

Helsinki Law Review 1/2023

BOARD OF EDITORS

EDITOR-IN-CHIEF

Sade Mäntylä

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Anna Turkki

EDITORS

Oona Kallio

Julia Laine

Anniina Lehtimäki

Lia Lehto

Niilo Melkas

Miika Pihlaja

Mikael Salminen

ACADEMIC COUNCIL

Professor Emeritus Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench

Professor Päivi Korpisaari LL.D., trained on the bench

Professor Olli Norros LL.D.

Professor Ville Pönkä LL.D., trained on the bench

AUTHORS

PEER-REVIEWED ARTICLES

Rakel Jylhä-Vuorio

Logan Sunnarborg

Susanna Ahonen

Yacine Ouarab

Artturi Mikkonen

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2023, 17th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

CONTACT INFORMATION

Editor-in-Chief: *sade.mantyla@helsinki.fi*

Deputy Editor-in-Chief: *anna.turkki@helsinki.fi*

Submissions:

Manuscripts may be submitted via our online submission service at

<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

Contributions are selected for editing shortly after the publication of the previous issue. Helsinki Law Review publishes research articles, case commentaries, discussion, and book reviews in Finnish, English, and Swedish. Manuscripts should not exceed 25 size A4 sheets in length. References should follow the format used in Helsinki Law Review with the full citation appearing in first footnote mention, omitting a separate bibliography. For more detailed editorial instructions, see the last page of this issue. If the author has used a different referencing style, amending it can be done after a positive publishing decision.

Manuscripts selected for publication will be edited in active cooperation with the author(s) by an editorial team composed of members of the Board of Editors. All research articles will be evaluated by two referees in a double-blind review process.

Authors wishing to submit a manuscript based on their Master's thesis are requested to draft the manuscript to comply with the length constraint above before submitting the manuscript for consideration. A copy of the original thesis may be uploaded in the submission process as supporting material, but not submitted alone as a manuscript.

Subscription and Distribution:

Free copies of the journal are distributed to various libraries, law faculties, and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä office or contact the Editor-in-Chief or the Deputy Editor-in-Chief.

If you are interested in subscribing the journal, please contact the Editor-in-Chief or the Deputy Editor-in-Chief.

Publisher: Pykälä ry, the law students association of the University of Helsinki (est. 1935).

Address: Mannerheimintie 3B, 00100 Helsinki, Finland.

Graphic design: Tuomas Tofferi

Layout: Janne Kuisma

ISSN 1797-6251 (Print)

ISSN 2489-687X (Online)

PÄÄKIRJOITUS

<https://doi.org/10.33344/vol17iss1pp4-5>

Helsinki Law Review on ilmestynyt jo 16 vuoden ajan. Lukio-ikään ehtinyt lehti ilmestyy nyt 26. kertaa, mikä on todella hieno saavutus. HLR on kiistatta vakiinnuttanut paikkansa suomalaisten oikeustieteellisten julkaisujen joukossa – jaetaanhan lehteä Edilexiin tuhansille käyttäjille, merkittäviin asianajotoimistoihin ja kymmenille muille tilaajille.

Näin 26. numeron tullessa ulos, kääntyy toimituksen katse jo hieman tulevaan. Miten Helsinki Law Review pysyy ajankohtaisena ja relevanttina myös seuraavat 16 vuotta? Toistaiseksi sekä toimitukseen että kirjoittajakuntaan on riittänyt kiinnostuneita, mutta tämä ei ole itsestäänselvyys. Opintojen ollessa yhä vähemmän puhtaan akateemisesti suuntautuneita ja enemmän yliopiston ulkopuoliseen työelämään tähtääviä, tieteellisen kirjoittamisen viehätys heikkenee väistämättä.

Myös generatiivinen tekoäly muuttaa akateemista kirjoittamista ja law review -perinnettä. Niin kirjoittajien kuin toimituksenkin manuaalinen työ vähenee ja moni asia helpottuu, kun tekoäly voi hyödyntää tekstin muokkaamisen tukena. Samalla kriittisen lukutaidon ja lähdekritiikin merkitys korostuu. Kriittistä lukutaitoa ja kykyä arvioida tieteellisen tutkimuksen laatua voidaan pitää yliopistokoulutuksen punaisena lankana, joten kenties tekoäly vie meidät niin sanotusti takaisin kotiin ja ympyrä sulkeutuu.

Ajan henki näkyy myös tämän numeron artikkelien aiheissa. Perus- ja ihmisoikeudet liittyvät lähes kaikkiin kirjoituksiin. Artikkelit sijoittuvat aikamme monimuotoiseen ja digitaaliseen tietoyhteiskuntaan ja kysyvät, kuka saa näkyä ja kuulua ajassamme. Sama kysymys esitetään myös tiedekunnalle ja oikeustieteelliselle opetukselle.

Rakel Jylhä-Vuorion urauurtava artikkeli analysoi oikeustiedettä, sen opetusta ja oikeustieteellisiä tiedekuntia queer- ja transkritiikin näkökulmasta. Samalla Jylhä-Vuorio esittelee uuden tavan tuottaa oikeudellista, akateemista tekstiä.

Logan Sunnarborg kirjoittaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen S.A.S. v France -tapauksesta ja Ranskan äärimmäisestä sekularismista, joka ilmenee muslimien huivin kieltävänä lainsäädäntönä. Myös Susanna Ahonen kirjoittaa demokratian ja yksilön ilmaisuvapauden suhteesta, tarkastellen vihapuheen ja sen rajoittamisen merkitystä demokratian kestävyydelle.

Yacine Ouarab analysoi henkilötietojen käsitettä EU-oikeudessa tunnistettavuuden kriteerin kautta. Artikkelitarkastelee henkilötietojen suojaa monipuolisesti.

Artturi Mikkosen artikkeli tarkastelee vakuutusta vastuunrajoituskeinona yritysten välisissä sopimuksissa. Ajankohtainen kirjoitus edustaa perinteisempää oikeudellisen kirjoittamisen ja tutkimuksen tyyliä.

Toivon tämän Helsinki Law Review'n numeron inspiroivan lukijoita ja herättävän uusia ajatuksia siitä, mitä oikeustieteellinen akateeminen kirjoittaminen voi olla. Avaamme pian artikkelihaun lehden seuraavaan numeroon, johon toivomme jälleen rohkeasti kirjoituksia laajalla skaalalla.

Sade Mäntylä

Päätoimittaja

EDITORIAL

The Helsinki Law Review has now been in publication for an impressive 16 years. As the journal reaches its 26th edition, it marks a significant milestone in our journey. HLR has undeniably solidified its position among Finnish legal publications, with distribution to thousands of users through Edilex, prominent law firms, and dozens of other subscribers.

As we release our 26th issue, the editorial team naturally turns its gaze towards the future. How can the Helsinki Law Review remain timely and relevant for the next 16 years? Thus far, we have been fortunate to attract both interested contributors and readers, but we recognize that this is not a given. With legal education becoming increasingly oriented toward practical applications beyond university, the allure of scholarly writing inevitably diminishes.

Moreover, generative artificial intelligence is reshaping academic writing and the law review tradition. Both authors and editors will see a reduction in manual labor, and many tasks will be simplified as AI assists in text editing. Simultaneously, the significance of critical reading skills becomes more pronounced. The ability to critically evaluate the quality of scholarly research is a cornerstone of university education, and perhaps AI will bring us full circle in this regard.

The spirit of the times is also evident in the topics covered in this issue. Fundamental and human rights are central themes in most of the articles. The articles delve into our diverse and digital information society, questioning who has the right to be seen and heard in our era. The same question is even posed to the faculty and legal education in general.

Rakel Jylhä-Vuorio's groundbreaking article analyzes jurisprudence, legal education, and law faculties from the perspective of queer and trans critical theory. In doing so, Jylhä-Vuorio introduces a novel approach to writing legal and academic texts.

Logan Sunnarborg writes about the European Court of Human Rights case *S.A.S. v France* and France's extreme secularism, which manifests as legislation prohibiting Muslim headscarves. Susanna Ahonen also explores the relationship between democracy and individual freedom of expression, examining the significance of hate speech and its restriction for the sustainability of democracy.

Yacine Ouarab scrutinizes the concept of personal data in EU law through the criteria of identification and identifiability. This article looks at the protection of personal data from a multi-faceted point of view.


Artturi Mikkonen writes about insurance provisions as limitations of liability in business contracts, a timely topic. The text represents a more traditional style of legal writing and research.

I hope that this edition of the Helsinki Law Review will inspire its readers and spark new thoughts on what academic legal writing can be. We will soon open the call for articles for the next issue of the journal – stay tuned – and we eagerly anticipate a wide range of bold submissions.

Sade Mäntylä

Editor-in-Chief

SISÄLLYSLUETTELO

- 10 A situationally sensitive critique of the space of law school from a queer and trans perspective
Rakel Jylhä-Vuorio 
- 40 Discrimination or Democracy? Reviewing the French Veil Ban in light of the European Convention on Human Rights
Logan Sunnarborg 
- 56 Henkissosiaalinen valtio:
Suojaako vihapuheen rajoittaminen demokratiaa?
Susanna Ahonen 
- 64 Identifying the Identified:
Unraveling the Third Element of Personal Data in EU Law
Yacine Ouarab 
- 82 ”Joka ottaa vakuuttaakseen, ottaa vastatakseen”
– Vakuutus vastuunrajoituskeinona yritysten välisissä sopimuksissa
Artturi Mikkonen 

A SITUATIONALLY SENSITIVE CRITIQUE OF THE SPACE OF LAW SCHOOL FROM A QUEER AND TRANS PERSPECTIVE

Rakel Jylhä-Vuorio

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol17iss1pp10-39>

Helsinki Law Review, 1/2023, pp. 10–39

© 2023 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



VERTAISARVIOITU
KOLLEGIALT GRANSKAD
PEER-REVIEWED
www.tsv.fi/tunnus

ABSTRACT

In this article, I explore the challenges of radical queer and trans critiques of law and life in two Finnish law schools. Drawing on critical theories and personal experience, I demonstrate how the space of law school exercises power to silence and “other” radical queer and trans energies. The bulk of this article focuses on three specific moments when this power is exercised: when speaking up, dressing up, and looking around. I argue that this power dynamic is made possible by the “apolitical” theories of law and legal expertise according to which a great majority of law schools are still structured. I conclude the article with a gentle encouragement: we can and should enter these sites of power with the desire to resist the power dynamics of the “apolitical” space of law school. This article is written with that desire – to resist conventional expectations of legal and academic writing. The opportunities are manifold.

I. FROM RECEIVING TO DISTRIBUTING INTERSUBJECTIVE ZAPS

By now I have gathered an abundant harvest of law school critiques. There is surely more than enough in my Zotero Library for me to convey my message. However, I keep on devouring the words of the disenchanting and dispossessed scholars in one bite, each time assuring the article of the moment to be the last. Deadline notwithstanding, I open HeinOnline and fornicate with another file replete with critiques stemming from exceeding frustration of legal education.

These professors¹, they are all drug dealers. My plug² professors and their articles have proven to be reliable distributors of the so called intersubjective zap.³ For exemplification, I have tracked certain jolly psychosomatic effects that can flow from a first dosage of the good old *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*⁴: a sky high heart rate, euphoric light headedness, a radically charged desire to organize and fight, a sense of do or die urgency vibrating the whole corpus. The plugs describe the intersubjective zap as “a sudden, intuitive moment of connectedness.” It is a source, or ignitor of common radical pursuits. I discovered the vast body of critical legal scholarship about three years ago. I dare to argue I found meaning where I thought there would be none. From the intersubjective zaps emerged my political subjectivity and consequently its positioning within the historical course of critical approaches to law. To not lose hope in the space of law school, I must continue injecting intersubjective zaps on a daily basis.

Regrettably, the effectiveness of the intersubjective zap is diminishing. The reduction follows from the fact that my moments of connectedness are, in the end, moments of connectedness with someone either dead or living too far away. This applies to both, the CLS plugs and to the others I mention in the first footnote. Therefore, I only experience limited intersubjective zaps since I cannot fully share the temporal or spatial dimensions of their critiques. The connectedness between the CLS plug professors, however, demonstrates the intersubjective zap par excellence – they found each other and began to mobilize their critical stance within a specific time and space that had its idiosyncratic ideological, material

-
- 1 Here I make a reference to the ones associated with the critical legal studies movement. However, nowadays my plugs are not just the CLS professors, but covers a wide range of people who critique the prevailing power structures from e.g., a queer, trans, crip, race and feminist perspectives and aim to mobilize radical energies that wish to redistribute resources such as wealth, safety, accommodation, dignity, life chances and health. Good examples are Dean Spade, Libby Adler and Eric A. Stanley.
 - 2 A person who has the ability to get or supply hard-to-find items.
 - 3 (...) a sudden, intuitive moment of connectedness. It is a vitalizing moment of energy (hence “zap”) when the barriers between the self and the other are in some sense suddenly dissolved.” Peter Gabel & Duncan Kennedy, ‘Roll Over Beethoven’ (1984) 36 Stan L Rev 1.
 - 4 Duncan Kennedy, ‘Legal Education and the Reproduction of Hierarchy’ (1982) 32 J Legal Education 591.

and cultural aspects which again conditioned critiques of law and legal education. As a brutal simplification, they were red diaper babies experiencing legal academic and intellectual life during the heyday of postmodernism and political radicalism that penetrated American cultural strata in the 1960s.⁵ The time was ripe to declare law as political, as a perpetuator and reproducer of structural injustice, as a detrimentally futile tool to advance radical societal change. My limited intersubjective zap suffers a reduction in quality precisely because critique is always a spatial and temporal product – something to which a one-size-fits-all approach does not fit. Jorge Esquirol captures this exact problem more eloquently:

”If comparative law has any one thing to say to legal theory, it is that legal constructs are epistemically situated enterprises. Concepts and critiques take different meanings depending on their community of reference. Members of a given interpretive community create the conceptual and relational associations that make particular sense to them. (...) Accepting this point means there is no singular path forward for either construction or critique. They both vary according to situational understandings.”⁶

You get the problem - my location lacks radical queer and trans critiques concerning law and legal education from a legal perspective. Therefore, the intersubjective zap plugs are few and far between. I loosely employ the term radical to point towards critiques that bash the prevailing power structures from queer and trans perspectives, question the capacity of traditional legal concepts to bring about structural change, do not shy away from instigating processes towards alternative futures and have the potentiality to mobilize energies that predominantly aim to redistribute resources such as e.g., wealth, safety, dignity, housing, power and life chances in a more socially just manner. Critiques of this kind are not present in Finnish legal academia to my knowledge. This essay is therefore no more than an attempt to convey a situationally sensitive description of the elements that condition and limit the possibilities of radical queer and trans critique and energies within very specific epistemic and social communities – the University of Turku and University of Helsinki.

5 Juhana Salojärvi, 'A Counter-Culture of Law: Jurisprudential Change and the Intellectual Origins of the Critical Legal Studies Movement' (2019) 59 *American Journal of Legal History* 409, 436.

6 Jorge L Esquirol, 'MAKING THE CRITICAL MOVES: A TOP TEN IN PROGRESSIVE LEGAL SCHOLARSHIP' 92.

This essay asks, by relying on critical theories of law, critical costume studies and a performative approach, how the space of law school exercises power to silence and to “other” queer and trans critiques. Additionally, this essay is a culmination of me asking myself repeatedly over the years “why has law school been so awfully desperate, hopeless and lonely time to me.” Personal experiences are thus used as a research data, which brings this work close to autoethnography.⁷ Sara L. Crawley presents autoethnography “as a kind of self-interview, which is not a defined method with specific parameters but rather a balancing act between modernist empirical science, postmodernist deconstructions of science and subjectivity, and the activist pursuit of recording marginalized ideas and voices.”⁸ This formulation draws theoretical firepower from feminist standpoint theory, that, among other things, stresses the importance of lived experiences and social location in knowledge production.⁹ A crucial addition to this is that experiences are not assumed as essential, but as processes that go through continuous metamorphoses in the whirlwind of political, economic and societal forces.¹⁰ Thus, this is not the queer and trans experience.

With such a theoretical backpack, I identify power exercised against queer and trans critiques when speaking up, dressing up, and looking around. However, the essay first and foremost encourages us to consider these cases in a Foucauldian spirit: “where there is power there is resistance.”¹¹ Arrogantly, I wish to distribute an intersubjective zap to you, dear reader.

7 Tony Adams and Stacy Jones, ‘Telling Stories: Reflexivity, Queer Theory, and Autoethnography’ (2011) 11 *Cultural Studies Critical Methodologies* 110.

8 Sara L. Crawley, ‘Autoethnography as Feminist Self-Interview’ in Jaber Gubrium and others, *The SAGE Handbook of Interview Research: The Complexity of the Craft* (SAGE Publications, Inc 2012) 144 <<https://methods.sagepub.com/book/handbook-of-interview-research-2e/n10.xml>> accessed 18 May 2023.

9 Andrea Doucet and Natasha S. Mauthner, ‘Feminist Methodologies and Epistemology’ in Clifton Bryant and Dennis Peck, *21st Century Sociology* (SAGE Publications, Inc 2007) 37 <<https://sk.sagepub.com/reference/sociology/n62.xml>> accessed 14 February 2023.

10 Tuija Saresma, ‘Kokemuksen houkutus’ teoksessa T. Saresma, L.-M. Rossi & T. Juvonen (eds) *Käsikirja Sukupuoleen* (Vastapaino 2010).

11 Michel Foucault, *The Will to Knowledge: The History of Sexuality*, translated by Robert Hurley (London: Penguin Books, 1998). 96.

2. SPEAKING UP

A few years back, I was critiquing the criminal law professor for a lack of even the slightest consideration on structural aspects of criminal law. The events of the court case we analyzed during the lecture proceeded as follows. A and B were a couple. A and B got pissed out of their minds in a sauna. Just before the sauna shift ended, A left back to the apartment, while intoxicated B remained in the sauna. B had consequently died in the sauna later that night. The professor asked: "Was A obligated to take care of B?" An invitation for not so rigorous contemplation, I thought. Frustratedly I replied: "According to law and the preceding judgments, A and B cannot be regarded as family members. Therefore, no responsibility can be established." The professor did not get to finish his obligatory compliment before I continued: "But is that all we have to say? Do we not find the narrow definition of family as hostile towards other families who do not fit into the parameters of traditional family? Do we find no guilt in the conduct of law and court of perpetuating an individualistic worldview at the expense of a more communal way of social life?" The professor's face appeared somewhat perplexed as he calculated how to deal with my outburst. A few seconds later, a reply followed that speaks volumes. He stated: "What you say is interesting. But for everyone listening, I will not award points for political and ideological analysis in the exam." The conversation died there. Onwards with the real thing!

Make no mistake - I am fully aware how lazy and unimaginative my question was. I was a beginner and not the most promising one I am afraid. Yet, I doubt even the most sophisticated critical question would have made a difference. As my critiques developed, the answers remained, for the most part, similar in terms of substance. Indeed, during the five years of my law studies, first in the University of Turku, and later in the University of Helsinki, there has been a strong tendency to belittle pursuits to interrogate the relationship between law and the structures of society. Interestingly, this bears resemblance to the dynamic that has dictated also the universal history of legal thought. According to Roberto Unger, the functioning of legal thought throughout its history has relied on theories of law that camouflage and/or deny law's relation to the political structure of society.¹²

The authoritative answer of the professor made clear that the precondition for qualifying as a respectable participant in the space of law school requires one to solely rely on "(...) a method of legal justification that can be clearly contrasted to open-ended disputes about the basic terms of social life, disputes that people call ideological (...)." ¹³ What is expected,

12 Roberto Mangabeira Unger, 'The Universal History of Legal Thought' 51, 2-4.

13 Roberto Mangabeira Unger, 'The Critical Legal Studies Movement' (1983) 96 Harvard Law Review 561, 564.

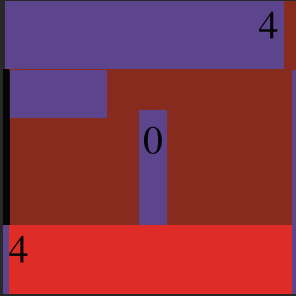
taught, and graded, is autonomous objective reasoning. To be precise, the precondition is to predominantly derive the legal answer with the help of “non-political” legal positivist doctrine from the system of rules and other institutional sources.¹⁴ This is what it means to think like a lawyer. The space first and foremost promotes expertise that turns a blind eye to the fact that legal actions predominantly uphold and reproduce structural injustice and systems of unjust distribution of resources. My choices of words like “non-political”, “positivist doctrine”, and “structural injustice” in regards of legal education, however, just obscure more than they reveal. Some have managed to do the opposite: “Learning to ‘think like a lawyer,’ the enunciated goal of legal education, means learning to think like the stereotype of a lawyer as a white, straight, upper class male, preferably Protestant, and able-bodied enough to play golf. Political perspectives are discouraged, and emotions exist to be manipulated.”¹⁵

I have constructed an exhibition. I call it ‘muted’. You’ll find it below. It entails me, speaking up to not all, but most of the professors I have encountered during my studies.

14 David M Trubek, ‘Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism’ (1984) 36 Stanford Law Review 575, 578.

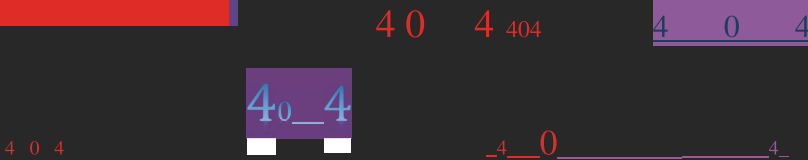
15 Kim Brooks and Debra Parkes, ‘Queering Legal Education: A Project of Theoretical Discovery’ 9.

“Professor. In my view, equal right to marry is a cold comfort for marginalized queer communities that suffer from the lack of resources such as safety, health, accommodation

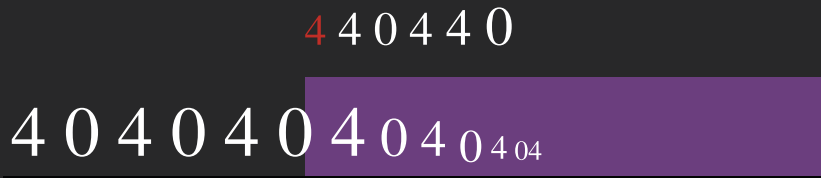


or wealth. We ought to reimagine legal expertise that sensitively considers how law functions to produce conditions that subject these communities vulnerable to structural injustice. Our horizon

should not be solely formal legal equality.”¹⁶



“Or professor hey, how can we, as legal experts, promote structural justice if we deny our connection to political structures while simultaneously upholding them? How do we imagine a socioeconomically just and environmentally sustainable future if law secures substantive rights, but always in favor of preserving and maintaining existing power relations.”¹⁷



16 Libby Adler, *Gay Priori: A Queer Critical Legal Studies Approach to Law Reform* (Duke University Press 2018) 175 – 211.
17 Angela P Harris, 'FROM STONEWALL TO THE SUBURBS?: TOWARD A POLITICAL ECONOMY OF SEXUALITY' 14:1565.

“Professor I’ve got one

more! **404!** I find it disturbing that the law we are thought teaches us to

4 0 4

conceptualize racism, homo- and transphobia, ableism, and xenophobia **4 0 4** as spatially

and temporally pinpointed nasty moments of misguided conduct perpetuated by a misbehaving individual – not as social phenomenon that structures the life chances of so

many in a violent manner”¹⁸ **4**  **0** 

4

18 Alan David Freeman, ‘Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrinet’ 62 MINNESOTA LAW REVIEW 1054.

~~“Prof, prof! I
do not think
this—legal
expertise—I
am—being
harnessed
into—will
ever
help me
deliver
structural
justice, since
it seems to
me that “the
greater—the
suffering
caused,—the
less
responsibilit
y
can—be
established~~

404

The valorized abstract knowledge of apolitical legal expertise stands for the representation of the space.²⁰ Consequently, the space distributes tremendous power to speaking up with expertise to those who rally under the banner of dominant interests. The distributional dynamics construct the space of law school as a space with a core and a periphery.

Core - We are hard. We are reason. We are logical. We are reality. We are law.

Periphery – You are soft. You are politics. You are emotion. You are passion. You are subjectivity. You are fantasy. You are not law.²¹

-
- 19 Scott Veitch, *Law and Irresponsibility: On the Legitimation of Human Suffering* (Routledge 2007) 2.
- 20 Chris Butler, 'Critical Legal Studies and the Politics of Space' (2009) 18 *Social & Legal Studies* 313, 320. "Representations of space are forms of abstract knowledge generated by formal and institutional apparatuses of power engaged in the organization of space. Obvious examples include the work of planners, bureaucrats, social engineers, cartographers and the variety of scientific disciplines holding socially recognized 'expertise' in the management and control of spatial form."
- 21 Duncan Kennedy, 'THE POLITICAL SIGNIFICANCE OF THE STRUCTURE OF THE LAW SCHOOL CURRICULUM' 14 *SETON HALL LAW REVIEW* 17, 11.

3. DRESSING UP

I wish now to illustrate how law school couples cis normative dressing up with professionalism.²² In the very beginning of my time in law school, I remember entering a local smart casual / business wear clothing store accompanied by an overwhelming certainty about my inadequacy in terms of style.²³ Although my garments from high school and a gap year bore resemblance to business wear, I was fully aware that I would need to spend a substantial portion of my student loan to level up. The reason for my no-hesitations-investment was that all the major law firms had been scheduled to visit our faculty during the first months of law school. We all knew what was about to go down: PR and headhunting. I could simply not run the risk of coming across as ill-suited and ignorant to the standards of the profession in front of the representatives of behemoth law firms.

Their arrival is well detailed in my mind. Men dressed in three-piece suits and women in formal dresses, etiquette fetishism, nonchalant declarations about over the top fringe benefits, narrated power fantasies of popping champagne after closing a deal, a hot dog wagon and an afterparty. A few hundred euros poorer but dressed up in a costume that tried to signal “I am the fucking man”, I mingled with the lawyers and PR representatives with champagne (or sparkling wine, I can’t tell the difference) in one hand and a hot dog in the other.

A few weeks later I encountered law school activism for the first time. Thoughtful chads of our student body had devoted themselves to arrange annual excursions to Herrainpukimo, an obnoxiously well-equipped elite menswear boutique. The owner lectured about the fine intricacies of menswear, assuring we need at least three pairs of quality shoes for our professional lives. Chad A and Chad B, I assume, believed it to be of crucial importance for us to understand how to *really* dress professionally. Advanced special studies to acquire a competitive edge in the professional world. And without their law school activism, the gravity of my mistake would not have maybe ever surfaced to me: the shop I visited two weeks ago was a bootleg store filled with piles of shit. And so was I.

22 Others have also pointed out this connection. See generally: Ann Juliano, ‘How to Look Like a Lawyer’ 34 ECONOMIC DEVELOPMENT; Rebekah Hanley and Malcolm MacWilliamson, ‘Model Dress Code: Promoting Genderless Attire Rules to Foster an Inclusive Legal Profession’ 34 ECONOMIC DEVELOPMENT; Elizabeth B Cooper, ‘The Appearance of Professionalism’ 71 Florida Law Review; Shannon Cumberbatch, ‘When Your Identity Is Inherently “Unprofessional”: Navigating Rules of Professional Appearance Rooted in Cisheteronormative Whiteness as Black Women and Gender Non-Conforming Professionals’ 34 ECONOMIC DEVELOPMENT. Celia Meredith, ‘Neither Here nor There: Nonbinary, Law, Student’ (2022) 10 Ind JL & Soc Equal 453.

23 Robert S Chang and Adrienne D Davis, ‘Making Up Is Hard to Do: Race/Gender/Sexual Orientation in the Law School Classroom’ (2010) Women, Gender & Sexuality Studies Research. 11. Chang and Davis zapped me to consider how I’ve navigated in the space of law school to comply with conventional gender identities.

Yet, I managed to land two trainee positions at major law firms. I lured my mother to buy me new office wear that would comply with the professional standards. Quality menswear, just as I was taught. But important only to match the professionalism expected from a junior trainee. Smart casual. No suit or shiny shoes. But perfectly in line with what is expected from a bottom tier noob. A higher rank of professionalism seemed to summon more office wear: one male associate trainee had a suit jacket just in case, another had that, dark trousers and a belt matching the shoes. One male partner appeared to have robbed Herrainpukimo empty. A formula for dressing up professionally.

In their article, Swethaa S. Ballakrishnen presents ethnographic interview data that identifies the same trajectory I have narrated. One of the students they interviewed explained: “When you go to your first job [interview], women should wear skirts and panty hose and men should wear suits.” Drawing from interview data, Ballakrishnen argues that “(...) manners of dress in professional space were seen as an important part of how ‘put together’ or ‘professional’ one was.”²⁴

I wish to delve deeper into how costumes, bodies and spaces are intertwined in meaning production. It is crucial to understand that costumes are documents that have possibilities to “perform concepts of space, (...) politics, and more.”²⁵ I went to the local store, Herrainpukimo, and shopping with mom exactly because I needed a costume that had a possibility to perform ‘a concept of law school space.’ It indeed feels like women should wear skirts and panty hose and men should wear suits because these costumes have a self-evident possibility to perform concepts of space and politics of law school.

And the concept of space of law school is a space of dominant interests. As I have already argued, it is so because the representation of the space is built upon abstract knowledge that favors objective law and impartial legal education. The representation of the space, in abstraction, is status quo. Some might even argue that law and legal education that prioritizes objectivity and impartiality lines with the interests of “‘benchmark men,’ that is, those who are white, Anglo-Celtic, heterosexual, able-bodied, and middle class, and who support a mainstream religion and a right of centre politics.”²⁶ We have done and keep doing an astonishingly good job in dressing up in costumes that perform the concept of that exact space.

24 Swethaa S Ballakrishnen, ‘Law School as Straight Space’ 91 *FORDHAM LAW REVIEW* 1129.

25 Sofia Pantouvaki and Barbora Příhodová, ‘*Critical Costume 2020*: Investigating Costume Agency’ (2021) 6 *Studies in Costume & Performance* 143, 145.

26 Margaret Thornton, ‘TECHNOCENTRISM IN THE LAW SCHOOL: WHY THE GENDER AND COLOUR OF LAW REMAIN THE’ 36 *OSGOODE HALL LAW JOURNAL* 370.

But we all cannot do that. Radical²⁷ gender deviance lacks the force to perform the concept of contemporary space of law school. To fail is to be categorized as a negation of an archetype of representation – not (as) professional. Thus, the power to appear professional aesthetically is distributed differently to cis, queer and trans bodies. However, just like abstract critique, a costume is an instrument of resistance against dominant interest powers.²⁸ To dress up is to enter sociopolitical, cultural, spatial and sensorial sites of struggle,²⁹ where our costumes intervene in a meaning production “between the body and space.”³⁰ That is why I urge not to assimilate into costumes of hetero-cis-normativity. I urge to dress up to law school in costumes that perform concepts of radical queer and trans critiques despite the risk of being viewed as non-professional. The costumes have a potentiality to operate as distributors of intersubjective zaps – as sources of hope, connectedness, and of radical energies in a space where there seems to be none. A radical dress up is an activist pursuit to reframe what it means to look like a professional. The space of law school is infected with sites of power exercised – thus with sites of possible resistance. That is why I want us to consider e.g., a contract law lecture as a radical costume party.³¹ I can imagine no better way than to end with the words of Dean Spade.

-
- 27 With radical I mean what Robin Dembroff means with genderqueer. For Dembroff, genderqueer is something that is both internal and external. Here I stress the externality, since as Dembroff states: “(i)f being genderqueer were simply in the head, a world functioning smoothly according to the binary assumption, with no material challenges to this binary, could very well be a world full of genderqueers. (...) (R)esistance to gender binary systems requires more than thought and affect.” Simultaneously I am aware that performing radical gender deviance can be extremely dangerous in hostile environments. Robin Dembroff, ‘Beyond Binary: Genderqueer as Critical Gender Kind’ (2020) 20 21.
- 28 Donatella Barbieri and Sofia Pantouvaki, ‘Costume and Ethics: Reflections on Past, Present and Future Entanglements’ (2020) 5 *Studies in Costume & Performance* 3, 9.
- 29 Pantouvaki and Přihodová (n 18) 146.
- 30 Dorita Hannah, ‘Alarming the Heart: Costume as Performative Body-Object-Event’ (2014) 2 *Scene* 15.
- 31 Madeline Taylor, Anna Germaine Hickey and Remi Roehrs, ‘Celebrating Bowery: Radical Costume Parties as Queer Heterotopia in Brisbane’ (2020) 5 *Studies in Costume & Performance* 85.

” I want to be disturbed by what you’re wearing, I want to be shocked and undone and delighted by what you’re doing and how you’re living. And I don’t want anyone to be afraid to put on their look, their body, their clothes anymore. Resistance is what is sexy, its what looks good and is hard to look at and what sometimes requires explanation. Why would we want to do things that don’t require explanation, that are obvious, impervious to critique because no one even notices we’re doing them?³²

32 Dean Spade, ‘Dress to Kill, Fight to Win | LTTR’ <<http://lttr.org/journal/1/dress-to-kill-fight-to-win>> accessed 28 April 2023.

4. LOOKING AROUND

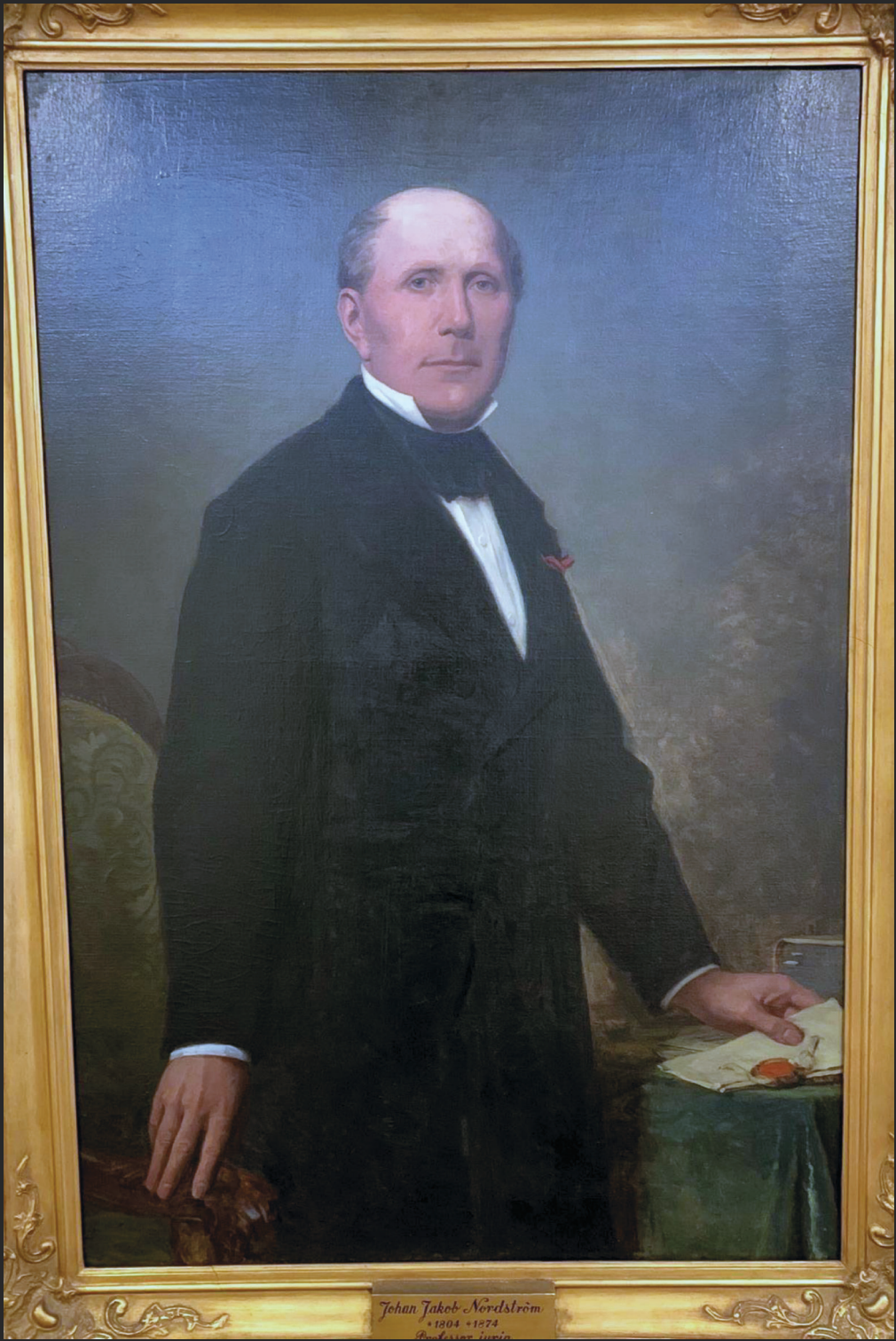
Gosh I took so much space with Spade's words. My apologies. From now onwards, I promise to be more considerate with how I use space. Now that I think about it, I guess it would be actually quite considerate if I just spoke in footnotes.³³

33 Okay so here I am now. I still have something to say about this space called law school I cohabit with dominant interest forces. I have now presented how abstract knowledge and material costumes cooperatively produce the representation of law school space. Lastly, I want to focus not on the space at large, but on a specific section of the whole space. I leave home to investigate our faculty's premises.

I stand at the corridor of my law school. I sense someone looking at me from the walls. I turn left to a give a look.



34 We share a moment, but it is quickly interrupted by another gaze drilling the back of my head. Intrigued, I turn around to look.



Johan Jakob Nordström
*1804 †1874
Professor iuris

35 "Hey there. Who are you?" The portrait asks, continuing "Let me guess, you come from the faculty of gender studies, eh? Ah, no? Ok. Well anyways, thanks for looking. Could you be a good boy and go look at the rest of us at the end of this corridor? Then there is more of us at the other corridor. Make sure to look at them also." Despite being somewhat saddened by the fact that the portrait misgendered me, I look around to see who these "others" are.





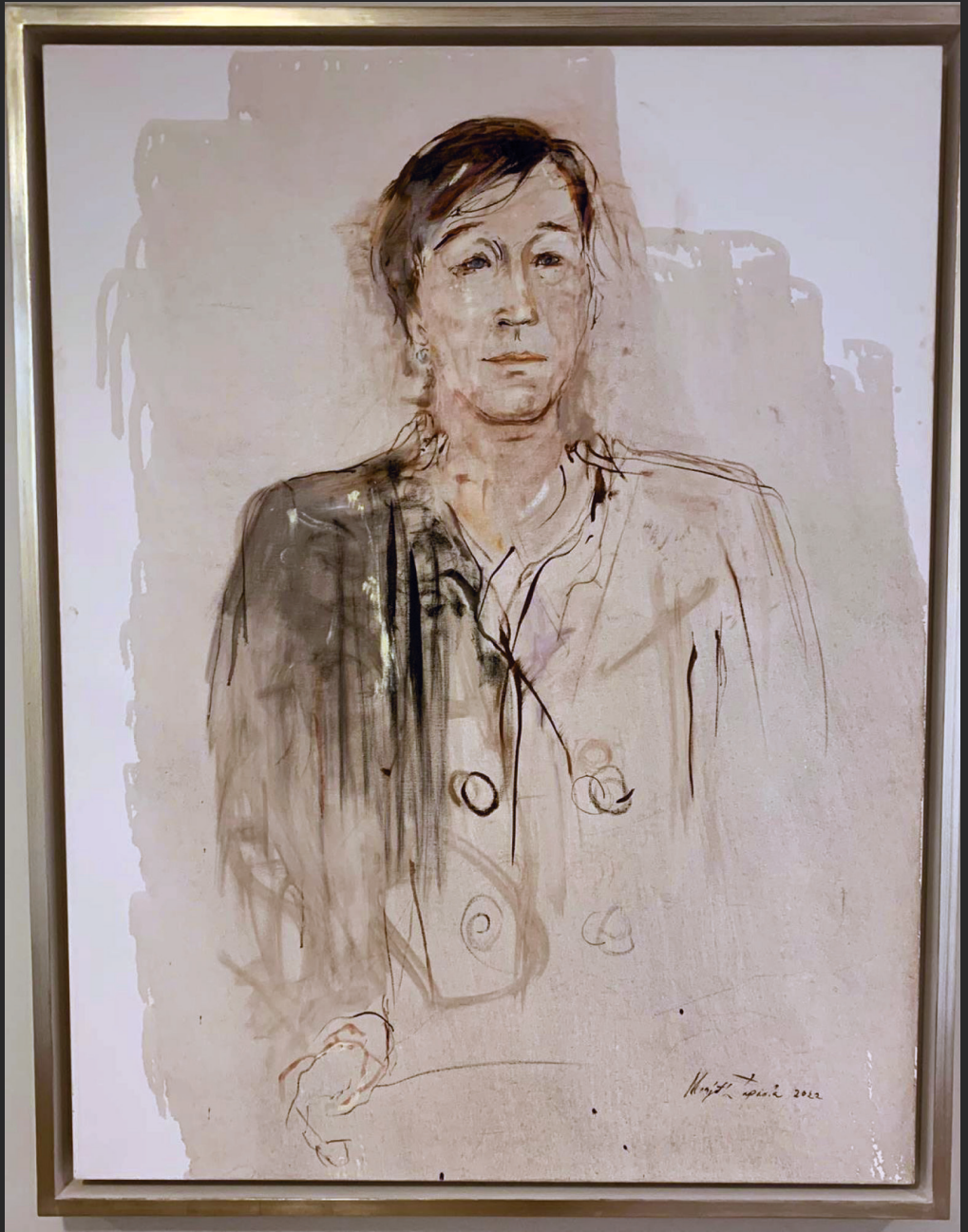
UNA ALTRA VERSIONE DELL'OPERA
1910/11
"Ritratto di un uomo" per il 1911
Pittura olio, 100x100



Jakob Wilhelm Chydenius
*1263 *1926
Professor i civilrätt
1901-1926







36 These were all I could find. I walk back home, knowing exactly what needs to be done.

As I make my face up by the bathroom mirror, my phone rings. It is Sylvia Rivera, commanding me to get out from the footnotes.

I bend across the bed to plug the phone back to a charger. Back arched, I type “Arca” and press shuffle. As the alien reggaeton beat begins, I become aware of how inviting my stance is, and the thought of it being so charges my body with electricity. I stand up with a sense of full-frontal pride that can only result from Sylvia scolding you, and head back to bathroom as Arca plays. This filthy bathroom mirror is a canvas of my portrait. The basin is filled with tarred cotton swabs and grimy makeup wipes. I rub off the stains of paint from my face again and again, each time more frustratedly. The motion irritates my skin, leaving it a red rash. It hurts now, but regardless, I continue to bring eyeliner’s tip back to the outer corner of my eye and execute swipes shooting diagonally upwards. It hurts now, but regardless I apply glittery pink eyeshadow and red lipstick in a way that makes my lips look plentiful. I want this portrait just right. I want a juridical portrait.

Juridical portraits belong to a genre of their own. Peter Goodrich has called the genre as megalography, which is art that portraits greatness. I was not simply looking at portraits earlier. It could be argued I was looking, or I was being looked at by a technique that has certain functions: namely, megalographic and symbolic.³⁷ My reading of Goodrich is that together, they function to show the mask a lawyer should put on to mimic an ideal type of social and legal identity. Besides this, a juridical portrait is a sign that can also reveal a great deal about the identity of the institution in which it resides. In his research on judicial portraits, Leslie Moran points out that the institutional values have been embedded within judicial portraits through specific aesthetic decisions regarding e.g., the posture, background, set pieces, size, and location.³⁸ The portrait/ the amalgamation of aesthetic decisions is “fabricated according to the abstract ideas, values and virtues associated with the institution and the collective. Through the sitter’s image, these institutional values and virtues are not only made, but are made visible, public and accessible.”³⁹ The expectations of impartiality and objectivity appear to dictate a certain look. It is predictable and bland, gendered and devotedly norm conforming.

I have never tried false eyelashes, but for this portrait I just might. I sharpen the eyeliner, stretch my eyelid and paint it black. And the other one. Cheekbones? Purple contour it is. Brows? Upwards with lamination gel. I am buzzing with excitement and make a run to the living room to grab my phone. I have to type the password since the face recognition feature fails to deliver, then navigate my thumb to “camera”, strike a pose, and press the camera button. The last step is to take it to law school.

37 Peter Goodrich, ‘Looking at the Overlooked: Portraits of Law’ 54 *BUFFALO LAW REVIEW* 840.

38 Leslie J Moran, ‘Judicial Pictures as Legal Life-Writing Data and a Research Method’ (2015) 42 *Journal of Law and Society* 74, 87.

39 Leslie J Moran, ‘Judging Pictures: A Case Study of Portraits of the Chief Justices, Supreme Court of New South Wales’ (2009) 5 *International Journal of Law in Context* 295, 298.

My portrait hangs next to the greats now. Please, visit the faculty to see it. Then tell me if my portrait shows “not the person but life, not the likeness but the character, not the face but the law.”⁴⁰



40 Goodrich (n 37) 860.

5. BECOME THE PLUG

Repeatedly I've asked myself the question Louis E. Wolcher put forth in the *Ethics of Justice Without Illusions*. "Is a life in the law – even one spent in the pursuit of justice – worth living, and if so, how can a disenchanted person come to bear the living of it without constantly having to engage in self-deception?" I'll leave the question of self-deception for another day. But the first remains. Is it worth living?

Yes – but only if shared with others who believe that another end of the world is possible.

Start dealing.

DISCRIMINATION OR DEMOCRACY? REVIEWING THE FRENCH VEIL BAN IN LIGHT OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Logan Sunnarborg

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol17iss1pp40-55>

Helsinki Law Review, 1/2023, pp. 40–55

© 2023 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



ABSTRACT

This article aims to examine the rhetoric and legal logic exercised in *S.A.S. v France*, where the European Court of Human Rights reviewed French national legislation which treads perilously upon codified European human right norms. This article focuses on the French ban on full-face coverings in public and critically analyzes the logic of the arguments utilized by France to defend the ban. The case commentary is enriched with an analysis of the political and social rhetoric that must not be ignored when discussing justice and law.

Despite nearly a decade having passed since the verdict, it remains crucial to review the legal vocabulary utilized and understand how it complicated the Court's analysis due to France framing the matter as a judgement over values. This rhetoric persists today, making it improbable to contest these violations beyond a national judicial system. The article seeks to challenge the complacency of the Court due to hesitation to make a judgement over values, despite its existence to safeguard specific values. It also encourages continued skepticism toward the Court's ability to secure human rights and fundamental freedoms.

I. INTRODUCTION

Human rights in Europe are codified within a multilayered framework, encompassing Member States within the Council of Europe (CoE), the European Union (EU), and through mechanisms of international institutions. There is a wide spectrum of rights protected amidst these regimes, but one that deserves particular attention is the right to expression of religion and belief. This fundamental right is a cornerstone to human rights law within Europe, and one that exists across continents, societies, and at international levels. However, practice always differs from principle. What happens when one's ability to express their religion is infringed upon in the name of democracy within Europe? Such an inference, the ban on full-face veils in France, will be reviewed in this article through teasing apart the case against France on the grounds that the law inhibited an applicant's right to express their belief, in addition to other rights.¹

Analyzing this ruling from a decade ago is both timely and imperative, given that a strikingly similar ban on loose-fitting garments worn by individuals of the Islamic faith in state schools was recently upheld by the State Council in France, affirming that the ban does not violate freedom of religion, the principle of non-discrimination, or other rights. There appears no recourse, given the ruling of *S.A.S. v France* among other case law of the European Court of Human Rights (ECtHR or the Court), that have validated 'living together' based in secularism as a legitimate aim to curtail human rights. Revisiting *S.A.S.* with the lens of legal rhetoric is critical in understanding how the above notions are being advanced as integral to democracies, yet in practice are leveraged against fundamental rights of people in France via laws that are tailored against those of a particular faith.

This article is woven with multiple threads, in hopes to advance the analysis beyond the legal realm. The fabric to be used in this work is derived not only from legal studies, but also social sciences, namely political science. It is with this perspective that this article hopes to invite readers to understand how 'legal vocabulary' was deployed in order to justify and perpetuate discrimination in the face of human rights doctrine.

1 Conseil d'Etat, 'In the interests of secularism, the Conseil d'État dismisses the application for interim measures against a ban on wearing the abaya in schools' (2023) <<https://www.conseil-etat.fr/en/news/in-the-interests-of-secularism-the-conseil-d-etat-dismisses-the-application-for-interim-measures-against-a-ban-on-wearing-the-abaya-in-schools>> accessed 14 September 2023 (Conseil d'État).

The structure of the article is as follows:

- (I) History of the Ban
- (II) Development of Human Rights Doctrine in Europe
- (III) The Language of Law
- (IV) Argumentation Analysis
- (V) Commentary: Consequences & Contemporary Implications

This article is guided by several research questions alongside context that allows readers to understand the differences and limitations of the forum in which this case was relegated. The questions that will be answered include:

- (i) What legal arguments in *S.A.S v France* did the Court accept to address?
- (ii) How were the arguments construed in order to frame *S.A.S v France* as a judgement over values?

Prior to analyzing the argumentation of the case, a brief history of full-face coverings in Europe is offered along with succinct affirmation on the importance of human rights within European legal orders. This context will help frame the case and will encourage readers to combat the urge to separate the legal from the socio-political elements at play. Offering a brief summation of the history of the ban and development of human rights in Europe also encourages readers to keep in mind the values that institutions such as the CoE and the EU claim to be comprised of and defend. Context matters because, after all, cases are never decided within a vacuum.

(I) History of the Ban

Across European jurisdictions, there exists a patchwork of laws that target full-face coverings, from municipal to national levels. These bans generally apply only in public place, and the wording of the laws refrain from naming the face coverings used in practice of Islamic faith (specifically the niqab and burqa). In France, a national act was passed in 2010 “prohibiting the concealment of the face in public space”.² In this article, this legislation will be simply termed the ‘veil ban’, though the phrasing of the law may deviate from that wording. Upon the ratification of this act, France was the

2 *Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (FR) (Face Covering Ban).*

first country in Europe to ban full-face coverings. This law was not drafted unexpectedly, but was passed among the proliferation of acts enshrining France as a secular state, further solidifying a separation of religion and state. France has a long history of secularism within the public realm, but a more modern example of secular reform is an act banning the wearing of religious symbols in state schools from 2004.³ However, the political moment in which the veil ban emerged must not be neglected. The 2010s was colored by debates around migration to Europe along with a rise in nationalist and populist politics. With the increase in the number of migrants from the Global South, many began to draw lines on what it meant to be a member of a secular European society – including religious traditions. This trend was even given attention by the highest bodies of government in Europe. The European Union found it necessary to measure Islamophobia within the continent and published its first comprehensive report on this matter in 2015. The report found problematic the “French articulation of secularism (laïcité) which is promoted by many as a bulwark against Islam... or as a way to preserve an ethnically defined French identity”.⁴ The motives of France for the veil ban could be construed as a means to further codify secularism plus to construct a stronger national identity, but the impact of this law is clear. The prohibition of the use of full-face coverings is narrowly tailored to target members of the Islamic faith who wear such clothing out of religious practice, and this connection must not be ignored.

Considering those who wear such coverings are typically women of the faith, there are added dimensions of feminist critique against the law. There is a wide range of literature across disciplines which emphasize the sexist, racist, and anti-religious sentiments of this French law⁵, and such critiques deserve mentioning although the scope of this paper is primarily a legal one. This context is important to consider because in light of the wide protections afforded by anti-discrimination laws found across the continent, it is not unreasonable to conclude that the French law is in clear violation of such principles. Yet, the Court held otherwise.

3 ‘The Islamic veil across Europe’ British Broadcasting Company (London, 31 May 2018) <www.bbc.com/news/world-europe-13038095> accessed 26 January 2023 (BBC news). See also loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (FR).

4 Enes Bayrakli and Farid Hafez (eds), *European Islamophobia Report 2015* (SETA 2016) 158, 165 (Islamophobia Report).

5 This French legislation received a fair share of critique from scholars and civil society on the social implications. Several articles cited draw from other disciplines to highlight the general concern from civil society. Please see Shaista Gohir, ‘The Veil Ban in Europe: Gender Equality or Gendered Islamophobia?’ (2015) 16 *Georgetown Journal of International Affairs* 24; Dolores Morondo Taramundi, ‘Between Islamophobia and postfeminist agency: intersectional trouble in the European face-veil bans’ (2015) 110 *Feminist Review* 55; Robert Kahn, ‘Face Veil Bans and “Living Together”— What’s Privacy Got to Do with It’ (2021) 6 *Public Governance, Administration and Finances Law Review* 7; Barbara Friedman and Patrick Merle, ‘Veiled Threats: Decentering and unification in transnational news coverage of the French veil ban’ (2013) 13 *Feminist Media Studies* 770.

(II) Development of Human Rights Doctrine in Europe

European institutions, which created the multilayered human rights regimes discussed here, hold human rights as fundamental to their creation and their mission. For example, the legal fabric of the EU is imbued with the values of “respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights” and the subsequent aims of the Union are equally as empowering and noble.⁶ While the founding treaties of the EU mentioned fundamental rights, the legal doctrine was a bit undefined. There was a need for further clarification and codification of such rights granted to Union citizens, which eventually gave rise to the European Union Charter of Fundamental Rights (EUCFR). Jurisprudence of the European Court of Justice (ECJ) clarified that the EUCFR only applies when reviewing national laws conflicting with fundamental rights when it is “within the scope of Community law”.⁷ This means that the French national law, coming into force on national accord, renders the EUCFR inapplicable. If France was acting on an EU directive to implement legislation, which banned full-face coverings, then the Charter could be invoked to dispute the law.

However, legal remedies are not only relegated to the ECJ or national courts. Across Europe, and some states located outside the continent, there exists another human rights declaration. Emerging out of World War II, the Council of Europe codified their moral convictions of the guarantees for humanity in the European Convention on Human Rights (ECHR or the Convention). The Convention gave life to the European Court of Human Rights which offered another forum for citizens of states party to the Convention the opportunity to adjudicate any instances in which their fundamental rights were infringed upon. A reading of these two European documents mentioned above would highlight the near similarity of wording and rights guaranteed. Both secure the freedom of thought, conscience, and religion⁸, and the respect for private and family life⁹, and prohibit discrimination¹⁰. For the issue at hand, the latter of the two human rights regimes was the forum for the legal challenge against the French law due to the limited applicability of the EUCFR. Although the EU doctrine is not relevant for the case at hand, its mention is warranted to demonstrate how integral human rights are to the legal fabric of Europe. Human rights are more than just words, but rather are incorporated into societies and states across the continent. It ought to be the role of the Court to ensure violations against these guarantees are curbed and challenged in order to live to the standards set forth by the existing multilayered regime.

6 Consolidated Version of the Treaty on European Union [2016] OJ C202/1 Art 2 and Art 3.

7 Case C-260/89 *ERT AE v Pliroforissis & Kouvelas* [1991] ECR I-2925.

8 Council of Europe, ‘European Convention on Human Rights’ [1950] (ECHR) Art 9; Charter of Fundamental Rights of the European Union [2016] OJ C202/389 (EUCFR) Art 10.

9 ECHR Art 8; EUCFR Art 7.

10 ECHR Art 14; EUCFR Art 21. Both articles prohibit discrimination on the grounds of sex, race, color, ethnicity, religion or belief, among other categorizations.

It is important to note that the ECHR does not guarantee absolute rights. The Articles invoked in this case all include a second paragraph that provides for the legal restrictions to the rights mentioned. The Articles define the grounds on which the rights can be restricted. These limitations are the crux of the judgement issued on the French veil ban.

(III) The Language of Law

S.A.S. v France encapsulates the notion that law acts as a vocabulary or language, meaning that law is neutral and can be manipulated in a manner according to one's objective. This concept has been advanced by one scholar in particular, Martti Koskenniemi, who advocates a reconceptualization of legal thinking in a manner "to think about law in the context of power, namely the power of law as language".¹¹ Moreover, applying a political lens to the case can be seen as engaging an alternative vernacular to move beyond a strictly legal analysis. Perhaps it is time to rid ourselves of such distinctions in order to fully grasp the situation. As Koskenniemi has said, "the relationship between politics and law is like that. The two are not out there, in the world, but in here with us, as part of our conceptual vocabularies, institutions and systems of expertise, each equally capable of describing the whole world".¹² This approach must be emulated when analyzing *S.A.S. v France* because the core of the decision sheds light into the crevasse that is international law, international politics, and justice. If the motive of creating international legal regimes is to safeguard human rights and prevent violations, it must be asked if that outcome was achieved in this case. Law as a vocabulary can declare mighty concepts on paper, but when applied, fall short of its objectives, and render itself useless.

Koskenniemi also establishes this link between legal and political objectives when arguing: "what rights there are and how they can be limited and balanced against countervailing rights both takes place in legal process by distinctly legal ways of argument and depends on political priorities".¹³ Leveraging legal argumentation to advance political priorities is palpable in the case *S.A.S. v France* when analyzing the specific argument put forward by France that a full-face ban is necessary for democracy and 'living together', which is expanded upon later. The Court also acknowledges that the question at hand is uniquely political when it concedes that, "it can thus be said that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes

11 Koskenniemi, Martti: *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power 1300–1870*. CUP 2021, p. 8. (Koskenniemi 2021).

12 Koskenniemi, Martti: *Speaking the Language of International Law and Politics: Or, of Ducks, Rabbits, and then Some*, in Handmaker, Jeff and Arts, Karin (eds): *Mobilising International Law for 'Global Justice'*. CUP 2019, p. 22–45, 27.

13 *ibid* 40.

a choice of society”.¹⁴ By deferring to societal opinion vis-à-vis solely accounting for the outcome of domestic policy processes in their considerations, the Court invites the political into the legal. Also being aware of their limits of jurisdiction and supremacy, the Court claimed a “duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review will lead it to assess a balance that has been struck by means of a democratic process within the society in question”.¹⁵ Yet it seems to ignore the democratic process of France’s accession to the ECtHR. S.A.S. is a very politically charged decision by a Court that meticulously carried out a strict legal analysis, only to ultimately concede to the political process in delivering a verdict. A decade later, France is continuing to advance the notion of secularism and ‘living together’ to accomplish their political objectives with confidence, recognizing that the ECtHR shies away from addressing this explicit infringement on human rights.

The subsequent section of this article will dissect the case’s arguments and focus on the vocabulary utilized which led to the conclusion that the French full-face ban is not in violation of the European Convention on Human Rights.

(IV) Argumentation Analysis

A. Applicants Arguments Dismissed by the Court: Articles 3 and 11

According to Article 3 of the ECHR, *no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment*. The applicant claimed that a violation of her rights occurred under this Article read in conjunction with Article 14 (anti-discrimination). The claim was that if she had worn her niqab in public, not only would she have faced criminal charges, but also encountered harassment and discrimination, thus constituting degrading treatment. The Court quickly rejected this argument, citing jurisprudence that established a minimum level of severity to constitute degrading treatment, a threshold not crossed in the present case.¹⁶ Article 11 regards the freedom of assembly and association, with the applicant arguing that by prohibiting wearing a niqab violated her right to associate with her religious beliefs. Article 14, which prohibits non-discrimination, was also invoked in conjunction with Article 11. The Court rejected her arguments based on Article 11 as they “did not indicate how the ban imposed by the Law... would breach her right to freedom of association and would generate discrimination against her in the enjoyment of that right”.¹⁷ The Court’s dismissal of Article 11 represents a complete disregard of the simple notion that wearing religious symbols in public not only allows one to signal their beliefs to fellow members of their

14 *S.A.S v France (S.A.S.)* App no 43835/11 (ECtHR, 1 July 2014) para 153.

15 *ibid* para 154.

16 *Ireland v the United Kingdom* App no 5310/71 (ECtHR, 18 January 1978) para 162; A case on torture in the UK which defined what constitutes torture and degrading treatment.

17 *S.A.S.* n 14 para 72.

faith, but also to those outside of it. Unfortunately, the Court also clearly failed to recognize how she may face discrimination when wearing a full-face covering, despite the growing number of bans on full-face coverings in Europe as well reports commissioned by the European Union regarding Islamophobia.¹⁸ From a strict legal perspective, the petitioner did fail to present facts that would have created a clear link between this law and her right to association, but it is unfortunate that the Grand Chamber declined to address this Article despite the documented existence of discrimination outside of the courtroom.

B. Applicant's Arguments Accepted by the Court: Article 8, 9, and 10

The Court deemed the petitioner's arguments admissible based on three Articles, which then turned the analysis to assess whether the law met the permissible limitations. The aims outlined in the Convention that validate limitations include public safety, prevention of crime, protection of health and morals, as well as protection of rights and freedoms of others.¹⁹

Article 8, which protects one's private life, was contended to be violated under the French law. The petitioner presented three arguments why this law constituted a violation:

(i) The ban restricted her from wearing the niqab which was an important part of her social and cultural identity²⁰

(ii) That even in a public context, there is a "zone of interaction"²¹ that constitutes one's private life, thus triggering the protections of this Article²²

(iii) If it was the case that she cannot wear the niqab in public, thus forcing her to only wear it in the confines of her home, this creates a situation as if she were a prisoner and created a double life²³

Furthermore, by citing Article 14, which prohibits discrimination, in conjunction with Articles 8, 9, and 10, she asserted that this ban inherently singled out Muslim women, thereby resulting in discrimination based on sex, religion, and ethnic origin. Here, it is also important to note that the French law itself had exceptions to the ban. According to Article 2 § 2 of the Act, wearing a full-face covering is permissible in the context of "festivities or artistic or traditional events".²⁴ The petitioner argued that this favored the Christian or Catholic majority in France, by allowing them to

18 BBC news n 3; Islamophobia Report n 4.

19 ECHR Art 8.2 and Art 9.2.

20 S.A.S. n 14 para 79.

21 *Von Hannover v Germany* App no 59320/00 (ECtHR, 2004), paras 50 and 69.

22 S.A.S. n 14 para 79.

23 *ibid.*

24 Face Covering Ban n 2.

wear it for rituals, processions, and for dressing up as Santa Claus. Highlighting these was meant to bolster the argument of discrimination while also trying to bring into the Court the social elements of Islamophobia ongoing within France.²⁵

The petitioner also argued that Article 9, regarding the freedom of thought, conscience, and religion, was violated as donning the niqab was the manifestation of her religion in practice and observance. Again, speaking to the interferences which are allowed, she argued that though the ban was “prescribed by law”, the aims were not met, nor was the ban “necessary in a democratic society”.²⁶ Freedom of expression, protected under Article 10 of the Convention, was argued to be violated on the grounds that the law was restricting her ability to express her religious beliefs. This Article was accepted by the Court to be reviewed but no expansion of the argumentation was mentioned in the judgement. The Court found the claim made under Article 10 admissible, but by a unanimous vote, found no issue of violation under the French law.

The arguments of the French government (‘government’) in defense of their legislation rested on permissible limitations found in the second paragraphs of Article 8 and 9. In their view, the full-face ban was imperative because showing one’s face is essential for society. This was necessary for two reasons:

(i) Ensuring public safety which requires one to show their face in order to combat identity fraud as well as a need to identify people to prevent danger and ensure safety of people and property

(ii) In order to protect the rights and freedoms of others, the government is obliged to respect the values of an open and democratic society. There were three values the French government felt compelled to uphold:

(1) *Le vivre ensemble*, or “living together”. Minimum requirements of life in society dictate that the face is necessary in human interaction. Concealing a face leads to the breakdown of social ties and is a refusal of the principle of “living together”²⁷

(2) Gender equality. The government argued it was repressive that women must wear the veil on the grounds of their gender alone, and that wearing the veil was not dictated for both men and women.

(3) Human Dignity. Women wearing a full-face covering are “effaced” from the public, which is dehumanizing.

25 Ultimately the Court declined to address any of the socio-political elements of the case and adhere to a strict legal analysis. This notion is expanded upon in Section V: Commentary & Contemporary Implications.

26 See ECHR Art 8.2.

27 S.A.S. n 14 para 83.

The government also argued that the law met both of the required criteria for permissible limitation – ‘necessity’ and ‘proportionality’. Citing that the legislation passed with near unanimity in both chambers of government and followed the process of wide consultation of civil society, the government claimed it satisfied the criteria. The government also pointed out that this ban did not single out a particular religion, but was a general ban on full-face coverings, and argued that people were still able to express religious beliefs through other articles of clothing. Further, the government claimed that one of the objectives of the law was to combat discrimination of women that are potentially forced to wear a veil. The government felt only a total ban could meet this goal, noting that if a law was tailored to exclusively ban the ‘forced’ donning of full-face veil on women, then the law would fail to meet that objective. It would not be “sufficiently effective” as coercion is “diffuse in nature” and women implicated may fail to report the forced wearing.²⁸ The French legal team also advocated the position that paying a 150 euro fine or taking a citizenship course was not a harsh penalty for violation of the law. In addressing the claims of interference under Article 8, the government simply claimed this law only applied in public spaces, not implicating the petitioner’s private life nor physical integrity. Speaking to Article 9, the government deferred to the arguments mentioned above – the “justification for the interference and its proportionality”.

To address the petitioner’s claims of discrimination based on Article 14 of the Convention, the government shared that one of their motives for this law was to prevent discrimination, as mentioned prior, which occurs when wearing a full-face veil because one is “effaced from the public space”.²⁹ The government further contended that this law did not generate any discrimination nor was it discriminatory in nature against Muslim women, citing some high-profile Muslims who criticized wearing a niqab or burqa, and claiming the notion that this practice was a recent development in France. For these reasons, the French claimed that Article 14 could not be admitted separately nor in conjunction with the petitioner’s argument on the other Articles.

C. Court’s Findings on Article 8 & 9

Regarding the application of Article 8, the Court found that how an individual wishes to appear physically, in public or private, falls under the notion of private life, citing decisions of the European Commission on Human Rights and previous case law. Regarding the application of Article 9, the Court stated that when “practice of their religion requires them to wear [clothing]... it mainly raises an issue with regard to the freedom to manifest one’s religion or beliefs”³⁰ – therefore accepting the Article 9 issue as raised by the petitioner.

28 *ibid.*

29 *ibid* para 82.

30 *ibid* para 108.

After finding basis within the Article 8 and 9 arguments, the Court needed to determine if there had been an inference on the petitioner's rights, citing two other cases where individuals had to choose between either compliance with the law or refrain from exercising their rights.³¹ This full-face ban created a similar situation: the outcome of this case depended on whether the limitations created by the French law were permissible, which require both a legitimate aim and necessity.

The Court accepted the motivation of French legislators to address public safety through this law. However, the Court held the government failed to provide any context where this law is addressing an eminent public threat, thus deeming this law unnecessary for public safety purposes. Another aim put forth by the government was respecting the three democratic values mentioned above, all of which the Court addressed individually. The Court was "not convinced" of the government's claim based on the concern for gender equality. Regarding the argument for human dignity, the Court could not find any proper justification, thereby dismissing this assertion. The only argument that was deemed to have a proper link between a permissible limitation laid out in the Convention was the value of 'living together' due to its necessity in respecting others' rights. The Court stated that this value, "can be linked to the legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others", noting the face is significant in social interaction.³²

The next question was whether this was a necessary measure in a democratic society. The Court embarked upon robust exhortation on religious (and atheistic) plurality as being fundamental to a democratic society, as well as affirmed the neutral role the state ought to play. However, it ultimately stated that when tension does arise between groups, the role of the government is to "not remove the cause of tension... but to ensure the competing groups tolerate each other".³³ However, the Court deferred to national authorities as possessing 'special weight' for policy decisions, since an international court cannot fully speak to local needs and conditions.³⁴

In this vein, the Court said the State should be "afforded a wide margin of appreciation in deciding whether and to what extent a limitation of the right to manifest one's religion or belief is necessary".³⁵ Once all other aims or claims of necessity had been dismissed, the only question that remained was whether the value of living together met the aim of protecting the rights and freedoms of others.

The Court was clearly aware of the socio-political implications of this law on the Islamic community,

31 *ibid* para 110. See also ECtHR judgements in *Dudgeon v UK* (1981) and *Norris v Ireland* (1988), cases in which the Court found refusing to comply with a law led to criminal sanctions, leading to a continuing interference of exercising one's rights.

32 *S.A.S.* n 14 para 121.

33 *ibid* para 127.

34 *ibid* para 129.

35 *ibid*.

and how the discourse surrounding the drafting of the French legislation was not immune to Islamophobic remarks. In recognition of the third-party briefs that highlighted the Islamophobic context, the Court was “very concerned” and made clear that such “attacks on a religious or ethnic group are incompatible with the values of tolerance, social peace, and non-discrimination which underlie the Convention...”.³⁶ Yet, despite this awareness, the Court felt, “it is admittedly not for the Court to rule on whether legislation is desirable in such matters”.³⁷

Further, despite the Court admitting that the ban disproportionately affects Muslim women³⁸, it ultimately ruled that the law was not in violation of the Convention by affirming the connection of ‘living together’ and respecting the rights of others. The Court pointed out that this law did not ban full-face coverings due to their religious nature, but rather because it conceals the face, and that violations of this law only led to “light” sanctions³⁹. The Grand Chamber also ruled conclusively that it is the French society’s prerogative to decide if concealing a face is in conflict of societal values, not the Court’s, thus giving France a “wide margin of appreciation”.⁴⁰ France was “seeking to protect a principle of interaction between individuals, which in its view is essential for the expression not only of pluralism, but also of tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society”.⁴¹ So, the Court decisively held that there was no violation of Article 8 or Article 9 in this case, accepting the limitation on the grounds that it was “proportionate to the aim pursued, namely the preservation of the conditions of ‘living together’ as an element of the ‘protection of the rights and freedoms of others’”.⁴² The French law banning full-face coverings in public spaces was not in any violation of the rights secured by the European Convention on Human Rights.

(V) Commentary: Consequences & Contemporary Implications

A. Consequences

The victors of this case appear to be French secularism and the margin of appreciation. While making value judgements of French society is outside the scope of the Court’s competence, it appears as if they chose to elevate secularism over widespread concerns of discrimination raised among scholars, NGOs, and the petitioner. There was plenty of robust discussion among civil society on this case’s impact on religious freedom and Islamophobia, which the Court acknowledged in their judgement, yet ignored in their analysis. The Court could have taken

36 *ibid* para 149.

37 *ibid*.

38 *ibid* para 151.

39 *ibid* para 155.

40 *ibid*.

41 *ibid* para 153.

42 *ibid* para 157.

issue with the exceptions included in the French law allowing for face coverings in some religious contexts. From an outside perspective, it appears that France had successfully redefined Judeo-Christian ideals and practices as cultural, rather than religious, which garnered none of the Court's attention. While these religions have a longer history in France, there is reason to worry about France leveraging this line of argumentation – defending democratic values – as permissible attempts to erase outward expressions of Islam from the public sphere. Considering the 2004 ban on religious symbols, France does not explicitly promote Judeo-Christian religions, aligning with their aim to establish a secular public society. However, this generates additional concerns whether the government is actively working against religious expression – a right protected by the Convention. How will France continue to ensure secularism and assimilation while also balancing commitments to the values of higher institutions such as the Council of Europe and the European Union?

Regarding the margin of appreciation afforded to France, this case was not the first instance in which the Court has granted a State this margin. This was one of the arguments put forward by France in defense of their law, noting the jurisprudence in which the Court granted a “wide margin of appreciation” when private or public interests conflict with rights in the Convention.⁴³ While this margin can be explained by several factors including the clear lack of supremacy or jurisdiction over the Member States of the Council of Europe, by affording France (or other nations) this margin, behavior can be justified which is antithetical to the *raison d'être* for the European Convention of Human Rights. This conundrum, while it can be rationalized in legal terms, runs counter to a functionalist understanding of the Court.

Viewing the argumentation with the notion of law as a language, it is intriguing to see how France deployed argumentation that framed the question for the Court to be a declaration over which values a democracy ought to comprise of, knowing that the Court is not empowered to decide. France claimed that their understanding of ‘living together’ is essential to protecting the rights of others which takes the form of showing one’s face in public. It is not surprising then that the Court must defer to a margin of appreciation in order to decide a case resting on value judgements. Justice, in this case, is difficult to identify and goes beyond solely interpreting how the Convention is understood in simple legal terms. Just as Koskenniemi states in his work on international law, politics, and justice, “[the notion of] justice is both the most abstract and obscure” yet it is often seen “in the way speakers in the realm of both law and politics usually suggest that it is the very point of those vocabularies to reach justice and frequently quarrel over their respective abilities to attain it”.⁴⁴ In *S.A.S. v France*, the quarrel over rights precisely plays out in a legal manner, yet it remains difficult to claim justice was achieved. To restate, what can be noticed in this case

43 *ibid* para 83. See *Evans v the United Kingdom* App no 6339/05 (ECtHR, 10 April 2007). For a compelling critique focused on the margin of appreciation notion, see Fleming, Nathaniel: *SAS v France: A Margin of Appreciation Gone Too Far*. *Connecticut Law Review* 2020, vol. 52, p. 917.

44 Koskenniemi 2021 22.

is how democratic 'values' and 'rights' were dressed up in legal language with one side arguing that their guaranteed right is infringed while the other knows it is beyond the role of the Court to decide what values their democracy ought to embody.

B. Contemporary Implications

Groups ranging from NGOs to academics were concerned that what is considered necessary for 'living together' would be exploited, since the Court left the work to France to define what is necessary for 'living together' when granting them the margin of appreciation. The worries also flow from the belief that states could cite their 'values' as justification to evade review and legalize discrimination. Following case law of the Court can provide insight if concerns have materialized. In two cases, also challenging bans on full-face coverings, the Court declined to revisit this issue and again reiterated the same points as issued in *S.A.S.* – the accepted aim of 'living together', the legitimate democratic process resulting in the legislation, and the wide margin of appreciation of States.⁴⁵ When reviewing the instances where the Court mentioned 'living together' in their judgements, one scholar found little reference to the concept, and when it was cited, it was in cases regarding Article 8.⁴⁶ This shows that to date there has not been any major exploitation of the *S.A.S.* judgement's formulation of 'living together'. However, perhaps such a narrow focus on legal arguments that leveraged 'living together' fails to consider larger questions over the effectiveness of the ECtHR in upholding the ECHR. Presently, with a recent ban enacted on religious garments in school⁴⁷, it is difficult to imagine that anyone could challenge this on the basis of the ECHR. Therefore, it is with a healthy skepticism that those concerned with religious freedom and broadly, human rights, are apprehensive towards total embrace of the judgement in *S.A.S. v France*. A sustained vigilance is necessary given the continuing encroachments on religious freedom in France.

Additionally, comments of the Court have not withstood the test of time. In the judgement, the Court noted a lack of European consensus on banning the burqa and niqab, and claimed "France was in the minority position in Europe: except Belgium, no other – State – has opted for such

45 Megan Pearson, 'What Happened to 'Vivre Ensemble?': Developments after *SAS v France*' (2021) 10 Oxford Journal of Law and Religion 185. Another case for considering the Court's understanding of secularism and limits on religious expression, which occurred prior to *S.A.S.* and held similarly, find *Leyla Sahin v Turkey* App no 44774/98 (ECtHR, 10 November 2005).

46 *ibid.*

47 The recent ban on religious garments known as the abaya or qamis found basis in the 2004 French law targeting "conspicuous manifestation of religious affiliation" in state schools (see loi n° 2004-228 n 3). The Conseil d'État rejected the appeal by the Action Droits des Musulmans regarding the ban (see Conseil d'État n 1). For an analysis on this recent ban which highlights the socio-political considerations, see Roger Cohen, 'Muslim Students' Robes Are Latest Fault Line for French Identity' *The New York Times* (15 September 2023) <<https://www.nytimes.com/2023/09/15/world/europe/france-abaya-ban-attal.html>> accessed 21 September 2023.

a measure".⁴⁸ Since then, there has been a shift in the political landscape of Europe on this topic. Not only has nationalism been on the rise in Europe, but there now exists nine contracting parties to the Convention with national veil bans in some form, and sixteen others with regional, private, or institutional bans.⁴⁹ While the role of the Court in 2014 was not to speculate and rule on future hypothetical scenarios, it is valid to consider if their ruling would be different if the legal challenge was presented now. Would it finally be clear to them that the full-face veil in observance of the Islamic faith has been deemed contrary to these nations' 'democratic values'? It is worth pondering whether the proliferation in legislation against visible expressions of Islam, such as veil, can be traced back to this ruling.

Ultimately, the verdict of *S.A.S. v France* fails to uphold the spirit of the Convention and positions the Court into a predicament where it further acknowledges its limited jurisdiction and supremacy. This further amplifies the calls for reform of the Court. However, this article is not a call for reform or abolition, but rather a disputation against any claims that it is for legal reasons alone that the ban survived review. The nature of the case delved into the arena of politics and the Court has not equipped itself with the vocabulary to find a legal solution to this political problem. By affirming that the veil ban was not in violation with Convention, the Court also negates the historical tradition and values in which European institutions proclaim. "Legislation of this kind goes against the strong tradition of liberal individualism in European culture that is reflected in a deep commitment to individual autonomy and equal treatment in European law"⁵⁰, one scholar said best when discussing veil bans. Further, the Convention itself is a declarative judgement of which values these nations have come to agree are worth securing. In *S.A.S.*, the Court permitted France to render the judgement, contradicting the core purpose of establishing a higher court to adjudicate human rights matters. Hopefully in the future the Court is not as timid to include the overlaying political and social dimensions in cases, because ultimately there is little difference in objectives of utilizing such vocabularies; the sole difference is only the lingua franca of law is allowed in the courtroom.

The French law withstood its most significant legal challenge with the 2014 verdict, marking a significant case concerning limitations on religious freedom and respect of private life in Europe, more likely in respect to the former. The logic expounded in *S.A.S.* is likely embedded in the Court for many years to come, but it remains imperative to continue to claw away at distinguishing between the political and legal outcomes and the notion that this matter is a settled issue, because to this day, expression of religion continues to be threatened in France.

48 *S.A.S.* n 14 para 156.

49 Open Society Justice Initiative, 'Restrictions on Muslim Women's Dress in the 27 EU Member States and the United Kingdom' (Policy Report, March 2022).

50 McCrea, Ronan: The Ban on the Veil and European Law. *Human Rights Law Review* 2013, vol.13(57), p. 94.

CONCLUSION

S.A.S. stands as a pivotal case, hinging on the 'wide margin of appreciation' granted to Member States and advances a precedent that leans towards curtailing rights in the name of secular democracy, while disregarding the existence of pan-European institutions and frameworks affirming pluralist democracies. Despite the Court's awareness of the discriminatory nature of the law, including racist, sexist, and anti-Islamic sentiments, it refrained from factoring these tangible effects into its legal review. While a strict legal analysis may exclude such factors, viewing the case from a perspective similar to the one advocated by Koskeniemi, the intended outcome of the political rhetoric is not much different than the legal. This case was particularly complex because it is a value-driven judgement, prompting the question of whether it was the Court or France to render the decision. Since the landmark ruling, various veil bans across Europe remain in force, bolstered by the ECtHR's endorsement. Currently, explicit exploitation of the 'living together' concept in legal arguments and cases has not materialized. Nonetheless, given persistent violations of the right to freedom of religion and manifestation, coupled with limited recourse through the ECtHR, vigilance is imperative.

HENKISSOSIAALINEN VALTIO: SUOJAAKO VIHAPUHEEN RAJOITTAMINEN DEMOKRATIAA?

Susanna Ahonen

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol17iss1pp56-63>

Helsinki Law Review, 1/2023, pp. 56–63

© 2023 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



VERTAISARVIOITU
KOLLEGIALT GRANSKAD
PEER-REVIEWED
www.tsv.fi/tunnus

ABSTRACT

A wayfarer once told about his childhood: “I grew up wandering in a horse carriage. Life was dangerous, my family was persecuted and discriminated. My father had to protect his children and keep a discipline. We had physical limits, but mentally we were free.”

What is the difference between mental and physical limits? How does one categorize restrictions on freedom of speech, such as prohibiting hate speech? Are these restrictions mental, physical, or perhaps social? It is settled that law as a system is socio-mental by its nature, but freedom of speech is socio-mental also by its substance. How do socio-mental restrictions then fit our modern democratic model?

The philosophical frame of reference of the article consists of enlightenment era literature on European democratic models, especially Montesquieu’s *The Spirit of Law*. It is concluded that in democracy’s struggle for existence, it may not be most useful to restrict hate speech as a crime. Democratic conversation could be improved in other ways, such as including minorities in public discussion.

I. JOHDANTO

Muuan kulkijaksi itseään tituleeraava henkilö kuvasi kerran minulle lapsuuttaan:

”Kasvoin kiertäen hevosvaunuissa, muuta kotia minulla, vanhemmillani, sisarillani ja veljilläni ei ollut. Suuri perheeni kohtasi tien päällä jatkuvasti vaaratilanteita – meitä syrjittiin ja vainottiin. Isäni piti asettaa lapsille fyysisiä liikkumarajoja suojellakseen meitä, mutta henkisesti olimme vapaita.”

Olen siitä asti pohtinut, mitä hän tarkoitti erottaessaan henkiset ja fyysiset rajat toisistaan. Kuinka fyysiset rajoitukset eroavat henkisistä? Onko esimerkiksi sananvapauden rajoittaminen fyysistä vai henkistä?

Viime aikoina vihapuhe on herättänyt paljon keskustelua, ja politiikassa sekä oikeustieteessä on pohdittu mahdollisuutta kieltää vihapuhe.¹ Käsittelen kysymystä käyttäen lähteenä Laura Jauholan, Jenna Siltalan ja Kati Niemisen laatimaa seurantaselvitystä oikeusministeriölle vihapuheen nykytilasta ja vaikutuksista eri vähemmistöryhmiin (2022). Filosofisen viitekehyksen muodostaa valistusajan modernin demokratian peruskirjallisuus, josta olen valikoinut Montesquieun Lakien hengen (1768) ja Immanuel Kantin Moraalien metafysiikan perustuksen (1785).

Valtiolla on valta pakottaa yksilö pidättäytymään tietyistä toimista ja toisaalta suojella yksilöä toisten vallankäytöltä. Artikkelissa kysyn, voiko valtio puuttua vihapuheeseen ja mikä olisi siihen tehokkain keino. Analyysini ei kohdistu esimerkiksi siihen, kuinka pitkälle vihapuhetta tulisi rajoittaa tai onko viha aina negatiivista. Kysymys on siitä, millä tavoin valtio voi rajoittaa yksilön henkissosiaalista toimintaa, ja kuinka se istuu demokratiamalliimme. Käsittelen kysymystä ensin analyttisesti, ja lopussa pyrin vastaamaan siihen normatiivisesti.

2. LAIN JA SEN SISÄLLÖN HENKISYYDESTÄ TAI FYYSISYYDESTÄ

Ensin on määriteltävä, mitä ovat henkinen ja fyysinen. Sanoja käytetään erityisesti puhuttaessa hyvinvoinnista, joka voi olla jompaakumpaa sorttia. Toisaalta tunnetaan käsitteet henkinen ja fyysinen (tai ruumiillinen) väkivalta. Näissä yhteyksissä fyysinen väkivalta tarkoittaa yleensä

1 Vihapuheen määritelmästä ks. Jauhola, Laura; Siltala, Jenna; Nieminen, Kati: ”Että puututtaisiin konkreettisesti”: Seurantaselvitys vihapuheesta ja häirinnästä ja niiden vaikutuksista eri vähemmistöryhmiin. Oikeusministeriö 2022, s. 18. (Jauhola – Siltala – Nieminen 2022).

aktiivista toisen ihmisen ruumiillista satuttamista, kuten lyömistä ja tukistamista, sekä passiivista toisen heitteille jättämisestä.² Taas henkinen väkivalta merkitsee aktiivista sanallista loukkaamista sekä passiivista ryhmän ulkopuolelle jättämisestä.

Henkinen väkivalta on vaikea käsitteeksi, että se on helppo sekoittaa mielensä pahoittamiseen. Kuitenkin tietty ydinalue voidaan tunnistaa: esimerkiksi koulukiusaaminen on usein sellaista henkistä väkivaltaa, mitä ei voi kuvata pelkäksi mielensä pahoittamiseksi. Eräs henkisen ja fyysisen väkivallan rajatapaus on vangitseminen. Vangitseminen on liikkumisvapauden rajoittamista, jossa fyysisesti lukitaan toinen ihminen johonkin tilaan. Katsoisin, että vangitseminen on fyysistä väkivaltaa.

Vaikka esimerkiksi Robert Coverin mukaan laki on aina jollain tapaa väkivaltaista, ei sen asettamia raameja yleensä kutsuta väkivallaksi vaan rajoituksiksi.³ Luonnonoikeusteoreetikot voisivat yhdistää rajoitukset luonnonlakeihin. Villissä luonnossakin ihmisen vapaudet riippuvat olosuhteista. Luonnonoikeusteorian mukaan sivilisaatio ja sen lait ovat luonnon tuotteita.⁴ Positiivisteille rajoitukset ovat ihmisten päättämiä, yhteiskuntasopimukseen kuuluvia, yksilölle asetettuja rajoja.⁵

Kun kysytään, onko jokin lain asettama rajoitus henkinen vai fyysinen, kysymyksellä on monta merkitystä. Puhutaanko siitä, millä keinoilla laki rajoittaa yksilön toimintaa. Pakottaako laki esimerkiksi pakkokeinojen vai jonkin henkisen menetyksen nojalla noudattamaan normia. Esimerkiksi vangitseminen on fyysinen rajoituskeino, siinä missä vaikkapa rikosrekisterimerkintä on etupäässä sosiaalinen ja henkinen keino. Saatetaan myös puhua siitä, millaista toimintaa lailla rajoitetaan. Rajoitetaanko laissa ihmisen henkistä toimintaa, kuten ajatusten tuottamista paperille, vai fyysistä toimintaa, kuten kynän liikuttamista paperilla.

Henkistä ja fyysistä ei voi täysin erottaa toisistaan. Esimerkiksi sääntö, jonka mukaan jokin teksti, vaikkapa hakemus valtion virkaan, on kirjoitettava tietokoneella, rajoittaa paitsi fyysistä myös henkistä toimintaa, sillä käsiala on henkisen ilmaisun tuotos. Toisaalta pelko siitä, että lakia rikkomalla voi joutua vankilaan, liittyy paitsi fyysiseen koskemattomuuteen ("en pääse liikkumaan"), myös vankilassa istumisen epämiellyttävään henkiseen tyhjyyteen ("en pääse ajattelemaan, ilmaisemaan itseäni ja kehittymään henkisesti"), sekä sosiaaliseen vastuuseen omasta perheestään ja läheisistään ("en pääse huolehtimaan perheestäni ja läheiseni jäävät

2 Koska kirjoituksen aiheena on sananvapaus, väkivaltaa käsitellään vain ihmisten välisenä ilmiönä, ei esimerkiksi eläimiin kohdistuvana.

3 Cover, Robert: *The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction*. *Capital University Law Review* 1985, vol. 14(2) s. 179–205; Ks. myös Lindroos-Hovinheimo, Susanna, *Toistuvia pettymyksiä: pohdintaa perustuslain tulkinnan vaikeudesta*, *Lakimies* 7–8/2022.

4 Tämä pätee erityisesti klassiseen luonnonoikeuteen, jossa laki ja moraalit jossain määrin samaistettiin. Penner, James; McCoubrey, H.; Melissaris, Emmanuel; White, Nigel: *McCoubrey & White's textbook on jurisprudence*. Oxford University Press 2012, s. 11–13. (Penner et al. 2012)

5 Kuten Jeremy Benthamin ja John Austinin positivistiset teoriat usein typistetään: "Law is a command of the sovereign backed by a sanction". Penner et al. 2012, s. 41.

heitteille”). Henkisen ja fyysisen lisäksi on siis myös kolmas, eli sosiaalinen elementti. Väkivaltaan liittyy käytännössä aina sosiaalinen ulottuvuus. Itsetuhoisuudellakin on käytännössä aina sosiaalisia vaikutuksia. Käytän jatkossa myös henkisen ja sosiaalisen yhteisnimitystä henkissosiaalinen.

Immanuel Kant esittää teoksessaan Moraalin metafysiikan perustus, että ihmisellä on luontainen tahto kunnioittaa lakia.⁶ Kant kiteyttää seuraavasti: ”minun ei pidä koskaan menetellä muuten kuin siten, että voin samalla myös tahtoa, että maksimistani tulisi yleinen laki.” Näin perustellen laki on jo itsessään henkistä; muutoinhan kaikki tulisi toteuttaa fyysisin pakkokeinoin.

Jos lain perusolemus on henkinen, kohdistuvatko kaikki lait sitä myöten ihmisen henkiseen toimintaan? Kohdistuuko esimerkiksi kiinteistöverolain 6.1 §:n mukainen kiinteistön omistajan velvollisuus maksaa kiinteistöveroa yksilön henkiseen toimintaan – ei. Laki alistaa ihmisen yhteiskuntasopimukseen, jossa jokainen on velvollinen maksamaan veroa, eikä kellekään ole valtion rajojen sisällä vapautta elää anarkiassa – kenties muualla kuin vankilassa, vajaanvaltaisena tai muutoin toimintavapaudeltaan rajoitettuna. Kiinteistöverovelvollisuuden henkisyys kuitenkin perustuu lain olemukseen itsessään henkisenä järjestelmänä, eikä niinkään lain sisältöön. Lain sisältö velvoittaa yksilön fyysisesti maksamaan veron käteisellä tai verohallinnon pankkitilille. Eri asia on, että verovelvollisuus voi herättää emotionaalisia tuntemuksia tai kenties vaikuttaa sosiaaliseen ilmapiiriin.

Mihin sananvapaus ja sen rajoitukset sitten sijoittuvat? Perustuslain 12 §:ssä säädetään muun muassa: ”Sananvapauteen sisältyy oikeus *ilmaista, julkistaa ja vastaanottaa* tietoja, mielipiteitä ja muita viestejä kenenkään ennakolta estämättä.” [kursiivi lisätty.] Käsitellään ensin oikeus *ilmaista*. Ilmaiseminen on fyysistä toimintaa, mutta se on muutakin kuin esimerkiksi oikeutta tuottaa puhetta tai muuta ääntelyä. Sana *ilmaisuu* viittaa siihen, että sanoilla, äänillä, eleillä tai kirjoituksilla on jokin henkinen tai sosiaalinen merkitys – se, millä fyysisellä keinolla tämä merkitys tuodaan ulos, ei ole tärkeintä. Toisaalta sama voidaan todeta tiedon, mielipiteen tai muun viestin *julkistamisesta* sekä *vastaanottamisesta*. Sananvapaus on siis etupäässä henkissosiaalinen vapaus.

Rikoslain 11:10:ssä on kriminalisoitu kiihottaminen kansanryhmää vastaan. Siinä kielletään rikoksena sellaisen tiedon, mielipiteen tai muun viestin asettaminen yleisön saataville, jossa ”uhataan, panetellaan tai solvataan jotakin ryhmää rodun, ihonvärin, syntyperän, kansallisen tai etnisen alkuperän, uskonnon tai vakaumuksen, seksuaalisen suuntautumisen tai vammaisuuden perusteella taikka niihin rinnastettavalla muulla perusteella”. Tämä on

6 Kant, Immanuel: Moraalin metafysiikan perustus [1785]. Suom. Markus Nikkarla. Areopagus 2014, s. 4:402. (Kant 1785); Sinänsä Kantia pidetään oikeuspositivistina, mutta tämä käsitys ihmisen luonnollisesta tahdosta on läsnä myös luonnonoikeudellisessa ajattelussa. Tätä luonnollista tahtoa kutsutaan myös oikeuden demokraattiseksi legitimaatioksi, ks. Tuori, Kaarlo: Modernin oikeuden ongelma: Habermas, Kant vai Foucault. Tiede&Edistys 4/1988, s. 257–261, 259–260.

selkeimmin vihapuheeseen kohdistuva rikosnimike, vaikka vihapuhe voidaankin tuomita esimerkiksi kunnianloukkauksena (RL 24:9), laittomana uhkauksena (RL 25:7) tai vainoamisena (RL 25:7a).⁷ Toisaalta kaikki vihapuhe ei välttämättä ole rikoksena kiellettyä. Syrjintä kielletään myös yhdenvertaisuuslaissa sekä tasa-arvolaissa, mutta ne eivät koske yksilön toimintaa, ellei tämä ole vastuuasemassa esimerkiksi virkamiehenä tai työnantajana.

Vihapuheen kieltämistä on punnittava sananvapauden kanssa. Vaikka sananvapaus on henkissosiaalinen vapaus, vihapuheella tarkoitetaan pikemminkin epäsosiaalista ja henkisesti vajavaista, kuin henkissosiaalista toimintaa. Korkeimman oikeuden ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä ilmenee, ettei vihapuhe nauti sananvapauden suojaa.⁸ Kimmo Nuotio on myös tuonut esiin, että vaikka kyse olisi oikeuksien väärinkäytöstä, perus- ja ihmisoikeuksia on aina punnittava, jotta oikeudet säilyttävät vahvan asemansa.⁹

3. SANANVAPAUDEN RAJOITTAMISESTA DEMOKRATIASSA

3.1 Montesquieu ja sananvapaus demokratian evolutiivisena ominaisuutena

Teoksessaan *De l'esprit des lois* (Lakien henki, ei suom.) paroni Montesquieu käsittelee erilaisia yhteiskuntajärjestelmiä, kuten demokratiaa ja monarkiaa. Montesquieun ajattelussa erilaiset sivilisaatiot ovat ikään kuin evolutiivisia tuotoksia.¹⁰ Filosofit esittää, että demokratiaa kannattelee *la vertu*, suomeksi hyve, siveys tai oikeamielisyys.¹¹ Säilyäkseen hengissä demokratia vaatii siis kansalaisten hyveellisyyttä; samalla tavalla kuin vaikkapa kalat tarvitsevat kidukset hengissä pysyäkseen. Vertauksen vuoksi, monarkiaa kannattelee Montesquieun mukaan kunnia.¹² Monarkiassa hiljaisilla toimilla ja tapahtumilla ei ole seurauksia, samalla julkiset, koko yhteiskuntaa koskevat rikokset tapahtuvat yksityisesti. Taas demokratiassa yksityiset rikokset ovat julkinen asia.¹³

7 Ks. myös Jauhola – Siltala – Nieminen 2022, s. 20.

8 Ks. Nuotio, Kimmo: Oikeuden väärinkäyttö, s. 396–411 julkaisussa Yli-Hemminki, Esko; Melander, Sakari; Nuotio, Kimmo (toim.) Rikoksen ja rangaistuksen filosofia. Gaudeamus 2022, s. 402–404. (Nuotio 2022)

9 Nuotio 2022, s. 397.

10 1700-luvulla ei evolutioteoriaa ollut vielä keksitty, eikä Montesquieu puhu suoraan evolutiosta, mutta hän kuvaa yhteiskuntajärjestelmien ominaisuuksia niiden syntyprosessien kautta, ikään kuin luonnonkappaleina.

11 Montesquieu, Charles Louis de Secondat: De l'esprit des lois [1768]. WWW-dokumentiksi toimittanut Gale Eighteenth Century Collections Online, s. 39–44. (Montesquieu 1768)

12 Montesquieu 1768, s. 47–49.

13 Montesquieu 1768, s. 47; Yksityisen julkisuus onkin esimerkiksi feminismin pohja-ajatus, kuten Carol Hanischin tunnetuksi tekemän sloganin mukaan, "The Personal is Political". Hanisch, Carol: The Personal is Political, 1969. <<https://webhome.cs.uvic.ca/~mserra/AttachedFiles/PersonalPolitical.pdf>> Viitattu 27.3.2023.

Yhteiskuntajärjestelmän evoluutiokamppailussa, jota Montesquieu kuvaa, sananvapaus on perusasetelma, kun sen rajoitukset ovat valtion pyrkimyksiä säilyttää yhteiskuntarauha ja estää esimerkiksi nationalistinen liikehdintä, joka johtaisi kohti autoritääristä hallintoa. Vihapuheen eri kriminalisointien tarkoituksena on myös parantaa sananvapautta, siinä missä uhkailu ja panettelu etenkin ryhmiin kohdistuvana on omiaan heikentämään heidän ilmaisunvapauttaan.¹⁴ Kuitenkin, mitä enemmän valtio rajoittaa yksilöiden toimintaa, sitä alttiimpi se on kritiikille, tottelemattomuudelle ja kapinoinnille. Demokratian säilymisen kannalta sananvapauden rajoitukset ovat siis kaksiteräinen miekka.

Kiihottaminen kansanryhmää vastaan on rikos, joka kohdistuu ryhmiin. Säädöksessä kuvattu ryhmäjaottelu (rotu, ihonväri, uskonto...) kuvastaa valtion arvopohjaa, toisaalta mainitaan, että muukin näihin rinnastettava peruste on mahdollinen.¹⁵ Tuomioistuimien määrittelee, kuka kuuluu mihinkin ryhmään. Periaatteessa esimerkiksi hiusten väri voisi säännöksen perusteella rinnastua ihonväriin tai syntyperään, ammattivalinta tai jopa ruokavalio voisi rinnastua vakaumukseen.¹⁶ Lopulta on vaikea keksiä ryhmää, jota saisi laillisesti solvata, panetella tai uhata – vaikka käytännössä rikoksen tunnusmerkistö ei aivan näin helposti täytyisi. Kuitenkin säädöksessä mainitulla ryhmäjaottelulla on merkitystä, sillä se kuvaa yhteiskuntamme historiaa ja arvopohjaa. Se, että puhutaan ryhmistä, myös legitimoii säännöksen demokratian kannalta; jos esimerkiksi ylipäättään kaikki solvaaminen yleisön keskuudessa olisi kiellettyä, tuomioistuimet kenties täytyisivät tavanomaisistakin poliittisista kamppailuista ja perheriidoista, joita tuomioistuinprosessi ei palvele. Erilaisten ryhmien vapaan toiminnan turvaaminen – ettei yksilöä julkisessa keskustelussa saa vihata sen ryhmän perusteella, jota hän edustaa – on demokratian toiminnan edellytys.¹⁷

3.2 Valtio henkissosiaalisena rajoittajana

Länsimaisessa demokratiassa voidaan sanoa, että yksilöt hyväksyvät valtion toiminnan yleensä parhaiten silloin, kun he saavat toimia vapaasti. Montesquieu, yhtenä länsimaisen demokratian esi-isistä, kuitenkin riitauttaa tämän käsityksen kuvatessaan demokratiaa järjestelmänä, jonka rapautuessa yksilöt eivät ole tyytyväisiä omiin vapauksiinsa tai siihen, että toisilla on heidän näkökulmastaan epämieluisia vapauksia.¹⁸ Taustalla on ajatus, että turvatakseen vakautensa demokratian tulisi pitää yllä tyytyväisyyttä.

14 Jauhola – Siltala – Nieminen 2022, s. 26.

15 Ryhmäjaot itsessään ovat myös omiaan aiheuttamaan ongelmia väliinpuotoajien oikeussuojan kannalta, minkä kritiikiksi on syntynyt interseksionalismi.

16 Sääntelyn avoimuutta on myös pidetty demokratian mahdollistajana. Ks. esim. Golder, Ben. *Foucault and the Politics of Rights*. Stanford University Press 2015, s. 90.

17 Mouffe, Chantal, *Keskusteleva demokratia vai kiistelevä moniarvoisuus?* Suom. Veikko Pietilä. *Media & Viestintä* 2009, vol. 32(3), s. 45–53. (Mouffe 2009)

18 Montesquieu 1768, s. 225–226.

Ilman rikosprosessia ei valtio voi poistaa vihapuhetta sisältäviä viestejä näkyviltä; tämä on julkaisuvapauden lähtökohta. Valtio, eli tuomioistuin, tulkitsee, onko viesti lain vastainen.¹⁹ Tämän tulkinnan perusteella esimerkiksi verkkosivun ylläpitäjä voidaan velvoittaa poistamaan viesti.²⁰ Lain sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä 18 §:n 1 momentin mukaan verkkoviestin jakelu voidaan määrätä keskeytettäväksi myös tutkinnan aikana, jos on ilmeistä, että viestin pitäminen yleisön saatavilla on säädetty rangaistavaksi. Korkeimmalla oikeudella ei ole ennakkopäätöksiä siitä, kuinka säännöstä sovelletaan esimerkiksi kiihottamisrikkoksen yhteydessä.²¹ On epäselvää, kuinka paljon säännökseen vedotaan vihapuheen yhteydessä ja kuinka helposti tuomioistuin tulkitsee verkkoviestin olevan ilmeisen lainvastainen esimerkiksi kiihottamisrikkoksessa. Ei-ilmeiset lainvastaisuudet jäävät säännöksen ulkopuolelle.

Sinänsä jo prosessien pitkän keston vuoksi vihapuhetta sisältävät viestit voivat pysyä alustoilla pitkiäkin aikoja ja ehtivät siten satuttaa kohteitaan. Siitä huolimatta, että viestit olisivatkin lailla kiellettyjä, ne voivat synnyttää yleistä ahdistusta ja saada kohteensa pelkäämään julkiseen keskusteluun osallistumista, itsensä ilmaisemista tai jopa julkisilla paikoilla liikkumista.²² Vaikka vihapuhe tuomittaisiinkin rikoksena, tuomioistuimen syyksilukeva ratkaisu tai rahallinen korvaus ei täysin korjaa sen aiheuttamaa vahinkoa demokratialle. Toisaalta, koska viestiä ei välttämättä poisteta heti, vihapuhetta lietsovat henkilöt löytävät porsaanreikiä ja oikeutusta toiminnalleen.²³ Heitä, joilla on halu puhua rasisestisesti, valtion kielto ilmaista mielipidettään ei välttämättä rajoita vaan voi jopa yllyttää. Kun julkinen valta puuttuu siihen, mitä saa sanoa, se rajoittaa myös julkisen keskustelun liikkumatilaa. Se, miten ihminen voi ilmaista itseään, on varsin henkilökohtainen kysymys. Jos valtio puuttuu liikaa yksilön henkissosiaaliseen liikkumavaraan, se voi herättää tyytymättömyyttä myös sellaisissa henkilöissä, joilla ei ole ollut mitään tekemistä vihapuheen kanssa. Tyytymättömyydestä syntyy demokratian vastustusta ja ääriliikkeiden kasvua.

-
- 19 H. L. A. Hartin mukaan tällaiseen tulkintaan liittyy vaikeissa tapauksissa väistämättä moraalisia, poliittisia tai muita arvovalintoja, kun Ronald Dworkin näkee oikeustieteen ohjeiden ja periaatteiden pystyvän erottamaan oikeudellisen pohdinnan tuomarin henkilökohtaisista poliittisista suuntauksista. Ääriliikkeiden sananvapausaktivistit usein väittävätkin, että lain tulkinta on arvolutautunutta tai poliittista. Toisaalta itse laki on arvolutautunut, koska sen säätäjät ovat ihmiset, poliitikot. Ks. Brink, David: *Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review*. *Philosophy & Public Affairs* 1988, vol. 17(2), s. 105–148.
- 20 Laki sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä 18 §.
- 21 Korkein oikeus on käsitellyt säännöksen soveltamiskynnystä yksityisyyden suoja loukkaavan tiedon välittämisen ja kunnianloukkauksen osalta ratkaisussa KKO 2019:81.
- 22 Vihapuheen ja häirinnän kokemuksia on selvitetty ja koottu oikeusministeriön seurantaselvityksessä, ks. Jauhola – Siltala – Nieminen 2022, s. 35–178.
- 23 Ks. myös Cliteur, Paul: *How does democracy function as a tool for multicultural Europe? (The Conscience of Europe Conference, Helsinki, Maaliskuu 2014)*, s. 12–13.

4. JOHTOPÄÄTELMÄT – NORMATIIVINEN KANNANOTTO

Vihapuheen kriminalisointi ei siis välttämättä kovin tehokkaasti turvaa demokratian vakautta, vaikka kielto olisikin moraalisesti oikeutettu. Koska vihapuheen ehkäisemisessä on legitiimi motiivi, voisikin olla mahdollista, että vihapuheen kitkeminen kansan keskuudesta vaatisi parempaa keskustelua, sen sijaan, että lain asettamat rajoitukset muuttuvat entistä henkilökohtaisemmiksi.

Chantal Mouffe esittää ihanteellisen demokraattisen keskustelun kiistelevänä moniarvoisuutena, jossa tarkoitus ei ole kuitenkaan pyrkiä konsensukseen. Mouffe kuitenkin nostaa esiin tärkeän edellytyksen: vastapuolta ei pidetä tuhottavana vihollisena, jonka oikeutta esittää mielipiteitään vastustaisimme – toisin sanoen osapuolilla on inhimillistä kohtuuden tajuja.²⁴ Vihapuheen eri kriminalisoinnit itse asiassa jo toteuttavat juuri tätä päämäärää; pyrkien ehkäisemään sen, että tietyt ryhmät yritetään hävittää keskustelusta.

Kuitenkin käytännössä kiistelevä moniarvoisuus ja näiden ryhmien turvallisuudentunteen palauttaminen – mihin kriminalisoinnillakin pyritään – vaatii itse vihapuheen kohteiden osallistamista julkisiin keskusteluihin. Tällainen positiivinen erityiskohtelu ei sinänsä olisi yhteiskuntajärjestelmässämme mitään uutta: poliitikothan säätävät jatkuvasti arvovalintojensa mukaisia lakeja, joissa eri ryhmille annetaan verotuksellisia etuja tai vaikkapa erityistä työsuojelua.²⁵ Kenties keskustelua voisi jopa parantaa, mikäli vihapuheiden kohteita otettaisiin avoimenkin suosivasti mukaan keskusteluihin, jotta välttyttäisiin epäselvältä tilanteelta, joka pyrkii miellyttämään kaikkia, muttei lopulta tyydytä vihapuheiden kohteita tai vihapuheen lietsojia.²⁶

Ehkä juuri tässä piilee tuo henkinen vapaus, josta muuan kulkija puhui; arvoja ei tarvitse lieventää miellyttämisen nojalla, mutta olivat arvot mitä hyvänsä, on ihmisellä oltava kohtuudentaju ja inhimillisyyttä. Yhteenvetona: laki on perusluonteeltaan henkissosiaalista. Sananvapauden rajoitukset ovat henkissosiaalisia myös substanssiltaan. Valtio ei kykene tehokkaasti sääntelemään yksilön henkissosiaalista toimintaa. Jotta demokratia parantaisi mahdollisuuksiaan säilyä hengissä, tulisi demokraattisen keskustelun laatua parantaa.

24 Mouffe 2009, s. 51–52.

25 Arvovalintojen välttämättömyys on myös Mouffen ajattelun taustalla, perustana Wittgensteinin ajattelu. Mouffe 2009, s. 48; Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö tällaisen lain tulkinta voisi olla objektiivista. Ks. esim. Aalto-Heinilä, Maija: Laintulkinnan objektiivisuus episteemistien riskien hallinnan näkökulmasta. Lakimies 7-8/2022, s. 1031–1051, 1044–1050.

26 Mouffen sanoin välttyttäisiin ”poliittisen” siivoamiselta politiikasta – siis eräänlaiselta kitkattoman ”järkipärisen ajattelun” hampaattomuudelta. Mouffe 2009, s. 45.

IDENTIFYING THE IDENTIFIED: UNRAVELING THE THIRD ELEMENT OF PERSONAL DATA IN EU LAW

Yacine Ouarab¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol17iss1pp64-80>

Helsinki Law Review, 1/2023, pp. 64–80

© 2023 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



ABSTRACT

The notion of 'personal data' is a well-established concept within European Union legislation, having been defined and interpreted through various legal texts and court cases over the past two decades. However, the third element of this definition, which pertains to the identification or identifiability of an individual, continues to generate considerable ambiguity. The crux of this uncertainty lies in determining the circumstances under which an individual can be deemed 'identified'. This interpretation is of paramount importance, as data that cannot be associated with an identified or identifiable individual is not classified as personal data, thereby falling outside the scope of the General Data Protection Regulation (GDPR).

Historically, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has not provided a clear stance on the threshold of identifiability. The Working Party, established under Article 29 of the Data Protection Directive, has offered its own interpretation, providing a detailed perspective on what constitutes an 'identified' individual. Despite its non-binding nature, this opinion is frequently employed by legal scholars as a foundation for defining personal data. However, the absence of references to this opinion in CJEU judgements, coupled with the fact that the European Data Protection Board (the successor of the Working Party 29) has not officially endorsed or adopted the WP136 opinion, leaves the question of what can be considered as 'identified' open to interpretation and debate.

1 The article was written with the help of a large language model.

This article posits that 'identification' has to be construed as the process of distinguishing an individual from a larger group. The article argues that alternative interpretations could undermine the fundamental objectives of the GDPR. Thus, this paper seeks to contribute to the ongoing discourse surrounding the definition of personal data within the context of EU data protection law.

I. INTRODUCTION

The right to personal data protection is enshrined as a fundamental right within the European Union, standing alongside other pivotal rights such as freedom of expression and freedom of religion.² Despite its current prominence, this right is relatively recent, having been ratified only at the end of 2009 with the introduction of the Lisbon Treaty.³ This new right created a legal basis for the European Commission to introduce comprehensive legislation to ensure its effective safeguarding and regulation⁴, culminating in the creation of the General Data Protection Regulation 2016/679 (GDPR).

At the heart of the GDPR lies the concept of personal data, a notion largely inherited from the Data Protection Directive (DPD) of the 1990s.⁵ The application of the GDPR's provisions hinges on whether the data in question is classified as personal data. Consequently, the precise definition of personal data is of paramount importance for the protection of this fundamental right. The current definition, however, is not devoid of ambiguity, as evidenced by the terse case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU).

According to the GDPR's definition, for information to be classified as personal data, it must pertain to an identified or identifiable natural person.⁶ The regulation, however, does not provide a clear definition of when a person should be considered as identified. The CJEU, the ultimate authority on the interpretation of EU laws, has not thoroughly dissected the identified criterion, thereby leaving its definition shrouded in uncertainty.

This article aims to delve into this complex issue, exploring the different interpretations of 'identified' and the ongoing debate surrounding its definition. We will examine the CJEU's stance regarding identification, the Working Party's opinion on the matter, and the impact of these interpretations on the broader understanding of personal data.

Ultimately, this article argues that the concept of identification should be understood as singling a person out of a wider group as it aligns more closely with the purpose of the GDPR.

2 Charter of Fundamental Rights and Freedoms of the European Union [2012] OJ C 326/02, art 8; However, the fundamental right is not an absolute one, see C-184/20 para 70.

3 Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community [2007] OJ C 306/01, art 16 b.

4 European Commission, 'European Commission sets out strategy to strengthen EU data protection rules' (IP/10/1462, 2010).

5 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [1995] OJ L 281/31 (Data Protection Directive), art 2(a).

6 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L119/1, art 4.

2. BACKGROUND

2.1. Brief History of the Concept of Personal Data in EU legislation

The concept of personal data has served as a cornerstone in the EU legislation for over two decades. However, the genesis of this concept can be traced back to the Council of Europe's Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, commonly referred to as Convention 108. The Convention, which was opened for signature in 1981, holds the distinction of being the first legally binding international instrument in the data protection domain.⁷ It defined personal data as “any information relating to an identified or identifiable individual”.⁸

Subsequently, this definition was adopted and integrated into the DPD in 1995. The directive elucidated the concept of personal data as

“Any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity.”⁹

GDPR, which came into effect in 2018, essentially retained the definition established by the DPD. Nevertheless, the GDPR expanded on the concept by elaborating the parameters of identifiability. It asserts that an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier, or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural, or social identity of that natural person.¹⁰

Although the definition has evolved, it has done so by expanding its scope. Consequently, the jurisprudence of CJEU developed during the DPD era remains pertinent and applicable under the current regulatory framework.¹¹

7 Greenleaf, Graham: The influence of European data privacy standards outside Europe: implications for globalization of Convention 108. *International Data Privacy Law* 2012, vol. 2(2), p. 68.

8 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (adopted 28 January 1981, entered into force 1 October 1985) ETS No 108, art 2(a).

9 Data Protection Directive, art 2(a).

10 General Data Protection Regulation, art 4.

11 Case C-40/17 Fashion ID [19 December 2018] ECLI:EU:C:2018:1039, Opinion of AG Bobek, para 87.

2.2. GDPR's Article 4 and its Interpretative Recitals

The preeminent legal text pertaining to the definition of personal data is of course the GDPR, which delineates the parameters for the majority of personal data processing activities.¹² As explained previously, the definition of personal data is in effect the same as it was for over a decade before the enactment of the GDPR. Beyond article 4, which explicitly defines personal data, the GDPR also incorporates a series of recitals or preambulatory clauses. While these recitals are not endowed with legal enforceability, they are instrumental in elucidating the legislative intent and in interpreting the substantive provisions of the regulation.

The recitals of the regulation articulate that the processing of personal data should be designed to serve mankind and that the right to the protection of personal data should be balanced against other fundamental rights in accordance with the principle of proportionality.¹³ The legislator further acknowledges the exponential escalation in data collection and sharing, attributable to rapid technological advancements and advocates for the facilitation of free data flow both within the Union and beyond its borders, while concurrently upholding a stringent standard of personal data protection.¹⁴

In terms of determining when a natural person could be considered identifiable, the legislator declares that account should be taken of all the means reasonably likely to be used, such as singling out, to identify the natural person directly or indirectly. However, to understand whether identification would be reasonably likely, one should also take into account all objective factors, such as the costs of and amount of time required for the identification.¹⁵ This nuanced perspective suggests that data may be categorized as 'personal' for one entity while remaining 'anonymous' for another, contingent upon these objective factors. It is noteworthy that 'singling out,' mentioned in the recitals and to be further dissected in subsequent chapters, is identified as one among various means of identification.

12 While the GDPR can be seen as primary instrument, it is not the sole regulatory framework governing personal data processing activities, see for example Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC (Regulation 2018/1725) [2018] OJ L295/39.

13 General Data Protection Regulation, recital 4.

14 General Data Protection Regulation, recital 6.

15 General Data Protection Regulation, recital 26.

2.3. The Four Quintessential Elements of Personal Data

In 2007, under the now-superseded DPD, the Working Party established by Article 29 of the Directive (WP29) issued an opinion elucidating the concept of personal data.¹⁶ The opinion dissected the definition into four principal elements: 'any information, 'relating to', 'identified or identifiable', and 'natural person'.¹⁷ Although this opinion is not legally binding - as the CJEU holds exclusive authority to interpret EU legislation and thus determine the ultimate understanding of personal data - it has, in practice, provided the most comprehensive description of personal data outside of case law.¹⁸ The division of the definition of personal data into the aforementioned elements has also become an established practice in legal literature for addressing the concept of personal data.¹⁹

2.4. The Uncertainty of the Third Element

The three words of the third element, 'identified or identifiable', ostensibly appear unambiguous. However, considerable uncertainty prevails concerning the criteria under which an individual may be deemed identified. The GDPR refrains from providing an explicit definition of when an individual is identified, although it enumerates a non-exhaustive list of data points – or identifiers – which may culminate in an individual being classified as identified or identifiable. The text of the regulation therefore leaves room for interpretation, something legal scholars excel at.

In practice, when talking about whether data is personal or not, the 'identifiable' facet of the third element frequently presents a lower threshold for classification, and thus garners more analytical

16 Article 29 Working Party, 'Opinion 4/2007 on the concept of personal data' (WP 136, 2007).

17 Ibid, p. 6; The opinion can still be considered valid as the definition of personal data has not substantially changed between the Data Protection Directive and General Data Protection Regulation.

18 Purtova, Nadezhda: The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology* 2018, vol. 10(1), p. 43. (Purtova 2018); The opinion has also been cited in numerous advocate general opinions i.a. C-245/20, C-40/17, C-131/12.

19 See for example Borgesius, Frederik: Singling out people without knowing their names – Behavioural targeting, pseudonymous data, and the new Data Protection Regulation. *Computer Law & Security Review* 2016, vol. 32(2), p. 256–271. (Borgesius 2016); Canneyt, Tim and others: Data Protection: CJEU case law review – 1995–2020. *Computerrecht* 2021, vol. 56, p. 78–144; Davis, Peter: Facial Detection and Smart Billboards: Analysing the 'Identified' Criterion of Personal Data in the GDPR. University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2020-01, <<https://ssrn.com/abstract=3523109>> accessed 01 August 2023; Purtova 2018.

attention from legal scholars compared to the ‘identified’ aspect.²⁰ The term ‘identifiable’ suggests that while identification may not have been actualized, it is reasonably plausible in the foreseeable future. Prima facie, concentrating on the lower threshold of potential identifiability might be pragmatically sensible. However, as elucidated by Purtova and Davis in their scholarly work, comprehending the potentiality of identifying an individual necessitates an understanding of the actual implications of being ‘identified’.²¹ Is a person considered identified when we know what he’s wearing and can single him out of the surrounding context or do we need to actually know who that person is in order for him to be identified? The nuances are significant as varying interpretations of ‘identified’ can either expand or contract the regulatory purview of the GDPR, thereby affecting the fundamental rights of EU citizens.

3. INTERPRETATION OF ‘IDENTIFIED’

3.1. Examining CJEU Stance

The CJEU has, over the course of the last two decades, grappled with the definition of the third element, ‘identified’, in several instances. However, the court’s articulations have often been marked by brevity and an absence of comprehensive reasoning. Subsequently, we’ll explore the cases in chronological sequence to discern the recurring themes and patterns in the CJEU’s interpretation pertaining to the third element of personal data.

At the dawn of the new millennium, the CJEU adjudicated its first case concerning the threshold for deeming a person identified.²² Based on the facts of the case, the court stated that a person’s name in conjunction with other information such as their phone number, employment details, or hobbies was enough to identify a person.²³ However, the court abstained from elaborating on the criteria for identification, and further affirmed that a person could be identified without knowledge of their name.²⁴

Nearly a decade later, the CJEU adjudicated the Scarlet Extended case, where it grappled with the question of whether an Internet Service Provider (ISP), Scarlet, could be compelled to institute a monitoring system to filter its customers’ network traffic for the purpose of thwarting the illicit sharing of copyrighted content through peer-to-peer networks.²⁵ The court held that

20 Purtova, Nadezhda: From knowing by name to targeting: the meaning of identification under the GDPR. *International Data Privacy Law* 2022, vol. 12(3), p. 164. (Purtova 2022)

21 Purtova 2022 p. 164; Davis 2020 p. 14.

22 Case C-101/01 Lindqvist [6 November 2003] ECLI:EU:C:2003:596.

23 Ibid para 27.

24 Ibid.

25 Case C-70/10 Scarlet Extended [24 November 2011] ECLI:EU:C:2011:771.

the imposition of such a system would encroach upon the fundamental right to the protection of personal data, owing to the requisite extensive collection of users' IP addresses. Moreover, the court acknowledged that IP addresses qualify as protected personal data due to their potential to facilitate precise identification.²⁶ The CJEU did not expand what it meant by being able to identify users accurately, which is most certainly not possible if all you have is an IP-address.²⁷ If interpreted in a literal sense, the judgement rendered by the CJEU appears to suggest that an IP address, be it static or dynamic, in isolation, suffices to identify an individual, which might imply that the court construes identification as the ability to single out an individual from a broader group. Nevertheless, it is imperative to consider the contextual nuances, as will be elucidated in our examination of the Breyer ruling. As an Internet Service Provider (ISP), Scarlet would have had access to a repository of data regarding the allocation of IP addresses to its clientele, including timestamps of usage, thereby facilitating the correlation of an IP address with the comprehensive personal particulars of a customer.

Couple of years after the Scarlet judgement, the CJEU tackled the Ryneš case, which revolved around the recording of video footage in a partially public area.²⁸ The CJEU briefly stated that an image of a person captured in video footage qualifies as personal data to the extent that it can be used to identify the person.²⁹ The judgement by the CJEU was most certainly not drowned in thorough reasoning but luckily the opinion given by the Advocate General did shed some light on when exactly a person could be identified via video footage. Drawing upon antecedent case law, the Advocate General opined that an assemblage of recordings such as video footage could enable drawing detailed inferences regarding individuals' lifestyles, daily routines, social relationships, and more.³⁰ The Ryneš case therefore revolved around the indirect possibility of identifying a person based on the physical characteristics conveyed through a video footage, combined with other potentially identifiable information found in the footage.

The Breyer case served as a pivotal moment in the CJEU's interpretation of the third element of personal data, involving dynamic IP addresses, and serving to augment the insights from the Scarlet Extended case.³¹ In the case, an individual by the name of Breyer frequented multiple websites under the auspices of the German state. The websites in question archived Breyer's IP

26 Ibid para 51.

27 IP addresses identify nodes, or devices used within a network but not natural persons directly. Borgesius has provided examples such as the practice of the University of Amsterdam to route all the university's online traffic through a single visible IP address and the practice of a state-owned internet service provider in Qatar to route all network traffic through a few visible IP addresses. In these cases, multiple users could be behind a single IP address, making identification impossible without additional identifiers. For further details, see Borgesius 2016, p. 264 and Zittrain, Jonathan: *The Future of the Internet--And How to Stop It*. New Haven 2008, p. 157.

28 Case C-212/13 Ryneš [11 December 2014] ECLI:EU:C:2014:2428.

29 Ibid para 22.

30 Case C-212/13 Ryneš [10 July 2014] ECLI:EU:C:2014:2072, Opinion of AG Jääskinen, para 33.

31 Case C-582/14 Breyer [19 October 2016] ECLI:EU:C:2016:779.

address and retained this information post-visit, ostensibly to bolster defenses against potential denial-of-service attacks.³² Mr. Breyer sought an injunction against the German state's post-visit retention of dynamic IP addresses.³³ The CJEU's judgment contained several notable declarations. It was pronounced that static IP addresses facilitate the sustained identification of a device in connection to a network,³⁴ whereas a dynamic IP address, in isolation, does not constitute data appertaining to an identified natural person, as it fails to unveil the identity of the individual operating the computer.³⁵ The court also highlighted a distinction from the earlier Scarlet Extended case, pointing out that in the latter, an ISP, capable of linking IP addresses to individuals, was the entity collecting the data.³⁶

Subsequently, the court deliberated whether a dynamic IP address could be construed as data pertaining to an identifiable individual, given that ISPs maintain logs of dynamic IP addresses assigned to particular customers, along with timestamps.³⁷ The court acknowledged that a person may be indirectly identifiable if a third party possesses additional information that allows for identification.³⁸ The crux of the matter lay in evaluating the data controller's reasonable capacity to procure ancillary information pertinent to identification from a third party. In the case at hand, the website operator, i.e., the German state, had the legal means to obtain the necessary additional information for identification from the ISP. Therefore, the court ruled that dynamic IP addresses should be considered personal data relating to an identifiable person in the given context.³⁹ The Breyer judgment has ostensibly been interpreted as constricting the definition of "identified", tethering the threshold for identification to an individual's civil identity.

IP addresses – both static and dynamic – are used to single out computers, or nodes, within a network.⁴⁰ The court acknowledged that dynamic IP addresses, devoid of additional context, do not in themselves reveal the identity of the natural person utilizing the node assigned the IP address.⁴¹ The same principle extends to static IP addresses. However, the probability of identification is augmented in the context of static IP addresses due to the continuous nature of data collection, thereby affording the opportunity to accrue additional identifying data regarding

32 Ibid para 14.

33 Ibid para 17.

34 Ibid, para 36.

35 Ibid, para 38.

36 Ibid, paras 33–35; The implication of this is that an ISP would have at hand additional information which they could use to connect an IP address to a specific natural person.

37 Case C-582/14 Breyer [19 October 2016] ECLI:EU:C:2016:779, para 45.

38 Ibid, para 44.

39 Ibid, para 49.

40 Vij, Vikrant: Computer Networks. University Science Press 2018, p. 172; The difference between a static and dynamic IP address can be thought through the analogy of driving either your own car (static) or a rental one (dynamic) which you use temporarily and then return. A static IP address is like a personal car that is always available for use.

41 Case C-582/14 Breyer [19 October 2016] ECLI:EU:C:2016:779, para 38.

the user. This parallels the stance in the *Ryneš* case, where the Advocate General theorized the potential to draw detailed inferences and eventual identification premised upon ongoing scrutiny of video footage.⁴²

Approximately one year after the *Breyer* decision, the CJEU found itself once again grappling with issues pertaining to personal data and identification in the case of *Nowak*.⁴³ The *Nowak* dispute revolved around whether an examination paper—marked with handwritten annotations from the examiner—could be classified as personal data.⁴⁴ While the CJEU primarily scrutinized whether the examiner's annotations constituted personal data vis-à-vis the examinee, it also engaged with the concept of 'identification' in assessing the exam paper's relation to an identifiable individual.⁴⁵

Firstly, the court unequivocally asserted that an individual participating in the examination could be directly identified through a name inscribed either on the exam paper or its accompanying cover sheet or indirectly via an identification number marked on the same documents.⁴⁶ Subsequently, the CJEU posited that the examiner's ability or inability to associate the exam paper with a specific individual was immaterial. This is because the entity administering the examination inherently possessed the capability to correlate the identification number marked on the exam paper with the examinee's identity.⁴⁷ What renders the *Nowak* adjudication particularly intriguing is the CJEU's implicit suggestion that a numerical identifier, allocated to a natural person for the purpose of differentiation amongst a cohort of examination participants, may not necessarily serve as a direct means of identification for the individual in question. This perspective ostensibly contravenes the traditional 'singling out' paradigm of identification and instead advocates for an approach rooted in the concept of civil identity.

More recently, the year 2023 has been particularly noteworthy due to the adjudication of two cases that grapple with the concept of identification. The first case, adjudicated by the General Court, involved the European Union's Single Resolution Board (SRB) and its collection of comments from stakeholders—specifically, registered and verified shareholders and creditors—during a "right to be heard" process.⁴⁸ Each comment was tagged with a unique 33-digit identifier, thereby enabling the SRB to link each comment to a registered data subject.⁴⁹ Subsequently, a subset of these comments, stripped of the registrant information but retaining the unique identifiers, was shared with Deloitte, a third-party consulting firm.⁵⁰

42 Case C-212/13 *Ryneš* [10 July 2014] ECLI:EU:C:2014:2072, Opinion of AG Jääskinen, para 33.

43 Case C-434/16 *Nowak* [20 December 2017] ECLI:EU:C:2017:994.

44 *Ibid*, para 26.

45 *Ibid*, paras 29–31.

46 *Ibid*, para 29.

47 *Ibid*, para 31.

48 Case T-557/20 *SRB* [26 April 2023] ECLI:EU:T:2023:219.

49 *Ibid*, paras 14–15.

50 *Ibid*, paras 22–24.

The crux of the question revolved around whether the data transmitted to Deloitte could be classified as anonymous, given that Deloitte lacked the capability to associate individual comments with the data subjects' registration information—a privilege solely held by the SRB.⁵¹ The European Data Protection Supervisor (EDPS) posited that the data should be considered pseudonymous, and thus personal, as the unique 33-digit identifiers could, in theory, be linked back to the registration information maintained by the SRB.⁵²

The General Court's judgment was twofold: First, it opined that the data shared with Deloitte did not pertain to 'identified' individuals, owing to the security protocols and data segregation measures implemented by the SRB.⁵³ The rationale is readily comprehensible, as the unique comment identifiers were designed to distinguish the comments themselves, rather than the individuals who authored them. Second, the court scrutinized the EDPS's assertion that the data related to an identifiable natural person. The court concluded that the EDPS had failed to adequately assess whether Deloitte possessed any legal avenues to access supplementary information that would enable the re-identification of the comment authors.⁵⁴ This line of reasoning was congruent with the precedent set by the Breyer case, wherein IP addresses were deemed personal data only if the website operator had a legal means to correlate the IP addresses with auxiliary information.

It merits attention that the case will be subject to appellate review by the CJEU and thus, further judicial scrutiny on the matter should be anticipated.⁵⁵

In the recently adjudicated Pankki S case, the primary focus was a bank customer's invocation of Article 15(1) of the GDPR to gain access to his processed personal data.⁵⁶ Alongside this central issue, the court also explored a subsidiary question: whether log data, which recorded the identities of bank employees who had accessed the customer's information, should itself be categorized as the customer's personal data.⁵⁷ Upholding the expansive legal interpretation of personal data, the court concluded that the log data generated during the processing activities indeed qualifies as information relating to an identified or identifiable individual.⁵⁸ While not groundbreaking, the court's decision serves to reinforce the prevailing stance favoring a broad conceptualization of personal data.

Upon reviewing the aforementioned CJEU case law, it is evident that the court has refrained from articulating a definitive criterion for when it deems a person to have been identified. One could confidently argue that the court has internally applied either a 'singling out' approach

51 Ibid, para 76.

52 Ibid, para 79.

53 Ibid, para 84.

54 Ibid, para 105.

55 Case C-413/23 P – EDPS v SRB was submitted to the CJEU on 4th of August 2023.

56 Case C-579/21 Pankki S [22 June 2023] ECLI:EU:C:2023:501.

57 Ibid, para 28.

58 Ibid, para 45.

or a 'civil identity' approach when it has reached its verdicts. Since the court has not taken an explicit stance on the matter, it is necessary to turn to other sources of legal doctrines in order to discern the conditions under which an individual may be deemed identified.

3.2. The Working Party 29 and WP 136

The Working Party 29 was an advisory body that played a crucial role in shaping data protection standards in the EU. Established under Article 29 of the DPD, the WP29 was composed of representatives from the data protection authority of each EU Member State, the European Data Protection Supervisor, and the European Commission. The WP29 was tasked with providing expert advice on data protection matters and promoting the consistent application of the DPD across all EU Member States.⁵⁹

The WP29 was known for its influential opinions and guidelines on various aspects of data protection. These documents, while not legally binding, were highly respected data protection authorities in the EU.⁶⁰ In 2018, with the implementation of the GDPR, the WP29 was succeeded by the European Data Protection Board.

In 2007 the WP29 issued an opinion – Working Paper 136 – on the concept of personal data. This document was, and still is, the most comprehensive documentation of the different aspects of personal data.⁶¹ According to the opinion, an individual is considered 'identified' when there are means to distinguish them from other members of a group. This does not necessarily mean knowing the individual's name or other specific details, but rather having the ability to single them out of the surrounding context.⁶² For instance, in a database of employees, an individual could be identified by a unique employee number, even if their name is not known.

WP29 highlights that both identifiers and the context in which they are used are critical in determining identification. Identifiers vary widely – from unique ones like social security numbers to a blend of personal traits or actions that can single out someone within a particular context. To grasp this, picture a scenario where you need to pick out one individual from a group using a combination of identifiers. If you describe someone as wearing a black suit, it might be enough to identify them in a small classroom but not in a large hall filled with people in similar attire. The uniqueness of the combination is key and highly dependent on context.⁶³

59 Data Protection Directive, art 29.

60 Purtova 2018 p. 59; Gutwirth, Serge, and Yves Poullet. "The contribution of the Article 29 working party to the construction of a harmonised European data protection system: an illustration of reflective governance?" in "Human rights in the web of governance: towards a learning-based fundamental rights policy," Bruylant, 2010, p. 283–284.

61 Purtova 2018, p. 43.

62 WP 136, p. 13–14.

63 WP 136, p. 13.

Additionally, WP29 stresses that the data controller doesn't need to possess the means of identification. If a third party has a reasonable way to identify someone, that individual is 'identifiable'.⁶⁴ For instance, if an outside entity has a record linking an employee number to a name, that employee is considered identifiable even though the data controller doesn't have that record.

The opinion of WP29 is, as mentioned, an expert opinion. It tackles the issue of defining 'identified' head on and makes the stance of WP29 clear: a person is identified when he is singled out from a larger group of persons. While influential in the realm of data protection law, some have critiqued it for seemingly expanding the definition of personal data too broadly.⁶⁵ The opinion's impact is somewhat diminished as the CJEU has not directly referenced it⁶⁶ and the successor of WP29, EDPB has not officially endorsed or adopted the opinion like it has done for other opinions and documents of WP29.⁶⁷

4. ONGOING DEBATE

The crux of the ongoing debate on when a person is considered identified lies in two contrasting interpretations. First, there's the stance taken by WP29, where a person is regarded as identified if they can be singled out from a crowd. We'll call this the 'Singling Out' approach.

On the flip side, there's the 'Civil Identity' approach. Here, a person is only considered identified if we can pin down their real-life identity, meaning we know exactly who they are in the societal context. This interpretation is often favored by companies that stand to gain from a more restrictive definition of identification, but it also has support from other institutions.⁶⁸ The next chapters will delve into the methods and effects of these alternative identification schemes.

64 WP 136, p. 16–17.

65 Purtova 2018.

66 A search performed on 13 June 2023 with the CJEU document tracker with a text filter of "Article 29 Working Party" yielded zero results in any judgements but did yield 17 documents, all AG opinions where the working party is mentioned, see Court of Justice of the European Union, 'curia.europa.eu' (2023) <<https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?text=%2522Article%2B29%2BWorking%2BParty%2522>> accessed 13.06.2023.

67 EDPB has endorsed 16 documents of the Working Party, see European Data Protection Board, 'Endorsement 1/2018' (2018) <https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/news/endorsement_of_wp29_documents_en_0.pdf> accessed 13.06.2023; Though EDPB has referenced the WP 136 opinion and more specifically the singling out portion of the opinion in one of the guidelines it has adopted, see European Data Protection Board, 'Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users' (Version 2.0, 2021) <https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_en.pdf> accessed 13.06.2023, para 19.

68 Institutions such as European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe have advocated for a civil identity approach, see European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 'Handbook on European data protection law' (Publications Office of the European Union, 2018), p. 89; Borgesius 2016 p. 258.

4.1. Alternative Methods and Effects of Identification

4.1.1. Civil Identity

Civil identity identification is a concept that revolves around the use of an individual's legal or civil identity for the purpose of identification.⁶⁹ The foundation of one's civil identity is typically set by governmental authorities and is characterized by documentation such as birth certificates, identity cards, passports, and social security numbers. This documentation encompasses various attributes including an individual's legal name, date of birth, and nationality, which collectively serve to uniquely identify an individual within official contexts.

The Civil Identity approach to identification implies that an individual can only be identified if their civil identity is known. Inherently, this approach restricts the scope of what is considered 'identified', as it does not recognize other potential identifiers that may not be linked to a civil identity.⁷⁰ With the civil identity approach, data is only considered personal if it is, or can feasibly be, connected to an individual's official identity. For instance, in the realm of internet advertising, companies employing the Civil Identity approach could potentially gather and process extensive data without the constraints of the GDPR, since the data need not be connected to an individual's civil identity for the purpose of targeted advertising.⁷¹ Although this approach may simplify the classification of data into personal and anonymous categories, it may significantly diminish the fundamental rights pertaining to the protection of personal data.⁷²

It is noteworthy that the European Agency for Fundamental Rights and the Council of Europe, in their 2018 Handbook on European Data Protection Law, appeared to acknowledge the Civil Identity approach. They articulated that identification necessitates elements which characterize an individual distinctly enough to differentiate them from all others.⁷³

4.1.2. Singling Out

In contrast to the Civil Identity approach, the Singling Out approach is a more nuanced, context-sensitive method of identification. Under this approach, an individual is regarded as identified if they can be distinguished or isolated from a group through certain identifiers. These identifiers

69 Leenes, Ronald: Do they Know Me? Deconstructing Identifiability. University of Ottawa Law & Technology Journal 2007, vol. 4(1-2), p. 140 (Leenes 2007); Davis 2020, p. 15.

70 For instance, a person can have multiple separate online as well as social identities that aren't necessarily tethered back to the civil identity of the person in question.

71 Leenes 2007, p. 145.

72 Although Leenes does point out that in the case of internet search engine companies, the more data a company collects, the more likely it becomes for the company to infer a users (civil) identity, see Leenes 2007, p. 144.

73 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 'Handbook on European data protection law' (Publications Office of the European Union, 2018), p. 89.

may be singular or a combination thereof, sufficient to isolate one individual from others in a given context. Consequently, an understanding of the context becomes almost imperative in determining whether an individual has been successfully singled out.⁷⁴

One of the primary advantages of the Singling Out approach is its inherent flexibility. It does not rigidly adhere to any specific identity construct and adopts an agnostic stance towards identification. As such, it encompasses a wider range of applicability, which, in theory, should bolster the protection of the fundamental right to data protection. This theory derives from the notion that a broader, context-sensitive definition necessitates data controllers to critically assess whether data pertains to an identified individual. However, the lack of a concrete, easily comprehensible definition may lead to inconsistencies and errors in categorizing data. Such mis-categorization could subsequently impact the level of data protection afforded to individuals.

The drawbacks of this approach are therefore evident. The ambiguous nature of the approach complicates the categorization of data, as it requires an understanding of not only the identifiers but also the surrounding context, which may not always be evident. This can create challenges for data controllers in making accurate determinations, and inadvertently result in diminished data protection in practice. Additionally, the subjectivity involved in contextual assessment can introduce elements of uncertainty and inconsistency in the application of data protection standards.

5. THE CASE FOR SINGLING OUT AS THE PREFERRED MODE OF IDENTIFICATION

When delineating a domain-specific definition in the realm of EU jurisprudence, we generally commence with secondary domain law sources - in this instance, the GDPR and its predecessor, the DPD. However, neither of these sources elucidate when a person should be regarded as identified. The GDPR does provide indications within its recitals regarding identification methods, and it is acknowledged by the legislator that Singling Out can be a way of identification but ultimately the recital leaves the door open for other identification methods as well.⁷⁵ Given this, we turn to the case law of the CJEU, the ultimate arbitrator of EU law. While the court's rulings have been highly context-specific and sparing in their reasoning, they have proffered indications of what general guidance concerning identification could entail. The context-specificity of these

74 Though it is conceivable that identifiers could form such a unique combination that they would single out a person in any context, eliminating the need to know the context. This concept aligns closely with the Civil Identity approach.

75 General Data Protection Regulation, recital 26.

judgements tends to favor a more context-sensitive Singling Out approach over the simpler Civil Identity approach.⁷⁶ But as these clues are somewhat nebulous, a persuasive argument requires a more substantive body of evidence. Therefore, there is a need to look at soft law -instruments for further guidance. The WP29, an expert body comprised of data protection professionals, has provided explicit clarification of the approach they employ in identifying individuals.

Yet, in arriving at a conclusive determination, we must also consider the arguments of the opposition. As highlighted, neither the EDPB has officially endorsed the WP 136 opinion, nor has the CJEU directly referenced it in its rulings, barring six separate instances in AG opinions.⁷⁷ Furthermore, an argument could be made that in each relevant CJEU judgement – Lindqvist, Scarlet Extended, Ryneš, Breyer, Nowak, SRB, Pankki S – the cases have all pertained to such a combination of identifiers that they would have facilitated identification even under the Civil Identity approach. The insinuation by the CJEU in the Nowak case, regarding an assigned identification number not enabling direct identification of Mr. Nowak, bolsters the credibility of the Civil Identity approach. Thus, championing the Civil Identity methodology over the Singling Out approach is not without its merits.

Nonetheless, interactions with EU law necessitate a consideration of the law’s underlying purposes and objectives, facilitating an interpretation that most effectively fulfills the Union’s goals. Consequently, when two arguments appear equally compelling, the one that better effectuates EU objectives should take precedence.⁷⁸

The preamble of the GDPR states *inter alia* that due to the challenges brought by the rapid technological developments and globalization along with the scale of data collection increasing, a strong data protection framework is necessary and that natural persons should have control of their own personal data.⁷⁹ Given its narrower scope, the Civil Identity approach would inevitably lead to circumstances where entities process sensitive data that pertains to an individual, but not necessarily to an individual’s civil identity. For instance, advertising companies can compile a sufficiently accurate profile from an individual’s browsing habits, device information, and

76 The contention here is that it would have been considerably more straightforward for the CJEU to assert in its rulings that identifying a person necessitates knowing their civil identity. Instead, the court chose a more complex path, opting for highly contextual interpretations and judgments.

77 The following AG opinions all mention “WP 136”: Case C-245/20 [6 October 2021] ECLI:EU:C:2021:822, Opinion of AG Bobek; Case C-40/17 Fashion ID [19 December 2018] ECLI:EU:C:2018:1039, Opinion of AG Bobek; Case C-582/14 Breyer [12 May 2016] ECLI:EU:C:2016:339, Opinion of AG Sánchez-Bordona; Case C-141/12 YS and Others [12 December 2013] ECLI:EU:C:2013:838, Opinion of AG Sharpston; Case C-131/12 Google Spain and Google [25 June 2013] ECLI:EU:C:2013:424, Opinion of AG Jääskeläinen; Case C-70/10 Scarlet Extended [14 April 2011] ECLI:EU:C:2011:255, Opinion of AG Villalón.

78 This is also called the “*effet utile*” principle; Gombos, Katalin: EU Law viewed through the eyes of a national judge 2018, p. 4.

79 General Data Protection Regulation, recitals 6-7.

other data that does not explicitly or implicitly reveal the person's civil identity. If identification were tethered to a Civil Identity threshold, this would not fulfill the objectives and purpose of the GDPR. Moreover, it would dilute the fundamental right to personal data protection as the definition would exclude data that pertains to an individual but not to their civil identity. The conclusion, therefore, is that construing identification as knowing a person's civil identity would contravene the very purpose of the regulation. By negation, we are thus left with the Singling Out approach, with its more comprehensive scope of applicability.

6. CONCLUSIONS AND IMPLICATIONS

The discourse surrounding data protection law, particularly in the context of identification, is intricate and multifaceted. Two primary approaches have emerged: the Civil Identity approach and the Singling Out approach. This article posits that identification should be understood as the act of singling out an individual from their surrounding context. While this perspective doesn't revolutionize the field of data protection law, it offers a fresh lens through which to understand the concept of identification.

Previously, both Purtova and Davis have argued for the Singling Out approach, albeit through different interpretations of the CJEU case law. This article, however, doesn't aim to reinterpret existing case law in the same way. Instead, it asserts that due to the inconclusiveness of the court's earlier judgments, we need to examine the reasoning from a new, teleological perspective. This viewpoint doesn't necessarily contradict the interpretations of Purtova or Davis; rather, it adds another, previously unexplored, layer to the debate.

Looking ahead, the CJEU will have an opportunity to provide more nuanced argumentation when it deliberates on the upcoming cases *EDPS v SRB* (C-413/23 P) and *IAB Europe* (C-604/22). Both cases concern the definition of personal data and its interpretation, offering a chance for the court to further clarify this critical aspect of data protection law.

”JOKA OTTAA VAKUUTTAAKSEEN, OTTAA VASTATAKSEEN” – VAKUUTUS VASTUUNRAJOITUSKEINONA YRITYSTEN VÄLISISSÄ SOPIMUKSISSA

Artturi Mikkonen

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol17iss1pp82-104>

Helsinki Law Review, 1/2023, pp. 82-104

© 2023 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



ABSTRACT

In industries such as construction, maintenance and warehousing, business contracts typically include provisions concerning contracting partners' insurance coverage. For example, under 38 § of the Finnish general conditions for building contracts (YSE 1998), it is stated that unless otherwise agreed, the main contractor is obligated to acquire a construction all risk policy to cover the actual construction site and all the subcontracts related to the main contract. If there is a breach of contractual obligations resulting to a property damage, it can be argued that the contract's insurance provisions act as a limit of liability resulting in a situation where the party guilty of breach of contract is not legally liable for the damages covered by the policy. The findings of this article indicate that insurance provisions in business contracts can either limit or extend the parties' legal liabilities for damages caused by breaches of contractual obligations.

I. JOHDANTO

I.1. Aluksi

Liiketoiminnassa sovitaan usein muiden ehtojen lisäksi siitä, millaisia vakuutuksia osapuolten tulee ottaa sen varalta, että kaupan tai suorituksen kohde kohtaa vahinkotapahtuman sopimuksen täyttämisen eri vaiheissa. Tämän käytännön pohjalta on kehittynyt nykyaikainen vakuutusliiketoiminta, jonka juuret perustuvat kaupankäynnin kohteen kuljetuksen aikaisten riskien vakuuttamiseen, ja josta ensimmäiset kirjalliset viitteet ajoittuvat aikaan 2250 eKr.¹ Kaupan kohteen vakuuttaminen ja siitä sopiminen on sittemmin levinnyt myös muihin sopimustyyppeihin, kuten sopimuksiin, joissa velvoitteena on tietyn tuloksen aikaansaaminen, kuten vaikkapa talon rakentaminen tai asennustyön suorittaminen. Vakiosopimusten osalta esimerkkinä tästä sopimustavasta voidaan mainita Rakennustieto Oy:n ylläpitämät Rakennusurakoiden yleiset sopimusehdot YSE 1998, jonka 38 §:n mukaan, mikäli muuta ei ole sovittu, on työmaan johtovelvollinen urakoitsija, eli niin sanottu pääurakoitsija, velvollinen kustannuksellaan hankkimaan rakennuskohteen, sen tarvikkeet sekä sivu- ja aliurakat kattavan vakuutuksen. Näin ollen, kun vakuuttamisvelvollisuudesta on sovittu sopimuksessa, voidaan esittää kysymys: miten vakuuttamisvelvollisuuslauseke vaikuttaa osapuolten välisiin vastuusuhteisiin, mikäli vakuutettu kohde vahingoittuu sopimuskomppanin sopimusrikkomuksen seurauksena?²

Sopimuksen kohteen vaurioituessa on vahinkoa kärsineellä osapuolella ainakin lähtökohtaisesti mahdollisuus saada vahinko katetuksi sopimusvelvoitteen perusteella hankitusta vakuutuksesta, jolloin vahinkoa aiheuttaneen sopimusosapuolen vastuu korvata aiheuttamansa vahinko ei realisoitu ainakaan täysimääräisenä. Toisaalta vahinkoa kärsineellä voi olla taloudellinen intressi vaatia korvausta suoraan vahinkoa aiheuttaneelta muun muassa siitä syystä, että tällä tavoin aiheutunut vahinko ei jää rasittamaan tämän omaa vahinkotilastoa, mikä voisi vastaisuudessa johtaa korkeampiin vakuutusmaksuihin sekä suppeampiin vakuutusehtoihin. Arvioitavaksi tulee täten sopimusrikkomukseen syyllistyneen osapuolen vahingonkorvausvastuu sekä sopimuksen mukaisen vakuutuskorvauksen välinen suhde. Selvänä voidaan pitää sitä, että vahinkoa kärsinyt ei voi saada täyttä korvausta sekä vakuutuksenantajalta, että vahingon aiheuttaneelta rikastumiskiellon vastaisesti.³

-
- 1 Ek, Harri – Korkka, Marja – Kosola, Kari – Pöyhönen, Pirjo: Kuljetusten vakuuttaminen. Finanssi ja vakuutuskustannus Finva Oy. Jyväskylä 2011, s. 9–10. (Ek et. al. 2011)
 - 2 Selvyyden vuoksi todetaan, että tämän tyyppisten suoritusten vakuuttamisesta tai vakuutuksen ja vahingonkorvausvastuun välisestä suhteesta ei ole olemassa kirjoitettua lainsäädäntöä. Tosin kauppalaain (355/1987 KauppalL) esitöissä on todettu, että korvauksen sovittelussa voidaan ottaa huomioon mahdollisuus saada vahinko katetuksi vakuutuksella. Toteamus on ongelmallinen vakuutuksenantajan regressioikeuden näkökulmasta, jota käsitellään jäljempänä. Aiheesta hallituksen esitys eduskunnalle kauppalaiksi HE 93/1986 vp, s. 131–132.
 - 3 Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuunmuodoista. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1998, s.195. (Hemmo 1998)

1.2. Artikkelin tutkimuskysymys

Tämä artikkeli käsittelee sopimuksessa sovitun vakuuttamisvelvollisuuden oikeusvaikutuksia vahinkoa aiheuttaneen osapuolen vahingonkorvausvelvollisuuden kannalta. Lähtöasetelmana on täten se, että yritykset A ja B ovat keskenään solmineet pätevän sopimuksen ja sopineet sopimuksen kohteen vakuuttamisesta vahinkovakuutuksella⁴ siten, että vakuuttamisvelvoite on vahinkoa kärsineellä.⁵

Artikkelin pääkysymys on: toimiiko sopimuksen vakuuttamisvelvollisuuslauseke tosiasiallisesti vastuunrajoituksena tilanteessa, jossa suorituksen kohde kärsii esinevahingon sopimuskumppanin sopimusrikkomuksen seurauksena? Toisin sanoen: mikäli sopimusosapuolet ovat keskenään sopineet kattavansa tietyt riskit vakuutuksin, voiko sopimusrikkomukseen syyllystynyt osapuoli tehokkaasti vastustaa korvausvaatimusta ja vedota vakuutuksen ensisijaisuuteen, vaikka sopimusrikkomus oikeudessamme lähtökohtaisesti perustaa velvollisuuden korvata aiheutunut vahinko täysimääräisesti?⁶

Sivukysymyksenä haetaan vastausta siihen, miten vakuutuksenantajan vakuutuslainsäädännön (543/1994, VakSopL) 75 §:n mukainen regressiooikeus vahingon aiheuttanutta kohtaan vaikuttaa asetelmaan. Tämän lisäksi artikkelissa arvioidaan, miten vastuu määräytyy tilanteissa, joissa osapuolet ovat sopineet sopimuksen kohteen vakuuttamisen osalta siitä, millaisia vastuuvakuutuksia heillä pitää vahingonkorvausriskien varalta olla hankittuna, jolloin ainakin teoreettisesti vahinko voisi tulla katetuksi kumman tahansa osapuolen vakuutusturvasta. Tässä kirjoituksessa ilmiötä kutsutaan vakuutuslausekkeiden kollisioksi.

Artikkeli rajataan kattamaan tilanteita, joissa suorituksen kohde kärsii esinevahingon sopimusosapuolen sopimusrikkomuksen seurauksena.⁷ Näin ollen artikkelin keskiössä ovat

-
- 4 Artikkelissa käsite "vahinkovakuutus" rakentuu vakuutuslainsäädännön (543/1994 VakSopL) systematiikan varaan. VakSopL:n 2 § 1 mom. kohdan 2 mukaan vahinkovakuutuksella tarkoitetaan vakuutusta, joka otetaan esinevahingon, vahingonkorvausvelvollisuuden tai muun varallisuusvahingosta aiheutuneen menetyksen korvaamiseksi. Yleisemmin voidaan puhua jaosta omaisuusvakuutuksiin ja vastuuvakuutuksiin.
 - 5 Hemmo esittää, että kuvattu tilanne sopimusvastuun (esinevahinko sopimussuhteessa) alalla on poikkeuksellinen ja esimerkki siitä, että vastuunmuotoerotellu sopimus- ja deliktivastuun välillä on monelta osin ongelmallinen. Hemmo 1998, s. 195–196.
 - 6 Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha. Suomen vahingonkorvausoikeus. Talentum. Helsinki 2013, s. 7-12. (Ståhlberg – Karhu 2013). Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus. Alma Talent Oy. 2005. Sähköinen verkkokirja, s. 309–310. (Hemmo 2005a).
 - 7 Oikeuskirjallisuudessa sopimusrikkomuksesta käytetään myös nimeä suoritushäiriö. Tältä osin mm. Hemmo, Mika: Vahingonkorvauksen määräytyminen sopimussuhteessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 1994, s. 48–49. (Hemmo 1994). Sopimusrikkomuksessa on kyse siitä, että sopimuksella perustettuja velvollisuuksia ei ole täytetty oikein. Vertailu tehdään yksinkertaisesti sen mukaan, millaisia suoritteita sopimus velvoitti toteuttamaan ja miten ne todellisesti suoritettiin. Mikäli sopimuksen velvoitteista on poikettu, on kyse lähtökohtaisesti sopimusrikkomuksesta. Sopimusrikkomuksen sisällöstä Hemmon lisäksi Ståhlberg – Karhu 2013, s. 41–42.

sellaiset liikesopimukset, joissa toisen sopimusosapuolen veloitteena on toteuttaa fyysinen luontoissuorite, kuten rakennus-, huolto- tai asennustyö. Oikeuskirjallisuudessa näitä sopimuksia on kutsuttu myös työurakkasopimuksiksi. On kuitenkin huomattava, että vastaava asetelma voi tulla arvioitavaksi muissakin sopimustyypeissä, kuten kiinteistöjen ja huoneistojen vuokrasopimuksissa sekä vieraan omaisuuden varastointia koskevissa sopimuksissa.

Kysymystä tarkastellaan yritysten välillä Suomessa voimassa olevan oikeuden mukaan, eli liikesopimusten näkökulmasta. Artikkelin metodi on siis lainopillinen pyrkien esittämään perustellun näkemyksen siihen, miten tutkimuskysymykseen tulisi vastata voimassa olevan oikeuden mukaan.

Artikkeli sijoittuu sopimusoikeuden oikeudenalaan, mutta sillä on laaja kosketuspinta myös vakuutus- ja vahingonkorvausoikeuteen. Tutkimuksen aihepiiristä ei ole käytännössä säädetty kirjoitetussa lainsäädännössä.⁸ Tämän takia tutkimuksessa korostuvat veloitte- ja sopimusoikeuden yleiset oikeusperiaatteet ja niiden merkitys sopimusoikeudessa.⁹ Suomessa ei ole yleistä eduskuntatason lainsäädäntöä, joka käsittelee yritysten väliseen sopimukseen perustuvia vahingonkorvauskysymyksiä. Lainsäädäntö joko puuttuu kokonaan tai on vahvasti sopimustyyppikohtaista tai tahdonvaltaista.¹⁰ Tämän takia tutkimuksen oikeuslähteenä toimii etenkin KKO:n oikeuskäytäntö sekä alempien tuomioistuinten ratkaisut, joista on tunnistettavissa useita aihepiiriä käsitteleviä tapauksia. Tärkeänä lähteenä toimii lisäksi vahingonkorvaus-, vakuutus- ja sopimusoikeutta koskeva kirjallisuus, jota on runsaasti saatavilla. Tutkimuksen nimenomaista aihealuetta on aiemmin kuitenkin käsitelty lähinnä Mika Hemmo ja muutama muu tutkija.

Artikkelin rakenne etenee seuraavasti. Johdantoluku esittelee aiheen, ja luvussa kaksi pureudutaan itse tutkimuskysymyksiin. Vakuutuksen tarkoitusta kuvaavan alaluvun jälkeen käydään läpi sopimuksen vastuunrajoituksiin liittyviä kysymyksiä. Varsinainen analyysi sijoittuu alalukuihin 2.3–2.5. Luku kolme sisältää johtopäätökset ja yhteenvedon sekä jatkotutkimusehdotukset.

8 Teoreettisesti voitaisiin argumentoida, että VakSopL:n monivakuutusta koskeva 59 § antaisi johdantoa siihen, miten asia tulisi eri vakuutusten välillä ratkaista. Säännös ei kuitenkaan vaikuta soveltuvan tutkimuskysymykseen, kuten tämän artikkelin luvussa 2.5 käydään läpi.

9 Lailla sääntelemättömien sopimusten ja sopimusoikeuden yleisten oppien merkityksestä Hemmo Mika: Sopimusoikeus I. Talentum Media Oy. Jyväskylä 2003, s. 28–29. (Hemmo 2003a).

10 Karhu – Ståhlberg 2013, s. 43, Hemmo 1994, s. 34–35 sekä Halila, Heikki – Hemmo Mika. Sopimustyytit. Talentum Media Oy. Helsinki 2008 (Halila – Hemmo 2008), s. 4. Tämän tutkimuksen kannalta olennaista on, että kirjattua lainsäädäntöä on lähinnä irtaimen kaupasta, joista tärkeimpänä voidaan mainita kauppalaki. Vaikka kauppalakia sovelletaankin tahdonvaltaisuuden lisäksi sen 2 §:n mukaan vain irtaimen kauppaa koskeviin sopimuksiin, on sillä tietyin varauksin, kuten Halila ja Hemmo huomauttavat, myös analogiavaikutusta muun tyyppiisiin sopimuksiin.

2. SOPIMUS JA VAKUUTUS

2.1. Muutama artikkelille keskeinen huomio sopimus- ja vahingonkorvaus-oikeudesta

Sopimusvapaus on yksi sopimusoikeutemme keskeisiä kulmakiviä. Tiettyjä poikkeuksia lukuun ottamatta liikesopimuksissa osapuolet voivat vapaasti päättää ryhtyvätkö sopimukseen, kenen kanssa, ja millaisin ehdoin.¹¹ Liikesopimuksissa sopimusvapaus on hyvin laajaa ja sitä rajoittavat lähinnä lain varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (228/1929 OikTL) 3 luvun pätemättömyys- ja sovitteluperiaatteet.¹² Sopimusvapauden vastapuolena on nähty sopimussidonnaisuus. Sopimuksen päättämisen jälkeen se sitoo osapuoliaan, eikä ole yksipuolisesti muutettavissa. Sopimusoikeudellisissa teorioissa vallitsevaksi lähtökohdaksi on katsottu, että sopimus kuvaa osapuolten tahtoa sekä luottamusta sen sitovuutta ja sisältöä kohtaan¹³.

Sopimusvapauden vallitessa yritykset voivat varsin vapaasti järjestää sopimuksiin liittyvät vastuunsa haluamallaan tavalla. Vastuunrajoituksia sisältyy tavanomaisesti niin yksilöllisiin sopimuksiin kuin niin sanottuihin *agreed documents* -sopimuksiin. Esimerkkinä tältä osin voidaan mainita Konsulttitoiminnan KSE 2003-sopimusehtojen kohta 3.2.3 ja IT2022 YSE-sopimusehtojen kohdat 13.2–13.3, jotka rajaavat vahingonkorvausvastuuta korvauksen määrän ja korvauskelpoisten vahinkoerien osalta.

Vastuun rajaaminen on useimmiten perusteltua riskienhallinnallisista syistä. Sopimusperusteisessa vahingonkorvauksessa noudatettavan niin sanotun positiivisen sopimusedun mukaan sopimusrikkomukseen syyllistynyt osapuoli on velvollinen suorittamaan korvauksena sen määrän, johon toinen sopimusosapuoli olisi päässyt, mikäli suoritus olisi toteutettu virheettömästi. Kyse on näin ollen vahingonkorvausoikeudessa yleisesti vallitsevasta täyden korvauksen periaatteesta. Mikäli vastuun rajauksista ei ole sovittu, rajoittaa sopimusta rikkoneen osapuolen velvollisuutta korvata vahinko lähinnä syy-yhteyteen ja vahingon ennakoitavuuteen liittyvät tekijät.¹⁴ Jossain määrin vastuuta vahingosta kaventaa myös se, että

11 Sopimusoikeutemme tuntee myös käsitteen sopimuspakosta, jossa palvelun myyjä on velvollinen omasta tahdostaan riippumatta ryhtymään sopimussuhteeseen, jolloin tällä ei ole mahdollisuutta valita asiakkaitaan. Tällainen tilanne liittyy muun muassa lakisääteisten vakuutusten myöntämiseen. Sopimuspakosta mm. Hemmo 2003a, s. 77–78.

12 Sopimusvapaudesta ja sen sisällöstä Saarnilehto, Ari: Vastuun rajoitukset riskienhallinnassa ja vakioehdot. Edita Publishing Oy, 2005, s. 2–3 (Saarnilehto 2005) ja Hemmo Mika: Sopimusoikeus I. Talentum Media Oy, Jyväskylä 2003 (Hemmo 2003a), s. 69–72.

13 Sopimusoikeudellisia teorioita on tavattu jakaa tahto-, luottamus-, talouspainotteisiin ja sosiaalisia ulottuvuuksia kuvaaviin teorioihin. Kaksi ensimmäistä painottavat sopimusosapuolten tahtoa ja luottamusta solmia oikeudellisesti sitova sopimus. Sosiaalisia ulottuvuuksia korostava teoria rakentuu heikomman suojaamiseksi, kun taas talouspainotteinen teoria perustuu taloudellisen tehokkuuden näkökulmille. Suomessa OikTL:n on katsottu ilmentävän luottamuspainotteista teoriaa. Aiheesta Hemmo 2003a, s. 16–28.

14 Hemmo 2005a, s. 315–317.

vahinkoa kärsineellä on velvollisuus pyrkiä rajaamaan aiheutunutta vahinkoa, minkä laiminlyönti taasen voi vaikuttaa sopimusrikkomukseen syyllistyneen osapuolen vahingonkorvausvastuun sisältöön.¹⁵ Vastuun rajaamista puoltaa etenkin se, että varsinkin erilaisiin urakkasuoritteisiin liittyy ainakin periaatteessa aina riski muiden riskien ohella siitä, että suorituksen kohde vahingoittuu sopimusrikkomuksen seurauksena. Ei voida esimerkiksi pitää mahdottomana tilannetta, jossa huoltoliikkeen virhe asiakkaan tuotantolaitteen huollossa johtaa laitteen rikkoutumiseen ja täten varsinaisen esinevahingon lisäksi tuotantotoiminnan keskeytymiseen ja liikevaihdon menetykseen.¹⁶ Näin ollen varsin pieni huoltotoimeksianto voi perustaa laajan vahingonkorvausvastuun, joka voi olla työn suorittajalle kestävä. Työurakan suorittamiseen liittyvät riskit voivat tällöin toimia sopimuksen solmimisen esteenä, sillä suoritteesta saatava maksu ei välttämättä puolla siihen liittyville vastuille altistumista.¹⁷

2.2. Vakuutuksesta ja sen tarkoituksesta

Vakuutustoiminnassa on kyse tietyn riskin siirtämisestä sopimusteitse vakuutuksenantajan kannettavaksi. Jotta riski on vakuutuskelpoinen, tulee sama tai samankaltainen riski koskettaa useita intressipiirejä, minkä lisäksi edellytetään, että ennalta ei voida tietää, kelle riski realisoituu. Toisin sanoen täysin yksilöllinen tai tiedossa oleva riski ei ole vakuutuskelpoinen. Yritystoimintaa varten on saatavilla monenlaisia vapaaehtoisia vahinkovakuutuksia, jotka voidaan edelleen jakaa esine(omaisuus)- ja muihin vahinkovakuutuksiin.¹⁸ Yksinkertaisuuden nimissä vahinkovakuutukset jaetaan tässä työssä omaisuusvakuutuksiin ja vastuuvakuutuksiin, jotka ovat terminä vakuutusalan kielenkäytössä vakiintuneet.

Omaisuusvakuutus otetaan yleensä sen varalta, että tietty määritetty esine tai varallisuuspiiri vahingoittuu vakuutusehdoissa määritetyn vahinkotapahtuman seurauksena. Vastuuvakuutuksen tarkoituksena on kattaa vakuutusehtojen puitteissa vakuutuksenottajan

15 Norros, Olli: Vastuu sopimusketjussa. WSOYpro. Helsinki 2007, s. 45 (Norros 2007), Hemmo 2003b s. 260–265. Katso lisäksi mm. KKO 1999:48 ja 2000:102.

16 Esimerkiksi kesällä 2023 mediassa oli laajalti esillä keskeisen pastavalmistajan pastakoneen rikkoutuminen, mistä seurasi valmistajalle laaja tuotteiden takaisinvento tuotteiden sisältämän metallisilpun takia, sekä tuotannon keskeytyminen/häiriö usean kuukauden ajaksi. Mediassa esillä olleiden tietojen perusteella vahinkotapahtumaa ei voitu lukea kenenkään viaksi, mutta tapahtuma toimii osaltaan esimerkkinä tekstissä kuvatusta riskistä.

17 Sopimukseen liittyvistä riskeistä Hemmo Mika: Sopimusoikeus III. Talentum Media Oy. Helsinki 2005, s. 244–245 (Hemmo 2005b) ja Juvonen, Marko – Koskensyrjä, Mikko – Kuhanen, Leena – Ojala, Virva – Pentti, Anne – Porvari, Paavo – Talala, Tero: Yrityksen riskienhallinta. Finanssi ja vakuutuskustannus Oy. Helsinki 2014 s. 106–107 (Juvonen et. al. 2014). Vastuunrajoituksilla voidaan nähdä olevan yhteys oikeustaloustieteellisiin näkökulmiin, jotka korostavat sellaista oikeustilaa, joka parhaiten edistää vaihdantaa eli kaupankäyntiä.

18 Tarkalleen ottaen vakuutusten jakautumisesta tiettyihin kategorioihin on säädetty sekä VakSopL:n 2 §:ssä että vakuutusluokista annetussa laissa (526/2008).

voimassa olevan oikeuden mukaista korvausvastuuta tavanomaisesti henkilö- ja esinevahingoista, mutta tietyin edellytyksin myös puhtaista varallisuusvahingoista. Eri toimialoille on olemassa omat vastuuvakuutustuotteensa, mutta yleisesti puhutaan niin sanotusta toiminnan vastuuvakuutuksesta, joka kattaa vahinkoja niin sopimus- kuin deliktisuhteissa.¹⁹

Vakuutuksen hankkiminen on tiettyjä hyvin rajallisia tilanteita lukuun ottamatta sopimusosapuolten itsensä päätettävissä, joskin oikeuskäytännössä on tietyissä tilanteissa annettu painoarvoa myös sille, kummalla osapuolella olisi ollut erityinen intressi vakuutuksen ottamiseen.²⁰ Aihepiiriin palataan jäljempänä luvussa 2.5. Liiketoimintaan ja yritysten omaisuuteen liittyvien riskien takia on kuitenkin varsin tavanomaista sopia millainen vakuutusturva sopimusosapuolilla tulee suoritteiden ajan olla voimassa. Työurakkasopimuksissa tällä voidaan ensisijaisesti tavoitella sopimuksen suojaamista erilaisilta häiriöiltä. Ensinnäkin vakuutus suojaa itse sopimuksen kohdetta, mutta mikäli vakuutusvaatimukset kirjataan laajemmin, antavat nämä turvaa myös muilta urakan kannalta olennaisilta vahinkoriskeiltä. Esimerkiksi urakan suorittaminen voi edellyttää urakoitsijalta erityisvälineistöä, jolloin välineistön vahingoittuminen tai vaikkapa menettäminen varkauden seurauksena muodostaisi uhan sopimuksen täyttämiseksi, mikäli korvaavien välineiden hankinta vaatisi urakoitsijalta huomattavia ajallisia ja taloudellisia investointeja. Uhkaa sopimuksen asianmukaisella täyttämiseksi voidaan pitää merkityksellisenä etenkin silloin, jos vahinko aiheutuu sopimusosapuolten välillä, jolloin eriävät näkemykset vahingon syistä ja/tai vahingonkorvauksen määrästä voivat vaarantaa koko sopimuksen. Vakuuttamalla riski vahingoittunut välineistö ja urakan kohde on mahdollista saada korvatuksi vakuutuksesta, eikä vahinko todennäköisesti samoin tavoin jää rasittamaan sopimusvelvoitteiden täyttämistä tai sopimussuhdetta, kuin jos korvausasia ratkaistaisiin vahingonkorvausasiassa osapuolten kesken. Samalla tavoin urakasta voi aiheutua vahinkoa myös ulkopuolisille, jolloin laaja vahingonkorvausriita voi niin ikään uhata sopimuksen täyttämistä. Sopimalla riskien vakuuttamisesta osapuolet eivät täten varaudu vain työurakan kohteen vahingoittumiseen, vaan pyrkivät laaja-alaisemmin turvaamaan sopimuksen häiriöttömän toteutumisen.²¹

19 Oikeuskirjallisuudessa on käyty paljon keskustelua siitä, miten toiminnan vastuuvakuutuksen tulisi korvata sopimussuhteessa aiheutuneita vahinkoja. Myös KKO (2017:44) on ottanut aiheeseen hiljattain kantaa. Keskustelua ei ole tarpeen referoida tässä, mutta kannanottoja esittäneet ovat puoltaneet lähtökohtaisesti kantaa, että vastuuvakuutus kattaisi sopimussuhteessa vain vastuumuotokonkurrenssiin pohjautuvia vahinkoja. Käytännön korvauslinja ei kuitenkaan näytä puoltavan näin tiukkaa linjaa, josta osoituksena voidaan mainita Vakuutuslautakunnan ratkaisu FINE-013867 vuodelta 2019. Hoppu – Hemmo 2006, s.1–2 ja 9–20.

20 Velvollisuudesta hankkia vastuuvakuutus katso esim. kokoontumislain (530/1999) 16 §.

21 Yrityksen vahinkoriskeistä ja niiden vakuuttamisesta laajasti Juvonen et. al. 2014, s. 23–28 ja 86–102.

2.3. Sopimuksesta, vastuunrajoituksista ja niiden tulkinnasta

Oikeudessamme suullinen sopimus on yhtä pätevä kuin kirjallisessa muodossa laadittu sopimusasiakirja.²² Liikesopimukset kuitenkin yleisesti ottaen solmitaan kirjallisessa muodossa. Kirjallisesta muodosta huolimatta sopimukset, kuten muutkin kielelliset ilmaisut, ovat alttiita eri tulkintavaihtoehtoille.²³ Tulkinnalla taas yleisesti ottaen tarkoitetaan tietyn tekstin sisällön täsmentämistä. Liikesopimuksissa kirjoitetun lain puuttuessa sopimuksen tärkeimpänä tulkintamateriaalina toimii sopimusasiakirja sekä siihen liittyvä muu materiaali, kuten neuvottelumuistiot ja sähköpostikirjeenvaihto. On myös mahdollista, että osapuolten aikaisempi sopimuskäytäntö tai osapuolten tosiasiallinen toiminta sopimuksen päättämisen jälkeen otetaan huomioon joko osana sopimuksen aukkoja tai tulkintaa täydentävänä materiaalina. Liikesopimusten tulkinnassa yleiseksi pääsäännöksi on vakiintunut löytää osapuolten yhteinen tahto kirjausten taustalla. Tämän tahtotilan määrittämiseksi sopimuksen tulkinnan teoriat on tavattu jakaa kahteen pääsääntöön, osapuolisuuntautuneeseen tulkintaan ja tavoitteelliseen tulkintaan, tosin näiden pääsääntöjen sisällä on aste-eroja eri lähdemateriaalien merkityksen painottamisessa.²⁴

Osapuolisuuntautuneessa tulkinnassa sopimuksen sisältö pyritään vahvistamaan sopimusmateriaalin ja osapuolten tosiasiallisen toiminnan perusteella. Keskeisenä periaatteena on tällöin se, että osapuolten tarkoitus on lähtökohtaisesti löydettävissä itse sopimusmateriaalista ja muusta siihen rinnastuvasta aineksestä. Toisena päätulkintasääntönä toimii tavoitteellinen tulkinta, joka tulee kyseeseen silloin, kun sopimus- ja muusta aineksestä ei ole johdettavissa ratkaisua käsillä olevaan tulkintaongelmaan. Tällöin tulkintaa voidaan hakea mahdollisista dispositiivisista normeista. Tulkintaan voi lisäksi vaikuttaa se, ovatko sopimusmääräykset osapuolten yhteisesti laatimia, vai perustuvatko ne pääosin toisen osapuolen itsenäisesti laatimiin ehtoihin, jolloin niitä epäselvyyssäännön mukaan sovelletaan tulkintatilanteessa

22 Ellei laista suoraan muuta seuraa, on sopimus yhtä sitova suullisena kuin kirjallisena. Sitovuudesta Hemmo 2003a s. 49.

23 Pönkä huomauttaa, että liikesopimusten riidoissa on pääosin kyse sopimuksen tulkinnasta. Väitettä ei liene syytä epäillä. Aiheesta Pönkä, Ville: Tavoitteellisten tulkintasääntöjen merkityksestä liikesopimusten tulkinnassa. *Defensor Legis* 6/2013, s. 919–920. (Pönkä 2013)

24 Tulkinnan tavoitteesta liikesopimuksissa Pönkä 2013, s. 921–924 sekä Kaave, Piia: KKO 2016:10 – Sopimusoikeudellisia näkökulmia. *Edita Publishing Oy* 2018, s. 3–6. (Kaave 2018) Tavoitteellista tulkintaa käsitellessään Pönkä huomauttaa, että eri tulkintateorioista on esitetty eriäviä käsityksiä. Esimerkiksi Kaaven tapa systematisoida eri tulkintatapoja poikkeaa jossain määrin Pöngän ja Hemmon esityksestä. Kaaven näkemysten painoarvoa lisää se, että näkemys pohjautuu viimeaikaiseen KKO:n ennakkopäätökseen.

laatijansa vahingoksi. On myös mahdollista, että osapuolten tosiasialliset voimasuhteet vaikuttavat sopimustasapainoon ja siten sopimuksen tulkintaan.²⁵

Kuten on jo todettu, sopimuksen asettamien veloitteiden suorittamiseen liittyy erilaisia vahingonkorvausriskejä, joita on osapuolten tahdonautonomiaan perustuen mahdollista hallita vastuuta rajoittavin sopimusehdoin. Näille ehdoille tyypillistä on, että korvausvastuuta rajoitetaan tiettyjen vahinkolajien osalta ja/tai korvausvastuulle asetetaan pääomamääräinen kattosumma perustuen joko sopimuksen laskutukseen tai kaupan kohteen myyntihintaan. Myös virhevastuulle voidaan asettaa aikamääreitä, joiden jälkeen ilmenneistä virheistä tai puutteista osapuoli on vastuusta vapaa. Tyypillistä on lisäksi rajata ulos niin sanotut seurannaistyyppiset vahingot eli välilliset vahingot. Sopimuskäytännössä tällä on tarkoitettu yleensä sellaisia vahinkoeria kuin menetetty liikevaihto tai voitto tai sopimusten raukeaminen kolmansien kanssa²⁶. Hemmo on katsonut, että varsinaisten korvausrajoitusten lisäksi vastuuta rajoittaviksi ehdoiksi voidaan rinnastaa sopimuskirjaukset siitä, että toinen osapuoli huolehtii suorituksen kohteen tai muun etuuden vakuuttamisesta suoritukseen liittyvien vahinkoriskien varalta ja että tällainen ehto ”on omiaan kaventamaan toisen osapuolen vastuuta silloin, kun sopimuksen täyttämässä tapahtuva virhe aiheuttaa vahinkoa esineelle”.²⁷ Saman näkökulman on esittänyt myös Saarnilehto viitaten tapaukseen KKO 1994:5 ja todeten, että mikäli vakuuttamislausekkeella ei ole tarkoitettu kanavoida tuottamuksella aiheutuneita vahinkoja vakuutukseen, tulisi tämä tarkoitus selvästi ilmetä sopimuskirjauksista.²⁸ Tapausta KKO 1994:5 ja muuta aihetta koskevaa oikeuskäytäntöä käsitellään tarkemmin jäljempänä.

Muiden sopimuskirjausten tavoin vastuunrajoitusehdot ovat alttiita tulkinnalle. Koska ehdolla sopimusosapuoli voi vapautua varsin laajasti velvollisuudestaan korvata aiheuttamansa vahinko, on vastuunrajoitusehtojen laajaan tulkintaan suhtauduttu pidättyväisesti sekä lainsäädännössä että oikeuskäytännössä. OikTL:n oikeustoimen kohtuuttomuutta koskevaa 36 §:ää laadittaessa vastuuvapauslausekkeiden katsottiin olevan esimerkki ehdoista, jotka voivat tulla herkemmin

25 Hemmo 2003a, s. 602–656, Hemmo 1998, s. 328–329, Kaave 2018, s. 3–6, Pönkä 2013, s. 921. Sopimuksen tulkinnasta ja tulkinnan etusijajärjestyksestä lisäksi mm. KKO 2016:10 kohta 26 ja KKO 2017:14 kohta 13. Tässä yhteydessä huomautetaan myös, että sopimusvapauden alla osapuolten on mahdollista sopia, ettei sopimuksen tulkinnassa tule huomioida muuta materiaalia kuin sopimusasiakirja itse. Tämän tyyppisille lauseille ovat vakiintuneet englanninkieliset termit ”merger clause” ja ”entire agreement”.

26 Vastuunrajoitusten sisällöstä ja niiden käytöstä elinkeinoelämän sopimuksissa esim. Kolster – Norros 2021, s. 57–59, Hemmo 2005b, s. 244–251 ja Saarnilehto 2005, s. 4–8. Esimerkinä mainittakoon jo esillä olleet Konsulttitoiminnan KSE 2013-ehtojen kohta 3.2.3 sekä IT2022 YSE-ehtojen kohdat 13.2–13.3. Huomattavaa on, että välillisten vahinkojen käsitteelle ei ole varsinaista vakiintunutta sisältöä. Tulkintaa on voitu hakea KauppaL:n 67 §:stä, jonka mukaan muu kuin itse suoritusta kohdannut vahinko on luonteeltaan välillistä vahinkoa. Aihetta on hiljattain käsitelty myös korkeimmassa oikeudessa, kts. KKO 2017:74.

27 Hemmo 2005b, s. 256–259.

28 Saarnilehto 2005, s. 3–4.

sovittelun alaiseksi etenkin, jos ehto on laadittu vahvemman asemaa hyväksi käyttäen.²⁹ Oikeuskirjallisuudesta ja oikeuskäytännöstä on saatavissa selkeää tukea sille, että vastuuta rajoittavia ehtoja tulkitaan pääsääntöisesti suppeasti.³⁰

Ollakseen tehokas vastuunrajoituksen tulee olla laadittu täsmällisesti. Suppean tulkintasäännön mukaisesti ristiriitaiset ehdot johtavat helposti siihen, että ehdolla ei ole niitä oikeusvaikutuksia, jotka ainakin toinen sopimusosapuoli oletti. Tämä korostuu etenkin silloin, kun osapuolet ovat päättäneet sopimuksen vakioehdoin, ja sopimukseen on sisällytetty vakioehdoista poikkeava sopimusmääräys. Näkemys on vahvistettu KKO:n ennakkopäätöksissä 1992:178 ja 2003:26, joista etenkin vuoden 2003 ennakkopäätös on oleellinen tämän tutkielman aihepiirin kannalta. Tapausta käsitellään tarkemmin jäljempänä. Mikäli vastuunrajoitusehto on toisen sopimusosapuolen yksin laatima, tulkitaan sitä lisäksi vakiintuneesti laatijansa vahingoksi. Tämän kaltainen tilanne oli käsillä tapauksessa KKO 1993:137, jossa KKO perusteli näkemystään sillä, että sopimusehdot laatineella osapuolella olisi ollut mahdollisuus poistaa niihin liittyvä tulkintamahdollisuus.³¹

2.4. Vakuuttamislausekkeen ja vahingonkorvausvastuun välisestä suhteesta

Vakuuttamislausekkeen merkitystä arvioidessa on asetettava lähtökohdaksi selvittää osapuolten tahtotila lausekkeen taustalla.³² Kysymys on siis sopimuksen tulkinnasta. Toisaalta merkitystä voidaan antaa myös luottamusteorialle. Voidaan esimerkiksi kysyä, että mikäli työurakkasopimuksen kohteen vakuuttamisesta on sovittu, onko vahinkoa aiheuttaneella sopimusosapuolella tällöin luottamusteoriaan pohjautuen aihetta perustellusti odottaa, että vahinko katetaan vakuutuksesta, eikä vahingonkorvausvastuuta synny, pois lukien vakuutuksen mahdollinen omavastuuosuus sekä muut mahdolliset vakuutuskorvauksen ulkopuolelle jäävät korvauserät? Mikäli vakuutuslausekkeen hyväksytään toimivan vastuuta rajoittavana sopimusehtona, tulee kuitenkin huomioida, että vastuunrajoituslausekkeitä tulee tulkita suppeasti oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuudessa esitettyjen kannanottojen perusteella. Mikäli vakuuttamislauseke ei sisällä kirjauksia vahingonkorvausvastuun ja vakuutusten

29 Hallituksen esitys eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi HE 247/1981 vp, s. 15.

30 Hemmo 2006, s. 483–485. Kts. myös KKO 1992:178

31 Hemmo 1994, s. 283–285, Saarnilehto 2005, s. 11–14, Kolster, Thomas – Norros, Olli: Kvalifioitu tuottamus ja vastuunrajoituslausekkeet. Lakimies 1/2021, s. 57–60. (Kolster – Norros 2021).

32 Tietyissä uusissa vakiosopimusehdoissa kehitys näyttää menneen siihen suuntaan, että vahingot on nimenomaisesti tarkoitettu kanavoida vakuutuksiin ilman, että sopimusosapuolelle syntyy vahingonkorvausvastuu. Esimerkkinä voidaan mainita RT Allianssin yleiset sopimusehdot vuodelta 2020, joiden kohdan 10 mukaan osapuolet sopivat yhdessä urakan vakuuttamisesta. Ehtojen kappale 14 taas sääntelee osapuolten vastuuta siten, että sopimusosapuoli on vastuussa toiselle lähinnä tahallisista ja törkeällä huolimattomuudella aiheutetuista vahingoista. ”Tavanomainen” tuottamus ei siten pääsääntöisesti perusta vahingonkorvausvastuuta.

suhteesta tai se on laadittu epäselvästi, voitaisiin ainakin lähtökohtaisesti esittää, että kyse on lähinnä informatiivisesta ja vakuutus kustannuksia kohdentavasta lausekkeesta ilman merkitystä osapuolen vahingonkorvausvastuulle.³³

Edellä esitetystä poiketen oikeuskäytäntö näyttäisi kuitenkin puoltavan nimenomaisesti osapuolten tarkoitusta painottavaa oikeustilaa. Kaikkein selkeimmin periaate on ollut esillä tapauksessa KKO 1994:5, jossa urakoitsija suoritti kattoremonttitöissä tulitöitä huolimattomasti sillä seurauksella, että korjaustöiden kohteena ollut rakennus ja siinä sijainneet ravintolaliiketilat irtaimistoiheen tuhoutuivat tulipalossa. Sopimus kattokorjauksista oli solmittu urakoitsijan ja tilaajana toimineen kiinteistön sekä ravintolan omistaneen kommandiittiyhtiön välillä. Urakkasopimuksen ehtojen mukaan tilaajan tuli pitää työn kohde palovakuutettuna. KY:n ottama vakuutus oli kuitenkin alivakuutusmääräinen ja kattoi vahingot vain osittain. KY vaati korvaukseksi vahingon todellista määrää vähennettynä osittaisella vakuutuskorvauksella. KKO hylkäsi KY:n korvausvaatimuksen ja totesi alalla olevan epätyypillistä, että urakoitsijan tulisi palovakuuttaa urakkakohde. KKO siis arvioi myös sitä, kummalla osapuolella ylipäättään on yleinen velvollisuus kohteen vakuuttamiseen. Kun lisäksi vakuutusvelvollisuudesta oli pätevästi osapuolten välillä sovittu, tarkoitti tämä sitä, että tilaajan tuli huolehtia kohteen riittävästä vakuuttamisesta. Ehdon hyväksyessään tämä oli ottanut kannettavakseen riskin siitä, että kohde vaurioituu tulipalon seurauksena. KY:llä ei tilaajana ollut oikeutta saada korvausta urakoitsijalta, koska korvaus olisi suoritettu asianmukaisesta vakuutuksesta.

Hieman vastaavanlaista tilannetta on käsitelty alemmissa tuomioistuimissa sekä vaihtoehtoisissa riidanratkaisufoorumeissa. Helsingin hovioikeuden tuomiossa 107/19.1.2011 oli kyse kahden vakuutusyhtiön välisestä regressisaatavasta. Osakeyhtiön omistama rakennus oli tulipalossa vaurioitunut kiinteistöllä vuokralalla olleen vuokralaisen huolimattoman toiminnan seurauksena. Rakennuksen vahingot korvannut vuokranantajan vakuutusyhtiö A vaati korvausta vakuutusyhtiö B:ltä vuokralaisen vastuuvakuutuksen perusteella. Vuokrasopimuksessa oli sovittu, että vuokralainen vakuuttaa kiinteistöllä sijaitsevan oman omaisuutensa, mutta muuten vakuuttamisvelvollisuuteen ei ollut otettu kantaa. Torjuakseen regressivaatimuksen vakuutusyhtiö B esitti tämän tarkoittavan sitä, että muilta osin vakuuttamisvelvoite olisi ollut vuokranantajalla. Hovioikeus vahvisti näkemyksen, jonka mukaan vakuuttamisvelvollisuudesta sopiminen tarkoittaa sitä, että osapuoli ottaa vastatakseen ne vahingot, jotka vakuutuksella on tarkoitus kattaa. Hovioikeus sen sijaan hylkäsi näkemyksen yleisestä vakuuttamisvelvollisuudesta todeten, että vakuuttamisvelvollisuutta koskevaan ehtoon vetoavan tulee kyetä näyttämään tällaisen ehdon olemassaolo. Yleistä vakuuttamisvelvollisuutta osapuolilla ei hovioikeuden tuomion perustelujen mukaan siis ole.

33 Mikäli vakuutuslausekkeet on laadittu epäselvästi, voidaan helposti päätyä sanotulle kannalle. Näkökulmaa on käsitelty Helsingin hovioikeuden tuomiossa 571/29.4.2021. Hovioikeus katsoi epäselvän vakuutuslausekkeen olevan luonteeltaan informatiivinen ilman muita vaikutuksia.

Vaasan hovioikeuden tuomiossa 413/1.9.2015, joka liittyy vahvasti rakennusalan sopimusehtojen YSE 1998 38 §:n tulkintaan, vahvistettiin näkemys vakuutuksen merkityksestä vastuuta rajoittavana tekijänä. Tuomioistuin ei kuitenkaan katsonut, että pelkästään tämä seikka vapauttaisi vahingonaiheuttajan korvausvastuusta, vaan arvioi myös sitä, missä vaiheessa korvausvaade sopimuskumppanille voidaan esittää, ja kenellä on näyttövelvollisuus siitä, että vahingot on ylipäättään mahdollista saada vakuutuksesta korvattavaksi. Tapauksessa vahinkoa aiheuttanut sopimusosapuoli ei vapautunut vastuusta, koska selvitystä vakuutuskorvauksesta ei ollut esitetty.

Vakuutuslautakunnan ratkaisussa FINE-011723 vuodelta 2018 käsiteltiin (ali)urakoitsijan vahingonkorvausvelvollisuutta vastuuvakuutuksen näkökulmasta. Kyseessä oli rakennusurakan yhteydessä rakennustyön kohteelle aiheutuneesta vahingosta, joka kiistatta johtui aliurakoitsijan laiminlyönnistä. Urakkaan sovellettiin Rakennusalan YSE 1998 -sopimusehtoja ja sen urakkakohteen vakuuttamisvelvollisuutta koskevia ehtoja. Arvioidessaan vahingon aiheuttaneen aliurakoitsijan vastuun ulottuvuutta lautakunta totesi, että aliurakoitsijan vastuun ulkopuolelle rajoittuvat ne vahingot, jotka korvattaisiin urakkakohteelle YSE 1998 -sopimusehtojen mukaan otettavasta rakennustyövakuutuksesta. Muilta osin aliurakoitsija sen sijaan vastaisi aiheuttamistaan vahingoista.

Oikeuskäytännöstä on siis saatavissa tukea näkökulmalle, että vakuuttamislauseke toimii vastuunrajoituksen tavoin.³⁴ Huomionarvoista on, että vakuuttamislausekkeen merkitystä vahingonkorvausvastuuta rajoittavana tekijänä on oikeusasteissa tulkittu pikemminkin laajasti kuin suppeasti. Oikeuskäytäntö on siis jokseenkin päinvastaista kuin mihin OikTL 36 §:n esityöt sekä oikeuskäytäntö vastuunrajoituslausekkeiden tulkinnasta viittaisivat. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty näkökulmia vakuutuslausekkeesta vastuunrajoituksena, mutta täysin yksimielisesti lausekkeen merkitystä ei näytetä hyväksytyin tai tunnistetun.³⁵ Esimerkiksi rakennusalan YSE 1998 -sopimusehtoja kommentoiva Liuksiala vaikuttaa puoltavan näkemystä, jonka mukaan vahingonvaaran osalta noudatettaisiin normaalia tuottamusvastuuta ilman tarkoitusta kohdentaa sopimusosapuolten aiheuttamat vahingot ehtojen 38 §:n mukaisen rakennuskohteen

34 Mainittujen oikeustapausten lisäksi voidaan vielä mainita tapaus KKO 1982 II 139, jonka oikeuslähdearvoa tosin jossain määrin alentaa muun muassa se, että tapaus perustuu oikeustilaan ennen tiekuljetussopimuslain (345/1979) voimaantuloa. Tapauksessa puristinlaite oli vaurioitunut kuljetuksen aikana. Ennen kuljetuksen aloittamista rahdinkuljettajalle oli ilmoitettu, että puristinlaite on vakuutettu kuljetuksen ajan. Ilmoitus oli kuitenkin ollut virheellinen, eikä vakuutus todellisuudessa kattanut laitetta. Vaikka rahdinkuljettaja oli vastuussa suorittaa kuljetus virheettömästi, vapautettiin tämä vahingonkorvausvastuusta, koska vahinko olisi ollut mahdollista saada katetuksi vakuutuksesta, mikäli se olisi ollut voimassa rahdinkuljettajalle ilmoitetulla tavalla. Tapaus on tiettävästi ensimmäinen, jossa KKO otti kantaa vakuuttamislausekkeen ja sopimusrikkomuksesta seuranneen vahingon väliseen suhteeseen.

35 Jo mainittujen lähteiden lisäksi voidaan mainita Hoppu – Hemmo 2006, s.11.

vakuutuksesta katettavaksi. Aihetta ei kuitenkaan käsitellä kattavasti.³⁶ Hemmo on edellä kerrotusti puoltanut näkemystä vakuutuksen vastuuta rajoittavasta vaikutuksesta, mutta toisaalta todennut myös, että vahinkoa kärsineellä on vapaus valita kohdistaa vaatimuksen vakuutuksenantajaa vaiko sopimuskumppaniaan kohtaan. Hemmon kannanotto vaikuttaa sangen ristiriitaiselta, sillä vakuutuslausekkeella ei ole nähtävissä todellista vastuuta rajoittavaa merkitystä, jos vahinkoa kärsinyt voi vapaasti omaan valintaansa perustuen esittää tehokkaan korvausvaatimuksen kumpaa tahansa "osapuolta" kohtaan.³⁷ Joka tapauksessa oikeuskäytännön pohjalta voidaan esittää vahvoja argumentteja sen puolesta, että vakuuttamislauseke luo presumption siitä, että vahinko, olkoon sen syynä mikä tapahtuma tahansa, katetaan ensisijaisesti vakuutuksesta. Selvältä näyttää kuitenkin, että vakuuttamislauseke vapauttaa vastuusta vain siltä osin kuin vakuutus riittää peittämään vahingon, olettaen että vakuutus on ollut sopimuksen mukainen. Sille, että lauseke rajaisi vastuuta laajemmin ei ole saatavissa tukea sen enempää oikeuskäytännöstä kuin kirjallisuudestakaan, minkä lisäksi näkökulmaa voidaan puoltaa vastuunrajoituslausekkeiden suppealla tulkintaperiaatteella. Näin ollen sopimusrikkomukseen syyllistynyt osapuoli vastaa edelleen muun muassa vakuutuksen omavastuusuudesta ja niistä vahinkoeristä, joita vakuutus ei kata.³⁸

Edellä esitetylle voidaan lisäksi hakea tukea myös hieman vastakkaisesta näkökulmasta. Oikeuskäytännössä on lähdetty myös siitä, että vakuutuslauseke voi laajentaa osapuolen velvollisuutta korvata vahinko, mikäli osapuolet sopivat tavanomaisesta laajemmasta vastuuvakuutuksesta. Tapaus KKO 2003:26 ilmentää ikään kuin vastakohtaispäätelmää vakuutuslausekkeen merkityksestä osapuolten vastuusiin. Tapauksessa konsultti oli sopinut tilaajan kanssa valvontatoimeksiannosta, johon sovellettiin konsulttitoiminnan yleisiä KSE 1983 -sopimusehtoja. KSE-ehtojen mukaisesti konsultin vastuu virheistä rajoittui toimeksiannon palkkion määrään (tapauksessa palkkion suuruus oli 46 000 markkaa). Erikseen oli kuitenkin sovittu, että konsultti sitoutuu pitämään urakan ajan voimassa 5 000 000 markan konsultin vastuuvakuutuksen. Konsultin laiminlyötyä tehtävänsä tilaaja vaati aiheutuneesta vahingosta vahingonkorvausta 3 580 044 markkaa korkoineen. Ratkaistavaksi tuli se, määräytyikö konsultin vastuu tällöin KSE 1983 -sopimusehtojen mukaan vai konsulttisopimuksessa sovitun vastuuvakuutuksen vakuutusmäärään perustuen. KKO totesi, että konsultin vastuuvakuutuksella on kiinteä yhteys konsultin vahingonkorvausvastuuseen ja sopimuskirjaus viittaa selvästi KSE-ehtoja laajempaan vastuuseen, jolloin laajaa vastuuvakuutusta koskevan lausekkeen

36 Liuksiala, Aaro: Rakennussopimukset: käytännön käsikirja. Rakennustieto Oy. Helsinki 1999, s. 93 ja 100.

37 Hemmo 2005b, s. 256–257.

38 Tapauksen KKO 1994:5 oikeusohje kylläkin jättää sijaa argumentaatiolle, että vakuutuslauseke siirtää kaikki ne riskit sopimusosapuolen kannettavaksi, jotka vakuutuksella on tarkoitus kattaa riippumatta siitä, mikä on vakuutuskorvauksen määrä. Tosin KKO kuitenkin viime kädessä argumentoi, että vahinko olisi ollut mahdollista saada vakuutuksesta katetuksi. Näin ollen perustellusti voidaan tehdä johtopäätös, että vahingonvaara siirtyi kannettavaksi vain siltä osin, kuin vahinko olisi katettu riittävästä vakuutuksesta.

sisällyttäminen sopimukseen ei olisi ollut mielekästä. KKO pysytti hovioikeuden tuomion ja määräsi konsultin suorittamaan korvausta 3 000 000 markan mukaan, joka oli siis moninkertainen määrä KSE-sopimusehtojen vastuurajoituksiin nähden.

Tapauksen KKO 2003:26 voidaan siis katsoa vahvistavan esitettyä kantaa, jonka mukaan sopimuksen vakuutuslausekkeista voidaan tehdä päätelmiä sopijaosapuolten tarkoituksesta rajoittaa tai vaihtoehtoisesti laajentaa vastuutaan vahingoista. Tapauksen merkityksestä oikeustilan muokkaajana on esitetty eriäviä näkemyksiä. Hemmo painottaa sopimusehtojen kokonaisarvioinnin johtaneen sanottuun lopputulokseen. Tämä johtaisi varsin tapauskohtaiseen arviointiin ja kaventaisi ratkaisun ennakkopäätösarvoa. Saarnilehto näkee tapauksessa olevan kyse ensinnäkin osapuolten tahdon selvittämisestä sekä sopimusoikeuden perusoppeihin kuuluvasta yksilöllisen ehdon vakioehdon syrjäyttävästä vaikutuksesta. Sopimusoikeuden yleisten oppien näkökulmasta Saarnilehdon kanta korostaisi nähdäkseni tapauksen ennakkopäätösarvoa kaikissa tilanteissa, joissa vakuutuslausekkeen ja vahingonkorvausvastuun välillä on selkeä jännite. Laine pitää ratkaisua yksittäistapauksena, jonka taustalla ovat sopimusolosuhteisiin liittyvät yksilölliset piirteet todeten lisäksi, että olisi itse ratkaissut asian todennäköisesti toisin.³⁹ Saarnilehdon kanta vaikuttaa kuitenkin vakuuttavimmalta; sovittaessa vakioehdoista selkeästi poikkeavasta vastuuvakuutusehdosta voidaan sopimuksen tulkinnassa lähteä perustellusti siitä, että osapuolten tarkoituksena on ollut varmistaa, että vakuutustapahtuman sattuessa vahinkoa kärsineen on mahdollista saada vakuutuskorvausta enintään vakuutus sopimuksessa sovittu määrä. Kun vastuuvakuutus ei kuitenkaan korvaa yli vakuutuksenottajan todellisen vastuun, olisi vakuutuslauseke ilman vakioehtoja laajempaa vastuuta ollut merkityksetön. Verrattaessa tätä tapauksen KKO 1994:5 oikeusohjeeseen on yhteys vastakohtaispäättelmänä pidettävä selvänä.

Aihealuetta sivuaa myös tapaus KKO 1998:15, jossa ei varsinaisesti ollut kuitenkaan kyse liikesopimuksesta, vaan asetelma oli lähempänä elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välistä suhdetta. Yrittäjänä toiminut A oli ilmailun ammattilaisena vuokrannut Oy:ltä helikopterin ilmailunäytöstä varten. Vuokrausehdoissa oli mainittu, että vuokranantaja ei vakuuta ilma-alusta kaskovakuutuksella, mutta toisaalta myöskään A:lle ei ollut sopimusteitse asetettu velvoitetta vakuuttaa alus. Helikopteri vaurioitui pahoin (ilmeisesti korjauskelvottomaksi) A:n tuottamuksellisen toiminnan seurauksena. KKO sovitteli A:n vahingonkorvausvastuuta katsoen, että Oy:llä oli intressi ja huomattavasti paremmat mahdollisuudet hankkia vakuutus ilma-alukselle aiheutuvien vahinkojen varalta, ja korvaus olisi ollut mahdollista saada vakuutuksen perusteella. Tapausta kommentoinut Hemmo on katsonut, että KKO tulkitse vakuutuksen puuttumisen ilmentävän tietoista riskinottoa vuokranantajan taholta, kun tavanomaisena

39 Laine, Juha: Oikeustapauskommentti KKO 2003:26. Lakimies 6/2003, s. 1028–1041 (Laine 2003), Saarnilehto 2005, s.13, Hemmo, Mika: Oikeustapauskommentti KKO 2003:26 teoksessa Korkeimman oikeuden ratkaisut kommentein. Päivittyvä verkkojulkaisu. Alma Talent Oy. Toimittanut Pekka Timonen.

voidaan pitää sitä, että esineen omistaja vastaa sen riittävästä vakuutuksesta.⁴⁰ Hemmo esittää myös kriittisen huomion siitä, että vakuutuskorvaus olisi voinut jäädä rajalliseksi, sillä vahinko katsottiin ainakin vuokrasopimusehtojen valossa aiheutuneen törkeällä huolimattomuudella, mikä antaisi vakuutuksenantajalle myös oikeuden rajata vakuutuskorvausta. KKO ei käsitellyt vakuutuksenantajan regressioikeutta.⁴¹

Tapauksen KKO 1998:15 perusteluista on nähtävissä kannanottoja, jotka tukevat olettaa riittävän kattavasta vakuutuksesta. Toisin sanoen se, jolla on intressi vakuuttamiseen ja siihen parhaimmat edellytykset, ei voi kiertää tätä kirjaamatonta velvoitettaan vakuuttamalla kohde suppeasti kustannusten säästämiseksi. Huomioitava kuitenkin on, että KKO:n arviointi vahinkoa kärsineen oikeudesta vakuutuskorvaukseen oli hyvin suoraviivaista, vaikka kuten Hemmo huomauttaa, vakuutuskorvauksen saaminen ainakin täysimääräisesti olisi ollut kyseenalaista.

2.5. Vakuutuksenantajan regressioikeuden merkityksestä osapuolten vastuisiin

Selostettu oikeuskäytäntö ei Helsingin hovioikeuden tuomiota lukuun ottamatta käsittele vakuutuksenantajan regressioikeutta. VakSopL:n 75 § 3 mom. antaa vakuutusyhtiölle mahdollisuuden hakea maksamansa korvaukset takaisin vahingon aiheuttaneelta tietyn rajoituksen, minkä voidaan katsoa ilmentävän oikeusjärjestykseen sisältyvää yleistä takautumisoikeutta.⁴² Aihe on tutkimuksen kannalta merkityksellinen siksi, että mikäli sopimusrikkomukseen syyllistynyt osapuoli joutuu suoritusvelvolliseksi sopimuskumppaninsa sijaan vahingon korvannutta vakuutusyhtiötä kohtaan, ei vakuutuslausekkeella tosiasiallisesti ole varsinaista vastuuta rajoittavaa merkitystä.

Vakuutuksenantajan takautumisoikeudessa on kyse luonteeltaan saamisioikeuden siirrosta. Vakuutusyhtiölle siirtyy VakSopL:n esitöiden mukaan nimenomaisesti vakuutuksenottajan saamisioikeus vahingon aiheuttanutta kohtaan.⁴³ Näin ollen on arvioitava sitä, syntykö vahinkoa kärsineelle osapuolelle saamisioikeutta, mikäli vakuutuslauseke saa tosiasiallisesti aikaan sen, että tehokasta suoritusvaatimusta ei voida esittää sopimuskumppania kohtaan niiden vahinkoerien osalta, jotka kuuluvat vakuutuksen korvauspiiriin. Jos vahinkoa kärsineelle ei synny saamisioikeutta, on perusteltua lähteä siitä, että vakuutuksenantajalle ei voi syntyä

40 Tämä näkemys on jaettu myös oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa. Määttä tuo esiin, että oikeustaloustieteessä on yleisesti esitetty, että riski ja vakuuttamisvastuu tulee jakaa sille osapuolelle, jolle on edullisinta hankkia vakuutus vahingon varalta. Määttä 2016, s. 147 viittauksineen.

41 Hemmo, Mika: Oikeustapauskommentti KKO 1998:15 teoksessa Korkeimman oikeuden ratkaisut kommentein. Päivittyvä verkkojulkaisu. Alma Talent Oy. Toimittanut Pekka Timonen.

42 Norros, Olli: Velvoiteoikeus. Alma Talent Oy. Helsinki 2018, s. 383–386. (Norros 2018)

43 HE 114/1993 vp, s. 69–70, myös Hoppu - Hemmo 2006, s. 280–281.

parempaa oikeutta korvaukseen.⁴⁴ Oikeusjärjestyksemme kyllä tuntee opin sopimuksesta kolmannen hyväksi, jolloin olisi mahdollista sopia vakuutuksenantajan takautumisoikeuden laajentamisesta, mutta tällaisen oikeuden on katsottu syntyvän vain, mikäli sopimusosapuolet ovat nimenomaisesti tarkoittaneet perustaa kolmannelle saamisoikeuden. Lienee harvinaista, että liikesopimuksissa sovittaisiin saamisoikeudessa vakuutuksenantajan hyväksi. Niin ikään on painavin perustein katsottu, että kolmas ei sopimusketjuasetelmassa voi kiertää sopimusosapuolten keskenään sopimia vastuunrajoitusehtoja vetoamalla deliktivastuuta koskeviin säännöksiin.⁴⁵

Kun edellä selostettua arvioidaan tapauksen KKO 1994:5 valossa, vaikuttaisi siltä, että vakuutuksella katettavat vahinkoerät eivät ole vaatimiskelpoisia. Edellä todetusti vahinkoa kärsineellä oli vakuutus, mutta se ei riittänyt kattamaan vahinkoa. KKO:n argumentaatio ilmentää sitä, että riski vakuutuksella katettavista vahingoista siirtyy kokonaisuudessaan vahinkoa kärsineelle.⁴⁶ Tämä johtaa siihen, että ei ole tosiasiallisesti olemassa sellaista saamisoikeutta, joka voisi edelleen siirtyä vahinkoa kärsineeltä vakuutuksenantajalle. Tällöin on ilmeistä, että vakuutuksenantajalle ei voi syntyä regressioikeutta vahinkoa aiheuttanutta sopimuskumppania kohtaan.

Samaan lopputulokseen näytetään päätyvän myös silloin, kun vahinkoa kärsineellä olisi ollut erityinen intressi vakuuttaa omaisuus, mutta tästä huolimatta vakuutusta ei ole hankittu. Edellä käsitellyssä oikeustapauksessa 1998:15 KKO:n argumentointi näyttää pohjautuvan ajatukseen, että sopimusrikkomukseen syyllistyneen ei tule korvata vahinkoa ainakaan kokonaan, koska korvaus olisi maksettu vakuutuksesta, jos vahingoittunut esine olisi vakuutettu. Kuten todettu, tapauksessa osapuolet eivät olleet sopineet vakuuttamisesta, mutta vakuutuksen puute oli molempien osapuolten tiedossa. KKO:n perusteluissa voidaan nähdä viitteitä siitä, että omistajalla olisi yleinen vakuuttamisvelvoite, jos vakuutettava intressi on arvokas ja omistajalla on tosiasiallisesti paremmat mahdollisuudet vakuutuksen hankkimiseen, jolloin vakuuttamisen laiminlyönti johtaa saamisoikeuden supistumiseen tietoisien riskinoton seurauksena.⁴⁷ Tapauksen oikeusohjetta kaventaa tosin se, että vahingon aiheuttanut yrittäjä A on ilmeisesti toiminut tosiasiallisesti yksityishenkilön asemassa ja kohteen vakuuttaminen olisi epäilemättä

44 Huomion esittävät myös Hoppu ja Hemmo viitaten tapaukseen KKO 1951 II 36. Hoppu - Hemmo 2006, s. 280–281.

45 Hemmo 1998, s. 258–260 ja 282–283, Norros 2007, s. 32–36 ja 301.

46 KKO totesi, että ”[v]elvoite, jonka mukaan rakennuksen omistajan tulee pitää työn kohde riittävästä määrästä palovakuutettuna, tarkoittaa, että **omistaja on ottanut vastatakseen vahingoista, jotka saattavat johtua rakennuksessa syttyvästä tulipalosta.**” Korostus lisätty. Helsingin hovioikeus ja Vakuutuslautakunta ovat tulleet samaan lopputulokseen ratkaisuihissaan. (Helsingin Hovioikeus 107/19.1.2011, FINE Vakuutuslautakunta 011723/17.12.2018). Hemmo 1998, s. 258–260 ja 282–283, Norros 2007, s. 32–36 ja 301.

47 Vastaavanlainen tilanne oli taustalla tapauksessa KKO 1984 II 182, jossa kyse oli vuokralla olleen ajoneuvon vaurioitumisesta. Huomionarvoista kuitenkin on, että tapauksessa kyseessä oli kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välinen sopimus.

ollut vuokralleottajalle erityisen hankalaa. Lisäksi vakuutuslakilaki rajoittaa nykyisin takautumisoikeutta luonnollista henkilöä kohtaan pois lukien tilanteet, joissa vahinko on aiheutettu tahallaan tai törkeällä huolimattomuudella.⁴⁸

Entä sisältyykö oikeuteemme yleinen vakuuttamisvelvoite? Jos näkemys yleisestä vakuuttamisvelvoitteesta hyväksyttäisiin, kaventuisi vakuutusyhtiön regressioikeus, sillä kerrotusti vakuutusyhtiö ei voi päästä vahinkoa kärsineeseen nähden parempaan asemaan. Tapauksessa 1994:5 KKO näyttää punninneen myös sitä, kenellä on yleisesti ottaen velvollisuus vakuuttaa urakan kohde.⁴⁹ KKO on tällä ilmeisesti pyrkinyt nimenomaan arvioimaan, sisältyykö oikeuteemme yleinen vakuuttamisvelvoite ilman nimenomaista sopimuskirjausta, ja jos sisältyy, kenellä sopimusosapuolista tällainen velvoite on. Tosin nähtävästi arviointia tehtiin vain korjausrakentamisen toimialan näkökulmasta. KKO ei ottanut asiaan selvästi kantaa, mutta päätelmä ainakin urakoitsijan osalta on ratkaisun näkökulmasta katsottuna kielteinen. Muitakaan päätelmiä siitä, että oikeudessamme urakan tilaajalla tai esineen omistajalla olisi oikeuskäytäntöön pohjautuen yleinen vakuuttamisvelvoite ei mielestäni voida tehdä. Ratkaisua KKO 1998:15 on edellä selostettujen tapauskohtaisten tosiseikkojen valossa pidettävä yksittäistapauksena. Helsingin hovioikeus on tuomiossaan 107/19.1.2011 selkeästi torjunut tällaisen velvoitteen olemassaolon ilman sopimuskirjauksia. Näin ollen sopimuksen kohteen vakuuttaminen ainakin liikesopimuksissa vaikuttaa olevan puhtaasti osapuolten tahdonautonomian varassa. Ei voida kuitenkaan täysin poissulkea, etteikö toimialakohtaisilla sopimuskäytännöillä voi olla vaikutusta asian arvioinnissa.

2.6. Kokoavia näkökulmia ja havaintoja

Selostettua oikeuskäytäntöä tarkasteltaessa voidaan tehdä havainto, että etenkin KKO on tulkinut vakuutuslausekkeen varsin suoraviivaisesti johtavan sellaiseen sopimustulkintaan, että vahingon sattuessa, olkoon se luettavissa kenen syyksi tahansa, katetaan vahinko ensisijaisesti vakuutuksesta. Tätä osapuolten tahtoa painottavaa näkökulmaa voidaan tukea reaalisiin argumentein; voidaan esimerkiksi kysyä, miksi lauseke sisällytettäisiin sopimukseen, jos vahingon sattuessa osapuolten tarkoituksena ei olisi kohdentaa vahinkoa vakuutuksesta katettavaksi? Muussahan tapauksessa lausekkeen merkitys jäisi vähäiseksi ja se rajautuisi lähinnä vakuutus kustannusten allokointiin. Lausekkeen on lisäksi katsottava olevan omiaan luomaan luottamusta osapuolten välille ja siten tehostavan kaupallisten sopimusten syntymistä,

48 Vakuutuksenantajan regressioikeudesta HE 114/1993 vp, s. 69–70 sekä hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi vakuutuslakilain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta HE 63/2009 vp, s. 29–30. Kts. myös KKO 2008:113.

49 KKO totesi: ”*Jutussa esitetyn selvityksen mukaan katonkorjausalalla on epätavallista, että työn suorittaja palovakuuttaa työn kohteen.*”

sillä urakkaan ryhtyvä sopimusosapuoli on tällöin tietoinen, että urakan kohde on vakuutettu vahingon varalta. Luottamusteorian näkökulmasta katsottuna on perusteltua suojata urakoitsijan luottamusta siitä, että sovittua vakuutusta tosiasiallisesti käytetään vahingon sattuessa.

KKO:n oikeuskäytännöstä seuraa myös se, että mikäli toisin ei nimenomaisesti ole sovittu, tulee sovittun vakuutuksen olla tosiasiallisesti turvaava ja kattavan ainakin ehtojen puitteissa täysimääräisesti todennäköisimmät vahinkotapahtumat. Joka tapauksessa voidaan ainakin lähteä siitä, että vakuutuksen tulee olla ehdoiltaan tavanomainen. Toisin sanoen vakuuttamisvelvollisuutta ei voi kiertää vakuuttamalla sovittu kohde suppeasti vakuutuskustannusten välttämiseksi. Hemmo on esittänyt aiheesta nähdäkseni varovaisemman tulkinnan,⁵⁰ mutta tapauksen KKO 1994:5 oikeusohjeen valossa ei aihetta tällaiseen varovaisuuteen ole. Tapauksessa KKO ja sitä ennen Helsingin hovioikeus totesivat, että sopimusmääräys palovakuuttaa kohde sisälsi velvoitteen vakuuttaa rakennus ja sen irtaimisto käyvän arvon mukaan. Kerrotusti vahinkoa kärsinyt kommandiittiyhtiö ei saanut vakuutuksesta täyttä korvausta, koska otettu vakuutus oli alivakuutusmääräinen.⁵¹ Tapauksen arvioinnissa voidaan tietenkin kiinnittää huomiota sopimuskirjaukseen, jonka mukaan työn kohde tulee vakuuttaa ”riittävästä määrästä”, jolloin voitaisiin esittää, että tapauksen ratkaisi nimenomaan ”riittävän” vakuutuksen puuttuminen. Kuitenkin luottamusteorian pohjalta voidaan pitää ongelmallisena, jos sopimuksessa asetetaan ilman tarkkoja kirjauksia esineen/työn kohteen omistajalle vakuuttamisvelvoite ja että tallainen tarkkaan täsmentämättömän velvoitteen voitaisiin katsoa tulleen täytetyksi suppeimmalla mahdollisella saatavissa olevalla vakuutusturvalla. Niin ikään tapauksen KKO 1998:15 oikeusohje viittaa siihen, että viime kädessä intressin omaavan tahon velvoitteena on vakuutusturvan hankkiminen. Huomionarvoista on lisäksi se, että molemmissa tapauksissa vahingoittunut kohde kärsi mitä ilmeisemmin totaalivahingon.

Oikeuskäytäntö jättää avoimeksi kysymyksen vakuutusehtojen kollisiosta. Esimerkiksi selostetussa tapauksessa KKO 1994:5 Helsingin hovioikeus oli kiinnittänyt huomiota myös urakoitsijan vastuuvakuutuksen suuruuteen, jota KKO ei kuitenkaan noteerannut.⁵²

50 Hemmo 2005b, s. 258–259.

51 Tapauksen tosiseikastosta ei käy ilmi vakuuttamisvelvoitteen tarkka sanamuoto. KKO perusteli kantaansa seuraavasti: *”Velvoite, jonka mukaan rakennuksen omistajan tulee pitää työn kohde riittävästä määrästä palovakuutettuna, tarkoittaa, että omistaja on ottanut vastatakseen vahingoista, jotka saattavat johtua rakennuksessa syttyvästä tulipalosta. Omistajan vakuuttamisvelvollisuus käsittää siten myös rakennuksessa olevan irtaimiston. Tämä vakuuttamisehto ei ole sisällöltään yllättävä eikä ankara. Asiassa ei ole esitetty perusteita mainitun sopimuksen kohtuullistamiseksi. Laiminlyötyään palovakuuttaa työn kohteen Icopal Oy:n kanssa tekemänsä sopimuksen mukaisesti kommandiittiyhtiöllä ei ole oikeutta saada osakeyhtiöltä korvausta tuhoutuneesta rakennuksesta ja kalustosta, koska korvaus olisi suoritettu sopimuksessa edellytetystä vakuutuksesta.”*

52 Helsingin hovioikeuden tuomio 16.7.1991. Epäselväksi jää, oliko vastuuvakuutuksen ottamisesta sovittu ja oliko asiaa käsitelty urakoitsijan vastuuvakuutuksesta. Sopimus osapuolen välillä oli tehty perustuen

Voidaan perustellusti esittää kysymys siitä, miten asia olisi ratkennut, jos osapuolet olisivat sopineet kattavan vastuuvakuutusturvan hankkimisesta projektin ajaksi. Tällöin voitaisiin perustellusti argumentoida, että lauseke suorituksen kohteen vakuuttamisesta on puhtaasti informatiivinen, jonka ei ole tarkoitus muuten vaikuttaa osapuolten vastuusuhteisiin, jolloin vakuuttamisvelvollisuuteen yhdistetty vastuuta rajoittava merkitys ikään kuin väistyisi. Mitenkään poikkeuksellista ei ole sopia myös vastuuvakuutuksiin liittyvistä kysymyksistä. Esimerkiksi rakennusalan YSE 1998-sopimusehtojen 38 § sisältää rakennuskohteen vakuutusveloitteen lisäksi veloitteen siitä, että urakoitsijalla tulee olla voimassa niin sanottu toiminnan vastuuvakuutus.

Hemmo on esittänyt, että ainakaan yleistasoisella vastuuvakuutuskirjauksella ei ole samanlaista vaikutusta osapuolten vastuusuhteisiin kuin vastaavalla sopimuksen kohdetta koskevalla vakuutuskirjauksella.⁵³ Näkemykseen voidaan yhtyä, mutta se kaipaa tuekseen lisäperusteluja. Toiminnan vastuuvakuutus on niin sanottu yleisvakuutus esine- ja henkilövahinkojen varalta. Toisin kuin vaikkapa rakennuskohdetta koskeva omaisuusvakuutus, vastuuvakuutusta ei ainakaan tavanomaisesti ole kohdistettu kattamaan vahingonkorvausvelvollisuutta jotakin tiettyä nimettyä menetystä kohtaan, vaan vakuutuksen kohteena on vakuutuksenottajan vahingonkorvausvastuu abstraktilla tasolla.⁵⁴ Näin ollen voidaan sopimusoikeuden yleisten oppien valossa esittää näkemys, että sopimuksen kohdetta koskeva vakuuttamiseksi erityisehtona saa ensisijain tavanomaisiin vakuutusvaatimuksiin nähden. Tämä asetelma on kuitenkin tulkinnoille altis, mikäli osapuolet sopivat nimenomaisesti erityisen vastuuvakuutuksen hankkimisesta tiettyä sopimusta varten, kuten tapaus KKO 2003:26 osoittaa, eivätkä tässä yhteydessä määrittelee mikä vaikutus vakuutuslausekkeilla on osapuolten vahingonkorvausvastuuseen.⁵⁵

2.7. Vahinkoerien vaatimuskelpoisuudesta

Missä vaiheessa vahingon aiheuttaneelle sopimusosapuolelle syntyy velvoite suorittaa vahingonkorvausta? Syntyykö velvoite vasta sen jälkeen, kun sopimuskumppani on saanut vakuutusehtojen mukaisen korvauksen, eli suoritusvelvollisuus syntyy vasta sen jälkeen, kun vakuutuskorvausasia on lopullisesti ratkaistu, jolloin tiedossa ovat ne mahdolliset vahinkoerät, jotka jäävät vakuutuksen ulkopuolelle kuten omavastuuosuus?

Hemmo on puoltanut kantaa, jonka mukaan tehokas vahingonkorvausvaade voidaan esittää sopimuksen vakuutuslausekkeesta huolimatta.⁵⁶ Velvoiteoikeuden yleisten oppien mukaan vahingonkorvausvelan vaatimuskelpoisuus edellyttää konkreettisen vahingon

urakoitsijan omiin sopimusehtoihin.

53 Hemmo 2005b, s. 257.

54 Samoin perustein voidaan todeta, että kyse ei ole VakSopL:n 59 §:n tarkoittamasta monivakuutuksesta.

55 Vastuuvakuutuksen ominaispiirteistä af Hällström, Esbjörn – Ijäs, Hannu: Vastuuvakuutus. Finanssi – ja vakuutuskustannus Finva Oy. Vaajakoski 2007, s. 86–87.

56 Hemmo 2005b, s. 257.

lisäksi sitä, että velallisen vastuu vahinkoa kärsinyttä kohtaan samasta vahingosta ei ole toissijainen jonkun muun suoritusvelvollisuuteen nähden.⁵⁷ Tämä puoltaisi nimenomaisesti sitä, että tulevan vakuutuskorvauksen määrä ja kattavuus tulisi olla osapuolten tiedossa, jotta tehokas vaatimus voidaan esittää. Tällöin vaatimuskelpoisia olisivat ne erät, jotka jäävät vakuutuskorvauksen ulkopuolelle. Vaasan hovioikeus katsoi tapauksessa 413/1.9.2015, että kun selvitystä vakuutuskorvauksesta ei ollut esitetty, vahinkoa kärsinyt sai valita kohdistaa vaatimuksen vakuutuksenantajalle vaiko sopimuskumppanille. Kuitenkin KKO:n ratkaisukäytäntö näyttäisi puoltavan nimenomaisesti kantaa, että korvausta vahingosta ei voi vaatia, ennen kuin vakuutuskorvausasia on ratkaistu. Esimerkiksi tapauksessa KKO 1994:5 oikeus vakuutuskorvaukseen todettiin varsin suoraviivaisesti ilman ainakaan vakuutusehtoihin pohjautuvaa arviointia vahingon korvattavuudesta, minkä lisäksi nimenomaisesti alleviivattiin sitä, että vakuutuslauseke tarkoitti vahinkoriskin siirtymistä tilaajan kannettavaksi.⁵⁸ Tässä mielessä Vaasan hovioikeuden johtopäätös on ristiriidassa KKO:n ennakkopäätökseen nähden.

Kun arvioidaan vahinkoerien vaatimuskelpoisuutta, on syytä tehdä huomio myös vahingon rajaamista koskevasta opista. Opin mukaan vahinkoa kärsineen on mahdollisuuksiensa mukaan pyrittävä rajoittamaan vahingosta aiheutuneita negatiivisia seuraamuksia sen uhalla, että vahinkoseuraamukset jäävät kokonaan tai osittain tämän itsensä kannettavaksi.⁵⁹ Mikäli osapuolet ovat sopineet riskin vakuuttamisesta, voidaan nähdä rajoittamisoppien ja osapuolten tarkoituksen vastaisena, että korvausta pyritään ensisijaisesti vaatimaan sopimuskumppanilta, eikä sovitusta vakuutuksesta.

3. JOHTOPÄÄTÖKSET JA YHTEENVETO

3.1. Johtopäätökset artikkelin tutkimuskysymyksistä

Yhteenvetona voidaan painavin perustein esittää, että sopimukseen sisällytetty velvoite vakuuttaa sopimuksen kohde omaisuusvakuutuksella tosiasiallisesti rajoittaa vahingon aiheuttaneen sopimuskumppanin vahingonkorvausvastuuta siltä osin, kun vahinko on mahdollista saada katetuksi sovitun vakuutuksen perusteella. Vakuuttamislausekkeella on täten samanlainen vaikutus kuin vastuunrajoitusehdolla yleensä. Näin ollen sopimusrikkomukseen syyllistyneelle sopimusosapuolelle ei synny suoritusvelvollisuutta niistä vahinkoeristä, jotka sovitun vakuutuksen kattaa. Korvausvaatimusta voidaan siten tehokkaasti vastustaa vetoamalla sanottuun ehtoon.

57 Norros 2018, s. 218 ja 221.

58 KKO kuitenkin päätteli suoraviivaisesti, että koko vahinko olisi ollut korvattava, jos riittävä vakuutus olisi ollut. Näin myös tapauksessa KKO 1998:15. Ratkaisujen voidaan katsoa tukevan näkökulmaa, että vahinkoa kärsineellä on näyttötaakka siitä, että vakuutuskorvausta ei kuitenkaan olisi ollut mahdollista saada esimerkin rajoitusehdon takia.

59 Ståhlberg – Karhu 2013, s.12–13.

Edellä kerrottu merkitsee myös vakuutuksenantajan takautumisoikeuden rajautumista. Koska kerrotusti kyse on luonteeltaan saamisoikeuden siirrosta, ei vakuutuksenantajalle voi syntyä saamisoikeutta, mikäli vakuutuksen ottaneella eli vahinkoa kärsineellä sopimosapuolella tällaista oikeutta ei ole. Johtopäätöksille on saatavissa tukea niin KKO:n oikeuskäytännöstä kuin oikeuskirjallisuudesta, minkä lisäksi sen voidaan katsoa ilmentävän sopimosapuolten tahtotilaa vakuutuslausekkeen oikeusvaikutuksista. Kuten KKO on todennut tapauksen 2003:26 yhteydessä, ei (tapauksessa yksilöllisen) vakuutuslausekkeen sisällyttäminen sopimukseen olisi ollut mielekästä, ellei sillä olisi ollut tosiasiallisesti vaikutuksia osapuolten vastuusuhteisiin.

Voidaan tietenkin kysyä, tarkoittaako vakuutuksenantajan regressioikeuden rajautuminen pois eräänlaista sopimusta kolmannen, eli tässä tapauksessa vakuutuksenantajan vahingoksi, joka on pääsääntöisesti oikeudessamme torjuttu?⁶⁰ Tähän asetelmaan on vastattava kieltävästi jo puhtaasti reaalisiin syin, minkä lisäksi sopimusten vastuunrajoitusten sitovuus vakuutuksenantajaa kohtaan on hyväksytty oikeuskirjallisuudessa.⁶¹ Kerrotusti regressioikeudessa on kyse saamisoikeuden siirtymisestä, eli velkojan vaihdoksesta, jolloin jo velvoiteoikeuden yleisten oppien mukaan uusi velkoja ei voi päästä parempaan asemaan aiempaan velkojaan nähden.⁶² Reaalisen argumenttina voidaan lisäksi esittää, että lainsäätäjät on varannut vakuutusyhtiölle ennen vakuutussopimuksen päättämistä lakiin perustuvan oikeuden saada vakuutuksenottajalta riskinsä arvioimiseksi tarvittavat tiedot.⁶³ Vakuutuksenantajalla on täten suoraan lakiin perustuva mahdollisuus etukäteen selvittää vakuutuksenottajan ja toimialan sopimuskäytäntöjä sekä sopimukseen liittyviä vastuunrajoituksia oman riskinsä arvioimiseksi ja vakuutusmaksun määrittämiseksi.

Tehdyn johtopäätöksen seurauksena vahinkoa kärsineellä sopimosapuolella ei ole mahdollisuutta tehdä valintaa sen suhteen, esittääkö vaatimuksen vahingon aiheuttajalle vaiiko vakuutuksenantajalle, vaan vahinko tulee hakea vakuutuksesta korvattavaksi. Teoreettisesti voidaan tietenkin esittää, mikäli valinnanvapauden katsottaisiin vallitsevan, että oikeus vakuutuskorvaukseen siirtyisi vahinkoa aiheuttaneelle sopimosapuolelle sen jälkeen, kun tämä olisi itse ensin suorittanut korvauksen sopimuskomppanilleen. Muuten vakuutuslausekkeen vastuuta rajoittava merkitys kumoutuisi. Tällainen konstruktio ei kuitenkaan tunnu järkeenkäyvältä, minkä lisäksi vakuutusehdoissa voi olla selvästi rajattu korvaukseen oikeuttavien henkilöiden piiri. Näin ollen suorituskelpoinen vaatimus voidaan esittää vasta, kun vakuutuksesta saatavan korvauksen määrä ja kattavuus ovat tiedossa. Selvää kuitenkin lienee, että ne vahinkoerät, kuten vakuutuksen omavastuuosuus, joiden tiedetään jäävän vakuutuksen ulkopuolelle, ovat heti vaadittavissa.

60 Norros 2007, s. 33.

61 Hoppu – Hemmo 2006, s. 282.

62 Norros 2018, s. 330–331.

63 Katso VakSopL 22 §.

Vahinkoerien vaatimuskelpoisuus ei suoranaisesti ole ollut KKO:n käsiteltävänä, mutta KKO:n suoraviivainen argumentointi saada vahingot vakuutuksesta katettavaksi tapauksissa 1994:5 ja 1998:15 viittaisi kuitenkin siihen, että suorituskelpoisia vaatimuksia voidaan kohdistaa sopimusrikkomukseen syyllystyttä sopimusosapuolta kohtaan vasta, kun vakuutuskorvauksen määrä ja kattavuus on tiedossa. Tämän lisäksi näkökulmaa voidaan perustella velvoiteoikeuden yleisillä opeilla saatavan toissijaisuudesta. Alemmalta tuomioistuintasolta on aiheesta ainakin yksi oikeustapaus, jossa päädyttiin päinvastaiselle kannalle. Vaasan hovioikeus päätyi ratkaisussaan 413/1.9.2015 hyväksymään näkemyksen, jonka mukaan vakuutuslausekkeeseen vetoavalla on näyttötaakka siitä, että vahinko korvattaisiin vakuutuksesta ja kun tällaista selvitystä ei esitetty, vastasi vahingon aiheuttanut vahingosta. Hovioikeuden perustelut ovat ongelmallisia jo siitä näkökulmasta, että vakuutuslausekkeen vastuuta rajoittavaan merkitykseen vetoava ei välttämättä ole oikeutettu hakemaan korvausta vakuutuksesta, eikä tämä voi itsenäisesti kuin esittää oman perustellun näkemyksensä siitä, kattaisiko vakuutus kyseessä olleet vahingot. Vakuutuksenantajaa tällaiset näkemykset eivät tietenkään sido.⁶⁴ Hovioikeuden ratkaisu saa jossain määrin tukea oikeuskirjallisuudesta, mutta ei KKO:n ratkaisukäytännöstä. Kirjallisuudessakin esitetyissä ratkaisua puoltavissa näkökulmissa on havaittavissa sisäistä ristiriitaa. Näin ollen Vaasan hovioikeuden ratkaisu jäänee ainakin toistaiseksi yksittäistapaukseksi.

Tutkimuksen johtopäätökset ovat kuitenkin alisteisia tapauskohtaisille tosiseikoille. Osapuolet voivat esimerkiksi sopia, että vakuutuksilla ei ole vaikutusta osapuolten vastuusuhteisiin tai muilla tavoin disponoida asiasta. Toisin sanoen vakuutuksen presumoitu merkitys vastuuta rajoittavana tekijänä ja ensisijaisena korvauskeinona voidaan kumota ottamalla aiheesta kirjaukset sopimukseen.⁶⁵ Selvää myös lienee, että sopimusrikkomukseen syyllystyneen kvalifioitu tuottamus kumoo lausekkeen vastuuta rajoittavan merkityksen.⁶⁶ Ei myöskään voida poissulkea sitä, että mikäli sopimukseen on sisällytetty yksilölliset kirjaukset niin omaisuuskuin vastuuvakuutuksista, kumoaisi tämä vakuutuslausekkeiden kollisio vakuuttamislausekkeen vastuuta rajoittavan vaikutuksen. Tapauksen KKO 2003:26 oikeusohjeessa on vahvistettu, että yksilöllisellä vastuuvakuutuslausekkeella voi olla sopimusosapuolen vastuuta laajentava merkitys, jolloin tulkinnaaksi voi tapauskohtaisesti muodostua, että korvausta on mahdollista hakea

64 Hovioikeuden kantaa voitaisiin perustella myös VakSopL:n esitöillä, joiden mukaan: *”Jos joku sivullinen on voimassa olevan oikeuden mukaan vastuussa tapahtumasta, joka kuuluu myös vakuutuksen korvauspiiriin, vakuutettu voi valita, vaatiiko hän korvauksen vakuutuksenantajalta vai vastuussa olevalta kolmannelta.”* Termiä sivullinen ei ole määritetty itse laissa tai sen esitöissä. Vaikeaa on kuitenkin ajatella, että toinen sopimusosapuoli olisi esitöiden tarkoittama sivullinen, jos osapuolet ovat keskenään sopineet urakan kohteen vakuuttamisesta. Selvää tietenkin on, että sopimuksen ulkoisissa suhteissa mitään pakkoa käyttäjä vakuutusta ei ole. Kts. HE 114/1993 vp, s. 69.

65 Myös Hemmo esittää asiasta huomautuksen viitaten ennakkopäätökseen KKO 2003:26. Hemmo 2005b, s. 258.

66 Aiheesta esim. Wilhelmsson, Thomas: Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot. Talentum. Helsinki 2008, s. 167–168 ja Hemmo 1994, s. 299–300.

suoraan vahinkoa aiheuttaneelta osapuolelta. Tosin vastakkaisena näkemyksenä on esitetty, että vastuuvakuutuslausekkeella vain pyritään turvaamaan vahinkoa kärsineen oikeus korvaukseen, jos sopimuksen kohteen omaisuusvakuutus ei vahinkoa kata. Vakuutuslausekkeiden kollisiosta ei kuitenkaan tiettävästi ole oikeuskäytäntöä, joten oikeustilaa on pidettävä epäselvänä ja joka tapauksessa alisteisena tapauskohtaisille olosuhteille.

3.2. Loppusanat

Liikesopimukseen sisältyy erilaisia vahingonkorvausriskejä, joista yksi olennainen työurakka-sopimuksissa on itse sopimuksen kohteen vahingoittuminen yleensä fyysiseen suorittamiseen sitoutuneen osapuolen sopimusrikkomuksen seurauksena. Tavanomaista riskienhallintaa on, että osapuolet sisällyttävät urakkasopimukseen vastuunrajoituksia, minkä lisäksi voidaan sopia esinevakuutuksen ottamisesta sopimuksen kohteen vahingoittumisen varalta. Kirjoitetun lain puuttuessa se, miten vakuuttamisesta sopiminen vaikuttaa osapuolten vastuusuhteisiin, on lähinnä oikeuskäytännön, sekä sopimus- ja vakuutuslausekkeiden yleisten periaatteiden varassa. Kuitenkin olemassa olevan oikeuslähdemateriaalin perusteella voidaan tehdä perusteltuja johtopäätöksiä voimassa olevan oikeuden tilasta ja nämä johtopäätökset on tiivistetty lukuun 3.1. Tutkimuksen aihepiiriin ovat Suomessa perehtyneet lähinnä yksittäiset tutkijat ilmeisesti siksi, että esinevahingot sopimussuhteessa on nähty poikkeuksellisina tai vieraina.⁶⁷ Tämä näkemys on ehdottomasti väärä ja syytä kumota, kun otetaan huomioon, että aihepiiri koskettaa esimerkiksi sellaisia toimialoja kuin rakentaminen maanrakennus mukaan lukien, omaisuuden säilyttäminen maksua vastaan, vuokrasopimukset sekä teollisten laitteiden kunnossapito, korjaus ja huolto, jotka ovat kaikki merkittäviä toimialoja. Näin ollen aihepiiri ansaitsisi enemmän tutkimusta. Tämän tutkimuksen ulkopuolelle jäivät pääosin kysymykset vakuutus- ja vastuunrajoituslausekkeiden kohtuullisuudesta, eri toimialojen vakiintuneet sopimuskäytänteet, sopimusosapuolten voimasuhteiden vaikutus vastuuaselmiin sekä vastuumuotokonnkurrenssin merkitys, joista etenkin jälkimmäisellä saattaisi olla vaikutusta loppupäätelmiin.⁶⁸ Aihe tarvitsee lisää tutkimusta näiden kysymysten osalta.

67 Esim. Hemmo 1998, s. 195–196.

68 Esinevahingoista sopimussuhteessa ja vastuumuotokonnkurrenssista Hemmo 1998, s. 328–336, Norros 2007, s. 92–100.

OFFER YOUR TEXT TO BE PUBLISHED IN HELSINKI LAW REVIEW

Maximum length

For articles is 25 pages A4, or a maximum of 60 000 characters. For other works such as book reviews and case commentary, the maximum length is around 15 pages.

Typeface

Times New Roman, pt 12, spacing 1,5. No hyphenation.

Abstract

All articles should include an abstract in English. In the abstract, briefly present the purpose of the article, the essential research results, and conclusions. Please note that the purpose of the abstract is to summarize the article in whole, not to act as an introduction. The length of the abstract is around 150 words.

Citations

Direct quotations of over three lines are put inside quotation marks, indented and evened out from the right hand side.

References

References should be done with the following footnote styles with the full citation appearing in first mention, omitting a separate bibliography. If the author has used a different referencing style, amending it can be done after a positive publishing decision.

a) Books

Example: Rawls, John: A Theory of Justice. Belknap Press 1971, s. 4. (Rawls 1971)

b) Articles

Example: Holmes, Oliver Wendell: The Path of the Law. Harvard Law Review 1897, vol. 10(8), s. 457–478. (Holmes 1897)

Submissions via Journal.fi online service:

<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

If you have questions on publishing in Helsinki Law Review, send your inquiry to the editors. With other inquiries and ideas for co-operation, contact the Editor-in-Chief.

www.facebook.com/helsinkilawreview

www.instagram.com/helsinkilawreview

www.linkedin.com/company/helsinki-law-review