemmälle meneviä vaatimuksia järjestelmään liittymiselle asetetaan, sitä lähempänä ollaan hankintalain piiriin kuuluvaa tilannetta, jossa hankintayksikkö tosiasiallisesti valitsee järjestelyn toimijat tiettyjen kriteerien perusteella.<sup>89</sup>

## 5. Johtopäätökset

Yhteenvedona tutkimuskysymykseen voidaan todeta, että viranomaiset eivät voi nykyisin määrätä vapaasti siitä, minkälaisin edellytyksin ne luovuttavat tietoja uudelleenkäytettäväksi kaupallisessa tarkoituksessa. Luovutusten edellytysten ja

86. Helsingin HaO H2675/11.5.2022, jossa katsottiin rajapintapalvelun hankkimista koskevan suorahankinnan arvon ylittäneen hankintalain kansallisen kynnysarvon, vaikka rajapintapalvelu tarjottiin hankintayksikölle maksutta (kirjoittaja toimi tapauksessa hankintayksikön valmistelijana).

87. Tavanomaisissa tavara- ja palveluhankinnoissa hankintalain 25 §:ssä säädetty kansallinen kynnysarvo on 60 000 euroa. Tätä lienee pidettävä myös lähtökohtana sille, kuinka paljon toimittaja voi saada sopimusjärjestelystä taloudellista hyötyä ilman, että hankintalain mukainen kilpailuttamisvelvollisuus aktualisoituisi. Toisaalta käyttöoikeussopimuksille säädetty kynnysarvo on 500 000 euroa. Sopimusmuutosperusteista säädetään hankintalain 136 §:ssä. Sopimusmuutosten osalta hieman paradoksaalista on se, että markkinaoikeus on pitänyt avointen rajapintojen puuttumista mahdollisena perusteluna sopimusmuutokselle, ks. MAO 399/19.

88. Avointen rajapintojen yhteydestä järjestelmien yhteentoimivuuteen ks. Juho Lehtoviita – Tomi Voutilainen, Yhteentoimivuus julkisissa IT-hankinnoissa. Lakimies 6/2015, s. 834–855.

89. Saira Eskola – Eeva Kiviniemi – Tarja Krakau – Erkki Ruohoniemi, Julkiset hankinnat. 3., uudistettu painos. Alma Talent 2017, s. 512–513.

rajoitusten tulee olla laissa säädettyjä, ja erityisesti EU:n avoimen datan sääntely näyttäisi ohjaavan julkisuus- ja tiedonhallintalainsäädännön soveltamista viranomaisissa siihen suuntaan, että julkisen datan luovuttaminen ja käyttäminen myös kaupallisiin tarkoituksiin olisi tunnustettavissa yhdeksi sääntelyn legitiimeistä päämääristä. Julkisuusperiaatteesta tai avoimen datan direktiivistä ei kuitenkaan voida suoraan johtaa yleistä ja poikkeuksetonta oikeutta hyödyntää viranomaisdataa kaupallisesti, vaan esimerkiksi perusoikeuksista tai yleisestä edusta johdettavat perusteet voivat tosiasiaa rajoittaa viranomaisdatankin kaupallista uudelleenkäyttöä.

Kuten edellä huomattiin, lainsäädännön sisään on pyritty rakentamaan monenlaisia erotteluita auttamaan julkisuusperiaatteen ja avoimen datan sääntelyn tavoitteisiin sekä toisaalta niiden rajoittamisintresseihin liittyvien kollisiotilanteiden ratkaisussa: tällaisia ovat immateriaalioikeuksien suojaama ja suojan ulkopuolelle jäävä data, viranomaisen asiakirjat ja ei-asiakirjat, julkinen ja salassa pidettävä data, henkilötietoja sisältävä tai sisältämätön data sekä perinteiset ja sähköiset luovutustekniikat. Kutakin näistä koskevat ratkaisut voivat vaikuttaa siihen, missä tilanteissa ja millä ehdoin viranomaisdataa on mahdollista tosiasiaa hyödyntää kaupallisesti. Kaupallisen uudelleenkäytön eri tilanteisiin liittyvä sääntely on nykytilassaan valitettavan monimutkaista, mikä voi peittää alleen tarvetta punnita avoimesti perustuslaillisen julkisuusperiaatteen ja avoimen datan sääntelyn tavoitteita esimerkiksi omaisuuden suojan ja henkilötietojen suojan kaltaisia perusoikeuksia ja muita oikeutettuja rajoittamisintressejä vasten. Tätä nykyä kaupallisen uudelleenkäytön tavoitteiden toteuttamisessa voi korostua tarve sopia tapauskohtaisesti esimerkiksi datan vapaista käyttö-, muokkaus- ja luovutusoikeuksista sekä datan jakamiseen käytettävien rajapintojen toteuttamisesta.

Uudelleenkäytön reunaehtojen jäsentymättömyys saattaa liittyä yleisempään hämmennykseen siitä, mistä datan taloudellinen arvo muodostuu ja miten se käyttäytyy erilaisissa varallisuus oikeudellisissa konteksteissa. Tilanteen avoimuus olisi syytä ottaa huomioon tulevissa yhteiskunnallisten tietovarantojen käyttöä koskevilla lainsäädäntöhankkeissa. Lähtökohtana voitaisiin poliittisessa keskustelussa korostaa nykyistä vahvemmin sitä, että markkinatoimijoiden ohella myös julkisen sektorin ja yhteiskunnan tulisi tavalla tai toisella saada osuutensa siitä taloudellisesta arvosta, joka luodaan julkisen sektorin tuottamaa tai rahoittamaa dataa hyödyntäen.<sup>90</sup> Kuten edellä todettiin, EU:n avoimen datan direktiivi sinänsä mahdollistaisi tietyissä rajoissa yleisen edun kannalta perusteltujen ehtojen asettamisen viranomaisdatan uudelleenkäytölle. Näiden mahdollisuuksien tutkimista olisikin syytä jatkaa.

90. Tämän tapaisia vaatimuksia on esittänyt muun muassa Mazzucato, jonka tutkimukset ovat tuoneet ilmi julkisen sektorin ajateltua keskeisempää ja aktiivisempaa roolia uusien markkinoiden muovaamisessa ja taloudellisen lisäarvon tuottamisessa, ks. Mariana Mazzucato, *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*. Penguin Books 2018.



## Preconditions for the commercial re-use of public information

JAAKKO SEPPÄNEN, LL.M., Lawyer, City of Helsinki

The legislation concerning data governance and the re-use of public sector information has been reformed in recent years. The EU open data directive has broadened the scope of legislation concerning the re-use of public information, and the rules regarding the disclosure of information via technical interfaces have been stipulated more comprehensively in the Finnish data governance legislation. In this article, the legal framework for the commercial re-use of public information are scrutinised and systemised. The article seeks to answer the following: Under which preconditions does an authority have a right, or even a duty, to disclose data to be used in a commercial context, and what other preconditions should be fulfilled in order to re-use this kind of data?



# Väliaikaisen edunvalvojan määrääminen esitutkinnassa

**HAKUSANAT:** rikosprosessioikeus, esitutkinta, väliaikainen edunvalvoja, lapsiasianomistaja, lapsen oikeudet, haavoittuva uhri

## 1. Johdanto

Lapsella on oikeus turvalliseen ja väkivallattomaan elämään.<sup>1</sup> Lapsi on erityisen haavoittuvassa asemassa, jos hänen vanhempansa on väkivaltainen lasta kohtaan. Rikosprosessin avulla toteutetaan lapsen oikeutta väkivallattomaan elämään. Lapsen suojeleminen edellyttää, että esitutkinnassa huolehditaan lapsen oikeuksien toteutumisesta. Tavallisesti huoltaja käyttää lapsiasianomistajan puolesta puhevaltaa. Jos vanhempi on epäiltynä lapseen kohdistuneesta rikoksesta, hän on esteellinen ja lapselle tarvitaan puolueeton edunvalvoja.

Vuonna 2014 voimaan tulleessa esitutkinta- ja pakkokeinolain kokonaisuudistuksessa esitutkintalakiin (805/2011, ETL) lisättiin säännös puolueettomasta edunvalvojasta (ETL 4:8). Säännöstä sovellettaessa lähtökohtana on, että vanhemman ollessa epäiltynä lapseensa kohdistuneesta seksuaali- tai väkivalta-rikoksesta, tutkinnanjohtaja tekee tuomioistuimelle hakemuksen edunvalvojasta.<sup>2</sup> Perheyhteyden varaan rakennetut holhousoikeudelliset säännökset lähte-

\* *Elisa Silvennoinen*, OTT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto. Kirjoittaja työskentelee ACE-life-hankkeessa, jota rahoittaa Suomen Akatemian yhteydessä toimiva strategisen tutkimuksen neuvosto (STN), konsortio 352543–352574. *Heini Kainulainen*, OTT, erikoistutkija, Yhdenvertaisuusvaltuutetun toimisto; dosentti, Helsingin ja Turun yliopistot.

1. YK:n Lapsen oikeuksien sopimus (LOS) velvoittaa suojelemaan lasta kaikilta seksuaalisen riiston ja hyväksikäytön muodoilta (LOS 34) sekä ryhtymään toimiin lapsen suojelemiseksi kaikenlaiselta väkivallalta, laiminlyönniltä tai hyväksikäytöltä (LOS 19). Eurooppalainen sääntely velvoittaa suojelemaan lapsia myös muilta, erityisesti seksuaalisen kaltoinkohtelun, muodoilta. Lapsen oikeuksien sopimuksen kaltoinkohtelun käsite on laaja, ja rikoslaki tunnistaa siitä vain vakavimmat muodot. Käsitteen laajuudesta ks. Jonathan Todres, *Violence, Exploitation, and the Rights of the Child*, s. 215–238 teoksessa Ursula Kilkelly – Ton Liefaars (eds), *International Human Rights of Children*. Springer Singapore 2019, s. 217–221 ja lapsen oikeudesta väkivallattomaan elämään Maritta October, *Lapseen kohdistuneen väkivallan tunnistamisen ja puuttumisen haasteet terveydenhuollossa*, s. 246–281 teoksessa Suviaanna Hakalehto – Irina Pahlman (toim.), *Lapsen oikeudet terveydenhuollossa*. Kauppakamari 2018, s. 247–252.
2. Hallituksen esitys Eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi 222/2010 vp, s. 47–48, 195–196.

vät siitä, että tuomioistuimessa huoltajalle on varattava tilaisuus tulla kuulluksi ennen edunvalvojan määräämistä.<sup>3</sup> Kuuleminen kuitenkin vaarantaa mahdollisuuden selvittää rikosepäilyä, koska vanhempi voi yrittää vaikuttaa lapsen esitutkinnassa antamaan kertomukseen. Rikosprosessin näkökulmasta tilanne on pulmallinen. Jos rikosta ei päästä selvittämään, rikokseen syyllistynyttä henkilöä ei saada vastuuseen. Väkivalta lasta kohtaan voi myös jatkua, jos siihen ei puututa. Huolestuttavaa on, jos lapsen suojelemisessa ja ruumiillisen koskemattomuuden turvaamisessa epäonnistutaan holhoustoimen ja rikosprosessin välisen ristiriidan takia.

Laki holhoustoimesta (442/1999, holhoustoimilaki, HolhTL) antaa poikkeustilanteissa mahdollisuuden määrätä väliaikainen edunvalvoja kuulematta edunvalvonnan kohdetta tai alaikäisen huoltajaa (HolhTL 79 §). Holhustoitilakia säädettäessä ei tarkasteltu säännösten riittävyttä tai toimivuutta lähisuhdeväkivallan kohteena olevan lapsen näkökulmasta.<sup>4</sup> Vastaavaa väkivallan näkymättömyyttä on ilmennyt rikosprosessissa, jossa ajateltiin pitkään, että lasta tuli suojella kuormittavana pidetyltä prosessilta. Näkökulma on vasta vähitellen muuttunut lapsen oikeuksien suojeluksi, ja lapsen asema itsenäisten prosessuaalisten oikeuksien haltijana on vahvistunut.<sup>5</sup>

Käytännössä lainsoveltajien on sovittava yhteen eri lähtökohdille ja periaatteille rakennettua lainsäädäntöä. Edunvalvojan määräys annetaan holhustoitilain mukaisesti, mutta sen perusteet tulevat esitutkintalaista. Lainsäädännön eriparisuus on aiheuttanut lainsoveltamistilanteissa epäselvyyttä siitä, miten lapsen oikeuksia toteutetaan. Esitutkinnassa lapsia on kuulusteltu ilman puolueetonta edunvalvojaa<sup>6</sup>, vaikka viime vuosina edunvalvojan tarpeellisuuteen on kiinnitetty yhä enemmän huomiota.<sup>7</sup> Käräjäoikeuksissa väliaikaisen edunvalvojan määräämisen edellytyksiä on tulkittu epäyhtenäisesti, mistä syystä lähisuhdeväkivallan kohteena ollut lapsi ei ole aina saanut puolueetonta edunvalvojaa. Myös huoltajan kuulemisesta luopumista on tulkittu eri tavoin, ja hakemusten käsittelytavoissa ja -ajoissa on ollut suurta vaihtelua. Edunvalvojan saamista on voinut joutua odottamaan pitkään, tai lapsen vanhempi on saanut

3. Johanna Tornberg – Matti Kuuliala, Suomen edunvalvontaoikeus. Talentum 2015, kohta III 5.

4. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi edunvalvontavaltuutuksesta sekä holhoustoimesta annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta 52/2006 vp, s. 52. Edunvalvontaoikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu, että kuulemisesta poikkeamista olisi tulkittava suppeasti, ks. Tornberg – Kuuliala 2015, kohta III 5.7.

5. Elisa Silvennoinen, Lapsen oikeudet ja lapsiasianomistajan rooli esitutkinnassa. Itä-Suomen yliopisto 2020.

6. Esim. Mia Tuominen, Lapsen edunvalvonta esitutinnan näkökulmasta. Poliisiammattikorkeakoulu 2014, s. 10 ja Rikosprosessin tehostaminen. Oikeusministeriön työryhmän mietintö 2022:14, s. 40.

7. Esim. Antti Tapanila, Seksuaalirikokset ja oikeudenkäynti. Alma Talent 2023, kohta 4.3.2. Ks. myös Miia Lehtinen – Maria Rossi (toim.), Käsikirja lapsiin kohdistuvien väkivalta- ja seksuaalirikosten tutkintaan (Poliisin käsikirja). Poliisihallitus 2022, s. 39 ss.

tuomioistuimesta tiedon häneen kohdistuneesta rikosepäilystä ennen lapsen kuulustelua.<sup>8</sup>

Tarkastelemme tässä artikkelissa, miten lähisuhdeväkivallan kohteena olevalle lapselle pystytään määräämään puolueeton väliaikainen edunvalvoja jo ensimmäiseen esitutkintakuulusteluun. Lähisuhteella tarkoitamme ennen kaikkea lapsen vanhempaa (huoltajaa) ja tämän samassa taloudessa asuvaa puolisoa.<sup>9</sup> Väkivallalla tarkoitamme rikoslain 20 luvun mukaisia seksuaalirikoksia ja 21 luvun mukaisia henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia.

Lapsen oikeuksien vahvistumisen myötä myös esitutkintaa on arvioitava lapsen oikeuksien näkökulmasta. Perustelemme tarvetta puolueettomalle edunvalvojalle niin lapsen suojelemisella kuin hänen oikeuksiensa toteuttamisella.<sup>10</sup> Arvioimme, tukeeko nykyinen lainsäädäntö riittävän hyvin tätä tavoitetta. Kysymys ei ole ainoastaan siitä, että lain tasolla tunnustetaan lapsen ja vanhemman välinen ristiriita ja säädetään puolueettomasta edunvalvojasta. Tämän lisäksi on arvioitava, turvaako puolueettoman edunvalvojan määräämistä koskeva menettely riittävän hyvin lapsen suojelun ja oikeuksiin pääsyn. Tavoitteena on esitutkinnan turvallinen suorittaminen siten, että lasta suojellaan vanhemman painostamiselta ja vaikutusyrityksen kohteeksi joutumiselta sekä vanhemman tai hänen puolisonsa edun ajamiselta rikosprosessissa.

Lähdemme liikkeelle tarkastelemalla lapsen oikeuksien vahvistumisen ja lapsiystävällisen prosessin kehittämisen kansainvälistä kehitystä. Samalla selvitämme kansainvälisiä ja eurooppalaisia säännöksiä puolueettomasta edunvalvojasta. Toiseksi perustelemme rikosprosessin tarpeista käsin sellaista menettelyä, joka turvaa rikoksen selvittämistä ja uhrin oikeuksiin pääsyä. Kolmanneksi analysoimme jännitteitä lapsen oikeuksissa holhoustoimen ja rikosprosessin rajapinnoilla ja pohdimme, minkälaisia ongelmia ilmenee eri lakien yhteensovittamisessa. Arvioimme läpi artikkelin kriittisesti voimassa olevaa lainsäädäntöä ja sen soveltamiskäytäntöä ja nostamme esille muutostarpeita. Lapsen suojeleminen ja oikeuksien toteuttaminen edellyttävät kokonaisvaltaista edunvalvontaoikeussäätelyn uudistamista.<sup>11</sup> Lapselle on voitava määrätä väliaikainen edunvalvoja

8. Marjukka Heikkilä – Satu Rantaeskola, Suunnitelma lapsen edunvalvonnan kehittämisestä valtakunnallisesti rikosasioissa ja lastensuojeluasioissa. Terveystieteiden tutkimuskeskus, s. 51–54.

9. Puolueettoman edunvalvojan tarvetta voi perustella myös muissa läheissuhteissa, ks. jäljempänä luku 3.1. Keskitymme artikkelissa perheen sisällä tapahtuvaan aikuisen lapseen kohdistamaan väkivaltaan, jolloin tarve määrätä puolueeton edunvalvoja vanhempaa kuulematta on ilmeinen.

10. Edunvalvojan määräämisen jo varhaisessa vaiheessa katsotaan liittyvän uhrin oikeuksien toteutumiseen ja rikosprosessin sujuvuuteen, ks. esim. Uhrin rikosprosessissa – ehdotus hyvistä menettelytavoista uhrien tarpeiden huomioon ottamiseksi. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 2018:44, s. 74.

11. Kokonaisvaltaista tarkastelua esitti myös OM 2022:14, s. 42–43. Lapsen edunvalvonnan kehittämistä on tehty suunnitelma, ks. Heikkilä – Rantaeskola 2022. Suunnitelma toteutettiin osana Barnahus-hanketta, jossa tehostetaan lapsiin kohdistuvien väkivaltaepäilyjen selvittämistä ja väkivaltaa kokeneiden lasten tukea. Edunvalvonnan yhdenmukaistamisesta ja nopeuttamisesta

vanhempaa kuulematta silloin, kun lapsen vanhempaa tai hänen puolisoansa epäillään lapsen kohdistuneesta väkivalta- tai seksuaalirikoksesta.

## 2. Lapsen oikeuksien vahvistuminen

### 2.1. Kohti lapsiystävällistä rikosprosessia

Lasta pidetään aikuista haavoittuvampana yhteiskunnan jäsenenä. Lapsi on riippuvainen aikuisten huolenpidosta, ja mitä nuorempi lapsi on, sitä rajoittuneempi hänen kykynsä suojella itseään on. Viime vuosikymmeninä on korostettu lapsen asemaa aktiivisena perus- ja ihmisoikeuksien haltijana. Lapsella on itsenäiset – perheestä ja vanhemmista riippumattomat – oikeudet, joiden turvaamisesta valtio on viime kädessä vastuussa.<sup>12</sup> Lapsioikeudellisen ajattelun murros on muuttanut suhtautumista lapsiin ja heille kuuluviin oikeuksiin.<sup>13</sup> Näkökulma lapsen suojelusta on vaihtunut lapsen oikeuksien suojeluun, ja lapsen asemassa korostetaan perheenjäsenyyden ohella entistä enemmän lapsen asemaa yksilönä.<sup>14</sup>

Myös rikosprosessissa on tapahtunut muutos suhtautumisessa lapseen eikä näkökulmana ole enää pelkkä lapsen suojelu haitallisena ja kuormittavana pidetyltä rikosprosessilta: lasta myös suojellaan rikosprosessissa ja hänet nähdään sen osallisena.<sup>15</sup> Esitutkinnassa huomiota on kiinnitetty lapsen edun mukaisuuteen ja velvollisuuteen tukea lasta oikeuksiin pääsyssä.<sup>16</sup>

Lapsen oikeuksien keskeisin sopimus on Yhdistyneiden kansakuntien lapsen oikeuksien yleissopimus (SopS 60/1991, LOS), jossa säädetään kaikille alle

ta ks. myös Lanzaroten sopimus. Kansallinen toimeenpanosuunnitelma vuosille 2022–2025. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2022:8, s. 88, 103.

12. Lapsen oikeuksien tarkastelun lähtökohtana on ihmisten yhdenvertaisuus oikeuksien haltijoina, ks. Suvianna Hakalehto-Wainio, Lapsen oikeudet ja lapsen etu lapsen oikeuksien sopimuksessa, s. 17–53 teoksessa Suvianna Hakalehto-Wainio – Liisa Nieminen (toim.), Lapsioikeus murroksessa. Lakimiesliiton Kustannus 2013, s. 27. Lapsen perus- ja ihmisoikeuksista laajasti ks. Liisa Nieminen, Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia. Lakimies 4/2004, s. 591–621.

13. Tämä näkyy mm. siinä, ettei lapsen perusoikeuksia voida rajoittaa ilman normaaleja rajoitus-edellytyksiä. Ks. Liisa Nieminen, Lapsuudesta vanhuuteen. Perus- ja ihmisoikeuksien merkitys eri ikävaiheissa. Edita 2006, s. 142, 147 ja Henna Pajulampi, Lapsi, oikeus ja osallisuus. Talentum 2014, s. 298.

14. Lapsesta perheeseen liittyvien oikeuksien subjektina ja siihen liittyvistä EIT:n ratkaisuista ks. Hannele Tolonen, Lapsi, perhe ja tuomioistuimien. Lapsen prosessuaalinen asema huolto- ja huostaanotto-oikeudenkäynneissä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015, s. 63–74.

15. Ks. esim. Päivi Hirvelä, Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. WSOYpro 2006, s. 234–235 ja Silvennoinen 2020, s. 284.

16. Lapsen edusta esitutkinnassa laajasti ks. Silvennoinen 2020.

18-vuotiaille kuuluvista yleisistä ja erityisistä ihmisoikeuksista.<sup>17</sup> Sopimuksen toimeenpanoa valvova YK:n lapsen oikeuksien komitea on nimennyt neljä artiklaa sopimuksen pääperiaatteiksi, joiden kautta muita sopimuksen velvoitteita on tulkittava.<sup>18</sup> Nämä periaatteet ovat syrjinnän kieltö (LOS 2), lapsen etu (LOS 3), oikeus elämään ja hengissä säilymiseen (LOS 6) sekä osallistumisoikeus (LOS 12).

Lapsen oikeuksien kansainvälinen vahvistuminen on näkynyt lapsiystävällisten oikeusprosessien kehittämisessä. Euroopan unionissa ja Euroopan neuvostossa on edellytetty lapsiin kohdistuvien rikosten harmonisoituja kriminaalisointeja ja lapsiuhrien erityistä suojelua rikosprosessissa. Tärkeimpinä voidaan mainita Euroopan neuvoston yleissopimus lasten suojelemisesta seksuaalista riistoa ja seksuaalista hyväksikäyttöä vastaan (SopS 87–88/2011, Lanzaroten sopimus), lasten seksuaalisen hyväksikäytön ja seksuaalisen riiston sekä lapsipornografian torjumisesta annettu direktiivi (2011/92/EU) ja yleisesti rikosten uhreja koskeva rikosuhridirektiivi, jossa on erityisiä lasta koskevia säännöksiä (2012/29/EU). Mainituissa instrumenteissa säädetään useista lapsiuhrien suojeletoimenpiteistä. Lisäksi Euroopan neuvoston ministerikomitea on julkaissut lapsiystävällisen oikeudenkäytön suuntaviivat, joilla pyritään vahvistamaan lapsen oikeuksien toteutumista. Lapsella on esimerkiksi oikeus saada tietoa, käyttää edustajaa ja osallistua prosesseihin sekä saada suojelua.<sup>19</sup>

Lasta on suojeltava paitsi väkivallalta myös huonolta kohtelulta ja uudelleen uhriutumislta<sup>20</sup>, jotta osallistumisesta rikosprosessiin ei aiheutuisi lisähaittaa.<sup>21</sup> Eurooppalainen sääntely on vaikuttanut suomalaiseen rikosprosessiin. Rikosuhridirektiivin myötä vahvistui näkemys siitä, etteivät lakiin kirjatut oikeudet riitä vaan että viranomaisten on aktiivisesti edistettävä oikeuksien toteutumista sekä vähennettävä rikosprosessin kuormittavuutta ja sen aiheuttamia muita

17. Kaikki ihmisoikeussopimukset koskevat myös lapsia. Lapsen erityinen oikeus suojeeluun mainitaan esim. YK:n taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (SopS 6/1976, TSS-sopimus) 10 artiklan 3 kohdassa ja YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (SopS 7–8/1976, KP-sopimus) 24 artiklassa. Euroopan unionin perusoikeuskirjan (2010) 24 artikla sisältää säännöksen lapsen oikeudesta suojeeluun ja näkemysten ilmaisemiseen, lapsen edun ensisijaisuudesta ja yhteyden ylläpidosta huoltajiinsa.

18. General Comment No. 5 (2003), General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child, kohta 12.

19. Euroopan neuvoston ministerikomitean suuntaviivat lapsiystävällisestä oikeudenkäytöstä. Euroopan neuvoston ministerikomitea 2010, s. 16.

20. Uudelleen uhriutuminen ja toissijainen uhriutuminen ovat synonyymeja, joilla tehdään näkyväksi rikosprosessiin osallistumisesta aiheutuvia haittoja ks. Heini Kainulainen – Elsa Saarikko-mäki, Rikosprosessi väkivaltarikosten uhrien näkökulmasta. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2014, s. 6.

21. Uhridirektiivin asettamana velvoitteena ja läpileikkaavana periaatteena on rikoksen uhrien suojeleminen toissijaiselta ja toistuvalla uhriksi joutumiselta, pelottelulta ja kostotoimilta, ks. esim. selitysoosan kohdat 9, 17, 53, 55 ja 58.

haitallisia seurauksia.<sup>22</sup> Rikosuhridirektiivissä todetaan lapsiuhrien olevan erityissuojelun tarpeessa, koska heidän katsotaan olevan alttiita toissijaiselle ja toistuvalla uhriksi joutumiselle, pelottelulle ja kostotoimille (22 artiklan 4 kohta).<sup>23</sup> Tämä näkökulma on tärkeä myös arvioitaessa sitä menettelyä, jonka avulla lapsen kohdistuvia väkivalta- ja seksuaalirikosepäilyjä selvitetään.

Lapsen etu (LOS 3.1 artikla) on yksi keskeisimmistä lapsen oikeuksista, ja se velvoittaa ottamaan ensisijaisesti huomioon lapsen edun kaikissa lasta koskevissa julkisissa tai yksityisissä toimissa, myös tuomioistuimissa ja poliisissa. Lapsen edun katsotaan toteutuvan, kun kaikki lapsen perus- ja ihmisoikeudet toteutuvat täysimääräisesti.<sup>24</sup> Esitutkintalaissa lapsen erityinen asema huomioidaan muun muassa esitutkintaperiaatteena, jonka mukaan alle 18-vuotiasta on kohdeltava ikänsä ja kehitystasonsa edellyttämällä tavalla (ETL 4:7.1). Myös esitutkinnassa lapsen etua arvioidaan lapsen oikeuksien toteutumisen näkökulmasta – lapselle ei saa koitua oikeuksien menetyksiä siitä syystä, että hän on lapsi.<sup>25</sup> Väkivalta- ja seksuaalirikoksissa myös lapsiasianomistajan hienovaraiseen kohteluun on kiinnitettävä erityistä huomiota.<sup>26</sup> Tämä tarkoittaa esimerkiksi lapselle sopivien kuulusteluolosuhteiden järjestämistä.<sup>27</sup>

Esitutkinnassa on huolehdittava, ettei tutkintatoimenpiteistä aiheudu lapselle tarpeetonta haittaa hänelle tärkeässä ympäristössä (ETL 4:7.1). Esitutkintalaissa mainitaan koulu ja työpaikka, mutta yhtä lailla katsomme, että tämän tulee ulottua myös kotiin ja että kuulustelusta ei saa aiheutua lapselle haittaa kotona tai

22. Esim. Minna Kimpimäki, Rikosuhripalvelut – erityinen oikeus vai palvelu muiden joukossa. Edilex 22.3.2022.
23. Erityisen suojelun tarve koskee koko rikosprosessia. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2022:66 todettiin, että myös tuomioistuimen on itsenäisesti arvioitava asianomistajan erityisen suojelun tarvetta. Velvollisuus korostuu tapauksissa, joissa käsitellään alaikäiseen asianomistajaan kohdistunutta lähisuhdeväkivaltaa.
24. Nieminen 2004, s. 621 ja Gerison Lansdown, Best interests of the child and right to be heard, s. 32 teoksessa *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice*. Euroopan neuvosto 2016, s. 31–35 ja Suvianna Hakalehto, Lapsioikeuden perusteet. Alma Talent 2018, s. 51.
25. Silvennoinen 2020, s. 204. Lapsen edun ensisijaisuuden periaatteella halutaan varmistaa lapsen oikeuksien huomioiminen ja yhtä vakava suhtautuminen lapsiin oikeuksien haltijoina kuin aikuisiin, ks. Hakalehto 2018, s. 51–53.
26. HE 222/2010 vp, s. 194–195. Hallituksen esityksessä puhutaan alaikäisen iän ja kehitystason lisäksi mielentilasta ja muista ominaisuuksista, joiden seurauksena esitutkintatoimenpiteistä saattaisi aiheutua lapselle haittaa.
27. Kuulusteluolosuhteista ks. Silvennoinen 2020, s. 328–331; lapsen kuulustelusta ks. Hanna Lahtinen, Todistajanpsykologia – lapsitodistajat, s. 176–186 teoksessa Pekka Santtila – Ghitta Weizmann-Henelius, Oikeuspsykologia. Edita 2008; lapsen johdattelualtiudesta ks. Irit Hershkowitz, A case study of child sexual false allegation. *Child Abuse & Neglect* 10/2001, s. 1397–1411 ja kysymystyypeistä ks. Julia Korkman, How (not) to Interview Children. Interviews with Young Children in Sexual Abuse Investigations in Finland. Åbo Akademi University 2006, s. 23 ss.

perheessä. Tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että rikoksesta epäillylle vanhemmalle ei pidä ilmoittaa lapsen kuulustelusta etukäteen.

Eurooppalaisissa instrumenteissa on tunnistettu läheissuhteessa tapahtuva lapsen kohdistuva seksuaalinen tai fyysinen väkivalta ja siitä aiheutuva eturistiriita lapsen ja vanhemman välillä. Tavallisesti vanhempi käyttää lapsen puolesta puhevaltaa rikosprosessissa, mutta se ei ole mahdollista, jos vanhempaa epäillään väkivallantekijäksi. Tällaisissa tilanteissa lapsiuhrin oikeuksiin kuuluu saada hänelle nimittävää erityinen edustaja. Eurooppalaisissa säännöksissä eturistiriidan määrittely on jätetty kansallisesti tehtäväksi, mutta Lanzaroten sopimus on tältä osin tiukin. Se edellyttää sopimusvaltioilta lainsäädäntöä, joka tosiasiallisesti mahdollistaa erityisen edustajan nimeämisen lapsiuhrille eturistiriitatilanteissa (31 artiklan 4 kohta).<sup>28</sup> Lanzaroten sopimuksen asettama velvoite vaikutti siihen, että vuonna 2014 voimaan tulleeseen esitutkintalakiin otettiin uusi edunvalvojan määräämistä koskeva säännös.<sup>29</sup>

## 2.2. Rikosprosessin edellytyksenä esitutkinnan turvaaminen

Rikosprosessille on ominaista jännitteisyys, jossa haetaan tasapainoa eri suuntaan puhuvien intressien välillä. Keskeinen jännite vallitsee rikoksen selvittämisen intressin ja rikoksesta epäillyn oikeusturvan välillä.<sup>30</sup> Asianomistajan näkökulmasta rikosprosessin avulla puututaan häneen kohdistettuun oikeudenloukkaukseen ja hän saa oikeussuojaa. *Mika Launialan* mukaan uhrin oikeussuoja ulottuu menneisyyteen, nykyhetkeen ja tulevaisuuteen. Menneisyydellä hän tarkoittanee sitä, että yhteiskunta osoittaa jo tapahtuneen teon lainvastaisuuden ja vahvistaa sen, että asianomistajaan on kohdistunut oikeudenloukkaus. Nykyhetki liittyyisi artikkelin teemassa siihen, että rikosprosessi keskeyttää väkivallan käytön tai sen jatkamisen. Tulevaisuuteen ulottuminen viittaa siihen, että rikosprosessi estää rikoksen uusimista, millä pystytään suojelemaan nyt rikoksen kohteeksi joutunutta lasta. Lisäksi oikeussuojalla on abstraktimpi tulevaisuuteen liittyvä puolensa, koska tehokkaan rikosprosessin avulla pyritään yleisesti vaikuttamaan ihmisten käyttäytymiseen ja estämään väkivallan käyttöä lapsia kohtaan.<sup>31</sup>

28. Ks. myös lasten seksuaalisen hyväksikäytön ja seksuaalisen riiston sekä lapsipornografian torjumista koskevan direktiivin 20 artiklan 1 kohta ja rikosuhridirektiivin 24 artiklan 1b kohta.

29. HE 222/2010 vp, s. 47. Puolueettoman edunvalvojan tarpeeseen oli kiinnitetty huomiota myös kehitettäessä viranomaisyhteistyötä epäiltäessä lapsen kohdistuvaa seksuaalista hyväksikäyttöä. Ks. Lapsen seksuaalisen hyväksikäytön selvittäminen. Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmän mietintö 2009:30, s. 40–41, 53, 56.

30. Jaakko Jonkka, Syytekynnyks. Tutkimus syytteen nostamiseen tarvittavan näytön arvioinnista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1991, s. 173 ss.

31. Mika Launiala, Esitutkinnan funktiot ja eriytetty funktioajattelu. Oikeus 2/2010, s. 116–137, 122–123. Aineellisen rikosoikeuden ja rikosprosessin funktioista ja oikeussuojan ulottuvuuksista.



Esitutinnan tarkoituksena on hankkia selvitys siitä, onko riittävää aihetta nostaa syyte rikoksesta epäiltyä vastaan (ETL 1:2). Rikoksen selvittämistä näkyy esitutkintalaissa rikostutkinnan turvaamista korostavassa sääntelyssä, joka antaa useissa tapauksissa mahdollisuuden joustavaan menettelyyn ja myös poikkeamiseen osallisten oikeuksista.<sup>32</sup> Selvittämistä ilmenee lisäksi esitutkinnan matalassa ”on syytä epäillä” -aloittamiskynnyksessä (ETL 3:3.1) sekä esitutkinta- ja pakkokeinolain sallimassa laajassa keinovalikoimassa.<sup>33</sup>

Rikoksen selvittämistä edellyttää rikosepäilyn kiireellistä selvittämistä erityisesti silloin, kun lapsen epäillään joutuneen väkivalta- tai seksuaalirikoksen uhriksi lähisuhteessa. Esitutkinta pitäisi päästä aloittamaan mahdollisimman nopeasti, mikä käytännössä tarkoittaa lapsen kuulemistä rikosepäilystä.<sup>34</sup> Koska rikosprosessissa tavoitellaan aineellista totuutta, on kiinnitettävä huomiota siihen, miten luotettavasti rikokseen liittyviin tapahtumiin päästään käsiksi. Asianomistajalla on yleensä rikoksesta epäilyn ohella eniten tietoa rikostutkinnan kohteena olevasta teosta. Jos kuuleminen viivästyy, ajan kulumisen pelätään heikentävän kertomuksen luotettavuutta.<sup>35</sup> Lapsen kertomus on keskeinen, toisinaan jopa ainoa, saatavilla oleva näyttö rikoksesta, ja sillä on erittäin suuri merkitys esitutkinnan ja koko rikosprosessin onnistumiselle.<sup>36</sup>

Esitutkintakuulustelun ensisijaisena tarkoituksena on saada mahdollisimman paljon tietoa tutkittavana olevasta rikoksesta. Kuulustelun merkitys korostuu lapsiin kohdistuvissa rikoksissa siitäkin syystä, koska lasta ei tyypillisesti enää kuulla henkilökohtaisesti oikeudenkäynnissä. Kun kuuleminen korvataan esitutkintakuulustelusta tehdyllä videotallenteella, tulee kuulustelusta sellaisenaan osa oikeudenkäynnissä esitettävää henkilötodistelua. Tästä syystä kuulustelun merkitys kaikilla alle 15-vuotiailla asianomistajilla (OK 17:24.3:n 1 kohta) sekä

sista ks. myös Jurkka Jämsä, Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosasiassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2021, s. 19–21.

32. Esim. ETL 7:3, 7:5.2:n 3 kohta ja 7:11.1.

33. Esim. Markku Fredman – Janne Kanerva – Matti Tolvanen – Marko Viitanen, Esitutkinta ja pakkokeinot. Alma Talent 2020 (Fredman ym.), s. 15 ss., 82–84.

34. 1.10.2023 tulee voimaan uusi esitutkintalain muutos (136/2023), joka velvoittaa toimittamaan esitutkinnan kiireellisesti, kun alle 18-vuotias on laissa erikseen mainittujen rikosten asianomistaja. Lapsiuhreja koskeva kiireellisyyden vaatimus tunnistettiin jo ennen lainmuutosta Poliisihallituksen ohjeessa Lapsi poliisitoiminnassa ja esitutkinnassa, ks. Poliisin ohje 2019, kohta 3.1. Ks. myös apulaisoikeuskanslerin ratkaisu OKV/325/70/2022.

35. Esim. Henna Marjosola, Todistajakertomuksen luotettavuus. Henkilötodistelun selvittäminen, vastaanottaminen ja arviointi oikeuspsykologisen tutkimuksen valossa. Helsingin yliopisto 2021, s. 80–82. Myös poliisin ohjeen mukaan kuulustelu vasta pitkän ajan kuluttua epäilystä tapahtumasta heikentäisi lapsen kertomuksen laatua ja luotettavuutta, ks. Poliisin ohje 2019, kohta 3.1.

36. Esim. Hirvelä 2006, s. 106–109, 337–339 ja Poliisin ohje 2019, kohta 3.1. Lähisuheväkivallan kohteena olevan lapsen asemasta prosessuaalisten oikeuksien käytössä ks. myös Hannele Tolonen, Kuka asiani omistaa? Alaikäinen läheisasianomistaja ja oikeus kieltäytyä todistamasta, s. 395–409 teoksessa Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017. Alma Talent 2017.

alaikäisten lähisuhdeväkivallan ja seksuaalirikosten uhreilla (OK 17:24.3:n 2 ja 3 kohta) on erityisen korostunut ja videoitua esitutkintakuulustelua voidaan muiden edellytysten täyttyessä käyttää todisteena oikeudenkäynnissä.<sup>37</sup>

Lapsen kuuleminen pitäisi pystyä järjestämään niin, että vanhempi ei ole pyrkinyt vaikuttamaan lapsen kertomukseen eikä lapsi ole joutunut vanhemman suostuttelun tai painostuksen kohteeksi. Tämä voi tarkoittaa lapsen kuulustelua ennen kuin rikosepäily tulee vanhemman tietoon. Lapsi on usein muutoinkin lojaali vanhempiaan kohtaan, ja väkivaltaa käyttänyt vanhempi voi pyrkiä piilottelemaan ja salaamaan väkivaltaa yhdessä lapsensa kanssa.<sup>38</sup> Mikäli lapsen kertomukseen yritetään vaikuttaa ennen kuulemista tai sen aikana, se voi vähentää lapsen halukkuutta kertoa tapahtumista. Kertomuksen luotettavuuden heikentyminen vaarantaisi koko rikosprosessin tarkoituksen.

Rikoksesta epäilty huoltaja ei voi käyttää lapsen puhevaltaa rikosasiassa. Lapsen kuulusteleminen esitutkinnassa ilman huoltajaa edellyttää, että lapselle on määrätty edunvalvoja esteellisen huoltajan sijaan. Lapsella on itsenäisiä prosessuaalisia oikeuksia, joiden toteuttaminen edellyttää, että niitä käytetään lapsen edun mukaisesti. Esimerkiksi apulaisoikeusasiamies totesi vuonna 2018 antamassaan ratkaisussa, että lapsen edunvalvojan määräämisen tarvetta tulee arvioida lapsen näkökulmasta. Esitutkintalaki esitöineen ei tunnista tutkinnallisia syitä viivyttää edunvalvojan hakemista silloin, kun edunvalvojan määräämisen edellytykset täyttyvät. Tapauksessa lasta oli kuultu esitutkinnassa ilman huoltajaa tai edunvalvojaa mutta läsnä oli ollut lapsen asioista vastaava sosiaalityöntekijä. Ratkaisun mukaan lapsen asema erilaisissa viranomais- ja tuomioistuinprosesseissa on tavallisesti heikompi kuin aikuisen. Esitutkinta on lapselle monella tavalla haastava, ja sen kuormittavuutta lisää rikosepäilyn kohdistuminen omaan vanhempaan. Apulaisoikeusasiamiehen mukaan lapsen oikeusturva ja hyvin-

37. Kontradiktorisuusperiaatteen toteutumiseksi syytetylle on varattava asianmukainen mahdollisuus esittää esitutkinnassa kuulusteltavalle kysymyksiä (OK 17:24.3), ks. esim. Fredman ym. 2020, s. 453–459 ja Jämsä 2021, s. 387–389. Artikkelin aiheen mukaisissa tapauksissa epäilty saa mahdollisuuden esittää kysymyksiä lapselle tehtävässä toisessa kuulustelussa. Ks. järjestelyistä tarkemmin Poliisin ohje 2019, kohta 6.7. Lapsirikostutkinnan erityispiirteenä on, että mahdollinen tuleva oikeudenkäynti on otettava huomioon jo esitutkinnan aikana, ks. Poliisin käsikirja 2022, s. 30, 86–89. Ks. myös KKO 2022:66, josta käy ilmi, että lähisuhdeväkivaltatapauksissa myös 15 vuotta täyttäneen lapsen kuuleminen oikeudenkäynnissä voi olla lapselle haitallista. Korkein oikeus katsoi, että lapsi oli erityisen suojelun tarpeessa ja että videotallenteen käyttäminen oli perusteltua.

38. Huoltajalla on tavallisesti oikeus olla läsnä lasta kuulusteltaessa, mutta poliisi voi kieltää läsnäolon, jos se vaikeuttaisi rikoksen selvittämistä (ETL 7:14). Oikeutta läsnäoloon ei kuitenkaan ole, jos huoltaja on epäiltynä lapseensa kohdistuneesta rikoksesta. Vanhemman ei pitäisi muullakaan tavalla päästä vaikuttamaan lapsen kuulustelukertomukseen, ks. esim. Poliisin ohje 2019, kohta 6.1 ja Poliisin käsikirja 2022, s. 82–83. Käytännössä voi esiintyä tilanteita, joissa epäillään vanhemman pyrkivän vahingoittamaan toista vanhempaa aiheettomalla rikosilmoituksella. Tällöinkin puolueettoman edunvalvojan määrääminen turvaa asianmukaista esitutkintaa ja rikoksen selvittämistä. Ks. myös Tapanila 2023, kohdat 4.3.2 ja 5.6.5.

vointi edellyttävät edunvalvojan tarpeen välitöntä arvioimista ja sitä koskevan hakumenettelyn nopeaa käynnistämistä.<sup>39</sup>

Rikoksen uhri saa oikeussuojaa vain, jos rikosprosessi onnistuu perustehtävässään. Kysymys on siitä, miten tehokkaasti rikosepäilyä päästään selvittämään ja miten luotettavasti rikokseen liittyviin tapahtumiin päästään käsiksi. Esitutinnan aikana rikoksesta hankittu selvitys vaikuttaa ratkaisevalla tavalla siihen, saadaanko rikokseen syyllistynyt väkivallantekijä rikosprosessin myöhemmissä vaiheissa kantamaan rikosvastuuta ja pystytäänkö rikoksen asianomistajan ruumiillisen koskemattomuuden loukkaamiseen puuttumaan. Rikoksen uhrin suojeleminen paitsi liittyy jo tapahtuneeseen loukkaukseen ja sen oikeudenmukaiseen hyvittämiseen myös vaikuttaa uhrin selviytymiseen tulevaisuudessaakin. Launiala puhuu uhrin tilanteen ennallistamisesta (restituutiosta), joka voi olla asianomistajalle tärkeämpi kuin väkivallantekijälle määrättävä rangaistus.<sup>40</sup>

### 2.3. Lapsi oikeuksien haltijana jännitteisellä kentällä

Lapsen oikeuksien toteuttamisessa liikutaan jännitteisellä kentällä. Jännitteitä voi syntyä lapsen ja hänen huoltajansa oikeuksien, perheen oikeuksien ja viranomaisten velvollisuuksien sekä lapsen omien oikeuksien, kuten suojelun ja itsemääräämisoikeuden, välillä.

Perheyhteyden periaate on yksi keskeisistä lapsioikeuden periaatteista, mitä korostetaan lapsen oikeuksien sopimuksessa: perhettä pidetään lapsen hyvinvoinnin ja kehityksen luonnollisena ympäristönä.<sup>41</sup> Perheyhteyden periaate kattaa vanhempien etusijan lasta koskevassa päätöksenteossa ja perhe-elämän suojan lasta koskevissa asioissa.<sup>42</sup> Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain (361/1983, lapsenhuoltolaki, LHL) mukaan vanhemmat toimivat yleensä lapsen huollosta ja kasvatuksesta vastaavina huoltajina (LHL 3.1 §) ja käyttävät lapsen puhevaltaa viranomaisissa (LHL 4.4 §). Mikäli lapsella on useampi kuin yksi huoltaja, vastaavat huoltajat tehtävistä ja päätöksenteosta yhdessä (LHL 5.1 §). Lapsen perheyhteyden puuttumisen kynnyks on asetettu korkealle ja sitä

39. EOAK/1299/2018. Puolueettoman edunvalvojan tärkeyttä esitutkinnassa on korostettu myös esim. ratkaisussa EOAK/3150/2019.

40. Launiala 2010, s. 122. Rikosprosessilla voi olla uhrille hyvittävä ja toipumista edistävä vaikutus, ks. Hirvelä 2006, s. 92–93. Rikosten uhrien odotuksista rikosprosessissa ks. Kainulainen – Saarikkomäki 2014, s. 13 ss.

41. Hakalehto 2018, s. 73–78.

42. Hakalehto 2018, s. 73. Lapsen oikeutena perhe-elämän suojaan liittyy lapsen oikeus olla vanhempiensa hoidettavana (LOS 7.1) ja kielto ottaa lapsi pois perheestään (LOS 9.1).

suojetaan monin tavoin niin kansainvälisessä ja kansallisessa lainsäädännössä kuin oikeuskäytännössäkin.<sup>43</sup>

Vanhempien laajan päätösvallan vuoksi heidän oikeutensa ovat vahvasti mukana lasta koskevassa päätöksenteossa. Lainsäätäjän lähtökohtana on luottamus siihen, että huoltaja toimii lapsen edun mukaisesti, eikä lapselle ole säädetty huoltajaa vastaan erityisiä oikeusturvakeinoja.<sup>44</sup> Huoltajan päätöksenteko-oikeuden käyttöä ei valvota tai rajoiteta ilman painavaa perustetta<sup>45</sup>, eikä lapsella ole mahdollisuutta vaatia huoltajan päätöksenteko-oikeuden kumoamista tai muuttamista.<sup>46</sup> Huoltajan päätösvalta lapsen asioissa ei ole rajoittamaton, vaan lapsen omat mielipiteet ja näkemykset on otettava huomioon. Päätösvaltaa rajoitetaan myös lainsäädännössä asetetuilla alaikäisen toimintakelpoisuutta sääntelevillä ikärajoilla<sup>47</sup> ja säännöksillä huoltajan esteellisyydestä. Viimeistään esteellisyys-tilanteissa lapsen ja huoltajan suhde oikeudellistuu ja kysymys heidän oikeudellisesta asemastaan ja lapsen puhevallan käytöstä nousee esille.<sup>48</sup>

Rikosprosessissa suurin jännite lapsen ja huoltajan oikeuksien välillä ei koske lapsen päätösvaltaa vaan huoltajan päätösvaltaa tapauksissa, joissa hänen puolueettomuutensa on vaarantunut. Lapsella ei ole itsenäistä oikeutta hakea itselleen edunvalvojaa esteellisen huoltajan tilalle. Puolueettomasta edunvalvonasta huolehtiminen on laissa säädetty viranomaisten velvollisuudeksi, vaikka väliaikainen edunvalvoja on nimenomaan lapsen oikeusturvakeino esteellistä huoltajaa vastaan.

Lapsen oikeuksien tulee perus- ja ihmisoikeustasoisina oikeuksina toteutua kaikilla elämänalueilla. Perhe on usein lapsen tärkein elinympäristö. Perus- ja ihmisoikeutena (EIS 8 artikla, PL 10 §, LOS 16 artikla) turvattu perhe-elämän suoja turvaa perheiden autonomiaa ja yksityisyyttä ja asettaa julkiselle vallalle

43. Lapsen kodin ulkopuolelle sijoittamista koskevassa EIT:n ratkaisukäytännössä on katsottu, että lapsella on oikeus asua vanhempiensa kanssa ja sitä on pidettävä hänen etunsa mukaisena, ks. Milka Sormunen, A comparison of child protection and immigration jurisprudence of the European Court of Human Rights: what role for the best interest of the child? *Child and Family Law Quarterly* 2/2019, s. 249–268, 256–257.

44. Hakalehto 2018, s. 116.

45. Poikkeuksena ovat tilanteet, joissa laissa on annettu lapselle itsemääräämisoikeus (esim. laki potilaan asemasta ja oikeuksista 785/1992, 7 §).

46. Lapsi ei myöskään pysty määrittämään vanhemman ja lapsen välisen suhteen ehtoja tai vetäytymään suhteesta, ks. Virve Toivonen – Kirsi Pollari, Hyvä hoito ja kasvatus osana lapsen huoltoa, s. 70–115 teoksessa Suvianna Hakalehto – Virve Toivonen (toim.), *Lapsen oikeudet perheessä*. Kauppakamari 2021, s. 78.

47. Ikärajasääntelystä Suomessa ks. Virve Toivonen – Julia Korkman – Taina Laajasalo – Kirsi Pollari, Oikeudellinen ikärajasääntely käyttäytymistieteellisen tiedon valossa. *Defensor Legis* 4/2022, s. 857–875.

48. Perheen sisäisten suhteiden tarkastelua oikeudellisesta näkökulmasta vierastettiin pitkään, ks. esim. Suvianna Hakalehto – Virve Toivonen, Johdatus lapsen oikeuksiin perheessä, s. 20–69 teoksessa *Lapsen oikeudet perheessä* 2021, s. 24–25.

korkean kynnyksen puuttua perheiden ja lasten elämään.<sup>49</sup> Valtiot eivät erityisesti valvo perheitä tai huoltajien toimia, mutta julkisella vallalla on velvollisuus suojella lasta väkivallalta myös perheissä.<sup>50</sup> Perheen sisäisestä rikosepäilystä johdettu rikosprosessi asettaa perheen yksityisyyden ja lapsen suojelun jännitteiseen suhteeseen, sillä yhtäältä valtion on suojeltava perheen yksityisyyttä ja toisaalta varmistettava, ettei lapseen kohdisteta kotioiloissa fyysistä tai seksuaalista väkivaltaa tai muuta kaltoinkohtelua.

Yksi keskeisistä lapsioikeuden jännitteistä on lapsen suojelun ja lapsen itsemääräämisoikeutta korostavan osallisuusperiaatteen välillä.<sup>51</sup> Julkisen vallan on huolehdittava sekä lapsen suojelusta että hänen mahdollisuudestaan osallistua ja vaikuttaa asioihin.<sup>52</sup> Viranomaisvetoisessa rikosprosessissa täysi-ikäisillä rikoksen osapuolilla on vähän vaikutusvaltaa siihen, käynnistetäänkö esitutkinta. Myöskään lapsi ei voi valita, osallistuuko hän esitutkintaan. Lapsen suojelu väkivallalta ja lapsen oikeus esittää mielipiteitä ja vaikuttaa asiansa käsittelyyn voivat joutua jännitteeseen suhteeseen, mikäli lapsi ei ole halukas kertomaan rikosepäilyyn liittyvistä olosuhteista esitutkinnassa tai lapsi pyrkii suojelemaan rikoksesta epäiltyä vanhempaansa.

Esitutkintaa ohjaava rikoksen selvittämistä ja lapsen suojelu väkivallalta haastavat perhe-elämän suojan ja tekevät mahdolliseksi puuttumisen perheyhteyteen ja huoltajan oikeudelliseen asemaan lapsensa päätösvallan käyttäjänä. Edunvalvojan määrääminen on melko lievä keino puuttua huoltajan asemaan, sillä huoltajan oikeutta päättää lapsen asioista rajoitetaan vain rikosprosessiin liittyvissä asioissa. Samoin rajoitetaan lapsen oikeutta päättää, millaisia oikeudenloukkauksia hän haluaa sietää ja millä tavalla hän haluaa osallistua niiden selvittämiseen. Rikoksen selvittämistä ja lapsen suojelun tarve ohittavat lapsen oman tahdon, eikä lapselta tarvitse kysyä, haluaako hän rikoksen tutkimista tai väliaikaisen edunvalvojan määräämistä.

49. EIS 8 artiklan mukainen perhe-elämän suoja kuvastaa tasapainottelua julkisen vallan puuttumisen ja perheen autonomian välillä, ks. Tolonen 2015, s. 63.

50. Valtion velvollisuudesta puuttua väkivaltaan EIT:n käytännön valossa ks. Päivi Hirvelä, Lapsen oikeudellista asemaa perheessä koskevaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä, s. 152–203 teoksessa *Lapsen oikeudet perheessä 2021*, s. 195–199.

51. Michael D. A. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children*. Frances Printer 1983, s. 23.

52. Pajulampi 2014, s. 153. Lapsen osallistumisoikeus (LOS 12) ei tarkoita päätösvallan antamista lapselle vaan ikätasoisista oikeutta saada tietoa ja osallistua päätöksentekoon, ks. laajasti Pajulampi 2014.

### 3. Edunvalvoja lapsen edustajana esitutkinnassa

Rikosprosessissa lapsen oikeudellinen asema on vahva, koska lapsi on rikoksen asianomistajana aina asianosainen.<sup>53</sup> Asianomistajalla on iästä riippumaton osallistumisoikeus eli oikeus käyttää puhevaltaa rikosprosessissa. Sen sijaan päätösvalta siitä, miten asianomistaja puhevaltaansa käyttää, vaihtelee. Henkilöön kohdistuvissa rikoksissa alle 18-vuotiaalla on rajoitettu oikeudenkäyntikelpoisuus, mutta alle 15-vuotiaalta tämä puuttuu kokonaan (OK 12:1.2). Alle 15-vuotiaalla ei ole siten kelpoisuutta toimia omista nimissään.<sup>54</sup> Alaikäinen tarvitsee aina rikosprosessia varten edunvalvojan käyttämään puhevaltaa ja valvomaan hänen etuansa. Kun kyse on 15–17-vuotiaasta, huoltaja tai muu edunvalvoja käyttää edelleen puhevaltaa mutta lapsella on lisäksi rinnakkainen puhevalta.<sup>55</sup>

Lapsen oikeuksien näkökulmasta puhevallan järjestyksessä on ensisijaisesti kyse lapsen edun toteuttamisesta ja lapsen oikeudesta osallistua menettelyyn, jossa päätetään häntä koskevista asioista.<sup>56</sup> Vaikka vanhempien oikeudet ja vastuu lasta kohtaan nähdään keinona edistää lapsen hyvinvointia<sup>57</sup>, vanhemmat eivät aina voi toimia lapsensa edunvalvojina. Kun lapsen huoltajan puolueettomuus vaarantuu, näkökulma lapsen edunvalvontaan muuttuu lapsen suojeluksi ja esteellinen huoltaja on uhka lapsiasianomistajan oikeuksien toteutumiselle. Tämä kysymys on nostettu esille niin eurooppalaisissa säännöksissä kuin kotimaisessa lainsäädännössä.

Eurooppalaisissa säännöksissä on kiinnitetty huomiota lapseen kohdistuvaan lähisuuhdeväkivaltaan sekä vanhemman ja lapsen väliseen eturistiriitaan. Rikosuhridirektiivin lapsiuhrin suojelua koskevan 24 artiklan 1 b kohdassa veloitetaan nimeämään lapselle erityisedustaja, jos vanhemmat eivät voi kansallisen

53. Lapsen asema eri prosesseissa vaihtelee: esimerkiksi lapsen huoltoprosessissa lasta ei pidetä asianosaisena vaan riidan osapuolina ovat tyypillisesti hänen vanhempansa.

54. Oikeudenkäyntikelpoisuus on prosessin edellytys, ja sen puute muodostaa esteen esitutkinnalle ja oikeudenkäynnille, jollei sitä korjata. Viranomaisilla on velvollisuus korjata puute, jotta se ei estä asian käsittelyä.

55. 15–17-vuotias asianomistaja ja hänen huoltajansa voivat kumpikin esittää itsenäisesti vaatimuksia, ja ne voivat olla myös toisistaan eroavia. Ks. myös KKO 2016:24, jossa todettiin, että edunvalvojan sijaisella oli itsenäinen oikeus hakea lapsen puolesta muutosta sekä vaatia rangaistusta ja vahingonkorvausta, vaikka 15 vuotta täyttänyt lapsi ei itse olisi vaatinut rangaistusta tai toivonut rikosprosessin etenemistä mm. vanhempiaan vastaan. Alaikäisen päämiehen edun valvonnasta ks. myös Markku Fredman, Rikosasianajajan käsikirja. Alma Talent, kohta 3.8.4.

56. Nuoret ovat kokeneet edunvalvojan läsnäolon rikosprosessissa positiiviseksi ja katsoeet sen lisänneen kuulluksi tulemistä. Ks. Edunvalvoja – se on minua varten. Lasten ja edunvalvojen kokemuksia edunvalvojasta lastensuojelussa ja rikosprosessissa. Pelastakaa Lapset ry 2012, s. 18–20.

57. Hakalehto – Toivonen 2021, s. 42.

oikeuden mukaan edustaa lapsiuhria heidän välisensä eturistiriidan vuoksi. Vastaavasti lasten seksuaalisen hyväksikäytön ja seksuaalisen riiston sekä lapsipornografian torjumisesta annetun direktiivin 20 artiklassa lapsiuhrien suojelusta edellytetään erityisedustajan määräämistä. Erityisedustaja luetaan yleisiin lasta koskeviin suojelutoimenpiteisiin myös Lanzaroten sopimuksessa (31 artiklan 4 kohta).

Puolueeton edunvalvoja rikosprosessissa on käsitettävä lapselle kuuluvaksi oikeudeksi ja sen tarpeen arvioiminen on tehtävä asianosaisena olevan lapsen oikeuksien toteutumisen näkökulmasta. Uutta esitutkintalakia säädettäessä tunnistettiin lähisuhdeväkivallan aiheuttama erityinen tilanne lapsen ja hänen huoltajansa välillä. ETL 4:8.1:ssä asetetaan tuomioistuimelle velvollisuus määrätä alle 18-vuotiaalle asianosaiselle esitutkintaa varten edunvalvoja, jos on perusteltua syytä olettaa, että huoltaja, edunvalvoja tai muu laillinen edustaja ei voi puolueettomasti valvoa asianosaisen etua asiassa. Asianosaisen etua ei ole laissa tai sen esitöissä määritelty, mutta kyse on ainakin prosessuaalisesta asemasta johtuvista oikeuksista ja velvollisuuksista.

Esitutkintalain esitöissä ei oteta tyhjentävästi kantaa siihen, milloin huoltajan puolueettomuus on vaarantunut. Säännöksen kirjoittamisessa otettiin mallia lastensuojelulain (417/2007, LSL) 22 §:stä, jolla katsottiin olevan merkitystä esitutkintalakia sovellettaessa.<sup>58</sup> Puolueettomuudessa on kyse sellaisesta lojaliteettiristiriidasta, jossa huoltaja ei voi puolueettomasti valvoa lapsen etua.<sup>59</sup> Esitutkintalakia säädettäessä todettiin esteellisyyden johtuvan joko siitä, että huoltaja itse tai joku huoltajalle erityisen läheinen henkilö on epäiltynä rikoksesta, tai päinvastoin siitä, että lapsi on epäiltynä huoltajaansa kohdistuneesta rikoksesta.<sup>60</sup> Lapselle tulee määrätä puolueeton, perheen ulkopuolinen edunvalvoja, kun rikoksesta epäilty on lapsen vanhempi tai muu huoltaja. Edunvalvoja on määrättävä myös silloin, kun vain toinen lapsen vanhemmista tai huoltajista on rikoksesta epäiltynä. Vanhempi on esteellinen myös, jos epäiltynä on muu perheenjäsen, kuten lapsen sisarus tai vanhemman nykyinen avio- tai avopuoliso.<sup>61</sup>

Esitutkintalain mukaan lisäedellytyksenä edunvalvojan määräämiselle on, ettei se ole selvästi tarpeetonta (ETL 4:8.1). Tarpeettomuutta täsmennetään lain

58. HE 222/2010 vp, s. 47–48. LSL 22 §:ssä edunvalvojan määräämiselle huoltajan sijaiseksi lastensuojeluasiassa on kaksi perustetta: 1) perusteltu syy olettaa, ettei huoltaja voi puolueettomasti valvoa lapsen etua asiassa, ja 2) edunvalvojan määrääminen on tarpeen asian selvittämiseksi tai muutoin lapsen edun turvaamiseksi. LSL 22 §:n mukainen perusteltu syy on tässä artikkelissa tarkoitettua eturistiriitaa laajempi, ks. HE 252/2006 vp, s. 134 ja esim. Mirjam Araneva, Lapsen suojele. Toteuttaminen ja päätöksenteko. Alma Talent 2022, s. 342–346. Edunvalvojan määräämisestä huoltajan sijaiseksi säädetään myös lapsenhuoltolain 5 c §:ssä. Ks. sen mukaisesta esteellisyydestä esim. Anna-Kaisa Aaltonen, Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimessa – Lapsen huolto, tapaamisoikeus ja elatus. Edita 2020, jakso 3.3.

59. HE 252/2006 vp, s. 135.

60. HE 222/2010 vp, s. 196.

61. Pertti Välimäki, Edunvalvontaoikeus. Sanoma Pro 2013, s. 254 ja Fredman 2021, kohta 3.8.2.

esitöissä niukasti, ja perusteet liittyvät rikokseen ja sen selvittämiseen mutta eivät lapsen etuun tai suojeluun. Hallituksen esityksen mukaan esimerkiksi vähäisen omaisuusrikoksen selvittämisessä ei yleensä ole tarvetta edunvalvojalle mutta myös rikoksen selvittämistilanne ja vahingonkorvauskysymykset vaikuttavat harkinnassa.<sup>62</sup> Lain sanamuoto ja esityöt sitovat tarpeettomuusarvion prosessuaalisiin ja rikoksen laatuun liittyviin kysymyksiin, eikä huomiota ole kiinnitetty riittävästi lapsen haavoittuvaan asemaan. Lisäedellytyksen mukaista tarpeellisuuden arviointia ei tulisi tehdä tilanteissa, joissa epäilty rikos on loukannut alaikäisen henkilökohtaista koskemattomuutta.<sup>63</sup>

Esitutkintalain säännöksessä asetetaan tutkinnanjohtajalle toimintavelvollisuus. Tutkinnanjohtajan on tarvittaessa tehtävä tuomioistuimelle hakemus edunvalvojan määräämisestä.<sup>64</sup> Säännös edunvalvojasta on sijoitettu esitutkintaperiaatteita ja osallisten oikeuksia koskevaan lukuun, ja se on normatiiviselta luonteeltaan esitutkinnassa asianosaisena olevan lapsen oikeus. Lapselle on määrättävä edunvalvoja silloin, kun säännöksen mukaiset edellytykset täyttyvät. Säännöksen sijoittaminen esitutkintalakiin voi aiheuttaa tuomioistuimissa pulmallisia tilanteita, koska esitutkintalain toimintalogiikka on erilainen kuin päätettäessä holhoustoimilain ja lastensuojelulain mukaan muutoin lapselle määrättävästä edunvalvojasta. Korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2019:50 mukaan tuomioistuimen on omasta aloitteestaan huolehdittava lapsen puhevallan asianmukaisesta järjestämisestä, vaikka voimassa olevassa laissa ei olisi säädetty huoltajan esteellisyydestä edustaa lasta. Tapauksessa lasten huoltaja haki lähestymiskielloa toiselle huoltajalle itsensä ja lastensa vuoksi. Korkein oikeus katsoi, ettei hakijana ollut huoltaja saanut yksin käyttää lasten puhevaltaa asiassa. Lähestymiskiellon käsittelemisen ei katsottu olevan lasten turvallisuuden kannalta niin kiireellistä, että edunvalvojan määrääminen lapsille olisi viivästyttänyt käsitteilyä liikaa.

Puolueeton edunvalvoja toimii rikosprosessissa esteellisen huoltajan tilalla, ja määräyksellä puututaan huoltajan oikeuteen käyttää lapsen puhevaltaa. Huoltajan esteellisyyteen keskittyvä sääntely sisältää riskin siitä, että puolueettoman edunvalvojan tarpeen arvioinnissa ja määräyksen antamisessa kiinnitetään liikaa huomiota huoltajaan, huoltajan ja rikosten osapuolten väliseen muodolliseen

62. HE 222/2010 vp, s. 196.

63. Heikkilä – Rantaeskola 2022, s. 163. Helsingin hovioikeuden mukaan ETL 4:8.1:n sanamuoto ei jätä tuomioistuimelle harkintavaltaa vaan lapselle on eturistiriidan takia määrättävä puolueeton edunvalvoja, kun huoltajaa epäillään lapsen kohdistuneesta rikoksesta. Määräys voitaisiin jättää antamatta vain, jos se olisi selvästi tarpeetonta. Hovioikeuden käsittelemässä tapauksessa isä oli epäilty lapsensa pahoinpitelemisestä. Epäillyn rikoksen laatu huomioon ottaen hovioikeus ei pitänyt edunvalvojan määräämistä selvästi tarpeettomana. Helsingin hovioikeus 8.12.2022 päätös 1705.

64. Hakemuksen voi tehdä myös syyttäjä, holhousviranomainen tai sosiaaliviranomainen (ETL 4:8.1).



suhteeseen, huoltajan oletettuun mahdollisuuteen toimia riippumattomasti ja huoltajan oikeuksien rajoittamisen edellytyksiin. Lapsen etu edellyttäisi, että edunvalvojan tarvetta arvioitaisiin ennen kaikkea lapsen oikeusturvan toteutumisen näkökulmasta.

## 4. Edunvalvojan määrääminen: ongelmia ja uusia ratkaisuja

### 4.1. Holhoustoimen ja esitutinnan yhteensovittamisen ongelmia

Holhoustoimilaki keskittyy päämiehen puolesta tehtävien taloudellisten asioiden hoitamiseen, ja laissa on tunnistettu edunvalvojan (vanhemman) ja päämiehen (lapsen) välinen esteellisyys (HolhTL 32 §).<sup>65</sup> Taloudellisten asioiden takia määrätyle edunvalvojalle ei kuitenkaan siirretä alaikäisen henkilöä koskevia asioita, vaan niistä päättäminen säilyy huoltajalla (HolhTL 4 §). Holhoustoimen näkökulmasta kyse on poikkeuksesta, jos lapsi tarvitsee edunvalvojan esteellisen huoltajan tilalle hoitamaan hänen henkilöä koskevaa asiaa.<sup>66</sup> Tilanne, jossa lapselle on määrätty esitutkintaa varten väliaikainen edunvalvoja, on siten erityinen niin esitutkintalain kuin holhoustoimilain näkökulmasta.

Oikeudenalojen erilaiset lähtökohdat aiheuttavat lakien soveltamistilanteissa jännitteitä, kun edunvalvontaoikeudellista sääntelyä sovelletaan esitutkintaan ja päinvastoin.<sup>67</sup> Holhoustoimilaissa korostetaan perheyhteyttä ja vanhempien kuulemista lasta koskevissa asioissa. Perheyhteyden kunnioittaminen ilmenee huoltajan oikeuden suojeluna, jotta hän pääsee käyttämään lapsensa puhevaltaa. Esitutkinta on sen sijaan viranomaisvetoista, ja poliisilla on laaja rikoksen osapuolista riippumaton päätösvalta rikostutkinnan aloittamisesta, eteenpäin viemisestä ja todistusaineiston hankkimisesta.<sup>68</sup> Esitutkintaviranomaisten toimintavelvollisuus ja -oikeus korostuvat virallisen syytteen alaisissa rikoksissa,

65. Holhoustoimissa erotetaan toisistaan taloudellisten ja henkilöä koskevien asioiden hoito, ks. Markku Helin, Edunvalvojan päätösvalan rajoista. Lakimies 6–7/2001, s. 1070–1088, 1073. Jääviydestä eli esteellisyydestä ks. Välimäki 2013, s. 98–105. Tavallisesti alaikäiselle määrätään edunvalvojan sijainen vanhemman esteellisyyden takia perintöön tai lahjoituksiin liittyvien asioiden hoitamiseksi, ks. Johanna Aalto, Arvojen ja ratkaisujen sisältö – tutkimus lasten edusta ja osallistumisesta holhoustoimen järjestelmässä. Julkaisematon lisensoitintutkimus. Lapin yliopisto 2011, s. 87–88.

66. Holhoustoimilaki ei sisällä säännöksiä huoltajan esteellisyydestä lapsen henkilöä koskevassa asiassa, vaan lapsen edunvalvojan määräämisen edellytyksistä säädetään erikseen mm. lastensuojelu-, lapsenhuolto- ja esitutkintalain.

67. Päämiehen autonomian ja paternalismin yhteensovittaminen muodostaa edunvalvontaoikeuden pääperiaatteen. Ks. Välimäki 2013, s. 17–18 ja Tornberg – Kuuliala 2015, kohta I 1.4.2.

68. Esim. Fredman ym. 2020, s. 16.

eikä alaikäisen väkivalta- tai seksuaalirikoksen uhrin tai hänen huoltajansa näkemyksillä pitäisi olla merkitystä esitutkinnan aloittamisesta tai eteenpäin viemisestä päätettäessä.

Artikkelin teeman kannalta keskeisin ongelma on, miten väliaikaisen edunvalvojan määräämisestä päätetään ja voidaanko päätös tehdä ilman vanhempien kuulemista. Rikoksen selvittämistressin näkökulmasta parasta olisi, että lapselle määrättäisiin väliaikainen edunvalvoja vanhempaa kuulematta ja että lasta myös kuulusteltaisiin ennen kuin vanhempi saa tiedon edunvalvojasta ja esitutkinnan aloittamisesta. Käytännön soveltamistilanteissa ongelmia näyttää aiheuttavan se, että edunvalvojan määräys annetaan holhoustoimilain mukaisesti mutta perusteet tulevat esitutkintalaista. Kuten edellä todettiin, holhoustoimilain korostuvat perheyhteys ja vanhemman kuuleminen, esitutkinnassa taas rikoksen selvittämistressi ja lapsen prosessuaaliset oikeudet.

#### **4.2. Edunvalvojan määrääminen huoltajan kuulemisesta luopumalla**

Holhoustoimilain 73 §:n 1 momentin mukaan määrättäessä alaikäiselle edunvalvoja on huoltajalle ja 15 vuotta täyttäneelle alaikäiselle varattava tilaisuus tulla kuulluksi.<sup>69</sup> Kun käräjäoikeus kuulee huoltajaa eli varaa tälle mahdollisuuden esittää mielipiteensä edunvalvojan määräämisestä, huoltaja saa samalla hakemuksesta tietoonsa rikosepäilyn. Käytännössä voi esiintyä tilanteita, joissa vanhempi on jo tietoinen rikostutkinnasta tai tiedon saaminen ei vaarantaisi lapsen turvallisuutta tai rikoksen selvittämistä.<sup>70</sup> Artikkelin kannalta merkittävä on vuonna 2007 holhoustoimilain 79 §:ään tehty muutos, jonka mukaan kiireellisissä tapauksissa väliaikainen määräys edunvalvojasta voidaan antaa kuulematta edunvalvonnan kohdetta tai alaikäisen huoltajaa.<sup>71</sup> Lain esitöissä esitetyt perusteet ovat kuitenkin niukat, eikä niissä käsitellä lähisuhdeväkivaltaan liittyviä tilanteita.

Käräjäoikeuksissa on esiintynyt vaihtelua siinä, miten holhoustoimilain säännöksiä on sovellettu. Osassa käräjäoikeuksia päätös väliaikaisesta edunvalvojasta on tehty vanhempaa kuulematta, kun taas osassa vanhempaa on haluttu kuulla.<sup>72</sup> Myös kiireellisyyden vaatimusta on tulkittu epäyhtenäisesti. Ilmeisesti joissakin

69. Tornberg – Kuuliala 2015, kohta III 5.3.11.

70. Tällöin voidaan noudattaa yleisiä säännöksiä edunvalvojan määräämisestä. Hakemuksen käsittelyä voi pyrkiä nopeuttamaan hankkimalla vanhemmilta ja 15 vuotta täyttäneeltä alaikäiseltä etukäteen suostumuksen väliaikaisen edunvalvojan määräämiseen, ks. esim. Poliisin käsikirja 2022, s. 42.

71. HE 52/2006 vp, s. 52. Holhoustoimilain 79 §:”Jos asiaa ei voi viivyttää, määräys voidaan antaa kuulematta sitä, jonka edun valvomisesta on kysymys, sekä muita 73 §:ssä mainittuja henkilöitä.”

72. Heikkilä – Rantaeskola 2022, s. 50–52.

käräjäoikeuksissa lapsen kohdistuvan seksuaali- tai väkivaltarikoksen epäilyn on katsottu sisältävän kiireellisuuden vaatimuksen ja myös hakemus on käsitelty ripeästi. Päätöksen on saanut nopeasti, jopa tunneissa, kun taas joissakin käräjäoikeuksissa hakemuksen käsittelyssä on kulunut viikkoja tai kuukausia.<sup>73</sup>

Holhoustoimilaissa tai sen esitöissä ei täsmennetä kiireellisuuden vaatimusta<sup>74</sup>, eikä esitutkintalaissa säädetä edunvalvojan määräämisestä kiireellisesti. Kun esitutkintaa varten määrättävän edunvalvojan edellytyksistä säädetään esitutkintalaissa, tulee siitä etsiä perusteita kiireellisyydelle. Säännös on otettu esitutkintalakiin sen varmistamiseksi, että esitutkinnan aloittaminen ja lapsen edunvalvonta saadaan nopeasti liikkeelle.<sup>75</sup> Lapsen edun mukaisena ei voi pitää sitä, jos käräjäoikeuksissa ei pyritä käsittelemään hakemuksia viivytyksettä – varsinkaan silloin, kun kysymys on epäilystä, joka koskee lapsen kohdistunutta väkivalta- tai seksuaalirikosta.

Käräjäoikeuksissa on ollut epätietoisuutta myös siitä, miten esitutkintalain edellytyksiä edunvalvojan määräämiselle pitäisi tulkita. Puolueettomuuden ei ole välttämättä katsottu vaarantuvan vain sillä perusteella, että vanhempi on saattanut syyllistyä lapseensa kohdistuneeseen väkivalta- tai seksuaalirikokseen tai että hän saattaisi yrittää vaikuttaa lapsen kertomukseen.<sup>76</sup> Edunvalvojaa ei myöskään aina määrätty, jos rikosepäilyinä oli lieviä pahoinpitely.<sup>77</sup>

Esitutkintalain sanamuodon mukaan edunvalvojan määräämisen edellytyksenä on perusteltu syy olettaa, että huoltaja ei voi puolueettomasti valvoa asianosaisen etua (ETL 4:8.1). Edunvalvojan tarvetta on arvioitava ainoastaan asianosaisen eli alaikäisen asianomistajan edun näkökulmasta.<sup>78</sup> Holhoustoimilain mukaan edunvalvoja voidaan määrätä väliaikaisena kuulematta lapsen

73. Tuominen 2014, s. 27–28 ja Heikkilä – Rantaeskola 2022, s. 53. Vaihtelua esiintyi myös tavoissa, joilla väliaikainen määräys annettiin tiedoksi vanhemmille, eikä poliisi välttämättä tiennyt ennen lapsen ensimmäistä kuulustelua, oliko vanhempi saanut tuomioistuimesta tiedon esitutkinnan käynnistymisestä. Heikkilä – Rantaeskola 2022, s. 52, 54. Esitutkintatoimien rytmittämistä ks. Poliisin käsikirja 2022, s. 42–43.

74. Väliaikaisesta edunvalvojasta säädettiin holhoustoimilain uudistuksessa. Edunvalvonnan kohteen kuuleminen oli mahdollista ohittaa. Säännöstä perusteltiin sillä, että edunvalvonnan tarpeessa olevan henkilön suojaaminen voi edellyttää nopeita toimia jo ennen kuin on pystytty hankkimaan näyttöä valvonnan tarpeellisuudesta, ks. Hallituksen esitys eduskunnalle holhouslainsäädännön uudistamiseksi 146/1998 vp, s. 67. Vuonna 2007 laajennettiin sitä henkilöpiiriä, joka voidaan jättää kuulematta päätettäessä väliaikaisesta edunvalvojasta. Nyt kuulemisesta luopuminen ulotettiin koskemaan holhoustoimilain 73 §:ssä mainittuja henkilöitä, kuten lapsen huoltajaa, mutta laajennusta tai sen tarvetta ei perusteltu erikseen, ks. HE 52/2006 vp, s. 52.

75. HE 222/2010 vp, s. 48. Puolueettoman edunvalvojan hakemisen tarpeellisuudesta on muistutettu Poliisin ohjeessa kohdissa 3.1 ja 3.6 sekä Poliisin käsikirjassa 2022, s. 28, 36, 39 ss.

76. Heikkilä – Rantaeskola 2022, s. 53.

77. Lievä pahoinpitely saattaa kuitenkin olla vain alkusysäys rikostutkinnalle, jonka edetessä voi paljastua vakava rikoskokonaisuus, ks. Heikkilä – Rantaeskola 2022, s. 53, 163–165.

78. Myös eduskunnan oikeusasiamies on todennut, että lapsen edunvalvonnan tarve arvioidaan lapsen näkökulmasta, ks. EOAK/1299/2018.

huoltajia, jos asiaa ei voida viivyttää (HolhTL 79.1 §). Tällä tarkoitetaan tilannetta, jossa edunvalvonnan tarpeessa olevan suojaamiseksi tarvitaan nopeaa ratkaisua.<sup>79</sup> Säännöksiä tulisi tulkita yhdessä lapsen oikeuksien näkökulmasta: mikäli asiaa ei voi viivyttää, lapsen edun mukaista on määrätä väliaikainen edunvalvoja huoltajaa kuulematta.<sup>80</sup> Mielestämme holhoustoimilain edellyttämää kiireellisyyden vaatimusta olisi rikosprosessia koskevana asiana perusteltua tulkita lapsimyönteisesti eikä lapsen suojelutarpeen vuoksi tulisi edellyttää esimerkiksi konkreettista näyttöä vanhemman lapseensa kohdistamasta vaikuttamisyrittämisestä.

Väliaikaisen määräyksen antamisessa tulisi ottaa huomioon rikostutkinnan aikataulu. Määräys olisi annettava kiireellisesti heti eikä vasta viikkojen kulu-  
tua. Lisäksi olisi harkittava, miten ja milloin tieto väliaikaisesta edunvalvojan määräyksestä annetaan huoltajille niin, ettei se vaaranna rikoksen selvittämistä tai lapsen turvallisuutta. Mielestämme olisi perusteltua, että lapsen ensimmäinen kuulusteleminen tehtäisiin ennen kuin vanhemmat ovat saaneet tiedon väliaikaisen edunvalvojan määräämisestä. Käytännössä rikosprosessin eri toimijoiden pitäisi sopia yhteisistä menettelytavoista, joiden mukaan tieto niin edunvalvojan määräämisestä kuin lapsen kuulustelusta annettaisiin huoltajalle vasta lapsen kuulustelun jälkeen.

### 4.3. Poliisille oikeus väliaikaisen määräyksen antamiseen

Lapsen suojelun näkökulmasta voimassa oleva lainsäädäntö aiheuttaa ongelmia. Väliaikaisen edunvalvojan määräämisen edellytyksistä, hakemuksen käsittelemisestä, huoltajan kuulemisesta ja siitä luopumisesta vallitsee niin poliisissa kuin tuomioistuimissa erilaisia tulkintoja, minkä seurauksena lapsen suojelu ja oikeuksien toteutuminen vaarantuvat.<sup>81</sup> Epäkohtaan kiinnitettiin huomiota edunvalvonnan kehittämissuunnitelmassa, jossa ehdotettiin poliisille oikeutta määrätä väliaikainen

79. Säännöksen turvaamistarkoituksen on katsottu edellyttävän, että väliaikainen määräys on voitava antaa heti, kun asia tulee vireille, ks. HE 146/1998 vp, s. 67. Ks. myös HE 52/2006 vp, s. 52.

80. Helsingin hovioikeus otti kantaa holhoustoimilain 79 §:n soveltamiseen ja siihen, että määräyksen antamista ei voida lapsen edun takia viivyttää. Ratkaisussa vedottiin hallituksen esitykseen ja todettiin, että edunvalvonnan tarpeessa olevan suojaamiseksi kaivataan usein nopeaa ratkaisua. Säännöksen turvaamistarkoitus edellyttää, että väliaikainen määräys voidaan antaa asian käsittelyn vaiheesta riippumatta tarvittaessa heti, kun se tulee vireille. Määräys on mahdollista antaa myös alioikeuden kansliassa kuulematta [asianosaisia]. Helsingin hovioikeus 8.12.2022 päätös 1705. Ks. myös Tornberg – Kuuliala 2015, kohta III 4.

81. Holhoustoimilain 79.2 §:n mukaan väliaikaiseen määräykseen ei saa hakea muutosta. Hovioikeuden antamassa tuomiossa kuitenkin katsottiin, että lapsen suojeleminen väkivalta-rikos epäilyn takia oli niin painava seikka, että muutoksenhakukielto ei estänyt rikoskomisarion tekemän kirjelmän käsittelyä kanteluna eikä uuden ratkaisun antamista hovioikeudessa, ks. Helsingin hovioikeus 8.12.2022 päätös nro 1705.

edunvalvoja.<sup>82</sup> Poliisin näkökulmasta se pystyisi nykyistä paremmin aikataulutamaan esitutkintaa ja sopimaan tarvittavista käytännön järjestelyistä.<sup>83</sup>

Ehdotusta puoltaa tarve parantaa lapsen oikeuksien toteutumista. Kun poliisi harkitsee esitutkinnan aloittamista lapsen kohdistuvasta seksuaali- tai väkivaltarikoksesta, se pystyy samalla tunnistamaan tarpeen saada lapselle puolueeton edunvalvoja. Vaikka puolueettoman edunvalvojan määräämisellä puututaan vanhemman oikeuteen päättää lapsensa asioista, on lapsen suojelua väkivallalta pidettävä tärkeämpänä. Lapsen pääsy rikosprosessiin ja mahdollisuus käyttää lapselle rikoksen asianomistajana kuuluvia oikeuksia asettavat aikaisempaa tiukemmat vaatimukset sille, miten esitutkinta suoritetaan. Lapsen ei pitäisi enää joutua olemaan kuulusteltavana ilman edunvalvojaa. Jos poliisi saisi oikeuden väliaikaisen edunvalvojan määräämiseen, päätöksen varsinaisesta, koko rikosprosessin ajan voimassa olevasta edunvalvonnasta tekisi edelleen tuomioistuin.

Poliisilla on voimassa olevan lainsäädännön mukaan oikeus määrätä useista rikosprosessuaalisista pakkokeinoista ja väliaikaisesta lähestymiskiellosta. Varsinkin oikeus väliaikaisen lähestymiskiellon määräämiseen sopii hyvin malliksi väliaikaisen edunvalvojan määräämiseen, sillä molemmissa on perimmiltään kyse henkilön oikeuksien rajoittamisesta toisen henkilön etujen turvaamiseksi.<sup>84</sup> Väliaikaisesta lähestymiskiellosta säädettyä korostettiin viranomaisten toimivaltaa: kielto voidaan määrätä viran puolesta, jopa ilman suojattavan henkilön esittämää pyyntöä.<sup>85</sup> Lapsen väliaikaisessa edunvalvonnassa on kyse oikeusvaikutuksiltaan huomattavasti lievemmästä toimenpiteestä kuin lähestymiskiellossa, jossa kieltoon määrättävän henkilön liikkumista ja viestintää rajoitetaan.<sup>86</sup>

## 5. Johtopäätökset

Lapsen huoltaja on esteellinen käyttämään lapsiasianomistajan puhevaltaa rikosasiassa, jos hän tai hänen läheisensä on rikoksesta epäilty. Lapsella ei ole itsenäistä oikeutta hakea itselleen edunvalvojaa, vaan se on viranomaisten vastuulla. Lap-

82. Heikkilä – Rantaeskola 2022, s. 51, 167–172.

83. Heikkilä – Rantaeskola 2022, s. 51–52, 54.

84. Samoin Heikkilä – Rantaeskola 2022, s. 51, 170.

85. Lähestymiskiellosta annetun lain (898/1998) 11 § ja Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi lähestymiskiellosta annetun lain muuttamisesta ja laiksi rikoslain 21 luvun 17 §:n kumoamisesta 144/2003 vp, s. 20. 1.10.2023 voimaan tulevassa lähestymiskiellon tehostamista koskevassa uudistuksessa (L 202/2023) on korostettu viranomaisten toimintavelvollisuutta ja madallettu kynnystä määrätä väliaikaisesta lähestymiskiellosta, ks. Hallituksen esitys eduskunnalle lähestymiskiellon tehostamista koskevaksi lainsäädännöksi 143/2022 vp, s. 13–15, 34, 56.

86. Lähestymiskiellon 3 §:n mukaan kieltoon määrätty ei saa tavata suojattavaa henkilöä tai ottaa yhteyttä tähän, kun taas perheen sisäisessä lähestymiskiellossa hän joutuu poistumaan asunnostaan.

sen edunvalvonnan tarve on arvioitava lapsen näkökulmasta, jolloin keskeistä on lapsen oikeus väkivallattomaan elämään ja lapsen oikeus päästä rikosprosessiin. Puolueeton edunvalvoja turvaa, että rikosasiaa päästään selvittämään ja että lapsi voi rikosprosessin aikana saada oikeussuojaa vaatimuksilleen silloinkin, kun hänen vanhempiensa puolueettomuus lapsen edun valvonnassa on vaarantunut.

Nykyinen lainsäädäntö aiheuttaa pulmallisia tilanteita. Edunvalvojan määräämisessä liikutaan eri oikeudenaloilla – esitutkinta-, holhoustoimi- ja lapsenhuoltolait rakentuvat erilaisille lähtökohdille ja toimintalogiikoille. Rikosprosessissa puolueeton edunvalvoja turvaa lapsen oikeuksien toteutumista, mutta holhoustoimilain näkökulmasta sillä rajoitetaan huoltajan oikeutta käyttää lapsen puhevaltaa. Holhoustoimilaissa väliaikaisen edunvalvojan määrääminen (HolhTL 79 §) on eräänlainen poikkeussäännös, eikä sitä säädettäessä käsitelty lapseen kohdistuvaa väkivaltaa. Vaikka holhoustoimilain 79 §:n perusteella on mahdollista sivuuttaa sekä edunvalvonnan kohteen että hänen huoltajansa kuuleminen, tuomioistuimissa ei ole aina haluttu luopua kuulemisperiaatteesta. Artikkelin tavoitteena on ollut osoittaa, että punnittaessa huoltajan oikeuksia ja väkivallan kohteena olevan lapsen oikeuksia on viranomaisten kannettava vastuuta lapsen suojelemisesta. Epäily siitä, että lapsi on läheissuhteessa väkivalta- tai seksuaalirikoksen kohteena, on selvitettävä lapsen oikeuksia kunnioittavalla tavalla. Kun lapselle määrätään puolueeton edunvalvoja vanhempaa kuulematta, kyse on varsin lievistä puuttumisesta huoltajan oikeuksiin, sillä puhevallan käytön rajoitus koskee vain kyseistä rikosasiaa.

Katsomme, että lapsen puolueettoman edunvalvonnan varmistaminen edellyttää lainsäädännön muuttamista siten, että laissa korostuisi huoltajien sijasta lapsen oikeuksien näkökulma. Lapselle on voitava määrätä edunvalvoja jo heti esitutkinnan alussa. Rikoksen selvittämisen näkökulmasta on tärkeää päästä aloittamaan esitutkinta nopeasti ja suorittaa lapsen ensimmäinen kuulustelu niin, ettei vanhempi pääse vaikuttamaan lapsen kertomukseen. Edunvalvoja turvaa lapsen oikeuden osallistua turvallisesti rikosprosessiin ja esittää todistelua ilman häneen kohdistuvaa vaikuttamista. Edunvalvojan nopea saaminen edellyttää esitutkintalain muuttamista siten, että tutkinnanjohtaja saisi määrätä väliaikaisen edunvalvojan. Katsomme, että lapsen edun turvaamiseksi ja rikoksen selvittämisen edistämiseksi tulisi olla mahdollista määrätä lapselle väliaikainen edunvalvoja esitutkintaa varten huoltajaa kuulematta. Kyse olisi huoltajan esteellisyydestä silloin, kun hän itse tai hänen puolisonsa on epäiltynä lapseen kohdistuneesta seksuaaliväkivaltarikoksesta. Samalla säännöksiä edunvalvojasta olisi täsmennettävä ja säädettävä myös käsittelyn kiireellisyydestä.

Ennen lainsäädännön muutoksia on ryhdyttävä pikaisiin toimiin poliisin ja käräjäoikeuden yhteistoiminnan kehittämiseksi koko maassa. Kaikissa käräjäoikeuksissa tulisi olla valmius antaa väliaikainen edunvalvojamääräys esitutkintaa varten ilman aiheetonta viivytystä holhoustoimilain 79 §:n mukaisesti. Edellytyk-

set edunvalvojan määräykselle tulevat esitutkintalaista, ja säännöstä olisi tulkittava lapsimyönteisesti.

### **Appointment of a temporary guardian during a criminal investigation**

ELISA SILVENNOINEN, LL.D., University Lecturer, University of Eastern Finland – HEINI KAINULAINEN, LL.D., Title of Docent, Senior Researcher, Office of the Non-Discrimination Ombudsman

The article examines the appointment of a temporary guardian for a child during a criminal investigation when the child's parent or their spouse is suspected of committing a sexual or violent offence against the child. To secure the investigation and the child's interrogation, the impartial guardian should be appointed for the child from the first interrogation onwards. This prevents the child's parent from attempting to influence the child's testimony. The Criminal Investigation Act contains a provision on the disqualification of a custodian and obligates the authorities to provide an impartial guardian for the child. The guardian is appointed in accordance with the provisions of the Guardianship Service Act, which allows, in exceptional circumstances, for the appointment of a temporary guardian without consulting the custodian. However, there have been instances where the child's guardian was not appointed, the guardian appointment was delayed compared to the needs of the criminal investigation, or the child's custodian was notified of the temporary appointment before the child was first questioned. We consider impartial guardianship to be a right of the child and believe that limiting the biased custodians' right to exercise the child's right of action can ensure the child's right to participate in the criminal process and secure the child's right to a non-violent life. In European regulations, a child's right to an impartial representative is seen as part of protecting child victims during criminal proceedings. The unclear situation is due to the inconsistency between the provisions of the Criminal Investigation Act and the Guardianship Service Act. Secondly, the preconditions for appointing a guardian under the Criminal Investigation Act are not specific enough, and the law does not specify the urgency of the matter. We propose a legislative amendment that would give the head investigator the right to appoint a temporary guardian for the child. We conclude that to protect the best interests of the child and to advance the investigation of the offence, it should be possible to appoint a temporary guardian for the child during the criminal investigation without hearing the custodian when the custodian or their spouse is suspected of having committed a sexual or violent offence against a child.

## Lain ja hyvän tavan vastaiset sopimukset – Sopimusoikeudellinen tutkimus kiellonvastaisista oikeustoimista ja niiden oikeusvaikutuksista

Tapahtuipa kerran Ruotsissa, ei niin kovin kauan aikaa sitten, että erään yhden yön romanssin jälkeen nainen tuli raskaaksi. Saatuaan tiedon asiasta mies ehdotti, että maksaisi naiselle korvauksen, jos tämä teettäisi abortin. Harkittuaan asiaa nainen päätti tarttua tarjoukseen ja teetti abortin. Kun hän pyysi mieheltä sopimuksen mukaista korvausta, mies kieltäytyi maksamasta. Saadakseen korvauksen nainen nosti kanteen, jolla hän vaati miestä maksamaan sovitun korvauksen. Millä tavalla tuomioistuin reagoi naisen vaatimukseen?

Sopimus on siviilioikeuden keskeisimpiä käsitteitä. Sopimus on määritelty kahden toisiansa edellyttävän oikeustoimen yhdistelmäksi. Sopimuksella osapuolet velvoittautuvat toimimaan sopimuksessa määrätyllä tavalla. Sopimukset ovat läsnä kaikkialla. Yksistään väitöstilaisuuden järjestäminen edellyttää useiden sopimusten tekemistä.

Sopimukset luovat vakautta ja ennustettavuutta ihmisten keskinäiseen kanssakäymiseen. Toimivaa yhteiskuntajärjestystä ei olisi mahdollista kuvitella ilman sopimuksia. Sopimusvapaus muodostaa perustan hyödykkeiden vapaaseen vaihdantaan pohjautuvalle länsimaiselle markkinatalousjärjestelmälle. Sopimusten merkitys perustee tarvetta niiden tieteelliselle tutkimiselle.

Monet tuntevat sopimusten sitovuutta koskevan *pacta sunt servanda* -periaatteen. Tämän ohella sopimusvapaus on siviilioikeuden kantavia periaatteita. Sopimusvapaus on edellytyksenä sopimusten sitovuudelle. Yksilö, joka vapaasta tahdostaan solmii sopimuksen, samalla hyväksyy, että sopimus sitoo häntä.

Sopimusvapaus ei ole rajoituksetonta. Jo antiikin Roomassa tunnettiin erilaisia sopimusvapauden rajoituksia. Naiset, lapset ja orjat eivät saaneet tehdä sopimuksia. Roomalaisen oikeuden mukaan kiellettyjä olivat myös sopimukset, jotka liittyivät vakaviin rikkomuksiin, kuten varastamiseen tai ihmisen surmaamiseen. Yhteiskunnat ovat kehittyneet antiikin Rooman ajoista, mutta sopimusvapautta rajoitetaan yhä edelleen kaikissa tuntemissamme oikeusjärjestyksissä.

Väitöskirjani Lain ja hyvän tavan vastaiset sopimukset käsittelee sopimuksia, jotka on tehty sopimusvapaudelle asetettujen rajoitusten vastaisesti. Ajatus kiellon vastaisten sopimusten tutkimisesta syntyi erään lomamatkan yhteydessä hotellin uima-altaalla, kun luin *Erkki Aurejärven* ja *Mika Hemmon* Velvoite-

\* Otto Meri, OTT, VT. Lectio praecursoria Helsingin yliopistossa 21.1.2023 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Lain ja hyvän tavan vastaiset sopimukset – Sopimusoikeudellinen tutkimus kiellonvastaisista oikeustoimista ja niiden oikeusvaikutuksista.



oikeuden oppikirjaa. Teoksessa todetaan, ettei oikeusjärjestys suhtaudu johdonmukaisesti kiellon vastaisiin suorituksiin. Näitä tilanteita ei ole säännelty yhtenäisesti, eikä oikeuskäytännössä ole muotoutunut selkeitä linjoja. Systemaattinen oikeustieteellinen tutkimus näiden rajoitussäännösten siviili-oikeudellisista seuraamuksista olisi tarpeen. Väitöskirjani on vastaus esitettyyn pyyntöön.

Tutkimuksessani selvitän sitä, mikä tekee sopimuksesta lain tai hyvän tavan vastaisen ja minkälaisia oikeusvaikutuksia kiellon vastaisuudesta seuraa. Toisin sanoen kysymys on siitä, millä tavalla sopimuksen lain tai hyvän tavan vastaisuus vaikuttaa sopimuksen osapuolten oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Pakottavien säännösten määrän kasvaessa myös mahdollisuus kiellon vastaisten sopimusten tekemiselle kasvaa. Tuomioistuinratkaisuille asetettujen vaatimusten näkökulmasta on tärkeää, että kiellon vastaisten oikeustoimien oikeusvaikutukset ovat mahdollisimman ennakoitavia ja selkeitä.

Tutkimus on lainopillinen. Pyrin selvittämään, miten voimassa oleva oikeus suhtautuu lain ja hyvän tavan vastaisiin oikeustoimiin. Suomessa ei ole yleistä lain ja hyvän tavan vastaisten sopimusten oikeusvaikutuksia koskevaa säännöstä toisin kuin esimerkiksi Norjassa ja Tanskassa. Systemaattisen kokonaiskuvan saamiseksi väitöskirjassa perehdytään lain ja hyvän tavan vastaisia sopimuksia koskeviin tuomioistuinten ratkaisuihin, joissa ilmiöön liittyviä oikeusnormeja on sovellettu ja kehitetty edelleen.

Kysymystä kiellon vastaisista sopimuksista ja niiden oikeusvaikutuksista tarkastellaan Pohjoismaiden välillä. Kulttuurien samankaltaisuus ja 1900-luvun alun yhteispohjoismainen sopimuslainsäädännön valmistelu antavat vahvat perusteet tutkia lain ja hyvän tavan vastaisia sopimuksia ja niiden oikeusvaikutuksia Pohjoismaiden välillä. Tutkimuksessa havaitaan, että Pohjoismaiden välillä on eroja sopimusvapauden toteutumisen laajuudessa. Erityisesti Ruotsissa ja Norjassa kiellon vastaisiin oikeustoimiin liittyvät moraalissävytteiset oikeusnormit ovat saaneet väistyä perus- ja ihmisoikeuksien tieltä.

Suomalaisessa oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa lain ja hyvän tavan vastaisia oikeustoimia on vakiintuneesti käsitelty yhdessä. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä on todettu, että lain ja hyvän tavan vastaisia oikeustoimia ja sopimusehtoja on yleisesti pidetty pätemättöminä. Tutkimuksessani olen pitäytynyt vakiintuneessa tavassa käsitellä ilmiöitä yhdessä kuitenkin tiedostaen, että niiden välillä on myös merkittäviä eroja.

Sopimusvapautta rajoittavat ensinnäkin kirjoitetun lain pakottavat säännökset. Lainsäätäjä on katsonut yhteiskuntapoliittisilla perusteilla tarpeelliseksi rajoittaa yksityisten sopimusvapautta. Sopijapuolilla ei ole valtaa asettaa yksityisnormeja pakottavien säännösten vastaisesti. Esimerkkinä pakottavasta säännöksestä voidaan mainita asuinhuoneiston vuokrauksesta annetun lain 1 luvun 8 §:n 2 momentti: Ehto, jonka mukaan vuokralaisen on annettava suurempi kuin kolmen kuukauden vuokran määrää vastaava vakuus, on mitätön.

Sopimusvapauden rajoitukset voivat liittyä sopijapuolten ominaisuuksiin, sopimuksen muotoon tai sopimuksen sisältöön. Sopimuksen osapuolelta edellytetään oikeustoimikelpoisuutta. Lapset voivat tehdä sopimuksia vain hyvin rajoitetusti. Testamentti, avioehtosopimus ja kiinteistönkauppakirja taas ovat määrämuotoisia oikeustoimia. Jotta ne olisivat sitovia ja oikeudellisesti päteviä, ne on tehtävä lainsäätäjän määräämässä muodossa.

Tutkimukseni kannalta tärkeimmät sopimusvapauden rajoitukset liittyvät sopimuksen aineelliseen sisältöön. Sopimussisällön rajoituksilla pyritään suojelemaan sopimuksen heikompa osapuolta, kolmatta tahoja tai laajemmin yleistä etua.

Lainvastaisiin oikeustoimiin liittyy useita läheisilmiöitä, kuten valeoikeustoimet, lain kiertämiseksi tehdyt oikeustoimet ja oikeuden väärinkäytön kieltö. Näiden eri ilmiöiden välille ei ole aina helppo tehdä eroa. Yhteistä ilmiöille on se, että osapuolet pyrkivät sopimuksellaan jollain tavoin sivuuttamaan pakottavan lain säännöksiä. Tuomioistuimille ei ole ollut helppoa ratkaista tapauksia, joissa on ollut kyse sopimusjärjestelystä, johon liittyy piirteitä eri kiellon vastaisuuden ilmiöistä.

Lainvastaisia oikeustoimia on pidetty pätemättöminä. Sopijapuolten tekemän lainvastaisen oikeustoimen sijaan sovelletaan pakottavaa lain säännöstä. Oikeustoimen pätemättömyydestä seuraa pääsääntöisesti tehtyjen suoritusten palauttaminen tai niiden arvon korvaaminen. Tutkimuksessani havaitsin, ettei näin aina ole. Esimerkiksi kiinteistönkaupan mustan kauppahinnan tilanteessa osapuoli ei ole ollut oikeutettu saamaan takaisin maakaaren vastaisesti suoritettua mustan kauppahinnan osaa. Tutkimuksen yhtenä johtopäätöksenä on, että sen sijaan, että tuomioistuimet dikotomisesti jaottelevat sopimukset päteviin ja pätemättömiin, niillä olisi myös mahdollisuus sovittaa oikeustoimea. Sopimuksen sovittelulla voidaan saavuttaa osapuolten näkökulmasta tasapainoisempi ja oikeudenmukaisempi lopputulos.

Osapuolia sitovalta sopimukselta edellytetään pakottavan sääntelyn mukaisuuden lisäksi sitä, ettei sopimus ole hyvän tavan vastainen. Milloin sopimus sitten on hyvän tavan vastainen? Hyvän tavan vastaisuus voidaan määritellä käänteisesti hyvän tavan mukaisuuden kautta. Hyvä tapa toimia on yhteiskunnassa vallitsevien arvo- ja moraalikäsitteiden mukainen tapa toimia. 2020-luvun Suomessa terveen kansanmoraalin tunnistaminen on kuitenkin haastavaa, ellei peräti mahdotonta. Suomi on moniarvoinen yhteiskunta, jossa yksilöllisissä ja ryhmäkohtaisissa moraalisisissa arvoarvostelmissa on runsaasti hajontaa.

Hyvän tavan vastaisuuteen liittyvistä määritelmällisistä vaikeuksista huolimatta on vakiintuneesti katsottu, että esimerkiksi uhkapeleihin ja prostituutioon liittyvät sopimukset ovat hyvän tavan vastaisia. Lisäksi rikoksen tekemiseen velvoittavia oikeustoimia on pidetty hyvän tavan vastaisina.

Pohjoismaisissa tuomioistuimissa on viime vuosikymmeninä jouduttu ottamaan kantaa prostituutiota, hedelmöityshoitoja, postimyyntivaimoja, aborttia,

uskottomuutta ja tapaamisoikeuden rajoituksia koskeviin sopimuksiin. Eri Pohjoismaissa tehdyt ratkaisut ovat saattaneet olla erilaisia huolimatta kulttuurisista ja lainsäädännöllisistä samankaltaisuuksista.

Hyvän tavan vastaisia sopimuksia arvioitaessa on pääsääntöisesti noudatettu niin sanottua puuttumattomuusperiaatetta. Se tarkoittaa, että hyvän tavan vastaiseen sopimukseen perustuvaa saatavaa ei voida periä oikeusteitse. Oikeus-suojakeinot eivät ole yleensä käytettävissä myöskään jo suoritettujen maksujen takaisin saamiseksi edes siinä tapauksessa, että toinen osapuoli on jättänyt oman suoritusvelvollisuutensa täyttämättä.

Puuttumattomuusperiaatteen soveltaminen on saattanut johtaa yhden sopijapuolen hyötymiseen toisen kustannuksella. Tällaiseen yksipuoliseen hyötymiseen toisen kustannuksella on oikeusjärjestyksessä suhtauduttu torjuvasti. Perusteettoman edun palautusta koskeva oppi asettuikin määrättyissä tilanteissa puuttumattomuusperiaatteen kanssa yhteensovittamattomaan ristiriitaan.

Oikeustoimilain 36 §:n sovittelessä säännöksen voimaantulon jälkeen oikeustoimen hyvän tavan vastaisuutta on mahdollista arvioida myös kohtuullisuuden näkökulmasta. Monissa sopimustilanteissa oikeustoimen sovittelu voi tarjota puuttumattomuusperiaatetta tasapainoisemman ja oikeudenmukaisemman lopputuloksen. Tutkimuksessani havaitsin, että muissa Pohjoismaissa puuttumattomuusperiaatteen merkitys on vähentynyt tuomioistuinten korostaessa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa turvattua oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.

Tutkimukseni teoreettinen viitekehys rakentuu perus- ja ihmisoikeuksien ympärille. Väitöskirjassani selvitän, millä tavalla perus- ja ihmisoikeudet vaikuttavat lain ja hyvän tavan vastaisten oikeustoimien tulkintaan ja niiden oikeusvaikutusten määräämiseen. Kyse on siitä, voidaanko perus- ja ihmisoikeuksista saada tulkinnallista apua arvioitaessa sopimusvapaudelle asetettujen rajoitusten hyväksyttävyyttä. Erityisesti sopimuksen hyvän tavan vastaisuutta arvioitaessa kyse on moraalien ja perusoikeuksien välisestä jännitteestä.

Perusoikeuksien merkitystä yksityisoikeudessa on vakiintuneesti pidetty varsin vähäisenä. Perusoikeudet suojaavat ensisijaisesti yksilöä julkisen vallan perusteettomilta puuttumisilta. Perusoikeuksien oikeudellinen merkityssisältö on välittynyt varallisuus-oikeuteen yksityisoikeudellisten säännösten kautta.

Perusoikeuksien vähäistä merkitystä varallisuus-oikeudessa haastamaan on kehittynyt näkemys perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta. Teorian mukaan perusoikeudet vaikuttavat myös yksilöiden välisissä sopimussuhteissa. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan mukaan perusoikeuksien asema yhteiskunnan perusarvoina korostaa niiden merkitystä myös yksityisten keskinäisissä suhteissa.

Perusoikeuksien horisontaalivaikutuksen on tulkittu rajoittavan yksityisten oikeussubjektien sopimusvapautta. Perusoikeuksien on katsottu suojaavan yksilöä myös yksityisen sopimuskumppanin toteuttamilta perusoikeusloukkauksilta. Tällaisen sopimusvapautta rajoittavan vaikutuksen sijaan väitöskirjassani tutkin

mahdollisuutta tulkita horisontaalivaikutusta myös sopimusvapautta laajentavana ilmiönä. Tällöin perusoikeudet lisäävät yksilön sopimusvapauden suojan piiriä rajoittamalla sitä, milloin oikeustoimi voidaan katsoa lain tai hyvän tavan vastaisena sitomattomaksi. Erityisesti moraalisiin perustuva hyvän tavan mukaisuuden vaatimus saattaisi joutua väistymään tilanteessa, jossa sopimus liittyy läheisesti jonkin perusoikeuden suojaaman oikeuden käyttämiseen.

Väitöskirjassani esitän yhteiskunnan perimmäisten arvojen sitomista perus- ja ihmisoikeuksiin. Perus- ja ihmisoikeuksien voidaan katsoa ilmentävän yhteiskunnan perimmäisiä arvoja. Moraalikäsitysten sijaan perus- ja ihmisoikeudet tarjoavat vankemman perustan sopimusvapauden rajoituksille. Lainsäätäjä onkin perusoikeusuudistuksen yhteydessä todennut, että ”kansallisen identiteetin kannalta on tärkeää, että suomalaisen yhteiskunnan perustavanlaatuiset arvot kirjataan näkyviin valtiosääntöön”.

Vuoden 1995 perusoikeusuudistus kirkasti perusoikeuksien merkitystä oikeusjärjestyksen hierarkkisesti ylimpinä oikeusnormeina. Perustuslakivaliokunnan vuosikymmeniä ennen perusoikeusuudistusta tekemä tulkintaratkaisu siitä, etteivät lain ja hyvän tavan vastaiset oikeustoimet nauti oikeussuojaa, voidaan asettaa kyseenalaiseksi. Tuomioistuinten tehtävänä ei ole enää suojella lainkäyttäjää liikaamasta käsiään kiellon vastaisiin sopimuksiin vaan turvata yksilöiden perusoikeuksien toteutumista myös tilanteissa, joissa sopimus on jonkin kieltonormin vastainen.

Lain ja hyvän tavan vastaisia sopimuksia on tehty niin kauan kuin sopimusvapautta on jollain tavoin rajoitettu. Myös tulevaisuudessa kirjoitetun lain säännöksiä täydentämään tarvitaan yleisiä oikeusperiaatteita. Lainsäädäntö on aina siinä määrin aukollista, ettei kaikkia sopimusvapauden rajoituksia ole mahdollista nimenomaisesti säännellä. Moderni oikeusjärjestys ei kuitenkaan suojele valtiota yksilöiden lainvastaisilta ja moraalittomilta sopimuksilta, vaan tuomioistuinten ensisijainen tehtävä on oikeusturvan toteuttaminen. Moraalinen närkästyminen ei ole peruste yksilön perus- ja ihmisoikeuksien ohittamiselle tuomioistuimissa.

Palataan vielä kirjoituksen alussa esitettyyn kysymykseen siitä, miten tuomioistuin reagoi abortin teettäneen naisen vaatimukseen saada mieheltä tämän lupaama rahasumma. Ratkaisussaan Svean hovioikeus katsoi, ettei naisen vaatimus nauttinut oikeussuojaa. Hovioikeuden mukaan sopimus raskauden keskeyttämisestä oli hyvän tavan vastaisena pätemätön eikä sopimukseen perustuva vaatimus nauttinut oikeussuojaa. Abortin teettänyt nainen jäi ilman miehen lupaamaa korvausta. Oliko ratkaisu oikea, siihen pyrin väitöskirjassani antamaan vastauksen.

## 1. Kysymyksenasettelu ja rajaukset

*Otto Meren* väitöstutkimuksen tarkoituksena on tarjota lain ja hyvän tavan vastaisia oikeustoimia ja niiden oikeusvaikutuksia koskeva lainopillinen tulkintakannanotto tiedeyhteisön arvioitavaksi ja käytännön lainkäyttöä palvelemaan sekä systematisoida ilmiö osaksi oikeusjärjestyksen kokonaisuutta. Tutkimuskysymyksiksi väitöskirjassa on esitetty tiivistetysti seuraavat kolme kysymystä:

1. Voivatko perus- ja ihmisoikeudet jollakin tavalla vaikuttaa kiellon vastaisia oikeustoimia koskevan yleisen oikeusperiaatteen tulkintaan?
2. Millä tavalla lain ja hyvän tavan vastaiset oikeustoimet voidaan tunnistaa?
3. Minkälaisia oikeusseuraamuksia oikeustoimen lain ja hyvän tavan vastaisuudesta seuraa?

Meren tutkimus on ensi sijassa velvoiteoikeudellinen, mutta se ylittää perinteiset oikeudenalarajat käsitellessään myös prosessi-, valtiosääntö- ja rikosoikeuteen liittyviä kysymyksiä. Tämä poikkitieteellisyys on yksi tutkimuksen kiistattomista ansioista.

Tutkimuskysymykset ovat sekä teoreettisesti että käytännön oikeuselämän kannalta relevantteja. Kysymys numero yksi koskee perusoikeuksien horisontaalivaikutuksia velvoiteoikeudessa. Aihepiiristä on käyty ajoittain vilkasta keskustelua, jossa on esitetty vastakkaisia näkökantoja. Keskusteluun on osallistunut siviilioikeuden tutkijoiden lisäksi muun muassa valtiosääntöoikeuden tutkijoita. Meren väitöstutkimus sekä referoi käytyä oikeustieteellistä keskustelua että tuo uusia tieteellisiä näkökohtia ajankohtaiseen teemaan perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta.

Tutkimuskysymys kaksi koskee lain ja hyvän tavan vastaisten sopimusten tunnistamista. Tässä yhteydessä väitöskirjassa selvitetään lain ja hyvän tavan vastaisuuden käsitteitä ja tunnusmerkistöjä, joilla osoitetaan olevan liittymiä

\* Virallisen vastaväittäjän, professori *Kari Hopun* Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama 26.1.2023 päivätty lausunto vähäisin muutoksin.

keskenään. Kolmannen tutkimuskysymyksen yhteydessä selvitetään puolestaan lain ja hyvän tavan vastaisuuteen liittyviä oikeusseuraamuksia.

Hyvän tavan määritelmälle ei ole pystytty kehittämään eikä sille pystytty vastaisuudessakaan kehittämään yksiselitteistä sisältöä. Tämä johtuu käsitteen abstraktiudesta ja siitä, että sen sisältö elää yhteiskunnallisten arvostusten muuttuessa. Kuitenkin hyvän tavan käsitteen tulkinnalla ja siitä johtuvilla oikeusseuraamuksilla saattaa olla merkittävä vaikutus yksittäisessä oikeussuhteessa. Siksi on tärkeää, että lain ja hyvän tavan vastaisuuden käsitettä tutkitaan oikeustieteessä ja samalla myös arvioidaan, vastaako aiempi käytäntö nykyisin yhteiskunnassa vallitsevia arvoja. Aihetta on aiemmin tutkittu Suomessa, mutta ei yhtä kokonaisvaltaisesti kuin Meri väitöstutkimuksessaan. Meren tutkimus tuo uutta tieteellistä tietoa lain ja hyvän tavan vastaisten sopimusten määrittelyperiaatteista sekä niihin liittyvistä oikeusseuraamuksista.

Tutkimuskysymykset ovat varsin laajoja, eikä niitä ole tutkimuksessa juuri rajattu. Kirjan lukemalla lukija kyllä pääsee selville siitä, minkälaisia rajoja Meri on tutkimuksessaan noudattanut. Noudatetut rajaukset eivät kuitenkaan ole kovin täsmällisiä. Vakiintuneen tieteellisen käytännön mukaisesti tutkimuksen rajaukset olisi tullut esittää nimenomaisesti tutkimuskysymysten asettamisen jälkeen.

## 2. Metodi, lähteet ja kieliasu

Tutkimuksen tavoitteeksi esitetään, että se antaa systemaattisen yleiskuvan lain ja hyvän tavan vastaisista oikeustoimista ja niiden oikeusvaikutuksista. Tutkimuskohteena todetaan olevan Suomessa voimassa oleva oikeus. Tutkimusmetodista esitetään, että kyseessä on lainopillinen tutkimus. Lainopin keinoin pyritään voimassa olevaa oikeutta tulkitsemalla ja systematisoimalla tarjoamaan työvälineitä lainkäyttäjälle.

Meri hallitsee valitsemansa tutkimusmetodin hyvin ja osaa sitä soveltaa. Meri pystyy tuottamaan uutta oikeudellista tietoa tutkimusaiheistaan. Hän pystyy myös kriittiseen itsenäiseen argumentointiin tutkimusaiheista esittäen sekä myötä- että vasta-argumentteja analyyseissaan. Meren perusoikeuksien horisontaalivaikutusta koskevat tutkimustulokset ovat kuitenkin osittain oikeuspoliittisia ja antavat suosituksia tulevaisuuden oikeustilasta. Tältä osin Meri ei ole lainkaan avannut käyttämäänsä tutkimusmetodia.

Tutkimuksessa käytetty lähdeaineisto on kattava, ja sitä on käytetty pääosin johdonmukaisesti. Kotimaisten lähteiden lisäksi lähdeaineistossa painottuu pohjoismainen oikeuskirjallisuus. Lähdeaineistoa myös käytetään monipuolisesti. Lähdeaineiston nojalla Meri kartoittaa muun muassa velvoiteoikeuden yleisiä

oikeusperiaatteita. Niiden käsittely osoittaa, että Meri hallitsee tutkimusalansa yleiset opit kiitettävästi. Tutkimuksen merkittäviä ansioita on myös laaja pohjoismaisen aineiston käyttö, ja aineistoa käytetään oikeusvertailevasti tuomalla sen nojalla esiin, kuinka samanlaisen oikeuskulttuurin omaavat Pohjoismaat ovat tutkimuskysymyksissä päätyneet osittain toisistaan poikkeavaan oikeustilaan. Myös saksalaista lähdeaineistoa on käytetty hyvin. Sen sijaan angloamerikkalaiseen lähdeaineistoon on viitattu vain muutamassa kohdassa, eikä esitetyistä muutamasta viittauksesta löydy johdonmukaisuutta. Angloamerikkalaisen lähdeaineiston laajemmalla hyödyntämisellä olisi tutkimusta voinut syventää tuomalla tieteelliseen keskusteluun vallitsevia näkökohtia myös toisenlaisesta oikeuskulttuurista.

Tutkimuksen kieliasu on hyvä. Kieli on sujuvaa ja lauserakenteet tarpeeksi lyhyitä. Joissakin tutkimuksen peräkkäisissä kappaleissa on ajoittain toistoa, mutta ei häiritsevässä määrin.

### 3. Tutkimuksen rakenne

Tutkimus on rakennettu siten, että johdantoluvussa asetetaan tutkimusongelma ja selostetaan tutkimusaiheen merkitystä. Toisessa luvussa käsitellään perusoikeuksien suhdetta lain ja hyvän tavan vastaisiin oikeustoimiin. Kolmannessa luvussa käsitellään lainvastaisia oikeustoimia ja luvussa neljä niiden oikeusvaikutuksia. Viidennessä luvussa käsitellään puolestaan hyvän tavan vastaisia oikeustoimia ja luvussa kuusi niiden oikeusvaikutuksia. Viimeisessä luvussa seitsemän esitetään päätelmät tutkimustuloksista.

Tutkimuksen rakenne on sinänsä looginen, mutta tutkimuskysymysten laajuus ja se, ettei niitä ole täsmällisesti rajattu, aiheuttavat haasteita tutkimuksen rakenteelle. Tutkimuksessa on tahdottu käsitellä useita tutkimuskysymyksiä ja niitäkin mahdollisimman laajasti. Tästä on väistämättömänä seurauksena se, että tutkimuskysymysten käsittely jää monessa kohdin pintapuoliseksi. Kolme tutkimuskysymystä koskevat perusoikeuksien horisontaalivaikutusta, oikeustointen lainvastaisuutta ja oikeustointen hyvän tavan vastaisuutta. Jokainen näistä tutkimuskysymyksistä on sellainen, että siitä saisi tehtyä väitöskirjan. Tämän johdosta onkin ollut epätarkoituksenmukaista sisällyttää väitöskirjaan kaikki kolme tutkimusaihetta erityisesti, kun merkittäviä rajauksiakaan ei ole tehty.

Eri tutkimuskysymysten käsittely on myös turhan erillistä toisiinsa nähden. Luvussa kaksi on ansiokkaasti analysoitu perusoikeuksien horisontaalivaikutuksia. Analyysin tuloksia on kuitenkin varsin vähän hyödynnetty myöhemmissä luvuissa. Perusoikeuksien horisontaalivaikutuksen kytkeminen kiinteämmäksi

osaksi erityisesti oikeustoimen hyvän tavan vastaisuutta koskevaa analyysia olisi ollut tarkoituksenmukaista.

Oikeustoimen lainvastaisuutta koskeva osuus jää muista osuuksista erilliseksi ja on esitystavaltaan hyvin deskriptiivinen. Tarkoituksenmukaisinta olisikin ollut jättää oikeustoimen lainvastaisuutta koskevat kysymykset käsiteltäviksi erillisessä tutkimuksessa. Tällä tavoin väitöskirjassa olisi jäänyt enemmän tilaa käsitellä oikeustoimen hyvän tavan vastaisuuteen liittyviä kysymyksiä, jolloin kyseisestä jaksosta olisi saatu nykyistä syvällisempi.

Jos väitöskirjaan on tutkijan käsityksen mukaan tullut sisällyttää myös lainvastaisia sopimuksia koskeva tutkimuskysymys, olisi tutkimuksen laajuus tullut joka tapauksessa huomioida sen rakenteessa. Nyt tutkimus on jäsennetty siten, että on erikseen tarkasteltu lainvastaisia oikeustoimia ja sen jälkeen niihin liittyviä oikeusseuraamuksia. Tämän jälkeen on erikseen käsitelty hyvän tavan vastaisia oikeustoimia ja niihin liittyviä oikeusseuraamuksia. Valittu käsittelytapa on kuitenkin johtanut siihen, että kun oikeusseuraamuksia käsitellään kahdessa eri luvussa, tulee esitykseen paljon toistoa. Oikeusseuraamusten käsittely olisi-kin pitänyt keskittää yhteen lukuun. Tällöin kyseisessä luvussa olisi voitu myös nykyistä paremmin analysoida lainvastaisten ja toisaalta hyvän tavan vastaisten oikeustointen oikeusseuraamusten eroavuuksia.

Tutkimuksen luvussa kuusi esitetty analyysi hyvän tavan vastaisten oikeustointen oikeusseuraamuksena käytettävästä puuttumattomuusperiaatteesta on ansiokas. Kyseisessä osuudessa esitetään uutta tutkimustietoa, tehdään hyvää vertailevaa analyysia muiden Pohjoismaiden oikeuskäytäntöön ja esitetään varteenotettavia näkökohtia puuttumattomuusperiaatteeseen liittyvistä ongelmista esimerkiksi kohtuullisuusnäkökohtien kannalta.

Kunkin luvun päätteeksi on alaluku, joka on otsikoitu ”yhteenvedo”. Siinä kerrataan kyseisessä luvussa esitetyt asiat. Tarkoituksenmukaisempaa ja tutkimusta syventävää olisi kuitenkin ollut sisällyttää kunkin luvun päätteeksi erillinen alaluku, jossa olisi analysoitu luvussa esitettyjä tutkimustuloksia ja niiden merkitystä. Nykyiset yhteenvedo-osuudet ovat pääasiassa toistoa siitä, mitä tutkimuksessa on jo aikaisemmin esitetty.

#### 4. Yksityiskohtaisia havaintoja

Perusoikeuksien horisontaalivaikutuksia koskevassa luvussa esitetyn perusteella Meri päätyy suosittelemaan, että perusoikeuksien horisontaalivaikutuksen tulisi velvoiteoikeudessa olla merkittävämpi nykyisin vallitsevaan oikeustilaan nähden. Perusoikeuksien horisontaalivaikutuksen merkityksen lisäämistä vastaan on kuitenkin esitetty varteenotettavia näkökohtia. Oikeuskirjallisuudessa, johon



Merikin on väitöstutkimuksessaan viitannut, on esitetty esimerkiksi seuraavia kriittisiä näkökohtia:

- 1) Siviilioikeuden normijärjestelmä (doktriini) on kehittynyt pitkän historian tuloksena omaksi kokonaisuudekseen, eikä sen muuttamista perustuslakia säädettäessä valmisteltu.
- 2) Kaikki yhteiskunnan instituutiot eivät toimi samalla logiikalla.
- 3) Perusoikeuksien ratkaisua ohjaava vaikutus olisi usein varsin epämääräinen perusoikeuksien korkean abstraktiotason vuoksi.
- 4) Yksityisoikeudellisissa riidoissa on perusoikeuksien näkökulmasta yleensä kysymys kahden perusoikeuden kollisiosta.
- 5) Perusoikeuksista tulisi myös velvoitteita yksityishenkilöille, mikä ei olisi perusoikeuksien tarkoitus.
- 6) KKO:n käytännössä ei ole esimerkkejä sanotunlaisesta perusoikeuksien soveltamisesta.

Tutkimuksessa on tuotu esiin näitä kriittisiä näkökohtia, mutta niitä ei kuitenkaan ole juuri analysoitu. Kun tutkimuksen eräänä johtopäätöksensä on se, että perusoikeuksien horisontaalivaikutuksen merkitystä velvoiteoikeudessa tulisi lisätä, olisi ollut toivottavaa, että tutkimuksessa olisi myös analysoitu, miten perusteltuja nämä esitetyt kriittiset näkökannat ovat. Meri esimerkiksi esittää, että perusoikeuksien horisontaalivaikutuksen lisääminen parantaisi hyvän tavan vastaisia oikeustoimia koskevien ratkaisujen ennustettavuutta. Asiasta voidaan perustellusti olla myös toista mieltä. Meri ei kuitenkaan perustele sitä, mihin konkreettisiin seikkoihin hänen väitteensä perustuu.

Tutkimuksessa on tuotu esiin eri oikeudenalojen sääntelyä hyvän tavan vastaisuuden osalta. Se oikeudenala, jossa viime vuosikymmenien aikana on tehty ehkä eniten tutkimusta hyvän tavan vastaisuuden merkityksestä ja arviointikriteereistä, on markkinointioikeus. Tutkimuksessa ei kuitenkaan tuoda millään tavoin esille markkinointioikeuden piirissä käytyä keskustelua hyvän tavan käsitteestä. Vaikka markkinointioikeudellisesta hyvän tavan käsitteestä ei voi tehdä suoraan päätelmiä velvoiteoikeudellisesta hyvän tavan käsitteestä, olisi markkinointioikeudessa esitettyjen näkökohtien esittäminen tuonut syvyyttä tutkimukseen. Tarkoituksenmukaista olisi ollut selvittää, missä määrin hyvän tavan vastaisuuden arviointi on yhteneväistä ja missä määrin toisistaan eroavaa velvoiteoikeudessa ja markkinointioikeudessa. Tämän perusteella olisi voitu analysoida, saadaanko markkinointioikeudellisista tutkimuksista analogiatukea johtopäätösten tekoon velvoiteoikeudellisessa kontekstissa.

Luvussa 5.2.2 on käsitelty lainsäädäntöön sisältyviä hyvää tapaa koskevia säännöksiä. Käsiteltäväksi on valittu muun muassa osakeyhtiölain, asuinhuoneiston vuokrauksesta annetun lain, tavaramerkkilain ja yhdistyslain säännökset. Tutkimuksesta ei kuitenkaan mitenkään käy ilmi, millä perusteella juuri kysei-

set säännökset on katsottu keskeisiksi tutkimuskysymysten kannalta. Olisi ollut perusteltua käsitellä näiden sijasta tai lisäksi esimerkiksi sijoituspalvelulain 10 luvun 2 §:n säännöstä, joka koskee yleisiä periaatteita sijoituspalvelun ja oheispalvelun tarjoamisessa ja markkinoinnissa, sekä luottolaitostoiminnasta annetun lain 15 luvun 1 §:ää, jossa säädetään hyvästä pankkitavasta. Myös asianajajista annetun lain 5 §:n säännöstä asianajajan velvollisuudesta noudattaa hyvää asianajotapaa olisi voinut käsitellä.

Luvussa 5.2.2.6 on käsitelty kirjanpitolain 3 §:ää, jonka mukaan kirjanpito-velvollisen on noudatettava hyvää kirjanpitoa. Tässä yhteydessä todetaan, että hyvä kirjanpito viittaa kirjanpitoalalla vakiintuneisiin käytäntöihin ja menettelytapoihin, joiden luomisessa kirjanpitolautakunnalla on ollut keskeinen merkitys. Lisäksi on todettu, että kyse on eräänlaisesta toimialan itsesääntelystä, jolla tarkennetaan lain säännösten tulkintaa ja soveltamista.

Kuten väittelijä toteaa, elinkeinoelämän erilaisilla itsesääntelynormeilla täsmennetään hyvän tavan käsitettä. Tutkimuksessa ei kuitenkaan ole selvitetty itsesääntelyn merkitystä hyvän tavan määräytymisen osalta. Tutkimuksessa ei myöskään ole selvitetty hyvän liiketavan suhdetta yleiseen hyvän tavan määrittelyyn. Myöskään perustetta tälle ratkaisulle ei ole esitetty.

Hyvän tavan käsitteellä on keskeinen merkitys liikesopimusten tulkinnessa. Liikesopimuksia ei ole rajattu tutkimuksen ulkopuolelle. Liikesopimusten käsitely jää tutkimuksessa kuitenkin hyvin pintapuoliseksi. Tiettyjen liikesopimusten hyvän tavan vastaisuudesta on viime vuosina käyty vilkasta kansainvälistä keskustelua. Esimerkiksi kansainvälisessä välimieskäytännössä on katsottu, että lahjontaan perustuville saataville ei anneta oikeussuojaa. Tällainen voi olla esimerkiksi konsulttisopimus, jossa konsulttina esiintyvä on lahjomana pidettävää palkkiota vastaan auttanut toimeksisaajaa saamaan aikaan sopimuksen sellaisen tahon kanssa, johon hänellä on vaikutusvaltaa. Tällaista sopimusta arvioidaan oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisuuden kannalta (public policy). Oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisuuden nojalla arvioidaan myös kansainvälisiin pakotteisiin sekä teknologiaviennin rajoituksiin liittyviä sopimuksia, joiden osalta julkisoikeudellinen sääntely kieltää sopijapuolta tekemästä sopimuksen mukaista toimitusta. Näiden nykyaikana keskeisten ja käytännön oikeuselämän kannalta tärkeiden sopimusten käsittely olisi tuonut lisäarvoa tutkimukselle.

Meri on keskittynyt lähinnä arvioimaan yksityishenkilöiden välisiä sopimuksia, jotka liikkuvat oikeuden ja moraalien rajapinnalla. Tässä hän on onnistunut hyvin. Hänen havaintonsa muun muassa perhevarallisuus-oikeuden sopimusvapauden laajenemisesta ja perherakenteiden muutoksen vaikutuksista siihen, millaisista asioista nykyään saatetaan tehdä yksityisoikeudellisia sopimuksia, ovat kauttaaltaan onnistuneita.

## 5. Lopuksi

Vastaväittäjän lausunnolle ominaiseen tapaan on väitöstutkimuksen tarkastelussa keskitytty pääasiassa kritiikille sijaa jättäviin piirteisiin. Lopuksi onkin syytä tuoda esiin se, että tutkimuksella on kiistattomat ansionsa. Otto Meren teos Lain ja hyvän tavan vastaiset sopimukset tuo uutta tieteellistä tietoa ja perusteltuja tutkimustuloksia keskeisestä aiheesta. Meren väitöstutkimus osoittaa, että hänellä on syvä tuntemus omasta tutkimusalastaan ja että hän pystyy tuottamaan kriittistä analyysia vastatessaan tutkimuskysymyksiin. Meri hallitsee valitsemansa tutkimusmetodin ja soveltaa sitä johdonmukaisesti. Meren väitöstutkimus on myös tieteellisesti rehellinen ja tutkimuseettisten normien mukainen. Meren väitöstutkimus ylittää selvästi oikeustieteelliselle väitöstutkimukselle asetettavat hyväksymiskriteerit.

Esitän mielihyvin Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle, että OTM, VTK Otto Meren tutkimus hyväksyttäisiin opinnäytteeksi oikeustieteen tohtorin tutkintoa varten.

*Kari Hoppu*

# KKO 2023:14 – Miksi lainvastaisesti hankittuja Anom-viestejä sai hyödyntää?

Lakimies  
3–4/2023  
s. 572–583

## 1. Tapauksen taustaa

Korkein oikeus antoi vuoden 2023 alkupuolella merkittävän ratkaisun, jossa tulkittiin sekä perustuslain (731/1999, PL) 10 §:n turvaamaa luottamuksellisen viestin suojaa että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiä.<sup>1</sup> Keskeiseksi nousi kysymys siitä, voitiinko lainvastaisesti hankittua todistelua käyttää rikosoikeudenkäynnissä vai tuliko se asettaa hyödyntämiskieltoon.

Tapauksen yksityiskohdat ovat varsin poikkeukselliset ja kansainvälisyydes- sään jopa elokuvalliset. Yhdysvaltain liittovaltion poliisi (Federal Bureau of Investigation, FBI) oli yhdessä Australian liittovaltion poliisin kanssa perustamassa peiteoperaatioissa rakentanut Anom-nimisen viestintäalustan, jota saattoi käyttää erityisillä puhelimilla. Anom-puhelimia oli suunnattu henkilöille, joilla oletettiin olevan liittyntää järjestäytyneeseen rikollisuuteen. Puhelimilla käytävän viestiliikenteen oli markkinoitu olevan täysin salattua, vaikka tosiasiaa viestit olivat tallentuneet FBI:n hallinnoimalle palvelimelle.<sup>2</sup> Peiteoperaatio oli sikäli nerokas, ettei poliisin tarvinnut mennä merta edemmäs kalaan tarkkaillaessaan epäiltyjen toimintaa erilaisissa hämärissä verkoissa. Poliisi rakensi hämärän verkon itse ja houkutteli saaliin sinne.

Kotimaisen oikeuden kannalta merkityksellistä on, että FBI oli jakanut viestejä myös Suomeen. FBI oli nimittäin analysoinut viestejä ja toimittanut niitä oma-aloitteisesti niihin maihin, joihin se oli olettanut viestien liittyvän.<sup>3</sup> Suomen keskusrikospoliisi oli saanut tietoa sellaisista viesteistä, joissa oli arvioitu olevan jokin yhteys Suomeen. Poliisi oli käyttänyt näitä tietoja esitutkintojen suunnittamiseksi ja myöhemmin esitutkinnoissa rikosten selvittämiseksi. Yksittäisten tietojen käyttämiselle todisteena oli saatu Yhdysvaltoihin osoitetun oikeusapupyynnön kautta hyväksyntä.

1. Kirjoittaja kiittää Marko Priikiä arvokkaista kommentista käsikirjoitukseen.
2. Oikeudenkäyntiaineistoon kuuluvien selvitysten perusteella vaikuttaa siltä, että FBI sekä sen kolmanteen maahan sijoittunut alihankkija keräsivät viesteistä sekä sisältö- että metatietoja ja jakoivat molempia eteenpäin. Peiteoperaation tavoite ei ollut näytön kerääminen yksittäisten epäiltyjen rikosten tutkimiseksi vaan rikollisuuden torjunta tätä laajemmin, ks. Itä-Suomen hovioikeuden tuomio 8.7.2022 nro 22/128244.
3. Asiantuntijatodistelun perusteella lokakuusta 2019 ainakin heinäkuuhun 2021 asti FBI tarkasti kolmannessa (EU-)maassa olleen palvelimen sisällön ja sai uusia tietoja Anom-palvelimelta kolme kertaa viikossa. Tämän säännöllisen tarkastelun tuloksena FBI keräsi epäilystä rikollisesta toiminnasta todisteita, jotka sisälsivät yli 20 miljoonaa viestiä useista tuhansista laitteista.

Syyttäjä oli vaatinut vastaajille rangaistusta muun ohella törkeistä huumausainerikoksista ja nimennyt todisteeksi Anom-puhelimista saatuja viestejä. Vastaajat olivat vaatineet viestien asettamista hyödyntämiskieltoon katsoen, että viestit oli hankittu lainvastaisesti ja niiden käyttäminen vaaransi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen.

Oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) 17 luvun 25 §:ssä säädetään todisteiden hyödyntämiskiellosta ja säännöksen 3 momentissa lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämisestä seuraavasti:

[...T]uomioistuimien saa hyödyntää myös lainvastaisesti hankittua todistetta, jolle hyödyntäminen vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista ottaen huomioon asian laatu, todisteiden hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteiden luotettavuudelle, todisteiden merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet.

Sekä Kymenlaakson kärjäoikeus että Itä-Suomen hovioikeus olivat hylänneet vastaajien hyödyntämiskieltovaatimukset. Kärjäoikeus oli katsonut, ettei viestejä ollut hankittu lainvastaisesti. Hovioikeus oli puolestaan katsonut, että kysymys oli lainvastaisesti hankituista todisteista. Hovioikeuden mukaan viestien esittäminen todisteena ei kuitenkaan vaarantanut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta eikä viestejä siten tullut asettaa hyödyntämiskieltoon.

Korkein oikeus ei muuttanut hovioikeuden hyödyntämiskieltoa koskevan päätöksen lopputulosta. Se katsoi kyllä, että todisteet oli hankittu lainvastaisesti, sillä menettelyllä oli puututtu yksityiselämän ja luottamuksellisen viestin suojaan ilman laissa säädettyä perustetta. Se ei kuitenkaan katsonut, että viestien hyödyntäminen todisteena vaarantaisi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista, eikä todisteita siten asetettu hyödyntämiskieltoon.<sup>4</sup>

## 2. Todisteiden hankkimisen lainvastaisuus

Lainvastaisuutta arvioidessaan korkein oikeus teki huolellista työtä ja kiinnitti huomiota moniin seikkoihin. Se piti sinänsä riidattomana sitä, että FBI ei ollut pyytänyt suomalaisilta viranomaisilta oikeusapua todisteiden hankkimisessa eikä asiassa ollut haettu taikka saatu pakkokeinolain (806/2011) mukaista lupaa salaisen pakkokeinon käyttöön.

Silti lainvastaisesti hankitun todisteiden määrittely ei ollut helppoa. Korkein oikeus totesi, ettei laissa tai sen perusteluissa ole otettu kantaa siihen, mistä näkökulmasta todisteiden hankkimisen lainvastaisuutta on arvioitava kysymyksessä

4. KKO 2023:14, kohdat 28, 42, 46, 50 ja 53.

olevassa tilanteessa, jossa todisteen on Suomesta hankkinut vieraan valtion viranomaisen ja se on tämän jälkeen sinänsä lainmukaista menettelyä noudattaen saatu oikeusaputeitse Suomeen.<sup>5</sup>

Yksityiselämän suoja sekä luottamuksellisen viestin suoja nousivat luonnollisesti lainvastaisuuden arvioinnissa keskiöön. Perustuslain 10 §:n 2 momentin mukaan kirjeen, puhelun ja muun luottamuksellisen viestin salaisuus on loukkaamaton. Pykälän 4 momentin mukaan lailla voidaan säätää välttämättömistä rajoituksista viestin salaisuuteen muun ohella yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta taikka kotirauhaa vaarantavien rikosten tutkinnassa, oikeudenkäynnissä, turvallisuustarkastuksessa ja vapaudenmenetyksen aikana. Samoin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan mukaan jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta. Artiklan 2 kohdan mukaan viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen, paitsi kun laki sen sallii ja se on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, tai epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalien suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.

Korkein oikeus totesi, että Anom-viestintä oli riidattomasti tapahtunut Suomessa.<sup>6</sup> Suomessa olevat henkilöt olivat lähettäneet luottamuksellisia viestejä Suomessa oleville henkilöille. Korkein oikeus katsoi, että näissä olosuhteissa tapahtuneella viestien sisällön selvittämisellä oli puututtu Suomen lainkäyttövallan piirissä olleiden henkilöiden oikeuksiin.<sup>7</sup>

Hieman harhaanjohtavasti korkein oikeus totesi, ettei tilanteessa ollut kyse sähköisen viestinnän palveluista annetun lain (917/2014, SVPL) 3 §:n 43 kohdassa tarkoitetusta yleisestä viestintäverkosta. Sähköisen viestinnän palveluista annettu laki suojaa luottamuksellista viestintää, mutta tämän suojan alkuperä ei ole vain perustuslaissa vaan myös EU-oikeudessa, nimittäin ePrivacy-direktiivissä<sup>8</sup>. Sekä direktiivi että sen kansallisesti täytäntöönpaneva SVPL ovat huomattavan vaikeaselkoisia yksityiskohdissaan. Direktiivin soveltamisala on määritelty varsin laajasti. Siinä

5. KKO 2023:14, kohta 11.

6. KKO 2023:14, kohta 14. Viestinnästä oli pääteltävissä sijaintitietoja.

7. KKO 2023:14, kohta 14.

8. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/58/EY, annettu 12 päivänä heinäkuuta 2002, henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla (sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi). EYVL L 201, 31.07.2002. Muutettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2009/136/EY, annettu 25 päivänä marraskuuta 2009, yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla annetun direktiivin 2002/22/EY, henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla annetun direktiivin 2002/58/EY ja kuluttajansuojalainsäädännön täytäntöönpanosta vastaavien kansallisten viranomaisten yhteistyöstä annetun asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta. EUVL L 337, 18.12.2009.

suojellaan viestinnän luottamuksellisuutta. Direktiivin 5 artiklan mukaan jäsenvaltioiden on kansallisella lainsäädännöllä varmistettava yleisen viestintäverkon ja yleisesti saatavilla olevien sähköisten viestintäpalvelujen välityksellä tapahtuvan viestinnän ja siihen liittyvien liikennetietojen luottamuksellisuus. Viestinnällä tarkoitetaan 2 artiklan määritelmän mukaan tietoa, jota vaihdetaan tai jota siirretään tiettyjen osapuolten kesken yleisesti saatavilla olevan sähköisen viestintäpalvelun avulla. On vaikea arvioida, voidaanko Anom-viestintäpalvelua ja siihen soveltuvia puhelimia pitää yleisesti saatavilla olleina. Korkein oikeus katsoi, ettei kyse kuitenkaan ollut yleisestä viestintäverkosta, ja vältti siten tämän EU-oikeudellisen lähteistön tulkintapulmat.

Korkein oikeus ei muutoin tarkastellut yksityisyyden suojaa EU-oikeuden kannalta. Luontevaa olisi kuitenkin ollut pohtia sitä, olisiko jokin muu tietosuojaa koskeva säännöstö tullut sovellettavaksi. Jos SVPL ei soveltunut siksi, että viestintäverkon ei voitu katsoa olevan yleinen, olisi sovellettavaksi tullut yleinen tietosuoja-asetus tai tässä tapauksessa kenties sitä täydentävä rikosasioiden tietosuojadirektiivi kansallisine täytäntöönpanosääntöineen. Korkein oikeus ei kuitenkaan harkinnut sitä, oliko poliisin menettely tämän sääntelyn vastaista.<sup>9</sup> Näin se ei myöskään joutunut ottamaan kantaa EU:n perusoikeuskirjan takaa-aman perusoikeussuojan mahdollisiin loukkauksiin, mukaan lukien oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin suojaan.

Riippumatta EU-oikeuden mahdollisista vaatimuksista korkein oikeus katsoi sekä perustuslakiin että Euroopan ihmisoikeussopimukseen vedoten, että luottamuksellisten viestien suojaan puuttuminen on mahdollista vain lain nojalla eikä menettelyssä ollut noudatettu sellaista lakia, joka puuttumisen mahdollisti.<sup>10</sup>

Korkeimman oikeuden johtopäätös oli, että yksityiselämän ja luottamuksellisen viestin suojaan oli puututtu jo siten, että vastaajien Anom-puhelimilla lähetettyjä viestejä oli tarkkailtu ja tallennettu. Tallentamisen ei ollut väitettykään tapahtuneen pakkokeinolain tai muun kansallisen lain nojalla. Kun viestien hankkiminen ei ollut tapahtunut minkään kansallisen lain nojalla, oli viesti hankittu oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 25 §:n 3 momentissa tarkoitettulla tavalla lainvastaisesti.<sup>11</sup>

Syyttäjän kantaa voidaan tästä näkökulmasta pitää jossain määrin ongelmallisena. Syyttäjän mukaan todistelua ei ollut hankittu lainvastaisesti. Syyttäjä totesi kyllä yksityisyyden suojan ja luottamuksellisen viestin suojan olevan perusoi-

9. Luonnollisten henkilöiden suojelusta toimivaltaisten viranomaisten suorittamassa henkilötietojen käsittelyssä rikosten ennalta estämistä, tutkimista, paljastamista tai rikoksiin liittyviä syytetoimia tai rikosoikeudellisten seuraamusten täytäntöönpanoa varten sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja neuvoston puitepäätöksen 2008/977/YOS kumoamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/680 (rikosasioiden tietosuojadirektiivi). EUVL L 119/89, 4.5.2016.

10. KKO 2023:14, kohdat 16–17.

11. KKO 2023:14, kohdat 16–17.

keuksia ja katsoi aivan oikein, että kansainvälisen ja eurooppalaisen ihmisoikeuskäytännön mukaan nämä perusoikeudet eivät ole ehdottomia. Syyttäjä nosti esiin muun muassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) käytäntöä, jossa ei ole todettu loukkausta silloin, kun kyse on ollut muun muassa laajamittaisen järjestäytyneen rikollisuuden, kuten huumekaupan, tutkinnasta. Puuttuva linkki tässä perusteluketjussa on kuitenkin se, että perusoikeuksiin voidaan puuttua vain lailla. Jotta syyttäjä olisi voinut pitää todistelun hankkimista laillisena, syyttäjän (ja alun perin poliisin) olisi ollut välttämätöntä löytää sellainen laki, jonka perusteella Anom-viestejä voitiin kerätä ja käyttää. Sellaista lakia ei ollut, minkä korkein oikeus ratkaisussaan selvästi ilmaisi.

### 3. Todisteiden hyödyntäminen ja vapaan todistelun periaate

Vaikka korkein oikeus katsoi, että todistelu oli hankittu lainvastaisesti, tuli sen vielä harkita, voitiinko todisteet asettaa hyödyntämiskieltoon. Tässä keskeiseksi nousi pohdinta siitä, mitä oikein tarkoitetaan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 25 §:n 3 momentissa todisteiden hyödyntämisellä:

[T]uomioistuim saa hyödyntää myös lainvastaisesti hankittua todistetta, jollei hyödyntäminen vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista ottaen huomioon asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet.

Kotimaisessa oikeudessamme vapaan todisteiden harkinnan perinne on vahva.<sup>12</sup> Miten kyseistä lainkohtaa oli tässä tapauksessa sovellettava, on hankala kysymys: vaikka hyödyntämiskielto on poikkeuksellinen, se on kuitenkin mahdollinen. Sekä syyttäjä että vastaajat vetosivat tulkinnan avuksi lakivaliokunnan mietintöön vuodelta 2014, joka koskee oikeudenkäymiskaaren 17 luvun uudistamista.<sup>13</sup> Korkein oikeus viittasi myös useasti samaan lähteeseen pohtiessaan, vaarantaako laittomasti hankitun todistelun hyödyntäminen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen.<sup>14</sup>

Mielenkiintoista on, että valiokunnan mietinnöstä on moneksi. Valiokunta totesi nimittäin, että sen saama selvitys hyödyntämiskiellosta oli hyvin ristirii-

12. Aiheesta on kirjoitettu paljon. Ks. viimeaikaisista puheenvuoroista esim. Aki Rasilainen, Korkeimman oikeuden näyttöprejudikaatit ja vapaa todistusharkinta. *Lakimies* 1/2023, s. 53–76.

13. LaVM 19/2014 vp (HE 46/2014 vp oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi). Ks. myös edellä mainittu hallituksen esitys.

14. Ks. esim. KKO 2023:14, kohdat 7 ja 20.



taista. Osa asiantuntijoista piti ehdotettua sääntelyä välttämättömänä, kun taas osa katsoi, että lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskiellon tulisi olla ehdotettua laajempi. Osa taas näki ehdotetussa sääntelyssä merkittäviä vaaran lähteitä rikosvastuun toteuttamisen kannalta.<sup>15</sup>

Valiokunta totesi lausunnossaan, että vapaan todisteiden harkinnan edut aineellisen totuuden saavuttamisessa ovat selvät. Hyödyntämiskielto voi kuitenkin tulla kysymykseen tilanteissa, jotka liittyvät epäillyn kohteluun esitutkinnassa.<sup>16</sup> Ratkaistaessa sitä, olisiko lainvastaisesti hankittu todiste asetettava hyödyntämiskieltoon, tuomioistuimen tulee valiokunnan mukaan aina suorittaa kokonaisvaltainen arviointi: harkinnassa eri suuntiin vaikuttavat yhtäältä asian selvittämistänsi ja toisaalta tapahtuneen perus- tai muun oikeudenloukkauksen vakavuus ja oikeusturvanäkökohdat. Valiokunnan kanta oli, että todisteiden käyttäminen voidaan kieltää vain hyvin poikkeuksellisesti niiden hankkimisessa tehtyjen virheiden johdosta. Valiokunta painotti, että esimerkiksi muotovirheet eivät voi johtaa hyödyntämiskieltoon. Todisteiden hyödyntämiskiellon tarkoitus ei ole toimia kurinpitokeinona, jolla puututtaisiin viranomaistoiminnan virheisiin tai puutteisiin. Tätä varten on omat virkavastuuseen liittyvät ja rikosoikeudelliset keinonsa.<sup>17</sup>

Korkein oikeus luki valiokunnan mietintöä painottaen pääsääntöä eli vapaata todisteiden harkintaa:

Nämä sääntelyn tausta-ajatukset huomioon ottaen Korkein oikeus pitää perusteltuna, että säännöksen soveltamista koskevassa harkinnassa annetaan keskeinen merkitys ihmisoikeustuomioistuimen käytännölle eikä todisteiden hyödyntämiselle aseteta tiukempia edellytyksiä kuin ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä on tehty. Jos käsillä on tilanne, jossa ihmisoikeustuomioistuin sen aikaisempi oikeuskäytäntö huomioon ottaen todennäköisesti katsoisi todisteen hyödyntämisen loukanneen oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin tai unionin oikeuden soveltuessa hyödyntäminen olisi unionin tuomioistuimen ratkaisujen perusteella unionin oikeuden vastaista, todiste on asetettava hyödyntämiskieltoon. Muissa tapauksissa on perusteltua noudattaa säännöksen mukaista pääsääntöä eli sallia lainvastaistenkin todisteiden hyödyntäminen.<sup>18</sup>

Tämä on mielenkiintoinen kanta. Anom-tapauksessahan kyseessä ei ollut esitutkinnassa tehty muotovirhe tai esimerkiksi pakkokeinolain jonkin yksityiskohdan sivuuttaminen vaan koko pakkokeinolain ja siihen sisältyvien vastaajia suojaavien oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeiden sivuuttaminen luotamuksellisen viestin suoja loukaten.

15. LaVM 19/2014 vp, s. 6.

16. LaVM 19/2014 vp, s. 7.

17. LaVM 19/2014 vp, s. 7.

18. KKO 2023:14, kohta 20.

Analogisesti voidaan tarkastella korkeimman oikeuden aikaisempaa käytäntöä niin sanotun ylimääräisen tiedon käytöstä. Pakkokeinolain 10 luvun 55 §:n mukaan ylimääräistä tietoa on telekuuntelulla, televalvonnalla, tukiasematietojen hankkimisella ja teknisellä tarkkailulla saatu tieto, joka ei liity rikokseen tai joka koskee muuta rikosta kuin sitä, jonka tutkintaa varten lupa tai päätös on annettu. Tällaista tietoa saa käyttää pakkokeinolain 10 luvun 56 §:n mukaan vain tietyin ehdoin. Korkein oikeus on ratkaisuisaan KKO 2016:17 ja KKO 2007:58 sekä KKO 2019:36 asettanut hyödyntämiskieltoja tällaisen ylimääräisen tiedon osalta.

Anom-tapausta voi olla hedelmällistä verrata näihin. Tosin nyt kyse ei ollut ylimääräisestä tiedosta sikäli, että se olisi saatu toisen, luvanvaraisen telepakkokeinon yhteydessä. Anom-viestejä voidaan kenties pitää kokonaisuudessaan ylimääräisinä, sillä poliisilla ei ollut lupaa mihinkään telepakkokeinoon, jonka yhteydessä Anom-viestit saatiin. Koko menettely tapahtui ilman lupaa. Tästä näkökulmasta on jossain määrin yllättävää, ettei korkein oikeus asettanut hyödyntämiskieltoa.

Hieman analogisessa ratkaisussa KKO 2019:36 oli kyse juuri telepakkokeinoista. Siinä korkein oikeus piti yksityisyyden ja luottamuksellisen tiedon suojaan niin merkittävänä, että määräsi hyödyntämiskiellon. Se totesi muun muassa, että aikaisemmasta vapaan todistelun periaatteeseen pohjautuvasta sinänsä sallivasta suhtautumisesta on pakkokeinolain 10 luvun 56 §:n säännöksen myötä siirrytty sääntelyyn, joka ilmentää entistä rajoitetumpaa suhtautumista ylimääräisen tiedon käyttämiseen näyttönä. Viitaten esitöihin se tulkitsi pakkokeinolain 10 luvun 56 §:ää suppeasti. Se ei laajentanut oikeutta käyttää ylimääräistä tietoa näyttönä tilanteisiin, joissa pykälän 1 ja 2 momentin mukaiset edellytykset jäivät täyttymättä. Kyseessä oli salassapitorikos, joka ei täyttänyt näitä edellytyksiä.<sup>19</sup>

Anom-tapauksessa korkein oikeus totesi, että viestien hankkiminen FBI:n toteuttamalla operaatiolla on periaatteessa merkinnyt olennaista yksityiselämän ja luottamuksellisen viestin suojan loukkausta, koska tähän suojaan oli puututtu ilman laissa säädettyä perustetta. Loukkauksen vakavuutta tarkastellessaan korkein oikeus katsoi kuitenkin, että Anom-puhelimia oli tarjottu pääasiassa järjestäytyneeseen rikollisuuteen liittyville henkilöille. Tämän vuoksi ja sovelluksen väitetyt salausominaisuudet huomioon ottaen oli ollut oletettavissa, että tarkkailtavat viestit liittyivät lähinnä vakavien rikosten suunnitteluun ja tekemiseen. Kysymys ei siis ollut ennalta täysin rajoittamattomaan henkilöjoukkoon kohdistuneesta valvonnasta vaan valikoituneesta kohteesta.<sup>20</sup> Näin korkein oikeus perusteli sitä, ettei sinänsä olennainen oikeuksien loukkaus ole kuitenkaan ollut niin vakava, että hyödyntämiskielto tulisi asettaa.

Ratkaisussa todetaan myös, että Anom-puhelimen käyttäjällä on puhelimen käyttötarkoituksen perusteella ollut aihetta ottaa huomioon, että hän voi olla

19. KKO 2019:36, kohdat 13–15.

20. KKO 2023:14, kohta 31.

viranomaisen tarkkailun kohteena. Tämä argumentti on jossain määrin epäselvä. Miten salaista viestintäkanavaa käyttävä henkilö olisi voinut olettaa, että hänen viestejään tarkkaillaan? Tähän ratkaisu ei anna vastausta, mutta siinä todetaan olevan muutoinkin selvää, että kun viestintä on pääasiassa koskenut rikosten suunnittelua tai tekemistä, kysymys ei ole yksityiselämän suojan ydinalueesta. Näin voidaan ajatella, mutta luottamuksellisen viestin suojan ydinalueen loukkauksena voidaan hyvinkin pitää sitä, että viestejä tarkkaillaan ja kerätään laajamittaisesti ilman lainsäädännöstä löydettävää perustetta ja vieläpä niin, ettei tarkkailtujen viestien sisältöä ollut ilmeisesti rajattu millään tavalla. Viesteissä on saattanut olla yhtä lailla arkaluonteista kuin muutakin tietoa. Viestejä, niiden metatietoja ja niiden sisältöä analysoimalla on oletettavasti ollut mahdollista tehdä yksityiskohtaisia päätelmiä tarkkailtujen henkilöiden – ja mahdollisesti myös heidän lähipiirinsä – yksityiselämästä.

Unionin tuomioistuimen (EUT) oikeuskäytännössä on korostettu viestinnän luottamuksellisuutta osana unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan mukaista yksityiselämän ja 8 artiklan mukaista henkilötietojen suojaa. Oikeuskäytäntö elää, mutta siinä on vakiintuneesti katsottu, että ainoastaan vakavan rikollisuuden torjumiseksi tai yleiseen turvallisuuteen kohdistuvien vakavien uhkien ehkäisemiseksi viranomaisille voidaan antaa kansallisen lainsäädännön nojalla oikeus saada sellaisia liikenne- ja paikkatietoja, joiden muodostama kokonaisuus voi mahdollistaa yksityiskohtaisten päätelmien tekemisen sähköisen viestintävälineen käyttäjän yksityiselämästä. Lisäksi toimivaltaisen viranomaisen tiedonsaantioikeus on rajattu täysin välttämättömään.<sup>21</sup> Tuomioistuin on pitänyt olennaisena sitä, että viranomaisten tietojensaantia edeltää riippumattoman hallinnollisen toimielimen, kuten tuomioistuimen, etukäteisvalvonta.<sup>22</sup> Näissä tapauksissa on pääosin ollut kyse metatietojen säilyttämisestä. Anom-operaatio meni huomattavasti pidemmälle, sillä siinä viranomaiset säilyttivät ja käyttivät sekä metatietoja että viestien sisältöä.

Varsin tuoreessa ratkaisussa *HYA ja muut* EUT täsmensi, että perusoikeuskirjan 47 artikla, jossa turvataan oikeudenmukainen oikeudenkäynti, on otettava huomioon telepakkokeinojen käyttämisen yhteydessä.<sup>23</sup> Tässä ratkaisussa pohdittiin sitä, minkälaista menettelyä on käytettävä, kun kansallinen tuomioistuin antaa luvan tiedustelumenetelmien käytölle. Anom-tilanteeseen ei löydy täysin analogista tapausta EUT:n käytännöstä siksi, että tilanteessa ei pyydetty lupaa pakkokeinoille lainkaan.

21. Asia C-203/15 ja C-698/15, *Tele2 Sverige ja Watson ym.*, ECLI:EU:C:2016:970 sekä asia C-207/16, *Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2018:788.

22. Yhdistetyt asiat C-511/18, C-512/18 ja C-520/18, *La Quadrature du Net ym.*, ECLI:EU:C:2020:791 sekä asia C-746/18, *Prokuratuur*, ECLI:EU:C:2021:152.

23. Asia C-349/21, *HYA, IP, DD, ZI ja SS*, ECLI:EU:C:2023:102, kohta 44.

EUT:n oikeuskäytännön valossa voitaisiin kenties katsoa, että Anom-viestien keräämisessä on ollut kyseessä luottamuksellisen viestin suojan ydinalueen loukkaus. Lienee myös melko ilmeistä, että olisi EU-oikeuden vastaista säätää kansallista lakia, joka mahdollistaisi Anom-viestien keräämisen sillä tavalla kuin tapauksessa oli tehty. Siksi on harmillista, ettei korkein oikeus syventynyt EU-oikeuden tarkasteluun. Tältä osin perusteluihin jää epäselvyyttä aiheuttava aukko.

Korkein oikeus perusteli hyödyntämiskiellon epäämistä myös menettelyn tarkoituksella. Anom-viestien hankkimisen taustalla on ollut pyrkimys torjua yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavaa vakavaa rikollisuutta. Tämä on sinänsä perustuslain 10 §:n 4 momentin ja ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan 2 kohdan mukainen yksityiselämän suojaan puuttumisen peruste, vaikkakin puuttuminen tässä tapauksessa on tapahtunut lainvastaisella tavalla. Yhteenvetona korkein oikeus totesi, että vaikka Anom-viestien lainvastainen hankkimistapa on siten loukannut vastaajien yksityiselämän ja luottamuksellisen viestin suojaa, loukkaus ei ole ollut niin vakavaa, että viestit pitäisi asettaa hyödyntämiskieltoon.<sup>24</sup>

#### 4. Pohdintaa

Ratkaisun sisältö on jaettavissa kahteen osaan. Ensimmäisessä korkein oikeus keskittyy määrittelemään sen, mitä tarkoittaa ”lainvastaisuus” oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 25 §:n 3 momentissa. Tältä osin tuomio on määrittelyratkaisu, jossa tuomioistuin keskittyy normien sisällön täsmentämiseen. Toisessa osassa tuomioistuin myös pitäytyy määrittelyssä, sillä se käy läpi 3 momentin sisällön kohta kohdalta ja arvioi, miten sääntelyä on sovellettava tapaukseen. Tuomioistuin ei siten syvenny varsinaiseen punnintaan, vaikka sekin olisi ollut mahdollista.<sup>25</sup> Tällöin toisessa vaakakupissa olisi ollut oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja toisessa kenties aineellisen oikeuden saavuttaminen. Tämänkaltainen arviointi olisi tehnyt ratkaisusta vielä merkittävämmän ja kenties hyödyllisemmän tulevaisuudessa vastaavissa tilanteissa.

On mielenkiintoista, että sekä syyttäjät ja vastaajat että korkein oikeus itse vetosivat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöön. Jokainen löysi siitä soveltuvia oikeusohjeita, jotka sopivat kulloisenkin argumentin tueksi. Korkein oikeus painotti, että EIT on katsonut laittomasti hankittujen äänitallenteiden tai

24. KKO 2023:14, kohdat 30–33.

25. Katso määrittely- ja punnintaratkaisusta Susanna Lindroos-Hovinheimo, Who controls our data? The legal reasoning of the European Court of Justice in *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein and Tietosuojavaltuutettu v Jehovan todistajat*. *Information & Communications Technology Law* 28(2) 2019, s. 225–238.

laittoman kotietsinnän osalta useissa ratkaisuisaan, ettei yksityiselämän suo-  
jaa loukkaamalla hankitun todisteen käyttäminen ollut tehnyt oikeudenkäyntiä  
epäoikeudenmukaiseksi.<sup>26</sup>

EIT:n ratkaisukäytäntö lähtee siitä, ettei ihmisoikeussopimus sinänsä mää-  
rittele, miten ja minkälaista todistelua kansallisissa oikeudenkäynneissä voidaan  
käyttää. Lainvastaisesti hankittujen todisteiden käyttäminen ei automaattisesti  
tarkoita, että valtio olisi loukannut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin peri-  
aatetta. Arviossa on EIT:n mukaan otettava huomioon se, voidaanko oikeuden-  
käyntiä kokonaisuudessaan pitää oikeudenmukaisena. Tässä tarkastelussa mer-  
kittävä seikka on lainvastaisuuden laatu. Jos lainvastaisuus liittyy 8 artiklan vas-  
taiseen toimintaan kuten Anom-tapauksessa, tulee pohtia sitä, miten vakavasta  
luottamuksellisen viestin loukkauksesta on ollut kyse.

EIT ei yleensä ole katsonut, että 6 artiklan suojaamaa oikeutta oikeudenmu-  
kaiseen oikeudenkäyntiin olisi loukattu, vaikka todisteiden hankkimisessa olisi-  
kin loukattu 8 artiklaan sisältyvää yksityisyyden taikka luottamuksellisen viestin  
suoja.<sup>27</sup> Siten oikeuskäytännössä on havaittavissa mielenkiintoinen kaksi-  
naisuus. Vaikka EIT on todennut 8 artiklaa loukatun todisteita hankittaessa, ei  
tällä loukkauksella ole ollut vaikutusta todisteiden käytettävyyden kannalta. EIT  
on varsin tarkka siitä, minkälaisia televalvonnan tai massavalvonnan käytäntöjä  
valtioilla saa olla.<sup>28</sup> Silti tämän kaltaisesta lainvastaisesta menettelystä ei usein-  
kaan seuraa, että todisteiden hyödyntäminen olisi vastoin oikeudenmukaisen  
oikeudenkäynnin periaatetta. Siten korkeimman oikeuden tulkinta on linjassa  
EIT:n ratkaisukäytännön kanssa.

Kokonaisuudessaan Anom-tuomio ilmentää erikoista tilannetta. Oikeus-  
järjestys pelaa kaksilla korteilla, jos viranomaisilla on mahdollisuus lainvastai-  
sesti hankkia todistelua ilman, että siitä karkeissakaan tilanteissa seuraa hyödyn-  
tämiskieltoa. Sama kaksinaisuus häilyy niin EIT:n käytännössä kuin kotimaisessa  
oikeudessa.

Voi olla mielenkiintoista pohtia sitä, mikä merkitys EU-oikeudella olisi voi-  
nut olla tässä ratkaisussa. Jos korkein oikeus olisi todennut, että EU-oikeus tulee  
sovellettavaksi joko ePrivacy-direktiivin tai unionin tietosuojasääntelyn kautta,  
olisi korkeimman oikeuden ollut välttämätöntä pohtia myös unionin perus-  
oikeuskirjan 47 artiklaa oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä ja tehokkaista  
oikeussuojakeinoista. Tällöin merkittäväksi lähteeksi olisi noussut EUT:n käy-  
täntö. Se on esimerkiksi ratkaisussa *Gavanozov II* katsonut, että henkilöllä, jota  
tutkintatoimenpiteet koskevat, on oltava käytettävissään asianmukaiset oikeus-  
suojakeinot, joiden avulla hän voi riitauttaa tutkintatoimenpiteiden sääntöjen-

26. KKO 2023:14, kohdat 30, 41 ja 48. Ks. esim. *Lee Davies v. Belgia* 2009.

27. Ks. esim. *Bykov v. Venäjä* 2009.

28. Ks. esim. *Big Brother Watch ja muut v. Yhdistynyt kuningaskunta* 2021 sekä *Ekimdzhiiev ja muut v. Bulgaria* 2022.

mukaisuuden ja tarpeellisuuden.<sup>29</sup> On ymmärrettävää, ettei korkein oikeus havainnut tapauksella olevan selkeää EU-oikeudellista linkkiä. Vaikka sellainen olisi ollutkin, asia on sen kaltainen, jonka ratkaisusta riippuu monen muun oikeudenkäynnin eteneminen. Täten on myös ymmärrettävää, ettei ennakkoratkaisua EUT:lta olisi haluttu pyytää. Silti on harmillista, ettei EUT päässyt ilmaisemaan omaa näkemystään asiassa, jossa on varsin poikkeuksellisia piirteitä.

## 5. Ratkaisun seuraukset

Korkeimman oikeuden ratkaisu on pääosin täyteläisesti ja tasapainoisesti laadittu. Tuomioistuin perustelee vakuuttavasti sen, että todistelu on hankittu laittomasti. Myös hyödyntämiskiellon epäminen perustellaan, mutta tältä osin ratkaisu ilmentää hankalaa pohdintaa, jossa tuomioistuin lopulta katsoo, ettei oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaate ollut vaarassa. Myös toisenlainen lopputulos olisi ollut mahdollinen, mutta näin hankalat arvioinnit ovat luonnollisesti avoimia monille tulkinnoille.

Ratkaisun seurauksia on kuitenkin syytä miettiä. Ensinnäkin on ilmeistä, että ratkaisu voi johtaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen korroosioon. Esitutkintaviranomaisten ei nimittäin ole välttämätöntä noudattaa lakia todisteiden hankkimisessa, jotta voisivat todisteita oikeudenkäynnissä käyttää. Tämä uhkakuva on syytä ottaa tosissaan. Siksi tapauksessa ei ole pohjimmiltaan kyse pelkästään yksilön perusoikeuksien – tässä tapauksessa PL 10 §:n – suojasta. Pikemminkin ratkaisu nostaa parrasvaloihin laajemman kysymyksen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja sitä kautta oikeusvaltion perusteiden turvaamisesta.

Korkein oikeus nojasi varsin vahvasti lakivaliokunnan lausuntoon, sillä paljon muita soveltuvia esitöitä ei ole. On kuitenkin huomion arvoista, ettei lakivaliokunta pohtinut lausunnossaan Anom-tapauksessa käsillä olevaa tilannetta. Valiokunnan huolenaiheena oli pikemminkin se, että todistelua jäisi hyödyntämättä sillä perusteella, että esitutkinnassa olisi tapahtunut jokin muotovirhe. Nyt tarkasteltavassa tapauksessa ei voida katsoa olleen kysymys muotovirheestä vaan selvästi vakavammasta menettelystä, joka oli lainvastaista laajemmin kuin muodollisesti.

Lakivaliokunnan lausunto jättää paljon harkintavaltaa tuomioistuimille yksittäistapauksiin, mitä voidaan pitää pragmaattisena lähtökohtana. Tuomioistuimet

29. Asia C-852/19, Gavanozov II, ECLI:EU:C:2021:902. Lähtökohta EU-oikeudessa on jäsenmaiden prosessiautonomia. Tästä voidaan mainita ratkaisu asiassa C-140/20, Garda Siochána, ECLI:EU:C:2022:258, jossa EUT totesi, että direktiivin vastaisella menettelyllä säilytettyjen todisteiden hyväksyttävyyden kuuluu kansallisen oikeuden alaan edellyttäen, että muun muassa vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteita noudatetaan. Ks. siviiliprosessista myös maaliskuussa 2023 ratkaistu asia C-268/21, Norra Strockholm Bygg, ECLI:EU:C:2023:145.

ovat itse parhaita pohtimaan, mikä on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kannalta tärkeää jokaisen jutun yksityiskohdat huomioon ottaen. Valiokunnan mukaan tuomioistuimen tulee aina suorittaa kokonaisvaltainen arviointi. Harkinnassa on otettava huomioon yhtäältä asian selvittämistäressi ja toisaalta tapahtuneen perus- tai muun oikeudenloukkauksen vakavuus ja oikeusturvänäkökohdat. Näillä perusteilla on hyvin ajateltavissa, että Anom-viestit olisi myös voitu asettaa hyödyntämiskieltoon. Perusoikeuden loukkausta voidaan pitää merkittävänä. Vastaajien oikeusturvatakeet, joista muun muassa pakkokeinoissa on säädetty, oli sivuutettu. Menettely oli siinä määrin lainvastainen, että sinänsä poikkeuksellinen hyödyntämiskielto olisi voinut olla aiheellinen.

Hieman eri tavalla kiinnostava kysymys liittyy siihen, minkälaisia vaikutuksia korkeimman oikeuden ratkaisulla on pohdittaessa poliisin ja muiden viranomaisten toimintaa. Ratkaisussa todetaan varsin yksiselitteisesti, että todistusaineisto on hankittu lainvastaisesti. Tuomiossa ei yksilöidä, mikä taho lainvastaisesti on toiminut, mutta johdonmukainen päätelmä on varmaankin se, että joku on. Mikäli lakivaliokunnan lausunto otetaan tältä osin ohjenuoraksi, lienee merkittävä kohta tämä:

Todisteiden hyödyntämiskiellon tarkoitus ei ole toimia kurinpitokeinona, jolla puututtaisiin viranomaistoiminnan virheisiin tai puutteisiin. Tätä varten on omat virkavastuuseen liittyvät ja rikosoikeudelliset keinot.<sup>30</sup>

Siten on odotettavissa, että Anom-viestien hankkimiseen sisältyvää lainvastaista toimintaa tutkitaan vielä jossakin siihen tarkoitukseen sopivassa prosessissa.

## 6. Johtopäätökset

Asiassa keskeiseksi nousi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 25 §:n 3 momentti todisteiden hyödyntämisestä. Korkein oikeus päätyi kokonaisharkinnan perusteella johdonmukaiseen ratkaisuun, joka jätti kuitenkin ikävän sivumaun. Kun otetaan huomioon oikeudenloukkauksen vakavuus, olisi hyödyntämiskielto voitu asettaa. Silti ratkaisu on sikäli arvokas, että korkein oikeus perusteli varsin vakuuttavasti ja yksiselitteisesti todisteiden olevan lainvastaisesti hankittuja. Siltä osin ratkaisulla tulee olemaan oikeustilaa selkeyttävä vaikutus.

*Susanna Lindroos-Hovinheimo*

30. LaVM 19/2014 vp, s. 7.

# KKO 2023:11 – Oikeudetonta vai ei? Moottorikäyttöisen ajoneuvon kuljettaminen ajokiellon päätyttyä ilman palautettua ajo-oikeutta

Lakimies  
3-4/2023  
s. 584-591

## 1. Johdanto

Korkein oikeus (KKO) antoi helmikuussa 2023 liikennerikollisuuteen ja ajokielto-seuraamukseen liittyvän ennakkopäätöksen. A oli määrätty määräaikaan ajokieltoon, mutta hänen ajokorttiaan ei ollut ajokiellon aikana saatu poliisin haltuun. A oli ajokiellon päättymisen jälkeen kuljettanut henkilöautoa. Syyttäjä vaati, että A tuomitaan rangaistukseen rikoslain (39/1889, RL) 23 luvun (545/1999) 10 §:n mukaisesta kulkuneuvon kuljettamisesta oikeudetta. Kaikki oikeusasteet päätyivät siihen, että A ei ollut syyllistynyt kyseiseen rikokseen. Korkeimman oikeuden ratkaisu syntyi äänestyspäätöksenä.

Tässä kirjoituksessa esitellään aluksi tapauksen tausta ja käsittely alemmissa oikeusasteissa. Tämän jälkeen käsitellään varsinaista korkeimman oikeuden ratkaisua. Lopuksi pohditaan sitä, mikä merkitys ja ennakkopäätösarvo ratkaisulla on ja millaisia seurauksia siitä on muun muassa poliisin toiminnan näkökulmasta.

## 2. Taustaa

Tapauksessa syytettynä ollut A oli määrätty määräaikaan ajokieltoon 10.4.–14.5.2019 väliseksi ajaksi. A:n ajokorttia ei ollut saatu poliisin haltuun ajokiellon aikana, eikä A ollut myöskään ryhtynyt toimenpiteisiin ajo-oikeuden palauttamiseksi ajokiellon päätyttyä. A:lle ei siis ollut ajokiellon päättymisen 14.5.2019 jälkeen palautettu ajo-oikeutta. A oli kuljettanut henkilöautoa 1.2.2020, mikä oli syyttäjän mukaan tapahtunut ajo-oikeudetta. Kuten jo edellä todettiin, syyttäjä vaati, että A tuomitaan teostaan rangaistukseen kulkuneuvon kuljettamisesta oikeudetta.

A kiisti syytteen. A ei ollut saanut poliisilta ohjeistusta luovuttaa ajokorttia tai uusia ajo-oikeutta. A ei ollut saanut poliisin ajokieltopäätöstä koskevaa kirjettä. Kyseessä oli A:n ensimmäinen ajokielto, joten hän ei ollut ollut tietoinen menettelytavoista ajo-oikeuden palauttamiseksi.



Käräjäoikeuden mukaan ajokorttilain (386/2011, AKL) sanamuodosta ei ilmene, etteikö ajo-oikeus voisi ajokiellon päättymisen jälkeen alkaa uudelleen ilman poliisin toimenpiteitä. Laillisuusperiaate ei kuitenkaan mahdollistanut ajokorttilain laajentavaa tulkintaa. A:han kohdistettu syyte hylättiin Lapin käräjäoikeudessa, kun käräjäoikeus katsoi, ettei A ollut syyllistynyt kulkuneuvon kuljettamiseen oikeudetta.

Syyttäjä valitti hovioikeuteen vaatiessa, että A tuomitaan käräjäoikeudessa esitetyn syytteen mukaisesti rangaistukseen kulkuneuvon kuljettamisesta oikeudetta. Hovioikeus ei kuitenkaan muuttanut käräjäoikeuden tuomion lopputulosta. Syyttäjälle myönnettiin valituslupa korkeimpaan oikeuteen. Syyttäjä vaati korkeimmalle oikeudelle osoittamassaan valituksessa, että A tuomitaan rangaistukseen kulkuneuvon kuljettamisesta oikeudetta. A vaati vastauksessaan valituksen hylkäämistä.

### 3. Mistä ennakkopäätöksessä on kysymys?

#### 3.1. Ajo-oikeudesta

Korkeimman oikeuden ratkaistavana oli kysymys siitä, onko A syyllistynyt kulkuneuvon kuljettamiseen oikeudetta. Kulkuneuvon kuljettamisesta oikeudetta on RL 23 luvun 10 §:n mukaan tuomittava muun muassa se, joka kuljettaa moottori-käyttöistä ajoneuvoa ajo-oikeudetta. Teko on rangaistava vain tahallisena.<sup>1</sup> Ajo-oikeudettomuus on kyseisen rikoksen keskeinen tunnusmerkistötekijä, joka saa sisältönsä ajokorttilain ajo-oikeutta koskevista säännöksistä.

Ajokorttilain 6 §:n 1 momentin mukaan ajo-oikeus alkaa muun ohella silloin, kun ajokortti luovutetaan. Pykälän 2 momentin 1 kohdan mukaan ajo-oikeutta ei ole, jos ajo-oikeuden haltija on ajokiellossa tai väliaikaisessa ajokiellossa. Pykälän 4 momentin (70/2015) mukaan ajokiellon tai väliaikaisen ajokiellon päättymisen jälkeen ajo-oikeus alkaa uudelleen, kun poliisi palauttaa ajokortin haltijalleen tai antaa hänelle väliaikaisen ajokortin. Sen, joka on määrätty ajokieltoon tai jonka ajo-oikeus on rauennut, on heti luovutettava ajokorttinsa poliisille (AKL 75 §).

Ajokielto on käytännössä hyvin merkittävä seuraamus, jonka rikkominen on rangaistava teko. Ajokiellon merkittävyttä seuraamuksena lisää se, että törkeästä liikenneturvallisuuden vaarantamisesta, rattijuopumuksesta tai törkeästä rattijuopumuksesta tai vaarallisten aineiden kuljetusrikoksesta epäilty on mahdollista määrätä väliaikaiseen ajokieltoon (AKL 70 §). Väliaikaiseen ajokieltoon

1. Matti Tolvanen, Tieliikenne rikokset ja kriminaalipolitiikka. Lakimiesliiton Kustannus 1999, s. 366.

voidaan lain mukaan määrätä ajo-oikeuden haltija, mutta ei henkilöä, jolla ei ole ajo-oikeutta. Toki tähän ei ole tarvettakaan, koska ajo-oikeudeton ei saa kuljettaa ajoneuvoa, jonka kuljettamiseen vaaditaan ajo-oikeus.<sup>2</sup>

Aiemmassa ratkaisussaan KKO 1994:143 korkein oikeus on purkanut rangaistusmääräyksen ja vapauttanut vastaajan rangaistuksesta, joka oli tuomittu ajo-oikeudetta ajosta. Kyseisessä tapauksessa vastaaja ei ollut tuomioistuimen määräämän ajokiellon alkaessa luovuttanut ajokorttiaan poliisille eikä sitä ollut ajokiellon päätyttyä hänelle palautettu. Vastaaja oli sittemmin tuomittu rangaistukseen ajokiellon päätyttyä tapahtuneesta ajo-oikeudetta ajosta, vaikka hänellä oli ajon aikana hallussaan ajokortti.<sup>3</sup> Tässä vuoden 1994 ennakkopäätösasiassa sovellettiin tieliikennelain (TLL) 64 §:n 2 momenttia sellaisena kuin se oli laissa 676/1990: Säännöksen mukaan ajo-oikeus alkaa, kun ajokortti luovutetaan. Ajo-oikeutta ei ole sillä, joka on määrätty ajokieltoon tai väliaikaiseen ajokieltoon. Ajo-oikeus alkaa uudelleen, kun ajokiellon tai väliaikaisen ajokiellon päättymisen jälkeen ajokortti palautetaan haltijalleen tai hänelle luovutetaan uusi ajokortti. Korkeimman oikeuden mukaan kyseistä säännöstä ei voitu tulkita niin, että vastaaja olisi ajokiellon päättymisen jälkeen tapahtuneen ajon aikana ollut edelleen ajokiellossa. Vastaajan tuomitseminen rangaistukseen ajo-oikeudetta ajosta oli siten perustunut ilmeisen väärään lain soveltamiseen.<sup>4</sup>

Pykälän 4 momentti on muutettu nyt voimassa olevaan muotoonsa lailla 70/2015. Lainmuutokseen johtaneessa hallituksen esityksessä on kyseisen säännöksen yksityiskohtaisissa perusteluissa todettu, että lainmuutoksella luovuttaisiin uuden ajokortin antamisesta tapauksessa, jossa ajokortti on jäänyt saamatta poliisiin haltuun ajokiellon ajaksi. Uutta ajokorttia ei enää tilattaisi, jos henkilöllä olisi ollut ajokortti hallussaan ajokiellon ajan. Ajo-oikeuden jatkuminen edellyttäisi kuitenkin poliisin toimia, eikä ajo-oikeus jatkuisi vain ajokieltoajan päättymisen jälkeen ilman käyntiä poliisin luona.<sup>5</sup>

### 3.2. Laillisuusperiaate tässä yhteydessä

Rikoslain 3 luvun 1 §:n 1 momentin eli rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen (”ei rikosta ilman lakia”, latinaksi *nullum crimen sine lege*)<sup>6</sup> mukaan rikokseen

2. Matti Tolvanen, Väliaikainen ajokielto, poliisin määräämä ajokielto ja hallinto-oikeuden toimivalta, s. 209–222 teoksessa Altti Mieho (toim.), Iura novit curia – Juhlakirja Veijo Tarukannel 60 vuotta. Edita Publishing 2013.

3. KKO 1994:143.

4. Ks. myös Tolvanen 1999, s. 367.

5. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi ajokorttilain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta 313/2014 vp, s. 48.

6. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 44/2002 vp, s. 13.

sylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi. Vastaava periaate sisältyy myös perustuslain 8 §:ään sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklaan ja Yhdistyneiden kansakuntien kansalaisyhteiskunnan poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 15 artiklaan. Laillisuusperiaate on yksi keskeisimpiä rikosoikeudellisia periaatteita tai jopa keskeisin periaate, joka vaikuttaa sekä rikosoikeudellisia säännöksiä säädettäessä että niitä käytännössä sovellettaessa.<sup>7</sup> Sen tausta-arvot liittyvät ennustettavuuden ja yhdenvertaisuuden asettamiin vaatimuksiin.<sup>8</sup> Yksilön on saatava sääntelystä yksiselitteisesti selville, onko jokin toiminta rangaistavaa.<sup>9</sup> Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate toimii rikosoikeudenkäyttöä rajoittavana tekijänä taaten varmuuden siitä, että yksilön toimiessa lain mukaisesti häneen ei kohdisteta seuraamuksia.<sup>10</sup>

Ajokorttilain 6 §:n 2 momentin 1 kohdan ja 4 momentin sääntely on tulkinnanvaraista sen suhteen, palautuuko ajo-oikeus ajokieltoon määrätylle henkilölle ajokiellon päättyessä automaattisesti vai vasta jonkinlaisen viranomaistoimenpiteen seurauksena tilanteessa, jossa ajokieltoon määrätyllä on ollut ajokiellon ajan ajokortti hallussaan. Epäselvyys johtuu ennen kaikkea siitä, että pykälän 4 momentin mukaan ajo-oikeus alkaa ajokiellon päättymisen jälkeen uudelleen, kun poliisi palauttaa ajokortin haltijalleen tai antaa tälle väliaikaisen ajokortin. Kumpikaan näistä poliisin toimenpiteistä ei kuitenkaan sovellu tilanteeseen, jossa ajokieltoon määrätyllä on ajokiellon päättyessä ajokorttinsa hallussaan.

Lain esitöissä on lähdetty siitä, että ajo-oikeus jatkuisi ajokiellon päättymisen jälkeen vasta poliisin toimenpiteiden seurauksena ja että ajo-oikeuden jatkuminen siksi vaatisi käyntiä poliisin luona.<sup>11</sup> Laissa ei kuitenkaan ole säädetty siitä, millä edellytyksillä ajo-oikeus jatkuu ja mitä poliisin toimenpiteitä tarvitaan tilanteessa, jossa ajokortti on määräaikaisten ajokiellon päättyttyä yhä ajokieltoon määrätyn henkilön hallussa. Koska rikosoikeudellinen laillisuusperiaate edellyttää, että rikosvastuun perusteista säädetään riittävän täsmällisellä tavalla laissa, rikosvastuuta ei voida arvioitavana olevassa tapauksessa perustaa pelkästään kyseiseen esityölausumaan.

Tässä kommentoitavassa ratkaisussa korkein oikeus katsoi, että RL 23 luvun 10 §:n tunnusmerkistöön sisältyvästä ajo-oikeudettomuudesta ei ole käsillä olleen kaltaisten tilanteiden varalta säädetty AKL 6 §:ssä rikosvastuun täyttymi-

7. Sakari Melander, Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja rikosoikeudellinen tulkinta. Defensor Legis 4/2015, s. 644–661, 644.

8. HE 44/2002 vp, s. 28/II, 34/II.

9. Melander 2015, s. 661.

10. Ks. Eelis Paukku, Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate kriminaalipolitiikan tavoitteiden näkökulmasta. Edilex 2021/20. [www.edilex.fi/artikkelit/22765](http://www.edilex.fi/artikkelit/22765) (vierailtu 28.3.2023).

11. HE 313/2014 vp, s. 48.

sen kannalta riittävän selvästi ja yksiselitteisesti. Näin ollen sillä ei ollut aihetta muuttaa hovioikeuden ratkaisua.<sup>12</sup>

Korkeimman oikeuden ratkaisu oli äänestyspäätös, jossa kaksi korkeimman oikeuden jäsentä oli eri mieltä ratkaisun lopputuloksesta. He katsoivat, että AKL 6 §:n 4 momentin sisältämä säännös on sanamuodoltaan selkeä ja myös johdonmukainen ajokortin luovuttamista koskevaan AKL 75 §:ään nähden. Eri mieltä olleiden jäsenten mukaan nämä säännökset muodostavat kokonaisuuden, josta on todettavissa, että ajokieltoon määrätyn henkilön ajo-oikeuden palauttaminen edellyttää poliisiviranomaisen toimenpiteitä, joilla henkilön ajokortti palautetaan voimaan. Säännösten sanamuodot eivät perustele vastakohtaispäätelmää, jonka mukaan ajokieltoon määrätyn henkilön laiminlyödessä ajokortin luovuttamisen poliisille hänen haltuunsa jääneen ajokortin voimassaolo ja hänen ajo-oikeutensa jatkuisivat välittömästi ajokieltoajan päättymisen jälkeen ilman viranomaistoimia.<sup>13</sup>

Lausunnossaan eri mieltä olleet jäsenet perustelivat tulkintaansa seuraavasti: heidän mukaansa ajokorttilaissa ei ole enää nimenomaisesti lausuttu siitä, milloin tai millä edellytyksin ajo-oikeus alkaa uudelleen tilanteessa, jossa ajokorttia ei ole luovutettu poliisille ajokorttilaissa edellytetyin tavoin. Aiemmin voimassa olleeseen ajo-oikeutta koskevaan sääntelyyn nähden uutta on se, ettei ajokorttia ajokiellon ajan hallussaan pitäneelle henkilölle enää tilattaisi uutta ajokorttia. Aiemman säännöksen perusteella ajo-oikeus olisi jatkunut vasta uuden ajokortin myötä. Voimassa olevan lain esityöt lähtevät siitä, että ajo-oikeuden jatkuminen edellyttää edelleen poliisin toimia eikä ajo-oikeus jatku ajokieltoajan päättymisen jälkeen ilman käyntiä poliisin luona.<sup>14</sup>

Teon rangaistavuus käy eri mieltä olleiden jäsenten mukaan rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen edellyttämällä tavalla ilmi RL 23 luvun 10 §:stä sekä AKL 6 ja 75 §:stä. He katsoivat, että teon rangaistavuus on ollut kohtuudella tekijän ennakoitavissa rikoslain ja ajokorttilain säännösten perusteella. Jäsenten mukaan A:n ajo-oikeutta koskevassa poliisilaitoksen päätöksessä on nimenomaisesti ilmoitettu, että määräaikaisen ajokiellon päättymisen jälkeen ajo-oikeus alkaa uudelleen vasta, kun poliisi palauttaa ajokortin haltijalleen. He katsoivat hovioikeuden tuomiossaan toteamin tavoin, että A on saanut tiedon edellä mainitusta päätöksestä. A:n ei voida katsoa erehtyneen ajokorttilain sisällöstä rangaistusvastuun poistavalla tavalla (RL 4 luvun 2 §). Eri mieltä olleiden jäsenten näkemyksen perusteella A oli kuljettanut moottorikäyttöistä ajoneuvoa ajo-oikeudetta ja syyllistynyt kulkuneuvon kuljettamiseen oikeudetta.<sup>15</sup>

12. KKO 2023:11, kohta 16.

13. KKO 2023:11, eri mieltä olleiden jäsenten lausunnot.

14. KKO 2023:11, eri mieltä olleiden jäsenten lausunnot.

15. KKO 2023:11, eri mieltä olleiden jäsenten lausunnot.

#### 4. Korkeimman oikeuden ratkaisun ennakkopäätösarvosta ja sen seurauksista

Korkein oikeus julkaisee ratkaisujaan ennakkopäätöksinä yksinomaan siitä syystä, että se on sisällyttänyt ratkaisuihin ennakkopäätösnormin. Niihin siis sisältyy oikeusohje, jota KKO tahtoo alempien tuomioistuimien noudattavan niiden ratkaistessa samanlaisia tai samankaltaisia tapauksia. Ennakkopäätöksellä ja tarkemmin sanottuna sen sisältämällä oikeusohjeella on ennakkopäätösarvoa, kun sillä on ohjausvaikutusta muissa myöhemmin ratkaistavissa oikeuskysymykseltään samanlaisissa ja samankaltaisissa jutuissa.<sup>16</sup> Nyt annetussa ratkaisussa kyse oli kiinnostavasta oikeudellisesta ajokielloasiaan liittyvästä ongelmasta ja kiperästä tapauksesta, jossa kaikki oikeusasteet päätyivät samaan lopputulokseen. Ratkaisulla voidaan näin nähdä olevan arvoa eri oikeusasteiden yleisen uskottavuuden kannalta.<sup>17</sup> Ennakkopäätös antaa jokseenkin vahvan viestin siitä, että ajokiellon päätyttyä moottorikäyttöistä ajoneuvoa voi kuljettaa syyllistymättä kulkuneuvon kuljettamiseen oikeudetta silloinkin, kun ajo-oikeutta ei ole palautettu asioimalla poliisissa. Taustalla on siis tilanne, jossa ajo-oikeuden haltijan ajokorttia ei ole saatu poliisin haltuun ajokiellon ajaksi.

Korkein oikeus ennakkopäätöstuomioistuimena huolehtii muun muassa lainkäytön yhtenäisyydestä ja poistaa oikeustilassa vallitsevia epäselvyyksiä.<sup>18</sup> Ennustettavuuden näkökulmasta yhtenäinen linja eri oikeusasteiden välillä on ratkaisussa positiiviseksi katsottava asia. Kuitenkin huolestuttavaa on se, että korkeimman oikeuden mukaan ajo-oikeudettomuudesta ei ole nyt käsillä olleen kaltaisten tilanteiden varalta säädetty ajokorttilaissa riittävän yksiselitteisesti.

Lait ovat epätäydellisiä, enemmän tai vähemmän joustavia<sup>19</sup> ja myös toisinaan sisällöltään epäselviä. Tässä tapauksessa korkein oikeus ei tuominut A:ta kulkuneuvon kuljettamisesta oikeudetta lain epäselvän sisällön ja rikos-oikeudellisen laillisuusperiaatteen vuoksi. Lisämausteena ennakkopäätöksessä on toisaalta se, että se on äänestyspäätös, jossa kaksi oikeusneuvosta on ollut eri mieltä enemmistön kanssa. Eriävät mielipiteet avaavat usein mielenkiintoisia näkökulmia korkeimman oikeuden perustelujen vakuuttavuuteen ja tarjoavat

16. Ks. Mika Launiala, Korkeimman oikeuden ennakkopäätösjärjestelmä. Alma Talent 2020, luvut 1.2. ja 4.2. (verkkokirjahylly).

17. Oikeuskirjallisuudessa oikeusasteiden yleinen uskottavuus on nostettu esille päätösten asianosaisille tuoman arvon lisäksi. Ks. Mirjami Paso, Viimeisellä tuomiolla. Suomen korkeimman oikeuden ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkopäätösten retoriikka. Lakimiesliiton Kustannus 2009, s. 190–194.

18. Launiala 2020, luku 1.1.

19. Kalle Määttä, Oikeustaloustieteen perusteet. 2., uudistettu painos. Edita Publishing 2016, luku 2.4. (verkkokirjasto).

vaihtoehtoisia lähestymistapoja tulevaisuudessa ratkaistaviin kysymyksiin.<sup>20</sup> Näin myös tässä tapauksessa. Lisäksi vähemmistön näkemykset ilmentävät sitä, että asioihin ei ole aina olemassa yhtä oikeaa ratkaisua.<sup>21</sup> Eriävä mielipide tässä kommentoitavassa tapauksessa avaa hyvin sitä, missä määrin ajokieltoon määrätyn henkilön ajo-oikeuden jatkuminen edellyttää poliisin toimenpiteitä.

Oikeuslähdeopillisesti merkityksellistä on se, mikä on ennakkopäätöksen sisältämän oikeusohjeen velvoittavuus myöhemmin ratkaistavassa asiassa. Tyyppillisesti ennakkopäätösten velvoittavuutta tarkastellaan samankaltaista asiaa myöhemmin ratkaisevan tuomarin näkökulmasta. Ennakkopäätökset kuitenkin vaikuttavat myös siihen, millaiseksi vallitseva oikeustila muodostuu. Näin ollen niiden merkitys ei rajoitu yksin tuomioistuimessa harjoitettavaan lainkäyttöön vaan niiden vaikutus yhteiskunnassa on tätä laajempi.<sup>22</sup>

## 5. Lopuksi

Vaikka ennakkopäätöksellä ja siihen sisällytetyllä ennakkopäätösnormilla pyritään ohjaamaan oikeuskäytäntöä, sillä on tästä huolimatta ratkaistu vain yksittäinen tuomioistuimen käsiteltävänä ollut asia.<sup>23</sup> Vähemmistön kannanotolla ei välttämättä ole sanottavaa merkitystä yksittäisen asian asianosaiselle<sup>24</sup>, kuten tässä tapauksessa A:lle: A:han kohdistettu syyte hylättiin käräjäoikeudessa, ja tuomio pysyi muuttumattomana loppuun asti. Ratkaisulla kuitenkin on kokonaisuutena vahvaa ennakkopäätösarvoa jo enemmistön kannan perusteella, mutta myös äänestyspäätöksen myötä. Ennakkopäätösarvoa lisää eri mieltä olleiden jäsenten lausunnossa poliisin toimenpiteiden tarpeellisuuden esille tuominen. Lisäksi ennakkopäätöksen merkittävyyttä lisää se, että samantyyppinen tilanne on ollut korkeimman oikeuden ratkaistavana jo muutama vuosikymmen sitten eli oikeudellinen ongelma ei ole lainkaan uusi. Ratkaisu tulee ohjaamaan vastaavissa tilanteissa niin poliisin toimintaa kuin tuomioistuinten lainkäyttöä tulevaisuudessa. Ratkaisun myötä poliisin on huolehdittava yhä painokkaam-

20. Paso 2009, s. 188 ja Mikko Tulokas, Korkein oikeus prejudikaattituomioistuimena, s. 195–212 teoksessa Ari Saarnilehto (toim.), Maaliskuun 25 päivän rahasto 100 vuotta. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2007, s. 202.

21. Mika Sutela – Anssi Keinänen – Matti Tolvanen, Korkeimman oikeuden äänestyspäätökset 2010-luvulla: empiirinen analyysi oikeusneuvosten eriävien mielipiteiden esittämisestä. Lakimies 3/2013, s. 367–389, 369.

22. Launiala 2020, luku 4.2.

23. Launiala 2020, luku 6.6.

24. Mika Sutela – Anssi Keinänen – Matti Tolvanen 2013.

min ajokortin saamisesta haltuunsa määrättäessä väliaikaista tai määräaikaista ajokieltoa.

*Mika Sutela*

## 1. Johdanto

Korkein oikeus (KKO) antoi 2.3.2023 tuomionsa pienestä osasta Kittilän kunta-päätättäjiä koskenutta laajempaa virkasyytekokonaisuutta. KKO nimittäin myönsi syyksyllä 2021 syyttäjille valitusluvan koskemaan vain sitä, olivatko vastaajat syyllistyneet virkarikoksiin, kun Kittilän kunnanhallitus oli 16.12.2013 päättänyt peruuttaa kunnanjohtajan (julkaistussa prejudikaatissa lyhenteellä ”P”) kunnan nimissä henkilö O:sta tekemän tutkintapyyntöä ja antaa kunnan edustajille kuntakonserniin kuuluvassa hiihtohissiyhtiössä omistajaohjausta O:n palauttamiseksi yhtiön toimitusjohtajaksi. KKO tuomitsi vastaajat virka-aseman väärinkäyttämistä, kunnanhallituksen puheenjohtajana tuolloin toimineen B:n 60 päivän ehdolliseen vankeusrangaistukseen ja seitsemän muuta kunnanhallituksen jäsentä ja varajäsentä 10–60 päiväsakkoon.

Lähes kymmenen vuoden takaisista päätöksistä antamallaan tuomiolla KKO muutti Rovaniemen hovioikeuden tuomiota, jolla kaikki syytteet oli hylätty – kuten jo Lapin käräjäoikeudessa. Alkujaan jutussa syytettiin yhteensä 28:aa henkilöä, joista kaikki paitsi yksi olivat kunnanhallituksen, tilapäisen valiokunnan ja kunnanvaltuuston jäseniä tai varajäseniä. Syytteissä oli KKO:n nyt ratkaiseman asian lisäksi kysymys muun muassa P:n irtisanomisesta ja epäasiallisesta kohtelusta. Irtisanominen oli kumottu hallintotuomioistuimissa menettelyvirheiden takia (KHO 3.6.2016 T 2529). Vireillä on edelleen lukuisia Kittilän päätöksenteoa koskevia virkarikosoikeudenkäyntejä.<sup>1</sup>

Tässä kirjoituksessa tarkastelemme erityisesti kysymystä kunnan (ja hyvinvointialueen) luottamushenkilöiden virkavastuusta sekä sitä, miten KKO päätyi tuomiionsa ennakkopäätöksessään 2023:17. Kirjoituksessa tarkastelemme ensin yleisellä tasolla virkavastuuta koskevaa sääntelyä ennen kuin siirrymme käsitte-

\* Kirjoittajista *Pekka Viljanen* seurasi vuosina 2018–2019 tapauksen käsittelyä Lapin käräjäoikeudessa Rovaniemellä. Viljanen on kirjoittanut yhdessä toimittaja Eeva-Liisa Hynynen kanssa teoksen Kittilän laki (2020), jossa on kuvattu muun muassa tapauksen käsittelyä käräjäoikeudessa ja analysoitu käräjäoikeuden tuomiota. Viljanen seurasi toukokuussa 2022 KKO:ssa asianosaisten loppulausuntojen antamista. Kirjoittajista *Matti Muukkonen* toimii nykyisin väitöskirjatyön ohjaajana henkilölle, joka oli vastaajana hovioikeuden lainvoimaisesti hylkäämissä asiakokonaisuuteen liittyvissä syytteissä. Ohjaussuhde on alkanut vasta syytteesen johtaneiden tapahtumien jälkeen.

1. Syytteiden nostamiseen johtaneita tapahtumia on kuvattu teoksessa Pekka Viljanen – Eeva-Liisa Hynynen, Kittilän laki. Otava 2020.



lemään nimenomaan kommentoitavassa tuomiossa keskeiseksi muodostunutta kysymystä siitä, voiko virka-aseman väärinkäyttämiseen syyllistyä hallintolakia (434/2003) ja tarkemmin sanottuna sen 6 §:ään sisältyviä hallinnon oikeusperiaatteita rikkomalla. Sen jälkeen analysoimme tuomion aiheuttamaa tilannetta, jossa lainvoiman näyttäisivät saaneen keskenään ristiriitaiset tuomiot. Lopuksi pohdimme, mitä kuntien ja hyvinvointialueiden virkavastuusäntelylle tulisi tulevaisuudessa tehdä vai tarvitaanko vain ymmärryksen lisäystä instituution eri elementtien keskinäisyyksistä.

## 2. Virkavastuu kunnan päätöksenteossa

”Virkavastuulla tarkoitetaan virkamiesten erityistä ja yksilöllistä oikeudellista vastuuta toiminnastaan.”<sup>2</sup> Taustalla on ajatus siitä, kuinka virkamiesten tulee julkisia (hallinto)tehtäviä hoitaessaan noudattaa tarkoin lakia, kuten Suomen perustuslain (731/1999) 2 §:n 3 momentissa säädetään. Jos näin ei toimita vaan esimerkiksi virkatoimintaa koskevia säännöksiä rikotaan tai virkatehtäviä laiminlyödään, oikeusjärjestyksen mukaan tästä pitää aiheutua seuraamus. Tästä virkavelvollisuuksien ja virkavastuun perussuhteesta on säädetty perustuslain 118 §:ssä. Aiemman Suomen hallitusmuodon (94/1919) voimassa ollessa logiikka oli hahmotettavissa peräkkäisistä säännöksistä: hallitusmuodon 92 §:n 1 momenttiin sisältyi nykyistä perustuslain 2 §:n 3 momenttia vastaava, tuolloin virkatoimintaan kohdistettu, velvollisuus noudattaa lakia tarkasti, ja 93 §:ssä säädettiin seuraamusjärjestelmästä.

Virkavastuun on perinteisesti katsottu muodostuvan kolmesta eri elementistä. Virkavastuu voi siten konkretisoitua rikosoikeudellisina, hallinto-oikeudellisina ja vahingonkorvausoikeudellisina seuraamuksina. Velvollisuuksiensa vastaisesti toiminut virkamies<sup>3</sup> voi siten saada toiminnastaan tai toimimattomuudestaan rikostuomion, menettää työnsä tai joutua joissain tapauksissa korvaamaan aiheuttamansa vahingon joko kokonaan tai osittain.<sup>4</sup> Virkavastuun realisoitumista voi kuitenkin pitää poikkeuksellisena, sillä esimerkiksi siihen liittyviä rikos-

2. Ks. esim. Olli Mäenpää, Hallinto-oikeus 2018, jakso II.9.4. (verkkoteos päivitetty 23.1.2023).

3. Virkamiehen käsite vaihtelee hieman kontekstin mukaan. Virkamiesoikeudessa virkamiehinä pidetään ennen kaikkea julkisoikeudellisessa palvelussuhteessa olevia henkilöitä, esimerkiksi valtion virkamiehiä sekä kuntien, hyvinvointialueiden ja kirkon viranhaltijoita. Virkavastuu koskee myös julkista luottamustehtävää (pl. kansanedustajat) hoitavia henkilöitä, kuten kunnan luottamushenkilöitä, ja julkista valtaa käyttäviä yksityisiä sekä rajoitetusti myös julkisyhteisöjen työntekijöitä, ks. tarkemmin rikoslain (39/1889, RL) 40 luvun 11 ja 12 §.

4. Ks. esim. Seppo Koskinen – Heikki Kulla, Virkamiesoikeuden perusteet. Alma Talent 2019, s. 327–348.

tuomioita annetaan yleisesti arvioiden hyvin harvoin.<sup>5</sup> Myös irtisanomiset esimerkiksi kunnissa ovat rajoittuneet lähinnä kuntalain (410/2015) 41 §:n tarkoitamiin kunnanjohtajiin, ja nekin hoidetaan tyyppillisesti lain 42 §:n 3 momentin tarkoittamalla erokorvauksella. Vahingonkorvausta koskevista säännöksistä taas johtuu, että tyyppillisesti vastuussa korvauksista ovat nimenomaan julkisyhteisöt. Virkamiehet asetetaan korvausvastuuseen lähinnä vain silloin, kun nämä on tuomittu tahallisesta teosta.<sup>6</sup>

Virkarikoksista<sup>7</sup> säädetään RL 40 luvussa<sup>8</sup>, joka sisältää säännökset lahjuksen ottamisesta, virkasalaisuuden rikkomisesta, virka-aseman väärinkäytännisestä sekä muusta tahallisesta tai tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta.

Tässä kommentoitavassa tapauksessa syyttäjät vaativat rangaistusta ensisijaisesti virka-aseman väärinkäytännisestä (RL 40:7), toissijaisesti virkavelvollisuuden rikkomisesta (RL 40:9) ja viimesijaisesti tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta (RL 40:10). Tapauksessa sovelletun RL 40 luvun 7 §:n 1 kohdan mukaan virka-aseman väärinkäyttämiseen syyllistyy virkamies, joka hankkiakseen itselleen tai toiselle hyötyä taikka aiheuttaakseen toiselle haittaa tai vahinkoa rikkoo virkatoiminnassa noudatettavaan säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa osallistuessaan päätöksentekoon tai sen valmisteluun tai käyttäessään julkista valtaa muissa virkatehtävissään. Rikoslain 40:7:ssä mainitaan tekijänä vain virkamies, mutta kaikki luvun virkamiehiä koskevat säännökset koskevat luvun 12 §:n 1 momentista ilmenevin tavoin myös kuntien (ja hyvinvointialueiden) luottamushenkilöitä.

Tapauksessa kaikki vastaajat osallistuivat päätöksentekoon, kunnanhallituksen puheenjohtaja B myös päätöksenteon valmisteluun kutsumalla kunnanhalli-

5. Ks. Niina Mäntylä – Ville Karjalainen – Nora Korhonen – Kristian Siikavirta – Henrik Wenander – Vesa Annola, Virkavastuu julkishallinnon muuttuvassa toimintaympäristössä. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2022:14, s. 11. [https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/163833/VNTEAS\\_2022\\_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/163833/VNTEAS_2022_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (vierailtu 23.3.2023).

6. Ks. Mäntylä ym. 2022, s. 12. Tarkemmin vahingonkorvausoikeudellisesta virkavastuusta ks. Suvianna Hakalehto-Wainio, Valta ja vahinko – julkisen vallan käyttäjän vahingonkorvausvastuu vahingonkorvauslaissa. Talentum 2008.

7. Tarkemmin ks. Pekka Viljanen, Virkarikoksista. Rikosoikeudellinen tutkimus rangaistavan teon virkamiesominaisuudesta ja sen merkityksestä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1984; Pekka Viljanen, Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset. Lakimiesliiton Kustannus 1990 ja Pekka Viljanen, Virkarikokset, s. 865–948 teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, Keskeiset rikokset. 4., uudistettu laitos. Edita Publishing 2018.

8. Huomaa, että myös joihinkin muihin rikoksiin voi syyllistyä käytännössä vain virkamies, minkä lisäksi virkamiehet toki voivat olla tekijänä myös muissa rikoksissa joko asemassaan tai yksityishenkilönä, ks. tarkemmin Matti Muukkonen – Matti Tolvanen, Esimiehen reagointivelvollisuus kunnassa. Edilex 36/2021.

tuksen kokouksen koolle 16.12.2013 sekä päättämällä tuolloin itsenäisesti, mitkä asiat kokouksessa käsitellään ja minkä aineiston perusteella.<sup>9</sup>

Rangaistukseksi virka-aseman väärinkäyttämistä on säädetty sakkoa tai vankeutta enintään kaksi vuotta. Virkamies – kuten myös luottamushenkilö – voidaan tuomita RL 2 luvun 7 §:stä tarkemmin ilmenevin tavoin lisäksi myös viralta pantavaksi, jos rikos osoittaa hänet ilmeisen sopimattomaksi tehtävänsä. Virka-aseman väärinkäyttäminen on törkeää (RL 40:8), jos teolla tavoitellaan huomattavan suurta hyötyä tai pyritään aiheuttamaan erityisen tuntuva haittaa tai vahinkoa tai rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti tai häikäilemättömästi. Rangaistus on silloin vankeutta vähintään neljä kuukautta ja enintään neljä vuotta sekä viraltapano.

### 3. Hallintolain rikkominen rikosoikeudellisen virkavastuun näkökulmasta

#### 3.1. Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vaatimukset

Syyttäjät nojautuivat syytteessään keskeisesti RL 40 luvun 7 §:ään sekä hallintolain 6 ja 31 §:ään. Rikoslain 40:7:ssä edellytetään siis olevan kyse ”virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuuden” rikkomisesta hyötymis-, hyödyttämis- tai vahingoittamistarkoituksessa. Säännös on sikäli avoin, että se ei koskaan yksinään riitä tuomion perusteeksi vaan aina on löydettävä jostakin säännös tai määräys, joka antaa sisällön virkavelvollisuudelle.<sup>10</sup> Tarkasteltava ratkaisu on erittäin merkittävä siksi, että siinä KKO otti ensimmäistä kertaa kantaa siihen, kelpaavatko hallintolain 6 ja 31 § tällaisiksi sisältöä antaviksi säännöksiksi.

Perustuslakivaliokunta asetti mietinnössään 25/1994 vp blankorangaistus-säännöksille neljä tavoitetta, joista yhden mukaan blankettinormeista tulee käydä ilmi myös niiden rikkomisen rangaistavuus (niin sanottu takaisinkytkentä).<sup>11</sup> KKO korosti ratkaisussaan virkavelvollisuuksien sisällön ilmaisevien säännösten (tässä blankettinormien) selvyysvaatimusta mutta ei lausunut takaisinkytkentävaatimuksesta mitään. Hallintolaissa ei ole takaisinkytkentää. Sama koskee useimpia virkavelvollisuussäännöksiä. Jos sellaista edellytettäisiin, rikosoikeudellisen virkavastuun toteuttaminen kävisi pääosin mahdottomaksi.

9. KKO 2023:17, kohta 24.

10. Ks. Viljanen teoksessa *Frände ym.* 2018, s. 937.

11. PeVM 25/1994 vp (HE 309/1993 perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta), s. 8.

Hallintolain 6 §:ssä säädetään hallinnon oikeusperiaatteista. Sen mukaan viranomaisen on muun muassa kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin, minkä lisäksi viranomaisen toimien on oltava puolueettomia. Säännös on selvästi laadittu velvoittavaan muotoon. Sama koskee hallintolain 31 §:ää, jonka 1 momentin mukaan viranomaisen on huolehdittava asian riittävästä ja asianmukaisesta selvittämisestä hankkimalla asian ratkaisemiseksi tarpeelliset tiedot sekä selvitykset.<sup>12</sup> Tässä kommentoitavassa tapauksessa vastaajat väittivät noiden hallintolain normien olevan sisällöltään niin avoimia ja yleisluontoisia, että niiden rikkomisesta ei voi seurata rikosoikeudellista vastuuta.

KKO on useissa aiemmissakin ratkaisuissaan korostanut rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vaatimuksia. Näin ollen myös virkatoiminnassa noudatettavan, säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuuden sisällön on oltava selvästi määriteltävissä siten, että säännösten soveltaminen on ennakoitavissa. Tämä ei tarkoita, että virkavelvollisuuksien olisi suoraan ilmettävä säännöksistä. Kaikkea ei ole edes mahdollista säännellä yksityiskohtaisesti. KKO viittasi sotilaan tuottamuksellista palvelusrikosta koskevaan ratkaisuunsa KKO 2008:42, jossa se totesi, että virkamiehen käyttäytymisnormin tapauskohdainen sisältö saattaa säännöstasolla jäädä harkinnanvaraiseksi. Tästä sääntelyn avoimuudesta ei kuitenkaan vielä seuraa, että normia olisi pidettävä luonteeltaan vain ohjeellisena tai ettei sen noudattamatta jättämiseen voisi liittyä rikosoikeudellista vastuuta.<sup>13</sup>

Virkamiesten velvollisuudet on useissa tapauksissa määritetty selkein säännöksin. Kun kyse on luottamushenkilöistä, tilanne on suurelta osin toinen. KKO totesikin, että virkavelvollisuuden sisällön selvyyysvaatimusta voidaan pitää erityisen merkityksellisenä kunnallisten luottamushenkilöiden kannalta.<sup>14</sup> Tämä on ymmärrettävää, koska luottamushenkilöillä ei ole esimerkiksi koulutusta koskevia pätevyysvaatimuksia.

Virka-aseman väärinkäyttämistä koskevan säännöksen (RL 40:7) perusteista ilmenee, että sillä on tarkoitettu tehostaa virkatoimintaan kohdistuvia puolueettomuus- ja luotettavuusvaatimuksia.<sup>15</sup> Samat vaatimukset on ilmaistu myös hallintolain 6 §:ssä. Rikoslain 40:7:n ja hallintolain 6 §:n sisältämä normi, joka kieltää toisen tahallisen hyödyttämisen virkatoiminnassa vastoin virkavelvollisuuksia, on kaikkea virkatoimintaa koskeva. Epäasiallisesta suosimisesta

12. Hallintoasian selvittämisvelvollisuudesta ks. tarkemmin Evgeniya Kurvinen – Matti Muukkonen – Tomi Voutilainen, Hallintoasian selvittämisvelvollisuus ja siihen liittyvä tiedonhankinta. Oikeus 3/2022, s. 318–403. <https://www.edilex.fi/oikeus/1000810003.pdf>.

13. KKO 2023:17, kohta 15 ja KKO 2008:42, kohta 7.

14. KKO 2023:17, kohta 16.

15. Hallituksen esitys Eduskunnalle virkarikoslainsäädännön uudistamisesta 58/1988 vp, s. 18.

seuraava rikosoikeudellinen vastuu ei siten KKO:n mukaan ole yllättävä tai enakoimaton myöskään kunnalliselle luottamushenkilölle.<sup>16</sup>

Asian selvittämistä koskeva hallintolain 31.1 § asettaa julkiselle päätöksenteolle selvän huolellisuusvaatimuksen. Myös tämän säännöksen laiminlyönnistä seuraava rangaistusvastuu on KKO:n mukaan siten vaikeuksista ennakoitavissa.<sup>17</sup> Hallintolain säännökset jättävät jossain määrin harkinnanvaraa sen suhteen, mitä tapauskohtaisesti pidetään toisen hyödyttämisenä tai asian riittävänä ja asianmukaisena selvittämisenä. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että säännökset olisivat ristiriidassa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kanssa.<sup>18</sup> KKO:n mukaan vastaajiin kohdistuva rikosoikeudellinen moite tuli tosin tässä tapauksessa riittävästi arvioiduksi ilman, että heidän syykseen olisi luettu virkarikoksesta erikseen myös asian selvittämättä jättäminen.<sup>19</sup>

### 3.2. Korkeimman oikeuden näkemys oikeus- ja näyttökysymyksistä

KKO vahvisti sen oikeuskirjallisuudessa esitetyn kannan, että virka-aseman väärinkäyttämistä koskevassa RL 40:7:ssä edellytetään tarkoitustahallisuutta suhteessa hyödyn, haitan tai vahingon aikaansaamiseen. Riittää kuitenkin, että tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen tavoittelemisen on teon ensisijainen vaikutin. Tunnusmerkistön täyttymistä ei estä se, että tekijällä on toiminnalleen myös luvallisia vaikuttimia.<sup>20</sup>

Kun päätöksentekomenettelyssä ja päätöksen sisällössä – mukaan lukien päättäjillä päätöstä tehtäessä olleet tiedot – on jotakin kummallista, on syytä kysyä, mistä se johtuu. Rikoksesta epäillyt päätöksentekijät eivät ole kovin luotettava tietolähde, joten epäilty hyödyttämistarkoitus joudutaan perustamaan objektiivisista tosiseikoista tehtäviin johtopäätöksiin.

Tässä kommentoitavana olevan tapauksen taustalla voidaan tunnistaa lukuisia kummallisuuksia: Kaikki vastaajat olivat 16.12.2013 läsnä ennen kunnanhallituksen kokousta järjestetyssä valtuustoinfossa, jossa kuultiin muiden muassa hissiyhtiön hallituksen puheenjohtajaa Q:ta. Tällöin Q kertoi esityksessään syyt, joiden vuoksi yhtiön hallitus oli menettänyt luottamuksensa toimitusjohtaja O:hon. Tilaisuudessa kuultiin myös O:ta, joka sai esityksensä jälkeen luottamushenkilöiltä runsaat suosionosoitukset. Vastaajat eivät esittäneet Q:lle mitään kysymyksiä. He antoivat silti suuremman painoarvon O:n kertomukselle kuin Q:n esittämille tosiseikoille luottamuspuolaan johtaneista syistä. Kysymys

16. KKO 2023:17, kohta 18.

17. KKO 2023:17, kohta 19.

18. KKO 2023:17, kohta 20.

19. KKO 2023:17, kohta 59.

20. KKO 2023:17, kohta 29. Ks. kirjallisuudesta Viljanen teoksessa *Frände ym.* 2018, s. 916.

oli vakavasta väärinkäytösepäilystä, eivätkä vastaajat voineet perustellusti pitää sitä aiheettomana.<sup>21</sup> Tutkintapyyntöä tehtäessä ei tietenkään tarvitse olla täyttä varmuutta rikoksen tapahtumisesta.

Kummallisia olivat myös päätösten valmistelu ja päätöksentekomenettely.<sup>22</sup> Esityslistaa tai päätösesityksiä ei ollut toimitettu etukäteen kunnanhallituksen jäsenille. Asiat käsiteltiin kunnanhallituksen kokouksessa ilman viranhaltijan valmistelua ja esittelyä kunnanhallituksen puheenjohtajan B:n selostuksesta. Näin tehtiin hallintojohtajan vastustuksesta huolimatta; esittelytehtävä olisi viran puolesta kuulunut hänelle. Ulkopuolinen lakimies W oli jo ennen infotilaisuutta laatinut esitykset B:n pyynnöstä ja hänen antamiensa tietojen pohjalta sekä salassa kunnan viranhaltijoilta ja ainakin pääosalta muista vastaajista.<sup>23</sup> Päätökset tehtiin B:n esitysten mukaisesti. Voidaan olla hieman eri mieltä siitä KKO:n toteamuksesta, että vastaajien päätöksenteon perustana olisivat olleet keskeisesti kokousta edeltäneessä infotilaisuudessa annetut tiedot O:n menettelystä.<sup>24</sup>

Vastaajat eivät myöskään esittäneet pätevää syytä, miksi päätös olisi täytynyt tehdä ennen hissiyhtiön hallituksen 18.12.2013 pidettäväksi sovitua kokousta.<sup>25</sup> Tutkintapyyntöä epäiltiin O:ta ensisijaisesti luottamusaseman väärinkäytöstä, jonka asianomistaja oli hissiyhtiö. Omistajaohjauksellaan vastaajat yrittivät vaikuttaa sen puhevallan käyttöön. Koska vastaajien päätöksillä pyrittiin palauttamaan O määräaikaisesta, pienempipalkkaisesta projektipäällikön tehtävästä vakituiseen toimitusjohtajan tehtävään, päätös oli omiaan hyödyttämään O:ta.

Vastaajat perustelivat menettelyään kunnan edulla. Luottamushenkilöillä on KKO:n toteamin tavoin periaatteessa laaja harkintavalta sen arvioimisessa, mitä he pitävät kussakin asiassa kunnan edun mukaisena ratkaisuna. Vastuu tästä harkinnasta on ensisijaisesti poliittinen. Sen sijaan erittäin tärkeä KKO:n kannanotto on se, että hallintolain 6 §:ssä säädetyt periaatteet rajoittavat myös poliittisten päättäjien harkintavallan käyttämistä.<sup>26</sup> Rikoslain 40:7:ssä on kyse aseman tuottamien valtuuksien käyttämisestä väärin. Rikosvastuusta vapautumiseen ei siten riittänyt se, että kunnanhallituksella oli Kuntaliiton lausunnon mukaisesti toimivalta peruuttaa tutkintapyyntö; ratkaisevaa oli se, missä tarkoituksessa tuota toimivaltaa oli käytetty. Tutkintapyyntöä peruuttamisen aiheellisuutta olisi tullut arvioida tutkintapyyntöä perusteiden nojalla. Kunnanjohtaja oli tehnyt

21. KKO 2023:17, kohdat 40–42 ja 44–46.

22. KKO 2023:17, kohta 51.

23. B:tä ja eräitä muita on eri oikeudenkäynnissä syytetty mm. siitä, että he olivat ilman valtuuksia tilanneet lakipalveluja W:lta ja yrittäneet maksattaa laskun kunnan varoista. Lapin käräjäoikeus tuomitsi muiden muassa B:n ehdolliseen vankeusrangaistukseen, mutta Rovaniemen hovioikeus hylkäsi kaikki syytteet. Syyttäjä on hakenut valituslupaa KKO:lta.

24. KKO 2023:17, kohta 40.

25. KKO 2023:17, kohta 52.

26. KKO 2023:17, kohdat 48–49.

tutkintapyyntöön O:sta informoimatta kunnanhallitusta siitä etukäteen, mutta tämä oli KKO:n toteamin tavoin merkityksetöntä.<sup>27</sup>

Kummallista oli myös se, että vastaajat kunnan etuun vedotessaan sivuuttivat O:hon kohdistuneen vakavan rikosepäilyn vaikutuksen yhtiön toiminnan luotettavuuteen sekä vahingon, joka siihen liittyvästä mainehaitasta aiheutui kunnalle. Miksi kuntakonsernin merkittävimmissä tytäryhtiössä huomattavaa taloudellista vaikutusvaltaa käyttävän toimitusjohtajan toimintaan liittyvän luottamusaseman väärinkäyttöepäilyn tutkimatta jättäminen olisi ollut kunnan edun mukaista?<sup>28</sup> Vastaajat eivät ryhtyneet tutkintapyyntöön peruuttamisen jälkeenkään selvittämään O:n menettelyä. Sen sijaan he päättivät kokouksessaan 16.12.2013 aloittaa P:n ja Q:n kuulemisen muun muassa siitä, kuka oli laatinut tutkintapyyntöön ja mikä oli P:n toimivalta asiassa. Vastoin hallintojohtajan esitystä he eivät peruuttaneet päätöstä kokouksessaan 9.1.2014. Tästä päätöksestä ei KKO:n ratkaisun taustalla olevissa syyteissä ollut kysymys.

KKO päätyi siis katsomaan, että vastaajien toiminnan ensisijaisena vaikuttimena ei ollut kunnan edun tavoittelemisen vaan tarkoitus pyrkiä hyödyttämään epäasiallisesti O:ta. Näin menettelemällä vastaajat olivat rikkoneet virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin perustuvan virkavelvollisuutensa.<sup>29</sup>

Katsottuaan vastaajien toimineen O:ta hyödyttääkseen KKO arvioi vielä erikseen, olivatko vastaajat rikkoneet virkavelvollisuutensa tahallisesti vai huolimattomuudesta.<sup>30</sup> Kysymys vaikuttanee oudolta: onko ylipäänsä mahdollista toimia tuottamuksellisesti hyödyttämistarkoituksessa? Vastaus tähän on myöntävä. Asianomaisen henkilön virkatehtäviin saattaa kuulua esimerkiksi avustusten myöntäminen. Sellaisen päätöksen tehdessään hän toimii tahallisesti hyödyttääkseen avustuksen saajaa. Pysyessään harkintavaltansa puitteissa hän toimii virkavelvollisuksiensa mukaisesti. Sen sijaan on myös mahdollista, että hän sivuuttaa huolimattomuudesta jonkin avustuksen myöntämisedellytyksen puuttumisen ja rikkoo siten tuottamuksellisesti virkavelvollisuuttaan mutta toimii tässäkin tapauksessa tarkoituksin hyödyttää avustuksen saajaa. Hyödyttämistarkoituksesta erillään on siten vielä selvitettävä, onko hyödyttäminen ollut virkavelvollisuuksien mukaista vai niiden vastaista. Jälkimmäisessä tapauksessa on vielä selvitettävä, onko rikkominen ollut tahallista vai tuottamuksellista.

KKO arvioi virka-aseman väärinkäyttämisen tahallisuutta samaan tapaan kuin aikaisemmissa ratkaisuisaan KKO 2008:90 ja KKO 2017:92, joihin se myös tässä kommentoitavassa ratkaisussa viittasi.<sup>31</sup> Kysymys oli siten siitä, olivatko vastaajat tarkoittaneet rikkoa tai edes mieltäneet rikkovansa virkavelvollisuuttaan

27. KKO 2023:17, kohta 56.

28. KKO 2023:17, kohta 50.

29. KKO 2023:17, kohta 53.

30. KKO 2023:17, kohta 61.

31. KKO 2023:17, kohta 62.

aikomuksenaan hyödyttää O:ta. Jos vastaus olisi ollut kieltävä, virkavelvollisuuden rikkominen olisi ollut korkeintaan tuottamuksellista.

Tapausta arvioidessaan KKO nosti esille tahallisuutta osoittavina seikkoina paljolti samoja, jotka ilmensivät tarkoitusta hyödyttää O:ta<sup>32</sup>, mikä on luonnollista, koska vastaajien virkavelvollisuutena ei ollut hyödyttää O:ta. Pääosa vastaajista oli saanut päätösten tekemisen kannalta merkitykselliset tiedot rikosepäilystä vasta juuri ennen kunnanhallituksen kokousta 16.12.2013, mutta kukaan vastaajista ei vaatinut lisäselvityksiä O:n toimista. Kukaan vastaajista ei myöskään vastustanut päätösten tekemistä täysin poikkeuksellisessa kokousmenettelyssä, vaikka poikkeaminen laissa säädetystä menettelystä oli heidän havaittavissaan. Mitään todellista kiirettä päätöksenteolle ei ollut. Lisäksi päätösten O:ta suosiva luonne oli ilmeistä ja kaikkien havaittavissa eikä vastaajilla ollut tuolloin mitään perustetta katsoa rikosepäilyä ja hiihtohissiyhtiön hallituksen kokemaa luottamuspulaa perusteettomiksi. Siten KKO katsoi vastaajien rikko-  
neen virkavelvollisuuttaan tahallaan.<sup>33</sup>

#### 4. Ristiriitaisia ratkaisuja Kittilän tapahtumien arvioinnin lopputuloksena

Kuten jo alussa totesimme, KKO rajasi tapauksessa myöntämänsä valitusluvan koskemaan vain kahta kunnanhallituksen kokouksessa 16.12.2013 tehtyä päätöstä. Samassa syytekohdassa rangaistusta oli kuitenkin vaadittu myös tammi- ja helmikuussa 2014 tehdyistä päätöksistä, joilla joulukuun päätöksistä tehdyt oikeisuvaatimukset oli hylätty ja jätetty tehdyt virheelliset päätökset kumoamatta. KKO salli silti esittää myös näihin päätöksiin liittyvää kirjallista ja suullista todistelua, mutta ratkaisussaan se ei maininnut niistä mitään. Noita päätöksiä tehdessään vastaajat olivat tietoisia muun muassa siitä, että hissiyhtiön hallituskin oli tehnyt O:sta tutkintapyyntö. He olivat myös saaneet lisätietoa O:n kyseenalaisista toimista. Syyttäjien näkemyksen mukaan nämä tosiseikat korostivat vastaajien tahallisuutta. Jos valituslupa olisi myönnetty myös näiltä osin, olisiko myös vuoden 2014 päätökset luettu syyksi ja olisivatko rangaistukset olleet ko-  
vempia?

Vain B:n muita ankarampaa rangaistusta perustellessaan KKO toi esille sen, että päätökset tehtiin virkamiesesittelijän vastustuksesta huolimatta.<sup>34</sup> Lähtökohtaisesti luottamushenkilöt saavat luottaa virkamiehen esityksen olevan lain

32. KKO 2023:17, kohdat 63–65.

33. KKO 2023:17, kohta 66.

34. KKO 2023:17, kohta 72.



mukainen. Kun he poikkeavat esityksestä, he ovat myös rikosoikeudellisessa vastuussa päätöksestään. Nähdäksemme olisi ollut perusteltua ottaa tämä huomioon kaikkien vastaajien vastuuta korostavana seikkana.

KKO:n ratkaisun myötä on syntynyt ristiriitainen tilanne: KKO:n mukaan kunnanjohtajan tekemän tutkintapyyntö peruttaminen oli virkarikos. Pääosin lainvoimaiseksi jääneen hovioikeuden tuomion mukaan oli hyväksyttävää käyttää kunnanjohtajan keskeisenä irtisanomisperusteena tuon tutkintapyyntö tekemistä.<sup>35</sup> Voidaanko oikeusvaltiossa sallia tämän ristiriidan jäävän pysyväksi?

## 5. Virkavastuu uudelleen ajateltuna – miten vastuun eri muodot tulisi suhteuttaa toisiinsa?

KKO:n hyvin perusteltu langettava tuomio – joskin vain pienestä osasta kokonaisuutta – on koko virkavastuujärjestelmän uskottavuuden kannalta tärkeä. Usein kuitenkin ajatellaan, ettei ole tarvetta tarkastella asiaa rikosoikeudellisesti, jos se on ratkaistavissa hallinto-oikeudellisesti. Virkamiesten osalta tämä voisi tarkoittaa esimerkiksi palvelussuhteen päättämistä tai varoituksen antamista. Kun kyse on luottamushenkilöistä, voidaan toki luottamushenkilötoimielimiäkin erottaa. Tyypillisimpänä oikeusturvakeinona asianosaisille ja muille valitusoikeuden omaaville on hakea muutosta tehtyyn päätökseen. Vaikka päätös sen jälkeen kumottaisiin, siitä ei päätöksentekijöille seuraa mitään. Mahdolliset oikeudenkäyntikulutkin tulevat kunnan maksettaviksi.

Valtaan pitää aina liittyä myös vastuun. Tämä on toteutettavissa nimenomaan rikosvastuun kautta, joka toimii myös vallan väärinkäytön pidäkkeenä. Tästä huolimatta on ehdottomasti toivottavaa, että kuntien päätöksiin ei usein tarvitsisi puuttua rikosoikeudellisin keinoin. Oikaisuvaatimus- tai valitustien hyödyntämisen pitäisi useimmissa tapauksissa riittää tehtyjen virheiden korjaamiseen. Kaikki tekevät joskus virheitä, eivätkä ne todellakaan ole aina tahallisia. Eriyisesti tilanteissa, joissa viranhaltijoiden lainmukaiset esitykset jääräpäisesti sivuutetaan, syytteiden nostaminenkin voi olla aiheellista.

35. Ks. HO:n tuomion perustelujen kritiikistä Pekka Viljanen, Onko kuntien luottamushenkilöillä virkavastuuta? Erään irtisanomisen anatomia. Defensor Legis 1/2022, s. 258–277. Juttukokonaisuuden vakavimmat syytteet, törkeästä virka-aseman väärinkäyttämisestä, koskivat juuri kunnanjohtajan irtisanomista. Kaikki syytteet hylännyt HO:n tuomio jäi lainvoimaiseksi KKO:n nyt ratkaisemaa pienehköä osaa lukuun ottamatta. KKO katsoi (kohdat 86–89) näin ollen perustelluksi jättää vastaajien puolustajille alemmissa asteissa maksetut määrät kokonaisuudessaan valtion vahingoksi. Summa oli yhdessä asianosaiskulujen kanssa yli 1,3 miljoonaa euroa.

Kittilän kunnan päätöksistä on useissa oikeudenkäynneissä ollut syytettyinä yhteensä kymmeniä kuntatoimijoita. Langettavia tuomioita ei kuitenkaan ole yleensä annettu edes päätöksistä, joissa hallintolainkäytössä on todettu kunnan toimineen lainvastaisesti. Päätöksentekijät ovat näin välttyneet henkilökohtaiselta vastuulta. Virkavastuujärjestelmän idea ei nähdäksemme ole ollut tämä. Vahingonkorvausoikeudellisella virkavastuulla on periaatteessa oma roolinsa, joka liittyy ennen kaikkea julkisen vallan toimista tai toimimattomuudesta vahinkoa kärsineen tilanteen korjaamiseen. Työnantaja vastaa isännänvastuuajattelun kautta ensisijaisesti henkilöstönsä aiheuttamista vahingoista, ja vain tahallisuudessa vastuuta voidaan sitten kanavoida vielä tekijälle itselleen. ”Vahingossa” aiheutetut vahingot kuuluvat julkisyhteisön vastuulle.

Eri asia on tilanne, jossa on syytä epäillä luottamushenkilön syyllistyneen toimessaan virkarikokseen tai muutoin menetelleen siinä velvollisuuksiensa vastaisesti. Tällöin asianomaiselta on kuntalain 85 §:n ja hyvinvointialueesta annetun lain (611/2021) 90 §:n mukaan pyydettävä selitys. Käytännössä sellaisia pyydetään harvoin. Säännösten 2 momenttien mukaan asiasta on tehtävä rikosilmoitus, jos kyseessä on ilmeinen virkarikos – oikeudelle tehdä rikosilmoitus ei ole syytä epäillä -kynnystä korkeampaa kynnystä.

Nostettaessa syyte ensisijaisesti tahallisesta virkarikoksesta on ymmärrettävää, että samalla vaaditaan ”varmuuden vuoksi” rangaistusta toissijaisesti myös tuottamuksellisesta rikoksesta. Muissa tapauksissa ei useinkaan liene tarvetta nostaa syytettä vailla erityisiä pätevyysvaatimuksia olevien luottamushenkilöiden tuottamuksellisista virkavelvollisuuksien rikkomisista. Vähäiset virkavelvollisuuden rikkomiset, jopa tahalliset, onkin RL 40 luvussa suljettu rikosvastuun ulkopuolelle. Esitutkintakäytänteissä vähäisyyskynnys näyttää tosin nousseen korkeammaksi kuin ehkä on tarkoitettu. Keskeistä kuitenkin on, ettei rikosoikeudellisella vastuulla tarpeettomasti pelotella kansalaisia hakeutumasta julkisiin luottamustehtäviin.

*Pekka Viljanen – Matti Muukkonen*

# Alustatalous valloillaan

Lakimies  
3–4/2023  
s. 603–606

**Asma A. I. Vranaki**

*Regulating Social Network Sites. Data Protection, Copyright and Power*

Edward Elgar Publishing 2022. IX + 282 sivua.

*Asma A. I. Vranaki* purettu teoksessaan *Regulating Social Network Sites* sosiaalisen median yhteisöpalveluiden valtakudelman tekijänoikeuden ja tietosuojan sekä yksilön oikeuksien näkökulmasta. Vranaki tarkastelee valtaa kahden tapaustutkimuksen avulla: YouTubea hän tutkii tekijänoikeudellisen ulottuvuuden ja Facebookia tietosuojaesitysten kannalta. Vranakin teos on ollut tekeillä useita vuosia, vuosikymmenen, mikä on tarkoittanut monellakin tapaa tutkimuskohteen muutosta tuona aikana. Parin viime vuosikymmenen aikana sosiaalisen median ja alustatalouden esiinmarssi sekä alustojen kehitys kohti entistä kura-toidumpia datavetoisia liiketoimintamalleja ovat olleet varsin kiihvaita.<sup>1</sup> Lisäksi alustojen oikeudellinen sääntely on kiihtynyt erityisesti EU-tasolla nimenomaan tietosuoja- ja tekijänoikeuskysymyksissä: yleisen tietosuoja-asetuksen<sup>2</sup> jälkeen olemme nähneet niin tekijänoikeuden<sup>3</sup> kuin datasääntelyn<sup>4</sup> alalla jo toteutuneita ja vielä pöydällä olevia sääntelyuudistuksia.

Vranaki on kerännyt vuosien varrella erilaista dataa tapaustutkimuksiaan varten, ja hän toteaa tehneensä virtuaalista etnografiaa. Teoksessa avataan tutkimusmenetelmiä ja aineistoja myös kriittisesti arvioiden. Vranaki on kerännyt tutkimustaan varten mittavan ja monipuolisen aineiston. Teoksen teoriaosiossa Vranaki käy aluksi läpi digitaalisen ympäristön tutkimustraditioita ja suuntauksia (erityisesti Cyber-Regulatory Theory, CRT) sekä erittelee niiden vahvuuksia ja heikkouksia. Näitä vasten hän kuvaa oman tulokulmansa ja sitoumuksensa: Vranaki yhdistää toimijaverkkoteoriaa (Actor Network Theory, ANT) fou-

\* Kirja on saatavana Edward Elgar Publishingin verkkosivustolta sekä sähköisenä versiona.

1. Ks. lähteineen esim. Anette Alén-Savikko, Naamoja ja meemejä – henkilötiedoista sosiaalisessa mediassa. *Defensor Legis* 4/2016, s. 497–514, 497–498. Vranaki ei puhu alustatermein – hän puhuu sosiaalisen verkoston sivustoista tai verkkoyhteisö sivustoista (social network sites).
2. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2016/679, annettu 27 päivänä huhtikuuta 2016, luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta (yleinen tietosuoja-asetus).
3. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2019/790, annettu 17 päivänä huhtikuuta 2019, tekijänoikeudesta ja lähioikeuksista digitaalisilla sisämarkkinoilla ja direktiivien 96/9/EY ja 2001/29/EY muuttamisesta.
4. Tässä on mainittava erityisesti digitaalisia palveluita ja markkinoita koskevat sääntelyuudistukset: Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2022/1925, annettu 14 päivänä syyskuuta 2022, kilpailullisista ja oikeudenmukaisista markkinoista digitaalialalla ja direktiivien (EU) 2019/1937 ja (EU) 2020/1828 muuttamisesta (digimarkkinasäädös) sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2022/2065, annettu 19 päivänä lokakuuta 2022, digitaalisten palvelujen sisämarkkinoista ja direktiivin 2000/31/EY muuttamisesta (digipalvelusäädös).

cautilaiseen valtakäsitykseen ja päätyy tarkastelemaan alustojen valtaa polyseentrisyyttä ja eri toimijoiden osallisuutta korostaen. Vranaki ymmärtää sääntelyn käsitteen laajasti ja monisuuntaisena, minkä lisäksi hän ottaa huomioon toimijoina sekä ihmiset että ei-inhimilliset toimijat (non-humans eli esineet, algoritmit ynnä muut). Vranakin mukaan esimerkiksi lessigiläinen kooditeoria<sup>5</sup> rakentuu osin kapealle ja pinnalliselle ymmärrykselle ja on sääntelykäsityksessään yksisuuntainen, valtiokeskeinen ja deterministinen. Se ei näin ollen kykene tavoittamaan alustojen vallan kudelmia ainakaan kokonaisuudessaan.

Tätä taustaa vasten on selvää, että teos sisältää paljon viittauksia erilaisiin teorioihin ja käsitteisiin. Niitä ja niiden välisiä suhteita myös avataan sekä tuodaan esiin niihin kohdistettuja kriittisiä huomioita. Runsaan terminologian voi kokea kuitenkin osin häiritsevän kokonaiskuvan muodostamista. Paikoin teorian ja käsitteiden yhteys tapaustutkimuksiin, analyysiin ja johtopäätöksiin jää myös jokseenkin ohueksi tai epäsuoraksi. Toisaalta Vranakin tarkoitus ei olekaan keskittyä yksittäisiin säännöksiin tai niiden lainopilliseen jäsentämiseen.

Valituista sitoumuksista käsin Vranakin teos onnistuu avaamaan hyvin sitä kudelmaa, jossa valta alustoilla arkisesti toimii. Teos on tervetullut lisä alustojen monimutkaisen aseman selittämiseen: se korostaa lokaalia, muuttuvaa, kontekstuaalista ja relationaalista valtaa. Lisäksi teoksessa tuodaan useasti esiin alustoilla käytettävien tavanomaisten elementtien, kuten linkkien, verkkolomakkeiden ja painikkeiden, toiminta valtasuhteiden välittäjinä. Vranakin mukaan lainmukaisuudessa, laillisuudessa tai oikeuksissa ei ole kysymys vain oikeussäännöistä vaan monimutkaisista sosiaalisten, teknologisten ja juridisten ulottuvuuksien muodostamista kokonaisuuksista, joissa juristit tietoineen ja taitoineen ovat osana laajempaa toimijoiden joukkoa. Lisäksi lain kirjaimella ei ole pysyvää (etu)sijaa sääntelyn prosesseissa. Osan sääntelyä muodostavat myös vastustus, kilpailevat mekanismit ja ristiriitaisuudet. Lukija jää kuitenkin pohtimaan, tuleeko tällaisessa mikrotason lokaalin ja hajautuneen vallan lähestymistavassa unohtuneeksi makrotaso, portinvartijuus, ja siihen liittyvät velvollisuudet. EU:n uusi datasääntely nojaa pitkälti juuri ideaan suurista digitaalisista alustoista sellaisina vallan linnakkeina ja toimijoina, joihin tulee kohdistua myös erityisiä vastuita ja velvoitteita.<sup>6</sup>

Lopuksi Vranaki päätyy kuin päätyykin pohtimaan alustojen sääntelyä tutkimuksensa valossa. Onnistuneen alustasääntelyn edellytyksenä on Vranakin mukaan lopulta jatkuva monitieteinen arviointi, joka perustuu todennettuun tietoon. Emmehän voi säännellä jotain, mitä emme ymmärrä. Vranaki viittaa myös sääntelyuudistusten yhteydessä avautuneisiin mahdollisuuksiin miettiä uudelleen ja strategisesti lähestymistapaamme alustoihin. Hän avaa lyhyesti kolmea eri vaihtoehtoa uudennaiselle sääntelylle: älykästä, aidosti responsiivista ja ris-

5. Ks. tuotannosta mm. Lawrence Lessig, *Code and Other Laws Cyberspace*. Basic Books 1999.

6. Ks. em. digimarkkinasäädös (EU) 2022/1925.

kiperusteista mallia (smart, really responsive, risk-based regulation). Älykkään sääntelymallin lähtökohtana on tietoon perustuva vähimmän puuttumisen lähtökohta, joka jättää tilaa parhaille käytännöille. Responsiivisuudessa on kysymys alustakohtaisiin todellisiin sääntelytarpeisiin vastaamisesta ottaen huomioon kulloisetkin vaikutukset käyttäjien oikeuksiin (muun muassa lapset, medialukutaito). Riskiperusteinen malli puolestaan rakentuu suhteellisuuden ja haittojen vakavuuden varaan sen sijaan, että toimenpiteet kohdistuisivat kaikkiin mahdollisiin haittoihin.<sup>7</sup> Vranakin mukaan tässä mallissa pitäisi ottaa huomioon myös erilaiset sääntelyn vaiheet, kuten täytäntöönpano, sekä riskin käsitteen kattavuus.

Eriyksen kiinnostavaa on myös Vranakin huomio siitä, kuinka alustojen toiminta ja sääntelykehikko nojaavat osaltaan romantisoituun tai virheelliseen käsitykseen käyttäjistä rationaalisina toimijoina, joilla on informaatiota ja jotka kykenevät sitä harkitusti käyttämään tehdessään esimerkiksi yksityisyyttään koskevia päätöksiä. Samoin kiintoisa on Vranakin huomautus kulutuksen normalisoinnista osana alustojen mainosperusteisia liiketoimintamalleja. Vranakin mukaan ei ole varsinaista yksilön autonomiaa vaan käyttäjien toimintamahdollisuudet määrittyvät pitkälti muun muassa käyttöliittymästä ja sen asetuksista. Lisäksi ihmisistä ja ilmiöistä tavoitetaan alustoilla vain määrätty, rajattu osa laskennan tarpeisiin. Lukijan näkökulmasta näiden huomioiden tarkempi analyysi olisi voinut osaltaan syventää teoksen sääntelyosion kriittistä ulottuvuutta.

Vranaki myös sivuaa syitä sille, miksi jokin kansallinen tai alueellinen lainsäädäntö tai järjestelmä voi saada muodollisen vaikutuspiirinsä ylittävää merkitystä – asia, jota esimerkiksi *Anu Bradford* on EU:n asemaa koskevissa tutkimuksissaan käsitellyt niin sanotun Brysselin vaikutuksen kautta.<sup>8</sup> Kun otetaan huomioon suurten alustojen rooli ja asema, juuri tälle pohdinnalle olisi suonut enemmänkin palstatilaa.

Suomessa alustoja on tutkimuksellisesti lähestytty myös kansalaisten viestinnällisten oikeuksien kannalta ja korostaen samalla alustojen vastuuttamista. Täällä alustoitumiskehityksen on katsottu vaativan proaktiivista otetta sääntelykysymyksiin eikä vain aloitteiden odottelua muualta.<sup>9</sup> Vranakin tutkimus lähtee sekini osaltaan juuri oikeuksien näkökulmasta: se valottaa mikrotason ilmiöitä

7. Esimerkiksi EU:ssa tekeillä oleva tekoälysäädös rakentuu riskien luokittelulle mutta myös tekoälyn käsitteelle. Ks. Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi tekoälyä koskevista yhdenmukaistetuista säännöistä (tekoälysäädös) ja tiettyjen unionin säädösten muuttamisesta. COM(2021) 206 final, Bryssel 21.4.2021. Riskiperusteisuuden on todettu voivan toimia konkreettisten arvioiden pohjalta mutta tekoälykäsitteen käyttö on nähty ongelmallisena lainsäädännön perustana. Ks. mm. Jonas Schuett, Defining the scope of AI regulations. *Law, Innovation and Technology* 2023. <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2184135> (vierailtu 28.3.2023).
8. Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*. Oxford University Press 2020.
9. Esa Sirkkunen – Minna Horowitz – Hannu Nieminen – Irina Grigorym (eds), *Media platformisation and Finland. How platforms have impacted on the Finnish mediasphere and public life*. Research consortium Communication Rights in the Age of Digital Disruption (CORDI)

ja sitä, miten lakiin perustuvia oikeuksia tai perusoikeuksia turvataan tai uhaataan, sekä sitä, miten niitä noudatetaan tai rikotaan sosiaalisen verkostoitumisen sivustoilla. Juridiikka löytää paikkansa tapauskohtaisesti osana laajempaa kokonaisuutta, ja sääntelykohteen tuntemukselle sekä edellä kuvatuille uudennlaisille sääntelymalleille on tarve. Vranakin vaihtoehdot mallit voisivat sinänsä toimia pohjana erilaisille ennakoiville avauksille – toki jo tehtyjen EU-tason sääntelyuudistusten rajoissa. Toisaalla olen kuitenkin yleisesti ottaen viitannut tutkimusperusteisen viestintä- ja mediapolitiikan haasteellisuuteen, sillä sääntelykohde on jatkuvassa liikkeessä ja tutkimus vaatii aikaa.<sup>10</sup>

*Anette Alén*

2021. <https://trepo.tuni.fi/bitstream/handle/10024/134781/978-952-03-2110-9.pdf?sequence=2> (vierailtu 28.3.2023).

10. Anette Alén-Savikko, Snigeln och haren – så kan mediepolitiken komma ikapp medieutvecklingen. Institutet för mediestudier 2021, 238 sidor. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1/2022, s. 49–58.

# Seksuaalirikokset ja niiden käsittely tuomioistuimissa – käytännönläheinen katsaus uudistettuun seksuaalirikoslainsäädäntöön

Lakimies  
3–4/2023  
s. 607–611

**Antti Tapanila**  
Seksuaalirikokset ja oikeudenkäynti  
Alma Talent 2023. 326 sivua.

## 1. Teoksen aihe, rakenne ja kohderyhmä

*Antti Tapanila* käsittelee teoksessaan Seksuaalirikokset ja oikeudenkäynti seksuaalirikoksia ja niihin liittyviä oikeusprosesseja rikos- ja prosessioikeudellisesta näkökulmasta. Vuoden 2023 alusta voimaan tullut seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistus tekee aiheesta erittäin ajankohtaisen. Tuore uudistus tekee aiheesta kuitenkin myös haastavan. Kun uuteen lainsäädäntöön pohjautuvaa oikeuskäytäntöä ei ole ja uutta lainsäädäntöä käsittelevää tutkimustakin on saatavilla vain rajallisesti, muodostuu lainvalmisteluaineisto, erityisesti hallituksen esitys, helposti keskeisimmäksi osaksi lähdeaineistoa. Tämä näkyy paikoin myös Tapanilan työssä.

Tapanilan teos jakautuu seitsemään päälukuun, joista ensimmäinen on lyhyt johdanto. Toisessa ja kolmannessa pääluvussa Tapanila käy läpi aiheen kannalta keskeisiä määritelmiä ja seksuaalirikosten tunnusmerkistöjä rikosoikeudellisesta näkökulmasta. Neljännessä ja viidennessä luvussa tarkastelun kohteena on oikeusprosessi seksuaalirikostapauksissa alkaen esitutkinnasta ja päättyen tuomioon. Kuudennessa pääluvussa Tapanila tarkastelee seksuaalirikosten seuraamuksia. Lopuksi työssä on lyhyt johtopäätösjakso. Rakenne on selkeä ja johdonmukainen, ja teos on erittäin helppolukuinen. Käsiteltäviä asioita on teoksen laajuuteen nähden kuitenkin paljon, mikä tarkoittaa, että asioiden tarkastelu jää paikoin suppeaksi ja pintapuoliseksi.

Tapanilan teos on hyvin käytännönläheinen, ja tekstissä näkyy selvästi Tapanilan pitkä kokemus tuomarin tehtävistä. Kuten teoksen takakansitekstistään ilmenee, teos on tarkoitettu ennen kaikkea käsikirjaksi asianajajille, syyttäjille ja tuomareille. Tällaiseksi teos soveltuukin, sillä se on varsin kattava yleiskuvaus uusista seksuaalirikostunnusmerkistöistä ja seksuaalirikostapausten käsittelystä tuomioistuimissa.

## 2. Aiheen rikosoikeudellinen tarkastelu teoksessa

Teoksen luvuissa 2 ja 3 käydään läpi keskeisten seksuaalirikosoikeudellisten käsitteiden määritelmät ja uudistetut seksuaalirikostunnusmerkitöt. Tältä osin teos on varsin kuvaileva ja tuo vähän uutta suhteessa siihen, mitä lain esitöissä ja aiemmassa kirjallisuudessa on aiheesta esitetty. Teoksen kattavuuden näkökulmasta on sinänsä perusteltua, että kaikki seksuaalirikostunnusmerkitöt käydään jollain tarkkuudella läpi. Toisaalta myös tarkastelun rajaamista tiettyihin tuomioistuimissa yleisimmin esiintyviin tunnusmerkistöihin olisi kuitenkin voinut harkita. Nyt joidenkin tunnusmerkistöjen käsittely jää kuvailevaksi ja suppeaksi eikä niihin juuri palata myöskään oikeusprosessia koskevassa tarkastelussa.

Tapanila esittelee teoksessaan monia korkeimman oikeuden ja alempien oikeusasteiden ratkaisuja. Oikeustapausten tarkastelu onkin itsenäisin osa teoksen alkuosan rikosoikeudellista tarkastelua. Paikoin tapauksia olisi kuitenkin voinut kuvata ja analysoida laajemminkin. Tapanilan teos kuitenkin osoittaa havainnollisesti sen, että aiempi seksuaalirikoksia koskeva oikeuskäytäntö on monilta osin edelleen relevanttia, vaikka lainsäädäntöä onkin tietyiltä osin merkittävästi muutettu.

Teoksessa on joitakin pieniä epätarkkuuksia. Sivulla 19 esimerkiksi mainitaan pelkotilan olevan uusi tunnusmerkistötekijä. Pelkotilasta aiheutunut puolustuskyvyttömyys oli kuitenkin mukana myös aiemmassa tunnusmerkistössä, joskin kyseisen tunnusmerkistötekijän tulkintaa on pyritty uudistuksen yhteydessä annetun hallituksen esityksen perusteluissa päivittämään. Sivulla 44 viitataan kuusitoista mutta ei kahdeksantoista vuotta täyttäneisiin lapsiin kohdistuneita tekoja käsiteltäessä samassa taloudessa asumista koskevaan edellytykseen, vaikka tämä edellytys on uudistuksen yhteydessä poistettu. Sivulla 52 sukupuoliyhteyden täytyminen sidotaan edelleen tunkeutumiseen, vaikka uudistetun säännöksen mukaan sukupuoliyhteyden kriteerin täyttää jo toisen sukuelimen sukuelimellä tapahtuva kosketteleminen. Sivulla 87–88 Tapanila on käynyt läpi ihmiskauppaan liittyvää korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2014:80 huomioimatta sitä, että kyseisessä tapauksessa arvioitiin säännöksessä aiemmin ollutta valtaan ottamista koskenutta tekemuotoa eikä säännöksessä nykyisin olevaa määräysvaltaan ottamista.

Joistakin kysymyksistä on Tapanilan työssä esitetty hallituksen esityksen perustelulausumista poikkeavia tulkintoja ilman, että tekstikohdista ilmenisi, onko kyse siitä, ettei kyseisiä hallituksen esityksen lausumia ole huomattu, vai siitä, että kirjoittaja on omaksunut asiassa esityölausumista poikkeavan tulkinnan. Esimerkkinä tästä voidaan mainita, että Tapanilan teoksen sivuilla 52–53 osallisuus kysymyksiä on arvioitu toisin kuin hallituksen esityksessä, jonka mukaan raiskauksesta voitaisiin edelleen tuomita tekijänä myös henkilö, joka ei itse ole



ollut sukupuoliyhteydessä asianomistajan kanssa.<sup>1</sup> Myös seksuaalisen hyväksikäytön määritelmään liittyvää vaatimusta aseman hyväksikäytöstä Tapanila tulkitsee hallituksen esityksessä esitettyä tiukemmin.<sup>2</sup>

Tapanila kirjoittaa hyvää ja helppolukuista oikeudellista asiakieltä, mutta joitakin terminologisia valintoja olisi voinut vielä pohtia. Selvin esimerkki tästä on ”lapsiporno”-termi, jota suomalaisessa oikeudellisessa keskustelussa nykyisin harvoin käytetään, lähinnä siksi, että sen katsotaan liittävän lasta seksuaalisesti esittävien kuvien hallussapidon ja levittämisen pikemminkin osaksi vapaaehtoista pornografiateollisuutta kuin vakavaa lapsen seksuaalista riistoa koskevaa keskustelua.

### 3. Oikeusprosessi ja seksuaalirikosten seuraamukset

Tapanilan teoksen merkittävin uutuusarvo on prosessioikeudellisia kysymyksiä käsittelevillä 4. ja 5. luvuilla. Näissä luvuissa käsitellään kootusti seksuaalirikosprosessien kannalta keskeisiä kysymyksiä. Käsitely on sidottu hyvin aiheeseen, ja Tapanila hyödyntää tarkastelussa omaa kokemustaan tällaisten rikosten käsitteystä. Teoksessa esitetäänkin monipuolista ja vahvaan käytännön kokemukseen perustuvaa pohdintaa esimerkiksi tuomioistuimen kokoonpanosta, oikeudenkäyntiaineiston ja käsittelyn salassapidosta sekä näytön arvioimisesta.

Prosessioikeudellisten kysymysten käsittely on paikoin varsin yksityiskohdista, mutta esimerkiksi kuulemista käsittelevissä luvuissa olisi voinut analysoida myös seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen mahdollisia vaikutuksia kuulustelukäytäntöihin. Tapanila tosin ottaa tähän asiaan kantaa myöhemmin työn johtopäätösluvussa, jossa hän toteaa, ettei tunnusmerkistötekijöiden muuttaminen välttämättä vaikuta ratkaisevasti siihen, miten seksuaalirikostapauksia käytännössä tutkitaan.<sup>3</sup>

Epätarkkana voi pitää sivulla 152 olevaa mainintaa, jonka mukaan raiskausrikoksesta epäillyn ei katsottaisi toimineen tahallisesti, jos asianomistaja ei ole tekoilanteessa tuonut tekijälle mitenkään ilmi seksistä kieltäytymistään. Selvää kuitenkin on, ettei uusi tunnusmerkistö edellytä nimenomaista kieltäytymistä sukupuoliyhteydestä. Tämä epätarkkuus on erityisen harmillinen siksi, että tämä uuden lainsäädännön virheellinen tulkinta esitetään teoksessa mahdollisena perusteena esitutkinnan rajoittamiselle raiskaustapauksissa.

1. Hallituksen esitys eduskunnalle seksuaalirikoksia koskevaksi lainsäädännöksi 13/2022 vp, s. 105.

2. Tapanila 2023, s. 75. Vrt. HE 13/2022 vp, s. 114.

3. Tapanila 2023, s. 312.

Seksuaalirikosten seuraamuksia koskevassa luvussa 6 Tapanila esittää taulukoiden muodossa varsin yksityiskohtaisia suosituksiaan siitä, millaisia rangaistuksia erilaisissa seksuaalirikostapauksissa tulisi tuomita. Tällaisille kannanotoille on varmasti tuomioistuinlaitoksessa tarvetta, kun otetaan huomioon se, että seksuaalirikoksiin liittyvästä oikeus- ja rangaistuskäytännöstä on saatavilla vain rajoitetusti tietoa julkisista tietolähteistä ja että myös tuomioistuinlaitoksen sisäisessä tiedonvaihdossa on tältä osin kehittämisen varaa. Näin yksityiskohtaisten seuraamussuositusten esittäminen on kuitenkin omiaan herättämään myös kysymyksiä etenkin lapsiin kohdistuneiden seksuaalirikosten tapauksessa, sillä näitä rikoksia koskevat näkemykset eivät uudistuksen yhteydessä tehtyjen rangaistusasteikkojen muutosten vuoksi voi pohjautua suoraan aiempaan oikeuskäytäntöön. Toivoa siksi sopii, että teokseen tarttuva aloitteleva tuomari muistaa esitetyissä suosituksissa olevan kyse vain yksittäisen tutkijan esittämistä suosituksista, joiden oikeuslähdeperusta jää osin ohueksi.

Seksuaalirikosten rangaistustasoa yleisemmin arvioidessaan Tapanila nostaa vertailukohtana esiin huumausainerikoksista määrätyt rangaistukset.<sup>4</sup> Tällaista vertailukohtaa on käytetty aiemminkin, mutta kovin osuvana sitä ei voi pitää, kun otetaan huomioon, että huumausainerikokset ovat olleet suomalaisessa rangaistusten määräämiskäytännössä selvästi erikoistapaus. Ilmeisempi ja perustelumpi vertailukohta olisivatkin muut henkilöön kohdistuvat rikokset ja niiden rangaistuskäytäntö.

#### 4. Lopuksi

Tapanila on tarttunut tärkeään mutta myös hyvin haastavaan tehtävään ryhtyessään kirjoittamaan teosta juuri uudistetuista säännöksistä, joista ei ole vielä olemassa oikeuskäytäntöä. Kirjoittaja on onnistunut tässä tehtävässään jossain määrin vaihtelevasti. Etenkin teoksen rikosoikeudellinen osuus jää kuvailevaksi ja olisi epäilemättä hyötynyt aiheen ja tarkastelun rajaamisesta. Aiheen prosessuaalisessa tarkastelussa on selvästi itsenäisempi ote, ja tässä yhteydessä kirjoittaja pystyy hyödyntämään hyvin kokemuksiaan tuomarina. Esiin tuodaan myös tuomioistuinten sisäisiä käytänteitä, joista ulkopuolisen olisi muutoin vaikea saada käsitystä.

Arvokasta on myös se, kuinka Tapanila työssään korostaa asianomistajan hienotunteista ja kunnioittavaa kohtelua sekä omalta osaltaan myös pyrkii kitkemään raiskausrikoksiin liittyviä myyttejä ja virhekäsityksiä. Käsillä olevan teoksen tärkein anti lienee siinä, että myös aiheeseen syvällisemmin perehtymä-

4. Tapanila 2023, s. 278.

tön lukija saa siitä varsin tiiviissä ja helposti omaksuttavassa muodossa ajantasaista tietoa seksuaalirikoksista ja niiden käsittelystä oikeusprosessissa.

*Minna Kimpimäki*

Christina Jensen

Småkravsprosessen. Funksjoner og virkemidler

Gyldendal 2021. 303 sivua.

## 1. Johdanto

Pienriitamenettely eli yksinkertaistettu oikeudenkäynti on noussut oikeuspoliittiseksi kysymykseksi. Nykyisinhän Suomen lainsäädännössä ei ole prosessimuotoa, joka olisi kevyempi kuin laajan riita-asian menettely ja silti soveltuisi riitaisten juttujen käsittelyyn, toisin kuin riidattomien juttujen summaarinen käsittely.<sup>1</sup> Muissa Pohjoismaissa tällaisesta menettelystä on saatu kokemuksia: esimerkiksi Norjassa pienriitamenettely (småkravsprosessen) on pääsääntöinen prosessimuoto dispositiivisissa riita-asioissa, joiden intressi on enintään 250 000 Norjan kruunua (noin 24 000 euroa). Ensimmäinen laajempi tutkimus aiheesta on *Christina Jensenin* väitöskirja (2019), jonka päivitetty versio ilmestyi vuonna 2021.

Jensenin tutkimustehtävä on, kuinka Norjan nykyinen pienriitamenettely palvelee siviiliprosessin funktioiden toteutumista. Tutkimus keskittyy erityisesti tuomarin rooliin, oikeudenkäyntiaineiston rajoittamiseen ja mahdolliseen kirjalliseen loppukäsittelyyn. Jensen käsittelee aihettaan oikeusdogmaattisesti sanan laajassa merkityksessä: hän selvittää voimassa olevan oikeuden sisältöä, arvioi sitä kriittisesti siviiliprosessin funktioita vasten ja esittää *de lege ferenda*-suosituksia.<sup>2</sup> Tutkimusaineistoon kuuluu 170 käräjäoikeusratkaisua, joiden avulla Jensen havainnollistaa tulkinnanvaraisia kysymyksiä.<sup>3</sup> Kirjassa hyödynnetään monipuolisesti ulkomaista oikeutta.

Koska en ole Norjan oikeuden asiantuntija, en ryhdy arvioimaan, kuinka hyvin Jensen on onnistunut tutkimustehtävässään. Arvostelun tarkoitus on välineellisempi: teoksen pohjalta pyrin esittelemään Norjan pienriitamenette-

1. Ks. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 2023:1: Pienriitamenettely. Arviomuistio, s. 8; Tuula Linna, Siviiliprosessin lajien evoluutio: vieläkö puuttuu jotakin?, s. 179–193 teoksessa Dan Frände – Risto Koulu – Heidi Lindfors – Mikko Vuorenpää (toim.), Sata vuotta prosessioikeutta. Helsingin yliopisto 2021. Tosin tietyissä rajat ylittävissä asioissa mahdollisia ovat eurooppalainen vähäisten vaatimusten menettely (asetus 861/2007/EY) ja maksamismääräysmenettely (asetus 1896/2006/EY).

2. Jensen 2021, s. 16–20.

3. Jensen 2021, s. 22–23.

lyn ominaispiirteet ja ongelmakohdat kotimaiselle lukijakunnalle. Arvostelu mukaillee Jensenin teoksen rakennetta niin, että lukujen teemat ovat pienriitamenettelyn tarve ja perusasiat (luku 2), tuomarin rooli (3), valmistelu ja oikeudenkäyntiaineiston rajoittaminen (4) sekä jutun loppukäsittely (5). Luku 6 sisältää loppuhuomautukset.

## 2. Pienriitamenettelyn tarve ja perusasiat

Norjassa pienriitamenettelyn on tarkoitus täyttää siviiliprosessin yleisiä funktioita eli tehtäviä. Funktioita käsiteltiin nimenomaisesti tvistelovenin (TVL) valmistelussa 2000-luvun alussa: siviiliprosessin päätehtävänä nähtiin yksilöllinen konfliktinratkaisu, ja yhteiskunnallisia tehtäviä ovat muun muassa aineellisen oikeuden läpilyönti ja selvittäminen.<sup>4</sup> Mikäli siviiliprosessi on niin kallista ja hidasta, että intressiltään pieniä riitoja ei juuri viedä tuomioistuimiin, kaikki prosessin funktiot toteutuvat varsin kehnosti.<sup>5</sup> Ratkaisuksi valittiin erillisen pienriitamenettelyn säätäminen, sillä esimerkiksi joustavien normien prosessi-ekonomista tulkintaa ei pidetty kyllin ennakoitavana ja vaikuttavana keinona.<sup>6</sup>

Småkravsprosessenin soveltamisala on varsin laaja. Dispositiivisen riita-asian intressin<sup>7</sup> ollessa alle 250 000 Norjan kruunua asia pääsääntöisesti päättyy tälle prosessiraiteelle. Pienriitakin voidaan poikkeuksellisesti käsitellä normaalimenettelyssä, jos esimerkiksi asian monimutkaisuus sitä edellyttää. Indispositiiviset jutut käsitellään normaalimenettelyssä.<sup>8</sup> Norjassa ”pienen” riidan rahallinen yläraja on sinänsä poikkeuksellisen korkea verrattuna muihin Euroopan maihin.<sup>9</sup> Soveltamisalan yhteydessä on huomattava Norjan siviiliprosessin erikoisuus eli sovitteluneuvosto (forlikråd) – maallikkotuomioistuin, johon pienriita on pääsääntöisesti saatettava ennen kuin kanne voidaan panna vireille. Sovitteluneuvosto toimii sovintokypsiin riitojen suodattimena ja mahdollisesti myös muiden riitojen selvittäjänä.<sup>10</sup>

4. Norges Offentlige Utredninger 2001:32 A, s. 127 ja Ot.Prp. nr. 51 (2004–2005), s. 41. Ks. myös Jensen 2021, s. 26–28.

5. Jensen 2021, s. 33–35.

6. Jensen 2021, s. 58, 72 ja NOU 2001:32 A, s. 341.

7. Intressi eli riita-arvo on kantajan alkuperäisen vaatimuksen suuruus siltä osin kuin sitä ei ole myönnetty (TVL § 17-2).

8. Jensen 2021, s. 81–87.

9. Ks. OMMML 2023:1, s. 70–73.

10. Jensen 2021, s. 74–78. Kyseinen esivaihe ei ole pakollinen yli 200 000 Norjan kruunun arvoisille eikä tietyissä lautakunnissa jo käsitellyille riidoille. Sovitteluneuvostosta ks. Anne Robberstad, Sivilprosess. Fagbokforlaget 2021, s. 136–143.

Norjan pienriitamenettelyn erityispiirteitä normaalimenettelyyn nähden ovat kevennetty valmistelu, loppukäsittelyn (sluttbehandling) erityissäätely, korvauskelpoisen avustajapalkkion taulukointi, kevennetyt tuomioperustelut ja varsinaisen muutoksenhaun korkea kynnyks. Ensinn mainittuja teemoja käsittelem myöhemmissä luvuissa, mutta muut erityispiirteet esittelen tässä tiiviisti: Voittajalla on periaatteessa oikeus saada oikeudenkäyntikulunsa korvatuksi. Korvauskelpoinen avustajan palkkio on kuitenkin enintään 20 % riidan intressistä – paitsi alle 12 500 Norjan kruunun riidoissa, joissa yläraja on aina 2 500 Norjan kruunua. Rajoituksen vuoksi asianosainen voi jäädä vaille perusteellista asianajoa, mutta rajoitus tekee kuluriskin ennakoitavaksi ja pitää pienriitamenettelyn normaalimenettelyä edullisempänä.<sup>11</sup> Perusteluja koskevan erityissäännöksen (TVL § 10-4) mukaan jutun tausta tulee selvittää lyhyesti ja lopputuloksen perusteluissa tulee keskittyä ratkaiseviin syihin. Juridisia tulkintavaihtoehtoja ei pidä esitellä laveasti eikä todistelutilannetta selostaa seikkaperäisesti. Jos pienriidan tuomioon haetaan muutosta (anke), toisen asteen tuomioistuimella on laaja harkintavalta jättää muutoksenhakemus käsittelemättä. Lainsoveltamisvirheen tai huomattavan menettelyvirheen vuoksi toisen asteen tuomioistuin voi kuitenkin kumota tuomion ja palauttaa jutun käräjäoikeuteen.<sup>12</sup>

### 3. Tuomarin rooli

Pienriitamenettelyssä on johdonmukaista korostaa tuomarin velvollisuutta asian ripeään käsittelyyn. Sen vuoksi, etenkin asianosaisen toimiessa ilman avustajaa, tuomarin informointi- ja kyselytoiminta on tavallistakin tärkeämmässä osassa. Pienriitamenettelyssä esiintyy avustajattomia asianosaisia useammin kuin normaalimenettelyssä.<sup>13</sup> Viitataan termillä ”avustajaton asianosainen” sekä avustajan että asiamiehen puutteeseen. Suomessa käsitteelle ei liene vakiintunutta termiä.<sup>14</sup>

Norjassa pienriitamenettelyn prosessinjohtoon sovelletaan normaalimenettelyä koskevia TVL 11 luvun 5 ja 6 §:ää. Säännösten sisältö on oikeustieteessä

11. Jensen 2021, s. 102–103.

12. Jensen 2021, s. 106–109.

13. Ks. OML 2023:1, s. 82. Tämä toki riippuu kunkin valtion oikeuspoliittisista valinnoista, etenkin rahoitus- ja kulusääntelystä. Jensenin aineistossa tapaukset, joissa asianosainen toimii ilman avustajaa, muodostavat selvän vähemmistön, ks. Jensen 2021, s. 103 av. 465.

14. Norjassa käytetään ilmausta ”selvprosederende part”, ks. esim. Jensen 2021, s. 56–57. Brittiläisessä keskustelussa yleisiä termejä ovat ”litigant in person” ja ”self-representing party”. Suomessakin voitaisiin puhua esimerkiksi itseprosessaaavasta asianosaisesta, mutta mielestäni leipätekstin termi on läpinäkyvämpi.

jäsennely neljän avainkäsitteen alle. Tuomarin velvollisuuksiin kuuluu aktiivinen asianhallinta (sakstyring, case management), joka sisältää suunnitelman prosessin tehokkaasta etenemisestä ja sen toteuttamisen muun muassa määräaikojen avulla.<sup>15</sup> Tätä täydentää prosessuellä veiledning eli menettelyä koskeva opastus. Oikeudenkäyntiaineistoa koskevat tuomarin selventämisvelvollisuus (klarleggingsplikt) sekä materiaallinen prosessinjohto aineiston rikastamiseksi tai korjaamiseksi (materiell veiledning).<sup>16</sup> Materiaalisesta prosessinjohdosta säädetään nimenomaisesti, että sen tarkoitus on edistää riidan oikeaa ratkaisua. Tuomari voi kehottaa asianosaista ottamaan kantaa fakta- tai oikeuskysymykseen tai esittämään todistelua. Rikastava prosessinjohto on siis tuomarin oikeus, ja yksittäisessä jutussa se saattaa konkretisoida myös tuomarin velvollisuudeksi, kun otetaan huomioon asian merkitys, prosessin vaihe ja se, onko asianosaisella avustajaa.<sup>17</sup> Rikastavan prosessinjohdon ulkorajat johtuvat puolueettomuuden vaatimuksesta: tuomari ei saa neuvoa asianosaiselle, mihin kannanottoihin tai prosessitoimiin tämän kannattaa ryhtyä (TVL § 11-5 (7)).<sup>18</sup>

Sivumennen sanoen Norjassakin vallitsi ennen tvistelovenin säätämistä saksalaisperäinen käsitteistö, jossa laaja yläkäsite prosessinjohto jaettiin muodolliseen ja materiaalliseen prosessinjohtoon.<sup>19</sup> Suomessahan kyseinen käsitejärjestelmä on edelleen vallitsevassa asemassa.<sup>20</sup> Voidaan kysyä, onko tämä jäsentely edelleen tarkoituksenmukainen ja ovatko termit kyllin kuvaavia. Kenties käsitejärjestelmän tulisi antaa näkyvämpi rooli 2000-luvun suurille trendeille, kuten sovinnon edistämiseksi ja asianhallinnalle. Lisäksi materiaalista prosessinjohtoa kuvaavampi termi voisi olla ”kysely- ja informointitoiminta”.

15. Ks. Jensen 2021, s. 148. Professori Robberstadin mukaan tuomarin asianhallintaroolin vahvistaminen oli tvistelovenin tärkein uutuus, ks. Robberstad 2021, s. 26. Asianhallinnan käsite on Suomen prosessioikeudessa pitkälti samansisältöinen, ks. Risto Koulu, Oikeudenhakijana hallintoasian oikeudenkäynnissä. COMI 2023, s. 156–157.

16. Jensen 2021, s. 148–149.

17. Ks. Jensen 2021, s. 156–157 ja NOU 2001:32 B, s. 708–709.

18. Pienriidan materiaalliseen prosessinjohtoon liittyy harkinnanvaraisia ja vaativia kysymyksiä. Tähän nähden Jensen pitää valitettavana, että pienriitoja usein käsittelee dommerfullmektig, joka on auskultantin kaltaisessa koulutusvirassa. Jensen 2021, s. 162–163.

19. Ks. Robberstad 2021, s. 209–210.

20. Ks. Matti Kuuliala – Tuula Linna – Timo Saranpää, Siviiliprosessi I. Talentum 2022, s. 93–94 ja Jyrki Virolainen, Materiaallinen prosessinjohto. Lakimiesliiton Kustannus 1988, s. 40–43, 60–81.

#### 4. Valmistelu ja oikeudenkäyntiaineiston rajoittaminen

Norjan pienriitamenettelyssä valmistelun tulee olla yksinkertaista: Kanteen ja vastauksen lisäksi muita asianosaisten kirjelmiä ei pääsääntöisesti tarvita. Valmisteluistunnot eivät ole mahdollisia, vaan ensimmäinen suullinen kohtaaminen on loppukäsittely. Valmistelussa tuomarin tulee arvioida, olisiko asiassa sovinnon edellytyksiä. Jensen kritisoi vallitsevaa sääntelyä lausuen, että toisinaan suullisen valmisteluistunnon edut ylittäisivät sen haitat, kuten kustannukset tuomioistuimelle ja asianosaisille. Ensinnäkin kirjallisessa menettelyssä tuomarin on hankalaa arvioida sovinnon edellytyksiä ja edistää sovintoa tehokkaasti. Myös tuomarin materiaallinen prosessinjohto herkästi kärsii ohipuhumisesta ja väärinymmärryksistä.<sup>21</sup> Jensen esittää *de lege ferenda*, että pienriidassakin tuomarilla tulisi olla mahdollisuus määrätä valmisteluistunto, joka voitaisiin pitää etäyhteydellä.<sup>22</sup>

Norjassa oikeudenkäyntiaineiston rajoittamisella (avskjaering) on tärkeä osa pienriitamenettelyn oikeasuhtaisuuden kannalta. Keskeiset rajoittamiskeinot ovat preklusio määräajan ylityksen johdosta sekä todisteiden epääminen tarkoituksenmukaisuussyistä. Kumpaakaan keinoa ei ole nimenomaisesti säännelty pienriitoja koskevassa TVL 10 luvussa, vaan pienriidoissakin täytyy tältä osin soveltaa muiden lukujen säännöksiä. Jensen käsittelee preklusiosääntelyä perusteellisesti ja päättyy seuraaviin tulkintoihin: Pääkäsitellyssä preklusio voi koskea uutta todistelua, jota ei ole ilmoitettu viikkoa ennen pääkäsitelyä. Sen sijaan muut prosessitoimet eivät voi pienriidassa prekludoitua, koska tälle ei ole kyllin täsmällistä säännöstukea. Todisteiden preklusiotia harkitessaan tuomarin tulee olla varovainen ja pitää mielessä pyrkimys aineellisesti oikeaan ratkaisuun – preklusioon tyyppitapaus on epälojaali prosessitaktiikka.<sup>23</sup> Jensen kritisoi vallitsevaa oikeustilaa ja katsoo, että kattavampi ja täsmällisempi preklusiosääntely olisi tarpeen. Hän myös muotoilee *de lege ferenda* -ehdotuksen muistuttaen, että joustavan preklusiosäännöksen tulkinnassa tuomarin on otettava huomioon asianosaisen asema, esimerkiksi ilman avustajaa toimiminen.<sup>24</sup>

Tvistelovenin mukaan todisteiden epääminen tarkoituksenmukaisuussyistä voi perustua paitsi irrelevanssiin myös suhteettomuuteen (TVL § 21-7 ja 21-8). Todistelun järjestyksen näet riippuu riidan merkityksestä asianosaisille ja yhteiskunnalle. Pienriidassa ei pääsääntöisesti kaivata todistelua, joka tapahtuisi varmuuden vuoksi ja ainoastaan tukisi toista samaa teemaa koskevaa todistetta.

21. Jensen 2021, s. 90–94, 168–174.

22. Jensen 2021, s. 192–195. Ehdotus vastaa tanskalaista oikeustilaa.

23. Jensen 2021, s. 198–218.

24. Jensen 2021, s. 236–240.



Asianosaisten yhteinen näkemys todistelun tarpeesta ei sido tuomioistuinta, mutta sillä on tiettyä arvoa epävarmoissa tilanteissa.<sup>25</sup>

## 5. Loppukäsittely

Norjan pienriitamenettelyssä loppukäsittely (sluttbehandling) on vastine normaalimenettelyn pääkäsittelylle (hovedforhandling). Loppukäsittelyn on toki tarkoitus kestää vähemmän aikaa, mieluiten kahdesta kolmeen tuntia, ja vain aivan poikkeuksellisesti pidempään kuin yhden istuntopäivän. Näin tiukka keskitys edellyttää, että tuomarin asianhallinta ja materiaallinen prosessinjohto onnistuvat valmistelussa ja loppukäsittelyssä. Loppukäsittely on pääsääntöisesti suullinen, ja se voidaan pitää videoyhteydellä.<sup>26</sup>

TVL § 10-3(1):n mukaan tuomari voi päättää myös kirjallisesta loppukäsittelystä, kunhan molemmat asianosaiset sitä toivovat ja kunhan se on prosessi-ekonomisesti perusteltua. Ihmisoikeustuomioistuinhän sallii poikkeuksellisissa olosuhteissa täysin kirjallisen käsittelyn myös asianosaisten tahdon vastaisesti<sup>27</sup>, mutta norjalainen linjaus menee pidemmälle. Jensen käsittelee huolellisesti tätäkin lainkohtaa hyödyntäen EIT-käytäntöä, prosessisopimuksia koskevaa doktriinia ja monia reaaliargumentteja. Silloinkin kun asianosaiset puoltavat kirjallista loppukäsittelyä, tuomarin tulee usein suosia suullista käsittelyä, jos vaikkapa ratkaisu kaipaakaan asianosaisten uskottavuuden arviointia. Jos taas asiakirjatodistelu riittää, suullinen loppukäsittely näyttäytyy ylimääräisenä ja etenkin avustajattomille asianosaisille stressaavana rasituksena.<sup>28</sup>

## 6. Lopuksi

Jensenin teos Småkravsprosessen on painava puheenvuoro tärkeästä ja niukasti tutkitusta aiheesta. Käsittelylukujen jälkeen hän esittää seuraavat johtopäätökset: Pienriitamenettely on lähtökohdiltaan mielekäs ja potentiaalinen keino täyttää

25. Jensen 2021, s. 231–236.

26. Jensen 2021, s. 97–98.

27. Ks. esim. Jussila v. Suomi, 23.11.2006 (suuri jaosto, kyse veronkorotusta koskevasta hallinto-prosessista), etenkin kohta 42; Pönkä v. Viro, 8.11.2016 (pienriitamenettelyssä käsitelty vahingonkorvausasia). Pönkä-tapauksessa EIT katsoi EIS 6 artiklaa loukatun, kun pyyntö suullisesta käsittelystä oli ”evätty ilman perustelua”.

28. Jensen 2021, s. 262–267.

siviiliprosessin funktioita. Se soveltuu parhaiten yksinkertaisiin riitoihin, joiden asianosaisilla on käytössään juridista asiantuntemusta. Pyrkimys kevyeen valmisteluun sisältää kuitenkin oletuksen kaikkien pienriitojen yksinkertaisuudesta, mutta tuo oletus ei suinkaan aina pidä paikkaansa ja johtaa toisinaan ongelmiin, kuten liikaan kiirehtimiseen ja liian heikkoon prosessinjohtoon. Jensenin oikeuspoliittiset kehitysehdotukset ovat valmisteluistuntojen salliminen ja preklusiosääntelyn selventäminen.<sup>29</sup>

Teoksen argumentaatio on rakennettu johdonmukaisesti ja kurinalaisesti. Jensen lähtee liikkeelle siviiliprosessin funktioista ja lain tavoitteista, pitää ne mielessä erityiskysymysten yhteydessä ja kykenee sääntelyratkaisujen kriittiseen arviointiin. Kirjoitustyyli on selkeä, ilmava ja hillitty. Voidaan tosin kysyä, tarvitaanko 300-sivuisessa teoksessa näin runsaasti toistoja ja sisäisiä viittauksia. Suosittelen teosta lämpimästi kaikille, jotka ovat kiinnostuneita pohjoismaisesta prosessioikeudesta tai suomalaisen siviiliprosessin uudistamisesta.

*Jaakko Markus*

29. Jensen 2021, s. 271–279.

## Oikeustieteelliset seurat tänään\*

Olemme Suomalaisessa Lakimiesyhdistyksessä ilahtuneita siitä, että juhla-vuotemme tilaisuus tieteellisistä seuroista oikeustieteen alalla on herättänyt runsasta kiinnostusta. Esitimme osallistumiskutsun tähän päivään kaikille Tieteellisten seurain valtuuskunnan oikeustieteellisille jäsenseuroille. Erityisen kiitoksen haluankin esittää kaikille muille oikeustieteellisille seuroille ja suomalaisille tiedeakatemoille siitä, että olette lähteneet mukaan tähän tilaisuuteen. Yhtenä seminaarin teemana on yhteistyö oikeustieteen hyväksi. Yhteistyöhön tarvitaan meitä kaikkia, ja siihen haluamme yhdistyksessä kutsua mukaan. Toivon, että tämä seminaaripäivä virittää meitä yhteisiin keskusteluihin ja tarjoaa tilaisuuksia kontaktien ylläpitämiseen ja uusien luomiseen. Hyvän lähtökohdan antaa se, että kaikki, joihin olimme yhteydessä tätä tilaisuutta järjestäessämme ja joita pyysimme esimerkiksi paneelisiin keskustelijoiksi ja puhujiksi, suhtautuivat lämpimästi ja innostuneesti tähän mahdollisuuteen.

Ohjelmamme mukaisesti *Pia Letto-Vanamo* alustaa suomalaisista oikeustieteellisistä seuroista ja niiden taustoista ja arvioi niiden nykytilaa. Ohjelmassa on myös *Lea Ryyänen-Karjalaisen* tervehdys Tieteellisten seurain valtuuskunnan puolelta. Oikeustieteellisten seurojen tehtäviä ja yhteistyön mahdollisuuksia pohditaan paneelissa, johon osallistuvat *Maija Aalto-Heinilä*, *Antti Belinskij*, *Markus Himanen* ja *Viveca Still Juha Häyhän* puheenjohtolla. Näkökulmia kotimaiseen tieteelliseen julkaisutoimintaan avaa *Elina Pirjatanniemi*, minkä jälkeen *Jaana Norion* johtamassa päätoimittajaneelissa ruoditaan oikeustieteellistä kotimaista julkaisemista alamme keskeisten aikakauskirjojen näkökulmasta *Dan Heleniuksen* (Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland), *Tatu Hyttisen* (Lakimies), *Toni Malmisen* (Defensor Legis) ja *Tomi Tuomisen* (Oikeus) kanssa. Tilaisuuden lopuksi pohditaan jäsenistön odotuksia *Kirsi-Maria Halosen* johdolla paneelissa, johon osallistuvat *Kaapo Havuluoto*, *Tiina Paloniitty*, *Mikko Rajavuori*, *Kia Tarvainen* ja *Tiina Väisänen*. Lämmin kiitos kaikille puhujille ja panelisteille ja paneelien puheenjohtajille.

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen tarkoituksena tieteellisenä järjestönä on edistää oikeustieteen alan tutkimus- ja koulutustoimintaa, oikeustieteellisen tut-

\* Puheenjohtaja, professori *Janne Salmisen* avausanat Säätöalassa Helsingissä 14.3.2023 järjestetyssä Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen 125-vuotisjuhlaseminaarissa Oikeustieteellisten seurojen rooli ja tehtävät tieteellisinä seuroina.

kimuksen julkaisemista ja muuta tunnetuksi tekemistä, vaalia oikeuskulttuuria sekä toimia suomalaisten lakimiesten yhdyssiteenä ja muutoinkin edistää lakimieskunnan yhteisiä pyrkimyksiä. Olemme tänään siis tarkoituksemme ytimessä. Oikeustiede, oikeuskulttuuri ja julkaisutoiminta ovat tarkoituksellemme aivan keskeisiä. Suomessa oikeustieteellisillä seuroilla on edelleen poikkeuksellisen tärkeä rooli esimerkiksi tieteellisen julkaisutoiminnan tukijana ja kustantajana. Suomalainen Lakimiesyhdistys mieltää itsensä erityisesti oikeustieteelliseksi seuraksi. Se on tutkimuksen tukija, oikeustieteellisten keskustelutilaisuuksien järjestäjä ja tiedekustantaja. Sillä on kotimaisessa oikeuskulttuurissa myös itse oikeustiedettä laajemmalle ulottuva merkitys oikeuskulttuurin vaalijana, edistäjänä ja uudistajana.

Suomi on yhdistysten luvattu maa, sanotaan. Kaikki mielekäs yhdistystoiminta tarvitsee mukaan myös yhdistyksen jäsenet, jotka pitävät yhdistyksen tarkoitusta mielekkäänä ja yhdistyvät sen nimissä. Vaikka monet tukemamme asiat tulevat joka tapauksessa monien oikeudesta ja oikeustieteestä kiinnostuneiden saataville – esimerkiksi apurahoin tuetut tutkimukset ovat kaikkien käytettävissä valmistuttuaan ja Lakimies-aikakauskirjaan kaikilla juristeilla on pääsy eri reittejä ilman jäsenyyttäkin – toivomme, että ne ovat niin tärkeitä juristikunnalle, että alallamme kaikki haluavat olla jäsenyydellään mukana tekemässä tämän kaiken mahdolliseksi. Mainittakoon, että Lakimies-aikakauskirja on nykyisin avoimesti kaikkien saatavilla. Toiminnallamme on kuitenkin joka tapauksessa jäsenistömme ulkopuolelle levittäytyvät laajemmat vaikutukset, ja se on ollut osa oikeusvaltion rakennustyötä ja on edelleen. Ajatellaan vaikka Lakimiestä, joka on oikeustieteen johtava aikakauskirja, jota olemme julkaisseet jo vuodesta 1903, kaikkea muuta laadukasta julkaisutoimintaamme, tieteen tukemista merkittävin apurahoin ja oikeudellisten teemojen esillä pitämistä yhteiskunnallisessa ja tieteellisessä keskustelussa. Kaikki toimintamme vaatii sitä, että meillä on jäsenet ja teemme sellaista työtä, että nykyjäsenet pysyvät jäsenenä ja saamme myös uusia. Siksi on mielestämme hyvä pohtia myös sitä, miten oikeustieteellisten seurojen jäseniksi tullaan ja millainen toiminta olisi jäsenten kannalta toivottavaa. Itse toivon, että esimerkiksi kotimainen tieteellinen julkaisutoimintamme, Lakimies mukaan lukien, koetaan siinä määrin tärkeäksi yhteiseksi toimintamuodoksi, että ihmiset liittyvät jäseniksi, vaikka heillä olisi pääsy Lakimieheen ilman jäsenyyttäkin.

125-vuotisjuhlavuotemme teemaksi on valittu Oikeuden mahdollisuudet maailmassa. Omana aikanamme maapallo ja yhteiskunnat ovat suurten haasteiden ja ratkaisujen edessä. Meidän tehtävämme on rajallinen mutta tärkeä. Oikeuden on tärkeä olla osa aikamme suurten ongelmien ratkaisua eikä osa ongelmia. Oikeustutkimus on tärkeä osa muutosta ja aikamme haasteisiin vastaamista ja ongelmien ratkomista. Vaalimamme oikeuskulttuuri uudistuu vahvana, kun omalla toiminnallamme luomme sille edellytyksiä.

Viime vuonna teimme oikeusvaltioteemaisen kesäretken yhden perustajajäsenemme, *P. E. Svinhufvudin*, kotitalalle Kotkaniemeen Luumäellä. Tänä vuonna jatkamme samateemaisella kesäretkellä Kansallismuseoon Helsinkiin, jossa nousee esille myös toinen perustajajäsenemme, *K. J. Ståhlberg*. Suomalaisen oikeusvaltion rakennuspuita -seminaari on 6. heinäkuuta. Näin on mainittu myös yhdistyksemme ensimmäinen ja toinen puheenjohtaja.

Helsingin yliopiston päärakennuksessa 10. marraskuuta järjestettävä Oikeuskulttuurin päivä on samalla yhdistyksemme 125-vuosijuhla. Toiveemme on, että säästätte kalentereihin jo nyt tämän päivän ja tulette mukaan myös sinne.

Lopuksi esitän teille kaikille kutsun myös muihin tämän vuoden tilaisuuksiimme.

*Janne Salminen*

## TSV ja tieteelliset seurat vaikuttajina\*

Tieteellisten seurain valtuuskunta, TSV, laati vuonna 2018 selvityksen jäsenseuroistaan. Selvityksen tavoitteena oli koota tietoa jäsenistön toiminnasta ja organisoitumisesta. Yksi selvityksen kysymyksistä katsoi tulevaisuuteen – miten seurat kehittävät toimintaansa ja millaisena ne näkevät roolinsa tulevaisuudessa. Seurat pyrkivät myös jatkossa tekemään samoja tärkeitä asioita kuin tähänkin asti: järjestämään seminaareja ja tuottamaan julkaisuja. Seurat kuitenkin näkevät, että tulevaisuudessa on tärkeää panostaa yhä enemmän nuorten tutkijoiden tukemiseen, digitaaliseen viestintään, poikkitieteellisyyteen, yhteistyöhön ja kansainväliseen toimintaan. Vastauksista ilmeni myös seurojen merkittävä rooli tieteen ja yhteiskunnan vuorovaikutuksen edistäjinä. Konkreettisesti tämä tarkoittaa esimerkiksi tiedon jalostamista päätöksenteon tueksi, kansalaistieteen edistämistä, oman tieteenalan tärkeimpänä viestijänä toimimista, monitieteisen keskustelun ylläpitämistä ja osallistumista yhteiskunnalliseen keskusteluun.

TSV pyrkii vaikuttamaan siihen, että tulevaisuudessakin tieteen asema on yhteiskunnassa vahva. TSV tekee muun muassa tiedepoliittista vaalivaikuttamista ja muistuttaa omassa vaalikoneessaan kotimaisten tiedejulkaisujen tärkeydestä. Tiedejulkaisut tuottavat valtavan määrän tietoa erityisesti Suomelle tärkeistä ilmiöistä. Ilman tieteellisten seurojen julkaisutoimintaa kotimaisesta tieteellisestä julkaisutoiminnasta puuttuisi puolet nykyisestä. TSV on myös aktii-

\* Tieteellisten seurain valtuuskunnan toiminnanjohtajan *Lea Rynnänen-Karjalaisen* puheenvuoro Säätytalossa Helsingissä 14.3.2023 järjestetyssä Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen 125-vuotisjuhlaseminaarissa Oikeustieteellisten seurojen rooli ja tehtävät tieteellisinä seuroina.

visesti mukana tieteen edustajana valtionavustustoiminnan kehittämishankkeen järjestöjaostossa muistuttamassa tieteen ja tiedeyhteisön autonomiasta ja siitä, että iso osa seurojen työn tuloksista perustuu vapaaehtoistoiminnalle. Samoin pidämme meteliä ainutlaatuisesta suomalaisesta seuratoiminnasta ja sen tukemisesta, kun rahapelitoiminnan momentti katoaa valtion budjetista vuonna 2024 ja jatkossa kisaamme korkeakoulu- ja tiedeyhteisön muiden toimijoiden kanssa valtion jakamista euroista.

Ilman jäsenistöään TSV:n olemassaololle ei kuitenkaan ole perusteita. Vaikka TSV hoitaa nykyään myös tehtäviä, jotka koskevat koko tiedeyhteisöä, kuten avoimen tieteen kansallista koordinaatiota, TSV:n tehtävänä on koko ajan muistuttaa siitä, että tieteelliset seurat ovat oleellinen osa kotimaista tiedeyhteisöä. TSV:n toimintasuunnitelmassa on parin viime vuoden aikana ollut ja on jatkossakin toimenpiteitä, joilla pyritään edistämään kotimaista tieteellistä julkaisutoimintaa monipuolisesti. Olemme ryhtyneet puhumaan julkaisutoiminnasta yhtenä tieteen ja tutkimuksen infrastruktuurina, joka tarvitsee ihan samanlaisen huomion ja tuen kuin muukin tieteen infrastruktuuri. Lisäksi painotamme koko tiedeyhteisöä koskevissa tehtävissämme tieteellisten seurojen asiantuntijuutta ja verkostoja tieteen ja tutkimuksen avoimuuden ja saavutettavuuden edistäjinä sekä toimintatapojen kehittäjinä. Pitää myös muistaa, että tieteelliset seurat tarjoavat tieteelliselle keskustelulle ja tieteen edistämiselle sen foorumin, jossa ei tarvitse muistaa eikä puolustaa mahdollisen affiliaationsa, työnantajayliopistonsa tai tutkimuslaitoksensa resursseja vaan jossa voi puhua vain tieteestä. TSV:llä ja sen jäsenistöllä on tärkeä paikka tiedeyhteisössä: kukaan muu ei hoida niitä tehtäviä, joita valtuuskunta ja sen jäsen seurat hoitavat tieteen parhaaksi. Toimintamme herättää myös paljon kiinnostusta kansainvälisesti, ja viime vuodet ovatkin olleet nopeaa kansainvälisen yhteistyön ja toiminnan kasvua. Olemme, Tutkimuseettinen neuvottelukunta mukaan lukien, tällä hetkellä mukana kuudessa EU:n Horisontti-ohjelman hankkeessa, ja koko ajan saamme uusia ehdotuksia ja pyyntöjä, joissa ilmaistaan halukkuus lähteä mukaan hankevalmisteluun.

Tieteellisiä seuroja mietityttävät seuratoiminnan jatkuvuus, ikärakenne ja uusien jäsenten löytäminen, joten lopuksi pieni vinkki: Vuonna 2022 TSV:n laati-  
massa selvityksessä kysyttiin, keitä seurojen jäsenet ovat. Vastauksista kävi ilmi, että yleisin syy siihen, miksi vastaaja ei ollut tieteellisen seuran jäsen, oli se, että henkilöä ei ollut pyydetty seuran jäseneksi tai hänellä ei ollut tietoa tieteellisistä seuroista, joihin liittyä jäseneksi. Kannattaakin korostaa viestinnän merkitystä ja kysäistä kaverilta, onko hän jo tieteellisen seuran jäsen!

*Lea Ryyänen-Karjalainen*

## Suomalaiset oikeustieteelliset seurat – mistä tullaan, minne mennään\*

Käsittelen seuraavassa lyhyesti keskeisimpien suomalaisten oikeustieteellisten yhdistysten perustamista ja niiden toimintaperiaatteita. Historiallisen tarkastelun pohjalta on mahdollista esittää eräitä, mielestäni tärkeitä, yhdistysten tulevaa toimintaa pohtivia kysymyksiä. Tarkasteluani voidaan hyvällä syyllä pitää subjektiivisena, sillä olen toiminut muun muassa Lakimies-aikakauskirjan ja Oikeus-lehden päätoimittajana sekä Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen (SLY) hallituksen jäsenenä. Lisäksi olen ollut pitkäaikainen jäsen useissa jäljempänä mainittavissa yhdistyksissä.<sup>1</sup>

Yhdistyksistämme vanhin on Juridiska Föreningen i Finland, joka perustettiin vuonna 1862. Idea perustamisesta oli syntynyt nuorempien juristien parissa jo runsas viisi vuotta aikaisemmin. Yhdistyksen päätarkoituksena nähtiin maan – tuolloin vielä Venäjään kuuluneen Suomen suurruhtinaskunnan – oikeuskehityksen edistäminen.<sup>2</sup> Aluksi huomio kiinnittyi lainsäädännön uudistamistarpeisiin, mutta varsin pian tavoitteiksi tulivat yhtenäinen laintulkinta ja -käyttö. Kiinnostuksen kohteena oli näin ollen päivittäinen juridiikka, ja kun kotimaisia oikeuslähteitä ja -kirjallisuutta ei ollut, oli tarpeen tukea oikeuskirjallisuuden julkaisemista ja kääntämistä. Vuonna 1865 perustettiin yhdistyksen oma aikakauslehti JFT (Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland), joka ilmestyy edelleen. Pitkään sen tärkeä osa oli tuomioistuinratkaisuja koskeva liite. Helsingin lisäksi alettiin toimia myös muualla, maan hovioikeuskaupungeissa. Vuosikymmenien ajan ainoana Suomen lakimiesten siteenä toimineella yhdistyksellä oli myös monia yleisempiäkin hankkeita. Se muun muassa järjesti vuonna 1879 maan lakimiesten yleisen kokouksen, ajoi asianajajayhdistyksen perustamista sekä oli linkkinä muiden Pohjoismaiden lakimiehiin lähettämällä osallistujia Pohjoismaisiin lakimieskokouksiin (NJM).

Julkaisutoiminnan lisäksi yhdistyksen tärkeimmäksi toimintamuodoksi tulivat kokoukset, joissa käsiteltiin etukäteen sovittuja keskustelukysymyksiä (diskussionsfrågor). Tämä traditio on jatkunut näihin päiviin sakka. Alkuaikojen keskustelut – ja samalla JFT:n kirjoitukset – koskivat usein rikos- ja

\* Professori emerita *Pia Letto-Vanamon* puheenvuoro Säätytalossa Helsingissä 14.3.2023 järjestetyssä Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen 125-vuotisjuhlaseminaarissa Oikeustieteellisten seurojen rooli ja tehtävät tieteellisinä seuroina.

1. Näitä ovat Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen yhdistys (OYY) ry, Suomen oikeusfilosofinen yhdistys SOFY ry ja Oikeuspoliittinen yhdistys – Rättspolitiska föreningen Demla ry. Lisäksi olen ollut oikeusvertailuun keskittyvän Kansainvälisen oikeustieteiden yhdistyksen Suomen osasto (KVOTY) ry:n puheenjohtajana. Tällä hetkellä olen sen hallituksen jäsen samoin kuin Pohjoismaisten lakimieskokousten (NJM) Suomen paikallisosaston hallituksen jäsen.
2. Perustamisesta ja historiasta ks. Juridiska Föreningen i Finland 1862–1912, JFT 1912, s. 501–570.

prosessioikeuden kysymyksiä. Näin ne osaltaan heijastivat yhdistyksen varhaisen puheenjohtajien, professorien *Karl Gustaf Ehrströmin* ja *Jaakko Forsmanin* kiinnostuksen kohteita.

Suomalainen Lakimiesyhdistyksen edeltäjä perustettiin maaliskuussa 1898.<sup>3</sup> Kyseessä oli Suomenmielisten juristien klubi, jonka keskeisimpiä toimijoita olivat muun muassa nuorsuomalaisiin kuuluneet *K. J. Ståhlberg* ja *P. E. Svinhufvud*. Yhdistyksen perustamisen kantavana ajatuksena oli halu edistää suomen kielen asemaa, mikä ei ollut mahdollista pääosin ruotsiksi toimivan Juridiska Föreningenin avulla. Maassa tarvittiinkin kipeästi suomen kieltä taitavia virkamiehiä samoin kuin suomenkielistä säädösaineistoa, oikeuskirjallisuutta ja opetusta. Toiminnan painopisteeksi määriteltiin lainopillisen harrastuksen ja laintunteutumisen edistäminen. Tärkeimmiksi toimintamuodoiksi tulivat jo tuolloin esitelmät, keskustelut ja julkaiseminen.<sup>4</sup>

Yhdistyksen oma aikakauskirja, *Lakimies*, perustettiin viisi vuotta myöhemmin, vuonna 1903. Siitä toivottiin käytännöllistä lehteä – vastapainoa liian teoreettisena pidetylle JFT:lle. Toisin kuitenkin kävi, ja myös siitä tuli pian ennen muuta tuolloin vielä harvalukuisen professorikunnan julkaisukanava. Aikakauskirjan ensimmäinen päätoimittaja, rikosoikeuden ja oikeushistorian professori *Allan Serlachius-Särkilähti*, joka oli myös senaattori ja oikeusneuvos, toimi päätoimittajana kahteen otteeseen, yhteensä 28 vuoden ajan. Vähitellen *Lakimies*-aikakauskirjasta kehittyi monipuolinen tieteellinen julkaisu, mitä vahvisti kirjoitusten vertaisarvioinnin aloittaminen 1990-luvun lopulla.<sup>5</sup>

Vuonna 1940 – nyt Suomalainen Lakimiesyhdistys – määriteltiin suomalaisen lakimiesten yhdyssiteeksi, jonka tehtäviin lisättiin lainopillisen tutkimuksen edistäminen samoin kuin suomalaisen lainopin tunnetuksi tekeminen ulkomailla. Vuonna 1969 sana ”lainopillinen” muuttui ”oikeustieteelliseksi” ja niin sanottujen asiantuntijajäsenten (muiden kuin juristitutkinnon suorittaneiden) ottaminen yhdistykseen tehtiin mahdolliseksi. Yhdistyksestä tuli melko nopeasti maan suurin oikeustieteellinen yhdistys, jolla oli myös useita paikallisosastoja. Jäsenmäärä oli enimmillään yli 4 000. Yhdistyksen suhteellinen jäsenmäärä alkoi kuitenkin 1970-luvulla laskea muun muassa useiden erityisalojen yhdistysten perustamisen vuoksi. Historiansa alkukymmeninä yhdistyksellä oli myös useita

3. Varsinaisena yhdistyksenä SLY perustettiin vuonna 1906. Perustamisesta ks. Antti Suviranta, *Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen sata vuotta*, s. 196–244 teoksessa *Suomen oikeuskulttuurin suuri linja. Suomalainen Lakimiesyhdistys 100 vuotta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998*.
4. Yhdistyksen suurprojekteista, kuten *Encyclopaedia Iuridica Fennica*, ks. Suviranta 1998. Yhdistyksen kustannustoiminnasta tarkemmin ks. Raimo Lahti, *Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen kustannustoiminta 70-vuotias. Lakimies 6/2004*, s. 1173–1188.
5. Lehden historiasta ks. Suviranta 1998 ja Pia Letto-Vanamo, *Muutosten ja perinteen Lakimies-lehti. Lakimies 7–8/2002*, s. 1071–1087.



yleisempiä tehtäviä. Se oli muun muassa vuonna 1944 Juridiska Föreningenin kanssa perustamassa Suomen Lakimiesliittoa.<sup>6</sup>

Vaikka Oikeuspoliittinen yhdistys Demla ei ole oikeustieteellinen yhdistys sanan varsinaisessa merkityksessä, on se mielestäni syytä mainita vähintäänkin Oikeus-lehden toisena kustantajana. Tieteellisten seurain valtuuskunnan ylläpitämä Julkaisufoorumi (JUFO) on määritellyt lehden tieteelliseksi aikakausjulkaisuksi, ja se on Lakimies-aikakauskirjan lisäksi ainoa 2-tasolle luokiteltu kotimainen oikeustieteellinen aikakausjulkaisu. Demlan, vuoteen 2002 Demokraattiset Lakimiehet, perustivat vuonna 1954 Ihmisoikeussäätiön oikeusapua antaneen toimiston lakimiehet muutaman muun juristin kanssa. Tärkeimpänä ajatuksena oli liittyminen kansainväliseen demokraattisten lakimiesten kattojärjestöön (International Association of Democratic Lawyers, IADL), jonka olivat perustaneet Nürnbergin oikeudenkäynnin ranskalaiset, englantilaiset ja neuvostoliittolaiset tuomarit.<sup>7</sup>

Verraten pieni yhdistys kasvoi ja sai oikeuspoliittista näkyvyyttä 1970-luvun alussa. Aikaa leimasivat oikeuslaitoksen uudistamista koskenut keskustelu – siihen liittyi muun muassa tasavallan presidentin *Urho Kekkosen* laajaa huomiota herättänyt 70-vuotispäivähaastattelu Lakimies-aikakauskirjassa – ja oikeustieteellisten opintojen uudistaminen. Lakimiesliiton oikeuspolitiikan vastavoimaksi katsottiin tarvittavan laajapohjainen, demokraattinen lakimiesjärjestö. Nyt jäseniksi liittyi poliittista keskustaa ja vasemmistoa edustavia tai kannattavia juristeja.<sup>8</sup> Jäseniksi otettiin myös yhteiskuntatieteilijöitä ja opiskelijoita. Samalla yhdistyksen keskeisimmiksi toimijoiksi tulivat lainvalmisteluun osallistuvat virkamiehet ja nuoremmat tutkijat, joista sittemmin tuli yliopistojen professoreita. Vuosina 1971–1972 puheenjohtajana toimi vankeinhoitolaitoksen ylijohdaja K. J. *Lång*, joka oli samaan aikaan maan oikeusministeri.

Vuonna 1970 perustettiin Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen yhdistys (OYY), jonka keskeisimpänä tavoitteena oli kriminologian ja oikeussosiologian aseman vahvistaminen. Sen ensimmäinen puheenjohtaja oli nuori rikosoikeuden tutkija, sittemmin pitkäaikainen rikosoikeuden professori *Raimo Lahti*. Yhdistyksestä tuli kaksi vuotta myöhemmin perustetun Oikeus-lehden toinen kustantaja. Lehden tavoitteiksi määriteltiin oikeuslaitosuudistuksen edistämisen lisäksi lainkäytön kriittinen seuraaminen. Oikeustieteelliseen tutkimukseen liittyi puolestaan tavoite empiirisen oikeustutkimuksen edistämisestä, mikä näkyi lehdessä myös

6. Tästä aiheutui eroja yhdistyksestä, kunnes päätettiin, etteivät yhdistyksen jäsenet ole automaattisesti liiton jäseniä.
7. Demlan historiasta ks. Paavo Nikula, Suomen demokraattiset lakimiehet 25 vuotta. Oikeus 1980, s. 24–30 ja Markku Fredman, Demla r.y. – vähän yli 50 vuotta. Oikeus 4/2005, s. 436–455. 1990-luvun puolenvälin jälkeen Demla ei ole ollut mukana IADL:n toiminnassa.
8. 1980-luvun lopulle saakka yhdistyksen hallitus valittiin kolmikantaperiaatteen pohjalta. Sittemmin yhdistys on määritellyt itsensä puolueisiin sitoutumattomaksi oikeuspoliittiseksi yhdistykseksi.

tänään. Oikeus-lehden ensimmäinen päätoimittaja oli professori *Aulis Aarnio*, jota seurasivat *Antero Jyränki* ja *Lars D. Eriksson*.

Edellä puheena olleiden yleisyhdistysten lisäksi on syytä lyhyesti käsitellä Suomen oikeusfilosofisen yhdistyksen (SOFY) historiaa. Kiinnostus oikeusfilosofiaan ja oikeusteoriaan on yhdistänyt suomalaisia oikeustieteilijöitä oikeudenalarajat ylittäen ja samalla leimannut yleisemminkin suomalaista oikeustiedettä. Vuonna 1979 perustetun SOFY:n eräänlaisena edeltäjänä voitaneen pitää 1950-luvulla toiminutta *Theoria Iuris* -yhteisöä, *Otto Brusiinin* perustamaa yksityistä rekisteröimätöntä yhdistystä tai kerhoa.<sup>9</sup> Sen toimintaan osallistuivat Brusiinin lisäksi muun muassa *Osvi Lahtinen*, *Simo Zitting* ja *Kaarle Makkonen*. Myös muut kuin varsinaiset oikeusteoreetikot, kuten *Jan Magnus Jansson*, *Kauko Sipponen* ja *Berndt Godenhielm*, kävivät yhdistyksen tilaisuuksissa. *Theoria Iuriks*en tärkeimpänä tehtävänä oli jo nimensä mukaisesti oikeusteorian harrastus.

Tämän päivän näkökulmasta kiinnostavinta sen toiminnassa oli poikkeuksellisen laaja kansainvälisyys. Yhteisöllä oli muun muassa Saksasta, Belgiasta, Italiasta, Espanjasta, Argentiinasta ja Pohjoismaista ulkomaisia kirjeenvaihtajajäseniä, joiden lähettämiä tervehdyksiä, katsauksia ja kirjallisuutta käsiteltiin istunnoissa – ja lainattiin edelleen jäsenille. Vuonna 1953 yksi aikamme merkittävimmistä oikeustieteilijöistä *Hans Kelsen* otettiin yhdistyksen (historian ainoaksi) kunniajäseneksi. *Theoria Iuris* oli myös suomalaisten tutkijoiden linkki Kansainväliseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian yhdistykseen (Internationale Verein für Rechts- und Sozialphilosophie, IVR).

1970-luvulla oikeusteorian harrastus ja osin myös kansainvälinen yhteistyö keskittyivät ennen muuta *Aulis Aarnion* ja hänen oppilaidensa niin sanottuun Aarnion piiriin.<sup>10</sup> Sen istunnoissa muun muassa perehdyttiin oikeusteorian klassikoihin ja käsiteltiin sen jäsenten vireillä olevia (väitöskirja)tutkimuksia. SOFY perustettiin vuonna 1979, jolloin Aarniosta tuli sen ensimmäinen puheenjohtaja. Samalla SOFY:stä tuli IVR:n Suomen-osasto, jonka jäsenet olivat aktiivisesti järjestämässä vuonna 1985 pidettyä yhdistyksen maailmankonferenssia, jossa Aarniosta tuli IVR:n presidentti. Alusta alkaen SOFY:n jäsenenä on ollut muitakin kuin oikeustieteilijöitä. Sen keskeistä toimintaa ovat luennot ja esitelmät, joiden pohjalta ovat muun muassa syntyneet kokoomateokset *Filosofien oikeus 1* ja *2*.<sup>11</sup>

Jos tarkastellaan oikeustieteellistä yhdistystoimintaa muissa Pohjoismaissa, ero Suomeen on hätkähdyttävä. Tanskassa ei ole lainkaan juristien yhteistä tie-

9. Urpo Kangas, *Theoria Iuris* -kerhon jälkeenjääneet paperit, s. 57–74 teoksessa Urpo Kangas – Kaarlo Tuori (toim.), *Liber Amicorum Carolo Makkonen Deditus*. Kaarlo Tuori – Urpo Kangas 1986.

10. Urpo Kangas, Oikeusteoriapiiri hengen akatemiana. Oikeustiede – Jurisprudentia XXX 1997: Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937 – 14/5 – 1997, s. 125–151. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1997.

11. Jarkko Tontti – Kaisa Mäkelä – Heta Gylling (toim.), *Filosofien oikeus 1*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001 ja Jarkko Tontti – Kaisa Mäkelä (toim.), *Filosofien oikeus 2*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001.

teellistä yhdistystä. Monien tuntema DJØF on juristien ja ekonomistien ammattillinen järjestö, joka julkaisee lehteä Juristen ja juridista kirjallisuutta. Vuonna 1867 perustetulla ja edelleen laajasti leviävällä aikakausjulkaisulla Ugeskrift for Retsvæsen on kaupallinen kustantaja – ja vuosikymmenestä toiseen sama päätoimittaja. Sen tärkein osa on korkeimman oikeuden ja muiden tuomioistuinten ratkaisuja sisältävä domssamlingen. Ajankohtaisia kysymyksiä koskevia keskusteluja järjestää Kööpenhaminassa Juridisk Forening, jolla on noin 300 lähinnä akateemista jäsentä. Ruotsissa tilanne on paljolti samankaltainen: Jusek on juristien ammattijärjestö. Tärkeintä aikakauslehteä Svensk Juristtidning (SvJT) julkaisee sille määrääjain valittava toimitus, jossa on käytännön juristeja ja yliopistotutkijoita. Lisäksi Tukholman yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta julkaisee vuosikirjaa Scandinavian Studies in Law. Norjassakaan ei ole yleistä oikeustieteellistä yhdistystä. Aikakausjulkaisu Lov og rett perustettiin 1960-luvulla. Tosin norjalaiset ovat olleet päävastuussa jo 1880-luvulla perustetun pohjoismaisen aikakauskirjan Tidsskrift for Rettsvitenskap julkaisemisesta.<sup>12</sup>

Eroa on liian helppoa selittää yleisellä yhdistystoimintaa suosivalla kulttuurillamme, vaikka koko Suomen historian ajan kansa onkin ollut ”liikkeessä” yhdistysten kautta<sup>13</sup> – onpa sitten kysymys ollut kielestä taikka lainsäädännön tai oikeudellisten instituutioiden uudistamisesta. Tarkasteltaessa lähemmin edellä mainittujen kotimaisten yhdistysten toimintaa ja varsinkin niiden julkaisuja on helppo havaita suomalaisen oikeustieteen ja oikeustieteellisen koulutuksen kiinnostus teoreettisiin kysymyksiin: oikeustieteen systematiikkaan ja oikeuslähteoppiin. Samalla niissä heijastuu käsitys oikeustieteen aktiivisesta roolista – sen kriittisestä potentiaalista oikeusjärjestelmän kehityksessä.<sup>14</sup> Näin alan yhdistykset tarjoavat mahdollisuuden oikeustieteen harjoittajien ja käytännön juristien yhteisille keskusteluille ja muille aktiviteeteille.

Kun tämä on todettu, on oikeustieteellisen yhdistystoiminnan tulevaisuudesta käytävän keskustelun avaukseksi syytä kysyä, 1) onko meillä tässä ajassa jotain sellaista, temaattisesti, oikeus- ja tiedepoliittisesti, joka haastaa yhdistyksiä (uudenlaiseen) toimintaan; 2) ovatko perinteiset toimintamuodot, alustukset, keskustelut ja julkaiseminen, edelleen tarpeellisia ja riittäviä; 3) tarvitaanko yhdistyksiä jäsenistön tai suomalaisen oikeustieteen kansainvälistymisen edis-

12. Ero Suomen ja muiden Pohjoismaiden välillä näkyy myös tiedeakatemioiden toiminnassa. Muissa maissa juristeja on jäsenenä kolmesta kahdeksaan, mutta jäseniä Suomessa on noin 50. Tämä tuskin heijastaa ainakaan merkittävää eroa oikeustutkimuksen laadussa, vaan ennemminkin jäsenten valintatapaa. Muissa maissa tiedeakatemioiden harvat juristijäsenet ovat kansainvälisesti tunnustettuja tutkijoita. Meillä jäsenenä on esimerkiksi suuri joukko vain kotimaassa profiloituneita yksityisoikeuden tutkijoita, kuten Heikki Halila, Mika Hemmo, Petri Kuoppamäki, Janne Kaisto ja Tapani Lohi.

13. Yhdistyksistä Suomen historiassa ks. Risto Alapuro – Ilkka Liikanen – Kerstin Smeds – Henrik Stenius (toim.), *Kansa liikkeessä*. Kirjayhtymä 1987.

14. Ks. tästä lisää esim. Pia Letto-Vanamo, *Rättsvetenskap och framsteg – de allmänna lärorna som verktyg för de finska juristerna*. JFT 3–4/2009, s. 400–410.

tämiseen; 4) keiden yhdistyksistä tätä nykyä on kyse; 5) onko (riittävästi) yksilöitä, jotka haluavat vastata ja kykenevät vastaamaan niiden toiminnasta ja kehittamisestä.

Ensimmäistä kysymystäni lähestyttäessä voidaan katsoa edellä mainittujen yhdistysten maaliskuussa 2023 pidettyjen vuosi- tai muiden kokousten teemoja. Tällöin havaitaan, että ne heijastavat aikamme yleisimpiä keskusteluteemoja, kuten ympäristökriisiä ja oikeusturvan saatavuutta, ja sisältävät pohdintoja oikeusjärjestelmän ja oikeustieteellisen tutkimuksen perusteista. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen teemana oli nimittäin luontokato, Juridiska Föreningenin ympäristölupajärjestelmä, Demlan rikosprosessin kriisi, SOFY:n rikosoikeusfilosofia ja OYY:n *Santhu Raitasuon* väitöskirja verokonsulttien vallasta vero-oikeudessa. Lisäksi Suomen ympäristöoikeustieteen seurassa (SYS) käsiteltiin EU:n ennallistamisasetusta.

Jos sitten pohditaan, keiden yhdistyksistä on kyse, nähdään melko suuri muutos entiseen. Pitkään oikeustieteen alan yhdistykset olivat ennen muuta helsinkiläisten miesten ja professorien yhdistyksiä<sup>15</sup> – sama koskee niiden aikakausjulkaisuja, joskin Oikeus-lehden päätoimittajissa on ollut runsaasti nuorempia ja myös naistutkijoita. Tänäään (maaliskuu 2023) Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen puheenjohtaja on professori *Janne Salminen* (TY), Juridiska Föreningenin OTT *Viveca Still* (lainsäädäntöneuvos, VM), OYY:n OTT *Anna Hurmerinta-Haarpää* (yliopistonlehtori, LY), Demlan OTM *Juha Aalto* (väitöskirjatutkija, TY) ja SOFY:n FT *Maija Aalto-Heinilä* (yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto, UEF). Erityisalojen yhdistyksistä ja seuroista voidaan mainita, että SYS:n puheenjohtaja on professori *Antti Belinskin* (UEF), Eurooppaoikeuden yhdistyksen puheenjohtaja professori *Juha Raitio* (HY) ja Kansainvälisen oikeustieteiden yhdistyksen Suomen-osaston (KVOTY) professori *Jaakko Husa* (HY).

Yhdistysten ja seurojen johdossa tapahtuneet muutokset ovat paljolti samankaltaisia kuin oikeustieteellisten aikakausjulkaisujen kirjoittajakunnassa. Yhä useammin kirjoittajat ovat nuorempia, vasta etabloitumassa olevia tutkijoita.<sup>16</sup> Samalla suhteellisesti pienentyneessä varttuneempien kirjoittajien joukossa ovat jo vuosikymmeniä olleet samat nimet, kuten professorit *Juha Karhu*, *Kaarlo Tuori* ja *Thomas Wilhelmsson*.<sup>17</sup> Myös yhdistysten historia paljastaa kourallisen aktiivisia yksilöitä, kuten edellä useammassa kohdassa mainitun Aulis Aarnion,

15. Esimerkiksi Suomalaisella Lakimiesyhdistyksellä on ollut kaksi naista puheenjohtajana, Leena Kartio ja Jaana Norio, sekä neljä Lakimies-aikakauskirjan päätoimittajana: Pirkko-Liisa Haarmann, Pia Letto-Vanamo, Tuula Linna ja Eva Tammi-Salminen. Inkeri Anttila osallistui Theoria Iuris -kerhon yhteen istuntoon. Aarnion piirissä ei ollut yhtään naistutkijaa.

16. Tästä laajemmin ks. Letto-Vanamo 2003 ja Pia Letto-Vanamo, Kansainvälistyvä oikeustutkimus? Lakimies 7–8/2014, s. 1–16.

17. Karhu ja Tuori – Aulis Aarnion lisäksi – olivat keskeisessä asemassa joko kirjoittajina tai usein viitattuina tutkijoina myös Lakimies-aikakauskirjan vuoden 2022 teemanumerossa Oikeustieteen itseymmärrys.

SYS:n ja KVOTY:n puheenjohtajana vuosikymmeniä toimineen professori *Erkki Hollon*, OYY:n ensimmäisen puheenjohtajan ja Lakimies-aikakauskirjan pitkäaikaisen päätoimittajan Raimo Lahden ja 2000-luvun alussa OYY:n ja SOFY:n puheenjohtajana toimineen professori *Kimmo Nuotion*.

Minulla on vastaus vain kolmanteen kysymykseen: kansainvälistyminen on tätä nykyä mahdollista ja välttämätöntä muutoin(kin) kuin yhdistysten ja seurojen avulla. Muihin kysymyksiin toivon nyt alkavassa keskustelussa löydettävän vastauksia.

*Pia Letto-Vanamo*

## Kotimainen tieteellinen julkaisutoiminta\*

Arvoisat kuulijat, oikeustieteen ystävät! On hieno asia saada jakaa joitakin ajatuksiani kotimaisen tieteellisen julkaisemisen nykytilasta tämän arvovaltaisen ja osaavan auditorion edessä. Se seikka, missä määrin minä olen vakuuttava lausumaan jotakin tästä tärkeästä teemasta, jää luonnollisesti kuulijoiden arvioitavaksi. Annan muutaman poiminnan arvion pohjaksi.

Toimin tällä hetkellä *Nordic Journal of Human Rights* -lehden toimitusneuvostossa ja *Netherlands Quarterly of Human Rights* -lehden niin sanotussa kansainvälisessä neuvostossa. Tämän lisäksi olen jäsen Tampere University Pressin toimitusneuvostossa. Aiemmin minulla on ollut kunnia toimia *Oikeus*-lehden päätoimittajana sittemmin edesmenneen kollegamme *Päivi Paaston* kanssa. Myöhemmin olin jonkin aikaa myös kyseisen lehden toimitusneuvostossa sekä *Oikeustiede–Jurisprudentia*-vuosikirjan toimituksessa. Olen toimittanut joitakin kirjoja ja julkaissut eri foorumeilla erilaisia kirjoituksia tavanomaisen tutkijan tapaan. Tutkimuksen kansantajuistamisesta olen saanut kokemusta toimiessani kolumnistina sekä *Hufvudstadsbladet*issa että *Turun Sanomissa*.

Ennen kuin kiirehdin pohtimaan kotimaisen julkaisutoiminnan haasteita ja mahdollisuuksia, haluan palata olennaiseen. Mielestäni se kiteytyy kysymykseen siitä, miksi tutkija julkaisee.

Tärkeintä eivät ole korkeat sitaatti-indeksit. Keskeisintä ei ole tutkijan urakehitys tai mahdollisimman pitkä julkaisuluettelo. Julkaisemisen merkittävin motiivi ei ole myöskään yliopistojen talouden kannattelu. Nämä kaikki toki ovat tekijöitä, jotka vaikuttavat julkaisemiseen ja kasvattavat tutkijoiden julkaisu-

\* Professori *Elina Pirjatanniemen* puheenvuoro Säätytalossa Helsingissä 14.3.2023 järjestetyssä Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen 125-vuotisjuhlaseminaarissa Oikeustieteellisten seurojen rooli ja tehtävät tieteellisinä seuroina.

painetta. Oleellisinta kuitenkin on, että me teemme korkeatasoista ja itsenäistä tieteellistä tutkimusta sekä julkaisemme tutkimustuloksiamme siten, että ihmiskunta hyötyy tutkimustyömme tuloksista. Me olemme ensisijaisesti tieteen palveluksessa. Kaikki muu on toissijaista. Tärkeintä on, että meillä on jotain merkityksellistä sanottavaa. Yhtä tärkeää on, että meillä on tutkijoina aikaa lukea, mitä muut ovat kirjoittaneet. Tieteessähän on kyse keskustelusta. Tätä taustaa vasten saattaa hyvinkin olla, että ihanteellista olisi, jos me julkaisisimme hieman vähemmän, mutta vieläkin parempaa.

Tutkijayhteisössä on erilaisia rooleja. Jotkut meistä saavat olla vapaita ”radiakaaleja”, tutkijoita, joiden ei tarvitse miettiä julkaisutoiminnan raadollisempaa puolta. Suurin osa meistä joutuu kuitenkin pohtimaan julkaisutoimintaa myös välineellisesti eli keinona erilaisten sinänsä oikeutettujen intressien edistämiseksi. Nostan lyhyesti esiin joitakin tällaisia.

Akateeminen ura etenee julkaisemalla. Tutkijan tehtävänä on julkaista, olipa hän missä tutkijanuran vaiheessa tahansa. Tältä osin tieteen, tutkijan ja yhteiskunnan intressit ovat jossain määrin yhteneväiset. En malta olla tässä korostamatta, että tutkijoilla tulisi myös olla tosiasialliset mahdollisuudet kirjoittaa. Hakupai-nealoilla, kuten oikeustieteessä, opiskelijamäärät ovat usein suuria. Opetukseen panostetaan, ja opiskelijat myös vaativat entistä parempaa pedagogista osaamista opettajiltaan. Näin pitää tietysti ollakin. Kun tähän päälle lätkäistään yliopistojen nykymuotoinen tee se itse -hallintomalli, monen tutkijan on aidosti vaikeaa löytää aikaa sille kaikkein tärkeimmälle eli tutkimukselle.

Julkaisutoiminta on myös keskeinen tekijä yliopistojen talouden kannalta. Opetus- ja kulttuuriministeriön yliopistojen rahoitusmallin mukaan 34 % yliopistoille jaettavasta rahoituksesta tulee tutkimustoiminnasta. Tästä 14 % tulee julkaisuista. Kuten tunnettua, tässä pelissä julkaisujen tuottoarvo on riippuvainen kertoimista. Mitä korkeampi Julkaisufoorumin tasoluokka julkaisulla on, sitä suurempi on kerroin. Avoimesti saatavilla oleville vertaisarvioituille julkaisuille on määriteltä vielä lisäkerroin. Yliopistot ovat vahvasti tulosohjattuja yksiköitä.

Yliopistot ovat tietenkin paljon muutakin, jotakin ylevämpää. Haluan samoin korostaa, että en pidä nykyistä tilannetta erityisen hyvänä. Mutta samalla olisi naiivia väittää, ettei JUFO-julkaisujen määrällä ole väliä. Oma tiedekuntani antaa tutkijoille jopa julkaisubonusta tietyntasoisista julkaisuista. Tällä bonuksella tutkijat voivat kattaa esimerkiksi matkakuluja.

Yllä esitetyt tekijät vaikuttavat siis tutkijoiden julkaisutoimintaan. En paneudu tässä syvällisemmin julkaisujen varsinaiseen sisältöön enkä moiseen tehtävään tässä uskaltaisi ryhtyäkään, vaan keskityn niihin julkaisujen formaatteihin, joihin me tutkimustuloksiamme sovitamme. Pieni reunahuomautus sisällöistä sallittaneen. Nykyään Suomessa tehdään aiheiltaan kiinnostavaa ja monipuolista oikeustieteellistä tutkimusta. Metodiset valmiutemme ovat laajentuneet ja vahvistuneet. Kun postiluukkuun kolahtaa kotimainen oikeustieteellinen julkaisu, tietää saavansa mielenkiintoista luettavaa.

Mutta palaan takaisin pääasiaani eli formaatteihin. Kansainväliset vertaisarvioidut artikkelit ovat julkaisumarkkinoilla kaikkein arvostetuimpia tuotteita. Tämä on kotimaisen julkaisu toiminnan kannalta keskeinen haaste. Julkaisufoorumien tasolle 3 ei kotimainen julkaisu voi ymmärtääkseni edes päästä. Tämän ei kuitenkaan pitäisi hämärtää sitä tosiasiaa, että kotimainen tutkimuskin voi olla korkeatasoista myös kansainvälisten mittapuiden mukaan. Hyvä oikeustieteellinen tutkimus ei välttämättä ole kansainväliselle auditoriolle suunnattua.

Kansainvälistyminen vaikuttaa kuitenkin olennaisesti julkaisustrategioihimme, mitä en itse pidä huonona asiana. Suomalaisilla oikeustieteen tutkijoilla on nimitäin paljon sellaista sanottavaa, joka kiinnostaa myös maailmalla. Tieteen maailma, myös oikeustieteen, on kansainvälinen. Pidän tärkeänä, että me julkaisemme sekä kansainvälisesti että kotimaassa. Yksi tutkimusprojekti tuottaa tavallisesti monia julkaisuja. Se voi johtaa kansainvälisille areenoille suunnattuihin julkaisuihin, joiden aiheet valikoituvat kansainvälisen auditorion mukaan. Tämän ohella on hyödyllistä julkaista myös kotimaisilla kanavilla. Me suomalaiset oikeustieteilijät olemme tärkeä osa suomalaista oikeus yhteisöä, ja meidän vastuullamme on tutkia kriittisesti myös suomalaista oikeusjärjestystä. Se on merkittävä tehtävä, eikä sitä tule kansainvälistymisen vanavedessä unohtaa.

Olemme tutkijoina laajasti ymmärtäen myös osa suomalaista tiedekulttuuria. Meidän kotimaisten julkaisujemme kautta kotimaiset kielemme, suomi ja ruotsi, pysyvät varteenotettavina tieteellisen tutkimuksen kielinä. Meidän tehtävämme on olennainen tässäkin mielessä.

Me siis julkaisemme kansainvälisesti ja kansallisesti. Keskeisin tuotoksemme lienevät tieteelliset artikkelit. Artikkelien merkitys on kasvanut myös tohtori-koulutuksessa, sillä yhä useampi valitsee väitöskirjansa formaatiksi nimenomaan artikkeliväitöskirjan.

Artikkelit ovat ilman muuta tärkeitä, mutta olen itse vahvasti myös monografioiden ja kokoomajulkaisujen puolustaja. Jokainen artikkelita kirjoittanut tietää, millaisia sisällöllisiä rajoitteita muun muassa merkkimäärät tai jonkin tietyn julkaisun painotukset asettavat. Joskus oman ajatuksen kehittely vaatii vapaammat puitteet, ja silloin kirja on tavallisesti se paras vaihtoehto. Älkäämme siis hylätkö kirjoja. Oikeustieteessä on julkaistu jo äänikirjojakin. Mikäpä olisi mukavampaa kuin kuunnella lenkillä kollegan jalostettuja pohdintoja jostakin kiehtovasta oikeustieteellisestä aiheesta!

Vertaisarviointi parantaa laatua, siitä ei tässä auditoriossa liene epäilystä. On arvokasta saada rakentavaa vertaispalautetta. Toivoisin, että me kaikki antaisimme aikaamme ja asiantuntemustamme – kaikista kiireistämme huolimatta – tiedejulkaisujen käyttöön. Sivuhuomautuksena totean myös, että toivoisin meidän kaikkien tuntevan vastuumme vertaisarvioijana ja kirjoittavan anonyymien palautteemme siten, että sen voisi esittää kohteelleen ihan vaikka kasvokkain. Koskaan ei voi tietää, onko arvioitavana oleva kirjoitus tutkimusuransa aloittelevan tuotos. Ilkeästi muotoiltu palaute ei edistä tiedettä, mutta se voi vahingoittaa ihmistä.

Tieteellisten artikkeleiden ja kirjojen lisäksi me tutkijat kirjoitamme erilaisia tutkimusraportteja ja -selvityksiä. Tältä osin keskeisessä roolissa on valtioneuvoston tutkimus- ja selvitystoiminta VN TEAS, joka tuottaa tietoa päätöksenteon tueksi. Mainitun ohjatun toiminnan haasteet ovat oman messunsa aihe, enkä voi paneutua niihin tässä. Päätöksenteon tueksi tehdyt selvitykset ja raportit saattavat kuitenkin olla vaikuttavuudeltaan erittäin merkittäviä, ja niiden pohjalta saattaa tietysti syntyä myös tieteellisesti arvostettuja kirjoituksia.

En esimerkiksi usko, että mikään tutkimusartikkelini on saanut niin paljon huomiota kuin niin sanotun pakolaiskriisin jälkimainingeissa tehty tutkimus turvapaikanhakijoista sai. Viittaan tässä yhteisjulkaisuun Kansainvälistä suojelua koskevat päätökset Maahanmuuttovirastossa 2015–2017: Pilottitutkimus 18–34-vuotiaita Irakin kansalaisia koskevista myönteisistä ja kielteisistä päätöksistä.<sup>1</sup> Työ tehtiin yhteistyössä yhdenvertaisuusvaltuutetun kanssa ja se julkaistiin Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan Katsauksia ja tutkimusraportteja -sarjassa, ilman tieteellistä vertaisarviota. Raportti kuumensi tunteita eduskunnassa kuuleman mukaan jopa niin, että siellä juostiin pitkin käytäviä haukkumassa ja kehumassa työtä.

Raportti osui keskelle ajankohtaista yhteiskunnallista keskustelua, ja se pakotti Maahanmuuttoviraston (Migri) ulos poterostaan keskustelemaan turvapaikkapäätöksistä. Syytä tähän oli tutkimusasetelma, joka rakentui kvantitatiivisen analyysin varaan. Me pystyimme siten irtautumaan yksittäisistä tapauksista, joita Migri ei tietenkään voi koskaan kommentoida. Kun keskustelun kohteeksi tulivat luvut, keskusteluasetelma muuttui.

Saimme tutkimusryhmänä myös kritiikkiä siitä, että tulimme julkisuuteen pilottitutkimuksen kanssa ilman kunnan vertaisarviota. Tämä on tietenkin varteenotettava näkemys. Me kirjoitimme raportin perusteella myös kansainvälisen vertaisarvioidun artikkelin, joka julkaistiin korkeatasoisessa *International Migration Review* -lehdessä marraskuussa 2021.<sup>2</sup> Jos tutkimusryhmä olisi jäänyt odottamaan kansainvälisen julkaisun valmistumista ennen kuin lähdimme mukaan keskusteluun turvapaikanhakijoista, koko keskustelu olisi ehtinyt jo tyrehtyä moneen kertaan. Tämäkin on siis hyvä muistaa: joskus on yhteiskunnallisesti vastuullista tulla mukaan keskusteluun nopeasti.

1. Elsa Saarikkomäki – Nea Oljakka – Johanna Vanto – Elina Pirjatanniemi – Juha Lavapuro – Anne Alvesalo-Kuusi, Kansainvälistä suojelua koskevat päätökset Maahanmuuttovirastossa 2015–2017: Pilottitutkimus 18–34-vuotiaita Irakin kansalaisia koskevista myönteisistä ja kielteisistä päätöksistä. Oikeustieteellisen tiedekunnan tutkimusraportteja ja katsauksia 1:2018. Turun yliopisto 2018.
2. Johanna Vanto – Elsa Saarikkomäki – Anne Alvesalo-Kuusi – Nea Lepinkäinen – Elina Pirjatanniemi – Juha Lavapuro, *Collectivized Discretion: Seeking Explanations for Decreased Asylum Recognition Rates in Finland After Europe’s 2015 “Refugee Crisis”*. *International Migration Review* 56(3) 2022, s. 754–779.



Nopeudesta puheen ollen: moni tutkija on alkanut julkaista ajatuksiaan myös arvostetuissa blogeissa. Blogikirjoitus voikin olla sangen kätevä ja ennen kaikkea nopea tapa käyttää oma puheenvuoro käsiteltäessä jotain ajankohtaista aihetta.

Erilaisilla teksteillä tavoitetaan tietysti erilaisia lukijaryhmiä. On hyvä, että kotimaisissa oikeustieteellisissä lehdissä on osastoja erilaisille kirjoituksille ja että näinkin pienessä maassa on monia oikeustieteellisiä julkaisukanavia. Julkaiseminen ei ole itseisarvo, vaan me toki haluamme, että joku lukeekin kirjoituksiamme, eikö vain?

Avoin julkaiseminen tekee mahdolliseksi kirjoitustemme pääsyn yhä laajemman lukijakunnan käyttöön. Avoin julkaiseminen lisää tieteellisen tiedon vaikuttavuutta, ja se on demokraattista. Avoimuus on myös yleisemmin yksi tieteen peruseriaatteista, sillä tieteen on tarkoitus olla avointa ja kaikkien hyödynnettävissä.

Samalla avoin julkaiseminen asettaa lehdet ja tutkijat erikoiseen tilanteeseen. Monet tutkimusrahoittajat, Suomen Akatemia hyvänä esimerkkinä, edellyttävät avointa julkaisemista. Siteeraan suoraan Suomen Akatemian kotisivuja: ”Akatemia edellyttää rahoittamiltaan hankkeilta sitoutumista tutkimustuloksistaan kertovien tiedejulkaisujen avoimeen saatavuuteen sekä hankkeen tuottamien tutkimusaineistojen avaamiseen.”<sup>3</sup> Tämä on merkittävä tiedepoliittinen kannanotto, mutta jotenkin julkaisujen tekeminen on maksettava. Kysymys kuuluukin, kuka maksaa viulut?

Tutkijan kannalta huonoin vaihtoehto on se, että tutkija maksaa saadakseen julkaista tutkimuksensa. Jostakin rahat on kuitenkin kerättävä.

Olisi ollut trendikästä aloittaa tämä esitys siteeraamalla ChatGPT:n näkemystä kotimaisesta julkaisutoiminnasta. Ajattelin ensin tehdä niin, mutta tulin toisiin aatoksiin. ChatGPT ja muut tekoälysovellukset ovat iso kysymys, ja niiden nopeaa kehitystä on syytä seurata tarkasti. Toistaiseksi ChatGPT ei kuitenkaan pärjää oikeustieteen tutkijaa vastaan kovin pitkään. Meille ihmistutkijoille oikeustieteen kieli on muutakin kuin todennäköisiä sanojen järjestyksiä peräkkäin. ChatGPT ei ainakaan vielä tätä puhetta kirjoittaessani näyttäisi ymmärtävän oikean ja väärän tiedon eroa, ja niinpä se esimerkiksi keksii sumeilematta referenssejä ja yhdistelee niitä miten sattuu. Se kuitenkin haastaa meidät pohtimaan tekstien autenttisuutta aivan uudella tavalla. Miten laajasti sallimme ChatGPT:n avustavan meitä tekstien laadinnassa? Millaisilla pelisäännöillä alamme jatkossa toimia?

Lopuksi todettakoon, että kotimaisen oikeustieteellisen julkaisutoiminnan lähtökohdat ovat muuttuneet nopeasti. Olen kosketellut tässä joitakin teemoja ja odotankin mielenkiinnolla, mitä teemoja paneeli puolestaan ottaa keskusteluun. Kiitän omasta puolestani ja lopetan tähän.

*Elina Pirjatanniemi*

3. <https://www.aka.fi/tutkimusrahoitus/hae-rahoitusta/nain-haet-rahoitusta/ohjehakemisto/avoin-tiede/> (vierailtu 14.4.2023).

Suomalainen Lakimiesyhdistys on tarkoituksensa mukaisesti edistänyt oikeustieteen alan tutkimus- ja koulutustoimintaa, oikeustieteellisen tutkimuksen julkaisemista ja muuta tunnetuksi tekemistä, vaalinut oikeuskulttuuria sekä toiminut suomalaisten lakimiesten yhdyssiteenä ja muutoinkin edistänyt lakimieskunnan yhteisiä pyrkimyksiä.

## Yhdistyksen toiminta

### Julkaisutoiminta

Yhdistys on julkaissut Lakimies-aikakauskirjaa sekä harjoittanut muuta julkaisu- ja kustannustoimintaa seuraavasti:

#### *Lakimies-aikakauskirja*

- 120. vuosikerta, yhteensä 1 502 sivua
- painosmäärä 2 150 kpl
- sisältyy yhdistyksen jäsenmaksuun, myös sähköinen versio Edilexissä
- tilaushinta 190 euroa, ulkomaille 200 euroa
- Julkaisufoorumi-luokitus taso 2 (johtava taso)
- TSV:n vertaisarviointitunnus

#### toimitus:

- päätoimittaja: professori Sakari Melander (2018–2022)
- toimitussihteeri: OTT, KTM Marja Luukkonen Yli-Rahnasto (2019–2022)
- oikeuskäytäntöosaston toimittaja: ma. professori Anette Alén-Savikko (2020–)
- kirjallisuusosaston toimittaja: OTT, dosentti Timo Saranpää (2013–2022)
- toimitusneuvoston jäsenet OTT, professori Eeva Nykänen (pj.), OTT, oikeusneuvos Janne Aer, OTT, apulaisprofessori Katri Havu, OTT, yliopistonlehtori Ilari Hovila, HTT, professori Jaakko Husa, OTT, oikeusneuvos Pekka Koponen, OTT, professori Päivi Leino-Sandberg, OTT, asianajaja Henna Pajulammi ja OTT, apulaisprofessori Mika Viljanen
- hallitus päätti Lakimies-aikakauskirjan avoimesta julkaisemisesta vuoden 2023 alusta. Lehti ilmestyy yhdessä muiden tiedelehtien kanssa journal.fi-palvelussa. Lehti on avoimesti kaikkien luettavana, rinnakkais-tallennusta ei sallita ja aineisto on lisensoitu Kopioston kopiointiluvalla. Lehti ilmestyy edelleen myös Edilex-lakitietopalvelussa.
- hallitus valitsi Lakimies-aikakauskirjalle uuden päätoimittajan ja kirjallisuusosaston toimittajan. Päätoimittajaksi valittiin apulaisprofessori, OTT Tatu Hyttinen ja kirjallisuusosaston toimittajaksi asessori, OTT Jurkka Jämsä.

*Oikeustiede–Jurisprudentia-vuosikirja*

- LV:2022 ilmestyi syyskuussa 2022
- viisi artikkelia, joiden sivumäärä oli yhteensä 405
- Julkaisufoorumin taso 1
- TSV:n Vertaisarviointitunnus
- tieteellinen toimittaja professori Janne Kaisto
- toimituskunnan jäsenet professori Taina Pihlajarinne (pj.), professori Kirsi-Maria Halonen, professori Mia Hoffrén ja professori Janne Salminen

*Kirjasarjat*

- Vuonna 2022 ilmestyneet kirjat:
  - A345 Tuomas Mattila, Yhteistyö tekijänoikeudessa
  - A346 Jussi Päivärinne, Siviiliprosessuaalinen asiavaltuus tekijänoikeuden loukkaustapauksissa
  - A347 Jaakko Markus, Oikeuksiin pääsy massavahinkotilanteissa. Prosessioikeudellinen tutkimus kollektiivisista oikeussuojakeinoista, erityisesti kanteiden yhteiskäsittelystä
  - A348 Annina Wahlbeck, Ulosottovalitusprosessin edellytykset
  - B 204 Mikael Lohse – Jyri Paasonen, Puolustusvoimien tehtävät
- julkaisuvaliokunnan jäsenet professori Jukka Mähönen (pj.), professori Suvianna Hakalehto, professori Sakari Melander, professori Taina Pihlajarinne (–07/2022), professori Janne Salminen (08/2022–), oikeusneuvos, dosentti Eva Tammi-Salminen ja presidentti, dosentti Pekka Vihervuori
- Suomen tiedekustantajien liiton apurahalla digitoidusta aineistosta julkaistiin edition.fi-palvelussa yhteensä 150 nimikettä (A227–, D8, E1–E28), D8, E1–E28). Kirjat ovat avoimesti kaikkien luettavana, aineisto on lisensoitu Kopioston kopiointiluvalla (rinnakkaistallennusta ei sallita).

*Oikeustieteen termitietokanta*

- osa Tieteen kansallinen termipankki -hanketta
- lähes 2 800 sana-artikkelia
- päätoimittaja OTT Jussi Sallila
- toimitusneuvosto jäsenet eduskunnan apulaisoikeusasiamies, dosentti Pasi Pölonen (pj.), professori Olli Norros (vpj., alakohtaisten toimittajien edustaja), professori Tiina Onikki-Rantajääskö (Tieteen kansallisen termipankin ohjausryhmän johtaja) ja OTL Erika Bergström (Eduskunnan kirjaston oikeudellisen tiedon johtava tietoasiantuntija)

**Jäsentilaisuudet ja kokoukset**

Yhdistys on järjestänyt kokouksia sekä esitelmätilaisuuksia seuraavasti:

- kaikki tilaisuudet järjestettiin hybriditilaisuuksina; etäosallistujien määrä on kasvanut viime vuosien aikana
- sääntömääräiset kokoukset: vuosikokous 26.4.2022, ehdollepanokokous 18.10.2022 ja vaalikokous 11.11.2022

*Toimintavuonna järjestetyt muut tilaisuudet*

Lakimies-keskustelutilaisuus: Oikeus ja talous 25.1.2022

- professori Kirsi-Maria Halonen: Näkökulmia julkisten hankintojen tehokkuuteen
- yliopistonlehtori Ilari Hovila: Jakamistalous kaavoituksen ja asuintilojen käyttötarkoituksarviointin häirikkönä – taltuttaako epätyypillisyysooppi häirikön?
- dosentti, yliopistonlehtori Matti Urpilainen: Kansainvälinen vero-oikeus murroksessa: sääntelyalan modernisoitumisen askelmerkkejä
- dosentti Sakari Wuolijoki: Negatiivinen korko ja velvoiteoikeus

Helmikuun jäsentilaisuus: Oikeustieteellisen tutkintokoulutuksen tila ja tulevaisuus 15.2.2022

- varadekaani, yliopistonlehtori Ilari Hovila: Teoria ja käytäntö
- oikeustieteen opiskelija, puheenjohtaja Saara Penttilä: Yleistutkinto vai erikoistuminen
- varadekaani, vanhempi yliopistonlehtori Jaana Norio: Kansainvälisyys juristikoulutuksessa
- Suomen Akatemian tutkijatohtori Maija Dahlberg: Tutkijataidot oikeustieteellisessä perustutkintokoulutuksessa

Maaliskuun jäsentilaisuus: Pandemian hallinnan oikeus 15.3.2022

- apulaisprofessori Johanna Rainio-Niemi: Pohjoismaisen hallinto- ja yhteiskuntamallin kriisikestävyys: historiallisia ja vertailevia näkökohtia
- oikeuskansleri Tuomas Pöysti: Laillisuusvalvonta Covid-19 pandemian aikana
- professori Lasse Lehtonen: Kotimainen tartuntatautilainsäädäntö eurooppalaisessa katsannossa

Huhtikuun jäsentilaisuus: Kestävä liiketoiminta ja oikeus 26.4.2022

- apulaisprofessori Mikko Rajavuori: Kestävän yritystoiminnan oikeustieteellinen opetus: mitä, miksi, miten?
- Dr., OTM Alina Wernick: Immateraalioikeuksien rooli viheliäisten ongelmien ratkaisussa
- tutkijatohtori Jouko Nuottila: Uudet, kestävät teknologiat oikeudellisten ja taloudellisten haasteiden ristiaallokossa

Toukokuun jäsentilaisuus: Sovittelun mahdollisuudet ja rajat riitaisuuksien ratkaisemisessa 17.5.2022

- asianajaja Petri Taivalkoski ja työelämäprofessori, asianajaja Tuomas Lehtinen

Oikeusvaltion pelastaminen -seminaari Luumäellä Kotkaniemessä yhdessä P. E. Svinhufvudin muistosäätiön kanssa 7.7.2022

- pääjohtaja emerita Tiina Astola: Euroopan unionin keinot oikeusvaltion vahvistamisessa
- presidentti Kari Kuusiniemi: Tuomioistuinten riippumattomuuden uhkat ja takeet
- laamanni Pekka Määttä: Rohkea ja taitava tuomari – oikeusvaltion turvaaja
- professori Vesa Vares: Oikeusvaltion puolustus – perinne ja eläminen kriisien paineissa
- asianajaja Riitta Leppiniemi: Kommenttipuheenvuoro

Syyskuun jäsentilaisuus: Kokemuksia väitöskirjatutkimuksen tekemisestä 20.9.2022

- OTM (väit.), tutkija Jaakko Markus: Oikeuksiin pääsy massavahinkotilanteissa. Prosessioikeudellinen tutkimus kollektiivisista oikeussuojakeinoista, erityisesti kanteiden yhteiskäsittelystä
- OTT, KTM, VT lainsäädäntöneuvos Jussi Päivärinne: Siviiliprosessuaalinen asiavaltuus tekijänoikeuden loukkaustapauksissa
- OTT, esittelijä Heikki Kempainen: Rangaistuksen määräämisen perusteleminen

Lokakuun jäsentilaisuus: Perus- ja ihmisoikeuksien edistäminen Suomessa 18.10.2122

- professori Jukka Viljanen: Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukset perus- ja ihmisoikeuksien edistämisen näkökulmasta
- työtuomioistuinneuvos Outi Anttila: Yhdenvertaisuuden ja syrjinnän kieltojen valvonta
- johtaja Sirpa Rautio (Ihmisoikeuskeskus): Suomen virallisten perus- ja ihmisoikeustoimijoiden toimivaltuuksien ja tehtävien kehittämistarpeita

Oikeuskulttuurin päivä: Sodan lait 11.11.2022

- professori Martti Koskeniemi: Sodan säännöt ja rauhan oikeus – ajatuksia väkivallan historiasta
- tutkijatohtori Johanna Friman: Sodan lait ja hiljaisuus
- tutkijatohtori Ukri Soirila: Kansainvälisen oikeusjärjestelmän haasteet sotatilanteissa
- paneelikeskustelu Jukka Mähönen (pj.), pääsihteeri Kristiina Kumpula (Suomen Punainen Risti), professori, oikeushammaslääkäri Helena Ranta, lähetystöneuvos Tarja Långström (ulkoministeriö)

### **Palkinnot, apurahat ja avustukset**

Yhdistys on tukenut taloudellisesti apurahoin ja palkinnoin oikeustieteellistä tutkimusta seuraavasti:

- palkintoja ja apurahoja jaettiin yhteensä 297 402 euroa

- konferenssien järjestämistä ja oikeustieteen opiskelijoiden oikeustapauskilpailuja tuettiin 7 499,64 eurolla

### **Yhdistyksen jäsenet ja jäsenmaksu**

- jäsenmäärä 31.12.2022 yhteensä 1 902 jäsentä (vuoden 2021 lopussa jäseniä oli 1 932)
- jäsenmaksun suuruus oli 76 euroa, alennettu jäsenmaksu 46 euroa ja opiskelijajäsenmaksu 25 euroa
- viestintä jäsenille on hoidettu Lakimies-aikakauskirjan Ajankohtaista-osastolla ja kuukausittain lähetettävillä uutiskirjeillä. Jäsenistöä ja laajempaa yleisöä on tavoitettu lisäksi yhdistyksen www-sivuilla ja Twitter-tilillä viestimällä

### **Yhdistyksen hallinto**

#### *Yhdistyksen hallitus ja henkilökunta*

- professori Jukka Mähönen, puheenjohtaja, työvaliokunnan jäsen
- professori Suvianna Hakalehto, työvaliokunnan jäsen
- professori Kirsi-Maria Halonen, työvaliokunnan jäsen (08/2022–)
- oikeusneuvos, dosentti Juha Häyhä
- apulaisprofessori Teemu Juutilainen, yhdistyksen sihteeri
- työelämäprofessori, asianajaja Tuomas Lehtinen
- professori Taina Pihlajarinne, varapuheenjohtaja, työvaliokunnan jäsen (–07/2022)
- professori Janne Salminen, varapuheenjohtaja, työvaliokunnan jäsen (08/2022–)
- LL.M., Senior Legal Counsel Antti Salonen
- oikeusneuvos, dosentti Outi Suviranta
  
- yhdistyksen taloudenhoitaja OTL Jyri Terämaa
- toimistopäällikkö Lea Purhonen
- toimistos sihteeri Inga Snäkin

#### *Yhdistyksen edustus Suomen Juristiliitossa sekä muissa yhteisöissä ja säätiöissä*

##### **Suomen Juristiliiton valtuuskunnassa kaudella 2021–2024**

- professori Antti Aine, professori Mia Hoffrén, professori Päivi Korpisaari, OTT, yliopistonlehtori Juhana Riekkinen, oikeusneuvos, dosentti Jussi Tapani, OTL Jyri Terämaa, professori Mikko Vuorenpää

##### **Suomen Juristiliiton hallituksessa**

- professori Antti Aine

##### **Suomen Juristiliiton valiokunnissa**

- professori Antti Aine (talousvaliokunnan pj.)
  - professori Suvianna Hakalehto (oikeuspoliittinen valiokunta)
  - OTT Suvi Hirvonen-Ere (yksityissektorin valiokunta)
  - professori Päivi Korpisaari (tulevaisuusvaliokunta)
- Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön hallituksessa
- professori Urpo Kangas (pj.) ja dosentti Pasi Pölönen (varapj.)
- Alfred Kordelinin säätiön hallituksessa
- professori Taina Pihlajarinne, varajäsen professori Janne Salminen
- Väinö ja Laina Kiven Säätiön hallituksessa
- professori Sakari Melander
- Suomen tiedekustantajien liiton hallituksessa
- ma. professori Anette Alén-Savikko

### Yhdistyksen talous

- tilinpäätös 31.12.2022 ylijäämäinen 110 470,63 euroa (edellisenä vuonna 715 707,51 euroa)
- taseen loppusumma on 20 687 250,65 euroa (edellisenä vuonna 23 485.203,55 euroa)
- tilinpäätös on laadittu pien- ja mikroyrityksen tilinpäätösasetuksen pienyritystä koskevien säännösten mukaisina
- arvopaperit on kirjattu markkina-arvoon ja arvomuutos taseeseen käyvän arvon rahastoon
- yhdistyksen toiminta rahoitettiin jäsenmaksujen sekä yhdistyksen oman varallisuuden ja sijoitusten turvin
- yhdistyksen rahastot korvaavat hallintopalkkiona niiden hallinnoinnista aiheutuvat kustannukset (à 35 000 euroa) ja tutkimusrahastosta nostetaan julkaisutukea (50 000 euroa)
- rahastosääntöjen mukaan rahaston vuotuisesta tuotosta liitetään rahastojen pääomaan vähintään sellainen osuus, jolla turvataan omaisuuden reaaliarvon säilyminen
- yhdistyksen osakehuoneistoista saaduista myyntivoitoista sijoitettiin marraskuussa kahteen eri kiinteistörahastoon yhteensä 300 000 euroa
- talousvaliokunnan jäseninä työvaliokunnan lisäksi työelämäprofessori, asianajaja Tuomas Lehtinen, OTT, LL.M., Senior Legal Counsel Antti Salonen, professori Seppo Villa sekä OTT, yliopistonlehtori Kristiina Äimä
- yhdistyksen omaisuuden hoidosta vastaa Nordea Private Banking
- kirjanpidosta vastaa Satakerta Rödl & Partner Oy, toimintavuoden aikana yhdistyksen kirjanpito siirrettiin Procountor-ohjelmistoon, jolla hoidetaan myös palkanmaksu
- tilintarkastajana toimi Tilintarkastusyhteisö Nexia Oy, vastuullisena tilintarkastaja KHT Antti Raittinen

- toiminnantarkastajana toimi professori Jaakko Ossa, varalla oikeusneuvos Mika Ilveskero
- yhdistyksen toimisto muutti Helsingissä osoitteeseen Vuorikatu 5, jossa yhdistys on Helsingin yliopiston tiloissa vuokralla
- yhdistys on osin siirtynyt ja siirtymässä avoimeen julkaisemiseen. Sen vaikutuksia julkaisutoiminnan tulokseen seurataan. Toistaiseksi vaikutukset eivät ole merkittäviä, mutta esimerkiksi A-sarjan tuotoissa on jonkin verran laskua.

### Yhdistyksen paikallisosastot

- itsenäisiä yhdistyksiä, jotka järjestävät jäsenilleen kokouksia, koulutustilaisuuksia ja opintomatkoja oikeustieteen eri aloilta
- pääyhdistys on tukenut taloudellisesti näitä tilaisuuksia maksamalla luennoitsijoiden palkkiot ja matkakulut
- paikallisosastoja:

  - Etelä-Karjalan Lakimiesyhdistys r.y., Lappeenranta (per. 1946, rek. 2000)
  - Lahden Lakimiesyhdistys ry. (per. 1912, rek. 1920)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Hämeenlinnan osasto r.y. (per. 1946, rek. 1948)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Joensuun osasto r.y. (per. 1938, rek. 2000)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Kainuun osasto ry, Kajaani (per. 1938, rek. 2000)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Kala- ja Pyhäjokilaakson osasto, Ylivieska (per. 1994, rek. 1997)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Keski-Suomen osasto ry, Jyväskylä (per. 1937, rek. 2006)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Kuopion osasto ry (per. Viipuri 1907, 1940, rek. 1999)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Kymenlaakson osasto ry., Kotka (per. 1946, rek. 1999)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Lapin osasto ry., Rovaniemi (per. 1947, rek. 2003)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Mikkelin osasto r.y. (per. 1935, rek. 2001)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Oulun osasto ry, (per. 1931, rek. 1999)
  - Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Satakunnan osasto ry, Pori (per. ja rek. 1946)



- Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Tampereen osasto ry (per. ja rek. 1928)
- Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Turun osasto (per. 1937, rek. 2006)
- Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Vaasan osasto ry (per. 1946, rek. 1999)
- Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Ylä-Savon osasto ry, Iisalmi (per. 1996, rek. 1997)

### **Tilikauden jälkeiset olennaiset tapahtumat**

Yhdistyksen toiminnan ja taloudenhoidon kannalta Covid-pandemian ja Ukrainan sodan pitkittymisestä ei ole arvioitu aiheutuvan merkittävää riskiä yhdistyksen vuoden 2023 toiminnalle.

Inflaation ja korkojen nousun aiheuttama riski on sijoitusten hajauttamisen takia arvioitu toiminnan kannalta hallituksi.

## AJANKOHTAISTA

## SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS RY:N TASE

	12/31/2022	12/31/2021
VASTAAVAA		
PYSYVÄT VASTAAVAT		
Aineelliset hyödykkeet		
Koneet ja kalusto	491,38	654,97
Yhteensä	<u>491,38</u>	<u>654,97</u>
Sijoitukset		
Muut osakkeet ja osuudet	4 008 114,39	4 332 197,12
Yhteensä	<u>4 008 114,39</u>	<u>4 332 197,12</u>
PYSYVÄT VASTAAVAT YHTEENSÄ	<u>4 008 605,77</u>	<u>4 332 852,09</u>
OMAKATTEISET RAHASTOT		
Tutkimusrahasto	7 867 783,34	9 011 544,88
Idman rahasto	8 144 537,23	9 200 553,91
OMAKATTEISET RAHASTOT YHTEENSÄ	<u>16 012 320,57</u>	<u>18 212 098,79</u>
VAIHTUVAT VASTAAVAT		
Vaihto-omaisuus		
Kirjat ja lehdet	742,31	947,52
Yhteensä	<u>742,31</u>	<u>947,52</u>
Saamiset, lyhytaikaiset		
Myyntisaamiset	2 305,92	1 134,38
Muut saamiset	4 847,65	7 553,50
Siirtosaamiset	82 502,79	75 758,44
Yhteensä	<u>89 656,36</u>	<u>84 446,32</u>
Rahat ja pankkisaamiset	575 925,64	854 858,83
VAIHTUVAT VASTAAVAT YHTEENSÄ	<u>666 324,31</u>	<u>940 252,67</u>
VASTAAVAA YHTEENSÄ	<u>20 687 250,65</u>	<u>23 485 203,55</u>

VASTATTAVAA		
OMA PÄÄOMA		
Omakatteiset rahastot	15 612 408,56	17 974 650,27
Käyvän arvon rahasto	160 384,26	839 370,87
Toimintapääoma (ed. tilik. ylijäämä)	4 359 949,04	3 644 241,53
Tilikauden tulos	<u>110 470,63</u>	<u>715 707,51</u>
OMA PÄÄOMA YHTEENSÄ	20 243 212,49	23 173 970,18
VIERAS PÄÄOMA		
Lyhytaikainen		
Saadut ennakot	152,00	152,00
Ostovelat	9 480,91	17 876,57
Muut velat	20 411,53	18 086,83
Siirtovelat	<u>413 993,72</u>	<u>275 117,97</u>
VIERAS PÄÄOMA YHTEENSÄ	444 038,16	311 233,37
VASTATTAVAA YHTEENSÄ	<u>20 687 250,65</u>	<u>23 485 203,55</u>

## AJANKOHTAISTA

## SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS RY:N TULOSLASKELMA

	2022	TA 2022	erotus	2021	
<b>VARSINAINEN TOIMINTA</b>					
Julkaisu- ja kustannustoiminta					
Lakimies	Tuotot	102 418	100 000	2 418	99 047
	Kulut	<u>-110 945</u>	<u>-100 000</u>	<u>-10 945</u>	<u>-102 548</u>
	Yhteensä	-8 527	0	-8 527	-3 501
Oikeustiede	Tuotot	5 418	4 000	1 418	3 248
	Kulut	<u>-9 197</u>	<u>-6 000</u>	<u>-3 197</u>	<u>-11 019</u>
	Yhteensä	-3 779	-2 000	-1 779	-7 771
A-sarja	Tuotot	28 506	5 000	23 506	28 301
	Kulut	<u>-26 152</u>	<u>-8 000</u>	<u>-18 152</u>	<u>-8 611</u>
	Yhteensä	2 354	-3 000	5 354	19 689
B-sarja	Tuotot	4 215	20 000	-15 785	7 777
	Kulut	<u>-4 564</u>	<u>-8 000</u>	<u>3 437</u>	<u>-11 688</u>
	Yhteensä	-349	12 000	-12 349	-3 911
C-sarja	Tuotot	1 039	500	539	1 738
	Kulut	<u>-4</u>	<u>-100</u>	<u>96</u>	<u>0</u>
	Yhteensä	1 036	400	636	1 738
D-sarja	Tuotot	253	200	53	7 872
	Kulut	<u>0</u>	<u>0</u>	<u>0</u>	<u>-2 830</u>
	Yhteensä	253	200	53	5 041
E-sarja	Tuotot	3 845	500	3 345	1 704
	Kulut	<u>0</u>	<u>0</u>	<u>0</u>	<u>-158</u>
	Yhteensä	3 845	500	3 345	1 546
Oikeustieteen termitietokanta	Kulut	<u>-12 078</u>	<u>-18 000</u>	<u>5 922</u>	<u>-11 954</u>
	Yhteensä	-12 078	-18 000	5 922	-11 954
Yhteiset tuotot ja kulut					
	Julkaisutuki	50 000	50 000	0	50 000
	Apurahat	0	0	0	9 426
	Kulut	<u>205</u>	<u>-32 000</u>	<u>32 205</u>	<u>-9 620</u>
	Yhteensä	50 205	18 000	32 205	49 805
Kulujäämä		32 959	8 100	24 859	50 682
Muu varsinainen toiminta					
	Päydyhdistyksen toiminta	-9 015	-18 000	8 985	-6 417
	Paikallisyhdistykset	-3 668	-5 000	1 332	-2 667
	Kongressi- ja seminaariavustukset	-1 534	-10 000	8 466	-600
	Oikeustapauskilpailut ym	<u>-4 000</u>	<u>-10 000</u>	<u>6 000</u>	<u>0</u>
	Yhteensä	-18 217	-43 000	24 783	-9 684
Kulujäämä		14 742	-34 900	49 642	40 998

Varsinaisen toiminnan yhteiset kulut					
	Palkat, palkkiokulut	-123 529	-125 000	1 471	-120 892
	Toimitilakulut, koneet ja kalusto	-66 409	-20 000	-46 409	-31 967
	Kokouskulut	-2 062	-5 000	2 938	-279
	Markkinointi- ja edustuskulut	0	-15 000	15 000	-493
	Hallinnon kulut	-68 545	-70 000	1 455	-57 625
	Yhteensä	-260 545	-235 000	-25 545	-211 256
Kulujäämä		-245 804	-269 900	24 096	-170 258
Varsinaisen toiminnan yhteiset tuotot					
	Hallintopalkkiot	72 000	72 000	0	74 000
	Poistot	-164	-200	36	-218
	Yhteensä	71 836	71 800	36	73 782
Kulujäämä		-173 967	-198 100	24 133	-96 476
JÄSENMAKSUTUOTOT					
		133 052	135 000	-1 948	136 754
Kulujäämä		-40 915	-63 100	22 185	40 278
SIJOITUS- JA RAHOITUSTOIMINTA					
SLY					
	Tuotot	164 534	100 000	64 534	697 781
	Kulut	-13 149	-20 000	6 851	-22 352
	Yhteensä	151 385	80 000	71 385	675 430
Idmanin rahasto					
	Tuotot	301 122	200000	101 122	991 457
	Kulut	-301 122	0	-301 122	-991 457
	Yhteensä	0	0	0	0
Tutkimusrahasto					
	Tuotot	326 984	200 000	126 984	985 145
	Kulut	-326 984	0	-326 984	-985 145
	Yhteensä	0	0	0	0
Sijoitus- ja rahoitustoiminta yhteensä					
		151 385	80 000	71 385	675 430
TILIKAUDEN YLIJÄÄMÄ					
		110 4700	16 900	93 570	715 708

*Alén, Anette*, OTT, VT, VTK, professori, Helsingin yliopisto  
*Halonen, Kirsi-Maria*, OTT, professori, Lapin yliopisto  
*Heikkinen, Pirkko*, OTT, yliopistonlehtori, Lapin yliopisto  
*Hoppu, Kari*, KTT, OTL, professori, Aalto-yliopisto  
*Kainulainen, Heini*, OTT, dosentti, erikoistutkija, Yhdenvertaisuusvaltuutetun toimisto  
*Karjalainen, Katja*, OTT, dosentti, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto  
*Kimpimäki, Minna*, OTT, VT, professori, Lapin yliopisto  
*Kurttila, Sara*, OTM, asiantuntija, Kilpailu- ja kuluttajavirasto  
*Letto-Vanamo, Pia*, OTT, professori emerita  
*Lindroos-Hovinheimo, Susanna*, OTT, VTM, VT, professori, Helsingin yliopisto  
*Markus, Jaakko*, OTT, tutkijatohtori, Lapin yliopisto  
*Meri, Otto*, OTT, VT, asianajaja, Asianajotoimisto Hippi & Kallaskari Oy  
*Murto-Unkila, Minna*, KTT, HTM, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto  
*Muukkonen, Matti*, HTT, OTT, YTM, dosentti, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto  
*Paukku, Eelis*, OTT, KTM, DI, KHT, vieraileva tutkija, Lapin yliopisto  
*Piha, Otava*, OTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto  
*Pirjatanniemi, Elina*, OTT, professori, Åbo Akademi  
*Ryynänen-Karjalainen, Lea*, MuT, toiminnanjohtaja, Tieteellisten seurain valtuuskunta  
*Salminen, Janne*, OTT, professori, Turun yliopisto  
*Seppänen, Jaakko*, OTM, lakimies, Helsingin kaupunki  
*Silvennoinen, Elisa*, OTT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto  
*Sutela, Mika*, OTT, dosentti, Itä-Suomen yliopisto  
*Viljanen, Pekka*, OTT, VT, professori emeritus

Timo Saranpää

## Jatkokäsittelylupa hovioikeudessa (B 205)

Valittaja tarvitsee käräjäoikeuden ratkaisuun hovioikeudelta va-  
littamalla muutosta hakiessaan pääsääntöisesti jatkokäsittelylu-  
van, jotta valitus otettaisiin täystutkintaiseen menettelyyn. Jos  
lupaa ei tarvita tai se myönnetään, asian käsittelyä jatketaan.  
Jos lupaa ei myönnetä, asian käsittely hovioikeudessa päättyy ja  
käräjäoikeuden ratkaisu jää pysyväksi. Valtaosa hovioikeuksien  
käsittelistä asioista kuuluu luvan soveltamisalaan, ja jatkokä-  
sittelylupajärjestelmä on keskeinen osa nykymuotoista muutok-  
senhakumenettelyä. Lupajärjestelmään liittyy toisaalta monen-  
laisia, keskenään osin ristiriitaisiakin tarkoituksia ja odotuksia,  
ja luvan myöntämisperusteet ovat myös merkittävin korkeinta  
oikeutta viime vuosina työllistänyt asiaryhmä.



Teos on ensimmäinen jatkokäsittelylupaa koskeva lainopillinen yleisesitys, jonka tarkoituk-  
sena on muodostaa yleiskuva jatkokäsittelyluvasta hovioikeudessa. Teoksessa tarkastellaan  
jatkokäsittelylupajärjestelmän säätämiseen johtanutta kehitystä sekä sen soveltamisalaa ja  
eräitä muita peruskysymyksiä. Teoksen painopiste on lupaperusteiden analyysissä, jossa hyö-  
dynnetään korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä, mutta myös julkaisemattomia päätök-  
siä jatkokäsittelyluvasta. Teoksessa tarkastellaan myös muun muassa jatkokäsittelylupa-asian  
käsittelistä ja ratkaisemista sekä muutoksenhakua lupapäätökseen koskevia kysymyksiä.  
Teos päättyy erityisesti muutoksenhakijoiden asiamiehille laadittuihin peukalosääntöihin.

Jatkokäsittelylupa hovioikeudessa on tarkoitettu oikeudenkäyntiasioita hoitaville asianajajille ja  
muille lakimiehille sekä hovioikeuksien lainkäyttöhenkilökunnalle, mutta se soveltuu laajemminkin  
kaikille sellaisille lukijoille, jotka haluavat perehtyä käytännönläheisesti jatkokäsittelylupaa ja muu-  
toksenhakua hovioikeudessa koskeviin kysymyksiin. Teosta voidaan käyttää myös oppikirjana.

OTT, VT, dosentti Timo Saranpää toimii hovioikeudenneuvoksena Vaasan hovioikeudessa.  
Saranpää on toiminut lisäksi esittelijänä hovioikeudessa ja korkeimmassa oikeudessa sekä  
hoitanut erilaisia yliopistollisia tutkimus- ja opetusvirkoja. Saranpää on keskittynyt julkaisu-  
toiminnassaan etenkin prosessioikeuteen.

Kirja ilmestyy kesäkuussa 2023.

ISBN 978-951-855-696-4

Hinta 110 € / 77 € Lakimiesyhdistyksen jäsenille.

## SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN APURAHAT 2023

Suomalainen Lakimiesyhdistys julistaa jäsentensä haettavaksi oikeustieteellisen perustutkinnon jälkeisiin jatko-opintoihin ja tieteelliseen toimintaan seuraavat apurahat:

- **Väitöskirja-apuraha**, joka myönnetään 12 kuukaudeksi päätoimiseen väitöskirjatyöhön. Hakijalla tulee hakuajan päättyessä olla tohtorin tutkinnon suoritusoikeus. Apurahan määrä on 2 080,42 euroa kuukaudessa (24 965,04 vuodessa).
- **Pieni apuraha**, joka myönnetään oikeustieteellisen tutkimustyön tukemiseen, sen kansain-välitysmistä edistäviin ulkomaisiin tutkimus- ja opintomatkoihin, oikeustieteellisiin konferensseihin tai vastaaviin osallistumisesta aiheutuviin kuluihin, kun hakijalla on ollut konferenssissa oma esitys, tai oikeustutkimuksen kääntämiseen (suomeksi tai suomesta muille kielille). Apurahoja ei myönnetä LL.M.-opintoihin eikä tavanomaisiin materiaalihankintoihin. Apurahan suuruus on enintään 6 000 euroa hakijaa kohden.
- **Post doc -apuraha** hiljattain väitelleelle kolmen vuoden ajaksi päätoimiseen tutkimustyöhön. Apurahan määrä on 2 500 euroa kuukaudessa. Apurahaan liittyy enintään 6 000 euron kulukorvaus, jota voi käyttää matka- ja muihin tutkimuskuluihin. Kulukorvaukset maksetaan jälkikäteen tositetta vastaan. Tutkimuksen etenemisestä raportoidaan vuosittain.

### *Muut tiedot ja hakumenettely*

Apurahan saajan tulee hankkia lakisääteinen eläke- ja vakuutusturva, jos apurahatyöskentely kestää yhtäjaksoisesti vähintään 4 kuukautta ja työskentelyyn tarkoitettu apuraha on vuotuisiksi työtuloksi muunnettuna 4 288 euroa tai enemmän. Yhdistys ilmoittaa apurahan myöntämisestä Melalle ja korvaa lakisääteistä vakuutusturvaa koskevat kulut apurahan saajalle jälkikäteen tositetta vastaan. Lisätietoja eläke- ja vakuutusturvasta [www.mela.fi](http://www.mela.fi).

Apurahahakemukset laaditaan hakuohjelmalla, joka julkaistaan Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen kotisivulla ([www.lakimiesyhdistys.fi](http://www.lakimiesyhdistys.fi)) hakuajan alkaessa. Hakemus lähetetään ohjelmasta sähköisesti.

Haku aika alkaa ma 15.8.2023 ja päättyy ke 31.8.2023 klo 14.00, jolloin sähköinen hakuohjelma sulkeutuu. Myöhästyneitä hakemuksia ei käsitellä.

Oikeustieteellistä väitöskirjatyötä koskevaan hakemukseen tulee liittää työnohjaajan lausunto (ei muita suosituksia), joka tulee täyttää sähköisenä lomakkeena 31.8.2023 klo 14.00 mennessä, jolloin ohjelma sulkeutuu. Sähköinen lomake täytetään Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen kotisivulla [www.lakimiesyhdistys.fi](http://www.lakimiesyhdistys.fi).

Apurahan saajille ilmoitetaan päätöksestä lokakuun loppuun mennessä. Apuraha on käytettävä vuoden 2025 loppuun mennessä. Apuraha voidaan siirtää vain erityisistä syistä.  
Lisätietoja: [lea.purhonen@lakimiesyhdistys.fi](mailto:lea.purhonen@lakimiesyhdistys.fi), p. 050 353 7011

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen hallitus