
Helsinki Law Review

2013/2



Helsinki Law Review is published and edited by students. Its primary purpose is to provide law students in Finland with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

Helsinki Law Review is supervised by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members of the University of Helsinki Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

www.helsinkilawreview.fi

Articles in Finnish

- | | | |
|------------------------|--|--------|
| Janne Myllymäki | Hybridilaina suomalaisilla arvopaperimarkkinoilla
Hybrid Loans in the Finnish Securities Market | p. 103 |
| Janne Valo | Oikeusturva tahdosta riippumattomasta psykiatrisesta hoidosta päätettäessä
Legal Safeguards in Deciding on Involuntary Psychiatric Care | p. 145 |
| Markus Kari | Paperipallojen heittäilyä ja muita pedagogisia ajatuksia – tehtävälähtöinen kurssi osana opetuksen kehittämistä
Problem-Based Learning Course as Part of Improvement in Teaching | p. 175 |

Articles in English

- | | | |
|----------------------|--|--------|
| Jussi Hakanen | The Pros and Cons of Emergency Arbitration | p. 189 |
| Tapio Rasila | States as Clients of Private Military and Security Companies – the Legal Limits of Outsourcing in the Curious Case of Finland | p. 207 |

Winner of the ELSA Finland Essay Competition on Medical and Bio Law

- | | | |
|------------------------|--|--------|
| Saara Miettinen | Oikeus aborttiin Irlannissa
The Right to Abortion in Ireland | p. 243 |
|------------------------|--|--------|

Published by Pykälä ry 2013

ISSN 1797-6251

Sponsored by

DITTMAR & INDRENIUS

Board of Editors

Editor-in-chief

Antti Lindholm

Editors

Pekka Frölander
Sonja Heiskala
Heli Hietanen
Jussi Honkasalo
Tanja Jaatinen
Elina Kuosmanen
Antto Orasmaa
Krista Rekola
Mikko Rudanko
Dina Stolt
Elisa Suokko
Mirjam Supponen
Heini Tuura

Authors

Jussi Hakanen
Markus Kari
Saara Miettinen
Janne Myllymäki
Tapio Rasila
Janne Valo

Academic Council

Professor Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench
Professor Heikki Halila, LL.D., trained on the bench
Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen, LL.D.
Lecturer Jarna Petman, LL.M., M.Soc.Sc.

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Special Thanks

Professor, Dean Kimmo Nuotio, LL.D., trained on the bench
Professor, Jaana Norio-Timonen, LL.D.

Helsinki Law Review 2013, 7th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

Contact information: Board of Editors: hlr-toimitus@pykala.fi. Editor-in-chief: antti.lindholm@alumni.helsinki.fi. Secretary: hlr-secretary@pykala.fi.

Publisher: Pykälä ry, the law students' association in Helsinki (est. 1935). **Contact information:** Address: Mannerheimintie 3 B, 00100 HELSINKI, Finland. Tel: +3589 278 5003. Email: toimisto@pykala.fi.

Layout: ibid Oy.

Printed in Hakapaino, Helsinki.

ISSN 1797-6251

On Submissions

Articles and other contributions may currently be submitted to the Board of Editors in the email address hlr-toimitus@pykala.fi or through our website at www.helsinkilawreview.fi.

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue of the *Review*. The *Review* accepts articles and other writings in Finnish, Swedish and English. Submissions should not exceed the length of 25 size A4 sheets. Each submission selected for publication will be edited in active co-operation with the author(s) as well as evaluated anonymously by a referee chosen by the Board of Editors.

In addition to research articles and case commentaries, *Helsinki Law Review* is also interested in publishing other types of writings, such as book reviews.

Any contributor wishing to publish an article based on a Master's thesis is requested to draft the article within the requested length limit before submitting. A copy of the original Master's thesis may be included for the Board's reference as a separate appendix, but not submitted alone.

For further information, please contact the Board of Editors.

Thank you for your submission!

On Subscriptions

Helsinki Law Review is currently available for free subscription at www.helsinkilawreview.fi to organizations. Free copies are distributed to various libraries, faculties and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä ry office (open Tuesday till Thursday, 12 p.m. – 5 p.m.) or contact the Board Secretary. See inner front cover for contact details.

Helsinki Law Review

2013/2

In co-operation with

DITTMAR & INDRENIUS



Helsinki Law Review 2013/2

Articles in Finnish

- p. 103 **Janne Myllymäki: Hybridilaina suomalaisilla arvopaperimarkkinoilla**
Hybrid Loans in the Finnish Securities Market
- p. 145 **Janne Valo: Oikeusturva tahdosta riippumattomasta psykiatriasta hoidosta päätettäessä**
Legal Safeguards in Deciding on Involuntary Psychiatric Care
- p. 175 **Markus Kari: Paperipallojen heittäilyä ja muita pedagogisia ajatuksia – tehtävälähtöinen kurssi osana opetuksen kehittämistä**
Problem-Based Learning Course as Part of Improvement in Teaching

Articles in English

- p. 189 **Jussi Hakanen: The Pros and Cons of Emergency Arbitration**
- p. 207 **Tapio Rasila: States as Clients of Private Military and Security Companies – the Legal Limits of Outsourcing in the Curious Case of Finland**

Winner of the ELSA Finland Essay Competition on Medical and Bio Law

- p. 243 **Saara Miettinen: Oikeus aborttiin Irlannissa**
The Right to Abortion in Ireland

An English Abstract is provided in the beginning of each article.

On the Review

Helsinki Law Review is published and edited by students. Its primary purpose is to provide law students in Finland with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

The *Review* is published twice a year. The *Review* is prepared to publish articles and other contributions in Finnish, Swedish and English. English Abstracts are provided for articles not fully written in English. The *Review* is available for free subscription at www.helsinki.lawreview.fi to organizations.

Helsinki Law Review is supervised and counselled by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members of the University of Helsinki Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

The *Review* may be cited as *Hel. L. Rev.*

From the Editors

As the editors of this journal, it is a great pleasure for us to acknowledge the increasing interest revealed by authors with different backgrounds to publish their academic work in *Helsinki Law Review*. As a result, despite of the encouragement specially given to undergraduate students to offer their research work to be published in the *Review*, the present issue comprises not only of undergraduate law students as authors, but also graduated lawyers and a doctoral student.

As well as our authors', also the backgrounds of our editors vary. In order to keep the tradition of the *Review* ongoing, our board of editors typically consists of law students in different stages of their studies. For this specific issue the board had the pleasure to have an exchange student, for the first time in the *Review's* history, as an editor. Thanks to *Pekka Frölander's* previous experience in a Swedish student-run law journal, *Juridisk Publikation*, we were able to compare the practices in the two different publications and to have inspiring discussions about the future of the *Review*.

Issue after issue, the *Review's* aim is to take it one step further. Hence, to offer our authors more visibility we recently joined the *Social Science Research Network (SSRN)*, which is a database containing several other law reviews from around the world, among other publications. Consequently the *Review* is electronically accessible through our website (www.helsinki.lawreview.fi), through the leading Finnish legal article database *Edilex* (www.edilex.fi) and from now on also through *SSRN* (www.ssrn.com).

On behalf of the Board,

Antti Lindholm

Editor-in-Chief

Hybrid Loans in the Finnish Securities Market

Keywords: hybrid loan, mezzanine financing, securities market, IFRS standards, financing, duty of disclosure, financial statement

Janne Myllymäki¹

English Abstract

This article discusses the legal position and use of hybrid loans in the Finnish securities market. The term ‘hybrid instruments’ refers to financial instruments, which feature qualities of both equity and debt. A hybrid loan may therefore be defined as a debt instrument, which also includes characteristics pertinent to equity instruments. The use of hybrid loans may be beneficial in certain ways compared to the use of pure equity and debt instruments. Nevertheless, hybrid loans have primarily been introduced to the Finnish securities market during times of financial crisis.

This article examines the phenomenon of hybrid loans from the perspective of the Finnish legal system. The first part of the article describes the qualities of hybrid loans from a legislative perspective, while the second part mainly focuses on the regulation of the securities market, especially with regard to the issuing of securities and reporting.

¹ The author is a student of law at the University of Helsinki. He also holds a degree in economics. He works in the Finnish Tax Administration as a senior adviser. His main fields of interest are company and securities market law and tax law. This article is based on a seminar paper on securities market law.

Full Article in Finnish

Hybridilaina suomalaisilla arvopaperimarkkinoilla

Asiasanat: hybridilaina, välirahoitus, arvopaperimarkkinat, IFRS-standardit, rahoitus, tiedonantovelvollisuus, tilinpäätös

1 Johdanto

Hybridi-instrumentilla tarkoitetaan tyypillisesti sellaista rahoitusinstrumenttia, joka on ominaisuuksiensa ja taloudellisen luonteensa perusteella luokiteltavissa oman ja vieraan pääoman välimuodoksi. Kyseessä on siis niin sanottu välirahoitusrahoitusinstrumentti.² Hybridilainalla tarkoitetaan puolestaan yleensä sellaista velkarahoitusinstrumenttia, jolla on myös oman pääoman ehtoiseselle sijoitukselle tyypillisiä ominaisuuksia.³ Kyse on siten sopimusperusteisesta välirahoituksesta eli niin sanotusta mezzanine-rahoituksesta.⁴

Hybridilainan käytöllä voidaan saavuttaa tiettyjä etuja verrattuna puhtaaseen oman tai vieraan pääoman ehtoiseen rahoitukseen. Hybridilainan edut voivat liittyä esimerkiksi velallisen pääomarakenteeseen, liikkeeseenlaskussa sovellettavaan päätöksentekomenettelyyn, lainan tilinpäätöskäsittelyyn ja verotuksellisiin seikkoihin.⁵ Hybridilaina on toisaalta monessa suhteessa puhdasta oman tai vieraan pääoman ehtoista rahoitusta epäedullisempi rahoitusmuoto. Syynä tähän on erityisesti hybridilainoihin liittyvistä riskeistä aiheutuva korkea korkotaso.⁶

Välirahoitusinstrumentit ovat erityisesti angloamerikkalaisilla rahoitusmarkkinoilla varsin yleinen rahoituksen muoto.⁷ Suomessa välirahoituksen käyttö on sen sijaan ollut varsin vähäistä. Hybridilaina on korkeiden korkokustannuksiensa vuoksi ollut Suomessa lähinnä yritysten kriisirahoituk-

2 Villa 2001, s. 6 sekä Mähönen – Villa 2012, s. 102–104.

3 Mähönen – Villa 2012, s. 36 sekä Lautjärvi 2009, s. 76.

4 Lautjärvi 2009, s. 75 ja Lautjärvi 2011, s. 1341. Rahoituskirjallisuudesta mezzanine-nimitystä käytetään myös muusta kuin sopimusperusteisesta välirahoituksesta. Ks. esim. Knüpfer – Puttonen 2012, s. 39–42.

5 Välirahoituksen etuja ovat käsitelleet muun muassa Villa 2001, s. 42–52 ja Lautjärvi 2011, s. 1352–1362.

6 Hybridilainojen korot ovat vaihdelleet 8,50 prosentin ja 12,00 prosentin välillä.

7 Lautjärvi 2009, s. 75.

sen muoto.⁸ Yritykset ovat käyttäneet hybridilainoja erityisesti estämään rahoitussopimusten erityisehtojen eli niin sanottujen kovenanttiehtojen rikkomuksesta johtuvaa kokonaisrahoituskustannusten nousua.⁹ Tällainen tilanne on voinut tulla kyseeseen esimerkiksi silloin, kun yrityksen omavaraisuusasteen alentuminen määrätyn tason alapuolelle on automaattisesti nostanut lainan korkoa tai antanut velkojalle oikeuden lainan eräännyttämiseen.¹⁰ Hybridilaina on tästä näkökulmasta ennen kaikkea vaihtoehto osakepääomalle ja muulle yhtiöoikeudelliselle omaan pääoman ehtoisen rahoitukselle.

Esimerkki: Yrityksellä on 300 miljoonaa euroa senior-ehtoista¹¹ vierasta pääomaa ja 100 miljoonaa euroa omaa pääomaa. Senior-ehtoisen vieraan pääoman vuotuinen korko on velkasopimuksen ehtojen mukaan 4 prosenttia. Sopimus sisältää kovenanttiehdon, jonka perusteella lainan korko nousee kahdella prosenttiyksiköllä, jos yrityksen tilinpäätöstiedoista laskettava omavaraisuusaste (oma pääoma / taseen loppusumma) laskee alle 25 prosentin.

Yrityksen viimeisimmän tilikauden tulos on 20 miljoonaa euroa tappiollinen, joten tapahtumassa on kovenanttirikkomus. Estääkseen tämän yritys ottaa 20 miljoonan euron suuruisen hybridilainan, joka luetaan tilinpäätöksessä yrityksen omaan pääoman. Lainan vuotuinen korko on 10 prosenttia, jolloin vuotuiseksi korkokustannukseksi muodostuu 2 miljoonaa. Lopputulos on kuitenkin yrityksen kannalta edullinen, sillä kovenanttirikkomuksen seurauksena senior-ehtoisen vieraan pääoman korko olisi noussut 6 miljoonalla eurolla vuodessa.

Hybridilaina voi edellä kuvatuissa tilanteissa tarjota korkeasta korostaan huolimatta yrityksen rahoituksen kokonaiskustannukset huomioon ottaen edullisen rahoitusvaihtoehdon. Hybridilainan vaikutusta yrityksen rahoituskustannuksiin voidaan arvioida esimerkiksi yrityksen painotettujen rahoituskustannusten (WACC) avulla.¹² Hybridilainan etuihin voidaan lukea lisäksi se, että hybridilainan ottaminen ei edellytä osakeantiin liittyvää päätöksentekomenettelyä, eikä siitä aiheudu osakeannin järjestämisestä

8 Väärirahoitusta on kriisirahoituksen ohella tyypillisesti hyödynnetty myös pääomasijoitustoiminnassa.

9 Kovenantteja ovat käsitelleet muun muassa Välimäki 2010, s. 464–478 ja Hemmo 2001, s. 325–332.

10 Omavaraisuus lasketaan jakamalla taseen oma pääoma taseen loppusummalla. Knüpfer – Puttonen 2012, s. 229–230.

11 Senior-ehtoisella vieraalla pääomalla tarkoitetaan parhaalla etusijalla olevaa pitkäaikais- ta vieraan pääoman ehtoista rahoitusta. Useimmiten kyseessä on pankkilaina. Mähönen – Villa 2012, s. 33.

12 Ross ja muut 2005, s. 331–334 sekä Knüpfer – Puttonen 2012, s. 182–183.

aiheutuvia kustannuksia. Hybridilainan ottaminen ei myöskään vähennä osakkeenomistajien omistuksen arvoa.¹³

Seuraavassa taulukossa on listattu suomalaisten julkisesti noteerattujen yhtiöiden kevääseen 2012 mennessä liikkeeseen laskemat hybridilainat.¹⁴

Yritys	Määrä. (milj. euro)	Korko (%)	Liikkeeseenlasku- aika (kk/vuosi)	Takaisinmaksu- aika (vuotta)
Sponda Oyj	130	8,75	06/2008	5
HKScan Oyj	20	8,50	09/2008	6
Huhtamäki Oyj	75	10,50	11/2008	3
CapMan Oyj	20	11,25	12/2008	5
Amer Sports Oyj	60	12,00	03/2009	3
Finnlines Oyj	21	12,00	03/2009	3
Ponsse Oyj	19	12,00	03/2009	4
Cramo Oyj	50	12,00	04/2009	4
Finnair Oyj	120	9,00	09/2009	4
Ahlström Oyj	80	9,50	11/2009	4
Elcoteq Oyj	29	10,00	01/2010	4
Trainer's House Oyj	5	10,00	01/2010	4
Componenta Oyj	20	12,00	03/2012	4
Lemminkäinen Oyj	70	10,00	03/2012	4

Taulukko 1: Julkisesti noteerattujen yhtiöiden liikkeeseenlaskemat hybridilainat.

Taulukosta ilmenee varsin hyvin hybridilainan luonne yhtenä yrityksen kriisirahoituksen muotona. Ensimmäiset hybridilainat laskettiin liikkeelle vuoden 2008 finanssikriisin alun jälkeen, kun pankkirahoituksen saatavuus markkinoilla yllättäen tiukkeni yhtaikaa taloudellisen tilanteen yleisen heikentymisen kanssa. Taulukosta ilmenee myös se, että hybridilainalla hankit-

13 Omavaraisuutta voitaisiin parantaa myös sijoituksella osakeyhtiölain (21.7.2006/624, OYL) 8:2:ssä tarkoitettuun sijoitetun vapaan oman pääoman rahastoon tai OYL 11:3:ssä tarkoitettulla osakepääomasijoituksella. Käytännössä tällainen vaihtoehto ei tule kyseeseen julkisesti noteeratussa yhtiössä, koska sijoitus on yleensä osakkeenomistajan näkökulmasta kannattava vain silloin, kun kaikki osakkeenomistajat tekevät vastaavan sijoituksen. Tämä ei käytännössä toteudu julkisesti noteeratussa yhtiössä.

14 Lautjärvi 2012. Takaisinmaksuajalla viitataan taulukossa takaisinmaksuoption toteuttamisen ajankohtaan, sillä taulukossa mainitut lainat ovat periaatteessa laina-ajaltaan ikuisia.

tu rahoitus on yrityksen näkökulmasta erittäin kallista. Lainojen korot ovat vaihdelleet 8,50–12,00 prosentin välillä, kun esimerkiksi Helsingin pörssissä¹⁵ noteerattujen yhtiöiden keskimääräinen osinkotuotto vaihteli 2,6–3,7 prosentin välillä vuosina 2008–2010¹⁶. Hybridilainan tuottovaatimus on siten erittäin korkea verrattuna sille vaihtoehtoisiin rahoitusmuotoihin.¹⁷

Arvopaperimarkkinalain (14.12.2012/746, AML) säännökset mahdollistavat erilaisten hybridi-instrumenttien tarjoamisen yleisölle samoin kuin niiden hakemisen julkisen kaupankäynnin kohteeksi.¹⁸ Käytännössä hybridilainoja ei kuitenkaan ole juuri tarjottu yleisölle tai haettu julkisen kaupankäynnin kohteeksi. Edellä olevassa taulukossa luetelluista hybridilainoista ainoastaan Spondan vuonna 2008 liikkeeseenlaskema hybridilaina on haettu julkisen kaupankäynnin kohteeksi.¹⁹

Tässä artikkelissa tarkastellaan suomalaisille rahoitusmarkkinoille suunnatun hybridilainan liikkeeseenlaskuun liittyviä oikeudellisia kysymyksiä. Tarkastelun painopiste on arvopaperimarkkinaoikeudellisissa kysymyksissä, erityisesti tilinpäätös- ja muussa taloudellisessa raportoinnissa. Huomioon otetaan lisäksi keskeiset kysymykset muiden asiaan läheisesti liittyvien oikeudenalojen kannalta. Tämä on tarpeellista niin asiaa koskevan arvopaperimarkkinaoikeudellisen sääntelyn kuin myös itse tutkimuskohteen ymmärtämiseksi. Koska tarkastelu keskittyy eri oikeudenalojen kannalta keskeisim-

15 NASDAQ OMX Helsinki.

16 Kauppalehti / Balance Consulting 2011.

17 Hybridilainan tuottovaatimuksia ei voida suoraan verrata esimerkiksi osinkotuottoihin, sillä osakkeesta saatava kokonaistuotto muodostuu sekä osinkotuotosta että osakkeen arvonnoususta. Toisaalta osakkeen arvo perustuu rahoitusteorian mukaan ainoastaan osakkeen tulevaisuudessa kerryttämiin osinkoihin. Vertailu havainnollistaa kuitenkin karkealla tasolla hybridilainarahoituksen kalleutta. Ks. tarkemmin Ross ja muut 2005, s. 112 ss.

18 Vuoden 2013 alusta voimaantulleessa arvopaperimarkkinalaissa ei käytetä julkisen kaupankäynnin käsitettä. Julkisen kaupankäynnin käsite on arvopaperimarkkinalaissa korvattu käsitteellä kaupankäynti säännellyllä markkinalla, jolla tarkoitetaan kaupankäynnistä rahoitusvälineillä annetun lain (14.12.2012/748) 1:2:n 6 kohdan mukaan pörssin tai sitä muussa ETA-valtiossa vastaavan markkinoiden ylläpitäjän ylläpitämää monenkeskistä kaupankäyntimenettelyä. HE 32/2012 vp, s. 212 mukaan monenkeskisen kaupankäynnin määritelmä vastaa vuoden 1989 arvopaperimarkkinalain (26.5.1989/495) 1:3:n julkisen kaupankäynnin määritelmää kuitenkin niin, että määritelmä kattaa myös muussa ETA-valtiossa toimivat säännellyt markkinat. Kun tässä artikkelissa käytetään julkisen kaupankäynnin käsitettä, tarkoitetaan sillä kaupankäyntiä Helsingin arvopaperipörssissä.

19 Spondan liikkeeseen laskemasta hybridilainasta on laadittu 23.9.2008 päivätty esite.

piin kysymyksiin, esimerkiksi monet yhtiöoikeudelliset erityiskysymykset on rajattu kokonaan tarkastelun ulkopuolelle.

Artikkelissa on oikeustieteellisen analyysin lisäksi tarkasteltu hybridilainan käsittelyä viiden suomalaisen julkisesti noteeratun yhtiön tilikauden 2012 tilinpäätöksissä ja tilinpäätöstiedotteissa, tilikauden 2013 ensimmäisen vuosineljänneksen osavuositarkasteluissa sekä hybridilainaa koskevissa pörssitiedotteissa. Tarkastelun kohteena ovat Sponda Oyj:n (jäljempänä ”Sponda”), Ponsse Oyj:n (jäljempänä ”Ponsse”), Cramo Oyj:n (jäljempänä ”Cramo”), Finnair Oyj:n (jäljempänä ”Finnair”) ja Ahlström Oyj:n (jäljempänä ”Ahlström”) hybridilainat.²⁰

Artikkeli koostuu neljästä luvusta. Artikkelin ensimmäisessä luvussa esitetään aiheen taustaa ja tilastotietoa. Toisessa luvussa käsitellään hybridilainan määritelmää ja hybridilainan keskeisiä ominaispiirteitä velvoite-, yhtiö-, kirjanpito- ja vero-oikeudellisesta näkökulmasta. Kolmannessa luvussa käsitellään hybridilainaan liittyviä arvopaperimarkkinaoikeudellisia tiedonantovelvoitteita. Tarkastelun kohteena on hybridilainan tarjoaminen ja listalleotto sekä hybridilainaan liittyvä säännöllinen ja jatkuva tiedonantovelvollisuus. Neljännessä luvussa esitetään kokoavia päätelmiä.

2 Hybridilaina osana välipääomarahoitusta

2.1 Tarkastelun lähtökohtia

Yrityksen rahoitusinstrumentteja voidaan tarkastella usean eri oikeudenalan näkökulmasta. Vaihtoehtoisia tarkastelunäkökulmia ovat muun muassa velvoiteoikeuden, yhtiöoikeuden, kirjanpito-oikeuden, vero-oikeuden ja arvopaperimarkkinaoikeuden näkökulma. Oikeusjärjestys ei ole kaikilta osin johdonmukainen ja yhtenäinen kokonaisuus, minkä vuoksi saman rahoitusinstrumentin luokittelu ja ominaisuudet voivat jossain määrin vaihdella eri oikeudenaloilla. Hybridilainaksi luokiteltavat rahoitusinstrumentit ovat tyypillisesti juuri tällaisia instrumentteja.

20 Yksi artikkelin kannalta keskeinen viranomaislähde on Finanssivalvonnan (FIVA) standardit. Useita standardeja ollaan tätä artikkelia kirjoitettaessa uudistamassa arvopaperimarkkinalain kokonaisuudistuksesta johtuen. Tässä artikkelissa on käytetty lähdeaineistona voimassaolevia vuoden 1989 arvopaperimarkkinalain mukaisia standardeja siltä osin, kuin nykyisen sääntelyn sisältö vastaa aikaisempaa sääntelyä.

Edellä mainittuja oikeudenaloja koskeva keskeinen sääntely ei tunne rahoitusinstrumenttia nimeltään hybridilaina eikä sisällä sitä koskevaa nimenomaista erityissääntelyä. Siksi on tarpeen täsmentää hybridilainan määritelmä. Hybridilainalla tarkoitetaan tässä artikkelissa yhtiöoikeudelliselta luonteeltaan muuta kuin oman pääoman ehtoista rahoitusinstrumenttia, joka kuitenkin esitetään omana pääomana yrityksen tilinpäätöksessä. Kyseessä on toisin sanoen sellainen rahoitusinstrumentti, joka ei ole yhtiöoikeudellisesta näkökulmasta omaa pääomaa, vaikka sillä on tiettyjä oman pääoman piirteitä. Tarkastelun lähtökohdaksi otetaan OYL 12 luvun säännösten mukainen pääomalaina ja velkakirjalain (31.7.1947/622, VKL) 34.2 §:ssä tarkoitettu debentuurilaina. Näiden instrumenttien lisäksi edellä mainitun hybridilainan määritelmän voi täyttää myös muu oman pääoman ominaisuuksia omaava vieraan pääoman ehtoinen instrumentti.²¹

Pääomalainan määritelmä perustuu osakeyhtiölakiin ja debentuurilainan määritelmä velkakirjalakiin. OYL 12:1:n mukaan pääomalainan pääoma ja korko saadaan maksaa yhtiön selvitystilassa ja konkurssissa vain kaikkia muita velkoja huonommalla etuoikeudella ja pääoman tai koron maksamisesta yhtiö tai sen tytäryhteisö ei saa antaa vakuutta.²² VKL 34.2 §:n mukaan joukkovelkakirja, jonka etuoikeus on liikkeeseenlaskijan muita sitoumuksia huonompi, on nimettävä debentuuriksi. Debentuurin liikkeeseenlaskija tai sen konserniin kuuluva yhteisö taikka liikkeeseenlaskijan kanssa samaan, luottolaitostoiminnasta annetussa laissa tarkoitettuun konsolidointiryhmään kuuluva yhteisö ei saa asettaa vakuutta debentuurin maksamisesta. Pääomalaina ja debentuurilaina ovat siten molemmat suoraan lain nojalla viimesijaisia ja vakuudettomia velkoja.

Pääomalainaan ja debentuurilainaan perustuvan saatavan asemasta konkurssissa ja ulosotossa säädetään velkojien maksunsaantijärjestyksestä annetussa

21 Edellä mainitun hybridilainan määritelmän voi täyttää esimerkiksi laina-ajaltaan ikui-
nen, viimesijainen ja vakuudeton vaihtovelkakirjalaina. Tällaisia muita vieraan pää-
oman ehtoisia omaan pääomaan kirjattavia rahoitusinstrumentteja ei kuitenkaan jäl-
jempänä tarkastella.

22 OYL 1:1.1:ssä on lisäksi säädetty rajoituksia pääomalainan koron maksamiselle ja pää-
oman palauttamiselle.

laissa (30.12.1992/1578, MJL). Sen 6.1 §:n 3 ja 4 kohtien mukaan viimeksi suoritetaan:²³

3) saatava, joka perustuu velallisen liikkeelle laskemaan joukkovelkakirjalainaan, jos lainan ehtoissa saatavalle on määrätty huonompi etuoikeus kuin liikkeelle laskijan muille sitoumuksille; ja

4) sellaiseen lainaan perustuva saatava, jonka pääoma sekä korko ja muu hyvitys saadaan lainaehdojen mukaan maksaa yrityksen purkautuessa ja konkurssissa vain kaikkia muita velkojia huonommalla etuoikeudella.

MJL 6.2 §:n mukaan saatavien keskinäinen oikeus määräytyy kohtien numerojärjestyksessä. MJL 6.1 §:n 3 kohdassa tarkoitettu debentuurilaina on siten maksunsaantijärjestyksessä 4 kohdassa tarkoitettua pääomalainaa paremmalla etusijalla.

Pääomalainan ja debentuurilainan ehtoista voidaan sopia laissa säädettyä yksityiskohtaisemmin lainasopimuksessa. Sen ehtoissa velka voidaan esimerkiksi määritellä laina-ajaltaan ikuiseksi.²⁴ Tällaisesta velasta käytetään nimitystä perpetuaaliehtoinen laina (englanniksi *perpetuity*).²⁵ Kaikki edellä taulukossa 1 mainitut hybridilainat ovat ehdoiltaan tällaisia. Lainasopimukseen otetaan tyypillisesti optio, jonka mukaan velallinen on tietyn määräajan kuluttua oikeutettu halutessaan maksamaan lainan takaisin. Tällainen ehto on niin ikään erittäin tyypillinen hybridilainoille. Takaisinmaksuoptio sisältyi muun muassa kaikkien edellä taulukossa 1 mainittujen hybridilainojen ehtoihin.

Hybridilaina voi olla arvopaperimarkkinalain soveltamisalaan kuuluva arvopaperi. AML 2:1:n mukaan *arvopaperilla* tarkoitetaan kyseisessä laissa sellaista arvopaperia, joka on vaihdantakelpoinen ja joka on saatettu tai saatetaan yleiseen liikkeeseen useiden samansisältöisistä oikeuksista annettujen

23 HE 181/1992 vp, Yksityiskohtaiset perustelut, luku 1.1. mukaan MJL 6.1 §:n 3 kohdassa tarkoitetaan nimenomaan debentuurilainaa ja 4 kohdassa tarkoitetaan pääomalainaa.

24 Perpetuaaliehtoisia rahoitusinstrumentteja on käsitelty muun muassa teoksessa Ross ja muut 2005, s. 75–79 ja 109.

25 Lautjärvi 2012.

arvopaperien kanssa.²⁶ Lainkohdassa mainitaan esimerkkinä arvopaperista joukkovelkakirja tai muu velkasitoutumus.²⁷ Sekä pääomalaina että debenttuuri voidaan siten saattaa arvopaperimarkkina-alaissa tarkoitettuna julkisen kaupankäynnin kohteeksi. Hybridilainalle muodostuu listaamisen myötä jälkimerkinnat, jolloin lainan likviditeetti paranee. Tämä puolestaan pääsääntöisesti alentaa rahoituksen kustannuksia.²⁸ Arvopaperimarkkina-ala sääntely tulee sovellettavaksi myös silloin, jos hybridilainaa tarjotaan yleisölle merkittäväksi.

Hybridilainan tarjoamiseen ja listaamiseen liittyviä kysymyksiä on tarkasteltu jäljempänä luvussa 3. Arvopaperimarkkinaoikeudellisten kysymysten tarkastelu edellyttää hybridilainan muiden oikeudellisten ominaispiirteiden selvittämistä, minkä vuoksi ennen arvopaperimarkkinaoikeudellisten kysymysten käsittelyä tarkastellaan hybridilainan ominaisuuksia yhtiö-, kirjanpito- ja vero-oikeuden näkökulmasta.

2.2 Hybridilaina yhtiöoikeuden näkökulmasta

Osakeyhtiön pääoma jakautuu omaan ja vieraaseen pääomaan.²⁹ Omaan pääomaan luettavista eristä on säädetty OYL 8:1.1:ssä.³⁰ Lainkohdan perusteella omaa pääomaa ovat osakepääoma sekä kirjanpitolain mukainen arvokorotusrahasto, käyvän arvon rahasto ja uudelleenarvostusrahasto samoin kuin muut rahastot sekä tilikauden ja edellisten tilikausien voitto.³¹

26 HE 32/2012 vp, s. 101 mukaan AML 2:1:ssä tarkoitettu arvopaperin käsite vastaa asiallisesti Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivin 2004/39/EY rahoitusvälineiden markkinoista sekä neuvoston direktiivien 85/611/EY ja 93/6/EY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2000/12/EY muuttamisesta ja neuvoston direktiivin 93/22/EY kumoamisesta eli rahoitusvälineiden markkinat direktiivin 4 artiklan 1 kohdan 18 alakohtaa sekä liitteen 1 C osan 1 kohdan käsitettä ”siirtokelpoinen arvopaperi”.

27 HE 32/2012 vp, s. 102 mukaan AML 2:1.1:n 2 kohtaan sisältyvät julkisten ja yksityisten osakeyhtiöiden liikkeeselaskemat joukkovelkakirjat ja muut velkasitoutukset.

28 Ross ja muut 2005, s. 334–337.

29 Osakeyhtiön pääomarakennetta on käsitelty muun muassa teoksissa Immonen ja muut 2011, s. 1 ss., Mähönen – Villa 2012, s. 68–102, Villa 2001, s. 149–163 sekä Villa 1997, s. 84–140.

30 Kirjanpitoasetuksen (30.12.1997/1339, KPA) 6 §:ssä on säännökset siitä, mitä eria esitetään omana pääomana kirjanpitolain mukaisen tilinpäätöksen laativan yrityksen taseessa. International Financial Reporting Standards -tilinpäätösstandardit eli IFRS-standardit eivät sisällä vastaavaa yksityiskohtaista tasekaavaa. IFRS-standardeihin lukeutuva International Accounting Standard (IAS) 1, *Tilinpäätöksen esittäminen*, sisältää ainoastaan säännökset tilinpäätöksessä esitettävistä vähimmäistiedoista.

31 Muita rahastoja ovat ennen osakeyhtiölain voimaantuloa syntyneet vara- ja ylikurssirahasto sekä muut kuin osakeyhtiölaissa mainitut IFRS-standardien mukaiset rahastot.

Vierasta pääomaa puolestaan on lähtökohtaisesti kaikki sellainen sijoitettu pääoma, joka ei ole omaa pääomaa.

Osakeyhtiölaissa tai muualla lainsäädännössä ei ole määritelty oman pääoman tunnusmerkkejä. Oikeuskirjallisuudessa tunnusmerkkejä on ryhmitelty varsinaisiin ja epävarsinaisiin tunnusmerkkeihin. Varsinaiset tunnusmerkit ovat yhteisiä kaikille oman pääoman ehtoosille rahoitusinstrumenteille, eikä niistä lähtökohtaisesti voida poiketa. Varsinaisia tunnusmerkkejä ovat takasijaisuus, pääoman pysyvyys ja vakuudettomuus. Epävarsinaiset tunnusmerkit ovat tunnusmerkkejä, jotka eivät koske kaikkia oman pääoman ehtoisia instrumentteja ja joista voidaan tietyin edellytyksin poiketa. Epävarsinaisia tunnusmerkkejä ovat muun muassa jako-osaisuus, osallistuminen tappion kattamiseen ja osakkeeseen liittyvät kontrollioikeudet.³²

Vieraan pääoman tunnusmerkkejä ei ole myöskään määritelty osakeyhtiölaissa tai muualla lainsäädännössä.³³ Vieraan pääoman tunnusmerkkeinä on oikeuskirjallisuudessa pidetty muun muassa velan sopimusperusteisuutta, määräaikaisuutta, tuoton ja velaksi saadun pääoman kiinteämääräistä takaisinmaksua, formalististen kontrollioikeuksien puuttumista, maksurajoitusten puuttumista sekä velkojien lähtökohtaisesti samansijaista (*pari passu*) maksunsaantiasemaa.³⁴

Välipääomarahoituksella eli niin sanotulla mezzanine-rahoituksella tarkoitetaan osakeyhtiön varainhankinnassa käytettäviä instrumentteja, jotka sisältävät sekä oman että vieraan pääoman ehtoisen rahoituksen tunnusmerkkejä.³⁵ Välipääomarahoitus sijoittuu siten nimensä mukaisesti oman ja vieraan pääoman väliin. Yhtiöoikeuden näkökulmasta yleistä välipääoman luokkaa ei kuitenkaan ole olemassa. Ainoa osakeyhtiölaissa säännelty välipääomaksi luokiteltava instrumentti on pääomalaina. Debentuurilainaa tai muuta vastaavaa viimesijaista lainaa koskevia säännöksiä osakeyhtiölaissa ei ole.

Pääomalainaa koskevat säännökset ovat OYL 12 luvussa. Sen 1 §:ssä säädettyjä pääomalainan ominaisuuksia ovat takasijaisuus ja vakuudettomuus.

32 Mähönen – Villa 2012, s. 86–92, Villa 2001, s. 155–163 sekä Villa 1997, s. 84–140.

33 KPA 6 §:ssä on lueteltu ne erät, joita pidetään velkana kirjanpitolain mukaisen tilinpäätöksen laativan yrityksen taseessa.

34 Mähönen – Villa 2012, s. 102–103 sekä Villa 2001, s. 163–174.

35 Villa 2001, s. 6.

Viimeksi mainitussa lainkohdassa on lisäksi säädetty, että pääomalainan pääoma saadaan muutoin kuin selvitystilassa ja konkurssissa palauttaa ja korkoa maksaa vain siltä osin, kuin yhtiön vapaan oman pääoman ja kaikkien pääomalainojen määrä maksuhetkellä ylittää yhtiön viimeksi päättyneeltä tilikaudelta vahvistettavan tai sitä uudempaan tilinpäätökseen sisältyvän taseen mukaisen tappion määrän. Pääomalainalla on siten useita edellä mainittuja oman pääoman tunnusmerkeiksi luokiteltuja ominaisuuksia. Pääomalaina eroaa puhtaasta omasta pääomasta muun muassa siinä, että pääomalaina ei ilman nimenomaista sopimusta tuota velkojalle osakkeelle tyypillisiä kontrollioikeuksia.³⁶ Pääomalaina eroaa omasta pääomasta myös siinä, että pääomalaina voidaan sopia määräaikaiseksi, jolloin lainapääoma palautetaan eräpäivänä.³⁷ Pääomalaina eroaa debentuurista ja muista viimeisijaisista lainoista siinä, että sen viimesijaisuus perustuu lakiin, ei lainasopimuksen ehtoihin.³⁸

OYL 12:2.4:n mukaan pääomalainat merkitään taseeseen erillisenä eränä. Pääomalainaa ei nykyisessä osakeyhtiölaissa määritellä oman pääoman eräksi – toisin kuin vuoden 1978 osakeyhtiölaissa.³⁹ Osakeyhtiölain esitöiden mukaan pääomalainan käsittely velallisen taseessa määräytyy sovellettavan kirjanpitonormiston perusteella. Syynä sääntelyn muutokseen oli lain esitöiden mukaan pääasiassa se, että pääomalainaa ei IFRS-standardien mukaan yleensä voida pitää omana pääomana.⁴⁰ Pääomalaina on siten sovellettavasta kirjanpitonormistosta riippumatta esitettävä erillisenä eränä taseessa. Sovellettava kirjanpitonormisto määrää sen, esitetäänkö pääomalaina omana vai vieraana pääomana.⁴¹ Hybridilainaan ei sovelleta OYL 12 luvun pääomalainaa koskevia säännöksiä, jollei lainaehtoissa ole nimenomaisesti toisin sovittu.⁴²

36 Velkojalle voidaan antaa oman kontrollioikeuksia lainasopimuksen erityisehdoilla eli niin sanotuilla kovenanttiehdoilla. Välimäki 2010, s. 464–478 ja Hemmo 2001, s. 325–332.

37 Jos velan eräpäivästä ei ole nimenomaisesti sovittu, velka on VKL 5.1 §:n nojalla maksettava takaisin vaadittaessa ja oikeutettu maksamaan sen, milloin itse haluaa.

38 Airaksinen ja muut 2010, s. 794.

39 Vuoden 1978 osakeyhtiölain (29.9.1978/734) 5:1.1:n 4 kohta sisälsi edellytyksen, että pääomalainan pääoma tuli kirjata taseeseen omaan pääomaan erillisenä eränä.

40 HE 109/2005 vp, s. 120.

41 Kirjanpitokäsittely ei ratkaise sitä, onko rahoitusinstrumentti yhtiöoikeudellisesti omaa vai vierasta pääomaa. Mähönen – Villa 2012, s. 84–86.

42 Airaksinen ja muut 2010, s. 794.

Osakeyhtiölain esitöissä on todettu, että yhtiöllä voi olla myös muita viimesijaisia lainoja.⁴³ Tällainen voi olla esimerkiksi debentuurimuotoinen hybridilaina. Yhtiöoikeudellisesta näkökulmasta debentuurilaina on vierasta pääomaa, vaikka siihen liittyisi tiettyjä oman pääoman ominaisuuksia. Debentuurilaina ei siten yhtiöoikeudellisesta näkökulmasta lähtökohtaisesti eroa yrityksen muista veloista. Velvoiteoikeudellisesti tilanne on kuitenkin toinen. VKL 34.2 §:n ja MJL 6.1 §:n säännösten perusteella debentuurilainan etusija on liikkeeseenlaskijan muita sitoumuksia huonompi, eikä lainalle saa antaa vakuutta. Debentuurilainan ehtoja voidaan lisäksi muokata sopimuksin. Tällä tavoin lainan asemaa voidaan muokata suhteessa yrityksen muuhun vieraan pääoman ehtoiseen rahoitukseen samoin kuin debentuurilainojen keskinäisessä suhteessa.

2.3 Hybridilainan kirjanpitokäsittely

Tilinpäätösinformaatio on arvopaperimarkkinoiden toimijoiden keskeisin tietolähde.⁴⁴ Tilinpäätösinformaatiota koskevalla sääntelyllä on siten arvopaperimarkkinaoikeudellisesta näkökulmasta keskeinen merkitys.⁴⁵ Tilinpäätösinformaatiota koskeva keskeinen sääntely ei kuitenkaan sisälly arvopaperimarkkinalakiin vaan kirjanpitolakiin ja -asetukseen sekä IFRS-standardeihin. Näistä erityisesti IFRS-standardeilla on keskeinen merkitys arvopaperimarkkinoilla toimivien sijoittajien tiedonsaannin kannalta.⁴⁶ Kir-

⁴³ HE 109/2005 vp, s. 120.

⁴⁴ Knüpfér – Puttonen 2012, s. 225.

⁴⁵ IFRS-normiston tilinpäätöksen laatimista ja esittämistä koskevien yleisten perusteiden (*Conceptual Framework*) OB2:n mukaan tilinpäätöksen keskeisin tavoite on tuottaa informaatiota oman ja vieraan pääoman sijoittajille.

⁴⁶ IFRS-standardit eli kansainväliset tilinpäätösstandardit ovat osa IFRS-normistoa. IFRS-normisto koostuu kolmesta osasta, jotka ovat tilinpäätöksen laatimista ja esittämistä koskevat yleiset perusteet (Framework), IFRS-standardit sekä International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) -tulkintaohjeet. IFRS-standardit valmistelee ja antaa International Accounting Standards Board (IASB), joka on International Accounting Standards Committee (IASC) -nimiseen säätiöön kuuluva toimielin. IASC on riippumaton, voittoa tavoittelematon yksityisoikeudellinen organisaatio, jonka keskeisenä tavoitteena on kehittää tilinpäätösraportointia. IASB toimii läheisessä yhteistyössä sidosryhmien kuten sijoittajien, julkishallinnon ja laskentatöiden ammattilaisten kanssa. IFRS-standardit tulevat osaksi EU-lainsäädäntöä Euroopan parlamentin ja Neuvoston antamassa asetuksessa 1606/2002 kansainvälisten tilinpäätösstandardien soveltamisesta (IAS-asetus) tarkoitetun hyväksymismekanismiin (*endorsement mechanism*) kautta. Hyväksymismekanismiin läpäissyt standardi saatetaan voimaan Euroopan komission antamalla asetuksella. Voimassaolevat IAS-standardit luetaan osaksi IFRS-standardeja.

janpito-oikeudelliset säädökset voidaan siten perustellusti lukea myös osaksi arvopaperimarkkinaoikeudellista sääntelyä.

Arvopaperimarkkinalaki sisältää ainoastaan muutamia tilinpäätöstä koskevia säännöksiä. AML 7:5:n mukaan liikkeeseenlaskijan on julkistettava tilinpäätöksensä ja toimintakertomuksensa ilman aiheetonta viivytystä viimeistään kolme viikkoa ennen sitä yhtiökokousta, jossa tilinpäätös on esitettävä vahvistettavaksi, kuitenkin viimeistään kolmen kuukauden kuluessa tilikauden päättymisestä.⁴⁷ Säännös koskee samassa laajuudessa sekä oman että vieraan pääoman ehtoisen arvopapereiden liikkeeseenlaskijaa, joten säännös soveltuu myös pelkän hybridilainan liikkeeseen laskeneeseen yritykseen.⁴⁸ AML 7:6:n mukaan tilinpäätöksen ja toimintakertomuksen tulee antaa oikea ja riittävä kuva liikkeeseenlaskijan toiminnan tuloksesta ja taloudellisesta asemasta.⁴⁹ Edellä mainitut arvopaperimarkkinalain säännökset ovat luonteeltaan lähinnä varsinaista kirjanpito-oikeudellista normistoa täydentäviä.

KPL 7 a luvun 2 §:n 1 momentin mukaan kirjanpitovelvollisen, jonka liikkeeseen laskemat arvopaperit ovat arvopaperimarkkinalaissa tarkoitetun julkisen kaupankäynnin tai sitä vastaavan kaupankäynnin kohteena Euroopan talousalueeseen kuuluvan valtion lainsäädännön alaisessa arvopaperipörssissä, tulee laatia konsernitilinpäätöksensä kansainvälisiä tilinpäätösstandardeja noudattaen. Kansainvälisillä tilinpäätösstandardeilla tarkoitetaan KPL 7 a luvun 1 §:n mukaan kansainvälisten tilinpäätösstandardien soveltamisesta annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksessa (EY) N:o 1606/2002 säädetyn menettelyn mukaisesti yhteisössä sovellettaviksi hyväksytyjä standardeja ja niistä annettuja tulkintoja. Säännöksellä viitataan IFRS-standardeihin.

47 AML 7:5:n säännös on OYL 5:22.1:n nojalla ensisijainen osakeyhtiölain vastaavaan säännökseen nähden.

48 HE 32/2012 vp, s. 121.

49 AML 7:6 vastaa sisällöltään kirjanpitolain (30.12.1997/1336 KPL) 3:2.1:a. AML 7:6:n säännös on silti tarpeen, koska KPL 3:2.1:a ei KPL 7a:4:n nojalla sovelleta IFRS-standardien mukaisesti laadittuun tilinpäätökseen. AML 7:6:ssä nimenomaisesti säädetty oikeiden ja riittävien tietojen vaatimus on tarpeen erityisesti sen vuoksi, että IFRS-standardeissa ei ole säännöksiä toimintakertomuksesta, vaan toimintakertomusta koskeva sääntely sisältyy KPL 3:1.4–6:ihin. Toimintakertomuksen osalta oikeiden ja riittävien tietojen vaatimus on siten säännelty ainoastaan arvopaperimarkkinalaissa.

IFRS-standardeja soveltava yritys jaottelee oman ja vieraan pääoman tilinpäätöksessään IAS 32, *Rahoitusinstrumentit: esittämistapa*, -standardin mukaisesti. IAS 32.2:n mukaan kyseinen standardi asettaa ne periaatteet, joita sovelletaan rahoitusinstrumenttien esittämiseen velkoina tai omana pääomana sekä rahoitusvarojen ja -velkojen vähentämiseen toisistaan. Standardi koskee rahoitusinstrumenttien luokittelua liikkeeseenlaskijan näkökulmasta katsottuna rahoitusvaroihin, rahoitusvelkoihin ja oman pääoman ehtoihin instrumentteihin.

Rahoitusvelalla tarkoitetaan IAS 32.11:n perusteella muun muassa mitä tahansa velkaa, joka on sopimukseen perustuva velvollisuus luovuttaa toiselle yhteisölle käteisvaroja tai muita rahoitusvaroja sekä tietyin rajoituksin myös sellaista sopimusta, joka tullaan toteuttamaan tai saatetaan toteuttaa yhteisön omina oman pääoman ehtoisina instrumentteina. Tästä poiketen instrumentti, joka vastaa rahoitusvelan määritelmää, luokitellaan oman pääoman ehtoiseksi instrumentiksi, jos sillä on kaikki standardin kappaleissa 16A ja 16B tai kappaleissa 16C ja 16D tarkoitetut ominaisuudet ja se täyttää kyseisissä kappaleissa tarkoitetut ehdot. Mainitut kappaleet sisältävät erittäin yksityiskohtaiset edellytykset siitä, milloin rahoitusinstrumentti kirjataan liikkeeseenlaskijan omaan pääomaan.⁵⁰ Säännökset voivat tulla sovellettavaksi osakeyhtiölain mukaiseen pääomalainaan tai VKL 34.2 §:ssä tarkoitettuun debentuurilainaan.⁵¹

IAS 32.15:n mukaan rahoitusinstrumentin liikkeeseenlaskijan on luokiteltava instrumentti tai sen osatekijät rahoitusvelaksi, rahoitusvaroihin kuuluvaksi eräksi tai omaksi pääomaksi sitä alun perin kirjanpitoon merkittäessä sopimukseen perustuvan järjestelyn tosiasiallisen sisällön sekä rahoitusvelan, rahoitusvaroihin kuuluvan erän ja oman pääoman ehtoisen instrumentin määritelmien mukaisesti. Rahoitusinstrumentin kirjanpitoa koskevan ratkaisun kannalta ratkaisevaa on siten paitsi standardin määritelmät, myös järjestelyn

50 Oman ja vieraan pääoman piirteitä omaava instrumentti saattaa myös olla yhdistelmäinstrumentti, joka on kirjattava IFRS-tilinpäätöksessä osin rahoitusvelaksi ja osin omaksi pääomaksi. Tällainen on esimerkiksi vaihtovelkakirjalaina. Yhdistelmäinstrumenttien kirjanpitokäsittelystä ks. esim. Haaramo ja muut 2013, OSA II, luku 6.8.2.2.

51 Säännökset edellyttävät käytännössä sitä, että ainoastaan yksi rahoitusvelan määritelmän täyttävä instrumentti voidaan kirjata omaan pääomaan. Jos osakeyhtiöllä on sekä pääoma- että debentuurilaina, ainoastaan pääomalaina voidaan ilmeisesti kirjata omaan pääomaan, sillä se on maksunsaantijärjestyksessä debentuurilainaa huonommalla etusijalla.

tosiasiallinen sisältö. Tosiasiallinen sisältö viittaa tilinpäätösinformaation tuottamisessa noudatettavaan sisältöpainotteisuuteen. IAS 32.18:ssa todetaan erikseen, että rahoitusinstrumentin luonne määrää sen luokittelun liikkeeseenlaskijan taseessa, ei niinkään rahoitusinstrumentin oikeudellinen muoto. Luokittelua tehtäessä on lisäksi otettava huomioon IAS 32:ssa esitetyt rahoitusvelkojen, rahoitusvarojen ja oman pääoman määritelmät.⁵²

Pääomalaina ja debentuurilaina ovat lähtökohtaisesti IAS 32.11:ssä tarkoitettuja rahoitusvelkoja, jotka kirjataan vieraaseen pääomaan IFRS-standardien mukaisessa tilinpäätöksessä. Vieraaseen pääomaan kirjaaminen on siten kyseisten rahoitusinstrumenttien käsittelyn pääsääntö IFRS-standardien mukaisessa tilinpäätöksessä.⁵³ Jos lainaehdoissa on kuitenkin nimenomaisesti sovittu siitä, että lainalla ei ole eräpäivää, laina kirjataan omaan pääomaan.

Suomalaiset julkisesti noteeratut yritykset laativat edelleen lähes poikkeuksetta erillistilinpäätöksensä kirjanpitolain säännösten mukaisesti.⁵⁴ Osakeyhtiölain esitöissä on todettu, että kirjanpitolakia sovellettaessa pääomalainaa pidetään lähtökohtaisesti vieraana pääomana.⁵⁵ Kirjanpitolautakunta (KILA) on tähän tukeutuen tuloslaskelman ja taseen esittämistä koskevassa yleisohjeessaan sekä lausunnossaan KILA 1787/2006 katsonut, että pääomalaina kirjataan vieraaseen pääomaan kirjanpitolain mukaisessa tilinpäätöksessä.⁵⁶ Pääomalainaan liittyvät oman pääoman piirteet, kuten eräpäivätyttömyys, eivät muuta tätä seikkaa. Kirjanpitolautakunta on edellä mainitussa lausunnossaan todennut myös sen, että vieraan pääomaan ehtoinen käsittely koskee lähtökohtaisesti myös muita viimesijaisia lainoja, joiden ehdot poikkeavat tavanomaisista lainoista, mutta jotka eivät täytä pääomalainan vähimmäisvaatimuksia.⁵⁷ Myös debentuurilaina kirjataan siten aina vieraaseen pääomaan.⁵⁸ Tällaista lopputulosta voidaan perustella sillä, että debentuurilainaa ei ole säädetty omaksi pääomaksi ja debentuurilaina on

52 Haaramo ja muut 2013, OSA II, luku 6.8.2.1.

53 Tämä vastaa osakeyhtiölain esitöissä (HE 109/2005 vp, s. 120) esitettyä näkemystä.

54 Kirjanpitolain säännösten mukaisesta tilinpäätöksestä käytetään myös varsin usein englanninkielestä peräisin olevaa nimitystä FAS-tilinpäätös. Nimitys perustuu sanoihin *Finnish Accounting Standards*.

55 HE 109/2005 vp, s. 120.

56 KILA 2006, luku 4.4 ja liite 3 sekä KILA 1787/24.10.2006, luku 2.3.

57 KILA 1787/24.10.2006, luku 2.3.

58 Kaisanlahti ja muut 2009, s. 370.

maksunsaantijärjestyksessä korkeammalla etusijalla kuin pääomalaina, joka kirjataan vieraaseen pääomaan.

KPA 6 §:n mukaisessa tasekaavassa pääomalinaksi luokiteltava hybridilaina esitetään omana erillisenä vieraan pääoman eränään ennen muita vieraan pääoman eriä. Debentuuriksi luokiteltava hybridilaina puolestaan esitetään lähtökohtaisesti taseen erässä ”joukkovelkakirjalainat”.⁵⁹ Muu hybridilainaksi luokiteltava viimesijainen laina esitetään luonteensa perusteella määrättyvässä erässä, esimerkiksi erässä ”lainat rahoituslaitoksilta”.

Hybridilainan käsittely vaihteli jossain määrin tarkastelun kohteena olleissa tilikauden 2012 tilinpäätöksissä. Spondan ja Ponsen konsernitaseissa hybridilaina sisältyi oman pääoman erään ”muut rahastot” ja Finnairin konsernitaseessa erään ”muu oma pääoma”. Konsernin oman pääoman muutoksia koskevissa laskelmissa hybridilaina sisältyi vastaavan oman pääoman erän muutokseen. Cramon ja Ahlströmin konsernitaseissa hybridilaina esitettiin omana eränään. Cramon konsernitaseessa hybridilainasta käytettiin nimitystä ”hybridi pääoma” ja Ahlströmin konsernitaseessa nimitystä ”oman pääoman ehtoinen laina”. Vastaavaa esitystapaa sovellettiin myös konsernin oman pääoman muutoksia koskevissa laskelmissa.

Konsernien emoyhtiöiden erillistilinpäätöksissä hybridilainaa käsiteltiin poikkeuksetta vieraan pääoman eränä. Spondan, Ponsen ja Finnairin erillistilinpäätösten taseissa hybridilaina oli tarkemmin erittelemättä sisällytetty osaksi lyhyt- tai pitkäaikaista vierasta pääomaa. Sen sijaan Cramon ja Ahlströmin taseissa hybridilaina esitettiin erillisenä eränään. Ensin mainitussa hybridilainasta käytettiin nimitystä ”hybridilaina” ja jälkimmäisessä nimitystä ”oman pääoman ehtoinen laina”. Kaikkien tarkastelun kohteena olleiden tilinpäätösten liitetiedot sisälsivät maininnan hybridilainasta ja sen keskeisistä ehdoista.

Cramon ja Ahlströmin tilinpäätökset antoivat yleisesti ottaen parhaimmat tiedot hybridilainasta. Ne olivat siten sijoittajainformaation näkökulmasta parhaiten laadittuja. Finnairin tilinpäätös oli tarkastelun kohteena olleista tilinpäätöksistä epäinformatiivisin, sillä Finnairin erillistilinpäätöksessä ei

⁵⁹ KILA 2006, luku 4.4 ja liite 3 ja Kisanlahti ja muut 2009, s. 370.

käsitelty lainkaan hybridilainaa. Hybridilainan hieman epäyhtenäinen kirjanpitokäsittely voi vaikeuttaa tilinpäätösinformaation hyödyntämistä sijoituspäätöksiä tai muuta arvopapereita koskevaa analyysiä tehtäessä.

Yhdessäkään tarkastelun kohteena olleesta tilinpäätöksestä ei nimenomaisesti käynyt ilmi, oliko tilinpäätöksen hybridilaina pääomalaina, debenttuurilaina vai jokin muu viimesijainen laina. Cramon ja Ahlströmin osalta hybridilainan kirjanpitokäsittelystä voidaan kuitenkin tehdä päätelmä, että kyseessä on pääomalaina, sillä hybridilaina esitettiin omana eränään sekä konserni- että erillistilinpäätöksessä. Spondan, Ponsen ja Finnairin hybridilainat olivat todennäköisesti debenttuurimuotoisia lainoja.

2.4 Hybridilainan verokohtelu

Oman ja vieraan pääoman ehtoisen rahoituksen verokohtelussa on useita eroja. Keskeinen ero liittyy pääoman käytöstä suoritettujen korvauksien vähennyskelpoisuuteen yrityksen verotuksessa.⁶⁰ Velan korko on elinkeinotulon verotuksessa vähennyskelpoista elinkeinotulon verottamisesta annetun lain (24.6.1968/360, EVL) 7 §:n menon vähennyskelpoisuutta koskevan yleissäännöksen nojalla.⁶¹ Osinko tai muu oman pääoman käytöstä suoritettu korvaus ei sen sijaan ole maksajan verotuksessa vähennyskelpoista menoa. Vieraan pääoman ehtoinen rahoitus on siten verotuksen näkökulmasta oman pääoman ehtoista rahoitusta edullisempaa.

EVL 18.1 §:n 2 kohdan mukaan elinkeinotoiminnasta johtuneen velan korko on vähennyskelpoinen myös silloin, kun korko riippuu liikkeen tuloksesta. Vuoden 1978 osakeyhtiölain aikaisessa oikeuskäytännössä vähennyskelpoiseksi koroksi on katsottu muun muassa pääomalainaksi luokiteltavan vaihtovelkakirjalainan ja pääomalainan ehtoisen debenttuurilainan korko. Molemmissa tapauksissa laina oli kirjattu velallisyhtiön omaan pääomaan.⁶² Ratkaisuihin ilmenevää oikeusohjetta on sovellettu verotuskäytännössä myös

60 Oman ja vieraan pääoman ehtoinen rahoitus eroavat muun muassa yrityksen nettovaurallisuutta laskettaessa.

61 Verovuodesta 2014 alkaen korkojen vähennyskelpoisuutta rajoitetaan 1.1.2013 voimaantulleen uuden EVL 18 a §:n mukaisesti (laki elinkeinotulon verottamisesta annetun lain muuttamisesta 983/2012).

62 KHO 29.9.1995 taltio 3932 ja KHO 29.9.1995 taltio 3933.

nykyisen osakeyhtiölain voimaantulon jälkeen.⁶³ Pääsääntöisesti pääomailaina on luokiteltavissa vieraan pääoman ehtoiseksi, jolloin korko on vähennyskelpoista.⁶⁴ Debentuurilainan tai muun viimesijaisen lainan korko lienee poikkeuksetta verotuksessa vähennyskelpoinen. Ratkaisu koron vähennyskelpoisuudesta on kuitenkin aina tehtävä tapauskohtaisesti lainan taloudellinen luonne huomioon ottaen.

Pääoman käytöstä saadun korvauksen käsittely sijoittajan verotuksessa eroaa sen mukaan, onko kyseessä oman vai vieraan pääoman käytöstä saatu korvaus. Osingon verokohtelu vaihtelee lisäksi riippuen siitä, kuka on osingon maksaja ja kuka osingon saaja. Osakeyhtiön saama osinko on useissa tilanteissa kokonaan verovapaata tuloa ja luonnollisen henkilön saama osinko osittain verovapaata tuloa.⁶⁵ Korko puolestaan on pääsääntöisesti veronalaisista tuloa riippumatta koron saajasta. Elinkeinotoimintaan liittyvä korko on säädetty veronalaiseksi tuloksi EVL 5 §:n 4 kohdassa ja muuhun toimintaan liittyvä korko TVL 33 §:ssä. Yhteisön saama korkotulo on 24,5 prosentin yhteisöverokannan mukaisesti verotettavaa tuloa ja luonnollisen henkilön saama korkotulo 30 tai 32 prosentin pääomatulon verokannan mukaisesti verotettavaa tuloa.⁶⁶

Luonnollisen henkilön saamaan korkotuloon sovelletaan tietyissä tilanteissa tuloverolain mukaisen pääomatulon verotuksen sijaan korkotulon lähdeverosta annetun lain (28.12.1990/1341, KLähdeVL) mukaista verotusta. KLähdeVL 3.1 §:n 2 kohdan mukaan korkotulon lähdeveroa on suoritettava velkakirjalain 34 §:ssä tarkoitettulle joukkovelkakirjalainalle maksettua korosta, jos laina on tarjottu yleisön merkittäväksi.⁶⁷ KLähdeVL 6.1 §:n mukaan korkotulon lähdeveron määrä on 30 prosenttia joukkovelkakirjalai-

63 Verohallinto 1997. Kyseinen Verohallinnon ohjeistus on annettu ennen nykyisen osakeyhtiölain voimaantuloa, mutta se on edelleen voimassa.

64 Tikka ja muut 2013, luku 9.1.1.3 sekä Helminen 2013, luku 9.3.3.

65 Elinkeinotoiminnan tulolähteeseen kuuluvien osakkeiden perusteella saadun osingon verokohtelusta säädetään EVL 6 a §:ssä ja muun toiminnan tulolähteeseen kuuluvien osakkeiden perusteella maksetun osingon verokohtelusta tuloverolain (30.12.1992/1535, TVL)) 33 a–33 d §:issä. Ensin mainittu säännös tulee pääsääntöisesti sovellettavaksi osakeyhtiön saamaan osinkoon ja jälkimmäisenä mainitut säännökset luonnollisen henkilön saamaan osinkoon.

66 Verovuodelta 2013 toimitettavassa tuloverotuksessa sovellettavista verokannoista on säädetty lailla (1515/2011) muutetussa TVL 124 §:ssä.

67 KLähdeVL 3.1 §:n 2 kohdan jälkimmäisen lauseen mukaan lähdeveroa ei ole kuitenkaan suoritettava, jos lainasta ei ole laadittava esitettä arvopaperimarkkinalain 4 luvun 3 §:n 1 momentin 1–3 kohdan nojalla.

nalle maksetusta korosta. Hybridilainan mahdollinen tarjoaminen yleisölle vaikuttaa siten olennaisesti koron verokohteluun luonnollisen henkilön verotuksessa.

Rajoitetusti verovelvollisen eli tuloverolain säännösten mukaan ulkomailta asuvan yhteisön suomalaiselta osakeyhtiöltä saama osinko on rajoitetusti verovelvollisen tulon verottamisesta annetun lain (11.8.1978/627, LähdeVL) 3.6 §:ssä säädetyin edellytyksin Suomen verosta vapaata tuloa, jos osingon saaja omistaa vähintään 10 prosenttia osingon jakavan yhtiön pääomasta. Rajoitetusti verovelvollisen luonnollisen henkilön saamasta osingosta on maksettava Suomeen 30 prosentin suuruinen lähdevero, jos verosopimus ei rajoita Suomen verotusoikeutta.⁶⁸ Rajoitetusti verovelvollisen Suomesta saama korkotulo on sen sijaan pääsääntöisesti verovapaata TVL 9.2 §:n nojalla. Säännös koskee muun muassa obligaatiolle, debenttuurille, muulle joukkovelkakirjalainalle maksettua korkoa sekä sellaiselle ulkomailta Suomeen otetulle lainalle maksettua korkoa, jota ei ole katsottava lainansaajan omaan pääomaan rinnastettavaksi pääomansijoitukseksi. Sääntely johtaa käytännössä ulkomaille maksettujen korkojen täyteen verovapauteen, jos koron saaja asuu sellaisessa valtiossa, joka poistaa kaksinkertaisen verotuksen vapautusmenetelmällä.

Hybridilainasta voidaan edellä mainitun perusteella varsin helposti rakentaa sellainen rahoitusinstrumentti, jota käsitellään velallisyhtiön IFRS-tilinpäätöksessä omana pääomana ja verotuksessa vieraana pääomana. Tällöin hybridilaina vahvistaa velallisyhtiön rahoitusasemaa oman pääoman tavoin, mutta lainan korot voidaan verotuksessa vähentää muiden vieraan pääoman ehtoisen rahoituksen tavoin. Hybridilainalle maksettavan koron määrä voidaan lisäksi sitoa yrityksen tulokseen, jolloin instrumentti vastaa tuotto-
profiililtaan oman pääoman ehtoista sijoitusta, mutta jonka korko voidaan vähentää verotuksessa. Edellä mainitut periaatteet koskevat lähtökohtaisesti samalla tavoin sekä julkisen kaupankäynnin kohteeksi haettua että muuta hybridilainaa.

⁶⁸ LähdeVL 3.5 ja 3.6 sekä 7 §:issä on varsin yksityiskohtaiset säännökset rajoitetusti verovelvolliselle maksetusta korosta perittävästä lähdeverosta.

Suomessa yleisesti verovelvollisen yhteisömuotoisen velkojan näkökulmasta ei ole juurikaan merkitystä, onko hybridilaina haettu julkisen kaupankäynnin kohteeksi vai ei, sillä lainasta saatu korkotulo on kummassakin tapauksessa veronalaista tuloa. Suomessa yleisesti verovelvollisen luonnollisen henkilön kannalta lainan hakemisella julkisen kaupankäynnin kohteeksi voi olla suurikin merkitys, sillä yleisölle tarjottuun hybridilainaan perustuvan joukkovelkakirjalainan korko on korkotulon lähdeverotuksen piirissä. Koron verotus on tällöin bruttoverotusta. Luonnollinen henkilö ei voi toisin sanoen vähentää hybridilainasta saamastaan korkotulosta siihen – tai muuhunkaan tulonhankkimistoimintaansa – kohdistuvia menoja.⁶⁹

Suomessa rajoitetusti verovelvollisen velkojan kannalta hybridilainan listauksella voi olla eräissä tilanteissa ratkaiseva merkitys lainan verokohtelun kannalta. Tämä johtuu siitä, että TVL 9.2 §:ään perustuva lähdeverovapaus ei koske lainaa, joka katsotaan lainansaajan omaan pääomaan rinnastettavaksi pääomansijoitukseksi. Hybridilainan korko saattaa siten olla rajoitetusti verovelvollisen lähdeveron alaista tuloa Suomessa.⁷⁰ Jos tällaisesta hybridilainasta muodostetaan julkisesti kaupankäynnin kohteena oleva joukkovelkakirjalaina, sille maksettu korko saattaa kuitenkin olla lähdeverosta vapaata tuloa.

69 Hybridilainan saattamisella julkisen kaupankäynnin kohteeksi voi olla merkitystä myös varainsiirtoverotuksen näkökulmasta. Varainsiirtoverolain (29.11.1996/931, VSVL) 15.1 §:n perusteella arvopaperin omistusoikeuden luovutuksensaajan on suoritettava luovutuksesta varainsiirtoveroa. VSVL 17:ssä tarkoitettu arvopaperin määritelmä ei lähtökohtaisesti kata vieraan pääoman ehtoisia instrumentteja. Poikkeuksen muodostaa kuitenkin sellainen yhteisön antama velkakirja tai muu saamistodiste, jonka korko määräytyy yhteisön toiminnan tuloksen tai osingon suuruuden mukaan. Hybridilaina, jonka korko on sidottu velallisyrietyksen tulokseen tai osinkoon, on siten varainsiirtoverolaissa tarkoitettu arvopaperi, jonka luovutuksesta on suoritettava varainsiirtoveroa. VSVL 15 a §:n nojalla veroa ei kuitenkaan ole suoritettava julkisen kaupankäynnin kohteena olevan arvopaperin luovutuksesta. Tämän vuoksi sillä seikalla, onko hybridilaina haettu julkisen kaupankäynnin kohteeksi vai ei, on vaikutusta sellaisten hybridilainojen verokohteluun, joiden korko on sidottu velallisyrietyksen tuloksen tai osingon suuruuteen.

70 Verosopimus tai korko-rojaltidirektiiviin perustuva LähdeVL 3 a–3 f §:ien sääntely voi estää Suomea verottamasta korkoa tällaisessa tilanteessa.

3 Hybridilaina ja arvopaperimarkkinaoikeudellinen tiedonantovelvollisuus

3.1 Tiedonantovelvollisuuden lähtökohdat

Suurin osa arvopaperimarkkinaoikeudellisesta sääntelystä liittyy tiedonantovelvollisuuteen.⁷¹ Arvopaperimarkkinaoikeudellista tiedonantovelvollisuutta koskevat yleissäännökset ovat AML 1:2–4:ssä. Ne sisältävät hyvän arvopaperimarkkinatavan vastaisen menettelyn kiellon, kiellon antaa totuudenvastaisia ja harhaanjohtavia tietoja sekä velvollisuuden pitää riittävät tiedot tasapuolisesti sijoittajien saatavilla.⁷² Säännökset muodostavat eräänlaisen arvopaperimarkkinaoikeudellisia periaatteita käsittävän kokonaisuuden.⁷³

Yleisestä arvopaperimarkkinaoikeudellisesta tiedonantovelvollisuudesta säädetään AML 4:1:ssä. Lainkohdan mukaan se, joka itse tai toimeksiannon nojalla tarjoaa arvopapereita tai hakee arvopaperin ottamista kaupankäynnin kohteeksi säännellylle markkinalle tai monenkeskiseen kaupankäyntijärjestelmään tai jolla on AML 3–9 tai 11 luvun nojalla tiedonantovelvollisuus sijoittajia kohtaan, on velvollinen pitämään sijoittajien saatavilla tasapuolisesti riittävät tiedot seikoista, jotka ovat omiaan olennaisesti vaikuttamaan arvopaperin arvoon. Arvopaperimarkkinallain ohella riittävien tietojen saatavilla pitämisen vaatimus sisältyy muu muassa Helsingin pörssin sääntöihin ja sääntöjen selitysosaan⁷⁴ sekä avoimuusdirektiivin⁷⁵ 18 artiklaan.

Arvopaperimarkkinaissa on useita tiedonantovelvollisuutta koskevia erityissäännöksiä. Arvopaperin liikkeeseenlaskija on AML 6 luvun mukaisen jatkuvan tiedonantovelvollisuuden ja AML 7 luvun mukaisen säännöllisen

71 Arvopaperimarkkinoita koskevan sääntelyn olemassaolo perustuu hyvin suurelta osin siihen, että sääntelyn avulla pyritään turvaamaan, että markkinoilla toimivilla olisi asianmukaiset tiedot päätöksenteon perusteeksi, jolloin markkinat toimivat oletettavasti mahdollisimman tehokkaasti. Ks. myös Rissanen ja muut 2013, OSA IV, luku 1.1.1.

72 AML 1:3 ja 1:4 koskevat nimenomaisesti tiedonantovelvollisuutta. HE 32/2012 vp, s. 95 mukaan myös AML 1:2 kohdistuu muun ohessa laissa säädetyn arvopapereita koskevan tiedonantovelvollisuuden täyttämiseen.

73 HE 32/2012 vp, s. 95 ja 97.

74 Arvopaperipörssin säännöt 2013, s. 33–42.

75 Euroopan parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/109/EY säännellyillä markkinoilla kaupankäynnin kohteeksi otettavien arvopaperien liikkeeseenlaskijoita koskeviin tietoihin liittyvien avoimuusvaatimusten yhdenmukaistamisesta ja direktiivin 2001/34/EY muuttamisesta.

tiedonantovelvollisuuden piirissä.⁷⁶ Jatkuva tiedonantovelvollisuus edellyttää, että arvopaperin liikkeeseenlaskijan on ilman aiheutonta viivytystä julkistettava kaikki sellaiset päätöksensä sekä liikkeeseenlaskijaa ja sen toimintaa koskevat seikat, jotka ovat omiaan olennaisesti vaikuttamaan mainitun arvopaperin arvoon.⁷⁷ Säännöllinen tiedonantovelvollisuus puolestaan edellyttää erilaista määräajoin tapahtuvaa tiedottamista. Arvopaperimarkkinalain ohella tiedonantovelvollisuutta koskevaa sääntelyä sisältyy myös kirjanpito-oikeudelliseen normistoon.⁷⁸ Tiedonantovelvollisuutta konkretisoivaa ohjeistusta sisältyy Finanssivalvonnan antamaan ohjeistukseen.

Arvopaperimarkkinalain mukainen tiedonantovelvollisuus koskee yleisesti ottaen laajimmillaan osakkeen, osakkeeseen oikeuttavan arvopaperin tai muun näihin rinnastuvan arvopaperin liikkeeseenlaskijaa.⁷⁹ Pelkän hybridilainan liikkeeseen laskenut yhtiö ei siten ole kaikista laajimman arvopaperimarkkinaoikeudellisen tiedonantovelvollisuuden piirissä. Käytännössä tilanne on kuitenkin useimmiten se, että hybridilainan liikkeeseenlaskijan osake on julkisen kaupankäynnin kohteena, jolloin hybridilainan liikkeeseenlaskijaa koskee osakkeen liikkeenlaskijan laaja tiedonantovelvollisuus.

3.2 Hybridilainan tarjoaminen ja listalleotto

3.2.1 Esitteen laatimisvelvollisuus

Esitteen laatimisvelvollisuudesta säädetään AML 4:1.1:ssä. Sen mukaan yleisölle arvopapereita tarjoavan ja arvopaperin ottamista kaupankäynnin kohteeksi säännellylle markkinalle hakevan on julkaistava arvopapereita koskeva esite ennen tarjouksen voimaantuloa tai arvopaperin ottamista kaupankäynnin kohteeksi säännellylle markkinalle ja pidettävä se yleisön saatavilla tarjouksen voimassaoloajan siten kuin kyseisessä luvussa säädetään.⁸⁰

⁷⁶ AML 6 ja 7 lukujen ohella tiedonantovelvollisuutta koskevia säännöksiä on myös AML 8–10 luvuissa.

⁷⁷ Finanssivalvonnan standardi 5.1 käsittelee säännöllistä ja 5.2b jatkuvaa tiedonantovelvollisuutta.

⁷⁸ Kirjanpito-oikeudellista normistoa on käsitelty edellä alaluvussa 2.3.

⁷⁹ Pelkästään osakkeen, osakkeeseen oikeuttavan arvopaperin ja tai näihin rinnastuvan arvopaperin liikkeeseenlaskijaa koskevia säännöksiä ovat muun muassa tilinpäätöstiedotetta koskeva AML 7:9 ja osavuositarkastusten laatimista koskeva 7:10. Pelkästään osakkeiden liikkeeseenlaskijaan soveltuvat omien osakkeiden ilmoittamista koskeva AML 8:2 ja osakkeiden ja äänimäärien julkaisemista koskevaa AML 8:6 sekä AML 9:10:ssä tarkoitettu liputusilmoitusten julkistamisvelvollisuus.

⁸⁰ AML 3–5 lukujen esitettä koskeva sääntely perustuu merkittävältä osin esitedirektiiviin.

Velvollisuus laatia esite voi siten tulla kyseeseen kahdessa erikseen arvioitava tilanteessa: tarjottaessa arvopapereita yleisölle ja haettaessa arvopaperia julkisen kaupankäynnin kohteeksi.⁸¹

Arvopaperien tarjoamisella yleisölle tarkoitetaan AML 2:12:n mukaan henkilöille suunnattua viestintää, jossa annetaan tai jonka tarkoituksena on antaa tarjouksen ehdoista ja tarjotusta arvopaperista riittävät tiedot arvopaperia koskevan osto- tai merkintäpäätöksen tekemiseksi. Käsitteen sisältö on lain esitöiden mukaan sama kuin esitedirektiivin 2 artiklan 1 kohdan d alakohdassa.⁸² Kyseessä on missä tahansa muodossa ja mitä tahansa tiedonvälityskanavaa käyttäen tapahtuva viestintä, jossa arvopapereita koskevan tarjouksen ehdoista sekä tarjottavista arvopapereista annetaan siinä määrin riittävät tiedot, että niiden perusteella sijoittaja voi objektiivisesti arvioiden tehdä päätöksen arvopaperien ostamisesta, merkitsemisestä tai muusta tarjoukseen yhtymisestä.⁸³ Säännös koskee lähtökohtaisesti myös hybridilainan tarjoamista.

AML 4:3:ssä säädetään poikkeukset velvollisuudesta julkaista esite tarjottaessa arvopapereita yleisölle.⁸⁴ Sen 1 momentin mukaan esitettä ei tarvitse julkaista, jos arvopapereita tarjotaan:

- 1) yksinomaan kokeneille sijoittajille;
- 2) kutakin ETA-valtiota kohden laskettuna alle 150 sijoittajalle, jotka eivät ole kokeneita sijoittajia;
- 3) hankittavaksi vähintään 100 000 euron arvosta kutakin sijoittajaa ja tarjousta kohden taikka nimellistä vasta-arvoltaan vähintään 100 000 euron suuruisina osuuksina;
- 4) Euroopan talousalueella 12 kuukauden aikana yhteenlasketulta vastikkeeltaan alle 1 500 000 euron suuruisen määrä laskettuna; taikka

81 FIVA 5.2a, kohta 5(32).

82 HE 32/2012 vp, s. 12. Esitedirektiivi eli Euroopan parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2003/71/EY arvopapereiden yleisölle tarjoamisen tai kaupankäynnin kohteeksi ottamisen yhteydessä julkistettavasta esitteestä ja direktiivin 2001/34/EY muuttamisesta.

83 FIVA 5.2a, kohta 5(12) ja 5(26)–5(30).

84 AML 4:4:ssä on säädetty poikkeukset velvollisuudesta julkaista esite haettaessa arvopaperin ottamista kaupankäynnin kohteeksi säännellylle markkinalle. Poikkeukset koskevat vain osakkeita tai kannustinjärjestelmiin liittyviä arvopapereita. Poikkeukset eivät siten sovellu hybridilainaan.

5) Euroopan talousalueella 12 kuukauden aikana yhteenlasketulta vastikkeeltaan alle 5 000 000 euron suuruinen määrä ja arvopaperit haetaan kaupankäynnin kohteeksi monenkeskisessä kaupankäyntijärjestelmässä Suomessa ja sijoittajien saatavilla pidetään tarjouksen ajan kaupankäyntijärjestelmän sääntöjen mukainen yhtiöesite.

Säännökset mahdollistavat julkisesti noteeratulle yhtiölle hybridilainaan perustuvan pääoman hankinnan ilman esitteen laatimista. Yhtiö voi siten hybridilainaa hyödyntämällä hankkia pienemmin transaktiokustannuksin ja nopeasti taseen omaan pääomaan kirjattavaa rahoitusta ilman osakkeiden tai muiden yhtiö-oikeudellisesti oman pääoman ehtoisten rahoitusinstrumentin käyttämistä.⁸⁵

AML 1:4:ssä tarkoitettua riittävien tietojen saatavilla pitämisen vaatimusta sovelletaan lain esitöiden mukaan arvopaperien tarjoamisen yhteydessä myös sellaiseen arvopaperien tarjoamiseen, jossa ei synny velvollisuutta julkaista esitettä. Näissä tilanteissa riittävät tiedot on pidettävä muuten tarjouksen kohderyhmänä olevien sijoittajien saatavilla.⁸⁶ Tiedonantovelvollisuus on yleisluonteinen velvollisuus ja se koskee myös tilanteita, joissa esitettä ei tarvitse julkistaa.⁸⁷ Säännös soveltuu hybridilainaan, joka tarjotaan AML 4:3:n nojalla sijoittajille ilman esitettä.

Arvopapereiden hakemisella kaupankäynnin kohteeksi säännellylle markkinalle tarkoitetaan AML 2:5:n perusteella arvopaperin hakemista kaupankäynnin kohteeksi pörssin tai sitä muussa ETA-valtiossa vastaavan markkinoiden ylläpitäjän hallinnoiman monenkeskisen kaupankäyntimenettelyn kohteeksi.⁸⁸ Esite on siten laadittava aina, jos hybridilainaa halutaan saattaa

85 Osakkeiden liikkeeseenlasku edellyttää yhtiökokouksen päätöstä tai yhtiökokouksen hallitukselle antamaa osakeantivaltuutusta (OYL 9:2). Suunnatun annin järjestäminen edellyttää painavaa taloudellista syytä ja kahden kolmasosan määräenemmistöä yhtiökokouksessa (9:4). Jos edellytykset eivät täyty, osakkeita on tarjottava kaikille osakkeenomistajille heidän osakeomistuksensa suhteessa (OYL 9:3.1). Tällöin esite on käytännössä laadittava. Hybridilainan ottamisesta voidaan sen sijaan päättää hallituksen päätöksellä eikä lainaa tarvitse suunnata kaikille osakkeenomistajille.

86 HE 32/2012 vp, s. 99–100.

87 FIVA 5.2a, kohta 5(15).

88 Arvopaperimarkkinain sääntely on tältä osin hieman vaikeaselkoista. AML 2:5:n mukaan säännellyllä markkinalla tarkoitetaan tässä laissa kaupankäynnistä rahoitusvälineillä annetun lain 1:2:n 6 kohdassa tarkoitettua kaupankäyntimenettelyä. Viimeksi mainitun lainkohdan mukaan säännellyllä markkinalla tarkoitetaan pörssin tai sitä muussa ETA-valtiossa vastaavan markkinoiden ylläpitäjän ylläpitämää monenkeskistä kaupankäyntimenettelyä, jossa säännellyn markkinan ylläpitäjän laatimien sääntöjen mukaisesti saatetaan yhteen rahoitusvälineitä koskevia osto- ja myyntitarjouksia tai tarjouksetuksia siten, että tuloksena on rahoitusvälinettä koskeva sitova kauppa.

julkisen kaupankäynnin kohteeksi. Säännöksen vuoksi hybridilainaa ei ole velallisyhtiön näkökulmasta kannattavaa listata, jos ei ole varmaa, että lainalle muodostuu riittävän likviditeetin takaavat jälkimarkkinat, jotta lainan korkokulut alenevat.

3.2.2 Esitteessä kerrottavat tiedot

AML 4:6:ssä säädetään esitteen sisällöstä ja rakenteesta. Lainkohdan 1 momentin mukaan esitteessä on annettava sijoittajalle riittävät tiedot perustellun arvion tekemiseksi arvopapereista ja niiden liikkeeseenlaskijasta sekä mahdollisesta takaajasta. Esitteessä on oltava olennaiset ja riittävät tiedot liikkeeseenlaskijan ja mahdollisen takaajan varoista, vastuista, taloudellisesta asemasta, tuloksesta ja tulevaisuudennäkymistä sekä arvopapereihin liittyvistä oikeuksista ja muista arvopaperien arvoon olennaisesti vaikuttavista seikoista. Lain esitöiden mukaan esitteen tulee antaa sijoittajalle riittävät tiedot perustellun arvion tekemiseksi arvopapereista ja tarjouksesta kokonaisuudessaan. Riittäviä tietoja on arvioitava lähtökohtaisesti samoin kuin AML 1:4:ssä. Esite ei saa myöskään sisältää totuudenvastaisia tai harhaanjohtavia tietoja AML 1:3:n vastaisesti.⁸⁹

AML 6:4:n mukaan esite on julkaistava joko yhtenä tai kolmesta osasta koostuvana asiakirjana. Jos esite julkaistaan kolmiosaisena, sen osat on nimettävä rekisteröintiasiakirjaksi, arvopaperiliitteeksi ja tiivistelmäksi. Esitteen osien sisältöä koskevat tarkemmat säännökset ovat komission esiteasetuksessa⁹⁰ ja valtiovarainministeriön esiteasetuksessa⁹¹. Rekisteröintiasiakirjasta käytetään komission esiteasetuksessa vanhaa nimitystä perusesite.⁹²

AML 4:6.3:n mukaan esitteessä on esitettävä arvopaperimarkkinaissa, sen nojalla annetuissa säännöksissä ja komission esiteasetuksessa vaaditut

89 HE 32/2012 vp, s. 110.

90 Komission asetus (EY) N:o 809/2004 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2003/71/EY täytäntöönpanosta esitteiden sisältämien tietojen, esitteiden muodon, viitauksina esitettävien tietojen, julkistamisen ja mainonnan osalta.

91 Valtiovarainministeriön asetus arvopaperimarkkinalain 3–5 luvussa tarkoitetuista esitteistä (1019/2012).

92 HE 32/2012 vp, s. 111.

tiedot.⁹³ Sovellettavaksi tulevat siten arvopaperimarkkinalain ohella sekä komission esiteasetuksen että valtiovarainministeriön esiteasetuksen säännökset.⁹⁴ Komission esiteasetuksen 3 artiklan 1 kohdan mukaan esite on laadittava käyttäen yhtä asetuksessa tarkoitettua luetteloa tai asetuksessa tarkoitettujen luetteloiden ja lisätieto-osien yhdistelmää. Komission esiteasetuksen 3 artiklan 2 kohdan mukaan esitteen on sisällettävä liikkeeseenlaskijan tai liikkeeseenlaskun ja arvopaperilajien ominaisuuksista riippuen asetuksen liitteissä I–XVII ja liitteissä XX–XXX vaaditut tiedot. Esitteessä annettavat tiedot vaihtelevat sen mukaan, millaisesta arvopaperista on kyse. Komission esiteasetusta sovellettaessa keskeinen merkitys on sillä, onko kyse osakesidonnaisesta vai muusta arvopaperista.⁹⁵ Valtiovarainministeriön esiteasetuksessa arvopaperit on niin ikään jaettu osakesidonnaisiin ja muihin kuin osakesidonnaisiin arvopapereihin.⁹⁶

Valtiovarainministeriön esiteasetuksessa ja komission esiteasetuksessa ei ole määritelyä sitä, milloin arvopaperi on osakesidonnainen ja milloin vieraan pääoman ehtoinen. Tämä asia on siten ratkaistava arvopaperimarkkinalain ja esitedirektiivin tulkinnalla. AML 3:4 sisältää osakesidonnaisen arvopaperin määritelmän, joka lain esitöiden mukaan vastaa merkityssisällöltään esitedirektiivin 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan oman pääoman ehtoisen arvopaperin määritelmää.⁹⁷ AML 3:4:n mukaan osakesidonnaisella arvopaperilla tarkoitetaan esitettä koskevissa AML 3–5 luvussa osakeyhtiön osaketta ja muun yhteisön vastaavaa osuutta, osakeyhtiölain 3 luvun 12 §:n mukaista muihin osakeoikeuksiin liittyvää todistusta ja muuta arvopapereita, joka oikeuttaa hankkimaan tällaisen arvopaperin joko vaihtamisen tai toteuttamisen kautta edellyttäen, että toteuttavan oikeuden on laskenut liikkeeseen osakkeen tai vastaavan osuuden liikkeeseenlaskija tai sen kanssa samaan konserniin kuuluva yhteisö.

93 Jos arvopaperit sisältyvät tarjoukseen, jonka yhteenlaskettu vastike laskettuna Euroopan talousalueella 12 kuukauden aikana tehdyistä tarjouksista on alle 5 000 000 euroa, eikä arvopapereita haeta kaupankäynnin kohteeksi säännellylle markkinalle, esite voidaan kuitenkin laatia yksinomaan arvopaperimarkkinalaissa ja valtiovarainministeriön esiteasetuksessa säädettyjen vaatimusten mukaisesti.

94 Komission esiteasetus on jäsenvaltioissa suoraan sovellettavaa oikeutta.

95 HE 32/2012 vp, s. 106.

96 Osakkeita ja osakesidonnaisia arvopapereita koskevat säännökset ovat valtiovarainministeriön esiteasetuksen 2 luvussa ja muita arvopapereita koskevat säännökset 3 luvussa.

97 HE 32/2012 vp, s. 106.

Arvopaperimarkkinalain esitöiden mukaan esitteitä koskevien vaatimusten sisältö määräytyy ensisijaisesti sen mukaan, onko arvopaperi osake tai onko arvopaperilla liitännäisyys osakkeeseen, eikä sillä perusteella, mikä on arvopaperin pääoman etuoikeusasema liikkeeseenlaskijan konkurssissa.⁹⁸ Pääomalainaan tai debenttuuriin perustuva hybridilainaa ei tämän vuoksi voida pitää komission esiteasetusta tai valtiovarainministeriön esiteasetusta sovellettaessa osakesidonnaisena instrumenttina, vaan hybridilaina on kumpaakin asetusta sovellettaessa katsottava vieraan pääoman ehtoiseksi rahoitusinstrumentiksi.

Vieraan pääoman ehtoisista arvopapereista annettavista tiedoista säädetään komission esiteasetuksen 7 ja 8 artikloissa. Ne koskevat nimellisarvoltaan alle 100 000 euron arvoisia velkapapereita. Nimellisarvoltaan suuremmista arvopapereista ei tarvitse laatia esitettä.⁹⁹ Nimellisarvoltaan alle 100 000 euron velkapapereita koskevassa perusesitteessä on annettava komission esiteasetuksen liitteeseen IV sisältyvässä luettelossa mainitut tiedot ja arvopaperiliitteessä komission esiteasetuksen liitteeseen V sisältyvän luettelon mukaiset tiedot.

Komission esiteasetuksen liite IV sisältää velkapapereita ja johdannaisarvopapereita koskevassa perusesitteessä annettavia vähimmäistietoja koskevan luettelon. Luettelossa on 17 kohtaa, ja se kattaa liikkeeseenlaskijaa koskevia tietoja. Luettelon kohdan 13 mukaan perusesitteessä on annettava tiedot liikkeeseenlaskijan varoista ja vastuista, rahoitusasemasta sekä toiminnan tuloksesta. Näihin tietoihin lukeutuu muun muassa kolmen edellisen tilikauden IFRS-standardien mukaisen tilinpäätöksen tiedot. Liikkeeseenlaskijan mahdollinen aikaisemmin ottama hybridilaina tulee käydä ilmi näistä tiedoista samalla tavoin kuin tilinpäätöksen tiedoista. Vastaavan sisältöistä sääntelyä on rekisteröintiasiakirjaa koskevissa valtiovarainministeriön esiteasetuksen 3:1–8:issä.

⁹⁸ HE 32/2013 vp, s. 106.

⁹⁹ Esiteasetuksen 7 artikla soveltuu myös sellaisiin velkapapereihin, joiden yksikkökohdasta nimellisarvoa ei ole määrätty, mutta joita voidaan hankkia liikkeeseenlaskun yhteydessä alle 100 000 euron yksikköhinnalla.

Komission esiteasetuksen liite V sisältää velkapapereita ja johdannaisarvopapereita koskevassa arvopaperiliitteessä annettavia vähimmäistietoja koskevan luettelon. Luettelossa on mainittu seuraavat tiedot:¹⁰⁰

1. Vastuulliset henkilöt
2. Riskitekijät
3. Olennaiset tiedot
4. Tarjottavia/kaupankäynnin kohteeksi otettavia arvopapereita koskevat tiedot
5. Tarjouksen ehdot
6. Kaupankäynnin kohteeksi ottamista koskevat järjestelyt
7. Lisätiedot

Riskitekijät-otsikon alla on luettelon 2.1 kohdan mukaan esitettävä selkeästi tarjottaviin ja/tai kaupankäynnin kohteeksi otettaviin arvopapereihin liittyvät riskit, jotka ovat olennaisia arvopapereihin liittyvän markkinariskin arvioimisen kannalta. Säännös vastaa sisällöltään valtiovarainministeriön esiteasetuksen 3:10:ää, jonka mukaan arvopaperiliitteessä on selostettava liikkeeseenlaskuun tai liikkeeseen laskettaviin arvopapereihin liittyvät riskit, jotka voivat toteutuessaan olennaisesti vaikuttaa liikkeeseenlaskijan kykyyn vastata sitoumuksistaan tai arvopaperien arvoon. Edellä mainitut säännökset edellyttävät, että hybridilainaa koskevassa esitteessä on kerrottava ainakin lainan viimesijaisuudesta suhteessa muihin velkoihin ja perpetuaaliehdoista. Jos kyseessä on pääomalaina, esitteessä on lisäksi mainittava OYL 12:1:stä johtuvista koronmaksua koskevista rajoituksista.

Komission esiteasetuksessa tarkoitettuihin olennaisiin tietoihin kuuluu luettelon 3.2 kohdan perusteella muun muassa syyt arvopaperin tarjoamiseen ja varojen käyttö. Esitteessä on siten annettava tieto, jos hybridilainan liikkeeseenlaskun tarkoituksena on lyhyen aikavälin maksuvalmiuden turvaaminen tai maksukyvyttömyysmenettelyjen välttäminen.

Arvopapereita koskevissa tiedoissa on luettelon 4.5 kohdan mukaan annettava tiedot tarjottavien ja/tai kaupankäynnin kohteeksi otettavien arvopape-

¹⁰⁰ Arvopaperiliitteessä olevista tiedoista on lisäksi määräyksiä valtiovarainministeriön esiteasetuksen 3:9–16:issä.

reiden etuoikeusjärjestyksestä sekä tiivistelmä mahdollisista ehdoista, jotka voivat vaikuttaa etuoikeusjärjestykseen tai joilla arvopaperi asetetaan etuoikeusjärjestyksessä liikkeeseenlaskijan mahdollisia nykyisiä tai tulevia velkoja alemmalle tasolle.¹⁰¹ Esitteessä on kerrottava tämän vaatimuksen mukaiset tiedot hybridilainan viimesijaisuudesta.¹⁰²

Arvopapereita koskeviin tietoihin on luettelon 4.7 kohdan nojalla sisällytettävä hybridilainan nimelliskorko sekä maksettavaa korkoa koskevat tiedot. Jos korko ei ole kiinteä, esitteessä on lausuttava koron määräytymisperusteiden tyypistä ja kuvaus koron määräytymisperusteesta sekä menetelmästä, jota käytetään koron ja sen määräytymisperusteiden liittämiseksi toisiinsa.¹⁰³ Mainitut tiedot on annettava, jos hybridilainan korko on yrityksen tulokseen sidottu tai muutoin vaihtuvakorkoinen. Arvopaperia koskevissa tiedoissa on lisäksi mainittava perpetuaaliehto ja lainaan mahdollisesti liittyvä velallisen takaisinmaksuoptio.

Komission esiteasetuksessa ei ole erityismääräyksiä arvopaperin kirjanpito-käsittelystä tai verokohtelusta annettavista tiedoista. Komission esiteasetuksen liitteiden mukaiset tiedot ovat kuitenkin ainoastaan vähimmäistietoja, eivätkä ne tämän vuoksi rajoita muiden tietojen antamista. AML 1:4 ja 4:6 taas edellyttävät, että esitteessä on annettava tiedot arvopaperin arvoon olennaisesti vaikuttavista seikoista. Myös hybridilainan poikkeuksellinen kirjanpito-käsittely suhteessa muihin vieraan pääoman ehtoihin rahoitusinstrumentteihin on siinä määrin olennainen asia, että siitä on kerrottava esitteessä. Lisäksi hybridilainan verokohteluun liittyy sellaisia erityispiirteitä, että ne on syytä mainita esitteessä.

3.3 Hybridilaina ja osavuosikatsaus

Osavuosikatsauksen julkistamisesta säädetään AML 7:10:ssä. Lainkohdan 1 momentin mukaan osakkeen, osakkeeseen oikeuttavan arvopaperin tai näihin rinnastettavan arvopaperin liikkeeseenlaskijan on julkistettava osavuosikatsaus tilikauden kolmelta, kuudelta ja yhdeksältä ensimmäiseltä

101 Vastaava vaatimus sisältyy valtiovarainministeriön esiteasetuksen 2:13:ään.

102 Jos hybridilainaan liittyy oman pääoman ehtoiselle rahoitukselle tyypillisiä kontrollioikeuksia, niistä on esiteasetuksen liitteen V kohdan 4.6 nojalla mainittava esitteessä. Näin on syytä menetellä, vaikka oikeudet olisivat vain ehdollisia.

103 Vastaava vaatimus sisältyy valtiovarainministeriön esiteasetuksen 2:13:ään.

kuukaudelta. Lainkohdan 3 momentin mukaan muun kuin 1 momentissa tarkoitettujen arvopaperien liikkeeseenlaskijan on julkistettava osavuositarkastus tilikauden kuudelta ensimmäiseltä kuukaudelta. Säännöksen sanamuodon ja lain esitöiden perusteella lainkohdassa tarkoitettuja muita arvopapereita ovat esimerkiksi vieraan pääoman ehtoiset rahoitusinstrumentit.¹⁰⁴ Siten pelkän hybridilainan liikkeeseen laskeneen yhtiön ei tarvitse julkaista neljännesvuosittaisia osavuositarkastuksia, vaan osavuositarkastuksen julkaiseminen puolivuositarkastuksella riittää.

AML 7:10.3 sisältää säännöksen, joka vapauttaa pelkästään nimellisarvoltaan suurten vieraan pääoman ehtoisten instrumenttien liikkeeseenlaskijan kokonaan osavuositarkastuksen laatimisvelvollisuudesta. Lainkohdan mukaan velvollisuus julkaista osavuositarkastus ei koske liikkeeseenlaskijaa, joka on laskenut liikkeeseen kaupankäynnin kohteeksi säännellyllä markkinalla vain muita kuin AML 7:10.1:ssä tarkoitettuja arvopapereita, joiden yksikkökohtainen nimellisarvo on vähintään 100 000 euroa tai tätä liikkeeseenlaskupäivänä vastaava määrä muussa valuutassa. Lain esitöistä ilmenee, että säännös soveltuu esimerkiksi vieraan pääoman ehtoisten arvopapereiden liikkeeseenlaskijaan.¹⁰⁵ Säännös mahdollistaa siten nimellisarvoltaan suuren hybridilainan hakemisen julkaisen kaupankäynnin kohteeksi ilman, että yhtiölle aiheutuu pelkästään tästä syystä velvollisuutta laatia osavuositarkastus.

AML 7:11.1:n mukaan osavuositarkastus on laadittava noudattaen samoja kirjaamis- ja arvostusperiaatteita kuin tilinpäätöksessä. AML 7:11.3:ssa puolestaan säädetään, että osavuositarkastuksen taulukko-osa on laadittava noudattaen kirjanpitolaissa tarkoitettuja kansainvälisiä tilinpäätösstandardeja osavuositarkastuksista. Osavuositarkastus on siten laadittava IFRS-standardien mukaisesti, samalla tavoin kuin tilikaudelta laadittu konsernitilinpäätös. Sovellettavaksi tulee IAS 34, *Osavuositarkastukset*, -standardi.¹⁰⁶

IAS 34.18 edellyttää, että osavuositarkastuksessa on esitettävä lyhennetty tase ja tuloslaskelma, lyhennetty laskelma oman pääoman muutoksista, lyhen-

104 Lain esitöissä ei ole määritelty, mitä AML 7:10:ssä tarkoitetaan muulla arvopaperilla. Kyseisen lainkohdan 3 momentin perusteluista (HE 32/2012 vp, s. 123) voidaan kuitenkin päätellä, että kyseessä ovat muun ohessa vieraan pääoman ehtoiset arvopaperit.

105 HE 32/2012 vp, s. 123.

106 HE 32/2012 vp, s. 125.

netty rahavirtalaskelma sekä tietyt selventävät liitetiedot. IAS 34.28:n perusteella yhtiön on lähtökohtaisesti sovellettava osavuositilinpäätöksessään samoja laatimisperiaatteita kuin vuositilinpäätöksessään. Vastaava vaatimus on kirjaamis- ja arvostusperiaatteiden osalta säädetty myös AML 7:11.3:ssa. Hybridilaina on siten esitettävä yhtiön osavuosikatsauksen lyhennytyssä taseessa vastaavalla tavoin kuin tilikaudelta laaditun konsernitilinpäätöksen taseessa.¹⁰⁷ Hybridilaina sisältyy siten lainaehdoista riippuen joko omaan tai vieraaseen pääomaan olipa kyseessä sitten julkisen kaupankäynnin kohteena oleva tai muu hybridilaina. Esittämistavan on IAS 28.1:n nojalla oltava johdonmukainen tilinpäätöksessä sovellettuun esittämistapaan nähden.

Kaikissa tarkastelun kohteena olleiden yritysten vuoden 2013 ensimmäisen vuosineljänneksen osavuosikatsauksissa hybridilaina oli käsitelty yhdenmukaisesti lainan tilinpäätöskäsittelyn kanssa: Cramon ja Ahlströmin osavuosikatsauksissa hybridilaina esitettiin omana eränään, Spondan osavuosikatsauksessa erässä ”muut rahastot” ja Finnairin osavuosikatsauksessa ”muuta omaa pääomaa”.¹⁰⁸

OYL 12:2.4:n säännös pääomalainan esittämisestä omassa pääomassa koskee ainoastaan tilinpäätöstä, ei osavuosikatsausta. IAS 34.28 ja yleisenä kirjanpidon periaatteena sovellettava johdonmukaisen esittämistavan vaatimus (englanniksi *consistency of presentation*) kuitenkin edellyttävät, että pääomalaina tulee esittää osavuosikatsauksessa samalla tavoin kuin tilinpäätöksessä. Hybridilainaksi luokiteltava pääomalaina on siten esitettävä omana eränään myös osavuosikatsauksessa.

IAS 34.15–18:ssä säädetään tietyistä selventävistä liitetiedoista, jotka muodostavat osavuosikatsauksessa esitettävät vähimmäistiedot.¹⁰⁹ IAS 34.16(e):n mukaan tällaisia asioita ovat muun muassa vieraan ja oman pääoman ehtoisten arvopapereiden liikkeeseenlaskut, takaisinhankinnat ja takaisinmaksut. Hybridilainan liikkeeseenlasku tai takaisinmaksu on siten aina sellainen ta-

107 Hybridilainan kirjaamista IFRS-standardien mukaisessa tilinpäätöksessä on käsitelty edellä luvussa 2.3.

108 Ks. lähdeluettelossa mainitut tilikauden 2013 ensimmäisen vuosineljänneksen osavuosikatsaukset.

109 IAS 34.15–18:ssä säädetään ainoastaan vähimmäistiedoista, joten myös kattavampien tietojen antaminen on sallittua. Tämä on todettu myös arvopaperimarkkinalain esitöissä, ks. HE 32/2012, s. 125.

pahtuma, josta on kerrottava osavuositarkastuksessa, jos yhtiö on velvollinen osavuositarkastuksen laatimaan. Kaikki tarkastelun kohteena olevat yritykset kertoivat vuoden 2013 ensimmäisen neljänneksen osavuositarkastuksessaan hybridilainan takaisinmaksusta tai takaisinmaksua koskevista aikeistaan.

IAS 34 ei sen sijaan aseta velvollisuutta esittää erityisiä liitetietoja osavuositarkastuksen kohdejaksosta aikaisemmin liikkeeseen lasketusta arvopaperista. Tästä voitaisiin periaatteessa tehdä sellainen vastakohtaispäätelmä, että ennen kyseisen osavuositarkastuksen kohteena olevaa vuosineljänneksen liikkeeseen lasketusta hybridilainasta ei tarvitsisi antaa liitetietoja. Tämä johtaisi kuitenkin siihen, että aikaisemmin liikkeeseen laskettua omaa pääomaa kirjattua hybridilainaa olisi varsin vaikea havaita osavuositarkastuksesta. Tällainen lopputulos ei olisi perusteltu, sillä hybridilaina on siinä määrin poikkeuksellinen rahoitusinstrumentti, että siitä tulee riittävän kuvan antamiseksi aina kertoa osavuositarkastuksessa. Ongelmia ei kuitenkaan käytännössä näyttäisi näiltä osin esiintyvän, sillä hybridilainan olemassaolo ilmeni varsin hyvin tarkastelun kohteena olleista osavuositarkastuksista.

3.4 Hybridilaina ja muu tiedonantovelvollisuus

AML 7:9.1:n mukaan osakkeen, osakkeeseen oikeuttavan arvopaperin tai näihin rinnastettavan arvopaperin liikkeeseenlaskijan on julkistettava tilinpäätöstiedote ilman aiheutonta viivytystä, kuitenkin viimeistään kahden kuukauden kuluessa tilikauden päättymisestä.¹¹⁰ Säännös koskee sanamuotonsa perusteella ainoastaan oman pääoman ehtoisen rahoitusinstrumentin liikkeeseenlaskijaa. Pelkän hybridilainan liikkeeseen laskeneen yhtiön ei siten tarvitse julkistaa tilinpäätöstiedotetta.

Käytännössä hybridilainan yleiseen liikkeeseen laskijana voi tulla kyseeseen vain sellainen yhtiö, jonka osake on julkisen kaupankäynnin kohteena. Hybridilainan liikkeeseenlaskija on tällaisessa tilanteessa velvollinen julkistamaan tilinpäätöstiedotteen. Tilinpäätöstiedotteen laadinnassa noudatetaan AML 7:9.3:n nojalla kuudelta tilikauden ensimmäiseltä kuukaudelta laa-

110 AML 7:9:n perusteluissa (HE 32/2012 vp, s. 122) ei ole tarkemmin määritelty, mitä ovat lainkohdassa tarkoitettut muut arvopaperit. AML 7:10:ä sisältää vastaavan määritelmän, joten sen perusteluista (HE 32/2012 vp, s. 122) voidaan päätellä, että muulla arvopaperilla tarkoitetaan tässä yhteydessä muun muassa vieraan pääoman ehtoista arvopaperia.

dittavan osavuositarkastuksen laadintaa koskevia säännöksiä. Hybridilainaa on siten käsiteltävä johdonmukaisuuden periaatetta noudattaen tilinpäätöstiedotteessa vastaavalla tavoin kuin konsernitilinpäätöksessä. Hybridilainan liikkeeseenlasku tai takaisinmaksu on myös aina sellainen tapahtuma, että siitä tulee mainita tilinpäätöstiedotteessa. Tällä tavoin oli menetelty tarkastelun kohteina olleiden yhtiöiden tilinpäätöstiedotteissa.¹¹¹

AML 6:4:n mukaan kaupankäynnin kohteena säännellyllä markkinalla olevan arvopaperin liikkeeseenlaskijan on ilman aiheetonta viivytystä julkistettava kaikki sellaiset päätöksensä sekä liikkeeseenlaskijaa ja sen toimintaa koskevat seikat, jotka ovat omiaan olennaisesti vaikuttamaan mainitun arvopaperin arvoon. Tällaisia ovat esimerkiksi yhtiön hallituksen päätökset.¹¹² Tiedon julkistamisen on tapahduttava aina ensisijaisesti virallisten julkistamiskanavien eli julkisen kaupankäynnin järjestäjän kautta pörssitiedotteena.¹¹³ Hybridilainan ottamisella on pääsääntöisesti olennainen vaikutus yhtiön pääomarakenteeseen sekä yhtiön omistajien ja entisten velkojien sijoittajien oikeusasemaan. Tämän vuoksi hybridilainan ottamisesta tai takaisinmaksusta on lähtökohtaisesti aina julkaistava pörssitiedote. Näin on käytännössä myös menetelty.¹¹⁴

4 Kokoavia päätelmiä

Hybridilaina tarjoaa käyttökelpoisen vaihtoehdon yrityksen rahoitusrakenteen suunnitteluun. Hybridilainan edullisuus perustuu ennen kaikkea siihen, että hybridilainaa käsitellään eri tavoin eri oikeudenaloilla. Velvoite- ja yhtiöoikeuden näkökulmasta kyse on vieraan pääoman ehtoisestä instrumentista. Samoin vero-oikeudessa hybridilaina katsotaan yleensä vieraaksi pääomaksi. Tilinpäätöksessä hybridilaina sen sijaan esitetään osana yrityksen omaa pääomaa. Hybridilainan edut perustuvat siis ennen kaikkea epäsymmetriaan eri järjestelmien välillä.

111 Ks. lähdeluettelossa tarkemmin yksilöidyt Ahlströmin, Cramon, Finnairin, Ponsen ja Spandan tilinpäätöstiedotteet.

112 FIVA 5.2b, kohta 5(45).

113 Rissanen ja muut 2013, OSA IV, luku 1.2.1.4.7 sekä FIVA 5.2b, kohta 6(13).

114 Ks. lähdeluettelossa tarkemmin yksilöidyt Ahlströmin, Cramon, Finnairin, Ponsen ja Spandan pörssitiedotteet.

Yhtiö- ja velvoiteoikeudellisen vieraan pääoman luonteen vuoksi hybridilainan ottaminen on menettelyltään joustavaa verrattuna osakeyhtiöoikeudelliseen oman pääoman ehtoiseen rahoitukseen. Hybridilainan ehdoista voidaan sopia vapaasti eikä rahoituksen saaminen edellytä automaattisesti kontrollioikeuksien luovuttamista rahoituksen tarjoajalle. Vero-oikeudellisen vieraan pääoman luonteen vuoksi pääoman käytöstä maksettu korvaus eli korko on ollut yleensä verotuksessa vähennyskelpoista. Oman pääoman ehtoinen kirjanpitokäsittely puolestaan vaikuttaa yleensä positiivisesti tilinpäätöksen yrityksestä antamaan kuvaan ja tunnuslukuihin¹¹⁵.

Hybridilainaa voidaan edellä mainituin perustein hyödyntää lähinnä yrityksen kokonaisrahoitusta täydentävänä instrumenttina. Sen sijaan senioriehtoisen velkarahoituksen tai osakepääoman laajamittainen korvaaminen hybridilainalla tuskin tulee kyseeseen. Tähän on syynä hybridilainan heikosta maksunsaantiasemasta johtuva korkea tuottovaatimus. Hybridilainalle joudutaan yleensä maksamaan huomattavasti korkeampaa korkoa kuin paremmalla etusijalla olevalle senior-ehtoiselle velkarahoitukselle. Hybridilainan korkotaso ylittää yleensä myös osakepääomalle maksetun tuoton.

Hybridilainan korkea tuottovaatimus lisää myös yrityksen rahoitusriskiä. Hybridilainalle on yleensä maksettava erittäin korkeaa kiinteää korkoa, mikä vuoksi hybridilainaan perustuva rahoitus kasvattaa yrityksen rahoituskuluja huomattavasti enemmän kuin senior-ehtoinen velkarahoitus. Tämä taas heikentää yrityksen tulosta ja oman pääoman ehtoisen sijoituksen tuottoa. Samalla lisääntyy myös riski yrityksen joutumisesta konkurssiin. Hybridilainalla voi siis olla varsin merkittävä negatiivinen vipuvaikutus.

Hybridilaina on lähinnä yhtiöoikeudellisen oman pääoman vaihtoehto. Hybridilainan ottaminen lisää koron sopimusperusteisuuden vuoksi olennaisesti yrityksen rahoitukseen liittyvää riskiä verrattuna siihen, että yrityksen lisärahoituksen tarve katettaisiin puhtaalla oman pääoman ehtoisella rahoituksella, jonka käytöstä maksettava korvaus eli osinko mitoitetaan yrityksen voitonjakokelpoisten varojen ja maksukyvyn mukaiseksi. Tämä ongelma olisi periaatteessa mahdollista ratkaista sitomalla hybridilainan korko yri-

115 Oman pääoman ehtoisena eränä esittämisellä voi periaatteessa olla myös eräitä tilinpäätöksen tunnuslukuja huonontava vaikutusta. Esimerkkinä tällaisesta tunnusluvusta voidaan mainita oman pääoman tuottoaste.

tyksen tulokseen. Velkoja tuskin kuitenkaan suostuisi tällaiseen ratkaisuun ainakaan silloin, kun hybridilainaa käytetään yrityksen kriisirahoituksen muotona. Lisäksi koron sitominen tulokseen nostaisi entisestään hybridilainan korkoa.

Edellä mainitut hybridilainan ominaisuudet voivat olla velkojan kannalta ongelmallisia. Tällainen tilanne voi olla kyseessä muun muassa silloin, kun hybridilainan ottamisella pyritään estämään tilinpäätöstietoihin perustuvan tunnuslukukovenantin rikkomus. Velkoja on esimerkiksi pyrkinyt yrityksen velkaantumista koskevan kovenanttiehdon avulla varmistamaan itselleen velan riskiin nähden kohtuullisen tuoton. Hybridilainan ottamisen myötä yrityksen vieraan pääoman määrä lisääntyy niin korkealle tasolle, että kyseessä on tosiasiaassa kovenanttiehdon rikkomus, vaikka tilinpäätöksen tunnuslukujen perusteella arvioituna ehtoa ei ole rikottu. Tämän ongelman merkitystä vähentää tosin se, että hybridilainalla on usein velkojan näkökulmasta vastaava tosiasiallinen vaikutus kuin yhtiöoikeudellisella omalla pääomalla.

Hybridilainan käyttöön voi liittyä ongelmia myös arvopaperimarkkinalainsäädäntöön perustuvien tiedonantovelvoitteiden näkökulmasta. Ongelmat ovat merkittävimpiä, jos hybridilainaa ei esitetä taseessa erillisenä oman pääoman eränä. Hybridilainaan ottaminen voi tällaisessa tilanteessa vaikeuttaa tilinpäätöstietojen tulkintaa, kun taseen omaa pääomaa tarkastelemalla ei voida luotettavasti päätellä osakkeenomistajille kuuluvaa osuutta yhtiön varoihin. Hybridilainan käyttö myös vaikeuttaa tilinpäätöstietojen vertailtavuutta. Hybridilainan käsittelyyn tilinpäätöksessä on siten kiinnitettävä erityistä huomiota. Hybridilainasta on annettava tilinpäätöksessä riittävät liitetiedot ja laina on mainittava erikseen myös muussa arvopaperimarkkinalainsäädäntöön perustuvassa tiedottamisessa kuten osavuositarkastuksissa ja tilinpäätöstiedotteissa. Jos yrityksen ottama hybridilaina aiheuttaa olennaisen vipuvaikutukseen perustuvan riskin, olisi myös tästä syytä mainita yrityksen riskiraportoinnissa.

Edellä selostettujen hybridilainan käyttöön liittyvien ongelmien vuoksi hybridilainaa koskevaan tiedottamiseen on syytä kiinnittää erityistä huomiota. Hybridilainan ominaispiirteiden vuoksi sen käyttöön liittyy riski, että lainasta annetut tiedot muodostuvat harhaanjohtaviksi ja puutteellisiksi. Tästä

voi olla seurauksena paitsi vahingonkorvausvelvollisuus myös rikosoikeudellinen vastuu.

Hybridilainoja ei ole juuri tarjottu yleisölle tai haettu julkisen kaupankäynnin kohteeksi. Tälle ei sinänsä ole mitään juridista estettä, mutta ilmeisesti laajamittaista yleisölle tarjoamista tai lainan hakemista julkisen kaupankäynnin kohteeksi ei ole pidetty taloudellisesti kannattavana. Tämä johtuu osaltaan hybridilainan korkeasta tuottovaatimuksesta.

Lähteet

Kirjallisuus

Airaksinen ja muut 2010; Airaksinen, Manne – Pulkkinen, Pekka – Rasinaho, Vesa: Osakeyhtiölaki I. Talentum 2010

Haaramo ja muut 2013; Haaramo, Virpi – Palmuaro, Sirkku – Peill, Elina: IFRS-raportointi. Sanomapro, jatkuvatäydenteinen (viittauspäivä 2.9.2013)

Helminen 2013; Helminen, Marjaana: Kansainvälinen verotus. Sanomapro, jatkuvatäydenteinen (viittauspäivä 2.9.2013)

Hemmo 2001; Hemmo, Mika: Pankkioikeus. Talentum Media Oy 2001

Immonen ja muut 2011; Immonen, Raimo – Ossa, Jaakko – Villa, Seppo: Osakeyhtiön pääoman hallinta. Talentum 2011

Kaisanlahti ja muut 2009; Kaisanlahti, Timo – Jänkälä, Markku – Björklund, Mika: Kirjanpito-oikeus. Edita Publishing Oy 2009

Knüpfer – Puttonen 2012; Knüpfer, Samuli – Puttonen, Vesa: Moderni rahoitus. 6. painos, SanomaPro Oy 2012

Lautjärvi 2009; Lautjärvi, Kari: Suomalaisen osakeyhtiön välipääomarahoitus. Defensor Legis 1/2009, s. 75–80

Lautjärvi 2011; Lautjärvi, Kari: Välipääomarahoitus suomalaisen osakeyhtiön rahoituksen vaihtoehtona. Lakimies 7–8/2011, s. 1341–1362

Lautjärvi 2012; Lautjärvi, Kari: Hybridilainat: mitä ne ovat ja mihin niillä pyritään? Koulutusaineisto, Rahoituksen ajankohtaispäivä 17.10.2012

Mähönen – Villa 2012; Mähönen, Jukka – Villa, Seppo: Osakeyhtiö II – Pääomarakenne ja rahoitus. SanomaPro Oy 2012

Rissanen ja muut 2013; Rissanen, Kirsti – Airaksinen, Manne – Bärlund, Johan – Castrén, Martti – Harju, Ilkka – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Kivivuori, Antti – Kuoppamäki, Petri – Mähönen, Jukka – Villa, Seppo – Wilhelmsson, Thomas: Yritysoikeus. Sanomapro, jatkuvatäydenteinen (viittauspäivä 2.9.2013)

Ross ja muut 2005; Ross, Stephen A. – Westerfield, Randolph W. – Jaffe, Jeffrey: Corporate Finance. 7. painos, McGraw-Hill/Irwin, 2005

Tikka ja muut 2013; Tikka, Kari S. – Nykänen, Olli – Juusela, Janne – Viitala, Tomi: Yritysverotus I ja II. Sanomapro, jatkuvatäydenteinen (viittauspäivä 2.9.2013)

Villa 1997; Villa, Seppo: Pääomalaina – Velvoite- ja yhtiöoikeudellinen tutkimus osakeyhtiön oman pääoman ehtoista lainoista Suomessa. Lakimiesliiton kustannus 1997

Villa 2001; Villa, Seppo: Välipääomarahoitus. Lakimiesliiton kustannus 2001

Välimäki 2010; Välimäki, Olli: Kovenantteihin perustuvan pankkirahoituksen riskienhallinta. Defensor Legis, 4/2010, s. 464–478

Virallislähteet ja itsesääntely

Arvopaperipörssin säännöt 2013; Arvopaperipörssin säännöt: Listalleottaminen, pörssi-arvopaperin liikkeeseenlaskijan tiedonanto- ja muut velvollisuudet (voimassa 31.1.2013 lukien). NASDAQ OMX Helsinki

FIVA 5.1; Finanssivalvonnan standardi 5.1 Säännöllinen tiedonantovelvollisuus

FIVA 5.2a; Finanssivalvonnan standardi 5.2a Arvopapereiden tarjoaminen ja listalleotto

FIVA 5.2b; Finanssivalvonnan standardi 5.2b Liikkeeseenlaskijan ja osakkeenomistajan tiedonantovelvollisuus

HE 181/1992; Hallituksen esitys Eduskunnalle etuoikeusjärjestelmän uudistamista koskeksi lainsäädännöksi

HE 109/2005 vp; Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi

HE 32/2012 vp; Hallituksen esitys Eduskunnalle arvopaperimarkkinoita koskeva lainsäädännöksi

KILA 2006; Kirjanpitolautakunnan yleisohje tuloslaskelman ja taseen esittämisestä, 21.11.2006

Verohallinto 1997; Osakeyhtiölain mukaiset rahoitusvälineet verotuksessa (Verohallinnon tiedote 5/1997, 4.9.1997)

Oikeus- ja viranomaiskäytäntö

KHO 29.9.1995 taltio 3932

KHO 29.9.1995 taltio 3933

KILA 1787/24.10.2006

Muut lähteet

Vuosikertomukset

Ahlström Oyj:n vuosikertomus 2012; saatavissa <http://www.ahlstrom.com/fi/sijoittajat/Pages/default.aspx> (viittauspäivä 2.9.2013)

Cramo Oyj:n vuosikertomus 2012; saatavissa <http://www.cramo.fi/Web/Apps/CategoryList/CategoryListPage.aspx?id=16992&cepslanguage=FI> (viittauspäivä 2.9.2013)

Finnair Oyj:n vuosikertomus 2012; saatavissa http://www.finnairgroup.com/konserni/konserni_12_2.html (viittauspäivä 2.9.2013)

Ponsse Oyj:n vuosikertomus 2012; saatavissa <http://www.ponsse.com/fi/media-arkisto/maat-julkaisut/vuosikertomukset> (viittauspäivä 2.9.2013)

Sponda Oyj:n vuosikertomus 2012; saatavissa <http://annualreport2012.sponda.fi/fi> (viittauspäivä 2.9.2013)

Tilinpäätöstiedotteet

Ahlström Oyj:n tilinpäätöstiedote 1.1.2012–31.12.2012; saatavissa <http://www.ahlstrom.com/fi/sijoittajat/katsauksetJaPresentaatiot/2012/Documents/Tilinpaaostiedote2012.pdf> (viittauspäivä 2.9.2013)

Cramo Oyj:n tilinpäätöstiedote 1.1.2012–31.12.2012; saatavissa http://www.cramo.fi/upload/Corporate%20site/Investors/Interim%20reports/2013/Cramo_Q4%202012%20Finnish%20_FINAL.pdf (viittauspäivä 2.9.2013)

Finnair Oyj:n tilinpäätöstiedote 1.1.2012–31.12.2012; saatavissa http://www.finnairgroup.com/linked/fi/konserni/Tp_tiedote_2012.pdf (viittauspäivä 2.9.2013)

Ponsse Oyj:n tilinpäätöstiedote 1.1.2012–31.12.2012; saatavissa <http://www.ponsse.com/fi/media-arkisto/tiedotteet/ponssen-tilinpaatos-1.1.-31.12.2012> (viittauspäivä 2.9.2013)

Sponda Oyj:n tilinpäätöstiedote 1.1.2012–31.12.2012; saatavissa <http://sijoittajat.sponda.fi/-/media/Files/S/Sponda-IR/pdfs/full-year-2012/sponda-financial-statements-2012-fi> (viittauspäivä 2.9.2013)

Osavuosikatsaukset

Ahlström Oyj:n osavuosikatsaus 1.1.2013–31.3.2013; saatavissa <http://www.ahlstrom.com/fi/sijoittajat/Pages/default.aspx> (viittauspäivä 2.9.2013)

Cramo Oyj:n osavuosikatsaus 1.1.2013–31.3.2013; saatavissa <http://www.cramo.fi/Web/Core/Pages/Article.aspx?id=24959&epslanguage=FI> (viittauspäivä 2.9.2013)

Finnair Oyj:n osavuosikatsaus 1.1.2013–31.3.2013; saatavissa http://www.finnairgroup.com/konserni/konserni_12_5.html (viittauspäivä 2.9.2013)

Ponsse Oyj:n osavuosikatsaus 1.1.2013–31.3.2013; saatavissa <http://www.ponsse.com/fi/media-arkisto/tiedotteet/ponssen-osavuosikatsaus-1.1.-31.3.2013> (viittauspäivä 2.9.2013)

Sponda Oyj:n osavuosikatsaus 1.1.2013–31.3.2013; saatavissa http://qfx.quartalflife.com/Clients/%28S%28rpf2jlvku5n0zgf1w0jo4a55%29%29/fi/sponda_new/rss/newsentry.aspx?id=1002430875&culture=fi-FI (viittauspäivä 2.9.2013)

Muut pörssitiedotteet

Ahlström Oyj:n pörssitiedote 9.11.2012 (Ahlstrom laskee liikkeeseen 80 miljoonan euron hybridilainan); saatavissa <http://www.ahlstrom.com/fi/media/Tiedotteet/Porssitiedotteet/Pages/Release.aspx?newsUrl=http://cws.huginonline.com/A/132525/PR/200911/1353645.xml> (viittauspäivä 2.9.2013)

Cramo Oyj:n pörssitiedote 15.4.2012 (Cramo laskee liikkeeseen 80 miljoonan euron hybridilainan); saatavissa <http://www.cramo.fi/Web/Core/Pages/Article.aspx?id=24959&epslanguage=FI> (viittauspäivä 2.9.2013)

Finnair Oyj:n pörssitiedote 18.9.2012 (Finnair laskee liikkeeseen 120 miljoonan euron hybridilainan); saatavissa http://www.finnairgroup.com/konserni/konserni_11_1.html (viittauspäivä 2.9.2013)

Ponsse Oyj:n pörssitiedote 31.3.2009 (Ponsse laskee liikkeeseen 19 miljoonan euron oman pääoman ehtoisen joukkovelkakirjalainan); saatavissa <http://www.ponsse.com/fi/media-arkisto/tiedotteet/ponsse-laskee-liikkeeseen-19-miljoonan-euron-oman-paaoman-ehtoisen-joukkovelkakirjalainan> (viittauspäivä 2.9.2013)

Ponsse Oyj:n pörssitiedote 19.2.2013 (Ponsse maksaa hybridilainan suunnitellusti); saatavissa <http://www.ponsse.com/fi/media-arkisto/tiedotteet/ponsse-maksaa-hybridilainansa-suunnitellusti> (viittauspäivä 2.9.2013)

Sponda Oyj:n pörssitiedote 17.6.2008 (Spondalle 130 milj. euron oman pääoman ehtoinen joukkovelkakirjalaina); saatavissa http://qfx.quartalflife.com/Clients/%28S%28tyvy5a2iye3wll5550mg2q3u%29%29/fi/sponda_new/rss/newsentry.aspx?id=1001759566&culture=fi-FI (viittauspäivä 2.9.2013)

Muu aineisto

Sponda Oyj – Listing Prospectus 23.9.2008 (Listing of EUR 130,000,000 Capital Securities); saatavissa <http://www.finanssivalvonta.fi/fi/Listayhtiolle/Esitteet/Esiterekisteri/Pages/Erittely.aspx> (viittauspäivä 2.9.2013)

Kauppalehti / Balance Consulting (Osinkotuotto-%, 31.3.2011); saatavissa <http://www.kauppalehti.fi/balance/ohjeet/osinkotuotto-%25/20110367181> (viittauspäivä 2.9.2013)

Legal Safeguards in Deciding on Involuntary Psychiatric Care

Keywords: involuntary care, fundamental rights, European Convention on Human Rights, patient rights, health law

Janne Valo¹

English Abstract

In July 2012 the European Court of Human Rights (ECtHR) ruled in X v. Finland that the Finnish legislation regarding the involuntary treatment of psychiatric patients did not offer sufficient safeguards against arbitrary decisions in the light of the European Convention on Human Rights. The Court ruled that patients should be able to get an independent medical opinion, which the Finnish legislation did not guarantee.

The Finnish Supreme Administrative Court in a subsequent en banc ruling disregarded the decision of the ECtHR and upheld a decision to place a patient in involuntary care even though the patient had not had the opportunity to get an independent opinion.

The article takes a critical look at the decision of the Supreme Administrative Court and the following decisions by lower courts and their reasoning. The author's conclusion is that the Court did not have grounds to disregard the earlier decision of the ECtHR and that its reasoning does not sufficiently take into account the decision in question and the earlier praxis of the ECtHR.

¹ LL.B., LL.M. (University of Helsinki) and Student of Economics. This article is based on the author's exercise seminar paper.

Full Article in Finnish

Oikeusturva tahdosta riippumattomasta psykiatrisesta hoidosta päätettäessä

Asiasanat: tahdosta riippumaton hoito, pakkohoito, perusoikeudet, Euroopan ihmisoikeussopimus, potilaan oikeudet, lääkintäoikeus

1 Johdanto

Vuoden 2012 heinäkuussa sai alkunsa erikoinen sarja tuomioistuinratkaisuja, joissa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT), korkein hallinto-oikeus (KHO) ja Helsingin, Hämeenlinnan, Kuopion sekä Vaasan hallinto-oikeudet ottivat kukin kantaa tahdosta riippumattomasta psykiatrisesta hoidosta päättämiseen ja siihen, onko Suomen lainsäädäntö tietyiltä osin Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) vastaista. Kiistan keskeinen kysymys koski sitä, takaako mielenterveyslain (1116/1990) mukainen päätöksenteko riittävät oikeussuojakeinot henkilölle, jota ollaan määräämässä hoitoon tai jonka hoitoa ollaan jatkamassa.

Tahdosta riippumattomaan hoitoon määrättäessä puututaan merkittäväällä tavalla henkilön vapauteen, joka on yksi keskeisimmistä perus- ja ihmisoikeuksista. Hoito tulee mielenterveyslain mukaan kysymykseen vain silloin, kun muut mielenterveyspalvelut eivät riitä. Näin myös riittävät oikeusturvakeinot hoidosta päätettäessä ovat ensiarvoisen tärkeitä. Ongelmana on, että hoitoon määrättävällä henkilöllä ei ole mahdollisuutta saada sairaalasta riippumatonta mielipidettä hoidon tarpeestaan päätöksentekoprosessissa, vaan hoidosta päättää lääkäri saman sairaalan toisen lääkärin tekemän lausunnon perusteella. Kysymys on siitä, tarjoaako tämä riittävän turvan mielivaltaisista päätöksistä vastaan. Hoitoon määrättyllä henkilöllä ei liioin ole mahdollisuutta saattaa hoidon edellytysten olemassaoloa tuomioistuimen arvioitavaksi hoidon kestäessä, vaan ainoastaan hoidosta tai sen jatkosta päätettäessä, pisimmillään kuuden kuukauden välein. Esittelen artikkelissa aluksi relevanteilta osin sairaanhoitoon sekä tahdosta riippumattomaan hoitoon liittyvää kansallista lainsäädäntöä sekä aiheeseen liittyvät viimeaikaiset EIT:n, KHO:n ja hallinto-oikeuksien tapaukset. Tämän jälkeen arvioin, vastaako kansallinen lainsäädäntö Euroopan ihmisoikeussopimuksen vaa-

timuksia EIT:n käytännön valossa, ja oliko KHO:lla ja Helsingin hallinto-oikeudella perusteita poiketa EIT:n kannasta.

2 Sairaanhoidon ja potilaan asema

2.1 Yleistä sairaanhoidosta koskevasta lainsäädännöstä

Sairaanhoidosta koskee useamman eri lain kokonaisuus, joista yleislakina keskeisin on laki potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992, jäljempänä potilaslaki). Sen 6 §:n 1 momentin mukaisesti lähtökohtana hoidossa on, että potilasta hoidetaan yhteisymmärryksessä hänen kanssaan. Tietystä hoidosta kieltäytyvää potilasta on mahdollisuuksien mukaan ensisijaisesti hoidettava muulla tavoin yhteisymmärryksessä. Hoidosta päättäminen yhteisymmärryksessä potilaan kanssa luonnollisesti edellyttää, että potilas mieltää olevansa hoidon tarpeessa. Tämä on ongelmallista sellaisten psyykkisten sairauksien osalta, joissa henkilöllä on todettu selvä psyykinen häiriö mutta hän itse mieltää olevansa täysin terve.² Joissain psyykkisissä sairauksissa erilaiset harhaluulot liittyvät olennaisena osana itse sairauteen ja sairaudentunnettomuus saattaa kuulua itse sairauden perusoireisiin.³ Tämän vuoksi mielisairaanhoidosta erityislakina koskevassa mielenterveyslaissa on säädetty mahdollisuudesta määrätä henkilö tahdosta riippumattomaan hoitoon.

Potilaslain 3 §:n 2 momentin mukaan potilaalla on oikeus laadultaan hyvään terveyden- ja sairaanhoidon, ja hoito on järjestettävä ja potilasta kohdeltava loukkaamatta ihmisarvoa. Tätä voidaan pitää keskeisimpänä potilaan oikeutena. Toisaalta olennaista on myös, miten potilaan oikeuksien toteutuminen ja oikeusturva toteutetaan.⁴ Myös mielenterveyslain 22 a § edellyttää ihmisarvon kunnioittamista potilaan itsemääräämisoikeutta ja muita perusoikeuksia rajoitettaessa. Tällä voidaan nähdä olevan korostunut merkitys juuri tahdosta riippumattomassa hoidossa ja itsemääräämisoikeuden ja perusoikeuksien pidemmälle menevässä rajoittamisessa.

2 Lönnqvist – Lehtonen 2007, s. 14.

3 Ks. esim. Lönnqvist – Honkonen 2007, s. 149 ja Huttunen 1999.

4 Lohiniva-Kerkelä 2007, s. 17.

2.2 Itsemääräämisoikeus sairaanhoidossa

Itsemääräämisoikeus on keskeinen ihmis- ja perusoikeus, joka on turvattu perustuslain 7 §:ssä osana oikeutta elämään, henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen.⁵ Euroopan ihmisoikeussopimuksessa itsemääräämisoikeus liittyy 5 artiklassa turvattuun oikeuteen vapauteen ja turvallisuuteen. Itsemääräämisoikeus voidaan jakaa osatekijöihin muun muassa seuraavasti: 1) oikeus vapauteen ja tasa-arvoon sekä syrjimättömyyteen 2) oikeus yksityisyyteen ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja 3) oikeus kompetenssiin.⁶

Itsemääräämisoikeus ei ole ehdoton, vaan sitä voidaan rajoittaa. Nämä rajoitukset, joiden tavoitteena on joko suoraan tai välillisesti suojata toisten mahdollisuutta käyttää omaa itsemääräämisoikeuttaan ja Saarenpäästä lainaten poistaa epäoikeudenmukaisuutta, usein rajoittavat jollain tavalla yksilön toimintavapautta ja aiheuttavat yksilötasolla epäoikeudenmukaisuutta.⁷ Ihminen voidaan esimerkiksi tartuntatautilain (583/1986) nojalla määrätä tahdosta riippumattomaan hoitoon taudin leviämisen ehkäisemiseksi ja muiden terveyden suojelemiseksi.⁸ Kyse on siis samankaltaisesta tasapainoilusta ja kompromissista kuin kahden keskenään ristiriidassa olevan perusoikeuden, esimerkiksi sananvapauden ja yksityisyyden suojan kanssa.

Potilaan koskemattomuuteen puututaan myös tavanomaisessa hoidossa, mutta tällöin puuttuminen perustuu potilaan suostumukseen ns. *informed consent* -opin mukaisesti ja edellyttää silloinkin itsemääräämisoikeuden kunnioittamista niin pitkälle kuin mahdollista.⁹ Toisaalta suostumuksen puute esimerkiksi tajuttomuuden vuoksi ei estä potilaan hoitamista, vaan tilanteissa joissa potilaan hoitotahtoa ei pystytä selvittämään, on potilasta potilaslain 6 §:n 2 momentin perusteella hoidettava tavalla, jota voidaan pitää hänen henkilökohtaisen etunsa mukaisena.

5 HE 309/1993 vp perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta, Yksityiskohtaiset perustelut.

6 Pahlman 2003, s. 182–183. Samansuuntaisesta neliosaisesta jaottelusta ks. Saarenpää 1997, s. 268.

7 Saarenpää 1997, s. 269.

8 Mielenterveyslain ja tartuntatautilain lisäksi tahdosta riippumattomaan hoitoon voidaan määrätä päihdehuoltolain (41/1986) ja kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain (519/1977) nojalla.

9 Pahlman 2003, s. 183.

Itsemääräämisoikeuden käyttäminen edellyttää vapaaehtoisuuden ja tiedon lisäksi kelpoisuutta: kykyä ymmärtää hoidon merkitys ja vastaavasti myös siitä kieltäytymisen merkitys.¹⁰ Päätöksenteon pohjana ovat tiedon saaminen ja sen ymmärtäminen, ja potilaslaissa tätä heijastelee 5 §, jossa säädetään potilaan tiedonsaantioikeudesta. Mielen terveyden häiriöistä kärsivän potilaan osalta kelpoisuuden osatekijät tai jotkin niistä voivat puuttua, jolloin potilaalta vastaavasti voi puuttua kelpoisuus käyttää itsemääräämisoikeuttaan ja päättää hoidostaan. On myös huomionarvoista, että kyky käyttää itsemääräämisoikeuttaan hoitoon liittyen ei edellytä oikeustoimikelpoisuutta.¹¹ Näin ollen myös mielen terveyden häiriöstä kärsivä henkilö voi käyttää itsemääräämisoikeuttaan, mikäli hänen tilansa sen sallii, vaikka hänelle olisi esimerkiksi määrätty edunvalvoja. Tältä osin tilanne muistuttaa alaikäisen oikeutta päättää hoidostaan: potilaslain 7 §:n mukaan alaikäistä on hoidettava yhteisymmärryksessä hänen kanssaan, mikäli hän ikänsä ja kehitystasonsa perusteella kykenee päättämään hoidostaan.

3 Mielen terveyslain mukainen tahdosta riippumaton hoito

3.1 Hoidon sääntely

Mielisairaanhoidoa koskee erityislakina mielen terveyslaki. Sen 22 b §:n 1 momentin perusteella yhteisymmärryksessä tapahtuva hoito tulisi olla lähtökohtana myös psyykkisten sairauksien hoidossa, ja 4 §:n mukaisesti mielen terveyspalvelut on järjestettävä ensisijaisesti avopalveluina. Potilas voidaan määrätä tahdosta riippumattomaan hoitoon mielen terveyslain 8 §:n nojalla, jos potilas on todettu mielisairaaksi ja hoitoon toimittamatta jättäminen pahentaisi mielisairautta tai vaarantaisi potilaan itsensä terveyttä tai muiden terveyttä ja turvallisuutta. Lisäksi edellytetään, että mitkään muut mielen terveyspalvelut eivät sovellu käytettäväksi tai ovat riittämättömiä. Näiden edellytysten on täyttyvä paitsi hoitoon määrättäessä myös koko hoidon ajan. Mielen terveyslaissa ei määritellä, mitä sairauksia mielisairaudella tarkoitetaan, mutta vakiintuneen käsityksen mukaan mielisairaudella

¹⁰ Pahlman 2003, s. 188.

¹¹ Pahlman 2003, s. 191.

tarkoitetaan sellaista vakavaa mielenterveyden häiriötä, johon liittyy merkittävä todellisuuden tajun häiriintyminen ja jota voidaan pitää psykoosina.¹²

Tahdosta riippumattomaan hoitoon määrättäessä rajoitetaan hoitoon määrättävän henkilön perusoikeutta henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen. Edellä mainitut edellytykset heijastelevat suoraan suhteellisuusperiaatetta: perusoikeutta saa rajoittaa vain, jos muu hoitotapa ei riitä, ja silloinkin sen verran ja niin pitkäksi aikaa kuin on tarpeen. Tahdosta riippumattomaan hoitoon turvautuminen vain niissä tilanteissa, joissa se on ehdottomasti tarpeen, on perusteltua myös lääketieteellisesti, sillä potilaan hoitomyöntyvyys eli suhtautuminen hoitoon ja hoito-ohjeiden noudattaminen on merkittävä tekijä hoidon onnistumisessa.¹³ On toisaalta myös tärkeää varmistaa, että ne potilaat, joiden kohdalla tahdosta riippumattoman hoidon edellytykset täyttyvät, saavat hoitoa.

3.2 Hoidosta päättäminen

Mielenterveyslain 9 §:n mukaisesti edellytykset henkilön tahdosta riippumattomaan hoitoon määräämiselle selvitetään tarkkailussa. Lääkäri voi lähettää henkilön tarkkailuun ns. tarkkailulähetteellä (M1), jonka tulee sisältää perusteltu kannanotto siitä, ovatko edellytykset hoitoon määräämiselle *todennäköisesti* olemassa. Tarkkailulähete ei sido lääkäriä, joka päättää tarkkailuun ottamisesta, vaan tämä toteaa itsenäisesti, ovatko edellytykset hoitoon määräämiselle todennäköisesti olemassa.¹⁴ Tarkkailu voi kestää enintään neljä päivää, jonka jälkeen siitä vastaavan lääkärin on annettava tarkkailulausunto (M2), jossa otetaan kantaa siihen, ovatko edellytykset tahdosta riippumattomaan hoitoon määräämiselle olemassa. Tarkkailuun otettu voidaan lausunnon jälkeen määrätä hoitoon, ja päätöksen tekee sairaalan psykiatrisesta hoidosta vastaava ylilääkäri.

Potilas voidaan tarkkailun jälkeen määrätä mielenterveyslain 2 luvun mukaisesti hoitoon enintään kolmeksi kuukaudeksi. Tämän jälkeen on laadittava uusi tarkkailulausunto ja uusi hoitoonmääräämispäätös, mikäli edellytykset edelleen ovat olemassa. Tämä enintään kolmen kuukauden hoidon

¹² Heikkinen – Pylkkänen – Lönnqvist 2007, s. 689.

¹³ Heikkinen – Pylkkänen – Lönnqvist 2007, s. 682–683.

¹⁴ Tuori – Kotkas 2008, s. 448.

jälkeen tehtävä päätös on alistettava hallinto-oikeuden vahvistettavaksi ja sillä potilas voidaan määrätä hoitoon enintään kuudeksi kuukaudeksi. Kuuden kuukauden hoitojakson jälkeen hoidon edellytykset on arvioitava lain 9 ja 10 §:n mukaisesti uudelleen laatimalla uusi tarkkailulähete ja tarkkailun jälkeen hoitoonmääräämispäätös. Tällöin potilas voidaan määrätä hoitoon jälleen enintään kolmeksi kuukaudeksi. Potilas voidaan siis määrätä tahdosta riippumattomaan hoitoon mielenterveyslain 2 luvun tapauksissa vuorotellen enintään kolmeksi ja kuudeksi kuukaudeksi.

Rikoksesta syytetyn mielentilan tutkimisesta ja tahdosta riippumattomasta hoidosta säädetään mielenterveyslain 3 luvussa. Mielentilatutkimukseen lähettämisestä päättää oikeudenkäymiskaaren (323/1969) 17 luvun 45 §:n nojalla tuomioistuin rikosasiaa käsitellessään. Henkilö määrätään tahdosta riippumattomaan hoitoon, mikäli edellytykset hoidolle ovat olemassa, kun mielentilatutkimus on toimitettu. Päätöksen hoitoon määräämisestä tekee mielenterveyslain 17 §:n mukaisesti Terveysten ja hyvinvoinnin laitos (THL). Hoitoon määrättyä saadaan pitää hoidossa enintään kuusi kuukautta, jonka jälkeen ratkaistaan hoidon jatkaminen jälleen enintään kuudeksi kuukaudeksi tai lopettaminen uudella päätöksellä, joka alistetaan hallinto-oikeuden vahvistettavaksi.

Mielenterveyslain 4 luvussa säädetään rangaistukseen tuomitsematta jätetyn henkilön tahdosta riippumattomasta hoidosta. Lain esitöiden mukaan säännökset on tarkoitettu tilanteisiin, jossa tuomioistuin jättää henkilön rangaistukseen tuomitsematta, vaikka mielentilatutkimusta ei ole suoritettu, tai jättää henkilön rangaistukseen tuomitsematta vastoin mielentilatutkimuksessa esitettyä käsitystä syntyakeisuudesta.¹⁵ Vaikka tuomioistuimet käytännössä hyvin pitkälle noudattavat mielentilatutkimusten tuloksia, eivät ne kuitenkaan ole harkinnassaan niihin sidottuja. Hoitoon määräämisessä ja hoitoa jatkettaessa noudatetaan mielenterveyslain 3 luvun säännöksiä, eli hoitoon voidaan määrätä pisimmillään kuudeksi kuukaudeksi kerrallaan.

15 HE 201/1989 vp mielenterveyslaiksi, s. 20.

3.3 Oikeusturva ja muutoksenhaku hoidosta päättäessä

Koska tahdosta riippumattomaan hoitoon määrääminen tarkoittaa pitkälle menevää puuttumista yksilön perusoikeuksiin, on erityisen tärkeää, että henkilöllä on käytettävissään riittävät oikeusturvakeinot. Ensimmäinen valituskelpoinen päätös tahdosta riippumattomaan hoitoon määrättäessä on sairaalan psykiatrisesta hoidosta vastaavan ylilääkärin tekemä hoitoonmääräämispäätös. Tätä ennen henkilöä on voitu pitää tarkkailussa enintään neljä päivää.¹⁶

Mielenterveyslain 24 §:n mukaisesti hoitoon määräämistä tai hoidon jatkamista koskevaan päätökseen saa hakea muutosta valittamalla hallinto-oikeuteen 14 päivän kuluessa päätöksen tiedoksisaannista. Valituksen käsittelyyn sovelletaan hallintolainkäyttölakia (586/1996). Käytännössä hoitoon määrättyllä henkilöllä on siis mahdollisuus valittaa hoitoon määräämisestä tai hoidon jatkamisesta vuorotellen kolmen ja kuuden kuukauden välein 14 päivän ajan. Vaikka hoitoon määrätty henkilö ei valittaisi hoitoonmääräämispäätöksestä, asia tulee hallinto-oikeuden käsiteltäväksi joka tapauksessa, jos hoitoa jatketaan korkeintaan kolmen kuukauden jakson jälkeen. Tällöin hoidon jatkamista koskeva päätös on alistettava hallinto-oikeuden vahvistettavaksi. Mielenterveyslakia säädettäessä tätä pidettiin välttämättömänä, koska vapaudenriisto on vakavaa yksilön vapautteen puuttumista.¹⁷

Mielentilatutkimuksen jälkeen hoitoon määrätyn osalta ensimmäinen valituskelpoinen päätös on niin ikään hoitoonmääräämispäätös, jonka tekee THL sairaalan antaman lausunnon jälkeen. Tällä päätöksellä henkilö voidaan määrätä hoitoon enintään kuudeksi kuukaudeksi, jonka jälkeen hoidon jatkamista koskeva päätös on alistettava hallinto-oikeuden vahvistettavaksi. Näin jatketaan kuuden kuukauden sykleissä, joten käytännössä mielentilatutkimuksen jälkeen hoitoon määrättyllä henkilöllä on valitusmahdollisuus vastaavasti 14 päivän ajan kuuden kuukauden välein.

16 Vapaudenriiston osalta todettakoon vertailun vuoksi, että pakkokeinolain (450/1987) 2 §:n nojalla poliisi voi pitää henkilön kiinni otettuna 24 tunnin ajan, jonka jälkeen henkilö on pidätettävä tai päästettävä vapaaksi. Vaatimus pidätetyn vangitsemiseksi on puolestaan tehtävä kolmantena kiinniottamispäivää seuraavana päivänä.

17 HE 201/1989 vp, s. 18.

Asian käsittelyyn hallinto-oikeudessa osallistuu hallinto-oikeuslain (430/1999) 7 §:n 1 momentin 3 kohdan perusteella myös asiantuntijajäsen, joka lain 8 §:n mukaan on psykiatriaan perehtynyt lääkäri. Menettely perustuu asiakirjoihin, eikä asiantuntijajäsenenä toimiva lääkäri tutki itse potilasta. Helsingin hallinto-oikeus käsitteli vuosina 2007–2012 vuosittain vajaat 500 alistusta, joista vahvistettiin 96 % ja jätettiin vahvistamatta 3,5 %.¹⁸

3.4 Itsemääräämisoikeus tahdosta riippumattomassa hoidossa

Mielenterveyslakiin lisättiin vuonna 2001 muun muassa eduskunnan oikeusasiamiehen esittämän kritiikin jälkeen 4 a luku, jossa säädetään tarkemmin potilaan perusoikeuksien rajoittamisesta tahdosta riippumattoman hoidon ja tutkimuksen aikana. Aiemmin laissa oli epätasällinen ja yleisluonteinen säännös, joka ei ollut tarkkarajainen sillä tavoin kuin perusoikeuksia rajoittavilta säännöksiltä edellytetään.¹⁹ Lähtökohtana on lain 22 a §:n mukaan itsemääräämisoikeuden rajoittaminen vain siinä määrin kun on tarpeen. Luvussa on tarkempia säännöksiä myös esimerkiksi liikkumisvapauden rajoittamisesta ja potilaan eristämisestä. Muutoksenhaun osalta todettakoon, että luvun rajoitukset eivät perustu valituskelpoisiin päätöksiin lukuun ottamatta potilaan omaisuuden haltuunottoa tai yhteydenpidon rajoittamista.

Itsemääräämisoikeuden yhtenä osatekijänä on oikeus kompetenssiin, johon puolestaan liittyy läheisesti oikeus tietoon.²⁰ Jos potilaalla ei ole riittäviä tietoja esimerkiksi tilastaan, hoidostaan tai eri hoitovaihtoehdoista tai mahdollisuutta saada niitä, ei hän pysty käyttämään itsemääräämisoikeuttaan vaikka sairaus itsessään ei rajoittaisikaan henkilön kompetenssia. Mielenterveyspotilaiden osalta on käytännössä monin paikoin ongelmia juuri tiedonsaannissa: tietoja hoitomääräyksestä tai tarkkailuun asettamisesta voidaan

18 Helsingin hallinto-oikeuden 30.4.2013 kirjoittajalle toimittama tilasto. Loput 0,5 % sisältää esimerkiksi rauenneet alistukset. Huomionarvoista on, että tilasto ei ota kantaa siihen, miksi päätös on jätetty vahvistamatta. Kyse voi olla lääketieteellisen arvion lisäksi myös esimerkiksi prosessuaalisista syistä, kuten määräajan jälkeen tehdystä päätöksestä. Psykiatrisen laitoshoidon potilasmäärissä on jonkin verran alueellisia eroja, mutta Helsinki edustaa keskitasoa (ks. THL:n Psykiatrisen erikoissairaanhoidon 2010 -raportti).

19 HE 113/2001 vp mielenterveyslain ja hallinto-oikeuslain 7 §:n muuttamisesta, s. 4.

20 Saarenpää 1997, s. 269.

antaa sellaisessa vaiheessa sairautta, kun potilas ei niitä pysty ymmärtämään. Myöhemmin potilaan tilan ja ymmärryksen mahdollisesti parannuttua tiedonsaanti on hankalaa.²¹

4 Hoidosta päättämiseen liittyvät tapaukset

4.1 Kidutuksen vastaisten komiteoiden kannanotot

Suomi on ratifioinut eurooppalaisen yleissopimuksen kidutuksen, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen estämiseksi (SopS 16–17/1991). Sopimuksen noudattamista valvoo Euroopan neuvoston alainen kidutuksen vastainen komitea (CPT), joka kritisoi vuonna 2003 tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisesta päättämistä ja sitä, ettei potilasta ja tämän hoidon tarvetta arvioi tilanteessa riippumaton lääkäri.²² Vuonna 2008 komitea kritisoi kuuden kuukauden väliä hoidon edellytysten arvioinnille liian pitkäksi ja katsoi, että arvio tulisi tehdä useammin.²³ Komitea myös muistutti uudelleen tarpeesta riippumattomaan mielipiteeseen tahdosta riippumattoman hoidon edellytysten arvioinnissa.²⁴

Tämän lisäksi Suomi on ratifioinut myös YK:n alaisen kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen ja halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastaisen yleissopimuksen (SopS 59–60/1989). Tämän sopimuksen noudattamista valvoo YK:n kidutuksen vastainen komitea (CAT). Myös CAT on ollut huolissaan tahdosta riippumattomaan hoitoon määrättävien oikeusturvasta samasta syystä kuin CPT-komitea ilmaisi huolensa siitä, ettei hoitoon määrättävällä ole mahdollisuutta saada tilastaan riippumattoman psykiatrin lausuntoa ja siitä, ettei hoitoon määräämistä ole mahdollista saattaa kaikissa tilanteissa tuomioistuimen käsiteltäväksi.²⁵

21 Bärnlund-Toivonen 2000, s. 172–173.

22 Report to the Finnish Government on the Visit to Finland Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), CPT/Inf (2004) 20, s. 54.

23 Report to the Finnish Government on the Visit to Finland Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), CPT/Inf (2009) 5, s. 52.

24 Report to the Finnish Government on the Visit to Finland Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), CPT/Inf (2009) 5, s. 56.

25 Concluding Observations of the Committee Against Torture, CAT/C/FIN/CO/5-6, 29.6.2011, s. 4.

4.2 X v. Suomi

4.2.1 Taphtumat

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapauksen taustalla oli rikosprosessi, jossa X oli epäiltynä törkeästä vapaudenriistosta ja toissijaisesti avunannosta törkeään vapaudenriistoon. Käräjäoikeus määräsi X:n lokakuussa 2002 mielentilatutkimukseen, jonne hänet toimitettiin kahden vuoden pakoilun jälkeen lokakuussa 2004. Sairaalan lääkäri diagnosoii X:llä harhaluuloisuushäiriön ja katsoi, ettei X ollut tekohekellä syntyneen. Lääkäri totesi myös, että mielenterveyslain 8 §:n edellytykset tahdosta riippumattomaan hoitoon määräämiselle täyttyvät ja että X on rikosprosessin osalta edunvalvojan tarpeessa.

Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen (TEO) oikeuspsykiatristen asioiden lautakunta²⁶ pyysi lääkäriä täydentämään lausuntoaan ja esittämään lisäperusteluja muun muassa sen osalta, miksi hän katsoi tahdosta riippumattoman hoidon edellytysten täyttyvän ja miksi avohoito ei tapauksessa riittänyt. Täydentävässä lausunnossaan lääkäri totesi, että harhaluuloisuushäiriö oli edennyt psykoottiseksi ja katsoi, ettei avohoito riittäisi, koska X oli vältellyt mielentilatutkimusta. Helmikuussa 2005 lautakunta antoi arvionsa käräjäoikeudelle ja katsoi, ettei X ollut syntyneen, ja hänet määrättiin tahdosta riippumattomaan hoitoon. X pyrki tällöin hankkimaan sairaalasta riippumattoman arvion hoidon tarpeestaan, mutta Vanhan Vaasan sairaala ei päästänyt X:n hankkimaan lääkäriä vierailemaan tämän luona.²⁷

X valitti hoitoonmääräämisestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen²⁸ ja vaati sen kumoamista vedoten muun muassa hankkimaansa psykiatrian professorin lausuntoon, jossa todettiin, ettei X professorin näkemyksen mukaan ole tahdosta riippumattoman hoidon tarpeessa. KHO järjesti asiassa suullisen käsittelyn ja hylkäsi valituksen 13.10.2005 antamallaan tuomiossa²⁹. Perusteluissaan KHO katsoo, että X:n terveydentilasta esitetyt ”eri-

26 Lautakunta toimii nykyisin Terveyden ja hyvinvoinnin laitoksen alaisena.

27 EIT X v. Suomi, kohdat 42–44.

28 Tuolloin voimassa olleen mielenterveyslain mukaan hoitoonmääräämisestä valitettiin suoraan korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Lakia muutettiin nykyisenkaltaiseksi 2.9.2005 lailla 723/2005 siten, että ensimmäiseksi valitusasteeksi tuli hallinto-oikeus.

29 KHO dnro 540/3/05.

suuntaiset näkemykset” eivät anna aihetta kyseenalaistaa alkuperäistä arvioita hoidon tarpeesta.³⁰ KHO katsoo, että asiassa ”on näytetty, että hoitoon toimittamatta jättäminen olisi vakavasti vaarantanut muiden henkilöiden terveyttä”.³¹

Heinäkuussa 2005 X:n tahdosta riippumatonta hoitoa jatkettiin. Lokakuussa X:n luona vieraili tämän pyynnöstä erikseen kaksi lääkäriä, yleislääkäri ja psykiatrian erikoislääkäri, joista molemmat arvioivat, että edellytyksiä X:n tahdosta riippumattomalle hoidolle ei ole. Psykiatri arvioi myös lääkeannostuksen liian suureksi, ja katsoi, ettei X aiheuta itselleen tai muille sellaista vaaraa, joka oikeuttaisi tahdosta riippumattoman hoidon.³² Tammikuussa 2006 X:n tahdosta riippumatonta hoitoa jatkettiin, mutta viikko tämän jälkeen X vapautettiin sairaalasta. X valitti tammikuun 2006 jatkamispäätöksestä Vaasan hallinto-oikeuteen, jonka vahvistettavaksi päätös myös alistettiin. Hallinto-oikeus hylkäsi X:n valituksen. X valitti edelleen korkeimpaan hallinto-oikeuteen, joka niin ikään hylkäsi valituksen.³³

4.2.2 Käsittely EIT:ssä

X valitti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen kohtelustaan useammalta eri kannalta. Käsittelen seuraavassa valitusta erityisesti sopimuksen 5 artiklan (oikeus vapauteen ja turvallisuuteen) kannalta. Tuomiossaan EIT huomauttaa, että täyttääkseen 5 artiklan vaatimukset, ei riitä että vapaudenriisto perustuu kansalliseen lakiin, vaan lisäksi kyseisen lainsäädännön on sisällöllisesti täytettävä EIS:n vaatimukset.³⁴ Tuomioistuimen mukaan vapaudenriisto on EIS:n 5 artiklan 1 (e) kohdan mukaista, jos on luotettavasti näytetty, että potilaalla on mielenterveyden häiriö ja jos häiriö on asteeltaan tai vakavuudeltaan sellainen, että se edellyttää tahdonvastaista hoitoa. Hoidon jatkaminen on sallittua vain niin kauan, kun häiriö jatkuu.³⁵ EIT myös toteaa vapaudenriiston olevan niin vakava toimenpide, että se on oikeutettua vain, jos lievempiä keinoja on harkittu ja ne on todettu riittämättömiksi.³⁶

30 KHO dnro 540/3/05, s. 43.

31 KHO dnro 540/3/05, s. 44.

32 EIT X v. Suomi, kohdat 53–54.

33 KHO dnro 1430/3/06.

34 EIT X v. Suomi, kohta 148.

35 EIT X v. Suomi, kohta 149.

36 EIT X v. Suomi, kohta 150.

EIT toteaa, että päätöksen X:n hoidon jatkamisesta teki Vanhan Vaasan sairaalan psykiatrisesta hoidosta vastaava ylilääkäri saman sairaalan tarkkailulausunnon perusteella, ja että prosessi noudatti kansallista lainsäädäntöä. Tuomioistuimen mukaan mielentilatutkimuksen jälkeen hoitoon määräämistä koskeva lainsäädäntö ei ole Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaista, sillä päätöksen tekee ylilääkäriin lausunnon perusteella erillinen lautakunta, jonka päätöksestä voi valittaa hallinto-oikeuteen. Sen sijaan hoidon jatkamista koskeva päätöksenteko ei tuomioistuimen mukaan takaa riittävä turvaa mielivaltaa vastaan. EIT toteaa, että ulkopuolisen psykiatrisen lausunnon huomioiminen päätöksenteossa olisi tärkeä osa oikeusturvaa, eikä siihen ollut mahdollisuutta.³⁷ Tältä osin EIT viittasi myös Euroopan neuvoston kidutuksen vastaisen komitean kannanottoon samasta asiasta.

EIT toteaa myös, että hoidon tarpeen arviointi mielentilatutkimuksen jälkeen hoitoon määrättyjen osalta tapahtuu kuuden kuukauden välein. Tuomioistuin ei ottanut kantaa välin pituuteen, mutta huomauttaa, että arviointi tapahtuu tällöinkin viranomaisten aloitteesta. Tahdosta riippumattomassa hoidossa olevalla potilaalla ei ole itse mahdollisuutta saattaa hoidon kestäessä tutkittavaksi, ovatko edellytykset tahdosta riippumattomalle hoidolle edelleen olemassa. EIT katsoo, että tilannetta pahensi se, että Suomessa hoitoonmääräämispäätöksen katsotaan samalla oikeuttavan pakkolääkintään, jota myös X:n tapauksessa oli käytetty.³⁸

Näillä perusteilla Euroopan ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan 1 (e) kohta oli X:n tapauksessa loukattu. Lisäksi tuomioistuin totesi, että pakkolääkintä on vakavaa puuttumista henkilön koskemattomuuteen, minkä vuoksi siihen liittyvään päätöksentekoon tulisi kuulua riittävät oikeusturvakeinot mielivaltaisen toiminnan estämiseksi. Näin ei EIT:n mukaan tapauksessa ollut, vaan tältä osin myös EIS:n 8 artiklaa (oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta) oli rikottu.

37 EIT X v. Suomi, kohdat 168–169.

38 EIT X v. Suomi, kohta 170.

4.3 KHO 2012:75

Korkein hallinto-oikeus antoi 13.9.2012 – noin kolme kuukautta EIT:n päätöksen jälkeen – tuomionsa vastaavankaltaisessa asiassa. Tapauksessa Y oli määrätty mielenterveyslain 8 §:n nojalla tahdosta riippumattomaan psykiatriseen sairaalahoitoon lokakuussa 2011.³⁹ Sairaalan ylilääkäri päätti hoidon jatkamisesta tammikuussa 2012, ja päätös alistettiin mielenterveyslain 12 §:n mukaisesti hallinto-oikeuden vahvistettavaksi. Y valitti hallinto-oikeuden vahvistamasta päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen ja vaati hoitoonmääräämispäätöksen kumoamista ja vetosi siihen, että pystyy huolehtimaan itsestään ja lääkityksestään. Korkein hallinto-oikeus käsittelee asian poikkeuksellisesti täysistunnossa 21 tuomarin voimin (esimerkiksi EIT:n *X v. Suomi* -tapauksen taustalla olleet kaksi KHO:n ratkaisua tehtiin viiden jäsenen jaostokäsittelyssä). KHO hylkäsi Y:n valituksen.

Ratkaisun perusteluissa KHO käyttää huomattavan paljon tilaa EIT:n *X v. Suomi* -tapauksen käsittelyyn ja pyrkii osoittamaan EIT:n olevan väärässä sen todettua mielenterveyslain mukaisen järjestelmän soveltuvilta osin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan vastaiseksi. Ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan loukkaamiseen KHO ei ottanut kantaa. Y ei valittanut KHO:n päätöksestä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen.⁴⁰

4.4 Hallinto-oikeuksien päätökset

EIT:n ratkaisun jälkeen Helsingin, Hämeenlinnan, Kuopion ja Vaasan hallinto-oikeudet ovat kukin antaneet tahdosta riippumattomaan hoitoon määräämistä tai hoidon jatkamista koskevia ratkaisuja. Hämeenlinnan, Kuopion ja Vaasan hallinto-oikeudet ovat noudattaneet EIT:n linjausta ja palauttaneet käsiteltäväksi päätökset, joissa ei ole varattu mahdollisuutta riippumattoman mielipiteen hankkimiseen. Helsingin hallinto-oikeus sen sijaan katsoi, että EIT:n ratkaisu ei edellytä riippumattoman mielipiteen hankkimista kaikissa tapauksissa ja hyväksyi alustusmenettelyssä päätöksen, jossa ei ollut hankittu ulkopuolista riippumatonta mielipidettä.

39 Tapaus eroaa edellä käsitellystä siltä osin, että X määrättiin tahdosta riippumattomaan hoitoon mielentilatutkimuksen jälkeen. Y:n tapauksessa taustalla ei ole rikosprosessia.

40 EIT:n HUDOC-tietokanta, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?respondent:\[\"FIN\"\],documentcollectionid2:\[\"COMMUNICATEDCASES\"\]},](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?respondent:[\) vierailupäivä 21.10.2013. Määräaika valitukselle umpeutui maaliskuussa 2013.

Kuopion hallinto-oikeus antoi ensimmäisen *X v. Suomi* -tapauksen jälkeisen päätöksensä⁴¹ elokuussa 2012 ja merkittävimmän⁴² päätöksen KHO:n ratkaisun jälkeen tammikuussa 2013. Näistä jälkimmäinen käsiteltiin täysistunnossa 15 jäsenen voimin, ja päätöksessä hallinto-oikeus perustelee laajasti KHO:n linjauksesta poikkeavaa kantaansa. Perusteluissa hallinto-oikeus toteaa, että vaikka EIT:n tulkintalinja tahdosta riippumattomaan hoitoon määräämistä koskevien päätösten osalta ei kaikilta osin ole yksiselitteisen selvä, on viesti riippumattomien lääketieteellisten lausuntojen tarpeesta yksiselitteinen.⁴³ Hallinto-oikeus käsittelee myös muuta asiaan liittyvää EIT:n ratkaisukäytäntöä ja toteaa, ettei alistusmenettely voi korvata ulkopuolisen lääkärin lausuntoa. Maaliskuussa 2013 myös Hämeenlinnan hallinto-oikeus noudatti ratkaisussaan EIT:n kantaa ja palautti käsiteltäväksi hoitoonmääräämispäätöksen, jossa potilaalle ei ollut varattu mahdollisuutta riippumattoman lääkärin arviointiin.⁴⁴ Vaasan hallinto-oikeus puolestaan katsoi elokuussa 2013,⁴⁵ että saman sairaalan johtokuntaan kuuluvan lääkärin lausunto ei ollut sellainen riippumaton psykiatrinen mielipide, joka olisi taannut riittävän oikeusturvan. Helsingin hallinto-oikeus sen sijaan antoi kesäkuussa 2013 päätöksen,⁴⁶ jossa se tulkitsi EIT:n päätöstä muista hallinto-oikeuksista poikkeavalla tavalla. Tapausta käsitellään tarkemmin jäljempänä.

4.5 Tapausten arviointia

4.5.1 Yleisesti tapausten vertailusta

EIT:n mukaan ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan rikkominen tapauksessa *X v. Suomi* pohjautuu kahteen pääsyhyyn: yhtäältä siihen, että päätöksen hoidon jatkamisesta tekivät kaksi saman sairaalan lääkäriä, eikä potilaalla ollut mahdollisuutta saada riippumatonta arviota hoidon tarpeesta ja toisaalta siihen, ettei potilaalla ollut oma-aloitteisesti mahdollisuutta saattaa hoidon edellytysten olemassaoloa arvioitavaksi. Tarkastelen seuraavassa tarkemmin juuri näitä kahta näkökulmaa. Useimmat 5 artiklan e-kohtaa koskevat valitukset ovat koskeneet juuri tahdosta riippumatonta psykiatrista hoitoa ja

41 Kuopion HAO 21.08.2012 12/0521/7.

42 Kuopion HAO 18.01.2013 13/0017/7.

43 Kuopion HAO 18.01.2013 13/0017/7, kohta Kokonaisarviointi.

44 Hämeenlinnan HAO 20.03.2013 13/0147/2.

45 Vaasan HAO 09.08.2013 13/0463/2.

46 Helsingin HAO 04.06.2013 13/0427/2.

siihen liittyvää vapaudenriistoa,⁴⁷ ja EIT huomioikin perusteluissaan aiempaa ratkaisukäytäntöään. Myös KHO ja Kuopion hallinto-oikeus nostavat esiin EIT:n aiempia tahdosta riippumattomaan hoitoon liittyviä ratkaisuja.

KHO:n käsittelemä Y:n tapaus 2012:75 vaikuttaa osin eräänlaiselta keppihevosesta, jonka avulla KHO pystyi vastaamaan EIT:n päätökseen. KHO:n EIT:tä kohtaan esittämän kritiikin ja perusteluiden päälinjauksena on, että EIT ei ole päätöksessään ottanut huomioon ”oikeussuojakeinojen ja menettelyn asianmukaisuutta turvaavien muiden takeiden” kokonaisuutta.⁴⁸ KHO poimii perusteluissaan EIT:n ratkaisusta kohtia, joiden kautta se pyrkii osoittamaan EIT:n linjauksen virheelliseksi. Perustelut eivät juurikaan liity itse käsiteltävänä olevaan Y:n tapaukseen eivätkä suoranaisesti edes X:n tapaukseen, vaan valtaosin yleisempiin seikkoihin liittyen hoitoon määräämisestä ja hoidon jatkamisesta tehtäviin päätöksiin.

4.5.2 Riippumattoman lääkärin mielipide

X:n tapauksessa hoidon jatkamisesta oli päättänyt Vanhan Vaasan sairaalan psykiatrisesta hoidosta vastaava ylilääkäri saman sairaalan osastonlääkärin tarkkailulausunnon perusteella. Korkeimman hallinto-oikeuden päätöksessä käy ilmi, että lääkärit olivat tavanneet X:n yhdessä, eikä lausunnon laatinut osastonlääkäri poikkeuksellisesti ollut tavannut X:ää kahden kesken.⁴⁹ EIT toteaa sairaalasta riippumattoman psykiatrisen mielipiteen olevan tärkeä osa oikeusturvaa päätöksenteon mielivaltaisuutta vastaan. X:llä ei EIT:n mukaan ollut mahdollisuutta tällaisen mielipiteen saamiseen osana päätöksentekoprosessia.⁵⁰ EIT viittasi päätöksessään myös CPT:n kantaan riippumattoman mielipiteen hankkimisen tarpeellisuudesta hoidosta päätettäessä.

KHO toteaa, että EIT:n perusteluissa ei ole tuotu esille, että hoidon jatkamista koskevat sairaalassa tehdyt päätökset olivat itsenäisen tuomioistuinvallannon kohteena samoin kuin hoitoon määräämistä koskeva TEO:n tekemä päätös.⁵¹ EIT ei tätä yksiselitteisesti 5 artiklan loukkausta käsitellessään

47 Pellonpää – Gullans – Pölonen – Tapanila 2012, s. 417–418.

48 KHO 2012:75, kohta 5.2.1.

49 KHO dnro 1430/3/06, s. 3.

50 X tapasi myöhemmin (sen jälkeen kun sairaala sen salli) muita lääkäreitä omasta aloitteestaan ja käytti heidän lausuntojaan osana valituksiaan, mutta tämä on pidettävä erillään varsinaisesta päätöksentekoprosessista.

51 KHO 2012:75, kohta 5.2.1.

totea (joskin alistusmenettelyyn on sinänsä viitattu toisaalla perusteluissa⁵²), mutta KHO jättää huomioimatta ja mainitsematta, että päätöksentekoprosessit ovat erilaiset: hoitoonmääräämispäätöksen tekemisen taustalla on sairaalan lausunto, mutta varsinaisen päätöksen hoitoon määräämisestä tekee sairaalasta erillinen taho, nykyisin THL:n alainen oikeuspsykiatristen asioiden lautakunta. Tästä päätöksestä voi puolestaan valittaa hallinto-oikeuteen. Hoidon jatkamista koskeva päätös sen sijaan tehdään potilasta hoitavassa sairaalassa, ja tästä päätöksestä voi valittaa hallinto-oikeuteen. Näiden pitäminen erillään on tärkeää, sillä EIT nimenomaisesti vertaa hoidon jatkamista koskevaa päätöksentekoa hoitoon määräämiseen, ja katsoo, että juuri hoidon jatkamisesta päätettäessä prosessi ei taannut turvaa mielivaltaa vastaan (”the initial confinement – – does not appear to be problematic from the point of view of the rule of law – – However, as regards the continuation of such treatment there were no adequate safeguards against arbitrariness”).⁵³

Yhtäältä KHO:n mukaan EIT ei ole kiinnittänyt huomiota siihen, että asian käsittelyyn hallinto-oikeudessa on osallistunut myös lääketieteen asiantuntija.⁵⁴ Toisaalta KHO myöntää, että tuomiossa on ”sinänsä viitattu” asiantuntijajäseniä koskevaan hallinto-oikeuslain 7 §:ään⁵⁵, mutta puutteena KHO pitää sitä, ettei erikseen ole mainittu hallinto-oikeuslain 8 §:ää, jonka mukaan asiantuntijajäsenten tulee olla juuri psykiatriaan perehtyneitä lääkäreitä. Tämä on kuitenkin EIT:n perustelut huomioiden epäolennaista. EIT viittaa perusteluissaan nimenomaisesti riippumattoman lääketieteellisen tutkimuksen (”medical evaluation”) puutteeseen.⁵⁶ Hallinto-oikeudessa asiaa käsitellään asiakirjojen perusteella, eikä asiantuntijajäsenenä käsitteelyyn osallistuva psykiatri tutki potilasta itse, vaan on riippuvainen tarkkailulausunnosta. Asiantuntijajäsen osallistuu asian käsittelyyn tuomioistuimessa

52 EIT X v. Suomi, kohta 118.

53 EIT X v. Suomi, s. 37, kohta 168. EIT viittaa 5 artiklan käsittelyn yhteenvedossa epäloogisesti hoitoon määräämiseen (s. 37, kohta 171, ”in respect of her initial confinement”). Tämä lienee virhe, sillä edeltävistä perusteluista käy ilmi, että ongelmalliseksi nähdään nimenomaisesti hoidon *jatkamista* koskeva päätös, ja hoidon jatkamista koskevaan päätökseen viitataan myös ratkaisun loppuyhteenvedossa (s. 55, kohta 4, ”after the initial six-month period”).

54 KHO:n lisäksi myös erät oikeustieteilijät kritisoivat EIT:tä tästä. Ks. esim. Juha Lavapuron ja Merja Pentikäisen pääkirjoitus, Oikeus 3/2012, s. 332 sekä Lavapuron ja Markku Fredmanin mielipidekirjoitus Helsingin Sanomissa 25.9.2012. EIT:n kannalla asiassa ovat olleet mm. prof. Tuomas Ojanen ja prof. Jyrki Virolainen, ks. Helsingin Sanomat 17.2.2013; Pakkoahoito pitää perustella aiempaa paremmin.

55 EIT X v. Suomi, kohta 120.

56 EIT X v. Suomi, kohta 169.

yleisesti lääketieteen asiantuntijana, ei juuri kyseisen potilaan tapauksen asiantuntijana. Tämän vuoksi asiantuntijajäsenen mukanaolon ei voida katsoa täyttävän vaatimusta riippumattomasta psykiatrisesta mielipiteestä.

KHO viittaa myös EIT:n *Liuiza v. Liettua* -tapaukseen, jossa EIT katsoi, että hoitavan sairaalan lääkäreiden lausunnot riittivät hoidon tarpeen arviointiin. Tapaus on kuitenkin tosiseikastoltaan ratkaisevasti erilainen, ja EIT toteaaakin, että kokonaisarviointiin kyseisessä tapauksessa vaikutti potilaan pitkä mielenterveysongelmien historia – potilaan tilaa oli toisin sanoen arvioitu useaan otteeseen eri sairaaloissa – ja esimerkiksi aiempi pakeneminen sairaalasta.⁵⁷ Näin ollen tapausta on pidettävä poikkeuksena EIT:n yleiseen tulkintalinjaan, kuten esimerkiksi Kuopion hallinto-oikeus on ratkaisussaan tehnytkin.⁵⁸ KHO ei EIT:n päätöstä kommentoidessaan tuo esiin, että tarkkailulähetteen laatii hoitoonmääräämistä koskevasta päätöksenteosta erillään oleva lääkäri. Todettakoon tältä osin, että potilas voidaan lähettää tarkkailuun, mikäli lääkäri katsoo, että edellytykset hoitoon määräämiselle ovat todennäköisesti olemassa. Kynnys on siis matalammalla kuin varsinaisessa hoitoonmääräämispäätöksessä, joten myöskään tämän ei voida katsoa korvaavan riippumattoman mielipiteen merkitystä hoitoonmääräämistä koskevassa päätöksenteossa.

KHO ja Kuopion hallinto-oikeus viittaavat molemmat myös tapaukseen *L.M. v. Latvia*, jossa EIT katsoi 5 artiklaa loukatun tilanteessa, jossa hoidon tarvetta arvioi kolme saman sairaalan lääkäriä⁵⁹. Tuomioistuimet kuitenkin tulkitsevat tapausta eri tavoin. KHO:n mukaan tapauksessa on kyse siitä, että riippumattoman mielipiteen puutteelle on annettu merkitystä vain tilanteissa, joissa ”oikeussuojakeinot ovat muutoinkin olleet ilmeisen puutteellisia”. Tapauksen ehdottomalle erottamiselle X:n tapauksesta ei kuitenkaan näyttäisi olevan perusteita: on totta, että EIT arvioi tapauksessa riippumattoman mielipiteen puutteen olevan yksi osa 5 artiklan rikkomista, mutta näin tapahtui myös *X v. Suomi* -tapauksessa⁶⁰. EIT nimenomaisesti katsoo, että X:n tapauksessa 5 artiklan loukkaamiseen vaikutti kaksi tekijää:

57 EIT *Liuiza v. Liettua*, kohta 60.

58 Kuopion HAO 18.01.2013 13/0017/7, kohta *Kansainvälisten säädösten tulkinta*.

59 EIT *L.M. v. Latvia*, kohta 54. Myös tässä tapauksessa viitattiin CPT:n esittämään kriittikkiin riippumattoman mielipiteen puutteesta (ks. kohta 36).

60 EIT *X v. Suomi*, kohta 171.

riippumattoman mielipiteen puute ja mahdottomuus saada hoidon edellytysten olemassaolo arvioitavaksi.⁶¹ Lisäksi tilanteesta teki vakavamman hoitoonmääräämis päätökseen sisältyvä oikeus pakkolääkintään.⁶²

Helsingin hallinto-oikeuden mukaan EIT:n ratkaisua ei voida tulkita niin, että ”potilaan oikeuksien turvaaminen vaatisi aina ennen hoidon jatkamista koskevan päätöksen tekemistä mielenterveyslaissa säädetyn menettelyn lisäksi hoitoa antavaan sairaalaan nähden ulkopuolisen lääketieteellisen arvion hankkimista tai tilaisuuden varaamista siihen”.⁶³ Hallinto-oikeuden mukaan tapauksen olosuhteilla on merkitystä ja kysymys on tapauskohtaisesta harkinnasta. Hallinto-oikeus ei perustele tulkintaansa tarkemmin. EIT katsoo, että riippumaton mielipide on tärkeä tekijä oikeusturvan takaamisessa ja nimenomaisesti viittaa CPT:n suositukseen riippumattoman mielipiteen huomioimisesta päätöksenteossa.⁶⁴ CPT puolestaan vuoden 2004 raportissaan toteaa, että osana hoidon edellytysten olemassaolon tutkintaa hoidon jatkamisesta päätettäessä tulisi olla hoitavasta sairaalasta riippumaton mielipide.⁶⁵ Vuoden 2009 raportissaan CPT yksiselitteisesti toteaa, että lainsäädäntöä tulisi muuttaa siten, että riippumaton mielipide vaadittaisiin *jokaisessa tapauksessa*, jossa potilas on eri mieltä hoidon edellytysten olemassaolosta.⁶⁶ Myös kokonaisuutena EIT:n perusteluista käy ilmi, että tuomioistuimen lähtökohtana on, että riippumaton mielipide tulisi huomioida aina. Helsingin hallinto-oikeus ei perusteluissaan viittaa edellä mainittuun EIT:n *Liuiza*-tapaukseen, jossa EIT kelpuutti päätöksen, jossa hoidosta oli päätetty saman sairaalan lääkärin antaman lausunnon perusteella, mutta todettakoon, ettei tapaus ole vertailukelpoinen: *Liuiza*-tapauksessa potilaan mielenterveysongelmat olivat kestäneet vuosikausia jona aikana häntä oli hoidettu eri sairaaloissa,⁶⁷ mutta Helsingin hallinto-oikeuden tapauksessa

61 EIT X v. Suomi, kohdat 169–171.

62 EIT X v. Suomi, kohta 170.

63 Helsingin HAO 04.06.2013 13/0427/2, kohta 4.1.

64 EIT X. v. Suomi, kohta 169.

65 Report to the Finnish Government on the Visit to Finland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), CPT/Inf (2004) 20, s. 54, kohta 144.

66 Report to the Finnish Government on the Visit to Finland Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), CPT/Inf (2009) 5, s. 56, kohta 140.

67 EIT Liuiza v. Liettua, kohta 18.

potilaan hoitajakso oli alkanut alle puoli vuotta aikaisemmin ja hänen hoidon jatkamisesta päätettiin ensimmäisen kerran.

Helsingin hallinto-oikeus toteaa, ettei tapauksessa ole ilmennyt aihetta pitää kyseenalaisena potilaan terveydentilasta esitettyjen tietojen luotettavuutta, ja hallinto-oikeuden mukaan riippumattoman mielipiteen hankkiminen ”ei sinänsä olisi ollut välttämätöntä”. EIT ei kuitenkaan asettanut epäilystä edellytykseksi riippumattoman mielipiteen hankkimiselle, vaan päinvastoin katsoi sen olevan tarpeen kaikissa tapauksissa. Oleellista on, että riippumattoman mielipiteen vaatimuksen taustalla on pyrkimys taata potilaan oikeusturva, eikä sitä ole tarkoitettu vain tulkinta-avuksi rajatapauksiin. Riippumattoman mielipiteen vaatimuksesta ei voida tinkiä sillä perusteella, että hoidosta päättävä lääkäri katsoo potilaan olevan selvästi sairas tavalla, joka täyttää tahdosta riippumattoman hoidon edellytykset.

Helsingin hallinto-oikeuden tapauksessa sairaala oli hankkinut ulkopuolisen lausunnon, mutta sen oli antanut potilaan alun perin kolme kuukautta aiemmin tahdosta riippumattomaan hoitoon määrännyt toisen sairaalan lääkäri. Hallinto-oikeuden päätöksestä ei käy ilmi, onko sairaala tarkoittanut lausunnon EIT:n tarkoittamaksi riippumattoman lääkärin mielipiteeksi, mutta tällaiseksi sitä ei voida katsoa. Myös hallinto-oikeus toteaa, että lausuntoa ei voida pitää EIT:n tarkoittamana riippumattoman ulkopuolisen asiantuntijan arviona, vaan asian ratkaisemista varten hankittuna muuna selvityksenä. Toisaalta koska hallinto-oikeus edellä mainitulla tavalla tulkitsee, että EIT:n ratkaisu ei edellytä tapauksessa tällaista riippumatonta mielipidettä, ei hallinto-oikeuden mukaan päätöstä ole aihetta jättää vahvistamatta ulkopuolisen asiantuntijan arvion puuttumisen vuoksi.

4.5.3 Hoidon edellytysten arvioitavaksi saattaminen

KHO toteaa, että hoitoon määrätty voi halutessaan saattaa asian hallinto-oikeuden tutkittavaksi aina hoitoon määräämisestä ja hoidon jatkamisesta päätettäessä.⁶⁸ Käytännössä siis 14 päivän ajan vuoroin kolmen ja kuuden kuukauden välein sekä mielentilatutkimuksen jälkeen hoitoon määrättyjen osalta kuuden kuukauden välein. KHO:n mukaan tätä ei lähtökohtaisesti

68 KHO 2012:75, kohdat 4.3 ja 5.2.2.

ole ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella pidettävä ongelmallisena. KHO viittaa EIT:n tapauksiin *Herczegfavy v. Itävalta* ja *Liiviza v. Liettua*, ja pitää paikkansa, ettei EIT sinänsä ole pitänyt kuuden kuukauden aikaväliä liian pitkänä viranomaisaloitteiselle arvioinnille. Kyse ei kuitenkaan ole ainoastaan arviointivälin pituudesta, vaan EIT toteaa yksiselitteisesti, että sen aiemman käytännön perusteella yksinomaan viranomaisaloitteinen menettely ei riitä oikeusturvakeinoksi.⁶⁹

KHO tulkitsee EIT:n tarkoittavan tuomionsa kohdassa 170 (“A patient – – does not appear to have any opportunity to initiate any proceedings in which the issue of whether the conditions for his or her confinement for involuntary treatment are still met could be examined”) sitä, ettei henkilöllä olisi *lainkaan* mahdollisuutta saattaa hoitoonmääräämispäätöstä tuomioistuimen tutkittavaksi.⁷⁰ Tulkinta on erikoislaatuinen ja vaikuttaa tarkoituksellisuudelta, sillä EIT mainitsee tuomiossaan useampaan otteeseen⁷¹ X:n valittaneen hoitoonmääräämispäätöksestä ja mainitsee kansallista lainsäädäntöä käsittelevässä osiossa⁷² mielenterveyslain 5 luvun 24 §:n, jossa valitusoikeudesta säädetään. On siis yksiselitteisen selvää, että EIT tiesi valitusmahdollisuudesta. Loogisempi ja EIT:n perusteluiden kanssa yhdenmukaisempi tulkinta on, että EIT viittaa siihen, että potilaalla ei – erityisesti mielenterveyslain 3 luvun tapauksissa, jollaisesta X:n tapauksessa oli kyse – todellisuudessa ole viranomaisaloitteisesta arvioinnista *erillistä* oikeutta saattaa asiaa tutkittavaksi hoidon jatkamisesta päätettäessä. Vaihtoehtoisesti EIT:n voi tulkita viittaavan siihen, ettei potilaalla ole oikeutta hoidon kestäessä saada halutessaan hoidon edellytysten olemassaoloa tutkittavaksi. Molemmat näistä tulkinnoista ovat nähdäkseni KHO:n kantaa paremmin linjassa EIT:n perusteluiden ja ratkaisukäytännön kokonaisuuden kanssa.

KHO toteaa, että potilaalla on mahdollisuus saattaa hoidon edellytykset itsenäisesti tuomioistuimen arvioitavaksi.⁷³ Kuitenkin erityisesti mielenlaturkimuksen jälkeen hoitoon määrättyjen osalta väite vaikuttaa heikosti perustellulta: on totta, että potilas voi valittaa pisimmillään kuuden kuu-

69 EIT X v. Suomi, kohta 170.

70 KHO 2012:75, kohta 5.2.2.

71 EIT X v. Suomi, kohdat 64, 72, 76, 78, 81, 142, 163, 164 ja 168.

72 EIT X v. Suomi, kohta 118.

73 KHO 2012:75, kohta 5.2.2.

kauden välein tehtävästä hoitoonmääräämispäätöksestä, mutta päätös alistetaan tällöin joka tapauksessa hallinto-oikeuden vahvistettavaksi. Hoidon kestäessä potilaalla ei ole mahdollisuutta saada edellytysten olemassaoloa tutkittua omasta aloitteestaan. KHO tulkitsee EIT:n rajanneen tämän tarkastelun ulkopuolelle, ja katsoo arvioitavana olleen kysymyksen siitä, onko henkilöllä ylipäänsä itsenäistä mahdollisuutta saada hoidon jatkamisen edellytyksiä tuomioistuimen arvioitavaksi.⁷⁴ KHO ei tältä osin perustele tulkintaansa, mutta myös se vaikuttaa tarkoitushakuiselta. KHO:n mukaan valitus on alistuksesta riippumaton oikeussuojakeino, mikä muodollisesti pitää paikkansa (ja 2 luvun tapauksissa pisimmillään kolmen kuukauden hoidosta päätettäessä se sitä onkin), mutta käytännössä erityisesti 3 luvun tapauksissa kyse on alistuksen kanssa samanaikaisesta mahdollisuudesta viedä asia muutoksenhakuelimeen, joka ottaisi siihen kantaa joka tapauksessa. Koska X:n tapauksessa kyse oli mielenterveyslain 3 luvun mukaisesta asiasta, ei EIT ota kantaa siihen, miten kokonaisuuteen suhtautuu potilaan mahdollisuus valittaa päätöksestä, jolla hänet määrätään 2 luvun mukaisesti hoitoon enintään kolmeksi kuukaudeksi ja jota ei alisteta hallinto-oikeuden vahvistettavaksi.

EIT ei tuomiossaan ota kantaa siihen, miten henkilön todellinen mahdollisuus valituksen tekemiseen vaikuttaa oikeusturvakeinojen riittävyys arviointiin. Pakkolääkitys tai muut potilaaseen kohdistetut toimet (kuten eristys) voivat vaikuttaa potilaan kykyyn laatia valitus tai hakea apua sen laatimiseen varsinaisesta sairaudesta riippumatta. Esimerkiksi *X v. Suomi*-tapauksessa X:ää oli lääkitty risperidonilla, jonka hyvin yleisiin haittavaikutuksiin (yli yhdellä kymmenestä) kuuluvat esimerkiksi unettomuus ja ahdistuneisuus.⁷⁵ Yleisiin haittavaikutuksiin (1–10:llä sadasta) kuuluvat muun muassa väsymys, uneliaisuus ja näön hämärtyminen.⁷⁶ Vastaavat haittavaikutukset ovat yleisiä myös muilla antipsykoottisilla lääkkeillä. Potilas voi myös ymmärtää oikeutensa muutoksenhakuun vasta myöhemmin, etenkin jos tieto on kerrottu potilaalle tämän ollessa sekavassa tilassa.⁷⁷ Myös

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Lääkeinfo.fi, Risperdal Consta -valmisteen pakkauseloste (http://www.laakeinfo.fi/Medicine.aspx?m=9782&ci=JANSSEN_RISPERDAL+CONSTA, vierailupäivä 21.10.2013).

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Bärlund-Toivonen 2000, s. 173.

muut tahdosta riippumattomaan hoitoon liittyvät tekijät saattavat vaikuttaa henkilön kykyyn toimia: esimerkiksi eristäminen voi aiheuttaa harha-aistimuksia ja lepositeet ahdistusta ja pelkoa.⁷⁸ Näin ollen mahdollisuus saattaa tahdosta riippumattoman hoidon edellytysten olemassaolo arvioitavaksi 14 päivän ajan ei välttämättä kaikissa tapauksissa tarjoa käytännössä riittävää oikeusturvaa.

Valitusten salliminen muulloinkin kuin hoidosta päätettäessä todennäköisesti jonkin verran lisääisi valituksia, mutta toisaalta psykiatriset potilaat valittavat nykyiselläänkin hyvin usein päätöksistä.⁷⁹ Itse asiassa, esimerkiksi niin sanottuun kverulanttiin harhaluuloisuushäiriöön liittyvät nimenomaan jatkuvat kantelut ja oikaisuvaatimukset, joilla pyritään loukatun arvontunteen palauttamiseen.⁸⁰ Hallitus antoi 21.11.2013 eduskunnalle esityksen mielenterveyslain muuttamisesta. Lakiin ehdotetaan lisättäväksi muun muassa 12 d §, jonka mukaan hoitoon määrätyllä on oltava mahdollisuus saada hoidon jatkamisen edellytykset arvioitavaksi hoidon kestäessä. Mikäli todetaan, että edellytykset hoidon jatkamiselle ovat edelleen olemassa, tulisi esitöiden mukaan potilaalle ilmoittaa, että hän voi tehdä hoidon jatkamisesta kantelun aluehallintovirastolle.⁸¹ Toistuviin pyyntöihin on varauduttu ehdottamalla säädettäväksi, että mikäli aiemmasta pyynnöstä on kulunut lyhyt aika ja on ilmeistä, että muutosta potilaan tilassa ei ole tapahtunut, voidaan arvio jättää tekemättä.

5 Johtopäätökset

Tahdosta riippumaton hoito on viimesijainen keino, joka on käytettävissä vain jos muut mielenterveyspalvelut eivät sovellu käytettäväksi tai ovat riittämättömiä. Hoitoon määrätessä myös puututaan perustavanlaatuisella tavalla henkilön perus- ja ihmisoikeuksiin, minkä vuoksi oikeusturvakeinoilla on erityisen tärkeä merkitys. Riippumattoman psykiatrisen mielipiteen saaminen osaksi päätöksentekoa ja huomioiduksi siinä olisi tältä osin tärkeää, mistä kertoo osaltaan sekin, että jo ennen EIT:tä sekä Euroopan neuvoston että YK:n kidutuksen vastaiset komiteat huomauttivat asiasta. Lausunnon

78 Välimäki – Holopainen – Jokinen 2000, s. 131.

79 Korkeila 2006, s. 2257.

80 Lönnqvist – Honkonen 2007, s. 149.

81 HE 199/2013 vp laiksi mielenterveyslain muuttamisesta, s. 29.

kirjoittava lääkäri toimii käytännössä sairaalan psykiatrisesta hoidosta vastaavan ylilääkärin alaisena, eikä sen, että asian käsittelyyn hallinto-oikeudessa osallistuu asiantuntijajäsen, voida katsoa korvaavan riippumatonta lääketieteellistä mielipidettä. Mielenterveysongelmiin liittyvät kysymykset voivat olla tulkinnanvaraisia ja lääkärit erimielisiä tahdosta riippumattoman hoidon tarpeesta. Tästä kertoo osaltaan se, että Kuopion hallinto-oikeuden palautettua päätöksiä käsiteltäväksi uudelleen sairaalassa riippumattoman mielipiteen hankkimiseksi on ilmennyt tapauksia, joissa sairaalan ulkopuolinen lääkäri on ollut sairaalan lääkäreiden kanssa eri mieltä ja katsonut, että edellytyksiä tahdosta riippumattomalle hoidolle ei ole.⁸² Poikkeukselliset ja monitulkintaiset tilanteet asettavat haasteita sekä käytännön oikeusturvan että hoidon toteuttamiselle: yhtäältä on tärkeää varmistaa suoja mielivaltaisista päätöksistä vastaan, mutta toisaalta myös varmistaa hoidon tarpeessa olevien, sairautentunnettomien ja mahdollisesti dissimulaatioon eli sairautensa piilottamiseen kykenevien potilaiden pääsy hoitoon.

KHO:n perustelut vaikuttavat paikoin hyvin tarkoitushakuisilta. KHO katsoo, että EIT ei ole huomioinut oikeussuojakeinojen ja menettelyn asianmukaisuutta turvaavien keinojen kokonaisuutta, mutta KHO:n perustelut tälle näkemykselle eivät ole vakuuttavat ja KHO itse takertuu kritiikissään EIT:n ratkaisun yksittäisiin kohtiin eikä huomioi kokonaisuutta. Kontekstistaan irrotettuina EIT:n päätöksen kohtia voi tulkita KHO:n tavoin, mutta koko ratkaisua ja EIT:n laajempaa ratkaisulinjaa edellä mainituin tavoin arvioitaessa tulkinta ei ole kestävä. Myös Helsingin hallinto-oikeus perustelee ratkaisuaan paikoin heikosti, erityisesti siltä osin kuin hallinto-oikeus katsoo, ettei EIT:n ratkaisu edellytä edes tilaisuuden varaamista riippumattoman mielipiteen hankkimiselle kaikissa tapauksissa. Toisin kuin hallinto-oikeus katsoo, kyse ei EIT:n ratkaisun perusteella ole tapauskohtaisesta harkinnasta vaan potilaan oikeusturvan takaamiseksi mahdollisuus riippumattomaan mielipiteeseen on lähtökohtaisesti tarpeen kaikissa tapauksissa. KHO:n ja Helsingin hallinto-oikeuden EIT:n ratkaisusta poikkeaville tulkinnoille ei toisin sanoen ole perusteita. Ratkaisullaan KHO sai aikaan erikoisen tilanteen, jossa hallinto-oikeudet joutuivat asioita käsitellessään hankalaan

82 Helsingin Sanomat 20.2.2013: Lääkärit kiistelevät pakkohoidon jatkamisesta (<http://www.hs.fi/paivanlehti/kotimaa/L%C3%A4%C3%A4k%C3%A4rit+kiistelev%C3%A44t+pakkohoidon+jatkamisesta/a1361248302268>), vierailupäivä 21.10.2013.

asemaan ja valitsemaan, noudattavatko ne ratkaisussaan EIT:n vai KHO:n linjaa. Lisäksi päätös johti käytännössä siihen, että ennen valmisteilla olevaa lakimuutosta potilaiden oikeusturvan taso vaikuttaisi vaihtelevan sen mukaan, mikä hallinto-oikeus asiaa käsittelee.

Mielenterveyslain muutosta koskevan hallituksen esityksen⁸³ yhtenä tavoitteena on saattaa lainsäädäntö EIT:n *X v. Suomi* -tapauksen linjauksen mukaiseksi. Lakiin ehdotetaan lisättävän 12 a §, jonka mukaan sairaalan on järjestettävä tahdosta riippumattomassa hoidossa olevalle potilaalle mahdollisuus saada sairaalan ulkopuolisen, riippumattoman lääkärin arvio ja lausunto hoidon tarpeesta ennen hoidon jatkamisesta tehtävää päätöstä. Ulkopuolinen arvio ei ehdotetun pykälän 3 momentin mukaan sido päätöksen tekevää lääkäriä, mutta siinä esitetyt näkemykset on otettava huomioon. Mikäli arvio eroaa tarkkailulausunnon johtopäätöksistä, on tarkkailulausunnossa ja jatkamispäätöksessä perusteltava, miksi ratkaisu poikkeaa ulkopuolisesta arviosta. Lakia ehdotetaan muutettavaksi myös muilta osin, esimerkiksi niin, että tarkkailulähetteen voisi jatkossa kirjoittaa myös muu kuin virkasuhteessa oleva lääkäri.⁸⁴ Joulukuussa 2012 sosiaali- ja terveystoiministeriö antoi väliaikaisratkaisuna kunnille menettelytapaohjeen noudatettavaksi ennen lain muutosta. Ohjeen mukaan potilaalle on hoidon jatkamista koskevan päätöksenteon yhteydessä annettava mahdollisuus hoitavan sairaalan ulkopuoliseen arvioon siitä, ovatko edellytykset hoidolle olemassa. Ohje ei itsessään ole oikeudellisesti sitova, eikä tämä ulkopuolinen arvio sido päätöksen tekevää lääkäriä, mutta siinä esitetyt näkemykset tulee ohjeen mukaan ottaa huomioon.⁸⁵

83 HE 199/2013 vp laiksi mielenterveyslain muuttamisesta.

84 HE 199/2013 vp laiksi mielenterveyslain muuttamisesta, s. 15–16.

85 Sosiaali- ja terveystoiministeriön kuntainfo 11/2012, Menettelytapaohje mielenterveyslain soveltamiseksi, 18.12.2012, <http://www.stm.fi/tiedotteet/kuntainfot/kuntainfo/-/view/1846600#fi>, vierailupäivä 21.10.2013.

Lähteet

Kirjallisuus

Bärlund-Toivonen, Eija: Tahdosta riippumaton hoito: psykiatrisen potilaan oikeuksien toteutuminen. Teoksessa Sundman, Eila (toim.): Potilaan asema ja oikeudet, s. 168–177. Helsinki, Tammi 2000. (Bärlund-Toivonen 2000)

Halila, Leena: Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Helsinki, Suomalainen lakimiesyhdistys 2000. (Halila 2000)

Hallberg, Pekka: Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeudet (2. p.), s. 29–58. Helsinki, WSOYpro 2011. (Hallberg 2011)

Heikkinen, Martti – Pylkkänen, Kari – Lönnqvist, Jouko: Hoitoon ohjaaminen, hoitomyöntyvyys ja tahdosta riippumaton hoito. Teoksessa Lönnqvist, Jouko – Heikkinen, Martti – Henriksson, Markus – Marttunen, Mauri – Partonen, Timo (toim.): Psykiatria (5. p.), s. 680–702. Helsinki, Duodecim 2007. (Heikkinen – Pylkkänen – Lönnqvist 2007)

Huttunen, Martti O.: Kaksisuuntainen mielialahäiriö ja psykoterapiat. Lääketieteellinen aikakauskirja Duodecim 115, s. 1920–1927. Helsinki, Duodecim 1999, s. 1920. (Huttunen 1999)

Karapuu, Heikki: Perusoikeuksien käsite ja luokittelu. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeudet (2. p.), s. 63–87. Helsinki, WSOYpro 2011. (Karapuu 2011)

Korkeila, Jyrki: Pakkohoito: milloin ja miten? Lääketieteellinen aikakauskirja Duodecim 122, s. 2251–2257. Helsinki, Duodecim 2006. (Korkeila 2006)

Lohiniva-Kerkelä, Mirva: Terveystenhuollon juridiikka (4. p.). Helsinki, Talentum 2007. (Lohiniva-Kerkelä 2007)

Lönnqvist, Jouko – Honkonen, Teija: Muut psykoosit. Teoksessa Lönnqvist, Jouko – Heikkinen, Martti – Henriksson, Markus – Marttunen, Mauri – Partonen, Timo (toim.): Psykiatria (5. p.), s. 140–157. Helsinki, Duodecim 2007. (Lönnqvist – Honkonen 2007)

Lönnqvist, Jouko – Lehtonen, Johannes: Psykiatria, s. 14. Teoksessa Lönnqvist, Jouko – Heikkinen, Martti – Henriksson, Markus – Marttunen, Mauri – Partonen, Timo (toim.): Psykiatria (5. p.), s. 14–25. Helsinki, Duodecim 2007. (Lönnqvist – Lehtonen 2007)

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus (4. p.). Helsinki, WSOY Lakitieto 2003. (Mäenpää 2003)

Mäenpää, Olli: Hallintoprosessioikeus (2. p.). Helsinki, WSOY 2007. (Mäenpää 2007)

Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin: Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeudet (2. p.), s. 171–194. Helsinki, WSOYpro 2011. (Ojanen – Scheinin 2011)

Pahlman, Irja: Potilaan itsemääräämisoikeus. Helsinki, Edita 2003. (Pahlman 2003)

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeus-sopimus (5. p.). Helsinki, Talentum 2012. (Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012)

Saarenpää, Abti: Potilas, oikeus, ihminen – näkökohtia itsemääräämisoikeutemme suoja-
ta. Teoksessa Kangas, Urpo – Timonen, Pekka (toim.): Oikeustiede – Jurisprudentia XXX.
Juhlajulkaisu Aulis Aarnio, s. 265–278. Helsinki, Suomalainen lakimiesyhdistys 1997. (Saa-
renpää 1997)

Saraviita, Ilkka: Suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Helsinki, Talentum 2005. (Saraviita
2005)

Sintonen, Harri: Mielenterveyspalvelut. Teoksessa Narikka, Jouko (toim.): Sosiaali- ja ter-
veyspalvelujen lainsäädäntö käytännössä, s. 480–492. Helsinki, Tietosanoma 2006. (Sinto-
nen 2006)

Tuori, Kaarlo – Kotkas, Toomas: Sosiaalioikeus (4. p.). Helsinki, WSOY 2008. (Tuori – Kot-
kas 2008)

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoittaminen. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu,
Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.):
Perusoikeudet (2. p.), s. 139–170. Helsinki, WSOYpro 2011. (Viljanen 2011)

Välimäki, Maritta – Holopainen, Arja – Jokinen, Maija: Psykiatrinen hoitotyö muutoksessa.
Helsinki, WSOY 2000. (Välimäki – Holopainen – Jokinen 2000)

Oikeustapaukset

EIT Liuiza v. Liettua (13472/06), 31.7.2012.

EIT X v. Suomi (34806/04), 3.7.2012.

EIT L.M. v. Latvia (26000/02), 19.7.2011.

KHO 2012:75

KHO dnro 1430/3/06, 27.10.2006.

KHO dnro 540/3/05, 13.10.2005.

Helsingin HAO 04.06.2013 13/0427/2 (dnro 01616/13/6202).

Hämeenlinnan HAO 20.3.2013 13/0147/2 (dnro 00103/13/6202).

Kuopion HAO 18.1.2013 13/0017/7 (dnro 01878/12/6202).

Kuopion HAO 21.08.2012 12/0521/7 (dnro 01058/12/6202).

Vaasan HAO 09.08.2013 13/0463/2 (dnro 0175/13/6202).

Virallislähteet

HE 201/1989 vp mielenterveyslaiksi.

HE 309/1993 vp perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 113/2001 vp laeiksi mielenterveyslain ja hallinto-oikeuslain 7 §:n muuttamisesta.

HE 199/2013 vp laiksi mielenterveyslain muuttamisesta.

PeVM 25/1994 vp hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

Sosiaali- ja terveysministeriön kuntainfo 11/2012 (Menettelytapaohje mielenterveyslain soveltamiseksi), [http://www.stm.fi/tiedotteet/kuntainfo/-/view/1846600#fi](http://www.stm.fi/tiedotteet/kuntainfo/kuntainfo/-/view/1846600#fi), 18.12.2012.

Sosiaali- ja terveysministeriön tiedote 225/2012 (Tahdosta riippumattoman hoidon jatkamiseen tarvitaan ulkopuolisen lääkärin arvio) <http://www.stm.fi/tiedotteet/tiedote/-/view/1846545#fi>, 18.12.2012.

THL:n tilastoraportti 3/2012: Psykiatrinen erikoissairaanhoido 2010.

Muut

Concluding Observations of the Committee Against Torture. CAT/C/FIN/CO5-6. 29.6.2011.

Helsingin hallinto-oikeuden tilasto vuosina 2007–2012 käsitellyistä mielenterveyslain 12 §:n mukaisista alustusasioista, 30.4.2013.

Report to the Finnish Government on the Visit to Finland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), CPT/Inf (2004) 20.

Report to the Finnish Government on the visit to Finland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), CPT/Inf (2009) 5.

Problem-Based Learning Course as Part of Improvement in Teaching

Keywords: education, legal training, learning, problem-based learning (PBL), legal history

Markus Kari¹

English Abstract

The article presents how task-oriented learning and problem-based learning were applied in the course of legal history at the University of Helsinki, and the lessons learned therefrom. As opposed to the traditional mass lectures, the students prepared a research essay based on an introductory lecture and suggested literature. A shared evaluating session and a feed-back lecture further contributed to the assimilation of information learned in the different stages of the course. The course was based on the ideas of progressive inquiry, an interview study of the law students and a vision of the university as a research based teaching institution. Based on the divided student feedback, suggestions for the improvement of the course are presented.

¹ LL.Lic., M.Sc. (Economics) Markus Kari is currently working as a Doctoral student of Legal History in the Faculty of Law at the University of Helsinki. The author would like to thank Pedagogic University Lecturer Anne Haarala-Muhonen, LL.D. (trained on the bench) Suvianna Hakalehto-Wainio and Professor Jukka Kekkonen for valuable comments. Furthermore, the author would like to thank especially LL.M. Juhana Salojärvi for his comments, as well as planning and teaching the actual course.

Full Article in Finnish

Paperipallojen heittälyä ja muita pedagogisia ajatuksia – tehtävälähtöinen kurssi osana opetuksen kehittämistä

Asiasanat: opetus, lakimieskoulutus, oppiminen, ongelmalähtöinen oppiminen, oikeushistoria

1 Johdanto: opetuksen kehittäminen ja tehtävälähtöinen kurssi

Oikeustieteen opetusmenetelmät hakevat uusia suuntia ja opetuksen kehittäminen kiinnostaa. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkinnonuudistuksen valmisteluprosessissa laaditun taustamuistion mukaan:

”tutkinnoille nykyisin asetettavat monitahoiset tavoitteet edellyttävätkin erilaisten opetusmenetelmien käyttämistä. Yhden ns. ’signature pedagogy’ omaksumisen ei katsota välttämättä johtavan koulutuksessa parhaaseen lopputulokseen.”

Edelleen lausunnossa todetaan, että tiedekunnan opetus onnistuu välittämään riittävän substanssin opiskelijoille:

”Sen sijaan tiedekunnasta valmistuvien opiskelijoiden kirjoitustaidot sekä analyysi- ja ratkaisutaidot ovat joutuneet kritiikin kohteeksi. Tämä viittaa siihen, että tarkoituksenmukaista on kehittää oppimisprosessiin liittyviä käytäntöjä tiedekunnassa. Tutkiva oppiminen olisi omiaan suuntaamaan huomion näihin keskeisiin haasteisiin.”²

Opetuksen kehittäminen ja sen arvostuksen lisääminen on myös yksi Helsingin yliopiston strategisista päätavoitteista.³

Myös oikeustieteen opettajat ovat olleet kiinnostuneita opetuksen kehittämistä. He ovat kokeilleet uusia tapoja sekä erityisesti perehtyneet tutkivana ja ongelmalähtöisenä oppimisena tunnettuihin ilmiöihin.⁴ Päällimmäisenä syynä tähän on varmasti etenkin nuoremman sukupolven tutkijoiden

2 Taustamuistio: Opetussuunnitelmaprosessi ja opetussuunnitelmamallit 29.8.2011.

3 Jukka Kola: Opettaja ansaitsee arvostusta. Pääkirjoitus. Yliopistolainen 22.10.2012.

4 Viime aikoina esim. Koivisto & Tuomela 2012 ja Huomo-Kettunen 2012 ovat kirjoittaneet Helsingin yliopiston oikeustieteellisen opetuksen kehittämistä. Ongelmalähtöisen *case*-metodin käytön pioneereja maassamme on *Johan Bärlund*, juristikoulutuksen kehittämistä ks. Björklund & Bärlund 2010. Varhaisemmista teksteistä ks. esim. Lindblom-Ylänne, Pihlajamäki & Kotkas 2003, Korpiola & Kotkas 2001, Pihlajamäki & Lindblom-Ylänne 2001.

aito kiinnostus opettamista ja opetuksen kehittämistä kohtaan. Myös Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan henkilökunnalleen ja jatko-opiskelijoilleen tarjoamat yliopistopedagogian kurssit lisäävät mielenkiintoa opetuskysymyksiin.

Kirjoitus dokumentoi oikeustieteen pedagogiasta kiinnostuneille tehtävälähtöisen oikeushistorian kurssin toteutustavan (2. luku) ja sen taustalla vaikuttavan ajattelun (3. luku) sekä analysoi kurssista annetun palautteen (4. luku). Lopuksi annetaan suosituksia opettajalle, joka suunnittelee tehtävälähtöisen kurssin järjestämistä massaluentojen sijaan (5. luku).

2 Kurssin kuvaus: Roomalaisen oikeuden historiaa

Lukuvuonna 2012–2013 kaksi roomalaista oikeutta ja sen esiintymistä eurooppalaisessa historiassa käsittelevää kirjaa oli mahdollista korvata tehtävälähtöisen oikeushistorian kurssin muodossa. Valtaosa kurssin suorittaneista 198 opiskelijasta osallistui kurssille suosituksen mukaisesti ensimmäisenä opiskeluyksynään, ja heillä oli Oikeudellisen ajattelun perusteet -opintojaksolla opitut alustavat tiedot roomalaisesta oikeudesta ja sen vaikutuksesta.⁵

Ensimmäisellä lähiopetuskerralla esiteltiin aluksi kurssin sisältö ja tavoitteet, minkä jälkeen pidettiin roomalaisen oikeuden olennaisen sisällön tiivistävä aloitusluento. Lopuksi opiskelijoille annettiin tehtäväksi kirjoittaa tutkimusessse. Luennon tavoitteena oli antaa opiskelijoille tiiviissä ja helposti omaksettavassa muodossa tietoa, jota he saattoivat käyttää tutkimusesssen laatimiseen. Salissa istuneille opiskelijoille jaettiin sattumanvaraisesti kahdeksan erilaista tutkimuskysymystä, joihin heidän tuli vastata noin kolmen viikon kuluessa. Tarkoitus oli pohtia tutkimuskysymystä perusteellisesti oheiskirjallisuuden, aloitusluennolla opitun ja opiskelijan yleistiedon avulla. Annettu kysymys piti hahmottaa oikeudellisena ongelmana yleishistoriallisessa

⁵ Opinto-opas 2012–2013, s. 116–117, Opinto-opas 2013–2014, s. 95. Oikeudellisen ajattelun perusteet (OAP) on kaikille ON-tutkintoa suorittaville pakollinen, 11 opintopisteen laajuinen opintojakso, jossa on kolme erillistä moduulia. Kurssille osallistui myös yksittäisiä opiskelijoita muista tiedekunnista. Vuosittain ensimmäisen vuoden opiskelijoiden lähtötaso voi vaihdella huomattavasti ennen kaikkea sen mukaan, kuinka paljon oikeushistoriaa OAP:hen on sisältynyt. Lisäksi opiskelijoiden tiedot ovat huomattavasti paremmat, jos oikeushistoriaa on opiskeltu valintakokeeseen – näin ei vuonna 2012 ollut.

kontekstissa sekä pohtia oikeudellisen muutoksen syitä ja seurauksia. Kysymys itsessään vertautui haastavaan tenttikysymykseen, joskin vastaamiseen tuli käyttää aikaa ja oheiskirjallisuutta. Arvostelussa ilmoitettiin kiinnitettävän huomiota tekstin johdonmukaisuuteen ja opiskelijan omaan ajatteluun, argumentointiin, johtopäätöksiin sekä lähteiden käyttöön.

Toisen opetuskerran aluksi koettiin kurssin ehkä vaikuttavin hetki, kun opiskelijoiden käskettiin rutistaa huolella laatimansa tutkimusesseet paperipalloiksi, jotka hetkeä myöhemmin heitettiin yhtäaikaaisesti kohti luentosalin kattoa. Kun mytyt sitten kerättiin ja avattiin, kukin opiskelija sai eteensä jonkun toisen kirjoittaman esseen. Menettely aiheutti oikeustieteen ylioppilaiden keskuudessa paitsi ilon purskahduksia myös suorastaan järkytysteitä ilmeitä.

Paperipalloharjoituksen jälkeen kukin kahdeksasta tehtävästä käytiin opettajajohtoisesti läpi. Tekstistä tuli alleviivata yhdessä esiin nostetut kohdat ja kirjoittaa lyhyesti kaksi keskeisintä huomiota ensimmäisen sivun yläreunaan. Opiskelijat saivat näin verrata omaa tutkimuskysymyksen ratkaisutapaansa muiden opiskelijoiden vastaavaan sekä tarjottuun ratkaisuehdotukseen. Lisäksi opiskelijat pääsivät oppimaan muiden tehtävistä ja yhdistämään niiden ratkaisemiseksi etsittyä tietoa oman esseen laatimisessa karttuneeseen tietopohjaan. Opiskelijat tekivät toistensa esseistä laadukkaita havaintoja, sillä opiskelijalla oli yhtä paperia kohden huomattavasti enemmän tarkistusaikaa kuin kurssin opettajalla. Opiskelijanumeroin voitiin kontrolloida läsnäolo pakollisessa opetuksessa.

Kolmannella ja viimeisellä lähiopetuskerralla opiskelijat saivat ensin yleistä ensipalautetta tutkimusesseistä ja niiden tasosta. Kysymysten käsittely oli pääosin hyvää ja paikoin erinomaista. Vain hyvin pieni osa esseistä oli – professori Urpo Kankaan sanoin – ”metrossa tehdyn näköisiä” eli sellaisia, joissa nopea työskentelytahti näyttäytyisi erityisen heikkona esseen laatuna ja lähdemateriaalin olennaisina aukkoina. Päätöskerran lopuksi järjestettiin kokoava päätösluento, jonka tarkoituksena oli kerrata ja nivoa yhteen opiskelijoiden itse opiskelemaa ainesta laajempaan historialliseen kokonaisuuteen.

Kurssin aikana opiskelijat laativat muun ohella oppimispäiväkirjaa, jonka tarkoituksena oli mahdollistaa oppimisen itsereflektio ja tukea oppimisprosessin kehitystä. Oppimispäiväkirjan laatiminen oli samalla kirjoitusharjoitus ja mahdollisti opiskelijoiden suoriutumisen kontrolloinnin sekä mahdollisiin vilppitapauksiin puuttumisen.

Kurssilla pyrittiin oppimaan niin, että opittu tieto kumuloituisi kerroksittain. Alun johdannon päälle opiskelija teki toisessa vaiheessa itsenäistä tutkimustyötä. Kolmannessa vaiheessa opiskelija sai työstään palautetta ja pääsi yhdistämään oppimansa laajempaan kokonaisuuteen.

3 Kurssin tausta-ajattelu: sivistysyliopistossa tutkimuslähtöisesti

3.1 Tutkivan oppimisen malli esikuvana

Tehtävälähtöisen kurssin toimintatavat ovat sovellus tutkivan oppimisen mallista. Tiedonrakentamisen teoriaan perustuvassa mallissa korostetaan aktiivisen kysymysten luomisen ja seuraamisen merkitystä tiedon luomisen prosessissa – ei opettajien valmiiksi pureskeltuja vastauksia. Mallin tarkoituksena on tukea asiantuntijalle tyypillistä tiedonhankintaa. Opiskelijan aktivoiminen tutkimiseen johdattaa onnistuessaan tutkittavien ilmiöiden merkitysten ja niiden välisten suhteiden ymmärtämiseen.⁶

Tutkivan oppimisen mallissa oppiminen nähdään vaiheittaisena prosessina. Alun kontekstin luomisen ja kysymysten asettamisen jälkeen edetään omien työskentelyteorioiden luomiseen sekä kriittiseen arviointiin ja oppimistavoitteiden asettamiseen. Näiden pohjalta opiskelijat etsivät uutta tietoa itsenäisesti tai ryhmässä. Tämän jälkeen asetetaan tarkentavia ongelmia, rakennetaan uusia työskentelyteorioita ja jaetaan opittu yhteisön kesken. Prosessimalli perustuu siihen, että toiminnan kohteita kehitetään ja parannetaan eli toimitaan tiedon luomisen parissa. Sen keskeinen tunnuspiirre on oppimisprosessin ohjaaminen kysymyksiä asettamalla. Vaikka aihepiiri on annettu, tulee opiskelijoiden määrittellä kysymykset, joihin he pyrkivät vastaamaan.⁷

6 Lonka, Pyhältö & Lipponen 2009, s. 254–256 ja tarkemmin Hakkarainen, Lonka, Lipponen 2004.

7 Lonka, Pyhältö & Lipponen 2009, s. 257–260.

Tehtävälähtöisen oppimisen kurssin toimintatavoissa voidaan nähdä tiettyä analogiaa myös ongelmalähtöisenä oppimisena tunnettuun pedagogiseen ajattelutapaan. Ongelmalähtöinen oppiminen on katsottu tutkivan oppimisen erityistapaukseksi, joka on tarkemmin strukturoitu.⁸ Tärkeä esimerkki tehtävälähtöisestä oppimisesta on *Harvard Law Schoolissa* 1870-luvulla omaksuttu *case*-menetelmä, jolla on ollut keskeinen merkitys yhdysvaltalaisen oikeustieteellisen koulutuksen kehityksessä. Ongelmalähtöisyys on myös syvällä klassisen yliopistolaitoksen kerrostumissa: antiikin Kreikassa sokraattisen vuoropuhelun avulla opittiin ja opetettiin filosofiaa, ajattelun taitoa.⁹

Tehtävälähtöisessä oppimisessa opitaan juuri niitä kirjoitus-, analyysi- ja ratkaisutaitoja, joita kritiikin mukaan tiedekunnasta valmistuneet eivät riittävästi hallitse. Koko tutkintorakenteen näkökulmasta roomalaisen oikeuden historian kurssi on hyvä paikka kehittää paitsi sivistyneen juristin tärkeitä yleistietoja myös käytännön työelämässä tarvittavia välineellisiä taitoja.¹⁰ Toisin kuin perinteiset opetusmenetelmät tehtävälähtöinen kurssi rakentuu myös palautteesta oppimisen varaan. Erot tehtävälähtöisen kurssin ja tutkivan oppimisen mallin välillä voidaan selittää etenkin tiukan aikataulun ja massaopetuksen asettamilla rajoituksilla.

3.2 Selvitys opiskelijoiden oppimisstrategioista

Kurssiin on vaikuttanut opiskelijoiden oppimisstrategioista ja oppimisen arjesta tehty haastatteluselvitys ($n=4$). Selvityksessä löydettiin erilaisia kokemuksia siitä, mitä oma oppiminen on ja miten oppiminen otetaan huomioon tiedekunnan opetuksessa. Vastauksissa painotettiin ymmärtämisen merkitystä, suuria kokonaisuuksia ja opitun aineksen yhdistämistä aiemmin opittuun.¹¹

8 Lonka ym. 2009, s. 254.

9 Pihlajamäki & Lindblom-Ylänne 2001, s. 176–178.

10 Onkin huomattava, että oikeushistoria on ollut pioneeriasemassa erilaisissa yliopistopedagogisissa kokeiluissa, kuten ongelmalähtöisen oppimisen hyödyntämisessä. Jo aieman sukupolven, mutta esimerkiksi *Heikki Pihlajamäen* ja muiden opettajien toteuttamat kokeilut ovat olleet pidettyjä sekä opiskelijoiden että opettajien keskuudessa. Ks. Lindblom-Ylänne, Nieminen ym. 2009, s. 271, 273.

11 Haastateltavat kokivat oppimisen mm. seuraavien käsitteiden kautta: asioiden ymmärtämistä; uuden tiedon mieleen lisäämistä ja ymmärtämistä; yhdistämistä aiempaan ja elämäkokemukseen; ymmärtämistä; jo opitun tiedon hyödyntämistä ja uuden analyysiä.

Pyrkimys tehokkuuteen opinnoissa nousi selvityksessä keskeiseen rooliin. Sen taustalla ovat motivaatioon ja ajanhallintaan liittyvät seikat. Haastattelutavat olivat valinneet tenttimisen ensisijaiseksi keinoksi edistää opintojaan, sillä luennot koettiin ajanhukaksi. Jos vahvaa sisäistä motivaatiota ei ollut, turvauduttiin ”tankkaukseen” eli tekniikkaan, jossa tentittävään materiaaliin sisältyvä teksti luetaan sitä liiemmin pohtimatta, tavoitteena ”muistaa riittävästi” tenttitilanteessa.¹²

Kurssisuunnittelun kannalta haastattelusta voidaan tehdä muutama oleellinen havainto. Ensinnäkin sisäisen motivaation kehitystä on pyrittävä tukemaan jo kurssisuunnittelussa. Toisaalta opintojen tehokkuusvaatimus puhuu sen puolesta, että opiskelijoiden tulee varhaisessa vaiheessa opintojaan kyetä muodostamaan mieleensä kattava ja oppimista jatkossa tukeva skeema. Kolmanneksi opiskelijan oppimiskäsityksen muodostamista tulisi tukea juuri opintojen alkuvaiheessa, jolloin pääsykokeen yksipuolinen opiskelustrategia on vielä tuoreena muistissa. Opetuksen linjakkuuden kannalta oppimisen oppimiseen tulisi kiinnittää huomiota myös aineopintokursseilla.

3.3 Vaihtoehto massaopetukselle

Kurssin taustalla on ajattelu tutkimuksesta ja opetuksesta yliopistoa kannattavana voimavarana sekä yliopistojen perinteinen ja kannatettava rooli yhteiskuntaa eteenpäin vievänä kulttuuri-instituutiona.¹³ Tutkimuksellinen perusvire on lähtöisin tiedonjanon herättelystä: opiskelijat tutustutetaan itsenäiseen tiedonhakuun, argumentaatioon, kritiikkiin ja tieteelliseen tekstityyppiin.

Tästä näkökulmasta katsottuna opiskelijaelämän realiteetit muodostavat haasteen. Tiedekunnan tulisi oppimisen parantamiseksi kehittää opetustaan opiskelijälähtoisemmäksi ja huomioida opetusta järjestettäessä eri opiske-

¹² Yksi haastateltava kutsui tätä ”bulimiamenetelmäksi”.

¹³ Professori Kolben mukaan ”yliopistoja on vuositasojen ajan pitänyt pystyssä tutkimus ja tiedonnälkä. Kaikkien yliopistostrategioiden tulisi perustua tämän perusakselin rasvaamiseen”. Hän jatkaa: ”Maailman kaikki yliopistot ovat ytimeltään samanlaisia: On tiedon tuottajia (professorit) ja tiedon omaksujia (ylioppilaat). Yliopistot kukoistavat ja lakastuvat tämän vuorovaikutuksen varassa. Jos opettajat eivät sitoudu tutkimaan ja opettamaan, eikä nuoriso opiskelemaan, tyhjenee akateeminen perusidea. Laura Kolbe: Huipulle ja yhteiskuntaan: oma kulttuuriperintö yliopistojen kilpailuvaltiksi, Tieteessä tapahtuu 4/2012.

lijoiden erilaiset taustat, motivaatiotekijät sekä elämäntilanteet. Todellista akateemista vapautta on se, että opiskelijoita kunnioitetaan ja heihin luotetaan antamalla mahdollisuus organisoida oppiminen heidän toivomallaan tavalla.

Opetuksen on myös perustuttava resurssien tehokkaaseen käyttöön. Käytännössä oikeustieteellisessä tiedekunnassa muut kuin professorit ja lehtorit opettavat huomattavan paljon. Opetus voi kuulua osana työsuhteisten tohtorikoulutettavien tehtäviin, minkä lisäksi dosentit ja apurahatutkijat opettavat tuntikorvauksia vastaan useita kursseja.

4 Opiskelija-arvioiden positiivinen perusvire ja jakaantunut palaute

Palautelomakkeen ja oppimispäiväkirjan perusteella opiskelijat kokivat tehtävälähtöisyyden sekä siihen liittyvän kirjoittamisen ja oikeustieteellisten lähteiden käytön harjoittelun pääosin mielekkäänä, hyödyllisenä tai jopa hauskana. Oppimispäiväkirjoista välittyy se, että kurssin aikana oltiin todella työskennelty ja myös opittu. Monet eivät olleet aikaisemmin etsineet oikeudellista tietoa useista lähteistä tai lukeneet tieteellistä tekstiä vieraalla kielellä. Kurssin parhaaksi anniksi mainittiinkin tutkimuseseen laatiminen.

Kurssin toiseksi parhaaksi anniksi nousi kurssin sisällön yhteen nivonut palauteluento. Kolmantena selkeänä teemana esiin nousi kurssin omaehtoinen toteutustapa ja jo sen erilaisuus totuttuun nähden. Muiksi parhaiksi ansioiksi palautteissa nostettiin kurssin sisältö, töiden kautta saatu palaute, englanninkieliseen materiaaliin perehtyminen sekä tehdystä tutkimuseseestä saatu tyydytys.

Kaikkein useimmin mainittu heikkous kurssilla liittyi jollain tavalla joko tutkimuseseen ohjeistamiseen tai tehtävänannon toteuttamisen käytännön vaikeuksiin. Toiseksi eniten negatiivista palautetta saivat lähdemateriaaliin liittyvät ongelmat. Kolmanneksi yleisintä oli kritiikki, joka kohdistui kurssin toteutustapoihin, kurssiaikatauluihin tai luentotahtiin.

Kurssipalaute oli ristiriitaista, sillä samat asiat koettiin sekä positiivisena että negatiivisena. Osa toivoi useampia luentoja, osa kaipasi enemmän työskentelyaikaa tai kiitti mahdollisuudesta itsenäiseen työskentelyyn luentojes-
tämättä. Eräät mainitsivat, että keskeisistä käsitteistä ei saanut selvää nopean luentotahdin takia, toiset puolestaan kritisoivat asioiden toistamista kahdel-
la luennolla. Palauteluennolla toteutettu paperipallojen heittäly mainittiin
esimerkkinä epäonnistuneesta kokeilusta, huonona ja riskialttiina tapana
järjestää opetusta sekä toisaalta ilahduttavana vaihteluna.

5 Yhteenveto: tiedon luominen tarkkaan suunniteltava

Tehtävälähtöisen kurssin voidaan todeta olevan suhteellisen onnistunut kokeilu. Kurssipalautteesta käy ilmi, että tutkimustehtävän asettaminen pääosin tukee opiskelijan motivaationmuodostusta, sillä aiheeseen perehtyminen johdattaa edelleen omien kiinnostusten kohteiden äärelle. Tehtävälähtöinen kurssi myös tukee hyvin opiskelijan oppimiskäsityksen muodostamista ja oppimisen oppimista.

Toisaalta kurssin läpivienti kohtasi myös ongelmia. Ne johtuvat pääasiassa siitä, että tehtävälähtöisen kurssin toteuttaminen nopeassa ajassa ja suurelle opiskelijajoukolle aiheuttaa sen, ettei tutkivan oppimisen tai ongelmalähtöisen oppimisen valmiiksi kehitettyjä ja tutkittuja prosesseja voida noudattaa. Tehtävälähtöisen kurssin voi kuitenkin toteuttaa kokeilua paremmin.

Ensinnäkin alun *substanssijohdannon tulisi olla varsin kattava*. Tämä voidaan toteuttaa parhaiten järjestämällä aloitusluennon lisäksi toinen luentokerta sitä tarvitseville. Samalla jäisi aikaa toiseen parannuskohteeseen eli *tehtävännannon kirkastamiseen*. Kurssin poikkeavan suoritusastan selvittämiseen tulee käyttää riittävästi aikaa. Lisäksi tehtävänanto- ja kurssiohjedokumen-
tista tulisi tehdä hyvin yksiselitteinen ja informatiivinen. Mitään lähdemateriaalia ei tule merkitä pakolliseksi. Lähde-ehdotuksina tulisi suosia sähköisesti saatavilla olevia tekstejä, jotta vältetään käytännön ongelmat kirjaston kirjojen saatavuuden kanssa.

Kolmanneksi tehtävänannossa tulisi painottaa enemmän sitä, että täydellisen esseen sijaan *tärkeintä on tehty työ*. Kurssin oppimisprosessi jatkuu vielä

palaute- ja päätösluennolla. Harjoitustyön haastetaso on toki nostettu varsin korkealle, mutta arvostelukynnystä on vastaavasti laskettu.

Neljänneksi kurssin *palauteluento tulee suunnitella huolellisesti*. Opiskelijat tarvitsevat runsaasti aikaa havaintojen tekemiseen ja toistensa esseiden korjaamiseen. Myös paperimyttyjen heittäminen sopii paremmin pienemmille ryhmille. Eräs vaihtoehto olisi vaihtaa palauteluennon ja yhteenvetoluennon paikkoja keskenään. Tällöin opiskelijoita voisi pyytää tuomaan työnsä kahtena kappaleena ja jakaa anonyymit kappaleet tutustuttavaksi jo yhteenvetoluennolla ennen palauteluentoa.

Oppimispäiväkirjasta luopuminen jää harkittavaksi ainakin, jos luentokertoja lisätään. Sen käyttämiselle on kuitenkin vankat pedagogiset perusteet, sillä se auttaa hahmottamaan oman tutkimusaiheen osana laajempaa kontekstia.

Opinto-oppaaseen olisi syytä lisätä maininta siitä, että kurssi sopii opiskelijalle, joka haluaa itse perehtyä lähdemateriaaliin ja kirjoittaa lukemisen ohella. Tiedekunnan opetuksen ideaalitalanne on tietenkin sellainen, että erilaisille opiskelijoille on eri opiskeluvaihtoehtoja. Toisaalta yliopisto-opiskeluun kuuluu tietty ikävienkin asioiden, kuten epämiellyttävien kurssien kestäminen, sillä ne valmistavat eri asiantuntija-ammattien todellisuuteen.

Oikeushistorian oppiaine ja kokeiluvaiheesta parannettu tehtävälähtöinen kurssi osana ensimmäisen vuoden opintoja ovat omiaan kehittämään metodisia taitoja. Tämä olisi tärkeää, sillä monien opiskelijoiden käsitys metodista on hatara vielä opintojen loppuvaiheessa.¹⁴ Oikeushistorian ja muiden oikeuden yleistieteiden opetus ensimmäisenä opintovuonna tukisi myös parhaiten opetuksen linjakkuutta ja opiskelijoiden sisäisen skeeman muodostusta.¹⁵

On myös muutamia mahdollisia kehityssuuntia, jotka on syytä hylätä. Monilla opiskelijoilla on kiinnostusta laatia esse itse valitsemastaan aiheesta, mikä olisikin lähempänä tutkivan oppimisen mallia. Se kuitenkin irrottaisi opiskelijat yhteisestä palautteenantomenettelystä. Tästä syystä on pidät-

¹⁴ Ks. Koivisto & Tuomela 2012.

¹⁵ Vrt. toisin Opinto-opas 2013 – 14, s. 287.

täydyttävä myös esseen sivumäärän kasvattamisesta. Kaksisivuisen esseen laatiminen määrämuotoisena on haastava tehtävä, jossa opiskelija joutuu prosessoimaan laajan määrän tietoa ja tarkentamaan tekstiään. Opettajille tämä mahdollistaa paremman skaalattavuuden: kurssi on lähes yhtä työläs järjestää 20:lle kuin 200:lle opiskelijalle.

Tehtävälähtöistä kurssia suunnittelevan on lisäksi syytä ottaa opiksi ongelmalähtöisen oppimisen havaituista sudenkuopista. Yliopistopedagogisessa kirjallisuudessa on havaittu, että olemassa olevan opetuksen muuntamiseen ongelmalähtöiseksi ei kannata lähteä suin päin ja liian kevyesti, vaan opettajan tulisi tuntee menetelmän teoreettiset taustat ja peruseriaatteen.¹⁶ Yleisesti ottaen on syytä vielä lisätä, että uusia opetusmetodeita on hyvä kokeilla pilottiluonteisesti kurssilla, jossa on vähemmän kuin 200 osallistujaa.

16 Ks. Lindblom-Ylänne – Nieminen ym. 2009, s. 277–278.

Lähteet

Björklund, Martin & Bärlund, Johan, Juristutbildningen i förändring. Teoksessa Juristklubben Codex 70 år: festskrift 2010, s. 31–50.

Hakalehto-Wainio, Suvia, Seminaariopetuksen haasteet kohti laadukkaampaa oppimista. Oikeus 3/2010, s. 288–298.

Hakkarainen, Kai & Lonka, Kirsti & Lipponen, Lasse, Tutkiva oppiminen: järki, tunteet ja kulttuuri oppimisen sytyttäjinä, 6. uud. p. WSOY, Helsinki 2004.

Havu, Katri & Norros, Olli, Oikeustapausharjoitukset velvoiteoikeuden opetuksessa. Lakimies 4/2011, s. 772–782.

Huomo-Kettunen, Merita, Syväsuuntautunutta oppimista tukeva opetus oikeustieteellisessä tiedekunnassa erityisesti kiinnittäen huomiota luento-opetuksen ja seminaari-/pienryhmä-opetuksen eroihin. Oikeus 3/2012, s. 433–440.

Koivisto, Ida & Tuomela, Anni, Lainoppineita vai oikeustieteilijöitä? Näkökulmia perustutkinnon metodiopetuksen kehittämiseen Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Oikeus 3/2012, s. 410–432.

Korpiola, Mia & Kotkas, Toomas, Ongelmalähtöinen oppiminen. Raportti käytännön koekilusta. Oikeus 2/2001, s. 237–240.

Lindblom-Ylänne, Sari & Pihlajamäki, Heikki & Kotkas Toomas, What makes a student group succesful? Student-student and student-teacher interaction in a problem-based learning environment. Learning environments research no. 6, 2003, s. 59–76.

Lindblom-Ylänne, Sari & Mikkonen, Jarno & Heikkilä, Annamari & Parpala, Anna & Pyhäntö, Kirsi, Oppiminen yliopistossa. Teoksessa Yliopisto-opettajan käsikirja, toim. S. Lindblom-Ylänne & A. Nevgi, WSOYpro, Helsinki 2009, s. 70–99.

Lindblom-Ylänne, Sari & Nieminen, Juha & Iivanainen, Antti & Nevgi, Anne, Ongelmalähtöinen oppiminen ja case-menetelmä. Teoksessa Yliopisto-opettajan käsikirja, toim. S. Lindblom-Ylänne & A. Nevgi, WSOYpro, Helsinki 2009, s. 262–279.

Lonka, Kirsti & Pyhäntö, Kirsi & Lipponen, Lasse, Tutkimalla oppimassa – tutkiva oppiminen yliopistossa. Teoksessa Yliopisto-opettajan käsikirja, toim. S. Lindblom-Ylänne & A. Nevgi, WSOYpro, Helsinki 2009, s. 254–261.

Oikeustieteellisen tiedekunnan opinto-opas 2012–2013. Helsingin yliopisto.

Oikeustieteellisen tiedekunnan opinto-opas 2013–2014. Helsingin yliopisto.

Opetussuunnitelmaprosessi ja opetussuunnitelmamallit. Taustamuistio ON-tutkintoa koskevaan rakennetyöhön. Helsingin yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta. 29.8.2011.

Pihlajamäki, Heikki & Lindblom-Ylänne, Sari, Langdellin ja Deweyn ongelmat: oikeustieteen opetuksen uudet haasteet. Oikeus 2001/2, s. 169–183.

The Pros and Cons of Emergency Arbitration

Keywords: arbitration, emergency arbitrator, interim measures

Jussi Hakanen¹

Abstract

This article examines the speed, costs and confidentiality of emergency arbitration, as well as the enforceability of the relief, by comparing emergency arbitration rules and practice with court-ordered interim measures. In Finland and Sweden it is rather easy, quick and inexpensive to apply for and be granted court-ordered interim measures. This article discusses whether arbitration users benefit from the possibility to apply for interim measures from an emergency arbitrator instead of a court.

Court-ordered interim measures have many advantages compared to arbitrator-ordered relief: a court order is also available against third parties, it can be ordered without hearing the counterparty and it can be enforced effectively. Due to these advantages, the parties are likely to prefer court-ordered measures to emergency arbitration. However, in certain situations emergency arbitration may be more attractive to the applicant party: for example the object of the relief may be located in a jurisdiction where effective court assistance is not available and the applicant may be granted the relief without setting an advance security. Confidentiality is also better secured in emergency arbitration.

Full Article

1 Introduction

Emergency arbitration refers to a procedure preceding arbitration where an “emergency arbitrator” (also known as a pre-arbitral referee) is appointed to grant interim measures that are so urgent that they cannot wait for the con-

¹ Jussi Hakanen (LL.B., LL.M., University of Helsinki) is a Legal Counsel at Fondia Oy, Helsinki. This article is based on his Master’s Thesis.

stitution of the actual tribunal, in order to defend a party against an urgent threat from the counterparty.² To secure the efficiency of arbitration, it is of utmost importance that a party has sufficient means to prevent the counterparty's threatening actions. The counterparty could, for example, destroy evidence in his possession or transfer property offshore in order to frustrate the successful enforcement of an award.³ Nevertheless, it is also important to consider the counterparty's rights and to satisfy the demand of due process. Unless these requirements are met, the award may be challenged and set aside. As arbitrators seek to grant only enforceable and final awards, they tend to be careful in granting interim measures.

During recent years, many of the significant arbitration rules have been revised to include rules on emergency arbitration and it is nowadays a common element in arbitration institutes' set of rules.⁴ The Arbitration Institute of the Finland Chamber of Commerce (FCC) updated its arbitration rules to include rules on emergency arbitration as of 1 June 2013. The new emergency arbitration rules are in most provisions similar to the International Court of Arbitration (ICC) Rules. Unless otherwise agreed by the parties, the new rules on interim measures apply to all arbitrations commenced on or after 1 June 2013.⁵ There is no case law on FCC emergency arbitration and, as far as I am concerned, it may take a couple of years before there will be, because disputes usually arise a few years after an agreement with a reference to emergency arbitration rules has been concluded. Meanwhile, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) has already published four emergency arbitration cases. Due to the similarity between Swedish and Finnish laws and the FCC and the SCC Rules, the

2 The concept is in Finnish "pikavälimies" and in Swedish "interimistisk skiljeman". There is no exact definition for interim measures. As defined by Gary B. Born, they are "issued for the purpose of protecting one or both parties to a dispute from damage during the course of the arbitral process." See Born 2009, p. 1943–1944.

3 See e.g. Lew – Mistelis – Kröll 2003, p. 585.

4 It is available, for example, in the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), The International Court of Arbitration (ICC), The American Arbitration Association's International Centre for Dispute Resolution (ICDR) and The Netherlands Arbitration Institute (NAI). However, there still remain some major institutes that do not have emergency arbitration rules, most notably the LCIA.

5 The rules on emergency arbitration only apply to arbitrations in which the arbitration agreement is concluded on or after 1 June 2013. Similarly in ICC Rules app. V, art. 6(a). Cf. SCC Rules.

practical conclusions from SCC praxis may be applicable in FCC emergency arbitration.⁶

This article discusses why the rules on emergency arbitration are not successful in their current form and whether something could be done to improve the situation.⁷

2 Powers to order interim measures

An arbitrator's power to grant interim measures can be authorized explicitly by the law or implicitly through affirmative practice and case law. In civil law jurisdictions, the power to grant enforceable interim measures would presumably require a statutory provision.⁸ In the absence thereof, an arbitrator's power can only be based on the parties' consent and such interim measures are not enforceable.

There are no provisions on arbitrator-ordered interim measures or emergency arbitration in the Finnish Arbitration Act (*Välimesmenettelylaki, VML*). It is, however, rather well established that arbitrators can grant interim measures that can be effective without coercive powers or enforcement, such as ordering a party to continue the performance of a contract during arbitration.⁹ In arbitrations administered by any of the major arbitration institutes, the tribunal has the power to grant interim measures.¹⁰ Since 2000, the FCC Rules have included a provision on arbitrator-ordered interim meas-

⁶ For the reported SCC emergency arbitration cases, see Lundstedt 2011.

⁷ Regarding the types of and conditions for the interim measures, the emergency arbitration does not differ from tribunal-ordered interim measures, except that in emergency arbitration the measures shall be so urgent that they cannot wait the constitution of the tribunal. See SCC Rules app. II art. 1 and FCC Rules app. III art. 1. For a more detailed presentation, see e.g. Hakanen 2013.

⁸ See e.g. Lindskog 2012, p. 342 fn. 80.

⁹ See Möller 2003, p. 256 and Savola 2011, p. 654.

¹⁰ See FCC rules, art. 30 a, SCC Rules, art. 32, ICDR Rules, art. 21, The Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) Administered arbitration rules, art. 24, The Singapore International Arbitration Centre (SIAC) Rules, art. 26, LCIA Rules, art. 25 and ICC Rules, art. 28. Born argues that the tribunal's powers are even broader in accordance with the rules – such as ICC Rules – providing the powers to grant such interim measures as the tribunal deems “appropriate”, compared to the expression of the UNCITRAL Model Law with amendments as adopted in 2006 (Model Law). See also Born 2009, p. 1958 and Yesilirmak 2005, p. 204.

ures. Nevertheless, the measures are not enforceable.¹¹ Since an arbitrator's powers to order interim measures are solely based on the parties' agreement, the powers only extend to the parties to arbitration. This is an important limitation to an arbitrator's powers compared to national courts. If assets or properties are in the possession of a third party, for example a bank, interim measures shall be sought from the national court.¹²

In Sweden, the framework for arbitrator-ordered interim measures is different from Finland, in the respect that the Swedish Arbitration Act (*Lag om skiljeförfarande, LSF*) Section 25(4) provides arbitrators with the power to order interim measures. When it comes to court-ordered relief, the provisions of the Swedish Code of Judicial Procedure (*Rättegångsbalk, RB*) Chapter 15 Sections 1–3 are almost word for word similar to the Finnish Code of Judicial Procedure (*Oikeudenkäymiskaari, OK*) Chapter 7 Sections 1–3. The Swedish provisions were used as a model for the Finnish provisions, especially for OK Chapter 7 Section 3.¹³ It is to be noted that the rules on emergency arbitration in the SCC Rules also apply retroactively to all arbitrations irrespective of their date of commencement.

3 Time, costs and confidentiality

Emergency arbitration may be applied even before the request for arbitration is received by the institute. After the institute has transmitted the case file to the tribunal, the tribunal has primary jurisdiction and the emergency arbitrator has no further power, except that the emergency arbitration decision can also be made after the tribunal proceedings have already begun.¹⁴

The FCC seeks to appoint an emergency arbitrator within 2 days of receiving the application and a deposit for the costs. The arbitrator shall establish

11 See Möller 2007, p. 91. Similarly in Sweden, see LSF section 25(4), Swedish Government Official Report (SOU) 1994:81 p. 102, Swedish Government Bill 1998/99:35, p. 73, Shaughnessy 2010, p. 355, Lindskog 2012, p. 691, Hobér 2011, p. 249 and Heuman 2003, p. 333.

12 See Hillerström 2008, p. 41.

13 See Savola 2001, p. 436.

14 FCC Rules app. III, art. 6(5). The decision ceases to be binding if the file has not been transmitted to the tribunal within 90 days from the decision, FCC Rules app. III, art. 8(6)(c).

a procedural timetable within two days and then make a decision on the matter within 15 days after receiving the file.¹⁵ The SCC, on the other hand, revised its rules in 2010. The SCC seeks to appoint an emergency arbitrator within 24 hours of receiving an application.¹⁶ The emergency decision shall also be made within 5 days from the arbitrator's receipt of the application.¹⁷

However quick the procedures may appear, they cannot compete in speed with interim order proceedings in the Nordic national courts.¹⁸ Interim orders are granted in an *ex parte* hearing, where the counterparty will not be given any prior notice before the enforcement, which can be carried out within 1–3 days – sometimes even within a few hours – after the application to the court.¹⁹ An *ex parte* hearing is not possible in Nordic arbitration.²⁰ Therefore emergency arbitration is not to be recommended if the applicant seeks to surprise the counterparty.

Most emergency arbitration rules provide that the applicant party must set an application deposit for the costs of the proceedings. Under the FCC Rules the deposit is 25,000 € and under the SCC Rules 15,000 €. ²¹ The deposits seem rather high when compared to the administrative and arbitrator's fees in the principal arbitration²², and especially so when compared to the normal costs of court-ordered interim measures, which only amount to some hundreds of euros.²³

Emergency arbitration does, however, have one important advantage compared to interim proceedings in national courts: the possibility to be granted

¹⁵ FCC Rules app. III, art. 6(1) and 6(4).

¹⁶ See also Shaughnessy 2010, p. 340.

¹⁷ SCC Rules app. II, art. 8(1). Cf. 15 days in accordance with FCC Rules app. III, art. 6(4).

¹⁸ Interim orders are provided by OK Chapter 7 section 5(2) and RB Chapter 15 section 5.

¹⁹ See Lappalainen et al. 2008, p. 1075. It must also be noticed that the standard of proof is especially low regarding the interim orders.

²⁰ See SCC app. II, art. 3 and FCC rules app. III, art. 3(2). See also Shaughnessy 2010, p. 339–340. Cf. the Model Law art. 17 B–C. On *ex parte* hearing, see also Born 2009, p. 2015–2019, Redfern 2008, p. 323–324 and Möller 2003, p. 251.

²¹ The deposit may be increased, due to “exceptional circumstances”, or reduced, in case the proceedings terminate, before the emergency arbitrator renders the decision. See FCC Rules app. III, art. 4(1)–4(4), SCC Rules app. II, art. 10 and ICC Rules app. V, art. 7.

²² See FCC Rules app. II, Table A–B.

²³ For costs in Finland, see <http://oikeus.fi/5835.htm> (visited 1 December 2013). Nevertheless, it must be noticed that the costs increase if the court decision is appealed.

relief without setting a security. In order to enforce a court-ordered interim measure, the applicant must, both in Sweden²⁴ and in Finland²⁵, set an adequate security for possible damages caused to the counterparty, for which the applicant has strict liability.²⁶ The security may be substantial. Thus, it may practically prevent an applicant from applying for relief. Meanwhile, the arbitration rules only provide that the arbitrator “may” order the applicant to provide an appropriate security.²⁷ As far as I am concerned, arbitrators do not generally require a security. As for the reported SCC emergency arbitration cases, a security has not been required.²⁸ Therefore, the emergency arbitration applicant risks losing the deposit, but if the application is successful, the party may be granted relief without having to pay the security and can claim the deposit from the counterparty after the proceedings. This is a risk that some applicants are probably willing to take.

Another advantage of emergency arbitration in comparison to court proceedings is the confidentiality of the procedure. There are no special provisions on the confidentiality of interim measures in Finnish law. Thus, the general rule of the publicity of the court proceedings, documents, and decisions applies to interim measure proceedings.²⁹ This is contrary to the presumption of confidentiality in arbitration under the FCC Rules.³⁰ The court can order a decision to be kept secret to a necessary extent, excluding the conclusions of the decision and the legal provisions applied, which are always public.³¹ However, it must be noted that the court’s conclusion on

24 For more detailed illustration of the Swedish model, see Westberg 2004, p. 211–223.

25 OK Chapter 7 section 11 and the Finnish Enforcement Code (*Ulosottoakaari, UK*) Chapter 8 section 2. Lappalainen et al. 2008, p. 1077. The exception regarding the security in OK Chapter 7 section 7 is hardly relevant in interim measures connected to arbitration. Cf. the Model Law, art. 17 H (3) that leaves more discretion to the tribunals and courts, see Möller 2007, p. 98.

26 In Sweden, an adequate security decided by the court, which is deposited with the court, is a prerequisite for the court-ordered relief. In Finland, the amount of the security is decided by the execution officer and the security is a prerequisite for the enforcement, not for the court’s decision itself. In practice, the applicant may be able to pass the payment of the security if an ignorant respondent complies with the court order even before it is made enforceable.

27 See e.g. SCC Rules, art. 32(2) and app. II, art. 1(2) and FCC Rules app. III, art.6(6). See also Hobér 2007, p. 736–737.

28 See Lundstedt 2011.

29 The Finnish Act on the Publicity of Court Proceedings in General Courts (*Laki oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa, OikJulkL*) sections 1, 5 and 22.

30 The confidentiality is provided by FCC Rules app. II, art. 10(1).

31 OikJulkL section 11(2). See also the extension of the period in section 11(4).

the secrecy of the decision is always based on case-by-case consideration.³² Therefore, confidentiality is better protected in arbitration than in court proceedings.³³ Presumably, the publicity of court proceedings also works as pressure for the counterparty to comply with the arbitrator's orders.

4 To enforce or not to enforce

The FCC Rules on emergency arbitration provide that the “decision shall be binding on the parties when rendered” and that the parties shall comply with it without delay.³⁴ Since the emergency arbitrator's function is to grant interim measures instead of final awards, the emergency arbitrator's decision does not bind the tribunal, and the decision shall cease if the tribunal so decides or by default upon the tribunal's rendering of the final award.³⁵

Unless there is a possibility to enforce the arbitrator's order, the effectiveness of the arbitral decision rests on the benevolence of the counterparty.³⁶ In practice, the arbitrator's decisions are usually complied with.³⁷ Nevertheless, this does not mean that the enforceability of interim measures would be trivial. It can be presumed that a party seeks interim relief through emergency arbitration – instead of court proceedings – only when the counterparty's voluntary compliance is expected.³⁸ The need for enforcement is further emphasized in international arbitration, where the location of the arbitration may not have any connection to the parties or the merits.³⁹

Whether an arbitrator's decision can be formed as an enforceable award is a debated issue.⁴⁰ For example, the UNCITRAL Model Law and the SCC Rules provide that the form of the decision may be either an order or an award, whereas the new FCC Rules provide that the form shall be that of

32 See Jokela 2005, s. 5.5.13.

33 See FCC Rules app. III, art. 10(1). See also Lindholm 2007, p. 16 and Westberg 2008, p. 622–624.

34 FCC Rules app. III, art. 8(3).

35 FCC Rules app. III, art. 8(6)(d)–(f).

36 See Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat, paragraph 4.

37 See Hobér 2007, p. 24–25.

38 Ibid.

39 See UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108 (UNCITRAL Working Group on Arbitration, 32nd session in Vienna on 20–31 March 2000, Report of the Secretary General), para. 74.

40 See e.g. Yesilirmak 2005, p. 192–195.

an order.⁴¹ In addition to the enforceability, another difference between an award and an order is that the parties cannot challenge an arbitrator's order on interim measures or other procedural decisions, whereas an award can be challenged immediately, without waiting for the final award to be rendered.⁴²

Historically, tribunal-ordered interim measures have not been deemed "final and binding"⁴³ in the sense of the New York Convention, but there has been a tendency towards accepting interim measures as enforceable awards, at least in the United States.⁴⁴ Notwithstanding, it seems that the majority view internationally is that the New York Convention does not apply to interim measures.⁴⁵ Therefore, an order is usually to be recommended in international arbitration, as it is more simple and quicker to draft, and the arbitrator may amend it at any time.⁴⁶

Arbitral-decisions on interim measures are not deemed enforceable arbitral awards in the sense of Finnish⁴⁷ or Swedish⁴⁸ law even if formed as awards.⁴⁹ However, the commentary in Sweden seems to support an arbitrator's means to grant interim measures by rendering a separate award, pursuant to LSF Section 29, which could be made enforceable – possibly also under

41 See FCC Rules, art. 36(4). Cf. old FCC Rules section 30a, where the wording was "injunction or other order." For the form of tribunal-ordered measures, see the Model Law, art. 17(2), ICC Rules, art. 28(1) and SCC Rules, art. 32(3).

42 See Heuman 2003, p. 527 and VML section 41. See also e.g. Lew–Mistelis–Kröll 2003, p. 530.

43 On the concepts of final and binding, see e.g. Savola 2008, p. 48.

44 See Born 2009, p. 2020–2021, Sherwin–Rennie 2010, p. 325 and *Publicis vs. True North*, 203 F.3d 725 (7th Cir. 2000). Cf. e.g. *Chinmax vs. Alere* in U.S. District court (27 May 2011) p. 8.

45 See Born 2009, p. 2022 and Yesilirmak 2005, p. 265. Cf. Poudret–Besson 2007, p. 546–548. It is to be noticed that the Model Law's wording "whether in the form of an award or in another form" wasn't intended to take a stand on the interpretation of the New York Convention, see UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.138 (UNCITRAL Working Group 43rd Session in Vienna on 3-7 October 2005) p. 6.

46 For Sweden, see Shaughnessy 2010, p. 340. For case law in the Model Law jurisdictions, see UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration 2012, p. 137.

47 UK Chapter 2 section 2(1)(3). See also Möller 2003, p. 255–256 and Möller 2007, p. 91.

48 Swedish Enforcement Code Chapter 3 section 1(1)(4). See also SOU 1994:81 p. 102, Swedish Government Bill 1998/99:35, page 73, Shaughnessy 2010, p. 355, Lindskog 2012, p. 691, Hobér 2011, p. 249, Heuman 2003, p. 333.

49 See Savola 2009, p. 42.

the New York Convention.⁵⁰ VML contains nearly identical provisions on separate awards but there has not been a similar discussion in Finland regarding the possibility to grant enforceable interim measures.⁵¹ It must be noted that the FCC Rules provide that the form of the interim measures is an order. Hence, the possible enforceability of interim measures in the form of an award does not have practical significance in Finland. Nevertheless, the discussion in Sweden is interesting from a Finnish perspective due to the similarity of the arbitration laws.

According to Swedish commentaries, separate awards are as such final decisions even if they are given temporarily, until the final arbitration award is rendered.⁵² They are meanwhile not revocable or amendable.⁵³ If the request for interim measures concerns procedural questions, the decision shall be an order, pursuant to LSF Section 25(4).⁵⁴ If the request is of substantive nature, the prohibition to prejudge the merits can prevent the granting of relief.⁵⁵ In such a situation, the decision could be made in the form of an enforceable separate award. Thus, the only difference between a separate award and a final award would be their time in force.⁵⁶ It must be noticed that, in practice, it may be very difficult to identify a question as procedural or substantive.⁵⁷

There is no Nordic case law on the matter.⁵⁸ Before any affirmative case law exists, arbitrators are probably reluctant to grant interim measures as separate awards due to the risk of the award to be set aside. Indeed, it could well be argued that arbitrators would exceed their authority because the

50 See e.g. Heuman 2003, p. 333. Cf. Swedish Government Bill 1998/99:35, p. 73 and Hobér 2011, p. 360: “Whereas separate awards and partial awards may include enforceable rulings, interim awards on security measures are, as a general rule, not enforceable under Swedish law.”

51 See VML sections 33–34.

52 See Heuman 2003, p. 333.

53 See SCC Rules, art. 40.

54 See Heuman 2003, p. 531.

55 See Westberg 2008, p. 631–632. See also Heuman 2003, p. 531 where performance of specified task is given as an example.

56 See Westberg 2008, p. 632.

57 The problem of qualification is even more complicated in international arbitration due to the lack of *lex fori*, see Poudret–Besson 2007, p. 534–535.

58 See Heuman 2003, p. 334.

lex arbitri or arbitration rules do not permit enforceable arbitral-ordered interim relief.⁵⁹

Regardless of whether the courts accept tribunal-ordered interim measures as enforceable separate awards, it is difficult to see how an emergency arbitrator's decision could be deemed an enforceable award according to Swedish or Finnish law. There is an important difference between tribunal-ordered and emergency arbitrator-ordered interim measures that must be noticed: the emergency arbitrator may later revoke or amend the decision.⁶⁰ Thus, as far as I am concerned, an emergency arbitrator's decision lacks the characteristics of an award. Consequently, the hope that the emergency arbitrator's decision could be enforced seems ill founded.⁶¹

Despite the fact that the UNCITRAL Model Law does not contain rules on emergency arbitration, it offers an alternative perspective to the question of enforceability. According to the Model Law Article 17 H (1), the interim measures ordered by the tribunal are binding and enforceable, although Article 17 D states that "the arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure or a preliminary order it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal's own initiative."⁶² As far as I am concerned, the enforceability of the interim measures should be clearly stated by the arbitration laws – as in the UNCITRAL Model Law – instead of trying to apply the provisions on separate awards in VML and LSF to interim measures.⁶³

59 See Savola 2011, p. 657.

60 See SCC Rules app. II article 9 and FCC Rules app. III art. 8(4).

61 Cf. Shaughnessy 2010, p. 359: "The SCC EA Rules provide an opportunity to rapidly obtain ostensibly enforceable relief in the form of an award even before arbitration has been commenced. [...] While this procedure may enhance the autonomous nature of SCC arbitration and may be a useful tool for SCC users, it rests upon courts to determine whether awards issued by emergency arbitrators will be enforced."

62 The Model Law, art. 17 D and 17 H (1).

63 Also Gustaf Möller and Mika Savola have advocated for an enforcement mechanism. See Möller 2007, p. 100 and Savola 2011, p. 663.

5 Other consequences of non-compliance

If arbitral-ordered interim measures are not enforceable, what other consequences could there be for a party ignoring an emergency arbitrator's orders? Can the parties be contractually obligated to comply with the orders if the orders cannot be enforced?⁶⁴ This could be done by claiming either damages or liquidated damages based on a breach of the arbitration agreement. It is quite commonly held that arbitrators can draw adverse inferences from a party's disobedience of an arbitrator's orders.⁶⁵ The legal basis for such inferences is not absolutely clear. When it comes to disobedience of interim relief measures, practitioners suggest that the parties are usually not willing to take the risk of irritating the arbitrator and therefore comply with the arbitrator's orders to avoid jeopardizing their case.⁶⁶

It is commonly held that, subject to the arbitration agreement, the tribunal can consider a party's non-compliance with an order for interim measures when rendering the final award and order the non-compliant party to pay damages.⁶⁷ It could be argued that a threat of damages or liquidated damages circumvents the main rule of an arbitral decision on interim measures being legally non-binding.⁶⁸ According to Lindskog, the possibility of damages requires that the parties have agreed to be bound by interim reliefs.⁶⁹ In that way, non-compliance becomes a breach of the arbitration agreement. Many institutional rules provide the binding nature of the emergency arbitrator decision explicitly.⁷⁰ In most cases, the damages could well be claimed and rendered based on the merits, irrespective of whether non-compliance is taken into account.⁷¹

64 Answer is yes according to Nilsson, see Nilsson 2010, p. 355. Cf. Lindskog 2005, p. 740 fn. 105.

65 See Born 2009, p. 1967, Möller 1997, p. 60, Shaughnessy 2010, p. 345–346, Waincymer 2012, p. 671 and UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108, para. 75.

66 See Savola 2011, p. 662 and the often cited Schwartz 1993, p. 59.

67 Hochstrasser 2007 p. 26, and D'Agostino 2011 and SOU 1994:81, p. 102.

68 See e.g. Lindskog 2012, p. 690–691 and Westberg 2008, p. 633.

69 see Lindskog 2012, p. 691 fn. 140.

70 See e.g. FCC Rules app. III, art. 8(3), SCC Rules app. II, art. 9(3), ICC Rules, art. 29(2) and SIAC Rules, schedule 1(9).

71 See Westberg 2008, p. 621 and Lindskog 2012, p. 691 fn. 140. Cf. Lindskog *ibid*: “det kan dock inte uteslutas att i det enskilda fallet ett åsidosättande...skulle kunna leda till en skada som skiljekäranden inte kan få kompenserad genom verkställighet av domen.”

Another potential consequence is that the arbitrator can consider a party's non-compliance when deciding on the allocation of costs between the parties.⁷² Pursuant to the FCC Rules, an emergency arbitrator can decide the amount of the costs and their allocation between the parties, whereas, according to the SCC Rules, the tribunal sets the costs between the parties, not the emergency arbitrator.⁷³

Pursuant to *lex arbitri*, the threat of a fine is not possible in Nordic arbitration proceedings.⁷⁴ In this regard, it must be observed that the prohibition to use the threat of a fine is open to interpretation. It could well be argued that the prohibition concerns only procedural fines, not liquidated damages.⁷⁵ Arguably, an arbitrator's powers to order liquidated damages for non-compliance of interim relief would require a provision in the arbitration agreement.⁷⁶ However, neither the FCC nor the SCC rules contain provisions on liquidated damages.⁷⁷ Consequently, it can be concluded that an emergency arbitrator cannot use the threat of liquidated damages.

6 Conclusions

The need for emergency arbitration has usually been reinforced by the drawbacks of court proceedings. As some authors suggest, "the relief sought may not be available, court proceedings may be public, lengthy, costly, and veer in unexpected directions."⁷⁸ However, in Finland and in Sweden, the court proceedings regarding interim measures are very efficient and quite flexible and the courts have a very broad power to order different types of interim relief. The advantages of court-ordered interim reliefs are quick proceedings and efficient enforcement (also against third parties), reasonable costs, and the availability of *ex parte* relief as well as coercive measures.

72 FCC Rules, art. 25(3). See also VML section 49, OK Chapter 21 section 5 and similarly SCC Rules, art. 43(5) and app. II, art. 10(5) and LSF section 42 and UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108 para. 75.

73 FCC Rules app. III, art. 9, ICC app. V art. 7(3) and SCC Rules app. II, art. 10(5). See also Shaughnessy 2010, p. 347.

74 VML section 27(2) and LSF section 25(2). Cf. Yesilirmak 2005, p. 212. For the threat of fine in court-ordered interim measures, see Savola 2001, p. 440–441.

75 See Westberg 2008, p. 632.

76 See Lindskog 2012, p. 691–692.

77 For the possibility to order multiple or punitive damage, see Yesilirmak 2005, p. 244. See also Born 2009, p. 2478.

78 Lemenez – Quigley 2008, p. 2.

The main problems with Nordic court-ordered interim measures concern the court's international competence. The court's competence is quite strictly limited to its own territory. When either Sweden or Finland is selected as a "neutral" location for an arbitration, whose merits have little or no connection to the jurisdiction of the seat, the Nordic courts may not be able to grant effective relief if the properties are not located within their jurisdiction.⁷⁹ Therefore emergency arbitration can be an advantage to a party, i.e. when the object of the interim measure is located either in a jurisdiction where court assistance for enforceable relief is not a viable option or in a jurisdiction providing the enforcement of foreign arbitral-ordered interim measures.

It is often mentioned that arbitrators are better equipped to grant interim measures than courts due to their better expertise and understanding of a case.⁸⁰ However, this does not necessarily apply to an emergency arbitrator because he or she is involved in a case for a very short time. The general expertise of emergency arbitrators depends on how well the institutes manage to attract experienced lawyers to act as emergency arbitrators. Due to the lack of data regarding emergency arbitration, it is too early to draw conclusions regarding the expertise of emergency arbitrators.

Since the emergency arbitration procedure is the same regardless of the jurisdiction where the object of the measure is located, the applicant does not need to review the procedural laws of foreign jurisdictions. Therefore, the simplicity of the emergency arbitration procedure can be attractive in international arbitration, presuming that the counterparty is expected to comply with the relief or that the tribunal can be convinced of drawing adverse inferences from the counterparty's non-compliance.

Otherwise a party is likely to prefer emergency arbitration to court-ordered interim measures only in exceptional cases, for example when the confidentiality of the proceedings is a more important factor than the counterparty's possible non-compliance with the decision and the unenforceability of the relief. In this case, the relief could perhaps be applied more for tactical pur-

79 See also UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108, para. 76.

80 See Lew – Mistelis – Kröll 2003, p. 588, Berger 2009, p. 348, Westberg 2008, p. 624 and Möller 2003, p. 257.

poses than to prevent truly “irreparable damage”. A party may also prefer emergency arbitration because, unlike in court, the relief in emergency arbitration may be granted without requiring the applicant to set an advance security.

Given its limitations compared to court-ordered interim measures, I assume that emergency arbitration will not be very useful in arbitration in Finland. In my view, the emergency arbitration provisions were included since the major institutes had done the same, to convince the international arbitration community and businesses of the FCC Rules being up-to-date, rather than to solve an existing problem. The effectiveness of emergency arbitration relies on the hope that the parties voluntarily comply with the relief or that interim decisions can be enforced. As far as I am concerned, enforceability would require an amendment of the arbitration law.

Bibliography

- Berger, B. (2009). The pros and cons of arbitration compared to State court proceedings. *Presentation in AIJA Zurich Arbitration Conference* on 11–13 June 2009. Zurich.
- Born, G. B. (2009). *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- D'Agostino, J. (2011). *First aid in arbitration: Emergency Arbitrators to the rescue*. Retrieved 4 June 2013 from Kluwer Arbitration Blog: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/15/first-aid-in-arbitration-emergency-arbitrators-to-the-rescue/>.
- Hakanen, J. (2013). *Emergency Arbitration*. Retrieved 29 October 2013 from <http://hdl.handle.net/10138/40743>.
- Heuman, L. (2003). *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*. New York: Juris Publishing Inc.
- Hillerström, P. (2008). Emergency and Pre-Tribunal Arbitral Relief: Current Approaches of the Key Arbitral Institutions. *Stockholm International Arbitration Review* (2), 39–47.
- Hobér, K. (2007). Interim Measures by Arbitrators. (A. van den Berg, Ed.) *International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series, 13*, pp. 721–750.
- Hobér, K. (2011). *International Commercial Arbitration in Sweden*. Oxford: Oxford University Press.
- Hochstrasser, D. (2007). Types of Interim Measures. Conditions for Granting of Interim Measures. *Presentation in Swedish Arbitration Association's seminar on Interim Measures in International Arbitration* on 4 October 2007. Stockholm.
- Jokela, A. (2005). *Oikeudenkäynnin perusteet*. Helsinki: Talentum.
- Lappalainen, J. et. al. (2008). *Prosessioikeus*. Helsinki: SanomaPro.
- Lemenez, G. & Quigley, P. (2008). The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action. Part I: A Look at the Empirical Data. *Dispute Resolution Journal* August/October, pp. 1–8.
- Lew, J., Mistelis L., & Kröll, S. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International.
- Lindholm, T. (2007). Interim Measures in International Arbitration. *Presentation for Swedish Arbitration Association's seminar on interim measures in international arbitration* on 4 October 2007. Stockholm.
- Lindskog, S. (2005). *Skiljeförfarande. En kommentar*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Lindskog, S. (2012). *Skiljeförfarande. En kommentar*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Lundstedt, J. (2011). *SCC Practice: Emergency Arbitrator. Decisions rendered 2010*. Retrieved 16 May 2013 from <http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/41504/Emergency%20arbitration%20final.pdf>.
- Möller, G. (2007). UNCITRAL:n välímiesmenettelyä koskevan mallilain uudet säännökset turvaamistoimista. In Waselius & Wist, *With Wisdom* (pp. 91–100). Porvoo: WS Bookwell Oy.

- Möller, G. (2003). Om interimistiska säkerhetsåtgärder och skiljeförfarande. In Juridiska föreningen i Finland, *Festskrift till Edward Andersson* (pp. 247–259). Helsinki: Juridiska föreningen i Finland.
- Nilsson, B. G. (2010). Negative Inferences: An Arbitral Tribunal's Powers to Draw Adverse Conclusions from a Party's Failure to Comply with the Tribunal's Orders. In K. Hobér, A. Magnusson, & M. Öhrström, *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*. New York: JurisNet, LLC.
- Poudret, J.-F., & Besson, S. (2007). *Comparative Law of International Arbitration. Second Edition*. London: Sweet & Maxwell.
- Savola, M. (2011). Arbitrator-Ordered Interim Measures of Protection in International Arbitration. *JFT* (4–5), 647–663.
- Savola, M. (2001) Oikeudenkäymiskaaren yleisen turvaamistoimismääröksen soveltamisalasta. *Defensor Legis* (3), 435–468.
- Savola, M. (2009). Turvaamistoimet välimiesmenettelyssä. *Presentation in Talentum Lakikoulu* on 10 March 2009. Helsinki.
- Savola, M. (2008). Väilityslausekkeen Laadinnasta Kansainvälisluontoisissa Sopimuksissa I. *Defensor Legis* (1), pp. 13–52.
- Shaughnessy, P. (2010). Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules. *Journal of International Arbitration*, 27 (4), pp. 337–360.
- Schwartz, E. A. (1993). The Practices and Experience of the ICC Court. In ICC, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing S.A
- Sherwin, P. J., & Rennie, D. C. (2010). Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis. *The American Review of International Arbitration*, 20 (3), pp. 317–366.
- Waincymer, J. (2012). *Procedure and Evidence in International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International.
- Westberg, P. (2004). *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål. En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Bok 4*. Lund: Juristförlaget i Lund.
- Westberg, P. (2008). Skiljeförfarande och Avtal om Civilprocessuella och Säkerhetsåtgärder. In E. Lindell-Frantz, *Festskrift till Lars Gorton* (pp. 617–636). Stockholm: Juristförlaget i Lund.
- Yesilirmak, A. (2005). *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International.

States as Clients of Private Military and Security Companies – the Legal Limits of Outsourcing in the Curious Case of Finland

Keywords: Private Military and Security Companies, PMSC, Finland, Constitution of Finland, Article 124, Montreaux Document, Privatisation

Tapio Rasila¹

Abstract

In recent years the Finnish state has developed a practice of contracting Private Military and Security Contractors (PMSCs) to provide security for Finnish officials working in high-risk locations outside Finland. These developments have gone largely unnoticed in the public eye and academia and the article seeks to address the situation by examining the legality of the current practice of the Finnish state in relation to PMSCs. A theoretical framework is presented where this question is situated into a context where outdated legislation concerning states and war coexists with novel forms of conflict and types of actors taking part in these conflicts. Reasons behind the rise of PMSCs during the post-Cold War are also considered and regulations applicable to them under international law are briefly reviewed.

The known facts of the practice of the Finnish state in relations with PMSCs are presented and the legality of this practice is examined from the viewpoint of the Finnish Constitution. It will be argued that in the light of the limited knowledge available concerning the exact practices of the Finnish state in relation to PMSCs, it is possible that the current practice is in conflict with Article 124 of the Finnish Constitution which specifically regulates delegating tasks involving exercise of public powers to private actors.

¹ Tapio Rasila is a fourth year law student at the University of Helsinki. Mr. Rasila holds a Bachelor of Arts in International Relations and Politics degree from the University of Sussex and a Master of Philosophy in Politics degree from the University of Cambridge, St. Edmunds College. The article featured here is a thoroughly revised version of a paper originally prepared for the Researcher Track of the University of Helsinki Faculty of Law.

Full Article

1 Introduction

Private Military and Security Companies (PMSCs) were becoming a topic very much in vogue among international lawyers and international relations scholars during the early years of the new millennium² The sudden emergence of novel private actors into the zones of post-Cold War conflict naturally began to draw considerable interest from academics of various stripes. The ambiguous legal status of PMSCs, often accompanied by a rather questionable role in their respective theatres of war, served to further heighten this interest.³ Especially after the prominent role taken by PMSCs in the Afghan and Iraq wars, and increased public concerns that they were “modern mercenaries” operating in a “legal vacuum,” this issue also began to receive more widespread attention in the policy circles.

Consequences of these developments were felt in a limited way even in such unexpected places as Finland. By 2009 a report “on the relevant regulatory framework in Finland on private military and security companies” had been commissioned. It was to become one of several entries to a database collected as a part of a larger European Commission funded research project charting “the existing national legislations related to private military and security companies (PMSCs) in a number of Member States of the European Union (EU) and third countries.”⁴ Broadly speaking, these reports focused on two regulatory subjects: on the companies and their employees that provide services relating to military and security matters and on their clients who contract these services and whom more often than not are states. The finalised version of the Finnish report, which was naturally duly concluded,

2 The Montreaux Document definition (Preface, Para 9) is adopted for the purposes of this paper, and thus PMSCs are defined here as “private business entities that provide military and/or security services, irrespective of how they describe themselves. Military and security services include, in particular, armed guarding and protection of persons and objects, such as convoys, buildings and other places; maintenance and operation of weapons systems; prisoner detention; and advice to or training of local forces and security personnel.”

3 Most frequently cited early works include: Singer 2003, Avant 2005 and Chesterman & Lehnardt 2007.

4 Quirico 2009, p. 1. The project’s full title is: ‘Regulation of the Privatization of War: the Role of the EU in Assuring Compliance with International Humanitarian Law and Human Rights,’ or PRIV-WAR for short.

begins with the following two observations concerning the practical significance of such investigation for Finland:

“[...] the Finnish government has no outsourcing practice when it comes to private military and security services. This means that there are no official Finnish policies on outsourcing to PMCs/PSCs and no contracts available for evaluation. The lack of Finnish private military and security companies also shifts the focus of the report on individuals[.]”⁵

Four years have passed since those lines were typed, and during that time both observations have become outdated: the Finnish state has developed a practice of contracting PMSCs in high-risk locations and at least two Finnish PMSCs have begun to operate.⁶ More importantly for the purposes of this paper, there is readily available evidence that suggests that at least the Finnish Ministries of Foreign Affairs and Defence have resorted to contracting PMSCs to counter local security threats in high-risk destinations outside Finland.⁷ What still remains, however, is the lack of official policy.

Apart from the non-existent official policy, the Finnish report also seems to indicate that there is no specific domestic legislation that would regulate the use of PMSCs by the Finnish state or empower certain officials to make decisions in terms of contracting their services.⁸ In all probability, and given its relative novelty, the current practice in relation to PMSCs has grown out of efforts to adapt to circumstances and responsibilities hitherto largely unfamiliar to Finnish government or its officials. These have been recently encountered most notably in Afghanistan where hiring PMSCs to provide security for governmental officials working on the ground has become a necessity. The use of PMSCs by the Finnish state also seems to have gone largely unnoticed in the public eye and has not sparked any scholarly or political debate to date. One can only speculate that this at least partially

⁵ Creutz 2009, p. 1.

⁶ These are “Frontline Response Finland Ltd” and “Twenty Committee Risk Management,” both signatories to the International Code of Conduct for Private Security Providers, which is the leading self-regulation initiative of the PMSC industry. At least Frontline seems to be a serious and active enterprise.

⁷ For the Ministry of Foreign Affairs: Huhta, Kari 2011, ‘Suomen suojelluin mies,’ *Helsingin Sanomien Kuukausiliite*, 12/2011, pp. 56-63, and for the Ministry of Defence: *Kansallisen Montreux-työryhmän loppumuistio* [The Final Memorandum of National Montreux Working Group], p. 7, available at: <http://www.um.fi/public/download.aspx?ID=118837&GUID={FDA3361A-2841-4BEA-8DB0-2DA45DDCFEA4}> (accessed 24.10.2013).

⁸ Creutz 2009, pp. 9, 12-14.

reflects the limited understanding that Finnish politicians have of the contemporary conflicts they have deemed wise to involve Finland in, as well as of the role bestowed to Finnish officials in them as they try to carry out their duties. If this is the case, then the possible unconstitutionality of contracting PMSCs without democratic oversight or any basis set out in law, which will be considered in some length below, is only part of a larger problem: the Finnish state is entering 21st century conflicts equipped with outdated legislation built on 20th century understandings. If generals are always ready to fight the last war, it seems that the same goes for legislators and lawyers.

Changed circumstances naturally warrant a re-assessment of “the relevant regulatory framework in Finland on private military and security companies.” Here the focus will be on the practice of the Finnish state and the legality of that practice, not on the infant Finnish PMSC industry. Accordingly, the main task of this paper is to examine the legality of the current Finnish government practice of contracting PMSCs to provide security in high-risk locations outside Finland. Regulation applicable to this practice can be sought from two sources; on the other hand international law poses certain obligations to states that use the services of PMSCs and on the other Finnish national legislation contains articles which regulate deployment of force abroad and outsourcing of governmental functions. In brief, the argument advanced in this paper is that the obligations arising from the Finnish Constitution set certain limits on the practice of the Finnish government in relation to PMSCs and these obligations are more far-reaching than those emanating from international law. Moreover, in the light of the limited knowledge available concerning the intricacies of the process that leads to a contract between the Finnish state and a PMSC, as well as on the exact duties carried out by PMSCs on behalf of the Finnish state, it is possible that the current practice is in conflict with Article 124 of the Finnish Constitution.

The second important, and more universal, theme of this paper is intimately linked to the Kantian notion – later developed by theoreticians of democratic peace – that the adoption and preservation democratic responsive government and “republican constitution” based on accountability are cru-

cial steps in preventing wars.⁹ There is already an abundance of literature on PMSCs written by international lawyers from the viewpoint of international law, but contributions that approach state practice concerning PMSCs from the viewpoint of constitutional law seem to be few and far between.¹⁰ More research should be devoted to asking how domestic legal processes that result in contracts with PMSCs differ from those regarding conventional troops and how do the possible differences affect the responsiveness and accountability of governments.

This being said, it should be emphasised that it is not the aim of this paper to provide a comprehensive description of all of the state obligations regarding PMSCs arising from international law or present a detailed analysis of Article 124 of the Finnish Constitution. Apart from the constraints of space which do not allow this, both topics have already been covered well by other scholars working in their respective fields.¹¹ As stated above, the focus is on the legality of the practice of the Finnish state.

This paper will proceed as follows: I will begin by delving a little bit deeper into the problematic relationship between the state, legalisation of private violence and international and constitutional law. A brief theoretical sketch presented in this chapter will set the tone for the remainder of the paper and hopefully also go some way in clarifying why PMSCs have become a challenging regulatory subject for both international and constitutional law. I will then move on to briefly consider the reasons behind the rapid ascent of the PMSCs into their current prominence and what rules and obligations does international law pose to states such as Finland contracting their services. This is done primarily because it will give the reader a better understanding of the nature of PMSCs and some background on how their activities are being regulated in international law. After this I will finally turn to considering the current Finnish government practice of contracting PMSCs and the legality and constitutionality of that practice from the viewpoint of the domestic Finnish legal system.

9 Kant [1795] 1977, pp. 93–130, see also: Doyle 1983.

10 For one notable example of these contributions see: Michaels 2004, pp. 1048–1083.

11 For international law see: Cameron & Chetail 2013, and for Article 124 of the Finnish Constitution see: Keravuori-Rusanen 2008, Kerttula 2010.

2 The State, Law and Legalisation of Private Violence – Some Preliminary Remarks

Even with the risk of stating the obvious, it is necessary to begin by asserting that the inability of a legal order to adjust to changed circumstances or novel phenomena, such as the emergence of PMCSs, is not solely a Finnish problem, but rather an inherent condition of law as a human construct and thus a concern of all states ruled by law. In Western states, such as Finland, this law is created as a result of a political process, which itself is regulated by law. This political process is, in turn, influenced by the way politicians and the electorates they are accountable for understand the world; how they view the human relations within societies and – on the international level – the interactions between these societies. In short, law is based on certain basic assumptions on how the world that it seeks to regulate works. When the world changes but the basic assumptions do not, law as a system begins to encounter phenomenon that it does not recognize, does not know how to regulate and finally seizes to function properly.¹² The confusion caused by the arrival of the modern PMSC can be to a large extent credited to the workings of similar dynamics. Namely, to the dissonance between regulation built on certain outdated assumptions concerning the relationship between states and violence and the emergence of a phenomenon that defies these assumptions.

State-led violence is usually divided into two different categories according to its victims: to violence that states, or rather their officials, inflict on their own citizens and to violence they direct against foreign nationals. If strict legal definitions are overlooked for a moment, the latter activity is usually known as war, whereas the former is known with variety names ranging from policing to oppression and terror. Now, if a group of social scientists are led into a discussion on the changing relationship between the state and violence in the modern era, three quotations will inevitably be uttered at some point as this discussion proceeds. Firstly, Carl von Clausewitz's famous dictum that "war is a continuation of politics by other means,"¹³ secondly

12 This rather self-evident notion of the time bound nature of law has famously been discussed in the Finnish literature by Kaarlo Tuori (2000, pp. 163–234).

13 Clausewitz [1832] 1989, p. 87.

Max Weber's definition of a state as "a human community which (successfully) lays claim to the monopoly of legitimate physical violence within a certain territory"¹⁴ and lastly some paraphrased version of Immanuel Kant's argument that a republican constitution of each state is a necessary requirement of "perpetual peace" between states¹⁵ These utterances are important because they have had a profound effect on the basic cognitive framework that has informed past legislators, lawyers and thinkers, and which still looms behind much of the current legislation regulating the use of force by states.

When these statements are considered side by side, a rough outline of the cognitive framework can be sketched. In this framework, war is viewed primarily as a business of states. Moreover, violence in the form of war is seen as an instrument used by states to achieve a certain political end.¹⁶ Defining the end that the war serves is to be left to the – preferably civilian – government and this government and its political calculations should continue to guide the conduct of the campaign until peace is secured. Shortly put, the employment of violence is and should be directed by the rational political calculations of the political leadership of the state.¹⁷ In fact, while Weber paid less attention to this, states also have a monopoly on war; the monopoly of violence extends beyond their own citizenry into the international arena.¹⁸ This is to say that states are the only organisations "who can wage war"¹⁹; with perhaps certain exceptions made with organisations that seek to either control an existing state or establish statehood for themselves.²⁰

14 Weber [1919] 2005, pp. 310–311.

15 Kant [1795] 1977, pp. 93–130, see also: Doyle 1983.

16 The instrumental nature of violence has been famously discussed by Hannah Arendt (1970, pp. 35–55).

17 Nielsen (2001, p. 28) summarises Clausewitz's take on the issue as follows: "[a]s Clausewitz notes: ". . . it is a matter of common experience that despite the great variety and development of modern war its major lines are still laid down by governments; in other words, if we are to be technical about it, by a purely political and not a military body." Not only do political leaders establish the political aims, which "are the business of the government alone," Clausewitz also expects them to establish the size of the army, and the system of supply. The commander will accept the resources provided by the government, and make the best use of them." This being said, the debate over Clausewitz is naturally far from over, and my take on him has been largely informed by the work of Raymond Aron (1983, see especially pp. 95–117), who sees Clausewitz as an advocate for civilian control of the military.

18 Weber [1919] 2005, pp. 309–315, see also: Avant 2005, pp. 1–5.

19 Mushkat 1987.

20 Ibid.: De Lupis 1987, pp. 33–50.

This monopoly, however, must be legitimate. As Weber pointed out, this legitimacy can flow from variety of sources.²¹ When it flows from the fact that the state is a republican state, its leaders are elected democratically, subjected to legal regulation and held accountable to the electorate, then the state is less inclined to exercise violence abroad, i.e. make war. This is mostly due to the fact that when given the opportunity to choose whether war is embarked upon or not, citizens “will have a great hesitation in embarking on so dangerous an enterprise.”²² In practice this means that there must be constitutional and other legal checks in place that allow the citizens or their representatives to have their say when the question of employing violence abroad is contemplated.

These are, then, some of the basic assumptions that constitutional and international law rest on when it comes to states and violence. Crudely put, international law rests on the assumption that warfare is the sole right of the state and it is to be directed by its government and conducted by its officials, whereas constitutional law is similarly based on the assumption that states can exercise violence – at home and abroad – only to the extent that their legal orders allow them to do so. Violence is a tool of rational policy and decisions to wield that tool are to be left to the government, which in turn is constrained by domestic legal process and accountable to its constituents. It could be said that one of the primary facets of the development of rule of law within states and international law outside and between them has been a process of checking the state’s ability to use its officials to inflict arbitrary violence on its own citizens and those of other states. But this also means that the chains of accountability and attributability that help to provide these checks were designed primarily to only connect the state and her officials to the possible victims of their transgressions, and that domestic legislation, which deals with the sanctioning and regulating the use of force by

21 Weber [1919] 2005, pp. 310–311. I am referring here to what Weber termed as “legal-rational authority,” which according to him is not necessarily democratic.

22 Kant [1795] 1977, p. 100. Again, by “republican” Kant was not necessarily referring to democratic governance as it is currently understood.

the state, is mostly concerned with the use of state officials in deployment of this force.²³

Thus, the rise of the PMSC is a phenomenon that defies these basic assumptions as well as legislative designs built on them. When a state official is replaced with a private contractor and the legal process with a commercial contract the system seems to break down.²⁴ Consequently, the entry of private actors into the field of legalized violence is sometimes interpreted as a sign of the erosion of the states' long held monopoly and remedies to this problem are desperately sought from various sources of international law. This, however, is a misguided approach as states themselves are the primary customers of PMSCs.²⁵ The rise of PMSCs does not diminish the sovereignty of states nor put into question their monopoly over violence, since states are not helpless victims of PMSCs. Rather, on most occasions PMSCs are an instrument used by governments to achieve something that they could not formerly do or found very difficult to achieve. From a legal point of view, one – and perhaps a more fruitful – way to approach the hiring of PMSCs by states is to view it as an attempt to escape the domestic legal constraints that restrict the state's ability to exercise violence abroad without the consent of their citizens and free themselves of responsibility on the international level when things go awry. Shortly and somewhat polemically put, as a novel actor that is largely unfamiliar to both international and

23 As Jose Gomez del Prado (2010, p. 3), the Chairperson of the UN working group on the use of mercenaries, puts it: “[t]he concept of collective security enshrined in the UN Charter is based on the principle that each of its Members, as sovereign *State, has the control of a given territory and the monopoly of the use of force and that the legal responsibility for the use of force, internally (by the police), or externally to defend its territory militarily (by the army) rests with the State* [italics by the author].” Emphasising the state monopoly on violence is an often recurring theme in much of the work of the said UN Working Group. Many scholars have also tackled with this issue, see for example: Krahmman 2010, pp. 21–51, Avant 2005, pp. 1–10, Singer 2003 pp. 3–11.

24 Or as Lenhart (2007, p. 4) puts it: “[a]s private commercial actors emerge as significant military actors serious questions are raised about the viability of a legal system premised on the assumption that states conduct war, provide internal and external security, and organize their military.”

25 Exact figures that would show the dependency of PMSCs on public contracts together with the share of revenue they derive from them are extremely hard to come by. A survey based study conducted in 2007 (Messner & Cracielly 2007, p. 20) found that “[g]overnmental entities account for 87 percent of companies' operations.” This figure should be taken with a pinch salt however, as the definition of a private security company differs somewhat from the one adopted in this paper and the survey study itself is not without its methodological problems. Rather, this figure can only be seen as a rough indicator of the significance of public contracts - as opposed to private ones - for the industry.

constitutional law, the PMSC allows states to outsource responsibility on the international level and accountability at home.

Thus, what we have – again crudely put – are two sets of regulations that constrain and regulate the use of armed force by states: international and domestic, which are both built on foundations that seem ill-prepared to cope with the rise of PMSCs. Moreover, we also have governments that seem willing to exploit this discrepancy. Now that Finland has joined the ranks of these governments, it also must confront the legal challenges that this situation has given rise to. This does not, however, mean that PMSCs or their clients would exist in a complete regulatory void: international law contains concrete and quite clear restrictions concerning the outsourcing of certain tasks to PMSCs and the domestic legal systems of states pose their own limitations to the privatisation of governmental functions. After briefly reviewing existing obligations that states – including Finland – have in relation to PMSCs under international law, I will attempt to show how in the Finnish case shifting our focus to domestic regulation can yield more answers to those in search of concrete regulation.

3 The Rise of Private Military and Security Contractors and International Law

As most scholars writing about this issue feel compelled to point out, PMSCs – or mercenaries as they were formerly called – have existed as long as warfare itself.²⁶ There, however, seems to be something qualitatively different about the latest resurgence of “mercenarism,” even to the extent that some – not least the PMSCs themselves - have challenged the idea that PMSCs can be labelled as mercenaries at all. It should be emphasised that this is not purely a question of semantics, as the label “mercenary” carries significant legal consequences with it to those that fall under this definition in international law.

At least two differences are significant enough to warrant a mention here. The first and more important one is related to the functions that PMSCs perform in contrast to earlier mercenaries: unlike earlier mercenaries, PM-

²⁶ For a concise overview see: Milliard 2003, pp. 1–9.

SCs are rarely allowed to take directly part in combat operations, but rather provide supportive functions such as armed security, logistical support, training and the like.²⁷ The second difference concerns their organisational form: unlike the ad hoc bands of earlier mercenaries, the contemporary PMSCs “are transnational corporations legally registered which obtain contracts from governments, private firms [and] intergovernmental and non-governmental organizations.”²⁸

The ascent of these contemporary PMSCs to their current prominence is a result of several trends coming together; or conversely one symptom of larger changes that have been taking place after the end of the Cold War. P. W. Singer, who has written extensively on the issue, emphasises three such trends.²⁹ The first and foremost among them was the end of the Cold War itself, which led to seismic changes in the global security framework. Cashing in the peace dividend and the downsizing of national armies on both sides of the Iron Curtain meant that suddenly the world market became flooded with a large supply of both military equipment and capable unemployed military personnel, many of whom would quickly move to fill the ranks of the nascent PMSC industry. The end of the Cold War also spelled the end of the relative stability of the bipolar era; many of the local conflicts kept in check by the Superpowers began to heat up and many of their former client regimes began to crumble. Suddenly both supply and demand for the PMSC services began to surge. Second trend concerns the nature of contemporary warfare and conflict, which according to some have taken on a new form that differs significantly from earlier forms of state-led large-scale violence. This, however, is a question much too complicated to be addressed here with the care it deserves.³⁰ It must suffice to say that contemporary wars are usually drawn out and messy low-intensity conflicts with multiple parties, which have mixed and often confused political and economic goals, taking part in the hostilities. The nature of the Western troops taking part

27 For a good overview see: The Foreign and Commonwealth Office 2002.

28 Gomez del Prado 2010, p. 1, see also: Singer 2001 (p. 191) “PMFs [Private Military Firms] are hierarchically organized into incorporated and registered businesses that trade and compete openly on the international market, link to outside financial holdings, recruit more proficiently than their predecessors, and provide a wider range of military services to a greater variety and number of clients.”

29 Singer 2001 pp. 193–198, Singer 2003 pp. 49–73.

30 The reader will do him/herself well if he/she consults two books on the issue, these are: Kaldor 1999 and van Creweld 1991.

in these conflicts and the technological sophistication of their weaponry are such that they have to be supported by a huge number of people performing logistical and security functions.³¹ Actual combat operations are interwoven with “state-building” and different kinds of humanitarian and commercial efforts, which has led to a situation where foreign civilians working on these projects – and in need of armed protection – are also present in conflict zones in unprecedented numbers. The last trend emphasised by Singer is the ideological drive towards privatization of even more and more governmental functions. This trend is even more pronounced in the Anglo-American world, governments of which are also more ready to rely on PMSCs than other western governments.³²

A further development can be added to this list as well, which is the increased risk aversion of Western governments in terms of accepting casualties among their own troops or among foreign civilians that find themselves trapped in conflict zones. Most of the current conflicts do not pose existential threats to their Western participants, and justifying even limited participation in them by referring to national interest has become increasingly difficult. Thus electorates at home are less willing to tolerate large troop involvement and even less prepared to accept large number of casualties among their own armed forces. In most Western states the military options available for governments are also conditioned by the media, and public opinion that it helps to steer, to a much greater extent than they used to be.³³ It is more convenient for Western governments to inflate troop numbers by contracting PMSCs to carry out certain tasks since the legal process is usually less demanding compared to sending in conventional troops and the possible deaths of PMSC employees are less widely reported and cause less controversy at home. The same goes with possible transgressions

31 As van Creveld (1991, p. 29) puts it, in the last decades “the tails” conducting “maintenance[...], logistics and administration” have grown enormously compared to the actual “fighting teeth” of armed forces. Many of these supportive functions, without which the forces could not function in the battlefield, have been left to private contractors.

32 See: Krahmenn 2010 for a comparison between US, UK and German practices in contracting PMSCs.

33 Shaw 2005, *passim*.

of PMCS employees, which are rarely attributed directly to the state that has hired them.³⁴

Reasons and trends behind the ascendancy of PMSCs aside, some quick numbers are in order to demonstrate their current international significance. At the height of the conflict in Iraq there were over 1 000 00 PMSC employees in that country alone.³⁵ The business is currently estimated to have an over \$100 billion annual global revenue³⁶ and 708 firms from 70 countries are signatories to the International Code of Conduct for Private Security Service Providers,³⁷ a self-regulation initiative concocted up by the PMSC industry together with the Swiss government. In short, after the Cold War – in a remarkably short time – a new actor of considerable significance entered the realm of international relations and cognisance of international lawyers.

As often happens in a situation like this, when a herd of scholars rush to study and publish on a novel phenomenon, a veritable cottage industry quickly rose to explain the legal nature and significance of the PMSCs. Scholars toiling away in this industry commenced to dutifully comb through the recognized sources of international law in search of regulation directly applicable to the PMSCs. What they found, to make a long story short, was that the pre-existing rules in international law that appear most promising are those that apply to mercenaries, and although the fit seems far from perfect, much ink has consequently been spilled over trying to determine whether PMSC employees are mercenaries or not.³⁸ Consequently, the regulation of mercenaries in international law and the applicability of these regulations to the contemporary PMSCs is a field so thoroughly studied that there is little that can be contributed to it here. When it comes to the finding of these studies,

34 As Cockayne (2009, p. 428) puts it; "[t]axpayers are unlikely to take their governments seriously to task for their engagement of PMSCs: the impacts of PMSC behaviour are easily obscured from domestic constituents, and their activities, shielded by the fog of war, leave no black or white legacy behind."

35 Merle, Renea (2006) 'Census Counts 100,000 Contractors in Iraq,' in: *Washington Post*, 5 December 2006, available at: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/12/04/AR2006120401311.html> (accessed 25.5.2013). Some estimates put the number up to 180 000 in 2007, which would mean that PMSC employees actually outnumbered foreign military personnel in Iraq at that time (Chapman 2010, p. 1050).

36 Spear 2006, p. 11, Gomez del Prado 2013.

37 http://www.icoc-psp.org/About_ICoC.html (accessed 21.10.2013).

38 See for example: Mancini 2010, Fallah 2006 and Scheimer 2009.

although the debate is still raging, a rather broad consensus seems to have developed around the notion that existing international treaties suffer from the same major shortcoming: most PMSC employees fall outside their respective definitions of “a mercenary,” which in turn means that these treaties are rarely applicable to the activities of PMSCs.³⁹ Besides, for the purposes of this paper the legal status of, and regulations directly applicable to, the PMSCs are of only secondary interest compared to the obligations of states that contract their services.

When it comes to these obligations, arguably the most important international regulatory development is the so-called Montreux Document.⁴⁰ It is “the result of an initiative launched jointly by Switzerland and the International Committee of the Red Cross,”⁴¹ the primary aim of which was to gather all the existing state obligations regarding PMSCs from various sources of international law into a single document.⁴² Thus, the Document contains the most comprehensive statement of “existing international legal obligations of States regarding private military and security companies⁴³” as affirmed by large number of state parties, including Finland. It is composed of two sections, former of which sets out binding *lex lata* on the issue and the latter of which contains non-binding “good practices” relating to different issues concerning the dealings of states with PMCSs. It should be emphasised that the Document is “not a legally binding instrument and does not affect existing obligations of States[,]”⁴⁴ it only affirms the existence of the antedating obligations that can be found in international law. The ob-

39 The most significant and frequently cited international treaties that mention mercenaries and regulate their activities are the 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949, and to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, the Organization of African Unity Convention for the Elimination of Mercenarism in Africa from 1977 and the 1989 International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries. See Mancini 2010 for a good comparison between the different definitions of mercenarism rooted in these treaties.

40 Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict.

41 <http://www.eda.admin.ch/psc> (Accessed 11.11.2013).

42 According to Cockayne (2009, p. 402), these sources include *e.g.* “Geneva Conventions, the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law⁶ the UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, the UN Code of Conduct for Law Enforcement Officials, the European Union’s Arms Export Code, the CIS Model Law ‘On Countering Mercenarism’.”

43 Montreaux document, Introduction, para. 1.

44 Montreaux document, Preface, para. 3.

ligations of contracting states are listed in the first eight paragraphs, which recall such responsibilities as “due diligence” when choosing specific PMCS to contract; prohibition to contract PMSCs to carry out “inherently governmental functions;” obligations concerning investigating and prosecuting crimes committed by PMSC employees under international law as well as enacting effective penal sanctions for such persons in breach of international law; the rules concerning the attributability of PMSC actions to the contracting state as well as the duty to provide reparations for actions of PMSCs that have been attributed to the contracting state.⁴⁵

Apart from the inherently governmental functions that cannot be outsourced, and which are referred to in Paragraph 2; “activities that international humanitarian law explicitly assigns to a State agent or authority, such as exercising the power of the responsible officer over prisoner of war camps or places of internment of civilians in accordance with the Geneva Conventions[,]”⁴⁶ the Document does not include any regulations that would prohibit states from contracting PMSCs to carry out certain other functions. Thus, while the Document “should not be construed as endorsing the use of PMSCs in any particular circumstance[,]”⁴⁷ it implicitly acknowledges that in practice there are very few restrictions in place in international law in terms of this use. Paragraph 7 concerning attributability of PMSC actions to states “recalls the existing rules of attribution in international law, as reflected in the International Law Commission’s Articles on State Responsibility.”⁴⁸ These rules are, again, not new and the question of state responsibility over actions of PMSCs under contract by them has already received some scholarly attention.⁴⁹ Constraints of space do not allow going into this question in any great length here, and it must suffice to say that although the Montreaux Document declares that the “Contracting States retain their obligations under international law, even if they contract PMSCs to perform certain activities[,]”⁵⁰ it fails to address the issue that there is an evident difference between the extents of these obligations in situations

45 Part One, paras 1–8. For an excellent overview see: Cockayne 2009.

46 Part One, para. 2.

47 Preface, para 7.

48 Cockayne 2009. p. 409.

49 See for example: Hoppe 2008, Kontos 2004, Lehnardt 2007, Cameron & Chetail 2013, pp. 134–287.

50 Part One, para. 1.

where the state uses its own officials as compared to outsourcing the same functions to PMSC employees. Hoppe, who deserves to be quoted in some length, summarises the conclusions of much of the literature on PMSCs and state responsibility when he states that:

“In comparing responsibility of a state for a classical soldier to all the options for attribution of private conduct, a responsibility gap becomes evident: unless a state outright incorporates the contracted personnel into its armed forces, or the contractors can be regarded as completely dependent on the state (a tough burden of proof to meet), the state will always face less responsibility for acts of those persons than for acts of soldiers, and its responsibility will be harder to prove.”⁵¹

Thus, the Montreux Document gathers the *lex lata* on state obligations relating to PMSCs, but it does not seek to amend or update these obligations to better address a novel regulatory subject. It is only a foundation “on which other regulatory initiatives might be build,”⁵² not an independent and timely regulatory framework in its own right. Its main shortcoming is that it does little to solve the problems caused by the fact that most of these obligations were developed long before the contemporary PMSC made its appearance into the scene. Or as Kontos laconically puts it, “State practice with regard to private security guards and the privatized use of force is ahead of normative developments in international law.”⁵³

In sum then, despite the best efforts of international lawyers, international law seems to provide regrettably little in terms of specific answers, remedies or regulation when it comes to state practice regarding PMSCs. Although international law is in many ways the natural starting point for an investigation concerning PMSCs – insofar as they are foreign actors that are present in conflict zones and to some extent also take part in these conflicts – it is also a rather odd one if one considers how widely their services are used by states. As any textbook on international law will tell you, the main purpose of international law is to regulate the activities of states in the international arena and whatever rules and regulations there are in place are there because states have expressed – in one form or another – their willingness to be bound by them.⁵⁴ What currently seems to be lacking is this very will. There

⁵¹ Hoppe 2008, p. 1012.

⁵² Cockayne 2009, p. 427.

⁵³ Kontos 2004, p. 238.

⁵⁴ See for example: Dixon 2007, p. 3.

is, after all, a reason why the Montreaux Document was not made into a legally binding instrument. Perhaps a more logical starting point would be to admit that PMSCs continue to exist in this regulatory twilight zone because the prevailing situation conforms to the interests of states, because states – on the most part – benefit from the existence of PMSCs and the current ambiguity surrounding them as subjects of international law.

But states and governments are not bound solely by international law nor are they solely accountable to each other; they are also bound by their national laws and accountable to their citizens and electorates. When the services of PMCs are contracted by states, there is an internal legal process that has to be navigated successfully before this issue ever even makes its appearance into the international realm. National laws also differ from international law in significant respects. A general point could be made in relation to the quite different mechanisms that lead to the creation of international law as opposed to domestic laws, and even to the somewhat divergent principles of interpretation, ways of identifying sources of law and so forth.⁵⁵ What is more significant here, however, is that whereas international law represents – at least ideally – a broad global consensus on given legal issue, has universal appeal and aims towards harmonisation, national regulation differs from country to country and its content is much more subject to the whims of domestic political balances and peculiarities of local legal cultures. In Finland the legal culture has traditionally worked against the outsourcing of governmental functions, and this naturally also holds in relation to domestic regulation applicable to the PMSCs. This was also noted in the Finnish report referred to in the introduction of this paper:

“Finland has mostly been an observer in the increased practice of outsourcing military and security services. The reasons behind this are several; to start with it is important to note that Finland has traditionally a strong culture of and basis in governance by public authorities.”⁵⁶

55 As Bos (1984, p. 1) puts it: [t]he national and international lawyer, when compared to each other are in very different positions. The former operates in a legal order characterized by a number of luxuries such as the presence of a legislator hierarchically placed above the subjects of law, of courts with obligatory jurisdiction, and of officers charged with the enforcement of judicial decisions. [...] [T]he national lawyer, especially in codification countries, hardly ever will be in doubt on “where the law is to be found”, nor will he have to indulge in contemplating questions such as “how does law come into being”, or even “what is the phenomenon called law.”

56 Creutz 2009, p. 3.

The Finnish hostility towards outsourcing has even found an expression in the Finnish Constitution, which contains an Article that sets strict limits on the privatisation of governmental functions. The next chapter will be dedicated to examining whether the current practice by the Finnish state breaches these limits.

4 Private Military and Security Contractors and the Finnish Constitution

Before examining the substantive content of the Finnish legal system and the possible constraints that it might pose for contracting PMSCs, it is time to describe what little is known about the current practice of the Finnish state in relation to PMSCs. As stated above, in 2009 the report referred to in the introduction of this paper still held that “the Finnish government has no outsourcing practice when it comes to private military and security services[.]”⁵⁷ There is, however, evidence that the situation has since changed, at least when it comes to the Finnish Ministry of Foreign Affairs, and evidently also the Finnish Ministry of Defence.

Hard facts about the use of PMCSs by the Ministry of Foreign Affairs are hard to come by as the Ministry remains understandably secretive about its exact practices relating to the protection of Finnish officials working abroad. Thus we are left with newspaper stories and budgetary information, which reveal the existence of these practices but regrettably little else. In the Annual Budget of 2013 the state granted the Ministry of Foreign Affairs appropriation of € 1900 000 under the heading “Security.”⁵⁸ While this appropriation has grown steadily during the past few years, one thing to note is that given that Finland has a vast network of embassies around the world the amount is actually rather small. How it is being spent remains largely

⁵⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁵⁸ See: <http://budjetti.vm.fi/> (accessed 28.5.2013).

unclear as the Ministry refuses to give details.⁵⁹ Practices must vary from country to country, with more involvement from PMSCs, as defined in this paper, in more high-risk locations. Some information can be garnered from a newspaper story, which details how these funds are being spent in Afghanistan to provide armed protection for the Finnish ambassador and other Finnish diplomats. The Finnish periodical *Helsingin Sanomien Kuukausiliite* gives the following account of two PMSC employees on duty protecting the Finnish ambassador in Kabul:

“Erik and Les are working for a Canadian company and among the elite of their profession. They are calm and discreet in a friendly manner. 32-year old Erik is an agent of the Slovakian secret services and a former bodyguard to the President. Kabul is calm compared to Iraq, where he has worked as a security guard both in Baghdad and Basra. 40-year old Les has served two terms in the French Foreign Legion.”⁶⁰

After being introduced, the two men and a host of their colleagues whose exact number is not revealed spent the remainder of the story riding around Kabul in armoured vehicles escorting the ambassador from a meeting to a meeting. At least Erik is visibly armed and given the security situation in Kabul it is probable that the others are as well.⁶¹ What is more, the final memorandum the Finnish national working group on the Montreaux Document contains the following sentence, which rather explicitly states that the Finnish Ministry of Defence has also contracted PMSCs during crisis management operations:

“[p]rivate companies are partially responsible for the inspection-/reception (so-called gate hosting) activities related to the guarding of the camps of particular crisis management troops as a part of the arrangements concerning the maintenance and supply of camps belonging to a crisis management operation.”⁶²

59 E-mail containing an information request was sent to the Ministry of Foreign Affairs on 29.4.2013, and a reply was received on 13.6.2013. In this reply the security director of the Ministry acknowledges that the Ministry “purchases security services from numerous service providers both in Finland as well as abroad.” The Ministry refuses to give any further information concerning these services in locations deemed “high threat” by referring to “threat of espionage or terrorism” and Section 24 of the Act on the Openness of Government Activities (1999/621), which allows public authorities to withhold certain information from the public. The e-mail correspondence will be produced by the author upon request.

60 Huhta 2011, (n 6) p. 59. The translation from Finnish to English is the author’s own, as it will be henceforth when quoting literature in Finnish.

61 Ibid.

62 Kansallisen Montreux-työryhmän loppumuistio, (n 6) p. 7.

How did these armed men in Kabul and their colleagues manning the gates in undisclosed locations come under contract with the Finnish government? Or more specifically: when public authorities decide to contract the services of PMSCs under such circumstances, does the Finnish legal system impose any constraints on doing so? These questions can be approached from two directions: on the one hand the Finnish legal system regulates the deployment of military force by the state, and on the other the Constitution (1999/731) contains articles that specifically restrict the privatisation of governmental functions. For this investigation, the significance of the former is purely analytical whereas the latter contains more concrete regulation relating to the above-referred practices.

The articles that regulate the deployment of military force and personnel by the Finnish state are worth briefly going over because they provide a contrast to a situation where services are contracted by the state from a private actor. Or to put it in other words, they demonstrate how the process normally works under democratic oversight and in accordance with the principle of the Rule of Law. According to the Article 93 of the Finnish Constitution “[w]ar and peace are decided by the President with the consent of the Parliament.” While this article has never been applied in practice, as Finland has not been at war *de jure* after 1944, it captures an important and rather self-evident principle: democratically elected representatives in the legislature should weigh in when matters of peace and war are decided, and no such decisions can be made without their consent. Although never at war after 1944, Finland has been active in peacekeeping operations for decades, and thus the deployment of Finnish armed personnel to conflict zones is an established practice.⁶³ It is currently governed by the Act on Military Crisis Management (2006/211), which sets out the relations of competence between executive and legislative branches of government in deciding whether to deploy troops or not. Shortly put, the President decides such deployments on the basis of a suggestion made by the Council of State (Article 2),⁶⁴ which is normally composed of parties that have a parliamentary majority. The Parliament is included more directly in the process

63 Aro & Petman 1999, pp. 224–244.

64 As such it corresponds to Article 129 of the Constitution, which regulates the mobilisation of Finnish armed forces.

by giving the parliamentary Foreign Affairs Committee an opportunity to express its views. If the deployment concerns a mission which is militarily very demanding or not based on a mandate of the UN Security Council, the Council of State must give the whole parliament a report on the issue and a chance to express its views (Article 3). In short, on both occasions the decision making process is tightly regulated by law, rather transparent and conducted under parliamentary oversight.

The situation differs, however, when we move the examination from the use of traditional armed forces to hiring private contractors. The exact details of the process that leads to a contract between the Finnish state and a PMSC are unknown to the larger audience, but it seems that these contracts are entered into without any specific basis set out in law and it is probable that the decisions to conclude them are made by governmental officials, not democratically elected representatives. Whether there is any parliamentary oversight is also unknown. Here the Constitution has two articles that are of particular importance. Article 2 contains the Principle of the Rule of Law: “the exercise of public powers shall be based on law. In all public activity, the law shall be strictly observed.” Article 124 is closely related to Article 2, and deals more precisely with the privatisation of governmental functions:

“A public administrative task may be delegated to others than public authorities only by an Act or by virtue of an Act, if this is necessary for the appropriate performance of the task and if basic rights and liberties, legal remedies and other requirements of good governance are not endangered. However, a task involving significant exercise of public powers can only be delegated to public authorities.”

From a comparative international perspective this Article seems to be a Finnish speciality: the constitutions of other countries regulate privatisation of public powers on the level of doctrine and general principles, not with an explicit Article of substantive constitutional law.⁶⁵

Article 124 effectively contains two rules: some powers can be delegated if certain conditions are met and the parliament gives its approval in the form

65 Keravuori-Rusanen 2008, pp. 267–270. In countries where outsourcing to PMSCs has become a more commonplace practice domestic guidelines have been developed to determine which functions can be contracted out and which not. For example, in the United States the latter are known as “inherently governmental functions.” For the situation in the US see: Halchin et al. 2010.

of an Act specifying the parameters of the powers delegated, whereas some powers are so central to the state they are beyond delegation. To make the process more flexible, the delegation of public administrative tasks to others than public authorities can also be decided by virtue of an already existing Act, which gives the person making the decision to hand out the task the competence to do so.⁶⁶ According to Keravuori-Rusanen “the core function of this Article” is to “safeguard democratic decision-making and control in the organisation of public administrative tasks and on the other hand ensure that the arrangement does not risk central principles of the Rule of Law.”⁶⁷ Furthermore, it “provides a framework, which subordinates delegating public administrative tasks outside the state machinery to parliamentary deliberation and poses an obligation to consider the legal status of private persons holistically.”⁶⁸ This is also necessary given that Finland does not have a constitutional court and the Constitutional Law Committee, which operates in the parliament, investigates possible conflicts between proposed legislation and the Constitution before enactment. In essence the Constitutional Law Committee examines and determines whether the proposed delegation is compatible with the Constitution or not, and can the proposal – and in what form – be forwarded to the legislature for a vote. It is perhaps worth stating out that this also means that the constitutionality of the current practice has never been officially examined, since the decisions to contract the services of PMCS are evidently made without any specific basis in, or reference to, existing law.⁶⁹

The Constitution or its preparatory works do not explicitly define what is meant by “public administrative tasks” or “public powers.” The exact meaning of these concepts were left to be defined in legal praxis and academia, and consequently even Finnish courts have had to resort to referring to the writings of Finnish legal scholars in cases where these concepts have popped up.⁷⁰ In terms of these writings, a notion originally developed by

66 HE 1/1998.

67 Keravuori-Rusanen 2008, p. 261.

68 Ibid.

69 In contrast, the Constitutional Committee has examined the constitutionality of domestic legislation relating to private security guards and “crowd controllers” operating in Finland. For the practice of Constitutional Committee relating to these matters see: Kerttula 2010, p. 157–202.

70 Kuopion HAO 13/0047/3.

Kaarlo Tuori has become highly influential; it stipulates that the essence of the exercise of public powers can be defined as the issuing of one-sided commands that affect the rights and obligations of other persons or legal subjects. Apart from taking the form of *e.g.* administrative decisions that are given as a result of administrative process, the exercise of public powers can be also be direct and actual such as in the case of orders given, and force used, by police officers.⁷¹

Article 124 has been applied and interpreted on numerous instances in recent years when new legislation has been passed. Especially the opinions of the Constitutional Law Committee are important in terms of guiding the interpretation of Article 124 and determining the exact content of public administrative tasks. For example, the Private Security Services Act (2002/282), which regulates the provision of security services within Finland, gives private security guards powers to remove people from their operation area and “crowd controllers” the right to prohibit people from entering their operating area. These competences were seen as clearly falling in the category of public administrative tasks by the Constitutional Committee. They did not, however, include significant exercise of public powers, and thus passing an Act that delegates and regulates these competences was both possible and sufficient.⁷²

The direct and actual exercise of public powers, in turn, often falls within significant exercise of public powers, and is thus beyond delegation. Antero Jyränki, for example, states echoing the preparatory works of the Constitution that “the right to use force or otherwise impede with basic rights of an individual on the basis of independent discretion can only be given to public officials.”⁷³ How does the right to use force manifest itself in concrete situations that would be relevant here? Naturally, as with exercise of all public powers, even when it is given to public officials there also must be a clear basis set out in law for this right. For example, in terms of troops involved in military crisis management, Article 72 of the Act on Military Crisis Management creates the legal basis for their right to use force: “When

71 Kerttula 2010, pp. 153–156, Mäenpää 2000, pp. 37–38.

72 PeVL 28/2001.

73 Jyränki 2000, p. 256, HE 1/1998.

carrying out service duties, soldiers serving in a military crisis management operation have the right to use the necessary force for carrying out the duties.” The governmental proposal that led to the passing of this Act lists typical situations where force would be used in this meaning: “removing a person from a prohibited area, preventing activities that endanger the zone of operations and apprehending the culprits [as well as] crowd control by using equipment designed for it[.]”⁷⁴ One way to interpret this would be to conclude that these duties include significant exercise of public powers, and thus could not be delegated outside the state machinery. Furthermore, the Finnish report from 2009 states that “[h]anding out tasks related to external security to private entities might fall within the scope of significant exercise of public powers and thus be unlawful.”⁷⁵ The question is not pursued further, probably because the drafter saw its importance as largely theoretical. Keravuori-Rusanen concurs by stating that “tasks related to the internal and external security of the state are particularly seen as belonging to officials of the state.”⁷⁶ In all probability, however, by “external security” both authors refer mainly to the core duties of the military and not to the provision of armed security to governmental officials or “gate-hosting.” It is, for example, fairly clear from the practice of the Constitutional Law Committee that the functions of the police and military cannot be privatised to any significant extent.⁷⁷

The full-extent of the activities of the security guards working for the Foreign Ministry is unknown and the duties of the gate-hosts; i.e. “inspection” and “reception,” are described on such a general level that it is somewhat futile to speculate on how exactly do these relate to above described tasks and competences, or even external security more generally. It is, however, difficult to imagine that the actual duties and day-to-day actions of armed security guards operating in Kabul would encroach less on the area of “public administrative tasks” than the actions and duties of private security guards safeguarding the shopping malls of, say, Helsinki.

⁷⁴ HE 5/2006, p. 53.

⁷⁵ Creutz 2009, p. 9.

⁷⁶ Keravuori-Rusanen 2008, p. 225.

⁷⁷ Kerttula 2010, p.157–202.

Perhaps we should pause here for a moment and consider some of the possible weaknesses of the argument advanced above. Several critical questions come to mind. Foremost among them; are providing armed security to governmental officials in conflict zones or “gate hosting” to crisis management troops really tasks belonging to the realm of public powers? Does any delegation of public powers actually occur? Is the Finnish state delegating powers that it somehow formerly possessed?

Here we must again return to the observation that the emergence of PMSCs does not really entail the reduction of state powers but rather their extension. In this context the interpretation of privatisation as a competition between public and private actors over some pre-determined finite amount of powers is mistaken. Rather in this situation contracting private actors enhances state powers, it allows public authorities to circumvent the principle of the rule of law and the usual procedures set out in legislation for deployment of force abroad. The preparatory works of the constitution contain at least an implicit acknowledgement of a possibility of a comparable situation occurring: “the proposed article [i.e. Article 124] would cover both the delegation of tasks currently belonging to public authorities and the transferring of new tasks seen as belonging to administration to others than public authorities.”⁷⁸

A further consideration must be taken into account as well, which is that the Finnish officials, and the PMCS employees that are under contract by them, are operating outside the Finnish jurisdiction in countries where their practices might be completely legal from the viewpoint of the local legal system.⁷⁹ Moreover, it is clear that the Finnish state cannot create or give competences to private actors within the jurisdiction of another sovereign in the same sense that it can do so within its own jurisdiction in regards of *e.g.* private security guards. This naturally limits the relevance of Article 124. Here we arrive at the somewhat complicated question of; what exactly is the role of the Constitution in the conduct of foreign affairs? Outside the

⁷⁸ HE 1/1998.

⁷⁹ Although even this might be open for debate – at least to some extent – in the case of Afghanistan. For regulation of PMSCs in Afghanistan see: UN Human Rights Council 2010.

Finnish jurisdiction, what obligations does Article 124 pose to the Finnish government and its officials?

One way to counter the line of reasoning advanced above is to argue that whether or not any delegation of competences occur, it is quite clear that the duties of the PMSC employees under contract by the Finnish state include tasks that would fall within the general definition of “public administrative tasks” within Finland. Even if the Finnish state cannot delegate PMSC employees the competence to carry out these tasks outside Finland *de jure*, they are nevertheless *de facto* carrying them out on behest of the Finnish state. Furthermore, here the section of Article 124 that lays out the conditions that have to be met before delegation of public powers “by an Act” is possible should also be taken into consideration: “...if basic rights and liberties, legal remedies and other requirements of good governance are not endangered[.]” To this end the preparatory works of the Constitution state that: “the Article [124] emphasises the significance of the proper training and expertise of the persons taking care of public administrative tasks, as well that the public supervision of these persons must be organised appropriately.”⁸⁰ Here we must ask whether, for example, the Afghan government has the ability to regulate PMSCs operating in Afghanistan or “supervise” them appropriately, and whether the possible absence of regulation and supervision endangers the “basic rights and liberties” of Afghans that could fall victim to the transgression of these PMSCs, and if such transgressions do occur, do these Afghans have “legal remedies and other requirements of good governance” that they can resort to. It is clear that to be able to answer “yes” to all of these questions one would have to set the standards of evaluation extremely low.

With the limited information currently available concerning the exact practices of the Finnish state in relation to PMSCs, any further examination risks becoming mere speculation. What little is known, however, would seem to indicate that there is a real possibility of a conflict between the current practice and Article 124 of the Constitution. It seems unlikely that the tasks currently trusted to PMSCs are ones that involve “significant exercise of public powers” and consequently should not be outsourced at all, but

80 HE 1/1998.

this still leaves the legal basis for the delegation missing. Here the biggest question concerns the applicability and relevance of Article 124 outside the Finnish jurisdiction. If Article 124 is interpreted narrowly, then it could be said that no delegation of powers occurs as the Finnish state cannot effectively delegate any powers to PMSCs operating outside its jurisdiction. A retort to this is that even without the formal delegation of any powers, the actual duties of PMSCs employees necessarily include activities that would be interpreted as “public administrative tasks” within Finland. Moreover, in the areas where PMSCs typically operate there is no local governmental authority that could regulate or remedy their actions effectively.

The obstacles here are similar to those encountered during the discussion on international law and once again concern the relative novelty of the PMSC and its *sui generis* nature as a regulatory subject; when Article 124 of the Finnish Constitution was drafted the emergence of this phenomenon could hardly have been anticipated. It is, however, quite clear that constraints set on outsourcing of governmental functions by the Finnish Constitution are more far-reaching than those arising from international law. Moreover, amending the Finnish national legal system to respond to changed circumstances would also be considerably less laborious than trying to bring about a corresponding change in international law.

5 Conclusion

I began this paper by presenting a rough theoretical framework in which I combined the ideas of few seminal thinkers that have had a profound effect on our understanding on the relationship between states and violence. It was argued that these ideas have guided the development of both international law as well as national laws regulating the use of force, and that PMSCs have become a problematic regulatory subject for both regulatory regimes because they do not conform to these conventional understandings. This situation has been exploited by state actors and allowed them to loosen the traditional chains of accountability and state responsibility. I have also briefly examined the reasons behind the rapid ascent of PMSCs in the post-Cold War era and how international law regulates state practice in relation them. Most PMSC employees are not mercenaries, that much is clear, at least from the

viewpoint of international law. It is also – in the light of limited information available – rather evident that current practice of the Finnish state regarding PMSCs is consistent with its obligations under international law. I then moved the examination to the Finnish domestic legal system. Here the first thing to note is that the Finnish state is entering into contracts with PMSCs as a result of a process which seemingly lacks any parliamentary oversight, has zero transparency and evidently no basis in law. This is in stark contrast with situations where conventional armed forces are used. It was also argued that there is a real possibility that the current practice is in conflict with Article 124 of the Constitution, which specifically restricts and regulates the delegation of governmental functions to private actors.

After forcing the reader to endure pages of somewhat abstract and stale legal analysis, I would like to end by considering the real world implications of the current situation and present short proposal on how the Finnish state might go about solving this conundrum. The most notorious and well-reported incident involving misconduct by a PMSC is often used to highlight the significance of this issue. This incident took place on 16 September 2007 when private security guards working for Blackwater Worldwide shot dead 17 civilians at Nisoor Square in downtown Baghdad. When this occurred, the Blackwater guards were not performing “combat operations” or tasks relating to “external security”, but on contract by the U.S. State Department and their duty was to escort and protect an official of the U.S. Agency of International Development.⁸¹

In this context, the lesson of this often repeated story is that in areas where PMSCs operate the line from providing security to engaging in combat is easily crossed, and whether PMSCs are under contract by the military, which in many cases would mean that their tasks are related to “external security”, or some other governmental department is at times irrelevant in terms of determining their role in the actual conflict. The literature on PMSCs is littered with remarks such as Gomez del Prado’s that “[t]hese ‘private security guards’ cannot be considered civilians since they are heavily armed and ready to take part in direct hostilities.”⁸² Or as Ortiz puts it “[...] the

81 See for example: Abrisketa 2007.

82 Del Prado 2010, p. 36.

use of the PSCs [Private Security Guards] label has fostered the idea in segments of the public that private military personnel are something akin to globe-trotting shopping centre guards, which is misleading.”⁸³ When armed men, most of whom have military backgrounds, are sent to conflict zones to provide protection and security, events like the Nisoor Square Massacre are bound to repeat themselves.

This being said, there is a reason why PMSCs have become omnipresent in conflict zones where Western governments, organisations and companies have chosen to establish a presence. For example, in Afghanistan “[t]he majority of...national institutions, foreign forces, multinational companies, and governmental and non-governmental organizations...told the Working Group⁸⁴ that they would not be able to operate throughout Afghanistan without the assistance of PMSCs.”⁸⁵ Nor is this a situation that only holds in Afghanistan, but rather it seems that the international community cannot establish a presence in zones of contemporary conflict anywhere in the globe without relying heavily on the services provided by PMSCs.

It would equally unthinkable that the officials of the Finnish Ministry of Foreign Affairs would be able carry out their duties in any meaningful way in places like Kabul without armed protection. The current practice is clearly necessitated by circumstances, not an intentional plot to circumvent the Finnish legal system. I take it as a given that state officials should be in a position where following the law is made possible for them and where they can do their job as securely as possible. If we are to play the blame game, and if a constitutional conflict resulting from the current practice does exist, then I am firmly of the opinion that reasons for it are rooted in the political leadership and its failure to anticipate problems caused by certain policy choices. If elected representatives deem it wise to involve Finland in contemporary con-

83 Ortiz 2009, p. 4.

84 That is “the UN Human Rights Council Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the of peoples to self-determination.”

85 UN Human Rights Council 2010, p. 17.

flicts, they must make sure that the Finnish legal system is ready to cope with the new legal issues that will inevitably follow from new responsibilities.⁸⁶

For anyone looking for them, *de lege ferenda* recommendations also follow easily. They are to a large extent informed by the non-binding “good practices” for contracting states included in the latter part of Montreaux Document, which Finland has already given its support to.⁸⁷ An Act specifying a suitable process for contracting PMCS services by the state should be passed. It should specify which duties and functions could be given to PMSCs and set out standards for evaluating and comparing different PMCSs offering their services, as well as minimum conditions that a company must fulfil in order to be eligible for a contract. It should establish some form of oversight role for the Parliament, possibly conducted through the Foreign Affairs Committee, and such a degree of transparency for the whole process that is allowed by the evident need to keep some of the information concerning these contracts secret. Finally, it should specify the responsibility of the Finnish state vis-à-vis the possible victims of misconduct of a PMSC that is under contract by the Finnish state and carrying duties related to that contract. Passing an Act of this kind would naturally also remove the possible conflict of the current practice with Article 124 of the Constitution and allow the Constitutional Law Committee to fulfil its role in safeguarding the Finnish Constitution.

The same naturally goes for other countries as well. There is caveat however, as stated above: Article 124 of the Constitution seems to a Finnish speciality and thus whatever limited findings and arguments were presented here in reference to that Article have little or no applicability outside the Finnish context. What matters here for the world outside Finland, however, is the approach and not so much the substantive findings: more resources should be devoted to examining state practice of contracting PMSCs services from the perspective of national legal systems.

⁸⁶ Addressing problems of a similar kind is naturally not unheard of; in Germany for example the Federal Constitutional Court famously investigated the constitutionality of deploying German troops outside German borders before this was done for the first time after the Second World War in during the Yugoslavian dissolution wars (For this see: Wiengant 1995).

⁸⁷ Montreaux Document, Part Two paras 1–23.

Bibliography

Legislative materials and cases

HE 1/1998 vp, *Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi*

HE 5/2006 vp, *Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi sotilaallisesta kriisinhallinnasta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi*

PeVL 28/2001 vp, *Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista*

Kuopion HAO 13/0047/3

Literature

Abrisketa, Joanna (2007) 'Blackwater: mercenaries and international law,' *FRIDE Comment*, October 2007

Arendt, Hannah 1970. *On Violence* (London, Allen Lane)

Aro, Miia & Petman, Jarna 1999. *Voimankäytön oikeuttaminen ja sotilaallisten järjestelmien muutokset Euroopassa ja Suomessa* (Helsinki, Forum Iuris)

Aron, Raymond 1983. *Clausewitz – Philosopher of War* (New York, Simon & Schuster)

Avant, Deborah 2005. *Market for Force: The Consequences of Privatizing Security* (Cambridge, CUP)

Bos, Maarten 1984. *A Methodology of International Law* (Amsterdam, Elsevier B.V.)

Cameron, Lindsey & Chetail, Vincent 2013. *Privatizing War – Private Military and Security Companies under Public International Law* (Cambridge, CUP)

Chapman, Katherine (2010) 'The Untouchables: Private Military Contractors' Criminal Accountability under the UCMJ,' in: *Vanderbilt Law Review*, Vol. 63, No. 4, 2010, pp. 1047–1080

Chesterman, Simon & Lehnardt, Chia eds. (2007) *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military* (Oxford, OUP)

von Clausewitz, Carl [1893] 1989. *On War* (New Jersey, PUP)

Cockayne, James (2009) 'Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document,' in: *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13, Issue 3, 2008, pp. 401–428.

Creutz, Katja (2009) 'Pri-War Report – Finland - Private Military and Security Services in the Regulatory Context of Finland,' *Pri-War National Report Series 08/09*, available at: http://psm.du.edu/media/documents/reports_and_stats/think_tanks/privwar_national-report_creutz.pdf (accessed 28.5.2013)

van Creweld, Martin 1991. *The Transformation of War* (New York, Free Press)

De Lupis, Ingrid Detter 1987. *The Law of War* (Cambridge, CUP)

Dixon, Martin 2007. *Textbook on International Law* (Oxford, OUP)

Doyle, Michael (1983) 'Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs,' in: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 12, No. 3, Summer 1983, pp. 205-235

Gomez del Prado, Jose 2010. *Mercenaries, Private Military and Security Companies and International Law*, available at: www.law.wisc.edu/gls/documents/gomez_del_prado_paper.doc (accessed 28.5.2013) 2006

Gomez del Prado, Jose 2013. *The Privatization of War: Mercenaries, Private Military and Security Companies*, available at: <http://www.globalresearch.ca/the-privatization-of-war-mercenaries-private-military-and-security-companies-pmsc/21826> (accessed 31.5.2013)

Fallah, Katherine (2006) 'Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflict,' in: *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 863, September 2006, pp. 599-611

Halchin, L. Elaine, Manuel, Kate M., Reese, Shawn & Schwartz Moshe (2010) 'Inherently Governmental Functions and Other Work Reserved for Performance by Federal Government Employees: The Obama Administration's Proposed Policy Letter,' *Congressional Research Service*, 7-5700, R41209

Hoppe, Carsten (2008) 'Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies,' in: *The European Journal of International Law*, Vol. 19, no. 5, 2008, pp. 989-1014

Huhta, Kari (2011) 'Suomen suojelluin mies,' in: *Helsingin Sanomat Kuukausiliite*, 3 December 2011, pp. 56-63

Jyränki, Antero 2000. *Uusi Perustuslakimme* (Turku, Iura Nova)

Kaldor, Mary 1999. *New and Old Wars: organized violence in a global era* (Cambridge, Polity)

Kant, Immanuel [1795] (1977) 'Perpetual Peace: A Philosophical Sketch,' in: Reiss, Hans ed. 1977. *Kant's Political Writings* (Cambridge, CUP), pp. 100-131

Keravuori-Rusanen, Marietta 2008. *Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä – Valti-osääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle* (Helsinki, Edita)

Kerttula, Timo 2010. *Vartijat ja järjestyksenvalvojat julkisen vallan käyttäjinä* (Helsinki, Forum Iuris)

Kontos, Alexis (2004) "'Private" security guards: Privatized force and State responsibility under international human rights law,' in: *Non-State Actors and International Law*, No. 4, 2004, pp. 199-238

Krahmann, Elle 2010. *States, Citizens and Privatization of Security* (Cambridge, CUP)

Lehnardt, Chia (2007) 'Private Military Companies and State Responsibility,' *IILJ Working Paper 2007/2*

Mancini, Maria 2010. 'Private Military and Security Company Employees: Are They the Mercenaries of the Twenty-First Century,' *EUI Working Paper AEL 2010/5*

- Merle, Renea (2006) 'Census Counts 100,000 Contractors in Iraq,' in: *Washington Post*, 5 December 2006, available at: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/12/04/AR2006120401311.html> (accessed 25.5.2013)
- Messner J.J and Gracielli, Ylana 2007. *State of the Peace and Stability Operations Industry Survey 2007* (Washington, Peace Operations Institute), available at: http://peaceops.org/poi/images/stories/poi_rp_industrysurvey2007.pdf (accessed 9.9.2013)
- Michaels, Jon D. (2004) 'Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War,' *Washington University Law Review*, Vol. 82, Is. 3, 2004, pp. 1001–1127
- Michaels, John D. (2004) 'Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War,' in: *Washington University Law Review*, Vol. 82, Is. 2, 2004, pp. 1001–1127
- Mäenpää, Olli 2000. *Hallinto-oikeus* (Porvoo, WSLT)
- Milliard, Todd 2003. *Over-Coming Post-Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies* (The Judge Advocate General's School, United States Army)
- Mushkat, Roda (1987) 'Who May Wage War? An Examination of an Old/ New Question,' in: *American University International Law Review*, Vol. 2, Is. 1, 1987, pp. 97–151
- Nielsen, Suzanne C. (2001) *Political Control Over the Use of Force: A Clausewitzian Perspective* (SSI Monograph), available at: <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdffiles/pub349.pdf> (accessed 24.10.2013)
- Ortiz, Carlos (2009) 'Private Military and Security Companies: Misconceptions, Re-Conceptualisations and Regulation,' *CGPE Working Papers No. 6*, October 2009
- Quirico, Ottavio (2009) 'National Regulatory Models for PMSCs and Implications for Future International Regulation,' *EUI Working Paper MWP 2009/25*
- Scheimer, Michael (2009) 'Separating Private Military Companies From Illegal Mercenaries in International Law: Proposing an International Convention for Legitimate Military and Security Support the Reflects Customary International Law,' in: *American University International Law Review*, Vol. 23, Is. 3, 2009, pp. 609–646
- Shaw, Martin 2005. *The New Western Way of War: Risk-Transfer War and its Crisis in Iraq* (Cambridge, Polity)
- Shearer, David (1998) 'Outsourcing war,' in: *Foreign Policy*, No. 112, Autumn 1998, pp. 68–81
- Singer, P.W (2001) 'Corporate Warriors - The Rise of the Privatized Military Industry and Its Ramifications for International Security,' in: *International Security*, Vol. 26, No. 3 (Winter 2001/02), pp. 186–220
- Singer, P.W. 2003. *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry* (New York, Cornell University Press)
- Spear, Joanna 2006. 'Market Forces: The Political Economy of Private Military Companies,' *Fafo-Report 531* (Fafo), available at: www.fafo.no/pub/rapp/531/531.pdf (accessed 28.5.2013)

The Foreign and Commonwealth Office 2002. *Private Military Companies: Options for Regulation* (London, The Foreign and Commonwealth Office), available at: <http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2002/mercenaries.pdf> (accessed 28.5.2013)

Tuori, Kaarlo 2000. *Kriittinen oikeuspositivismi* (Helsinki, WSLT)

UN Human Rights Council 2010. *Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination – Mission to Afghanistan*, available at: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/15/25/Add.2&Lang=E> (accessed 31.5.2013)

Weber, Max (2005) [1919] 'The Profession and Vocation of Politics,' in: Lassman, Peter & Speirs, Ronald eds. 2005. *Weber – Political Writings* (Cambridge, CUP), pp. 309–369

Wiegandt, Manfred (1995) 'Germany's International Integration: The Rulings of the German Federal Constitutional Court on the Maastricht Treaty and the Out-of-Area Deployment of German Troops,' in: *American University International Law Review*, Vol. 10, Is. 2, 1995, pp. 609–646

The Right to Abortion in Ireland

Winner of the ELSA Finland Essay Competition on Medical and Bio Law

Keywords: The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, The European Court of Human Rights, human rights, sexual and reproductive rights, medical law, the legal status of women, abortion, ethics

Saara Miettinen¹

English Abstract

Abortion in Ireland is prohibited unless the woman's life is at risk. The issue has generated controversy, because the Irish abortion legislation remains among the most restrictive in Europe. In 2010, the European Court of Human Rights (ECtHR) ruled that Ireland had failed to regulate access to abortion, after which the country started a slow process towards passing new abortion legislation. As a result, the Protection of Life During Pregnancy Act was enacted in July 2013. The purpose of the Act is to clarify legal requirements that allow termination of pregnancy.

The aim of this article is to outline the changes that have affected the abortion legislation. In this respect, the effect of EctHR rulings and the European Convention on Human Rights (ECHR) are central to understanding the recent developments. The main finding is that despite pressure for reform, the new legislation allows terminations only in limited circumstances, thus improving the rights of very few women. In addition, the implementation remains ineffective, because the free movement of persons provides an option for the Irish women to travel within the European Union, the closest 'abortion tourism' destination being Great Britain.

1 Saara Miettinen is a master's student at the University of Helsinki, Faculty of Law, and writing her master's thesis on abortion rights in the European Union. Her essay The Right to Abortion in Ireland won the ELSA essay competition on health tourism in 2013. The competition was arranged in cooperation with the discipline of medical and bio law and with Helsinki Law Review.

Full Essay in Finnish

Oikeus aborttiin Irlannissa

ELSA Finlandin bio- ja lääkintäoikeudellisen esseekilpailun voittaja

Asiasanat: Euroopan ihmisoikeussopimus, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, ihmisoikeudet, seksuaali- ja lisääntymisoikeudet, lääkintäoikeus, naisen oikeusasema, abortti, etiikka

1 Johdanto

Raskaudenkeskeytys on Irlannissa sallittu vain naisen hengen ollessa vaarassa. Maan aborttilainsäädäntö on yksi Euroopan tiukimmista ja kiistanalaisimmista, ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on käsitellyt useita sitä koskevia valituksia.

Tässä artikkelissa käsittelemme Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) tuomioiden vaikutusta Irlannin raskaudenkeskeyttämistä koskevan lainsäädännön kehitykseen. Tuorein tällainen lainsäädäntöhanke on kesällä 2013 voimaan tullut uusi laki raskauden keskeyttämisestä eli *Protection of Life During the Pregnancy Act* -laki² joka säätää raskaudenkeskeytykset sallivista erikoistilanteista.

Uusi laki selkeyttää aiempaa normistoa, jonka vaikeatulkintaisuus on johtanut raskauskomplikaatiosta kärsineiden naisten kuolemiin. Lainsäädännön muutosta vauhditti kuolemantapaus syksyllä 2012. Tuolloin 31-vuotias Irlannissa oleskellut intialaisnainen menehtyi, koska lääkärit eivät keskeyttäneet hänen terveytensä vaarantanutta raskautta. Lääkärit kieltäytyivät abortista vedoten lainsäädännön epäselvyyteen ja mahdollisiin laittoman abortin sanktioihin.

Lainsäädännön muutosprosessin kartoittamisen ohessa artikkeli sivuaa myös käytännön toteutuksen teemoja. Voidaan kysyä, kuinka tehokkaita lainsäädännön jäljelle jääneet rajoitukset ovat, jos kansalaisilla on mahdollisuus matkustaa toiseen jäsenvaltioon saamaan hoitoa. Abortin saamisen hankaluus Irlannissa on johtanut aborttiturismiksi kutsuttuun ilmiöön,

² Protection of Life During Pregnancy Act 2013 number 35 of 2013.

mikä tarkoittaa sitä, että irlantilaiset matkustavat ulkomaille suorittamaan abortin. Erityisen tavallista on valita kohdemaaksi Iso-Britannia.

2 Irlannin aborttilainsäädännön kehitys

2.1 Lainsäädännön tausta

Irlanti on yksi Euroopan uskonnollisimmista valtioista ja katolisella kirkolla on historiallisista syistä yhteiskunnassa erittäin vahva rooli. Irlannin itsenäistymisyritykset Iso-Britanniasta vain vahvistivat kirkon asemaa. Kun itsenäisyys vihdoinkin saavutettiin, kirjoitettiin Irlannin perustuslaki katolisen kirkon oppien mukaan. Tällä on vaikutuksensa vielä nykypäivänä, ja se näkyy aborttilainsäädännössä.

Irlannin tiukalla aborttisäätelyllä on pitkä historia: Irlannin lainsäädäntöön on sisältynyt rangaistus abortin teosta vuodesta 1861 saakka. Irlannin rikoslaki, *Offences Against Person Act*, sääti abortin tekemisestä ankarat rangaistukset. Nyt kohtien 58 ja 59 kriminalisoinnit on osin kumottu ja osin sisällytetty muokattuina lakiin hengen suojelemisesta raskauden aikana.³

Irlannin ja Englannin lainsäädännöt olivat toisiaan vastaavat vuoteen 1967 saakka. Tuolloin Englannissa säädettiin laki raskaudenkeskeytyksistä, joka mahdollisti abortin tietyin ehdoin, kuten naisen hengen ollessa vaarassa tai jos sikiöllä todetaan vakava epämuodostuma.

Muun Euroopan myönteisemmäksi muuttunut suhtautuminen aborttiin aiheutti Irlannissa pelkoa. Ensinnäkin irlantilaisilla olisi nyt mahdollisuus matkustaa maan rajojen ulkopuolelle raskaudenkeskeytykseen. Toiseksi aborttiturismi voisi johtaa siihen, että aborttirajoitukset eivät tosiasiassa toimisi vaan muuttuisivat symboliseksi. Tämä loisi paineita maan aborttilainsäädännön uudistamiseen.⁴

Irlannin parlamentti kiristi säätelyä. Vuonna 1979 parlamentti sääti perheensuunnittelulain⁵, joka kielsi julkaisemasta kirjoja tai lehtiä, jotka roh-

3 Protection of Life During Pregnancy Act 2013 number 35 of 2013.

4 Cole 1993, s. 115–117.

5 Health (family planning) Act, Number 20 of 1979.

kaisevat abortin tekoon.⁶ Myös perustuslakia muutettiin. Sikiön oikeus elämään turvattiin perustuslain tasolla vuonna 1983.⁷

Ennen vuoden 1983 lisäystä perustuslain 40.3 oli seuraavassa muodossa:

1. Valtio kunnioittaa ja suojelee kansalaisten henkilökohtaisia oikeuksia.
2. Valtio suojelee parhaansa mukaan epäoikeudenmukaisilta hyökkäyksiltä jokaisen kansalaisen elämää, kunniaa ja henkilökohtaista omaisuutta.

Jo ennen vuoden 1983 lisäystä perustuslain tulkittiin kieltävän abortin. 1980-luvun alussa Irlannissa alkoi esiintyä pelkoa, että laintulkinnan avulla abortti voitaisiin katsoa sallituksi. Niinpä perustuslakiin säädettiin kohta 40.3.3:

3. Valtio tunnustaa sekä syntymättömän lapsen että äidin oikeuden elämään taaten laeissaan niin pitkälle kuin mahdollista tuon oikeuden suojelemisen.

2.2 The Attorney General v. X and Others

Tärkeä tapaus perustuslain 40.3.3 tulkinnan kannalta on Irlannin korkeimman oikeuden ratkaisu *The Attorney General v. X and Others* -tapauksessa vuonna 1992. 14-vuotias tyttö oli tullut raskaaksi raiskauksen seurauksena. Tyttö uhkasi tehdä itsemurhan, jos hän joutuisi synnyttämään lapsen. Hänen vanhempansa aikoivat viedä tytön Englantiin raskaudenkeskeytykseen. Irlannin viranomaiset yrittivät estää tyttöä matkustamasta Englantiin, ja tapaus eteni korkeimpaan oikeuteen. Korkein oikeus puolsi ratkaisussaan naisen oikeutta aborttiin, jos tämän henki on vaarassa.⁸

X-tapauksen jälkeen perustuslakia täydennettiin. Säädettiin lisäys, ettei momentti rajoita henkilöiden oikeutta matkustaa. Tämä tarkoitti, että nainen sai matkustaa ulkomaille tehdäkseen abortin. Toinen lisäys oli, että momentti ei rajoita vapautta saada ja tarjota valtiossa informaatiota muissa maissa olevista palveluista, jotka ovat kyseisessä maassa laillisia. Tämä teki lailliseksi luvan tarjota tietoa koskien abortin tekemistä ulkomailla. Epäselvyyttä aiheutti se, että oikeuskäytännössä abortti oli tietyissä tilanteissa sallittu, mutta se oli edelleen kriminalisoitu Irlannin rikoslaisissa.

⁶ Cole 1993, s. 115–117.

⁷ Cole 1993, s. 115–117.

⁸ Irlannin korkein oikeus *The Attorney General v. X and the Others*.

3 Euroopan ihmisoikeussopimus ja abortti

3.1 Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnasta

Euroopan ihmisoikeussopimus tuli voimaan 1953, ja sopimuksen noudattamista valvoo Euroopan ihmisoikeustuomioistuin. Tuomioistuin käsittelee sekä valtiovalituksia että kansalaisen tai kansalaisjärjestöjen tekemiä yksilövalituksia.

EIS:n määräykset ovat monin osin yleisluontoisia. Ihmisoikeussopimusten erityisluonne erityisesti yksilöille oikeuksia luovana instrumenttina vaikuttaa tulkintaan.⁹ Tulkinnassa on otettava huomioon sopimuksen tarkoitus ja päämäärä.¹⁰ *Autonomisen tulkinnan periaatteen* mukaan sopimustekstissä käytetyillä käsitteillä on itsenäinen merkityksensä, joka ei välttämättä ole yhteneväinen käsitteen kansallisten vastineiden kanssa. Autonominen tulkinta korostaa EIS:n ilmentävän sopimusvaltioiden yhteiseen perintöön kuuluvien perusoikeuksien ja -vapauksien edistämistä.

Yhteinen perintö koostuu demokraattisen yhteiskunnan arvoista. Nämä arvot kuitenkin muuttuvat ja näin ollen myös EIS:n tulee muuttua pysyäkseen ajankohtaisena.¹¹ Tästä muutoksesta seuraa sopimukselle tunnusomainen evolutiivisuus.¹² Evolutiivinen piirre on tuomioistuimen tulkintakäytännössä huomattavasti tärkeämpi kuin pitäytyminen sopijapuolten alkuperäisessä tarkoituksessa. Tuomioistuin soveltaa usein oikeusvertailevaa lähestymistapaa selvittääkseen ovatko yhteiskunnallinen ilmapiiri ja demokraattiset arvot muuttuneet.

3.2. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 2 artikla: oikeus elämään

Raskauden keskeytyksen yksi keskeisimmistä kysymyksistä on sikiön oikeudellinen asema ja mahdollinen oikeus elämään. Oikeudesta elämään säädetään Euroopan ihmisoikeussopimuksen 2 artiklassa. Euroopan ihmisoikeus-

9 Ibid., s. 210.

10 Kts. esim. Soering 1989.

11 Pellonpää 2005, s. 212–213.

12 Kts. esim. Tyrer 1978.

tuomioistuimien on luonnehtinut tämän artiklan olevan eräs kaikkein perustavimmanlaatuista sopimusmääräyksistä.¹³ 2 artiklassa säädetään seuraavasti:

1. Jokaisen oikeus elämään on suojattava laissa. Keneltäkään ei saa riistää hänen elämänsä tahallisesti paitsi tuomioistuimen päätöksen täytäntöön panemiseksi silloin, kun hänet on tuomittu rikoksesta, josta laissa määrätään tällainen rangaistus.
2. Elämän riistämistä ei voida katsoa tämän artiklan vastaiseksi teoksi silloin, kun se seuraa voimaankäytöstä, joka on ehdottoman välttämätöntä:
 - a) kenen hyvänsä puolustamiseksi laittomalta väkivallalta;
 - b) laillisen pidätyksen suorittamiseksi tai laillisen vapaudenriiston kohteeksi joutuneen henkilön paon estämiseksi;
 - c) mellakan tai kapinan kukistamiseksi laillisin toimin.

2 artikla luo valtiolle sekä positiivisia että negatiivisia velvollisuuksia. Valtioiden täytyy ryhtyä tarvittaviin toimenpiteisiin turvatakseen sen oikeudenkäyttöpiiriin kuuluvien henkilöiden elämän turvaamiseksi¹⁴. Tämä tarkoittaa, että valtiolla on velvollisuus turvata oikeus elämään järjestämällä riittävät oikeudelliset ja hallinnolliset takeet¹⁵, käytännöllisellä ja tehokkaalla tavalla¹⁶. 2 artikla edellyttää sairaaloilta potilaidensa hengen ja terveyden suojelemista.¹⁷ 2 artikla edellyttää myös tehokasta tuomioistuinjärjestelmää terveydenhuollon piirissä sattuneiden, potilaiden kuolemaan johtaneiden tapausten selvittämiseksi.¹⁸

3.3 Abortti tulkintakäytännössä

EIS 2 artiklan suojaaman elämän alku- ja loppuajankohtaa ei ole määritetty yksiselitteisesti lainsäädännössä eikä oikeuskäytännössä. Tuomioistuimen käsiteltävänä on ollut paljon aborttilainsäädäntöön liittyviä valituksia, joissa mahdollisuus määritellä käsitettä olisi ollut, mutta tuomioistuin on jättänyt tämän mahdollisuuden käyttämättä.¹⁹

13 Kts. esim. *Pretty v. Iso-Britannia*.

14 “appropriate steps to safeguard the lives of the people within their jurisdiction.” *LCB v. Iso-Britannia* 1998.

15 D.J. Harris ym., s. 37–38.

16 “practical and effective way” *McCann v. Iso-Britannia* 1995.

17 “hospitals whether private or public, to adopt measures for the protection of patients’ lives.” *Calvelli ja Ciglio v. Italia* 2002.

18 *Ibid.*

19 Kts. esim. *A, B ja C v. Irlanti* 2010.

X v. Iso-Britannia tapauksessa EIT arvioi, että termiä ”jokainen” ei voida soveltaa sikiöihin ennen syntymää. Se totesi kuitenkin, ettei sen soveltumista erittäin harvoissa tapauksissa voida sulkea pois.²⁰

Vo v. Ranska -tapauksessa²¹ Euroopan ihmisoikeustuomioistuin totesi, että sopimus ei määritä ketkä kuuluvat 2 artiklan soveltamispiiriin. Perusteluissa EIT totesi, että ei ole tavoiteltua ja jopa mahdotonta vastata abstraktiin kysymykseen, onko syntymätön lapsi henkilö 2 artiklan tarkoittamassa mielessä.

Ei ole olemassa eurooppalaista konsensusta siitä, mistä elämä alkaa. Myöskään biolääketiedesopimus ei määrittele termiä ”jokainen”. Tuomioistuimen mukaan jäsenvaltioilla tulee olla suuri harkintamarginaali asiassa. On parempi säätää sopimuksen tarkemmasta soveltumisesta kansallisella tasolla.

Tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ja jäsenmaiden aborttilainsäädännöstä voi vetää päätelmän, että syntymätöntä lasta ei voi pitää henkilönä, jota 2 artikla välittömästi suojaisi. Jos syntymättömällä lapsella on oikeus elämään, on tämä oikeus alistettu äidin oikeuksille. Ei ole kuitenkaan täysin poissuljettua, että tietyissä tilanteissa suoja voisi ulottua koskemaan myös syntymätöntä lasta. Myös kysymys sopimuksen puitteissa sallitun abortin rajoista on auki.

4 Euroopan ihmisoikeussopimus ja Irlanti

4.1 Open Door ja Dublin Well Woman v. Irlanti – aborttilainsäädäntö ja sananvapaus

Open Door ja Dublin Well Woman v. Irlanti -tapauksessa²² Euroopan ihmisoikeustuomioistuin otti kantaa Irlannin aborttilainsäädännön ja sananvapauden suhteeseen. Perusteluissaan se arvioi myös maan aborttilainsäädännön oikeellisuutta.

20 EIT *X. v. Iso-Britannia* 8416/79.

21 EIT *Vo v. Ranska* 53924/00 8.6.2004.

22 EIT *Open Door ja Dublin Well Woman v. Irlanti* 29.10.1992.

Tapauksessa oli kyse raskaudenkeskeytyksiä koskevan tiedottamisen rajoituksesta. Tapauksessa irlantilainen tuomioistuin oli kieltänyt valittajajyhteisöjä jakamasta raskaana oleville naisille tietoja mahdollisuudesta saada abortti ulkomailla. Tämän kannan vahvisti myös Irlannin korkein oikeus.

EIT totesi ratkaisussaan, että Irlanti oli loukannut EIS:n sananvapautta koskevaa artiklaa 10. On sananvapauden vastaista kieltää jakamasta materiaalia, joka koskee abortin saamista ulkomailla.

Sen sijaan perusteluissaan EIT totesi, että Irlannin lainsäädännön syntymätömälle lapselle turvaamat oikeudet perustuvat moraalisiin arvoihin, joista irlantilaiset ovat kansanäänestyksellä päättäneet. EIT:n mukaan moraalien suojaaminen on hyväksyttävä tarkoituksella sananvapauden rajoittamiseksi. EIT totesi, että erityisesti vakaumuksellisissa asioissa kansallisilla viranomaisilla on laaja harkintavalta.

EIT huomautti kuitenkin, ettei harkintavalta ole rajaton: vaikka valtio voi itse päättää perustuslaissa säädettyjen oikeuksien toteuttamisesta, toimien on oltava sopusoinnussa EIS:n asettamien velvoitteiden kanssa.²³

4.2 EIT: A, B ja C v. Irlanti – aborttilainsäädäntö ja terveyden sekä yksityis- ja perhe-elämän suoja

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käsittelemässä A, B ja C v. Irlanti -tapauksessa kolme irlantilaista naista valitti maan aborttilainsäädännön Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaisuudesta. Kantajien mukaan lainsäädäntö vaaransi heidän terveytensä sekä yksityiselämänsä suojan ja leimasi ja nöyryytti heitä. Yksi kantajista esitti aborttilainsäädännön vaarantaneen hänen oikeutensa elämään. Kaksi kantajista oli Irlannin kansalaisia ja yksi Liettuun kansalainen. Kaikki kolme matkustivat Iso-Britanniaan vuonna 2005 saadakseen abortin.²⁴

A ja B tarvitsivat raskaudenkeskeytystä sosiaalisista syistä, koska kumpikaan ei uskonut pystyvänsä huolehtimaan syntyvästä lapsesta. Molemmat suoritettiin operaation Iso-Britanniassa ja joutuivat komplikaatioiden vuoksi

²³ EIT Open Door ja Dublin Well Woman v. Irlanti 29.10.1992.

²⁴ EIT A, B ja C vastaan Irlanti 16.12.2010.

sairaalahoitoon Irlantiin palattuaan. C:n syy raskaudenkeskeytykseen oli epäily mahdollisesta sikiövauriosta. Syöpää sairastaneelle C:lle oli raskauden jo alettua tehty testejä, jotka saattoivat vahingoittaa sikiötä. C ei saanut hoitavilta lääkäreiltä asianmukaista tietoa sikiövaurion mahdollisuudesta, joten hän matkusti Iso-Britanniaan raskaudenkeskeytykseen. Myös C tarvitsi Irlannissa sairaalahoittoa operaation aiheuttamien komplikaatioiden takia.

A, B ja C valittivat Irlannin aborttilainsäädännön rikkovan EIS:n artikloita 2, 3, 8, 13 ja 14. Hakijoiden mukaan lainsäädäntö vaarantaa heidän oikeutensa elämään (2 artikla), on vaaraksi heidän terveydelleen (3 artikla) ja loukkaa oikeutta nauttia yksityis- ja perhe-elämän suojaa (8 artikla). Valtio ei myöskään ollut onnistunut takaamaan heille tehokkaita oikeussuojakeinoja (13 artikla). Kielto rikkoi heidän mukaansa myös syrjinnänvastaista kieltoa asettamalla heidät eriarvoiseen asemaan sukupuolensa ja taloudellisen asemansa takia (14 artikla).

Tuomioistuin hyväksyi 8, 13 ja 14 artikloihin perustuvat valitukset mutta hylkäsi 2 ja 3 artikloihin perustuneet valitukset. Perusteluissaan tuomioistuin käsitteli ensisijaisesti 8 artiklan loukkausta.

EIS 8 artiklassa säädetään oikeudesta nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. Säännös on muotoiltu näin:

Jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta.

Viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen paitsi silloin kun laki sen sallii ja se on demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, tai epäjärjestyksen ja rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalien suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.

Kyse on siis yksilön edun ja yleisen edun välisestä punninnasta. EIS 8 artikla suojaa ensisijaisesti yksilön vapautta suhteessa viranomaisten toimintaan. Useissa tapauksissa artiklan on myös tulkittu edellyttävän valtiolta paitsi pidättäytymistä tietyistä toimenpiteistä myös positiivisia toimenpiteitä. Artiklasta ei voida suoraan johtaa kantaa aborttiin. Vaikka yksityiselämän suo-

ja taataankin jokaiselle, sen ei ole katsottu sallivan aborttia naisille kaikissa tilanteissa. Myöskään abortin kieltoa ei sopimuksesta voi johtaa.²⁵

EIT arvioi, että A:n ja B:n kohdalla kyseessä oli puuttuminen hakijoiden yksityiselämän suojaan. Sen hyväksyttävyyttä tuli arvioida EIS 8(2) artiklan mukaan.

EIT totesi laillasäättämisaikojen toteutuneen ja viittasi tässä aiempaan Open Door -tapaukseen, jossa Irlannin perustuslain 40.3.3 oli todettu ihmisoikeussopimuksen mukaiseksi. Lainsäädäntö tältä osin selvää, sillä A ja B pystyivät hyvin päättämään, ettei abortti ollut mahdollinen terveys- ja hyvinvointisyyistä.

Toinen kysymys koski rajoituksen hyväksyttävää tarkoitusta. Tässäkin oikeus viittasi Open Door -tapaukseen. Tapauksessa EIT oli hyväksynyt Irlannin kansan enemmistön moraalisiin arvoihin perustuvan syntymättömän lapsen oikeuksien suojan olevan hyväksyttävä tarkoitusta. Hakijat vetosivat, että Irlannin kansan näkemys abortista olisi Open Door -tapauksen jälkeen muuttunut, mutta tuomioistuin piti kantansa.

Viimeinen kysymys koski sitä, oliko rajoitus välttämätön. EIT:n mukaan Irlannin hyvin suppea aborttioikeus mahtui valtion harkintamarginaaliin, koska se perustuu irlantilaisiin moraalikäsitteisiin syntymättömän oikeudesta elämään. Abortin rajoitus on myös oikeassa suhteessa kantajien ja syntymättömän oikeuksien välillä. EIS 8 artiklaa ei oltu rikottu A:n ja B:n kohdalla.

EIT keskittyi C:n kohdalla 8 artiklan valtion kohdistamiin positiivisiin velvoitteisiin. Se arvioi, onko valtiolla velvollisuus suojata kansalaisen EIS 8 artiklan turvaamia oikeuksia tarjoamalla tehokkaita ja saatavissa olevia keinoja lainmukaisen abortin toteuttamiseksi. EIT toteaa, että negatiivisten velvoitteiden kohdalla valtiolla on tietty harkintamarginaali. Valtio voi tämän harkintamarginaalinsa puitteissa päättää, mitkä ovat sallitun abortin rajat. Lain tulee kuitenkin olla muotoiltu johdonmukaisesti ja niin, että se on sopusoinnussa EIS:n velvoitteiden kanssa.

²⁵ Kts. esim. Pellonpää 2005.

EIT esitti huolensa Irlannissa käytössä olevan lääkärin ja potilaan välisen konsultaation tehokkuudesta aborttiasioissa. Lainsäädännössä abortin ehdot on esitetty liian yleisellä tasolla. Perustuslain 40.3.3 ja korkeimman oikeuden linjauksen mukaan abortti on sallittu, kun naisen elämä on tosiasiallisesti ja merkittävästi uhattuna. Lainsäädännöstä tai oikeuskäytännöstä ei kuitenkaan voi yksiselitteisesti arvioida, millä kriteerein riskiarvio tehdään. Myös rikoslain abortin kriminalisoivat pykälät lisäävät epätietoisuutta laillisen abortin ehdoista ja laskevat ns. *chilling effect* -vaikutuksen kautta sekä lääkärin että potilaiden halukkuutta suorittaa aborttia. Lailla ei ole myöskään säädetty tilanteista, joissa potilaan ja hoitavan lääkärin tai kahden lääkärin arviot potilaan terveydentilasta eriyvät.

EIT:n mielestä näiden puutteiden takia lakiin kirjatun ja tosiasiallisen aborttioikeuden välillä on ristiriita. EIT totesi, että viranomaiset ovat epäonnistuneet noudattamaan positiivisten veloitteidensa noudattamisessa ja C:n yksityiselämän suojaa on rikottu. EIS 8 artiklaa oli siis rikottu.²⁶

5 Protection of Life During Pregnancy Act 2013 -laki

Edellä on selostettu kuinka EIS jättää jäsenvaltioiden itsensä ratkaistavaksi laillisen abortin edellytykset. Jos jäsenvaltio sallii abortin, on sen määriteltävä laillisen abortin edellytykset. Edellä selostetussa ratkaisussa *A, B ja C v. Irlanti* EIT totesi Irlannin aborttilainsäädännön olevan EIS:n vastainen, koska se ei määrittele sallitun abortin rajoja. Tämä johti siihen, etteivät naiset voineet tosiasiallisesti käyttää lain heille suomaa oikeutta aborttiin. Tuomio velvoitti Irlannin muuttamaan lainsäädäntönsä EIS:n mukaiseksi. Irlannilta kesti lähes kolme vuotta korjata lainsäädännön aukko. Vuonna 2012 joulukuussa Irlannin hallitus aloitti lainsäädäntötoimet oikeustilan selkeyttämiseksi. Irlannin hallitus hyväksyi 30.4.2013 lakiehdotuksen hengen suojelemisesta raskauden aikana.²⁷

Painetta uudistukseen lisäsi syksyllä 2012 tapahtunut kuolemantapaus. 31-vuotias intialainen, Irlannissa asunut *Savita Halappanavar* menehtyi sairaalassa, kun häneltä evättiin oikeus aborttiin. *Halappanavar* hakeutui

²⁶ EIT A, B ja C vastaan Irlanti 16.12.2010.

²⁷ Protection of life during Pregnancy Bill 2013.

sairaalahoitoon 21. lokakuuta ja hänen todettiin kärsivän keskenmenosta. *Halappanavar* oli 17. viikolla raskaana. Lääkärit olivat varmoja, että sikiö kuolisi. *Halappanavar* pyysi aborttia, mutta tähän ei suostuttu, koska sikiön sydän sykki vielä. Hän menehtyi sairaalassa infektiin 28. lokakuuta.²⁸

Kesällä 2013 Irlannin parlamentti käsitteli lakiehdotusta ja se hyväksyttiin parlamentin ylä- että alahuoneessa. Irlannin presidentti *Michael D. Higgins* allekirjoitti lain 30.7.2013.²⁹

Laki erottelee kolme erilaista tilannetta, jolloin raskaus voidaan keskeyttää.³⁰ Naisen hengen vaarantavan fyysisen sairauden takia kaksi lääkäriä voivat päättää naisen tutkittuaan raskauden keskeytyksestä, kun on olemassa todellinen ja merkittävä riski, että nainen menettää henkensä ja raskauden keskeytys on ainoa mahdollisuus välttää riski. Toisen lääkäreistä tulee olla synnytyslääkäri ja toisen kyseisen alan erikoislääkäri. Tarvittaessa päätöksen tekevät lääkärit voivat konsultoida myös naista hoitavaa yleislääkäriä.³¹ Häätätapauksessa yksi lääkäri päättää raskaudenkeskeytyksestä ja suorittaa toimenpiteen.³² Naisen hengen ollessa vaarassa itsemurhan takia päätöksen tekevät synnytyslääkäri ja kaksi psykiatria, joista vähintään toisella on oltava kokemusta raskaana olevien naisten hoidosta raskauden aikana ja sen jälkeen. Tarvittaessa vähintään yhden lääkäreistä tulisi konsultoida naista hoitavaa yleislääkäriä.³³

Laissa on erikseen maininta siitä, ettei se rajoita matkustamista toiseen valtioon suorittamaan aborttia eikä rajoita tiedonsaantia muissa valtioissa lailisista aborttipalveluista.³⁴ Uudessa laissa on kriminalisoitu sikiön tuhoaminen, ja tästä on säädetty enintään 14 vuoden vankeusrangaistus.³⁵ Kyseinen kriminalisointi oli aiemmin sisällytetty lain *The Offences Against the Person Act 1861* kohtiin 58 ja 59, jotka uusi laki nyt kumoaa.

28 Asiasta uutisoi ensimmäisten joukossa Irish Times: <http://www.irishtimes.com/news/woman-denied-a-termination-dies-in-hospital-1.551412>, sivuilla vierailtu 7.5.2013.

29 Protection of Life During Pregnancy Act 2013.

30 Ibid. kohdat 7, 8 ja 9.

31 Ibid. kohta 7.

32 Ibid. kohta 8.

33 Ibid. kohta 9.

34 Ibid. Head 13 Travel and Information.

35 Kohta 22: It shall be an offence to intentionally destroy unborn human life.

Irlannin uusi aborttilaki on vaikeasti saavutettu kompromissi maassa vaikuttavien kahden eri näkemysuunnan, aborttioikeutta vastustavan *pro-life*-aatteen ja naisen valinnanvapautta puolustavan *pro-choice*-aatteen välillä.

6 Lopuksi: Abortti ulkomailta

Irlannin aborttilainsäädäntö säilyy yhtenä Euroopan tiukimmista. Uusi laki ainoastaan selventää laillisen abortin mahdollisuutta. Abortti on edelleen mahdollinen vain tilanteissa, joissa naisen henki on vaarassa. Abortti ei edelleenkään ole mahdollinen esimerkiksi sosiaalisiin syihin perustuen tai jos nainen on tullut raskaaksi raiskauksen takia. Raskaudenkeskeytys ei ole myöskään mahdollinen tilanteessa, jossa sikiö ei ole elinkelponen. Irlannissa on käyty keskustelua muun muassa siitä, onko perustuslain 40.3.3 artiklaa hyväksyttävää tulkita siten, että sikiö, joka ei ole elinkelponen ei saisi lain turvaamaa oikeutta elämään. Tämä tulkinta sallisi sen, että näissä tapauksissa nainen saisi keskeyttää raskauden tilanteessa.³⁶ Tätä tarkennusta ei kuitenkaan sisällytetty uuteen lakiin.

Tiedon tarjoaminen abortin tekemisestä ulkomailta on sallittua. Oikeus matkustaa ulkomaille tekemään abortti on tunnustettu myös uudessa laissa. Mikäli irlantilainen nainen haluaa saada lääketieteellisesti turvallisen abortin, usein matkustaminen on hänen ainoa vaihtoehtonsa. Teoriassa kaikilla irlantilaisilla naisilla on vapaus tähän, mutta käytännössä tilanne ei ole yksinkertainen. EU:n takaama vapaa liikkumisoikeus on riippuvainen erilaisista sosio-ekonomisista lähtökohdista, mikä ilmenee muun muassa artikkelissa käsitellystä *A, B ja C v. Irlanti* -tapauksesta. Esimerkiksi Irlannissa oleskelevien ei-irlantilaisten naisten oikeus matkustaa tekemään abortti ulkomaille ei ole itsestään selvä. Sitä vastoin on selvää, ettei laittomasti Irlannissa oleskelevalla ole matkustusmahdollisuutta.³⁷

Yhteenvedona voidaan todeta, että uusi laki selventää ja parantaa niiden naisten oikeusasemaa, joilla on oikeus lailliseen aborttiin. Käytännössä EIT:n oikeuskäytäntö on pakottanut Irlantia uudistamaan aborttia koskevaa lainsäädäntöään. Tästä huolimatta uusi laki jättää lailliseen aborttiin oikeutettujen naisten ryhmän hyvin pieneksi, ja suurimmalle osalle raskaudenkeskeytys ei ole edelleenkään toteutettavissa.

36 Kts. <http://humanrights.ie/constitution-of-ireland/letter-to-the-irish-times-on-abortion-legislation-and-fatal-foetal-abnormalities/>.

37 Gilmartin ym. 2011 s. 276.

Lähteet

Virallislähteet

HE 309/1993 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine 4.4.1997, ETS no. 164

Offences Against Person Act

Protection of Life During Pregnancy Act 2013 number 35 of 2013

Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi sellaisena kuin se on muutettuna yhdenmääntöistä pöytäkirjalla 4.11.1950

Oikeustapaukset

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

EIT A, B ja C v Irlanti, app. 25579/05 16.12.2010

EIT Calvelli ja Ciglio v Italia, app. 32967/96 17.1.2002

EIT LCB v Iso-Britannia, app. 23413/94 09.06.1998

EIT McCann v Iso-Britannia, app. 17851/91 27.09.1995

EIT Open Door ja Dublin Well Woman v Irlanti, app. 14234/88 29.10.1992

EIT Pretty v Iso-Britannia, app 2346/02 29.7.2002

EIT Vo v. Ranska, app. 53924/00 8.7.2004

EIT X. v. Iso-Britannia, app. 8416/79

Irlannin korkein oikeus

The Attorney General v. X and Others, 05.03.1992

Kirjallisuus:

Bjälle, Jan G.; Haug, Egil; Sand, Olav; Oystein, V. Sjaastad & Toverud, Kari C.: Ihminen: Fysiologia ja anatomia. 1999. (Bjälle ym. 1999)

Cole, David: Going to England: Irish Abortion Law and the European Community, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 17, Issue 1 (Fall 1993), s. 113–142. (Cole 1993)

Connell, John: Medical tourism. CABI 2011. Online. (Connell 2011)

Gilmartin, Mary & White, Allen: Interrogating Medical Tourism: Ireland, Abortion, and Mobility Rights. *Chicago Journals* Vol. 36, No. 2, Winter 2011. (Gilmartin ym. 2011)

Gozdecka, Dorota A.: Moral obligation of the state or a woman's right to privacy?. NoFo 6, April 2009. (Gozdecka 2009)

Lääkäriin etiikka: 6. painos, Suomen Lääkäriliitto, 2005. (Lääkäriin etiikka 2005)

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus. 4., uudistettu painos, Gummerus Kirjapaino, Jyväskylä 2005. (Pellonpää 2005)

Scheinin, Martin: Ihmisarvon loukkaamattomuus valtiosääntöperiaatteena. Teoksessa: Van Aerschot, Paul; Ilveskivi, Paula & Piispanen, Kirsi (toim.): Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta. Hakapaino. Helsinki 1998, s. 57–71. (Scheinin 1998)

Verkkolähteet

Human Rights Watch: A State of Isolation: Access to Abortion for Women in Ireland. 2010. <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ireland0110webwcover.pdf>. Sivulla vierailtu 8.5.2013. (Human Rights Watch 2010)

World Health Organization: Facts and figures about abortion in the European Region. <http://www.euro.who.int/en/what-we-do/health-topics/Life-stages/sexual-and-reproductive-health/activities/abortion/facts-and-figures-about-abortion-in-the-european-region> Sivulla vierailtu 9.5.2013. (WHO:n julkaisu)

Protection of life during Pregnancy Bill 2013: <http://www.merrionstreet.ie/wp-content/uploads/2013/04/Protection-of-Life-During-Pregnancy-Bill-PLP-30.04.13-10.30.pdf> Sivulla vierailtu 8.5.2013. (Protection of life during Pregnancy Bill 2013)

Sosiaali- ja terveysministeriö: Arviomuistio rajat ylittävästä terveydenhuollosta. 14.2.2013. http://www.stm.fi/c/document_library/get_file?folderId=6801530&name=DLFE-25813.pdf Sivulla vierailtu 9.5.2013. (Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisu 2013)

Työ- ja elinkeinoministeriö: Hoito- ja hoivapalvelujen kansainvälistyminen ja vienti. Mahdollisuudet ja työryhmän ehdotukset strategisiksi linjauksiksi. Konserni 2/2011. http://www.tem.fi/files/28924/2_2011.pdf Sivulla vierailtu 8.5.2013. (Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu 2011)

