

Varallisuusosoikeuden huomen

HAKUSANAT: varallisuusosoikeus, yleiset opit, vastuu, oikeusperiaatteet, policy

Juridiikka hengittää vain, kun se ottaa huomioon ulkopuolensa.
(Emmanuel Levinas'n filosofiasta lausumaa mukailen)

1. Aluksi: eikö mitään uutta auringon alla?

Vuosikymmenten valmistelun jälkeen *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) eli Saksan siviililakikirja oltiin saamassa valmiiksi 1800-luvun lopulla. BGB:hen kaavailtiin systemaattista perusratkaisua sopimuksen syntyajankohdan määrittelylle. Tarkoituksena oli erottaa toisistaan läsnä olevien välillä eli kasvokkain tehtävät sopimukset, jolloin sitova sopimus syntyi heti kun tarjoukseen oli annettu hyväksyvä vastaus, ja poissa olevien välillä esimerkiksi kirjeitse tehtävät sopimukset, jolloin sopimus syntyi vasta kun tarjouksen tekijä oli ottanut selon postitse saamastaan hyväksyvästä vastauksesta. Sitten tapahtui jotakin ennenkuulumatonta. Puhelin keksittiin. Tuon ajan nuoret radikaalit sivistit, joita ei luonnollisestikaan ollut päästetty mukaan valmistelutyöhön, kirjoittivat kriittiseen sävyyn siitä, miten koko pitkä ja perusteellinen valmistelu oli mennyt metsään tuon uuden teknologisen keksinnön myötä. Puhelimessahan oltiin välittömässä puhekontaktissa, vaikka ei oltukaan kasvokkain. ”Imperiumin vastaisku” tuli heti ja armotta. Systemaattiseen perusratkaisuun ei koskettu. Sen sijaan BGB:n sopimuksen syntyä sääntelevään pykälään lisättiin uusi momentti siitä, pidetäänkö puhelimitse tehtyä sopimusta läsnä olevien välillä tehtynä vai ei.

Helsingissä järjestettiin vuonna 2019 Pohjoismaiset varallisuusosoikeuspäivät. Ne pitävät yllä ja jatkavat yhteistä pohjoismaista varallisuusosoikeuden perinnettä. Päivillä keskusteltiin muun muassa lohkoketjujen merkityksestä sopimusoikeudelle ja globaaleihin arvoketjuihin (*Global Value Chain* eli GVC) liittyvistä vahingonkorvausvastuista. Näistä uusista ilmiöistä innostuneet nuoremmat tutkijat saivat monilta heitä kommentoineilta varttuneilta kollegoiltaan isällisen ystävälliseen sävyyn esitetyn, mutta sisällöltään tyrmäävän vastaiskun: perinteinen käytännönläheinen pohjoismainen varallisuusosoikeus pystyy ongelmitta syste-

* Juha Karhu, OTT, professori emeritus.

maattisesti jäsentämään ja suuntaamaan harkintaa myös uusien (lue: kaikkien uusien) ilmiöiden suhteen. Kysymys on vain kyvystä ymmärtää tuo kestäväksi osoittautunut perinteinen järjestelmä ja taidosta sen asianmukaiseen soveltamiseen.

Näitä kahta muuten toisistaan varsin irrallista tapahtumaa yhdistää niissä ilmenevä julkilausumaton tausta-ajatus. Varallisuusoikeuden huomen olisi sen eilissä. Eikö juridiikassa todellakaan ole mitään uutta auringon alla?

Olen sekä samaa mieltä että eri mieltä. Olen samaa mieltä siitä, että oikeudellisten järjestelmien ja juridisten ajattelutapojen (eli doktriinien) muutosta tehtäessä on oltava ymmärtävä ja syvä eli perusteisiin asti ulottuva katse taaksepäin.¹ Olen eri mieltä siitä, mikä on tuon katseen lähtöpiste. Toisin kuin nuo 1800-luvun lopun saksalaiset ”*die herrschende Meinung*”in edustajat tai jotkut oman boomer-sukupolveni pohjoismaiset kollegat pidän tulevaisuutta nykyhetkeä relevantimpana lähtöpisteenä. Ei riitä, että pystymme nykyisellä ajattelutavalla jotenkuten selviämään uusien ilmiöiden aiheuttamista varallisuusoikeudellisista ongelmista rikkomatta vallitsevaa järjestelmää. *Meidän tulee katsoa nykyhetkeä myös ja ennen kaikkea tulevaisuuden perspektiivistä, meidän tulee katsoa tätä päivää huomisen näkökulmasta.* Vain siten pystymme tunnistamaan tarpeen uusille systeemi-ideoille ja sijoittamaan ne ajattelutapojen muutosta edellyttäviksi ”kiviksi kengissä” nykysysteemiin kuitenkin rikkomatta täysin nykyistä järjestelmää. Vain näin juridiikka voi saada jarrumiehen osan sijasta roolin yhtenä muutoksen tekijöistä.

Mutta miksi juridiikan pitäisi olla osa muutosta? Miksi pelkkä jarrumiehen rooli ei riitä? Siitä, että juridiikka on mukana muutoksessa, on pidettävä huolta² kaiken juridiikan viimekätisen oikeutuksen eli oikeudenmukaisuuden vuoksi. Juridiikan perimmäinen vaatimus oikeudenmukaisuuden toteuttamisesta tässä ja nyt edellyttää katseen kohdistamista nykyhetkeen ei vain menneestä vaan myös tulevasta. Vain näin turvataan samanaikaisesti jatkuvuus ja liike, perinne ja muutos. Vain näin voidaan yhdellä ja samalla juridisella ratkaisulla tehdä oikeutta eilislle, tälle päivälle ja huomislle.

1. Ks. kirjoitukseni Juha Pöyhönen, Oikeustieteen ajanmukaisuus. Lakimies 1997, s. 357–375 sekä teemanumerossa Lakimies 3/1997 ilmestyneet muut kirjoitukset. Ks. esimerkkinä tutkimuksista, joissa on tässä tarkoittamani ymmärtävä ja syvä katse taaksepäin esimerkiksi Päivi Paasto, Omistuksen juuret: omistusoikeuden perustelua koskeva oppihistoriallinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004 ja Mika Viljanen, Vahingonkorvauksen määrä: tutkimus vahingoista ja rahoista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008.

2. Käytän tässä huoli-termiä samassa merkityksessä kuin Juho Rankinen väitöskirjansa nimen jälkiosassa Juho Rankinen, Rikosoikeudellinen huolimattomuus ja *huolesta rikosoikeuteen*. Helsingin yliopisto 2020 (korostus tässä) viittaamaan kiinnostukseen juridiikan ja sen tutkijoiden roolista oman tietensä tekijöinä.

2. Kohti velvollisuuksia asettavaa varallisuus oikeutta

Hannu Tolonen on teoksessaan ”Korko, raha ja sopimus” monipuolisesti ja yksityiskohtaisesti eritellyt sitä, miten korkokiellon varaan rakennettu vahvasti kano-nisen oikeuden leimaava keskiaikainen juridiikka taipui ja mukautui uuden ajan alussa tunnistamaan ja tunnustamaan kehittyvän kapitalismin tarpeiden mukai-sia lisäarvon hankkimistapoja. Korkokielto on paraatiesimerkki oman aikansa juridiikan dogmista eli oikeaan uskoon (lue: arvoihin) perustuvasta opinkappa-leesta. Tuon opin mukaan raha oli hedelmätön. Muutos alkoi siitä, että korkokiel-lon ei aluksi katsottu soveltuvan kauppiasrahaan. Tavarat halvalla hankkineen ja kalliilla myyvän kauppiaan katsottiin itse asiassa saavan korvauksen työstään ja osaamisestaan. Myöhemmin erityisesti Amsterdamin pörssin synty puolestaan vaikutti siihen, ettei myöskään sijoitusrahaa enää pidetty ”hedelmättömänä” vaan sallittuna tapana ansaita lisää tuotantotoiminnalle tarpeellista pääomaa.³

Tolonen tekee teoksessaan korkokieltoa ja rahaa käsitelleiden oikeustieteili-jöiden ja teologien tekstien tarkkaa lähilukua. Tältä pohjalta asiaa tarkastellen muutos ei ollut yhtäkkinen radikaali katkos. Muutos tapahtui vähitellen ja vai-heittain siten, että uusi kokonaisuus muodostui lukuisasta joukosta yksittäisiä poikkeuksia ja jo tehtyjen poikkeusten analogisista laajennuksista. Vasta toisiinsa liitettynä nämä yksittäiset poikkeukset tekivät yhdessä mahdolliseksi ison muu-toksen.

Tolosen piirtämä kuva juridiikan muutoksesta vastaa omaa käsitystäni siitä, miten varallisuus oikeus tulee muuttumaan 2000-luvun ensimmäisellä vuosi-sadalla. Nyt on aika kehittää tulevaisuuden tarpeiden ja välttämättömyyksiin kanssa yhä paremmin yhteensopivia ”pieniä” uusia juridisia doktriineja. Kun ne aikanaan yhdistyvät toisiinsa, saamme todistaa suurta muutosta.⁴⁵

Mutta onko nykyisenkaltaiselle oikeuksille asettavalle ja resursseja jakavalle varallisuus oikeudelle lainkaan sijaa huomisen maailmassa? *Mika Viljanen* on perustellusti asettanut kyseenalaiseksi sen, onko varallisuus oikeudelle sellaisena kuin sen nykyisin tunnemme tarvetta tulevaisuudessa. Oman aikamme varalli-

3. Hannu Tolonen, *Korko, raha ja sopimus: korkokielto ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntymisen ongelmana*. Lakimiesliiton Kustannus 1992.

4. Päivi Paasto kuvaa teoksessaan *Omistuksen juuret* (Paasto 2004) sitä, miten käsitys omistus-oikeuden yksinomaisuudesta ja rajoittamattomuudesta syntyi juridisissa opeissa tapahtuneiden vähittäisten yksittäisten muutosten kokonaisvaikutuksena. Myös Thomas Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsätt*. Kauppakaari 2001 tukeudutaan ”pienien hyvien vastuukertomuksien” kehittelyyn.

5. Juridiikan jatkuvasta heiluriliikkeestä apologian ja utopian välillä ks. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Cambridge University Press 2006. Ks. myös Martti Koskenniemi, *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power 1300–1870*. Cambridge University Press 2021 ja monimuotoisista tavoista liittämään kansainvälisen oikeuden tarkastelut kulloisiinkin kansainvälisiin suhteisiin.

suusoikeudesta on hänen mukaansa tullut pikemminkin olennainen osa planeetaarisia ongelmia kuin osa tulevaisuuden turvaamisessa tarvittavia ratkaisuja. Käsillä olevista ja tulevista globaaleista kriiseistä selviäminen nimittäin edellyttää varallisuusoikeudelta oikeuksien antamisen sijasta velvollisuuksien asettamista.

”Antroposeenitulevaisuuksissa (antroposeenin aikakaudella ihmisten asema ja toiminta saa ”kolossaaliset” mittasuhteet, jotka rinnastuvat geologisiin kausiin, lisäys JK) nykyisenkaltaisella varallisuusoikeudella ei näytä olevan mielekäästä asemaa. *Varallisuusoikeus on jotenkin kammettava itserajoitusten, huolehtimisen ja uusintamisen oikeudeksi.* Planeetan tulevaisuus on otettava myös varallisuusoikeuden agendalle.”⁶

Itserajoitukset, huolehtiminen ja uusintaminen voitaisiin oikeudellisesti saada aikaan jo nyt asettamalla uusia velvollisuuksia. Mutta tästä aiheutuu uusi ongelma.

”Pystymme oikeastaan ajattelemaan velvollisuuksista ja vastuusta ainoastaan siten, että pidämme velvollisuutta ja vastuuta valintaoikeuden rajoitettuna ja tarkkarajaisena poissaolona. Velvollisuus on olemassa vain siellä, missä objektiivisen oikeuden tai yksityisautonomian puitteissa luotu normi pakottaa meidät luopumaan vapaudestamme. [– –] *Huolenpito ja uusintaminen on tuotava oikeuden käsitejärjestelmän ytimeen tahdonvapauden sijaan.*”⁷

Viljanen ei kuitenkaan pidä tällaista siirtymistä velvollisuuksia asettavaan oikeusjärjestelmään helppona.

”Tarvittavan muutoksen käsitteellistäminen on äärimmäisen vaikeaa. Näyttäisikin siltä, että sama ongelma vaivaa kaikkea modernia länsimaista oikeudellista ajattelua. Olemme valistuksen ajan antroposentrisen ontologian uhreja. Ihminen on vapaa ja saa valita. Luonto on epävapaata eikä saa valita eikä sillä ei ole oikeuksia. – – (m)eidän on ylipäättään vaikea ajatella ilman, että järjestäisimme koko oikeudellista maailmaa näiden vapauden ja (subjektiivisten) oikeuksien ideoiden varaan. Velvollisuudet jäävät alisteisiksi: ne määrittyvät vapauden läpi. Vapaus valita, mitä tekee, olla välittämättä muista olennoista, on koko oikeusmuotomme perustava aksioma.”⁸

Viljasen analyysit vaikuttavat relevanteilta. Viljanen näyttäisi olevan pitkälti oikeassa käsityksessään nykyisen varallisuusoikeuden hyödyttömyydestä ja jopa suoranaisestä vahingollisuudesta. Sen ohella, että nykyisestä varallisuusoikeudesta näyttäisivät puuttuvan tehokkaat sisäiset kannustimet ilmastonmuutoksen vastaisiin omaehtoisiin toimiin, varallisuusoikeuden ”*track record*” on varsin keho muidenkin viimeaikaisten kriisien, esimerkiksi koronapandemian tai Ve-

6. Mika Viljanen, Antroposeenin varallisuusoikeus. Oikeus 2021, s. 521 (korostus JK).

7. Viljanen 2021, s. 522 (korostus JK).

8. Viljanen 2021, s. 521–522.

näjän Ukrainaan tekemän laittoman hyökkäyksen merkityksen huomioon ottamisessa. Erityisen silmiinpistävää on *juridisen mielikuvituksen lähes täydellinen puuttuminen perinteiseen varallisuus oikeuteen perustuvista toimenpide-ehdotuksista*.⁹ Perinteinen varallisuus oikeus näyttää pettävän ei vain ekologisen kriisin vaan muidenkin globaalien kriisien suhteen. Mutta onko varallisuus oikeuden tulevaisuus osana 2000-luvun globaalien kriisien välttämättömien vastatoimien maailmaa todella näin huono? Eikö todellakaan ole mahdollista uudistaa varallisuus oikeutta?

3. Modernin oikeuden kolme ulottuvuutta: valtion oikeus, markkinoiden oikeus ja yhteiskunnan oikeus

Muutoksen mahdollisuuden ja toteuttamistapojen pohtiminen juridiikassa on syytä aloittaa nykytilan analyysillä. Varallisuus oikeus on osa nykyistä modernia oikeutta. Meidän aikamme modernin oikeuden on alettu yhä selvemmin nähdä muodostuneen pluralistiseksi. Kansallisvaltioiden oikeusjärjestysten ohella on useita muita rinnakkaisia ja päällekkäisiä normatiivisia järjestelmiä, joilla kaikilla on perusteltu vaade tulla otetuksi huomioon juridisia ratkaisuja tehtäessä. Tämänäyttypisessä havainnossa modernin oikeuden pluralismi nähdään kuitenkin vain ulkoisesti monien järjestelmien rinnakkaisuutena. Pluralismilla on toinenkin, sisäinen puolensa. Sisäinen oikeuspluralismi tarkoittaa esimerkiksi oikeuslähteiden moninapaisuutta (polysentriaa) ja yleisesti sitä, että *modernissa oikeudessa on useita ulottuvuuksia*.¹⁰

Meidän aikamme modernissa oikeudessa voidaan erottaa kolme sisäistä ulottuvuutta: kansallisvaltion oikeus, markkinoiden oikeus ja yhteiskunnan oikeus.¹¹ Moderni oikeutemme muodostuu näiden kolmen ulottuvuuden välisestä jatkuvasta vuorovaikutuksesta. Oikeusjärjestelmänä modernin oikeuden kestävyys voi nähdä perustuvan juuri tähän jatkuvaan vuorovaikutukseen. Siten tuo vuo-

9. Ks. Juha Karhu, The Global Impact (Both Challenges and Opportunities) of COVID-19 on Rights and Justice s. 91–112, teoksessa Luo Li – Carlos Espaliú Berdud – Steve Foster – Ben Stanford (eds), *Global Pandemic, Technology and Business*. Routledge 2022.

10. Oikeuspluralismin monista merkityksistä nykykeskustelussa ks. Jaakko Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalization*. Edward Elgar 2018.

11. Kaarlo Tuori, *Properties of Law*. Cambridge University Press 2021, s. 215–238 tehdään erottelu *state law'hon* ja *non-state law'hon*. Tässä kirjoituksessa *non-state law* on jäsennetty toisaalta markkinoiden oikeuteen, johon Tuori viittaa *lex mercatoriana*, ja yhteiskunnan oikeuteen, jonka esimerkkeinä Tuorilla ovat alkuperäiskansaoikeus ja uskonnolliset oikeusjärjestelmät. Ks. Tuori 2021, s. 224–225 ja s. 245. Ks. myös Juha Karhu, Kohti yhteiskunnan oikeutta s. 63–81, teoksessa *Omistus, sopimus, vaihdanta*. Leena Kartion juhla kirja. Turun yliopisto 2004.

rovaikutus ja sen saamat muodot tarjoavat rakennusmallin muutoksen vuoksi tarvittaville uusille opeille.

Modernin oikeuden ulottuvuuksien välisen vuorovaikutuksen perusta on jännitteinen. Jännitteisyys johtuu siitä, että oikeuden normatiivisuus ilmenee niissä eri tavoin. Valtion oikeudessa legitiimien normien muoto on demokraattisen oikeusvaltion ideaalin mukainen parlamenttilaki. Valtion oikeuden normatiivisuus on tekstuaalista, positiivista, pakottavaa ja järjestettyä.¹² Markkinoiden oikeudessa normatiivisuus ilmenee ja toteutuu alalla noudatettuina ja tehokkaaksi hioutuneina kaupallisina käytäntöinä. Markkinoiden oikeuden normatiivisuus on ennakoitavuutta ja tehokkuutta. Yhteiskunnan oikeudessa legitiimit normit perustuvat ihmisyhteisöjen kulttuuriin seikkoihin kuten perinnäistapoihin ja perusarvoihin. Yhteiskunnan oikeuden normatiivisuus on tavanmukaista, elettyä ja koettua sekä välittömästi arvopohjaista.¹³

Modernin oikeuden moniulotteisuus tekee siitä huokoista. Oikeuteen kutoituu lukuisia juridis-käytännöllisten järjestysten verkostoja, jotka pakottavat meidät jatkuviin muunnoksiin ja rajanylityksiin. Tässä huokoisuudessa valtion oikeus yrittää turvata ja vakuuttaa ylivertaisuuttaan vaatimuksellaan yksinomaisuudestaan ainoana sitovana oikeutena (*hard law*). Tosiasiassa oikeudelliselle maailmallemme on kuitenkin ominaista ja tyypillistä interlegaalisuus. Oikeus muodostuu toteutumiskohdissaan (instansseissaan) erilaisten oikeuksien, niin *hard law*'n kuin monenlaisen *soft law*'n, jatkuvista leikkauspisteistä. Tällaisessa jatkuvassa interlegaalisuudessa myös normatiivisten järjestysten väliset kompromissit ja sovinnollinen yhteiselo elävässä oikeudessa ovat mahdollisia ja jatkuvia.¹⁴

Modernin oikeuden sisäinen moniulotteisuus on itse asiassa ollut jatkuvasti totta. Kansallisvaltioiden oikeudesta ei koskaan tullut täysin yksinomaista, vaan ei-valtiollisen oikeuden ilmiöt ovat koko ajan vaikuttaneet rinnakkain valtion oikeuden

12. Tuori 2021, s. 231: "The normativity of modern state law is textual, positive, coercive, and ordered."

13. Vrt. Hannu Tolosen oikeuslähdeoppiin (Tolonen, Oikeuslähdeoppi. WSLT 2003), jossa tehdystä oikeuslähteiden perusluokittelusta muodollisten oikeuslähteiden voi nähdä liittyvän erityisesti valtion oikeuteen, sisällöllisten (osaltaan) markkinoiden oikeuteen ja reaalisten oikeuslähteiden yhteiskunnan oikeuteen.

14. Interlegality -ilmiöön viitataan tässä Boaventura de Sousa Santosin tarkoittamassa mielessä. Tuorin (2021, s. 242) mukaan Sousa Santosin tarkastelussa elämme "– – in a time of porous legality or of legal porosity, multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings – –" jossa "– – our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by interlegality".

kanssa.¹⁵¹⁶ Haettaessa oikeuden moniulotteisuudesta pohjaa ja virikkeitä uusille doktriineille kysymys ei olekaan jonkin täysin uuden löytämisestä vaan siitä, että modernin oikeuden kaikki ulottuvuudet ja elementit tunnustetaan, tunnustetaan ja järjestetään uudella tavalla.¹⁷

Kun moderni oikeutemme ymmärretään tällä tavoin sisäisesti moniulotteiseksi, voidaan antaa alustava vastaus Viljasen kritiikkiin. Olennaista muutokselle kohti vastuullisempaa varallisuus oikeutta on se, että vastuu pystytään asettamaan myös ja ennen kaikkea sisäisillä keinoilla, ei vain ulkoisilla.¹⁸ Velvollisuudet on alettava nähdä oikeuksien kestävien käyttötapojen asettamiksi sisäisiksi rajoiksi eikä ulkoisiksi rajoituksiksi.¹⁹ Näin ajatellen oikeuksia voi käyttää oikeuksina vain ottamalla samalla kantaakseen velvollisuudet. Oikeusjärjestelmän deonttisena (eli pitämismominaisuuden sisältävänä) peruselementtinä on siten *oikeusvelvollisuus*, ei puhdas oikeus tai pelkkä velvollisuus. Oikeusvelvollisuuden ”sanoittaminen” on tärkeää, jotta ainoana muutoksena ei pidettäisi täydellistä siirtymää pelkistä oikeuksista pelkkiin velvollisuuksiin. Jyrkkyydessään näin kärjistetty ajatus johtaa helposti pessimistisiin ja muutoksen mahdollisuutta vieroksuviin johtopäätöksiin.²⁰

Paradigmaattisena esimerkkinä ”oikeusvelvollisuudesta” ovat jokamiehen oikeudet.²¹ Ne ovat siirtyneet nykyisiin pohjoismaisiin oikeuskulttuureihin

15. Myös Tuori tekee saman havainnon tarkastellessaan valtion oikeuden auktoriteettihaasteetta alkuperäiskansaoikeuden ja uskonnollisen oikeuden suunnasta (Tuori 2021, s. 245).
16. Siksi 2000-luvun oikeuslähteopin haasteita on rakentaa valtion oikeuden ohella tilaa markkinoiden oikeudelle (esimerkiksi tunnistamalla sopimukset oikeuslähteiksi) ja yhteiskunnan oikeudelle (esimerkiksi tunnustamalla kokemus oikeuslähteeksi). Ks. Juha Karhu, Kohti 2000-luvun oikeuslähteoppia. Lakimies 2020, s. 1017–1034.
17. Päivi Paaston mukaan hänen harjoittamassaan oikeushistoriallisessa tutkimuksessa ei ole kysymys löydöksistä vaan sen tulkinnasta, joka on kaikkien näkyvillä. Paasto, Esitelmä 7.12.1994.
18. Myös Viljanen (2021, s. 522) korostaa, että uudet velvollisuudet ovat jotakin muuta kuin moderneja velvollisuuksia.
19. Oikeuksien raja / rajoitus -keskustelusta ks. Tapio Määttä, Maanomistusoikeus. Tutkimus omistusoikeusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1999.
20. Ks. Mika Viljasen (Viljanen 2021 s. 517) esiin nostamaa ”inhorealista” kantaa siitä, että ”yritysvastuulinstrumenteilla ei olisi vaikutusta yritysten kansainväliseen kilpailuasemaan.” Toisaalta myöskään perusteeton optimismi ei ole kestäväällä pohjalla. Teostani Uusi varallisuus oikeus sävytti pyrkimys rakentaa oikeudellisia tiloja liikeyritysten omalle proaktiiviselle vastuunotolle muun muassa niiden jo teoksen ilmestymisaikaan käyttämiin vastuullisuusohjelmiin vahvasti sitoutumalla. Ks. Juha Pöyhönen, Uusi varallisuus oikeus. Lakimiesliiton Kustannus 2000.
21. Ks. Karhu 1994 jokamiehen oikeuksista yhteiskunnan oikeuden näkökulmasta. Samankaltainen esimerkki oikeusvelvollisuudesta on myös lapsen huolto ja hoiva. Huoltajalle se on samanaikaisesti sekä oikeus että velvollisuus. Omaishoito puolestaan on esimerkki siitä, miten yhteiskunnan oikeuden piiriin kuuluva arvoperustainen valinta on valtion (ja tarkemmin tässä: kuntien) oikeuden puolelta helppo hyväksyä velvollisuutena mutta hankala oikeutena. Ks. omaishoidosta Laura Kalliomaa-Puha, Vanhoille ja sairaille sopivaa? Omaishoitosopimus

modernia oikeutta edeltävästä yksinvaltiuden ja talonpoikaisyhteiskunnan maailmasta, mutta sielläkin ne olivat vierasta ainesta, elävä jäänne aiemmista nomadisista kulttuureista. Jokamiehen oikeuksille on yhteiskunnan oikeuden tapaan tyypillistä inklusiivisuus: jokaisella on oikeus liikkua luonnossa. Tällainen oikeus muodostuu kestäväksi siksi, että siihen sisältyy velvollisuus ja sisäinen normi huolehtia siitä, ettei liikkumisesta aiheudu haittaa luonnolle tai muille liikkujille.²² Suomen perusoikeusuudistuksessa jokamiehen oikeus jätettiin pois perusoikeusluettelosta juuri siitä syystä, että siihen sisältyi niin vahvasti velvollisuuksia.²³

4. Kohti uusia policy-doktriineja

Interlegaalisuuden aikakaudella on korostunut tarve löytää ristiriitaisista jännitteistä huolimatta toiminnallisesti siedettäviä johdonmukaisia kompromisseja.²⁴ *Kaarlo Tuori* esittää dialogiselle oikeuspluralismille – joka pitkälle vastaa tässä tarkoitettua interlegaalisuutta – kolme keinoa: doktrinaaliset (eli yleisiin oppeihin liittyvät), menettelylliset ja institutionaaliset keinot.²⁵ Kompromissien haussa doktriinien sisältämät käsitteelliset rajanvedot tai institutionaaliset rakenteet eivät näyttäisi tarjoavan uuden kehittelylle kestäväää pohjaa. Käsitteillä ja instituutioilla on taipumus vain kerrata ja muuntaa oikeuden sisäisten ulottuvuuksien väliset jännitteet ja ristiriidat uuteen oikeudellis-juridiseen muotoon. Käsitteet ja teoriat tarvitsevat tuekseen vakiintuneesti omaksuttuja normatiivisia järjestyjiä, muun muassa juuri noita kompromisseja, nostaakseen esiin aikaisemmin varjoon jääneitä asioita. Uusien juridisten käsitteiden ja teorioiden rakentamisen aika ei ole vielä.

Menettelyllisissä keinoissa taas on ongelmana se, että ne helposti kertaavat ja uusintavat niihin osallistuvien lähtökohtaista epäyhdenvertaisuutta. Esimerkiksi saamelaiskäräjille annettu mahdollisuus vaikuttaa saamelaiskulttuurille

hoivan instrumenttina. Kelan tutkimusosasto 2007. Julkisoikeudessa oikeusvelvollisuudet ovat varsin tyypillisiä. Oikeusvaltiossa lainmukaisiin toimiin ryhtyminen on toimivaltaisen virkamiehen oikeusvelvollisuus.

22. Ks. ympäristöministeriön selvitys jokamiehen oikeuksista (www.ymparisto.fi/fi-FI/Luonto/jokamiehenoikeudet), vierailtu 22.9.2022).

23. Lisäperusteena jokamiehen oikeuksien jättämiselle perusoikeuksien ulkopuolelle voi nähdä sen, että perusoikeudet nähtiin tyypillisesti valtion ja kansalaisten välisen hierarkkisen suhteen sääntelynä eikä perusoikeuksien katsottu lähtökohtaisesti sääntelevän yksityisten välisiä horisontaalisia suhteita.

24. Tuorin (2021, s. 242) mukaan Sousa Santosin ajatus on “ – – conciliation between normative orders is also an alternative” eikä vain se, että valitaan yksi muiden ylitse.

25. Tuori 2021, s. 255.

merkityksellisten lakien säätämiseen – kompromissina valtion oikeuden ja yhteiskunnan oikeuden välillä – on käytännössä osoittautunut toimimattomaksi.²⁶

Uusien doktriinien kehittyjen lupaavimmaksi muodoksi näyttäisivät jäävän oikeusperiaatteet. Muutoksen alkuvaiheessa uusia periaatteita on helpompi kehittää kuin uusia käsitteitä.²⁷ Muutoksen alkuvaiheessa oikeusperiaatteita alkaa muodostua sitkeistä policy-linjauksista. Juuri policy’t alun perin syöttävät oikeusperiaatteen sisään arvo- ja tavoiteulottuvuuden ja ylläpitävät sitä,²⁸ kuten esimerkiksi ympäristöoikeuden ”saastuttaja maksaa” havainnollisesti todistaa. Ympäristövastuun perusteisiin nykyään sisältyvä ”*polluter pays principle*” oli aluksi vain policy, mutta kun tuon policy’n käyttöala kasvoi ja sen asema vahvistui, se muuntui oikeusperiaatteeksi. – Policy’jen eli oikeuspoliittisten tavoitteiden kautta voidaan siten hahmotella ja alkaa muodostaa uusien oikeusperiaatteiden aiheita.²⁹ Kutsun tällaisia politiikkataustaisia juridisia aiheita *policy-doktriineiksi*.

Policy-doktriinien kehittämisessä voidaan tukeutua muutamaan juridiikan metodologian ideaan. Tässä kirjoituksessa kehittelyn menetelmänä käytetään varallisuus oikeudellisen jäsenyyksen apukäsitteitä: toimintaympäristö, kokonaisjärjestely, intressitaho, riskipositio.³⁰ Niiden avulla tunnistetaan ja määritetään tilannekohtainen ”pelikenttä”, sen toimijat, toimijoiden asemat ja toimijakohtaisten intressien mukaiset tavoitteet. Näin saadaan hahmotettua sellainen tyyppillisen tilanteen kuva, joka toimii edistettävän policy’n testi- ja kehittelyrefe-

26. Juha Guttorm, *Saamelaisten itsehallinto Suomessa – dynaaminen vai staattinen?* Lapland University Press 2018.

27. Jenna Päläs on vakuuttavasti osoittanut, että tulee kuitenkin välttää ruokkimasta Ulrich Beckin tarkoitettamia zombikategorioita eli ajastaan jälkeen jääneitä juridisia doktriineja. Päläs, *Oikeusasema jakamistalouden hyödykesopimussuhteissa – Tutkimus vallasta, subjektiuksista sekä oikeuden ja sosiaalisen etäännyttämisestä*. Lapin yliopisto 2022 s. 50.

28. Myös Tuori (2021, s. 218) viittaa siihen, että substantiivisen koherenssin kannalta non-state law’ssa usein policy’t ovat periaatteita tärkeämpiä, valtion oikeudessa taas päinvastoin. Ks. myös väitöskirjani Juha Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988 s. 54–57 keskustelua arvoperiaatteista ja tavoiteperiaatteista.

29. Ks. samansuuntaisesti myös Tiina Paloniitty, *Taking Aims Seriously*. *Journal of Human Rights and Environment* 6 (2015), s. 55–74, jossa ympäristöoikeuden kompleksisiin haasteisiin antroposeenissa vastataan periaatteiden ja niiden johdonmukaisesti tavoitetietoisien soveltamisen avulla.

30. Pöyhönen 2000. Ks. näiden käsitteiden oikeussystemaattisen aseman arvioinnista suhteessa muun tyyppiisiin käsitteisiin Kaarlo Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Sanoma Pro Oy 2000, luku *Käsitteiden sotatiedettä*. Ks. myös uuden varallisuus oikeuden käsitekehikon kehittävästä sovelluksesta julkisoikeuteen Matti Muukkonen, *Kuntalain soveltamisalasta*. Books on Demand 2022.

renssinä.³¹ Tällaisessa presumptiivista kontekstualismia toteuttavassa jäsentämistavassa on paljon yhteistä juridisen topiikan ja tooppisen näkökulman kanssa.³²

Pelkillä uusilla policy-doktriineilla ja varsinkaan sellaisilla, jotka ovat poikkeuksia nykysysteemistä, ei välttämättä synny pohjaa sisäisesti johdonmukaiselle uudelle järjestelmälle. Poikkeusten ”poikkeuksellisuutta” on jollakin tavalla kontrolloitava ja tehtävä niiden tarkoittamista muutoksista siirtymiä, ei pelkkiä satunnaisia instansseja.³³ Samalla tämän kontrollinormiston tulisi olla yhteensopiva tai yksi instanssi interlegaalisuuden mukaisen modernin oikeuden ulottuvuuksien vuorovaikutusmuotojen kanssa.

Tässä kirjoituksessa tähän kontrollitehtävään on valittu perus- ja ihmisoikeusjärjestelmä. Ihmisoikeudet ovat transnationaalisia, perusoikeudet kansallisia.³⁴ Ihmis- ja perusoikeuksien välinen vahva keskinäinen sidos perustuu yhtenäisiin normisisältöihin. Perusoikeuksia on tulkittava ja sovellettava ihmisoikeusmyönteisesti. Kansallisten perusoikeuksien soveltamiskäytännöllä on vaikutus ihmisoikeuksien tulkintoihin. Kun seuraavassa kirjoitetaan perusoikeuksista, tarkoitetaan tällä tavoin ihmisoikeusregiimiin sidotuista ja niveltuvista normeista.

Ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien nivelkohta on samalla myös yksi modernin oikeuden sisäisten jännitteiden lähteistä. Juuri sen vuoksi, että ihmisoikeudet eivät ole tyypillistä kansallisvaltion oikeutta vaan transnationaalisia, ne ovat luonteva sidoslanka policy-doktriinien kehittämisessä. Ihmisoikeudet ovat yhteinen kiinnekohta, mutta ne eivät näissä kehittämissä kaikin osin aseta samanlaisia rajoja kuin valtion oikeudessa perusoikeudet. Ihmisoikeudet tulee siten työstää samantapaisiksi mutta ei välttämättä samanlaisiksi kiinnekohdiksi

31. Tässä on yhteys Per-Olof Ekelöfin teleologiseen laintulkintaoppiin. Siinä tunnustetaan lain säännöksen tarkoittama tyypillinen tilanne ja soveltamisen tapa siinä tilanteessa. Näin syventynyttä ymmärrystä lain tavoitteista käytetään sitten myös muiden kuin tyypillisen soveltamistilanteen mallina. Tässä kirjoituksessa tämän tyyppistä lähestymistapaa laajennetaan siinä mielessä, ettei teleologian mukaisia tavoitteita ole rajattu vain valtion oikeuden lakeihin vaan myös markkinoiden ja yhteiskunnan oikeuksiin sisältyviin päämääriin. Ekelöfin teleologisesta laintulkintaopista ks. Timo Saranpää, Näyttöenemmysperiaate riita-asiassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010.

32. Ks. topiikasta ja tooppisesta ajattelusta esimerkiksi rikosoikeudessa ks. Ari-Matti Nuutila, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton Kustannus 1996. Ks. myös Oskar Mossberg, Avtalets räckvidd I. Iustus 2020 s. 177–190, jossa lainoppi nähdään retorisenä hermeneutiikkana yhdistämällä topiikkaan retoriikka.

33. Ks. keskustelua 2000-luvun alussa Thomas Wilhelmssonin käyttämien pienten hyvien vastuukertomusten ja oikeuden systemaattisuuden suhteista Wilhelmssonin ja Kaarlo Tuorin välillä. Tuori, Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen. Lakimies 2002, s. 902–913 ja Wilhelmsson, Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta. Lakimies 2004, s. 199–227.

34. Ks. Tuori 2021, s. 234–238.

markkinoiden ja yhteiskuntien oikeuksiin kuin mitä samat normatiiviset sisällöt ovat perusoikeuksina valtion oikeudessa.³⁵

Kansallisilla perusoikeuksilla on lainsäätäjää sitova vaikutuksensa. Suomessa perustuslakivaliokunta on omaksunut perusoikeuksien rajoitusedellytysopin³⁶ kontrolloimaan sitä, onko perusoikeuksia rajoittavalla lainsäädäntöhankkeella riittävät perusteet ennen muuta tarkkarajaisuuden, tärkeän yhteiskunnallisen syyn, valitun keinon välttämättömyyden ja puuttumisen suhteellisuuden kannalta. Perustuslaki edellyttää näin valtion oikeuden yhteensopivuutta perusoikeuksien kanssa. Perustuslain 106 § täydentää perusoikeuksien vaikuttavuutta. Perustuslain 106 § edellyttää perustuslain etusijaa parlamenttilakeja ja niihin perustuvia muita normeja sovellettaessa.

Kun perus- ja ihmisoikeuksia käytetään uusien policy-doktriinien kehitysalustana, niin olennaista ei ole vain niiden oikeusulottuvuus vaan ennen kaikkea niihin kytkeytyvä velvollisuusulottuvuus. Valtion oikeudessa valtion tulee kunnioittaa, suojata ja edistää ihmisoikeuksia suoraan ja myös perusoikeuksien kautta, ja nämä vaatimukset asettavat valtiolle velvollisuuksia sekä suuntaavat valtion yleistä policy-toimintaa. Usein nimittäin perusoikeuden rajoituksen yhtenä edellytyksenä oleva tärkeä yhteiskunnallinen syy liittyy toisen perusoikeuden toteutumiseen. Vastaavasti myös autonomisten ihmisyyhteisöjen tulee kunnioittaa ainakin perustavia ihmisoikeuksia kuten yhdenvertaisuutta. Toisaalta ihmisoikeudet ovat kehittyneet alkuperäisistä länsimaisista yksilökeskeisistä muotoiluistaan vahvemmin globaaleiksi ja tätä kautta pluralistisiksi.³⁷ On esimerkiksi alettu antaa perusoikeussuojaa luonnon osille kuten joille. Myös ihmisoikeuksia luonnehtii lisäksi vahva tilannekohtaisuus.

35. Konkreettisesti tämä tarkoittaa sitä, että perusoikeuksien rajoitusedellytykset ovat erilaisia kaikissa kolmessa ulottuvuudessa. Esimerkiksi vihreä kolonialismi on alkuperäiskansaoikeuden (yhteiskunnan oikeuden) näkökulmasta muotoiltu raja ympäristöperusoikeuden valtiollisille (pakottaville) toteuttamiskeinoille.

36. Ks. Veli-Pekka Viljanen, *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*. Talentum 2001.

37. Tuori 2021, s. 260: "They (ihmisoikeudet, lisäys JK) are no longer tied to the point of view of the state legislator but take note of post-national legal plurality, also muddling the boundary between law and non-law, as well as hard and soft law."

4.1. ”Hyödyn saaja kärsiköön vaaran”38 – Yritysten yhteiskuntavastuun policy-doktriineja

4.1.1. Global Value Chain -vastuu eli GVC-vastuu

Jaakko Salminen on väitöskirjassaan ”Tuotevastuusta tuotantovastuuseen” kehittänyt oppia globaaleihin arvoketjuihin liittyvistä vastuusuhteista.³⁹ Käyttämällä tässä kirjoituksessa omaksuttua apukäsitteistöä GVC-vastuuta voi kuvata seuraavalla tavalla.

Toimintaympäristönä on kansainvälinen tuotannollinen toiminta.

Kokonaisjärjestelyinä ovat globaalit tuotantoketjut tyypillisesti länsimaisine johtoyrityksineen ja kehittyvien maiden alihankkijoineen.

Intressitahoina ovat tuo johtoyritys, sen alihankkijat ja tyypillisesti myös alihankkijoiden käyttämät ”nyrkkipajaryitykset” sekä niiden työntekijät.

Vapaan sopimisen pohjalta muodostuvat *riskipositiot* ovat tyypillisesti epäsymmetrisiä siten, että johtoyritys saa valtaosan ketjun tuottamasta hyödyistä, mutta on sopimus- ja yhtiöjärjestelyjen avulla ja tukeutumalla usein alihankkijamaan väljiin lakeihin vapauttanut itsensä kaikesta (yhteiskunta)vastuusta.

GVC-vastuu tukeutuu samaan yleiseen vastuuoikeudelliseen perusajatukseen kuin tuotevastuu: vastuu tulee asettaa sille toimijalle, joka helpoimmin ja kustannustehokkaimmin pystyy vähentämään vahinkoriskiä ja näin välttämään ”vaaran lähteen avaamisen”. Policy-doktriinina GVC-vastuun vahvana tavoitetaustana ovat johtoyritysvaltioiden omassa maassaan tapahtuvalle tuotantotoiminnalle asettamat säännöt (valtion oikeus), eri alojen erityiset ja nyttemmin myös yleiset yritysvastuustandardit (markkinoiden oikeus) sekä lopputuotteen asiakkaiden perustellut odotukset tuotannon reilueudesta ja muusta asianmukaisuudesta (yhteiskunnan oikeus).

GVC-vastuu antaa suoraan suojaa alihankintayritysten työntekijöille.⁴⁰ GVC-vastuu on siksi radikaalimpi ja vahvempi muutoksen virike kuin *due di-*

38. 40. tuomarinohje.

39. Jaakko Salminen, *From national product liability to transnational production liability: conceptualizing the relationship of law and global supply chains*. Turun yliopisto 2017. Ks. myös *The IGLP Law and Global Production Working Group: The role of law in global value chains: a research manifesto*. London Review of International Law 4 2016, s. 57–79.

40. Vaatimusten tehokas toteuttaminen käytännössä riippuu kansainvälisen yksityisoikeuden ja eri valtioiden prosessioikeuden normeista.

ligence -tyyppiseen vaatimukseen pohjautuvat yritysvastuunormistot.⁴¹ Kuten Viljanen perustellun kriittisesti huomauttaa, ei ole kovin realistista olettaa pelkän paremman tiedon sinänsä johtavan yritysten voitollisten toimintatapojen muuttamiseen oloissa, jossa kansallisvaltiot ovat huolissaan omasta kansainvälisestä kilpailukyvyystään.⁴²

4.1.2. Alustavastuu

Jenna Päläs on väitöskirjassaan ”Oikeusasema jakamistalouden hyödykesopimussuhteissa”⁴³ kehitellyt alustavastuun ideaa jakamistaloudessa.

Toimintaympäristönä ovat jakamistalouden digitaaliset palvelut.

Kokonaisjärjestelyinä on alusta, joka saattaa yhteen tyypillisesti yksityiset resurssintarjoajat ja resurssinkäyttäjät.

Intressitahoina ovat alustayritys, resurssintarjoajat ja resurssinkäyttäjät sekä jakamistaloudelle tyypillisesti myös valtio ja yhteiskunta.

Vapaan sopimisen pohjalta muodostuneissa *riskipositioissa* Päläs on tunnistanut epäsymmetrian siinä mielessä, että alustayritykset tyypillisesti koettavat asemoida itsensä vain ulkopuolisiksi välittäjiksi mutta ottavat silti sekä olennaisen osan toiminnan taloudellisesta hyödystä että omaksuvat valta-aseman toimintasääntöjen asettamisessa ja valvonnassa.

Alustavastuu seuraa Päläksen mukaan nimenomaan siitä valta-asemasta, jonka alustaa ylläpitävä yritys ottaa sekä resurssintarjoajan että resurssinkäyttäjän suhteen ja kustannuksella. Policy-doktriinina alustavastuu tukeutuu vahvasti erityisesti Euroopan Unionin pyrkimykseen vaikuttaa sääntelyllä tasapainottavasti digitaalitekнологiaan perustuvien palveluyritysten toimintaan suhteessa asiakkaisiinsa.⁴⁴

41. Ks. esim. Komission ehdotus direktiiviksi yritysten kestävästä toiminnasta koskevasta huolellisuusvelvoitteesta COM(2022) 71 final 2022/0051 (COD).

42. Viljanen 2021, s. 517.

43. Päläs 2022.

44. Ks. tarkemmin Päläs 2022, s. 76–81.

4.1.3. Robottivastuu

Erityisesti itseajavien autojen kehittelyyn liittyen on alettu keskustella yleisemminkin itsenäisten robottien toimintaan liittyvistä vastuukysymyksistä.⁴⁵ Robottivastuun idea on kohdistaa vastuu toiminnan ”inhimillisten” osallisten kuten robottien valmistajien tai ohjelmistokehittäjien sijaan suoraan itse robottiin.

Toimintaympäristönä on automatisoitu tuotantotoiminta mutta laajentuen myös yhteiskunnan liikkumis- ja hoivatoimintoihin.

Kokonaisjärjestelynä on itsenäiseen apuvälineeseen perustuva hyödyllinen toiminta.

Intressitahoina ovat robotin suunnittelijat, valmistajat ja tarvittavan ohjausjärjestelmän kehittäjät sekä toiminnan osalliset mutta myös robotti itse.

Riskipositiot ovat tällä hetkellä hyvin avoimina ja vastuuasemat ovat niin harvalukuisien säännösten kuin sopimusten pohjalta vaihtelevia ilman tyypillisiä tai vakiintuneita toimintalinjoja.

Policy-doktriinina robottivastuulla on erityinen kynnys siinä, että perinteinen vastuuoikeus edellyttää oikeudellista persoonallisuutta, ja monet pitävät robottia vain koneena ja siksi juridisesti mahdottomana vastuun kohdentamista sille. *Visa Kurki* on analyttisellä tarkastelullaan kuitenkin osoittanut, ettei ole pakottavia käsitteellisiä vastasyitä sille, että robottia tai tekoälyä pidetään oikeudellisessa mielessä vastuuhenkilönä. Kurki perustaa tämän johtopäätöksensä erotteluunsa aktiiviseen ja passiiviseen henkilöllisyyteen, jossa tekoäly voidaan asettaa vastuuseen, vaikka sen ei oletettaisi esimerkiksi kykenevän tekemään sopimuksia omiin nimiinsä.⁴⁶ Kun tämä käsitteellinen kynnys on ylitetty, robottivastuu voidaan helposti asettaa osaksi sellaista toiminnallista kokonaisuutta, jossa robotin käyttöönotto edellyttää vastuuvakuutusta.⁴⁷

4.2. Commons policy -doktriineja

Perinteisen varallisuus oikeuden kivijaloista markkinatalousjärjestelmässä vahvin on yksityinen omistus eli omistusoikeuden paradigma, joka muodostui ai-

45. Ks. esim. Lauri Luoto, Itsestään ajavat autot ja rikosoikeudellinen vastuu. *Lakimies* 6/2022, s. 927–948.

46. Visa Kurki, *A Theory of Legal Personhood*. Oxford University Press 2019 s. 175–190.

47. Vrt. toisin Mika Viljanen, Robotteja vakuuttamassa: autonomiset alukset esimerkkinä. *Lakimies* 2018, s. 954–974, joka näkee suuria ongelmia tarvittavan vakuutusohjelman kehittämisessä.

kanaan muut poissulkevaksi ja ehdottomaksi eli rajoiltaan ja toimenpiteiltään rajoittamattomaksi.⁴⁸ Taloushistoriallisesti yksityinen omistusoikeus sai tämän ehdottoman asemansa siten, että laajalle levinneet ja vahvasti yhteiskuntiin ankkuroituneet yhteisen omaisuuden lajit siirrettiin oikeudellisin keinoin yksityisomistuksen piiriin.⁴⁹ Sen vuoksi yhteisomistukseen perustuvissa järjestelyissä on enemmän kysymys jonkin aikanaan toimineen järjestelyn palauttamisesta kuin jostain täysin uudesta.

4.2.1. *Community Land Trust Model (CLT)*

Saki Baileyn toimintamallin policy'na on avata kaikille mahdollisuus valita asumismuodokseen yhteisomistukseen perustuva järjestely. Tausta-ajatuksena on samalla osoittaa, että omistusta yhteiskunnan varallisuuden jaon instituutiona voidaan muokata ja palauttaa tukemaan yhteisomistuksellisia järjestelyjä. Palauttamista varten *Saki Bailey* on kehittänyt yhteisen omistuksen idean sovelluksia asumisjärjestelyissä. Hänen tutkimuksensa on oikeusvertaileva, mutta tässä otan esille erityisesti Yhdysvaltojen oikeusjärjestelmää koskevia kehittäjiä.⁵⁰ *Saki Bailey* on kuvannut niitä juridisia järjestelyjä, joilla Yhdysvalloissa voidaan toteuttaa yhteiskäyttöisyys asumisessa.

Toimintaympäristönä on yhdysvaltalaiset asuntomarkkinat.

Kokonaisjärjestelynä ovat vakiintuneille juridisille mekanismeille hyödyntävät instituutiot, joiden tarkoituksena on siirtää asuinrakennuksia yhteisomistukseen. Keskeisen roolin saa tässä *trust* -instituutti, joka omistaa rakennusten maapohjan asukkaiden hyväksi.

Intressitahoina ovat asukkaat, heidän demokraattiset yhteisönsä, julkishallinnon toimijat sekä markkinatoimijat.

48. Nyttemmin esimerkiksi eurooppalaisissa siviililakikirjoissa omistusoikeus näyttäytyy ehdottoman ja rajattoman oikeuden sijasta yleisoikeutena, joka sisältää ne oikeudet, joita sen piiristä ei ole erikseen suljettu lailla pois (Code Civil art. 544, BGB § 903, Burgerlijk Wetboek art. 5:1).

49. Tämä kuvaus kapitalististen markkinoiden synnystä ja erityisesti juridisten muutosten merkityksestä siinä on kiistanalainen. Ks. keskustelusta *Saki Bailey*, *The Common Good in Common Goods. The Decommodification of Fundamental Resources through Law*. University of Gothenburg 2020, s. 70–79. Tätä kehitystä oikeutetaan vielä nykyäänkin ns. *the tragedy of the commons* -teorialla eli väitteellä, että yhteisomistus johtaa omistetun resurssin hallitsemattomaan liikkakäyttöön. *Elinor Ostrom* on taloustieteellisillä argumenteilla vakuuttavasti kumonnut tämän teorian osoittamalla monien erityyppisten yhteisomistusjärjestelyjen taloudellisenkin kestävyuden. Ks. *Ostrom*, *The Future of the Commons*, in: *The Future of the Commons: Beyond Market Failure and Government Regulation*. The Institute of Economic Affairs 2012, s. 68–83.

50. *Bailey* itse viittaa pohjoismaiseen asumisoikeusasumiseen vastaavankaltaisena järjestelynä kuin *community land trust*.

Riskipositiot muodostuvat markkinahinnan ja asumisoikeuden pitkäaikaisuuden yhteensovittamisesta sekä eri tahojen vaikutusvallasta hallintoelimissä.⁵¹

CLT osoittaa, miten yhteiskunnan oikeus (kaikilla on tarve asuntoon ja siksi oikeus asumiseen) voidaan jo nyt lomittaa markkinoiden oikeuteen valtion oikeuden tuella tai ainakin yhdentekevyydellä. Itse asiassa CLT muistuttaa jossain määrin grynderirakentamisen alkuperäistä ideaa siitä, että asuntoja tarvitsevat perheet yhdessä rakentavat asuintalon. Nyttemmin tuo toiminta on markkinaisuutunut ja siten etääntynyt alkuperäisestä ideastaan. Pohjoismaissa tarvetta asuntoon on turvattu perusoikeutena ja sen mukaisina julkisen vallan toimenpiteinä. Toisaalta mikään ei estä sitä, että myös markkinaehtoisesti toimivat yritykset kuten osakeyhtiöt ottaisivat yhtiöjärjestysmääräyksellä vastuulleen tämän perusoikeuden toteuttamisen.⁵²

4.4.2. Repatriaatio

Toinen omistusoikeuteen kytkeytyvä esimerkkidoktriini on repatriaatio eli aikanaan erityisesti länsimaisiin museoihin kerättyjen kulttuuriesineiden palauttaminen takaisin alkuperämaihinsa ja/tai alkuperäiskansoille.

Repatriaation *toimintaympäristö* on kulttuuri, ja tyypillisesti museotoiminta mutta myös kulttuurinen sisällöntuotanto ja muistaminen.

Kokonaisjärjestely on esineiden fyysinen palauttaminen ja vastaanottaminen sekä alkuperäisen omistuksen mukaisten yhteisöjen saavutettavaksi ja yhteisöjä hyödyttäväksi asettaminen.

Intressitahoja ovat julkista tehtävää hoitavat museot, paikalliset museot sekä tutkijat (erityisesti arkeologit) ja alkuperäisen kulttuurisen omistuksen mukaiset yhteisöt.

Riskipositiot liittyvät fyysisten esineiden siirtämiseen liittyvien vahinkoriskien lisäksi erityisesti saavutettavuuteen (*access to culture*) sekä ulkopuolisten tahojen saaman hyödyn saamiseen ja jakamiseen edelleen yhteisöjen hyväksi.

Repatriaation perusteena on historian vääryyksien oikaiseminen policyna. Samaa policya kuvastaa Suomessa viimeiseksi saamelaiden totuus- ja sovintoko-

51. Bailey 2020, erityisesti Chapter 6 Toolkit for the Decommodification of Housing through Commons Property Institutions (s. 287–343).

52. Ks. Anssi Kärki, Benefit corporation – yhteiskuntavastuuseen sitoutuva osakeyhtiö. Liikejuriidikka 2017, s. 146–182.

mission asettaminen.⁵³ Kulttuuriesineiden palautus ilmentää myös omistusoikeuden kulloisenkin sisällön historiallisia rajoja. Palautus ei esty sen vuoksi, että esineet on aikanaan viety laillisesti.

Mutta repatriatiassa kysymys myös muusta kuin pelkästä omistusoikeudesta esineisiin.⁵⁴ Repatriatiolla on yhteiskunnan oikeudesta kumpuava policy’nsä. *Access to culture* on saamelaisuudessa – kuten muissakin alkuperäiskansojen kulttuureissa – ei-museaalista, elettyä ja koettua historiaa.⁵⁵ Esimerkiksi koltasaamelaisten sarvilakin palautuminen osaksi käsillä tehtävää perinnettä eli *duodjia* ilmenee olennaisesti kulttuuristen kokemusten ja käsityötaitojen palautumisena. Koltasaamelaiselle sarvilakki on sekä yksilöllisen elämäntavan osa että osallistumista yhteisön (suvun) elämään.⁵⁶ Yhteiskunnan oikeuden ilmiönä tuon ”esiäidin mahtilakin” palautuminen niin esineinä kuin perinteenä on oikeudenmukaista; niistä ei koskaan luovuttakaan pätevästi vaan fyysisen ja kulttuurisen (erityisesti uskonnollisen) pakon edessä. Repatriatio on saamelaisyhteisöjen yhteiskunnan oikeuteen perustuva oikeusvelvollisuus.

5. Yhteenvetoa ja pohdintaa

Tässä kirjoituksessa policy-doktriinit on nostettu sellaisiksi oikeudellis-juridisen ajattelun keinoiksi, joiden avulla nykyinen varallisuus oikeutemme pystyy muuttumaan paremmin yhteensopivaksi aikamme globaalin maailman haasteiden kanssa. Tällaiset juridiikkaa yhteiskuntaan sovittavat policy-doktriinit eivät kuitenkaan ole ainoastaan modernin oikeuden aikakauden ilmiö. *Päivi Paasto* käsittelee oikeushistoriallisessa väitöskirjassaan maanomistusta koskevan jaetun omistuksen muutoksia 1700-luvun lopulle tultaessa.⁵⁷ Tämän sisäisestäikin

53. Ks. valtioneuvoston päätös 28.10.2021 VN/11265/2020.

54. Ks. tältä kannalta myös Merima Bruncevic, *Fixing the Shadows – Access to Art and the Legal Concept of Cultural Commons*. University of Gothenburg 2014.

55. Oma kokemukseni Outi Pieskin näyttelystä ”Cuolmmadit” Oulussa keväällä 2019. Näyttelyn nimi tarkoittaa pohjoissaameksi ”solmia useita solmuja” ja sen lähtökohtina olivat saamenpuvun huivien solmitut hapsut.

56. Eeva-Kristiina Harlin – Outi Pieski, *Ládjogahpir – Máttaráhku gábagahpir*. The Ládjogahpir – The Foremother’s Hat of Pride. Davvi Girji 2020. Ks. myös KKO 2022:26, jossa luvaton kalastusta koskevassa jutussa yksi vastaajina olevista paikallisista saamelaisista oli nuori henkilö kuvastaen kalastuksen merkitystä kulttuurin jatkuvuudelle. Korkein oikeus sovelsi perustuslain 106 §:ää ja katsoi rangaistussäännöksen soveltamisen johtavan ilmeiseen ristiriitaan perustuslain 17 §:n 3 momentissa suojatun saamelaisten oikeuden omaan kieleensä ja kulttuurinsa kanssa.

57. Paasto, *Omistuskäsitteistön rakenteesta: tutkimus jaetun omistuksen mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistössä 1700-luvun lopulle tultaessa*. Turun yliopisto 1994.

ristiriitaisen ja moniaineksisen opin muutokset jäsenyivät ymmärrettäviksi, kun niitä luetaan pitämällä silmällä tavoitetta maatalousmaan jatkuvasta hyötykäytöstä. Jaettu omistusoppi muuttui omistuksella turvatus vallankäytön muodosta oman aikansa policy-doktriiniksi maatalousmaan tehokkaasta ylisukupolvisesta hyödyntämisestä!

2000-luvun alun oikeudellinen maailma on pluralistinen. Pluralismi ei tarkoita vain rinnakkaista erilaisuutta vaan dialogista moninaisuutta.⁵⁸ Siten virikkeitä uusiksi policy-doktriineiksi tulee oman oikeusjärjestelmän lisäksi myös muualta.

Hyvä esimerkki tällaisesta muualta tulevasta virikkeestä on *islamic banking* -toiminta. Siinä noudatetaan Koraanin korkokieltoa. Luottoja myöntävillä pankeilla on silti mahdollisuus kannattavaan liiketoimintaan. Niiden on kuitenkin esitettävä avoimesti ja läpinäkyvästi, mihin kustannuksiin niiden luoton pääoman takaisinmaksun lisäksi vaatimat korvaukset perustuvat. Suomessa on korkokiellon puuttumisesta huolimatta jouduttu pohtimaan varsin vastaavaa tilannetta koron korottamiseen oikeuttavien vakioehtojen tulkinnessa (KKO 2016:10). Ehdossa oikeus korottaa korkoa oli sidottu pankin varainhankinnan kustannusten lisääntymiseen. Käytännössä tällaiset kustannukset ovat pitkälti samoja, joita edellytetään myös *islamic banking* -toiminnassa. Tapauksessa KKO 2016:10 vaikeudet antaa vakioehtojen ilmaisulle ”pankin omat varainhankinnan kustannukset” tarkka sisältö johtuivat osaksi siitä, että sellaisia ei – korkokiellon puuttumisen vuoksi – tarvinnut yksityiskohtaisesti eritellä asiakkaille sovittaessa luoton alkuperäistä korkoa (KKO 2016:10 kohdat 34-35).

Oikeuspluralismin aikakaudella systematiikasta huolta kantavan tutkijan haaveena on ”*Unity in Plurality*”⁵⁹. Mutta miten tällainen voisi toimia käytännössä? Tässä kirjoituksessa on puollettu muutoksen kehittelyn muotoina tavoitteisiin kiinnittyneitä policy-doktriineja. Tällä painotuksella on useita oikeuspluralismin liittyviä perusteita.

Ensiksikin kompromisseja on helpompi löytää ja sietää tilanne- ja tapauskohtaisessa tarkastelussa kuin koko oikeuden lävistävissä doktriineissa. Siksi on ennakoitavissa, että *common law* -oikeusjärjestelmien ja niiden mukaisen oikeustapauksien asemaa painottavan oikeusajattelun asema tulee vahvistumaan *civil law* -maiden yhtenäisten yleisten ja abstraktien oikeussääntöjen tavoittelun kustannuksella.⁶⁰ Policyjen toteutuminen voidaan joustavammin varmistaa tapauskohtaisesti kuin yleisten sääntöjen avulla.

Toiseksi kohtaamme yhä useammin tilanteita, joissa osapuolten lähtökohdat ovat liian ristiriitaiset yhteisymmärryksen saavuttamiseksi. Kompromisseja ei voi tehdä, jos niille ei ole yhteistä pohjaa. Erilaiset oikeudelliset peruskäsitykset voivat esimerkiksi pakottaa asettamaan sopimisen lähtökohdaksi sen, että olemme

58. Tuori 2021, s. 255–256.

59. Tuori 2021, s. 264–267.

60. Ks. myös Husa 2018.

perustavista asioista eri mieltä. Havainnollinen esimerkki tällaisesta ovat ns. jaetun suvereenisuuden alkuperäiskansasopimukset. Silti sovittavaksi jää monia käytännön elämän kannalta merkityksellisiä toiminta-alueita.⁶¹

Kolmanneksi oikeudenmukaisuuden perusvaatimuksessa yhdenvertaisuudesta alkaa painottua vaatimus erilaisten erilaisesta kohtelusta. Käytännössä tämä johtaa jatkuviin rajankäynteihin sen suhteen, mitkä seikat ovat juridisesti relevantteja eroja. Erilaisuuden kunnioittaminen, suojaaminen ja edistäminen pohjautuu jonkinlaiseen käänteiseen analogiaan muistuttaen common law-prejudikaattipiirin distinktiota eli tarkasteltavan tapauksen erottamista aiemmista prejudikaateista. Yhdenvertaisuuden uudeksi muodoksi ovat nousseet pluralismin kauden moninaisuutta ilmentävät ”ei-binääriset spektrit”.⁶² Joustaavuudessaan tavoitteet tarjoavat keinon ”kääntää” tällaiset uudet moninaisuudet oikeuden ja juridiikan kielelle.

Tulevaisuutensa turvaamiseksi varallisuus oikeuden täytyy löytää omia sisäisiä tapoja asettaa velvollisuuksia.⁶³

61. Ks. esimerkiksi vielä ratifioimaton parafoitu Pohjoismainen saamelais sopimus ja sen eri lukujen sääntely. Huomattakoon kuitenkin, ettei pohjoismaiseen saamelais sopimukseen sisälly jaetun suvereniteetin mukaista ”agree to disagree” artiklaa saamelaisten itsemääräämisoikeudesta ja sen perusteesta.
62. ”Ideaalinta olisi, jos ihmiset kohdistaisivat toisiinsa vähemmän odotuksia oletetun sukupuolen perusteella. Kannustan poikkeamaan normeista, erottamaan joukosta ja uudelleen määrittelemään sukupuolta. Ei-binäärinen spektri on osa historiaamme ja tulevaisuuttamme.” Haliz, Nuori Voima 3/2022 s. 43.
63. Parafraasi lausumasta, jonka Simo Zitting esitti analyttisen siviilioikeuden edustamasta uudesta juridiikasta 1950-luvulla: ”Uuden juridiikan täytyi tulla.” Zittingin lausuman taustana oli ajatus silloisen uusia toimintamuotoja kehittäneen taloudellisen vaihdannan tarpeisiin sovitettu tarkastelutapa. Tässä kirjoituksessa samantyyppisen paineen aiheuttavat oman aikamme globaalit kriisit. Näen samankaltaisuutta lausuman eetoksessa: juridiikan tulee ja se voi sisäisesti muuttamalla paremmin vastata oman aikansa haasteisiin.

The Future of Property Law

JUHA KARHU, LL.D., professor emeritus

The possessive individualistic principles of property law (property law *sensu largo*, that is, including not only norms on ownership but also contract law and tort law) have enabled and legitimised the overuse of natural resources. Our anxiety and worries about the future of property law should be focused on the active facilitation of new policy doctrines. A policy doctrine is more than just another legal argument referring to the aims and objectives of the legal norm being applied. A policy doctrine is less than a full-scale legal principle, however. In property law the new policy doctrines embrace and cherish the ideas of sustainability and responsibility and are thus answers to the global challenges of our epoch like climate change, pandemics, or gross violations of international law.

The article gives examples of new policy doctrines in liability law: global value chain (GVC) liability, robotic liability, and platform liability. GVC liability directs the responsibilities and liabilities of global value chains to the key enterprise in charge and in control of the whole chain. Robotic liability tries to end the unending discussions on the common criteria for an individual or a firm to be held liable in cases of robots causing harm. Instead, in robotic liability the robot itself is seen as a legal person with the capacity of being liable – leading of course to subsequent questions of insurance arrangements before the robot can be put into use. Platform liability structures the legal roles of the sharing economy in a new way without being stuck in the old distinctions between contract types of B2B, B2C and C2C. In the sharing economy, the platform itself should bear inalienable liabilities towards both the individual service provider and the individual service user because of, and to the extent of, the factual power position taken by the platform owner. Relating to ownership, the article refers as examples ideas of commons in housing arrangements and the repatriation of cultural objects.