

De lege ferenda -tutkimus prosessi- ja insolvenssioikeudessa



HAKUSANAT: de lege ferenda, oikeuspoliittinen tutkimus, tavoitteenasettelu, prosessioikeus, insolvenssioikeus

1. Johdanto

Oikeustieteilijä ottaa tutkimuksissaan usein kantaa mahdollisiin lainmuutoksiin ja muutosehdotusten taustaoletuksiin. Tällöin puhutaan kannanotoista *de lege ferenda* – säädettävän lain kannalta – erotuksena voimassa olevaa oikeutta koskevista tulkintakannanotoista (*de lege lata*). Kotimaisessa oikeustieteessä on käyty varsin vähän metodikeskustelua siitä, kuinka *de lege ferenda* -kannanottoja muodostetaan tai pitäisi muodostaa. Tämä vaikuttaa yllättävältä, koska *de lege ferenda* -tutkimus on merkittävä tutkimussuuntaus ja koska siinä käytettävät menetit eivät ole samoja kuin lainopillisen tutkimuksen menetit.¹ Useimmat oikeustieteilijät kenties jakavat hiljaisen tekijäntiedon siitä, miten *de lege ferenda* -kannanottoja tehdään. Mutta niin kauan kuin keskustelu pysyy vähäisenä, eräät tutkimukselliset mahdollisuudet ja arvovalinnat voivat jäädä liian vähälle huomiolle, kuten Minni Leskinen on kiehtovassa artikkelissaan esittänyt.² Laajempi metodikeskustelu myös tarjoaisi opastusta ja inspiraatiota väitöskirjatutkijoille ja opinnäytteitä laativille opiskelijoille.

Artikkelin tavoite on jäsentää ja sanallistaa sitä, kuinka Suomessa on tehty *de lege ferenda* -tutkimusta tietyillä oikeudenaloilla. Artikkelin on siis ennen kaikkea deskriptiivinen. Lähdän liikkeelle oikeusteoreettisesta käsityksestä, jonka mukaan *de lege ferenda* -tutkimus merkitsee tavoite-keinoanalyysia.³ Luonnehdinta antaa aiheen pohtia, mistä tavoitteet ja keinot saadaan. Perinteisesti

* Jaakko Markus, OTT, tutkijatohtori, Lapin yliopisto. Kiitän aiempien versioiden kommentoinnista yliopistonlehtori Anssi Kärkeä ja anonyymeja vertaisarvioitsijoita.

1. Ks. esim. Antti Kolehmainen, Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä, s. 106–134 teoksessa Tarmo Miettinen (toim.), Oikeustieteellinen opinnäyte. Edita 2016, s. 108: ”Tulkintasuositukset perustuvat oikeuslähdeoppiin, kun taas *de lege ferenda* pohdinnat voidaan tehdä vapaammin esimerkiksi yhteiskunnallisen tarkoituksenmukaisuusharkinnan pohjalta.”
2. Minni Leskinen, *De lege ferenda* -tutkimuksesta metodina ja tieteenä. Lakimies 7–8/2022, s. 1158–1185, etenkin s. 1158–1162, 1184.
3. Ks. Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 132.

tutkimussuuntaus on jaettu muun muassa tavoiteavoimeen ja tavoitesidottuun dlf-tutkimukseen⁴ sen mukaan, ovatko yhteiskunnalliset päämäärät ”tutkijan itsensä määriteltävissä” vai ”jo ennalta lukkoon lyödyt”.⁵ Artikkelissa tarkastelen ensinnäkin sitä, millaiseen tavoitteenasetteluun tutkijat ovat päätyneet ja millä perusteilla. Toiseksi tarkastelen, millä tavoin tutkijat ovat kartoittaneet ja arvioineet keinoja. Tarkastelu edellyttää avainkäsitteiden selventämistä.

Artikkelin yhtenä ajatuksellisenä lähtökohtana toimii *Tuula Linnan* väitöskirjassaan muotoilema *de lege ferenda* -tutkimuksen malli, jossa on neljä päävaihetta:⁶

1. ”tavoitteenasettelu
2. lähtökohtatilanne
3. potentiaalisten oikeudellisten keinojen kartoitus sekä kausaalisuhteiden analysointi
4. keinovalinnan justifointi”.

Alustavasti pidän Linnan mallia tarkoituksenmukaisena tapana lähestyä aineistoa ja jäsentää artikkelin rakennetta. Kuitenkin *de lege ferenda* -tutkimussuuntausta pidetään varsin heterogeenisenä.⁷ Oletettavasti jotkut aineiston tutkimukset selkeästi keskittyvät johonkin vaiheeseen, jättävät jonkin vaiheen vähemmälle huomiolle tai sisältävät vaiheen, joka tuntuu jäävän Linnan mallin ulkopuolelle. Jos tällaiset poikkeamat ovat yleisiä, on syytä pohtia mallin muokkaamista tai esittää sille vaihtoehto.⁸

Artikkelin aineistona käytetään prosessioikeudellista ja insolvenssioikeudellista tutkimuskirjallisuutta. Harvoin oikeudenaloihin keskittyminen on ollut välttämätöntä, jotta artikkeli ei laajenisi kohtuuttomasti. Valinta toki rajoittaa artikkelin merkitystä, sillä siinä ei ehkä tunnisteta sellaisia kysymyksenasetteluja, joita käytetään esimerkiksi ympäristöoikeudellisessa tutkimuksessa. Aineistoon ei ole otettu selvityksiä, joita oikeustieteilijät laativat ministeriölle tai valtioneuvostolle.⁹ Aineistoa on rajattu myös siten, että lähdetekoksen *de lege*

4. Käytän toisinaan tätä lyhennettä *de lege ferenda* -tutkimuksesta vaihtelun ja tekstin keventämisen vuoksi.

5. Ks. Siltala 2003, s. 132. Taustalla on Linnan muotoilema jaottelu, ks. Tuula Linna, Ulosottorealisoinnista *de lege ferenda*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 20–22.

6. Linna 1987, s. 34.

7. Ks. esim. Leskinen 2022, s. 1165–1168, joka erottelee neljä *de lege ferenda* -tutkimuksen tyyppiä.

8. Selvyyden vuoksi totean, että artikkelissa Linnan malli toimii lähinnä esitysteknisenä apuvälineenä eikä tutkimuskohteena. Siksi ei ole tarpeen esimerkiksi tilastoita, moniko tutkija seuraa Linnan mallia jossain mielessä. Artikkelit eivät yleensä edusta kvantitatiivista analyysia.

9. Tällöin oikeustieteilijä toimii selvityshenkilönä tietyn toimeksiannon pohjalta, mikä asettaa rajoitteita tutkimuksen tekemiseen verrattuna. Ks. esim. Rikosketjun LEAN-hanke: Selvityshenkilön raportti. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 2020:6.

ferenda -tarkastelun täytyy olla riittävän rikas ja avoimesti perusteltu, jotta siitä voi saada tarpeeksi sisältöä irti. Siksi aineistossa ei ole esimerkiksi sellaisia yleisesityksiä, jotka sisältävät lyhyitä ja hajanaisia *de lege ferenda* -huomautuksia. Samasta syystä (ja tutkimusekonomian vuoksi) olen keskittynyt väitöskirjoihin ja tutkimusmonografioihin jättäen artikkelit aineiston ulkopuolelle.

Aineiston valinnassa en ole käyttänyt tiukkoja ajallisia rajauksia. Koska lainsäädäntö ja yleiset opit kuitenkin uudistuivat suuresti 1990-luvulla niin prosessi- kuin insolvenssioikeudessakin¹⁰, uudistuksia edeltävä tutkimus ei pääsääntöisesti ole 2020-luvulla erityisen kiinnostavaa. Mainittakoon tässä vain, että prosessioikeudellisia uudistuksia edelsi pitkä ja aktiivinen oikeuspoliittinen keskustelu etenkin siitä, kuinka vanhentunutta alioikeusmenettelyä tulisi muuttaa.¹¹ Samanaikaisesti eli 1960-luvun lopulta alkaen Suomen oikeustieteessä vahvistui yleensäkin käsitys siitä, että sääntelyn vaikutuksia ja uudistustarpeita tulee tutkia aiempaa enemmän.¹²

Aineiston siviiliprosessuaaliset tutkimukset ovat Viitasen¹³, Leppäsen¹⁴, Saarenolan¹⁵, Huhtamäen¹⁶ ja Markuksen¹⁷ väitöskirjat sekä Viitasen monografia asianajopalkkioista¹⁸. Aineiston selvimmän rikosprosessuaalinen tutkimus on Riekkisen¹⁹ väitöskirja; rikosprosessi- ja rikos oikeuden rajapinnalta olen ottanut aineistoon Niemi-Kiesiläisen (nyk. Niemi) monografian parisuhdeväkivallasta²⁰ ja Vatjus-Anttilan

10. Insolvenssioikeuden merkittävimpiä uudistuksia olivat laki yrityksen saneerauksesta (47/1993, YSL) ja laki yksityishenkilön velkajärjestelystä (58/1993, VJL), jotka merkitsivät saneerausintressin ja velallisen suojaamisen läpimurtoa. Itse asiassa insolvenssioikeuden nykyinen systematiikka ja terminologia hahmottuivat vasta 1990-luvulla, mistä ks. Johanna Niemi-Kiesiläinen, Luonnollisen henkilön velkavastuu insolvenssioikeudessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1995, s. 1–10. Prosessioikeudellisista uudistuksista mainittakoon alioikeusorganisaation ja riita-asioiden menettelyn kokonaisuudistus (1052/1991), rikosprosessiuudistus (689–690/1997) sekä perus- ja ihmisoikeusajattelun nousu.
11. Hyvänä esimerkkinä ja keskustelun yhteenvetona voidaan mainita laaja artikkeli Antti Jokela, Yleisen alioikeusmenettelyn suullisuudesta, välittömyydestä ja keskityksestä. Oikeustiede–Jurisprudentia 1988:XXI, s. 53–169.
12. Ks. esim. Aulis Aarnio, Mitä lainoppi on? Tammi 1978, s. 52–56 ja Antti Kivivuori, Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys. I, Rikoslainsäädäntö 1809–1875. Helsingin yliopisto 1969, s. 25–26.
13. Klaus Viitanen, Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.
14. Tatu Leppänen, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998.
15. Satu Saarenola, Oikeudenkäyntikulut ja kohtuullisuus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2017.
16. Heikki Huhtamäki, Rahavarojen turvaamistoimet Suomessa ja Euroopan unionissa. Alma Talent 2019.
17. Jaakko Markus, Oikeuksiin pääsy massavahinkotilanteissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2022.
18. Klaus Viitanen, Asianajopalkkiot – kilpailu vai sääntely? Edita 2011.
19. Juhana Riekkinen, Sähköiset todisteet rikosprosessissa. Alma Talent 2019.
20. Johanna Niemi-Kiesiläinen, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY 2004.

väitöskirjan²¹. Hallintolainkäytön tutkimusta edustaa Siitari-Vanteen väitöskirja²². Aineiston insolvenssioikeudelliset tutkimukset ovat Linnan väitöskirja, Koulun monografia immateriaalivarallisuudesta konkurssissa²³, Huplin²⁴ väitöskirja sekä yhtiö- ja insolvenssioikeuden rajapinnalle sijoittuva Engelbergin²⁵ väitöskirja.

Kun tutkija tekee havaintoja tekstiaineistosta, kuten tutkimuskirjallisuudesta, hänen havaintonsa ovat väistämättä jonkin teoreettisen esiyymmärryksen opastamia. Avoimuuden nimissä luonnehdin lyhyesti omaa esiyymmärrystäni: Oikeus on ihmisten tekemä ja ihmisyhteisön muutettavissa oleva järjestelmä. Toki oikeuskulttuurin taso ja etenkin oikeuden syvärakenne ovat hitaasti muuttuvia ja rajoittavat sääntelyn (pintatason) muuttamista.²⁶ Oikeustieteelliset *de lege ferenda*-kannanotot ovat praktista argumentaatiota, jolla pyritään vakuuttamaan oikeusyhteisöä lähinnä muutosehdotuksen hyvydestä tai heikkoudesta.²⁷ Kannanoton taustalla voi olla mitä erilaisimpia vaikuttimia, mutta sen esittäjä hiljaisesti suostuu siihen, että kannanottoa arvioidaan praktisen keskustelun yleisten rationaalisuusehtojen ja oikeuden syvempien tasojen perusteella.²⁸ Esiyymmärrykseni siis nojaa oikeuspositivismiin ja moderniin argumentaatioteoriaan.

Kirjoitus etenee siten, että johdannon jälkeen luvussa 2 määritellään avainkäsitteet, lähikäsitteet ja niiden keskinäiset suhteet. On näet välttämätöntä selvittää *de lege ferenda* -tutkimuksen suhdetta muihin tutkimussuuntauksiin ja pohtia tavoitteen käsitettä. Luvussa 3 syvennyn ensimmäiseen tutkimuskysymykseen tavoitteenasettelusta ja käsitelen myös lähtökohtatilanteen kartoitusta. Luvussa

21. Jalo Vatjus-Anttila, Rangaistus ja tunnustus. Turun yliopisto 2022. Kyseiseen artikkeliväitöskirjaan sisältyy laaja synteesiosa ja kuusi artikkelia. Oikeudenalajaon kannalta tutkimus on lähinnä rikosoikeudellinen, mutta siinä perehdytään myös rikosprosessuaalisiin kysymyksiin (s. 14–16).
22. Eija Siitari-Vanne, Hallintolainkäytön tehostaminen. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005. Tunnetusti hallintolainkäyttö luetaan oikeudenalajaossa hallinto-oikeuden piiriin. Tämän estämättä prosessioikeuden ja hallintolainkäytön tutkimus voivat toki ottaa vaikutteita toisiltaan.
23. Risto Koulu, Immateriaalinen varallisuus konkurssissa. WSOY 2003. Koulun laajasta prosessija insolvenssioikeudellisesta tuotannosta aineistoon olisi voitu valita muitakin dlf-pohdintaa sisältäviä tutkimuksia.
24. Tuomas Hupli, Täytäntöönpanointressi yrityssaneerauksessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004.
25. Matti Engelberg, Yhtiöoikeudellinen uudelleenjärjestelymenettely. Helsingin yliopisto 2019. Oikeudenalajaon kannalta tutkimus on lähinnä yhtiöoikeudellinen.
26. Ks. Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*. Routledge 2016, s. 154–194, 217–222.
27. Ks. Linna 1987, s. 29–32.
28. Praktisen argumentaation yleisiä rationaalisuusehtoja ovat muun muassa perusteluvollisuus, johdonmukaisuus ja yleistettävyyt. Ks. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford University Press 2010, s. 188–197, 202–205. *De lege ferenda* -keskustelua varten on muotoillut erityisempiä rationaalisuusehtoja esimerkiksi Linna 1987, s. 34–37. En sitoudu kyseiseen listaukseen, eli se ei ole osa esiyymmärrystäni. Oikeuden syvemmät tasot vaikuttavat lähinnä oikeuden itserajoituksen kautta esimerkiksi siten, että selvästi ihmisoikeuksien vastainen ehdotus ammuttaneen nopeasti alas dlf-keskustelussa.

4 perehdytään toiseen tutkimuskysymykseen, siis keinojen kartoitukseen ja arviointiin. Luku 5 sisältää yhteenvedon.

2. Käsiteanalyysi

2.1. Lainoppi, arviointitutkimus ja *de lege ferenda* -tutkimus

2000-luvulla lainsäätäjä on erittäin puhelias ja oikeusyhteisö suhtautuu lakeihin verrattain instrumentaalisesti. Näissä olosuhteissa on mielekästä, että oikeustieteilijä käsittelee tutkimusaiheena olevaa sääntelyä paitsi nykyisen sisällön myös muutostarpeiden kannalta. Hänen tiedonintressejään voidaan käsitteellisesti jäsentää eri tavoin.

Siltalan käsitteistön mukaan tällaisella oikeustieteilijällä on tulkinnallinen (lainopillinen) ja oikeuspoliittinen (*de lege ferenda*) tiedonintressi. Tulkinnallinen tiedonintressi kohdistuu voimassa olevan oikeuden merkityssisältöön: tutkija tulkitsee, systematisoi ja punnitsee. Oikeuspoliittisen tiedonintressin tyydyttämiseksi tutkija muotoilee ja arvioi ”erilaisia lainsäädännöllisiä ratkaisumalleja eli ’mahdollisia maailmoja’, joihin tuleva oikeudellinen sääntely voisi perustua”. *Siltalalle de lege ferenda* -tutkimus ja oikeuspoliittinen tutkimus ovat synonyymejä.²⁹ Edelleen hän jaottelee, että lainopin tutkija on omaksunut analyttis-deskriptiivisen tai kriittis-normatiivisen tutkijanideologian (tai niiden yhdistelmän); edellisessä tähdätään vallitsevan tuomariniideologian mukaiseen tulkintaan, jälkimmäisessä taas tulkintaan, joka on paras mahdollinen jonkin muun yhteiskuntaideologian mukaan.³⁰ Lainopillisista ja oikeuspoliittisista tiedonintresseistä on erotettava myös tutkimus, jossa oikeutta tarkastellaan erityistieteiden intressistä käsin ja niiden metodeilla. Esimerkiksi psykologinen, historiallinen, sosiologinen ja taloustieteellinen tutkimus voi ottaa oikeudellisia ilmiöitä kohteikseen.³¹

Siltalan käsitejärjestelmä tarjoaa hyödyllisen lähtökohdan. Hänen esityksensä on kuitenkin niin laaja ja abstrakti, että tutkimussuuntausten väliset toiminnalliset yhteydet jäävät vähälle huomiolle. *Ervasti* on kirjoittanut arviointitutkimuksesta, joka lyhyesti sanoen arvioi (selvittää ja arvottaa) sääntelyn vaikutuksia

29. *Siltala* 2003, s. 130–131. *Siltalan* määritelmä sisältää myös maininnan ”avustaa lainsäätäjää”, mitä *Leskinen* 2022, s. 1161 on arvostellut varsin aiheellisesti. Ohennetussa muodossa *Siltalan* määritelmä on nähdäkseni käyttökelpoinen.

30. *Siltala* 2003, s. 59–66. Tällainen vallitsevasta tuomariniideologiasta poikkeava ideologia voi olla esimerkiksi taloudellisesti heikomman suoja, feminismi tai taloudellinen tehokkuus.

31. *Siltala* 2003, s. 132–137.

hyödyntämällä yhteiskuntatieteiden menetelmiä ja tutkimustuloksia.³² Arviointitutkimus kuuluu hänen mukaansa oikeuspoliittisen tutkimuksen piiriin. Ervasti näet ymmärtää oikeuspoliittisen tutkimuksen Siltalaa laajemmin ”tutkimukseksi, jolla on pyrkimys tai kyky vaikuttaa oikeuspoliittiseen päätöksentekoon, lainvalmisteluun, suunnitteluun, linjausten muotoiluun tai käytäntöihin”.³³ *De lege ferenda* -tutkimus on tässä käsitteistössä oikeuspoliittisen tutkimuksen alalaji, joka koskee yksilöidympää lainmuutosehdotusta.³⁴

Arviointitutkimuksen käsite kuvaa osuvasti eräitä nykyaikaisen oikeustutkimuksen ominaispiirteitä. Samalla lainopillinen tutkimussuuntaus voidaan rajata kapeasti, mikä ehkäisee käsitteen rönsyilyä ja epäkoherenssia.³⁵ Toisaalta en pidä tarkoituksenmukaisena omaksua kovin laajaa oikeuspoliittinen tutkimus-käsitettä. Pikemminkin lainopillinen tutkimus, arvioiva tutkimus ja *de lege ferenda* -tutkimus voidaan hahmottaa kolmeksi eri tiedonintressiksi, jotka usein muodostavat toiminnallisen jatkumon. Nähdäkseni ainakin *Kolehmainen* on metodiatikkelissaan jäsentänyt asian samansuuntaisesti.³⁶

Aineiston eräissä teoksissa kolmen tiedonintressin jatkumo on selvästi havaittavissa. Hyvä esimerkki on *Viitasen* väitöskirja Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona, joka ensinnäkin selvittää voimassa olevaa oikeustilaa, toiseksi arvioi lautakunnan vaikuttavuutta oikeuden saatavuuden kannalta ja kolmanneksi tarkastelee eräitä oikeuspoliittisia keinoja kehittää lautakuntamenettelyä.³⁷ Myöhempiä esimerkkejä ovat ainakin *Riekkisen* ja *Markuksen* väitöskirjat.³⁸ Tällöin tutkija ikään kuin ensin pukeutuu tuomarin peruukkiin ja noudattaa tarkoin oikeuslähdeoppia, ennen kuin vaihtaa kriittisemmän arvioijan hatun pohtiakseen, kuinka hyvin eräät arvot ja tavoitteet toteutuvat nykyisessä oikeustilassa; jatkona on verrattain tiivis *de lege ferenda* -osio. Toisaalta aineistossa on myös dl-f-tarkasteluun keskittyviä tutkimuksia, kuten Viitasen monografia asianajopalkkioista.

32. Kaijus Ervasti, Oikeussosiologinen ja oikeuspoliittinen tutkimus osana oikeustiedettä. Oikeustiede–Jurisprudentia 2011:XLIV, s. 61–132, 88–93. Arviointitutkimus voidaan hahmottaa yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen (*socio-legal studies*) alalajiksi tai ainakin hyödyntäjäksi. Käsitteestä ks. Kaijus Ervasti, Yhteiskunnallinen oikeustutkimus. Gaudeamus 2022, s. 21–25.

33. Ervasti 2011, s. 86.

34. Ervasti 2011, s. 87. Myös Linna pitää oikeuspoliittista tutkimusta laajempänä käsitteenä, ks. Linna 1987, s. 5–10.

35. Ks. myös Panu Minkkinen, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7–8/2017, s. 908–923, etenkin 909, 918–921. Minkkinen kyseenalaistaa lainopin käsitteen laivan käyttämisen.

36. Ks. Kolehmainen 2016, s. 110: ”Tiedonintressi voi olla esimerkiksi laintulkinnallinen, systematisoiva, sääntelyn vaikutuksia arvioiva tai sääntelyä kehittävä.” Sääntelyä kehittävä tiedonintressi viittaa selvästikin *de lege ferenda* -tutkimukseen. Ks. myös jo Aarnio 1978, s. 52–55.

37. Viitanen 2003, s. 129–135.

38. Riekkinen 2019, s. 7, 11–15 ja Markus 2022, s. 7–9.

Artikkelissa ei ole mahdollista käsitellä arviointitutkimuksen käsitettä ja menetelmiä enemmälti. Joka tapauksessa arviointitutkimuksen karkeakin määrittely on auttanut rajaamaan *de lege ferenda* -tutkimuksen käsitettä. Rajaus ei kuitenkaan merkitse jälkimmäisen käsitteen positiivista määritelmää. Linna on määritellyt, että *de lege ferenda* -tutkimuksessa lainsäädännölliset ”tavoite- ja keinovaihtoehdot tietyn ongelman ratkaisemiseksi kartoitetaan ja systematisoidaan, jonka jälkeen tavoitteita ja/tai keinoja koskevat valinnat perustellaan”.³⁹ Määritelmä on ahdas. Leskinen ei muotoile nimenomaista positiivista määritelmää mutta esittää, että tavoiterationaalinen keinovalinta ei kuvaa osuvasti kaikkia dlf-tutkimuksen muotoja. Tutkija voi esimerkiksi lainopin sivutuotteena, sääntelyn tavoitteisiin juuri syventymättä, esittää *de lege ferenda* -ehdotuksen, joka vähentäisi sääntelyn monitulkintaisuutta tai epäkoherenssia.⁴⁰ Kuitenkin lienee selvää, että merkitysisällön antaminen oikeussäännöksille on lainopillista tutkimusta – silloinkin, kun säännökset eivät ole voimassa tutkimuksen ilmestyessä vaan odottavat voimaantuloa tai hallituksen esityksen eduskuntakäsittelyä.⁴¹

En pidä tarkoituksenmukaisena muotoilla omaa määritelmää tässä vaiheessa ennen aineiston analysointia. Myöskään aineiston valintaa ei ole ohjannut mikään tarkkarajainen positiivinen määritelmä. Sen sijaan olen ottanut aineistoon teokset, jotka itse ilmoittavat sisältävänsä oikeuspoliittista tai *de lege ferenda* -tutkimusta ja jotka täyttävät johdannossa mainitut valintakriteerit. Käytännössä tämä linjaus ei ole merkinnyt aineiston liiallista rönsyilyä.

2.2. Tavoitteen käsite

Tässä vaiheessa on välttämätöntä selvittää, mitä tarkoitan tavoitteella ja sen lähikäsitteillä, kuten epäkohdalla ja reunaehdolla. *De lege ferenda* -tutkimuksissa tavoitteella viitataan toisinaan tavoitteenasettelun perusteisiin ja toisinaan sen lopputuotteeseen. Ensimmäinen merkitys on laajempi, ja pyrin valaisemaan erottelua Linnan ja Riekkisen tutkimusten avulla.

De lege ferenda -keskustelussa tavoitteeksi kutsutaan ensinnäkin asiaintilaa, joka ei ole toteutunut, jonka väitetysti pitää toteutua (ainakin nykyistä paremmin) ja jonka sisältö on edes jokseenkin täsmennetty. Toisin sanoen tavoite on Sollen-maailmaan kuuluva jokseenkin konkreettinen lause. Esimerkiksi Linnan

39. Linna 1987, s. 9.

40. Ks. Leskinen 2022, s. 1162–1170. Tätä voi pitää *de lege ferenda* -tutkimuksen pinnallisimpana muotona. Leskinen pitää yhtenä alalajina myös epistemologis-eettistä dlf-tutkimusta, jossa tutkija pohtii valtarakenteissa piilevää epäoikeudenmukaisuutta ja tutkimuksellista vallankäyttöä.

41. Ks. Linna 1987, s. 10–11. Aineiston tutkimuksissa esimerkiksi Koulu käsittelee lainopillisesti työryhmämietinnön ehdotusta uudeksi konkurssilaiksi. Kyse on todennäköisesti pian voimassa olevasta oikeudesta. Koulu 2003, s. 32, 39.

tutkimuksessa tällaisia tavoitteita ovat ainakin ulosoton tehostaminen ja velallisen suojaaminen. Tavoitteiden taustalla on yleisempiä argumentteja, kuten arvo ja päämääriä. Epäkohdaksi sanotaan käsillä olevaa asiointilaa, jota väitetään poistamisen arvoiseksi jonkin arvon tai päämäärän perusteella. Tavoitetta voikin sanoa tausta-argumentin ja epäkohdan inspiroimaksi.⁴²

Tavoitteet toteutuvat asteittain ja ovat usein ristiriidassa keskenään: tällöin yhden tavoitteen toteuttaminen tiettyä astetta pidemmälle merkitsee toisen tavoitteen tai sen tausta-argumentin heikompaan toteutumista. Sellaista tavoitteen, arvon tai päämäärän toteutumista, jota väitetysti ei saa alittaa, voidaan kutsua reunaehdoksi eli vähimmäisehdoksi.⁴³ Reunaehdot siis määrittävät tavoitteen toteuttamisen liikkumavaran. Myös liikkumavaran sisällä tietyn tavoitteen (A) edistäminen usein tapahtuu toisen tavoitteen tai tausta-argumentin kustannuksella, mikä edellyttää perusteltua tasapainotusta.⁴⁴ Tavoitteen A toteuttamisen kannalta reunaehto toimii joustamattomana rajoitteena ja tasapainotuksen tarve joustavana rajoitteena.⁴⁵

Esimerkiksi Linna päätyy laajahkon tasapainotuksen jälkeen muotoilemaan tavoitteensa niin, että ulosottorealisoinnissa on pyrittävä kohti käypää hintatasoa mahdollisimman pienin kustannuksin.⁴⁶ Tässä ”tavoite” esiintyy jo suppeammassa merkityksessä eli viittaa tavoitteenasettelun lopputuotteeseen. Riekkinen omaksuu tavoitteenasettelun perusteiksi prosessioikeuden vakiintuneet tavoitteet ja arvot (varmuus, nopeus, halpuus, menettelyn oikeudenmukaisuus) ja määrittelee tavoitteeseen niiden ”toteutumisen optimoinnin todistusoikeuden osalta”.⁴⁷ Jatkossa käytän termiä ”tavoite” tavoitteenasettelun perusteista, kun

42. Ks. Linna 1987, s. 47–48, 54–55. On toki vaikea sanoa tarkkarajaisesti, millainen konkreettisuus erottaa tavoitteen tausta-argumentista. Silti pidän intuitiivisesti selvänä, että esimerkiksi ”yhteiskunnan on oltava oikeudenmukainen” ja ”arjen on oltava turvallista” ovat tavoitetta abstraktimpia.

43. Ks. Linna 1987, s. 27–29. Kuten Linna toteaa, väljemmässä kielenkäytössä reunaehtojen, tavoitteiden ja tausta-argumenttien erittelyä ei välttämättä tehdä.

44. Tällainen oikeuspoliittinen tasapainotus muistuttaa oikeusperiaatteiden punnintaa (weighing and balancing) lainopillisessa tarkoituksessa. Jälkimmäisestä ks. esim. Raimo Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 501–506.

45. Erittelyä voidaan havainnollistaa perusoikeuksien rajoitusdoktriinin avulla. Kun tavoite A merkitsee perusoikeuden rajoittamista, perusoikeuden ytimen koskemattomuus toimii reunaehdona, kun taas muut yleiset rajoitusedellytykset ovat joustavampia. Toki myös ytimeen kajoavat lainmuutokset ovat mahdollisia perustuslainsäätämisjärjestyksessä, mutta kyseessä on dlf-keskustelun kannalta poikkeuksellinen tilanne. Esimerkki myös valaisee kaksisuuntaisuutta: tavoite A toimii perusoikeuden näkökulmasta rajoituksena, ja perusoikeus vuorostaan asettaa A:n näkökulmasta rajoitteita.

46. Linna 1987, s. 56–65, etenkin s. 64. Tämän relatiivisen tavoitteen lisäksi hän muotoilee abso-luuttiseksi tavoitteeksi ”kohtuuttoman alhaiseen hintaan realisoinnin ehkäisemisen”.

47. Riekkinen 2019, s. 15. Optimoinnista ks. myös s. 24–25.

taas lopputuotteesta käytän termiä ”tutkimusoperatiivinen tavoite”.⁴⁸ Silloin kun sääntelyä lähestytään yhden tavoitteen eli päätavoitteen kannalta, kilpailevista tavoitteista (ja tausta-argumenteista) on mielekästä puhua viittaamalla niistä johtuviin reunaehtoihin ja joustaviin rajoitteisiin.

Äskeisen käsite-erittelyn pohjalta saatetaan kysyä, merkitseekö dlf-keskustelu vain 1990-luvulla vakiintuneen periaatekeskustelun soveltamista lainsäätäjän toimintaan.⁴⁹ On huomattava, että *de lege ferenda* -tutkimuksessa periaatteita ja muita argumentteja käytetään jokseenkin eri tavalla kuin lainopissa. Dlf-tutkija voi vapaammin esimerkiksi kyseenalaistaa jonkin periaatteen painoarvon taikka vedota sellaiseen arvoon tai tavoitteeseen, jota lainoppi ei tunnista oikeusperiaatteeksi institutionaalisen tuen jäädessä liian heikoksi.⁵⁰ Seuraavan luvun esimerkit konkretisoivat näitä erityispiirteitä. Toki periaatekeskustelu on tarjonnut argumentteja 2000-luvun *de lege ferenda* -tutkimuksen tarpeisiin.

3. Tavoitteenasettelu ja lähtökohtatilanne

Jo alaluvun 2.2. selvennykset viittaavat siihen, että tavoitteenasettelu voi olla kompleksinen vaihe. Aineistoon sisältyykin tutkimuksia, joiden *de lege ferenda* -tarkastelu keskittyy tavoitteenasetteluun ja sen tausta-argumentteihin, ei niinkään keinoihin. Esimerkiksi *Huplin* pitkälti lainopillinen väitöstutkimus lähtee liikkeelle YSL:n vastakkaisista tavoitteista: velallisyriityksen saneerausintressistä tervehdyttää liiketoimintaansa ja velkojien täytäntöönpanointressistä tulla menettelyssä huomioduksi. Täytäntöönpanointressin sisällön ja painoarvon ymmärtämiseksi täytyy *Huplin* mukaan perehtyä insolvenssioikeuden ”syväteoriaan”.⁵¹ Hän esittelee utilitaarisen ”taloudellISRationaalisen” teorian ja rawlsilaisen ”arvorelatiivisen” teorian, ryhtyy jälkimmäisen teorian kannattajaksi ja hyödyntää sen opinkappaleita eräissä kiperissä tulkintatilanteissa ja *de lege ferenda* -kysymyksissä.⁵² Hyvä esimerkki on *Huplin* voimakas kritiikki konkurssivertailusäännöstä kohtaan. Saneerausohjelmaa ei vahvisteta, jos velkoja

48. Ensimmäiselle käsitteelle ei kannata muotoilla teknistä erikoistermiä, koska sellainen tekisi oikeustieteen kielestä liian itseriittoista ja juristeillekin outoa erikoiskieltä. Jälkimmäistä termivalintaa puoltaa se, että tavoitteenasettelun tulos on muotoiltu tiettyssä tutkimuksessa ja kyseistä tutkimustehtävää varten.

49. Periaatekeskustelusta kootusti ks. Leppänen 1998, s. 24–32, 46–62, 71–76.

50. Ks. myös Leppänen 1998, s. 75, jonka mukaan ”periaatteet painottuvat jossakin määrin eri tavoin yhtäältä lainsäädännön systeemitasolla ja toisaalta yksittäistapausten lainkäyttötasolla”.

51. *Hupli* 2004, s. 1–6. Termi ”syväteoria” on *Huplin* (s. 94).

52. *Hupli* 2004, s. 22–26, 42–91, 96–98. Näitä opinkappaleita ovat kaikkien intressitahojen inkluusio, vastavuoroisuus, järjkevä suunnittelu ja insolvenssioikeudellinen eroperiaate.

todennäköisesti saisi saneerauksessa pienemmän suorituksen kuin velallisen konkurssissa. Vertailussa ei kuitenkaan huomioida saneerausmenettelyn aikaisia velkoja, vaikka todellisessa konkurssissa näillä veloilla olisi etuoikeus, joka pienentäisi useimpien velkojien jako-osuuksia. Huplin mukaan kyseessä on represio, velalliseen kohdistuva rangaistus saneerausmenettelyn kokeilemisesta, eikä sääntely vaikuta palvelevan rationaalisten velkojien täytäntöönpanointressiä.⁵³

Toinen esimerkki on *Vatjus-Anttilan* väitöskirja, joka pureutuu tunnustuksen rikosoikeudellisiin vaikutuksiin syyteneuvottelussa ja sen ulkopuolella. Tutkimus sisältää tulkinta-, systematisointi- ja *de lege ferenda* -kannanottoja. *Vatjus-Anttila* ei tyydy suomalaisen kriminaalipolitiikan vallitsevaan tavoitteenasetteluun vaan esittää jokseenkin toisenlaista painotusta moraalifilosofisista syistä. Liian utilitaarinen ja kustannustietoinen kriminaalipolitiikka on velvollisuuseettisesti ongelmallinen ja myös omiaan rapauttamaan välillistä yleispreventiota.⁵⁴ Tutkimuksen kiinnostavimpia *de lege ferenda* -kysymyksiä on syyteneuvottelun soveltamisalan laajennus. Siinä keskeisiä kriminaalipoliittisia argumentteja ovat ainakin luottamus oikeusjärjestelmään (niin sanottu yleinen oikeustajunta), yhdenvertaisuus ja asianomistajan intressit. Tässä ja muissakin dlk-kysymyksissä *Vatjus-Anttila* keskittyy selventämään tavoitteenasettelua eikä muotoilemaan ja arvioimaan keinovaihtoehtoja.⁵⁵

Mainituissa esimerkeissä tutkija on lähtenyt siitä, mitä tavallisesti pidetään tietyn lain tai oikeusinstituution tavoitteena. Hän on kuitenkin päättänyt problematisoida tavoitteen merkityssisällön tai painoarvon, mikä on vienyt *de lege ferenda* -keskustelun syvemmälle tasolle. Molemmissa esimerkeissä tutkijoiden viimesijaiset tausta-argumentit ovat moraalifilosofisia.⁵⁶ Kiinnostava vertailukohta on *Niemi-Kiesiläisen* parisuhdeväkivaltaa koskeva monografia, joka sisältää Suomen oikeuden kuvausta ja arviointia, tiivistelmän parisuhdeväkivallan yhteiskuntatieteellisistä selitysmalleista, oikeusvertailevan katsauksen sekä *de lege ferenda* -ehdotuksia. Teos lähtee tavoitteesta vähentää parisuhdeväkivaltaa ja kritisoi kriminaalipolitiikan perinteistä⁵⁷ tavoitteenasettelua, joka keskittyy yleispreventioon ja pitää yksittäistapauksessa rankaisemista varsin hyödyttömänä. Kritiikki perustuu lähinnä siihen, että rikosoikeusjärjestelmä vaikuttanee väkivallan esiintymiseen eri konteksteissa eri tavoin. Parisuhde-

53. Hupli 2004, s. 344–347, 396–397.

54. *Vatjus-Anttila* 2022, s. 21–29, 54–74.

55. Ks. *Vatjus-Anttila* 2022, s. 147–152 ja Jalo *Vatjus-Anttila*, Syyteneuvottelun soveltamisalan rajoitukset yleisen ja yksityisen edun kannalta. *Lakimies* 3–4/2022, s. 543–569. Aiheen konkreettisempi tutkimus olisi ottanut analysoitavaksi esimerkiksi vaihtoehdot: soveltamisalan laajennuksen myös törkeisiin huumausainerikoksiin; laajennuksen kaikkiin paitsi henkirikoksiin ja törkeimpiin seksuaalirikoksiin; täysin yleisen soveltamisalan.

56. Myös Leskinen 2022, s. 1168–1170 pitää tärkeänä esikysymyksenä sääntelykohteen filosofista ymmärtämistä.

57. Perinteisen linjan merkittävimpana edustajana esiintyy Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä 1: Teoria ja yleisen osa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 1987, s. 208–225.

väkivaltaan rangaistuksilla voi olla normaalia suurempi yleis- ja erityispreveniivinen vaikutus, ja sitä paitsi jo rikosprosessiin tyypillisesti liittyy uhria suojaavia mekanismeja, kuten lähestymiskielto.⁵⁸ Näin ollen Niemi-Kiesiläinen päätyy tavoitteenasettelussaan korostamaan uhrin turvallisuutta ja rikosvastuun systemaattisempaa toteutumista eikä niinkään uhrin tahdonilmausten kunnioittamista.⁵⁹ Tämä näkyy *de lege ferenda* -ehdotuksissa syyteoikeuden järjestelystä ja syyteharkinnasta: esimerkiksi syyttämättä jättämisen perusteena ei tulisi käyttää parisuhdeväkivallan sovittelua.⁶⁰

Toisen kiinnostavan vertailukohdan tarjoaa Viitanen väitöskirja. Viitanen kyseenalaistaa prosessin tavoitteille perinteisesti annetut painoarvot perustellen tätä access to justice -liikkeen teesillä: oikeuden laatua ei pidä priorisoida oikeuden saatavuuteen nähden. Access to justice voidaan mieltää oikeusjärjestelmää koskevaksi arvoksi tai ideaaliksi, joka vaikuttaa tavoitteiden taustalla mutta on kuitenkin konkreettisempi ja oikeudellisempi kuin moraalifilosofiset perusteet.⁶¹ Viitanen problematisointi koskee yleisesti siviiliproessia ja erityisesti kuluttajariitojen käsittelyä lautakunnassa. Tavoitteenasettelussa Viitanen ottaa nimenomaisesti huomioon myös julkiselle vallalle koituvat kustannukset.⁶² Myös keskustelu prosessin funktioista voi vaikuttaa tavoitteiden taustalla: esimerkiksi *Siitari-Vanne* lähtee hallintolainkäytön oikeussuoja- ja ohjausfunktioista ymmärtääkseen hallintolainkäytön tavoitteenasettelua, kuten virallisperiaatteen painoarvoa.⁶³

Katsauksen perusteella jo tavoitteenasettelu voi olla kompleksinen tutkimustehtävä, joka sisältää valintoja tyytymisestä ja kyseenalaistamisesta. Tutkija voi mennä tausta-argumenttien kyseenalaistamisessa niin pitkälle kuin haluaa. Hän voi vaikkapa epäillä, edistääkö tietyn tavoitteen toteuttaminen sen taustalla olevaa päämäärää tietyssä erityisessä kontekstissa. Edelleen hän voi mennä astetta syvemmälle ja kysyä, millaisiin moraalifilosofisiin perusteisiin tietty arvo tai päämäärä nojaa. Jäsentelyllä en halua arvottaa tutkimuksia esimerkiksi siten, että vakiintuneeseen tavoitteenasetteluun tyytyvä tutkimus olisi kyseenalaistavia tutkimuksia vähäpätöisempi. Jos tutkija pitää vakiintunutta tavoitteenasettelua onnistuneena, hänen kannattaa käsitellä sitä lyhyesti ja keskittää tutkimusresurssinsa muihin kysymyksiin.⁶⁴

58. Ks. Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 17, 115–118, 124–127, 163. Teos tarkastelee rikosoikeusjärjestelmää laajasti eli käsittää myös rikosten sovittelun ja lähestymiskieltoimenettelyn.

59. Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 124–127. Väkivaltaisessa parisuhteessa tahdonilmaus ei luultavasti ole muodostunut vapaasti.

60. Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 158–165, 389–390.

61. Access to justice -käsitteestä yleisesti ks. Kaijus Ervasti, Oikeuden saamisen monet kasvat. Oikeus 3/2011, s. 347–360, 349–350. Ks. myös Markus 2022, s. 35–36.

62. Viitanen 2003, s. 124–128.

63. Ks. Siitari-Vanne 2005, s. 152–159, 164–166.

64. Ks. myös Linna 1987, s. 50–51, jonka mukaan tutkija saattaa hyväksyä jonkin auktoriteetin määrittelemät tavoitteet ”asettamatta niiden rationaalisuutta kyseenalaiseksi”, hyväksyä ne

Linnan mallissa *de lege ferenda* -tutkimuksen toinen päävaihe on lähtökohtatilanteen kartoittaminen. Lähtökohtatilanne käsittää ensinnäkin nykyisen sääntelyn ja sen soveltamiskäytännön. Toiseksi selvitetään normiston vaikutukset tavoitteiden kannalta.⁶⁵ Lähtökohtatilanteen kartoitus siis tapahtuu lainopin ja arviointitutkimuksen menetelmillä, ja kartoituksen avulla tutkija yksilöi epäkohdat ja perustelee uudistustarpeen.

Kuten edellä todettiin, monissa aineiston tutkimuksissa lainopillinen tarkastelu on pääosassa ja *de lege ferenda* -tarkastelu toimii jatkona. Tällöin *de lege ferenda* -kannanottojen lähtökohtana on usein joukko verrattain suppeita epäkohtia. Harvinaisen nyansoitu listaus esitetään Riekkisen väitöskirjan VI luvussa: hän tunnistaa 17 erillistä haittatekijää (aktuaalista tai potentiaalista epäkohtaa), jotka voivat rasittaa tavoitteiden ja arvojen toteutumista sähköisen todistelun kontekstissa.⁶⁶ Huhtamäen pääosin lainopillisessa väitöskirjassa havaitaan erinäisiä epäkohtia, jotka koskevat oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) 7 luvun turvaamistoimissääntelyn vallitsevaa soveltamiskäytäntöä sekä EAPO-asetusta^{67, 68}. Myös Hupli esittelee väitöskirjassaan joukon epäkohtia, jotka on tosin mainittu lainopillisen tekstin lomassa eikä kokoavassa osiossa.⁶⁹

Eräissä aineiston tutkimuksissa lähtökohtatilanteen kartoitus osoittaa yhden laajahkon epäkohdan, tai ainakin kirjoittaja päättää keskittyä tärkeimpään epäkohtaan. Hyvä esimerkki on *Engelbergin* väitöskirja: Yhtiön vähemmistöosakkeenomistajat tai velkojat voivat hyödyntää asemaansa (hold out -positio) opportunistisella tavalla, joka uhkaa yhtiön elinkelpoisuutta. Hold out -position opportunistinen käyttö on ongelmallista, koska se rajoittaa muiden osakkeenomistajien oikeuksia ja kansantaloudellisesti merkitsee yhtiöresurssien alikäyttöä.⁷⁰ Lainsäädäntö mahdollistaa tilanteeseen puuttumisen lähinnä yri-

kriittisen testauksen jälkeen tai asettaa tavoitteet, jotka eivät ole auktoriteetin ennestään määrittelemät.

65. Linna 1987, s. 34, 66–67.

66. Ks. Riekkinen 2019, s. 465–486.

67. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 655/2014, annettu 15 päivänä toukokuuta 2014, eurooppalaisen tilvarojen turvaamismääräysmenettelyn käyttöön ottamisesta rajat ylittävää velkojen perintää varten siviili- ja kauppaoikeudellisissa asioissa.

68. Huhtamäki 2019, s. 285–295. Huhtamäki pitää yhtenä epäkohtana sitä, että OK 7:1:n mukainen saamisen turvaaminen ei edellytä todennäköisyysnäyttöä vaade-edellytyksen täyttymisestä, ainakaan ennakkopäätöksen KKO 1994:132 tulkintalinjan mukaan. Tämä merkitsee vastaajalle kohtuutonta oikeussuojavajetta (s. 295–296). EAPO-asetusta hän pitää ”kattavasti huonona prosessilakina” (s. 295).

69. Tällaisia epäkohtia ovat muun muassa saneerausvelkojan sopimuskomppania koskeva detentiokielto (Hupli 2004, s. 195–200), kuittausvelkojan kovin vahva asema saneerauksen konkurssi-vertailussa (326–330), syvän maksukyvyttömyyden erilainen kohtelu sen mukaan, vallitsiko tilanne jo saneerausmenettelyn alussa (366–370) ja, laajempaan ongelmakohtana, puutaan selvitysrauhoidusajan puute (417–419). Edelliset ovat ongelmallisia lähinnä yhdenvertaisen oikeussuojan kannalta, jälkimmäiset lähinnä taloudellisen rationaalisuuden kannalta.

70. Ks. Engelberg 2019, s. 2–7, 50, 159–160.

tyssaneerauksessa tai vähemmistöosakkeiden lunastusmenettelyssä. Nämä eivät kuitenkaan ole mahdollisia kaikissa ongelmatilanteissa ja ovat sitä paitsi hitaita ja kalliita menettelyjä.⁷¹ Engelbergin tutkimusoperatiivinen tavoite on kehittää tehokas ja oikeudenmukainen yhtiöoikeudellinen uudelleenjärjestelymenettely, jossa tuomioistuin vahvistaa määräänemmistöjen kannattaman järjestelyn.⁷²

Samoin Viitanen väitöskirja kuluttajariidoista keskittyy lähinnä yhteen epäkohtaan eli lautakunnan ratkaisusuositusten noudattamisasteeseen.⁷³ Kirjan päättävän *de lege ferenda* -osion tutkimusoperatiivinen tavoite kuuluu, ”millä eri keinoin lautakunnan ratkaisusuositusten noudattamisastetta voitaisiin parantaa.”⁷⁴ Siitari-Vanne nostaa väitöskirjassaan hallintolainkäytön epäkohdaksi lähinnä ajallisen tehottomuuden eli hitauden. Hän selvittää hitautta empiirisesti, arvioi tilannetta EIS:n ja EU-oikeuden laatuvaatimuksia vasten sekä pohtii dl-fosiossa, millä muutoksilla epäkohtaan voisi puuttua.⁷⁵ Kahden perusmallin – yksi laaja epäkohta tai joukko suppeita epäkohtia – lisäksi esiintyy tietyksi välimalleja. Esimerkiksi *Leppäsen* pääosin lainopillisen väitöskirjan päätösluvussa arvioidaan sääntelyä riita-asian todistusaineiston valmistelusta: valmistelun joutuisuutta haittaa liian laajan aineiston ilmoittaminen, kun taas prosessin totuustavoitteelle on ongelmallista, että asianosaisilla on heikosti keinoja etsiä relevanttia todistusaineistoa.⁷⁶

4. Keinojen kartoitus, analyysi ja valinta

Linnan mallin kolmanteen päävaiheeseen kuuluu ensinnäkin keinovaihtoehtojen kartoitus. Tämä on luovaa toimintaa, johon saadaan virikkeitä ainakin ulkomaisista oikeusjärjestyksistä ja kotimaisesta oikeushistoriasta.⁷⁷ Aineiston tutkimuksissa keinovaihtoehtojen määrä on tyypillisesti suppea ja toisinaan vaihtoehtojen kartoitus jää rivien väliin.⁷⁸ Ulkomainen oikeus toimii merkittävänä inspiraation

71. Ks. Engelberg 2019, s. 116–118, 126–130.

72. Ks. Engelberg 2019, s. 6–8, 28. Oikeudenmukaisuuden kannalta tutkimuksessa on tärkeää selvittää, millaisia rajoitteita omaisuudensuoja ja osakkeenomistajien yhdenvertaisuus aiheuttavat hold out -positioiden käyttöön puuttumiselle.

73. Viitanen 2003, s. 461–465. Toiseksi ongelmaksi hän nostaa menettelyn keston.

74. Viitanen 2003, s. 467.

75. Siitari-Vanne 2005, s. 9, 667–672, 682–683, 738–740.

76. Ks. Leppänen 1998, s. 398–401.

77. Linna 1987, s. 182–188.

78. Tällöin kirjoittaja etenee epäkohdan toteamisesta suoraviivaisesti ehdotukseen, joka puuttuu epäkohtaan. Ks. esim. Koulou 2003, s. 294–297. Perusteluteknikka herättää kysymyksiä, mutta sen käytölle on toki ymmärrettäviä tutkimusekonomisia syitä niissä tutkimuksissa, joissa *de lege ferenda* -tarkastelu on sivuroolissa.

lähteenä: Esimerkiksi Engelberg käsittelee laajasti ulkomaisia uudelleenjärjestelymenettelyjä, etenkin Englannissa toimivaa menettelyä (Scheme of Arrangement) ja Hollannissa valmisteltua mallia.⁷⁹ Leppänen esittelee Yhdysvaltain discovery- ja Englannin disclosure-järjestelmän todisteiden etsimisen keinoina.⁸⁰ Markus kartoittaa väitöskirjansa *de lege ferenda* -osiossa menettelyuudistuksia, joilla voitaisiin kohentaa oikeuksiin pääsyä massavahinkotilanteissa. Keinovaihtoehto ”jäsentyneempi joukko-oikeudenkäynti” sisältää Saksasta haetun idean pilottituomion sitovuudesta muissakin jutuissa, kun taas keinovaihtoehto ”vaikuttavampi ryhmäkante” koskee ryhmäkanteen soveltamisalan ja kante-oikeuden laajentamista muiden Pohjoismaiden malliin.⁸¹

Aineiston tutkimuksissa on saatu keinoideoita myös Suomen oikeusjärjestelmän sisältä, kuten toisesta prosessilajista tai toiselta oikeudenalalta. Markuksen kolmas keinovaihtoehto siirtäisi tietyt massavahinkojutut pois yleisistä tuomioistuimista, esimerkiksi kilpailuoikeudelliset vahingonkorvausasiat markkinaoikeuteen, joka käsittelee massavahinkoon liittyvän seuraamusmaksuasian; inspiraationa on rikosasian ja vahingonkorvausvaateen adheesiokäsittely.⁸² *Koulu* ehdottaa, että myytässä konkurssivarallisuutta toimivana kokonaisuutena lain tulisi edellyttää kevennettyä due diligence -arviointia, jota käytetään yrityskauppoissa insolvenssimenettelyjen ulkopuolella.⁸³

Sääntelykeinojen kartoituksen yhteydessä on mietittävä sääntelytasoa.⁸⁴ Myös prosessi- ja insolvenssioikeuden alalla on usein syytä pohtia, voidaanko tavoite saavuttaa ilman uutta valtiollista sääntelyä. Esimerkiksi epäkohdan aiheuttavaa oikeuskäytäntöä saatetaan oikaista nykyisen lainsäädännön uustulkinnalla.⁸⁵ Oikeuslaitoksessa pyritään levittämään hyviä käytäntöjä esimerkiksi laatuhankeiden ja koulutuksen avulla. Hyvä asianajajatapa on oikeudenhoidon kannalta merkittävä yhteis- tai itsesääntelynormisto. Aineiston tutkimuksista Viitasen monografia asianajopalkkioista käsittelee perusteellisimmin

79. Engelberg 2019, s. 61–81, 93–104. Scheme of Arrangement on toiminut mallina myös EU:n direktiiviehdotukselle.

80. Leppänen 1998, s. 402–410.

81. Markus 2022, s. 307–316.

82. Markus 2022, s. 316–318.

83. Ks. Koulu 2003, s. 294–297. Tässä voisi puhua oikeusjärjestelmän sisäisestä siirränäisestä tai oikeusanalogiaan perustuvasta dlf-keinosta.

84. Sääntelytasolla voidaan tarkoittaa hieman eri asioita. Viitaan ympäristöoikeudelliseen sääntely- ja ohjauskeinoitutkimukseen, joka on tässä suhteessa sofistikoitunutta. Sääntely voidaan jakaa velvoittavaan sääntelyyn, taloudellisiin kannustimiin ja informaatio-ohjaukseen (jotka usein verkottuvat keskenään). Ks. esim. Jukka Similä – Kai Kokko, *Oikeudellinen sääntely ja metsäluonnon monimuotoisuus. Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja 2009*, s. 69–129, 83–84. Sääntely voidaan jakaa myös valtiolliseen sääntelyyn, yhteissääntelyyn ja itsesääntelyyn. Ks. esim. Minna Pappila, *Metsäsääntely Suomessa ja Venäjällä*. Turun yliopisto 2011, s. 5–6, 9–14.

85. Ks. esim. Huhtamäki 2019, s. 286, jonka mukaan epäkohta eli OK 7:1:n vaade-edellytyksen liian matala näyttökynnys ”ei välttämättä edellyttäisi” lainmuutosta. Lain sanamuoto ja esityöt näet antavat tilaa uustulkinnalle.

sääntelytasoa ja sääntelykeinoja. Hän lähtee tutkimusoperatiivisesta tavoitteesta pitää asianajopalkkiot kohtuullisella tasolla⁸⁶, tarkastelee nykyistä vapaan kilpailun mallia ongelmiseen ja kehittämiskeinoineen sekä arvioi neljää eri palkkioperustetta perinteisen hintasääntelyn keinoina.⁸⁷ Sääntelytasoa koskee kiinnostava oikeudellinen reunaehto: EU:n kilpailuoikeus estää kansallisen asianajajaliiton antaman palkkiosääntelyn silloinkin, kun sääntelytehtävä on julkisen vallan delegoima. Sen sijaan julkisen vallan itse vahvistama palkkiosääntely on sallittua.⁸⁸

Linnan mallissa *de lege ferenda* -tutkimuksen kolmas päävaihe sisältää keino- vaihtoehtojen testauksen. Testauksessa arvioidaan keinon vaikutuksia: Toteuttaisiko keino tavoitteen? Millaisia sivuvaikutuksia ja muita kustannuksia keinon käyttöönottoon liittyisi? Linna ymmärtää kustannusten käsitteen laajasti siten, että esimerkiksi oikeusnormiston lisääntyvä epäkoherenssi tulee huomioida ”lakisystemaattisena kustannuksena”.⁸⁹

Aineiston tutkimuksista Viitanen monografia testaa eri palkkioperusteita neljällä kriteerillä, jotka ovat työmäärävastaavuus, kokonaispalkkion ennakoitavuus, intressivastaavuus ja tulovastaavuus. Ensimmäinen turvaa asianajajien ja muut päämiesten etuja.⁹⁰ Myös Viitanen väitöskirjassa keinotestaus toimii havainnollisesti. Ratkaisusuositusten noudattamisen tehostamiseksi ensimmäinen keino- vaihtoehto on julkisuuspelote – laiminlyöjien nimien julkaiseminen. Julkisuuspelote toteuttaisi tavoitetta vain vähäisessä määrin ja sattumanvaraisesti.⁹¹ Toinen, selvästi vaikuttavampi keino olisi ratkaisujen lakisääteinen täytäntöönpanokelpoisuus. Tämän keinon testauksessa on elintärkeää selvittää, asettaako Euroopan ihmisoikeussopimus reunaehto, jonka mukaan lautakuntamenettely täytyisi tällöin muuttua suulliseksi ja siten muodostuisi kalliimmaksi avustajan tarpeen vuoksi.⁹² Myös Engelbergin väitöskirjassa uudelleenjärjestelymenettelyä

86. Viitanen 2011, s. 6.

87. Viitanen 2011, ks. esim. 117–120, 259–274, 311–315. Käsiteltävät palkkioperusteet ovat aika-veloitus, toimenpideveloitus, intressiperusteinen veloitus ja tulospirusteinen veloitus. Keino- vaihtoehdot on kartoitettu nykyisten palkkiokäytäntöjen ja ulkomaisen oikeuden pohjalta.

88. Viitanen 2011, s. 289–310. Toisin sanoen hintasääntelyn täytyisi olla puhtaasti valtiollista sääntelyä tai tietynlaista yhteissääntelyä.

89. Ks. Linna 1987, s. 34–35, 188–194.

90. Ks. kokoavasti Viitanen 2011, s. 370–382. Hän päätyy pitämään parhaana palkkioperusteena osakokonaisuuksiin perustuvaa toimenpideveloitusta.

91. Viitanen 2003, s. 469, 476–487. Arvio perustuu tilastotietoihin ja reaaliargumentteihin. Nimi- listojen julkaiseminen lautakunnan toimesta olisi paitsi heikosti vaikuttavaa myös ongelmallista eräiden rajoittavien arvojen (kuten puolueettomuuden) kannalta.

92. Viitanen 2003, s. 488–491, 502–526, 550–551. Viitanen mukaan EIS ei aseta tällaista reunaehto: riittävää olisi järjestää muutoksenhakumahdollisuus käräjäoikeuteen, joka tarvittaessa pitää suullisen käsittelyn.

testataan ensin vaikuttavuuden kannalta.⁹³ Myöhemmin selvitetään, asettaako omaisuudensuoja keinon omaksumiselle reunaehtoja tai lievempiä rajoitteita.⁹⁴

Aineiston tutkimuksissa on toki noteerattu myös pienempiä sivuvaikutuksia ja muita kustannuksia.⁹⁵ Esimerkiksi väärinkäyttömahdollisuus mainitaan sivuvaikutuksena, jota tulee ehkäistä.⁹⁶ Lakiteknisten kustannusten vähyys esiintyy puoltavana argumenttina – ”muutoksen toteuttaminen on mahdollista varsin vähäisillä muutoksilla lautakuntaan toimintaa koskevaan sääntelyyn”⁹⁷ –, kun taas lakiteknisesti monimutkaista ja laajaa keinovaihtoehtoa ruoditaan skeptisesti.⁹⁸ Voisi sanoa, että tavallista monimutkaisempi ja laajempi muutosehdotus luo tavallista raskaamman perustelutaakan, koska reagointi muuttuvaan sääntelyyn tuottaa hallinnollisia kustannuksia viranomaisille, yrityksille ja yksityishenkilöille.⁹⁹ Mutta muutuskustannus ei ole mikään keskustelun tappava valttikortti, mikäli uudistuksen puolella on tarpeeksi painavia tavoitteita. Engelberg jäsentää uudelleenjärjestelymenettelyyn liittyvää muutostarvetta ja kustannuksia polku-riippuvuuden teorialla: jos sääntelyn historiallisesti määräytyneet ”tielinjaukset” ovat nykyisissä olosuhteissa kyllin tehottomia, uudistus on muutuskustannuksista huolimatta perusteltu.¹⁰⁰

Keinotestauksessa on kiinnostavaa, kuinka *de lege ferenda* -tutkija perustelee väitteitään vaikutuksista. Yhteiskunnallisen tavoitteen ja sääntelykeinon välinen kausaalisuhde on viime kädessä empiirinen kysymys, mutta useimmiten dlf-tutkijan käytössä ei ole sellaista empiiristä tutkimustietoa, joka vastaisi kysymykseen luotettavasti.¹⁰¹ Empiirinen yhteiskuntatutkimus käyttää luonnollisina koeasetelmina eri yhteiskuntien tilaa ja saman yhteiskunnan tilaa eri

93. Engelberg 2019, s. 111–137.

94. Etenkin oikeushenkilöiden omaisuudensuoja on verrattain joustava perusoikeus. Uudelleenjärjestelymenettely ei kajoaisi perusoikeuden ytimeen eikä olisi erityisen ongelmallinen muidenkaan yleisten rajoitusedellytysten kannalta. Engelberg 2019, s. 210–217, 223–225.

95. Ks. esim. Engelberg 2019, s. 251–252, joka arvioi uudelleenjärjestelyn mahdollisia ulkoisvaikutuksia kilpailijoihin.

96. Ks. esim. Saarensola 2017, s. 136, 227, 288–291 ja Markus 2022, s. 51–53, 313–314. Molemmat käsittelevät kiusanteko- tai kiristysluonteisia kanteita. Ks. myös Leppänen 1998, s. 412.

97. Viitanen 2003, s. 552 (tarkemmin s. 527–538). Tältä osin vastaväittäjä huomauttaa, että lautakuntaratkaisujen muuttaminen täytäntöönpanokelpoisiksi edellyttäisi kuitenkin mittavia organisatorisia uudistuksia, jotka ”jäivät väittelijän pohdintoissa taka-alalle”. Ks. Juha Lappalainen, Vastaväittäjän lausunto teoksesta Klaus Viitanen, Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona. Lakimies 4/2004, s. 739–749, 749.

98. Ks. esim. Markus 2022, s. 317–321 ja Leppänen 1998, s. 415–418.

99. Ks. esim. Kalle Määttä, Oikeustaloustieteellinen näkökulma kotimaiseen lainvalmisteluun. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 242. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2009, s. 103–111.

100. Engelberg 2019, s. 17–19, 249–251. Käytän lähdetekstille uskollista termiä ”tehottomia”. Yleisempi ilmaus olisi ”tavoitteenasettelun kannalta irrationaalisia”, mikä kattaisi relevantit tavoitteet, arvot ja periaatteet.

101. Ks. jo Linna 1987, s. 190–191.

aikoina. Niin hyödyllisiä kuin nämä tiedot ovatkin, on usein vaikea todentaa tietyn kausaalisuhteen vahvuutta, saati soveltaa ulkomaisia tutkimustuloksia Suomen oloihin. Aineistossa Koulu hyödyntää ruotsalaista empiiristä tutkimusta konkurssivarallisuuden myynnistä.¹⁰² Vaikka hän pohtii kriittisesti eräitä tutkijoiden päätelmiä ja tulosten relevanssia Suomen kannalta, hän päätyy toteamaan, ”kuinka kiistanalaisinkin perustein yleistetty ulkomainen empiirinen aineisto antaa rationaalisemman perustan päätelmille kuin intuitiiviset arvaukset suomalaisesta konkurssirealisoinnista”.¹⁰³

Silloinkin, kun relevantti empiirinen tutkimustieto puuttuu, aineiston tutkimuksissa pyritään arvioimaan vaikutuksia. Sääntelyn koskiessa taloudellista päätöksentekoa on luontevaa käyttää teoreettisen oikeustaloustieteen tuloksia tai muita taloudellisia reaaliargumentteja. Oikeustaloustiedettä on hyödynnetty muun muassa Engelbergin tutkimuksessa. Tällöin on syytä tiedostaa ainakin se, ovatko hyödynnettävät tutkimukset deskriptiivisiä vai normatiivisia ja millaisiin oletuksiin niiden mallit nojautuvat.¹⁰⁴

Oikeustaloustieteen malleilla voidaan testata monenlaista tehokkuutta, kuten kustannus-, dynaamista tai allokatiivista tehokkuutta (viime mainittua Pareto- tai Kaldor–Hicks-testin mukaan).¹⁰⁵ Aineiston tutkimuksissa esimerkiksi Engelberg valaisee tehokkuuskäsitteen sisältöä yhtiöoikeudellisessa¹⁰⁶ ja Koulu konkurssioikeudellisessa kontekstissa¹⁰⁷.

Viitanen taas ottaa etäisyyttä oikeustaloustieteeseen mutta viljelee tilastojen lisäksi talouspainotteisia reaaliargumentteja, joita optimisti luonnehtisi käytännöllisen järjen käytöksi¹⁰⁸ ja skeptikko ”realisiksi”¹⁰⁹ argumenteiksi.¹¹⁰

102. Koulu 2003, s. 75–76, 278–279, 292–296.

103. Koulu 2003, s. 293.

104. Ks. Engelberg 2019, s. 9–12, 111–118. Ks. myös Markus 2022, s. 34–36, 89, 305, 311, joka esittelee oikeustaloustieteen hyödyntämistapoja ja perustelee sen avulla muun muassa ryhmäkanteen tavoiterationaalisuutta muihin vaihtoehtoihin nähden.

105. Ks. Määttä 2009, s. 75–81. Oikeustieteessä termiä ”tehokkuus” voidaan käyttää myös varsin toisenlaisessa merkityksessä, ks. esim. Siitari-Vanne 2005, s. 29.

106. Engelberg 2019, s. 10–11. Osakkeenomistajien suhteissa sovelias tehokkuuden mittari on Pareto-testi.

107. Koulu 2003, s. 24 avaa, kuinka epäonnistuneen yrityksen likvidaatio vapauttaa sen tuotannon tekijät tavalla, joka edistää allokatiivista tehokkuutta. Toisaalta likvidaatio hävittänee tietotaitoa ja muuta immateriaalista varallisuutta, mikä heikentää dynaamista tehokkuutta. Ks. myös Koulu 2003, s. 286–288.

108. Ilmauksesta ks. Jukka Mähönen, *Taloustiede lain tulkinnaissa*. *Lakimies* 1/2004, s. 49–64, 56.

109. Ks. Hannu Tapani Klami, »Reaaliset» argumentit. *Lakimies* 3/1996, s. 468–476, joka kritisoi sen ajan perustelutekniikoita pisteliäästi.

110. Viitanen 2003, s. 4–5 (oikeustaloustieteestä), s. 62–65 (kilpailun toimivuuden perusteista) ja s. 100–117 (laadusta ja hinnasta valintakriteereinä). Nähdäkseni ei tarvita oikeustaloustieteen ja taloudellisen reaaliargumentaation vastakkainasettelua, sillä pikemminkin oikeustaloustiede on eräs reaaliargumentaation työkalu. Ks. samansuuntaisesti Mähönen 2004, s. 64 ja Man-

Kun sääntelyn yhteydet taloudelliseen päätöksentekoon ovat etäisemmät, vaikutusten arvioinnissa hyödynnetään myös muiden erityistieteiden tuloksia.¹¹¹ Esimerkiksi Vatjus-Anttila puoltaa syyteneuvottelua maltillisilla rangaitshuojennuksilla, koska se antaa epäillyille vaikutusmahdollisuuksia ja edistää aineellisen totuuden selvittämistä, mikä on omiaan vahvistamaan rikosoikeusjärjestelmän legitimitettä.¹¹² Argumenttia perustellaan muun muassa sosiaali-psykologisella tutkimuksella.¹¹³ Todistelua koskeissa *de lege ferenda* -ehdotuksissa on luontevaa hyödyntää oikeuspsykologista tietoa.¹¹⁴

Linnan mallissa neljäs päävaihe käsittää keinovalinnan ja sen justifioinnin. Linna myös toteaa, että toisinaan tutkijan on rationaalista pidettyä valinnasta: ensinnäkin tavoitteenasettelun ollessa liian sekava lainsäädäntöehdotus tai -ehdotukset voidaan esittää hypoteettisessa muodossa, toiseksi jos keinovalintaa ei voida suorittaa rationaalisuusehtoja noudattaen, tutkijan kannattaa tyytyä keinokartoitukseen.¹¹⁵

Aineistossa esiintyy joitakin selkeitä keinovalintoja: Engelbergin väitöskirjan mukaan Scheme of Arrangement -malli tietyin mukautuksin on tavoitteenasettelun mukaisempi kuin Hollannin malli, joka on mahdollinen vain insolvenssimenettelyssä.¹¹⁶ Viitanen päätyy asianajopalkkioita koskevassa tutkimuksessaan siihen, että ensin on pyrittävä kehittämään hintainformaation saatavuutta ja vertailtavuutta sähköisellä hintarekisterillä; ellei tämä tuota toimivaa hintakilpailua, tarvitaan perinteistä hintasääntelyä, joka perustuisi toimenpideveloitukseen.¹¹⁷ Aineiston pääosin lainopillisissa tutkimuksissa *de lege ferenda* -tarkastelu voi tyytyä keinojen kartoitukseen ja alustavaan arviointiin.¹¹⁸ Toki myös pääosin lainopillisissa tutkimuksissa esiintyy dlf-keinovalintoja: Esimerkiksi Saarensola arvioi väitöskirjansa lopussa oikeudenkäyntikulusäännösten uudistuskeinoja, jotka kohtuullistaisivat heikomman asianosaisen kuluvastuuta häviötilanteessa.

ne Airaksinen, Osakkeenomistajakeskeisyys, sidosryhmät ja yhteiskuntavastuu osakeyhtiö-oikeuden järjestelmässä. Alma Talent 2023, s. 58–69, 77–82.

111. En suinkaan tarkoita, että taloustieteestä ei olisi hyötyä esimerkiksi kriminaalipoliittisessa keskustelussa. Johdatuksena rikostaloustieteeseen ks. Kalle Määttä, Oikeustaloustieteen perusteet. Edita 2016, s. 209–238. Mutta sääntelykohteesta riippuu, minkä tieteiden tuloksia on tarjolla vaikutusarvioinnin avuksi ja minkä verran.

112. Vatjus-Anttila 2022, s. 142–143.

113. Vatjus-Anttila 2022, s. 142 av. 142 viitataan muun muassa Tom Tylerin tuotantoon.

114. Ks. esim. Riekkinen 2019, s. 526 (ja suggestiivisista esitystavoista laajemmin s. 391–393).

115. Linna 1987, s. 34–37.

116. Engelberg 2019, s. 164–168.

117. Viitanen 2011, s. 417–423.

118. Ks. esim. Markus 2022, s. 308–321 ja Siitari-Vanne 2005, s. 788–797. Siitari-Vanne toki pitää KHO:n valituslupajärjestelmän olennaista laajentamista luultavasti tehokkaimpana keinona torjua viivytystä (s. 796).

Parhaana hän pitää vaihtoehtoa, jossa kuluvaluun leikkaaminen olisi pääsääntö, kun asianosaisasetelma ja asian merkitys ovat tietynlaiset.¹¹⁹

Linnan mallissa *de lege ferenda* -tutkimus ei sisällä lainvalmistelun teknistä aspektia eli lakitekstin muotoilua. Hän tarkoittaa keinoilla ratkaisumalleja, jotka ovat pykäläehdotuksia abstraktimpia.¹²⁰ Sitä vastoin Leskinen toteaa, että tulevan lakitekstin muotoilukin voi kuulua dlf-tutkimuksen piiriin ja että ”usein tämä osa tutkimuksesta tulee ajankohtaiseksi vasta lakimuutoksen ollessa jo loppusuoralla.”¹²¹ Aineiston tutkimuksissa ainakin Saarensola, Huhtamäki ja Engelberg esittävät tietynlaista lakitekstin muotoilua.¹²² Kiinnostavaa kyllä, Saarensolan tai Huhtamäen tutkimusten aikaan ei ollut vireillä lainmuutoshanketta.¹²³ Silti he pitävät pykäläehdotusten muotoilua aiheellisena oletettavasti siksi, että epäkohdat ovat varsin ilmeisiä. Lakiteknisesti heidän ehdotuksissaan on kyse yksittäisten säännösten täsmäkorjauksista, jotka mukautuisivat oikeudenkäymiskaaren 7 ja 21 lukujen systematiikkaan ja terminologiaan.¹²⁴ Lyhyesti sanoen *de lege ferenda* -tutkimuksissa toisinaan esiintyy lakitekstin muotoiluakin, olipa lainuudistus-hanke vireillä tai ei.

5. Johtopäätökset

Artikkelissa olen esitellyt, miten kotimaisessa prosessi- ja insolvenssioikeudessa on tehty *de lege ferenda* -tutkimusta. Aineiston perusteella kyseistä tutkimus-suuntausta voi luonnehtia niin, että siinä arvioidaan yhtä tai useampaa lain-säädännön uudistuskeinoa taikka uudistamiseen liittyvää tavoitteenasettelua.¹²⁵ Keinovalintaa ei välttämättä tehdä. *De lege ferenda* -tutkimuksella on selviä yhteyksiä teoreettiseen lainoppiin ja nykyisen sääntelyn arviointitutkimukseen esimerkiksi silloin, kun sama tavoite esiintyy keskustelussa sekä nykyisen sääntelyn

119. Saarensola 2017, s. 286–290. Malli sisältää poikkeusmahdollisuuden väärinkäyttöisten kan-teiden torjumiseksi. Tanskan ja Norjan malleissa täysi korvaus olisi pääsääntö mutta poik-keaminen olisi mahdollista abstraktin kriteerin (esim. erityiset tai painavat syyt) perusteella. Saarensolan mukaan näissä malleissa kuluvaluun kohtuullistaminen olisi liian epävarmaa.

120. Ks. Linna 1987, s. 34, 194–195.

121. Leskinen 2022, s. 1164.

122. Saarensola 2017, s. 290–291; Huhtamäki 2019, s. 296–300 ja Engelberg 2019, s. 170–171.

123. Sittemmin OK 21:8 b:ää on epäkohdan korjaamiseksi muutettu (lailla 143/2023) tavalla, jota Saarensola luultavasti olisi pitänyt vähemmän onnistuneena.

124. Tilanne poikkeaa Linnan väitöskirjan laatimistilanteesta, jolloin ulosottolain kokonaisuudis-tus oli tulossa ja tulevan lain systematiikka vielä epävarma. Ks. Linna 1987, s. 195.

125. Määritelmä sisältänee myös dlf-tutkimuksen pinnallisimman muodon (ks. av. 40 ja siihen liittyvä leipäteksti). Artikkelissa tällainen tutkimus on jäänyt vähälle huomiolle lähinnä siksi, että aineiston keräämisessä dlf-tarkastelun laajuus oli yksi valintakriteeri.

funktioista että sääntelyn uudistamisesta. Dlf-tutkimus kuitenkin kytkee tavoitteen uudistusta koskevaan keskusteluun eikä vain lainopilliseen keskusteluun.¹²⁶

Yksittäinen dlf-tutkimus voi keskittyä tavoitteenasetteluun eli jäsentämään, mitkä ovat tietyn ongelman sääntelyssä relevantteja tavoitteita ja reunaehtoja sekä niiden taustalla olevia arvoja ja päämääriä.¹²⁷ Tällöin keinojen kartoitus ja analyysi voivat jäädä vähemmälle. Toisaalta tutkija voi tyytyä tiettyyn tavoitteenasettelun lyhyin perusteluihin ja keskittyä keinovalikoimien analysointiin.¹²⁸ Kyse on pikemminkin painotuseroista kuin tutkimusten tarkkarajaisesta karsinnoista.

Artikkelin tutkimuskysymyksiä on tarkasteltu edellä luvuissa 2–4, ja tarkastelun yhteenvetona voidaan hahmottaa kehikko siitä, mitä tutkimuksellisia valintoja *de lege ferenda* -tutkijan eteen tulee. Tätä kehikkoa voi sanoa Tuula Linnan nelikohtaisen mallin rikastamiseksi tai kilpailevaksi malliksi. En väitä kehikkoa reseptiksi, jota tutkijat olisivat eksplisiittisesti seuranneet teoksissaan (tai jota pitäisi seurata). Koska ajattelun eksplikointi ja esityksen tiiviys ovat keskenään vastahangassa, tutkijat eivät kirjoita lopputuotteeseen auki läheskään kaikkia valintojaan ja rajauksiaan.¹²⁹ Silti laajan *de lege ferenda* -tutkimuksen laatiminen sisältää seuraavanlaisia valintoja:

- 1) Eräänlaisena esikysymyksenä tutkija päättää, minkä verran hän keskittyy *de lege ferenda* -tutkimukseen. Jos tutkimus on pääosin lainopillinen, jatkona toimivan dlf-tarkastelun täytyy olla suppea joidenkin vaiheiden osalta.

Valinnat 2–5 koskevat tavoitteenasettelua:

- 2) Kun tutkija nimeää sääntelykohteen kannalta relevantin tavoitteen ja sen painoarvon (tai tavoitteet ja niiden painoarvot), hän voi tyytyä vakiintuneeseen käsitykseen tai kyseenalaistaa sen. Kyseenalaistaminen voi koskea relevanttien tavoitteiden listaa tai yksittäisen tavoitteen merkityssisältöä tai painoarvoa. Kyseenalaistamisessa vedotaan tavoitteita syvempiin arvoihin tai päämääriin esimerkiksi väittämällä, ettei tietty tavoite tietyssä kontekstissa edistäkään päämäärää.

126. Tällä tavoin *de lege ferenda* -käsite ei paisu yhtä laajaksi kuin Ervastian luonnehtima oikeuspoliittisen tutkimuksen käsite (Ervasti 2011, s. 86). Esimerkiksi Launialan väitöskirja esitutkinnan funktioista ja periaatteista sisältää funktiotarkastelua, jota voidaan hyödyntää lainsäädännön uudistamisessa. En kuitenkaan sanoisi sitä dlf-tutkimukseksi, koska Launiala käsittelee funktioita ja periaatteita lainopillisessa tarkoituksessa. Ks. Mika Launiala, Esitutkintafunktiot ja esitutkintaperiaatteet. Itä-Suomen yliopisto 2013, s. 16–19.

127. Hyvä esimerkki on Vajus-Anttila 2022.

128. Hyviä esimerkkejä ovat Viitanen 2011 ja Engelberg 2019.

129. Ajattelun eksplikointia korostaa Hupli 2004, s. 7–9.

- 3) Kun tutkija toteaa lähtökohtatilanteen ja epäkohdat, hän valitsee perustelujen laajuuden ja syvyyden: kuinka eksplisiittisesti on tarpeen perustella vaikkapa sitä, että tavoite ei nykyisin toteudu?
- 4) Kun tutkija kartoittaa tavoitteen edistämisen reunaehdot ja joustavat rajoitteet, hän voi tyytyä niiden mainitsemiseen taikka problematisoida niiden sisällön tai painoarvon.

Valinnat 2, 3 ja 4 liittyvät läheisesti toisiinsa, ja esitysteknisesti voi olla mielekästä käsitellä tavoitteita ja reunaehtoja samassa yhteydessä.

- 5) Tutkimusoperatiivinen tavoite perustuu ensinnäkin tutkijan käsitykseen tavoitteista, epäkohdista, reunaehdoista ja joustavista rajoitteista. Mutta tutkimusoperatiivisen tavoitteen muotoilussa tutkija myös päättää, rajaako hän *de lege ferenda* -tarkastelunsa yhteen laajempaan epäkohtaan vai moniin epäkohtiin. Valinnasta riippuu, kuinka yksityiskohtaisesti epäkohtaan puuttuvia keinoja voidaan käsitellä.
- 6) Keinokartoituksen yhteydessä tutkija valitsee, minkä sääntelytasojen keinoja hän käsittelee ja kuinka monia keinoja hän ottaa analysoitavaksi. Jo keinokartoitus sisältää jonkinlaisen esitestauksen tavoitteita ja reunaehtoja vasten.¹³⁰
- 7) Keinotestaus perustuu johonkin valintaan siitä, millaista empiiristä tietoa ja minkä erityistieteiden tuloksia käytetään. Keinotestauksessa tutkija myös omaksuu jonkin kannan polkuriippuvuuteen eli muutostankuusiin.¹³¹
- 8) Keinotestauksen jälkeen tutkija päättää, pitääkö hän dlk-kysymystä kyllin ”ratkaisukypsänä” tietyn keinon valitsemiseksi vai jättääkö hän keinovalinnan tekemättä.
- 9) Jos tutkija on valinnut tietyn keinon, hän voi pidättäytyä sen lakiteknisestä muotoilusta tai ehdottaa tietynlaista muotoilua. Se, onko tilanne sovelias lakitekniselle muotoilulle, riippuu muun muassa ehdotuksen suppeudesta ja mahdollisen lainvalmisteluhankkeen vaiheesta.

Jatkotutkimuksessa voidaan käsitellä laajemmin nykyisen *de lege ferenda* -tutkimuksen taustoja, puutteita ja yhteyksiä muihin tutkimussuuntauksiin. Taustavaiikutteista voitaneen karkeasti sanoa, että avoin arvoargumentaatio on 1990-luvun periaate- ja perusoikeuskeskustelun perintöä, kun taas avoimesti erityistieteitä hyödyntävä argumentaatio on yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen perintöä. Tämä erittely ei merkitse vastakkainasettelua, sillä molemmat argumentaatiomallit sopivat yhteen ja samaan tutkimukseen. Aineiston 2000-luvun tutki-

130. Ks. tästä Linna 1987, s. 189.

131. Tämä valinta saattaa jäädä paitsi auki kirjoittamatta myös tutkijalta kunnolla tiedostamatta.

muksissa varsin huomionarvoista on, että dlf-metodin kuvauksissa ei vedota ulkomaiseen keskusteluun.¹³² Läheisissä oikeuskulttuureissa *de lege ferenda* on sinänsä vakiintunut käsite, joka ymmärretään samoin kuin Suomessa.¹³³ 2000-luvun ulkomaisessa oikeustieteessä lainsäädäntöä on tarkasteltu monissa tutkimussuuntauksissa, jotka voisivat tarjota virikkeitä suomalaiselle dlf-tutkimukselle.¹³⁴ Esimerkiksi regulatory policy -tutkimus keskittyy sääntelyn vaikutusarviointiin ja selkeyteen sekä hallinnollisen taakan välttämiseen.¹³⁵ Teoreettisempi legisprudence-tutkimussuuntaus on eritellyt esimerkiksi koherenssiongelmiä, joita lainsäätäjän tulee välttää.¹³⁶ Sinänsä voidaan kysyä, toisivatko nämä tutkimusotteet aitoa lisäarvoa vai merkitsisivätkö ne vain ennestään tuttujen argumenttien uudelleen kuorruttamista.

Artikkelissa olen pyrkinyt ymmärtämään ja jäsentämään enkä arvottamaan. Lopuksi sallittakoon – lyhyt ja ylimalkainen – tutkimusohjelmallinen kannanotto. Olen vakuuttunut siitä, että oikeustieteessä tarvitaan eri vaiheisiin painotettavia *de lege ferenda* -tutkimuksia. Aivan epäilemättä on tilausta esimerkiksi soveltavalle dlf-tutkimukselle, joka keskittyy yksityiskohtaiseen keinoestaukseen hyödyntäen yhteiskuntatieteiden menetelmiä tai ainakin tuloksia. Lisäksi tarvitsemme muun muassa kyseenalaistavaa dlf-tutkimusta, joka pureutuu tavoitteenasetteluun ja sen taustaoletuksiin. Jos näet *de lege ferenda* -tutkijat eivät kyseenalaista perinteistä tavoitekeskustelua, keskustelu uhkaa päätyä mantrojen toisteluun. *John Maynard Keynesiä* mukaillen voisi sanoa, että liian käytännöllinen oikeuspoliittinen keskustelu on herkästi jonkin tunkkaisen teorian lumoissa sitä kunnolla tiedostamatta.¹³⁷

132. Sen sijaan Linna 1987, s. 9–37 hyödyntää kotimaisen metodikeskustelun lisäksi mm. Jerzy Wroblewskin, Alf Rossin ja Preben Lauridsenin tuotantoa. Toki 2000-luvun dlf-argumentaatio on sikäli kansainvälistä, että siinä viitataan ulkomaisiin sääntelyratkaisuihin ja kokemuksiin sekä erityistieteiden ulkomaiseen tutkimukseen, kuten oikeustaloustieteeseen.

133. Ks. esim. Aleksandr Peczenik, Vad är rätt? Norstedts juridik 1995, s. 308–310. Toisinaan naapurimaiden prosessioikeudellisissa väitöskirjoissa esitetään runsaasti dlf-kannanottoja – tosin metodia juuri avaamatta. Ks. esim. Marek Keller, Konkurs och process. Iustus Förlag 2020, s. 36–38 ja Christina Jensen, Småkravsprosessen. Funksjoner og virkemidler. Gyldendal 2021, s. 18–20.

134. Yleiskuvauksena ks. Sakari Melander, Kriminolisointiteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 56–68.

135. Taustalla vaikuttavat OECD:n opit paremmasta sääntelystä. Tutkimussuuntauksen perusteista ks. Auri Pakarinen, Tapaustutkimuksia lainvalmistelun kehittämisestä ja sääntelyn toimivuudesta. Itä-Suomen yliopisto 2012, s. 25–37.

136. Ks. Luc Wintgens, Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence, s. 9–40 teoksessa Luc Wintgens (ed.), Legisprudence: a new theoretical approach to legislation. Hart Publishing 2002, s. 35–38. Wintgens hahmottaa koherenssiongelmiä sääntötason ristiriidat, lainmuutokset ilman riittäviä perusteluja (ajallinen epäkoherenssi), systemaattisen tason epäkoherenssin sekä epäsuhtaan yhteiskuntatodellisuuden kanssa. Ks. myös Svein Eng, Legislative Inflation and the Quality of Law, s. 65–79 edellä mainitussa teoksessa.

137. John Maynard Keynes, The General Theory of Employment, Interest and Money. Palgrave Macmillan 2018 [1936], s. 340: “Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influences, are usually the slaves of some defunct economist.”

Research de lege ferenda in procedural law and insolvency law

JAAKKO MARKUS, LL.D., Postdoctoral Researcher, University of Lapland

The article discusses how research of legal policy (de lege ferenda) has been conducted in recent Finnish jurisprudence in the fields of procedural law and insolvency law. First, the author clarifies the concept by discussing its relationship to dogmatic legal research and evaluative socio-legal research. Second, the article reviews recent jurisprudence in order to formulate a descriptive framework of research de lege ferenda. Such a framework contains major choices that a researcher de lege ferenda tends to face. The article is inspired by a model developed by Tuula Linna in the 1980s, yet it departs from Linna's model to recognise the variety of research de lege ferenda. Although such research may be described as analysis of legislative means with respect to goals, some researchers focus on goal setting, discussing the underlying values and policies critically. Other researchers have focused on surveying and analysing alternative means in some detail, using law and economics literature and other socio-legal research. The article aims to improve the self-understanding of Finnish jurisprudence by systematising this complexity under a common framework.