

Helsinki Law Review 1/2017

BOARD OF EDITORS

EDITOR-IN-CHIEF

Elisa Suokko

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Laura Salokangas

EDITORS

Aki Aapio

Stanislav Kulechov

Iris Lampela

Ville Linna

Nico Mesiäinen

Maiju Mäkinen

Silja Piironen

Kalle Pusa

Mari Rantamäula

Tuuli Talvinko

Mirella Vaaramaa

ACADEMIC COUNCIL

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen LL.D.

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

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

Professor Pia Letto-Vanamo LL.D., trained on the bench

Professor Olli Norros LL.D.

Adjunct Professor, Senior Lecturer Jarna Petman LL.D., M.Soc.Sc.

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ville Pönkä LL.D., trained on the bench

AUTHORS

PEER-REVIEWED ARTICLES

Ella Hiltunen

Tetti Kunnas

Laura Parkkisenniemi

Assi Uuskallio

SHORT ARTICLES

Päivi Mäkelä

Laura Salokangas

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2017, 11th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

CONTACT INFORMATION

Board of Editors: *hlr-toimitus@pykala.fi*

Editor-in-Chief: *elisa.suokko@helsinki.fi*

Deputy Editor-in-Chief: *laura.salokangas@helsinki.fi*

Article submissions: *submissions@helsinkilawreview.fi*

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

Address: Mannerheimintie 3B, 00100 Helsinki, Finland.

Email: *tilaus@helsinkilawreview.fi*.

Graphic design: Tuomas Tofferi

Layout: likko Kuusela

FROM THE EDITORS

Legislation gives us protection but it is also an effective tool of discrimination. In this issue of Helsinki Law Review, the articles focus on discrimination faced by minorities and minors in family matters. These questions are of high importance, as family is still one of the core units of security and social position.

One article looks into the institutional discrimination of gender and sexual minorities in family matters and the other reviews mediation as a tool to further the best interest of the child in the event of a divorce. Both articles record progress in these fields but they also highlight many shortcomings.

Discrimination and the treatment of vulnerable groups are not issues that should interest only human rights lawyers or the family law kind. It should interest us all. We know our legal history well enough to know that we need legislation that erases discrimination and bridges social gaps. When we, as a society, choose the opposite, everyone suffers – even the majorities.

On behalf of the Board of Editors,

Elisa Suokko

Editor-in-Chief

SUBMISSIONS

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

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue. Helsinki Law Review accepts articles and other writings in English, Swedish and Finnish. 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 at hlr-toimitus@pykala.fi. Thank you for your submission!

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.

SISÄLLYSLUETTELO

6 Vanhemmuuden määrittely ja siihen liittyvät ihmisoikeusongelmat
seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen näkökulmasta
Assi Uuskallio

26 Elements of Style – Visualizing law, an interview with Helena Haapio and
Stefania Passera
Laura Salokangas

28 Sovittelu perhe- ja lapsioikeudellisissa asioissa – kuinka lapsen etu
toteutuu?
Laura Parkkisenniemi

50 Inkeri Anttila ja elämänkokoisen oikeushistoriantutkimuksen mieli
VTM Päivi Mäkelä

52 Pantatut osakkeet apporttina
Ella Hiltunen ja Tetti Kunnas

VANHEMMUUDEN MÄÄRITTELY JA SIIHEN LIITTYVÄT IHMISOIKEUSONGELMAT SEKSUAALI- JA SUKUPUOLIVÄHEMMISTÖJEN NÄKÖKULMASTA

Assi Uuskallio¹

Asiasanat:

vanhemmuus, perhe-elämän suoja, seksuaalinen suuntautuminen, sukupuoli-identiteetti, syrjintä, ihmisoikeudet

Keywords:

parenthood, protection of family life, sexual orientation, gender identity, discrimination, human rights

ABSTRACT

The purpose of this article is to shed light to the structural discrimination of sexual and gender minorities in family that often goes unnoticed. The main argument is that the discrimination is essentially tied with the hetero- and cisnormative conceptions of family and parenthood that has excluded said minorities from the scope of family-related rights both under Finnish legislation and in the ECHR's case law. When it comes to sexual and gender minorities, parenthood and family ties are defined by emphasizing the biological aspects of parenthood in an inconsequent manner compared to hetero- and cis-people. As a result, the ECHR is failing to adhere to its own principles, thus excluding the minorities from the scope of Article 8. In Finnish legislation, parenthood is defined in a conspicuously incoherent manner to the disadvantage of sexual and gender minorities. By changing the legal understanding of family, or rather, by applying the defining principles in a consequent manner, equal rights for said minorities could be achieved.

Defining the Parenthood and Related Human Rights Issues from the Point of View of the Sexual and Gender Minorities

1 Assi Uuskallio is an undergraduate who currently studies in the bilingual Bachelor of Laws degree programme at the University of Helsinki. This article is based on her Bachelor's Thesis.

SISÄLLYSLUETTELO

- 1 Johdanto
 - 2 Vanhemmuuden määrittelystä
 - 2.1 Vanhemmuuden määrittely yleisesti
 - 2.2 Isyyden määrittely
 - 2.3 Äitiyden määrittely
 - 2.4 Adoptiovanhemmuus
 - 3 Vanhemmuus, perhe ja ihmisoikeudet
 - 3.1 Syrjinnän kieltö ja vanhemmuuteen liittyvät oikeudet
 - 3.2 Perhe-elämän suoja EIT:n käytännössä
 - 3.2.1 Samaa sukupuolta olevat vanhemmat: vääränlainen perhe
 - 3.2.2 Transsukupuoliset vanhemmat: juridisen vanhemmuuden ja identiteetin ristiriita
 - 3.3 Epäjohdonmukaisen määrittelyn ongelmat Suomen lainsäädännössä
 - 3.3.1 Muutoksia parempaan samaa sukupuolta olevien vanhempien kohtelussa
 - 3.3.2 Transsukupuoliset vanhemmat ja sterilisaatiopakko
 - 4 Vanhemmuuden uudelleenmäärittely ja perinteinen perhe
 - 4.1 Kielletyn syrjinnän muodot
 - 4.2 Onko erilaiselle kohtelulle hyväksyttäviä syitä?
 - 5 Päätelmiä
- Lähteet

I JOHDANTO

Tarkoitukseni on tässä artikkelissa selventää vanhemmuuden määrittelyn problematiikkaa Suomen lainsäädännössä ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) oikeuskäytännössä. Vanhemmuus on pitkään määritelty tavalla, joka on johtanut seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen syrjintään. Suomen lainsäädännössä vanhemmuutta määritellään esimerkiksi isyys-, adoptio- ja hedelmöityshoitolaieissa. EIT:n käytännössä käsitys vanhemmuudesta ja perheestä näkyy puolestaan siten, keihin 8 artiklan mukainen perhe-elämän suoja ulotetaan. Vanhemmuuden määrittelyyn liittyviä näkökulmia on painotettu epäjohdonmukaisesti siten, että seksuaali- ja sukupuolivähemmistöt on asetettu muita huonompaan asemaan. Vanhemmuuden, avioliiton ja erilaisten perhemuotojen määrittely on jätetty valtioiden harkintamarginaaliin, eikä niiden syrjivyyteen ole puututtu.

Koska seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin liittyvän termistön käytössä on epäselvyyttä, ja virheellisiä tai harhaanjohtavia käsitteitä käytetään myös lainsäädännössä, katson aiheelliseksi selvittää, missä tarkoituksessa käytän eri termejä tässä kirjoituksessa. Seksuaalivähemmistöillä tarkoitetaan kaikkia, jotka eivät ole heteroseksuaalisia ja -romanttisia. Toisin sanoen heitä, jotka tuntevat vetoa vain toisen sukupuolen edustajiin. Koska nimenomaan kahden samaa sukupuolta olevan henkilön muodostamia pareja kohdellaan huonommin, käytän joissain kohdissa homoseksuaalisuutta yläkäsitteenä yksinkertaisuuden vuoksi, vaikka on selvää, että muutkin kuin homoseksuaalit voivat olla tällaisissa parisuhteissa.¹ Laissa käytetty termi ”transseksuaali” on virheellinen, koska kyse ei ole seksuaalisesta suuntautumisesta vaan sukupuoli-identiteetistä. Transsukupuolisella tarkoitetaan henkilöä, jonka sukupuoli-identiteetti ei vastaa hänelle syntymässä vahvistettua sukupuolta. Transmies on sukupuoli-identiteetiltään mies ja transnainen sukupuoli-identiteetiltään nainen. Cis-sukupuolisella puolestaan tarkoitetaan henkilöä, jonka sukupuoli vastaa hänelle syntymässä määriteltyä sukupuolta. Tähän ryhmään kuuluu suurin osa väestöstä, eli ns. cishet-ihmiset.² Muunsukupuolisten asemaa en pohdi erikseen tässä kirjoituksessa.

Käyn ensin läpi vanhemmuuden määrittelyyn liittyviä näkökohtia sekä sitä, miten isyys ja äitiys nykyään määritellään Suomen lainsäädännössä. Tämän jälkeen selvennän Euroopan ihmisoikeussopimuksessa (63/1999, EIS) ja Suomen perustuslaissa (11.6.1999/731) turvattujen vanhemmuuteen liittyvien oikeuksien sisältöä sekä sitä, miten nämä oikeudet toteutuvat seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen kohdalla. Lopuksi tarkoitukseni on osoittaa, miten nykyinen tilanne on paitsi ristiriitainen myös näitä vähemmistöjä syrjivä, ja esitän muutosehdotuksia vallitseviin käytäntöihin.

1 Tällä tarkoitetaan esimerkiksi bi- ja panseksuaaleja. Seksuaalista ja romanttista suuntautumista ei ole tarpeen erottaa tässä artikkelissa, vaikka ne saattavat poiketa toisistaan. Esimerkiksi aseksuaali voi olla niin homo- kuin heteroromanttisessakin parisuhteessa. Seksuaaliseen suuntautumiseen liittyvistä määritteistä enemmän ks. Seta ry.

2 Lyhenne cis-sukupuolinen heteroseksuaalista henkilöstä. Lisää käsitteistä ks. Trasek ry:n kotisivut.

2 VANHEMMUUDEN MÄÄRITTELYSTÄ

2.1 Vanhemmuuden määrittely yleisesti

Monet tutkijat ovat yhtä mieltä siitä, ettei ole olemassa mitään ”perinteistä perhettä”³. Perhe on tarkoittanut sekä niin kutsuttua ydinperhettä että suurempaa joukkoa sukulaisia. Vanhemmuus määritellään kuitenkin edelleen eri tavalla perhemuodosta riippuen. Keskenään avioliitossa olevilla vanhemmilla on vahvin oikeudellinen suoja. Lainsäätäjät on kuitenkin ottanut huomioon, että on muitakin tapoja hankkia lapsia kuin olemalla sukupuoliyhteydessä. Adoptio on ollut instituutiona olemassa jo pitkään, ja myös keinohedelmöitys on mahdollista. Tästä syystä on tehty ero biologisen (fyysisen), geneettisen ja sosiaalisen vanhemmuuden käsitteiden välillä.⁴ Biologisella vanhemmuudella viitataan lapsen biologiseen alkuperään. Geneettinen vanhemmuus eroaa biologisesta (fyysisestä) vanhemmuudesta äitiyden määrittelyn yhteydessä, koska synnyttäjät ei kaikissa tapauksissa ole geneettinen äiti. Vanhemmuuden eri osa-alueita painotetaan määrittelyssä epäjohdonmukaisella ja syrjivällä tavalla. Palaan tähän kappaleessa kolme.

2.2 Isyyden määrittely

Isyyslaissa (13.1.2015/11) määrittelyn lähtökohtana on sosiaalinen vanhemmuus. Isyysolettama tarkoittaa, että lainsäätäjät olettaa aviomiehen olevan lapsen biologinen isä. Isyyslain 2 § 2 momentin mukaan aviomies on isä, vaikka hän olisi kuollut ennen lapsen syntymää, mikäli on mahdollista, että hän on siittänyt lapsen ennen kuolemaansa. Täten juridinen isä on se mies, joka on luultavasti lapsen biologinen isä. Avioliitto luo oletettaman vanhempien välisestä sukupuoliyhteydestä. Isyyslain 2 § 2 momentin mukaan kuitenkin niissä tilanteissa, jossa isä on kuollut ja äiti menee uudelleen naimisiin raskaana ollessaan, äidin uusi aviomies on lapsen isä, vaikka olisi todennäköistä, että kuollut mies on lapsen biologinen isä. Biologialle ei siis anneta näissä tilanteissa merkitystä, vaan avioparin välinen tosiasiallinen perhesuhde on sitä tärkeämpi.

Avioliittoa suojataan myös isyyslain 19 §:ssä, jonka mukaan isäksi voidaan vahvistaa tunnustamisen perusteella muu kuin aviomies vain, jos äiti ja aviomies suostuvat siihen. Kanneoikeutta on rajoitettu lain 40 §:ssä siten, että toinen mies voi nostaa kanteen aviomiehen isyyden kumoamisesta vain, jos äiti ja aviomies ovat asuneet erillään lapsen syntyessä, kantaja on asunut tuolloin lapsen äidin kanssa ja osallistunut lapsen hoitoon tai kantajan ja lapsen välille on muuten muodostunut perhesidettä vastaava suhde. Lisäksi vaaditaan, että aviomiehen isyyden kumoaminen on tuomioistuimen arvion mukaan lapsen edun mukaista. Lainsäätäjät painottaa siis avioliiton merkitystä ja lapsen etua. Olisi tietenkin ongelmallista, jos juridinen isä olisi eri henkilö kuin se, joka on hoitanut lasta ja

3 Esim. Anderson 1995.

4 Nieminen 2013, s. 197–204.

jolla on perheside lapseen. Myös EIT on linjannut, ettei biologisen isyyden vahvistaminen ole itseisarvo, vaan lapsen etu on tätä tärkeämpää.⁵

Historiallisesti avioliiton ulkopuolella syntyneellä lapsella ei ollut isää juridisessa ja sosiaalisessa mielessä, vaikka olisi tiedetty, kuka biologinen isä oli. Mies saatettiin julistaa elatusvelvolliseksi, mutta isyyttä ei vahvistettu.⁶ Nykyään epäedullisempi kohtelu alkuperän perusteella on kiellettyä. Kun lapsi syntyy avioliiton ulkopuolella, isyys on mahdollista vahvistaa jo ennen lapsen syntymää. Tällöin tarvitaan tunnustamisen lisäksi myös oikeusgeneettinen tutkimus. Kun lapsi syntyy keinohedelmöityksen seurauksena, isäksi voidaan vahvistaa mies, jonka siittiötä on käytetty. Tämä on kuitenkin isyyslain 3 § 3 momentin mukaan mahdollista vain, mikäli hän suostuu siihen. Näissä tilanteissa merkitystä annetaan siis paitsi biologialle, myös miehen tahdolle olla isä.

2.3 Äitiyden määrittely

Äitiyttä ei ole määritelty Suomen lainsäädännössä. Lähtökohtaisesti äiti on nainen, joka synnyttää lapsen. Lähestymistapa on siten vahvasti biologinen. Nykyään äitiyden käsite on kuitenkin eriytynyt. Jos lapsi syntyy keinohedelmöityksen seurauksena, on mahdollista, että geneettinen äiti on eri henkilö kuin synnyttävä. Näissäkin tilanteissa synnyttävä on lapsen äiti, vaikka keinohedelmöityksessä käytettäisiin toisen naisen munasoluja. Tästä ei ole kuitenkaan säädetty laissa.⁷

Merkityksen antaminen biologiselle (fyysiselle) äitiydelle geneettisen sijaan johtuu oletettavasti sosiaalisesta äitiydestä. Nainen, joka saa hedelmöityshoitoa, on aina se, joka on päättänyt hankkia ja pitää lapsen. Sijais synnytys ei enää hedelmöityshoidosta annetun lain (22.12.2006/1237, hedelmöityshoitolaki) säätämisen jälkeen ole ollut laillista Suomessa, joten sellaisia tilanteita, joissa nainen tulee raskaaksi hedelmöityshoidon avulla, mutta ei pidä lasta, ei käytännössä ilmene. Synnyttäminen indikoi siis, että synnyttävä myös hoitaa lasta. Se luo perhesiteen äidin ja lapsen välille, ja fyysisen sekä sosiaalisen äidin roolit yhtyvät lukuun ottamatta niitä tilanteita, joissa lapsi annetaan adoptiolapseksi. Vaikka äitiys näyttää perustuvan biologiaan, tosiasiaa se perustuu sosiaalisen siteen olemassaoloon.

EIT on myös antanut ratkaisuja tapauksissa, joissa juridinen äitiys ei ole perustunut pelkästään biologiaan. Linda Hart on osoittanut väitöskirjassaan, että äitiys on juridinen konstruktio, joka ei suinkaan seuraa suoraan biologisesta todellisuudesta.⁸ Hart analysoi tapausta Marckx v. Belgia⁹, jossa yksin elävän naisen täytyi adoptoida synnyttämänsä lapsi tullakseen tämän

5 Nieminen 2013, s. 192–193.

6 Ibid., s. 187.

7 Nieminen 2013, s. 248–249.

8 Hart 2016.

9 Marckx v. Belgia, 13.9.1979.

juridiseksi äidiksi. Tämä johtui siitä, että Belgian lainsäädännössä katsottiin, että yksin elävillä naisilla ei ollut samoja valmiuksia äitiyteen kuin naimisissa olevilla, ja tämän vuoksi heidän tahtonsa ja kykynsä toimia äiteinä tuli arvioida erikseen adoptioprosessissa. Äitiys ei siis perustunut pelkästään biologiaan ja synnyttämiseen, vaan myös synnyttäjän tahtoon olla äiti.¹⁰ Siten Hart osoitti vääräksi väitteen, että äitiys on synnyttämisen automaattinen seuraus (nk. mater semper certa est -periaate), koska juridinen äitiys tuli tapauksessa voimaan vasta syntymätodistuksessa olevan merkinnän kautta. Toisin kuin Belgiassa, jossa juridisen äitiyden vahvistaminen tuolloin vaati tietyissä tilanteissa adoptiota, Suomessa oletetaan, että synnyttäjä hoitaa lasta. Oletus pitää paikkansa niin kauan, kunnes äitiys vahvistetaan adoptiossa jollekin toiselle. Joka tapauksessa merkityksellistä on äidin tahto pitää lapsesta huolta. Ero Suomen ja Belgian lainsäädännöissä perustuu siihen, kuinka vahvaa näyttöä tältä tahdolta vaaditaan.

2.4 Adoptiovanhemmuus

Adoptiossa biologinen ja juridinen vanhemmuus erotetaan toisistaan, ja juridinen vanhemmuus perustuu ratkaisevasti sosiaaliseen todellisuuteen. Täten adoptiovanhemmuus eroaa lähtökohdiltaan muista vanhemmuuden määrittelytilanteista. Vaikka muidenkin vanhemmuuden muotojen kohdalla painotetaan sosiaalista todellisuutta, sosiaalinen vanhemmuus kuitenkin yleensä luo oletettaman biologisesta suhteesta, tai toisin päin. Adoptiossa puolestaan biologinen ja sosiaalinen vanhemmuus eivät useimmiten ole missään yhteydessä toisiinsa. Adoptiolain (20.1.2012/22) 1 §:n mukaan lain tarkoitus on edistää lapsen etua vahvistamalla vanhemman ja lapsen välinen suhde adoptoitavan ja adoptionhakijan välille. Lapsen etu sekä lapsen ja vanhemman välinen suhde muodostavat monissa tilanteissa perusteen poiketa adoptiolain pääsäännöistä. Esimerkiksi lain 11 §:n 2 momentin mukaan adoptio voidaan vahvistaa poikkeuksellisesti ilman vanhemman suostumusta, jos lapsen etu voimakkaasti puoltaa tätä.

EIT:n oikeuskäytännössä adoptioon perustuvat perhesuhteet nauttivat eräissä tilanteissa vahvempaa suojaa kuin biologiaan perustuvat. Vanhempi ei ole saanut suojaa lapsen ja itsensä väliselle perhesiteelle vain biologisen siteen perusteella, mikäli hän on antanut lapsen adoptioon ja lapsi on jo elänyt adoptiovanhempiensa kanssa. Tuomioistuimen mukaan ei olisi lapsen edun mukaista, jos hänet otettaisiin pois adoptiovanhemmiltaan.¹¹ Siten sosiaalinen todellisuus ja lapsen etu ovat biologiaa tärkeämpiä lapsen ja vanhemman välisen perhe-elämän suojan kannalta.

10 Hart 2016, s. 143–152.

11 Esim. Hart 2016, s. 149–156.

3. VANHEMMUUS, PERHE JA IHMISOIKEUDET

3.1 Syrjinnän kieltö ja vanhemmuuteen liittyvät oikeudet

Suomen perustuslain 6 § 1 momentin mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Pykälän 2 momentissa säädetään kielletyistä syrjintäperusteista. Seksuaalista suuntautumista ja sukupuoli-identiteettiä ei erikseen mainita kiellettyinä syrjintäperusteina. Hallituksen esityksessä yhdenvertaisuuslaiksi kuitenkin todetaan, että sukupuolisyrjinnän kieltö kattaa myös syrjinnän sukupuolen ilmaisun ja sukupuoli-identiteetin perusteella.¹² Seksuaalinen suuntautuminen mainitaan kiellettyinä syrjintäperusteena yhdenvertaisuuslain (30.12.2014/1325) 8 §:n syrjintäkieltösäännöksessä. Siten on perusteltua katsoa, että seksuaalinen suuntautuminen ja sukupuoli-identiteetti ovat sellaisia muita henkilöön liittyviä syitä, joita tarkoitetaan perustuslain 6 §:n 2 momentissa.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklassa määrätään syrjinnän kiellosta, joka vastaa pitkälti perustuslain syrjinnän kieltöä. Koska syrjinnän kieltö koskee ihmisoikeussopimuksen turvaamia oikeuksia, sitä ei sovelleta koskaan yksin, vaan yhdessä jonkin muun artiklan kanssa. Artiklassa ei nimenomaisesti kielletä syrjintää seksuaalisen suuntautumisen tai sukupuoli-identiteetin perusteella, mutta lista on avoin. EIT on linjannut, että sekä seksuaalinen suuntautuminen että sukupuoli-identiteetti ovat artiklan tarkoittamia muita kiellettyjä syrjintäperusteita.¹³ Näin ollen sekä homoseksuaaliset että transsukupuoliset ihmiset kuuluvat syrjinnän kiellon piiriin.

EIS:n 8 artiklan 1 kohdassa määrätään yksityis- ja perhe-elämän suojasta, jotka ovat vanhemmuuden määrittelyn kannalta olennaisimmat oikeudet. Perustuslain 10 §:n säädös yksityiselämän suojasta vastaa sisällöltään 8 artiklaa. EIT:n käsitys vanhemmuudesta näkyy lähinnä sitä kautta, miten lasten ja vanhempien välistä perhe-elämää suojataan. Yksityis- ja perhe-elämän suojaa voidaan rajoittaa 8 artiklan 2 kohdan mukaan, mikäli rajoitus on lain sallima ja välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, rikollisuuden tai epäjärjestyksen estämiseksi, terveyden tai moraalien suojaamiseksi tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi. EIT:n mukaan valtiolla on positiivinen velvollisuus varmistaa, että 8 artiklan suojaamia oikeuksia voi käyttää tehokkaalla tavalla.¹⁴ Kun kyseessä on erityisen merkityksellinen osa yksilön identiteettiä, valtion harkintamarginaali on kapea.¹⁵ EIT on katsonut, että homoseksuaalisuus on tällainen erityisen intiimi osa yksityiselämää, ja erilainen kohtelu pelkän seksuaalisen suuntautumisen perusteella ei ole hyväksyttävää.¹⁶

12 HE 19/2014 vp, s. 25–26, 35–36.

13 Salgueiro da Silva Mouta v. Portugali, 21.12.1999, § 28; FRA 2012, s. 98; Identoba ja muut v. Georgia, 12.5.2015, § 96.

14 Esim. Hämäläinen v. Suomi, 16.7.2014, § 62.

15 Vallianatos ja muut v. Kreikka, 17.11.2013, § 77.

16 Dudgeon v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.10.1981, § 52; Schalk ja Kopf v. Itävalta, 19.2.2013, § 96–99; Hämäläinen v. Suomi, 16.7.2014, § 109; Vallianatos ja muut v. Kreikka, 7.11.2013, § 77.

3.2 Perhe-elämän suoja EIT:n käytännössä

Samaa sukupuolta olevat vanhemmat: vääränlainen perhe

EIT on katsonut, että perhe-elämän suoja tarkoittaa olemassa olevien perhesuhteiden suojaa, mutta ei oikeutta perustaa perhe. Jälkimmäistä oikeutta suojataan kuitenkin osana yksityiselämää.¹⁷ EIT on kuitenkin aiemmin poikennut tästä linjauksesta ja katsonut, ettei samaa sukupuolta olevan parin välillä ole perhe-elämää, koska he eivät he ole muodostaneet 8 artiklassa tarkoitettua perhettä. Näin on ollut, vaikka pari olisi asunut yhdessä ja hoitanut yhdessä toisen heistä biologista lasta. Tällöin lapsen ja ei-biologisen vanhemman välillä ei ole katsottu olevan perhesuhdetta.¹⁸ Samassa tilanteessa olevan miehen ja naisen muodostaman avoparin sekä heidän lastensa perhe-elämä on saanut suojaa sillä perusteella, että muuten lapsi olisi huonommassa asemassa kuin avioparin lapsi.¹⁹ Heterosuhteeseen perustuvia perhesuhteita on suojattu, vaikka henkilöt eivät asuisi yhdessä. Kyseessä ei tarvitse myöskään olla lapsen ja vanhemman välinen suhde, vaan myös muunlaiset lapsen ja aikuisen väliset perhesuhteet ovat saaneet suojaa. Tapauksessa Boyle v. Yhdistynyt kuningaskunta EIT katsoi, että lapsen ja hänen enonsa välillä oli perhesuhde, koska lapsi asui ajoittain enonsa luona ja eno oli hänelle ”hyvä isähahmo”.²⁰

Näin ollen samaa sukupuolta olevat parit eivät ole EIT:n käytännössä saaneet perhe-elämän suojaa samoin perustein kuin eri sukupuolta olevat parit ja tällaisiin parisuhteisiin perustuvat muut perhesuhteet. Samaa sukupuolta olevien parien välistä suhdetta on suojattu vain yksityiselämänä oletettavasti siksi, että tällaisia suhteita on pidetty pelkästään seksuaalisina.²¹ Ei ole ymmärretty, että samaa sukupuolta olevien välisessä suhteessa voi olla täysin samoja piirteitä kuin heterosuhteissa. On pikemminkin virheellisesti ajateltu, että tällaiset suhteet ovat huonompia tai puutteellisia. Vasta vuonna 2010 EIT linjasi, että samaa sukupuolta olevien parisuhteet kuuluvat perhe-elämän suojan piiriin.²² Tämä kanta vahvistettiin tapauksissa X ja muut v. Itävalta²³ ja Pajić v. Kroatia²⁴. Samaa sukupuolta olevat parit on siten pitkään jätetty perhe-elämän suojan ulkopuolelle, mutta eri sukupuolta olevat parit ovat nauttineet perhe-elämän suojaa melkein millä hyvänsä perusteella.

17 E.B. v. Ranska, 22.1.2008, § 41 ja 43.

18 Esim. Kerkhoven, Hinke & Hinke v. Alankomaat, 19.5.1992.

19 Mazurek v. Ranska, 1.2.2000, § 49.

20 Kilkelly 2003, s. 18; Boyle v. Yhdistynyt kuningaskunta, 28.2.1994.

21 Johnson 2013, s. 100–110.

22 Schalk ja Kopf v. Itävalta, 24.6.2010, § 95.

23 X ja muut v. Itävalta, 19.2.2013, § 95.

24 Pajić v. Kroatia, 23.5.2016.

3.3.2 Transsukupuoliset vanhemmat: juridisen vanhemmuuden ja identiteetin ristiriita

Transsukupuolisten oikeuksia on tarkasteltu 8 artiklan perhe-elämä suojan näkökulmasta kauemmin kuin homoseksuaalien. Tämä johtuu mitä ilmeisimmin siitä, että niissä tapauksissa, joissa EIT on arvioinut oikeuksien rajoittamisen sallittavuutta sukupuoli-identiteetin perusteella, transsukupuolinen henkilö on ollut parisuhteessa eri sukupuolta olevan henkilön kanssa. Esimerkiksi tapauksessa X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta kyse oli sukupuoltaan korjanneesta transmiehestä, joka oli parisuhteessa naisen kanssa ja joka hoiti lasta tämän kanssa. Hän oli juridiselta sukupuoleltaan kuitenkin nainen.²⁵ EIT:n mukaan valittajien välillä oli de facto perhesuhde, toisin kuin tapauksessa Kerkhoven, Hinke & Hinke v. Alankomaat, jossa oli kyse naisparista ja heidän lapsestaan.²⁶ Siten EIT ei muuttanut heteronormatiivista perhekäsitystään.

Niissäkin tapauksissa, joissa EIT on katsonut, että valittajien välillä on perheside, se ei ole suojannut perhe-elämää tehokkaasti. Syrjintänäkökulma on myös jäänyt käsittelemättä riittävän kattavasti. Lähestyn asiaa kahden EIT:n ratkaisun kautta. Tapauksessa X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta EIT ei soveltanut omia yllä mainittuja periaatteitaan ja tarkastellut erilaisen kohtelun perusteita riittävän tarkasti. Sen mukaan valtiolla oli oikeus olla vahvistamatta X:ää lapsen isäksi. EIT perusteli erilaisen kohtelun sallivaa päätöstään seuraavasti:

“-- In this respect, the Court notes that, whilst it has not been suggested that the amendment to the law sought by the applicants would be harmful to the interests of [their child] or of children conceived by AID in general, it is not clear that it would necessarily be to the advantage of such children.

In these circumstances, the Court considers that the State may justifiably be cautious in changing the law, since it is possible that the amendment sought might have undesirable or unforeseen ramifications for children in Z's position. Furthermore, such an amendment might have implications in other areas of family law. For example, the law might be open to criticism on the ground of inconsistency if a female-to-male transsexual were granted the possibility of becoming a "father" in law while still being treated for other legal purposes as female and capable of contracting marriage to a man.”²⁷

Perustelu on vähintäänkin ongelmallinen. Yhtäkään 8 artiklan 2 kohdassa mainituista rajoittamisedellytyksistä ei käsitellä kunnolla. Perusteluissa puhutaan ainoastaan mahdollisista lainsäädännön epäjohdonmukaisuuteen liittyvistä ongelmista. Tapauksessa X ei vaatinut, että hänen juridinen sukupuolensa vahvistettaisiin miespuoliseksi, mikä ei tuolloin ollut mahdollista

25 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997.

26 Kerkhoven, Hinke & Hinke v. Alankomaat, 19.5.1992.

27 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997, § 47.

Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Hän vaati ainoastaan, että hänet vahvistettaisiin Z:n isäksi. Tällöin juridinen nainen olisi vahvistettu isäksi. EIT:n mukaan valtiolla oli oikeus estää tällaisten epäjohdonmukaisuuksien syntyminen. Valtio kuitenkin toimi epäloogisesti, sillä se salli X:n ja Y:n saada keinohedelmöitystä yhdessä, mutta vain biologinen mies voitiin vahvistaa isäksi. EIT antaa ymmärtää, että juridisen sukupuolen ja vanhemmuuden välinen ristiriita on merkityksellisempi kuin sukupuoli-identiteetin ja juridisen sukupuolen välinen ristiriita. Asia jätettiin siis valtion harkintamarginaalin varaan, eikä tämän harkintamarginaalin ristiriitoja aiheuttavaan käyttöön puututtu.

Ratkaisu on lisäksi epätarkoituksenmukainen. Oikeuskäytännössään EIT on katsonut, että lapsen etu on tärkeä ja jopa johtava periaate perheoikeudellisissa kysymyksissä, ja tämä mainitaan myös tapauksen X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta perusteluissa.²⁸ EIT:n mukaan haettu muutos ei välttämättä edistäisi Z:n asemassa olevien lasten etua. On kuitenkin selvää, että se ei olisi transperheissä elävien lasten etua vastaan. Kyseisessä tapauksessa muutos olisi Z:n edun mukainen ja lisäksi poistaisi vanhempien erilaisen kohtelun sukupuoli-identiteetin perusteella. Kuinka muutos, joka nimenomaan puuttuisi keinohedelmöityksestä alkunsa saaneiden lasten ongelmiin, ei vaikuttaisi heidän edukseen? Joka tapauksessa valtion positiivinen velvoite suojella perheitä²⁹ sisältää mielestäni velvollisuuden selvittää, edistäisikö muutos lapsen etua vai ei. Se, että seurauksia ei tiedetä, ei ole peruste jättää asiaa sikseen.

Osaltaan ongelmana on myös se, että lähtökohtana ovat kansallisella tasolla turvatut oikeudet, joihin EIT ei puutu minimitason ylittyessä. Kyse on kansallisen järjestelmän koherenssista. Jos Yhdistyneessä kuningaskunnassa olisi ollut tapauksen X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta aikaan mahdollista vahvistaa juridinen sukupuoli sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi, koherenssiongelmaa kyseisessä tapauksessa ei olisi ollut. Siten niiden valtioiden osalta, joissa suojataan transihmisten oikeuksia paremmin, pyrkimys lainsäädännön sisäiseen koherenssiin ei olisi estänyt EIT:tä katsomasta, että kyseessä on 8 artiklan loukkaus. Sen sijaan niissä valtioissa, joissa transihmisten oikeuksien suoja on huonompi, parannusta asiaan ei pystytty saamaan ainakaan vetoamalla 8 artiklaan siten kuin tapauksessa X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta.³⁰ EIT:n olisi aika tunnistaa tekijät, jotka estävät sukupuoli- ja seksuaalivähemmistöjen oikeuksien toteutumisen. Tämä voi toteutua vain valtion esittämien argumenttien tarkalla analysoinnilla ja kyseenalaistamisella (strict scrutiny). Ilman tarkkaa analyysia syrjiviin rakenteisiin on hankala puuttua.

EIT tekee eron cis- ja transihmisten perhesuhteiden välillä epäloogisella tavalla. Tapauksessa X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta se toteaa ensinnäkin, ettei perhe-elämän suoja koske vain aviopareja, vaan sen piiriin voivat kuulua myös muunlaiset perheet. Tärkeimpiä tekijöitä

28 Ibid.

29 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997, § 43.

30 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997.

arvioinnissa ovat yhdessä asuminen, parisuhteen kesto ja se, osoittaako pari sitoutumista muulla tavoin, esimerkiksi hankkimalla lapsia.³¹ Biologisia suhteita ei mainita näissä kriteereissä. EIT kuitenkin katsoi edellä mainitussa tapauksessa, että 8 artiklan edellyttämä valtion positiivinen velvollisuus turvata perhe-elämän suoja on erilainen kuin tuomioistuimen aiemmin käsittelemissä tapauksissa, koska aiemmin kyse on ollut vanhempien ja biologisten lasten välisestä suhteesta.³² Se, ettei EIT tarkastellut asiaa 14 artiklan kannalta, on ongelmallista. Jos tapausta olisi käsitelty 14 artiklan näkökulmasta, EIT:n olisi tullut arvioida valtion argumentointia tarkemmin syrjinnän kiellon osalta. Perustelujen mukaan 14 artiklaan vetoaminen ei muodosta erillistä kysymystä.³³ Tämä osoittaa, ettei EIT hahmottanut, miten olennaisesti erilainen kohtelu johtui nimenomaan valittajan transsukupuolisuudesta.

Tapauksessa *Hämäläinen v. Suomi*³⁴ EIT käsitteli 14 artiklaa yhdessä 8 ja 12 artiklojen kanssa. Tapauksessa kyse oli transnaisesta, jonka juridista sukupuolta ei vahvistettu naiseksi, ellei hän joko eronnut vaimostaan tai muuttanut avioliittoa rekisteröidyksi parisuhteeksi. Samaa sukupuolta olevien parien avioliitto sallittiin vasta myöhemmin säädetyllä lainmuutoksella (20.2.2015/156). Valittaja oli myös parin aviossa syntyneiden lasten isä. EIT:n mukaan hän ei ollut samanlaisessa tilanteessa kuin cis-sukupuoliset, ja täten kyse ei ollut syrjinnästä.³⁵ Tuomioistuin ei ottanut kantaa naisen väitteeseen siitä, että cis-sukupuolisten ei tarvitse muuttaa parisuhdestatustaan, koska heidän sukupuoli-identiteettinsä vastaa automaattisesti juridista sukupuolta.

Jotta tapausta voitaisiin arvioida syrjinnän näkökulmasta, tarvitaan valittajan kanssa riittävän samanlaisessa tilanteessa oleva verrokki, kuten tapauksesta *Hämäläinen*³⁶ ilmenee. Sen avulla voidaan tarkastella, onko kahta samassa tilanteessa olevaa kohdeltu eri tavalla kielletyn syrjintäperusteen perusteella. Kategorinen vertailukohdan vaatimus ei kuitenkaan sovi kaikkiin tilanteisiin. Esimerkiksi Sandra Fredman on konstruoinut useita eri tasa-arvon ja syrjinnän muotoja, eivätkä kaikki niistä noudata tiukasti ”samanlaiset samalla tavalla” -periaatetta.³⁷ On nimittäin huomattu, että periaatteen sokea noudattaminen saattaa jopa estää materiaalsen tasa-arvon toteutumisen. Tästä esimerkkinä on aiempi käytäntö, jonka mukaan raskaana olevien naisten epäedullisempi kohtelu ei ollut sukupuolisyryntää, koska heitä ei voinut verrata miehiin. Vertaaminen muihin kuin raskaana oleviin naisiin taas oli sukupuolisyryntään näkökulmasta hyödytöntä.³⁸ Nykyään raskauteen perustuva epäedullinen kohtelu katsotaan

31 Ibid., § 36.

32 Ibid., § 43.

33 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997, § 55–56.

34 *Hämäläinen v. Suomi*, 16.7.2014.

35 Ibid., § 111–113.

36 *Hämäläinen v. Suomi*, 16.7.2014.

37 Fredman 2011, s. 4–37.

38 Ibid., s. 169–170.

suoraan sukupuolisyrynnäksi.³⁹ Raskaaksi voivat pääsääntöisesti tulla vain naiset, joten tässä tilanteessa ei ole mielekäästä vaatia vertailukohdaksi samassa tilanteessa olevia miehiä.

Katson, että sukupuoli-identiteettiin perustuvaa erilaista kohtelua arvioidessa transsukupuoliset ovat syrjinnän toteamisen kannalta raskaana olevien naisten kanssa analogisessa asemassa. Erilainen kohtelu johtuu nimenomaan siitä, että transihmisten täytyy käydä läpi juridinen ja lääketieteellinen prosessi, jotta heidän juridinen sukupuolensa voitaisiin vahvistaa sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi. EIT:n käsittelemissä tapauksissa on ollut kyse juuri siitä, että transihmistä ei ole vahvistettu lapsen isäksi tai äidiksi, koska hänen juridinen sukupuolensa ei ole vastannut sukupuoli-identiteettiä. Juridisen sukupuolen vahvistamisen tarve koskee yksinomaan transihmisiä samalla tavoin kuin raskaus koskee naisia.⁴⁰ Täten sukupuoli-identiteetin ja juridisen sukupuolen ristiriitaan perustuva epäedullinen kohtelu tulisi automaattisesti katsoa syrjinnäksi sukupuoli-identiteetin perusteella.

3.3 Epäjohdonmukaisen määrittelyn ongelmat Suomen lainsäädännössä

3.3.1 Muutoksia parempaan samaa sukupuolta olevien vanhempien kohtelussa

Suomessa samaa sukupuolta olevat parit voivat saada lapsia kahdella eri tavalla. Maaliskuun 1. päivästä 2017 alkaen he voivat hakea yhteisadoptiota. Lisäksi tällä hetkellä on mahdollista, että toinen puolisoista adoptoi toisen (biologisen) lapsen. Miespareille nämä ovat ainoat tavat saada yhteinen lapsi, sillä sijaissynnytys ei enää ole laillista Suomessa. Tässä artikkelissa en perehdy asiaan liittyvään problematiikkaan. Naispareille ainoa mahdollisuus on miesparien tapaan tällä hetkellä adoptio. Asiaan saattaa kuitenkin tulla muutos, sillä äitiyslakia koskevan lakialoitteen mukaan keinohedelmöitystä saavan naisen puoliso voitaisiin vahvistaa lapsen äidiksi ilman adoptiota jo ennen kuin lapsi on syntynyt. Edellytyksenä olisi, että pari saa hedelmöityshoitoa yhdessä, toisin sanoen, että molemmat naiset ovat suostuneet siihen. Lisäksi edellytettäisiin, että isyyttä ei voida vahvistaa, eli että mies, jonka sukusoluja käytetään, ei ole antanut suostumustaan isyyden vahvistamiselle.⁴¹

Nykyisen lainsäädännön mukaan biologisen äidin naispuolisosta ei automaattisesti tule lapsen huoltajaa. Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain (8.4.1983/361) 6 §:n mukaan huoltajia ovat lapsen biologiset vanhemmat, jotka ovat naimisissa keskenään. Hedelmöityshoitolain lainmuutoksella (8.4.2016/254) määritelmää parista ei muuteta, vaikka avioliittolaki muuttuu.⁴² Nykyisellään parilla tarkoitetaan lain 2 §:n 1 momentin 2) kohdan mukaan naista ja miestä, jotka elävät avioliitossa tai avioliitonomaisissa olosuhteissa.⁴³ Samaan aikaan

39 Fredman 2011 s. 169- 170; Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 60–61.

40 Yksinkertaisuuden vuoksi tässä huomioidaan vain cis-sukupuoliset naiset.

41 OM 187/52/2015 s. 13.

42 HE 65/2015 vp, s. 7.

43 Kääntäen: hoitoa saavalla tarkoitetaan paria tai naista, joka ei elä avioliitossa tai avioliitonomaisissa olosuhteissa miehen kanssa.

on kuitenkin mahdollista vahvistaa isäksi hedelmöityshoitoa saavan naisen miespuolinen kumppani, joka antaa suostumuksensa siihen. Hänen ei tarvitse olla lapsen biologinen isä eikä naisen aviomies. On selvää, että hedelmöityshoitoa saava naispari on huomommassa asemassa kuin samassa tilanteessa oleva heteropari.

3.3.2 Transsukupuoliset vanhemmat ja sterilisaatiopakko

Transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain (28.6.2002/563, translaki) 1 § 1 momentin mukaan transihminen on joko steriloitava tai hänen on oltava muusta syystä lisääntymiskyvytön, jotta hänen juridinen sukupuolensa voitaisiin vahvistaa sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi. Tämä on monella tavalla ongelmallista. Kun lakia valmisteltiin, sitä ei käsitelty perustuslakivaliokunnassa, eikä lain perustuslainmukaisuutta siten arvioitu kunnolla. Valtakunnallisen sosiaali- ja terveysalan eettisen neuvottelukunnan ETENEn lausunnon mukaan vaatimus on vähintäänkin arveluttava. Kun lausunto annettiin, EIT ei ollut ottanut vielä kantaa transihmisten pakkosterilointiin. Muissa tilanteissa pakkosterilisaation on kuitenkin katsottu olevan EIS:n 3 artiklan vastaista, ja siten sen voidaan analogisesti katsoa olevan Suomen perustuslain 7 §:n kidutuksen ja epäinhimillisen kohtelun kiellon vastaista.⁴⁴

Lisäksi pakkosterilisaatio loukkaa EIS 8 artiklan ja perustuslain 10 §:n mukaista yksityiselämän suojaa. Yksityiselämän suojaan kuuluu psyykkisen ja fyysisen integriteetin ja identiteetin suoja sekä oikeus luoda ihmissuhteita. Pakkosterilisaatio ei siten loukkaa pelkästään epäinhimillisen kohtelun kieltoa, vaan myös transihmisen oikeutta päättää omasta kehostaan ja oikeutta perustaa perhe. Uudehossa tapauksessa Y.Y. v. Turkki EIT linjasi, että sterilisaatio juridisen sukupuolen muuttamisen edellytyksenä loukkaa 8 artiklan mukaista oikeutta yksityiselämään ("personal integrity").⁴⁵

Translakia koskevassa hallituksen esityksessä sterilisaatiovaatimusta perusteltiin sillä, että muuten saattaisi ilmetä tilanteita, joissa juridiselta sukupuoleltaan naispuolinen henkilö siittää lapsen, tai vastaavasti miespuolinen synnyttää.⁴⁶ Perustelu liittyy siis olennaisesti isyyden ja äitiyden määrittelyyn. Hallituksen esityksestä ilmi tulevan käsityksen mukaan isä on siittäjä ja äiti on synnyttäjä. Lisääntymiseen kuuluvat roolit ovat yhteydessä vanhemmuuteen ja cisnormatiiviseen käsitykseen sukupuolesta. Käsitys vanhemmuudesta eroaa hallituksen esityksessä kuitenkin siitä, miten vanhemmuus muualla lainsäädännössä määritellään.

Hallituksen esitys on kuitenkin epäjohdonmukainen pyrkimyksessään estää sukupuoliroolin ja vanhemmuuden väliset ristiriidat. Esityksen mukaan isyyttä ei nimittäin kumottaisi sillä perusteella, että lapsen siittänyt henkilö myöhemmin vahvistetaan naiseksi. Samoin lapsen

44 STM/5023/2012, s. 1–2.

45 Y. Y. v. Turkki, 10.3.2015, § 122.

46 HE 56/2001 vp, s. 14.

synnyttänyt pysyy äitinä, vaikka hänet myöhemmin vahvistettaisiin mieheksi.⁴⁷ On siis täysin mahdollista, että lapsen äiti on mies ja isä nainen, vaikka perustelujen mukaan tällaisia tilanteita yritetään nimenomaan välttää. Merkitystä näyttää olevan vain sillä, mikä henkilön sukupuoli siirtämis- tai synnyttämishetkellä on. Tämä vahvasti biologinen käsitys vanhemmuudesta ei ole linjassa muun lainsäädännön kanssa. ETENEn lausunnon mukaan epätavanomainen isä-äiti -asetelma on toissijainen suhteessa henkilökohtaiseen koskemattomuuteen.⁴⁸

Transihmisen on siis mahdotonta saada biologisia lapsia sukupuolenkorjausprosessin jälkeen. ETENEn lausunnon mukaan prosessi itsessään saattaa aiheuttaa lisääntymiskyvyttömyyden, sillä steriiliys on usein jo hormonihoidon seuraus.⁴⁹ Steriiliys ei kuitenkaan ole lääketieteellinen edellytys sukupuolenkorjaukselle. Sukupuoli on mahdollista vahvistaa, vaikkei henkilölle olisi tehty kirurgisia toimenpiteitä.⁵⁰ Katson, ettei sukupuolen vahvistamisen tulisi riippua henkilön kyvyttömyydestä hankkia biologisia lapsia. Jokaisen tulisi saada päättää perheen perustamisesta sukupuoli-identiteetistään riippumatta. Jos steriiliysvaatimusta ei olisi, transihminen voisi hankkia lapsia myös sen jälkeen, kun hänen juridinen sukupuolensa on vahvistettu, ennen kuin hän aloittaa lääketieteellisen sukupuolenkorjausprosessin. Nykyisen lainsäädännön vuoksi transihmiset ovat sekä perheen perustamisen että henkilökohtaisen koskemattomuuden osalta cishet-ihmisiä huonommassa asemassa.

4 VANHEMMUUDEN UUELLEENMÄÄRITTELY JA PERINTEINEN PERHE

4.1 Kielletyn syrjinnän muodot

Katson, että seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen erilainen kohtelu edellä selostetulla tavalla on välitöntä syrjintää. Välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan, että henkilöä kohdellaan tai kohdeltaisiin nk. suojatun ominaisuuden eli kielletyn syrjintäperusteen vuoksi epäedullisemmin kuin toista vastaavassa tilanteessa olevaa henkilöä.⁵¹ Väliillisellä syrjinnällä taas tarkoitetaan, että sinänsä neutraali sääntö johtaa eräiden väestöryhmien epäedullisempaan kohteluun. Osoituksena tästä voi olla esimerkiksi tilastollinen yliedustus epäedullisen asian suhteen.⁵² Epäedullisempi kohtelu luo syrjintäolettan, mutta valtio voi osoittaa, ettei kyseessä ole kielletty syrjintä, jos kohtelulle on hyväksyttävä syy.⁵³ Keinon ja tavoiteltavan intressin on oltava tasapainossa suhteellisuusperiaatteen⁵⁴ mukaisesti, ja keinon on oltava välttämätön demokraattisessa

47 Ibid., s. 3.

48 STM/5023/2012, s. 2.

49 Ibid.

50 Ibid.

51 FRA 2010, s. 22; Fredman 2011, s. 166.

52 Tapaus D.H. ja muut v. Tšekki, 13.11.2007, valaisee hyvin väliillistä syrjintää.

53 FRA 2010, s. 42.

54 Esim. James ja muut v. Yhdistynyt kuningaskunta, 21.2.1986, § 50; Soering v. Yhdistynyt kuningaskunta, 7.7.1989, § 89.

yhteiskunnassa. Välittömän syrjinnän oikeuttamisesta on käyty keskustelua, sillä suojattuun ominaisuuteen perustuvan epäedullisen kohtelun salliminen on nähty ongelmallisena.⁵⁵ EIT sen sijaan ei tee eroa välillisen ja välittömän syrjinnän oikeuttamisen suhteen.⁵⁶

Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen syrjintää saattaa olla hankala huomata, sillä se on sisäänrakennettu lainsäädäntöön perheen ja vanhemmuuden määritelmien kautta. EIT soveltaa sinänsä neutraaleja säännöksiä hetero- ja cisnormatiivisesti vinoutuneella tavalla, mikä on välitöntä, joskin mahdollisesti tiedostamatonta syrjintää. Tapauksen Pajic v. Kroatia perusteluissa tuomioistuinin onkin itse todennut, että sen aiemmassa oikeuskäytännössä perhe-elämän suoja on eväty samaa sukupuolta olevilta pareilta valtion harkintamarginaalin perusteella.⁵⁷ Translaissa sekä adoptio- ja hedelmöityshoitolaissa syrjivä lähtökohta puolestaan sisältyy lakitekstiin. Tulisikin ymmärtää, etteivät laissa säädetyt määritelmät ole absoluuttisia tai annettuja, vaan ne ovat yhteiskunnallisen kehityksen tulosta ja heijastavat sen arvoja ja ennakkokäsityksiä. Seksuaalisuuden ja sukupuolen moninaisuus on yleisesti tunnettu asia, mikä tulisi huomioida myös lainsäädännössä; muunlainen lainsäädäntö on todellisuudesta vieraantunutta. Vanhemmuuden ja perheen määrittelyä lainsäädännössä tulisi muuttaa, koska seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin kohdistuva syrjintä perheoikeudellisissa asioissa juontuu suureksi osaksi määritelmistä.

4.2 Onko erilaiselle kohtelulle hyväksyttäviä syitä?

On toki tahoja, joiden mukaan perheen ja vanhemmuuden tulisi pysyä hetero- ja cisnormatiivisina.⁵⁸ Myös EIT:n mukaan perinteisen perheen suoja on sellainen hyväksyttävä syy, jolla epäedullisemman kohtelun voi oikeuttaa.⁵⁹ Tämä päämäärä on katsottu hyväksyttäväksi, koska on katsottu, että lapsen ja etenkin biologisen isän oikeuksia on suojattava. Perustelu on kyseenalainen. Muunlaisten kuin ”perinteisten” perheiden oikeuksien turvaaminen tuskin on uhka ”perinteisille” perheille. Vaikka tällaisiin perheisiin kuuluvien oikeuksia laajennettaisiin nykyisestä, se ei kaventaisi ”perinteisten perheiden” oikeuksia ainakaan merkittävästi.

YK:n lapsen oikeuksien yleissopimuksen 7 artiklassa määrätään lapsen oikeudesta tuntea vanhempansa ja olla mahdollisuuksien mukaan heidän hoidettavanaan.⁶⁰ Oikeus ei kuitenkaan ole rajoittamaton.⁶¹ Äitiyslakialoitteen ehdotus äitiyden vahvistamisesta hedelmöityshoitoa saavan naisen kumppanille ei loukkaa lapsen oikeutta tuntea vanhempansa sen enempää kuin mitä laki nykyiselläänkään; hedelmöityshoitolain 23 §:n mukaan lapsella on oikeus saada tietää

55 Fredman 2011, s. 196.

56 FRA 2010, s. 43.

57 Pajic v. Kroatia, 23.5.2016, § 62–63.

58 Esim. avioliittolain säilyttämistä nykyisellään kannattava Aito avioliitto ry.

59 X ja muut v. Itävalta, 19.2.2013, § 137.

60 LOS 20.11.1989.

61 Nieminen 2013, s. 329.

luovuttajan henkilöllisyys 18 vuotta täytettyään. Tiedon saaminen biologisesta isästä ja isyyden vahvistaminen ovat kaksi eri asiaa.⁶² Äitiyslakiehdotuksen mukaan äitiyden vahvistamisen edellytyksenä nimenomaisesti säädettäisiin, ettei isyyttä voida vahvistaa.

Eräiden tahojen mukaan perheen ja vanhemmuuden määritelmien tulisi pysyä nykyisellään, koska lapsen kannalta on parempi, että hänellä on kaksi eri sukupuolta olevaa vanhempaa. Tälle kannalle ei kuitenkaan ole tieteellistä tukea. Tutkimuksissa on jopa havaittu, että samaa sukupuolta olevien vanhempien kasvattamilla lapsilla on etuja verrattuna ”perinteisessä perheessä” kasvaneisiin ikätovereihinsa. He ovat esimerkiksi keskimäärin henkisesti kypsempinä ja heillä on parempi itsetunto.⁶³ Joka tapauksessa on lapsia, joita hoitaa kaksi samaa sukupuolta olevaa vanhempaa. Se, ettei heidän perhesuhteitaan turvata lainsäädännössä, asettaa heidät muita lapsia huonompaan asemaan. ”Täytyy olla isä ja äiti” –argumentin käyttäminen on ainakin Suomessa epäjohdonmukaista, sillä lainsäädännössä mahdollistetaan yksin adoptoiminen ja yksin elävän naisen hedelmöityshoito. Kielitäytymällä vahvistamasta äitiys biologisen äidin kumppanille ei ainakaan turvaa lapsen ”oikeutta” isään ja äitiin.⁶⁴ Oikeuskäytännössään EIT on katsonut, ettei perhesiteen vahvistamatta jättäminen estä henkilöitä elämästä perheenä käytännössä.⁶⁵ Mielestäni kanta on epälooginen. Perinteisesti perhe-elämää on pidetty elämänalueena, johon valtion ei ole tullut puuttua.⁶⁶ Valtion tehtäväksi on jäänyt nimenomaan perhesuhteiden ja niistä seuraavien oikeuksien, kuten perimisen, turvaaminen. Täten EIT:n argumentti tekee tyhjäksi keskeisen perhe-elämän suojaamista koskevan velvollisuuden.

Biologisen isän asema ei myöskään heikkenisi nykyisestä. Kuten olen edellä selostanut, äitiyslakiehdotuksen mukaan synnyttäjän naispuolisen kumppanin äitiyttä ei voitaisi vahvistaa, jos isyys voidaan vahvistaa. Luovuttaja taas voidaan vahvistaa isäksi vain hänen omalla suostumuksellaan. Äitiyden vahvistaminen siis edellyttää, että luovuttaja vapaaehtoisesti luopuu isyydestä. Lisäksi EIT on katsonut, ettei biologisen isän oikeus itsensä ja lapsen väliseen perhe-elämään ole absoluuttinen, ja painottanut ristiriitatilanteissa sosiaalista vanhemmuutta.⁶⁷ Ei ole kysymys myöskään ”isättömyyden lisäämisestä”.⁶⁸ Yksin tai yhdessä toisen naisen kanssa keinohedelmöitystä saavan naisen lapsella ei yleensä sukusolujen luovuttajan tahdosta riippuen muutenkaan ole isää. Äitiyden vahvistaminen synnyttäjän kumppanille ei siten vie lapselta pois mahdollisuutta isään, vaan helpottaa äidin saamista.

62 Nieminen 2013, s. 327.

63 Tästä ks. esim. Rosenthal (2013), s. 247.

64 Esimerkiksi YK:n lapsen oikeuksien sopimuksessa ei puhuta oikeudesta nimenomaan isään ja äitiin. Tähän oikeuteen vedotaan usein, mutta sillä ei ole lainsäädännöllistä pohjaa.

65 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997, § 50.

66 Esim. Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 69.

67 Kilkelly 2003, s. 49.

68 Tällaisesta kannasta ks. esim. Tanus, Sari: Esitetty äitiyslaki ei olisi kenenkään etu. Helsingin Sanomat, B 11, Mielpide. 14.10.2016.

Transsukupuolisten vanhempien osalta lainsäätäjät on korostuneen kiinnostunut lisääntymisprosessista ja siihen liittyvistä rooleista. Kuten olen edellä selventänyt, cis-het-parin hankkiessa lapsia biologia sivuutetaan herkästi niin isyys-, adoptio- kuin hedelmöityshoitoilaisakin ja painoa annetaan sosiaaliselle vanhemmuudelle. Kun kyseessä ovat transsukupuoliset henkilöt, vanhemmuuden biologista puolta painotetaan kohtuuttomasti, ja sillä perustellaan sterilisointia sukupuolen vahvistamisen edellytyksenä. Tämä aiheuttaa turhia ongelmia transsukupuolisille ja heidän perheilleen. Biologian merkityksen korostamista vanhemmuuden määrittelyssä tulisi välttää silloin, kun se ei ole kenenkään oikeuksien turvaamiseksi tarpeellista. Sen sijaan vanhemmuus tulisi olla mahdollista määrittää vanhemman sukupuoli-identiteetin mukaan: mieheksi itsensä kokeva tulisi voida vahvistaa isäksi, ja naiseksi itsensä kokeva äidiksi. Näin sukupuoli-identiteetin ja vanhemmuuden välisiltä ristiriidoilta vältyttäisiin. Voi myös kysyä, tarvitaanko isään ja äitiin jakautunutta vanhemmuutta ollenkaan. Tilanteessa, jossa biologinen vanhemmuus muutenkin väistyy sosiaalisen tieltä, ei olisi tavatonta, että puhuttaisiin vain ”vanhemmista” tai ”huoltajista”. Olennaista tulisi olla perhe-elämän turvaaminen ja elatusvelvollisuuden vahvistaminen, ja tämä tulisi tehdä yhdenmukaisilla kriteereillä perheenjäsenten seksuaalisesta suuntautumisesta ja sukupuoli-identiteetistä riippumatta.

Edellä mainituilla perusteilla katson, että ”perinteisen perheen” suojaa käytetään itseisarvona, koska ainakaan muunlaiset perheet eivät näytä muodostavan mitään merkittävää uhkaa ”perinteiseen perheeseen” kuuluvien oikeuksille. Väittäisin, että kyse on tosiasiaa perinteisten perhearvojen suojasta. Koska välitön syrjintä voidaan oikeuttaa vain erittäin painavilla perusteilla,⁶⁹ katson, ettei pelkästään arvojen suojaaminen voi oikeuttaa seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen epäedullisempaa kohtelua. Tällainen ei voi olla välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. Tiettyjen arvojen, kuten demokratian, oikeusvaltiollisuuden ja tasa-arvon toteutumisen turvaaminen on epäilemättä perusteltua. Arvojen hyväksyttävyyden ja tarpeellisuuden arvioinnin tulisi kuitenkin lähteä siitä, mitä ne antavat kansalaisille. Tässä tapauksessa näyttäisi siltä, että perinteisten perhearvojen sisältö on lähinnä hetero- ja cisnormatiivisuuden painottaminen, mikä johtaa oikeuksien turvaamisen sijaan seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen järjestelmälliseen syrjintään. Pahimmillaan tämä näkyy näiden vähemmistöjen stigmatisaationa ja ahdistuksena, joka johtaa yliedustukseen itsemurhatilastoissa.⁷⁰ Katson siksi, ettei perinteisten perhearvojen suoja voi muodostaa hyväksyttävää syytä erilaiselle kohtelulle.

5 PÄÄTELMIÄ

Sosiaalista todellisuutta ja biologiaa painotetaan vanhemmuuden määrittelyssä epäjohdonmukaisella tavalla, mikä johtaa seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin kuuluvien

69 Fredman 2011, s. 196–202.

70 The Trevor Project; Centers for Disease Control and Prevention.

oikeuksien loukkaamiseen ja syrjintään. Yleensä sosiaalinen näkökulma saa eniten painoarvoa, mutta seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen kohdalla biologista vanhemmuutta korostetaan siinä määrin, etteivät heidän tosiasialliset perhesuhteensa saa suojaa. Tätä tapahtuu sekä Suomen lainsäädännössä, että EIT:n oikeuskäytännössä. Suomessa erilainen kohtelu näkyy räikeällä tavalla hedelmöityshoitolaissa ja translaissa, ja niissä käsitykset vanhemmuudesta poikkeavat siitä, miten se muualla lainsäädännössä määritellään. EIT puolestaan ei vuosikymmeniä ole suojannut seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perhe-elämää tehokkaalla tavalla. Kyseessä ei ole keinojen tai periaatteiden pula, päinvastoin: EIT on painottanut perhe-elämän suojan soveltamisessa vanhemmuuden sosiaalista puolta ja todennut yksiselitteisesti, ettei erilainen kohtelu vain seksuaalisen suuntautumisen tai sukupuoli-identiteetin perusteella ole sallittua. Mikäli se soveltaisi itse luomiaan linjauksia yhdenmukaisesti, nykyistä useammassa tapauksessa 8 artiklaa yksin tai yhdessä 14 artiklan kanssa olisi katsottu loukatun. Näiden linjauksien noudattamatta jättäminen on johtunut nimenomaan tuomioistuimen hetero- ja cisnormatiivisesta perhekäsityksestä. Vaikuttaa myös siltä, että EIT on ollut haluton puuttumaan ongelmiin ja välttynyt ottamasta kantaa niihin vetoamalla valtion harkintamarginaaliin. Vaikka syrjintä seksuaalisen suuntautumisen ja sukupuoli-identiteetin perusteella on yksiselitteisesti kiellettyä, laajan harkintamarginaalin turvin valtiot ovat voineet määritellä perheen kansallisessa lainsäädännössä syrjivällä tavalla. EIT ei ole puuttunut näiden määritelmien syrjivyyteen, saati arvioinut oikeuttamisperusteita – useimmiten ”perinteisen perheen” suojaamista – kyllin tarkasti. Olisi korkea aika tunnistaa vallalla olevien käsitysten sisäänrakennettu hetero- ja cisnormatiivisuus ja puuttua tästä aiheutuvaan syrjintään.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Anderson, Michael, Approaches to the history of the western family, 1500 – 1914. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. (Anderson 1995)

European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European non-discrimination law. Luxembourg: Council of Europe, 2010. (FRA 2010)

European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European non-discrimination law: Case-law update July 2010 - December 2011. Luxembourg: Council of Europe, 2012. (FRA 2012)

Fredman, Sandra, Discrimination Law. Second edition. New York: Oxford University Press, 2011. (Fredman 2011)

Hart, Linda, Relational subjects. Family Relations, Law and Gender in the European Court of Human Rights. Academic dissertation. Helsinki: University of Helsinki, Department of Social Research, 2016. (Hart 2016)

Johnson, Paul R. Homosexuality and the European Court of Human Rights. Abingdon, Oxon: Routledge, 2013. (Johnson 2013)

Kilkelly, Ursula, The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights. Human Rights handbooks, No. 1. Strasbourg: Council of Europe, 2003. (Kilkelly 2003)

Nieminen, Liisa, Perus- ja ihmisoikeudet ja perhe. Helsinki: Talentum, 2013. (Nieminen 2013)

Nousiainen, Kevät – Pylkkänen, Anu, Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. Helsinki: Forum Iuris, 2001. (Nousiainen – Pylkkänen 2001)

Rosenthal, Martha, Human Sexuality: From Cells to Society. Florida: Florida Gulf Coast University, 2013. (Rosenthal 2013)

Virallislähteet

HE 19/2014 vp Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 56/2001 vp Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sukupuolen vahvistamisesta eräissä tapauksissa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 65/2015 vp Hallituksen esitys eduskunnalle eräiksi avioliittolain muutoksen edellyttämiksi lainmuutoksiksi.

LOS 20.11.1989 Yhdistyneiden kansakuntien yleissopimus lapsen oikeuksista

OM 187/52/2015 Kansalaisaloite äitiyslainsiksi.

STM/5023/2012 Valtakunnallisen sosiaali- ja terveysalan eettisen neuvottelukunnan ETENEn lausunto transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain muutostarpeista, 17.4.2013.

Oikeustapaukset

Boyle v. Yhdistynyt kuningaskunta. 16580/90 (EIT, 28.2.1994).

D.H. ja muut v. Tšekki. 57325/00. (EIT, 13.11.2007).

Dudgeon v. Yhdistynyt kuningaskunta. 7525/76 (EIT, 22.10.1981).

E.B. V. Ranska. 43546/02 (EIT, 22.1.2008).

Hämäläinen v. Suomi. 37359/09 (EIT, 16.7.2014).

Identoba ja muut v. Georgia. 73235/12 (EIT, 12.5.2015).

James ja muut v. Yhdistynyt kuningaskunta. 8793/79 (EIT, 21.2.1986).

Kerkhoven, Hinke & Hinke v. Alankomaat. 15666/89 (EIT, 19.5.1992).

Marockx v. Belgia. 6833/74 (EIT, 13.6.1979).

Mazurek v. Ranska. 34406/97 (EIT, 1.2.2000).

Pajic v. Kroatia. 68453/13 (EIT, 23.5.2016).

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugali. 33290/96 (EIT, 21. 12 1999).

Schalk ja Kopf v. Itävalta. 30141/04 (EIT, 24. 6 2010).

Soering v. Yhdistynyt kuningaskunta.14038/88 (EIT, 7.7.1989).

Vallianatos ja muut v. Kreikka. 29381/09 ja 32684/09 (EIT, 17.11.2013)

X ja muut v. Itävalta. 19010/07 (EIT, 19.2.2013).

X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta. 21830/90 (EIT, 22.4.1997).

Y.Y. v. Turkki. 14793/08 (EIT, 3.10.2015).

Elektroniset lähteet

Centers for Disease Control and Prevention. <http://www.cdc.gov/lgbthealth/youth.htm> (Viittauspäivä 3.5.2016).

Seta: Hlbtiq-sanasto. <http://seta.fi/hlbtiq/> (Viittauspäivä 11.6.2016).

The Trevor Project: Facts about suicide. <http://www.thetrevorproject.org/pages/facts-about-suicide> (Viittauspäivä 3.5.2016).

Trasek: Käsitteitä. <http://trasek.fi/perustietoa/kasitteita/> (Viittauspäivä 11.6.2016).

Aito avioliitto ry. <http://aitoavioliitto.fi/pa-svenska/> (Viittauspäivä 12.6.2016).

ELEMENTS OF STYLE

HELENA HAAPIO JA STEFANIA PASSERA: VISUALIZING LAW

All legal texts are not words on a paper. The traditional way of legal communication is complemented – and sometimes challenged – by legal infographics, which may be pictures, charts or even comics. Trailblazers of legal visualization Helena Haapio and Stefania Passera tell us why law needs good design. Helena Haapio is a lawyer and associate professor of business law at the University of Vaasa. Stefania Passera is a graphic designer and PhD student specialized in information design.

Why do you think visualizing law is important?

H: For me, visualization is about understanding: helping people convey and receive contractual or legal messages in a way that gets across as intended. Visualization can help us revolutionize the way contracts and the law are communicated, taught, and perceived.

S: Law is complex, but it is too essential a part of the society to leave it only to lawyers. Visualization can be used to show complexity and interconnectedness of legal concepts or it can be used in contracts to help parties succeed together. As an example, Robert de Rooy, an attorney from South Africa, created a brilliant employment comic-contract to empower seasonal fruit-pickers, who often have low levels of literacy.

Do you see a risk of ambiguity when using pictures rather than text?

H&S: As we see it, ambiguity has to do more with poor communication than with either words or pictures. Neither words nor pictures as such are a silver bullet: clear communication needs effort and empathy with the intended audience. The main point is to use all means of communication that drive the point home and decrease ambiguity – be it words or pictures. We suggest using words, icons and diagrams together, set in a good layout.

Moreover, if visualized contract images and text should ever contradict each other, the contract is interpreted just like text-only documents. Judges and arbitrators are certainly accustomed to doing so.

You have stated that lawyers should get more into the mode of thinking and acting as a designer. What do you think would be important to teach law students to promote this?

H&S: The first rule of being a good lawyer is to empathize with the end users and understand their needs. Secondly, it is crucial to let go of the myth of perfection. Innovations and novel ideas cannot be “planned into existence”, they require experimentation. Third, lawyers are in the communication business. It is crucial to make ideas concrete, understandable, and actionable.

All in all, sometimes it seems that some people – particularly lawyers – believe that by controlling words they can make things happen, but they forget that only people can do that. A more effective way to make things happen, in our opinion, is to understand people’s behavior, ambitions, and needs, so we can support and “nudge” them towards desirable actions through well-designed instructions, contracts, and laws.

You have said that legal visualization can deal with data, information or knowledge. How do you see the role of a lawyer in carrying out the legal visualization? How a multi-disciplinary approach could be promoted?

H&S: There are many different roles that lawyers can take, depending also on their interests and computer skills. Perhaps the most important skills are to be able to sketch ideas visually and be able to work in a multidisciplinary environment.

S: To promote multi-disciplinarity, it would be great to have cross-university cooperation, and have law students work together with business, design and technology students on service and information design projects. It is important to learn to explore ideas in a hands-on way.

H: While it is good to learn how to think like a lawyer, it is also good to unlearn and relearn. One needs to be able to think like a layperson or a business person. If you are a law student, I would recommend to take classes in other disciplines, especially in design thinking and communication.

Do you think that law studies make students less creative?

H: Perhaps temporarily, if law students are still taught to “think like lawyers” and to use text – the written word – as their primary or only tool. But they can learn to be more creative. No law requires them to use text only in their work products.

S: Maybe not less creative per se, you see people solving problems creatively within the profession. But the conception of what the profession is remains quite narrow. Perhaps not all needs and aspirations of the students are addressed within this narrow frame.

Lastly, would you like to say something to future lawyers?

H&S: Future lawyers need not rely on text only; they can rely on visualization as well. In the digital world, contracts and laws actually need a visual user interface. With a little help from designers, future lawyers can provide this. The benefits will be great for lawyers, clients, and the society.

Interview: Laura Salokangas.

SOVITTELU PERHE- JA LAPSIOIKEUDELLISISSA ASIOISSA - KUINKA LAPSEN ETU TOTEUTUU?

Laura Parkkisenniemi¹

Asiasanat:

Sovittelu, perheasioiden sovittelu, asiantuntija-avusteinen tuomioistuinsovittelu, lapsen etu

Keywords:

mediation, family mediation, court mediation of custody disputes, the best interests of the child

Abstract

In Finland 13 000–14 000 marriages end in divorce each year. In the majority of cases, parents reach an agreement on their children's custody, the living arrangements, the right of access and maintenance. When this fails, these issues are solved in custody trials that affect negatively the children, the parents and the society. Mediation is an alternative way of dispute resolution aimed to solve these conflicts without the harmful side effects.

This article analyzes the state of mediation in custody disputes in Finland from the perspective of the best interests of the child. What is the role of the child in mediation – and what should it be? The article discusses the findings of recent studies in the field and highlights some points to be taken into account in future legislative improvements. The article is particularly topical, as the Act on Child Custody and Right of Access will be reformed in the coming years. Similarly, the Finnish government is set out to enhance divorce-related services.

MEDIATION IN FAMILY CONFLICTS - ensuring the best interest of the child

1 The writer is a fifth year law student at the University of Helsinki. During my studies I have worked as a paralegal with child welfare and in a law firm specialized in family law. I would like to thank my editor Ville Linna for his contribution to this article and attorney Marja Pelli for introducing me to family mediation in the first place.

SISÄLLYSLUETTELO

1. Johdanto
2. Sovittelu lapsi- ja perheoikeudellisesta näkökulmasta
3. Perheasioiden sovittelu
 - 3.1. Perheasioiden sovittelun nykytilanne
 - 3.2. Perheasioiden sovittelun ongelmia
 - 3.3. Lapsen asema perheasioiden sovittelussa
4. Asiantuntija-avusteinen tuomioistuinsovittelu
 - 4.1. Asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun nykytilanne
 - 4.2. Asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun ongelmat
 - 4.3. Lapsen asema asiantuntija-avusteisessa tuomioistuinsovittelussa
5. Lapsen etu – suojelua ja osallisuutta
6. Lopuksi

Lähteet

I. JOHDANTO

Suomessa avioeroon päättyy vuosittain noin 13 000-14 000 liittoa ja eronneisuus on pysynyt samalla tasolla jo yli 20 vuotta.¹ Eron jälkeen suurin osa vanhemmista pystyy tekemään lapsia koskevat päätökset sovinnollisesti. Tällöin vanhemmat vahvistavat lapsen huoltoa, tapaamisoikeutta ja elatusta koskevan sopimuksen lastenvalvojan luona tai avioeron yhteydessä liitännäisasiana kärjääoikeudessa.

Suomen kärjääoikeuksissa käsitellään varsinaisina riitaisina asioina noin 2 000 lapsen huolto- ja tapaamisoikeusriitaa (jatkossa "huoltoriita") vuodessa.² Maija Auvinen on väitöskirjassaan jakanut huoltoriidat kolmeen perustyyppiin: tasapeliriidat, psykososiaaliset riidat sekä patologiset ja patologisoituvat riidat. Tasapeliriidassa riita käydään tasavertaisten vanhempien kesken, joiden huoltajuuskyky on tasavertainen. Psykososiaalisissa riidoissa toisella tai molemmilla vanhemmilla on psykososiaalisia ongelmia, kuten mielenterveyden häiriöitä tai päihteiden väärinkäyttöä, jotka aiheuttavat huoltajakyvyn alentumisen. Patologisissa ja patologistuvissa riidoissa vanhempien riita on pitkäaikainen ja vaikea, sekä vanhemmat ovat poikkeuksellisen kiinni omissa vaatimuksissaan ja asenteissaan.³ Edellä esitetyistä huoltoriitatyypeistä yksilöä ja valtiota kuormittavat eniten pitkittyneet uusintariidat.

Uusintariidat kuormittavat pahimmillaan useita eri viranomaisia. Lastensuojelun työntekijät ovat tuoneet esille uuden ongelmallisen suuntauksen, jossa aiheettomia lastensuojeluilmoituksia on tehty, koska vanhempien välillä vallitsee erokriisissä syvä epäluottamus tai halu mustamaalata toista vanhempaa. Myös poliisi on kirjannut aiheettomaksi osoittautuneita rikosilmoituksia, joissa takana on vanhempien eroriita.⁴ Tällainen toiminta pidentää mahdollista oikeusprosessia, kuluttaa virka-aikaa ja syventää vanhempien välillä vallitsevaa konfliktia. Syytökset kohdistuvat usein vakaviin rikoksiin, kuten lapsen pahoinpitelyyn tai seksuaaliseen hyväksikäyttöön.

Oikeudenkäynnissä vanhempien välinen konflikti oikeudellistuu ja vanhemmat ajautuvat vastakkainasetteluun.⁵ Vanhempi korostaa omaa erinomaisuuttaan ja nostaa esille toisen vanhemman heikkoudet. Pääkäsittelyyn edenneet huoltoriitaoikeudenkäynnit ovat kestäneet viime vuosina Helsingin ja Espoon kärjääoikeuksissa keskimäärin noin 11 kuukautta ja Oulun kärjääoikeudessa noin 12,5 kuukautta.⁶ Oikeudenkäynnin kesto vaikeuttaa perheen ja erityisesti

1 Tilastokeskuksen verkkosivut.

2 Tieto perustuu Optulan kolmelta kuukaudelta vuodenvaihteessa 2005–2006 keräämään aineistoon. Valkama, Lasola 2008, s. 11.

3 Auvinen 2006, s. 254.

4 Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niirikoski 2014, s. 9.

5 Auvinen 2006, s. 517.

6 HE 186/2013 vp, s. 5. Esityksen mukaan kyseisissä kärjääoikeuksissa pisin yksittäinen vaihe on sosiaalitoimen selvityksen hankkiminen, missä on kestänyt 8–10 kk. Suurin osa ajasta kuluu jonottamiseen, sillä itse selvitystyö kestää 2–3 kk.

lapsen sopeutumista uuteen tilanteeseen.⁷ Oikeudenkäynnissä tuomari ratkaisee vanhempien välisen juridisen riidan, mutta tuomarilla ei juurikaan ole mahdollisuutta selvittää niitä arkisia ongelmia, jotka aiheuttavat vanhempien välille toistuvia riitoja. Juridisten kysymysten taakse jäävät kaikki muut vanhempien väliset erimielisyydet, motiivit ja tunteet sekä kommunikaatio-ongelmat, jotka ylläpitävät konflikteja.⁸

Avioero vaikuttaa suuresti vanhempien ja lasten elämään. Perheen arki tulee järjestää uudelleen ja vanhempien alkaa rakentaa erovanhemmuutta oman kriisin keskellä. Tällaisessa tilanteessa lapsen etu voi helposti hukkaa kaiken muun alle. Lapsen asemaa koskevissa asioissa sovinnollista ratkaisua pidetään parhaana vaihtoehtona. Vanhemmat tuntevat lapsensa parhaiten ja sen vuoksi heitä pidetään lähtökohtaisesti parhaimpina henkilöinä arvioimaan, mikä on lapsen yksilöllisen edun mukaista. Sovittelun tarkoituksena on saada vanhemmat katsomaan tulevaisuuteen ja miettimään yhdessä lapsen parasta ja sitä, miten uusi arki tulisi rakentaa.

Syyskuussa 2016 oikeusministeriö asetti työryhmän valmistelemaan ehdotuksen lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan lain (8.4.1983/361, jäljempänä huoltolaki) uudistamiseksi. Asiasta lausunnon antaneet tahot ovat pitäneet tärkeänä kuntien sovittelupalvelujen ja varhaisen vaiheen tukeen liittyvien muiden palveluiden vahvistamista. Lausunnoissa on myös ehdotettu muun muassa pakollista eroneuvottelua ja sähköisten sovittelupalveluiden lisäämistä.⁹ Juha Sipilän hallituksen kärkihankkeena on lapsi- ja perhepalveluiden muutosohjelma (”LAPE”), jossa suunnitellaan ennalta ehkäisevien perhepalveluiden vahvistamista. ”Kärkihankkeen muutostyöhön on käytettävissä yhteensä 40 miljoonaa euroa vuosina 2016–2018, joten sen kautta voi odottaa merkittäviä muutoksia nykyiseen palvelujärjestelmään.”¹⁰ Hankesuunnitelmassa todetaan seuraavaa:

”Tavoitteena ehkäisevä ja varhainen tuki niin, että riitoja ja huoltokiistoja vähennetään, sovinnollisuutta ja vanhemmuuden jatkuvuutta vahvistetaan. Kartoitetaan erotilanteen palveluiden nykytilanne ja kehitetään tutkimuksen, viranomaisten, järjestöjen ja seurakuntien yhteistyönä (maakuntien) uusi palvelukokonaisuus, jossa kohdataan kaikki eroa harkitsevat vanhemmat. Oikeusministeriössä valmisteltavassa lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan lain uudistamistyö sovitetaan yhteen kärkihankkeessa tehtävän eropalvelujen kehittämisen kanssa.”¹¹

7 Käsittelyn pitkittyessä lapsen olosuhteet vakiintuvat toisen vanhemman luokse, millä on merkitystä lapsen asumiskysymystä ratkaistaessa (status quo). Lisäksi, mikäli lapsen yhteydenpito toiseen vanhempaan on katkenut, oikeudenkäynnin pitkittyminen vieraannuttaa lasta edelleen vanhemmasta ja vaikeuttaa suhteen uudelleen luomista. Ks. Aaltonen 2009 s. 145–146.

8 Aaltonen 2015, s. 71–72.

9 OM 35/2016, s. 27.

10 OM 12/2016, s. 125.

11 Lapsi- ja perhepalveluiden muutosohjelman hankesuunnitelma, s. 23.

On todennäköistä, että sovittelun asema vahvistuu näiden muutosten myötä. Perhepalveluiden vahvistaminen on ensisijainen keino, kun pyritään vähentämään huoltoriitojen aiheuttamaa kuormitusta. Varhaisen vaiheen puuttuminen on sekä perheiden että valtion edun mukaista¹².

Tämän artikkelin tarkoituksena on antaa yleiskuva perheasioiden sovittelusta ja asiantuntija-avusteisesta tuomioistuinsovittelusta sekä lapsen edusta ja asemasta sovittelussa. Näkökulma on oikeuspoliittinen ja lapsioikeudellinen. Artikkelin alussa esitellään sovittelua lapsi- ja perheoikeudellisesta näkökulmasta. Seuraavaksi siirrytään perheasioiden sovittelun ja asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun esittelyyn kiinnittäen huomiota lapsen etuun. Lapsen etu on käsitteenä avoin tulkinnalle ja tässä artikkelissa pyritäänkin tuomaan esille yksi näkökulma, miksi ja miten sovittelu on lapsen edun mukaista.

2. SOVITTELU LAPSI- JA PERHEOIKEUDELLISESTA NÄKÖKULMASTA

Lapsiasioiden sovittelun juuret ovat 1960-luvun Yhdysvalloissa. Taustalla vaikuttivat lisääntyneet avioerot toisen maailmansodan jälkeen. Alun perin sovittelulla pyrittiin vähentämään avioerojen määrää. Näihin aikoihin lapset harvemmin näkivät isää avioeron jälkeen, joten äiti huolehti lapsen elämästä yksin. Nykypäivänä isät ovat yhä kasvavassa määrin mukana lapsen elämässä avioeron jälkeen tasavertaisena vanhempana.¹³

Yhdysvalloista sovittelu laajeni vähitellen muihin anglosaksisiin maihin ja Manner-Eurooppaan.¹⁴ Lapsiasioiden sovittelua on muokattu eri yhteyksiin ja eri maiden järjestelmiin sopiviksi. Nykypäivänä lapsiasioiden sovittelun tavoitteena ei ole avioeron estäminen, vaan auttaa perhettä järjestäytymään uudella tavalla. Sovittelussa pyritään opettamaan vanhemmille konfliktinratkaisutaitoja ja auttaa heitä keskittämään ajatuksensa lapsen etuun.¹⁵

Nykyään sovittelua tarjotaan laajalti. Suomeen modernimpi versio sovittelusta rantautui 1987 avioliittolain (13.6.1929/234) mukana, johon sisältyi määräyksiä perheasioiden sovittelusta. Lisäksi tuomarit ovat jo pitkään pyrkineet edistämään sovintoa vanhempien välillä oikeudenkäynnin yhteydessä. Vuonna 2006 voimaan tullut laki riita-asioiden sovittelusta

12 Käräjäoikeuksissa käsiteltävissä huoltoriidoissa julkista oikeusapua saa noin 57 %. Hovioikeusvaiheessa oikeusavun saajien osuus on jo 70 %. Huoltoriidoista aiheutuu valtiolle kuluja myös mahdollisesti useassa muussa viranomaisessa, kuten sosiaalitoimessa, poliisissa ja lastensuojelussa. Oikeusavusta ks. Valkama, Lasola 2008, s.87.

13 Ervasti, Nylund 2014, s. 433.

14 Lapsiasioiden sovittelun kannalta keskeisiä henkilöitä ovat Yhdysvalloissa 1970–1980 luvulla aiheesta teoksia kirjoittaneet O.J. Coogler, John Haynes ja Donald Saposnek. Myöhemmin malleja on kehitetty lisää ja lapsi- ja perheasioiden sovittelusta on ilmestynyt runsaasti kirjoja. Euroopassa esimerkiksi Maria Roberts ja Lisa Parkinson on kirjoittanut aiheesta teoksia, joista jälkimmäinen on myös useaan otteeseen luennoinut aiheesta Suomessa muun muassa FASPER-hankkeen yhteydessä. Ks. Ervasti, Nylund 2014, s. 435–436.

15 Ervasti, Nylund 2014, s. 436.

yleisissä tuomioistuimissa (26.8.2005/663) mahdollisti varsinaisen sovittelun käytön myös lapsioikeudellisissa asioissa. Laki kumottiin vuonna 2011 ja samalla säädettiin laki riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa (29.4.2011/394, jäljempänä tuomioistuinsovittelulaki). Suuri harppaus tuomioistuinsovittelun osalta tapahtui, kun vuonna 2014 asiantuntija-avusteinen huoltoriitojen tuomioistuinsovittelu otettiin käyttöön vakinaisena ja valtakunnallisena järjestelmänä.¹⁶

Suomessa sovittelu perustuu vapaaehtoisuuteen ja näin on myös muualla Euroopassa. Poikkeuksen muodostaa Norja, jossa vanhempien on osallistuttava pakolliseen sovitteluun ennen kuin he voivat viedä erimielisyytensä oikeuden käsittelyyn. Tätä menettelyä on kritisoitu, sillä sen tuloksellisuus on ollut heikko. Ilman osapuolten aitoa halua neuvotella sovittelu tuskin voi johtaa tulokseen. Ranskassa ja Saksassa tuomari voi velvoittaa huoltoriidan osapuolet osallistumaan sovitteluun koskevaan tiedostustilaisuuteen. Englannissa ja Walesissa tiedostustilaisuuteen osallistuminen on edellytys oikeudenkäynnin vireille panemiseksi.¹⁷ Suomessakin on huoltolain uudistuksen lausuntokierroksen yhteydessä esitetty yhdeksi mahdollisuudeksi pakollista eroneuvottelua tai sovitteluun ennen asian viemistä tuomioistuimeen.¹⁸

Sovittelu on ristiriitojen ratkaisemisen tähtäävää työskentelyä, jossa puolueeton ja neutraali kolmas osapuoli, eli sovittelija, auttaa riidan osapuolia neuvottelemaan riitakysymyksistä ja löytämään niihin vapaaehtoisuuteen perustuvan sovinnon.¹⁹ Neuvottelusta se eroaa siinä, että sovittelu merkitsee aina kolmannen osapuolen väliintuloa. Neutraali ja puolueeton sovittelija auttaa osapuolia itseään löytämään ratkaisun erimielisyyksiinsä, jolloin konfliktin ratkaisemisen vastuu säilyy kuitenkin riidan osapuolilla.²⁰

Sovittelua käytetään keskenään hyvin erilaisten konfliktien ratkaisemiseen. Ongelmallista on, että ”sovittelu”-sanaa käytetään varsin kirjavasti kuvaamaan monenlaista sopimukseen tähtäävää toimintaa.²¹ Sovittelun erottaminen muista konfliktinratkaisumenetelmistä erilliseksi menettelyksi on tärkeää, sillä se selkeyttää toimijoiden rooleja ja erottaa sovittelijan tehtävän muista ammatillisista tehtävistä. Sovittelun erillisyyttä muista perhekonfliktien käsittelytavoista edistää sovittelutyössä käytettävien työkalujen²² kehittymistä. Tämä palvelee myös vanhempia, jotka pystyvät paremmin arvioimaan asiaansa parhaiten sopivan menettelyn ja valmistautumaan siihen.²³

16 Ervasti, Nylund 2014, s. 436.

17 Aaltonen 2015, s. 35.

18 OM 35/2016, s. 28.

19 Ks. Aaltonen 2015 s.34 ja vastaavasti Ervasti, Nylund 2014, s. 133.

20 Aaltonen 2015, s.34.

21 Esimerkiksi sosiaalityössä monenlainen auttamis- ja tukemistyö mielletään sovitteluksi. Usein työntekijöilläkään ei ole selkeää käsitystä, mitä sovittelu on ja miten se eroaa muusta auttamis- ja tukemistyöstä. ks. Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, passim.

22 Sovittelijan työkaluja ovat muun muassa aktiivinen kuuntelu, kysyminen, peilaaminen ja yhteenvetojen tekeminen. Sovittelijan työkaluista ks. Aaltonen 2015 s. 213–262 ja Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 30–31.

23 Aaltonen 2015, s. 33–34.

Sovittelun tavoitteista, toteuttamistavoista ja sovittelijan tehtävistä on runsaasti erilaisia näkemyksiä, minkä vuoksi myös sovittelumalleja on useita erilaisia.²⁴ Yleisesti käytettyjä sovittelumalleja ovat fasilitatiivinen, evaluatiivinen ja transformatiivinen sovittelumalli.²⁵ Lapsiasioiden sovittelu painottuu fasilitatiivisiin sovittelumalleihin. Fasilitatiivisessa (auttava, tukeva) sovittelussa konflikti ymmärretään osapuolten väliseksi ongelmaksi, jossa sovittelija on ulkopuolinen, eikä hän ota kantaa sisällöllisiin kysymyksiin, vaan ohjaa keskustelua ja edistää osapuolten välistä kommunikaatiota. Tällöin osapuolten intressit ja tavoitteet saavat tilan tulla kuulluksi.²⁶

Lasta ja perhettä koskeissa konflikteissa tulee korostuneesti esille varsinaisen konfliktin ja oikeusriidan välinen ero. Tuomioistuimien antama oikeudellinen ratkaisu, mutta konflikti voi jatkua, sillä tuomioistuimissa ei voida keskittyä konfliktin taustoihin, joissa saattaa vaikuttaa esimerkiksi mustasukkaisuus tai petetyksi tuleminen. Fasilitatiivisessa sovittelussa voidaan keskustella vanhemmille tärkeistä asioista, jotka ylläpitävät konfliktia. Tavoitteena ei siis ole aineellisen oikeuden mukainen ratkaisu, vaan osapuolten tarpeita ja lapsen etua vastaavaan sopimukseen pääseminen²⁷.

3. PERHEASIOIDEN SOVITTELU

3.1. Perheasioiden sovittelun nykytilanne

”Perheasioiden sovittelulla tarkoitetaan sovittelua lapsen huoltoa, asumista, tapaamisoikeutta ja elatusta koskeissa asioissa sekä perheen muissa asioissa, joissa vanhemmat harkitsevat eroa tai perheenjäsenet tarvitsevat muuta apua.”²⁸ Perheasioiden sovittelusta säädetään avioliittolain 5 luvussa ja sosiaalihuoltolain (17.9.1982/710) 14 §:ssä. Perheasioiden sovittelun järjestäminen on määrätty kuntien tehtäväksi. Perheasioiden sovittelua voivat tehdä myös yhteisöt tai henkilöt, jotka ovat saaneet aluehallintoviraston luvan tähän toimintaan. Luvansaaneina sovittelijoina ovat toimineet lähinnä kirkon perheasiainneuvottelukeskuksissa työskentelevät perheneuvojat.²⁹

Perheasioiden sovittelun käyttöalue on avioliittolain mukaan varsin laaja. Tavoite on, että perheessä esiintyvät ristiriidat ja oikeudelliset asiat tulisi ensisijaisesti selvittää asianosaisten välisissä neuvotteluissa ja ratkaista sopimuksella (avioliittolaki 20 §). Sovittelijan tulee pyrkiä saamaan aikaan luottamuksellinen ja avoin keskustelu perheenjäsenten välillä. Hänen tulee pyrkiä saamaan aikaan yhteisymmärrys siitä, miten perheessä esiintyvät ristiriidat voidaan ratkaista kaikkien asianosaisten kannalta parhaalla mahdollisella tavalla. Sovittelijan tehtävänä

24 Aaltonen 2015, s. 37.

25 Eri sovittelumalleista laajemmin ks. Ervasti, Nylund 2014, s. 138–194.

26 Aaltonen 2015, s. 37.

27 Ks. Aaltonen 2015, s. 37–38 ja Ervasti, Nylund 2014, s. 439–440.

28 Ervasti, Nylund 2014, s. 465.

29 Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 11–12.

on erityisesti kiinnittää huomiota perheeseen kuuluvien alaikäisten lasten aseman turvaamiseen (avioliittolaki 21 §).

”Perheasioiden sovittelu on vapaaehtoista ja luottamuksellista. Sen periaatteita ovat neutraalius ja puolisoiden välisen valtasuhteen tasapainottaminen.”³⁰ Itse menettelylle ei ole määrämuotoja, vaan eri toimipaikat ovat kehittäneet omia mallejaan ja toimintatapojaan.³¹ Perheasioiden sovitteluun voi hakeutua avioliiton aikana, kun eropäätös on jo tehty tai jos esimerkiksi voimassaolevan tapaamissopimuksen toteutumisessa on ongelmia. Näin ollen toimintatavat vaihtelevat myös sen vuoksi, että vanhemmat voivat olla hyvin erilaisissa tilanteissa. Perheasioiden sovittelu ei ole neuvontaa tai terapiaa, vaan siinä pyritään päämäärään, kuten esimerkiksi yhteiseen sopimukseen. Sovittelijalla on vastuu prosessista, mutta ei sen aikana mahdollisesti tehdystä ratkaisusta.³²

Perheasioiden sovittelu tarjoaa vanhemmille mahdollisuuden neuvotella lapsen asioista sovittelijan tukemana. Vanhemmat itse päättävät, mistä asioista he sopivat ja sovittelijan tehtävä on ohjata heitä kysymyksillä ja auttaa heitä näkemään lapsen näkökulman. Tarkoituksena on rakentaa eronjälkeistä vanhemmuutta.³³

3.2. Perheasioiden sovittelun ongelmia

Suomen sovittelufoorumin FASPER-hankkeen³⁴ aikana nousi esille useita perheasioiden sovittelun ongelmakohtia.³⁵ Hankkeen aikana selvisi, että usein sosiaalitoimen työntekijä määrätään sovittelijaksi ilman koulutusta ja opastusta. Sovittelun käsite on vielä toistaiseksi ollut vanhemmille sekä työntekijöille paikoittain epäselvä, jolloin sovittelun kaltainen toiminta sekoittuu muihin eropalveluihin varsinkin silloin, jos sovittelijana joutuu toimimaan kouluttamaton henkilö. Tämä on ongelmallista, sillä sovittelijalla pitäisi olla selkeä sovittelijan rooli, eikä se saa sekoittua esimerkiksi terapeutin rooliin. Sovittelun tarkoituksen ymmärtäminen on myös

30 Taskinen 2001, s.53.

31 Päijät-Hämeen malliksi kutsuttu perheasioiden sovittelu mahdollistaa esimerkiksi lapsen osallistamisen, mistä on saatu hyviä kokemuksia. Usein lapsen toiveet eron jälkeen liittyvät hyvin arkisiin asioihin, kuten viikoittaisten harrastusten toteutumiseen tai lemmikkieläimen asuinpaikkaan. Lapselle on apua puhua erosta ulkopuoliselle taholle ja saada äänensä kuuluviin turvallisesti vanhempien eron keskellä ja toisaalta vanhemmat huomaavat, että lasten toiveet ovat käytännönläheisiä ja toteuttamiskelpoisia, mikä lisää heidän uskoa hyvään vanhemmuuteen. Päijät-Hämeen malli ei kuitenkaan juurtunut laajamittaisesti Suomeen. Ks. Taskinen 2001, s. 55–60.

32 Taskinen 2001, s. 53.

33 Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 22.

34 Suomen sovittelufoorumi ry käynnisti yhteistyössä Helsingin yliopiston kanssa vuoden 2009 lopulla FASPER-hankkeen tutkimaan fasilitatiivisen sovittelun mahdollisuuksia perheiden konfliktien käsittelyssä ja kehittämään uusia toimintamalleja. Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 5.

35 FASPER-hanke selvitti, miten fasilitatiivista sovittelua voisi hyödyntää perheiden konflikteissa ja miten antaa hankkeen avulla perheasioiden sovittelulle uusi startti ja päivittää sen sisältö uusia konfliktiteoreettisia ajatuksia vastaaviksi. Ks. Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, passim.

vanhempien kannalta tärkeää, sillä heidän tulisi tietää millaisessa prosessissa he ovat mukana ja miten menettely etenee.³⁶ Sovittelijoille on ylipäänsä aiemmin ollut niukasti tarjolla koulutusta, mihin FASPER-hanke pyrki vastaamaan luomalla sovittelijoille kahdeksanpäivää kestävästä koulutusmallin.³⁷

FASPER-hanke ja aluehallintovirastot ovat yhteistyössä järjestäneet perheasioiden sovittelijan perusopinnot -opintokokonaisuuksia ympäri Suomea, minkä seurauksena FASPER-hankkeen kehittämä koulutusmalli on levinnyt valtakunnallisesti. Koulutetut sovittelijat eivät kuitenkaan voi toimia kunnolla, jos kuntien palvelujärjestelmät perheasioiden sovittelun osalta eivät ole tarkoituksenmukaisesti järjestetty. Tämän vuoksi on tärkeää, että kunnilla on eriytetty perheasioiden sovittelu osana perhepalveluita. Kuntien yhteistyöstä perheasioiden sovittelun järjestämiseksi on saatu FASPER-hankkeen aikana positiivisia kokemuksia³⁸, joita voitaisiin mielestäni käyttää laajemmalti hyväksi.

FASPER-hankkeen työryhmän mukaan perheasioiden sovittelun keskiössä tulisi olla lapsen tulevaisuus sekä hyvä erovanhemmuus. Sovittelijalla pitäisi olla taito saada vanhemmat katsomaan eteenpäin ja ratkaisemaan yhdessä, miten lapsen ja sitä kautta vanhempien arki järjestetään tulevaisuudessa. Usein vanhemmilla on keskinäistä epäluottamusta, jolloin toisen kyky toimia vanhempana kyseenalaistetaan. Sovittelijan tulisi saada vanhemmat ymmärtämään, että vaikka toinen vanhempi hoitaisi lasta ja järjestäisi asiat eri tavalla kuin itse, tulisi silti voida luottaa toisen vastuullisuuteen ja kykyyn toimia vanhempana.³⁹ Itse olen hieman eri mieltä siitä, ettei vanhempien tulisi antaa keskittyä parisuhteen aikaisiin asioihin, sillä usein juuri parisuhteen aikaiset loukkaukset vaikuttavat negatiivisesti myös näkemykseen entisestä puolisoista vanhempana. Jos näitä ei ratkaista, voi konfliktia ylläpitävät asiat jäädä selvittämättä aiheuttaen konflikteja tulevaisuudessa. Toisaalta sovittelun ei tulisi olla terapiaa, ja siksi tulisi mahdollisesti miettiä vanhempien ohjaamista perheterapiaan ennen kuin itse sovittelu voitaisiin aloittaa. Palvelun tulisi kuitenkin olla kiireellisesti saatavilla, jottei sovittelun aloittaminen ja lapsen tilanteen selkiytyminen viivästyisi kohtuuttomasti.

Perheasioiden sovittelun puutteet näkyvät myös lastensuojelussa. Mikäli perheasioiden sovittelua saataisiin kehitettyä, lastensuojelun ylikuormitettu tilanne voisi helpottua. Perheasioiden sovittelun voisi ymmärtää ennaltaehkäisevänä lastensuojelutyönä. Vanhempien väliseen konfliktiin varhaisessa vaiheessa puuttuminen voisi vähentää lastensuojeluilmoitusten määrää ja lastensuojelutarvetta.⁴⁰

36 Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s.12–13.

37 Koulutusmallissa keskeistä on tarjota koulutettaville perheasioiden sovittelussa tarjottavia työvälineitä. Koulutus sai hyvän palautteen, jonka mukaan koulutus jäseni käsitystä sovittelusta ja tarjosi konkreettisia työvälineitä sovittelijana toimimiseen. Ks. Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 38–40.

38 Ks. sovittelun palvelukonsepti Järvenpään, Keravan ja Tuusulan perheoikeudellisessa yksikössä. Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 35–37.

39 Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, passim.

40 Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s.15.

Hallituksen esityksessä eduskunnalle laeiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain, riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain 5 ja 10 §:n sekä sosiaalihuoltolain 17 §:n muuttamisesta vuonna 2013 on todettu seuraavaa:

”Useat selvitykset osoittavat, etteivät kuntien tarjoamat sovintopalvelut toimi kaikkialla. Vaikka perheasioiden sovittelu on osassa kuntia järjestetty hyvin, monin paikoin tarjonta on riittämätöntä ja puutteellista.”⁴¹

Useat tahot toivoivatkin, että samanaikaisesti, kun asiantuntija-avusteisten huoltoriitojen tuomioistuinsovittelua koskeva lainsäädäntö uudistettiin, olisi myös tehty toimenpiteitä perheasioiden sovittelun osalta.⁴² Hallituksen esityksen saamista lausunnoissa useat tahot toivat esille, että eropalveluja tulisi kehittää kokonaisuutena ja korostettiin, että painopisteen sovittelu- ja sopimuspalveluissa tulisi olla kunnan tarjoamissa peruspalveluissa eli lastenvalvojan sopimusneuvotteluissa ja perheasioiden sovittelussa. Useat lausunnonantajat kiinnittivät huomioita kunnallisten eropalveluiden puutteellisuuteen ja edellyttivät niiden kuntoon saattamista. Vaarana nähtiin, että muussa tapauksessa vanhemmat hakeutuisivat tuomioistuinsovitteluun sellaisissakin tilanteissa, joissa tulisi saada apua kunnallisilta palveluilta.⁴³ Mielestäni huoli on hyvinkin aiheellinen. Tämän vuoksi on ensiarvoisen tärkeää, että uudistettaessa lakia lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta kiinnitetään huomiota myös hallituksen kärkihankkeeseen eli lapsi- ja perhepalveluiden muutosohjelmaan. Tarjolla olevia sovittelupalveluita ja niitä koskevaa lainsäädäntöä tulisi aina tarkastella kokonaisuutena mahdollisimman toimivan palvelujärjestelmän aikaansaamiseksi.

Monet toimijat ovat tuoneet esille, että lainsäädäntö perheasioiden sovittelun osalta on puutteellista.⁴⁴ Perheasioiden sovittelu on avioliittolain mukaan luottamuksellista. Muiden tarkempien määräysten ja vaatimusten puuttuessa sovittelun toteuttaminen ja menettely sovittelussa vaihtelee palveluntarjoajasta riippuen.⁴⁵ Lisäksi oikeuskirjallisuudessa on katsottu olevan epäselvää, onko perheasioiden sovittelussa kyse sovittelusta vai siitä, että osaa sovittelun menetelmistä käytetään yhdistettynä muuhun toimintaan.⁴⁶ Näkemykseni mukaan sovittelun laadun ja sovittelijan ammattitaidon varmistamiseksi lakiin tulisi tehdä kirjaus sovittelijan pätevyysvaatimuksista. Avioliittolain mukaan sosiaali- ja terveysministeriö

41 HE 186/2013 vp, s. 8.

42 FASPER-hankkeen työryhmän mukaan huoltoriitojen tuomioistuinsovittelua koskevaa lainsäädäntöä tehtäessä tulisi tarkastaa perheasioiden sovittelua koskeva lainsäädäntö. Näitä kahta sovittelumenettelyä tulisi tarkastella kokonaisuutena myös lainsäädännöllisesti. Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 59.

43 HE 186/2013 vp, s.21.

44 Ks. myös Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 59.

45 Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 12–13. Lisäksi Euroopan Unioni on jo vuonna 1998 nostanut esille perheasioiden sovittelun tärkeyden: Euroopan neuvoston suositus Recommendation No R (98) 1.

46 Ervasti, Nylund 2014, s. 465.

antaa tarkemmat ohjeet perheasioiden sovittelusta (avioliittolaki 22 §). Mikäli lainsäädäntöön ei tule tarkempia ohjeita perheasioiden sovittelun järjestämisvelvollisuuden toteuttamisesta, tulisi sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön olla asian osalta aktiivinen ja kehittää kunnille tarjottava esimerkki perheasioiden sovittelun palvelujärjestelmästä, jonka taso olisi kunnilta vaadittava. Myös FASPER-hankkeen työryhmän mukaan perheasioiden sovittelun suunnittelu-, ohjaus- ja valvontakäytännöt tulisi päivittää.⁴⁷

Tällä hetkellä aluehallintovirasto on toiminut lähinnä luvan myöntäjänä, mutta sen roolia valvovana elimenä tulisi lisätä. Aluehallintoviraston valvonta voisi lisätä palvelujen yhtenäisyyttä ja sitä kautta parantaa asiakkaiden yhdenvertaisuutta. Ensisijaisesti tulisi kuitenkin saada laintasonen kirjaus sovittelijoiden pätevyysvaatimuksista. Samaan on kiinnittänyt huomiota Suomen sovittelufoorumi ry lausunnossa, joka annettiin selvitettyä huoltolain muutostarpeita.⁴⁸ Mikäli sovittelijan pätevyysvaatimus tai määräaika sovittelun aloittamiselle kirjattaisiin lakiin, tulisi lain valmisteluvaiheessa kuitenkin perusteellisesti selvittää kuntien tosiasialliset valmiudet noudattaa lain vaatimuksia.

3.3 Lapsen asema perheasioiden sovittelussa

Avioliittolain mukaisessa perheasiainsovittelussa sovittelijan tehtävänä on erityisesti kiinnittää huomiota perheeseen kuuluvien alaikäisten lasten aseman turvaamiseen (avioliittolaki 21 §). Avioliittolain ei ole normia lapsen kuulemisesta sovittelussa. Perheasiainsovittelu on kuitenkin sosiaalihuoltolain 14 §:ssä tarkoitettua toimintaa. Sosiaalihuoltolain mukaan lapselle on turvattava hänen ikäänsä ja kehitystasoaan vastaavalla tavalla mahdollisuus saada tietoa häntä koskevassa asiassa ja esittää mielipiteensä ja toivomuksensa (sosiaalihuoltolaki 32 §). ”Pohdittavaksi tulee toisaalta lapsen oikeus tulla kuulluksi itseään koskevassa asiassa ja toisaalta lapsen oikeus saada suojelua. Perheasiainsovittelussa lapsia kuullaan vaihtelevasti riippuen siitä, missä ja miten sovittelu toteutetaan.”⁴⁹ Lapsen osallistumisesta sovitteluprosessiin ei ratkaistu FASPER-hankkeen aikana. Hanke keskittyi enemmän kohdentamaan vanhempien huomion lapsen tarpeisiin, mutta ratkaisematta jäi, milloin sovittelijan tulisi tavata lapsi osana sovitteluprosessia.⁵⁰ Aiemmin lapsikeskeisessä perheasioiden sovittelussa eli niin sanotussa Päijät-Hämeen mallissa lapsia on tavattu osana sovittelua.⁵¹

Näkemykseni mukaan lapsen tapaaminen osana perheasioiden sovittelua on ristiriitainen kysymys, joka tulee ratkaista tapauskohtaisesti ottaen huomioon jokaisen lapsen ja perheen yksilöllinen tilanne. Päijät-Hämeen perheneuvolassa saatujen kokemusten perusteella monelle lapselle oli vapauttavaa nähdä vanhemmat keskustelemassa asiallisesti ja yhteisymmärryksessä

47 Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 60.

48 OM 35/2016, s. 28.

49 OM 12/2016, s. 64.

50 Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014, s. 55.

51 Päijät-Hämeen lapsikeskeisestä perheasioiden sovittelusta ks. Taskinen 2001, s. 55–60.

lapsen asioista, mikä lisäsi lasten turvallisuudentunnetta. Myös vanhemmat huojentuivat usein kuullessaan lasten toiveiden olevan käytännönläheisiä ja toteuttamiskelpoisia.⁵² Tällaiset kokemukset puhuvat lapsen osallistamisen puolesta. Ratkaistaessa kysymystä lapsen osallisuudesta perheasioiden sovittelussa tulisi tämän kaltaisia kokemuksia käyttää apuna ja laajasti selvittää myös ulkomailla saatuja tuloksia lasten kuulemisesta osana sovittelua.

Näkemykseni mukaan olosuhteet lapsen osallistamiseen ovat perheasioiden sovittelun aikana paremmat kuin esimerkiksi tuomioistuinsovittelun aikana, koska perheasioiden sovittelu on varhaisen vaiheen palvelu. Ensisijaisesti lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevat riidat liittyvät vanhempien väliseen konfliktiin. Kuitenkin kaiken keskiössä on lapsi, jonka elämän uudelleen järjestämisestä on kyse. Usein puhutaan tavoitteesta kohdata kaikki eroavat vanhemmat, mutta mielestäni ajatusmallia tulisi laajentaa siten, että kohdattaisiin kaikki eroavat perheet, mikä sisältää myös lapsen kohtaamisen. Kohtaamisella en tarkoita välttämättä lapsen henkilökohtaista tapaamista, vaan lapsen tilanteen perusteellista selvittämistä, tapahtuu se sitten vanhempien avulla tai lasta henkilökohtaisesti tapaamalla. Lapsen tilanne tulee olla perusteellisesti tiedossa, jotta voidaan varmistua lapsen yksilöllisen edun mukaisesta ratkaisusta.

Ero aiheuttaa lapselle hämmennystä, mistä hän ei välttämättä osaa tai pysty puhumaan kriisissä olevalle vanhemmalle. Tällöin sovitteluun osallistuminen sovittelijan kanssa käytävän keskustelun kautta on mielestäni lapsen edun mukaista, jos lapsi siihen kehitystasonsa ja yksilöllisten ominaisuuksiensa perusteella on valmis. Tärkeää on, että lapsi saa kertoa omista toiveistaan ja odotuksistaan, mutta hän ymmärtää, ettei ole vanhempien välisessä konfliktissa ratkaisijan asemassa. Sovittelun ei kuitenkaan tulisi lapsellekaan olla terapiaa.

4. ASIANTUNTIJA-AVUSTEINEN TUOMIOISTUINSOVITTELU

4.1. Asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun nykytilanne

”Tuomioistuinsovittelu on tuomioistuimessa toteutettava, oikeudenkäynnistä erillinen menettely, jota voidaan käyttää sekä riita-asioissa että hakemusasioina käsiteltävinä lapsen huoltoa, tapaamisoikeutta ja elatusta koskevissa asioissa. Sovittelijana toimii tuomioistuimen tuomari, joka voi käyttää apunaan sovitteluavustajaa.”⁵³

Menettely yhdistää kahden ammattikunnan osaamisen.

Tuomioistuinsovittelun käyttöön ottaminen huoltoriidoissa on tapahtunut hitaasti. Uuden suunnan antoi oikeusministeriön vuoden 2011 alussa aloittama asiantuntija-avusteista huoltoriitojen tuomioistuinsovittelua koskeva Follo-kokeilu.⁵⁴ Follo-kokeilulla oli monia tavoitteita kuten

52 Taskinen 2001, s. 60.

53 Aaltonen 2015, s. 41.

54 Nimi on peräisin Norjassa 1990-luvun lopulla Indre Follon -kaupungissa aloitetusta projektista, jossa kokeiltiin asiantuntija-avustajan käyttämistä huoltoriitaoikeudenkäynnissä, ks. OM 25/2013, s. 47, ja Salminen 2012, passim.

vanhempien erimielisyyksien nopea käsittely ja sitä kautta riidan syvenemisen ja laajenemisen ehkäiseminen. Tarkoituksena oli saavuttaa lapsen edun mukainen kestävä sovinto, lyhentää huoltoriitojen käsittelyaikoja ja vähentää tuomioistuimen ja sosiaalitoimen työtaakkaa.⁵⁵ Follo-kokeilusta saadut tulokset olivat hyviä ja asiantuntija-avusteinen huoltoriitojen sovittelu vakinaistettiin kaikkiin tuomioistuimiin 1.5.2014 alkaen. Vuonna 2015 huoltoriitasovitteluita tuli vireille arviolta 800–900.⁵⁶

Asiantuntija-avusteista huoltoriitojen sovittelua koskeva lainsäädäntö on suppea ja avoin. Kuitenkin sovittelu ja siinä käytettävä menettely vaihtelee suuresti tapauskohtaisesti ja rajatumpi lainsäädäntö voisi rajoittaa sovittelun tavoitteiden mahdollistamista. Sovittelu on toteutettava tasapuolisuutta ja puolueettomuutta noudattaen (tuomioistuinsovittelulaki 6 §). Näiden periaatteiden toteutuminen on äärimmäisen tärkeää huoltoriitojen sovittelussa, missä vanhemmat herkästi syyttävät työntekijöitä puolueellisuudesta. Haasteellista on, että sovittelijan ja asiantuntija-avustajan tulee lapsen etua valvoessaan esittää välillä vaikeitakin kysymyksiä ja kyseenalaistaa vanhempien toiveita, mikä voi aikaansaada vanhemmalle tuntemuksen toisen suosimisesta.⁵⁷

Sovittelulle on ominaista sen luottamuksellisuus. ”Vaitiolovelvollisuuden keskeisin merkitys on siinä, että se estää sovittelijaa kertomasta sovittelun sisällöstä asiaa mahdollisesti myöhemmin oikeudenkäynnissä käsittelevälle tuomarille.”⁵⁸ Luottamuksellisuutta suojaa myös se, ettei tuomari saa oikeudenkäynnissä käsitellä asiaa, jossa hän on toiminut sovittelijana (tuomioistuinsovittelulaki 14 §). Salassapitovelvoite ei ole ehdoton, vaan se voi väistyä laissa erikseen säädettyissä tilanteissa. Tällainen tilanne on esimerkiksi lastensuojelulain mukainen velvollisuus tehdä lastensuojeluilmoitus (lastensuojelulaki (13.4.2007/417) 25 §).

Oikeudenkäynnistä sovitteluun siirretyissä jutuissa oikeudenkäynnissä esitetyt vaatimukset eivät rajoita soviteltavia asioita, vaan sovittelussa voidaan käsitellä muitakin erimielisyyden kohteita (tuomioistuinsovittelulaki 8 §). Tämä on suuri etu verrattuna oikeudenkäyntiin, sillä kuten aiemmin on esitetty, huoltoriidoissa taustalla vaikuttavat vanhempien parisuhde ja henkilökohtaiset pettymykset sekä taloudelliset huolet. Follo-kokeilun aikana tuomioistuinsovittelussa käsiteltiinkin vanhempien asumisratkaisuihin, ositukseen ja muihin taloudellisiin järjestelyihin liittyneitä kysymyksiä.⁵⁹ Tätä ei esimerkiksi FASPER-hankkeen mukainen perheasioiden sovittelu juurikaan mahdollista keskittyessään erovanhemmuuden rakentamiseen.

Sovittelija päättää sovittelussa noudatettavasta menettelytavasta neuvoteltuaan niistä osapuolten kanssa (tuomioistuinsovittelulaki 6 §). Käytännössä sovitteluprosessin kulku

55 Aaltonen 2015, s. 48.

56 OM 12/2016, oikeusministeriölle osuudessa.

57 Aaltonen 2015, s. 136.

58 Aaltonen 2015, s. 144.

59 OM 25/2013, s. 29.

on kuitenkin vakiintunut. Tuomioistuinsovittelussa noudatettava rakenne muodostuu valmistelu-, aloitus-, selvittely-, neuvottelu- ja lopetusvaiheesta. Selkeä rakenne tuo sovitteluun johdonmukaisuutta ja hallittua etenemistä selvittämisen kautta kohti neuvottelua ja sopimista. Sovittelun selvitysvaiheessa asiaa laajennetaan ja keskustelu ohjautuu riidan taustoihin ja syihin sekä riidan osapuolten motiiveihin ja tunteisiin. Selvitysvaiheessa keskeistä on myös kartoittaa lasten tilanne. Toisin kuin oikeudenkäynnissä käsittelyssä on vahvasti ei oikeudellisesti merkitykselliset seikat eli konfliktin taustalla vaikuttavat motiivit. Yksi sovittelun tarkoituksista on myös luoda luottamusta vanhempien välille ja antaa heille työkaluja, joilla he voivat ratkoa myös tulevaisuudessa keskinäisiä konfliktejaan. Selvitysvaiheessa kartoitetaan vielä myös sovittelun esteitä, kuten psykososiaalisia ongelmia eli päihteiden väärinkäyttöä ja mielenterveysongelmia, jotka aiheuttavat huoltajakyvyn alentumista.⁶⁰

Tuomioistuinsovittelussa sovittelijana toimii tuomari. Huoltoriidan sovittelijalla tulee olla riittävä kokemus ja ammattitaito lapsioikeudellisten asioiden käsittelystä, sillä lapsen huoltoa, tapaamisoikeutta ja elatusta koskevilla asioilla laki velvoittaa sovittelijan huolehtimaan lapsen edun toteutumisesta ja ottamaan huomioon säännökset laissa lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta ja laissa lapsen elatuksesta.⁶¹ Hallituksen esityksessä on korostettu olevan tärkeää, että sovittelijoiksi valittavilla on vahva motivaatio tehtävään. Follo-kokeilun aikana ilmeni, että aito kiinnostus osapuolia ja heidän ongelmiaan kohtaan on vaikuttanut sovittelun tuloksellisuuteen.⁶² Oikeusministeriö järjestää tuomareille koulutuksia tuomioistuinsovittelusta, mutta hyväksi sovittelijaksi kasvaminen vaatii kokemusta. Tämän vuoksi tuomioistuimen tulisi sisäisin järjestelyin turvata sovittelijoille mahdollisuus kerryttää sovittelukokemusta. Tuomarin tulee sovittelijana luopua auktoriteettiasemastaan ja tulla lähemmäksi vanhempia.⁶³

Tuomioistuinsovittelulain mukaan tarvittavan asiantuntemuksen turvaamiseksi, tai sovittelun edistämiseksi muuten, sovittelija voi osapuolten suostumuksella käyttää avustajaa (tuomioistuinsovittelulaki 5 §). Sovittelijatuomari toimii asiassa oikeudellisen tiedon ja oikeuskäytännön asiantuntijana, ja asiantuntija-avustaja lapsen kehityksen, vuorovaikutuksen ja erovanhemmuuden asiantuntijana. Näin molempien alojen erityistietämys saadaan sovitteluun mukaan.⁶⁴

Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain mukaan asiantuntija-avustajalla tulee olla psykologin, sosiaalityöntekijän, lastenpsykiatrian erikoislääkärin peruskoulutus tai muu soveltuva ylempi korkeakoulututkinto (huoltolaki 17 c §). Lisäksi asiantuntija-avustajalta edellytetään tehtävän hoitamisessa tarvittavaa täydennys- ja lisäkoulutusta, sekä kokemusta

60 Aaltonen 2015, s. 157–180.

61 Aaltonen 2015, s. 91.

62 HE 186/2013, s. 14.

63 Sovittelukoulutuksesta ks. Aaltonen 2015, s. 329–336.

64 Aaltonen 2015, s. 95.

työskentelystä eroperheiden kanssa (huoltolaki 17 c §).⁶⁵

Asiantuntija-avustajan keskeinen tehtävä on saada vanhemmat näkemään lapsen edun kannalta keskeiset seikat, auttaa avaamaan vanhempien välinen tilanne, tarvittaessa keskustella lapsen kanssa ja tunnistaa sovittelun esteet.⁶⁶ Asiantuntija-avustajan panos näkyy varsinkin purettaessa konfliktiin taustoja. Asiantuntija-avustajan tulisi osata esittää vanhemmille kysymyksiä, jotka avaavat riidan emotionaalisia taustatekijöitä. Tärkeää on myös testata vanhempien realiteetteja.⁶⁷

Hallituksen esityksessä todetaan, että asia voi olla sopimaton soviteltavaksi, jos vanhemmat ovat keskenään epätasa-arvoisessa asemassa. Tällöin lapsen etu voi vaarantua, mikäli toinen vanhempi on valmis myöntymään ratkaisuihin, jotka saattaisivat olla vastoin lapsen etua.⁶⁸ Vanhempi saattaa esimerkiksi toivoa edelleen parisuhteen jatkuvan ja tämän vuoksi myötäilee entisen puolison toiveita lapsen edun unohtaen. Sovittelun esteitä ja niiden tunnistamista on pohdittu laajasti Follo-kokeilun loppuraportissa. Patologisoituneet riidat voivat vain harvoin kuulua sovittelun piiriin, sillä vanhemmilla ei tällöin ole kykyä ajatella asiaa lapsen näkökulmasta. Muutoin sovittelun esteet liittyvät vahvasti vanhempien kykyyn sitoutua sovitteluun, luoda luottamuksellinen suhde toiseen vanhempaan ja sovittelijoihin, sekä kykyyn nähdä lapsen etu omista mahdollisista ongelmista huolimatta. Psykososiaaliset ongelmat, kuten päihteiden käyttö ja mielenterveysongelmat eivät suoraan muodosta sovittelun estettä. Kyse on siitä, tunnistaako vanhempi ongelmansa ja hoitaako hän ongelmaansa siten, ettei kyky toimia vanhempana ole alentunut.⁶⁹ Lapsen edun ja turvallisuuden takaamiseksi sovittelun esteiden perusteellinen selvittäminen on välttämätöntä.⁷⁰

Tuomioistuinsovittelun hyödyt on selvitetty Follo-kokeilun loppuraportissa ja asiantuntija-avusteisen huoltoriitojen tuomioistuinsovittelun seurantaryhmän loppuraportissa. Tuomioistuinsovitteluun pätevät kaikki jo aiemmin tässä työssä esitetyt sovittelun edut, kuten konfliktiin taustasyiden, tunteiden ja motiivien selvittäminen ja vanhempien keskinäisen luottamuksen jälleenrakentaminen. Follo-kokeilun loppuraportissa todetaan seuraavaa: ”Oikeudenkäynnissä vanhemmat voivat väistää oman vastuunsa lapsensa vanhempana jättämällä asian tuomioistuimen ratkaistavaksi”.⁷¹ Edellistä lausetta sovittelu ei mahdollista. Sovittelussa vanhempien tulee laittaa lapsi etusijalle ja yhdessä löytää paras, heidän lapsensa edun mukainen sopimus.

65 HE 186/2013 vp, s. 13.

66 HE 186/2013 vp, s. 13.

67 Aaltonen 2015, s. 101.

68 HE 114/2004, s. 48.

69 OM 25/2013, s. 96–101.

70 OM 25/2013, s. 78–79: ”Jokaisen tulee suhtautua vakavasti velvollisuuteensa valvoa lapsen etua. Siihen kuuluu tieto siitä, millaisessa tilanteessa lapsi elää ja mikä on perheen historia. Asiantuntija-avustajien yksi tehtävä on tunnistaa mahdolliset sovittelun esteet ja riskit lapsen turvallisuudelle. He eivät voi täyttää tätä tehtäväänsä, ellei heillä ole riittävästi tietoa. Paljon julkisuutta saanut 8-vuotiaan pikkutyön surma tilanteessa, jossa juttu oli oikeudenkäynnistä siirretty sovitteluun (sovittelu ei ollut ehditty aloittaa) herätti siihen, että sovittelijan on välttämätöntä tuntea oikeuteen annetut asiakirjat, jotta mahdolliset riskit lapsen turvallisuudelle voidaan ottaa huomioon”.

71 OM 25/2013, s. 20.

Tuomioistuinsovittelu tuottaa säästöjä yhteiskunnalle. Onnistunut sovittelu vähentää huomattavasti käräjäoikeudessa tapahtuvaa kansliatyötä. Onnistuneet sovittelut säästävät myös tuomareiden työtä. Sovittelun luonteeseen ei myöskään kuulu olosuhdeselvityksen pyytäminen sosiaalitoimelta, jolloin sosiaalitoimen resursseja säästyy huomattavasti. Follo-kokeilun seuranta-aikana päättyneissä jutuissa sovittelun mediaanikesto oli 2,5 kuukautta. Sovittelulla saadaan näin ollen huomattavasti nopeammin aikaan tuloksia verrattuna oikeudenkäyntiin.⁷² Tämä on konfliktin kehittymisen kannalta tärkeää, koska ajan kuluessa konflikti syvenee.

4.2. Asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun ongelmat

Asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun käyttöönotosta on kulunut vasta suhteellisen vähän aikaa. Käyttöönoton toteutumista varten asetettiin 22.10.2014 seurantaryhmä, jonka tuli seurata asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun toteutumista. Seurantaryhmän toimikausi päättyi 31.3.2016. Ennen seurantaryhmän loppuraportin julkaisua vaikutti siltä, että valvonta ja tuomioistuinsovittelun kehittäminen lakkaisivat seurantaryhmän mukana. Seurantaryhmän loppuraportissa kuitenkin todetaan, että oikeusministeriö perustaa huoltoriitasovittelun vastuutuomareiden ja asiantuntija-avustajien verkoston, jonka tehtävänä on pitää yhteyttä toisiinsa sovittelutoimintaan liittyen, sekä tehdä ehdotuksia sovittelumenettelyn kehittämiseksi.⁷³ Tämä on erittäin tärkeää, sillä huoltoriitasovittelujen käytäntöjen tulisi olla valtakunnallisesti yhtenäisiä. Riittävän yhteydenpidon puuttuminen eri toimijoiden välillä voisi aiheuttaa jo lyhyessä ajassa sen, että käytännöt valtakunnallisesti eroaisivat toisistaan, mikä vaarantaisi perheiden yhdenvertaisuuden.

Asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun seurantaryhmä kiinnitti huomiota tuomioistuimista puuttuvaan työnohjaukseen. Sosiaalitoimen puolella työnohjauksen perinne on vahva ja seurantaryhmä suosittelikin toteuttamaan työnohjauksen sosiaalitoimen ja tuomioistuimen yhteistyönä. Työnohjaus on tärkeää myös työn laadun varmistamiseksi ja se auttaa jaksamaan raskasta sovittelutyötä.⁷⁴

Tuomioistuinsovittelun yleistyminen ja kehittäminen on ollut iso edistys huoltoriitojen käsittelyssä. Varhaiseen vaiheen sovittelupalveluita tulee kehittää, etteivät tuomioistuinsovittelut ruuhkaudu ja käsittelyajat pitene. Vanhemmillä tulee olla tosiasiallinen mahdollisuus päästä sovitteluun ennen tuomioistuinvaihetta.

4.3. Lapsen asema asiantuntija-avusteisessa tuomioistuinsovittelussa

Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain mukaan lapsi ei ole juridisesti asianosainen lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa oikeudenkäynnissä (huoltolaki

72 OM 25/2013, s. 123.

73 OM 12/2016, s. 126.

74 OM 12/2016, s. 136.

14 §). Tuomioistuinsovittelussa sovelletaan lakia lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta, joten lapsi ei myöskään ole tuomioistuinsovittelussa asianosainen.⁷⁵

Huoltoriitojen tuomioistuinsovittelun osalta ei ole erillistä säännöstä lapsen kuulemisesta, vaan sitä koskevat periaatteet ovat huoltolaissa. Huoltolain mukaan lasta voidaan kuulla henkilökohtaisesti tuomioistuimessa, jos tämä on painavista syistä välttämätöntä asian ratkaisemisen kannalta, jos lapsi tähän suostuu ja on ilmeistä, että kuulemisesta ei saata aiheutua lapselle haittaa (huoltolaki 15 § 2 mom). Eduskunnan lakivaliokunnan mukaan sovittelumenettelyssä lapsen kuulemisen kynnyksen ei kuitenkaan ole tarpeen olla aivan yhtä korkealla etenkin vanhempien lasten kohdalla. Kuulemisen järjestämisessä on kuitenkin aina noudatettava tarkkaa harkintaa ja sitä ei tule järjestää, jos vanhempien väliset ristiriidat ovat niin syviä, että lapsen henkilökohtaisen kuulemisen voidaan olettaa vahingoittavan häntä tai hänen suhdettaan vanhempiinsa.⁷⁶

Lapsien kuuleminen osana tuomioistuinsovittelua on ollut harvinaista.⁷⁷ Asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun loppuraportissa on pohdittu tilanteita, jolloin lapsen kuulemisen voitaisiin katsoa palvelevan sovittelua. Esille nousseet ajatukset ovat hyvin vahvasti sidoksissa vanhempiin ja heidän ymmärryksensä lisäämiseen lapsen edusta ja toiveista. Lisäksi lapsen kuuleminen voi tarjota tietoa, jonka avulla sovittelijapari voi saada uusia välineitä auttaa vanhempia pääsemään sovintoon ja kuulemaan lapsen toiveita.⁷⁸

Loppuraportissa on todettu keskustelun voivan helpottaa lapsen oloa, mutta alleviivattu, ettei se ole lapsen tapaamisen pääasiallinen tarkoitus. Mikäli lapsi tarvitsee keskusteluapua, tulee vanhempia ohjata hakemaan lapselle terapeuttisia palveluita.⁷⁹ Tästä olen samaa mieltä. Mikäli järjestelmä toimii niin kuin sen pitäisi, tuomioistuinsovittelu ei ole ensimmäinen sovitteleva taho, jossa vanhempien välisiä erimielisyyksiä on yritetty selvittää. Tämän vuoksi lapsen mahdollinen kuuleminen ja osallistaminen sovitteluun olisi tullut ensisijaisesti tapahtua jo ennen tuomioistuinvaihetta varhaisen vaiheen perhepalveluissa, kuten perheasioiden sovittelussa. Lapsen kuormittaminen useassa viranomaisessa ei ole lapsen edun mukaista.

5. LAPSEN ETU – SUOJELUA JA OSALLISUUTTA

FASPER-hankkeen työryhmä totesi, että lapsen osallistumista perheasioiden sovitteluun tulee selvittää.⁸⁰ Työryhmä havainnoi myös asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun osalta, että

75 LaVM 4/2005 vp, s. 2–3.

76 LaVM 4/2005 vp, s. 3.

77 OM 12/2016, s. 72.

78 OM 12/2016, s. 66–67.

79 OM 12/2016, s. 68.

80 Haavisto, Bergman - Pyykkönen, Karvinen - Niinikoski 2014, s. 55–56.

lapsen kuuleminen osana tuomioistuinsovittelua on ollut harvinaista.⁸¹ Lapsen edun ensisijaisuus ja lapsen oikeus vaikuttaa itseään koskeviin asioihin ovat kaiken taustalla vaikuttavia YK:n lapsen oikeuksien sopimuksen yleisperiaatteita, joita ei voida sivuuttaa.

Perustuslain (11.6.1999/731) 6 §:n 3 momentin mukaan lapsia on kohdeltava tasa-arvoisesti yksilöinä, ja heidän tulee saada vaikuttaa itseään koskeviin asioihin kehitystään vastaavasti. YK:n lapsen oikeuksien sopimuksen 12 artiklan mukaan lapselle on annettava mahdollisuus tulla kuulluksi häntä koskevissa oikeudellisissa ja hallinnollisissa toimissa joko suoraan tai edustajan tai asianomaisen toimitelimen välityksellä kansallisen lainsäädännön menettelytapojen mukaisesti. Lapsen näkemykset on otettava huomioon lapsen iän ja kehitystason mukaisesti. Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta velvoittaa vanhemmat keskustelemaan lapsen kanssa aina, kun he tekevät päätöksiä lapsen hoidosta, kasvatuksesta, asuinpaikasta sekä muista henkilökohtaisista asioista, jos se lapsen ikään ja kehitystasoon sekä asian laatuun nähden on mahdollista (huoltolaki 4 §). Toisaalta YK:n lapsen oikeuksien sopimuksen 3 artiklan mukaan lapsella on alaikäisenä aina oikeus suojeluun.

Lapsen etu muodostuu suojelusta ja osallisuudesta. Yhä kasvavissa määrin lapsi nähdään subjektina, jonka tulee saada vaikuttaa omiin asioihinsa, mutta samanaikaisesti lapselle on annettava mahdollisuus luottaa vanhempiensa huolenpitoon ja kykyyn järjestää asiat lapsen edun mukaisella tavalla. Lapsen kuulemista pohdittaessa tulee myös ratkaista, mikä painoarvo lapsen kertomalle annetaan. Oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on lähdetty siitä, että lapsen ilmaisema tahto voi saada oikeudellista merkitystä vain, jos lapsen tahdonmuodostus täyttää riittävät edellytykset. Edellytyksiin katsotaan kuuluvan muun muassa se, että lapsi on saanut riittävästi tietoa, on harkinnut asiaa huolellisesti ja on ilmaissut tahtonsa ilman pakkoa, taivuttelua tai manipulointia.⁸² Lapsen tahto ei kuitenkaan aina ole lapsen edun mukainen ratkaisu, vaan lapsen etua tulee arvioida kokonaisvaltaisesti. Arvioon vaikuttaa luonnollisesti lapsen ikä ja kehitys sekä kyky ilmaista mielipiteensä.⁸³ Asiantuntija-avusteisen tuomioistuinsovittelun seurantaraportissa oli tapaus, missä vanhemmat eivät olleet millään tavalla ottaneet huomioon sitä, mitä teini-ikäinen lapsi oli kertonut ja toivonut kuulemisessa. Lapsi oli erittäin pettynyt vanhempiinsa ja koki tullessa huijatuksi.⁸⁴ Tällaisessa tilanteessa mielestäni nousee esille kysymys, voiko sovittelijapari katsoa lapsen edun toteutuneen, vaikka lapsen etua tuleekin arvioida kokonaisvaltaisesti.

Näkemykseni mukaan sovittelu itsessään ei voi olla lapsen edun vastaista. Onhan sovittelun tarkoituksena saada vanhemmat toimimaan yhteistyössä lapsen edun toteutumiseksi. Sovittelun etuna onkin nimenomaan nähty konfliktin vähentäminen lapsen kasvuympäristössä ja näin

81 OM 12/2016, s. 72.

82 Aaltonen 2009, s. 242–256.

83 Aaltonen 2009, s. 242.

84 OM 12/2016, s. 76.

lapsen edun toteutuminen⁸⁵. Sovittelussa tehtävä sopimus taasen voi olla lapsen edun vastainen, jos lapsen etuun vaikuttavia seikkoja ei ole riittävästi selvitetty ja lasta tarvittaessa kuultu. Tällaisessa tilanteessa korostuu jälleen sovittelijana toimivan henkilön pätevyys ja kyky nähdä lapsen etuun vaikuttavat seikat laaja-alaisesti.

”Yleisesti hyväksytään, että lapsen tarpeet ja toiveet voidaan sovittelussa saada esiin monella tavalla, joista lapsen henkilökohtainen kuuleminen on vain yksi vaihtoehto. Myös YK:n lapsen oikeuksien sopimus lähtee siitä, että lapsen ääni voi kuulua monella tavalla. Kuuleminen voi tapahtua suoraan, edustajan tai asianomaisen toimielimen välityksellä.”⁸⁶ ”Siitä riippumatta, tavataanko lapsi henkilökohtaisesti, sovittelussa tulisi pyrkiä varmistumaan lapsen osallisuudesta. Tämä tarkoittaa ennen muuta sitä, että vanhempien kanssa keskustellaan lapsen tarpeesta saada vanhemmiltaan tietoa itseään, elämänsä ja tulevaisuuttaan koskevista asioista vanhempien eroon liittyen.”⁸⁷ Lapsen suojele ei ole lapsen pimennossa pitämistä, vaan lapsen kanssa tulee keskustella ja hänelle tulee antaa tietoa häntä koskevista asioista ikätasoaan vastaavasti.

Sovittelijoilla tulee olla valmiudet nähdä, mikä on lapsen etu kussakin tapauksessa ja tarvittaessa pohtia sitä, tuleeko lasta kuulla henkilökohtaisesti vai kykenevätkö vanhemmat riittävästi tuomaan lapsen äänen mukaan sovitteluun. Asiantuntija-avusteisen huoltoriitojen tuomioistuinsovittelun seurantaryhmän loppuraportissa todetaan seuraavaa:

”Asiantuntija-avustajat toivat laajalti esiin huolta kuulemisen lapselle aiheuttamista riskeistä ja haitoista. Heidän esittämilleen näkemyksille on syytä antaa painoa, sillä heillä on koulutuksensa ja ammatillisen kokemuksensa perusteella lakimiehiä paremmat edellytykset arvioida, missä tilanteissa ja millä edellytyksillä lapsen kuuleminen on lapsen edun mukaista. Lapsen osallisuus on monitahoinen kysymys, jota ei voida ratkaista vain oikeudellisen argumentein.”⁸⁸

Lapsen kuuleminen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa asiassa on jälleen esillä lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan lain uudistamisen yhteydessä.

”Lapsen oikeuksien komitea on Suomea koskevissa suosituksissaan ollut huolissaan siitä, että lasten kuuleminen huoltoa koskevissa asioissa on puutteellista. Eri yhteyksissä on toivottu, että lapsi voisi osallistua oikeudenkäyntiin nykyistä vahvemmin esimerkiksi niin, että hänelle voitaisiin määrätä oikeudenkäyntiä varten edunvalvoja. Lausunnonantajien mukaan lapsen kuulemista koskevien sääntöjen tarkistamista olisi tarpeen harkita ja pohtia, millä muilla keinoilla lapsen asemaa voitaisiin huolto ja tapaamisoikeutta koskevissa asioissa vahvistaa.”⁸⁹

85 HE 114/2004, s. 47.

86 OM 12/2016, s. 66.

87 OM 12/2016, s. 78.

88 OM 12/2016, s. 78.

89 OM 35/2016, s. 20.

Lapsen osallistamisen ja kuulemisen osalta olisi lainvalmisteluvaiheessa tarpeen tarkastella asiaa kokonaisuutena siten, että lapsen kuulemista osana tuomioistuinsovittelua ja muita sovittelupalveluita selvitetäisiin myös.

6. LOPUKSI

On selvää, että sovittelua tarvitaan lapsi- ja perheoikeudellisissa asioissa. Huoltoriidat eivät ole ainoastaan juridisia riitoja, minkä vuoksi niitä ei tulisi tarkastella vain oikeudellisesta näkökulmasta. Huoltoriidan ratkaisemiseksi tulee selvittää konfliktin taustat, syyt ja sitä kautta sopimukseen pääsyn edellytykset. Vanhemmat sitoutuvat paremmin sopimukseen, jonka he ovat laatineet omista lähtökohdistaan. Sovittelija tarjoaa kolmannen, ulkopuolisen tahon väliintulon ja auttaa keskittämään osapuolten ajatukset oikeisiin kysymyksiin ja lapsen etuun.

Tällä hetkellä perheasioiden sovittelun tulevaisuudennäkymät vaikuttavat positiivisilta. Hallituksen kärkihanke LAPE pyrkii luomaan toimivan lapsi- ja perhepalveluiden palvelujärjestelmän, joka tukisi varhaisen vaiheen puuttumista. Lakimuutos lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta valmistellaan samanaikaisesti LAPEn kanssa, jolloin perheille tarjottavia sovittelupalveluita pystytään arvioimaan kokonaisuutena. Lakimuutoksen ja LAPEn vaikutuksia arvioitaessa tulisi myös selvittää tarvetta lisätä lainsäädäntöön vaatimukset sovittelijan pätevyydestä ja sovittelun aloittamisen määräajoista. Toimivan sovittelujärjestelmän aikaansaamiseksi lainsäädännön ja palvelujärjestelmän tulee olla toisiaan täydentäviä ja tukevia.

Näkemykseni mukaan toimiva palvelujärjestelmä ei ole riittävä, mikäli eroavat vanhemmat eivät löydä heille tarkoitettuja palveluita. Tiedotuksen lisääminen on ensisijaisen tärkeää tämän ongelman ratkaisemisessa. Suhtaudun hieman kriittisesti eron jälkeisiin palveluihin, jotka eivät perustu vapaaehtoisuuteen. Kuitenkin eron jälkeen vanhemmat ovat hyvin kuormittuneita, eivätkä välttämättä löydä voimia hakeutua palveluihin. Tästä syystä kaikille pakollinen eroneuvottelu tai eroinfo olisi mielestäni mahdollinen ratkaisu huoltoriitaongelmaan. Eroneuvottelu vaatisi enemmän resursseja toisin kuin eroinfo, jonka voisi järjestää laajemmalle yleisölle kerrallaan. Eroinfossa esiteltäisiin eroaville vanhemmille tarjolla olevat palvelut, joiden tarkoituksena on auttaa vanhempia sovinnollisen eron järjestämisessä. Eroinfossa kiinnitettäisiin myös vanhempien huomio lapsen etuun ja lapsen mahdollisesti tarvitsemiin esimerkiksi terapeuttiin palveluihin. Asiantuntija-avusteisen huoltoriitojen sovittelun aloittama yhteistyö tuomioistuimen ja sosiaalitoimen välillä voisi myös toimia eroinfon järjestämisessä.

Eroneuvottelun tarkoituksenmukaisena tehtävänä olisi kartoittaa vanhempien välinen tilanne ja ohjata heidät sitä kautta oikeisiin palveluihin. Mikäli vanhemmat ovat sovinnollisia, voisi keskustelu ja sopimuksen vahvistaminen lastenvalvojan luona olla oikea ratkaisu. Tulehtuneemmassa tilanteessa vanhemmat ohjattaisiin perheasioiden sovitteluun tai tarvittaessa ennen sitä terapeuttiin palveluihin. Ongelmaksi tässä ajatusluonnoksessa muodostuu se, kenen velvollisuus eroneuvottelun järjestäminen on, varsinkin kun palveluiden tulisi perheen kannalta

olla nopeasti saatavilla. Sosiaalitoimen ruuhkautunut työtilanne on yleisessä tiedossa, eikä kunnille tulisi lisätä enempää lakisääteisiä velvollisuuksia.

Uudistettaessa lakia lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta ja LAPEn yhteydessä tulisi ratkaista myös kysymys lapsen kuulemisesta. Yleiset suuntaviivat lapsen kuulemiselle perheasioiden sovittelussa ja asiantuntija-avusteisessa tuomioistuinsovittelussa tulisi luoda, jotta tosiasiallisesti ja tarkoituksenmukaisesti olisi mahdollisuus lisääntyvissä määrin kuulla lapsia osana sovittelua.

Perheasioiden sovinnollinen järjestäminen varhaisessa vaiheessa tukee perheiden hyvinvointia ja luo säästöjä valtiolle. Nykyinen hallitus on kiinnittänyt huomionsa varhaisen vaiheen palveluihin ja tämä palvelee toimivan sovittelujärjestelmän aikaansaamista. LAPEn ja lapsen huolto ja tapaamisoikeuslain uudistuksen yhteydessä tulee tehdä perusteellinen valmistelutyö, jossa kansallisia palvelujärjestelmiä ja lainsäädäntöä, sekä niiden vaikutuksia arvioidaan kokonaisuutena. Mikäli tässä työssä onnistutaan, uskon että sovittelupalvelut ovat tällöin varhaisessa vaiheessa tosiasiallisesti ja yhdenvertaisesti eroperheiden saatavilla. Tällöin tietoisuus sovittelusta ja sen hyödyistä tulee kasvamaan merkittävästi.

LÄHTEET

Virallislähteet

Euroopan neuvoston suositus perheasioiden sovittelusta Recommendation No R (98) 1.

HE 114/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asioiden sovittelua ja sovinnon vahvistamista yleisissä tuomioistuimissa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 186/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain, riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain 5 ja 10 §:n sekä sosiaalihuoltolain 17 §:n muuttamisesta.

Hallituksen kärkihanke: Lapsi- ja perhepalveluiden muutosohjelman hankesuunnitelma. Sosiaali- ja terveysministeriö. http://stm.fi/documents/1271139/1953486/Hankesuunnitelma_Lapsija%20perhepalveluiden%20muutosohjelma.pdf.

Lakivaliokunnan mietintö 4/2005 vp. Hallituksen esitys riita-asioiden sovittelua ja sovinnon vahvistamista yleisissä tuomioistuimissa koskevaksi lainsäädännöksi.

Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 25/2013: Asiantuntija-avusteista huoltoriitojen sovittelua koskeva kokeilu käräjäoikeuksissa 1.1.2011–31.12.2013, loppuraportti (OM 25/2013). http://www.oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/1369039863066/Files/OMML_25_2013_FOLLO_loppuraportti_132s.pdf.

Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 12/2016: Ei niin suurta riitaa, ettei sopu sitä sovita. Asiantuntija-avusteisen huoltoriitojen tuomioistuinsovittelun seurantar ryhmän loppuraportti (OM 12/2016). http://www.oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/1462179122013/Files/12_2016_Follo_142s.pdf.

Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 35/2016: Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan lainsäädännön uudistaminen. Näkemyksiä uudistamistarpeista. Lausuntotiivistelmä (OM 35/2016). http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/1471849459408/Files/OMML_35_2016_Lapsen_huolto_Lausuntotiivistelma.pdf.

Kirjallisuus

Aaltonen, Anna-Kaisa. Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimissa. Helsinki, Edita 2009. (Aaltonen 2009).

Aaltonen, Anna-Kaisa. Huoltoriitojen sovittelu tuomioistuimissa. Helsinki, Kauppakamari 2015. (Aaltonen 2015).

Auvinen, Maija. Huoltoriidat tuomioistuimissa, sosiaalitoimi selvittäjänä, sovittelijana, asiantuntijana. Helsinki, Suomalainen lakimiesyhdistys 2006. (Auvinen 2006).

Ervasti, Kaijus ja Nylund, Anna. Konfliktinratkaisu ja sovittelu. Porvoo, Edita 2014. (Ervasti, Nylund 2014).

Haavisto, Vaula ja Bergman-Pyykkönen, Marina ja Karvinen-Niinikoski, Synnöve. Perheasioiden sovittelun uudet tuulet. Havaintoja, mallinnuksia ja arvioita FASPER-hankkeen pohjalta. Helsinki, Unigrafia 2014. (Haavisto, Bergman-Pyykkönen, Karvinen-Niinikoski 2014).

Salminen, Kirsikka. Asiantuntija-avustaja huoltoriitojen tuomioistuinsovittelussa erityisesti Suomen Follo-kokeilun näkökulmasta. Pro Gradu, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2012. (Salminen 2012).

Taskinen, Sirpa. Lapsen etu erotilanteessa. Opas sosiaalitoimelle. Stakes, oppaita 46. Helsinki 2001. (Taskinen 2001).

Valkama Elisa ja Lasola Marjukka. Lasten huoltoriidat hovioikeuksissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja, Helsinki 2008, (Valkama, Lasola 2008).

Muut lähteet

Tilastokeskuksen verkkosivut: <http://tilastokeskus.fi/> (tilastot-> väestö-> siviilisäädyn muutokset-> 2015, vierailtu 23.10.2016).

PUHEENVUORO

INKERI ANTTILA JA ELÄMÄNKOKOISEN OIKEUSHISTORIAN TUTKIMUKSEN MIELI

VTM Päivi Mäkelä¹

Historiaa tutkiva joutuu välistä miettimään työnsä tarkoitusta ja mielekkyyttä. Jos historiantutkimuksen perusteluista ajattelee perinteisintä, menneisyydestä ja varsinkin sen virheistä oppimista, vaikuttaako siltä, että ihmiskunta olisi ylipäättään jotakin historiastaan oppinut? Jos tähän perusteluun tukeutuisi, voisi homman siis lopettaa ihan saman tien.

Mutta josko historiantutkimuksen mieltä etsisikin toisaalta, ja toisenlaisesta mittakaavasta? Elämäkertänäkökulma on varsinkin kotimaisessa oikeushistoriantutkimuksessa vähän hyödynnetty mahdollisuus. Tutkimusgenreä kenties perusteellisimmin pohtinut yhdysvaltalainen Laura Kalman tuo esiin sen potentiaalit muun muassa oikeuden ja politiikan yhteenkietoutumisen tarkastelussa. Yhden ihmisen näköisen ja kokoisen muotin läpi tarkastelu voi laajentua paljon yksittäistä ihmistä suurempiin problematiikkoihin. Elämäkerrallisen tutkimuksen keskittyminen ”vain” yhteen ihmiseen onkin ajatuksena itse asiassa harhaanjohtava.

Kalman pitää elämäkertatutkimusten inspiroivimpana piirteenä kuitenkin niistä usein saatavaa kokemusta ja esimerkkiä siitä, ettei elämässä tarvitse olla olosuhteiden vanki. Elämäkerrat voivat kertoa, miten tulla omaksi itsekseen ja tehdä sitä mitä eniten haluaa, miten toteuttaa omia arvojaan – ja miten tehdä tuo kaikki haastavissa olosuhteissa. Ryhtyessäni tekemään osaelämäkertaa Inkeri Anttilasta (1916–2013) en tiennyt, kuinka paljon hänellä oli antaa esimerkkejä juuri näistä kysymyksistä.

Tunnettu Anttilan elämäntyön suorastaan voittokulkuna: ensimmäinen oikeustieteen naistohtori Suomessa (1946), ensimmäinen oikeustieteen naisprofessori Pohjoismaissa (1961), ensimmäinen nainen oikeusministerinä Suomessa (1975), ja ennen kaikkea aivan keskeinen henkilö ja katalysaattori rikosoikeustieteen kehittämisessä, kriminaalipolitiikan uudistamisessa ja alaa koskevan tiedon popularisoinnissa. Noita menestyksiä ja läpimurtoja oli kuitenkin kivetty joukolla vastoinkäymisiä, joista valtaosa sijoittui 1950-luvulle.

Kun väittelyn jälkeen työpaikkaa ei löytynyt yliopistolta, Anttila ja vankeinhoitoalan opetus päätyivät Yhteiskunnalliseen Korkeakouluun. Tutustuminen vankeinhoitoon sisältäpäin sekä Yhteiskunnallisen Korkeakoulun kautta tullut iso annos monitieteisyyttä ja uudenlaisia keskusteluyhteyksiä toimivat

1 VTM Päivi Mäkelä työskentelee tutkijana Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Hänen tutkimuksensa Kohti kriminaalipolitiikan uusia konteksteja. Inkeri Anttilan ammatillinen historia 1933–1964 julkaistiin marraskuussa 2016 Forum Juris -sarjan teoksessa Inkeri Anttila (1916–2013) – Rikosoikeuden uudistajan ammatillinen ura ja vaikutus (toim. Raimo Lahti).

erinomaisena ponnistuslautana rikosoikeustutkimuksen laventamiseen kriminologian suuntaan. Yliopistolle jääminen ei vastaavaa arvokasta kokemuspohjaa olisi tarjonnut.

Kun ikävien ja epäoikeudenmukaisten käänteiden jälkeen tie Yhteiskunnallisessa Korkeakoulussa nousi pystyyn, Anttila vahvisti omaa monipuolisen ja avarakatseisen oikeustieteilijän työnäkyään ja ammattitaitoaan yhteiskuntatieteiden opinnoilla. Samaa alleviivasivat kokemukset komiteoiden työskentelystä ja niiden saamasta vastakaiusta; toisinaan molemmat pohjattiin luvattoman huonosti tehtyyn tietoon (tai paremminkin: ”tietoon”).

Keskeytyksen jälkeen vankeinhoidon koulutus pystytettiin uudestaan, nyt oikeusministeriön alaisuuteen. Siellä Anttila sai taas sisältäpäin tuntumaa lainvalmistelun käytäntöön ja ylipäättään ministeriön toimintaan ja verkostoihin niin kansallisesti kuin kansainvälisestikin. Ilman pettymystä Yhteiskunnallisessa Korkeakoulussa tämä kokemus olisi jäänyt saamatta.

Inkeri Anttilasta tuli 1960-luvun alussa rikosoikeuden professori, mutta jo vuosia aikaisemmin ehdotetulle kriminologiselle tutkimusyksikölle ei paikkaa yliopistosta löytynyt. Innostusta hanketta kohtaan ei ollut liiaksi asti oikeusministeriössäkään, mutta kansainvälinen yhteistyö painoi asian puolesta: Suomen osallistuminen erityisesti pohjoismaiseen yhteistyöhön alkoi näyttää kotikutoiselta ja epäorganisoidulta muihin maihin verrattuna. Tässäkin vastoinkäymisessä oli taas oma siunauksensa: Anttilalle uran varrella jo tutuksi tulleiden jarrumiesten ja latistajien vaikutus ei ylettynyt Kriminologiseen tutkimuslaitokseen, jonka toiminta oli alusta lähtien aktiivista, aikaansaapaa ja inspiroivaa.

Kuten sanottu, Anttila aktiivisesti ja sinnikkäästi käänsi vaikeudet parhain päin. Jos hän olisi lannistunut ja antanut periksi, myöhempiä hyvin tunnettuja onnistumisten ja etenemisten kausiakaan ei olisi tullut. Inkeri Anttilan ammatillisesta historiasta voikin ammentaa paitsi tietoa suomalaisen kriminaalipolitiikan ja rikosoikeustieteen historiasta, myös rohkaisevaa esimerkkiä itse kunkin kohdalle osuvien vaikeuksien läpi menemiseen.

PANTATUT OSAKKEET APPORTTINA

Ella Hiltunen, Tetti Kunnas¹

Asiasanat:

osakeyhtiöoikeus, osakeanti, apportti, pantatut osakkeet, vahingonkorvaus

Keywords:

corporate law, share issue, contribution in kind, pledged shares, liability for damages

ABSTRACT

Pledged Shares as Contribution in Kind

According to the Finnish Limited Liability Companies Act (624/2006), it is possible to pay the subscription price of shares with other assets instead of cash (contribution in kind). The property used as contribution in kind may be pledged, which means that the property has been used as a security of a debt in a traditional way. This article discusses issues that should be taken into account when using pledged shares as contribution in kind in a limited liability company in Finland.

In the Limited Liability Companies Act, there are exact provisions on how contribution in kind can be used as a payment for shares. The purpose of the detailed regulation is to ensure that the assets used as contribution in kind have the financial value to the company that is, at the time of conveyance, equal to the subscription price, and that the balance sheet information gives a true and fair view of the financial position of the company. This way, the interest groups of the company can be protected.

When pledged shares of another company are used as contribution in kind, the influence of the pledge to the financial value of the shares should be taken into account. If the pledged shares are not correctly valued or the provisions of the share issue procedure of the Limited Liabilities Act are not followed, the persons in charge in the company and the company's auditors can become responsible for the damage caused for the company or its interest groups. Despite the possibly severe consequences, the question of how to use pledged shares as contribution in kind has been discussed in the Finnish legal literature only to a lesser extent.

1 Ella Hiltunen (LL.B.) is an LL.M. student at the University of Helsinki and M.Sc. student (Economics and Business Administration) at Hanken School of Economics. Tetti Kunnas (LL.B.) is an LL.M. student at the University of Helsinki and M.Sc. student (Economics and Business Administration) at Hanken School of Economics. The authors participated together with Katariina Järvi in the National Moot Court Competition of ELSA Finland in 2015-2016.

SISÄLLYSLUETTELO

1. Johdanto
2. Apporttiomaisuutena käytettävien pantattujen osakkeiden arvostaminen
 - 2.1 Yleiset periaatteet pantattujen osakkeiden arvostamisessa
 - 2.2 Ylivakuusarvo pantattujen osakkeiden arvostamisessa
 - 2.3 Arvostamismenetelmät pantattujen osakkeiden arvostamisessa
 - 2.4 Pantattujen osakkeiden oikean arvostamisen varmistavat menettelysäännökset
 - 2.5 Yksityiskohtaisen apporttisääntelyn tarkoitus
3. Merkitsijöiden maksuvelvollisuus ja vastuutahojen vahingonkorvausvastuu käytettäessä pantattuja osakkeita virheellisesti apporttina
 - 3.1 Ketkä voivat joutua maksuvelvollisiksi pantattujen osakkeiden virheellisestä käytöstä apporttina?
 - 3.2 Normin suojatarkoitusta koskevan opin vaikutus vahingonkorvausvastuun arviointiin
4. Johtopäätökset

Lähteet

I. JOHDANTO

Osakeyhtiön osakkeiden merkintähinta maksetaan lähtökohtaisesti rahalla. Aina osakkeiden merkintähinnan maksua ei kuitenkaan ole tarkoituksenmukaista tai mahdollista maksaa rahalla. Osakeyhtiölaki (624/2006, jäljempänä "OYL") sallii osakkeiden merkintähinnan maksamisen myös muulla omaisuudella eli apportilla. Apporttina voidaan käyttää periaatteessa mitä vain omaisuutta, jolla on taseeseen merkittävässä olevaa taloudellista arvoa. Apporttiomaisuudeksi kelpaa siis niin kiinteä kuin irtainkin omaisuus. Käytännön esimerkkeinä apporttiomaisuudesta voidaan mainita esimerkiksi kiinteistöt, toisen yhtiön osakkeet sekä yhtiön liiketoimintakäyttöön soveltuvat koneet ja laitteet. Lisäksi liiketoimintakokonaisuuden luovuttaminen on tyypillinen apporttimaksutilanne. Apporttina ei voida kuitenkaan OYL:n mukaan käyttää sitoumusta työn tai palvelun suorittamiseen.

Apporttiomaisuudella maksamisesta on OYL 2:6:ssa ja 9:12:ssa yksityiskohtaiset säännökset.¹ Säännösten tarkoituksena on turvata se, että yhtiölle merkintämaksuna tulevalle apporttiomaisuudella on omaisuuden luovutushetkellä vähintään maksua vastaava taloudellinen arvo yhtiön kannalta. Apporttiomaisuuden arvon on siis vastattava vähintään sitä rahamäärää, jonka suuruisena se merkitään yhtiön kirjanpitoon osakkeen merkintämaksuna.

Apporttisääntelyn yksityiskohtaisuuden taustalla on muiden kuin apporttiomaisuudella maksavien osakkeenomistajien suojaaminen, osakeyhtiölain velkojien suojajärjestelmä, pääoman pysyvyyden periaate ja nimellisarvoiseen pääomajärjestelmään liittyvä alikurssikielto (ks. OYL 3:5.3).² Sääntelyn tavoitteena on yhtiön intressitahojen suojaamiseksi varmistaa, että tilinpäätös antaa oikean ja riittävän kuvan yhtiön taloudellisesta tilanteesta.³

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että apporttina voidaan käyttää pantattua omaisuutta, mutta panttauksen merkitys on otettava huomioon arvioitaessa sitä, mikä on apportin arvo. Pantatun omaisuuden käyttäminen apporttina on mahdollista esimerkiksi tilanteessa, jossa pantatun omaisuuden arvo on selvästi suurempi kuin sen velan, jonka suorittamisen varmistamiseksi omaisuus on pantattu (ylivakuustilanne). Käytettäessä pantattua omaisuutta apporttina on arvioitava, mikä on pantatun omaisuuden arvo apporttiomaisuutena, jos pantattu omaisuus jouduttaisiin käyttämään niiden velvoitteiden suorittamiseen, joiden suorittamisen vakuudeksi panttaus on tehty.⁴

1 OYL 2:6 koskee merkintähinnan maksamista apporttiomaisuudella yhtiön perustamisen yhteydessä ja OYL 9:12 muutoin osakeannissa.

2 Mähönen - Villa 2014, s. 313.

3 Immonen et al. 2014, s. 36.

4 HE 109/2005, s. 48, jossa mainitaan pantattuun omaisuuteen sisältyvän ylivakuusarvon käyttäminen apporttina. Vastaavasti todetaan muun muassa teoksissa Mähönen - Villa 2014, s. 326, sekä Immonen et al. 2014, s. 44 ja 46.

Kirjoituksessa keskityimme kysymykseen siitä, miten pantattuja osakkeita voidaan käyttää apporttina ja mitä virheellisesti toteutetusta apporttijärjestelystä voi seurata. Emme käsittele muulla tavoin vakuutena kuin perinteisesti panttina olevien osakkeiden käyttämistä apporttina. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa ei ole juuri tutkittu oikeudellisia kysymyksiä, jotka liittyvät pantattujen osakkeiden käyttämiseen apporttina sekä mahdolliseen virheellisestä apporttimenettelystä johtuvaan vahingonkorvausvastuuseen. Tämän kirjoituksen tutkimuskysymyksenä onkin selvittää, miten apporttiomaisuutena käytettävät pantatut osakkeet tulisi arvostaa, mitä asioita apporttimenettelyssä tulisi tällöin ottaa huomioon sekä miten mahdollisesta virheellisestä apporttijärjestelystä vastuussa olevien vahingonkorvausvastuu määräytyy. Käsittelemme myös sitä, keitä apporttisääntely suojaa, koska sillä on keskeinen merkitys apporttisääntelyn ymmärtämisessä sekä sen ratkaisemisessa, mille tahoille virheellisestä apporttimenettelystä voidaan katsoa aiheutuvan vahinkoa. Kokoamme myös johtopäätöksien muotoon keskeisimmät seikat, jotka tulisi ottaa huomioon käytettäessä pantattuna olevaa omaisuutta apporttina. Käsittelemme kirjoituksessamme OYL 9 luvun mukaista osakeanttilannetta, mutta muotovaatimukset ovat sisällöltään pitkälti samat käytettäessä apporttiomaisuutta OYL 2 luvun mukaisessa tilanteessa eli yhtiön perustamisen yhteydessä.⁵

Käsittelyjärjestyksemme on seuraava: ensiksi käsittelemme apporttiomaisuutena käytettävien pantattujen osakkeiden arvostamiseen liittyviä erityiskysymyksiä, eli esimerkiksi pantattujen osakkeiden ylivakuusarvon määrittämistä, osakkeiden arvostamismenetelmiä, osakkeiden oikean arvostamisen varmistavia menettelysäännöksiä ja apporttisääntelyn taustalla olevia tarkoituseriä. Sen jälkeen siirrymme tutkimaan sitä, mitkä tahot voivat joutua maksuvelvollisiksi, jos apporttimenettelyssä ei ole noudatettu OYL:n säännöksiä. Tässä yhteydessä tarkastelemme osakkeiden merkitsijöiden maksuvelvollisuutta sekä vastaanottajayhtiön johdon, tilintarkastajan ja mahdollisen neuvonantajana toimineen henkilön vahingonkorvausvastuuta. Lopuksi kokoamme yhteen johtopäätöksemme siitä, mitä asioita tulisi ottaa huomioon käytettäessä pantattuna olevia osakkeita apporttina ja ketkä voivat joutua vahingonkorvausvastuuseen, jos apporttijärjestely on toteutettu virheellisesti.

Tutkimuskysymys muotoutui, kun osallistuimme ELSA Finlandin oikeustapauskilpailuun. Käytämmekin parissa kohtaa kilpailutapausta esimerkkinä havainnollistaaksemme käsiteltävänä olevia kysymyksiä. Kilpailutapauksessa oli kyse siitä, oliko toisen yhtiön pantatuilla osakkeilla ylivakuusarvoa, jota voisi käyttää apporttiomaisuutena. Jos ylivakuusarvoa ei ollut, arvioitavaksi tuli voidaanko osakkeiden merkitsijät velvoittaa maksamaan puuttuva määrä merkintähinnasta yhtiölle. Toissijaisesti tuli arvioitavaksi, voisivatko apporttijärjestelystä vastuussa olevat hallituksen jäsenet, tilintarkastaja tai oikeudellista apua antanut konsultti joutua maksamaan vahingonkorvausta yhtiölle virheellisestä apporttijärjestelystä aiheutuneesta vahingosta.

5 Ks. Mähönen – Villa 2014, s. 313.

2. APPORTTIOMAISUUTENA KÄYTETTÄVIEN PANTATTUJEN OSAKKEIDEN ARVOSTAMINEN

2.1 Yleiset periaatteet pantattujen osakkeiden arvostamisessa

Kun osakkeen merkintähinta maksetaan rahan sijasta kokonaan tai osittain muulla omaisuudella kuin rahalla, omaisuudella on luovutushetkellä OYL 9:12.1:n 1 virkkeen mukaan oltava vähintään maksua vastaava taloudellinen arvo yhtiölle. Omaisuudella on siis oltava yhtiön kannalta vähintään maksua vastaava taloudellinen arvo. Arvo voi olla suurempi kuin osakkeiden merkintämaksu, jolloin merkintämaksun ylittävä osa voidaan merkitä yhtiön velaksi, osakepääomasijoitukseksi tai sijoitukseksi sijoitetun vapaan oman pääoman rahastoon.⁶

Apporttina voidaan käyttää vain sellaista omaisuutta, jolla on yhtiön kannalta taloudellista arvoa. Taloudellisen arvon määrittämistä ei tarkenneta OYL:ssä mitenkään, mutta yleisesti ottaen taloudellisella arvolla tarkoitetaan arvoa, joka on merkittävässä varallisuudeksi yhtiön taseen vastaavaa-puolelle.⁷

Apporttiomaisuuden arvon on vastattava osakkeiden merkintähintaa luovutushetkellä: arvon määrittämisen ratkaisee siis luovutushetki, eikä luovutuksen jälkeen tapahtuvia arvonmuutoksia voida ottaa huomioon.⁸ Lisäksi omaisuuden arvostamisessa ratkaisevaa on nimenomaan arvo yhtiön eikä esimerkiksi apporttiomaisuutta tarjoavan osakkeen merkitsijän näkökulmasta.⁹ Olennaista apporttiomaisuuden arvioinnissa on apporttiomaisuuden arvo yhtiön itsensä ja sen varsinaisen liiketoiminnan kannalta.¹⁰

2.2 Ylivakuusarvo pantattujen osakkeiden arvostamisessa

OYL:n esitöissä, oikeuskäytännössä (KKO 2001:36) ja oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että apporttina voitaisiin käyttää pantattua omaisuutta, mutta panttauksen merkitys olisi otettava huomioon arvioitaessa sitä, mikä on apportin arvo. Pantattua omaisuutta voidaankin käyttää apporttina, jos omaisuudella on niin sanottua ylivakuusarvoa eli pantatun omaisuuden arvo on selvästi suurempi kuin sen velan, jonka suorittamisen varmistamiseksi omaisuus on pantattu. Tällaisessa tilanteessa on arvioitava, mikä arvo pantatulla omaisuudella on apporttiomaisuutena, jos pantattu omaisuus joudutaan realisoimaan.¹¹

6 Immonen et al. 2014, s. 36–37 sekä Mähönen – Villa 2014, s. 314.

7 Mähönen – Villa 2014, s. 315. Ks myös Kyläkallio et al. 2012b, s. 97–98.

8 Mähönen – Villa 2014, s. 314.

9 Ibid s. 313 ja 315.

10 Horsmanheimo – Steiner 2009, s. 415; Mähönen – Villa 2010, s. 47; Kyläkallio et al. 2012a, s. 82–83; Mähönen – Villa 2014, s. 315; sekä Immonen et al. 2014, s. 39 ja s. 45.

11 HE 109/2005, s. 48; KKO 2001:36; Mähönen – Villa 2014, s. 315 ja s. 326 sekä Immonen et al. 2014, s. 44 ja 46.

Esimerkiksi korkeimman oikeuden ennakkoratkaisussa KKO 2001:36 on katsottu, että apportin arvo tulee arvioida panttauksista vapaana.¹² KKO on kyseisessä ratkaisussa katsonut apporttiomaisuuden arvon olevan lähes olematon tilanteessa, jossa kyseinen omaisuus on ollut pantattuna koko arvostaan. KKO:n ratkaisun mukaan osakkeiden on siirryttävä yhtiölle lopullisesti ja siten, etteivät mitkään sivullisen oikeudet saata tosiasiallisesti mitätöidä tai olennaisesti heikentää niiden arvoa, jotta apporttiomaisuudeksi tarjottujen osakkeiden käypää arvoa vastaava panos siirtyisi vastaanottavalle yhtiölle. Mikäli näin ei tapahdu, aiheutuu yhtiölle oman pääoman puuttumisesta vahinkoa, jonka korvaamisesta vastuuseen voivat joutua esimerkiksi osakeyhtiön hallituksen jäsenet.

Lisäksi käytettäessä pantattuja osakkeita apporttina on otettava huomioon riski pantin realisoinnista. Ratkaisussa KKO 2001:36 pantattujen osakkeiden apporttina käyttämisen virheellisyyttä korosti se, että oli ollut olennainen riski siitä, että osakkeet tullaan käyttämään yhtiön aiemmin syntyneiden velkojen takaisinmaksuun.

OYL:n esitöiden mukaan käytettäessä pantattuun omaisuuteen liittyvää ylivakuutta apporttina on muistettava turvata apporttiomaisuutta saaneen yhtiön asema suhteessa apporttiomaisuudella maksavan henkilön muihin velkoihin. Tämä tapahtuu hallituksen esityksen mukaan pantinhaltijalle toimitettavalla siirtoilmoituksella. Maksu katsotaan suoritetuksi vasta, kun siirtoilmoitus on toimitettu. Pantinhaltijalle toimitettavan siirtoilmoituksen kautta apporttiomaisuutta vastaanottava yhtiö saa hallituksen esityksen mukaan suojan muun muassa apporttiomaisuudella maksavan muita velkoja vastaan.¹³

2.3 Arvostamismenetelmät pantattujen osakkeiden arvostamisessa

Eryisesti apporttina käytettävien osakkeiden arvostaminen on herättänyt oikeuskirjallisuudessa keskustelua ratkaisun KKO 2001:36 myötä. Osakkeen käyvän hinnan määrittämisestä ei ole OYL:ssa, sen esitöissä eikä oikeuskirjallisuudessa esitetty yhtä ainoaa oikeaa tapaa, eikä siksi käyvän arvon määrittäminen ole yksiselitteinen asia.¹⁴ Eryisesti noteeraamattomissa yhtiöissä osakkeiden arvostaminen on hankalaa, ja kilpailutapauksessamme oli kyse juurikin noteeraamattomasta yhtiöstä.¹⁵ Kirjallisuudessa on esitetty, että apporttiomaisuutena käytettävien osakkeiden arvostamisessa voidaan käyttää yleisesti tunnettuja omaisuuden arvostamismenetelmiä. On esitetty kolme mahdollista arvostusmenetelmää, joilla apporttiomaisuutena käytettävän osakkeen käypä arvo voidaan määrittää:

12 Huomaa, että kyseessä on vanhan osakeyhtiölain 734/1978 aikana annettu ratkaisu. Mainitut ratkaisuohteet ovat kuitenkin edelleen relevantteja, sillä apporttisääntelyä ei ole vuoden 2006 osakeyhtiölaissa muutettu ratkaisuohteisiin vaikuttavalla tavalla.

13 HE 109/2005, s. 48. Ks. myös Kyläkallio et al. 2012a, s. 85.

14 Pönkä 2015, s. 254.

15 Savolainen 2016, s. 2.

a. Osakkeen nettosubstanssiarvostus, joka perustuu yhtiön osakekohtaisen nettovarallisuuden määrittämiseen. Tässä menetelmässä lasketaan yhtiön nettosubstanssi vähentämällä yhtiön varoista yhtiön velat, ja saatu nettosubstanssi jaetaan osakkeiden lukumäärällä.¹⁶

b. Osakkeen tuottoperusteinen arvostus, joka perustuu osakkeen tulevaisuuden tuotto-odotuksiin, kuten osakkeelle jaettavissa olevaan osinkoon, yhtiön osakekohtaiseen voittoon ja arvioihin näiden erien kehityksestä.

c. Markkinahintainen arvostus, joka perustuu puolestaan julkisten markkinoiden hintanoteerauksiin. Tässä arvostustavassa käytetään yleensä pidemmän aikavälin hintakeskiarvoa.¹⁷

Kaikkiin menetelmiin liittyy muuttuvia tekijöitä, joita voi olla vaikea arvioida, ja eri arvostustavoilla voidaan päätyä hyvinkin erilaisiin lopputuloksiin. Arvostamisessa tulisikin käyttää kokonaisharkintaa, sillä yksikään arviointimenetelmä ei tuota absoluuttisesti oikeaa tulosta.¹⁸

Apporttiomaisuutena käytettävien osakkeiden arvostamiseen voidaan saada tukea OYL 18:7:n mukaisesta osakkeiden käyvän arvon määrittämisestä. Näissä tapauksissa markkinahintaa pidetään varsin yksimielisesti ensisijaisena menetelmänä käyvän arvon määrittämisessä.¹⁹ Noteeraamattoman yhtiön ollessa kyseessä tulee kuitenkin pohdittavaksi, missä määrin markkinahinnan voidaan katsoa luotettavasti muodostuneen, kun noteeraamattoman yhtiön osakkeilla ei tyypillisesti käydä sellaista kauppaa, jossa markkinahinta voisi muodostua.²⁰ Jos markkinahintaa ei voida pitää luotettavana arviona yhtiön osakkeiden käyvästä arvosta, tulee arvo oikeuskirjallisuudessa esitetyn kannan mukaan määrittää tuotto- tai substanssiarvomenetelmällä.²¹ OYL 18:7:ään liittyvässä välimieskäytännössä tuottoarvomenetelmää ei ole käytetty paljon ehkä siitä syystä, ettei sitä ole pidetty luotettavana. Toisaalta substanssiarvonkin katsotaan vain poikkeuksellisissa tapauksissa antavan luotettavan kuvan osakkeiden käyvästä arvosta, joten tuottoarvomenetelmä lienee monessa tilanteessa sopivin menetelmä osakkeiden käyvän arvon määrittämiseen, jos markkinahintaa ei voida luotettavalla tavalla määrittää.²²

16 Substanssiarvosta käytetään myös nimityksiä "teurastusarvo" ja "likvidaatioarvo". Ks. substanssiarvostuksesta lisää Pönkä 2015, s. 260–261.

17 Villa, 2001, s. 898–899; Mähönen – Villa 2014, s. 295 ja 316 sekä Immonen et al. 2014, s. 43–46 ja s. 47. Ks. Myös Kyläkallio et al. 2012a, s. 83. Ks. myös Savolainen 2014b, jossa käsitellään yksityiskohtaisesti eri arvostusmenetelmien käyttöä.

18 Villa, 2001, s. 898–899; Mähönen – Villa 2014, s. 295 ja 316 sekä Immonen et al. 2014, s. 43–46 ja s. 47.

19 HE 109/2005, s. 173; Pönkä 2015, s. 257–259 ja Savolainen 2016, s. 2.

20 Savolainen 2016, s. 2. Ks. edellytyksistä sille, milloin markkinahinnan voidaan katsoa luotettavasti muodostuneen Savolainen 2016, s. 30.

21 Ibid s. 8.

22 Ibid s. 2–3.

OYL 9:12.1:n mukaan apporttiomaisuudella on oltava merkintähintaa vastaava arvo omaisuuden luovutushetkellä. Tulevaisuudessa tapahtuvia arvonmuutoksia ei siis voida ottaa huomioon. Toisaalta apporttiomaisuuden käypä arvo voidaan edellä esitetysti perustaa edellä mainittuun tuottooperusteiseen arvostusmenetelmään, joka perustuu osakkeen tulevaisuuden tuotto-odotuksiin. Tuottoarvo kuvaa myös osakkeiden arvoa omaisuutta saavan yhtiön kannalta, kuten OYL 9:12.1:ssä edellytetään. Savolaisen mukaan tuottoarvoa ei pitäisi jättää käyttämättä käyvän hinnan määrittämisessä vain sen vuoksi, että tuottoarvomenetelmään liittyy harkinnanvaraisia tekijöitä ja sitä kautta epävarmuutta. Hänen mukaansa epävarmuutta voidaan hallita tuomalla esille laskelman perustana olevat oletukset ja epävarmat seikat sekä perustelemalla tehdyt valinnat huolellisesti.²³

Edellä esitetyn kaltainen tuottoarvostusmenetelmään perustuva osakkeiden arvostaminen on mielestämme mahdollinen, mutta tuottoarvostusmenetelmän käytössä tulisi olla apporttimaksutilanteissa varovainen. Kuten edellä on todettu, apporttiomaisuuden arvostamisen tulisi olla kokonaisharkintaa, joka perustuu eri menetelmien antamiin arvostusratkaisuihin. Jos esimerkiksi nettosubstanssiarvo ja markkinahinta poikkeavat tuottoarvoon perustuvasta arvosta merkittävästi, tulisi mielestämme erityisen kriittisesti arvioida sitä, voidaanko tuottoarvoa pitää luotettavana arviona apporttina luovutettavien osakkeiden arvosta.

Tuottoarvomenetelmän käytössä arvostamista ei tulisi mielestämme perustaa tulevaisuuden epävarmoihin tapahtumiin apporttimaksutilanteissa, vaan apporttiomaisuuden yhtiölle tuottaman kassavirran tulisi apporttiomaisuuden luovutushetkellä olla kohtalaisen varma. Muuten apporttiomaisuuden arvostamisessa saatettaisiin päätyä jopa mielivaltaisiin arvostusratkaisuihin ja sitä kautta muiden kuin osakeantiin osallistuvien osakkeenomistajien ja velkojien etujen loukkaamiseen. Toisaalta muut arvostusmenetelmät voivat myös johtaa mielivaltaisiin ratkaisuihin, sillä niissä ei lähtökohtaisesti oteta sitäkään vähää huomioon OYL 9:12.1:n vaatimusta apporttiomaisuuden taloudellisesta arvosta juuri apporttiomaisuutta saavan yhtiön kannalta.

2.4 Pantattujen osakkeiden oikean arvostamisen varmistavat menettelysäännökset

OYL:ssa on tarkat menettelysäännökset siitä, miten tulee toimia käytettäessä apporttiomaisuutta osakkeiden merkintähinnan maksuun. Sääntelyn tarkoituksena on varmistaa, että apporttiomaisuuden arvostamisessa on toimittu oikein ja yhtiö saa sille kuuluvan merkintähintamaksun.²⁴

OYL 9:12.2 sisältää vaatimukset osakeantipäätöksen sisällöstä, kun osakkeiden maksussa käytetään apporttia. Momentin mukaan osakeantipäätöksessä on mainittava merkintähinnan maksamisesta apporttiomaisuudella. Lisäksi päätöksessä tulee olla apporttiselvitys, jossa

23 Savolainen 2016, s. 31.

24 Ks. apporttiselvityksestä Mähönen – Villa 2014, s. 315.

yksilöidään apporttiomaisuus ja sillä suoritettava maksu sekä selvitetään omaisuuden arvostamiseen vaikuttavat seikat ja omaisuuden arvostamisessa noudatetut menetelmät.²⁵

Oikeuskirjallisuudessa ei ole liiemmin käsitelty apporttiselvityksen tarkempaa sisältöä tilanteessa, jossa apporttiomaisuus on pantattuna. Näin ollen on syytä koota tähän, mitä asioita kyseisessä tilanteessa apporttiselvityksen tulisi sisältää, jotta OYL 9:12.2:n edellytykset täyttyvät. Näkemyksemme on, että käytettäessä pantattuja osakkeita apporttina tulisi apporttiselvityksessä yksilöidä seuraavat seikat:

1. Apporttiomaisuuden yksilöiminen: Tulisi mainita omaisuuden laji eli se, että apporttina käytetään osakkeita. Lisäksi tulisi mainita se, minkä yhtiön osakkeita apporttiomaisuutena luovutettavat osakkeet ovat ja kuinka suuresta määrästä osakkeita on kyse.
2. Apporttiomaisuudella suoritettavan maksun yksilöiminen: Apporttiselvityksessä tulisi yksilöidä apporttiomaisuudella suoritettava maksu eli käytännössä se, minkä osakkeiden ja kuinka monen osakkeen merkintähinta apporttiomaisuutena luovutettavilla osakkeilla maksetaan. Myös se tulisi mainita, jos apporttiomaisuudella maksetaan vain osa osakkeiden merkintähinnasta.
3. Omaisuuden arvostamiseen vaikuttavien seikkojen mainitseminen: Kaikki osakkeiden arvostamiseen vaikuttavat seikat tulisi mainita eli ainakin, miten panttaus vaikuttaa apporttina luovutettavien osakkeiden arvoon.
4. Omaisuuden arvostamisessa noudatetut menetelmät: Lisäksi tulisi mainita, mitä menetelmiä osakkeiden arvostamisessa on käytetty ottaen huomioon tarve määrittää apporttiomaisuuden taloudellinen arvo omaisuutta saavan yhtiön toiminnan kannalta.²⁶ Näin yhtiön intressitahot, esimerkiksi sijoittajat, voivat läpinäkyvästi arvioida sijoituksensa arvoa.²⁷

Lisäksi apporttijärjestelyä koskevia menettelysäännöksiä on uusien osakkeiden rekisteröimistä koskevassa OYL 9:14:ssa. OYL 9:14.1:n mukaan osakkeet voidaan ilmoittaa rekisteröitäviksi vasta, kun ne on täysin maksettu. Osakkeiden maksun ollessa puutteellinen apporttiomaisuuden panttauksen vuoksi toimitaan siis OYL:n vastaisesti ja hallitus tai toimitusjohtaja voi joutua vahingonkorvausvastuuseen, jos osakkeet ilmoitetaan rekisteröitäviksi. Hallituksen jäsenten ja toimitusjohtajan vastuuta apporttijärjestelyissä korostaa OYL 9:14.2:n vaatimus hallituksen jäsenten ja toimitusjohtajan vakuutuksesta: rekisteri-ilmoitukseen on liitettävä yhtiön hallituksen jäsenten ja toimitusjohtajan vakuutus siitä, että osakkeiden antamisessa on noudatettu OYL:n säännöksiä.

25 Ks. osakeantipäätöksen sisällöstä Kyläkallio et al. 2012b, s. 98–100.

26 Ks. Immonen et al. 2014, s. 45 sekä Kyläkallio et al. 2012b, s. 97. Arvostusmenetelmistä katso edellä jakso 2.3.

27 Mähönen – Villa 2014, s. 316.

Lisäksi osakkeiden rekisteröimiseksi tarvitaan yhtiön tilintarkastajien todistus siitä, että OYL:n säännöksiä osakkeiden maksamisesta on noudatettu sekä tilintarkastajan lausunto apporttiselvityksestä ja siitä, oliko omaisuudella vähintään maksua vastaava taloudellinen arvo yhtiölle.²⁸ Tilintarkastajan on lausunnossaan otettava itsenäisesti kantaa siihen, oliko apporttiomaisuudella vähintään maksua vastaava taloudellinen arvo yhtiölle. Lausunnon tarkoituksena on varmistaa, että apporttiomaisuuden taloudellinen arvo on vähintään merkintähinnan suuruinen.²⁹

2.5 Yksityiskohtaisen apporttisääntelyn tarkoitus

Apporttisääntelyn tarkoituksena on suojata velkojia ja niitä osakkeenomistajia, jotka eivät ole osallisia osakkeiden merkitsemiseen apporttiomaisuudella sekä edistää pääoman pysyvyyttä osakeyhtiössä.³⁰ Osakkeiden maksaminen apporttiomaisuudella voi vaarantaa ensinnäkin velkojien asemaa, jos apporttiomaisuudella ei ole maksua vastaavaa taloudellista arvoa yhtiölle. Tällöin taseeseen on merkittynä eriä, jotka eivät tosiasiaassa ole tulleet yhtiön omistukseen, ja velkojat saavat väärän kuvan yhtiön vakavaraisuudesta. Velkojilla ei tällaisessa tapauksessa ole oikeaa kuvaa siitä, miten yhtiö voi selviytyä tulevaisuudessa sitoumuksistaan ja velvoitteistaan.³¹ Toisaalta taseesta on ylipäänsä vaikea tehdä kovin pitkälle meneviä päätelmiä yhtiön maksuvalmiudesta tulevaisuudessa.

Lisäksi apporttiomaisuuden taloudellisen arvon puutteellisuus voi asettaa osakeyhtiön osakkeenomistajat toistensa kanssa eriarvoiseen asemaan. Kun osakeannissa joku vanhoista osakkeenomistajista ei osallistu osakeantiin, tapahtuu hänen omistuksessaan diluutio eli osakeantiin osallistumattoman osakkeenomistajan omistus laimentuu. Jos apporttiomaisuudella ei ole maksua vastaavaa taloudellista arvoa yhtiölle, osakeannissa osakkeita merkinnyt henkilö ei maksa osakkeista sitä hintaa, joka hänen olisi kuulunut osakeantiin osallistumattomien osakkeenomistajien käsityksen mukaan maksaa. Näin osakeantiin osallistuvat ja osallistumattomat osakkeenomistajat ovat eriarvoisessa asemassa. Osakeantiin osallistuneet henkilöt kasvattavat nimittäin osakeomistustaan ja samalla vanhojen osakkeenomistajien omistusosuus pienenee ilman, että uusia osakkeita merkitsevät henkilöt joutuisivat maksamaan osakkeen merkintähintaa kokonaisuudessaan. Tilanteessa voidaan katsoa tulevan kyseeseen osittainen maksuton suunnattu osakeanti, jossa ei ole noudatettu OYL 9:4.1:n vaatimusta erityisen painavasta taloudellisesta syystä.

28 Mähönen – Villa 2014, s. 316. Tilintarkastajan lausunto tarvitaan aina apporttiomaisuudella maksettaessa riippumatta siitä, onko yhtiössä OYL:n tai yhtiöjärjestyksen mukaan valittava tilintarkastaja.

29 Ibid. OYL 9:14:3:n mukainen hallituksen vakuutus ja tilintarkastajan todistus koskevat vain osakeannissa annettavia uusia osakkeita. Myös OYL 9:14.4:n mukainen tilintarkastajan lausunto koskee vain osakeannissa annettavia uusia osakkeita.

30 Mähönen – Villa 2014, s. 341.

31 Ibid, s. 55 ja s. 313.

Oma kysymyksensä on se, missä määrin apporttisääntelyn voidaan katsoa suojaavaan yhtiötä itseään. Vaikka apporttiomaisuudella ei olisi merkintähintaa vastaavaa taloudellista arvoa, ei yhtiö kuitenkaan periaatteessa menetä mitään varallisuuspitoista etuutta, joka sillä olisi ollut tai jonka se olisi saanut, jos apporttijärjestelyä ei olisi toteutettu.³² Myös OYL:n esitöiden mukaan apporttisääntelyn tarkoituksena on suojata nimenomaan osakkeenomistajia ja velkojia turvaamalla täysi maksu osakkeesta yhtiölle, eikä yhtiötä itseään ole siis mainittu suojattavana tahona.³³ Jaksossa 3.2 pohdimme tarkemmin kysymystä siitä, voiko yhtiön itsensä edes katsoa kärsineen apporttijärjestelystä vahinkoa, jota se voisi vaatia korvattavaksi.

3. MERKITSIJÖIDEN MAKSUVELVOLLISUUS JA VASTUUTAHOJEN VAHINGONKORVAUSVASTUU KÄYTETTÄESSÄ PANTATTUJA OSAKKEITA VIRHEELLISESTI APPORTTINA

3.1 Ketkä voivat joutua maksuvelvollisiksi pantattujen osakkeiden virheellisestä käytöstä apporttina?

Jos pantattujen osakkeiden arvo ei ole vastannut osakkeiden merkintähintaa tai menettelysäännöksiä ei ole muuten noudatettu, voivat useat eri tahot joutua maksuvelvollisiksi. Näitä tahoja voivat olla ensinnäkin osakkeiden merkitsijät, jotka voivat joutua jälkikäteen suorittamaan merkintämaksusta puuttuvan osan rahassa. Maksuvelvollisiksi voivat joutua myös apporttijärjestelystä vastanneet vastaanottajayhtiön hallituksen jäsenet, toimitusjohtaja, tilintarkastaja tai apporttijärjestelyssä neuvonantajana toiminut oikeudellinen asiantuntija.

Mitä tulee merkitsijöiden maksuvelvollisuuteen, merkitsijällä on velvollisuus maksaa puuttuva määrä rahassa, jos OYL 9:12.2:n säännöksiä osakeantipäätöksen ja apporttiselvityksen sisällöstä ei ole noudatettu. Välttääkseen maksuvelvollisuuden merkitsijän on näytettävä, että omaisuudella oli maksua vastaava taloudellinen arvo yhtiölle. Jos ei pystytä osoittamaan, että apporttiomaisuudella olisi ollut maksua vastaava taloudellinen arvo, on merkitsijän maksettava puuttuva määrä yhtiölle rahassa.³⁴

On tärkeää kuitenkin huomata, että jos apporttimenettelyssä on noudatettu OYL 9:12.2:ssa säädettyjä menettelysäännöksiä osakeantipäätöksen ja apporttiselvityksen sisällöstä, ei merkitsijällä OYL 9:12.2:n sanamuodon mukaan voisi olla maksuvelvollisuutta. On mielenkiintoinen kysymys, voiko näin todellakin olla. Maksuvelvollisuutta ei olisi siis tällöin edes tilanteessa, jossa omaisuus ei ole vastannut osakkeen merkintämaksua, jos osakeantipäätös ja apporttiselvitys on toteutettu OYL 9:12.2:n edellytysten mukaan. Näin esimerkiksi Mähönen ja Villa ovat todenneet.³⁵ Lisäksi tällaista

32 Samoin on todennut Glantz 2001, s. 1319–1321.

33 Ks. HE 109/2005, s. 28.

34 Ks. osakkeiden merkitsijöiden velvoitteista ja todistustaakasta Kyläkallio et al. 2012b, s. 101.

35 Mähönen – Villa 2014, s. 315.

kantaa tukee se, että myös OYL 9:14.4:n sanamuoto viittaa siihen, että apporttiamaisuuden arvo olisi erillään apporttiselvityksen muodollisista vaatimuksista: tilintarkastajan on otettava kantaa sekä apporttiselvityksen muodolliseen sisältöön että apporttiamaisuuden arvoon.

Kirjoittajat ovat sitä mieltä, että tällainen OYL 9:12.2:n mukainen tulkinta olisi perusteltu paitsi säännöksen suoran sanamuodon perusteella, myös siksi, että monissa tilanteissa voitaisiin päätyä merkitsijöiden kannalta kohtuuttomiin lopputuloksiin, jos heiltä voisi vaatia merkintähinnan maksua apporttiselvityksen laatijoiden tekemän arvostusratkaisun perusteella. Tosin tämä näkemys on mahdollista kyseenalaistaa siitä näkökulmasta, että merkitsijöiltäkin voitaneen vaatia jonkintasoista omaa arviointia. OYL 9:12.2:n soveltamisedellytykset saattaisivat tällä tavoin tulkittuna olla myös kohtuuttoman tiukat.

OYL:n esitöissä mainitaan kuitenkin, että ”merkitsijä voi olla yleisten velvoiteoikeudellisten sääntöjen nojalla velvollinen suorittamaan puuttuvan määrän yhtiölle”.³⁶ Mikäli tilanne voisi OYL:n normien lisäksi tulla arvioiduksi yleisten velvoiteoikeudellisten sääntöjen nojalla, voisivat sovellettaviksi tulla kauppalain (355/1987) mukaiset kaupan virhettä koskevat säännökset.³⁷ Kantamme on kuitenkin se, että kyseessä on enemmän toteamus siitä, että puutteellisesti suoritetun merkintähinnan voisi joutua maksamaan jälkikäteen ilman OYL:n nimenomaista säännöstäkin suoraan yleisten velvoiteoikeudellisten periaatteiden nojalla.

Kyseessä ei siis mielestämme voi olla vaihtoehtoinen reitti vaatia merkintähintamaksua. Olisi erikoista, jos OYL 9:12.2:n erityissäännöksen ohella merkitsijöiltä voisi vaatia merkintähintamaksua yleisin velvoiteoikeudellisin perustein, sillä OYL:ssa on omat säännökset puuttuvan merkintähinnan maksusta. OYL:n 9:12.2:n tarkka sanamuoto menettäisi merkityksensä, jos sen rinnalla olisi OYL:n yksityiskohtaisen säännöksen kumoava vaihtoehto vaatia merkintähinnan maksua. Tämä havainnollistui kilpailutapauksemme tilanteessa: jos tapauksessa OYL 9:12.2:n mukaisia säännöksiä osakeannin ja apporttiselvityksen sisällöstä olisi katsottu noudatetun, ei suoraan OYL:n nojalla olisi edellä esittämämme sanamuodon mukaisen tulkinnan mukaan merkitsijöiltä voinut vaatia merkintähintaa maksettavaksi. Jos kyseeseen olisi tullut myös edellä kuvaamamme yleinen velvoiteoikeudellinen reitti, olisi tilanteessa voitu päätyä päinvastaiseen tulokseen: tällöin olisi nimittäin voitu katsoa, ettei merkintähinnan maksu vastannut sovittua ja merkitsijät olisivat joutuneet mahdollisesti maksamaan merkintähinnan. Edellä kuvatun tulkinnan mukaan suoraan OYL 9:12.2:n mukaan näin ei voi käydä, sillä jos apporttiselvitys ja osakeanti on tehty OYL 9:12.2:n menettelysäännösten mukaan, ei osakkeiden merkitsijä voi joutua maksamaan merkintähintamaksua.

36 HE 109/2005 vp, s. 45–46.

37 Ks. Wilhelmsson – Koskelo – Sevón 2006, s. 10. Kauppalaki koskee myös oikeuksien luovutusta, esim. osakkeiden kauppaa. Samoin on todettu ratkaisussa KKO 2001:35, jossa KKO toteaa: ”Asiassa on kysymys osakkeiden kauppoihin perustuvasta maksamatonta kauppahintaa koskevasta riidasta, johon sovelletaan irtaimen kauppaa koskevia kauppalain säännöksiä”.

Osakkeiden merkitsijä ei kuitenkaan ole ainoa mahdollinen vastuutaho arvoltaan riittämättömän apporttiomaisuuden tilanteissa. OYL 22 luvun vahingonkorvausvastuusäännösten mukaan yhtiön hallituksen jäsenet, toimitusjohtaja ja tilintarkastajat voivat myös joutua vahingonkorvausvastuuseen tapauksessa, jossa he ovat hyväksyneet apporttiomaisuudella tapahtuvan maksun eikä apporttiomaisuuden arvo vastaa osakkeiden merkintämaksua.

Osakeyhtiön johto voi joutua vahingonkorvausvastuuseen joko OYL 22:1.1:n mukaan johdon huolellisuusvelvoitteen rikkomisesta tai OYL 22:1.2:n mukaan muuten OYL:a rikkomalla yhtiölle aiheuttamastaan vahingosta. OYL 22:1.1:n mukaan siis jo se, että johto on toiminut OYL 1:8:n mukaisen yleisen huolellisuusvelvollisuuden vastaisesti, riittää synnyttämään vahingonkorvausvastuun yhtiötä kohtaan. Vastuu yhtiötä kohtaan voi siis syntyä mistä tahansa tuottamuksellisesta toiminnasta, minkä lisäksi OYL:n säännösten, kuten apporttisäännösten, rikkomista pidetään huolellisuusvelvollisuuden vastaisena toimintana.³⁸

Lisäksi johtoon kuuluva henkilö voi joutua vahingonkorvausvastuuseen OYL:n muita yksittäisiä säännöksiä rikkomalla OYL 22:1.2:n nojalla, eli johdon jäsen voi joutua myös suoraan OYL:n apporttia koskevien säännösten rikkomisen perusteella vahingonkorvausvastuuseen. Näin voi olla esimerkiksi tilanteessa, jossa omaisuudella ei ole ollut OYL 9:12.1:n edellyttämällä tavoin maksua vastaavaa taloudellista arvoa yhtiölle. Tällöin yhtiölle on oikeuskäytännössä katsottu aiheutuvan oman pääoman puuttumisesta vahinkoa, jonka korvaamisesta vastuuseen voivat joutua osakeyhtiön johtoon kuuluvat henkilöt.³⁹

OYL 22:1.3 sisältää lisäksi ns. tuottamusolettaman, jonka mukaan jos vahinko on aiheutettu rikkomalla OYL:a muulla tavalla kuin pelkästään rikkomalla 1 luvussa tarkoitettuja periaatteita, vahinko katsotaan aiheutetuksi huolimattomuudesta, jollei menettelystä vastuussa oleva osoita menetelleensä huolellisesti. Potentiaalisella vastuuvollisella on siis todistustaakka siitä, että hän on toiminut huolellisesti (ns. käännetty todistustaakka). Tämä tuottamusolettama lisää todennäköisyyttä siitä, että johdon jäsen voi joutua apporttisääntelyn vastaisesta toiminnastaan vahingonkorvausvastuuseen.

Lisäksi arvioitaessa hallituksen jäsenen ja toimitusjohtajan vastuuta on otettava huomioon OYL 9:14.3:n mukainen hallituksen jäsenten ja toimitusjohtajan vakuutus siitä, että osakkeiden antamisessa on noudatettu OYL:n säännöksiä. Antamalla vakuutuksen OYL:n säännösten noudattamisesta hallituksen jäsenet ja toimitusjohtaja ottavat siis nimenomaisesti vastuun siitä, että pantatuilla osakkeilla on ollut maksua vastaava taloudellinen arvo yhtiön kannalta.

38 OYL 1:8 sisältää yleisen johdon huolellisuusvelvoitteen, jonka mukaan yhtiön johdon tulee huolellisesti toimien edistää yhtiön etua. Hallituksen esityksen 109/2005 mukaan riittävänä huolellisuutena voidaan yleensä pitää sitä, että ratkaisun taustaksi on hankittu tilanteen edellyttämä asianmukainen tieto, sen perusteella on tehty johdonmukainen päätös tai muu toimi eivätkä päätöksen tai muun toimen tekoon ole vaikuttaneet johdon jäsenten eturistiriidat.

39 Näin on arvioitu ratkaisussa KKO 2001:36.

Näin on arvioitu esimerkiksi ratkaisussa KKO 2001:36.

Kilpailutapauksessamme tuli myös pohdittavaksi, mikä merkitys tulee antaa ensinnäkin sille, että yhtiön tilintarkastaja on antanut OYL:n mukaisen todistuksen ja lausunnon apporttijärjestelystä, ja toiseksi sille, että yhtiön johto on saanut apporttijärjestelyyn ulkopuolista asiantuntija-apua. Yleistäen voitaneen todeta, että nämä seikat voivat lisätä vastuutahojen joukkoa, mutta harvoin kuitenkaan poistavat OYL:n vastaisesti toimineen hallituksen jäsenen vastuuta. Tilintarkastajan vastuuta säännellään nimenomaisen OYL 22:4:n viittaussäännöksen nojalla tilintarkastuslaissa (1141/2015, jäljempänä ”TTL”). TTL 10:9:n mukaan tilintarkastaja on velvollinen korvaamaan vahingon, jonka hän on TTL 1:1.1:ssä tarkoitettua tehtävää suorittaessaan aiheuttanut tahallisesti tai huolimattomuudesta yhteisölle tai säätiölle. Sama koskee vahinkoa, joka tilintarkastuslakia tai OYL:a rikkomalla on aiheutettu yhteisön osakkaalle, yhtiömiehelle tai jäsenelle taikka muulle henkilölle.

Lisäksi muut asiantuntija-apua antaneet henkilöt voivat joutua vahingonkorvausvastuuseen sopimusperusteisen vahingonkorvausvastuun nojalla, jos he ovat antaneet apporttijärjestelyyn liittyviä virheellisiä neuvoja.⁴⁰ Oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä on katsottu, ettei asiantuntijapalvelun tarjoaja yleensä voi tyytyä tehtäviensä kapea-alaiseen tulkitsemiseen, vaan hänellä on velvollisuus ainakin huomauttaa asiakasta sellaisista toimeksiantoon liittyvistä kysymyksistä, joihin voi liittyä riskejä niiden jäädessä selvittämättä. Oikeuskäytännössä on myös puollettu asiantuntijan velvoitteita laajentavaa tulkintaa.⁴¹

Hallituksella on katsottu olevan oikeus pääsääntöisesti luottaa asiantuntijan kantaan sellaisessa asiassa, jossa hallituksella itsellään ei ole riittävää osaamista.⁴² Oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu, että hallituksen jäsenten omalla tietoisuudella yhtiön menettelystä on enemmän painoarvoa kuin neuvonantajien käsityksillä eikä ulkoisen asiantuntijan käyttäminen vähennä johdon vastuuta tilanteessa, jossa apporttiomaisuuden arvo ei olekaan vastannut osakkeiden merkintämaksua esimerkiksi juuri panttauksen vuoksi.⁴³ Asiantuntijan käytöllä ei ole oikeuskirjallisuudessa katsottu olevan vastuusta vapauttavaa vaikutusta etenkin, jos tietojen toimittaminen asiantuntijalle on ollut puutteellista hallituksen tai toimitusjohtajan tuottamukseksi luettavalla tavalla.⁴⁴

3.2 Normin suojatarkoitusta koskevan opin vaikutus vahingonkorvausvastuun arviointiin

Yhtiöoikeudellista vastuuta arvioitaessa on otettava huomioon myös normin suojatarkoitusta

40 Norros 2008, s. 639 sekä Hemmo – Hoppu 2014, luku 16 Asiantuntijapalvelujen tarjoaminen – Asiantuntijan velvoitteiden sisältö – Korkea vaatimustaso.

41 Asiantuntijan velvollisuuksia on tulkittu laajasti ratkaisuisissa KKO 1999:19, 1999:80 ja 2001:128.

42 Savela 2015, s. 50, sekä af Sandeberg, 2001, s. 312.

43 Helsingin HO 29.1.2013 S 11/2868.

44 Savela 2015, s. 50.

koskeva oppi.⁴⁵ Normin suojatarkoitusta koskevan opin mukaan vahingonkorvausvastuu voi poistua, jos vahinko ei ole riktun normin suojatarkoituksen piirissä. Kyseisen opin mukaan normin, jota rikkomalla vahinko on aiheutettu, on siis oltava tarkoitettu suojaamaan välittömästi sitä tahoja, jonka kärsimästä vahingosta on kysymys.

Hallituksen esityksen HE 109/2005 mukaan apporttisääntelyn tarkoituksena on suojata osakkeenomistajia ja velkojia. Hallituksen esityksen sanamuodon mukaan apporttisääntelyn ei siis tule suojata itse yhtiötä tilanteessa, jossa osakkeenomistajille tai velkojille ei ole aiheutunut vahinkoa.⁴⁶ Näin vahingonkorvausta voisivat vaatia ainoastaan osakkeenomistajat tai velkojat. Tosin tällainen käsitys on vain hallituksen esityksestä suoraan johdettu muodollinen näkemys, joka ei välttämättä vastaa käytännössä tarkoituksenmukaista vahingonkorvausvastuun arviointia.

Jos pantattujen osakkeiden arvo ei ole vastannut merkintähintaa, voivat yhtiön sellaiset osakkeenomistajat kärsiä vahinkoa, jotka eivät ole osallistuneet osakeantiin. Heidän osakeomistuksensa nimittäin laimentuu, kuten edellä on esitetty. Ratkaisua KKO 2001:36 onkin perusteltu muun muassa sillä, että apporttijärjestelystä on voinut aiheutua vahinkoa muille kuin osakeantiin osallistuville osakkeenomistajille.

Oma kysymyksensä on se, milloin itse yhtiön voidaan katsoa kärsineen vahinkoa pantattujen osakkeiden arvon puutteellisuudesta. Itse yhtiöhän ei sinänsä menetä mitään varallisuuspitoista etuutta laskiessaan liikkeelle osakkeitaan. Näin ollen voitaneen katsoa, ettei itse yhtiölle aiheudu vahinkoa, jos pantattujen osakkeiden arvo ei vastaa merkintähintamaksua. Toisaalta, jos osakkeiden maksuna on luvattu tietyn arvoista omaisuutta, ei ole yhdentekevää yhtiön kannalta, jos yhtiölle tuleva omaisuus ei vastaakaan luvattua arvoa. Yhtiö edustaa tosin myös välillisesti osakkeenomistajien etua, jolloin ehkä osakkeenomistajien kärsimä vahinko voitaisiin samastaa yhtiön kärsimään vahinkoon. Tällöin yhtiö voisi ajaa vahingonkorvauskannetta tilanteessa, jossa osakkeenomistajat ovat kärsineet vahinkoa.

On myös huomattava, ettei yhtiö, tai esimerkiksi yhtiön konkurssipesä, voi hakea korvausta yksittäisten velkojien kärsimästä vahingosta. Korvausta voi vaatia ainoastaan taho, jota normi suojaa ja joka on kärsinyt itse vahinkoa. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2012:65 katsottiin, ettei yhtiön konkurssipesällä ollut oikeutta saada vahingonkorvausta, kun hallituksen jäsenen laiminlyönti koski yhtiön yksittäisten velkojien eduksi säädettyä velvollisuutta. Tapauksessa katsottiin, ettei laiminlyönnistä siksi aiheutunut yhtiöön nähden korvattavaa vahinkoa.

45 Savela 2015, s. 312. Savela on katsonut normin suojatarkoitusta koskevan opin soveltuvan myös yhtiöoikeudelliseen vahingonkorvausvastuuseen.

46 Ks. HE 109/2005, s. 46. Vastaavasti on todettu oikeuskirjallisuudessa: Mähönen – Villa 2014, s. 313–314, sekä Immonen et al. 2014, s. 39–41.

4. JOHTOPÄÄTÖKSET

Apporttiomaisuutena on siis mahdollista käyttää pantattua omaisuutta, mutta tällöin tulee olla erityisen huolellinen. Suomen lainsäädäntö ja oikeuskirjallisuus jättävät tällaisiin apporttijärjestelyihin liittyvät kysymykset monilta osin auki, eikä järjestelyn toteuttamisesta ole annettavissa yksiselitteisiä vastauksia.

Kokoavasti voidaan todeta, että käytettäessä pantattuna olevaa omaisuutta apporttina on oltava varma siitä, että apporttiomaisuudella on osakkeiden merkintähintaa vastaava ylivakuusarvo ja että pantinhaltijalle toimitetaan siirtoilmoitus, jonka avulla yhtiö saa suojaa muiden velkojien vaatimuksilta. Lisäksi menettelyssä on noudatettava tarkasti OYL:n apporttisäännöksiä, erityisesti OYL 9:12:n vaatimuksia osakeantipäätöksen ja apporttiselvityksen sisällöstä. Osakeantipäätöksessä tulisi mainita apporttiomaisuudella maksamisesta. Apporttiselvityksessä tulisi yksilöidä apporttiomaisuus ja sillä maksettava maksu riittävän yksityiskohtaisesti sekä mainita omaisuuden arvostamiseen vaikuttavat seikat ja omaisuuden arvostamisessa käytetyt menetelmät. Tällöin osakkeenomistajat ja velkojat saavat riittävästi tietoa arvioidakseen apporttijärjestelyn sisältöä.

Apporttiomaisuutena käytettävien osakkeiden arvostamisessa olisi suositeltavaa käyttää eri arvostusmenetelmiin perustuvaa kokonaisharkintaa. Suositeltavia arvostusmenetelmiä ovat erityisesti markkinahintainen arvostus ja niissä tilanteissa, joissa markkinahintaa ei voida luotettavalla tavalla määrittää, tuottoperusteinen arvostus. Joissain tilanteissa myös nettosubstanssiarvostus voidaan ottaa huomioon apporttiomaisuutta arvostettaessa.

Mikäli apporttijärjestelyssä ei noudateta OYL:n vaatimuksia, voi järjestelystä vastuussa oleville aiheutua ankaria seuraamuksia. Apporttisääntelyn tarkoituksena on suojata velkojia, apporttijärjestelyyn osallistumattomia osakkeenomistajia ja taata pääoman pysyvyyden periaatteen toteutuminen osakeyhtiössä. Sillä, keiden etua kussakin apporttijärjestelyssä on loukattu, on myös vaikutusta siihen, kuka voi saada vahingonkorvausta järjestelyn perusteella. Puuttuvan merkintähinnan voivat joutua ensi sijassa maksamaan osakkeiden merkitsijät, minkä lisäksi vahingonkorvausvastuuseen voivat joutua hallituksen jäsenet, toimitusjohtaja, tilintarkastaja tai järjestelyssä neuvonut asiantuntija. Vastuuta apporttijärjestelyn virheellisyydestä on oikeuskäytännössä arvioitu suhteellisen ankarasti, mistä johtuen apporttisääntelyn noudattaminen tulisi aina varmistaa erityisen huolellisesti.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Af Sandeberg, Catarina: Prospektansvaret – caveat emptor eller caveat venditor. Iustus, Uppsala 2001. (af Sandeberg 2001)

Glantz, Kai: Korkeimman oikeuden ratkaisusta 2001:36. Lakimies 8/2001 s. 1319–1321. (Glantz 2001)

Hemmo, Mika – Hoppu, Kari.: Sopimusoikeus. Talentum, Helsinki 2014. Verkkojulkaisu, 6.9.2016 päivitetty versio. (Hemmo – Hoppu 2014)

Horsmanheimo, Pasi – Steiner, Maj-Lis: Tilintarkastus – Asiakkaan opas. 3 painos. Sanoma Pro Oy, Juva 2009. (Horsmanheimo – Steiner 2009)

Immonen, Raimo – Ossa, Jaakko – Villa, Seppo: Osakeyhtiön pääoman hallinta. 2. uud. painos. Talentum, Helsinki 2014. (Immonen et al. 2014)

Kyläkallio, Juhani – Kyläkallio, Kalle – Irola, Olli: Osakeyhtiö I. Edita, Porvoo 2012. (Kyläkallio et al. 2012a)

Kyläkallio, Juhani – Kyläkallio, Kalle – Irola, Olli: Osakeyhtiö II. Edita, Porvoo 2012. (Kyläkallio et al. 2012b)

Mähönen, Jukka – Villa, Seppo: Osakeyhtiö I. Pääomarakenne ja rahoitus. 3. painos. Talentum, Helsinki 2015. (Mähönen – Villa 2015)

Mähönen, Jukka – Villa, Seppo: Osakeyhtiö II. Pääomarakenne ja rahoitus. 3. uud. painos. Talentum, Helsinki 2014. (Mähönen – Villa 2014)

Mähönen, Jukka – Villa, Seppo: Osakeyhtiö III. Corporate Governance. 2. uud. painos. Talentum, Helsinki 2010. (Mähönen – Villa 2010)

Norros, Olli: Vahingonkorvaus asiantuntijapalveluissa. Lakimies 4/2008, s. 639. (Norros 2008)

Pönkä, Ville: Osakkeen lunastaminen. Talentum, Helsinki 2015. (Pönkä 2015)

Savela, Ari: Vahingonkorvaus osakeyhtiössä. 3. uud. painos. Talentum, Helsinki 2015. (Savela 2015)

Savolainen, Hanna: Pienyrityksen arvonmääritys oikeudellisena ongelmana, osa I: Arvokäsitteiden merkityksestä. Edilex 2014/19. (Savolainen 2014a)

Savolainen, Hanna: Pienyrityksen arvonmääritys oikeudellisena ongelmana, osa II: Arvon määrittämisessä käytettävistä menetelmistä. Edilex 2014/26. (Savolainen 2014b)

Savolainen, Hanna: OYL 18:7 mukaisen käyvän hinnan määrittäminen noteeraamattomissa yhtiöissä. Edilex 2016/33. (Savolainen 2016)

Savolainen, Hanna – Saastamoinen, Jani: OYL 18:7:n mukainen käypä hinta

– tilastollinen analyysi noteeraamattomien yhtiöiden vähemmistöosakkeiden lunastushinnan määräytymisestä. Lakimies 2/2016, s. 245–268. (Savolainen – Saastamoinen 2016)

Wilhelmsson, Thomas – Koskelo, Pauliine – Sevón, Leif: Kauppalaian pääkohdat. 5. uud. painos. Talentum, Helsinki 2006. (Wilhelmsson – Koskelo – Sevón 2006)

Villa, Seppo: Oikeustapauskommentti tapauksesta KKO 2001:36. Lakimies 2001/5, s. 898–899. (Villa 2001)

Virallislähteet

Hallituksen esitys 109/2005 Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi. (HE 109/2005)

Oikeuskäytäntö

KKO 1991:25

KKO 1999:19

KKO 1999:80

KKO 2001:35

KKO 2001:36

KKO 2001:128

KKO 2010:91

KKO 2012:65

Helsingin HO 29.1.2013 S 11/2868.

Muut

ELSA Finlandin oikeustapauskilpailun kilpailutapaus vuodelta 2015–2016. Kilpailutapaus on luettavissa osoitteesta elsafinland.fi/oikeustapauskilpailu/.

OFFER YOUR TEXT TO BE PUBLISHED IN HELSINKI LAW REVIEW

Maximum length

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

Typeface

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

Abstract

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

Harvard style footnotes

A reference to the source is marked as follows: last name of the author, year of publication, page number(s). The footnote will always end with a period. (Example: Dworkin, 2004, p. 87–88.)

Citations

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

References

A reference list should be attached to the end of every work sent to us. Include the information regarding the publisher and the place of publication – in a collection of essays both the name of the original book and the referenced part – including page numbers. When referring to a journal, mention the year, volume, issue number and page numbers.

Send your article submission to: submissions@helsinkilawreview.fi.

If you have questions on publishing in Helsinki Law Review, send your inquiry to the editors at hlr-toimitus@pykala.fi. With other inquiries and ideas for co-operation, contact laura.salokangas@helsinki.fi.

www.facebook.com/helsinkilawreview

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