LAKIMIES 6/2018

SISÄLLYS

Artikkeleita

Koivisto, Ida: Ohjattua vapautta? Itsemääräämisoikeus hallinnan välineenä 627
Linna, Tuula: Sustainability ja prosessit – kestävää siviiliprosessioikeutta? 651
Kimpimäki, Minna: Sukupuoliyhteys lapsen kanssa – raiskaus vai ei? 677
Hyvönen, Salla: Vakuutussopimusoikeuden eurooppalaistuminen kansainvälisen yksityisoikeuden keinoin – massariskien ongelma 698

Katsauksia ja pienempiä kirjoituksia

Norros, Olli: Koskeeko vakuutuksenantajan oikeus suojeluohjevähennykseen myös pelastamiskustannusten korvausta? 720
Karjalainen, Katja – Linnanmäki, Kirsikka – Mikkilä, Tanja – Mustasaari, Sanna – Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna: Lainopillinen ja yhteiskuntatieteellisesti painottunut tutkimus – yhtä perhettä 727

Väitöksiä

Peterzens-Nysten, Tini: Oikeudellistuva kulttuuriperintö 735
Peterzens-Nysten, Anri (Tini): Kulttuuriesineen suoja. Laittoman kulttuuriesineen palauttaminen kansainvälisenä ongelmana (*Eva Tammi-Salminen*) 741
Savolainen, Hanna: Noteeraamattoman yhtiön vähemmistöosakkeen lunastushinta 754
Savolainen, Hanna: Noteeraamattoman yhtiön vähemmistöosakkeen määrittäminen osakeyhtiölain 18 luvun mukaisissa lunastuksissa (*Veikko Vahtera*) 762

Oikeuskäytäntöä

KKO 2018:19 – Suunnatun osakeannin hyväksyttävyys (*Veikko Vahtera*) 775
KKO 2018:37 – Yhteistyösopimuksen irtisanominen (*Julia Ahlfors*) 787

Kirjallisuutta

Raitio, Juha: Oikeusvaltion ääriviivat (*Raimo Siltala*) 800
Mattila, Heikki E. S.: Vertaileva oikeuslingvistiikka. Juridinen kielenkäyttö, lakimieslatina, kansainväliset oikeuskielet (*Jaakko Husa*) 803
Galdia, Marcus: Lectures on Legal Linguistics (*Heikki E. S. Mattila*) 807

Personalia
Veikko O. Hyvönen in memoriam (*Erkki J. Hollo*) 810

Tämän numeron kirjoittajat 813

Contents

Koivisto, Ida: Managed autonomy? The right of self-determination as a means of control; *Linna, Tuula*: Sustainability and procedure – sustainable civil proceedings?; *Kimpimäki, Minna*: Sexual intercourse with a child: Rape or not?; *Hyvönen, Salla*: Europeanisation of insurance contract law – The problem of mass risks; *Norros, Olli*: Does an insurer's right to deduction for safety instructions cover also its liability for rescue costs?; *Karjalainen, Katja – Linnanmäki, Kirsikka – Mikkilä, Tanja – Mustasaari, Sanna – Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna*: Legal research and social science – All in the family; *Dissertations*; *Legal Cases*; *Literature*; *Personalia*

Inhalt

Koivisto, Ida: Gesteuerte Freiheit? Selbstbestimmungsrecht als Kontrollmittel; *Linna, Tuula*: Sustainability und Prozesse – tragfähiges Zivilprozessrecht?; *Kimpimäki, Minna*: Geschlechtsverkehr mit einem Kind: Vergewaltigung oder nicht?; *Hyvönen, Salla*: Europäisierung des Versicherungsvertragsrechts – das Problem von Massenrisiken; *Norros, Olli*: Gilt das Recht des Versicherungsträgers zur Herabsetzung von Schutzanordnungen auch für die Kompensation von Rettungskosten?; *Karjalainen, Katja – Linnanmäki, Kirsikka – Mikkilä, Tanja – Mustasaari, Sanna – Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna*: Rechtsdogmatische und sozialwissenschaftlich betonte Forschung – eine Familie; *Dissertationen*; *Rechtsprechung*; *Literatur*; *Personalia*

Ida Koivisto

Ohjattua vapautta? Itsemääräämisoikeus hallinnan välineenä

Lakimies
6/2018
s. 627–650

HAKUSANAT: itsemääräämisoikeus, perusoikeudet, julkinen valta, hallinta, subjekti

1. Johdanto: kohti itsemääräämisen aikakautta?

Yksilön ja julkisen vallan välistä suhdetta koskevat kysymykset ovat yhtä vanhoja kuin koko julkisoikeus. Peruslähtökohta on epäsymmetria julkisen vallan ja yksittäisen oikeussubjektin, julkisen ja yksityisen intressin välillä. Vaikka nykyään tämä suhde on paalutettu perusoikeuksin, sen tarkempi muoto ja sisältö ovat jatkuvan rajankäynnin kohteina. Käynnissä on monia kehityskulkuja, jotka ovat tuoneet tämän oikeussuhteen ideologiset perusedellytykset uuteen koetukseen.

Esimerkkejä ei tarvitse hakea kaukaa, pelkästään vuosi 2017 tarjoaa useita. Ennen kaikkea käynnissä oleva sote-uudistus on tekemässä ihmisistä uudenlaisia valitsevia subjekteja: mistä jatkossa tietää, minne mennä hoitoon? Tarvitseeko omasta sosiaalihuollostaan sopia, ja jos kyllä, kenen kanssa? Joulukuussa eduskunnassa hyväksyttiin laki, joka ”rankaisee” työttömiä liian joutilaasta elämäntyylistä.[1] Työttömän vahingoksi katsotaan, jos töitä ei löydy. Läpi vuoden on pohdittu sitä, miksi Suomi yhä edellyttää transsukupuolisilta lisääntymiskyvyttömyyttä juridisen sukupuolen vahvistamiseksi, vaikka tämä käytäntö on kansainvälisesti tuomittu.[2] Sosiaalisten oikeuksien komitean toistuvasti esiin nostamat näkökohdat Suomen perusturvan riittämättömyydestä taas on Suo-

* *Ida Koivisto*, OTT, julkisoikeuden apulaisprofessori, Helsingin yliopisto. Kiitän anonyymejä refereitä sekä erityisesti Susanna Lindroos-Hovinheimoa ja Pauli Rautiaista arvokkaista kommenteista.

1. Työttömyysturvalakia muutettiin joulukuussa 2017 siten, että työttömyysetuus maksetaan vuoden 2018 alusta alkaen 65 työttömyysetuuden maksupäivältä eli kolmen kuukauden aikana 4,65 prosentilla alennettuna, jos henkilö ei ole edellisen 65 maksupäivän aikana osoittanut aktiivisuutta. 4,65 prosenttia vastaa yhtä omavastuu- eli karenssipäivää. Ns. aktiivimallin peruuttamisesta on käynnissä kansalaisaloite (1/2018).
2. Voimassa olevan translain (laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta 563/2002) mukaan henkilön, joka haluaa vahvistaa juridisen sukupuolensa, on todistettava olevansa lisääntymiskyvytön ja esitettävä pitkiin tutkimuksiin perustuva lääketieteellinen selvitys. Tätä vaatimusta on arvostelu erityisesti itsemääräämisoikeuden rajoittamisen ja ihmisarvon näkökulmista. Keväällä 2017 YK:ssa ihmisoikeustilanteen arvioinnissa (ns. UPR-prosessissa) Suomi sai mm. suosituksen kohentaa sukupuolivähemmistöjen asemaa. Useat maat suosittelivat Suomelle translain uudistamista. Erityisesti yllä mainittua sterilisaatio- ja lisääntymiskyvyttömyysvaatimusta esitettiin

messa järjestelmällisesti sivuutettu: onnistuuko perusturva takaamaan riittävän toimeentuloon?

Mainitut esimerkit nostavat esiin kysymyksen, millaista aktiivisuutta valtio odottaa kansalaisiltaan. Edellytetäänkö ihmisiltä aktiivista itsensä johtamista, kun he ovat mahdollisesti heikoimmillaan? Milloin taas ihmisen kykyyn käyttää itsemääräämisoikeuttaan ei luoteta? Julkisen vallan käyttöä ohjaavat niin oikeusvaltioperiaate, perusoikeusjärjestelmä kuin valtiosääntö yleisemminkin. Näiden arvolähtökohtien taustalla kuitenkin häämöttää julkisen vallan yksinoikeus määrittää yksilön toimintamahdollisuuksien viimesijainen horisontti – jopa pakolla. Tähän on perinteisesti viitattu käsitteellä valtion väkivaltamonopoli. Vaikka oikeusteoriassa on esitetty poikkeaviakin ajatuksia oikeuden tehokkuuden perustasta ja sen oikeutuksesta, valtion väkivaltamonopolin ajatus on sitkeä liberaalissa traditiossa.

Valtion väkivaltamonopoli perustuu valtiokeskeiseen ajatteluun. Valtio on se, joka toimii ja jonka toiminnalta perusoikeudet ensisijaisesti suojelevat. Viimeaikaiset yksityistämis- ja ulkoistushankkeet ovat kuitenkin tehneet valtiosta enenevästi tilaajan, joka on riippuvainen yksityisen sektorin tuottamasta sisällöstä. Toiselta puolen valtiokeskeisen ajattelutavan ongelmallisuus on huomattu myös ylikansallista ja globaalia oikeutta koskevissa keskusteluissa. Voidaan arvioida, että suvereeni valtio on menettänyt näiden kehitysten myötä osan privilegioidusta asemastaan.[3] Tästä syystä kysymys siitä, mitä tuo valtion väkivalta, pakko tai itsemääräämisoikeuden rajoittaminen nykyisin on, kuka sitä käyttää, miten ja kehen, on syvällekäyvempi kysymys kuin miltä se ehkä puhtaan käytännöllisestä näkökulmasta näyttää.

Kun kyse on vallankäytön monimuotoisuudesta, valtiokeskeisyyden selitysvoima on hauras. Julkisen hallinnon ohella voidaankin puhua *hallinnasta*, joka ei rajoitu ainoastaan oikeuden toimeenpanoulottuvuuteen vaan myös muihin vallan verkostoihin, politiikkaan, yhteiskunnallisiin käytäntöihin ja lopulta siihen, millaisena pidämme hyvää elämää. Hallinta on monimuotoisempaa ja -mutkaisempaa kuin oikeudellisesta näkökulmasta voisi ajatella. Kysymyksenasettelun kompleksisuutta kuvaavat *Peter Millerin* ja *Nikolas Rosen* sanat: ”*Poliittinen sanasto, jota rakenteistavat valtion ja kansalaisyhteiskunnan, julkisen ja yksityisen, hallinnon ja markkinoiden, pakon ja suostumuksen, suvereniteetin ja*

poistettavaksi sukupuolen juridisen vahvistamisen edellytyksenä. Tästä huolimatta Suomi aikoo hylätä suositukset perustelematta. Lisäksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on todennut, että lisääntymiskyvyttömyyden vaatimus sukupuolen korjauksen ehtona rikkoo EIS:n 8 artiklaa (ks. A.P., Garçon ja Nicot vs Ranska 6.4.2017).

3. Tätä kysymystä tutkitaan mm. Helsingin yliopistossa Panu Minkkisen johtamassa tutkimusprojektissa Political Constitutional Theory (PolCon). Yleisesti oikeuden ylikansallistumisesta, ks. esim. Neil Walker, Intimations of Global Law. Cambridge University Press 2015.

autonomian yms. vastakkaisuus, ei kuvaa asianmukaisesti niitä erilaisia tapoja, joilla edistyneissä liberaaleissa demokratioissa hallitaan."[4]

Havaintoa ei ole kiistäminen. Oikeusjärjestyksemme käsitteistö kuitenkin perustuu paljolti juuri tällaisiin Millerin ja Rosen kuvaamiin dikotomioihin. Nopeasti muuttuvassa maailmassa nämä dikotomiat aiheuttavat kitkaa oikeusjärjestyksemme systematiikassa. Lainsäädännön pyrkimys selkeyteen ja yksiselitteisyyteen on omiaan peittämään sitä seikkaa, että käytännössä julkinen ja yksityinen, pakko ja suostumus jne. ovat oikeudenkin piirissä monimuotoisissa vuorovaikutussuhteissa toistensa kanssa, kuten jäljempänä esitän. Jostakin kuitenkin kertoo se, että dikotomiseen selkeyteen pyritään.

Tässä artikkelissa tarkastelen tilannetta, jossa yhtäältä yksilön vapautta ja itsemääräämisoikeutta korostetaan yhä näkyvämmin, mutta toisaalta ollaan kiinnostuneita siitä, miten tuota itsemääräämisoikeutta tulisi käyttää. Lähtökohtana on, että itsemääräämisoikeutta ja sen käytön vaivihkaista ohjailua voidaan pitää modernin hallinnan keinona. Ajatus on keskeinen etenkin *Michel Foucault*'n ajattelussa[5] ja siitä versoneessa *governmentality*- eli hallinnallisuustutkimuksessa.[6]

Samaan henkeen *Barbara Cruikshank* puhuu kansalaisuuden teknologioista. Hänen mukaansa tällaiset teknologiat toimivat sellaisen poliittisen rationalitetin mukaan, joka "auttaa ihmisiä auttamaan itseään". Siispä ne korostavat itsenäisyyttä ja itsemääräämistä, itseriittoisuutta ja poliittista osallistumista: "*This is a manner of governing that relies not on institutions, organized violence or state power but on securing the voluntary compliance of citizens*."[7] Näin julkinen valta luo myös epäsuorasti erilaisia toimijoita, subjekteja, jotka auttavat valtiota sen itsesäilytysfunktion ylläpidossa noudattamalla lakia omasta tahdostaan. [8]

Vaikka tämä näkemys – itsemääräämisoikeuden korostuminen ja monifunktioisuus – ei täten ole sinänsä uusi, se on kuitenkin yhä hämmästyttävän ajankohtainen ja auttaa muotoilemaan tärkeitä tutkimuskysymyksiä. Miksi tämä trendi on voimistumassa juuri nyt? Millaista institutionaalista tukea se nauttii Suomen

4. Peter Miller – Nikolas Rose, Miten meitä hallitaan. Vastapaino 2010, s. 81. Ks. myös Jani Kaisto – Miikka Pyykkönen (toim.), Hallintavalta. Sosiaalisen, politiikan ja talouden kysymyksiä. Gaudeamus 2010.
5. Michel Foucault, Security, Territory, Population. Lectures at the Collège de France 1977–1978. NY 2007.
6. William Walters, Governmentality: Critical Encounters. Routledge 2012, Mitchell Dean, Governmentality. Power and Rule in Modern Society. 2nd Edition. Sage 2010, Nikolas Rose, Powers of Freedom. Reframing Political Thought. Cambridge University Press 1999.
7. Barbara Cruikshank, The Will to Empower. Democratic Citizens and Other Subjects. Cornell University Press 1999, s. 4.
8. Ks. esim. Kati Nieminen, The Law, the Subject and Disobedience. Inquiries into Legal Meaning Making. Helsingin yliopisto 2017 ja Samuli Hurri, Birth of the European Individual: Law, Security, Economy. Routledge 2014.

oikeusjärjestyksessä? Millaiset valtiosääntöiset mekanismit tätä valtuuttavat? Miten ne konkretisoituvat oikeusjärjestyksessämme?

Itsemääräämisoikeutta voidaan pitää perusoikeusjärjestelmässämme ns. implisiittisenä perusoikeutena. Analysoin artikkelissa itsemääräämisoikeutta jakamalla sen *liberalistiseen ja sosiaaliseen* varianttiin. Esitän, että itsemääräämisoikeutta voidaan säännellä julkisen vallan optimaalisen puuttumisen kannalta juuri oikeuden implisiittisyyden ja näiden kahden variantin avulla. Yleisemmin hypoteesini on, että tätä hallinnallista strategiaa mahdollistaa osittain ilmiö, jota *Juha Lavapuro* on kutsunut valtiosääntöiseksi managerialismiksi. Sen mukaan suomalaista valtiosääntöajattelua leimaa julkilausumaton oletus, jonka mukaan perusoikeudet ovat loppujen lopuksi alisteisia niille päämäärille, joita lainsäätäjä katsoo valitsemillaan keinoilla kulloinkin tarpeelliseksi edistää tai joiden toteutumista poliittisen todellisuuden katsotaan muutoin vaativan.[9]

Artikkeli rakentuu seuraavasti. Ensin käsittelen yksilön itsemääräämisoikeuden merkitystä valtiosäännössämme: tarkastelen sen ymmärtämistä liberalistisena ja sosiaalisena varianttina sekä implisiittisenä perusoikeutena. Toiseksi tarkastelen itsemääräämisoikeuden vahvistumistrendiä kolmen ajankohtaisen lainsäädäntöesimerkin avulla: miksi ja miten itsemääräämisoikeutta vahvistetaan? Kolmanneksi tarkastelen sitä, millaisia subjekteja julkinen valta luo itsemääräämisoikeuden avulla ja mihin tämä viittaa. Lopuksi esitän joitakin päätelmiä. Lähestymistavaltaan artikkeli toimii kahdessa rekisterissä. Siinä käsitellään sekä teoreettisia, hallintaan ja vallankäyttöön liittyviä kysymyksiä että niiden ilmenemiä ja merkitystä Suomen oikeusjärjestyksessä. Aihe on laaja ja sangen moniulotteinen; kaikkia aihepiirin ulottuvuuksia ei ole mahdollista käsitellä yhdessä artikkelissa. Tästä syystä rajaan muun muassa sinänsä kiinnostavan ja relevantin keskustelun ihmisarvosta artikkelin ulkopuolelle.

2. Itsemääräämisoikeus perusoikeutena

2.1. Liberalistinen ja sosiaalinen variantti

Itsemääräämisoikeutta voidaan pitää valtion väkivaltamonopolin oikeudellisena korollaarina; ilman pakkovallan uhkaa (vapaus)oikeuksissa ei ole mieltä.[10] Valtion väkivaltamonopolin toiminta on määritelty hienostuneesti oikeusjärjestyk-

9. Juha Lavapuro, Valtiosääntöinen managerialismi ja perusoikeudet. Oikeus 1/2010, s. 6–27.
10. Ida Koivisto, Julkisen vallan rajoilla. Lakimies 5/2014, s. 675–694, 679–681. Ks. myös Ida Koivisto, Oikeus on, niin kuin se systematisoidaan? Kysymys oikeudenalajaotuksesta ja hallinto-oikeudesta. Lakimies 7–8/2015, s. 954–972.

sessämme. Suomen perustuslain (731/1999, PL) 2.3 §:n mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Ilman lailla säädettyä perustetta ei väkivaltamonopolillakaan ole legitimiteettiä.

Tästä huolimatta valtion väkivaltamonopoli tuskin nauttii suurta symbolista arvostusta.[11] Tätä funktiota palvelee ennemminkin perusoikeusjärjestelmä, jonka aatteellinen lähtökohta on jokaisen vapaus ja koskemattomuus. Koko perusoikeussysteemin peruslähtökohta on suojata yksilöä julkisen vallan väärinkäytöltä, vaikka perusoikeuksien mielletäänkin nykyisin kattavan myös horisontaalisen – ihmisten välisisiin suhteisiin liittyvän – ulottuvuuden. Niinpä pakko ja rajoittaminen on pääsääntöisesti käsitteellistetty poikkeuksellisiksi järjestelyiksi.

Itsemääräämisoikeus ei ilmene suoraan minkään perusoikeussäännöksen sanamuodosta. Tästä huolimatta sen on katsottu kuuluvan perusoikeusjärjestelmäämme osana perustuslain 7 §:ää, eli oikeutta elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen. Perusoikeusuudistuksen esitöiden mukaan henkilökohtainen vapaus on luonteeltaan yleisperusoikeus, joka suojaa ihmisen fyysisen vapauden lisäksi myös hänen tahdonvapauttaan ja itsemääräämisoikeuttaan, eli ”vapautta määrätä itsestään ja toimistaan”.[12] Itsemääräämisoikeudella on yhteys myös PL 10 §:n takaamaan yksityiselämän suojaan ja PL 9 §:ssä taattuun liikkumisvapauteen. Epäsuoremmin itsemääräämisoikeudesta on kaikuja PL 2.2 §:ssä, jonka mukaan kansanvaltaan sisältyy yksilön oikeus osallistua ja vaikuttaa yhteiskunnan ja elinympäristönsä kehittämiseen sekä ihmisarvoon valtiosääntöperiaatteena (PL 1.2 §). *Riku Neuvonen* ja *Pauli Rautiainen* näkevät itsemääräämisoikeuden tätäkin laajempana. Heidän mukaansa itsemääräämisoikeus koostuu kaikista sellaisista oikeuksista, jotka luovat yksilölle vapauspiirin kuitenkaan pelkistymättä yhteenkään niistä.[13]

Henkilökohtaisen vapauden ja siihen liittyvän yksilön itsemääräämisoikeuden oikeudellis-aatteellinen asema on vahva. Ne voisi jopa mieltää jonkinlaiseksi yksilön perusoikeuksin suojatun vapauspiirin filosofiseksi ytimeksi. Vaihtoehtoi-

11. Vrt. Kaarlo Tuori, Oikeus, valta, demokratia. Talentum 1990, s. 113–114.
12. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 42, 47. Myös yksityisyyden suojan on katsottu kattavan yksityiselämän suojan, fyysisen vapauden, tahdonvapauden ja itsemääräämisoikeuden. Irma Pahlman, Potilaan itsemääräämisoikeus. Edita 2003, s. 80.
13. Tällaisia perusoikeuksia ovat esimerkiksi omantunnonvapaus (PL 11 §), sananvapaus (PL 12 §), yhdistymisvapaus (PL 13 §) jne. Samalla itsemääräämisoikeus pohjautuu fyysiseen suojaan (PL 7 §), henkiseen ja tiedolliseen suojaan (PL 10 §) sekä muihin oikeuksiin (PL 11–13 §). Riku Neuvonen – Pauli Rautiainen, Perusoikeuksien tunnistaminen ja niiden sisällön määrittäminen Suomen perusoikeusjärjestelmässä. Lakimies 1/2015, s. 28–53, 35. Itsemääräämisoikeus on myös ihmisoikeuskysymys ja itsemääräämisoikeuden turvaaminen Suomea sitovien ihmisoikeussopimusten toteuttamista.

sesti se voitaisiin käsittää ”meta-oikeudeksi”, joka täytyy edellyttää käsitteellisesti, että muissa oikeuksissa olisi mieltä.[14]

Kysymys on liberalistisesta kansalaisuuskäsityksestä, jossa oikeuksien tehtävä on ennen kaikkea ihmisen vapaan tahdon tukeminen. Tähän liittyy ajatus, jonka mukaan ihmisen tietyt ominaisuudet on ennalta määrätty tai oletettu, ja tietyt oikeuksien muodot ja merkitykset ainoastaan rakentavat näille yhteiskunnallisen ilmaisukanavan.[15] Näin voidaan väittää vapausoikeuksien toimivan. Vastaavasti voidaan puhua liberalistisesta itsemääräämisoikeuden variantista, jota voidaan lähestyä julkisen vallan puuttumattomuutena yksilön henkilöön ja toimintaan: lähtökohtaisesti ihminen saa vapaasti määrätä itsestään ja toimistaan. Tämän vapauden rajoittamisella tulee olla lailla säädetty peruste.

Perusoikeusjärjestelmämme ei kuitenkaan pohjaudu yksin liberaaliseen vaan myös ns. sosiaaliseen periaatteeseen. Sen muodossa ihmisten erilaiset kapasiteetit nauttia oikeudellisesti säänneltyä vapautta on otettu huomioon. Sosiaalisen periaatteen taustalla voidaan täten hahmottaa pyrkimys ns. positiiviseen vapauteen ja mahdollisuuksien tasa-arvoon. Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet perustuvatkin vapausoikeuksia vähemmän muodolliseen lähtökohtaan. Vastaavasti voidaan puhua myös sosiaalisesta tai sosiaalis-liberaalista kansalaisuudesta, joka tavoittelee sosiaalista integraatiota ja mukaan ottamista. Taustalla on kollektiivisempi lähtökohta kuin liberalistisessa kansalaisuuskäsityksessä.[16]

Sosiaalinen periaate on tavallaan ideologisessa ristiriidassa liberaalin periaatteen kanssa. Sosiaalisen periaatteen valtuuttamana oikeus luokittelee ja asemoi ihmisiä heidän ominaisuuksiensa mukaan, eikä täten olekaan sokea heidän eroilleen, kuten liberaali periaate antaa ymmärtää. Vaikka kaikki ovat yhdenvertaisia lain edessä, joitakin ihmisiä on erikseen tuettava tuon yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi. Näin oikeudella luodaan erilaisia oikeudellisia asemia erilaisille yksilöille. Voitaisiin ehkä ajatella, että osaa perusoikeuksista perustelee liberalistinen, osaa kommunitaristinen, ihmisten yhteisöllisyyttä korostava ihmiskuva.[17]

14. Perustuslakivaliokunnan valinnanvapauslakiehdotusta koskevassa tuoreessa lausunnon (PeVL 15/2018 vp, s. 7) on luonnehdinta ”Yksilön oikeuksien ja vapauksien turvaamista koskevan maininnan piiriin kuuluu *myös monien muiden oikeuksien käytön perustana oleva yksilön itsemääräämisoikeus*” (korostus tässä).
15. Toomas Kotkas, Terveyden ja sosiaalisen turvallisuuden hallinnointi 2000-luvun Suomessa – menettelylliset oikeudet ja aktiivinen kansalaisuus. Lakimies 2/2009, s. 207–225, 219–220; Costas Douzinas – Adam Gearey, Critical Jurisprudence. The Political Philosophy of Justice. Oxford 2005, s. 179. Ks. Håkan Johansson – Bjørn Hvinden, What do we mean by active citizenship?, s. 32–49 teoksessa Håkan Johansson – Bjørn Hvinden (eds), Citizenship in Nordic Welfare States: Dynamics of choice, duties and participation in a changing Europe. Routledge 2007, s. 34.
16. Johansson – Hvinden 2007, s. 34–35.
17. Vrt. Ukri Soirila (Human Dignity Mediated: Personhood, Humanity, and the Logic of Property in Law and Bioethics, s. 253–270 teoksessa Anne Griffiths – Sanna Mustasaari – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen (eds), Subjectivity, Citizenship and Belonging in Law: Identities and Intersec-

Vapausoikeudet eivät rakenteellisesti pohjaudu oikeuksien yhteensovittamiselle samalla tavalla kuin sosiaaliset oikeudet, joiden toteutumista aina leimaa distributiivisen oikeudenmukaisuuden vaatimus ja lopulta resurssien niukkuus.

Niinpä, jos perusoikeuksia katsotaan vain liberalistisesta näkökulmasta, oikeuden individualisoiva, resurssien riittävyyteen sidoksissa oleva ja subjekteja luova rooli jää vähemmälle huomiolle. Samoin jää selittämättä, millaisista lähtökohdista itsemääräämisoikeutta oikein voidaan vahvistaa – muuten kuin julkisen vallan toimivaltaa kaventamalla – jos se olisi määriteltävissä vain puuttumattomuuden näkökulmasta. Itsemääräämisoikeudella onkin nähdäkseni liberalistisen perusmuodon lisäksi toinenkin perustavanlaatuinen variantti, jota tässä artikkelissa kutsun sosiaaliseksi. Viittaan tällä sellaiseen itsemääräämisoikeuteen, jota ihmiselle suodaan hänen jo ollessaan julkisen vallan puuttumisen kohteena tai kun hänen itsemääräämiskykynsä katsotaan alentuneeksi. Oikeuden luomat subjektipositiot ovat merkittäviä etenkin tässä itsemääräämisen variantissa.

Subjektipositiot liittyvät oikeudelliseen identiteettiin – esimerkiksi vammaiseen, päihdekuntoutujaan tai mielenterveyspotilaaseen – joka on positiivisten edistämistoimien piirissä. Edistämistoimia kuitenkin edeltää itsemääräämisoikeuden rajoittaminen, missä mielessä edellä esitellyt itsemääräämisoikeuden eri aspektit kietoutuvat yhteen. Sosiaalinen variantti on täten tavallaan toissijaista itsemääräämisoikeutta. Käänteisesti tämä viestii näiden subjektipositioiden yhteiskunnallisesti hierarkkisesta alempiarvoisuudesta. Esimerkiksi *Laura Kalliomaa-Puha* on käyttänyt käsitettä *homo socio-juridicus*, sosiaalioikeuden ihminen. Hän on osittain jännitteinen hahmo: yhtäältä häntä suojellaan, mutta samaan aikaan hän voi toisissa asioissa toimia kuluttajana, valitsijana ja käyttää itsemääräämisoikeuttaan.[18]

Liberalistinen ja sosiaalinen variantti eivät muutenkaan ole tyystin toisistaan erilliset. Tähän viittaa jo tämän artikkelin pyrkimys erottaa ne toisistaan. Liberalistinen variantti on itsemääräämisoikeuden vanhempaa ja perustavanlaatuisempaa kerrostumaa, jota ilman sosiaalista varianttia ei voida määrittää. Liberalistinen variantti on kansalaisuuden ydintä, missä mielessä poikkeukset siitä on käsitteellistetty rajoitusten kielellä. Puuttumattomuus ei liioin vaadi varoja. Sosiaalinen variantti taas tarkoittaa eräänlaista oikeuksien haltijuutta, jonka yhteys valtiosääntömme rakenteellisiin perusratkaisuihin on välillisempi. Tällaisena sen toimintalogiikka ei ole samalla tavalla kaksinapainen vaan se määräytyy asteikollisemmin: sosiaaliset oikeudet toteutuvat aina rajallisten resurssien maailmassa. Toisaalta taas esimerkiksi kotirauha, perinteinen vapausoikeus, voi

tions. Routledge 2017, s. 253–257, 264–265), joka analysoi ihmisarvon kahta, osin jännitteistä teoriaperinnettä – liberalistista ja kommunitaristista. Hänen mukaansa kumpikin käsite kutenkin pohjautuu antiikin ajan kunniaa tarkoittavaan käsitteeseen dignitas.

18. Laura Kalliomaa-Puha, Homo socio-juridicus. Mitä asiakkaalta ja potilaalta edellytetään, s. 97–123 teoksessa Marja Pajukoski – Sakari Hänninen – Toomas Kotkas – Eeva Nykänen – Maija Sakslin (toim.), Muuttuva sosiaalioikeus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2013, s. 121.

osoittautua ontoksi ilman oikeutta asuntoon, mikä tuo esiin varianttien välisen suhteen käänteisenkin ymmärtämisen mahdollisuuden.[19] Voidaan havaita, että itsemääräämisoikeuden metatasoisuus ja kiinnittyminen vapauspiirin ajatukseen tekee siitä perusoikeutena erityislaatuisen.

2.2. Implisiittinen perusoikeus

Perustuslaissamme itsemääräämisoikeuden kaksoisrooli yhtäältä liberaalin ja toisaalta sosiaalisen periaatteen ilmaisuna ei kuitenkaan suoraan näy; itsemääräämisoikeus perusoikeutena perustuu ensisijaisesti vapauden ja puuttumattomuuden ajatuksiin. Toisaalta tämä näkymättömyys pätee itsemääräämisoikeuteen ylipäätään, kuten edellä on esitetty. Kysymys on edellä sivutusti siitä, missä määrin perusoikeusjärjestelmäämme voi sisältyä eksplisiittisten perusoikeuksien ohella niin sanottuja implisiittisiä perusoikeuksia, jotka eivät ilmene suoraan perusoikeussäännösten sanamuodosta. Miten tällaiset oikeudet voidaan tunnistaa perusoikeuksiksi?

Neuvonen ja Rautiainen toteavat, että perustuslakivaliokunta on hahmotellut implisiittisiä perusoikeuksia johtamalla esimerkiksi juuri PL 7 §:stä itsemääräämistä koskevan yleisperusoikeuden. Tämän oikeuden avulla valiokunta on tarkastellut esimerkiksi lapsen oikeusasemaa, pakollisia terveystarkastuksia ja päihdetestejä, järjestyksenvalvojien toimivaltaa tarkastaa yleisötilaisuuksiin saapuvia henkilöitä ja ihmisten välisen yhteydenpidon rajoittamista.[20] Kirjoittajien mukaan itsemääräämisoikeus on tällä hetkellä ainoa implisiittinen perusoikeus, jolla on todellista merkitystä perusoikeusopissa ja soveltamiskäytännössä.

Itsemääräämisoikeus on siis muodoltaan implisiittinen, mutta tästä huolimatta perusoikeus. Kuten muutkaan perusoikeudet, se ei ole absoluuttinen. Mikäli itsemääräämisoikeuden ensisijaiseksi säännösperustaksi mielletään PL 7 §, myös siinä säädetty lakivaraus on merkityksellinen. Perustuslain 7.3 §:ssä säädetään, että ”*Henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua eikä vapautta riistää mielivaltaisesti eikä ilman laissa säädettyä perustetta*”.[21] Toisin kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen henkilökohtaista vapautta turvaavassa 5 artiklassa, perustuslain 7 §:ään ei ole sisällytetty luetteloa vapaudenriiston hyväksyttävistä perusteista. Puuttumista rajoittaa laillasäätämisvaatimuksen ohella mielival-

19. Kiitän tästä huomiosta Pauli Rautiaista.
20. Ks. Neuvonen – Rautiainen 1/2015, s. 28–53 (esim. PeVL 39/2001 vp, PeVL 26/2004 vp, PeVL 13/2005 vp, PeVL 17/2006 vp ja PeVL 5/2006 vp.; viitattu Neuvonen – Rautiainen 1/2015).
21. Perustuslakivaliokunta on kuvannut perusoikeusuudistusta koskevassa mietinnössään (PeVM 25/1994 vp) perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä, jotka ovat myöhemmin konkretisoituneet valiokunnan tulkintakäytännössä. Jotta perusoikeuden rajoitus ei olisi ristiriidassa asianomaisen perusoikeussäännöksen kanssa, kaikkien rajoitusedellytysten on täytyttävä samanaikaisesti. Rajoitusedellytysten luettelo ei ole kuitenkaan tyhjentävä.

taisuuden kielto, joka ulottuu myös lainsäätäjän mahdollisuuksiin määrätä vapaudenriistojen perusteista. Kuitenkin säännöksen sanamuodosta käy ilmi, että tilanteille, joissa tuohon vapauteen voidaan kajota, on oltava sekä laissa säädetty peruste että hyväksyttävä tavoite. Tämä tavoitteen hyväksyttävyys lainsäätäjää velvoittavana kriteerinä voi aueta yhtäältä etiikan mutta toisaalta politiikan suuntaan: hyväksyttävyysarviointi on väistämättä aikaansa sidottua ja ideologista.[22]

Nykydoktriinin mukaan itsemääräämisoikeuden (liberalistisen variantin) rajoittamisen edellytyksiä tulee puntaroida perusoikeuksien rajoitusopin sekä PL 7 §:ään liittyvän lakivarauksen kannalta.[23] Rajoituksen tulee olla hyväksyttävä nimenomaan perusoikeusjärjestelmän viitekehyksessä.[24] Esimerkkeinä voimassa olevasta itsemääräämisoikeuden rajoittamista koskevasta lainsäädännöstä voidaan mainita mielenterveyslaki (1990/1116), tartuntatautilaki (1227/2016), päihdehuoltolaki (41/1986), lastensuojelulaki (417/2007) ja laki kehitysvammaisten erityishuollosta (519/1977).

Mainituissa laeissa itsemääräämisoikeuden rajoitukset tarkoittavat paitsi tahdosta riippumatonta hoitoa tai huoltoa ylisummaan,[25] myös erillisiä rajoitustoimenpiteitä, kuten eristämistä, kiinnipitämistä, omaisuuden haltuunottoa, henkilöntarkastusta, viestinnän rajoittamista ja poistumisen estämistä. Rajoitustoimilla on yhteyksiä myös muiden perusoikeuksien kuten omaisuudensuojan

22. Esim. vielä 1950-luvulla on säädetty ankaria lakeja tahdonvastaisesta kastroinnista ja steriloinnista, vaikka laitosvalta-ajatus oli jo väistymässä (Salla Lötjönen, Loukatun suostumuksesta potilaan itsemääräämisoikeuteen. Lakimies 7–8/2004, s. 1398–1420.) Tätä ennen kaikkien yhtäläisen perusoikeussuojan asemesta puhuttiin tiettyjen ryhmien erityisestä vallanalaisuudesta tai laitosvallasta; tämä vallanalaisuus oli kiinteämpää ja tehostetumpaa. Tällöin laitoksessa oleminen sinänsä kavensi yksilön perusoikeussuojan ulottuvuutta ilman nimenomaisia oikeudellisia rajoittamistoimia. Ks. Liisa Nieminen, Laitosvaltaopin hylkääminen: alku perusoikeuksien uudelle aikakaudelle. Teoksessa Pia Letto-Vanamo – Olli Mäenpää – Tuomas Ojanen (toim.), Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009. Laitosvaltaopista on kuitenkin yhä jäänteitä voimassa olevassakin lainsäädännössä. Esim. päihdehuoltolain 27 §:n yksityiskohtaisten perustelujen (Hallituksen esitys eduskunnalle päihdehuoltolaiksi 246/1984 vp, s. 26) mukaan ”[l]aitoshuollon luonteeseen on katsottu kuuluvan, että henkilön elämäntoimintoja ja perusoikeuksia voidaan rajoittaa tavanomaista enemmän”. Ks. myös Lavapuro 2010, s. 24.
23. Ks. Riku Neuvonen – Pauli Rautiainen, Lakivaraukset Suomen perusoikeusjärjestelmässä. Lakimies 2/2015, s. 222–248.
24. Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSLT 2001. Ks. myös PeVM 25/1994 vp.
25. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle mielenterveyslaiksi 201/1989 vp, s. 16 mainitaan mm. seuraavat perusteet: Hoitoon toimittamatta jättäminen saattaisi vaarantaa vakavasti potilaan itsensä terveyttä mm. silloin, kun taudinkuva aiheuttaisi tasaista tylsistymistä, harhat estävät hakeutumasta hoitoon, todellisuudentaju olisi vääristynyt sairauden vuoksi niin, että tuloksena voi olla syömättömyyttä, itsemurha-aikeita, tai kyvyttömyys huolehtia perustarpeista. Potilaan läheisille voisi aiheutua ilmeistä terveydellistä uhkaa, mielenterveyden tasapainon järkkymistä tai lasten kehityksen häiriintymistä. Ks. myös Valvira: Tietoa tahdosta riippumattomasta psykiatrisesta hoidosta ja potilaan oikeuksista (2017), http://www.valvira.fi/documents/14444/784076/Tahdosta+riippumaton+hoito+ja+potilaan+oikeudet/357ee9cd-4678-c9d0-c8e2-d60043cfa473. Ks. myös KHO 2018:8.

ja liikkumisvapauden käyttöön. Tyypilliset perustelut itsemääräämisoikeuden rajoittamiselle ovat yksilön oma terveys ja turvallisuus, muiden ihmisten terveys ja turvallisuus sekä vakava haitta omaisuudelle. Sillä on siis tässä mielessä myös korostetun horisontaalinen ulottuvuus. Tästä tuore esimerkki on Suostumus 2018 -kansalaisaloite, joka pyrkii muuttamaan raiskauksen määritelmän rikoslakiin suostumusperusteiseksi. Aloitetta perustellaan itsemääräämisoikeuden kunnioittamisella.[26] Voidaan havaita, kuten edellä on todettu, että itsemääräämisoikeuden rajoittamisesta puhuttaessa viitataan juuri liberalistisen variantin rajoittamiseen. Sosiaalinen variantti ei samalla tavalla taivu rajoitusten kielelle.

Itsemääräämisoikeuden implisiittisyyttä voidaan myös arvostella. Neuvonen ja Rautiainen yhdistävät implisiittisten perusoikeuksien ilmiön artikkelin johdannossa mainittuun valtiosääntöiseen managerialismiin, perusoikeuksien poliittiseen neuvoteltavuuteen.[27] Lavapuron provokatiivisin sanoin suomalaisessa valtiosääntökulttuurissa perusoikeusnormit ovat eräässä mielessä ytimeltään heikkoja normeja.[28] Itsemääräämisoikeuden kontekstissa valtiosääntöisen managerialismin voidaan arvioida toimivan mekanismina, joka mahdollistaa itsemääräämisoikeuden ymmärtämisen sekä julkisen vallan mahdollistajana että sen pidäkkeenä riippuen siitä, mitä poliittisia vaikuttimia on taustalla. Kun rajoittamisproblematiikka niveltyy kiistatta liberalistiseen varianttiin, edistämisproblematiikka myös sosiaaliseen, kuten jäljempänä esitän.

Ajatusta voidaan havainnollistaa seuraavalla kysymyksellä: miksi transsukupuolisen itsemääräämisoikeus ei käy argumentiksi lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksesta luopumiselle, mutta sote-asiakkaan valinnanvapautta se taas kelpaa perustelemaan?[29] Toisin sanoen vallitsevassa poliittisessa viitekehyksessä itsemääräämisoikeus on katsottu ihmisoikeusnäkökulmasta ennakoimattomasti osin tukemisen, osin rajoittamisen arvoiseksi. Vastausta on vaikea löytää muualta kuin poliittisesta todellisuudesta ja erilaisten arvopositioiden räjähdysherkkyydestä. Neuvonen ja Rautiainen kuvaavatkin itsemääräämisoikeuden ilmaantumista oikeudelliseen tulkintaan ”vieteriukkomaiseksi”; sen seurauksia on vaikea ennustaa.[30] Voidaan siis todeta, että itsemääräämisoikeuden implisiittinen luonne, sen liberalistinen ja sosiaalinen variantti sekä yhteys moniin eri perusoikeuksiin mahdollistavat itsemääräämisoikeuden käytön mitä moninaisimpien tavoitteiden perustuslaillisena perustana. Täsmennän väitettä seuraavassa.

26. Ks. https://www.kansalaisaloite.fi/fi/aloite/3209.
27. Ks. Neuvonen – Rautiainen 1/2015, s. 28–53, 51 ja Lavapuro 2010, s. 6–27.
28. Lavapuro 2010, s. 7.
29. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä valtiontalouden tarkastusvirastosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta 47/2017 vp.
30. Neuvonen – Rautiainen 1/2015, s. 35.

3. Merkkejä itsemääräämisoikeuden vahvistumisesta

3.1. Kohteesta osalliseksi?

Edellä olen käsitellyt itsemääräämisoikeuden vahvistamisen valtiosääntöisiä perusteita: keskeisin säännös on PL 7 §, mutta itsemääräämisoikeus on yhteydessä muihinkin perusoikeuksiin, toisinaan epäodotuksenmukaisillakin tavoilla, kuten jäljempänä esitän. Seuraavassa tarkastelen itsemääräämisoikeuden konkretisoitumista lainsäädännössä. Millä perusteella voidaan väittää, että vahvistumisen trendi on todella olemassa, vaikka perusoikeustasolla ei muutoksia olekaan nähtävissä? Trendin havaitseminen ei ole täysin rekonstruktion takana, sillä itsemääräämisoikeutta on vahvistettu lainsäädännössä viime vuosikymmeninä eksplisiittisesti ja systemaattisesti. Esimerkkeinä tästä kehityskulusta voidaan mainita ennen kaikkea potilaslain (laki potilaan asemasta ja oikeuksista, 785/1992) ja lain sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000) säätäminen. Näiden lakien erityinen tavoite on ollut vahvistaa yksilön itsemääräämisoikeutta ja vaikutusmahdollisuuksia omassa asiassaan suhteessa julkiseen valtaan.[31]

Varsinaisten itsemääräämisoikeuta vahvistavien lakien ohella moniin lakeihin onkin tullut enenevästi *osallisuutta* koskevia painotuksia. Osallisuudella tarkoitetaan yleisesti ottaen vaikutusmahdollisuuksien varaamista ihmiselle (asiakkaalle, potilaalle) oman asiansa hoitamisessa. Osallisuus-keskustelu on laaja, eikä osallisuutta voida määritellä tyhjentävästi. Esim. sote-uudistuksen kontekstissa osallisuus on määritelty seuraavasti suhteessa syrjäytymiseen: ”*Osallisuus tarkoittaa, että ihmisellä on käytössään riittävät aineelliset resurssit (HAVING), hän on omaa elämäänsä koskevassa päätöksenteossa toimijana (ACTING) ja hänellä on sosiaalisesti merkityksellisiä ja tärkeitä suhteita, jäsenyyttä erilaisissa ryhmissä (BELONGING).*”[32] Toisin sanoen osallisuus merkitsee eräänlaista kykyä sosiaa-

31. Lakeihin potilaan ja sosiaalihuollon asiakkaan asemasta liittyy myös erityisiä menettelyllisiä oikeuksia, jos itsemääräämisoikeus ei toteudu. Kotkas 2009, s. 214, 225. Mainittu kehitys on tuonut uusia jutturyhmiä hallinto-oikeuksiin: 1990-luvulta alkaen on alettu vaatia hoitoon pääsyä, maksusitoumusta tiettyyn hoitoon, lääkinnällisen kuntoutuksen apuvälinettä tai korvausta yksityisesti hankitusta hoidosta. Marita Liljeström, Terveyspalveluiden järjestämistä koskevat kiistat hallintotuomioistuimissa. Defensor Legis 1/2003, s. 86–98.
32. Https://www.thl.fi/fi/web/sote-uudistus/talous-ja-politiikka/elinolot/syrjaytyminen-ja-osallisuus. Ks. myös Sinikka Sihvo – Anna-Maria Isola – Minna Kivipelto – Eila Linnanmäki – Merja Lyytikäinen – Salla Sainio, Asiakkaiden osallistumisen toimintamalli. Loppuraportti. Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita, 16/2018, erityisesti s. 10: ”Osallisuudella tarkoitetaan sitä, että ihminen tuntee kuuluvansa yhteisöön ja yhteiskuntaan ja että hän voi vaikuttaa itseään ja ympäristöään koskeviin asioihin. Osallisuus rakentuu ja muuttuu resurssien, tarpeiden ja toimijuuden edellytysten mukaan. Siihen liittyy oikeus saada tietoa itseä koskevista asioista, mahdollisuus ilmaista mielipiteensä ja vaikuttaa terveyttä ja hyvinvointia määrittäviin tekijöihin.”

liseen toimijuuteen ja integraatioon; itsemääräämisoikeuden käyttöön sosiaalisesti suotuisalla – yhteisöllisellä – tavalla. Tässä voidaan nähdä jännite liberaalin variantin individualistisen lähtökohdan kanssa.

Osallisuus-painotuksen vahvistumisesta voi löytää eurooppalaisia vaikutteita. Euroopan köyhyyden ja sosiaalisen syrjäytymisen torjunnan teemavuotta vietettiin vuonna 2010, mikä heijastui Suomen kansallisen toimintaohjelman (Sosiaali- ja terveydenhuollon kansallinen kehittämisohjelma; Kaste) laatimiseen. Hankkeen toimikausi oli 1.12.2012–30.6.2016. Ohjelmassa sosiaalisen osallisuuden lisäämisellä on keskeinen rooli.[33] Siinä painotetaan erityisesti sosiaalisen osallisuuden konkreettisia muotoja, kuten terveyttä ja hyvinvointia: ”*Osallisuus yhteiskunnassa tarkoittaa jokaisen mahdollisuutta terveyteen, koulutukseen, työhön, toimeentuloon, asuntoon ja sosiaalisiin suhteisiin*.”[34] Sosiaalisen osallisuuden edistäminen on myös kirjattu niin Kataisen kuin Sipilän hallitusohjelmiin.

Positiivisesta konnotaatiostaan huolimatta osallisuuden rakentaminen voidaan nähdä hallinnallisena prosessina ja hienovaraisena julkisen vallan käyttönä. Oikeus- ja yhteiskuntatieteissä käytetään myös käsitettä *osallistaminen*, jossa näkyy tämä intentionaalisuus. Käsitteellä viitataan toimiin saada yksilö osallistumaan oman hoitonsa tai huoltonsa suunnitteluun; se ei siis tarkoita vain suostumusta tiettyyn toimenpiteeseen.[35] *Marko Nousiainen* ja *Kari Kulovaara* toteavat, että ”*Kansalaisia ei käsitetä enää vain hallinnon kohteina, vaan heistä pyritään tekemään aktiivisia toimijoita. Samalla tämä tarkoittaa sitä, että kansalaisten poliittinen aktiivisuus ei enää ilmene ainoastaan valtion edustuksellisiin järjestelmiin syötettyinä vaatimuksina, vaan monitasoisissa verkostoissa heidän odotetaan osallistuvan suoraan hallinnon asialistalla olevien ongelmien ratkaisuun*.”[36] Sosiaalioikeudessa tällaisesta osallistamisesta esimerkkeinä voidaan mainita kehitysvammaisen tuettu päätöksenteko[37] ja henkilökohtainen budjetti, joiden merkitys on lisääntymässä sote-uudistuksen myötä.

33. Lars Leemann – Hannamaria Kuusio – Riitta-Maija Hämäläinen, Sosiaalinen osallisuus. Sosiaalisen osallisuuden edistämisen koordinaatiohanke (Sokra). Terveyden ja hyvinvoinnin laitos 2015, www.thl.fi/sokra.
34. Leemann – Kuusio – Hämäläinen 2015, s. 3.
35. Esim. lain potilaan asemasta ja oikeuksista 6 §:n mukaan potilasta on lähtökohtaisesti hoidettava yhteisymmärryksessä hänen kanssaan. Samoin lain 4a §:n mukaan potilaan tutkimisesta, hoidosta tai lääkinnällistä kuntoutuksesta tarvittaessa tehtävä suunnitelma on laadittava yhteisymmärryksessä potilaan kanssa. Perustuslakivaliokunnan käytännössä suostumuksen on katsottu olevan ongelmallinen perusoikeuksien rajoitusperusteena, mutta täysin vailla vaikutusta se ei ole. Valiokunta on painottanut suostumuksen kontekstuaalisuutta. Ks. esim. PeVL 48/2014 vp, PeVL 30/2014 vp, PeVL 7/2014 vp, PeVL 10/2012 vp, PeVL 30/2010 vp, PeVL 24/2010 vp, PeVL 16/2010 vp, PeVL 7/2010 vp, PeVL 37/2005 vp, PeVL 19/2000 vp ja PeVL 27/1998 vp.
36. Kriittisesti ks. Marko Nousiainen – Kari Kulovaara, Johdanto: uuden hallinnan monet kasvot, s. 7–21 teoksessa Marko Nousiainen – Kari Kulovaara (toim.): Hallinnan ja osallistamisen politiikat. Jyväskylän yliopisto 2016, s. 11.
37. THL:n vammaispalvelukäsikirjan mukaan (https://www.thl.fi/fi/web/vammaispalvelujen-kasikirja/palvelujen-jarjestamisprosessi/tuettu-paatoksenteko): ”Tuetun päätöksenteon lähtökoh-

Osallisuutta voitaneen pitää sosiaalisen itsemääräämisoikeuden ilmentymänä tai alatyyppinä, ja sen ajatuksessa on jo sisäänrakennettuna julkisen vallan myötävaikutus; yksilön osallistaminen vapaan tahtonsa käyttämiseen kuulostaisi vähintäänkin erikoiselta. Se antaisi ymmärtää, että tuon vapaan tahdon käyttämisestä vastaisi ensisijaisesti joku muu. Hallinnan näkökulmasta Cruikshank toteaa, että niissä tapauksissa, joissa ihmiset eivät toimi oman etunsa mukaisesti tai vaikuttavat piittaamattomilta omasta kehityksestään kansalaisina, ylittyy liberaalin valtion kynnys puuttua yksilöllisiin oikeuksiin, vapauteen ja tavoitteisiin.[38]

Voidaan ajatella, että osallistamisella pyritäänkin saamaan ihminen auttamaan itse itseään ja sitouttamaan yhteiskunnan vallitsevaan arvomaailmaan ja normaaliuden odotuksiin: hänen tulee ihannetapauksessa olla terve, sosiaalisesti verkottunut ja tuottava yhteiskunnan jäsen. Tällä tavoin hän viimekädessä osallistuu itsensä yhteiskunnalliseen hallintaan. Niinpä esimerkiksi vastustuksen tai kapinan ajatukset eivät sovellu osallistamisen ideologiaan, joka perustuu konsensuksen olettamalle: yksilö haluaa sitä, mitä julkinen valta haluaa hänen haluavan. Yksityinen ja julkinen intressi liukuvat päällekkäin.

Seuraavaksi tarkastelen itsemääräämisoikeuden ja osallisuuden vahvistumiskehitystä joidenkin tuoreiden lainsäädäntöhanke-esimerkkien valossa: näistä ensimmäinen on toistaiseksi rauennut (ns. itsemääräämisoikeuslaki), toinen on voimassa (kehitysvammalain uudistus) ja kolmas suunnitteilla (vammaislain uudistus).

3.2. Itsemääräämisoikeuslaki

Kattavimmin problematiikkaa on käsitelty em. hallituksen esityksessä ns. itsemääräämisoikeuslaiksi.[39] Lailla oli tarkoitus koota yhteen lainsäädäntöä, jossa asiakkaan tai potilaan tahto on voitu sivuuttaa tietyissä tapauksissa. Itsemää-

tana on se, että kehitysvammainen henkilö käyttää omaa itsemääräämisoikeuttaan ja hänellä on oikeus saada tukea päätösten tekemiseen. Tuetun päätöksenteon tavoitteena on kannustaa, rohkaista ja tukea henkilöä tekemään omaa elämäänsä koskevia päätöksiä ja valintoja. Valintojen ja päätösten tekeminen edellyttää harjoittelua." Ks. myös Sirkka Sivula, Tuettu päätöksenteko ratkaisuna oikeusturvan ongelmiin, s. 109–119 teoksessa Marja Pajukoski (toim.): Pääseekö asiakas oikeuksiinsa? Sosiaali- ja terveydenhuollon ulkopuoliset tekijät -työryhmän raportti III, 2010.

38. Cruikshank 1999, s. 4.

39. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaalihuollon asiakkaan ja potilaan itsemääräämisoikeuden vahvistamisesta ja rajoitustoimenpiteiden käytön edellytyksistä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 108/2014 vp. Laajemmin Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2014:14. Sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaan itsemääräämisoikeus. Työryhmän loppuraportti. Vrt. myös Leena M. Matikka, Selvitys pakon ja rajoitusten käyttöä koskevista ohjeista kehitysvammapiireissä. Intimare 2000 ja Perusoikeuksien rajoittamisesta kehitysvammapalvelujen toteuttamisessa, Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä 2006:4.

räämisoikeus on nimeä myöten lakiehdotuksen keskiössä; siinä sekä asetetaan palveluntuottajille velvollisuuksia edistää itsemääräämisoikeutta että määritellään tapoja ja intensiteettiä, joilla itsemääräämisoikeutta voidaan eri tilanteissa rajoittaa. Lakiehdotusta ei kuitenkaan ehditty käsitellä loppuun eduskunnassa vaalikauden 2011–2014 aikana, ja se raukesi vaalikauden päättyessä. Uusi lakiehdotus on valmisteilla.[40] Seuraavassa tarkastelen kuitenkin vuoden 2014 hallituksen esitystä.

Lakiehdotusta perusteleva perusongelma on kuvattu HE:n sivulla 5: "*Perusoikeuksia rajoittavia toimenpiteitä on – – käytetty sosiaali- ja terveydenhuollossa ilman nimenomaisen lain säännöksen tukeakin esimerkiksi tilanteissa, joissa on pyritty turvaamaan potilaan tai sosiaalihuollon asiakkaan oikeus välttämättömään huolenpitoon eikä lievempiä keinoja ole ollut käytettävissä tai ne ovat osoittautuneet riittämättömiksi.*" Toisin sanoen jännite on vallinnut potilas- ja asiakastyön käytännön sujumisen ja julkisen vallan käytön lakisidonnaisuusvaatimuksen välillä. Niinpä lakiehdotus sisältää säännöksiä esim. muistisairaiden, autismin kirjon häiriöstä kärsivien, aivovammapotilaiden yms. henkilöiden itsemääräämisoikeudesta ja sen rajoittamista, joiden suhteen nykyisin joudutaan operoimaan yleissäännöksillä, jopa rikosoikeudellisilla hätävarjelu- ja pakkotilasäännöksillä. Hallituksen esityksen säätämisjärjestysperusteluissa tarkastellaan yksityiskohtaisesti jokaista itsemääräämisoikeuteen kajoavaa rajoitusperustetta ja jokainen niistä perustellaan erikseen perustuslain kannalta.[41]

Hallituksen esitystä ei ole tässä mahdollista käydä läpi yksityiskohtaisesti. Itsemääräämisoikeuden vahvistamisen näkökulmasta lakiehdotuksesta voidaan kuitenkin nostaa esiin muutama huomionarvoinen seikka. Ensinnäkin on huomattava, että koko lakiehdotusta perustelee pyrkimys juuri itsemääräämisoikeuden vahvistamiseen; tässä mielessä sen merkityksestä vahvistumistrendin näkökulmasta ei ole epäselvyyttä. Lakiehdotuksella pyritään vahvistamaan liberalistista varianttia tiukentamalla niitä edellytyksiä, joiden vallitessa rajoitustoiminpiteiden käyttö on sallittua. Tämän mahdollistavat rajoitustoimien käytön arvioimisvelvollisuus etenkin välttämättömyys- ja suhteellisuusperiaatenäkökulmasta.

Keskeisimmät osoitukset itsemääräämisoikeuden sosiaalisen variantin vahvistamisesta lakiehdotuksessa ovat nähdäkseni kahtaalla. Yhtäältä lakia määrittäisi keskeisesti käsite itsemääräämiskyky (ehdotettu 3 §). Itsemääräämiskyvyllä tarkoitettaisiin "*asiakkaan kykyä tehdä sosiaalihuoltoaan ja potilaan kykyä tehdä terveydenhuoltoaan koskevia ratkaisuja sekä asiakkaan ja potilaan kykyä ymmär-*

40. Uusi lakiehdotus on lähtenyt lausuntokierrokselle kesällä 2018, ja sen on määrä tulla eduskunnan käsiteltäväksi syksyllä. Lakiehdotusta valmistellut työryhmä on toiminut ajalla 20.4.2017–28.2.2018. Uuden lain työnimi on asiakas- ja potilaslaki. Uuden lain voimaan tullessa voimassa olevat sosiaalihuollon asiakaslaki ja potilaslaki kumottaisiin.
41. HE 108/2014 vp, s. 138–152.

tää käyttäytymisensä seurauksia" ja alentuneella itsemääräämiskyvyllä "*tilaa, jossa asiakas tai potilas sairaudesta, vammasta tai muusta vastaavasta syystä johtuen ei kykene tekemään sosiaali- tai terveydenhuoltoaan koskevia ratkaisuja eikä ymmärtämään käyttäytymisensä seurauksia*".[42] Toisaalta ehdotettuun lakiin sisältyisivät myös säännökset asiakkaan tai potilaan itsemääräämiskyvyn arvioinnista sekä yksilöllisestä itsemääräämisoikeutta koskevasta suunnittelusta (ehdotettu 2 luku). Itsemääräämisoikeus ei rajoituksista pidättymisen tapauksessakaan ole vailla toimintaimplikaatioita, vaan julkinen valta arvioi myös sen, missä määrin ihminen voi määrätä itsestään. Näin itsemääräämisoikeus ei ole puuttumattomuuden ylijäämä vaan hallinnoidulle subjektipositiolle sallittu toimintamahdollisuus.

Toiseksi hallituksen esityksessä on nostettu esiin kiinnostava perusoikeuksien konstellaatio, joka tuo liberaalin ja sosiaalisen variantin epäsuorasti näkyviin: "*Samalla, kun rajoitustoimilla puututaan – – perusoikeuksiin, niillä turvataan rajoitustoimenpiteiden kohteena olevan henkilön perustuslain 19 §:ssä säädetty oikeus välttämättömään huolenpitoon ja 7 §:ssä säädetty oikeus elämään ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen.*" Näin nähtynä itsemääräämistä oikeuttava säännös toimii myös sen rajoituksen perusteena.[43] Samalla voidaan ajatella, että PL 19 § toimii itsemääräämisoikeuden sosiaalisen variantin ankkurina; ihmisellä voi olla oikeus siihen, että hänen itsemääräämisoikeuttaan rajoitetaan. Tähän viittaa myös toteamus, jonka mukaan "*Erityisesti henkilökohtainen turvallisuus korostaa julkisen vallan positiivisia toimintavelvoitteita yhteiskunnan jäsenten suojaamiseksi heihin kohdistuvilta oikeudenvastaisilta teoilta*".[44] Itsemääräämisoikeus voi näin ollen vaatia julkisen vallan aktiivisia toimia.

3.3. Kehitysvammalain uudistus

Toinen itsemääräämisoikeuden vahvistumista tukeva lainsäädäntöesimerkki on kehitysvammalain uudistus.[45] Toisin kuin edellä käsitelty itsemääräämisoikeuslaki, tämä laki on tullut voimaan.[46] Hallituksen esityksen mukaan: "*Esityksessä ehdotetaan muutettavaksi kehitysvammaisten erityishuollosta annettua lakia. Lakiin tehtäisiin muutokset, joita vammaisten henkilöiden oikeuksia koskevan Yhdistyneiden kansakuntien yleissopimuksen ratifiointi edellyttää. Lakiin lisättäi-*

42. Ks. myös Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Päämies rationaalisena toimijana – teoriaa ja käytäntöä edunvalvonnassa olevan ihmisen itsemääräämisoikeudesta. Lakimies 1/2018, s. 3–28.
43. HE 108/2014 vp, s. 131.
44. HE 108/2014 vp, s. 6.
45. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain muuttamisesta 96/2015 vp.
46. Laki kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain muuttamisesta (381/2016). Muutokset astuivat voimaan 10.6.2016, samaan aikaan YK:n vammaissopimuksen kanssa.

siin säännökset toimenpiteistä itsenäisen suoriutumisen ja itsemääräämisoikeuden tukemiseksi, rajoitustoimenpiteiden käytön vähentämisestä sekä rajoitustoimenpiteiden käytölle asetettavista yleisistä edellytyksistä, kuten välttämättömyys- ja suhteellisuusvaatimuksesta sekä ihmisarvon kunnioittamisesta. Laissa säädettäisiin lisäksi kullekin rajoitustoimenpiteelle asetettavista erityisistä edellytyksistä. Lakiin sisällytettäisiin myös säännökset rajoitustoimenpidettä koskevan päätöksen tai muun ratkaisun tekemisessä noudatettavasta menettelystä."

Uudistuksen pontimena on siis ennen kaikkea Suomen lainsäädännön saattaminen Suomea sitovien kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden edellyttämälle tasolle. Tämä oli pyrkimyksenä tosin jo itsemääräämislakiehdotuksessa, mutta tilanne muuttui, kun asia edellä kuvatusti raukesi. Mitä itsemääräämisoikeuden vahvistamiseen tulee kehitysvammalain uudistuksen viitekehyksessä, perustelut ovat varsin yhteneväiset rauenneen itsemääräämisoikeuslakiehdotuksen kanssa. Pyrkimys on sekä vähentää rajoitustoimenpiteiden ja pakon käyttöä että tukea ja mahdollistaa vammaisten henkilöiden itsemääräämistä ja omatoimisuutta. Tätä perustelee etenkin mainittu YK:n Vammaisyleissopimus (SopS 27/2016). Sen 14 artiklan 1 kohta turvaa vammaisten henkilöiden yhdenvertaisen mahdollisuuden nauttia oikeudesta henkilökohtaiseen vapauteen ja turvallisuuteen. Sen mukaan sopimuspuolten tulee turvata, etteivät vammaiset henkilöt joudu laittoman tai mielivaltaisen vapaudenriiston kohteeksi. Mahdollisen vapaudenriiston tulee tapahtua lainmukaisesti. Vammaisuus ei itsessään oikeuta vapaudenriistoon.

Kuten itsemääräämislakiehdotuksessa, myös kehitysvammalain muutoksessa kyse on sekä liberalistisen että sosiaalisen variantin vahvistamisesta. Keinotkin ovat pitkälti yhteneväiset. On kuitenkin huomattava, että kehitysvammaiset ovat siinä mielessä erityisryhmä, että heidän kykyään määrätä itsestään ja tekemisistään voidaan pitää jo määritelmällisesti ja pysyvästi alentuneena; itsemääräämislakiehdotuksen sanastolla heidän itsemääräämiskykynsä voidaan asettaa kyseenalaiseksi. Ei ole odotettavissa, että he kuntoutuvat samalle tuottavuuden tasolle kuin vammattomat henkilöt. Tässä mielessä he ovat muita todennäköisemmin pysyvästi julkisen vallan toimien kohteena ja heillä on lisäksi alentuneet mahdollisuudet reagoida siinä mahdollisesti tapahtuviin epäkohtiin.

Perustuslakivaliokunta on antanut lakiuudistuksesta lausunnon.[47] Lausunnossaan valiokunta arvostelee mm. lakiehdotuksesta ilmenevää epämääräisyyttä sen suhteen, milloin kyse on vapaaehtoisesta ja milloin tahdosta riippumattomasta erityishuollosta. Hallituksen esityksessä tätä perustellaan kehitysvammaisten erityishuollon ominaispiirteillä; huollon ei ole aina edes mahdollista perustua kehitysvammaisen henkilön tahdonilmaisuun. Perustuslakivaliokunta pitää näkemystä kuitenkin perusoikeusnäkökulmasta kestämättömänä. Tahdosta riippumaton huolto edellyttää PL 7.3 §:n mukaan erillistä päätöstä. Samoin valiokunta arvostelee hoidon jatkamisen ja lopettamisen edellytyksiä. Esityksen

47. PeVL 15/2015 vp.

perusteella ei liioin ole kaikin osin ilmeistä, milloin kyse on rajoitus- ja milloin hoitotoimenpiteestä tai perusoikeuden rajoittamisesta tai sen käytön sääntelystä. Kiinnostavaa on, että perustuslakivaliokunta näkee tämän erottelun vaikeuden osana paluuta laitosvalta-ajatteluun, jonka mukaan laitoksissa olevien perusoikeuksia voisi rajoittaa ilman varsinaista päätöstä pelkän laitoksessa oleskelun perusteella.[48]

Voidaan havaita, että mitä vähemmän ihmisellä on kykyä määrätä itsestään, sitä hankalammaksi käy rajanveto sen suhteen, mikä on perusoikeuksien rajoittamista, mikä esimerkiksi välttämätön hoito- tai huoltotoimenpide. Kehitysvammaisilta ei voida olettaa samanlaista kykyä ymmärtää tekojensa seurauksia tai suostua erilaisiin toimenpiteisiin. Tämä kyvyttömyys mahdollistaa yhtäältä jossain määrin ajattelutavan, jossa hoito- ja rajoitustoimenpiteiden tarkkarajainen erottaminen on vaikeaa.[49] Toisaalta se tuo esiin itsemääräämisoikeuden sosiaalisen variantin merkityksen: ihminen, joka viettää valtaosan elämästään julkisen vallan toimien piirissä, ei voi määrätä itsestään vain puuttumattomuuden ajatuksen kautta.

3.4. Vammaislainsäädännön uudistus

Kolmas esimerkki koskee valmisteilla olevaa lainsäädäntöä, eikä siitä ole olemassa vielä hallituksen esitystä. Kyseessä on vammaislainsäädännön uudistus. Sen tarkoituksena on yhdistää vammaispalvelu- ja kehitysvammalait. Kuten edellä on käynyt ilmi, kehitysvammalakia on vastikään uudistettu vastaaman Suomen kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita. STM:n mukaan vammaislainsäädännön uudistuksessa pyrkimyksenä on ”*säilyttää nykyiset hyvin perusoikeuksia turvaavat, vahvat oikeudet, kuten oikeus palveluasumiseen, henkilökohtaiseen apuun ja liikkumista tukeviin palveluihin. Lisäksi tavoitteena on kehittää muun muassa henkilökohtaista apua ja lyhytaikaista huolenpitoa sekä valmennusta ja tukea uudenlaisena palveluna*”.[50] Yleisemmin pyrkimyksenä on parantaa vammaisten ihmisten osallisuutta ja yhdenvertaisuutta.

Koska uudistukselle ei ole vielä hallituksen esitystä, ei ole myöskään perusteluja, joita tarkastella. Niinpä johtoa voidaan hakea annetusta lausuntopalautteesta (STM 2017:37). Lausuntopalautteessa painotetaan uudistuksen tavoitteiden merkitystä: suurin osa lausunnonantajista pitää muutosta tervetulleena. Itsemääräämisproblematiikkaa ei palautteessa käsitellä erityisen laajasti. Yksi

48. PeVL 15/2015 vp, s. 8.
49. Vrt. Valviran selvitys itsemääräämisoikeuden toteutumisesta kehitysvammahuollon asumis- ja laitospalveluissa 2016 (http://www.valvira.fi/-/rajoitustoimenpiteiden-kayton-omavalvontaa-on-parannettava).
50. Http://stm.fi/vammaislainsaadannon-uudistus.

huomio on kuitenkin erityisen havainnollinen. Nykyiseen lakiin nimittäin sisältyy säännös, jonka mukaan vaikeavammaisen henkilön on pystyttävä määrittelemään tarvitsemansa avun sisältö ja se, miten ja millä tavoin palvelu toteutetaan. Osa lausunnonantajista on sitä mieltä, että tämä voimavaraedellytys heikentää vammaisten ihmisten yhdenvertaisuutta. Osan mielestä taas rajausta tarvitaan, jotta henkilökohtainen apu kohdentuu oikein ja säilyy vammaisen henkilön itsemääräämisoikeutta ja omia valintoja turvaavana palveluna.[51] Tässä tulee näkyviin itsemääräämisoikeuden vastuu-ulottuvuus: itsemääräämisoikeus implikoi itsemääräämiskyvyn ohella jotakin, jota voitaisiin kutsua vaikkapa itsemääräämisenergiaksi. Kyvyn ohella ihmisellä tulee olla halu ja jaksamista määrätä itsestään. Samalla julkisen vallan on turvattava oikeudenmukainen tasapaino yhdenvertaisuusperiaatteen ja itsemääräämisoikeuden välille.

Lakihankkeen eteneminen riippuu maakunta- ja sote-uudistuksen kohtalosta. Perustuslakivaliokunta on kesällä antanut valinnanvapauslakiehdotuksesta[52] varsin kriittisen lausunnon (PeVL 15/2018 vp), ja uudistuksen etenemisen aikataulu – ehkä koko toteutuminenkin – näyttää epävarmalta. On epäselvää, ehditäänkö lakiehdotuksia käsittelemään eduskunnassa vuoden 2018 aikana.

4. Pohdintaa: hallinta ja osallistuvat subjektit

Olen edellä käsitellyt itsemääräämisoikeuden valtiosääntöoikeudellista perustaa ja joitakin merkkejä sen ideologis-institutionaalisesta vahvistumisesta lainsäädännössämme. Usein itsemääräämisen rajoittaminen – kuten myös sen tukeminen – näyttää liittyvän erityiseen subjektipositioon, kuten potilaaseen, sosiaalihuollon asiakkaaseen, päihdekuntoutujaan, transsukupuoliseen, mielisairaaseen tai vammaiseen; henkilöön, joka kvalifioidaan erityiseen rooliin.[53] Kuten mainittua, perustuslain liberalistista ihmiskäsitystä ilmentävistä muotoiluista tämä

51. Lausuntoyhteenveto luonnoksesta hallituksen esitykseksi laeiksi vammaisuuden perusteella järjestettävistä erityispalveluista (vammaispalvelulaki) sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta. Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2017:37 (http://stm.fi/artikkeli/-/asset_publisher/lausunnonantajat-vammaispalvelulain-uudistus-vahvistaa-vammaisten-henkiloiden-yhdenvertaisuutta).
52. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 16/2018 vp.
53. Yleisesti ks. Cruikshank 1999. Toisaalta erityisesti itsemääräämisoikeuslakiehdotuksessa ja sote-uudistuksen kontekstissa voidaan havaita pyrkimystä entistä laajempiin subjektipositioihin. Yksi valinnanvapauslakiehdotuksen kunnianhimoisista tavoitteista on ns. palveluintegraatio, jonka avulla mm. potilaan ja sosiaalihuollon asiakkaan identiteetit tulisivat oikeudellisesti lähemmäs toisiaan. HE 16/2018 vp, erityisesti s. 99–100. Samaan viittaa uuden itsemääräämislakiehdotuksen työnimi potilas- ja asiakaslaki.

kuvastuu heikosti. Toisaalta subjektipositiosidonnaisuus voitaisiin nähdä edellä käsitellysti osana ihmisen ns. sosiaalista kansalaisuutta, jossa ihminen määritellään erityisesti sosiaalisten oikeuksien ja etuuksien näkökulmasta – nykyään ennen kaikkea osallisuuden sanaston avulla.[54] Vaikka tämä ei tarkoita perusoikeuksista luopumista yleisesti ja abstraktisti, rooli voi luoda oikeuksien piirin, joka on tietyissä tilanteissa oletusarvoisesta poikkeava. Tällaisen ”kansalaisuuden” sisältö ei ilmene suoraan mistään säännöksestä, vaan se on ymmärrettävä valtiosäännön kokonaisuuden perusteella.

Tästä voidaan päätellä kaksi asiaa. Ensinnäkin roolinsa kautta oikeudellisesti subjektivoidut henkilöt eivät lähtökohtaisesti nauti yhtä laajaa itsemääräämisoikeutta kuin muut. Heidän toimintakelpoisuuttaan voi olla rajoitettu, he voivat olla laitoksessa, mutta tästä ei välttämättä ole kyse. Heidän katsotaan olevan syystä tai toisesta kyvyttömiä tietämään oman intressinsä sisältöä tai toimimaan sen mukaisesti. Toiseksi pyrkimyksenä on osallisuutta ja itsemääräämisoikeutta vahvistamalla edistää näiden henkilöiden vaikutusmahdollisuuksia omaan elämäänsä: hoitoonsa, huoltoonsa, päivittäiseen selviytymiseensä; itsemääräämisoikeuden vahvistaminen implikoi myös itsemääräämisvastuuta. Samalla kuitenkin itsemääräämisoikeuden ulottuvuuden määrittäminen saattaa käydä yhä vaikeammaksi, kun esimerkiksi vammaisen henkilön alentuneen itsemääräämiskyvyn vuoksi voi olla vaikeaa hahmottaa hoito- ja rajoitustoimenpiteen välistä eroa.

Niinpä yksilö oletetaan aktiiviseksi ja kykeneväksi silloinkin – ehkä etenkin silloin – kun hän tarvitsisi apua ja tukea. Näyttääkin siltä, että itsemääräämisoikeuden vahvistamisen muodossa ideologia *aktiivisesta kansalaisuudesta* on saamassa uutta institutionaalista tukea. *Toomas Kotkaksen* mukaan aktiivisen kansalaisen käsitteellä viitataan kolmeen erilaiseen rooliin. Ensinnäkin se tarkoittaa velvollisuuksien lisäämistä (*vastuullinen kansalainen*). Toiseksi kansalaiselle tarjotaan mahdollisuuksia valita itse palveluita sosiaali- ja terveyspalveluiden markkinoilla (*kuluttajakansalainen*). Kolmanneksi kansalaisille annetaan mahdollisuuksia osallistua sosiaali- ja terveyspalveluita koskevaan suunniteluun ja päätöksentekoon (*itsemääräävä kansalainen*).[55] Niinpä osallistuva subjekti – itsemääräävä, vastuullinen kuluttajakansalainen – tietää mihin hän on oikeutettu, haluaa käyttää tätä oikeutta, vertailee vaihtoehtoja ja hyväksyy sen, millaisen toimijan nämä oikeudet ja palvelut hänestä rakentavat. Hänen pitäisi myös jaksaa ja osata olla tällainen subjekti. Annan kaksi ajankohtaista esimerkkiä tutkimuskirjallisuudesta.

54. Kotkas 2009, s. 207–211.

55. Toomas Kotkas, Sopimuksellisuus sosiaalioikeudessa – esimerkkinä julkisen työvoimapalvelun ja työttömyysturvan asiakassuunnitelmat. Lakimies 7–8/2012, s. 1187–1204, 1194. Ks. myös Johansson – Hvinden 2007.

Ensiksikin aktiivista kansalaisuutta on tutkittu sote-uudistuksen kontekstissa, Suomen Akatemian rahoittamassa Hauras toimijuus ja toiminnan sidokset -tutkimusprojektissa.[56] Projektin johtaja *Marja-Liisa Honkasalo* kirjoittaa, miten valinnanvapaudella on arvoulottuvuus: ”*Se kantaa mukanaan yksilöllisyyden eetosta, jonka varassa hoito ja sairaus ymmärretään yksilöllisenä valintana, irrallaan yhteiskunnallista yhteyksistä*.”[57] Kirjallisuudessa puhutaan myös haavoittuneesta kansalaisesta. Honkasalon mukaan työuupumuksen, masennuksen ja voimattomuuden eri muodoissaan voidaan nähdä kuvaavan haavoittunutta kansalaista, joka juuri haavoittuneisuutensa vuoksi saattaa joutua hallinnan kohteeksi. Hän katsoo haavoittuvuuden olevan tässä yhteydessä nimenomaan modernin yksilön määre, mistä syystä haavoittuvuutta koskeva keskustelu samoin kuin valinnanvapaus on vienyt yhä yksilöllistyvään politiikkaan. Kuten edellä on kuvattu, tämä on kuluttajuuden ja itsemääräämisen kääntöpuoli ja peruste hallinnallisille toimille.

Haavoittunut kansalainen on kuitenkin ristiriitainen ja hankala henkilö; ihmiset ja tapaukset, joita on vaikea kategorisoida, edellyttävät erityistä hallintaa.[58] Toisaalta hallinnan kohteeksi ”joutuminen” viittaa juuri siihen, että pakko tai hallinta olisi aina huono tai epätoivottava seuraus. Kuten edellä on käynyt ilmi, liberaalin itsemääräämisoikeuden rajoittaminen ja sen osittainen korvaaminen sosiaalisella variantilla voidaan nähdä PL 19 §:n, oikeuden välttämättömään huolenpitoon, näkökulmasta. Voidaan kysyä, voiko tällainen tilanne hahmottua myös pääsynä pois itsemäärämisvastuusta ja aktiivisesta kansalaisuudesta. Tällainen ajattelutapa kuitenkin asettuu vastoin liberaalia hallinnan tapaa. Onko haavoittunut kansalainen myös julkisen vallan tuottama subjektipositio vai epäonnistunutta aktiivista kansalaisuutta? Voiko itsemääräämisvastuusta vapautuminen olla perusteltua terapeuttisesta näkökulmasta? Voiko se olla sallitun ohella hyväksi kohteelleen?[59]

Toiseksi itsemääräämisen ja hallinnan, tai liberalistisen ja sosiaalisen itsemääräämisoikeuden, paradoksaalinen kierre ilmenee ns. sopimuksellisten elementtien vahvistumisesta myös muualla sosiaalioikeudessa, missä kontekstissa Kotkas aktiivisen kansalaisuuden ajatustaan kehitteleekin. Sopimuksellisuudella tarkoitetaan sopimus-sanaston ilmaantumista sosiaalioikeudelliseen kontekstiin myös silloin, kun aidosta sopimuksesta ei ole kyse; kyse ei siis ole yksinomaan yksityistämiseen tai ulkoistamiseen liittyvistä kysymyksistä. Subjektipositiosta

56. Http://blogs.helsinki.fi/vulnerablelives/.
57. Https://antroblogi.fi/2017/11/haavoittuvuus-ja-valinnanvapaus/.
58. Ibid, ks. myös toimijuuden käsitteestä teoreettisesti etnografiassa ja antropologiassa, Marja-Liisa Honkasalo – Kaisa Ketokivi – Anna Leppo, Moniselitteinen ja hämärä toimijuus. Sosiologia 4/2014, s. 365–372.
59. Vrt. esim. EOAK 3106/2010: Psykiatriseen tahdosta riippumattomaan sairaalahoitoon ottaminen. Tapauksessa kyse oli hoitohenkilökunnan aktiivisen suojeluvelvoitteen ulottuvuudesta, kun potilasta ei otettu tahdosta riippumattomaan hoitoon.

riippuen erilaiset suunnitelmat – työttömän ”työllistymissuunnitelma” ja ”aktivointisuunnitelma” tai maahanmuuttajan ”kotouttamissuunnitelma” – voidaan mainita esimerkkeinä tällaisista tilanteista.[60] Suunnitelmilla on tarkoitus osallistaa ja sitouttaa ihminen oman asiansa edistämiseen.[61]

Kiinnostavaa on, kuten Kotkas esittää, että tällaiset suunnitelmat – vaikka niistä ”neuvotellaan”, niistä ”sovitaan” ja ne ”allekirjoitetaan” – eivät aidosti perustu yksityisoikeudellisen sopimusvapauden käyttöön. Kuitenkin sopimus-kieli antaa ymmärtää, että vapaus olisi laajempi kuin se onkaan. Kieltäytyminen suunnitelman tekemisestä voi johtaa etuuksien menettämiseen. Kirjallisuudessa tällaisia suunnitelmia on luonnehdittu mm. kurinpitosopimuksiksi tai yksilöllisiksi yhteiskuntasopimuksiksi (*individual social contract*).[62] Artikkelin alussa mainittu työttömyysturvan aktiivimalli vie ajatuksen vielä pidemmälle, tilanteeseen, jossa toimettomuus sanktioidaan.[63]

Se, että yksilöä itsemääräämisoikeuden nimissä osallistetaan, vastuullistetaan ja aktivoidaan oman asiansa hoitamiseen ja oman etunsa edistämiseen, voi käytännössä merkittävästi rajoittaa hänen tosiasiallisia toisintoimimismahdollisuuksiaan, kuten Kotkas artikkelissaan osoittaa. Näin on kahdesta syystä. Ensiksikin viitekehys, jossa itsemääräämisoikeutta saa käyttää, on julkisen vallan määrittämä. Toiseksi julkinen valta kuitenkin arvioi itsemääräämisoikeuden käytön arvon mm. peilaamalla sitä itsemääräämiskykyarvioon, suostumuksen painoarvoon tai yksilön kelpoisuuteen saada tiettyjä etuuksia. Niinpä voidaan väittää, että itsemääräämisoikeus ja sen rajoittaminen muodostavat eräänlaisen jatkumon, joka epäsuorasti kertoo eri varianttien arvojärjestyksestä. Liberalistinen variantti on selvemmin oikeudellisesti säännelty – rajoittaminen vaatii tavallisesti muutoksenhakukelpoisen hallintopäätöksen – kun taas sosiaalista itsemääräämistä hallitaan oikeudellisesti epämääräisemmillä suunnitelmilla, tuoreimpina esimerkkeinä edellä mainitut valinnanvapauslakiehdotuksen mukainen asiakassuunnitelma ja itsemääräämislakiehdotuksen mukainen itsemääräämissuunnitelma.

60. Kotkas 2012, s. 1187–1204. Ks. myös Pasi Pölönen, Sopimuksellisuus julkishallinnon järjestämisessä. Lakimies 7–8/2012, s. 1149–1167.
61. Elsa Keskitalo, Individualizing welfare provision. The integrated approach of the Finnish activation reform, s. 67–79 teoksessa Johansson – Hvinden (eds) 2007. Valinnanvapauslakiehdotuksessa (HE 16/2018 vp) ”asiakassuunnitelmalla” on ratkaiseva rooli ns. palveluintegraation mahdollistamiseksi. Perustuslakivaliokunta katsoi asiakassuunnitelman oikeusvaikutuksiltaan epäselväksi (PeVL 15/2018 vp).
62. Kotkas 2012, s. 1187–1204.
63. Vrt. Ari Hirvonen, Pahat toimettomat. Irtolaisuus sosiaalioikeuden ja sosiaalipolitiikan peilinä, s. 13–46 teoksessa Pajukoski – Hänninen – Kotkas – Nykänen – Sakslin (toim.) 2013.

5. Lopuksi: yksilöllinen yhteiskuntasopimus?

Olen edellä tarkastellut joitakin itsemääräämisoikeuden ulottuvuuksia oikeusjärjestyksessämme. Artikkelin alussa esitin, että itsemääräämisoikeutta voidaan säännellä julkisen vallan optimaalisen puuttumisen kannalta juuri oikeuden implisiittisyyden ja sen kahden variantin, liberalistisen ja sosiaalisen, avulla. Esitin, että ensiksi mainittu tarkoittaa julkisen vallan puuttumattomuutta, kun taas jälkimmäinen toimii julkisen vallan toimien piirissä. Samoin olen argumentoinut, että sosiaalisen itsemääräämisoikeuden käytön odotetaan perustuvan punnittuun itsemääräämiskykyyn, missä mielessä sen kutsuminen itsemääräämisoikeudeksi on harhaanjohtavaa. Niinpä hieman kärjistäen voidaan väittää, että täysivaltaisiksi katsotut yksilöt nauttivat liberalistista ja sosiaalioikeudelliseen rooliin subjektivoidut sosiaalista, julkisen vallan tiukemmin hallinnoimaa itsemääräämisoikeutta.

Väitin myös, että valtiosääntöinen managerialismi on se tekniikka, jolla tämä hallinnallinen strategia muuntuu lainsäädännöksi. Tämä ajatus on saanut vahvistusta lainsäädäntöesimerkkien tarkastelussa; etenkin translain muuttamista koskeva vaiteliaisuus on tästä paljonpuhuva esimerkki. On muun muassa käynyt ilmi, että liberaalin itsemääräämisoikeuden rajoitukset voivat toimia sosiaalisen itsemääräämisoikeuden vahvistamisen piilevänä perusteluna ja tavallaan myös loogisena välttämättömyytenä. Näin ollen sen lisäksi, että poliittinen todellisuus vaikuttaa itsemääräämisoikeuden sisältöön ja alaan, myös muita perusoikeuksia voidaan käyttää samaan tarkoitukseen (ks. edellä PL 19 §, PL 7 § ja PL 6 §). Yhtäältä perusoikeusjärjestelmän kannalta tällaiset perustelut voivat olla uskottavampia ja hyväksyttävämpiä. Toisaalta tämä kuitenkin kertoo siitä, että itsemääräämisoikeus ei ole puhtaasti ”metaoikeus”, vaan se voi joutua jännitteeseen muiden perusoikeuksien – jopa oman ensisijaisen oikeusperustansa – kanssa. Tämä joustavuus, implisiittisyys ja valikoiva metatasoisuus tekevät itsemääräämisoikeudesta hallinnan välineen, kun arvioidaan ja annostellaan sitä, miten paljon ja minkälaista vapautta ihmisille eri subjektipositioissa kuuluu.

Vaikka hallintaa ei moniulotteisuudessaan voida rajoittaa valtion viitekehykseen, voidaan valtion tehtävänä nähdä piilevästi myös sille hyödyllisten subjektien tuottaminen. Niinpä ihmisistä tulee hallinnan kohteen ohella hallinnan väline, kun sitä, miten itsemääräämisoikeutta tulisi käyttää, ohjaillaan yhteiskunnallisesti. Tähän viittaavat mm. edellä kuvatut aktiivisuuteen, itsemääräämiseen ja kuluttajuuteen perustuvat kansalaisuuden teknologiat, joiden merkityksen voi arvioida vain kasvavan etenkin valmisteilla olevan sote-uudistuksen vuoksi. Tällainen ajatus ei näennäisesti istu perusoikeusjärjestelmän ideologiseen viitekehykseen, jonka lähtökohtia ovat ihmisten vapaus, ihmisarvo ja itsemääräämisoikeus. Toisaalta esimerkiksi Foucault’n mukaan juuri ihmisten mieltäminen ensisijaisesti vapaiksi on liberaalissa hallinnan rationaliteetissa heidän hallitse-

misensa väline. Yhtäältä itsemääräämisoikeuden rajoitukset ja toisaalta niiden vahvistamispyrkimykset vahvistavat aktiivista kansalaisuutta, jonka tason, toteuttamismuodot ja arvon julkinen valta valitsee ja punnitsee.

Honkasaloa mukaillen voidaan kysyä, onko itsemääräämisoikeuden vahvistamisen taustalla ajatus rakenteellisten sosiaalisten ja poliittisten ongelmien mieltämisestä enenevässä määrin yksilötason kysymyksinä, joihin haetaan ensisijassa yksiöllisiä ratkaisuja. Sosiaalinen itsemääräämisoikeus onkin tavallaan yhteisöllisestä painotuksestaan huolimatta individualisoivaa. Kuten THL:n raportissa Hallintoalamaisesta aktiiviseksi valitsijaksi (2016) visioidaan, ”*Tulevaisuudessa ihmislähtöisen terveysajattelun tulee korvata palvelulähtöinen terveysajattelu. Terveyden käsite on kulttuurisidonnainen ja vaihtelee eri aikoina. Sairastavuuden muutoksen seurauksena terveyspalvelut ja valistus eivät riitä terveyden edistämiseksi, vaan tarvitaan myös ihmisten arkeen ulottuvia toimia. Tulevaisuudessa ihmisten omien valintojen merkitys korostuu. Se johtuu erityisesti elämäntapojen merkityksen painottumisesta sairauksien ennaltaehkäisyssä.*”[64] Näyttää siltä, että hallinta on menossa yhä yksilöllisempään ja yksilöä vastuullistavampaan suuntaan.

Tiivistäen argumenttini on, että diskursiivisesti ja oikeudellisesti vahvistuva itsemääräämisoikeus ei välttämättä tarkoita, että kansalaiset tulisivat samalla vapaammiksi tai vähemmän oikeudellisesti hallituksi. Sen sijaan esitän, että julkisen vallan pakkoon perustuva legitimaatiorakenne on kenties murroksessa: pakkovallan legitimaatio ei voi muuttua yksilölliseen, tapauskohtaiseen suostumukseen ja osallistumiseen perustuvaksi ilman, että se samalla menettää pakkoluonteensa. Itsemääräämisoikeuden vahvistamisella voi olla paradoksaalisesti normalisoiva vaikutus; se mahdollistaa asianmukaisen hallinnan vapauden ja siihen puuttumisen välissä siten, että oikeuksien kielestä ei tarvitse tinkiä. Näin itsemääräämisoikeuden käytön ohjailun voi epäsuorasti nähdä osana julkisen vallan – viime kädessä pakkovallan – käyttämistä. Tämä kaikki kuitenkin tapahtuu ilman, että valtiosäännössämme näkyy mitään muutoksen merkkejä; valtiosääntöisen managerialismin viitekehyksessä tämä voi tapahtua lain kirjaimeen koskematta.

64. Tämän trendin jopa toivotaan vahvistuvan. Ks. Maijaliisa Junnila – Laura Hietapakka – Anne Whellams (toim.), Hallintoalamaisesta aktiiviseksi valitsijaksi. Valinnanvapauden muotoutuminen sote-palveluissa. Terveyden ja hyvinvoinnin laitos. Raportti 11/2016, s. 219–221, 220.

Managed autonomy? The right of self-determination as a means of control

IDA KOIVISTO, LL.D., Associate Professor of Public Law, University of Helsinki

The article concerns a situation where personal autonomy (or, the right of self-determination) is being increasingly emphasised in the Finnish legal system, but at the same time, where the ways in which that autonomy is being exercised are subject to close scrutiny. The author adopts a critical perspective, approaching the topic not only from a jurisprudential, but also from a governmentality viewpoint. The author sees personal autonomy as an implicit fundamental right, which is further divided into liberalistic and social variants, and offers three recent legislative examples to illustrate the strengthening of the right to personal autonomy. The intersection of these themes is discussed from the perspectives of so-called constitutional managerialism and the surreptitious forms of governance. The author discusses also the subject positions which are related to the exercise of personal autonomy. The fact that personal autonomy is referred to when an individual is being engaged, encouraged to participate, and also encouraged to carry increasing responsibility of his or her own well-being, may in practice narrow down his or her actual freedom. Thus, it can be argued that personal autonomy and its restrictions create a continuum which indirectly illustrates the hierarchy of these variants. The liberalistic variant has a clearer legal definition – restriction of the right typically requires a formal decision with the possibility to appeal – whereas the social variant is governed by more vague legal devices. Hence, personal autonomy may be seen as a construction which enables the implicit use of public power. It can be hypothesised that governance through personal autonomy will increase in the future, in particular in the context of the currently active process of social and health services reform.

Tuula Linna

Sustainability ja prosessit – kestävää siviiliprosessioikeutta?

Lakimies
6/2018
s. 651–676

HAKUSANAT: prosessioikeus, kestävä kehitys, oikeudenmukaisuus, oikeudenkäynti, sovittelu, insolvenssimenettelyt

1. Kaikki on nykyään sustainabilitya...

Sanaa kestävyys käytetään usein merkityksessä 'kestävä kehitys'. Kestävällä kehityksellä tarkoitetaan normatiivis-käsitteellistä lähestymistapaa, jossa taloudellinen kehitys, sosiaalinen hyvinvointi ja ympäristön suojelu yhdistetään päätöksenteossa.[1]

Kestävän kehityksen näkökulma vakiinnutti paikkansa niin sanotun Brundtland-komission raportin myötä.[2] Vuonna 1987 siinä valettiin pohja tulevalle ja yhä laajentuvalle kestävyyttä koskevalle keskustelulle. Komissio antoi kestävyydelle seuraavan, usein siteeratun määritelmän:

> "a strategy of social development that meets the needs of present without compromising the ability of future generations to meet their own needs".

Komission perustaja ja puheenjohtaja *Gro Harlem Brundtland* totesi raportin esipuheessa, että komission tehtävänä oli muotoilla tulevaisuutta koskeva *globaali agenda*. Katsanto oli siten ihmiskunnan kattava ja sukupolvet ylittävä. Komissio piti ympäristökysymyksiä ja kehitystä keskeisinä seikkoina, mutta ei rajoittunut niihin. Puheenjohtajan sanoja vapaasti siteeraten: ympäristö on asumuksemme ja kehitys on se, miten yritämme olosuhteitamme tässä majassa parantaa.[3]

Brundtland-komission raportin julkistamisen aikaan tuskin kukaan olisi voinut kuvitella, että kestävyyttä koskeva keskustelu johtaa muutamassa vuosikymmenessä erityisen tieteenalan, kestävyystieteen (*sustainability science*), syn-

* *Tuula Linna*, OTT, professori, Helsingin yliopisto.

1. Näin John C. Dernbach, Sustainable development in law practice: A lens for addressing all legal problems. Denver University Law Review 95(123) 2017, s. 123–190, 123, 125 (http://ssrn.com/abstract=2836985).
2. World Commission on Environment and Development 1987. Ks. maailmankomission työstä mm. Elina Pirjatanniemi, Vihertyvä rikosoikeus. Edita 2005, s. 46–48.
3. "The 'environment' is where we all live; and 'development' is what we all do in attempting to improve our lot within that abode."

tymiseen ja voimistumiseen.[4] Ilmastonmuutoksen ja muiden globaalien ympäristökysymysten lisäksi kestävyystieteessä pyritään yhdistämään luonnontieteet, sosiaalitieteet ja humanistiset tieteet (laajassa merkityksessä 'humanities') kokonaisvaltaiseksi lähestymistavaksi.[5]

Kestävyystieteessä oli vuoteen 2015 mennessä julkaistu yli 135 000 tutkimusta. Laajin tutkimussektori on ollut ympäristötutkimus (noin 20 000 tutkimusta mainittuun vuoteen mennessä), mutta melkein yhtä laajoja ovat taloutta ja liiketoimintaa (lähes 18 000) sekä energiataloutta (yli 17 000) koskevat tutkimusalat. Lisäksi tutkimusaloina ovat muun muassa kalastus, metsätalous, terveydenhoito ja kuljetus.[6] Kestävyystiede on siten varsin monimuotoista: globaali ja alueellinen resurssien hallinta ei ole yksin ekologinen, taloudellinen tai sosiaalinen kysymys vaan niiden yhdistelmä.

> Kuitenkin myös kestävyystieteessä on havaittu tiettyä siiloutumista. Ekologisessa säilyttämissuuntauksessa ei aina oteta huomioon yksityisten ja yritysten intressejä eikä joustavuutta. Teollis-teknologista kehitystä korostavat ekonomistit saattavat toimia ikään kuin luonnonvarojen käyttöön liittyvää epävarmuutta ei olisi ja se voitaisiin korvata insinööritieteellä. Sosiaalisia intressejä painottavat saattavat puolestaan toimia ikään kuin yhteiskunnallinen kehitys voittaisi kaikki luontoa koskevat rajoitukset. Siiloutuminen näkyy myös siinä, että kestävyystieteen eri pilarien väliset ristiin viittaukset ovat tutkimuksessa melko vähäisiä.[7]

Otan tämän kirjoituksen pohjaksi UNESCOn esittämän jaotuksen kestävän kehityksen osa-alueista, joita ovat liukuvin rajoin *ekologinen, taloudellinen, sosiaalinen* ja *poliittinen pilari*.[8] Luen sosiaaliseen kestävyyteen myös *kulttuurisen*

4. Ks. tästä – vaikeasti määriteltävissä olevasta – tieteenalasta mm. Robert Kates et al., Sustainability Science. Research and Assessment Systems for Sustainability Program Discussion Paper 2000-33. Cambridge 2001. Ks. myös UNESCOn Science for a Sustainable Future -sivusto: https://en.unesco.org/themes/science-sustainable-future. Kestävyystieteen juuret on paikannettu USA:n kansalliseen tutkimusneuvostoon (NRC), jonka kestävän kehityksen toimikunta teki ehdotuksen uudesta, tieteenrajat ylittävästä tieteenalasta. Ks. kootusti taustoista sekä kestävyystieteen teorian ja metodologian kehityksen tilasta Katriina Soini, Kestävyystiede – kestävyystutkimuksen uusi paradigma. Tieteessä tapahtuu 1/2017, s. 37–42. Myös Suomessa kestävyystiede nostaa vahvasti päätään – osoituksena tästä on Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan yhteydessä toimiva, vuonna 2018 perustettu Kestävyystieteiden instituutti (HELSUS).
5. Sustainability Science -journaalin päätoimittaja Kazuhiko Takeuchin mukaan sustainability tarkoittaa "dynamic stability in global, social, and human systems and their interactions over time" (http://www.springer.com/environment/environmental+management/journal/11625).
6. Sustainability Science -journaalissa julkaistu, Y. Kajikawan laatima kuvio osoittaa eri tutkimusalojen osuudet kestävyystieteen tutkimuksesta (http://www.springer.com/environment/environmental+management/journal/11625).
7. Tom Dedeurwaerdere, Sustainability Science for Strong Sustainability. Edward Elgar 2014, s. 3 ja 42.
8. Http://www.unesco.org/education/tlsf/mods/theme_a/popups/mod04t01s03.html – myös EU on komission suulla julistanut, että se kaikin käytettävissään olevin keinoin, mukaan luettuna

kestävyyden. Kyseessä on vain esitystekninen luokittelu. Keskeistä on, että ympäristökysymysten lisäksi kestävyyteen on taloudellinen, sosiaalis-kulttuurinen ja poliittinen näkökulma.[9]

Yksi keskeinen haaste tuotannossa, kulutuksessa ja yhteiskunnallis-poliittisessa toiminnassa on, miten toimitaan resursseja säästäen ja suojellen. Kuluttajaan nähden tämä ilmentyy vaatimuksena käyttää kulutushyödykkeitä älykkäämmin, pidempään ja uudestaan. Myös hyödykkeiden tuotanto- ja jakeluketjun tulee olla resurssiviisas ja vastuullinen.[10] Tähän vastaa osaltaan niin sanottu *corporate social responsibility* (CSR), jossa kiinnitetään huomiota yritystoiminnassa liike-elämän etiikkaan sekä ympäristöä koskeviin ja sosiaalisiin kysymyksiin. Hieman laajemmassa merkityksessä voidaan puhua kestävistä yhtiöistä ('sustainable companies') ja todeta, että "business as usual is no longer an option".[11]

> Suppeassa merkityksessä taloudellinen kestävyys (economic sustainability) tarkoittaa toimintaa tavalla, joka turvaa yhtiön toimintaedellytykset pitkällä aikavälillä (vrt. lyhyen aikavälin voiton maksimointi), ja laajemmassa merkityksessä toimintaa tavalla, joka yleisemmin turvaa markkinoiden toimivuuden (kuten pidättäytyminen lahjon-

parempi sääntely, tulee edistämään kestävyyden kolmea pilaria (sosiaalinen, ympäristöllinen ja taloudellinen kestävyys, ks. https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/communication-next-steps-sustainable-europe-20161122_e).

9. Kestävyydessä on kysymys järjestelmän säilyttämisestä ('system maintenance'). Tämä tarkoittaa muun muassa sitä, etteivät toimemme vaikuta maaperään tai ilmakehään tavalla, joka sisältää uhan pitkäaikaiselle elinkelpoisuudelle. Kuitenkin kestävyys on tätä huomattavasti laajempi käsite, johon kuuluvat myös muun muassa taloudelliset ja sosiaaliset näkökulmat. Ks. Andrew Crane – Dirk Matten, Business Ethics: Managing Corporate Citizenship and Sustainability in the Age of Globalization. Fourth edition. Oxford University Press 2016, s. 31–32.
10. Kristin Leismann – Martina Schmitt – Holger Rohn – Carolin Baedeker, Collaborative Consumption: Towards a Resource-Saving Consumption Culture. Resources 2(3) 2013, s. 184–203 (https://doi.org/10.3390/resources2030184). Ks. myös esim. Dara O'Rourke – Niklas Lollo, Transforming Consumption: From Decoupling, to Behavior Change, to System Changes for Sustainable Consumption. Annual Review of Environment and Resources 2015, s. 233–259 (http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-environ-102014-021224) – suomalaisesta kirjallisuudesta ks. mm. Jaakko Salmisen tuotanto, kuten väitöskirja From national product liability to transnational production liability: conceptualizing the relationship of law and global supply chains. Turun yliopisto 2017. Mainittakoon, että Sustainability-journaalissa on ilmestymässä erikoisnumero 'Law and Sustainability in Global Value Chains', jossa Salminen on toinen vierailevista toimittajista.
11. Näin Beate Sjåfjell ja Jukka Mähönen kirjoituksessaan Upgrading the Nordic Corporate Governance Model for Sustainable Companies. European Company Law 11(2) 2014, s. 58–62, 58, 62 (https://ssrn.com/abstract=2471495). Kirjoittajat ehdottavat useita muutoksia lähtien yhtiön tarkoituksen uudelleen määrittämisestä. Ks. myös Egle Lauraityte – Paulius Miliauskas, Sustainable Companies under the Lithuanian Company Law. University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2013-10 (https://ssrn.com/abstract=2248591) sekä Jingchen Zhao – John Paul Tribe, Corporate Social Responsibility in an Insolvent Environment: Directors' Continuing Obligations in English Law. International Company and Commercial Law Review 21(9) 2010, s. 305–331 (https://ssrn.com/abstract=1914741).

nasta ja veronkierrosta).[12] CSR on nähty selittäväksi tekijäksi kestävyysmanagementin ja yrityksen pitkäikäisyyden välillä, ja kestävyys voi ympäristöllisen, sosiaalisen ja taloudellisen pilarin tuella alentaa myös konkurssiriskiä.[13]

Kestävyys sosiaalis-ekologisen analyysin kontekstissa tarkoittaa tärkeiden pääomien säilyttämistä.[14] Itse asiassa kestävyyden idea on kovin yksinkertainen: perussääntö on säilyttää ne olosuhteet, joista elämä on riippuvainen. Kestävyydessä on kyse sellaisen vakauden löytämisestä, jossa ihmiskunnan hyvinvointi ja taloudellinen kasvu ovat mahdollisia ilman (perimmäistä) uhkaa ihmisille ja luonnolle.[15]

Kestävyydelle on keskeistä jatkuvuus, toisin sanoen jonkin säilyttäminen. Sen sijaan eri näkemyksiä on siitä, *mitä* pitäisi säilyttää – ehkä tiettyjä järjestelmiä (ekosysteemejä tai sosiaalisia järjestelmiä) tai entiteettejä (lajeja, pääomia ja organisaatioita) taikka esimerkiksi terveyttä ja hyvinvointia. Lähtökohtana on, että kaikki sellainen, jolla on arvoa tai joka voi tuottaa arvoa, tulisi säilyttää.[16] Yksinkertaistaen voidaan sanoa, että sustainability-käsite liittyy tarkoitukseen säästää ja suojella olemassa olevia ekologisia ja inhimillisen toiminnan tuloksena syntyneitä resursseja.

Viime kädessä kestävyyskeskustelussa on kysymys *etiikasta*.[17] Kestävän kehityksen ajatukseen kuuluu normatiivisuus ja arvosidonnaisuus sen suhteen, miten ihmisten tulisi toimia suhteessa luontoon ja ottaa vastuuta toinen toisistaan sekä tulevista sukupolvista.[18] Toisin sanoen, miten meidän *tulisi* toimia ja *kenen* arvot ratkaisevat.

12. Crane – Matten 2016, s. 34–35. Ks. yritysten yhteiskuntavastuun ja voitontuottamistarkoituksen suhteesta ja niin sanotusta 'valistuneesta arvonmaksimoinnista' Kai T. Kokko – Jukka Mähönen, Yritysten ympäristövastuu. Ympäristöjuridiikka 1/2015 s. 35–73, erit. 47–50.
13. Jean-Michel Sahut – Sandrine Boulerne – Medhi Mili – Frédéric Teulon, What relation exists between CSR and longevity of firms? International journal of business 17(2) 2012, s. 152–168 (http://doc.rero.ch/record/31179).
14. Dedeurwaerdere 2014, s. 13.
15. Ks. Kent E. Portney, Sustainability. The MIT Press 2015, s. 4.
16. Klara Helene Stumpf – Stefan Baumgärtner – Christian U Becker – Stefanie Sievers-Glotzbach, The Justice Dimension of Sustainability: A Systematic and General Conceptual Framework. Sustainability 7(6) 2015, s. 7438–7472, 7443 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2579346).
17. Ks. tältä osin kirjallisuudesta erityisesti Christian U Becker, Sustainability Ethics. The Pennsylvania State University 2010 (http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1626013). Becker korostaa sitä, ettei kysymys ole säilyttämisestä itsessään vaan keskeistä on perustavaa laatua olevien suhteiden kehittyminen – ihmisen suhde aikalaisiinsa, tuleviin sukupolviin ja luontoon. Ks. lisäksi Klaus Bosselmann, The Principle of Sustainability. 2nd Edition. Taylor & Francis 2016, s. 8–9. Myös CSR ja etiikka -kirjallisuutta on runsaasti, mainittakoon kriittinen kirjoitus Wayne Visser, The Age of Responsibility: CSR 2.0 and the New DNA of Business. Journal of Business Systems, Governance and Ethics 5(3) 2010, s. 7–22 (https://ssrn.com/abstract=1725159).
18. Stefan Baumgärtner – Martin Quaas, What is sustainability economics? Ecological Economics 69(3) 2010, s. 445–450, 445 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1469961).

Sustainability-konseptiota on sovitettu mitä moninaisimpiin viitekehyksiin.[19] Myös oikeudellisessa kontekstissa kestävyydellä on sijansa. Hyvinkin ilmeistä on, miten esimerkiksi ympäristöoikeus tai kuljetusoikeus liittyy ekologiseen kestävyyteen[20] ja yhtiöoikeus taloudelliseen kestävyyteen. Pohdin tässä kirjoituksessa, linkittyykö prosessioikeus kestävyyteen. Tarkoituksena ei ole prosessioikeuden 'viherpesu' tai keinotekoinen prosessioikeudellinen kestävyyskäsite vaan pikemminkin oikeudellinen transplanttikokeilu siitä, tarjoaako sustainability-näkökulma mielekkäitä lähestymistapoja prosessioikeuteen.

2. Sustainability, oikeus ja oikeudenmukaisuus

Prosessit kytkeytyvät kestävään kehitykseen oikeuden ja oikeudenmukaisuuden (justice) kautta. Oikeutta on pidetty hyvänä ehdokkaana kestävyyden normatiivisen dimension määrittämiseen; oikeus sopii välineeksi silloin, kun puhutaan rajoituksista, niukkuudesta ja konflikteista: "Justice concerns a fair balance of mutual claims and obligation within a community."[21]

Kestävällä kehityksellä tavoitellaan oikeutta ja oikeudenmukaisuutta ihmiskunnassa. Oikeutta onkin pidetty kestävyyden normatiivisena perustana.[22] Oikeudenmukaisuuden käsitteeseen sisältyy kolme relaatiota:[23]

Ks. kestävää kehitystä koskevasta tavoite/periaate-keskustelusta mm. Leila Suvantola, Huominen ei koskaan kuole. Edita 2006, s. 31 ss.

19. Esimerkkinä voidaan mainita teema 'sustainability and gender'. Ks. Ruth Meinzen-Dick – Chiara Kovarik – Agnes R. Quisumbing, Gender and Sustainability. Annual Review of Environment and Resources 39 2014, s. 29–55 (https://doi.org/10.1146/annurev-environ-101813-013240).
20. Ks. kestävän kehityksen oikeuden ja yritystoiminnan, erityisesti kuljetusoikeuden osalta Suomessa niin sanottu InterTran-projekti (Helsingin yliopisto, https://www.helsinki.fi/en/researchgroups/sustainable-law-and-business/about) ja etenkin Ellen Eftestøl-Wilhelmssonin tuotanto, kuten kirjoitus Sustainable mobility – Mot en grønn europeisk transportrett? JFT 3–4/2009, s. 225–234.
21. Stumpf et al. 2015, s. 7439.
22. Baumgärtner – Quaas 2010, s. 446.
23. Christian U. Becker, Sustainability Ethics and Sustainability Research. Springer 2012, s. 13 ss. ja Baumgärtner – Quaas 2010, s. 446. Ks. myös mm. Brian Barry, Sustainability and Intergenerational Justice. Theoria: A Journal of Social and Political Theory 44(89) 1997, s. 43–64 (https://www.jstor.org/stable/41802067?seq=1#page_scan_tab_contents), Aaron Golub – Maren Mahoney – John Harlow, Sustainability and intergenerational equity: do past injustices matter? Sustainability Science 8(2) 2013, s. 269–277 (https://link.springer.com/article/10.1007/s11625-013-0201-0) ja Edmund C. Stazyk – Alisa Moldavanova – H. George Frederickson, Sustainability, Intergenerational Social Equity, and the Socially Responsible Organization, Administration & Society 48(6) 2016, s. 655–682 (http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0095399713519094). Näihin prosesseihin saattaa ympäristön osalta liittyä

- oikeudenmukaisuus eri sukupolviin lukeutuvien ihmisten välillä (’intergenerational’ justice),
- oikeudenmukaisuus eri ihmisten välillä nykyisessä sukupolvessa (’intragenerational’ justice) ja
- oikeudenmukaisuus ihmisten ja luonnon välillä (’physiocentric ethics’).

Oikeudelliset prosessit koskevat pääosin keskimmäistä oikeudenmukaisuuden lohkoa. Tämä pätee myös niihin prosesseihin, joissa on kysymys ihmisten ja luonnon välisestä suhteesta silloin, kun tarkastellaan luontoarvojen menetykseen perustuvia korvauskysymyksiä.

Oikeuden ja kestävyyden rajapintaa voidaan tarkastella myös siitä näkökulmasta, *minkälaisten resurssien* säilyttämisestä on kyse. Kestävässä kehityksessä voidaan jaotella neljä pääomalajia:[24]

- inhimillinen pääoma (esimerkiksi osaaminen, tiede, tutkimus ja kehitys, patentit ja tavaramerkit),
- fyysinen pääoma (kuten tuotantokoneistot, infrastruktuuri ja rakennettu ympäristö),
- sosiaalinen pääoma (muun muassa lainsäädäntö, hallinto, sosiaaliset verkostot, luottamus ja legitimiteetti) sekä
- luontopääoma (uusiutuvat ja uusiutumattomat luonnonvarat).

Taloudellinen pääoma, kuten rahavarat, osakkeet ja pankkivarat, puolestaan mahdollistaa edellä mainittujen pääomalajien omistamisen ja kaupankäynnin. Oikeudellisissa prosesseissa on mahdollista eri tavoin säilyttää kaikkia yllä mainittuja pääomamuotoja. Suoja seuraa sovellettavasta laista – perusoikeuksista asetustasoisiin säännöksiin – tai esimerkiksi sovittelussa osapuolten arvomaailmasta.

Yksi kestävyyden osa-alue on, miten erilaisten pääomien *hallinnointi* suunnitellaan niin, että voidaan välttää resurssien tuhlaamista (’*non-wastefulness*’).[25] Prosesseihin linkittyvä resurssien hallinta on keskeinen näkökulma tässä kirjoituksessa.

Analysoitaessa oikeudellisia prosesseja kestävyyden kannalta pidän hyödyllisenä kestävyystieteessä tehtyä jaottelua *heikkoon kestävyyteen* (weak sustaina-

kysymys siitä, kuka edustaa luontoa. Ks. aihepiiristä Niina Mäntylä, Luonnon edustajien puhevalta. Vaasan yliopisto 2010.

24. Ks. ympäristöministeriö, http://www.ym.fi/fi-FI/Ymparisto/Kestava_kehitys/Mita_on_kestava_kehitys#Lähestymistapoja. Ks. myös mm. Neva R. Goodwin, Five Kinds of Capital: Useful Concepts for Sustainable Development. Tufts University 2003, Working paper No. 03-07 (http://www.ase.tufts.edu/gdae/publications/working_papers/03-07sustainabledevelopment.PDF).

25. Baumgärtner – Quaas 2010, s. 446–447.

bility) ja *vahvaan kestävyyteen* (strong sustainability). Heikko ja vahva kestävyys eroavat toisistaan arvottamisessa sen suhteen, *minkä tyyppistä* pääomaa tulee säilyttää.[26] Tämän kirjoituksen kannalta puheena oleva jaottelu liittyy muun muassa kysymykseen, onko ympäristövahinko korvattavissa rahalla.

Heikko kestävyys rakentuu ajatukselle, että luontopääoma on vain yksi pääomalajeista ja korvattavissa muilla pääoman muodoilla. Ratkaisevaa tulevaisuuteen nähden on tässä ajattelutavassa resurssien kokonaisvaranto, jossa ovat mukana sekä ihmisen aikaansaamat resurssit että luontopääoma. Luontopääoma voidaan käyttää, kunhan vastineeksi saadaan muuta varantoa, esimerkiksi teitä ja muuta infrastruktuuria. Riittävää on, että pääomien summa pysyy vähintään ennallaan. Heikko kestävyys on yleinen ajattelutapa taloustieteessä. Taustalla on ajatus, että taloudellinen kasvu voidaan irrottaa materiaalisesta panoksesta vähentämällä tuotantojärjestelmissä käytettäviä luonnonvaroja erityisesti teknisten innovaatioiden avulla. [27]

Vahvassa kestävyydessä puolestaan luontopääoma on erityisasemassa sillä perusteella, että luontopääoma ei ole korvattavissa muilla pääomalajeilla ('non-substitutability paradigm'). Vastaavasti vahva kestävyys tarkoittaa sitä, että kaikki luonnonvarat eivät ole vaihdettavissa teknologiseen tai ihmisen tuottamaan resurssiin. On olemassa kriittinen raja, jonka jälkeen kestävyys ei enää ole mahdollinen. Tällainen tila syntyy esimerkiksi, kun vesien hyödyntämisen kriittinen kynnys on ylitetty. Kynnyksen ylittäminen saattaa johtaa ekologisen järjestelmän romahtamiseen.

Tässä kirjoituksessa ei tehdä valintaa sen suhteen, kumpi kestävyyden muoto (heikko – vahva) on parempi. Tarkoitus on vain asemoida oikeudellisia prosesseja tämän kestävyystieteessä kehitetyn jaottelun suhteen.

Ilmaisut heikko ja vahva kestävyys ovat arvoväritteisiä. Pitäisin perustellumpana käyttää jotakin muuta, objektiivisempaa käsiteparia, kuten 'pääomaneutraali' ja 'luontopääomaprimääri' kestävyys. Tyydyn näillä selitesanoilla kuitenkin käyttämään kestävyystieteessä vakiintunutta terminologiaa.

26. Ks. kootusti mm. Stumpf et al. 2015, s. 7443–7444 ja laajasti Eric Neumayer, Weak Versus Strong Sustainability: Exploring the Limits of Two Opposing Paradigms. Edward Elgar Publishing 2013. Ks. myös Dedeurwaerdere 2014, s. 15–16 ja 140 ja Konrad Ott, Institutionalizing strong sustainability. Sustainability 6(2) 2014, s. 894–912.
27. Dedeurwaerdere (2014, s. 15–16 ja 140) huomauttaa, että teknologinen korvaaminen tosin sekin perustuu luonnonvarojen hyödyntämiseen, kuten lannoitteiden valmistus. Näin ollen kyseessä on lyhyen aikajänteen tarkastelutapa.

3. Sustainability-systematisointia prosessioikeuden kontekstissa

Oikeudellisten prosessien tarkastelua varten kestävyysteoriaa on syytä systematisoida eriyttämällä ne prosessit, joiden tarkoituksena ja tehtävänä on olemassa olevien resurssien säilyttäminen. Nimitän niitä *kestävyysfunktionaalisiksi* prosesseiksi. Resursseja saattaa tosiasiallisesti säilyä myös muiden prosessien seurauksena prosessin primääritarkoituksen sivutuotteena. Tällaisia prosesseja voidaan nimittää *kestävyysfaktisiksi* prosesseiksi.

Systematiikkaan on prosessien kannalta aiheellista lisätä vielä yksi muuttuja sen mukaan, toteutuuko säilyttäminen prosessin tuloksena vai siten, että prosessia kontrolloidaan tai rajoitetaan resurssien häviämisen estämiseksi. Ensin mainittuja voidaan nimittää *positiivisiksi* kestävyysprosesseiksi, jälkimmäisiä prosessia *rajoittaviksi* mekanismeiksi. Positiivinen kestävyysprosessi tuottaa kestävyyttä, kun taas prosessia rajoittava mekanismi ehkäisee tai rajoittaa resurssien säilymiseen negatiivisesti vaikututtavan prosessin haittoja. Näin voidaan muodostaa seuraavat yhdistelmät:

- positiivinen kestävyysfunktionaalinen prosessi, joka tuottaa heikkoa tai vahvaa kestävyyttä,
- positiivinen kestävyysfaktinen prosessi, josta seuraa heikkoa tai vahvaa kestävyyttä,
- prosessia rajoittava kestävyysfunktionaalinen mekanismi, joka estää resurssien häviämistä,
- prosessia rajoittava kestävyysfaktinen mekanismi, jonka seurauksena estyy resurssien häviämistä.

Yllä kehitelty teoreettinen viitekehys koskee *resurssien hallintaa* prosesseissa. Tämä on prosessien *sisäinen* näkökulma: prosessi on väline, jonka avulla pääomia voidaan säästää tarkoituksellisesti tai faktisesti. Eri asia on, että *prosessi itsessään* vaatii aina resursseja. Prosessi (menettely) ja esimerkiksi koko tuomioistuinlaitos (organisaatio) voidaan pyrkiä järjestämään resurssiviisaasti tarkoituksin välttää yhteiskunnan tai asianosaisten resurssien tuhlaamista. Tämä on prosessien kestävyyden *ulkoinen* näkökulma, jossa kyse on *prosessien hallinnasta* resurssien kannalta. Esimerkkinä tästä katsantojen erosta voidaan mainita yksinkertaistettu yrityksen saneerausmenettely (L yrityksen saneerauksesta, 47/1993, 90–92 §). Siinä on kyse resurssien säilyttämiseen pyrkivästä, itsessään kustannustehokkaasta prosessista. Kestävyys toteutuu siten samaan aikaan kahdella tasolla.

> Oikeudellista suunnittelua (*legal design*) voidaan käyttää sekä prosessin sisäisen että ulkoisen kestävyyden parantamiseksi. Resurssien säilyttämiseen liittyy valinta sen suhteen, mikä prosessi ja miten toteutettuna säilyttää parhaiten resursseja.

Valinnan tekeminen pääomien välillä resurssien hallinnassa saattaa aiheuttaa konflikteja: jos valitaan esimerkiksi luontopääoman säilyttäminen, joudutaan ratkaisemaan, *miten* tämä tavoite toteutetaan. Luontopääomaa ei ehkä kyetä säilyttämään ilman, että joku joutuu tekemään omia resurssejaan koskevan uhrauksen kestävyyden hyväksi. Yksimielisyys saastuneen maaperän puhdistamistarpeesta pohjaveden suojaamiseksi ei estä erimielisyyttä siitä, kenen taloudellisia resursseja tämän ekologisen pääoman ennallistamiseen ja suojaamiseen käytetään – yhteiskunnan vai esimerkiksi konkurssipesän. Kenelle toisin sanoen kuuluu sustainability-vastuu. Viime kädessä sustainability-vastuun määrääminen saattaa olla poliittinen kysymys: vastuu kuuluu sille taholle, jolle sen yhteiskunnassa halutaan kuuluvan. Sen sijaan se perimmäinen kysymys, jonka mukaan 'jonkun' on tällainen vastuu kannettava, on eettinen.

4. Kestävyys ja riidanratkaisu

4.1. Uusi suunta riidanratkaisuun?

Prosessioikeuden ydintä ovat erilaiset konfliktinratkaisua ja konfliktinhallintaa koskevat menettelyt (jälj. riidanratkaisumenettelyt[28]), kuten oikeudenkäynti, välimiesmenettely ja sovittelu. Oikeudenkäynti edustaa valtion oikeudenhoitovaltaa. Välimiesmenettely ja sovittelu ovat sille vaihtoehtoisia riidanratkaisumenettelyjä. Välimiesmenettely on tuomioistuimen ulkopuolista, yksityistä riidanratkaisutoimintaa, kun taas sovittelu voidaan toimittaa joko tuomioistuimessa tai sen ulkopuolella.

Kestävyyteen kuuluu – ulkoisesta näkökulmasta – se, miten valtio ja hallinto järjestävät toimintonsa kestävällä tavalla.[29] Oikeuslaitoksen osalta tämä koskee niin organisaatioita kuin menettelyjä.

Alexander de Savornin Lohmanin mukaan oikeusjärjestyksen ydin on säilyttää tasapaino sosiaalisissa suhteissa. Demokraattisissa valtioissa valtion oikeudenhoitovalta voidaan oikeuttaa vain, jos sen tarkoituksena on kestävyyden päämäärä. Oikeudenhoidon rakenteiden ja käytännön lainkäytön tulisi noudattaa kestävyyden periaatteita. Riidanratkaisutuomioistuimet ovat hänen mukaansa esimerkkejä rakenteellisesti kestävästä oikeudesta. Ne perustuvat periaatteeseen, jonka mukaan oikeudellista valtaa käytetään paremman maailman luomiseksi

28. Käytän tässä yhteydessä konfliktinratkaisua/-hallintaa ja riidanratkaisua synonyymeinä tekemättä eroa esimerkiksi sen suhteen, onko konflikti oikeudellistunut kannekelpoiseksi riita-asiaksi.
29. Portney 2015, s. 138.

ratkaisemalla yksilöiden ja yhteiskunnan ongelmia. Toisaalta hän toteaa, että kontradiktorisella oikeudenkäynnillä saattaa olla riidan eskaloinnin vuoksi raunioittavia seurauksia suhteille ja sitä kautta myös kestävyydelle yhteiskunnassa.[30] Joka tapauksessa de Savornin Lohman katsoo, että kestävyys vaikuttaa käänteentekevästi oikeusjärjestykseen:

> "A sustainable legal system converts jurisdiction into a catalyst for an improved society and a better quality of life. Once the sustainability concept has been integrated into jurisdiction, the legal system will no longer try to run after facts, but it rather becomes a steering mechanism and developments can be anticipated. This will allow the justice system to actively establish better relationships, which is exactly what the justice system is for."[31]

Sanoissa taitaa olla kyse jonkinasteisesta kestävyys(yli)optimismista. Mutta yhtä kaikki on hyödyllistä pohtia, miten riidanratkaisumenettelyjä voidaan jäsentää kestävyyden näkökulmasta.

Tarkastelen seuraavaksi riita-asian oikeudenkäyntiä ja sovittelua. Kestävyyden kannalta paljolti se, mitä todetaan oikeudenkäynnistä, koskee myös välimiesmenettelyä – kumpikin menettely perustuu auktoritatiiviseen riitakysymyksen ratkaisuun. Näiden siviiliprosessien lisäksi tässä yhteydessä tarkastelua ei ole mahdollista ulottaa rikosprosessiin.[32] Samoin tarkastelun ulkopuolelle jäävät hallinto- ja hallintolainkäyttöprosessit.[33] Näkökulmana on kestävyys yleisellä tasolla, joten esimerkiksi suuri määrä ympäristöoikeudellista ja yhtiöoikeudellista tutkimusta jää fokuksen ulkopuolelle.

4.2. Valtion riidanratkaisupalvelut ja tuomioistuinlaitos – kestävyys ja sen rajat

Tarkasteltaessa *ulkoisesta* näkökulmasta prosessien kestävyyttä esillä ovat ne *organisatoriset* järjestelmätason ratkaisut ja itse *menettelyt*, joilla lainkäytön lopputulos tuotetaan. Se, että valtio tarjoaa oikeuspalveluna riita-asian oikeudenkäynnin, kuuluu järjestelmätasolla kestävyyteen. Riidanratkaisujärjestelmien tarjolla oleminen itsessään edistää resurssien säilymistä. Ratkaisemattomat riidat muodostavat helposti esteitä kehitykselle ja tarkoituksenmukaiselle toiminnalle

30. Alexander F. de Savornin Lohman, Sustainable Justice Screening of Conflict Resolution Systems for Sustainability, and: How Does Restorative Justice Fit into the Picture? Tijdschrift voor Herstelrecht 4/2012, Dutch Flemish magazine for restorative justice, s. 2–3 ja 20 (https://ssrn.com/abstract=1879951).
31. de Savornin Lohman 2012, s. 2.
32. Myöskään aineellista rikosoikeutta ei tarkastella (esimerkiksi ympäristörikosoikeus).
33. Ne liittyvät kirjoituksen teemaan esimerkiksi silloin, kun konkurssipesälle viranomaisten asettama ympäristövelvoite johtaa muutoksenhakuun hallintolinjaa pitkin.

ja saattavat vaikeuttaa resurssien säilyttämistä. Esimerkiksi jos yritys on joutunut yrityksen varoja pitkäksi ajaksi sitovaan konfliktiin, saattavat tuotekehittelyyn tehdyt investoinnit jäädä hyödyntämättä tai ympäristökysymykset hoitamatta.

Tästä tarkastelukulmasta voidaan havaita kestävyyden liittymäkohta *oikeudenkäynnin funktioihin*, kuten oikeussuoja- ja riidanratkaisufunktioihin. Jollei yhteiskunnassa ole käytettävissä mekanismia, jonka avulla asianosainen voi hakea oikeussuojaa tai saada riitakysymyksen ratkaistuksi, jää yksityinen ja liiketaloudellinen toiminta vaille oikeudellista institutionaalista tukea.

Ulkoisesti riidanratkaisuprosesseja tarkasteltaessa voidaan kestävyyden näkökulmasta myös todeta, että kaikki sellaiset *yleiset prosessiperiaatteet*, kuten prosessin tarkoituksenmukaisuuden periaate (kustannukset, aika, varmuus), jotka nopeuttavat riidanratkaisua ja hillitsevät kulujen kasvua, edistävät samalla kestävyyttä. Muun muassa teknisten mahdollisuuksien hyödyntäminen, kuten todistajan etäkuuleminen ja sähköinen asiakirjan tiedoksianto, on kestävyyden kanssa sopusoinnussa. Kuitenkaan prosessin tarkoituksenmukaisuuden periaate ei samastu prosessin lopputuloksen kestävyyteen: prosessi itsessään saattaa olla halpa, nopea ja varma, mutta tuottaa lopputuloksen, jossa tuhlataan esimerkiksi inhimillisiä tai ekologisia pääomia.

Kestävyyden kannalta olennaista on, kuinka resursseja säästävästi oikeussuojaa jakava koneisto voidaan järjestää ilman, että lainkäyttöön kuuluvat oikeusturva, oikeusvarmuus ja riippumattomuus kärsivät. Hallinnollisella ohjauksella voidaan päästä resurssiviisaaseen menettelyyn ja yhdenmukaisuuteen, mutta silloin joudutaan tinkimään lainkäytön riippumattomuudesta. Oikeusjärjestelmissä on olemassa kriittisiä kynnyskysymyksiä, kuten juuri lainkäytön riippumattomuus, joiden rajoissa (muun) kestävyyden kehittämisen tulee pysyä.

Prejudikaattijärjestelmä voidaan luontevasti kytkeä kestävyyteen: käyttämällä kertaalleen tuomariresurssi käräjäoikeus – hovioikeus – korkein oikeus -ketjussa saadaan *ohjausvaikutus* myöhemmin esiin nouseviin samanlaisiin tapauksiin. Tällöin esimerkiksi asianajaja ei välttämättä neuvo asiakastaan oikeudenkäynnin tielle, vaan oikeudellinen palvelu muotoillaan neuvotteluksi vastapuolen kanssa tai asiakkaalle annettavaksi mukautumisohjeeksi.

> Vastaavanlaisia kestävyyden näkökulmia liittyy myös muihin prosesseihin, joilla on ohjausvaikutus. Tällaisia ovat esimerkiksi *ennakkopäätösvalitus* käräjäoikeudesta suoraan korkeimpaan oikeuteen (OK 30 a luku) ja *kollektiivisen oikeussuojan kannetyypit* (kuten ryhmäkanne, yhteiskanne ja pilottikanne).

Prejudikaattien ohjausvaikutus monistaa oikeudellisen tuomariosaamisen samanlaisiin asioihin lähtökohtaisesti asianosaisista, ajasta ja paikasta riippumattomasti. Toisaalta, verrattuna ohjaamiseen lainsäädännön kautta, prejudikaattijärjestelmään liittyy se keskeinen rajoitus, että ennakkotapaukseen sisältyvää oikeusohjetta voidaan soveltaa vain riittävän samanlaisissa faktakombinaatioissa ja edellyttäen, että prejudikaatin antamisessa on laadullisesti onnistuttu. Tässä

merkityksessä yleinen lainsäädäntö on ohjausvaikutukseltaan laajempi ja myös sitova. Ennakkotapausjärjestelmän osalta kriittinen kynnyskysymys on ohjaamisen pysyminen 'omalla tontilla'; korkeimmillekaan asteille ei ole perustuslaissa annettu tehtäväksi pyrkiä tuottamaan yleisiä normeja.

On siten olemassa kriittisiä kynnyksiä, jotka ilmentävät eräänlaista oikeudellista vahvaa kestävyyttä merkityksessä oikeusvaltioperustan jatkuvuus ja asettavat rajat prosessien muun kestävyyden kehittämiselle. Näiden huomioiden myötä jätän riidanratkaisuprosessien kestävyyttä koskevan ulkoisen näkökulman ja siirryn sisäiseen näkökulmaan kysymällä, tuottavatko riidanratkaisuprosessit kestävyyttä.

4.3. Riita-asian oikeudenkäynti – tuloksena laillisuutta

Riita-asian oikeudenkäynnin tarkoituksena on tuottaa *lain mukainen* lopputulos vireillä olevassa asiassa. Tuomioistuin ei voi antaa merkitystä tuomiota laatiessaan sille, onko riidan lopputulos kestävyyden kannalta perusteltu. Jos kantajan kanteen hyväksymiselle tai hylkäämiselle on lakiin perustuvat syyt, ei esimerkiksi luonnonvarojen, immateriaalisen varallisuuden taikka työpaikkojen säilyminen vaikuta tuomioon. Ei ole tuomarin vaan lainsäätäjän tehtävä toteuttaa kestävyyttä. Vaikkakaan kestävyyden suosiminen tulkinnallisessa tasatilanteessa ei liene suorastaan laillisuusperiaatteen vastaista – ainakaan, jos se on neutraali suhteessa asianosaisiin – on kestävyyden asettaminen ratkaisukriteeriksi riita-asian oikeudenkäynnissä melkoisen vieras ajatus.[34] Riita-asian oikeudenkäynti ei ole kestävyysfunktionaalinen prosessi. Jos oikeudenkäynti tuottaa kestävyyttä, se johtuu sovellettavasta laista, ei oikeudenkäynnistä itsestään.

Oikeudenkäynti sen sijaan saattaa toimia kestävyysfaktisena prosessina. Tuomioon nimittäin saattavat vaikuttaa asianosaisten intressit ja vaatimukset silloin, kun laki sallii kestävyysmyönteisen tulkinnan. Esimerkiksi ekologista kestävyyttä korostava asianosainen voi hakeutua sellaisten oikeudellisten palvelujen äärelle, jotka on muotoiltu kestävyysmyönteisiksi. Tehokas 'viherasianajo' saattaa hyvinkin johtaa kestävyyden kannalta parhaaseen tulkintavaihtoehtoon ja edistää vahvaa kestävyyttä ratkaisun ympäristövaikutukset huomioon ottamalla.

> Osa asianajopalvelua tarjoavista lakimiehistä on brändännyt toimintansa kestävyysmyönteiseksi sitoutumalla toiminnassaan edistämään kestävyyttä ('advocacy on

34. Tämä toteamus ei lainkaan vähättele laillisuusperiaatteen merkitystä sinällään kestävän kehityksen turvaajana. Ks. aihepiiristä perusteellinen analyysi Louis-Alexandre Berg – Deval Desai, Overview on the Rule of Law and Sustainable Development for the Global Dialogue on Rule of Law and the Post-2015 Development Agenda (http://www.academia.edu/12423235/Global_Dialogue_Background_Paper_-_Rule_of_Law_and_Sustainable_Development).

behalf sustainability').[35] Lisäksi tunnetaan ilmiö nimeltä 'greenwashing', jossa yhtiö tuo markkinoinnissaan voimakkaasti esiin kestävyyttä olematta siihen aidosti sitoutunut.[36]

Edellä todettiin, että riita-asian oikeudenkäynnin saatavillaolo itsessään toteuttaa yleisesti oikeusrauhan muodossa kestävyyttä. Sen sijaan yksittäiset tuomiot eivät välttämättä toteuta kestävyyttä. Usein ensinnäkään tuomio ei säilytä resurssia vaan ratkaisee sen, kenelle kyseinen resurssi kuuluu tai kenen tulee käyttää resurssia toisen hyväksi. Tällaisella ratkaisulla ei ole resurssien kokonaisvarannon kannalta yleensä merkitystä. Lisäksi tuomio, jossa mahdollisesti säästyy esimerkiksi taloudellinen resurssi, voi johtaa riidan eskaloitumisen vuoksi jonkin tärkeän suhderesurssin menettämiseen, kuten luottamukseen perustuvan liikesuhteen kariutumiseen.

Vaikka riita-asian oikeudenkäynti ei ole tapa tuottaa kestävyyttä, on poissuljettu ajatus luopua tästä valtion oikeuspalvelusta. Oikeusrauhan ylläpitäminen kuuluu jo sinällään yhteiskunnalliseen ja myös taloudelliseen kestävyyteen. On lainsäätäjän asia sisällyttää kestävyys sovellettavaan lakiin. Olipa siis oikeudenkäynti itsessään järjestetty miten kestävällä tavalla tahansa, riippumattoman tuomioistuimen tehtävänä ei ole tuottaa kestävyyttä vaan antaa lain mukaista oikeussuojaa.

4.4. Tuomioistuinsovittelu – tuloksena sopu

Tuomioistuinsovittelu on intressipohjaista menettelyä ja suunniteltu konfliktien eskaloinnin välttämiseen. Osapuolten aktiivisuus sekä mahdollisuus laajentaa sovitteluun sisällytettäviä erimielisyyksiä antavat sovintosopimukselle syvällisen sosiaalisen vaikutuksen. Oikeassa olemisen ja faktojen oikeaksi todentamisen sijaan keskitytään kommunikaatioon. de Savornin Lohman toteaa: "Solutions found in this manner are truly sustainable as an understanding has been created where misunderstanding used to exist ."[37]

Tuomioistuinsovittelu ja muut sovittelumenettelyt perustuvat pitkälle sovitteluteorioihin,[38] ja menettelysäännöksiä on laissa vain jokunen. Sovitteluun ei toisin sanoen kuulu säädännäistä menettelyä tai sisältöjä kuin väljässä merkityk-

35. Derbbach 2017, s. 140–152.
36. Portney 2015, s. 109 ja Leslie Paul Thiele, Sustainability. Polity Press 2013.
37. de Savornin Lohman 2012, s. 1.
38. Ks. sovitteluteorioiden systematiikasta Kaijus Ervasti – Anna Nylund – Kirsikka Salminen, Sovittelu teoriassa ja käytännössä – nykytila ja tulevaisuus Suomessa. Teoksessa Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon. Juhlajulkaisu Tuula Linna. Toim. Juhana Riekkinen. Alma Talent 2017, s. 15–29, 19–20.

sessä. Perusidea on, että osapuolet itse saavuttavat sovittelijan johdolla sovinnon omista lähtökohdistaan käydyissä keskusteluissa.

Ulkoisesta näkökulmasta voidaan järjestelmien tasolla todeta, että vaihtoehdon tarjoaminen oikeudenkäynnille on merkittävä oikeusjärjestystä *joustavoittava* tekijä. Se, että oikeusrauhaan pääsemiseksi on tarjolla useita tapoja, edistää myös kestävyyttä. Näin voidaan valita tilanteeseen parhaiten sopiva ja resursseja säästävä menettely.

Menettelynä sovittelu on usein oikeudenkäyntiä tarkoituksenmukaisempi resurssien säästymisen näkökulmasta. Yleensä riittävää on yhden päivän kestävä käsittely, eikä muutoksenhakuvaihetta ole. Toisaalta – toisin kuin oikeudenkäynnissä – sovittelu ei aina johda lopputulokseen. Silloin ratkaisuyritykseen uhrattu resurssi saattaa mennä enemmän tai vähemmän hukkaan. Sovitteluilla ei myöskään ole samanlaista ohjausvaikutusta kuin ylempiin asteisiin jatkuneilla oikeudenkäynneillä.

Sisäisestä näkökulmasta voidaan kysyä, toteuttaako sovittelu kestävyyttä. Näin ei varmaankaan automaattisesti ole: jollei asianosaisten lähtökohtiin kuulu kestävyyteen liittyvät arvot, eivät ne tule esiin sovinnossakaan. Kuitenkin sovittelussa on enemmän *kestävyyspotentiaalia* kuin oikeudenkäynnissä. Tällä en tarkoita pelkästään sitä, miten menneeseen aikaan kuuluva riita ratkeaa, vaan myös osapuolten mahdollisuuksia jatkaa yhteistoimintaa *tulevaisuudessa*. Sovitteluideologiaan kuuluu nimenomaan eteenpäin katsova tarkastelutapa. Jos sovittelu saa aikaan sen, että keskusteluyhteydessä olevat osapuolet huomaavat yhteisiä intressejä, ovat mahdollisuudet paremmat niiden mukaiseen toimintaan kuin oikeudenkäynnissä (tai välimiesmenettelyssä). Kaksi sovitteluun osallistuvaa yritystä saattaa esimerkiksi huomata, että on syytä ratkaista riitakysymys nopeasti tavalla, joka mahdollistaa kumpaakin hyödyttävän *liikesuhteen säilymisen ja kehittymisen*. Toimivan liikesuhteen säilymistä voidaan pitää kestävyyden kannalta perusteltuna, sillä liikesuhteiden ja luottamuksen aikaansaaminen sitoo resursseja ja lisäksi toimiva liikesuhde tuottaa erilaisia pääomia.

Sosiaalisen pääoman osalta sovittelu saattaa olla ainoa keino säilyttää inhimillisiä resursseja henkilökohtaisissa riitakysymyksissä, kuten lapsen huolto- ja tapaamisriidoissa. Sovitteluprosessissa voidaan säilyttää lapsen vanhemmilla vielä jäljellä oleva yhteistoimintakyky. Lapsen huoltoa koskevien asioiden sovittelusta saadut myönteiset tulokset viittaavat tähän.[39] Sen sijaan tuomioistuimen päätös lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta saattaa riidan eskaloitumisen myötä tuhota tällaisen sosiaalisen resurssin rippeetkin.

Silloin kun kummankin osapuolen intressissä on säilyttää tietty pääomalaji, sovittelu antaa siihen oikeudenkäyntiä paremmat mahdollisuudet. Riidanratkaisu ei ole sovittelussa riippuvainen siitä, onko kestävyys otettu osaksi lain-

39. Ks. myönteisistä huoltoriitojen sovittelujen tuloksista OM 25/2013 Loppuraportti, Asiantuntija-avusteista huoltoriitojen sovittelua koskeva kokeilu.

säädäntöä. Toisaalta jos sovinto johtaa luontopääomia tai muita resursseja tuhlaavaan toimintaan, lopputulos ei ole kestävyysmyönteinen. Oikeudenkäynnin tavoin sovittelu on siten enintään kestävyysfaktinen menettely.

5. Kestävyys ja maksukyvyttömyys

5.1. Yleistä

Insolvenssimenettelyihin voidaan lukea ulosotto erillistäytäntöönpanona sekä yleistäytäntöönpanomenettelyinä konkurssi, yrityssaneeraus ja yksityishenkilön velkajärjestely.

Mainituista menettelyistä velkajärjestelyssä näkyy henkilöllinen *rehabilitaatioelementti*: tarkoituksena on palauttaa velallisen taloudellinen toimintakyky. Velkajärjestelyllä on merkittävä vaikutus siihen, etteivät henkilön viimeisetkin taloudelliset ja sosiaaliset toimintaedellytykset häviä. Velkajärjestelyllä voidaan nähdä syrjäytymisen ehkäisemisen kautta yhteys sosiaaliseen kestävyyteen.

Taloudellisen kestävyyden osalta insolvenssimenettelyjen suhde kestävyyteen näkyy etenkin säännöksissä, joiden tarkoituksena on säilyttää jokin toimiva (taloudellinen) kokonaisuus. Primääritarkoituksena saattaa olla velallisen suojaaminen tai/ja velkojien maksunsaannin maksimoiminen. Ajatuksena on, että toimivan kokonaisuuden summa on osiansa arvokkaampi, koska siihen sisältyy yrityksen toiminnan luoma lisäarvo esineittäiseen arvoon verrattuna. Ammattitoiminnassa käytetyn pääomien kokonaisuuden tai liikeyrityskokonaisuuden säilyttäminen saattaa säästää myös esimerkiksi inhimillisiä pääomia (kuten immateriaalioikeudet ja työntekijöiden osaaminen), fyysisiä pääomia (muun muassa tuotantolaitokset ja yrityksen sisäinen infrastruktuuri) tai sosiaalisia pääomia (esimerkiksi työntekijöiden työsuhdeturva).

5.2. Ulosotto

Useat ulosottokaaren (705/2007, UK) säännökset turvaavat taloudellisten kokonaisuuksien tai tuotantovälineiden säilymistä. Esimerkiksi ulosmittausjärjestyksen mukaan viimeiseksi ulosmitataan velallisen liike- tai elinkeinotoiminnan jatkamiseksi välttämättömät tuotantovälineet (UK 4:24.1:n 4 kohta). Mainittakoon myös erottamisetua koskevat säännökset (UK 4:21), niin sanottu vaihtuvan varaston ulosmittaus (UK 4:40), elinkeinotulon ulosmittaus (UK 4:65) sekä kokonaisuutena myyntiä koskevat säännökset (UK 5 luvun 13, 38 ja 62 §).

Voidaan pohtia, ilmentävätkö mainitut ulosottokaaren säännökset kestävyysfunktionaalista tai -faktista prosessia. Erottamisetu ja pitkälle myös ulosmittausjärjestys ovat – velallisen suojaksi – pakottavaa lainsäädäntöä ja säilyttävät resursseja tilanteesta riippumatta. Niitä voidaan pitää kestävyysfunktionaalisina, mutta ei vahvaa kestävyyttä toteuttavina menettelyinä. Luontoarvoille ei anneta etusijaa.

Sen sijaan muut mainitut esimerkit ovat lähinnä kestävyysfaktisia menettelyjä: niitä käytetään vain, jos menettely on ulosottovelkojan/velkojien kannalta edullisempi. Jos esineittäin myynti tuottaa paremman kertymän, kokonaisuutta ei säilytetä, vaikka siten menetettäisiin jokin muun pääoman muoto. Myyntitavan valinnassa tulee ottaa huomioon saatavissa oleva kauppahinta, myyntikustannukset ja myynnin vaatima aika. Tämä tarkoittaa sitä, että esimerkiksi inhimillisen pääoman, kuten työsuhdeturvan, säilymistä ei huomioida. Jäljempänä todettavalla tavalla ulosoton suhteellisuusperiaate saattaa kuitenkin rajoittaa menettelyn haitallisia vaikutuksia kestävyyden kannalta.

Sen lisäksi voidaan pohtia, olisiko aiheellista asettaa ulosottomiehelle myös velvollisuus (positiivisesti) *edistää* kestävyyttä. Toisin kuin yleistäytäntöönpanossa, ulosotossa toimitaan lähtökohtaisesti kohdennetusti ottamalla menettelyn piiriin velallisen omaisuutta vain siltä osin kuin ulosottovelkojan maksunsaantioikeus sitä edellyttää. Erillistäytäntöönpanossa ei voida edes elinkeinotulon ulosmittauksessa vaikuttaa velallisen liikkeenjohdollisiin toimiin. Ulosottomies ei voi esimerkiksi asettaa elinkeinotulon ulosmittauksen edellytykseksi (realisoinnin vaihtoehtona) sitä, että velallinen toimii kestävän kehityksen mukaisesti. Ainoa velallisen liiketoiminnan sisältöä koskeva vaatimus on, että velallisen tulee hoitaa elinkeinoonsa liittyvät verot ja muut vastaavat maksuvelvoitteet (UK 4:64.1:n 2 kohta).[40] Sen sijaan esimerkiksi ympäristövelvoitteiden hoitamista ei edellytetä. Kun ulosottomiehellä ei ole toimivaltaa päättää velallisen sijasta tämän liiketoiminnan järjestämisestä, ei ulosottovelalliselta voida edellyttää kestävän kehityksen mukaisia toimia ulosotossa. Kun ulosotto on lisäksi usein suhteellisen lyhytaikaista, puuttuu jatkuvuusnäkökulma, eikä ulosotosta ole kestävyyden merkittäväksi edistäjäksi.

5.3. Yrityksen saneeraus

Yrityksen saneerauksessa velallisen yritystoiminta pyritään säilyttämään joko kokonaisuudessaan tai ainakin osittain. Tämän lähtökohdan mukaan yrityssaneeraus on kestävyysfunktionaalinen prosessi. Toisaalta resurssien säästäminen ei ole itseisarvo vaan velallisen toiminnan saneeraaminen (saneerausintressi)

40. Niiden laiminlyönti ei estä elinkeinotulon ulosmittausta, mutta voi johtaa normaalia suuremman määrän ulosmittaamiseen.

ja sitä kautta maksunsaanti velkojille (täytäntöönpanointressi) ovat ensisijaisia päämääriä.[41] Jos ne edellyttävät jonkin toiminnan lopettamista tai resurssien hukkaamista, saneeraus toimitetaan sen estämättä.

> Kannattaa kuitenkin huomata, että resurssien mukautuvuuden ja markkinaekologian näkökulmasta yrityksen tai sen osan toiminnan lopettaminen ei merkitse kaikkien siihen uhrattujen resurssien katoamista. Esimerkiksi tietotaito ja kokemus, osin myös IPR-resurssit, useinkin vaikuttavat markkinoilla myöhemmin muussa (yritys) toiminnassa. Tästä näkökulmasta ainakin ylenpalttinen saneeraussuosinta voidaan jopa kyseenalaistaa.[42] Puheena oleva markkinaekologia kuitenkin suosii sellaisten resurssien 'luonnonvalintaa', joilla on kysyntää markkinoilla. Tästä näkökulmasta katsottuna kestävän kehityksen tavoitteet ovat laajemmat.

Yrityssaneerauksen edellytyksenä on yrityksen *saneerauskelpoisuus*, toisin sanoen maksukyky tulee olla palautettavissa saneerausohjelman avulla (YrSanL 7.1 §:n 1 kohta).[43] Säännöksen perustelujen mukaan yrityksen saneeraus voidaan aloittaa, jos velallinen on maksukyvytön ja on todennäköistä, että tilannetta ei saneerausohjelman avulla voida "kestävällä tavalla" korjata.[44] Tällä ei kuitenkaan ole tarkoitettu kestävyyttä nyt puheena olevassa merkityksessä vaan yrityksen kannattavuuspotentiaalia, toisin sanoen yrityksessä olevaa kykyä ajallisessa tarkastelussa *tuottaa voittoa*.[45]

Yrityksen saneeraaminen menoja karsimalla ja toiminnot säilyttämällä ei automaattisesti tarkoita vahvan kestävyyden toteuttamista. Yrityksessä saatetaan saneerattuna jatkaa ympäristöresursseja tuhlaavaa toimintatapaa. Vahvan kestävyyden kannalta olisi perustelluinta lakkauttaa tai pilkkoa luontopääomia tuhlaava tai tärvelevä toiminta. Tälle ei kuitenkaan ole perusteita yrityssanee-

41. Ks. täytäntöönpanointressin ja saneerausintressin keskinäissuhteista Tuomas Hupli, Täytäntöönpanointressi yrityssaneerauksessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004. Kootusti kysymyksenasettelu on esitetty s. 2–6.
42. Ks. Tim Verdoes – Anthon Verweij, The (Implicit) Dogmas of Business Rescue Culture. International Insolvency Review 2018 (Wiley Online Library (wileyonlinelibrary.com). DOI: 10.1002/iir.1316).
43. Vaihtoehtoinen kriteeri mainitun säännöksen mukaan on, että maksukyvyttömyyden uusiutuminen voidaan torjua muutoin kuin lyhytaikaisesti.
44. Hallituksen esitys eduskunnalle yrityksen saneerausta koskevaksi lainsäädännöksi 182/1992 vp, s. 25 ja 66–67.
45. Ks. HE 182/1992 vp, s. 23, 67 ja 78. Perusteluissa lisäksi todetaan, että jos velallisen taloudellinen tilanne sekä sen kehitysnäkymät ja korjausmahdollisuudet ovat siinä määrin heikot, että saneerauksen avulla saavutettaisiin korkeintaan tilapäinen parannus velallisen toiminta-edellytyksiin, saneerausta ei tulisi aloittaa. Perusteluissa kuitenkin on viite myös kestävyyteen kestävän kehityksen merkityksessä. Sivulla 57 nimittäin laajemmasta näkökulmasta todetaan, että taloudellisten voimavarojen järkevä käyttö ja kestävä elinkeinotoiminnan rakenteen kehitys edellyttävät elinkelpoisten yritysten konkurssien torjumista ja kannattamattomien poistumista markkinoilta.

rauslaissa; ratkaisevaa on, mitä 'alimman viivan' alle jää taloudellisen pääoman muodossa.

Yrityssaneerauksessa ei ole käytössä niin sanottua TBL-kustannuslaskentaa (*'triple bottom line'*), jossa viivan alla olisivat taloudellisten pääomien lisäksi myös *sosiaaliset ja ympäristölliset kustannustekijät* – saatikka että vahvan kestävyyden mukaisesti luontoresurssia pidettäisiin ei-kompensoituvana.

> Triple bottom line on kirjanpidollinen järjestelmä, jossa on taloudellinen, sosiaalinen ja ekologinen (ympäristöllinen) osio.[46] Osa yrityksistä on ryhtynyt käyttämään TBL-järjestelmää arvioidakseen toimintaansa laajemmasta näkökulmasta yrityksen arvon nostamiseksi. Jos esimerkiksi kaivos tuottaa voittoa, mutta saastuttaa vesistöjä, on TBL-järjestelmän katsannossa vain osa kustannuksista otettu huomioon. Vaikeutena on luonnollisesti se, minkä määräisinä sosiaaliset kustannukset ja ympäristökustannukset lasketaan. Tuloksen näyttämiseen liittyy myös kirjanpidollista raportointia koskeva kestävyys (*sustainability reporting*) sekä sitä koskeva *Global Reporting Initiative* (GRI).[47]

On selvää, ettei yrityssaneerauksessa toimintaedellytyksillä ole tarkoitettu toimintaa kestävyyden edistämiseksi vaan nimenomaan sitä, että saneerauksen avulla yritys voisi tuottaa perinteisessä mielessä voittoa ja siten maksaa velkansa velkojille.

> Luonnollisesti myös voiton tuottaminen saattaa riippua siitä, toteuttaako yritys kestävän kehityksen arvoja ja/tai CSR:n mukaisia toimintatapoja. Tietyillä aloilla tämä saattaa olla edellytyksenä voiton saavuttamiselle, toisella ei. Yrityssaneerauslaissa ei kuitenkaan oteta kantaa siihen, millä tavalla voitto tulisi saavuttaa. Joskus markkinat (esimerkiksi kuluttajat ja alihankintaketjussa tilaajat) saattavat edellyttää kestävyyden ja CSR:n mukaista toimintatapaa. Jos tämä tuottaa parhaan tuloksen (voitto/tappio), se on hyväksyttävä tapa toimia myös yrityssaneerauslain näkökulmasta.

Saneerauskelpoisuuden määrittelyssä tai saneerausohjelman laatimisessa ei anneta merkitystä sille, säilyykö työpaikkoja tai luontopääomia. Tosin yrityssa-

46. Ks. lähemmin esim. John P. Wilson, The triple bottom line: Undertaking an economic, social, and environmental retail sustainability strategy. International Journal of Retail & Distribution Management 43(4/5) 2015, s. 432–447 (https://doi.org/10.1108/IJRDM-11-2013-0210). Kriittisiä kommentteja on esittänyt Kaushik Sridhar, Corporate conceptions of triple bottom line reporting: an empirical analysis into the signs and symbols driving this fashionable framework. Social Responsibility Journal 8(3) 2012, s. 312–326 (https://doi.org/10.1108/17471111211247901).
47. Ks. lähemmin Charlotte Villiers – Jukka Mähönen, Accounting, auditing, and reporting: Supporting or obstructing the sustainable companies objective? Teoksessa Company Law and Sustainability. Legal Barriers and Opportunities. Cambridge University Press 2015, s. 175–225. (https://doi.org/10.1017/CBO9781107337978). Ks. myös perusteellinen analyysi N. Hussain – U. Rigoni – R.P. Orij, Corporate Governance and Sustainability Performance: Analysis of Triple Bottom Line Performance. Journal of Business Ethics 149(2) 2018, s. 411–432 (https://doi.org/10.1007/s10551-016-3099-5).

neerauslain säätämisellä tavoiteltiin aikoinaan työpaikkojen säilymistä ja turhien taloudellisten menetysten välttämistä.[48] Tämä kuitenkin liittyy siihen, että yrityksen elinkelpoisuus on ensin arvioitu muilla, suppeammasti voitolliseen tulokseen liittyvillä liiketaloudellisilla kriteereillä.

Yrityssaneerausmenettely on lähtökohtaisesti kestävyysfunktionaalinen prosessi – tosin saneeraus- ja täytäntöönpanointresseille alisteisena – joka ei yleensä tuota vahvaa kestävyyttä. Esimerkiksi ympäristöä kuormittavan kaivoksen saneeraaminen merkitsisi vahvaa kestävyyttä vasta, jos saneeraus sisältää myös ympäristökuormituksen minimoinnin. Näin ei kuitenkaan ole, vaan ratkaisevaa on yrityksen saaminen voitolliseksi.

Voidaan kuitenkin kysyä, tarvitseeko näin välttämättä olla. Ainakin silloin, kun yrityksen saneeraus on mahdollista toteuttaa säilyttämällä myös muita resursseja kuin taloudellisia pääomia, niin olisi perusteltua tehdä. Velkojille tuleva kertymä ei välttämättä vähene tai olennaisesti hidastu sen vuoksi, että esimerkiksi ympäristötekijöihin kiinnitetään huomiota. Vaikka yrityksen saneerauksessa ei edellytettäisi suoranaista TBL-tuottavuutta, tulisi kestävyys ottaa huomioon, jos se ei ole ristiriidassa saneeraus- ja täytäntöönpanointressien kanssa. Kuten edellä todettiin, kestävyyteen kuuluu ajatus *jatkuvuudesta*. Tältä osin saneerausideologia on sopusoinnussa kestävyyden kanssa, koska saneerauksessa on keskeistä saneerauskelpoisen yrityksen toiminnan jatkaminen. Toisaalta taloudellinen kriisi saattaa olla stabiilitilaan verrattuna luontevampi nivelkohta muuttaa toiminnan luonnetta esimerkiksi juuri kestävyyden suuntaan.[49] Saattaa myös olla, ettei uutta rahoitusta ole saneerauksessa saatavilla ilman suunnanmuutosta, jos markkinoilla ei ole enää tilaa muille kuin vastuullisille yrityksille.[50]

Jos yritys on jo ennen saneerausta suosinut kestävyyttä toiminnassaan, on luontevaa, että toiminta jatkuu samalta pohjalta.[51] Pelkästään se, että yritys joutuu saneeraukseen, ei ole syy luopua yrityksen kestävyysstrategiasta.[52] Tosin jos

48. HE 182/1992 vp, s. 41 ja 58.
49. Ks. Sahut et. al. 2012, s. 161. Dedeurwaerdere 2014, s. 13.
50. Yrityssaneerauksen onnistuminen on usein kiinni mahdollisuudesta saada uutta rahoitusta. Ks. esim. Reinout D. Vriesendorp – Marin Gramatikov, Impact of the Financial Crisis: A Survey (January 2010). European Banking Center Discussion Paper No. 2010-12; (https://ssrn.com/abstract=1546987); Jennifer Payne – Janis P. Sarra, Tripping the Light Fantastic: A Comparative Analysis of the European Commission's Proposals for New and Interim Financing of Insolvent Businesses. International Insolvency Review 27(2) 2018, s. 178–222, erit. s. 182.
51. Ks. myös Laura N. Coordes, Harmonizing Insolvency and Sustainability in the Courtroom and the Boardroom. University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2018-20 (https://ssrn.com/abstract=3198547).
52. Siltä osin kuin maksukyvyttömyysmenettelyssä on tilaa yrityksen johdon toiminnalle, kirjallisuudessa on katsottu, että yrityksen johto on velvollinen jatkamaan CSR-toimintaa. Ks. Zhao – Tribe 2010, s. 330–331. Ks. lisäksi Kinga Bauer – Joanna Krasodomska, The premises for corporate social responsibility in insolvency proceedings. Teoksessa Social responsibility of Organizations. Directions of Changes. Wrocław University of Economics 2015, s. 20–29.

juuri kestävyysstrategia on syynä yrityksen taloudelliseen ahdinkoon, kestävyystoiminnot voivat joutua saneerauksen kohteeksi.

Yrityksen normaalitoiminnan aikana voidaan nähdä erilaisia painotuksia sen suhteen, onko yrityksen toiminnan fokus ollut korostuneesti voiton tuottamisessa osakkeenomistajille ('shareholderism') vai onko yrityksen toiminnassa – usein toki voiton tuottamiseksi osakkeenomistajille pitkällä aikavälillä – laajemmin otettu huomioon esimerkiksi kuluttajat, työntekijät ja yhteiskunta ('stakeholderism').[53]

Toiminnan painopiste muuttuu saneerauksessa niin, että velkojien täytäntöönpanointressi tulee otettavaksi keskeisesti huomioon ja osakkeenomistajien intressi muuntautuu saneerausintressiksi.[54] Lähtökohtana on, että stakeholderismi ja kestävyys voivat tulla otetuksi huomioon vain, jos ne palvelevat täytäntöönpanointressiä ja saneerausintressiä. Missä suhteessa näin tapahtuu, saattaa aiheuttaa ristiriidan: pitkällä aikajänteellä saneerausintressi saattaa hyötyä – paitsi markkinoilla säilymisen, myös *kasvun* näkökulmasta[55] – stakeholderimista ja kestävyydestä, mutta vastassa on velkojien intressi saada saneerattavasta yrityksestä ulos riittävä kertymä riittävän nopeasti.

Joka tapauksessa voidaan todeta, että velkojaintressin ylivertaisuus on kansainvälisessä katsannossa suhteellistunut.[56] Velkojat eivät aina ole suojattomia maksukyvyttömyystilanteissa vaan voivat turvata intressinsä etukäteen esimerkiksi vakuuksilla, ja jos tämä ei ole mahdollista, riski kompensoidaan esimerkiksi koron muodossa.[57] On lopulta yhteiskunnallis-poliittinen päätös, mille tasolle rahan hinnan halutaan eri aloilla asettuvan.

53. Ks. näistä käsitteistä Renée B. Adams – Amir N. Licht – Lilach Sagiv, Jerusalem, Israel Shareholders and stakeholders: How do directors decide? Strategic Management Journal 42(12) 2011, s. 1331–1355 (https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/smj.940#references-section).
54. Bauer ja Krasodomska toteavat (s. 25): "Creditors strive to recover as much as possible, and the owners strive to survive and regain their position on the market."
55. Andrew Keay (Ascertaining The Corporate Objective: An Entity Maximisation and Sustainability Model. The Modern Law Review 71(5) 2008, s. 663–698, 693) on todennut, että kestävyys estää lyhytnäköistä toimintapolitiikkaa: "[F]or the company must ensure that its value will continue to develop and that wringing out profits today does not mean insolvency tomorrow. So there is a need to achieve a balance so as to ensure both survival and growth."
56. Ks. Gert-Jan Boon, Harmonising European Insolvency Law: The Emerging Role of Stakeholders. International Insolvency Review 27(2) 2018, s. 150–177, ja siellä mainittu laaja kirjallisuus.
57. Ks. mm. Michael Byers, Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency: Why a Fiduciary Duty to Creditors Should not be Triggered. Insolvency Institute of Canada, April 2011, s. 12 (https://www.insolvency.ca/en/whatwedo/resources/3-2011lawaward_byers_m_directors_duties_vicinity_insolvency.pdf) ja Andrew Keay, The Shifting of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency. International Insolvency Law Review 24(2) 2015, s. 140–164, erit. s. 140 ja 164.

5.4. Konkurssi

Toisin kuin yrityssaneeraus, konkurssi on menettely, jossa velallisyrityksen toiminta lopetetaan ja omaisuus myydään. Kuitenkin myös konkurssi on säilyttävä menettely silloin, kun konkurssipesä myy velallisen omaisuuden toimivana kokonaisuutena (*as a going concern*). Jos konkurssimyynti onnistuu toimivana kokonaisuutena, yritykseen kerätty taloudellinen ja inhimillinen pääoma, kuten osaaminen ja infrastruktuuri, säilyy tai ainakin saa edellytykset säilyä. Konkurssimyyntiä *as a going concern* voidaan siten pitää kestävyysfunktionaalisena prosessina, joka tuottaa heikkoa tai vahvaa kestävyyttä. Jos myydään saastuttava teollisuuslaitos jatkamaan toimintaansa, lopputulos ei ole vahvan kestävyyden mukainen.

Konkurssipesän tehtävänä ei ole edistää kestävyyttä vaan maksimoida myyntihinta velkojien intressissä. Täytäntöönpanointressin toteuttaminen on konkurssimenettelyn legitiimi ja perusteltu tehtävä ottaen huomioon, että konkurssivelkojat joutuvat usein luopumaan huomattavasta osasta saataviaan. Jos konkurssipesä jatkaa velallisen toimintaa, pesänhoitajan ei tarvitse muuttaa velallisen toimintaa esimerkiksi ympäristöystävälliseksi. Pesänhoitaja, joka kustannuksia aiheuttavasti muuttaa toimintaa kohti TBL-järjestelmää ilman vastaavaa realisointituloksen parantumista, toimii velkojaintressin vastaisesti. Pesänhoitajan toimivaltaan ei kuulu asettaa esimerkiksi inhimillistä pääomaa tai luontopääomaa kertymien edelle velkojien vahingoksi.

Kuitenkin myös konkurssimenettelyn osalta voidaan kysyä, voisiko kestävyys olla yksi kriteeri silloin, kun pesänhoitaja ja velkojat harkitsevat, miten pesässä toimitaan. Jos kestävyyttä edistävä toimintatapa ei sanottavasti vaikeuta velkojien maksunsaantia, olisi sitä yhteisen edun nimissä perusteltua suosia. Toisaalta tilanne konkurssissa on erilainen kuin yrityssaneerauksessa. Yrityksen hallinnointi ei ole enää velallisella vaan alkuperäisen liiketoiminnan ulkopuolisella taholla, konkurssihallinnolla. Sen tehtävänä ei ole jatkaa toimintaa vaan realisoida varallisuusarvot. Kestävyyden mukaisen toiminnan asettaminen pesänhoitajan velvollisuudeksi saattaa johtaa liian epämääräiseen vastuuasemaan toiminnassa, jossa jatkuvuutta ei voida kuitenkaan toteuttaa.

Pesänhoitajan tehtäväksi ei siis voida asettaa kestävyyden edistämistä, jollei se samalla palvele velkojien intressejä. Tilanne on kokonaan toinen, kun kysymys on *jo syntyneen tai uhkaavan ympäristöhaitan* korjaamisesta tai estämisestä. Konkurssipesässä saattaa olla hyvinkin akuutti ympäristöongelma. Tällöin ei ole kysymys kertymän maksimoinnista ja kestävyysfunktionaalisesta toiminnasta vaan pakottavasta tilanteesta, jossa ei-kestävän toiminnan tulos on korjattava tai torjuttava. Luontopääomaa menetetään toisin sanoen niin vakavalla ja haittaa aiheuttavalla tavalla, etteivät toimet voi odottaa. Se, kuka tällöin kantaa sustain-

ability-vastuun, on osoittautunut vaikeasti ratkaistavissa olevaksi ongelmaksi.[58] Vastaava tilanne on käsillä silloin, kun vähemmän akuutti ympäristöongelma on niin laaja, että ongelman rasittama omaisuus on menettänyt kokonaan arvonsa.

Jos ongelma on niin akuutti, ettei se voi odottaa myynnin järjestymistä, taikka ympäristöongelman vaivaamaa kohdetta ei kukaan huoli, joudutaan päättämään, käytetäänkö konkurssipesässä olevat varat ei-kestävän – merkityksessä ympäristöhaitan tuottaneen – toiminnan lopputuloksen korjaamiseen vai jaetaanko varat velkojille ja annetaan ympäristövahingon jäädä yhteiskunnan huoleksi. Ilman uutta lainsäädäntöä kysymys ei ratkea konkurssilain nojalla. Konkurssilaissa ei säädetä konkurssipesän julkisoikeudellisesta ympäristövastuusta ja toimintavelvollisuudesta vaan konkurssisaatavien suorittamisesta.

> Kestävyyden näkökulmasta on reaalisesti valittavana nämä kaksi vaihtoehtoa. Toissijaiset järjestelmät ovat yleensä jälkikäteisiä ja perustuvat menetetyn resurssin rahalliseen korvaamiseen.

Jos vastuu jätteistä jätetään konkurssin jälkeen *velalliselle*, tilanne rinnastuu tosiasiassa omaisuuden hylkäämiseen. Konkurssilain uudistusta koskevan työryhmäehdotuksen mukaan konkurssipesä ei huolehdi sellaisista jätteistä, joita ei luokitella vaarallisiksi tai joista ei aiheudu vakavaa vaaraa, ”vaan ne jäävät velallisen itsensä hoidettaviksi”.[59] Merkitystä ei näyttäisi olevan sillä, onko pesässä varoja. Kun tosiallista toimijaa ei ole, herää kysymys siitä, onko ehdotus EU:n jätedirektiivin (EY) 98/2008 kanssa sopusoinnussa.[60] Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytännön vastainen ehdotus joka tapauksessa on (ks. KHO 2017:53).[61] Olisi reilumpaa avoimesti tuoda esiin, että näissä tapauksissa jäte jää yhteiskunnan kontolle. Kestävyyden kannalta asialla ei ole merkitystä, kunhan ’joku’, joka siihen kykenee, huolehtii jätteestä.

58. Ks. pohdintoja tältä osin Tuula Linna, Konkurssipesän vastuu ympäristövahingosta. Lakimies 3–4/2016, s. 373–403.
59. Ks. Konkurssilain tarkistaminen. Mietintöjä ja lausuntoja 12/2018, s. 77. Konkurssilain säännöksistä ei ole löydettävissä ehdotukselle tukea. Ympäristövelvoitteen hoitamisvastuusta ei ole kyse esim. KonkL 1:6:ssä (velallisen vastuu konkurssisaatavista), 3:12:ssä (tilaisuuden varaaminen ulosmittaukseen) tai 19:1.2:ssa (lopputilityksen laatiminen).
60. Jos konkurssi on rauennut varojen puutteeseen, osakeyhtiö poistetaan rekisteristä (OYL 20:4.1:n 4 kohta). Rekisteristä poistetun yhtiön oikeudellinen asema (ks. OYL 2:22) ja tosiasiallinen toimintakyky tuskin riittävät siihen, että jätettä voi olla rekisteristä poistetun yhtiön hallussa jätedirektiivin 3(6) artiklassa tarkoitetulla tavalla direktiivin mukaisine toimintavelvollisuuksineen. Sama koskee OYL 20:1.2:n mukaista tilannetta, jossa sillä perusteella, että yhtiössä on vielä omaisuutta (jätettä), sitä ei katsottaisi purkautuneeksi. Tällainen osakeyhtiö (’ikuinen yhtiötorso’) ei kykene jätteestä huolehtimaan.
61. Ks. ratkaisun kritiikistä Tuomas Hupli, KHO 2017:53 – Lisähuomioita keskusteluun maksukyvyttömän velallisen ympäristövastuista. Lakimies 2/2018, s. 281–293.

On lopulta poliittinen kysymys, suostuuko yhteiskunta hoitamaan tai kustantamaan akuutin ympäristöhaitan silloinkin, kun konkurssipesässä on jaettavaa varallisuutta. Yhteiskunta saattaa olla valmis näin toimimaan, jos haluaa edistää ympäristöriskiherkillä aloilla yritystoimintaa ja helpottaa sen rahoitusta. Hyödyt yhteiskunnalle saattavat olla kokonaisuutena niin suuret, että satunnaiset ympäristöongelmat ollaan valmiita ottamaan veromaksajien kontolle. Tämä kuitenkin edellyttää avointa keskustelua yhteiskunnassa kestävyyteen kuuluvasta arvopohjasta ja sustainability-vastuusta. Kestävyyden näkökulmasta on yhdentekevää, kantaako konkurssipesä vai yhteiskunta sustainability-vastuun. Vastuun jakautuminen pesän velkojien ja veronmaksajien kesken on viime kädessä poliittinen ratkaisu.

Vahvan kestävyyden mukainen toiminta edellyttää, että ympäristöuhka korjataan ja torjuttavissa oleva torjutaan. Ympäristöongelman jättäminen hoitamatta aiheuttaa (lisä)vahinkoa ja oikeuden korvauksiin yksityisille tahoille, kuten naapureille ja vesistön rantakiinteistöjen omistajille. Kuten todettiin, kestävyyden kannalta rahalliset korvaukset ovat ongelmallisia, koska vahvan kestävyysajattelun mukaan korvauksilla ei saada takaisin menetettyjä luontopääomia.

> Jos esimerkiksi vesistö on saastunut, korvaukset eivät korjaa tilannetta. Itse asiassa kestävyyden kannalta turvautuminen korvauksiin merkitsee *kaksinkertaista* resurssia: ensin menetetään itse luontopääoma, ja sitten on löydyttävä vielä resurssi menetetyn luontopääoman 'korvaamiseen' toisenlajisella pääomalla. Oikeudellisessa katsannossa hyvitys on toki saatu, mutta korvaus ei palauta menetettyä luontoresurssia. Tässä on nähdäkseni yksi perustavaa laatua olevista eroista perinteisen oikeudellisen ajattelun ja kestävyyden välillä – tällä tavalla kestävyys asettaa oikeudellisen korvausjärjestelmän perustan kyseenalaiseksi.

On tärkeää käydä avointa ja mahdollisimman kiihkotonta keskustelua heikon ja vahvan kestävyyden mukaisesta sustainability-vastuusta ja sen jakautumisesta konkurssipesän (velkojien) ja yhteiskunnan välillä samoin kuin toissijaisista järjestelmistä ja niiden rahoituksesta. Kuten edellä todettiin, perustavaa laatua oleva eettinen vaatimus kuitenkin on, että ympäristövahinko torjutaan tai korjataan. Kysymys on sukupolvien välisestä oikeudesta nauttia luontopääomasta.

Edellä on pohdittu kysymystä, voitaisiinko oikeudellisissa prosesseissa (positiivisesti) edistää kestävyyttä. Seuraavaksi tarkastelen esimerkinomaisesti mekanismeja, joilla (negatiivisesti) rajoitetaan oikeudellisia prosesseja pääomien tuhlaantumisen välttämiseksi.

6. Prosesseja rajoittavia mekanismeja, joilla vältetään resurssien tuhlaantumista

Ulosoton *suhteellisuusperiaatetta* ilmaisevan UK 1 luvun 19 §:n mukaan täytäntöönpanotehtävät tulee suorittaa joutuisasti, tehokkaasti ja tarkoituksenmukaisesti aiheuttamatta vastaajalle tai sivulliselle suurempaa haittaa kuin täytäntöönpanon tarkoitus vaatii. Haitan laatua ei säännöksessä yksilöidä. Suhteellisuusperiaate on yleinen ulosoton periaate – tarpeettoman haitan aiheuttamista tulee *kaikissa muodoissaan* välttää. Kestävyyden kannalta todettuna mitään pääomalajia ei saisi tarpeettomasti tuhlata ulosottomenettelyssä.

> Ulosottokaaressa on lisäksi täydentäviä, asiakohtaisia suhteellisuusperiaatteen ilmentymiä. Mainita voidaan muun muassa pirstomiskielto (UK 4:18), ulosmittausjärjestyksestä poikkeaminen (UK 4:25.1:n 4 kohta) ja rajoitukset yhteisomistusesineen ulosmittauksessa (UK 4:73.1:n 3 kohta).

Myös erilaiset *keskeytysmääräykset* voidaan lukea mekanismeihin, joilla suhteellisuusperiaatteen kautta pyritään välttämään resurssien häviäminen. Muutoksenhakutuomioistuin voi antaa keskeytysmääräyksen tutkiessaan alemman oikeusasteen antaman tuomion oikeellisuutta tai ulosottovalitusta (UK 2:13 ja 10:19–26). Keskeyttämisellä voidaan estää täytäntöönpanon aiheuttama vahinko. Esimerkiksi kieltotuomion täytäntöönpano saattaa johtaa teollisuuslaitoksen tai palvelulaitoksen toiminnan pysähtymiseen. Silloin kun vallinneen olotilan ennalleen saattaminen on mahdotonta tai vaikeaa, täytäntöönpanon keskeyttämisellä on keskeinen merkitys.[62]

Edellä mainittuja haitta-arviointia edellyttäviä säännöksiä voidaan pitää prosessia rajoittavina kestävyysfunktionaalisina mekanismeina. Vahvaa kestävyyttä ei ole asetettu etusijalle, toisin sanoen luontopääoman säilyttämisellä ei ole erityisasemaa.

Kolmas esimerkki haitta-arvioinnista liittyy niin sanotun *yleisen turvaamistoimen määräämiseen*. OK 7:3:n mukaan tuomioistuimen tulee kiinnittää huomiota siihen, ettei vastapuolelle aiheudu turvattavaan etuuteen nähden kohtuutonta haittaa. Kun vältettävän haitan laatua ei määritellä, tulee kaiken lajisten resurssien häviäminen ottaa huomioon. Täten myös OK 7:3:n mukaista haitta-arviointia voidaan pitää kestävyysfunktionaalisena mekanismina, ei kuitenkaan vahvan kestävyyden merkityksessä.

62. Hallituksen esitys eduskunnalle ulosottoviranomaisia ja ulosottoasioiden muutoksenhakua koskevan lainsäädännön uudistamisesta 106/1995 vp, s. 88 ja Hallituksen esitys eduskunnalle ulosottokaareksi ja laiksi verojen ja maksujen täytäntöönpanosta sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi 83/2006 vp, s. 68. Esimerkiksi kaivuu-, rakennus- tai purkamistöiden keskeyttäminen saattaa edellyttää erityisiä suojaamistoimia.

Toisin kuin yleinen turvaamistoimi, *saamistakavarikko* (OK 7:1) ei edellytä nimenomaista haitta-arviota. Saamistakavarikon määräämisen ehtona on hukkaamisvaara ja saatavan todennäköisyys. Suomessa saamistakavarikon saa suhteellisen alhaisella kynnyksellä. Kuitenkin saamistakavarikko saattaa halvaannuttaa yrityksen toiminnan ja tuhota resurssit hyvinkin nopeasti. Jos samalla menetetään luontopääomia, on niiden korvaaminen vahvan kestävyyden oppien mukaisesti muilla pääoman lajeilla mahdotonta. Pitäisin tarpeellisena käydä keskustelua siitä, onko OK 7:11:n mukainen ankarakaan korvausvastuu riittävä kompensaatio vai tulisiko jonkinasteinen haitta-arviointi asettaa myös saamistakavarikon edellytykseksi.[63] Käytännössä on tiettävästi esimerkkejä siitä, että turvaamistoimella on ajettu yritys konkurssiin. Korvaus turhaksi osoittautuneesta turvaamistoimesta on konkurssiin menneen yrityksen kannalta eräänlainen oikeudellinen illuusio.

Etenkin sellaisissa summaarisissa prosesseissa, joissa vastapuolta ei kuulla, lainsäädäntöön voitaisiin lisätä viran puolesta tehtäviä haitta-arvioita erityisesti sellaisten resurssien säilyttämiseksi, joita ei voida kestävyyden kannalta kompensoida tehokkaasti. Se, että esimerkiksi inhimillisen, sosiaalisen tai luontopääoman menettänyt yritys tai henkilö voi saada rahallisen korvauksen ja siten tulla oikeudellisesti hyvitetyksi, ei ole kestävyyden kannalta 'fiksu' ratkaisu. Voidaan jopa kysyä, rakentuuko oikeusjärjestys liiaksi siihen olettamaan, että rahallinen hyvitys korvaa kaiken lajisen menetyksen hyväksyttävällä tavalla.

7. Loppuhuomioita

Tässä kirjoituksessa on tehty transplanttikokeilu sen suhteen, tarjoaako sustainability-teoria mielekkään lähestymistavan prosessioikeuteen. Havaintona on, että oikeudelliset prosessit monin tavoin linkittyvät kestävyyteen. Nykyisiä prosesseja ei kuitenkaan ole suunniteltu kestävyyttä silmällä pitäen edes silloin, kun pääomien säilyttäminen ei olisi ristiriidassa prosessin ensisijaisen tarkoituksen kanssa.

Lisäksi lähtökohtana näyttää olevan luottamus siihen, että erilaisia pääomalajeja tuhlaava prosessi on kompensoitavissa rahalla. Kestävyyden kannalta on syytä kysyä, voidaanko esimerkiksi toimivan liiketoiminnan tuhonneen turvaamistoimen vahinkoja, kuten infrastruktuurin ja liikesuhteiden menettämistä, pitää kompensoituvina. Järkevämpää olisi edellyttää etukäteistä haitta-arviointia kestävyyden näkökulmasta.

63. Todettakoon, että korkein oikeus on suhtautunut kielteisesti ajatukseen, että yksin turvaamistoimen peruuntuminen aiheuttaisi vakuuden palauttamisen (ks. KKO 2016:9).

Myös lainsäädäntöhankkeissa olisi suotavaa pohtia prosesseja kestävyyden kannalta. Tietoisella yhteensovittamisella olisi mahdollista edistää sekä prosessien omia tarkoitusperiä että kestävyyttä. Näin voitaisiin kehittää prosesseja, jotka toteuttavat prosessin ensisijaista päämäärää paitsi oikeudenmukaisella tavalla (fair), myös fiksusti (smart) kestävyyden näkökulmasta. Fair–smart-prosessien legal design olisi kiintoisa tehtävä myös prosessioikeuden tutkijoille.

Sustainability and procedure – sustainable civil proceedings?

TUULA LINNA, LL.D., Professor, University of Helsinki

Sustainability scholarship established its position with the Brundtland Commission in 1987. Nowadays, sustainability scholarship is an ever expanding discipline that is gaining ground in Finland, gradually also beyond environmental and company law. Sustainability is associated with justice, as a fair balance of mutual claims and the obligations of the community. Legal proceedings can preserve all kinds of resources (human, physical, social and ecological capital). In the article, the author makes a distinction between weak and strong sustainability. Strong sustainability means the non-substitutability of ecological resources. The author introduces the concepts of sustainability-functionalism and sustainability-factualism. It is possible that mediation offers more opportunities for sustainability than litigation. In the restructuring of a company, the interests of creditors may be in conflict with the shareholders' interest in turning the company's course towards sustainable production. In the case of bankruptcy, the rights of creditors may run counter to the requirement that the funds of the estate be used to mitigate environmental damage. Ultimately, it is a political question whether it is for the company or for society to bear responsibility for mitigating environmental damage. The point is that environmental damage must be mitigated in any event.

Minna Kimpimäki

Sukupuoliyhteys lapsen kanssa – raiskaus vai ei?

Lakimies
6/2018
s. 677–697

HAKUSANAT: rikosoikeus, seksuaalirikokset, raiskaus, lapset, oikeuskäytäntö

1. Johdanto

Viime vuosien aikana on toistuvasti käyty keskustelua siitä, milloin rikoksentekijä tulisi tuomita lapsen seksuaalisen hyväksikäytön ohella myös raiskausrikoksesta. Kun aiempina vuosikymmeninä kritisoitiin sitä, ettei raiskaussäännös soveltunut tapauksiin, joissa raiskauksen kohteena oli mies tai aviovaimo, nyt ajankohtainen keskustelun aihe on se, missä määrin raiskaussäännös suojaa lapsia. Keskustelua ovat virittäneet niin seksuaalirikoslainsäädännön uudistukset kuin yksittäiset tuomioistuinten ratkaisutkin.[1] Rikosoikeudellisesta näkökulmasta tarkastellen kyse on toisaalta konkurrenssista – siitä, milloin tiettyyn konkreettiseen rikostekoon sovelletaan useamman kuin yhden rikoksen tunnusmerkistöä – ja toisaalta taas raiskaussäännöksen tulkinnasta. Tässä artikkelissa analysoidaan lainsäädännön, lakien esitöiden, oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön pohjalta sitä, missä tapauksissa lapseen kohdistuva seksuaalinen hyväksikäyttörikos tulee tuomittavaksi myös raiskauksena.

2. Konkurrenssi

Lapsen seksuaalisen hyväksikäytön ja raiskauksen keskinäiset konkurrenssikysymykset eivät ratkea yleis- ja erityissäännösten keskinäistä suhdetta määrittävän subordinaation tai lainsäädännössä olevien toissijaisuusmääräysten – eli

* Minna Kimpimäki, OTT, rikosoikeuden professori, Lapin yliopisto.

1. Äskettäin aihe nousi keskusteluun, kun korkein oikeus hylkäsi valituslupahakemuksen asiassa, joka koski 10-vuotiaaseen tyttöön kohdistunutta seksuaalirikosta. Valituslupahakemuksessa oli vaadittu, että vastaaja tuomitaan törkeän lapsen seksuaalisen hyväksikäytön ohella myös törkeästä raiskauksesta. (Korkein oikeus, Tiedote 3.5.2018 ”Valituslupa hylättiin asiassa, joka koski 10-vuotiaaseen tyttöön kohdistunutta seksuaalirikosta” http://korkeinoikeus.fi/fi/index/ajankohtaista/tiedotteet/2018/05/valituslupahakemushylattiinasiassajokakoski10-vuotiaaseentyttoonkohdistunuttaseksuaalirikosta.html).

subsidiariteetin – pohjalta, vaan on tarpeen pohtia suojeluintressien ulottuvuutta ja keskinäistä suhdetta.[2] Keskeinen kysymys siis on, suojaavatko lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä ja raiskausta koskevat säännökset siinä määrin eri oikeushyviä, että niitä molempia on perusteltua soveltaa samassa tapauksessa.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2010:52 oli kyse tapauksesta, jossa vastaaja oli valokuvannut 8–10 vuoden ikäisen tytön alastonta alaruumista ja sukuelintä tämän nukkuessa. Tekoihin oli liittynyt myös sukuelimen koskettelua. Korkein oikeus arvioi ratkaisussaan konkurrenssikysymystä seuraavasti:

> ”9. Seksuaalista hyväksikäyttöä koskevalla rangaistussäännöksellä suojataan henkilön seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Lapseen kohdistuvan seksuaalisen hyväksikäytön säätäminen rangaistavaksi perustuu mainitun yleisen suojaamistavoitteen lisäksi siihen, että laissa määrättyä ikärajaa nuorempia lapsia halutaan suojella heitä vahingoittavilta seksuaalisilta teoilta myös lapsen omasta tahdosta riippumatta. Nämä rikostunnusmerkistöt eivät siten ole toisiinsa nähden sellaisessa suhteessa, että lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä voitaisiin pitää erityissäännöksenä, jonka soveltaminen syrjäyttäisi seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan rangaistussäännöksen. Myös seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseen johtaneen hallituksen esityksen (HE 6/1997 vp s. 179–180) mukaan seksuaalisen hyväksikäytön kohdistuessa lapseen tekijä syyllistyy samalla lapsen seksuaaliseen hyväksikäyttöön.
>
> 10. A on syyllistynyt lapsen seksuaaliseen hyväksikäyttöön koskettelemalla ja valokuvaamalla suojaikärajaa nuorempaa B:tä hovioikeuden tuomiossa mainitulla tavalla. Koska A:n mainittu menettely on lisäksi kohdistunut B:hen tämän ollessa avuttomassa tilassa, Korkein oikeus katsoo A:n menettelyllään syyllistyneen myös seksuaaliseen hyväksikäyttöön.”

Korkein oikeus on sittemmin toistanut tämän linjauksensa myös ratkaisussaan KKO 2015:50, jossa oli edellä mainitun tapauksen tavoin kyse nukkuvan lapsen alastoman alaruumiin ja sukupuolielimen kuvaamisesta.

Vuonna 1998 tehdyssä seksuaalirikossäännösten kokonaisuudistuksessa (563/1998) seksuaalirikossäännösten ensisijaisiksi oikeushyviksi nostettiin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaaminen sekä lasten suojaaminen seksuaaliselta hyväksikäytöltä.[3] Raiskauksessa toteutuva toisen pakottaminen sukupuoliyhteyteen on ilmeinen seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaus.[4] Lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevien säännösten tavoitteena taas on ennen kaikkea lapsen suojeleminen häntä vahingoittavilta seksuaalisilta teoilta.

2. Ks. lainkonkurrenssitilanteiden ratkaisukriteereistä esim. Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. Edita 2012, s. 274–279; Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Talentum 2013, s. 468–477.
3. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi 6/1997, s. 161, 170.
4. HE 6/1997 vp, s. 161.

Raiskaussäännösten ja lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevien säännösten suojeluobjektien erilaisuus on kuitenkin sittemmin osin hämärtynyt, kun raiskaussäännösten piiriin on otettu itsemääräämisoikeutta loukkaavien pakottamistekojen ohella myös puolustuskyvyttömän tilansa vuoksi haavoittuvassa asemassa olevien henkilöiden suojeluun tähtääviä tekomuotoja. Raiskausrikossäännösten uudistamisen (509/2014) yhteydessä annetun hallituksen esityksen HE 216/2013 vp mukaan lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevien rikosten tunnusmerkistöt poikkeavat raiskaustunnusmerkistöstä siinä, että hyväksikäyttörikos ei edellytä epäasiallisten keinojen, kuten väkivallan, käyttöä tai tiettyjen olosuhteiden, kuten puolustuskyvyttömän tilan, hyväksikäyttämistä.[5] Vaikka lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevissa tunnusmerkistössä ei edellytetä tiettyjen olosuhteiden olemassaoloa, lienee kuitenkin niin, että etenkin pieniin lapsiin kohdistetuissa hyväksikäyttörikoksissa puolustuskyvyttömyys ja sen hyväksikäyttö on ikään kuin sisäänrakennetusti mukana.

Vuoden 1998 lainuudistuksen yhteydessä annetussa hallituksen esityksessä lähdettiin siitä, että jos tekijä syyllistyy sekä raiskaukseen että sukupuoliyhteyteen lapsen kanssa, sovelletaan tällöin sekä raiskausta että lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevia säännöksiä.[6] Myös lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevien säännösten perusteluissa korostettiin sitä, että tapauksessa, jossa on kyse suojaikärajaa nuoremman lapsen pakottamisesta seksuaaliseen tekoon, tuli lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevien säännösten ohella soveltaa myös silloisia raiskausta tai sukupuoliyhteyteen pakottamista koskevia säännöksiä.[7] Myös raiskaussäännöksen uudistamisen yhteydessä annetussa hallituksen esityksessä HE 216/2013 vp lähdetään siitä, että raiskausteon kohdistuessa alle 16-vuotiaaseen uhriin, sovelletaan sekä lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä että raiskausta koskevia säännöksiä ja tekijä tuomitaan molemmista rikoksista.[8]

Lainsäätäjän tahto on siis tuotu esitöissä selkeästi ilmi: silloin kun sekä lapsen seksuaalisen hyväksikäytön että raiskauksen tunnusmerkistöt täyttyvät, lähtökohtana on, että molempia säännöksiä sovelletaan. Olennaiseksi kysymykseksi muodostuukin näin ollen se, milloin lapsen seksuaalisessa hyväksikäytössä on kyse myös raiskausrikoksesta.

5. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta 216/2013 vp, s. 6, 42.
6. HE 6/1997 vp, s. 173.
7. HE 6/1997 vp, s. 182.
8 HE 216/2013 vp, s. 6.

3. Raiskauksen tekotavat

Raiskauksesta säädetään rikoslain (RL, 39/1889) 20 luvun 1 §:ssä (509/2014).

> ”Joka pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa, on tuomittava *raiskauksesta* vankeuteen vähintään yhdeksi ja enintään kuudeksi vuodeksi.
>
> Raiskauksesta tuomitaan myös se, joka käyttämällä hyväkseen sitä, että toinen tiedottomuuden, sairauden, vammaisuuden, pelkotilan tai muun avuttoman tilan takia on kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, on sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan.
>
> Jos raiskaus huomioon ottaen uhkauksen vähäisyys taikka muut rikokseen liittyvät seikat on kokonaisuutena arvostellen vähemmän vakava kuin 1 ja 2 momentissa tarkoitetut teot, rikoksentekijä on tuomittava vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi. Samoin tuomitaan se, joka muulla kuin 1 momentissa tarkoitetulla uhkauksella pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen. Mitä edellä tässä momentissa säädetään, ei sovelleta, jos raiskauksessa on käytetty väkivaltaa.
>
> Yritys on rangaistava.”

Voimassa olevan raiskaussäännöksen mukaan raiskaus on siis mahdollista toteuttaa kolmella eri tavalla: 1) pakottamalla toinen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa (1 mom.); 2) sukupuoliyhteyteen ryhtyminen käyttämällä hyväksi sitä, että toinen on tiedottomuuden, sairauden, vammaisuuden, pelkotilan tai muun avuttoman tilan vuoksi kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan (2 mom.); 3) pakottamalla toinen sukupuoliyhteyteen muulla uhkauksella kuin henkilöön kohdistuvan väkivallan uhalla (3 mom.).

Ennen vuoden 1998 uudistusta rikoslain väkisinmakaamissäännös koski tekoja, joissa nainen pakotettiin avioliiton ulkopuolella tapahtuvaan sukupuoliyhteyteen väkivallalla taikka sellaisella uhkauksella, jossa pakottava vaara oli tarjona (RL 25:1, 39/1889 ja RL 20:1, 16/1971). Uhkauksella, jossa ”pakottava vaara on tarjona”, katsottiin tarkoitettavan lähinnä vain hengen tai vakavan terveyden vaaran sisältävillä teoilla uhkaamista. Pakottavan vaaran vaatimus korosti myös sitä, että naisen edellytettiin vastustavan sukupuoliyhteyttä ja alistuvan vasta pakottavan vaaran edessä.[9] Pakottavan vaaran vaatimus poistettiin säännöksestä rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä vuonna 1998 (RL 20:1, 563/1998). Pakottavan vaaran vaatimuksesta luopumisen taustalla oli näkemys,

9. Ks. tästä esim. Klaus Helminen, Rikoslain 20 luku uudistettu. Poliisimies 1971, s. 124–136; HE 6/1997 vp, s. 172; Terttu Utriainen, Raiskaus rikosoikeudellisena ongelmana. Lapin yliopistokustannus 2013, s. 78–80.

ettei teon kohteeksi joutuneelta henkilöltä voitu vaatia itsensä vaarantamista teon ehkäisemiseksi, vaan riittävää oli, että hän selvästi osoitti vastustavansa sukupuoliyhteyttä.[10]

Vuoden 1998 uudistuksessa lähdettiin siitä, ettei säännöksessä tarvittu erillistä pakottavuuden astetta määrittävää elementtiä, vaan sana ”pakottaminen” itsessään riitti osoittamaan, että väkivallan tai väkivallan uhan tuli olla asteeltaan riittävää murtaakseen toisen tahdon. Esitöissä korostettiin, että *väkivallan ja sen uhan* pakottavuutta arvioitaessa oli syytä kiinnittää huomiota paitsi siihen, kuinka voimakasta väkivaltaa käytetään ja kuinka vakavalla väkivallalla uhataan, myös teko-olosuhteisiin kokonaisuudessaan. Hallituksen esityksessä todettiin, että joissakin tapauksissa esimerkiksi uhatun mahdollisuus puolustaa itseään voi olla niin vähäinen, että melko lievälläkin väkivallalla uhkaaminen voi riittää hänen tahtonsa murtamiseen. Sen sijaan silloin, kun kyse on myöhemmin tehtävällä väkivallalla uhkaamisesta, edellytetään esitöiden mukaan melko vakavan väkivallan uhkaa, jota uhatun on olosuhteista johtuen vaikea torjua.[11]

Myös *puolustuskyvyttömyyttä hyväksikäyttäen* toteutettu sukupuoliyhteys määriteltiin raiskaukseksi jo vuoden 1998 lainuudistuksen yhteydessä, mutta tuolloisen sääntelyn mukaan puolustuskyvyttömyyden hyväksikäytössä oli kyse raiskauksesta vain silloin, jos raiskausteon tekijä oli itse saattanut toisen tiedottomaksi, pelkotilaan tai muuhun sellaiseen tilaan, jossa tämä oli kykenemätön puolustamaan itseään. Nykyisin voimassa olevan raiskaussäännöksen mukaan puolustuskyvyttömyyden hyväksikäytöstä tuomitaan raiskauksena riippumatta siitä, mikä tai kuka tämän puolustuskyvyttömyyden on aiheuttanut.[12] Vuoden 1998 säännöksen esitöitä voidaan kuitenkin edelleenkin käyttää apuna tulkittaessa sitä, mitä tiedottomalla tilalla, pelkotilalla ja muulla puolustuskyvyttömyydellä tarkoitetaan.[13] Voimassa olevan raiskaussäännöksen mukaan kyvyttömyyden puolustaa itseään taikka muodostaa tai ilmaista tahtoaan voi aiheuttaa tiedottomuus, sairaus, vammaisuus, pelkotila tai muu avuton tila.

10. HE 6/1997 vp, s. 172.
11. HE 6/1997 vp, s. 172–173.
12. Muista syistä kuin raiskausrikoksen tekijän toimista johtuva puolustuskyvyttömyys otettiin raiskaussäännöksen piiriin vuonna 2011 tehdyllä lainmuutoksella (495/2011). Uudistusta perusteltiin sillä, ettei seksuaaliseen itsemääräämisoikeuteen kohdistuneen loukkauksen vakavuus uhrin näkökulmasta tarkasteltuna välttämättä riipu siitä, onko tekijä aiheuttanut puolustuskyvyttömyyden vai ei. (Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta 283/2010 vp, s. 7.)
13. Kun raiskaussäännöstä vuonna 2011 muutettiin siten, että raiskauksena tulivat rangaistavaksi myös tilanteet, joissa tekijä ei ollut itse aiheuttanut uhrin puolustuskyvyttömyyttä, hallituksen esityksessä lähdettiin siitä, että puolustuskyvyttömyyttä osoittavilla tiloilla tarkoitetaan uudessa laissa samaa kuin aiemmassakin lainsäädännössä. (HE 283/2010 vp, s. 11.) Puolustuskyvyttömyyden ja tahdottomuuden käsitteitä on tarkasteltu myös hallituksen esityksissä HE 283/2010 vp ja HE 216/2013 vp.

Hallituksen esityksessä HE 216/2013 vp todetaan osin aiempiin hallituksen esityksiin tukeutuen, että *puolustuskyvyttömyydellä* tarkoitetaan tilaa, jossa asianomainen henkilö ei henkisen tai ruumiillisen esteen vuoksi pysty joko lainkaan tai ainakaan merkittävässä määrin estämään toisen menettelyä. Säännöksessä mainittu kyvyttömyys muodostaa tai ilmaista tahtoaan ilmentää puolestaan *tahdottomuutta*.[14]

Puolustuskyvyttömyyden syynä voi olla se, että teko kohdistuu *tiedottomassa tilassa* olevaan henkilöön. Hallituksen esityksen HE 6/1997 vp mukaan säännöksessä mainitulla tiedottomalla tilalla tarkoitetaan sitä, että toinen on todella puolustuskyvytön, eikä vain esimerkiksi huumaavan aineen alainen.[15] Tiedottomuus voi olla tajuttomuutta, mutta voi ilmetä myös muuten. Hallituksen esityksessä todetaan, että tiedottomuus voi johtua unilääkkeistä, alkoholista tai muista huumaavista aineista. Nukkuva henkilö on kuitenkin puolustuskyvytön, vaikka hän ei ole alkoholin tai muiden huumaavien aineiden vaikutuksen alainen.[16]

Puolustuskyvyttömyyden voi aiheuttaa myös *sairaus tai vammaisuus*. Säännöksessä mainitut sairaus ja vammaisuus voivat olla pysyviä tiloja, mutta lyhytaikainenkin sairaus voi aiheuttaa säännöksessä tarkoitetun puolustuskyvyttömyyden. Sairaus- ja vammaisuustilanteissa henkilö voi esimerkiksi puhekykyyn liittyvien ongelmien, henkisen toiminnan heikentymisen tai mielentilan häiriintymisen vuoksi olla kyvytön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Hallituksen esityksissä on lähdetty siitä, että sellaisten puolustuskyvyttömyyttä tai tahdottomuutta aiheuttavien pysyväisluonteisten tilojen kuten sairauden tai vammaisuuden hyväksikäyttö tulee arvioitavaksi raiskauksena aina, kun kyse oli sukupuoliyhteyden toteuttamisesta tätä puolustuskyvyttömyyttä tai tahdottomuutta hyväksikäyttäen.[17] Silloin, jos sukupuoliyhteyteen tai muuhun seksuaalista itsemääräämisoikeutta olennaisesti loukkaavaan seksuaaliseen tekoon taivutetun henkilön kyky puolustaa itseään taikka muodostaa tai ilmaista tahtoaan on sairauden, vammaisuuden tai muun heikkoudentilan vuoksi olennaisesti heikentynyt, teko voi tulla tuomittavaksi myös seksuaalisena hyväksikäyttönä (RL 20:5), edellyttäen, että kyseisen säännöksen tunnusmerkistö myös muilta osin täyttyy.[18]

Raiskaussäännöksessä tarkoitetussa *pelkotilassa* on hallituksen esitysten mukaan kyse pelon aiheuttamasta tilasta, joka lamauttaa henkilön puolustusky-

14. HE 216/2013 vp, s. 5.
15. HE 6/1997 vp, s. 173.
16. HE 216/2013 vp, s. 5–6.
17. HE 283/2010 vp, s. 11; HE 216/2013 vp, s. 6.
18. Jotta teko tulisi tuomittavaksi seksuaalisena hyväksikäyttönä, tekijän tulee tehdä teko asemaansa hyväksikäyttäen ja teon kohteena olevan henkilön tulee olla säännöksessä tarkoitetussa alisteisessa asemassa tai riippuvuussuhteessa: esimerkiksi säännöksen 3-kohdan mukaisesti hoidettavana sairaalassa tai muussa laitoksessa (RL 20:5).

vyn.[19] Kyse on siis sellaisesta pelon aiheuttamasta tilasta, joka lamauttaa puolustuskyvyn, joko sen vuoksi, että uhattu pitää puolustautumista liian vaarallisena tai sen vuoksi, ettei hän pelkonsa vuoksi kykene toimimaan oman tahtonsa mukaisesti. Säännöksen soveltamisen edellytykseksi ei asetettu sitä, että pelkotilan vuoksi puolustuskyvyttömään tilaan joutunut henkilö vastustaisi sukupuoliyhteyttä.[20] Pelkotilaa hyväksikäyttämällä toteutettu raiskaus poikkeaakin tässä suhteessa väkivalloin toteutetusta raiskauksesta, sillä jälkimmäisen yhteydessä on edellytetty, että teon kohteena oleva henkilö selvästi osoittaa vastustavansa sukupuoliyhteyttä.[21] Hallituksen esityksissä esimerkkeinä pelkotilan hyväksikäytöstä mainitaan raiskaukset, jotka on tehty asuntoon murtautumisen tai autokyydin tarjoamisen yhteydessä. Oikeuskirjallisuudessa esimerkkinä pelkotilan hyväksikäytöstä on esitetty myös tilanne, jossa mies ilmestyy yllättäen naisen eteen pimeällä metsätiellä, jolloin nainen voi olla niin jähmettynyt kauhusta, ettei kykene vastustamaan sukupuoliyhteyttä.[22]

Muusta avuttomasta tilasta hallituksen esityksissä mainitaan esimerkkinä lääkkeillä tai huumaavilla aineilla aiheutettu tahdottomuus. Alkoholi, lääkkeet ja muut huumaavat aineet voivat aiheuttaa säännöksessä tarkoitetun tahdottomuuden, vaikka uhri ei olisi tiedoton. Pelkkä huumaavan aineen alaisena oleminen ei kuitenkaan riitä, jos henkilöä ei voida sen vuoksi pitää kyvyttömänä puolustamaan itseään taikka muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan.[23]

Kun muuta avutonta tilaa on määritelty hallituksen esityksissä, päähuomio on ollut alkoholin tai huumaavien aineiden käytöstä johtuvassa puolustuskyvyttömyydessä, eikä uhrin iästä johtuvaan puolustuskyvyttömyyteen ole otettu nimenomaisesti kantaa. Sitä, mitä merkitystä henkilön nuorella iällä mahdollisesti on pelkotilaa tai muuta avutonta arvioitaessa, ei ole hallituksen esityksissä pohdittu. Ennen vuotta 2011 uhrin ikä ei ollutkaan relevantti arviointikriteeri, sillä raiskaussäännöksen soveltamisen edellytyksenä oli se, että tekijä oli aiheuttanut säännöksessä tarkoitetun puolustuskyvyttömyyden omilla toimillaan. Ky-

19. HE 283/2010 vp, s. 11; HE 216/2013 vp, s. 6.
20. HE 6/1997 vp, s. 173.
21. Ks. esim. HE 6/1997 vp, s. 172; Timo Ojala, Seksuaalirikokset. Edita 2014, s. 73; Jussi Matikkala, Seksuaalirikokset, s. 109–183 teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, Keskeiset rikokset. Edita 2014, s. 128.
22. Matikkala 2014, s. 130. Näissä hallituksen esityksissä ja oikeuskirjallisuudessa esitetyissä esimerkeissä pelkotila liitetään siis tapauksiin, joissa on kyse tuntemattoman henkilön yllättävästä hyökkäyksestä. Oikeuskäytännössä huomattavasti yleisempiä ovat kuitenkin tapaukset, joissa teon tekijä ja uhri ovat ainakin jollain tapaa tunteneet toisensa ja viettäneet yhdessä aikaa ennen raiskaustekoa. (Ks. esim. Johanna Niemi-Kiesiläinen, Naisia, miehiä vai henkilöitä. Seksuaalirikokset ja sukupuoli. Oikeus 2/1998, s. 4–19, 8; Ojala 2014, s. 57.) Oikeusministeriön vuonna 2012 julkaiseman selvityksen mukaan tuntemattomien tekemiä oli kuudennes kaikista raiskausrikoksista. (Selvityksiä raiskausrikoksista. Oikeusministeriö, Selvityksiä ja ohjeita 13/2012, s. 15, 56.)
23. HE 6/1997 vp, s. 173; HE 283/2010 vp, s. 11; HE 216/2013 vp, s. 5–6.

symys on kuitenkin ohitettu myös vuoden 2011 uudistuksen yhteydessä ja sen jälkeen annetuissa hallituksen esityksissä.

Ennen vuotta 2014 kokonaisuutena arvostellen lieventävien asianhaarain vallitessa tehdyistä teoista tuomittiin raiskauksen sijaan pakottamisena sukupuoliyhteyteen. Väkivallan vähäisyys mainittiin esitöissä seikkana, joka voi johtaa tällaiseen kokonaisarvosteluun. Esityksessä lähdettiin siitä, että erityisesti tapaukset, joissa väkivaltaa ei ollut käytetty lainkaan, voitaisiin katsoa kokonaisuutena arvostellen lieventävien asianhaarain vallitessa tehdyiksi. Esityksessä kuitenkin korostettiin, että arvioinnissa tuli ottaa huomioon sekin, kuinka vakavasta seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksesta oli kyse.[24] Vuonna 2014 tehdyllä lainmuutoksella pakottamista sukupuoliyhteyteen säännellyt rikoslain 20 luvun 3 § kumottiin ja luonteeltaan vähäisemmät raiskausteot otettiin raiskaussäännökseen lievemmin rangaistavaksi 3 momentiksi. Samalla tämän lievemmin rangaistavan raiskauksen alaan otettiin myös tilanteet, jossa joku pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen muunlaisella uhkauksella kuin väkivallalla uhkaamalla. Tämän lainmuutoksen yhteydessä teot, joiden yhteydessä on käytetty väkivaltaa, rajattiin kyseisen momentin soveltamisalan ulkopuolelle. Lievemmin rangaistavana 3 momentin mukaisena raiskauksena voivat siis tulla tuomittavaksi vain teot, joiden yhteydessä ei ole käytetty lainkaan väkivaltaa.

4. Oikeuskäytäntö

Tätä tutkimusta varten hovioikeuksista pyydettiin 1.1.2011 jälkeen annetut tuomiot, joissa syyte/tuomio koski sekä lapsen seksuaalista hyväksikäyttörikosta (lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö RL 20:6 tai törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö RL 20:7) että raiskausrikosta (raiskaus RL 20:1, törkeä raiskaus RL 20:2 tai pakottaminen sukupuoliyhteyteen RL 20:3). Asiakirjoja pyydettiin vain julkisilta osin. Lähes kaikki tuomioistuinten lähettämät tuomiot oli määrätty ainakin osittain salaisiksi, ja suppeimmillaan julkista oli vain salassapitoratkaisu ja tuomiolauselma. Pelkän tuomiolauselman pohjalta ei ole mahdollista tehdä mitään johtopäätöksiä esimerkiksi asianomistajan iästä tai tekotavasta, joten tarkemman tarkastelun kohteeksi valikoituivat tuomiot, joista oli määrätty salassapidettäväksi vain osa – esimerkiksi asianomistajan ja tämän huoltajan henkilötiedot – sekä tapaukset, joissa salassapidettäväksi määrättyä tuomioasiakirjaa täydensi julkinen seloste. Osa tuomioistuinten toimittamista tuomioista valikoitui pois tarkastelusta myös siksi, etteivät ne vastanneet asiakirja-

24. HE 6/1997 vp, s. 173.

pyyntöä vaan niissä oli esimerkiksi kyse vain lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä tai vain raiskauksesta.

Tarkemmin analysoitavaan aineistoon jäi lopulta 63 tuomiota, joista 28 Helsingin hovioikeudesta, 5 Itä-Suomen hovioikeudesta, 16 Rovaniemen hovioikeudesta, 9 Turun hovioikeudesta ja 5 Vaasan hovioikeudesta. Asianosaisten suojelemiseksi alempien oikeusasteiden tuomioihin on tässä artikkelissa viitattu vain tuomioistuimen nimellä ja tuomion antamisvuodella sekä kirjoittajan määritteleмällä järjestysnumerolla, jolla erotetaan toisistaan saman tuomioistuimen samana vuonna antamat tuomiot.

Edellä mainituista tuomioiden salassapitoon liittyvistä syistä aineisto on osin hyvinkin sattumanvaraisesti valikoitunutta, joten tuomioiden pohjalta ei voi tehdä varmoja tilastollisia johtopäätöksiä. Aineisto on kuitenkin sen verran laaja, että sen pohjalta voitaneen esittää jonkinlaisia varovaisia arvioita vallitsevasta oikeuskäytännöstä. Tapauksia käytetään lainopillisen tulkinnan apuvälineenä sen selvittämiseksi, miten raiskaussäännöstä tulkitaan ja sovelletaan silloin, kun kyse on lapseen kohdistuvasta teosta. Syyttämiskäytännöstä aineisto ei kerro, koska aineistossa ei ole mukana tapauksia, joissa syyttäjä on syyttänyt vastaajaa vain hyväksikäyttörikoksesta. Käytössä olleen aineiston perusteella ei siksi voi tehdä johtopäätöksiä siitä, missä määrin tuomioistuimissa käsitellään sellaisia sukupuoliyhteyden sisältäviä hyväksikäyttötapauksia, joissa syyttäjä on päätynyt syyttämään vain hyväksikäyttörikoksesta.

Ehkä selkein havainto, joka aineiston perusteella voidaan tehdä, on se, että valtaosassa tapauksista asianomistajat olivat 13–15 vuotiaita.[25] Näyttääkin siltä, että pieniin lapsiin kohdistuneet seksuaaliset hyväksikäytöt tulevat syystä tai toisesta erittäin harvoin arvioitavaksi raiskauksina.[26] Helsingin hovioikeuden

25. Asianomistaja oli tekohetkellä 15-vuotias 23 tapauksessa, 14-vuotias 20 tapauksessa ja 13-vuotias 10 tapauksessa. Jos tapauksessa on ollut useampia asianomistajia, tuomio on tässä luokiteltu nuorimman asianomistajan mukaan. Tapauksia, joissa asianomistaja oli tekohetkellä 12-vuotias, oli aineistossa kaksi, tapauksia, joissa asiaomistaja oli 11-vuotias, oli kolme ja tapauksia, joissa asianomistaja oli 10-vuotias tai sitä nuorempi, neljä. Lisäksi aineistossa oli yksi tapaus, jossa asianomistajan tarkka ikä ei käynyt ilmi julkisista asiakirjoista.
26. Lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen selvityksen perusteella tuomioistuimissa käsitellyissä sukupuoliyhteyden sisältävissä hyväksikäyttötapauksissa teon kohteena oli useimmiten ollut vähintään 12-vuotias lapsi. Tapaukset, joissa tekijä oli tuomittu alle 12-vuotiaaseen lapseen kohdistuneesta sukupuoliyhteyden sisältävästä hyväksikäyttöteosta, olivat harvinaisempia. (Ville Hinkkanen, Lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö. Tutkimus rangaistuskäytännöstä ja seksuaalirikosten uusimisesta. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 92/2009, s. 59–61, 65.) Hirvelän tutkimuksen mukaan oikeuskäytännössä kuitenkin esiintyy myös tapauksia, joissa sukupuoliyhteyden sisältänyt lapsen hyväksikäyttö oli alkanut lapsen varhaisella iällä, teot olivat jatkuneet vuosia ja tekijä oli usein lapsen biologinen vanhempi tai muutoin lapsen kanssa asuva aikuinen. (Päivi Hirvelä, Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. WSOYpro 2006, s. 532–535.) Tällaiset tapaukset eivät syystä tai toisesta näy tämän artikkelin tapausaineistossa. Kyse voi olla siitä, ettei tällaisia tapauksia tullut hovioikeuksien käsiteltäväksi; siitä, etteivät ne salaisek-

tapaus, jossa vastaaja tuomittiin useista 3–6-vuotiaisiin nukkuviin lapsiin kohdistuneista seksuaalirikoksista, olikin aineistossa selkeä poikkeus. Raiskaukset luettiin kyseisessä tapauksessa vastaajan syyksi sillä perusteella, että raiskauksen kohteeksi joutuneet asianomistajat olivat nukkuneet sikeästi tilanteessa ja olleet siten kykenemättömiä puolustamaan itseään.[27]

Tyypillisin tapaus aineistossa oli tapaus, jossa 14–15-vuotias asianomistaja oli pakotettu vaginaaliseen, oraaliseen, anaaliseen tai sormin tunkeutumalla toteutettuun sukupuoliyhteyteen väkivaltaa käyttäen. Väkivallan vähäisyys ei ollut este katsoa tekoa raiskaukseksi ja valtaosassa tapauksista käytetty väkivalta olikin melko vähäistä: työntämistä, kädestä vetämistä, painamista, paikallaan pitämistä, kiinni pitämistä, tönimistä, kaatamista, väkisin riisumista tai päällä makaamista.[28] Raiskaukseksi katsomisen kannalta riittävää oli se, että tämä sinänsä vähäiseksi katsottu väkivalta oli riittänyt murtamaan asianomistajan tahdon ja saanut hänet alistumaan sukupuoliyhteyteen.

> ”Hovioikeus katsoo [asianomistajan] kertomuksen perusteella asiassa tulleen näytetyksi, että [vastaaja] oli työntänyt [asianomistajan] vuodesohvalle ja ollut tämän päällä. Tämä sekä [asianomistajan] ja [vastaajan] välinen koko- ja ikäero huomioon ottaen hovioikeus katsoo [vastaajan] käyttäneen tilanteessa raiskausta koskevassa rangaistussäännöksessä tarkoitettua väkivaltaa sukupuoliyhteyteen pääsemiseksi.”[29]

> ”Rikoslain 20 luvun 1 §:ää koskevien esitöiden mukaan raiskauksessa käytetyn väkivallan on oltava asteeltaan sellaista, että se riittää murtamaan toisen tahdon (HE 6/1997 vp). Hovioikeus toteaa, että jaloista kiinni pitäminen ja yhdynnän jatkaminen vastoin A:n kieltoa täyttää tällaisen väkivallan tunnusmerkin. Kun [vastaaja] on väkivaltaa käyttämällä pakottanut A:n sukupuoliyhteyteen, hänen menettelynsä täyttää raiskausrikoksen tunnusmerkistön.”[30]

> ”[Vastaaja] on kohdassa 3 työntänyt *** (asianomistaja B:n) sängylle, riisunut *** (asianomistaja B:n) housut jalasta, pitänyt tätä ranteista kiinni ja työntynyt peniksellään *** (asianomistaja B:n) emättimeen tämän sanallisesta ja fyysisestä vastustelusta huolimatta. [Vastaaja] on pitänyt *** (asianomistaja B:stä) kiinni siten, että ***

si julistamisen vuoksi päätyneet tarkasteltuun aineistoon tai siitä, ettei vastaajaa näissä tapauksissa syytetty tai tuomittu raiskausrikoksesta.

27. Tässä tapauksessa vastaajan syyksi luettiin törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö, neljä pakottamista seksuaaliseen tekoon, sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan lasta esittävän kuvan hallussapito, törkeä sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan lasta esittävän kuvan levittäminen, neljä törkeää raiskausta ja vaaran aiheuttaminen. Vastaajalle tuomittiin kahdeksan vuoden vankeusrangaistus. (HHO 2016 (VII); Vantaan KO 2016 (I).)
28. Vakavammasta väkivallasta oli sen sijaan kyse yhdessä tapauksessa, jossa vastaaja oli kuristanut 14-vuotiasta lasta kaulasta niin voimakkaasti, että kaulaan oli jäänyt kuristusjäljet. Vastaaja tuomittiin törkeästä lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä, törkeästä raiskauksesta ja raiskauksesta 5 vuoden ja 8 kuukauden vankeusrangaistukseen. (THO 2017 (VII); Länsi-Uudenmaan KO 2017 (I).)
29. HHO 2015 (X).
30. HHO 2014 (I).

> (asianomistaja B) ei ole kertomansa mukaan kyennyt estämään tapahtunutta. [Vastaaja] on ollut aikuinen vankkarakenteinen mies ja hänen on ollut mahdollista pitää *** (asianomistaja B:tä) aloillaan ilman voimakkaampaa väkivaltaa, väkivalta on ollut riittävää murtamaan *** (asianomistaja B:n) tahdon ja sen on katsottava olleen niin määrätietoista ja intensiivistä, että *** (asianomistaja B) ei ole olosuhteet huomioon ottaen voinut välttyä sukupuoliyhteydeltä. Käytettyä väkivaltaa ei myöskään ole pidettävä vähäisenä. *** (asianomistaja B) on ainakin alussa jossain määrin ihaillut [vastaajaa] tämän musiikkitaustan ja julkisuusaseman johdosta ja mennyt tämän asunnolle saadakseen niin sanottuja fanipaitoja. Edellä mainittu ja ottaen huomioon *** (asianomistaja B:n) 15-vuoden ikä, että [vastaaja] on jatkanut tekoaan estelyistä ja kielloista huolimatta sekä olosuhteet kokonaisuudessaan, raiskausta ei voida kokonaisuutena arvostellen katsoa tehdyn lieventävien asianhaarojen vallitessa tehdyksi. [Vastaaja] on kohdassa 3 tuomittava raiskauksesta."[31]

Sukupuoliyhteyden vastustaminen on tapauksissa ilmennyt sanallisina kieltoina ja fyysisenä estelynä.

> "Asianomistaja ei ollut väittänyt, että hän itse olisi kamppaillut vastaan fyysisten voimiensa äärirajoilla, vaan oli ilmoituksensa mukaan vastustanut yhdyntää yrittäen työntää vastaajaa pois päältään ja suusanallisesti huutamalla."[32]

> "Asianomistajan ja todistajien kertomuksilla, asianomistajan ja [todistajan] välisillä WhatsApp-viestien sisällöllä ja lääkärinlausunnon 8.11.2014 esitiedoilla on näytetty, että sekä oraali- että anaaliyhdyntä on tapahtunut vastoin asianomistajan tahtoa, jonka asianomistaja oli selvästi ilmaissut vastaajalle sanallisesti ja pyrkimällä lähtemään pois tilanteesta."[33]

> "[Vastaaja] on jatkanut tekoaan asianomistaja B:n kielloista, lopettamispyynnöistä ja estelyistä huolimatta."[34]

Yksittäisissä tapauksissa teon toteuttamisessa on väkivallan sijasta tai ohella käytetty väkivallalla uhkaamista. Tapauksessa, jossa asianomistaja oli pakotettu sukupuoliyhteyteen yksittäisellä suusanallisella uhkauksella ("tulet vaikka väkisin") vastaaja tuomittiin aiemmin voimassa olleen lainsäädännön mukaisesti pakottamisesta sukupuoliyhteyteen.[35] Silloin jos teossa on käytetty väkivaltaa, väkivallan vähäisyyttä ei ole pääsääntöisesti pidetty perusteena pitää tekoa lieventävien asianhaarojen vallitessa tehtynä. Poikkeuksena tapaus, jossa tuomioistuin katsoi, että auton konepeltiä vasten työntämällä toteutettu teko oli

31. RHO 2015 (I).
32. HHO 2014 (I); Helsingin KO 2013 (I).
33. HHO 2017 (III); Vantaan KO 2016 (II).
34. RHO 2014 (II).
35. HHO 2016 (II). Vastaaja tuomittiin pakottamisesta sukupuoliyhteyteen ja lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä yhden vuoden ja kahden kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen.

suoritettu ”lähes väkivallattomasti”[36] ja tapaus, jossa yksi vastaajan syyksi luetuista teoista katsottiin syyttäjän vaatimuksen mukaisesti käytetyn väkivallan vähäisyyden perusteella lieventävien asianhaarojen vallitessa tehdyksi[37]. Ainakin lapsiin kohdistuvien raiskausten kohdalla oikeuskäytäntö näyttääkin aiemminkin varsin hyvin vastanneen vuoden 2014 lainuudistuksessa tehtyä linjausta, jonka mukaan lievemmin rangaistavaa tekomuotoa ei sovelleta tekoihin, joissa on käytetty väkivaltaa.

Aineistossa on myös tapauksia, joissa sukupuoliyhteys on toteutettu väkivallan sijaan käyttämällä hyväksi asianomistajan kyvyttömyyttä puolustaa itseään taikka muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Näissä tapauksissa avuttoman tilan syynä oli yleensä asianomistajan voimakas humalatila taikka huumausaineiden tai lääkkeiden käyttö. Eräissä tapauksissa avuttoman tilan oli aiheuttanut asianomistajan väsymys- tai unitila.

> ”Asiassa on riidatonta, että [asianomistaja] oli nauttinut illan aikana alkoholia. [Todistajien] kertomusten perusteella on näytetty, että [asianomistaja] oli nauttinut illan aikana noin 6–10 olutta ja lisäksi ainakin viiniä. [Todistajien] kertomuksista ilmenee, että [asianomistaja] oli ollut kovassa humalassa heidän parkkipaikalla ollessaan. Hovioikeus katsoo [todistajien] kertomusten perusteella, että [asianomistaja] ei ole ollut täysin tiedoton, mutta päihtymyksen vuoksi sellaisessa avuttomassa tilassa, jossa hän ei ole kyennyt ilmaisemaan tahtoaan.”[38]

> ”Asiassa on selvitetty, että [vastaaja] on käyttänyt hyväkseen asianomistajan avutonta tilaa ja ollut sukupuoliyhteydessä tuolloin 15-vuotiaan asianomistajan kanssa. [Vastaaja] on ollut tekoaikaan 32-vuotias. Asianomistaja on sukupuoliyhteyden aikana ollut vahvan humalatilansa vuoksi sellaisessa avuttomassa tilassa, että hän on ollut kyvytön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan sekä puolustamaan itseään. [Vastaaja] on illan aikana tarjonnut asianomistajalle alkoholijuomia, nähnyt hänen juovan alkoholia, ja hän on havainnut asianomistajan olleen humalatilassa. [Vastaajan] on siten täytynyt olla tietoinen siitä, että asianomistaja on humalatilansa vuoksi ollut avuttomassa ja puolustuskyvyttömässä tilassa. [Vastaajalla] on ollut korostunut huolellisuusvelvollisuus vakuuttua siitä, että vahvassa humalatilassa ollut 15-vuotias asianomistaja on ollut sellaisessa tilassa, että hän on kyennyt muodostamaan tai ilmaisemaan tahtonsa ennen sukupuoliyhteyttä. [Vastaajan] on siten näytetty menetelleen syytteen teonkuvauksessa selostetuin tavoin.”[39]

36. HHO 2015 (V). Vastaaja tuomittiin pakottamisesta sukupuoliyhteyteen nuorena henkilönä ja lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä nuorena henkilönä kahdeksan kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen.
37. VHO 2016 (III); Pohjanmaan KO 2015 (III). Vastaaja tuomittiin törkeän lapsen seksuaalisen hyväksikäytön yrityksestä, törkeästä lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä, pakottamisesta sukupuoliyhteyteen ja kahdesta lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä kolmen vuoden ja kymmenen kuukauden vankeusrangaistukseen.
38. HHO 2016 (VIII).
39. RHO 2015 (V). Alkoholin, huumausaineiden ja/tai lääkkeiden aiheuttaman avuttoman tilan hyväksikäytöstä oli kyse myös mm. tapauksissa HHO 2016 (I); HHO 2016 (III); IHO 2017 (I);

Pelkotilaan on viitattu väkivallan ohella eräissä tapauksissa, joissa raiskaus on toteutettu väkivaltaa käyttäen. Aineiston perusteella näyttää kuitenkin siltä, että raiskauksia luetaan erittäin harvoin tekijälle syyksi pelkästään sillä perusteella, että kyse olisi ollut pelkotilan aiheuttaman puolustuskyvyttömyyden hyväksikäytöstä. Seuraavassa Rovaniemen hovioikeuden käsittelemässä tapauksessa asianomistajan katsottiin olleen pelkotilassa tai muussa avuttomassa tilassa:

> ”Hovioikeus katsoo kuten käräjäoikeuskin, että [asianomistaja] ei ole tapahtumahetkellä ollut tiedottomassa tilassa. Hovioikeus katsoo kuitenkin [asianomistajan] omalla kertomuksella selvitetyksi, että [asianomistaja] on ollut tapahtumahetkellä päihtynyt. Kun lisäksi otetaan huomioon se, että hän on ollut itselleen entuudestaan tuntemattoman, päihtyneen, isokokoisen ja itseään huomattavasti vanhemman miehen hotellihuoneessa, jossa hänen ystävänsä on ollut tiedottomassa tilassa ja jonka tekijä on jo raiskannut, käsillä on ollut rikoslain 20 luvun 1 §:n 2 momentissa tarkoitettu pelkotila tai muu avuton tila. Hovioikeus katsoo [asianomistajan] ilmaisseen [vastaajalle], että hän ei halua olla sukupuoliyhteydessä tämän kanssa. [Vastaajan] olisi tullut ymmärtää [asianomistajan] käytöksestä ja puheista, että tämä ei ollut antanut suostumustaan sukupuoliyhteyteen. [Vastaaja] on siten ollut [asianomistajan] kanssa sukupuoliyhteydessä käyttämällä hyväksi sitä, että [asianomistaja] ei ole pelkotilan tai muun avuttoman tilan takia kyennyt puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Tällä menettelyllään [vastaaja] on syyllistynyt raiskaukseen. Hovioikeus hyväksyy käräjäoikeuden teon törkeysarviointia koskevat perustelut ja katsoo kuten käräjäoikeuskin, että [vastaajan] teko täyttää törkeän raiskauksen tunnusmerkistön.”[40]

Pelkotilan hyväksikäytön vähäinen esiintyvyys aineistossa on yllättävää, kun kyse on kuitenkin alle 16-vuotiaisiin lapsiin kohdistuneista teoista. Yksi selittävä tekijä tälle voi olla se, että kun vähäinenkin väkivalta riittää täyttämään raiskauksen tunnusmerkistön, pelkotilan hyväksikäytölle jää melko vähän itsenäistä soveltamisalaa etenkin, jos aivan pieniin lapsiin kohdistuvia hyväksikäyttötekoja tuomitaan vain harvoin raiskauksina.[41] Pelkotilaa koskevaan arvioin-

RHO 2016 (I); RHO 2016 (III); THO 2016 (I); THO 2017 (II). Väsymys- tai unitilasta sekä osassa tapauksissa myös humalatilasta johtuneesta tiedottomuudesta tai muusta avuttomasta tilasta oli kyse esim. tapauksissa HHO 2015 (I); HHO 2015 (II); HHO 2015 (VIII); HHO 2016 (I); HHO 2016 (VII); HHO 2017 (I).

40. RHO 2016 (III).

41. Utriaisen teoksessaan esittämä tulkintasuositus, jonka mukaan tapauksissa, joissa lapsi ei kykene vastustamaan tai ymmärrä vastustaa, sovellettaisiin raiskaussäännöksen toista momenttia, ei näytä toteutuneen. (Utriainen 2013, s. 242–245). Aineistossa on vain yksi tapaus, jossa näyttäisi siltä, että lapsen katsottiin pelkästään ikänsä ja ruumiinrakenteensa perusteella olleen raiskaussäännöksen tarkoittamassa avuttomassa tilassa. Käräjäoikeus totesi tapauksessa seuraavasti: ”Asianomistaja on tapahtuma-aikaan ollut vasta 12-vuotias ja vielä pääkäsittelyn aikaankin ruumiinrakenteeltaan varsin pienikokoinen ja hentorakenteinen. Ilmeistä on, että asianomistaja on nuoren ikänsä johdosta ollut teon aikana avuttomassa tilassa ja kykenemätön puolustamaan itseään enempää.” (Kemi-Tornion KO 2016 (I). Myös hovioikeus on kysei-

tiin on voinut vaikuttaa myös se, ettei aineistossa ole esitöissä kuvatun kaltaisia tapauksia, joissa olisi ollut kyse täysin tuntemattoman henkilön tekemästä yllättävästä päälle käymisestä vaan raiskausta on yleensä edeltänyt ainakin jonkinlainen tuttavuus tai kanssakäyminen.

Silloin, jos raiskauksen tunnusmerkistön katsottiin täyttyvän, tekijä tuomittiin sekä hyväksikäyttörikoksesta että raiskauksesta. Konkurrenssiin otettiin kantaa vain yksittäisissä tapauksissa ja silloinkin lähinnä todeten, että hyväksikäyttö- ja raiskaussäännöksillä suojataan eri oikeushyvää ja siten kyse on eri rikoksista:

> ”Lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä ja törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevilla rikoslain kohdilla suojataan eri oikeushyvää kuin törkeällä raiskauksella. Ensin mainituilla suojataan ennen kaikkea lasta, kun taas jälkimmäisellä suojataan henkilön seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Sen vuoksi kysymys on myös eri rikoksista vaikka ne täyttyvätkin samalla menettelyllä.”[42]

Tarkasteltu oikeuskäytäntö osoittaa, että lapsi voidaan raiskata ja lapsen seksuaaliseen hyväksikäyttöön syyllistynyt henkilö voidaan tuomita myös raiskauksesta. Raiskaustunnusmerkistö näyttäisi kuitenkin tulevan sovellettavaksi lähinnä tietyn tyyppisissä tapauksissa: tapauksissa, joissa teini-ikäinen lapsi on pakotettu sukupuoliyhteyteen väkivalloin, ja tapauksissa, joissa on käytetty hyväksi sitä, että lapsi on ollut alkoholin, huumausaineiden tai lääkkeiden aiheuttaman päihtymystilan vuoksi avuttomassa tilassa.[43] Raiskaussäännöksessä mainittu kyvyttömyys puolustaa itseään taikka muodostaa tai ilmaista tahtoaan onkin pitkälti kulminoitunut hallituksen esityksissä nimenomaisena esimerkkinä mainittuun alkoholin tai huumausaineiden aiheuttamaan avuttomaan tilaan.

sessä tapauksessa katsonut asianomistajan olleen avuttomassa tilassa. Hovioikeus on kuitenkin perusteluissaan kiinnittänyt asianomistajan iän lisäksi huomiota myös vastaajan toimintaan kuvauksella, joka avuttoman tilan hyväksikäytön sijaan näyttäisi viittaavan pikemminkin teon toteuttamiseen väkivalloin: ”[Vastaaja] on painanut häntä niin kovasti, että hän ei ole saanut henkeä ja että se on sattunut.” RHO 2016 (IV).

42. HHO 2016 (VII); Espoon KO 2016 (II).

43. Samat raiskauksen tekotavat ovat tavallisia myös silloin, kun puhutaan raiskausrikoksista yleensä. Ojalan mukaan oikeuskäytännössä esiintyy runsaasti tapauksia, joissa tekijä fyysisesti pakottaa uhrin sukupuoliyhteyteen pitämällä uhria fyysisesti paikallaan sekä riisumalla tai repimällä uhrin vaatteet jollakin tavoin pois. Nämä fyysiset toimet ovat sitä väkivaltaa, jonka avulla sukupuoliyhteys tapahtuu, joten kyse on raiskauksesta. Tyypillinen on Ojalan mukaan myös tilanne, jossa uhrin tahdonmuodostuskyky on alentunut päihtymystilan vuoksi ja tekijä on käyttänyt sitä hyväkseen. (Ojala 2014, s. 57. Ks. myös Selvityksiä raiskausrikoksista 2012, s. 15, 59, 64, 67.)

5. Rangaistukset

Perusmuotoisen raiskauksen rangaistusasteikko on vankeutta vähintään yksi vuosi ja enintään kuusi vuotta (RL 20:1.1). Törkeästä raiskauksesta tuomitaan vankeuteen vähintään kahdeksi ja enintään kymmeneksi vuodeksi (RL 20:2). Lapsen seksuaalisen hyväksikäytön rangaistusasteikko on vankeutta vähintään neljä kuukautta ja enintään neljä vuotta (RL 20:6) ja törkeän lapsen seksuaalisen hyväksikäytön asteikko yhdestä vuodesta kymmeneen vuotta vankeutta (RL 20:7). Jos tekijän syyksi luettaisiin perusmuotoinen raiskaus ja perusmuotoinen lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö, maksimirangaistus on rikoslain 7 luvun 2 §:n mukaisesti 9 vuotta.[44] Jos taas toinen tai molemmat rikoksista luetaan tekijälle syyksi törkeänä, yhteisen rangaistuksen enimmäismäärä on 13 vuotta.

Tätä tutkimusta varten kerätty aineisto on siinä määrin suppea, ettei sen perusteella voi esittää kovin varmoja johtopäätöksiä vallitsevasta oikeuskäytännöstä.[45] Joitakin varovaisia huomioita on kuitenkin mahdollista tehdä. Sellaiset teot, joissa on ollut kyse yksittäisestä raiskaus- ja hyväksikäyttöteosta, on aineistoon kuuluvissa tapauksissa useimmiten luettu tekijälle syyksi perusmuotoisena raiskauksena[46] ja törkeänä lapsen seksuaalisena hyväksikäyttönä, jolloin sovellettava rangaistusasteikko on yhdestä vuodesta kolmeentoista vuotta vankeutta. Aineiston tapauksissa, joissa vastaajan syyksi luettiin yksittäinen raiskaus ja törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö, määrätyt rangaistukset olivat kahden vuoden molemmin puolin.[47] Rangaistukset teoista tai tekosarjoista, joi-

44. On kuitenkin syytä huomata, että lapseen kohdistunut raiskausteko tulee vain hyvin poikkeuksellisesti tuomittavaksi perusmuotoisena lapsen seksuaalisena hyväksikäyttönä ja raiskauksena, sillä raiskaussäännöksen täyttyminen edellyttää sukupuoliyhteyttä ja sukupuoliyhteyden sisältävä hyväksikäyttöteko taas katsotaan lähtökohtaisesti törkeäksi lapsen seksuaaliseksi hyväksikäytöksi. (Ks. tästä myös Timo Ojala, Lapsiin kohdistuvat seksuaalirikokset. Edita 2012, s. 124.)
45. Raiskausrikosten rangaistuskäytäntöä ja rangaistuksen määräämiseen vaikuttavia seikkoja on selvitetty oikeusministeriön vuonna 2012 julkaisemassa selvityksessä (Selvityksiä raiskausrikoksista 2012, s. 68–132) ja lapsen seksuaalisen hyväksikäytön rangaistuskäytäntöä Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen vuonna 2009 julkaisemassa tutkimuksessa (Hinkkanen 2009, s. 31–73).
46. Raiskaustekoja on luettu syyksi perusmuotoisena raiskauksena osin siksi, että valtaosa aineiston tuomioissa tarkastelluista teoista on tehty ennen vuoden 2014 lainmuutoksen voimaantuloa (1.9.2014). Tällä lainmuutoksella teon kohdistuminen kahdeksaatoista vuotta nuorempaan lapseen otettiin yhdeksi raiskauksen kvalifiointiperusteeksi. Lainmuutoksen vaikutukset näkyvät siinä, että aineiston tuoreimmissa tapauksissa raiskaustekoja näytetään aiempaa useammin luetun tekijälle syyksi törkeänä raiskauksena.
47. Lievimmillään 1 vuoden ja 10 kuukauden ehdollinen vankeusrangaistus ja sen ohella yhdyskuntapalvelu ja ankarimmillaan 2 vuoden 8 kuukauden vankeusrangaistus.

hin sisältyi törkeä raiskaus, vaihtelivat enemmän.[48] Aineistoon kuuluvissa tapauksissa ankarimmat rangaistukset tuomittiin tapauksissa, joissa vastaajan syyksi luettiin suuri määrä erilaisia seksuaalirikoksia.[49] Lievimmät ehdolliset rangaistukset[50] puolestaan tuomittiin tapauksissa, joissa tekijälle luettiin syyksi nuorena henkilönä tehty lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö sekä pakottaminen seksuaaliseen tekoon tai raiskaus.

Korkein oikeus on ratkaisuissaan KKO 2017:50 ja KKO 2018:35 ottanut kantaa lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä ja törkeästä lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä määrättävien rangaistusten mittaamiseen. Näissä tapauksissa korkein oikeus korotti hovioikeuksien määräämiä rangaistuksia viitaten vuoden 2011 lainuudistukseen, jolla pyrittiin siihen, että lapsen seksuaalisista hyväksikäyttörikoksista tuomittaisiin aiempaa ankarampia rangaistuksia. Nämä korkeimman oikeuden ennakkopäätökset voivat jatkossa johtaa rangaistuskäytännön ankaroitumiseen myös tässä artikkelissa käsitellyn kaltaisissa tapauksissa.

Tapausaineiston perusteella ei voi sanoa mitään varmaa vuoden 2014 uudistuksen, jossa teon kohdistuminen kahdeksaatoista vuotta nuorempaan lapseen otettiin raiskauksen kvalifiointiperusteeksi, vaikutuksista rangaistustasoon. Voisi kuitenkin olettaa, että uudistuksen jälkeen aiempaa useammista lapsiin

48. Törkeän raiskauksen sisältävistä teoista tai tekosarjoista tuomitut rangaistukset vaihtelivat nuorena henkilönä tehdystä yhdestä teosta tuomitusta kahden vuoden ehdollisesta rangaistuksesta (HHO 2017 (III)) laajasta rikossarjasta tuomittuun kahdeksan vuoden vankeusrangaistukseen (HHO 2016 (VII)). Vain törkeän lapsen seksuaalisen hyväksikäytön ja törkeän raiskauksen sisältäneestä tekosarjasta on aineistossa tuomittu enimmillään 6 vuoden ja 6 kuukauden rangaistus. Kyse oli useammasta sukupuoliyhteydestä ja tekojen kohteena oli 5-vuotias tyttö. (RHO 2015 (IV)).
49. Tapauksessa HHO 2016 (VII) vastaajan syyksi luettiin törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö, neljä pakottamista seksuaaliseen tekoon, sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan lasta esittävän kuvan hallussapito, törkeä sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan lasta esittävän kuvan levittäminen, neljä törkeää raiskausta ja vaaran aiheuttaminen ja näistä tuomittiin kahdeksan vuoden vankeusrangaistus. Tapauksessa HHO 2017 (II) vastaajan syyksi luettiin törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö, törkeä ihmiskauppa, pahoinpitely, alkoholirikos, kaksi sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan lasta esittävän kuvan hallussapitoa, sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan lasta esittävän kuvan levittäminen ja raiskaus ja näistä tuomittiin 11 vuoden vankeusrangaistus. Tapauksessa IHO 2017 (II) vastaajan syyksi luettiin kolme törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä, kaksi sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan lasta esittävän kuvan hallussapitoa, seksuaalinen hyväksikäyttö, sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan kuvan levittäminen, pakottaminen sukupuoliyhteyteen, lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö, kuusi lapsen houkuttelemista seksuaalisiin tarkoituksiin ja kahdeksan lapsen seksuaalisen hyväksikäytön yritystä ja näistä tuomittiin kahdeksan vuoden vankeusrangaistus. Viiden vuoden tai sitä pidempiä vankeusrangaistuksia määrättiin myös muutamassa muussa tapauksessa, joissa oli kyse joko useista erillisistä raiskaus- ja hyväksikäyttöteoista tai tekotavaltaan erityisen törkeästä raiskauksesta (HHO 2015 (VII); RHO 2015 (IV); RHO 2015 (VI); THO 2017 (VII); VHO 2016 (I)).
50. Lyhimmillään 4 kuukauden ehdollinen vankeusrangaistus.

kohdistuvista raiskausteoista tuomitaan törkeän lapsen seksuaalisen hyväksikäytön ohella myös törkeinä raiskauksina, mikä on omiaan ankaroittamaan yleistä rangaistustasoa jo siitäkin syystä, että törkeän raiskauksen minimirangaistus on kaksi vuotta vankeutta, kun perusmuotoisen raiskauksen ja törkeän lapsen seksuaalisen hyväksikäytön minimirangaistus on yksi vuosi vankeutta. Tällä on olennainen merkitys myös rangaistuslajin valinnan kannalta: yli kahden vuoden vankeusrangaistusta kun ei voi määrätä ehdollisena. Toisaalta taas, kun teon kohteen alaikäisyys on raiskauksen kvalifiointiperuste ja sukupuoliyhteys tekee törkeästä lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä törkeän, lähtökohtana on, että lapsiin kohdistuneet raiskausteot tuomitaan nimenomaan törkeänä raiskauksena ja törkeänä lapsen seksuaalisena hyväksikäyttönä, edellyttäen, että teko on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Tämä lähtökohta tuo törkeiden tekomuotojen joukkoon myös sellaisia tekoja, jotka eivät esimerkiksi väkivallan käytön, lapsen iän tai toiminnan keston suhteen sijoitu kaikkein törkeimpien raiskaus- ja hyväksikäyttörikosten joukkoon, mikä tarkoittanee käytännössä sitä, että rangaistuksia määrätään usein asteikon alapäästä.

Tapausaineisto osoittaa sen, että lapsen seksuaalisen hyväksikäyttörikoksen ja raiskausrikoksen sisältävät teot ja tekosarjat poikkeavat toisistaan niin huomattavasti, ettei mistään tyyppirangaistuksista ole perusteltua puhua. Rangaistusasteikot näyttäisivät olevan riittävän laajoja, jotta ne sallivat tapauskohtaisten erojen huomioimisen. Valtaosassa tapauksista rangaistukset määrätään asteikon alapäästä, mutta yhteisen rangaistuksen asteikot näyttäisivät mahdollistavan riittävän tuntuvat rangaistukset myös silloin, kun kyse on laajemmista tekosarjoista tai tavallista törkeämmistä teoista.

Oikeusministeriö on rikoslain kehitystä ja kehitystarpeita käsittelevässä arviomuistiossaan esittänyt kahta muutosta, joilla lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä määrättäviä rangaistuksia voitaisiin kiristää. Muistion mukaan lapsen seksuaalisen hyväksikäytön enimmäisrangaistus voitaisiin korottaa neljästä vuodesta kuuteen vuotta vankeutta ja rikoslakiin voitaisiin ottaa uusi tunnusmerkistö, nimikkeeltään törkeä lapsenraiskaus, jota sovellettaisiin tapauksissa, joissa nykyisin sovelletaan samanaikaisesti raiskaus- ja hyväksikäyttörikossäännöksiä. Muistion mukaan tämän rikoksen rangaistusasteikko voisi olla 4–12 vuotta vankeutta.[51] Samaa on sittemmin esitetty myös elokuussa 2018 valmistuneessa luonnoksessa hallituksen esitykseksi.[52] Lapsen seksuaalisen hyväksikäytön enimmäisrangaistuksen korottamisen vaikutukset rangaistuskäytäntöön jäisivät todennäköisesti vähäisiksi, sillä rangaistuksia määrätään käytännössä

51. Arviomuistio rikoslain viimeaikaisesta kehityksestä ja tulevista kehitystarpeista. Eräät seksuaali-, väkivalta-, rattijuopumus- ja talousrikokset. Oikeusministeriö, Mietintöjä ja lausuntoja 7/2018, s. 92–93.
52. Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, 16.8.2018.

asteikon alapäästä ja vakavimmissa tapauksissa sovellettavaksi tulevat usein ankarammat törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevat ja yhteistä rangaistusta määrättäessä sovellettavat asteikot. Käytännössä suurempi merkitys olisikin sillä, jos törkeän lapsen seksuaalisen hyväksikäytön vähimmäisrangaistus korotettaisiin kahteen vuoteen. Muistiossa ja hallituksen esitysluonnoksessa esitetyn kaltainen törkeää lapsen raiskausta koskeva säännös voisi sen sijaan kiristää rangaistuskäytäntöä huomattavastikin. jos se tulisi laajamittaisesti sovellettavaksi tapauksissa, joissa on kyse lapseen kohdistuvasta hyväksikäyttö- ja raiskausrikoksesta.[53]

6. Lopuksi

Raiskaussäännöksen tekotavoista etenkin pelkotilan tai muun avuttoman tilan hyväksikäyttöä on tulkittu ahtaasti. Yksi syy tähän on se, että raiskaussäännös nimenomaan edellyttää henkilön olevan kykenemätön puolustamaan itseään taikka muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Tätä puolustuskyvyttömyyden asteelle asetettua vaatimusta ilmentää sekin, että silloin, jos henkilön kyky puolustaa itseään taikka muodostaa tai ilmaista tahtoaan on sairauden, vammaisuuden tai muun heikkoudentilan vuoksi olennaisesti heikentynyt, mutta ei poistunut kokonaan, teko on tietyin edellytyksin erikseen kriminalisoitu seksuaalisena hyväksikäyttönä (RL 20:5). Jos raiskaussäännöstä tulkittaisiin laveammin, tällaisten tekojen pitäisi tulla tuomittavaksi myös raiskauksena samoin kuin pieniin lapsiin kohdistuvien hyväksikäyttörikosten. Näyttää myös siltä, että esitöiden esimerkit ovat olleet omiaan pikemminkin supistamaan kuin laajentamaan raiskaussäännöksessä mainitun pelkotilan ja muun avuttoman tilan tulkintaa ja soveltamista. Raiskaussäännöksen ahdas tulkinta sopii kuitenkin huonosti yhteen kansainvälisen kehityksen kanssa, sillä kansainvälisesti raiskauksen määrittelyssä on menty kohti laaja-alaisempaa seksuaalisen integriteetin suojaa ja tietoiseen suostumukseen pohjautuvaa raiskauksen määrittelyä.[54]

Raiskauksen ja lapsen seksuaalisen hyväksikäytön keskinäinen suhde on lakiteknisesti mahdollista muotoilla eri tavoin. Yksi vaihtoehto on nykyisin käytössä oleva malli, jossa lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä tuomittu henkilö

53. Näin siitä huolimatta, että esitetty 12 vuoden maksimirangaistus olisi alempi kuin törkeästä lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä ja törkeästä tai perusmuotoisesta raiskauksesta nykyisin määrättävän yhteisen rangaistuksen maksimi.

54. Ks. tästä esim. Ojala 2014, s. 17–22, 55–65; Minna Kimpimäki, Raiskauksen määrittelyn kipukohta. Pakottamalla vai ilman suostumusta? Lakimies 6/2017, s. 789–812; Regeringens proposition 2017/18:177. En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

tuomitaan myös raiskauksesta silloin, jos kyse on raiskaussäännöksessä tarkoitetun kaltaisesta väkivallasta, väkivallalla uhkaamisesta tai puolustuskyvyttömyyden hyväksikäytöstä. Tämä malli on kuitenkin oikeuspoliittisesti ongelmallinen, sillä etenkin nuorempien lasten kohdalla voi olla vaikea perustella sitä, miksi aikuisen hyväksikäyttämä lapsi ei ole ollut raiskaussäännöksessä tarkoitetulla tavalla puolustuskyvytön. Jos taas lapsen iän itsessään katsotaan ilmentävän puolustuskyvyttömyyttä, rajanveto hyväksikäyttörikoksiin hämärtyy. Käytännössä puolustuskyvyttömyyden tulkintaa laventava tulkintakäytännön muutos edellyttäisi korkeimman oikeuden ennakkopäätöstä tai lainsäädännön ja esitöiden perustelulausumien täsmentämistä.

Jos raiskaussäännös taas muotoiltaisiin suostumusmallin mukaiseksi, edellyttäisi sukupuoliyhteys tietoista suostumusta, jollaista lapsi ei lähtökohtaisesti voisi antaa.[55] Tällöin useimmissa sellaisissa lapsen seksuaalisen hyväksikäytön tapauksissa, joissa on kyse sukupuoliyhteydestä, tekijä tuomittaisiin myös raiskauksesta. Konkurrenssinäkökulmasta tällainen kaksinkertainen rankaiseminen olisi tosin kyseenalaista, ellei hallituksen esityksen HE 216/2013 vp tavoin lähdetä siitä, että lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevien rikosten tunnusmerkistöt poikkeavat raiskaustunnusmerkistöstä siinä, ettei hyväksikäyttörikos edellytä epäasiallisten keinojen, kuten väkivallan, käyttöä tai tiettyjen olosuhteiden, kuten puolustuskyvyttömän tilan, hyväksikäyttämistä.[56] Hieman keinotekoiselta tällainen erottelu kuitenkin vaikuttaa silloin, jos raiskaussäännös tulisi lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan säännöksen tavoin sovellettavaksi aina, kun teon kohteena on ollut pätevän suostumuksen antamiseen kykenemätön lapsi. Molemmista rikoksista tuomitsemista puoltaisi kuitenkin se, että hyväksikäyttö- ja raiskaussäännösten suojeluintressi on eri: lapsen seksuaalisessa hyväksikäytössä lapsen etu ja raiskauksessa taas seksuaalinen itsemääräämisoikeus.

Lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä käsittelevä säännös on myös mahdollista muotoilla tavalla, joka ottaa huomioon teon raiskausluonteen. Tällöin raiskauksesta ei tuomittaisi erikseen, vaan hyväksikäyttöön sisältyvä väkivalta-, uhkaus- tai puolustuskyvyttömyyden hyväksikäyttöelementti otettaisiin huomioon lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan säännöksen rangaistusasteikossa ja mahdollisesti myös sen rikosnimikkeessä (lapsenraiskaus). Tämä malli on käytössä Ruotsissa, missä sukupuoliyhteyden harjoittaminen alle 15-vuotiaan lapsen kanssa tai sukupuoliyhteyteen rinnastettavan seksuaalisen teon kohdistaminen tällaiseen lapseen määritellään lapsen raiskaukseksi (Våldtäkt mot barn,

55. Ks. tästä esim. Ojala 2014, s. 60–61. Ojalan muotoilemassa ehdotuksessa suostumuksen katsotaankin puuttuvan mm. silloin, jos uhri ei ole nuoren ikänsä vuoksi voinut antaa pätevää suostumusta. (Ojala 2014, s. 65.)
56. HE 216/2013 vp, s. 6, 42.

BrB 6 kap. 4 §).[57] Samaa säännöstä sovelletaan myös tekoihin, joiden kohteena on ollut 15 vuotta, mutta ei 18 vuotta täyttänyt lapsi, joka on tekijän jälkeläinen, hänen huollettavanaan tai muuten vastaavassa suhteessa tekijään. Jos lapsen raiskaus katsotaan törkeäksi, siitä voidaan tuomita törkeänä lapsen raiskauksena (grov våldtäkt mot barn). Teon törkeyttä arvioitaessa huomioon otetaan tekijän käyttämä väkivalta tai rikoksella uhkaaminen, useiden henkilöiden osallistuminen tekoon sekä se, jos teko on tekotapa ja lapsen alhainen ikä huomioon ottaen ilmentänyt erityistä häikäilemättömyyttä tai raakuutta. Suomessakin oikeusministeriö on arviomuistiossaan nostanut esiin vaihtoehdon, että rikoslakiin voitaisiin Ruotsin mallin mukaisesti ottaa erillinen rikossäännös, nimikkeeltään esimerkiksi törkeä lapsenraiskaus, jota sovellettaisiin tilanteissa, joissa on kyse lapseen kohdistuvasta raiskaus- ja hyväksikäyttörikoksesta.[58]

Raiskauksen ja lapsen seksuaalisen hyväksikäytön keskinäisen suhteen määrittelyssä voidaan päätyä erilaisiin ratkaisuihin. Selvää kuitenkin on, että raiskaus- ja hyväksikäyttösäännöksiä on syytä tarkastella kokonaisuutena. Esimerkiksi raiskaussäännöksen muotoilussa ei ole mahdollista siirtyä suostumus-malliin ilman, että samalla tarkastellaan muutoksen vaikutuksia tilanteessa, jossa teon kohteena on lapsi tai henkilö, jonka kyky muodostaa tai ilmaista tahtoaan on muusta syystä heikentynyt. Jos taas päädyttäisiin omaksumaan lapsenraiskausta koskeva säännös, olisi syytä tarkoin pohtia, mikä on sen paikka seksuaalirikosten kokonaisuudessa ja etenkin suhteessa raiskaussääntelyyn.

Sexual intercourse with a child: Rape or not?

MINNA KIMPIMÄKI, LL.D., Professor of Criminal Law, University of Lapland

The main question considered in the article is to what extent sexual intercourse with a child constitutes not only sexual abuse of a child, but also rape according to Finnish law and jurisprudence. The analysis is based on legislation, prepara-

57. Lapsen raiskausta (våldtäkt mot barn) ja törkeää lapsen raiskausta (grov våldtäkt mot barn) koskevan säännöksen (BrB 6 kap. 4 §) omaksumisen myötä ko. säännöksessä tarkoitetut teot siirrettiin pois raiskaussäännöksen (BrB 6 kap. 1 §) soveltamisalasta. (Regeringens proposition 2004/05:45. En ny sexualbrottslagstiftning, s. 57.) Vuoden 2018 hallituksen esityksessä kuitenkin todetaan, että raiskaussäännös voi tulla sovellettavaksi tilanteessa, jossa lapsen raiskausta koskevia säännöksiä ei voida soveltaa siksi, ettei tapauksessa ole näytetty tekijällä olleen riittävää tahallisuutta tai tuottamusta sen suhteen, että teon kohteena oli alle 15-vuotias lapsi. (Prop. 2017/18:177, s. 66, 84.)

58 Arviomuistio rikoslain viimeaikaisesta kehityksestä ja tulevista kehitystarpeista 2018, s. 92–93.

tory works, legal literature, and case-law. The case material consists of 63 cases where the defendant was accused both of rape and sexual abuse of a child. The main outcome was that the courts rarely consider sexual abuse of small children as rape. It appears that courts consider sexual abuse of children as rape mainly in two types of case. First, the legal provision on rape applies to such sexual abuse of a child where the perpetrator has forced a teenager into sexual intercourse by the use of violence. This kind of act can be deemed rape even if the violence used is relatively slight, like pushing or grabbing. Second, an act of rape can consist of such sexual abuse of a child where the perpetrator has taken advantage of a teenager being helpless because of inebriation or sleep. It seems that the courts do not consider children to be in helpless merely because of their age and the state of their physical and mental development. Prosecutors and courts have interpreted the concepts of fear and other helplessness narrowly and the argumentation in the preparatory works has offered a solid basis for such interpretation. However, this kind of narrow interpretation is in contradiction with the current European view that promotes effective and extensive protection of sexual integrity. Therefore, it is necessary to reconsider the Criminal Code provisions dealing with rape and sexual abuse of a child as well as the interconnection of these provisions.

Salla Hyvönen

Vakuutussopimusoikeuden eurooppalaistuminen kansainvälisen yksityisoikeuden keinoin – massariskien ongelma

Lakimies
6/2018
s. 698–719

HAKUSANAT: kansainvälinen yksityisoikeus, vakuutussopimus, eurooppalaistuminen, lainvalinta, toimivalta

1. Johdanto

1.1. Vakuutussopimuskäytäntö ja säädännäinen oikeus yhteisvaikutuksessa

Vakuutussopimusoikeus, kuten sopimusoikeus yleisesti, on eurooppalaistumisen kannalta[1] ongelmallinen. Käytännön tasolla vakuutussopimuksen myyminen EU-jäsenvaltiosta toiseen edellyttää vakuutussopimuksen ehtojen sekä markkinointimateriaalin tarkastamista paikallisen lakimiehen toimesta. Säädännäisen oikeuden tasolla vakuutussopimusten myynti rajat ylittävästi sekä eurooppalaistuminen perustuu EU:ssa ensisijaisesti kansainvälisen yksityisoikeuden keinoihin eli asetuksiin vakuutussopimukseen sovellettavasta laista sekä riitatilanteessa toimivaltaisesta tuomioistuimesta.[2]

Kansainvälisestä yksityisoikeudesta erillään on kulkenut direktiivitasoinen kehitys aineellisen vakuutussopimusoikeuden yhtenäistämiseksi Euroopassa. Aineellisen vakuutussopimusoikeuden eurooppalaistaminen on edennyt omilla reunaehdoillaan ja direktiivien avulla asetusten sijaan. Direktiivi lainsäädäntövälineenä ei kaikessa velvoittavuudessaan johda yhtenäiseen vakuutussopi-

* *Salla Hyvönen*, OTM, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto.

1. Vakuutusoikeuden eurooppalaistuminen voidaan jakaa vakuutusyhtiöiden ja vakuutusmarkkinoiden valvontaan, vakuutusedustukseen ja vakuutussopimusoikeuteen. Näistä osa-alueista vähiten eurooppalaistunut on vakuutussopimusoikeus, pois lukien liikennevakuutuksia koskevat vakuutussopimukset. Juan Bataller Grau, The Harmonization of European Contract Law: The Case of Insurance Contracts. Connecticut Insurance Law Journal 2015, s. 149–712, 158. Hoppu ja Hemmo ovat jakaneet eurooppalaistumisen osa-alueet yhtäältä vakuutussopimuksia koskevaan lainsäädäntöön ja toisaalta yhtenäisiin vakuutusmarkkinoihin ja katsovat näistä tavoitteista yhtenäisten vakuutusmarkkinoiden toteutuneen. Esko Hoppu – Mika Hemmo, Vakuutusoikeus. Talentum 2006, s. 14.
2. Katso eurooppalaistuneen vakuutusoikeuden rakenteesta Jürgen Basedow, The Case for a European Insurance Contract Code. Journal of Business Law 2001, s. 569–586, 572.

musoikeuteen, osittain johtuen direktiivin taustalla vaikuttavien tavoitteiden fragmentaarisuudesta ja osittain niin kutsutusta oikeusvertailun ongelmasta.

Kuten *Jürgen Basedow* on todennut, varsinainen eriytyminen aineellisen vakuutussopimusoikeuden alalla ja lainvalinnan merkityksen korostuminen sai alkusysäyksensä yhteisöjen tuomioistuimen tuomiossa vuonna 1986. Tällöin yhteisöjen tuomioistuin vahvisti palvelujen (vakuutusten) tarjoamisen vapauden, vaikkakin samalla myös tunnusti vastaanottavan jäsenvaltion mahdollisuuden valvoa yleistä etua vakuutussopimusoikeuden alalla[3]. Tämä yleisen edun valvonta näkyy arkisessa vakuutussopimusoikeudessa muun muassa ehtojen ja markkinointimateriaalin kansallisen vaatimuksenmukaisuuden tarkastamisen muodossa.

Varteenotettavin yritys yhtenäistää eurooppalainen vakuutussopimusoikeus on ollut PEICL[4] eli eurooppalaisen vakuutusoikeuden periaatteet, joka on akateeminen yritys yhtenäistää eurooppalaista vakuutussopimusoikeutta. PEICL ei kuitenkaan ainakaan vielä ole voimassa olevaa kansallista tai EU-oikeutta, vaikka sitä on sinänsä mahdollista käyttää eurooppalaisen vakuutussopimusoikeuden tulkinnassa.

Kansainvälinen yksityisoikeus on puolestaan oikeudenala, jossa kansalliselle lainsäätäjälle on annettu vähemmän vaikutusvaltaa suhteessa EU-lainsäätäjään. Suomessa vakuutusoikeutta koskeva lainvalinta- ja toimivaltasääntely on saanut melko pienen roolin oikeudellisessa keskustelussa. Eurooppalainen kansainvälinen yksityisoikeus vaikuttaa kuitenkin myös aineelliseen vakuutussopimusoikeuteen, jonka lähikysymyksiä voidaan tällä hetkellä ratkaista kansainvälistä yksityisoikeutta koskevissa EUT:n tapauksissa.

Tällä hetkellä rajat ylittävä kauppa vakuutussopimuksista toimii kansainvälisen yksityisoikeuden säädösten pohjalta. Kansainvälisyksityisoikeudelliset asetukset joko sallivat tai ovat sallimatta valinnanvapauden, ja lakiviittauksen tai toimivaltalausekkeen puuttuessa ne osoittavat sovellettavan lain ja toimivaltaisen tuomioistuimen. Järjestelmä toimii kaupankäynnin taustalla eikä välttämättä vaikuta vakuutuskaupan arkeen muuten kuin siten, että niin kutsutuissa massariskeissä[5] lainvalintaa ja rajat ylittävää toimivaltaa koskevien lausekkeiden tulisi valinnanvapauden puuttuessa ne osoittavat samaan lakiin ja samaan toimivaltaiseen tuomioistuimeen samanlaisessa tapauksessa.

Lainvalinnan ja toimivallan sääntöjen kehittämiseen vaikuttaa kansainvälisen yksityisoikeuden yleinen ongelma, vieraan oikeusjärjestyksen vaikea ennustettavuus. Tämä johtaa siihen, että molemmille, sekä vakuutuksenottajalle että

3. Komisso v. Saksa 205/84, tuomion kohta 41.
4. Principles of European Insurance Contract Law.
5. Massariskit ovat kuluttajille ja pk-yrityksille suunnattuja vakuutussopimuksia tai tiettyjä erikseen määriteltyjä erityisriskejä kattavia vakuutussopimuksia. Artikkeli sisältää massariskeistä myös tarkemman määritelmän.

vakuutuksenantajalle, mielekkäin valinta olisi oma tuttu ja helposti ennakoitava oikeusjärjestys. Massariskien lainvalinnan kompromissina – ja toisen osapuolen valtion sijaan – on vakuutussopimuspuolien intressit yhtenäistetty päättämällä, että merkityksellinen liittymäosa vakuutussopimuksessa on vakuutussopimuksen riski, eikä esimerkiksi toisen osapuolen kotivaltio. Toisaalta monessa tapauksessa riskiä koskeva direktiivipohjainen sääntely johtaa vakuutuksenottajan kotipaikkaan. Toimivaltasääntelyssä liittymäosan pääsääntö on vakuutuksenottajan kotipaikka.

Monet muodolliset edellytykset yhtenäiselle vakuutusmarkkinalle[6] ovat olemassa – palvelujen tarjoamisen vapaus, sijoittautumisvapaus, vahinko- ja henkivakuutuksien aineellisoikeudellinen sääntely direktiivitasolla ja oikeudenalaa koskevat erityiset lainvalinta- ja toimivaltasäännöt. Muodolliset edellytykset eivät ole kuitenkaan johtaneet yhteen eurooppalaiseen vakuutusmarkkinaan, jossa vakuutusyhtiö voisi tarjota tuotettaan rajat ylittävästi EU-alueella. Sijoittautumisvapauden mahdollisuus ei yksinään riitä, sillä Solvenssi II -direktiivin[7] 180 artiklan sisältämä yleistä etua koskeva vaatimus velvoittaa vakuutuksenantajan tarkistamaan tuotteidensa yhteensopivuuden kansallisen vakuutussopimusoikeuden kanssa erikseen jokaisen jäsenvaltion kohdalla[8]. Vakuutussopimuksen tekoa ja voimassaoloa sääntelevät perusperiaatteet vaihtelevat jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksien välillä huolimatta niiden yhteisestä alkuperästä ja sopimusten rakenteissa olevista huomattavista yhtäläisyyksistä[9].

Unionissa ei siten ole yhtenäistä vakuutussopimusoikeutta, joka mahdollistaisi vakuutustuotteen myymisen rajojen yli. Tämän voidaan katsoa muodostavan yksittäisen sisämarkkinoiden esteen. Jürgen Basedow on aikoinaan todennut, että tilannetta voisi verrata siihen, että EU:n sisällä elintarvikelainsäädäntö johtaisi joka maassa täysin erilaiseen lopputulokseen.[10] Ehkäpä lainsäädäntöerojen vaikutus on vakuutussopimusoikeudessa jopa elintarvikkeita suurempi, sillä

6. Yhtenäisellä eurooppalaisella vakuutusmarkkinalla viitataan EU-alueella sijaitsevaan markkina-alueeseen, jolla vakuutuksenantaja voi myydä samaa tuotetta jäsenvaltiosta toiseen. Jaana Norio-Timonen, Legal Coherence as a Prerequisite for a Single European Insurance Market, s. 43–58 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Jan Smits (eds), Coherence and Fragmentation in European Private Law. Sellier European Law Publishers 2012, s. 44.
7. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/138/EY, annettu 25 päivänä marraskuuta 2009, vakuutus- ja jälleenvakuutustoiminnan aloittamisesta ja harjoittamisesta (Solvenssi II, uudelleenlaadittu toisinto). Yleisen edun vaatimus sisältyi ennen Solvenssi II -direktiiviä henkivakuutusdirektiivin (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/83/EY, annettu 5 päivänä marraskuuta 2002, henkivakuutuksesta) 33 artiklaan ja kolmannen vahinkovakuutusdirektiivin (Neuvoston direktiivi 92/49/ETY, annettu 18 päivänä kesäkuuta 1992, muuta ensivakuutusta kuin henkivakuutusta koskevien lakien, asetusten ja hallinnolliset määräysten yhteensovittamisesta sekä direktiivien 72/239/ETY ja 88/357/ETY muuttamisesta) 28 artiklaan
8. Norio-Timonen 2012, s. 45–46.
9. Euroopan talous- ja sosiaalikomitean lausunto aiheesta ”Eurooppalainen vakuutussopimus” (2005/C 157/01), s. 1.
10. Basedow 2001, s. 574.

vakuutussopimuksen sisältö on vahvasti riippuvainen sopimusta pakottavasta lainsäädännöstä.

1.2. Vakuutussopimusoikeuden ja kansainvälisen vakuutussopimusoikeuden suhde

Vakuutussopimuslainsäädännön keskeisiin tehtäviin kuuluu tarjota lainsäädännölliset puitteet vakuutuksenantajan varsinaiselle riskinotolle ja siten taata puitteet asianmukaiselle liiketoiminnalle. Toisaalta vakuutussopimuslainsäädännön tulee riittävissä määrin ottaa huomioon vakuutussopimuksen osapuolten eriävät intressit. Vakuutussopimusoikeutta koskevassa intressiharkinnassa ajankohtaiseksi on muodostunut vakuutuksenottajalle myönnettävä suhteellisen korkea suoja.[11] Kansallisessa vakuutusoikeudessa heikomman suojaa koskeva sääntely kattaa vakuutuksenottajan lisäksi useimmiten myös edunsaajan ja vakuutetun suojan näille ominaisen oikeussuojan tasolla.

Vakuutussopimusoikeudellisesta heikomman suojasta erillisenä voidaan tarkastella kansainvälisyksityisoikeudellista heikomman suojaa, joka on vahvistettu Rooma I -asetuksen[12] 7 artiklassa lainvalinnassa ja Bryssel I -asetuksen 3 jaksossa toimivaltakysymyksissä. Rooma I -asetuksen edeltäjästä, Rooman yleissopimuksesta[13], lainvalinta massariskivakuutussopimuksia koskien oli suljettu käytännössä pois[14]. Eurooppalaisiin lainvalintasääntöihin liittyvällä heikomman suojalla on kuitenkin historialliset juurensa jo vuoden 1980 Rooman yleissopimuksessa[15]. Vakuutusasioita koskevissa toimivaltakysymyksissä pakotta-

11. Euroopan talous- ja sosiaalikomitean lausunto aiheesta ”Eurooppalainen vakuutussopimus” (2005/C 157/01), s. 2.
12. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 593/2008, annettu 17 päivänä kesäkuuta 2008, sopimussuhteisiin sovellettavasta laista (Rooma I).
13. Yleissopimus sopimusvelvoitteisiin sovellettavasta laista 1980.
14. Jäsenvaltiot olivat tässä vaiheessa keskittyneet yhtenäistämistyöhön direktiivien kautta. Vahinkovakuutuksessa riskin sijaintipaikkana pidettiin vakuutetun omaisuuden sijaintipaikkaa, kulkuneuvon rekisteröintipaikkaa, matkavakuutuksessa vakuutuksen ottopaikkaa ja muutoin vakuutuksenottajan vakinaista asuinpaikkaa ja oikeushenkilön osalta sitä toimipaikkaa, johon sopimus liittyy. Hannu Tapani Klami – Eira Kuisma, Suomen kansainvälinen yksityisoikeus. 3. painos. Lakimiesliiton Kustannus 2000, s. 162. Tilanne ei sinänsä ole muuttunut. Lainvalintasäännöt ovat siirtyneet asetuksiin ja vakuutusdirektiivin liittymät on siirretty Solvenssi II -direktiiviin.
15. Ks. Francesca Ragno, The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation, s. 129–170 teoksessa Franco Ferrari – Stefan Leible (eds), The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe. Sellier European Law Publishers 2009, s. 130 koskien kuluttajasopimuksia. Rooman yleissopimuksen 5 artiklan perusteella kuluttaja sai suojaa suhteessa elinkeinonharjoittajaan.

vaa sääntelyä oli jo Bryssel I -asetuksen[16] edeltäjässä, Brysselin yleissopimuksen[17] 3 jaksossa.

Kansainvälisen yksityisoikeuden eurooppalaistumiskehitys on yleisesti kulkenut yhdenmukaistavaan suuntaan. Voimassa oleva eurooppalainen kansainvälisyksityisoikeudellinen sääntely vakuutussopimuksia koskien on kuitenkin epäonnistunut. Sääntely nojautuu tarpeettomaan moneen oikeuslähteeseen, laajasti vaihteleviin liittymiin vakuutussopimuksen sisällön perusteella, kansallisten kansainvälisyksityisoikeudellisten ratkaisujen mahdollisten vaihtoehtojen tarpeettomaan määrään, sääntöjen monimutkaisuuteen ja lainsäädäntöpohjan puutteellisuuteen. Monet edellä mainituista piirteistä johtuvat viittauksista direktiiveihin.[18]

Lainvalinnan pätevyys liittyy ennen kaikkea siihen 1) erotetaanko yksittäinen sopimus suuren riskin sopimukseksi vai ei ja 2) kvalifioidaanko eli luonnehditaanko yksittäinen oikeudellinen ilmiö sopimus- vai ainoastaan velvoiteoikeudelliseksi[19]. Yleinen taipumus Solvenssi II -direktiivissä sekä kansainvälisyksityisoikeudellisissa asetuksissa on vakuutuskäytännön kautta erikoistuneiden sopimustyyppien listaus suuren riskin vakuutussopimuksiksi, jonka seurauksena lainvalinta- ja toimivaltasääntöjen löytäminen osoittautuu lähes mahdottomaksi. Viittaukset direktiiveihin Rooma I -asetuksessa ovat vanhentuneita ja suurten riskien määrittely tapahtuu epäsymmetrisesti edellyttäen luonnehdintaa sekä vakuutussopimustyypin että vakuutuksenottajan koon perusteella.

Sopimus-/velvoiteoikeudellisen luonnehdinnan osalta yleinen taipumus EUT:n kansainvälisyksityisoikeudellisessa harkinnassa on ollut a) ratkaista kansainvälisyksityisoikeudellinen kysymys paloittelemalle se kahteen eri osa-alueeseen ja soveltamalla niihin yhtä aikaa Rooma I -asetusta ja Rooma II -asetusta ja b) tulkita sopimukseen perustuvaa velvoitetta varovaisesti.[20]

Lainvalinta- ja toimivaltasääntelyn hajanaisuutta ja huonoa rakennetta on aiheellisesti kritisoinut saksalainen *Helmut Heiss*. Heissin toteamukseen siitä, että Rooma I -asetus ei oikeastaan todellisuudessa yksinkertaistanut lainvalintaa, on helppo yhtyä. Rooma I -asetusta ei ole yhdenmukaistettu vakuutussopimusten osalta Bryssel I -asetuksen kanssa, ja asetus oikeastaan pysytti direktiivien hajanaisen lainvalinta- ja toimivaltasääntelyn pikemmin kuin poisti sen. Objek-

16. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 1215/2012, annettu 12 päivänä joulukuuta 2012, tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla (uudelleenlaadittu).
17. Yleissopimus tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden täytäntöönpanosta yksityisoikeuden alalla 1968.
18. Helmut Heiss, Insurance Contract Law, s. 912–921 teoksessa Jürgen Basedow – Klaus J. Hopt – Reinhard Zimmermann – Andreas Stier (eds), Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Oxford University Press 2012, s. 915.
19. Tässä käytetään termiä velvoiteoikeudellinen erotuksena sopimusoikeudelliseen. Termi voisi olla myös ulkokontrahtiperusteinen velvoite. Katso Klami – Kuisma 2000, s. 153.
20. Esimerkiksi Ergo Insurance C-359/14 tai Amazon EU Sárl C-191/15.

tiivisen liittymäosan etsimisen sijaan vakuutussopimuksen liittymäosa vaihtelee sopimustyypistä riippuen.[21] Tällainen sääntelytekniikka ei ole kansainvälisyksityisoikeudellisen sääntelyn tavoitteen mukaista vaan epäonnistunut kompromissi eri intressitahojen välillä.

Yhtenä syynä vakuutussopimusoikeuden aineellisen lainsäädännön yhtenäistämiselle ovat lainsäädännölliset erot eri kansallisten lakien heikomman suojaa koskevassa sääntelyssä. Suomessa heikomman suoja tiivistyy ennen kaikkea vakuutussopimuslain (543/1994, VSL) ja kuluttajansuojalain (1978/38, KSL) säännöksiin. Kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta vakuutussopimuksen heikomman osapuolen suojaa toteutetaan Rooma I -asetuksen[22] ja Bryssel I -asetuksen[23] erityissäännöksillä. Erityissäännökset rajoittavat muuten mainittujen kansainvälisyksityisoikeudellisten instrumenttien pääsääntönä olevaa sopimuspuolten valinnanvapautta silloin, kun kyseessä ovat niin sanottuja massariskejä koskevat vakuutussopimukset. Sopimusvapaus ulottuu kuitenkin laajasti jälleenvakuutussopimuksiin ja suuria riskejä koskeviin vakuutussopimuksiin.

Tässä artikkelissa vastataan kysymykseen siitä, millaisia yhteensopivuusongelmia lainvalinta- ja toimivaltasäännöillä toteutettava eurooppalaistuminen aiheuttaa vakuutussopimusoikeudessa ja miten vakuutussopimusoikeuden eurooppalaistumisen ongelmiin voidaan vastata kansainvälisen yksityisoikeuden keinoin, etenkin koskien massariskejä ja siihen liittyvää heikomman suojan oikeuspoliittista tavoitetta. Artikkelissa käsitellään oikeudenalan eurooppalaistumista koskeva tilanne kansainvälisyksityisoikeudellisesta näkökulmasta voimassa olevan oikeuden kannalta (de lege lata) sekä syvemmän eurooppalaistumisen kannalta (de lege ferenda). Eurooppalaistumisella tässä yhteydessä tarkoitetaan ennen kaikkea unionin sääntelyn korostumista, ei yksittäisten Euroopan valtioiden kansallisten säännösten merkityksen korostumista[24].

Käsiteltävät vakuutussopimukset ovat kaupallisia massariskejä koskevia vahinkovakuutussopimuksia, eivät esimerkiksi vapaaehtoisia eläke- tai henkivakuutuksia tai sellaisia vahinkovakuutussopimuksia, jotka ovat luonteeltaan vahvasti sidottuja kansalliseen kulttuuriin tai kansalliseen sosiaaliturvajärjes-

21. Helmut Heiss, Insurance Contracts in ”Rome I”: Another Recent Failure of the European Legislature, s. 97–119 teoksessa Eleanor Cashin Ritaine – Andrea Bonomi (éds), Le nouveau règlement européen «Rome I» relatifs à la loi applicable aux obligations contractuelles. Schultess Medias Juridiques SA 2008, s. 100 ja 102.
22. Rooma I -asetuksen artikla 7(3), jossa massariskejä koskevaa sopimusvapautta on rajoitettu.
23. Bryssel I -asetuksen artikla 11(1)(b), joka sallii kanteen nostamisen kantajan kotipaikassa, mikäli kantaja on niin sanotusti heikompi osapuoli (vakuutuksenottaja/vakuutettu/edunsaaja) ja kantajalla on kotipaikka jäsenvaltiossa. Tämä poikkeaa asetuksen yleisestä pääsäännöstä, jonka mukaan toimivaltainen tuomioistuin on vastaajan kotipaikan tuomioistuin.
24. Ks. esimerkiksi Timo Esko, Kansainvälistymisestä ja eurooppalaistumisesta asianajajan työssä. Lakimies 7–8/2003, s. 1273–1278, 1277.

telmään[25]. Lainopillisen näkökulman lisäksi artikkelin näkökulma on oikeusvertaileva.

2. Massariskit ja heikomman suoja

Massariskit ovat riskejä, joista ei sovita jälleenvakuutussopimuksella ja joita ei ole luokiteltu suuriksi riskeiksi. Massariskejä koskevat vakuutussopimukset ovat yleistäen kuluttajille suunnattujen ensivakuutussopimusten lisäksi pk-yritysten kanssa solmittuja vakuutussopimuksia, jotka eivät koske kuljetusriskejä tai luotto-, maksukyvyttömyys- tai takaussopimuksia.[26] Massariskejä ei ole määritelty erikseen Rooma I tai Bryssel I -asetuksissa, vaan asetuksissa poissuljetaan heikomman suojan valinnanvapauden rajoittamista koskevista säännöksistä Solvenssi II -direktiivin (27) resitaalin mukaiset suuret riskit[27]. Massariskejä ovat siis riskit, jotka eivät ole suuria riskejä.

25. Esimerkiksi Rooma I -asetuksen 1(2)(j) artikla rajaa soveltamisen ulkopuolelle muun muassa elinikään liittyvät sosiaalivakuutuslainsäädännön mukaiset vakuutukset (eläkejärjestelmä), joista säädettiin vanhentuneessa henkivakuutusdirektiivin 2(1)(3) artiklassa ja nykyään Solvenssi II -direktiivin 2(2)(c) artiklassa.
26. Urs Peter Gruber, Insurance Contracts, s. 109–128 teoksessa Ferrari – Leible (eds) 2009, s. 113. Jälleenvakuutussopimuksia ja suuria riskejä koskevia vakuutussopimuksia koskee Rooma I -asetuksen perusteella sopimusvapaus.
27. Suuria riskejä ovat kaikki rautateiden liikkuvalle kalustolle (4.), ilma-aluksille (5.) tai joki-, kanava-, järvi- tai merialuksille aiheutuneet vahingot tai menetykset (6.); kaikki kuljetettaville tavaroille tai matkatavaroille aiheutuneet vahingot tai tappiot (7.); vastuu ilma- (11.) ja vesikuljetuksesta (12.); kaupallista tai teollista toimintaa harjoittavan vakuutuksenottajan luottoriskit, kuten yleinen maksukyvyttömyys, vienti-, osamaksu-, kiinnitys- sekä maatalousluotot (14.) sekä takaus (15.). Lisäksi suuria riskejä ovat vahingot ja riskit, jotka ovat aiheutuneet maa-ajoneuvoille, kuten moottoriajoneuvoille (3.); omaisuusvahingot (8. ja 9.); vastuu maa-/moottoriajoneuvojen käytöstä (10.) ja vastuuvakuutukset (13.) sekä taloudelliset tappiot aiheutuen työllisyysriskeistä, tulojen menetyksestä, huonosta säästä, etuuksien menetyksestä, jatkuvista yleiskuluista, ennakoimattomista liikennekuluista, markkina-arvon laskusta tai vuokran tai tulon menetyksestä sekä välilliset tai ei-kaupalliset tappiot ja muunlaiset taloudelliset tappiot, mikäli yritys täyttää sitä koskevat suuruusluokkaedellytykset. Suuruusluokkaedellytyksistä – 6,2 miljoonan euron taseen loppusumma, 12,8 miljoonan euron nettoliikevaihto ja 250 työntekijää – tulee ylittyä vähintään kaksi. Rooma I -asetuksessa viittaus on edelleen vuoden 1973 vahinkovakuutusdirektiiviin (Ensimmäinen neuvoston direktiivi 73/239/ETY, annettu 24 päivänä heinäkuuta 1973, muun ensivakuutusliikkeen kuin henkivakuutusliikkeen aloittamista ja harjoittamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta) ja sen suuria riskejä koskevaan täydennykseen toisessa vahinkovakuutusdirektiivissä (Toinen neuvoston direktiivi 88/357/ETY, annettu 22 päivänä heinäkuuta 1988, muuta ensivakuutusta kuin henkivakuutusta koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta, säännöksistä, joilla helpotetaan palvelujen tarjoamisen vapauden tehokasta käyttämistä, sekä direktiivin 73/239/ETY muuttamisesta).

Suurten riskien lisäksi Rooma I -asetuksen lainvalinnan valinnanvapautta tai Bryssel I -asetuksen oikeuspaikkasopimuksen sisältöä rajoittavia säännöksiä ei sovelleta jälleenvakuutuksiin[28]. Tämä vastaa myös VSL:n systematiikkaa, jonka mukaan jälleenvakuutukset suljetaan pois VSL:n soveltamisalasta[29]. Heikomman suoja kansallisessa vakuutussopimusoikeudessa eroaa kuitenkin muuten Rooma I -asetuksesta ja Bryssel I -asetuksesta.

Heikomman suojaa koskevat mekanismit poikkeavat riippuen suojattavasta intressistä. Yksinkertaistaen voidaan todeta, että massariskejä koskien Rooma I -asetus suojaa rajoittamalla vakuutussopimuksen osapuolten mahdollisuutta vapaasti valita sovellettava laki[30], Bryssel I -asetus mahdollistamalla vakuutuksenottajalle, vakuutetulle ja edunsaajalle kanteen nostamisen kantajan kotipaikan tuomioistuimessa[31] vastaajan kotipaikkaa suosivan pääsäännön vastaisesti[32] ja VSL säätämällä kuluttajaan rinnastettavan vakuutuksenottajan vahingoksi poikkeavat sopimusehdot mitättömiksi[33]. Lainsäätämistekniikaltaan eroavat säännökset johtavat kuitenkin samankaltaiseen tavoitteeseen: pienille ja keskisuurille vakuutuksenottajille/vakuutetuille ja edunsaajille (yksittäisille kuluttajille sekä pienille ja keskisuurille yrityksille) tarkoitetun vähimmäissuojan takaamiseen, josta ei voi poiketa sopimuksin.

Vakuutuksenottaja (oikeushenkilö) A saa siten kokoonsa perustuen EU:ssa kansainvälisyksityisoikeudellista heikomman suojaa, mikäli se ei ylitä kahta kolmesta Solvenssi II -direktiivissä määritellyistä edellytyksistä koskien taseen loppusummaa, nettoliikevaihtoa ja työntekijöiden lukumäärää, sopimus ei ole muu suurta riskiä koskeva vakuutussopimus (Solvenssi II -direktiivin mainitsema) eikä sopimus ole jälleenvakuutussopimus. A:n vakuutussopimusoikeudellinen heikomman asema Suomessa arvioitaisiin kansallisesti kuitenkin sen mukaan, onko tämä, huomioon ottaen elinkeinotoiminnan laatu ja laajuus sekä olosuhteet muutoin, rinnastettavissa kuluttajaan. Suomen vakuutussopimusoikeudellinen ja eurooppalaisen kansainvälisen vakuutusoikeuden heikomman suoja saattaa kuitenkin johtaa samaan lopputulokseen.

28. Rooma I -asetuksen artikla 7(1) ja EUT:n tulkinta Brysselin yleissopimuksen soveltamisesta. EUT katsoi, että vakuutusasioissa sovellettavat erityistä toimivaltaa koskevat määräykset eivät koske jälleenvakuutussopimuksia. Asia C-412/98 Group Josi.
29. VSL 1.4 §.
30. Rooma I -asetus 7(3) artikla.
31. Bryssel I -asetuksen 11(1)(b).
32. Oikeuspaikkalausekkeella voidaan poistaa säädöksen pakottavuus heikomman osapuolen hyväksi vain Bryssel I -asetuksen 15(3) artiklan tilanteessa, jossa vakuutuksenottajalla ja vakuutuksenantajalla on sama kotipaikka ja jossa tuo kotipaikka sovitaan tulevan riidan oikeuspaikaksi. Tällaiseen oikeuspaikkalausekkeeseen ei voida kuitenkaan vedota vakuutettua vastaan, joka ei ole hyväksynyt oikeuspaikkalauseketta ja jonka kotipaikka on muussa sopimusvaltiossa kuin vakuutuksenottajalla ja vakuutuksenantajalla. Asia C-112/03 Société financière et industrielle du Peloux v. Axa Belgium ym.
33. VSL 1:3.2.

Pääsäännöksi massariskien lainvalinnassa on muodostunut vahinkovakuutuksen vakuutuksenottajan asuinpaikan laki tai riskin sijaintivaltio, joka liittymänä käytännössä usein johtaa mutkan kautta vakuutuksenottajan asuinpaikan lakiin. Riski sijaitsee Solvenssi II -direktiivin mukaan muun muassa jäsenvaltiossa, jossa omaisuus sijaitsee (lex rei sitae), jossa ajoneuvo on vakuutettu tai jossa matkavakuutus on merkitty (lex loci contractus). Muissa tapauksissa riski sijaitsee jäsenvaltiossa, jossa luonnollisella henkilöllä on asuinpaikka tai jossa oikeushenkilöllä on sijoittautumispaikka, johon sopimus liittyy[34].

3. Vakuutussopimusoikeuden ja kansainvälisen yksityisoikeuden eurooppalaistumisen keinot

Kansainvälinen yksityisoikeus koostuu suppeassa mielessä pelkistä lainvalintasäännöistä. Laajemman määritelmän mukaisesti se sisältää myös kansainvälisluonteisiin tilanteisiin liittyviä toimivaltasäännöksiä.[35] Euroopan unionin kansainvälisessä yksityisoikeudessa lainvalintaa ja toimivaltaa koskevien sääntöjen käsittely johdonmukaisena kokonaisuutena on erityisen perusteltua *forum shopping* -ilmiön välttämiseksi. Tämän tulkinnallisen linjan vahvistaa myös vihreä kirja Rooman yleissopimuksen muuttamisesta Rooma I -asetukseksi[36]. Toimivaltaa koskevien prosessuaalisten säännösten tulkitsemista kokonaisuutena lainvalintaa koskevien säännösten kanssa on korostettu myös EUT:n oikeuskäytännössä[37].

34. Solvenssi II -direktiivin 13(13) artikla.
35. Michael Bogdan, Concise Introduction to EU Private International Law. 2nd Edition. Europa Law Publishing 2012a, s. 4–5. Katso myös Risto Koulu, Kansainvälinen varallisuusoikeus pääpiirteittäin. WSOY 2005, s. 7, jonka mukaan yhteneväisyyksistä huolimatta kansainvälisellä prosessioikeudella on erilainen kysymyksenasettelu, omat käsitteet ja yhteismitattomat perusteet. Tästä johtuen kansainvälisen yksityisoikeuden määritelmä on syytä pitää suppean määritelmän mukaisena (sisältäen vain lainvalintasäännöt). Helinin mukaan laajempi määritelmä on nykyään yleisin tapa määritellä kansainvälisen yksityisoikeuden käsite. Markku Helin, Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus. Talentum Media 2013, s. 9. Virolaisen ja Vuorenpään mukaan kokemus on osoittanut, että kansainvälisiä prosessioikeuden sääntöjä on syytä tutkia kokonaisuutena ja yhteydessä kansainväliseen yksityisoikeuteen. Jyrki Virolainen – Mikko Vuorenpää, Johdatus prosessioikeuteen teoksessa Dan Frände – Dan Helenius – Petra Hietanen-Kunwald – Tuomas Hupli – Risto Koulu – Juha Lappalainen – Heidi Lindfors – Johanna Niemi – Jaakko Rautio – Timo Saranpää – Santtu Turunen – Jyrki Virolainen – Mikko Vuorenpää (toim.), Prosessioikeus. Alma Talent 2017, s. 46.
36. Rooman yleissopimus, Bryssel I -asetus ja tuleva Rooma II -asetus täydentävät toisiaan. Vihreä kirja sopimussuhteisiin sovellettavasta laista tehdyn vuoden 1980 Rooman yleissopimuksen muuntamisesta yhteisön säädökseksi ja uudistamisesta KOM(2002) 654 14.1.2003, s. 9.
37. Esimerkiksi Amazon Sàrl C-191/15, kohta 36.

Vakuutussopimusoikeuden eurooppalaistuminen ei kuitenkaan rajoitu pelkästään lainvalinta- ja toimivaltasääntöihin Euroopassa, vaan se on laajentunut myös aineellisen oikeuden yhtenäistämiseen. Aineellisoikeudellisesta laajentumisesta on seurannut mittava vaikutus myös kotimaisiin oikeustoimiin[38]. Vakuutussopimusoikeutta on yhdenmukaistettu lähinnä yksittäisiä aloja koskevien erityiskysymysten osalta, sektorikohtaisesti. Esimerkiksi moottoriajoneuvojen käyttöön liittyvien vastuuvakuutuksen ja oikeusturvavakuutuksen alalla on yhteisiä säännöksiä.[39] Lisäksi, huolimatta unionin alkuperäisestä luonteesta sopimusperusteisena järjestelynä, EUT on ulottanut oikeuskäytännön ja laajentavan toimivaltatulkinnan kautta vaikutuksensa laajalle sopimusoikeuteen, etenkin koskien kuluttajasopimuksia[40]. Eurooppalaistumiskehityksestä huolimatta vakuutussopimuksia – ja sopimuksia yleisesti – säätelevien kansallisen oikeussäännösten määrä on lukematon ja sisältö epäyhtenäinen[41].

Oikeudellisen aineksen rajat ylittävä siirtyminen EU:n sisällä eroaa muusta kansainvälisen yksityisoikeuden alalla tapahtuvasta harmonisoinnista. EU-oikeus on jäsenvaltioita vahvasti velvoittavaa, ja lisäksi EUT:lla on toimivalta muokata oikeudellisia instituutiota oikeuskäytäntönsä avulla. Tällaista mahdollisuutta ei ole esimerkiksi CISG:n[42] tulkinnassa ylikansallisella tuomioistuimella. Tulkintatoimivallan hyöty eurooppalaistumisessa on, että EUT pystyy tulkitsemaan esimerkiksi lainvalintaa koskevia säännöksiä ylikansallisella tasolla ottamatta huomioon toimivaltansa sisällä jäsenvaltioiden kansalliseen oikeuteen liittyviä vaatimuksia[43].

Oikeudellisena siirrännäisenä EU-oikeus eroaa myös muista siirrännäisistä niin, että oikeuden siirtymisen edellytyksenä on perussopimuksissa ilmaistu jäsenvaltioiden oma tahto vastaanottaa vieraita instituutioita järjestelmäänsä.

38. Hannes Rösler, Europeanisation of Private Law Through Directives – Determining Factors and Modalities of Implementation. European Journal of Law Reform 2009, s. 305–322, 311–312.
39. Euroopan talous- ja sosiaalikomitean lausunto aiheesta ”Eurooppalainen vakuutussopimus” (2005/C 157/01), s. 6.
40. Basedow kirjoittaa, että myös aineellisen oikeuden yhdentyminen on ollut lähinnä fragmentaarista, mistä johtuen lainvalintasääntöjä ei ole voitu kokonaisuudessaan syrjäyttää rajat ylittävien oikeustoimien työvälineenä. Jürgen Basedow, Internal and External Conflicts, Federalism, and Market Regulation. Federal Choice of Law in Europe and the United States – A Comparative Account of Interstate Conflicts. Tulane Law Review 2008, s. 2119–2146, 2124.
41. Grau 2015, s. 158. Erojen syyksi on mainittu muun muassa jäsenvaltioiden oikeusjärjestysten, kuten Saksan ja Englannin oikeuden, perustavanlaatuiset eroavuudet, joiden harmonisoinnista ei ole päästy yksimielisyyteen. Hoppu – Hemmo 2006, s. 14.
42. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (yleissopimus kansainvälistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista/YK:n kauppalaki).
43. Jürgen Basedow, The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law. Recueil des cours 360/2012, s. 477–478. Katso EUT:n kansallista monipuolisuutta ylläpitävästä roolista myös Ulla Liukkunen, Oikeuden yhdentäminen ja kansallinen diversiteetti – näkökulma eurooppalaiseen kansainväliseen yksityisoikeuteen ja oikeusvertailuun. Lakimies 5/2010, s. 739–755, 741.

Muodollisen siirtymisen lisäksi jäsenvaltioiden oikeusjärjestykset ovat omaaloitteisesti omaksuneet yksittäisiä käsitteitä unionin oikeuden kautta siirrännäiseksi kansallisiin järjestelmiinsä. Lisäksi etenkin sopimus- ja vahingonkorvausoikeudessa yhtenäistämistyötä täydentää osittain yhteinen roomalaisen oikeuden perimä[44].

4. Vakuutussopimusoikeuden eurooppalaistumisen tavoitteen perustelu

Vakuutusoikeudessa erot sääntelykentässä luovat markkinoille pääsyn esteitä sekä estävät sisämarkkinoiden toimivuutta aiheuttamalla ylimääräisiä transaktiokustannuksia ja epävarmuutta vakuutusyhtiöille.[45] Vakuutuksenottajalle – ja etenkin kuluttajavakuutuksenottajalle – haittana ovat kilpailun vähäisyydestä johtuvat epäkohdat ja tuotteiden vertailukelvottomuus. Lisäksi kuluttajille suunnatut vakiosopimusehdot sisältävät usein maantieteellisiä rajoituksia, joiden seurauksena kuluttaja ei voi siirtää aikaisempaa vakuutussopimustaan toiseen jäsenvaltioon[46]. Samojen haittojen voidaan katsoa ulottuvan kaikkiin massariskivakuutusten vakuutuksenottajiin.

1970-luvulla toteutuneen sijoittautumisvapauden jälkeen EU:ssa yritettiin parhaan mukaan luoda puitteet myös täydelle palvelujen tarjoamisen vapaudelle vakuutussopimuksissa. Tämä olisi hyödyttänyt molempia vakuutussopimuksen osapuolia, sekä vakuutuksenottajia että vakuutuksenantajaa. Vakuutuksenottajat pelkäsivät kuitenkin vähimmäissuojan heikkenemistä ja vakuutuksenantajat kilpailun mahdollisesti aiheuttavaa hinnanlaskua.[47] Kompromissitulosta ei koskaan syntynyt, ja sääntely nojautuu tällä hetkellä lainvalinta- ja toimivaltasääntöihin sekä edellyttää edellä mainittua yleiseen etuun liittyvää kansallista vakuutusehtojen tarkastamista.

44. Roomalainen oikeus on vaikuttanut myös common law -oikeuteen mahdollistamalla Englannissa laajojen oikeudenalojen, kuten sopimuksenulkoisen vahingonkorvausvastuun, systematisoinnin. Esin Örücü, Law as Transposition. International & Comparative Law Quarterly 2002, s. 205–223, 217–218.
45. Grau 2015, s. 150–151.
46. Grau 2015, s. 158. Vakuutussopimusoikeuden eurooppalaistuminen toisi monia etuja asiakkaalle: lisääntynyt määrä palveluntarjoajia ja sitä kautta myös tuotteiden kasvava määrä ja kilpailun koveneminen vaikuttaisivat vakuutusten sisältöön ja vakuutusmaksuihin asiakkaiden kannalta positiivisesti. Eräät vakuutukset ovat luonteeltaan niin vahvasti sidottuja kansalliseen kulttuuriin ja sosiaaliturvajärjestelmään, että ne eivät ole yhteensopivia eurooppalaistumisen tavoitteen kanssa. Norio-Timonen 2012, s. 43.
47. Basedow 2001, s. 570–571.

Sovellettavaan lakiin tai oikeuspaikkaan liittyvä osapuolten valinta on käytännössä estetty massariskejä koskevissa vakuutussopimuksissa[48] EU-lainsäädännössä. Toisaalta rajat ylittävä vakuutussopimustuote, johon sovellettaisiin sisällöltään vaikeasti ennakoitavissa olevia eurooppalaisia kansallisia lakeja, aiheuttaa vakuutuksenantajan näkökulmasta liikaa kustannuksia.[49] Vakuutuksenantaja ei pystyisi arvioimaan rajat ylittävän vakuutustuotteen riskejä, joten tuote jää yksittäisen kansallisen markkinan ja kansallisen kilpailun varaan.

Vakuutussopimusoikeuden pyrkimys eurooppalaiseen yhdenmukaisuuteen voidaan perustella systeemin toimivuudella. Oikeusjärjestyksen yhdenmukaisuus palvelee selkeyttä ja läpinäkyvyyttä. Periaatteet, säännöt ja oikeustapaukset ovat osa järjestelmää, joka mahdollistaa analogisen tulkinnan tapauksessa, jossa asiaa ei ole erikseen säännelty. Toimiva järjestelmä johtaa tehokkuuteen, oikeusturvan saatavuuteen ja oikeusvarmuuteen.[50]

Vakuutussopimuksen erityispiirre (palvelu)tuotteena on sen sidonnaisuus oikeudelliseen ympäristöönsä. Massariskejä koskevan vakuutussopimuksen voidaan pelkistetysti sanoa Suomessa koostuvan vakuutussopimuksesta itsestään, sitä koskevasta pakottavasta vakuutussopimuslainsäädännöstä ja valvontaviranomaisen sitovista tulkintakannanotoista. Tästä johtuen vähimmäissäännösten eroavaisuudet muodostavat itsessään yhteisen vakuutuksia koskevan sisämarkkinan esteen[51]. Vakuutustuotetta ei voi myydä ilman esteitä sisämarkkinoilla, ellei pakottava sääntely ole yhtenäinen.

5. Vakuutussopimusoikeuden yhtenäistäminen kansainvälisen yksityisoikeuden keinoin

Kansainvälisellä yksityisoikeudella voidaan sanoa olevan kolme tavoitetta: 1) jokainen asia ratkaistaan vain yhden normiston nojalla, ja valittu normisto johtaa samaan lopputulokseen riippumatta sitä käsittelevästä tuomioistuimesta[52], 2) jokaista asiaa on toimivaltainen käsittelemään vain yksi tuomioistuin ja 3) tehty ratkaisu tunnustetaan päteväksi ja täytäntöönpanokelpoiseksi kaik-

48. Sopimuksissa näkyy siten tältä osin osapuolten rajoitettu tahdonautonomia.
49. Basedow 2012, s. 194.
50. Jan Smits, Coherence and Fragmentation in the Law of Contract, s. 9–23 teoksessa Letto-Vanamo – Smits (eds) 2012, s. 10.
51. Ks. esimerkiksi Euroopan talous- ja sosiaalikomitean lausunto (2005/C 157/01) ja Bogdan 2012a, s. 7, jonka mukaan eroavaisuudet yksityisoikeudessa muodostavat yleisesti ja kiistattomasti sisämarkkinoiden esteen.
52. Esimerkiksi jos valittu laki on Sveitsin laki mutta asia käsitellään Suomessa, tulisi sovellettavan Sveitsin lain normin johtaa samaan lopputulokseen riippumatta oikeuspaikasta.

kialla[53]. Tiivistettynä tavoitteena on siten yksi oikeusjärjestys, yksi toimivaltainen tuomioistuin ja täytäntöönpantavissa oleva ratkaisu. Euroopan unionissa kohtaan 1 vastaavat vakuutussopimusten osalta Rooma I ja II -asetukset ja kohta 2 on ratkaistu Bryssel I -asetuksella[54].

Kuten Rooman yleissopimukseen liittyvässä Giuliano-Lagarde-raportissa todetaan – oli aineellinen harmonisaatio tavoitteena tai ei – yhtenäisen sisämarkkinan tavoitteen toteuttaminen on mahdollista kansainvälisen yksityisoikeuden keinoin. Vähintään siihen asti, kunnes oikeudenalan säännöt on harmonisoitu, toimii lainvalinta oikeudellisen yhtenäistymisen käytännöllisenä välineenä.[55] Tämänhetkinen integraation vaihe edellyttääkin toimivaa unionin sisäistä kansainvälisyksityisoikeudellista järjestelmää[56].

Lainvalinta on uudehko ilmiö Euroopan unionin yhtenäistämisen työkaluna. Vuoden 1958 ETY:n perustamissopimuksessa ei juurikaan puututtu lainvalinnan välineisiin[57], mutta tunnustamista ja täytäntöönpanoja koskevien sääntöjen yhtenäistämistä koskevien neuvottelujen aloittaminen lanseerattiin 220 artiklassa[58]. Kansainvälisyksityisoikeudellinen yhteistyö siirtyi aikoinaan kolmannesta pilarista ensimmäiseen pilariin Amsterdamin sopimuksen[59] myötä ja kuuluu SEUT[60] 81 artiklan mukaisesti tavallisen lainsäätämisjärjestyksen piiriin.

Vakuutuksia koskevan kansainvälisen yksityisoikeuden kehittämisen taustalla näkyy kansainvälinen vakuutusoikeus, joka juontaa juurensa nimenomaisesti suuriin riskeihin ja muihin tasavahvojen neuvottelukumppanien vakuutussopimuksiin, kuten vakuutus- ja jälleenvakuutusyritysten välillä tehtäviin sopimuksiin. Kansainvälisen vakuutusoikeuden kehitys on lähtenyt liikkeelle erityisriskeistä, joihin liittyviä järjestelmiä on kehitetty keskittymällä käsillä olevaan riskiin, ei yleisiin vakuutussopimusoikeuden oppeihin. Kansainvälisen vakuutusoikeuden yleiset opit ovat kehittyneet vakuutussopimuskäytännössä, taloudellisten toimijoiden vaikuttamana. Yleisten oppien siirryttyä kansalliseen oikeuteen osa oppien sisällöstä on muuttunut kansallisen lainsäätäjän rajoittaessa niiden sisältöä.[61] Vakuutussopimusoikeus on sinänsä siis juuriltaan kansainvälinen, mutta normatiivinen pohja on muuttunut vahvasti kansalliseksi, kun

53. Klami – Kuisma 2000, s. 16–17.
54. Kohta 3 liittyy tuomioiden tunnustamiseen ja täytäntöönpanoon, joita ei käsitellä tässä artikkelissa.
55. Mario Giuliano – Paul Lagarde, Council Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980 (C 282/1), s. 4.
56. Bogdan 2012a, s. 7.
57. Euroopan talousyhteisön perustamissopimuksen artiklassa 215 säädettiin lain määräytymisestä sopimusta ja sopimuksen ulkopuolista vastuuta koskevassa asiassa Euroopan talousyhteisön kannalta.
58. Katso Bogdan 2012a, s. 6.
59. 61(c) artikla, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen konsolidoitu toisinto (97/C 340/03).
60. Sopimus Euroopan unionin toiminnasta 6655/8/08 REV 8.
61. Riccardo Monaco, Les assurances en droit international. Recueil des cours 101/1960, s. 390.

oikeudellinen ilmiö on siirtynyt kansalliseen oikeuteen. Taustasyynä muutoksille ovat olleet mahdollisesti heikomman suoja ja kansalliseen velvoiteoikeuteen liittyvät erityispiirteet.

Tällä hetkellä vakuutussopimuksia koskeva lainvalinta on toteutettu eriyttämällä vakuutussopimustyypit omiksi ryhmikseen: massariskeihin, suuriin riskeihin ja jälleenvakuutukseen. Direktiiveihin viittaava, vakuutussopimustyyppejä erotteleva sääntelytekniikka ei ole yhtenäisen eurooppalaistumiskehityksen eikä toimivien sisämarkkinoiden kannalta selkein vaihtoehto järjestelmän monimutkaisuuden ja vaikeaselkoisuuden vuoksi. Ratkaisu on kuitenkin tyypillinen versio heikomman suojaa koskevasta säännöksestä, jossa objektiivinen lainvalintasääntö muotoillaan tarkoituksena suojella sopimuksen heikompaa osapuolta ja samalla rajoittaa osapuolten sopimusvapautta[62]. Tällaista lopputuloksesta käsin lähtevää sääntelytekniikkaa on kansainvälisessä yksityisoikeudessa kutsuttu myös oikeuden materiaalistumiseksi[63]. Sääntelyvaiheen materiaalistumisella on mahdollisesti yritetty estää soveltamisvaiheen materiaalistumista[64].

Modernin kansainvälisen yksityisoikeuden alalla vallitsee kansainvälisyksityisoikeudellisten sääntöjen laatimisvaiheessa ajankohtaistuva ristiriita liittyen yhtenäisen lopputuloksen tavoitteen ja heikomman osapuolen suojan vaikeaan yhteensopivuuteen[65]. Ristiriita on erityisesti nähtävissä vakuutusoikeuden eurooppalaistumiskehityksessä: oikeuspoliittisen ja arvolatautuneen heikomman suojan toteuttamisen seurauksena vakuutussopimusoikeutta koskevat lainvalintasäännöt ovat monimutkaisia ja fragmentaarisia[66].

Lainvalintanormien suunnittelu aineellisen oikeudenmukaisuuden näkökulmasta on käytännössä haastavaa. Heikomman suojaa koskevat säännöt sekä lainvalinnan teknisestä luonteesta johtuva ristiriita aineellisen oikeudenmukaisuuden kanssa luovat oikeudenalalla yhteensopivuusongelmia. Lainvalinnan oikeudenmukaisuus[67] voi tapauskohtaisesti olla aineellisen oikeudenmukaisuuden kanssa ristiriidassa kansallisen tuomioistuimen näkökulmasta[68].

Aineellisen oikeudenmukaisuuden ja kansallisen oikeudentajun mukaan lukemiseksi tuomioistuimissa on kehittynyt ordre publicia ja kansainvälisesti

62. Ks. Laura Maria van Bochove, Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law. Erasmus Law Review 2014, s. 147–156, 147.
63. Ulla Liukkunen, Collision Between the Economic and the Social – What Has Private International Law Got to Do with It, s. 125–150 teoksessa Letto-Vanamo – Smits (eds) 2012, s. 125.
64. Tarkemmin: koska säännösten muodostama sääntö on tarkka, se jättää tuomioistuimelle vähemmän arvoperusteista harkintavaltaa soveltamistilanteessa. Sääntö sisältää jo itsessään oikeuspoliittisia arvovalintoja.
65. Heikomman suojaa koskevia säännöksiä ei ole alun perin luotu rajat ylittäviin tilanteisiin. Basedow 2012, s. 414.
66. Katso esimerkiksi Ulla Liukkunen, Sopimussuhteita koskeva lainvalinta. Talentum 2012, s. 233.
67. ”Conflicts Justice”. Peter Hay, European Conflicts of Law after the “American Revolution” – Comparative Notes. University of Illinois Law Review 2015, s. 2053–2074, 2055.
68. Hay 2015, s. 2055.

pakottavia normeja koskevia sääntöjä. Näiden sääntöjen soveltaminen käytännössä lisää lainvalinnan lopputulosten arvaamattomuutta eli heikentää oikeuden ennakoitavuutta. Ennakoitavuuden näkökulmasta pakottavien säännösten kirjaamattomuus lainsäädäntöön on ongelma.

Lainvalintaan perustuva objektiivinen järjestelmä ja aineellinen oikeudenmukaisuus saattavat siis tapauskohtaisesti olla päinvastaisia tavoitteita ja haastavia toteuttaa käytännössä. Lainvalintasääntöjen fragmentaarisuus ja monimutkaisuus koskettavat vakuutussopimusoikeudessa etenkin massariskejä. Sopimusvapauden rajoittaminen on kuitenkin perusteltua kansainvälisessä yksityisoikeudessa, jossa oikeuden väärinkäytön mahdollisuus – *fraude à la loi* – on muita oikeudenaloja suurempi[69].

Lainvalintasääntöjen ajatellaan olevan hyödyllinen väline rajat ylittäviin riitoihin, sillä niiden sanotaan samanaikaisesti tuovan oikeusvarmuutta ja ennustettavuutta sekä mahdollistavan eri oikeusjärjestysten aineellisen oikeuden monimuotoisuuden[70]. Lainvalintasääntöjen toimivuuden merkitys on Euroopassa myös korostunut, sillä kansallisten oikeusjärjestysten erojen ajatellaan olevan suurempia kuin esimerkiksi eri osavaltioiden aineellisten oikeuksien erot Yhdysvalloissa[71]. Yksityisoikeuden kannalta edellä mainittu johtuu osittain oikeusjärjestelmäeroista sekä muun muassa perustavanlaatuisista eroista heikomman suojan tasossa ja esineoikeuden systematiikassa. Oikeusjärjestelmäeroista näkyvin on ero common law -oikeusjärjestelmän ja mannermaisen oikeusjärjestelmän välillä.

Kansainvälinen yksityisoikeus Euroopassa sekä sen sisältämät lainvalintasäännöt ovat syntyneet ja niitä on kehitetty post factum eli vasta käytännössä syntyneiden riita-asioiden ratkaisujen perusteella. Rajat ylittävien sopimusten laatimisen alkuvaiheessa osapuolilla olisi kuitenkin perusteltu tarve tietää, miten yksittäistä lauseketta käsittelevä oikeudenkäynti tulee päättymään. Etenkin vakuutussopimuksiin liittyvän riskiarvion kannalta on olennaista saada tietoon asiaa koskettavat oikeussäännöt ex ante.[72] Ex ante -säännöt ovat jälkikäteen unionin oikeuskäytännön perusteella katsottuna olleet puutteelliset vakuutuksenan-

69. Michael Bogdan, Private International Law as Component of the Law of the Forum. Brill 2012b, s. 258.
70. George Bermann, Rome I: A Comparative View, s. 349–358 teoksessa Ferrari – Leible (eds) 2009, s. 351.
71. Yhdysvallat on Bermannin mukaan jo käynyt läpi mittavan muutoksen ja vallankumouksen lainvalintasääntöjensä kannalta, koska sillä on ollut historiallisesti suurempi oikeudellinen intressi löytää oikeudenmukaisia lainvalintaratkaisuja viidenkymmenen osavaltion välisissä kiistoissa. Bermann 2009, s. 351. Toisaalta Basedow (2008, s. 2128) on todennut, että osavaltioiden välisiä puolueettomia lainvalintasääntöjä ei ole laadittu, vaan lainvalinta on jätetty yksittäisten osavaltioiden vaihtelevan soveltamiskäytännön varaan. Bogdanin (2012a, s. 7) mukaan Yhdysvallat on esimerkki toimivasta sisämarkkinasta, jossa aineellista oikeutta ei ole yhtenäistetty.
72. Basedow 2012, s. 35–36.

tajan näkökulmasta muun muassa takautumisvastuun[73] ja vakuutettua sitovan oikeuspaikkasopimuslausekkeen kannalta.

Kansainvälisen yksityisoikeuden säännöt on toteutettu eri tavalla eri oikeusjärjestyksissä, vaikka taustalla olisi sama lähimmän liittymän idea. Rooma I ja Bryssel I -asetuksissakin yleislausekkeena käytetty narratiivinen lähimmän liittymän periaate mahdollistaa tuomioistuimen näkökulmasta lainvalinta- ja toimivaltasäännön joustavuuden. Toisaalta se lisää kansainvälisen yksityisoikeuden säännöksen lopputuloksen soveltamisen ennakoinnin vaikeutta.[74]

Lainsäätäjän erikseen määrittämien niin kutsuttujen erityissopimuksien[75] sääntely ja niihin sovellettavien erityisten lainvalintasääntöjen toteuttaminen on normatiivisesti yhdenmukaisempaa, vaikkakin samaan aikaan vaikeampi muotoilla yksinkertaisella ja ymmärrettävällä tasolla. Toisaalta erityssopimusten tai vaikkapa erityisten markkinointimenettelyjen sääntelyyn perustuva lainsäädäntö ei luo yhtenäistä pohjaa sopimus- tai velvoiteoikeudelle yleisesti. Sopimustyypit erotteleva muotoilu eroaa myös avoimen ja tulkinnanvaraisen normiston käyttämisestä, jota voidaan havaita kansainvälisyksityisoikeudellisissa instrumenteissa[76]. Tämä lainsäädäntötekninen erityispiirre tekee eurooppalaisesta lainvalintasäännöstöstä fragmentaarisuuden lisäksi perinteistä kansainvälisyksityisoikeudellista instrumenttia velvoittavampaa. Toisin sanoen, koska säännökset ovat yksityiskohtaisempia eurooppalaisessa kansainvälisessä yksityisoikeudessa, on harkintavalta vähäisempää.

73. Takautumisvastuuta koskevat lainvalinta- ja toimivaltaongelmat ovat ongelmallisia, sillä niitä koskevat säännökset ovat kansallisia ja velvoittavat vakuutusyhtiöt yhteistyöhön kansallisen lainsäädännön kautta. Yhteistyötä koskevat sopimukset ovat tyypillisesti ongelmallisia selvitettäessä kansainvälisen yksityisoikeuden perinteisiä periaatteita kuten luonteenomaisen suorituksen mukaista oikeusjärjestystä. Basedow 2012, s. 202.
74. Ks. lähimmän liittymän periaatteen käytöstä Bogdan 2012a, s. 5.
75. Erityissopimuksia eurooppalaisissa kansainvälisyksityisoikeudellisissa asetuksissa ovat muun muassa työ-, vakuutus-, kuluttaja- ja kuljetussopimukset. Erityissopimuksia ovat tässä mielessä sopimukset, jotka edellyttävät muista sopimuksista poikkeavaa sääntelyä esimerkiksi heikomman suojasta tai sopimuksen kohteesta johtuvista syistä.
76. Ks. narratiivisten normien käytöstä Erik Jayme, Narrative Norms in Private International Law – The Example of Art Law. Recueil des cours 375/2014, s. 23–24.

6. Aineellinen yhtenäistäminen on ollut funktionaalista ja direktiiviin perustuvaa

Oikeuden eurooppalaistuminen yleisellä tasolla on tosiasiallisesti ollut funktionaalista[77], ei systemaattista, ja lähtenyt liikkeelle sisäisten tosiasiallisten ja oikeudellisten rajojen poistamisesta, keskiössään EU:n perusvapaudet ja tarkemmin sisämarkkinoiden toimivuus[78]. Kehitys on ollut yhteydessä yhteiseurooppalaisten ongelmien toiminnalliseen vastaavuuteen[79].

Funktionaalisen lähestymistavan on katsottu vastaavan oikeuden rajat ylittäviin ongelmiin paremmin kuin käsiteanalyysi[80]. Funktionaalisen lähestymistavan avulla muotoiltavat säännöt korostavat lopputulosta, eivätkä niiden kansallisesti, historiallisesti tai arvosävytteisesti käsitteellistä analyysia[81]. Funktionaalinen lähestymistapa palvelee käytännön tarpeita ja poistaa ylimääräiset muuttujat keskittyen pelkästään syy-seuraussuhteita koskevaan analyysiin[82].

Kansainvälisyksityisoikeudellinen eurooppalaistuminen on tapahtunut ensin yleissopimusten ja myöhemmin asetusten muodossa. Aineellista vakuutusoikeutta on puolestaan yhtenäistetty unionin yhtenäistämistyön ensisijaisella työvälineellä eli direktiivillä[83]. Direktiivi eurooppalaistumisen välineenä on ongelmallinen siksi, että se jättää liian suurta liikkumavaraa muille kuin eurooppalaisille yhdessä sovituille oikeuspoliittisille vaikutteille[84] oikeudellisen

77. Ero kansalliseen lainsäätäjään on se, että kansallinen lainsäätäjä kehittää yleisiä sääntöjä oikeudenalalle. Tämä johtaa eri lähtökohdista toimivaan rinnakkaisjärjestelmään, sillä kansallinen lainsäätäjä ei halua siirtää toimivaltaansa yksityisoikeudellisessa lainsäädännössä unionille. Rinnakkaisia eivät ole pelkästään asiaa koskevat oikeussäännökset vaan lisäksi käsitteet ja tulkinta, jotka eroavat kansallisista käsitteistä ja tulkinnasta. Smits 2012, s. 15–16.
78. Rösler 2009, s. 307 ja Smits 2012, s. 14.
79. Ks. esimerkiksi Smits 2012, s. 14.
80. Ks. Roderick Munday, Accounting for an Encounter, s. 1–28 teoksessa Pierre Legrand – Roderick Munday (eds), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. Cambridge University Press 2003, s. 9–13.
81. Herbert Kronke, Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: Institutional Co-operation and Substantive Complementarity. Recueil des cours 369/2013, s. 27 ja 33.
82. Munday 2003, s. 13.
83. Työvälineenä aineellisen yksityisoikeuden eurooppalaistamisessa on ollut pääasiallisesti direktiivi. Rösler 2009, s. 307. Kuluttajaoikeudesta ks. Vanessa Mak, Harmonisation through 'Directive-Related' and 'Cross-Directive' Interpretation: The Role of the ECJ in the Development of European Consumer Law. Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper 2008/8, s. 6.
84. Sellaisille vaikutteille kuten esimerkiksi jäsenvaltioiden demografisille, sosiaalisille, taloudellisille, kulttuurisille ja etenkin poliittisille ja institutionaalisille tekijöille. Ks. siirrännäisiin vaikuttavista muuttujista Otto Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law. The Modern Law Review 37(1) 1974, s. 6–11 ja siirrännäiskeskustelusta Tuulikki Mikkola, Oikeudellisten siirrännäisten perusteista: esimerkkinä fidusiaarivastuu. Lakimies 5/2010, s. 816–834, 818.

siirrännäisen siirtymis- ja muokkaantumisvaiheelle kansallisessa oikeusjärjestyksessä. Muuttujat vaikuttavat etenkin eurooppalaisen säännöksen implementaatiossa kansalliseen oikeusjärjestykseen (lainsäätämisvaihe), ja myöhemmin vaikutukset kumuloituvat kansallisten tuomioistuinten tulkitessa mahdollisesti väärin implementoitua säännöstä. Muokkaantumisvaiheen ongelmat voivat johtaa EU-oikeuden näennäiseen yhdenmukaisuuteen[85], mikä ei ole tavoiteltavaa johdonmukaisen oikeudellisen eurooppalaistumisen näkökulmasta.

Vakuutusoikeuden alalla direktiivi on erityisen ongelmallinen, sillä vakuutussopimuksen aineellinen sisältö on vahvasti kiinni ympäröivässä lainsäädännössä. Mikäli sääntelyn sisältö on eri jäsenvaltiosta toiseen, vakuutustuotteita ei voi myydä jäsenvaltiosta toiseen muuttumattomina. Tämä ongelma johtuu, ei pelkästään jäsenvaltion kansallisesta vakuutussopimusoikeudesta, vaan myös sopimusoikeudesta yleisesti.[86]

Direktiivi voi vaikuttaa myös vakuutussopimusoikeuden kansainvälisyksityisoikeudelliseen kenttään. Kansainvälisyksityisoikeudelliset säännöt voivat syrjäytyä direktiivin sisältämästä säännöstä[87] tai jopa sen sisältämästä implisiittisestä säännöstä[88] johtuen. Lisäksi direktiivi saattaa sisältää kansainvälisyksityisoikeudellisen säännöksen, jonka sanamuodon perusteella direktiivi syrjäytyy kansainvälisyksityisoikeudellisen säännöksen johdosta[89]. Direktiivien sisältämät kirjoitetut tai kirjoittamat kansainvälisyksityisoikeudelliset säännöt johtavat sääntelykentän arvaamattomuuteen[90].

Aineellisen sopimus- ja velvoiteoikeudellisen yhtenäistämisen välineenä direktiivi on ongelmallinen, sillä sopimusoikeutta harmonisoivia direktiivejä on

85. Ks. esimerkiksi Katri Havu, Europeanisation and Compensating Harms Caused by Competition Restrictions. Edinburgh Student Law Review 1/2009–2012, s. 1–13, 13.
86. Norio-Timonen 2012, s. 49. Laajentaen kysymys johtuu myös velvoiteoikeuden yhtenäistämisen ongelmista. Basedow 2001, s. 572.
87. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2008/122/EY, annettu 14 päivänä tammikuuta 2009, kuluttajien suojaamisesta aikaosuuksia, pitkäkestoisia lomatuotteita, jälleenmyyntiä ja vaihtoa koskeviin sopimuksiin liittyvien tiettyjen seikkojen osalta.
88. Esimerkiksi C-381/98 Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc., kappale 25.
89. Esimerkiksi artikla 1(2) Neuvoston direktiivi 93/13/ETY, annettu 5 päivänä huhtikuuta 1993, kuluttajasopimusten kohtuuttomista ehdoista, jonka mukaan ”– – direktiivin säännökset eivät koske – – kansainvälisten sopimusten, joissa jäsenvaltiot ja yhteisö ovat osallisina, määräyksiä tai periaatteita – –”.
90. Myös asetuksiin perustuva kansainvälisyksityisoikeudellinen vähimmäissuoja saattaa vaikuttaa direktiivin soveltamiseen. Tapauksessa Amazon EU Sárl EUT antoi jäsenvaltion tuomioistuimelle mahdollisuuden katsoa kohtuuttomaksi ehdon, jonka perusteella kuluttajaa harhaanjohdettiin antamalla vaikutelma, jonka mukaan kuluttaja menettäisi kansainvälisyksityisoikeudellisen vähimmäissuojansa sopimuksen perusteella. Kansainvälisen yksityisoikeuden ja aineellisen oikeuden tulkinta olivat tapauksessa erottamattomassa yhteydessä. Tapaus Amazon EU Sàrl C-191/15, tuomion kohta 71.

yleisesti annettu, kun harmonisointiin on ilmennyt ”erityistä tarvetta”[91]. Erityisen tarpeen perusteella tapahtuva harmonisointi ei voi saavuttaa korkeaa johdonmukaisuutta tai selkeää systematiikkaa noudattavaa oikeusjärjestystä. Tapauskohtainen lainsäädäntö alkaa pikemmin muistuttaa tapauskohtaista oikeusjärjestystä, jossa ennakoitavuus ja oikeusvarmuus väistyvät niin kutsutun oikeuden dynaamisuuden tieltä.

7. Aineellisen yhtenäistämisen edut

Edellä käsitellyn perusteella voidaan todeta kaksi asiaa: 1) lainvalinta ja rajat ylittävän toimivallan säännökset ovat eurooppalaistuneet monimutkaiseksi ja fragmentaariseksi järjestelmäksi ja 2) vakuutusoikeudessa kaikki heikomman suojan elementin sisältävät vakuutusoikeudelliset sopimukset edellyttävät vakuutusehtojen takaavan vähimmäissuojan (yleinen etu -vaatimuksen vaikutus[92]) yhdenmukaisesti heikomman osapuolen kansallisen vakuutussopimusoikeuden kanssa. Nykyinen järjestelmä ei toteuta yhtenäisen eurooppalaisen vakuutusmarkkinan tavoitetta vakuutustuotteiden näkökulmasta, etenkään massariskien osalta.

On otettava huomioon, että aineellisen oikeuden eurooppalaistuminen yleisellä tasolla ei ole eurooppalaisessa oikeustieteessä yksimielisesti tuettu tavoite. Tiivistettynä kritiikki on kohdistunut eurooppalaisen oikeusperustan liberalistiseen taipumukseen, yhteisen eurooppalaisen oikeusidentiteetin tarpeeseen ja eurooppalaistuvan oikeuden (negatiiviseen) vaikutukseen kansallisiin kokeiluihin ja kansallisten oikeusjärjestysten vastavuoroiseen oppimiseen toisiltaan[93]. Historiallisesti Suomessa ja Ruotsissa eurooppalaistumiskritiikkiin vaikutti laajalti eurooppalaistumisen kanssa samanaikaisen ilmiön, deregulaation, pelko. ETA-prosessin aikana kävi kuitenkin ilmi, että markkinatalous ei ole sama asia kuin sääntelemättömyys, minkä vuoksi eurooppalaistumisen toinen aalto vuodesta 1989 alkaen osoittautuikin oikeastaan monessa suhteessa reregulaatioksi[94].

91. Komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille Euroopan sopimusoikeudesta KOM(2001) 398, s. 6.
92. Yleisen edun käsite on alun perin perustunut EUT:n tuomioistuinkäytäntöön tavaroiden ja palvelujen liikkuvuuteen liittyen ja myöhemmin sijoittautumisvapauden osalta. Komission tulkitseva tiedonanto – Palvelujen tarjoamisen vapaus ja yleinen etu vakuutusmarkkinoilla 2000/C 43/03, s. 16.
93. Hugh Collins, Does ’Fragmented Europeanisation’ Require a European Civil Code? Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2009, s. 213–224, 214.
94. Niilo Jääskinen, Kolme aaltoa – Miten Suomen oikeusjärjestys eurooppalaistui? Defensor Legis 4/2001, s. 603–619, 604.

Vakuutussopimusoikeuden alalla aineellisen yhtenäistymisen näkökulmasta eurooppalaisen oikeuden monimuotoisuus aiheuttaa toisaalta tilanteen, jossa vakuutuksenantajalla on velvollisuus räätälöidä tuotteensa 28 erilaisen oikeusjärjestyksen kanssa, sillä vakuutustuotteen riski on läheisessä yhteydessä korvauskysymyksen ratkaisevaan lainsäädäntöön. Vakuutustuotteiden maakohtainen muokkaaminen ennen markkinoillepääsyä on puolestaan rajat ylittävälle kaupalle ja EU:n taloudellisille perusvapauksille ilmeisen haitallista.[95]

Aineellisen eurooppalaistumisen vaihtoehdoksi jää lainvalinnan päälle rakentuva kokonaisuus, joka käsittää monimuotoisesti erilaisia kansallisia oikeusjärjestyksiä. Lainvalintaan perustuvan kokonaisuuden kanssa kilpaileva vaihtoehto on aineellinen rajat ylittävä oikeus, joka vastaisi yhteisen oikeussystematiikan tarpeeseen Euroopassa. Mikäli välineenä olisi aineellinen rajat ylittävä oikeus, kansallisen lainsäätäjän merkitys vakuutussopimusoikeuden alalla vähenisi. Toisaalta monimuotoisuus säilyisi kansallisen soveltamiskäytännön muodossa.

Aineellisen yhtenäistymisen tavoite edellyttää kansallisten oikeusjärjestysten vertailtavuutta keskenään. Ongelmat vertailtavuudessa vastaavat siirrännäisten onnistumista kohtaan esitettyä kritiikkiä, joka liittyy myös kritiikkiin funktionaalisen oikeusvertailun[96] metodia kohtaan. Vertailtavuutta vaikeuttaa ainakin osittain yksimielisesti tunnustettu tosiasia, jonka mukaan samalta vaikuttava oikeussääntö voi todellisuudessa olla tulkinnaltaan erilainen ja päinvastoin[97]. Tämä ei voi kuitenkaan lamauttaa yhtenäistämistyötä kokonaisuudessaan, vaan se on tiedostettava osana yhtenäistämistyön erityispiirteitä, ja sitä voidaan käyttää eriävän soveltamiskäytännön selittämisessä[98].

Eurooppalaistuvilla sisämarkkinoilla, joilla kodifioidaan oikeutta lainsäädännön tai oikeuskäytännön puitteissa, voidaan vertailla eri järjestelmiä institutio-

95. Ks. esimerkiksi Basedow 2001, s. 574–575.
96. Tässä artikkelissa lähdetään funktionaalisen oikeusvertailun olettamasta, jonka mukaan jokainen oikeusjärjestys sisältää samanlaisia ongelmia ja ratkaisuja, mutta tapa, jolla lopputulokseen päädytään, on erilainen. Tätä voisi kuvata myös ongelmalähtöiseksi kysymyksenasetteluksi. Konrad Zweigert – Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law. Volume I: The Framework. North Holland Publishing Company 1977, s. 26–27.
97. Ks. esimerkiksi Alan Watson, Comparative Law and Legal Change. Cambridge Law Journal 37(2) 1978, s. 313–336, 313, jonka mukaan kulttuurinen asiayhteys ei kuitenkaan johda mullistaviin muodonmuutoksiin. Ks. myös Pierre Legrand, The Impossibility of 'Legal Transplants'. Maastricht Journal of European and Comparative Law 4(2) 1997, s. 111–124, 113–117 ja Kahn-Freund 1974, s. 1–24, 6, 11–12 ja 18–20.
98. Vertailu voi olla tarkoituksenmukaista, vaikka se sisältäisikin epävarmuuden elementin. Ks. esimerkiksi Jaakko Husa, Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – oikeaa oikeusvertailua? Lakimies 7–8/2010, s. 700–718, 702–703. Ks. myös Mattei, jonka mukaan oikeusvertailijan tehtävä onkin tutkia eroavaisuuksia, yhdenmukaisuuksia, yhdenmukaisuuksia näennäisten eroavaisuuksien taustalla tai eroavaisuuksia näennäisten yhdenmukaisuuksien taustalla. Mikäli eroavaisuudet poistuisivat, poistuisi myös oikeudenalan ydintehtävä. Ugo Mattei, An Opportunity Not to Be Missed: the Future of Comparative Law in the United States. The American Journal of Comparative Law 46(4) 1998, s. 709–718, 713.

naalisen kehittämisen näkökulmasta. Vertailemalla vaihtoehtoisia oikeudellisia instituutioita keskenään voidaan tehdä tietoon perustuvia valintoja siitä, millainen lainsäädäntö on tehokkain yksittäisen sosiaalisen tai taloudellisen ongelman ratkaisemiseksi.[99] Toisin muotoiltuna edellä mainittu tarkoittaa sitä, että vakuutussopimusoikeuden eurooppalaistuminen saattaa johtaa monimuotoisuuden vähenemiseen, mutta toisaalta myös toimivimpien oikeudellisten mallien löytämiseen.

8. Lopuksi

Unionin oikeudellinen kehitys on jo vaikuttanut perustavanlaatuisesti vakuutussopimusoikeuteen. Eurooppalaistumiskehityksen menetelmiä ovat olleet lainvalinta ja sekä aineellisessa yhtenäistämistyössä käytetty direktiivi. Lainvalinnan ongelmana on tällä hetkellä sen monimutkaisuus ja fragmentaarisuus, direktiivin puolestaan epätarkkuus ja oikeudellisen siirrännäisen alttius yhteisten eurooppalaisten oikeuspoliittisten tavoitteiden ulkoisille vaikutteille, kuten esimerkiksi kansalliselle kulttuurille. Vakuutusoikeuden ongelmiin vaikuttaa muun muassa heikomman suojan yhdistäminen teknisluonteisiin lainvalintasääntöihin eriyttämällä vakuutussopimustyyppejä koskevat lainvalintasäännöt.

EU-oikeudellisilla siirrännäisillä on paremmat menestymismahdollisuudet kuin oikeudellisilla siirrännäisillä yleisesti. EU-oikeuden muokkaantuminen vastaanottavaan kansalliseen järjestelmään tapahtuu vapaaehtoisesti, ja lisäksi EUT voi vaikuttaa siirrettävän instituution lopulliseen muotoon antamalla tulkintakannanottoja siirrännäisten sisällöstä. Vähäteltävissä tuskin on myöskään EU:n jäsenvaltioille yhteinen roomalaisen oikeuden perimä sopimus- ja vahingonkorvausoikeudessa.

Vakuutussopimusoikeuden yhtenäistäminen lainvalintasäännöillä ei ole ongelmatonta. Heikomman suoja liittyy vahvasti oikeudenalaan, ja se on instituutiona vaikeasti yhdistettävissä teknisluonteisten lainvalintasääntöjen kanssa. Toisaalta vakuutussopimusoikeus on oikeudenalana otollinen eurooppalaistumiselle sen sisältämän arvoneutraaliuden ja kaupallisuuden vuoksi[100]. Yhteiseurooppalaiset oikeuspoliittiset tavoitteet ovat vaikeasti yhdistettävissä lainvalintasääntöihin, mistä johtuen heikomman suojaa koskevat säännöt voidaan käytännössä eurooppalaistaa vain aineellisella lainsäädännöllä. Tämä näkyy muun muassa siinä, että lainvalinnan käyttö on tällä hetkellä mahdollista lähinnä suurten ris-

99. Mattei 1998, s. 713.
100. Verrattuna esimerkiksi rikos- ja perheoikeuteen.

kien ja jälleenvakuutussopimusten kohdalla ja vahvasti rajoitettu massariski- ja kuluttajavakuutussopimusten kohdalla.

Kaikesta edellä mainitusta huolimatta, vakuutussopimusoikeuden fragmentaatio Euroopassa näyttäisi muodostuneen toistaiseksi voimassaolevaksi ongelmaksi. Taustalla vaikuttaa myös sopimusoikeuden yleinen fragmentaatio. Lainvalintasääntöjen eurooppalaistuminen on ollut välttämätön esivaihe tulevaisuudessa mahdollisesti toteutettavalle yhteiseurooppalaiselle vakuutusmarkkinalle. Lainvalintasääntöjen fragmentaarisuus on omalla tavallaan ehkäissyt soveltamisvaiheen materiaalistumista, vaikka onkin samalla johtanut monimutkaiseen ja vaikeasti tulkittavaan sääntelyyn. Oikeudenalaan liittyvistä erityispiirteistä johtuen yhteiset vakuutusmarkkinat eivät ole kuitenkaan saavutettavissa ainoastaan lainvalintasäännöillä, mistä johtuen massariskien kohdalla vakuutussopimusoikeuden aineellinen eurooppalaistuminen jää ainoaksi todelliseksi vaihtoehdoksi.

Europeanisation of insurance contract law – The problem of mass risks

SALLA HYVÖNEN, LL.M., Doctoral Candidate, University of Helsinki

The Europeanisation of insurance contract law has been occurred in fragments and by functions. The protection of the weaker party in insurance contracts has stemmed from national and European substantive law, with diverging historical roots. The contents of the level of protection is related to the legislative competence given in the EU treaties, as well as the level of protection in the national laws of the Member States.

Insurance products related to mass risks in particular do not cross borders in the EU. The private international law instruments regulating mass risks have been created to hinder the free choice of law and the free choice of jurisdiction in order to protect the policyholder. Cross-border insurance products do not exist; the current state of affairs is unsatisfactory for insurers and policyholders alike.

The author examines the Europeanisation of insurance law, in relation to insurance contract law and private international law. The substantive law goal of weaker-party protection is hard to accomplish with the tools of value-neutral private international law. In addition, the author recognises and addresses the criticism against Europeanisation from the points of view of legislative techniques and comparative law.

Olli Norros

Lakimies
6/2018
s. 720–726

Koskeeko vakuutuksenantajan oikeus suojeluohjevähennykseen myös pelastamiskustannusten korvausta?

1. Johdanto ja kysymyksenasettelu

Vakuutussopimuslain (543/1994, jäljempänä ”VakSopL”) mukainen lähtökohta on, että kun *vakuutustapahtuma* sattuu eli se tosiseikasto, joka perustaa vakuutuksenantajan maksuvelvollisuuden, on käsillä, vakuutuksenantaja joutuu maksamaan vahingosta täyden korvauksen. Tähän pääsääntöön kuitenkin seuraa yleensä monenlaisia rajoituksia vakuutusehdoista ja myös VakSopL:sta. Vakuutusehdoissa korvauksen määrää rajoittaa yleensä ainakin korvauksen enimmäismäärää eli *vakuutusmäärää* koskeva ehto, minkä lisäksi ehdoissa on usein määräyksiä esimerkiksi vakuutettuun omaisuuden laskennalliseen arvoon tehtävistä ikävähennyksistä.

VakSopL:sta taas seuraa vahingon täyden korvattavuuden lähtökohdalle rajoituksia ennen kaikkea vakuutuksenottajapuolta koskevien niin sanottujen *sivuvelvollisuuksien* kautta. Yksi sivuvelvollisuuksista on vakuutetun velvollisuus noudattaa vakuutuksenantajan mahdollisesti antamia *suojeluohjeita* (VakSopL 31 §). Suojeluohjeilla tarkoitetaan VakSopL 31.1 §:n mukaan vakuutussopimukseen otettavia ”määräyksiä laitteesta, menettelytavasta tai muusta järjestelystä, jolla on tarkoitus estää tai rajoittaa vahingon syntymistä, tai määräyksiä siitä, että vakuutuksen kohdetta käyttävällä tai siitä huolehtivalla henkilöllä tulee olla määrätty kelpoisuus”. Säännöksessä tarkoitettuja, vahinkoa estäviä laitteita ovat lain esitöiden mukaan esimerkiksi lukot ja lämmityslaitteet. Menettelytapamääräys voi koskea esimerkiksi omaisuuden säilyttämistapaa, säilytystilojen sulkemista tai koneiden huoltoa. Säännöksessä tarkoitettu muu järjestely voi olla esimerkiksi omaisuuden vartioinnin järjestäminen.[1] VakSopL 31.3 §:ssa säädetään, että jos vakuutettu on tahallisesti tai huolimattomuudesta, jota ei voida pitää vähäisenä,

* *Olli Norros*, OTT, apulaisprofessori, Helsingin yliopisto. Kirjoitus perustuu allekirjoittaneen antamaan oikeustieteelliseen asiantuntijalausuntoon. Käsillä ollut juttu on jo ratkaistu lainvoimaisesti. Tuomioistuin ei joutunut ottamaan kantaa artikkelissa tarkasteltavaan tulkintakysymykseen, koska oikeudenkäynnin aikana myös lausunnon pyytäjän vastapuoli hyväksyi tässä esitettävän kannan.

1. Hallituksen esitys Eduskunnalle vakuutussopimuslaiksi ja laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 114/1993 vp, s. 45.

laiminlyönyt noudattaa suojeluohjeita, hänelle tulevaa korvausta voidaan alentaa tai se evätä.

VakSopL 57–61 §:ssä säädetään vakuutuskorvauksen määrästä tietyissä erityistilanteissa. VakSopL 61 § koskee niin sanottujen pelastamiskustannusten korvaamista. Säännöksen mukaan vakuutuksenantaja on velvollinen korvaamaan lain 32 §:ssä tarkoitetun pelastamisvelvollisuuden täyttämisestä aiheutuneet kohtuulliset kustannukset, vaikka vakuutusmäärä siten ylitettäisiinkin. Tämä merkitsee sitä, että pelastamiskustannusten korvaus on muuhun vakuutuskorvaukseen verrattuna osin erilaisessa ja paremmassa asemassa.

Käsillä olevan kirjoituksen aiheena on tilanne, jossa vakuutettu on huolimattomuudestaan lyönyt laimin VakSopL 31 §:n ja vakuutusehtojen mukaisen velvollisuutensa noudattaa suojeluohjeita, mutta jossa osa vakuutustapahtumasta johtuvasta vahingosta on VakSopL 61 §:ssä tarkoitettua pelastamiskustannusta. Kyse voisi olla esimerkiksi tilanteesta, jossa kotivakuutuksen vakuutettu on lyönyt laimin noudattaa sähkökiuasta koskevia suojeluohjeita sillä seurauksella, että syttyy tulipalo, jonka vakuutettu kuitenkin onnistuu sammuttamaan käyttäen sammutuspeitteenä viereisessä huoneessa ollutta arvokasta mattoa.[2] Oletetaan, että vakuutuksenantajalla on oikeus vähentää tulipalovahinkoja koskevasta korvauksesta esimerkiksi 25 % suojeluohjeiden laiminlyönnin perusteella ja että maton tuhoutumisesta johtuvaa kustannusta on pidettävä VakSopL 61 §:ssä tarkoitettavana kohtuullisena pelastamiskustannuksena.

Tässä kirjoituksessa pohdittava kysymys on, oikeuttaako se, että vakuutuksenantajalla on tietyn vakuutustapahtuman yhteydessä oikeus suojeluohjevähennykseen, vakuutuksenantajan tekemään sanotun vähennyksen paitsi varsinaisesta vakuutuskorvauksesta myös pelastamiskustannusten korvaamisesta. Edellistä esimerkkiä käyttäen: koskeeko 25 %:n suojeluohjevähennys myös maton tuhoutumisesta johtuvaa vahinkoa? Toinen tulkintavaihtoehto olisi se, että pelastamiskustannuksen korvaus olisi kokonaan immuuni suojeluohjevähennykselle.

2. Suojeluohje- ja pelastamiskustannussääntöjen tavoitteet

Suojeluohjeita ja niiden laiminlyönnin seuraamuksia koskevat VakSopL:n säännöt turvaavat vakuutuksenantajan mahdollisuutta rajata vakuutettu

2. Esimerkki on puhtaasti keksitty eikä sillä ole yhteyttä asiantuntijalausunnon taustalla olleeseen todelliseen tapaukseen.

riski sellaiseksi, että se pystytään kohtuullisin kustannuksin kantamaan.[3] Vähimmäistavoitteena on, ettei vakuutuksen olemassaolo johda *moraaliseen uhkapeliin* ja siihen, että vakuutuksenottaja menettelisi vakuutetun riskin suhteen huolimattomammin kuin miten hän muuten toimisi. Tästä syystä vakuutusehdoissa saatetaan esimerkiksi määrätä, että asunnon ovet on pidettävä lukittuna – tapa, jota huolellinen henkilö noudattaisi myös ilman vakuutusta. Toisaalta vakuutuksenantaja saattaa pyrkiä suojeluohjeiden kautta vähentämään vahinkojen määrää myös ”normaalitilanteeseen” verrattuna, eli nostamaan huolellisuustasoa tavanomaiseen nähden. Tällöin vakuutuksenottajalta saatetaan edellyttää erityisiin vahinkoa torjuviin toimiin ryhtymistä, esimerkiksi lukitsemaan asuntonsa ovet tarkemmin määritellyillä lukkotyypeillä.[4] Näiden, vakuutuksenantajan riskinhallinnasta nousevien tarpeiden lisäksi suojeluohjeilla voidaan nähdä olevan yhteiskunnallista merkitystä sitä kautta, että ne kannustavat vakuutuksenottajia vahinkoa ehkäisevään toimintaan.[5]

Pelastamisvelvollisuutta ja pelastamiskustannusten korvaamista koskevien sääntöjen tavoitteilla on suojeluohjeita koskevien sääntöjen tavoitteiden kanssa se tärkeä yhtymäkohta, että pelastamissääntöjen tarkoituksena on kannustaa vakuutuksenottajaa toimimaan tavalla, joka minimoi aiheutuvan vahingon määrää. Keskeisenä erona on kuitenkin se, että kun suojeluohjeet koskevat aikaa ennen vahingon sattumista ja tavallaan vakuutuksenottajan jokapäiväistä toimintaa, pelastamisvelvollisuus aktualisoituu vasta siinä erityistilanteessa, kun vahinko on jo sattunut tai ainakin välittömästi uhkaamassa.

Pelastamisvelvollisuuden ja pelastamiskustannuksia koskevan vakuutuksenantajan korvausvastuun tarkoituksena on erityisesti puuttua tilanteeseen, jossa vakuutuksenottaja ei muulla perusteella olisi velvollinen ryhtymään pelastustoimiin eikä hän muutenkaan välttämättä ryhtyisi niihin oma-aloitteisesti.[6] Jos vahinkojen estämisestä tai rajoittamisesta aiheutuvat kustannukset jäisivät vakuutetun vastuulle, hän saattaisi kustannusten pelossa pidättäytyä tarpeellisista toimista.[7] Jotta pelastamiskustannuksia koskevan vakuutuksenantajan korvausvastuun kannustinvaikutus olisi tehokas, on pidetty perusteltuna, ettei vakuutusmäärä rajoita oikeutta pelastamiskustannuksiin (VakSopL 61 §). Vakuutuksenottaja saattaisi näet tarpeettomasti jättää pelastustoimet tekemättä, jos hänellä olisi syy pelätä niiden kustannusten jäävän ainakin osin hänen itsensä

3. Ehdotus vahinkovakuutuslaiksi. Työryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 3/1988, s. 80.
4. Tämänsuuntaisesti Jaana Norio-Timonen, Vakuutuksenantajan vastuu vakuutustapahtumasta. Talentum 2003, s. 310.
5. Ehdotus vahinkovakuutuslaiksi 1988, s. 80.
6. Ks. KKO 2007:23, perustelujen 5 kappale. Lausuttu vastaa käsitystä Ruotsissa ja Norjassa. Ks. Ruotsin osalta Bertil Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt. Andra upplagan. Norstedts Juridik 2010, s. 314 ja Norjan osalta Hans Jacob Bull, Forsikringsrett. Universitetsforlaget 2008, s. 473.
7. Ehdotus vahinkovakuutuslaiksi 1988, s. 112.

kannettavaksi. Näin on erityisesti tilanteessa, jossa pelastustoimien onnistumista ja niistä aiheutuvien kulujen määrä on vaikea ennakoida.[8] Lisäksi on huomattava, että pelastamistoimenpiteillä aikaansaatu säästö koituu vakuutuksenantajan eduksi korvauskulujen supistumisella. Myös tätä vasten on pidetty kohtuullisena, että vakuutuksenantaja vastaa pelastamistoimista aiheutuvista kustannuksista.[9]

3. Tulkinnassa huomioon otettavia näkökohtia

Lain sanamuodosta ei käy ilmi, onko VakSopL 31.3 §:n mukaisen suojeluohjevähennyksen tarkoitettu koskevan varsinaisen vakuutuskorvauksen lisäksi myös VakSopL 61 §:n mukaista pelastamiskustannusten korvausta. Jonkinlaista tukea saadaan periaatteessa kummankin suuntaiselle kannalle. Suojeluohjevähennyksen ulottumista pelastamiskustannuksiin näyttäisi puoltavan yhtäältä se, että VakSopL 31.3 §:ssa puhutaan yleisesti *vakuutetulle tulevasta korvauksesta* erottelematta sitä, minkälaisesta korvauksesta on kysymys. Toisaalta pelastamiskustannuksia koskeva VakSopL 61 § on sijoitettu lain 8 lukuun, jonka otsikko on ”Vakuutuskorvaus vahinkovakuutuksessa”. Säännöksen systemaattinen sijainti näyttäisi yhdessä VakSopL 31.3 §:n sanamuodon kanssa puoltavan sitä, että pelastamiskustannuskorvausta voitaisiin kohdella samoin kuin muutakin vakuutuskorvausta. Päinvastaista tulkintaa taas puoltaisi se VakSopL 61 §:ssä nimenomaisasti todettava seikka, että pelastamiskustannuksia voidaan korvata jopa yli vakuutusmäärän asettaman – muuten melko ehdottoman – ylärajan. Lausuttu sääntö tekee eroa tavallisen vakuutuskorvauksen ja pelastamiskustannusten korvauksen välille.

Lain sanamuodon perusteella käsillä olevaan tulkintakysymykseen on siten vaikeaa ottaa vahvaa kantaa suuntaan tai toiseen. Kysymykseen ei vastata suoraan myöskään lain esitöissä. Huomion arvoista on kuitenkin se, että lakia koskevan hallituksen esityksen mukaan pelastamiskulut korvataan täysimääräisinä myös silloin, kun vakuutuksen kohteena ollut omaisuus on alivakuutettu. Toisin sanoen, VakSopL 58.2 § 2 virkkeen mukaista *pro rata* -sääntöä ei voida soveltaa pelastamiskustannuksiin.[10] Tulkintaa perustellaan Ehdotus vahinkovakuutuslaiksi -työryhmämietinnössä sillä, että vahinkojen torjuminen ja rajoittaminen

8. Jürgen Basedow – John Birds – Malcolm Clarke – Herman Cousy – Helmut Heiss – Leander Loacker (eds), Principles of European Insurance Contract Law. 2nd revised edition. Verlag Dr. Otto Schmidt KG 2016, s. 260 ja samansuuntaisesti myös Bull 2008, s. 474.
9. Ehdotus vahinkovakuutuslaiksi 1988, s. 112 sekä samansuuntaisesti Jaana Norio-Timonen: Vakuutussopimuslain pääkohdat. Talentum 2010, s. 172 ja Bull 2008, s. 473.
10. HE 114/1993 vp, s. 63.

on katsottu ”niin tärkeäksi periaatteeksi, että vakuutetun tulisi saada kaikki siitä aiheutuvat kustannuksensa korvatuksi, vaikka omaisuus olisikin alivakuutettu”.[11]

Ruotsissa ja Norjassa pelastamiskustannusten korvattavuutta säännellään VakSopL 61 §:n kanssa samantyyppisin säännöksin.[12] Kummassakin maassa on katsottu, että myöskään vakuutuskorvausta ehtojen mukaan mahdollisesti rajoittava omavastuu ei koske pelastamiskustannusten korvausta.[13] Norjassa ajattelutapa on yleisemminkin se, että pelastamiskulujen korvaus määräytyy vahingonkorvausoikeuden oppien eikä vakuutusehtojen mukaan. Näin pelastamiskustannusten korvaukseen ei sovelleta vakuutusehdoissa määrättyjä korvauksen erityisiä alennusperusteita, esimerkiksi standardinomaisia ikävähennyksiä.[14] Esitettyjä lausumia vasten tuntuisi johdonmukaiselta, että pelastamiskustannusten korvaus olisi immuuni myös suojeluohjevähennykselle. On toki pidettävä mielessä, että edellä mainitut vertailukohdat koskevat vieraita oikeusjärjestyksiä eivätkä Suomen oikeutta, mikä vähentää niiden painoarvoa VakSopL:a tulkittaessa.

Oikeuskäytäntöä ei tarkasteltavasta kysymyksestä tietääkseni ole. Pelastamisvelvollisuutta ja pelastamiskustannusten korvattavuutta koskevat säännökset ovat olleet KKO:n sovellettavina ratkaisuissa KKO 1997:51 ja KKO 2007:23, mutta kummassakaan ei ollut kyse suojeluohjevähennyksestä. Myöskään Vakuutuslautakunnan verkkosivujen ratkaisutietokannasta en ole löytänyt yhtään ratkaisua, jossa kysymystä olisi arvioitu, enkä edes yhtään sellaista ratkaisua, jossa olisi arvioitu jonkin muun vakuutuksenottajan tai vakuutetun sivuvelvollisuuden kuin suojeluohjeiden noudattamisen laiminlyönnin vaikutusta pelastamiskustannusten korvattavuuteen.

> Kuluttajavalituslautakunta eli nykyinen kuluttajariitalautakunta on ratkaisusuosituksessaan KVL 01/38/2559 korvannut vain puolet vahingosta, joka vakuutetun autolle syntyi hänen väistäessään poroa – eli hänen pyrkiessään torjumaan vielä vakavamman vahingon aiheutumisen.[15] Lautakunta katsoi kuljettajan lyöneen laimin velvollisuutensa noudattaa riittävää varovaisuutta poronhoitoalueella liikkuessaan. Koska kuljettaja olisi pienemällä tilannenopeudella ajaessaan lautakunnan mukaan voinut pysäyttää autonsa vähemmin vaurioin, lautakunta suositti vakuutusyhtiötä korvaamaan puolet auton korjauskuluista.

11. Ehdotus vahinkovakuutuslaiksi 1988, s. 112.
12. Ks. Ruotsin försäkringsavtalslag (2005:104) 6:5 ja Norjan lov om forsikringsavtaler (LOV-1989-06-16-69) 6:4.1.
13. Ks. Ruotsin osalta Bengtsson 2010, s. 314 ja Norjan osalta Bull 2008, s. 473–474 ja 493. Ks. toisaalta 8.2.2018 annettu Vakuutuslautakunnan ratkaisu FINE-007340 (2018), jonka perustelut viittaavat siihen, että omavastuun katsottaisin rajoittavan pelastamiskustannusten korvattavuutta.
14. Bull 2008, s. 474 ja 492.
15. Ratkaisua ei löydy kuluttajariitalautakunnan verkkosivujen ratkaisutietokannasta. Tiedot ratkaisusta perustuvat teokseen Norio-Timonen 2003, s. 381.

> Tapausta ei siis ainakaan siitä käytössä olevien tietojen perusteella lähestytty vakuutustapahtuman aiheuttamisen, suojeluohjeiden noudattamatta jättämisen tai muunkaan sivuvelvollisuuden laiminlyönnin kautta vaan tavallaan syy-yhteyskysymyksenä siitä näkökulmasta, miltä osin poron väistämisestä aiheutuneiden kustannusten voitiin katsoa kuuluvan VakSopL 61 §:ssä tarkoitettavien ”kohtuullisten kustannusten” joukkoon.[16] Vastaavasti tilanteessa, jossa asunnon avaimet on varastettu ja jossa lukkoja ei niiden iän takia pystytä pelastustoimena uudelleensarjoittamaan vaan ne joudutaan vaihtamaan kokonaan, VakSopL 61 §:n mukaisen pelastamiskustannusten korvauksen on katsottu voivan rajautua uudelleensarjoittamiskuluihin.[17]

Ratkaisun KKO 2007:23 perustelujen 5 kappaleesta on luettavissa yleinen tulkintaohje pelastamisvelvollisuutta koskevien sääntöjen tulkintaan:

> Uhkaavasta vakuutustapahtumasta aiheutuvan vahingon torjumiseen tähtäävän pelastamistoimen käsite jää lain ja sen esitöiden valossa tulkinnanvaraiseksi. Asianomaisia säännöksiä tulkittaessa on otettava huomioon se tavoite, johon pelastamistoimia koskevalla sääntelyllä on pyritty.

4. Kokonaisarvio

En ole löytänyt yhtäkään lähdettä, jossa otettaisiin nimenomaisesti kantaa kysymykseen suojeluohjevähennyksen ja pelastamiskustannusten korvauksen suhteesta. Tästä voitaneen tehdä se varovainen päätelmä, etteivät vakuutuksenantajat yleensä edes yritä tehdä suojeluohjevähennystä pelastamiskustannusten korvauksesta, koska muussa tapauksessa kysymys olisi luultavasti noussut esiin ainakin jollakin forumilla. Toisaalta tämä ei sulje pois sitä mahdollisuutta, että vähennysmahdollisuus silti olisi periaatteessa olemassa.

Kyse onkin avoimesta tulkintatilanteesta, jossa on punnittava keskenään vähennysoikeuden puolesta ja sitä vastaan puhuvia näkökohtia. Vähennysoikeuden puolesta puhuisi lähinnä VakSopL 31.3 §:n ja 61 §:n sanamuoto, jossa pelastamiskustannusten korvausta ei eroteta muusta vakuutuskorvauksesta, mikä puoltaisi kummankin korvaustyypin arviointia samoin säännöin. Käsitys korvaustyyppien rinnasteisuudesta kuitenkin kumoutuu lähemmässä tarkastelussa, jossa käy päinvastoin ilmi, että pelastamiskustannuksen korvaus eroaa tavallisesta vakuutuskorvauksesta monessa keskeisessä suhteessa:

16. Näin tapauksen näyttää ymmärtävän myös Norio-Timonen 2003, s. 381.
17. Norio-Timonen 2010, s. 174.

a) vakuutusmäärä ei rajoita pelastamiskustannusten korvattavuutta;

b) pelastamiskustannusten korvaamiseen ei sovelleta *pro rata* -sääntöä alivakuutustilanteessa;

c) omavastuu ei, ainakaan Ruotsissa ja Norjassa, rajoita pelastamiskustannusten korvattavuutta;

d) vakuutusehtoihin perustuvia standardimuotoisia vähennyksiä, esimerkiksi ikävähennyksiä, ei, ainakaan Norjassa, sovelleta pelastamiskustannuksia korvattaessa.

Ratkaisun KKO 2007:23 perusteluissa painotetaan tarvetta lähestyä pelastamisvelvollisuuteen liittyviä tulkintakysymyksiä sääntelyn tavoitteista käsin. Pelastamiskustannusten korvaamisen tavoitteista puhuttaessa korostuvat yhtäältä tarve luoda vakuutetulle riittävä kannustin pelastamistoimiin ja toisaalta se, että kun pelastamistoimet rajoittavat vakuutetulle omaisuudelle koituvaa vahinkoa ja siten vakuutuksenantajan korvausvastuuta, on oikeudenmukaista, että vakuutuksenantaja myös kantaa pelastamistoimien kustannukset. Näiden tavoitteiden toteutumisen kannalta on perusteltua, että vakuutettu voi pelastamistoimiin ryhtyessään luottaa saavansa niistä syntyvistä kustannuksista täyden korvauksen siitä riippumatta, onko vakuutuksenantajalla oikeus tehdä varsinaisesta vakuutuskorvauksesta vähennyksiä esimerkiksi suojeluohjeiden laiminlyönnin perusteella.

Vähennysoikeutta vastaan puhuvia näkökohtia on nähdäkseni pidettävä selvästi painavampina kuin sitä puoltavia. Kuten on tullut esiin, puoltoperusteet ovat lähinnä muodollisjuridisia eivätkä sellaisinakaan erityisen vahvoja, kun taas monet sääntelyn tavoitteisiin ja systematiikkaan liittyvät syyt puhuvat vähennysoikeutta vastaan. Näin päätelmäni on, ettei vakuutuksenantajalla ole oikeutta tehdä VakSopL 61 §:n mukaisesta pelastamiskustannusten korvauksesta vähennystä suojeluohjeiden laiminlyönnin perusteella.

Katja Karjalainen – Kirsikka Linnanmäki –Tanja Mikkilä – Sanna Mustasaari – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen

Lakimies
6/2018
s. 727–734

Lainopillinen ja yhteiskuntatieteellisesti painottunut tutkimus – yhtä perhettä

1. Aluksi

Oikeustieteen tutkimusmenetelmät ja perinteisen lainopillisen tutkimuksen asema kansainvälistyvässä ja muuttuvassa tutkimusympäristössä on herättänyt viime aikoina laajasti keskustelua.[1] Tässä yhteydessä on pohdittu, miten oikeustieteen tulisi ymmärtää tieteellisyyden vaatimukset, minkälaisia vaatimuksia oikeustieteelliseen tutkimukseen kohdistuu sekä millainen tutkimus vastaisi ympäröivän yhteiskunnan tarpeisiin.

Lainopillisen tutkimuksen puolestapuhujat ovat korostaneet, että tutkimuksen tehtävänä on oikeusnormien systematisointi ja tulkintasuositusten tuottaminen käytännön lakimiesten eli tuomioistuinjuristien tarpeisiin. Oikeus- ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen kannattajat puolestaan näkevät oikeustieteellisen tutkimuksen suurimman haasteen siinä, että perinteinen lainopillinen tutkimus suhtautuu tutkimukseen muusta tieteestä poikkeavasti. Tutkimus on kansallista ja omalle ammattikunnalle tarkoitettua, eikä sitä voida arvioida yleisten tieteellisten kriteerien mukaan.[2]

Keskustelu tieteellisyyden vaatimuksista ja tieteen tarpeista elävöittää kotimaisen oikeustieteen kenttää. Se myös mahdollistaa yksittäisen oikeudenalan tutkimuksellisen identiteetin pohdinnan.[3] Tällä kirjoituksella osallistumme keskusteluun perheen oikeudellisen tutkimuksen näkökulmasta. Avaamme luki-

* *Katja Karjalainen*, OTT, tutkijatohtori, Itä-Suomen yliopisto, *Kirsikka Linnanmäki*, OTM, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto, *Tanja Mikkilä*, OTK, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto, *Sanna Mustasaari*, OTT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto, *Anna Mäki-Petäjä-Leinonen*, OTT, vanhuusoikeuden yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto. Esitämme lämpimät kiitoksemme yliopistonlehtori Tapani Lohelle kannustuksesta ja kirjoituksemme kriittisestä kommentoinnista.

1. Keskustelua aiheesta on käyty kaikilla foorumeilla; oikeuskirjallisuudessa (ks. esim. Lakimies 7–8/2017), sosiaalisessa mediassa (Facebook ja Twitter) sekä yliopistojen käytävillä ja kahvihuoneissa.
2. Ks. esim. Kaijus Ervasti, Laki, oikeus ja Yhteiskunta. Oikeus yhteiskunnallisena käytäntönä. Edita 2017 ja Panu Minkkinen, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa ja menetelmät? Lakimies 7–8/2017, s. 908–923.
3. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan yksityisoikeuden laitoksen syysseminaarissa vuonna 2012 syntyi idea vapaamuotoisesta perheoikeuden tutkijapiiristä, jota Anna Mäki-Petäjä-Leinonen on sen perustamista lähtien luotsannut. Tutkijapiirin tarkoituksena on ollut pohtia

jalle perheen oikeudellisen tutkimuksen nykytilaa sekä erilaisia lähestymistapoja ja menetelmiä, joita perheoikeudellisessa tutkimuksessa käytetään. Kirjoituksen otsikon mukaisesti tarkoituksena ei ole arvottaa erilaisia tapoja tehdä tutkimusta vaan päinvastoin osoittaa, kuinka tärkeää on, että oikeudenala kannustaa tieteen tekemiseen erilaisin menetelmin. Näkemyksemme mukaan tämä yhtenä perheenä toimiminen ja erilaisuuden hyväksyminen on ollut ja on se tapa, jolla perheoikeus voi vastata sekä tiedemaailman että alati muuttuvien läheissuhteiden tarpeisiin nyt ja tulevaisuudessa.

2. Perheen oikeudellisen tutkimuksen kohteet ja menetelmät

Perheoikeus[4] on monen muun oikeuden substanssialan tavoin perinteisesti hahmotettu pitkälti käytännön tarpeista käsin. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että perheoikeudellinen tutkimus olisi sivuuttanut monitieteisyyden tai kansainvälisyyden taikka rajoittunut oman oikeudenalan rajojen sisäpuolelle. Tutkimusperinne on päinvastoin ollut rikasta sekä kohteiltaan että menetelmiltään.

Esimerkiksi *Aulis Aarnio* perusti väitöskirjatutkimuksensa eurooppalaiseen analyyttiseen filosofiaan[5] ja *Urpo Kangas* puolestaan mursi aiemmin rajoittaneita oppiainerajoja hyödyntämällä ongelmakeskeistä lainoppia väitöskirjassaan.[6] Sekä *Heikki E. S. Mattila*[7], *Kirsti Kurki-Suonio*[8] että *Tuulikki Mikkola*[9] ovat soveltaneet oikeusvertailevaa menetelmää tutkimuksissaan. *Soile Pohjonen*[10] ja *Anu Pylkkänen*[11] puolestaan ovat lähestyneet perheoikeudellisia kysymyksiä erityisesti

yhdessä perheen oikeudelliseen tutkimukseen liittyviä kysymyksiä sekä tässä yhteydessä tarpeellisia teoreettisia, analyyttisia ja kriittisiä työkaluja. Kirjoittajat ovat tämän opintopiirin jäseniä.

4. Termiä perheoikeus on käytetty tässä kirjoituksessa laajassa merkityksessä siten, että se kattaa parisuhde-, lapsi- ja edunvalvontaoikeuden lisäksi jäämistöoikeuden. Suomalaisissa yliopistoissa tästä kokonaisuudesta käytetään yleensä hieman pidempää nimitystä perhe- ja jäämistöoikeus.
5. Aulis Aarnio, Perillisen oikeusasemasta. WS 1967.
6. Urpo Kangas, Lesken oikeudellinen asema: oikeusdogmaattinen tutkimus lesken sosiaaliturvan laajuudesta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1982.
7. Heikki E. S. Mattila, Les Successions agricoles et la structure de la societé. Une étude en droit comparé. Juridica 1979.
8. Kirsti Kurki-Suonio, Äidin hoivasta yhteishuoltoon. Lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1999.
9. Tuulikki Mikkola, Oikeudellisen tiedon yhtenevyys ja sen esteet: jäämistöoikeudellisen informaation vertailtavuus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1999.
10. Soile Pohjonen, Parisuhde yksityisoikeudellisessa ajattelussa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998.
11. Anu Pylkkänen, Puoli vuodetta, lukot ja avaimet. Nainen ja maalaistalous oikeuskäytännön valossa 1660–1710. Lakimiesliiton Kustannus 1990.

naisoikeuden näkökulmasta. Oikeudenala on myös aktiivisesti osallistunut yhteiskunnalliseen yhdenvertaisuus- ja tasa-arvokeskusteluun, ja sen sisältä on noussut yhteiskunnallisia aloitteita, joiden pohjalta suomalaista perhe- ja sosiaalipolitiikkaa on kehitetty.[12] Esimerkiksi *Eva Gottbergin* tutkimuksissa sosiaalipoliittinen ote on ollut läsnä.[13]

Siitä huolimatta, että myös yhteiskuntapainotteiset lähestymistavat ovat olleet perheoikeudelliselle tutkimukselle luonteenomaisia, on tutkimus *Markku Helinin* mukaan pitkälti ollut käytännöllistä ja tiheään lakinormitukseen nojaavaa.[14] Voidaankin todeta, että perheoikeudellinen tutkimustraditio on melko vahvasti painottunut lainopilliseen tutkimukseen varallisuusoikeuden ollessa sen perinteinen aisapari. Muun ohella *Tapani Lohi*[15], Markku Helin[16], *Ahti Saarenpää*[17], *Pertti Välimäki*[18], *Antti Kolehmainen*[19] sekä Aulis Aarnio ja Urpo Kangas[20] ovat systematisoineet ja eritelleet perheoikeudellisia oikeusnormeja, oikeuskäytäntöä ja tulkintakysymyksiä ja sijoittaneet niitä siviilioikeudellisen järjestelmän systeeminyhteyteen.[21] Tällä työllä on ollut ja on edelleen merkittävä rooli suomalaisen perintö- ja aviovarallisuusoikeuden käytännön muovaajana.

Viime vuosina perheoikeudellinen tutkimus on kuitenkin alkanut irtautumaan varallisuusoikeudellisista juuristaan. *Anna Mäki-Petäjä-Leinosen*[22] ja *Katja Karjalaisen*[23] vanhuus- ja edunvalvontaoikeudelliset tutkimukset ovat

12. Tällaisia puheenvuoroja esitettiin jo 1970-luvulla. Esimerkkinä voidaan mainita Ahti Saarenpään, Heikki E. S. Mattilan ja Matti Mikkolan teos Holhous – yhteiskunnallinen ongelma. Tammi 1972. Yhteiskuntatieteellisesti painottuneesta perheoikeustutkimuksesta 1970-luvulla ks. Urpo Kangas: Oikeustiede Suomessa 1900–2000. WSLT 1998.
13. Eva Gottberg, Perhe, elatus ja sosiaaliturva: tutkimus yksityisen ja julkisen elatusvastuun rajoista, rakenteesta ja toimivuudesta. Turun yliopisto 1995.
14. Markku Helin, Siviilioikeuden tutkimusmetodit itsenäisessä Suomessa – matka käsitelainopista mihin? Lakimies 7–8/2017, s. 894–907, 904.
15. Ks. esim. Tapani Lohen teokset Ositus, tasinko ja sivullissuoja. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, Pesänjako, vastike ja lahjansaajan palautusvastuu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2013 ja Aviovarallisuusoikeus 2016. Talentum 2016.
16. Ks. esim. Aulis Aarnio – Markku Helin, Suomen avioliitto-oikeus. Lakimiesliiton Kustannus 1992.
17. Ahti Saarenpää, Tasajaon periaate: tutkimus jäämistöoikeudellisen tasajaon periaatteen toteuttamisesta tuomioistuinkäytännössä. Juridica 1980.
18. Pertti Välimäki, Osituksen sovittelu avioeroon perustuvassa toimitusosituksessa. Lakimiesliiton Kustannus 1995
19. Antti Kolehmainen, Sopimus ja kuolinpesän hallinto. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2011.
20. Ks. esim. Aulis Aarnio – Urpo Kangas, Suomen jäämistöoikeus I, Perintöoikeus. Talentum 2016 ja Aulis Aarnio – Urpo Kangas, Suomen jäämistöoikeus II, Testamenttioikeus. Talentum 2015.
21. Edellä mainittu luettelo ei ole tyhjentävä. Muista merkittävistä tutkimuksista voidaan mainita esimerkiksi: Pekka Tuunainen, Perintö, testamentti ja velka. Talentum 2015.
22. Ks. esim. Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003 ja Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Ikääntymisen ennakointi: vanhuuteen varautumisen keinot. Talentum 2013.
23. Katja Karjalainen, Ikääntyminen, Liikkuvuus ja kansainvälinen yksityisoikeus Euroopassa. Vertaileva tutkimus rajat ylittävistä ongelmista sekä edunvalvonnasta Suomessa ja Espanjassa.

hyvä esimerkki tutkimuksesta, jossa yksilön varallisuuden ja sen suojaamisen ohella keskeiseen asemaan nousevat hänen perusoikeutensa, erityisesti yksilön autonomia ja itsemääräämisoikeus.[24] Tekeillä olevista väitöskirjatutkimuksista voidaan tässä yhteydessä mainita *Tanja Mikkilän* edunvalvontaoikeudellinen tutkimus päämiehen taloudellisen edun tulkinnoista.[25]

Erityisesti lapsioikeudelliset tutkimukset ilmentävät sitä, miten perheen oikeudellisen tutkimuksen kentälle ovat aiempaa vahvemmin liittyneet muun ohella perus- ja ihmisoikeuskeskustelu, prosessioikeus ja hallintoprosessioikeus, yhteiskuntatieteet, sosiaalioikeus ja oikeuden historiallinen tutkimus. Tätä kuvastavat tältä vuosikymmeneltä olevat *Sanna Koulun*[26], *Henna Pajulammin*[27], *Hannele Tolosen*[28], *Virve-Maria Toivosen*[29] ja *Eeva Valjakan*[30] väitöskirjatutkimukset.[31] Samoin uudenlaista perheoikeudellista tulokulmaa edustaa *Sanna Mustasaaren*[32] väitöskirja, jossa käsitellään perhenormien tuottamaa kansalaisuutta tarkastelemalla perhesuhteiden oikeudellista tunnistamista monikulttuurisessa yhteiskunnassa perheoikeuden ja kansainvälisen yksityisoikeuden sekä maahanmuutto-oikeuden leikkauskohdissa.

Perhe- ja läheissuhteiden monipuolinen tutkiminen edellyttää yhteiskuntatieteiden teorioiden ja menetelmien käyttämistä. Niinpä esimerkiksi *Kirsikka Linnanmäen* valmisteilla olevassa lapsen huoltoriitojen tuomioistuinsovittelua käsittelevässä väitöskirjatutkimuksessa aihetta tarkastellaan oikeus- ja yhteiskuntatieteen teorioita ja menetelmiä yhdistäen. Lisäksi perheoikeuden tutkijat ovat viimeaikoina olleet osallisina monitieteisissä tutkimushankkeissa, kuten hiljattain päättyneessä Suomen Akatemian rahoittamassa tutkimushankkeessa

Suomalainen Lakimiesyhdistys 2016.

24. Muusta kotimaisesta vanhuusoikeudellisesta tutkimuksesta ks. esim. Laura Kalliomaa-Puha, Vanhoille ja sairaille sopivaa? Omaishoitosopimus hoivan instrumenttina. Sosiaali- ja terveysturvan tutkimuksia/90 2007, Anja Karvonen-Kälkäjä, Unohtuuko vanhus? Oikeustieteellinen tutkimus hallintosopimuksen asianosaissuhteista vanhuksen vaikuttamismahdollisuuksien näkökulmasta. Vanhustyön keskusliiton tutkimuksia 1/2012 ja Anna Mäki-Petäjä-Leinonen – Liisa Nieminen (toim.), Vanhuus ja oikeus, Lakimiesliiton Kustannus 2014.
25. Muita edunvalvontaoikeudellisia tutkimuksia ks. esim. Matti Kuuliala, Edunvalvontaan esitetyn kuuleminen alioikeudessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2011 ja Johanna Tornberg, Edunvalvonta, itsemääräämisoikeus ja oikeudellinen laatu. Lapin yliopiston kustannus 2012.
26. Sanna Koulu, Lapsen huolto- ja tapaamissopimukset: oikeuden rakenteet ja sopivat perheet. Lakimiesliiton Kustannus 2014.
27. Henna Pajulammi, Lapsi, oikeus ja osallisuus. Talentum 2014.
28. Hannele Tolonen, Lapsi, perhe ja tuomioistuin. Lapsen prosessuaalinen asema huolto- ja huostaanotto-oikeudenkäynneissä. Lakimiesyhdistyksen Kustannus 2015.
29. Virve-Maria Toivonen, Lapsen oikeudet ja oikeusturva: lastensuojeluasiat hallintotuomioistuimissa. Talentum 2017.
30. Eeva Valjakka, Vain lakiko lasta suojelee? Turun yliopisto 2016.
31. Lapsioikeudesta ks. myös esim. Liisa Nieminen – Suvianna Hakalehto (toim.), Lapsioikeus murroksessa. Lakimiesliiton Kustannus 2013.
32. Sanna Mustasaari, Rethinking recognition: Transnational families and belonging in law. University of Helsinki 2017.

"*Transnationaaliset muslimiavioliitot: hyvinvointi, laki ja sukupuoli*" (Mustasaari), jossa avioliittoa koskevia käytäntöjä sekä avioliiton oikeudellisuutta analysoitiin muun ohella haastatteluaineistojen valossa. Vuonna 2018 käynnistyneessä kansainvälisessä konsortiohankkeessa "*Dementia or MCI @ work in progress*" puolestaan tarkastellaan työikäisenä muistisairauteen sairastuneiden erityiskysymyksiä paitsi lainopin ja oikeusvertailun näkökulmasta myös pitkäkestoisen seurantatutkimuksen ja fokusryhmähaastattelujen avulla (Karjalainen ja Mäki-Petäjä-Leinonen sekä *Marjo Ylhäinen*)[33].

Uusien oikeudenalojen ja menetelmien yhdistyminen perinteiseen tutkimuskenttään on tehnyt kotimaisesta perheoikeuden tutkimuksesta entistä enemmän nimenomaan perheen oikeudellista tutkimusta. Tätä käsitettä voidaan käyttää perheoikeuden käsitteen rinnalla silloin, kun halutaan korostaa laajempaa yhteiskunnallista tulokulmaa ja menetelmäkehystä. Esimerkiksi *John Eekelaar*, *Rosie Harding* ja *Jonathan Herring* ovat tutkimuksissaan tarkastelleet perheeseen liittyviä oikeudellisia kysymyksiä yhteiskuntafilosofian ja empiiristen tutkimusmenetelmien avulla.[34] Huomionarvoista on, että myös suomalaiset perheoikeuden tutkijat ovat osallistuneet tähän kansainväliseen keskusteluun, jolla perheen oikeudellista tutkimusta on pyritty käsitteellistämään ja hahmottamaan muuttuvassa toimintaympäristössä.[35]

Markku Helin on nostanut esiin kysymyksen siitä, pitäisikö suomalaisessa perhe- ja perintöoikeudellisessa tutkimuksessa vahvistaa erilaisten perhearvojen ja sosiaalipoliittisten näkökohtien roolia. Hänen mukaansa perhe- ja perintöoikeudellisessa tutkimuksessa lakinormien tulkintaa ohjaava oikeuskulttuuri on ollut jossain määrin hukassa.[36] Viimeaikaiset tutkimukset ja perheoikeuden siirtymä kohti laaja-alaisempaa perheen oikeudellista tutkimusta osoittavat nähdäksemme Helinin peräänkuuluttaman argumentaation lisääntymistä perheoikeudellisessa kontekstissa. Paljon on kuitenkin vielä tehtävää.

33. Hankkeesta tarkemmin ks. Työikäisenä muistisairauteen sairastuneiden hanke: Dementia or MCI @ work in progress, www.uef.fi/fi/web/oikeustieteet/mciatwork.
34. Ks. esim. John Eekelaar, Family law and Personal Life. Oxford University Press 2006, Rosie Harding, Duties to Care – Dementia, Relationality and Law. Cambridge University Press 2017 ja Julie Wallbank – Shazia Choudhry – Jonathan Herring (eds), Rights, Gender and Family Law. Routledge 2010.
35. Ks. esim. Anne Griffiths – Sanna Mustasaari – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen (eds), Subjectivity, Citizenship and Belonging in Law: Identities and Intersections. Routledge 2017.
36. Helin 2017, s. 904.

3. Perheen oikeudellisen tutkimuksen tehtävä

Perheen oikeudellinen tutkimus on hyvä esimerkki tutkimusalasta, jossa vastakkainasettelut eri lähestymistapojen välillä eivät ole erityisen hedelmällisiä. Lainopillisen tutkimustradition ja tutkimusmenetelmät tyystin sivuuttava perheoikeus jättäisi vastaamatta sellaisiin tiedon tarpeisiin, joita sekä ympäröivä oikeustodellisuus että myös yhteiskuntatieteet perheoikeudelle asettavat. Lainopillinen menetelmä mahdollistaa oikeusjärjestyksen jäsentämisen ja syväluotaamisen. Tämä on itsessään arvokasta, koska se auttaa ymmärtämään niitä yhteiskunnallisia rakenteita, joilla läheissuhteisiin kohdistuvaa inhimillistä toimintaa säännellään. Ilman lainoppia ei pystyttäisi esimerkiksi vastaamaan kysymykseen siitä, miten oikeudet ja velvollisuudet perimys- tai avioerotilanteessa jakautuvat tai mitä toimintamahdollisuuksia eri menettelyissä osapuolina olevilla ihmisillä on. Tämänkaltaiset kysymykset ovat keskeisiä inhimillisen elämän ja siten myös perheoikeuden näkökulmasta, mutta lisäksi ne ovat keskeisiä oikeuden ilmiöihin suuntautuvalle yhteiskuntatieteelle. Nämä kysymykset voivat olla kansallisia ja kansallisesti vastattavissa tai – kuten yhä enenevissä määrin – ne voivat vaatia kansainvälisempää, rajat ylittävää tutkimusotetta.[37]

Toisaalta perheoikeus, joka keskittyisi *yksinomaan* esimerkiksi normien tarkasteluun tai niiden keskinäisiin suhteisiin, jättäisi reagoimatta keskeisiin yhteiskunnallisiin ongelmiin. Oikeustiede ja perheoikeus tarvitsevat monitieteistä lähestymistapaa ja muita tieteitä kuten oikeushistoriaa, oikeussosiologiaa, oikeustaloustiedettä ja oikeuspsykologiaa itseymmärrykseensä ja argumentaationsa tueksi. Edelleen oikeustiede tarvitsee muita tieteitä, koska sillä ei ole itsenäisiä menetelmiä todellisuuden hahmottamiseen eikä tulostensa seurausten kriittiseen arviointiin. Lainopillinen tutkimusote ei tavoita esimerkiksi kaikkea sitä oikeudellista kontrollia, joka yksilöihin ja perheisiin kohdistuu perhe-, hoiva- ja edunvalvontasuhteiden sääntelyn myötä. Tällainen kontrolli on oikeudellista, mutta tuomioistuinten tulkintaratkaisujen sijaan se paikantuu muun ohella sovittelumenettelyihin, sopimusten laadintaan sosiaalitoimessa tai erilaisiin rekisteröintikäytäntöihin. Edelleen uskonnollisten vihkimisten tai avioeromenettelyiden oikeudellisuutta ei ole mielekästä tutkia yksin lainopillisen tutkimuksen perinteisten menetelmien avulla. Oikeuden ja yhteiskunnan perinteisen rajapinnan laajentuessa ja muuttuessa tarvitaan myös tutkimusta, jonka avulla voidaan tarkastella, minkälaista sääntely tosiasiassa on ja miten ja keneen se vaikuttaa.

Perheoikeuden tutkimustehtävä voidaan ja tulee ymmärtää laajasti. Eräänä keskeisenä tehtävänä voidaan pitää tulkintasuositusten antamista ja yhteiskunnallisiin tarpeisiin vastaamista. Läheissuhteet, jotka ovat perheen oikeudellisen

37. Ks. esim. Markku Helin, Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus. Talentum 2013 ja Karjalainen 2016.

tutkimuksen keskiössä, ovat elävän elämän ilmiö, ja niiden tarpeisiin tutkimuksen on myös konkreettisella tavalla vastattava. Tutkimuksen tieteellinen tehtävä tulee kuitenkin edelleen ymmärtää siten, että tutkimus tuottaa myös sellaista tietoa ja ymmärrystä, joka ei ole välittömästi sovellettavaa tai minkään käytännön toimijan välittömiin tiedontarpeisiin vastaavaa. Perinteisesti on katsottu, että lähinnä oikeuden yleistieteet keskustelevat tällä tavoin muiden yhteiskunta- ja humanististen tieteiden kanssa, kun taas oikeustieteen substanssialat keskittyvät tuottamaan tietoa lähinnä käytännön tarpeisiin. Näin jyrkän rajan tekeminen tutkimusalojen välille on kuitenkin tarpeetonta. Perheoikeus on substanssiala, joka kuitenkin joustavasti ja laajasti argumentoiden voi etsiä kysymyksiä perinteisten kysymyksenasettelujen ulkopuolelta ja tuottaa tietoa myös yleiseen yhteiskuntatieteeseen, sen alalla käytävään arvokeskusteluun, sekä käsitteisiin, joilla yhteiskunnan prosesseja analysoidaan.

Perheen oikeudellinen tutkimus voi siten osallistua sekä arvo- että käsitekeskusteluun, joka hyödyttää paitsi perheoikeutta substanssialana myös muita tieteitä. Yksi eri tieteenaloista käsin tarkasteltuna kiinnostava, monitulkintainen arvo ja käsite on ”hyvinvointi”. Käsite on viime aikoina liitetty myös oikeustieteelliseen keskusteluun alettaessa puhua hyvinvointioikeudesta. Hyvinvointioikeudella ei käsitteenä viitata itsenäiseen oikeudenalaan vaan oikeustieteellisen tutkimuksen kokonaisuuteen, jonka kohteena ovat taloudelliseen toimeentuloon, sosiaaliseen hyvinvointiin sekä fyysiseen ja psyykkiseen terveyteen liittyvä oikeudellinen sääntely.[38]

Hyvinvointioikeus ei ole toistaiseksi osallistunut hyvinvoinnin käsitteen analyysiin ja sen kehittämiseen tai pohtinut sitä, mitä hyvinvoinnin arvo mahdollisesti tarkoittaa, minkälaisia hierarkioita sen avulla tuotetaan tai minkälaista kontrollia se mahdollistaa. Nämä voidaan kuitenkin katsoa hyvinvointioikeuden tutkijoiden tulevaisuuden tehtäviksi. Muita vastaavia perhe- ja läheissuhteissa tärkeitä arvoja ja käsitteitä, jotka linkittyvät yleisempään yhteiskunnalliseen tutkimukseen, ovat esimerkiksi yksilön autonomia ja itsemääräämisoikeus sekä sen vastinpari suojelu, yksilön ihmissuhteita korostava relationaalisuuden teoria sekä oikeudenmukaisuus.[39]

38. Hyvinvointioikeudellisia ulottuvuuksia on perheoikeuden lisäksi muun ohella valtiosääntöoikeudella, oikeusfilosofialla, lääkintä- ja bio-oikeudella, sosiaalioikeudella, terveydenhuolto-oikeudella ja työoikeudella. Ks. Itä-Suomen yliopiston Hyvinvointioikeuden instituutti, http://www.uef.fi/web/oikeustieteet/hyvinvointioikeus.

39. Autonomian käsitteestä perheoikeudellisessa kontekstissa ks. esim. Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Päämies rationaalisena toimijana – teoriaa ja käytäntöä edunvalvonnassa olevan ihmisen itsemääräämisoikeudesta. Lakimies 1/2018, s. 3–28. Relationaalisuuden teoriasta ks. Harding 2017 ja oikeudenmukaisuudesta ks. Matti Häyry – Tuija Takala – Johanna Ahola-Launonen (toim.), Oikeudenmukaisuuden ongelma. Gaudeamus 2018.

4. Lopuksi

Olemme tässä puheenvuorossa tarkastelleet perheoikeuden tutkimusta erityisesti omien tutkimuspolkujemme valossa. Meitä kirjoittajia on yhdistänyt kiinnostus perheoikeuteen, perus- ja ihmisoikeuksiin ja erityisryhmien oikeuksiin. Tutkimuksemme liittyvät perheoikeuden uusiin alueisiin, jotka tarkastelevat heikompien yksilöiden ja heidän oikeuksiensa suojelua elinkaaren eri vaiheissa, lapsuudesta vanhuuteen. Miellämme, että perheen oikeudellisen tutkimuksen tehtävänä on osoittaa ne moninaiset tilanteet, arvot ja merkitykset, joita ihmisten yhdenvertaisuudella, heidän keskinäisellä riippuvuudellaan, hoivan ja huolenpidon tarpeilla sekä niiden sääntelyllä on.

Perheoikeuden tehtävänä on yhtäältä tuottaa tietoa oikeussäännöistä, niiden tulkinnoista ja keskinäissuhteista sekä toisaalta myös sääntöjen vaikutuksista, ihmisten kokemuksista ja tarpeista, eri toimijoista ja eri menettelyistä. Perheen oikeudellinen tutkimus edellyttää laajaa menetelmällistä työkalupakkia. Tutkiessaan esimerkiksi kontrollia, hyvinvointia tai sosiaalista oikeudenmukaisuutta perheoikeus ei pitäydy ainoastaan oikeusnormien systematisoinnissa ja tulkinnassa. Näiden ohella se tutkii oikeuden merkitystä välittävänä mekanismina, toisin sanoen niitä prosesseja, joissa normatiivinen maailma rakentuu yksityisen sopimisen, erilaisten hoivajärjestelyjen ja tarpeiden tunnistamisen varaan ja joissa normatiiviset rakenteet vaikuttavat toiminnan ehtoihin ja mahdollisuuksiin.

Perheen oikeudellinen tutkimus on siten syvästi yhteisöllinen yritys, jonka yksittäiset puheenvuorot ovat keskusteluyhteydessä sekä toisiinsa että muihin tieteisiin. Jo *Otto Brusiin* korosti väitöskirjassaan, että hyvältä tuomarilta vaaditaan syvällistä ymmärrystä yhteiskunnan realiteeteista.[40] Oikeustieteen tutkijan tehtävä on siinä mielessä helpompi, että tutkijalla ei ole ratkaisupakkoa. Hän voi oppia kollegoiltaan, jotka tutkivat samoja oikeudellisia ja yhteiskunnallisia ilmiöitä eri menetelmillä. Tutkijaltakin on kuitenkin edellytettävä aitoa dialogia kollegoiden kanssa sekä ymmärrystä ja arvostusta sitä työtä kohtaan, jota he tekevät. *Sari Kivistö* ja *Sami Pihlström* ovat osuvasti todenneet, että akateeminen vapaus on paitsi tutkijan vapautta tutkia häntä itseään kiinnostavia teemoja ja päättää tutkimuksensa sisällöstä myös velvollisuutta kunnioittaa toisten tutkijoiden vastaavaa vapautta ja kuunnella heidän ääntään.[41]

40. Brusiinin mukaan yhteiskuntatieteellisen sivistyksen merkitystä tuomarille ei voi yliarvioida. Tuomarin tulee ajatella sosiologisesti mutta tämä ei saa muodostua taakaksi, joka ehkäisee tuomarin omaa joustavaa ajattelua. Otto Brusiin, Tuomarin harkinnasta normin puuttuessa. Suomalainen lakimiesten yhdistys 1938, s. 209, 226 ja 253.

41. Sari Kivistö – Sami Pihlström, Sivistyksen puolustus. Gaudeamus 2018 s. 149.

Tini Peterzens-Nysten

Oikeudellistuva kulttuuriperintö

Lakimies
6/2018
s. 735–740

1. Aluksi

”Teidän on ymmärrettävä, mitä Partheonin marmorit meille merkitsevät. Ne ovat meidän ylpeytemme. Ne ovat meidän uhrauksemme. Ne ovat meidän toiveemme ja meidän nimemme. Ne ovat kreikkalaisuuden ydin.”

Näin lausui 1980-luvulla Kreikan silloinen kulttuuriministeri Melina Mercouri vaatiessaan virallisesti Partheonin marmorifriiseinä tunnetuksi tulleen veistoskokoelman yhdistämistä ja veistosten palauttamista British Museumista takaisin Kreikkaan.

Marmorifriisien tarina sai alkunsa vuonna 1802, jolloin Lordi Elgin toimi englannin ensimmäisenä suurlähettiläänä Konstantinopolissa Kreikassa, joka silloin kuului ottomaanivaltakuntaan. Ottomaaneilta Elgin sai Ateenan viranomaisille osoitetun kirjallisen luvan liikkua vapaasti ja tehdä piirustuksia sekä kipsimalleja Akropolin alueella. Lupa salli hänen myös pystyttää rakennustelineitä ja tehdä pienimuotoisia kaivauksia sekä ottaa mukaansa kaiverruksia sisältäviä kiviä ja figuureja. Elgin tulkitsi luvan moniselitteistä sanamuotoa itselleen edullisesti ja irrotti Partheonin-temppelistä marmorikoristeita ja friisejä, jotka kuljetettiin Englantiin. Myöhemmin vuonna 1816 Elginin ajauduttua taloudellisiin vaikeuksiin hän myi marmorifriisit British Museumille.

Jo elinaikanaan Elginiä paheksuttiin kreikkalaisen kulttuuriperinnön ryöstämisestä. Lordi Byron hyökkäsi häntä kohtaan myös runoillaan ja kuvasi hänet tunteettomaksi riistäjäksi. Ranskalaiset jopa sepittivät uuden sanan, *elginismin*, joka tarkoittaa kulttuuriesineisiin kohdistuvaa ilkivaltaa ja ryöstelyä. Toisaalla Elginiä on kiitetty kreikkalaisen taiteen pelastamisesta. Ja vielä edelleenkin kiistellään siitä, oliko Elgin koskaan saanut lupaa marmoriaarteiden irrottamiseen ja pois viemiseen, puhumattakaan niihin kohdistuvasta omistusoikeudesta, jonka hän myöhemmin siirsi British Museumille. Kreikkalaiset ovat useaan otteeseen vaatineet kulttuuriperintönsä palauttamista. Toistaiseksi British Museum pitää kiinni omistusoikeudestaan ja on kieltäytynyt palauttamasta taideaarteita.

Viimeisten vuosikymmenten aikana kulttuuriperinnöstä on muodostunut yksi ihmiskuntaa koskettavista suurista kysymyksistä. Yksilöt ja kansat tar-

1. *Tini Peterzens-Nysten*, OTT, LL.M, Helsingin yliopisto. *Lectio praecursoria* Helsingin yliopistossa 9.6.2018 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Kulttuuriesineen suoja. Laittoman kulttuuriesineen palauttaminen kansainvälisenä ongelmana. Helsinki 2018.

kastelevat olemassaolonsa juuria enemmän kuin koskaan aikaisemmin. Kulttuuriperintö koetaan tärkeäksi osaksi sitä kokonaisuutta, jonka kautta ihmiset muodostavat omia identiteettejään ja kokevat kuuluvansa johonkin ryhmään tai kansaan. Huomiota kiinnitetään yhä enemmän myös kulttuuriperinnön eri ilmenemismuotoihin ja pohditaan, kenelle menneisyys kuuluu ja kuka sen omistaa.

2. Kulttuuriperinnön määritelmästä

Kulttuuriperinnön määrittelyä vaikeuttaa lähtökohtaisesti se, että kulttuurilla ilmaistaan erilaisia asioita eri asiayhteyksissä. Sen sisältö ja laajuus vaihtelevat sen mukaan, käytetäänkö sitä yleiskielen sanana vai jonkun tieteenalan teknisenä terminä. Eri tahojen esittämät määritelmät kulttuuriperinnöstä ovat harvoin identtisiä, mutta niissä on havaittavissa selviä yhtymäkohtia.

Ensinnäkin kyse on ihmiskunnan hengellisten ja aineellisten saavutusten kokonaisuudesta, mikä ilmenee ympärillämme aineettomassa ja aineellisessa muodossa. Aineellinen kulttuuriperintö voi olla sekä kiinteää että irtainta omaisuutta. Se on maa- ja vesialueiden eli luonnonperinnön lisäksi sellaista omaisuutta, jonka ihminen on rakentamisen ja luomisen kautta saanut aikaan, kuten esimerkiksi rakennukset, monumentit, kirjat ja taide-esineet. Aineeton kulttuuriperintö puolestaan ilmenee kielen avulla tuotetun suullisen tradition muodossa esimerkiksi kansansatujen, riimien ja sanontojen kautta. Aineetonta kulttuuriperintöä ovat myös esittävä taide, kuten kansanmusiikki ja -tanssi, kulttuuriin sidonnaiset sosiaaliset tavat ja rituaalit, kulttuuriesineiden käyttöön ja merkitykseen olennaisesti liittyvä tieto, traditionaalinen käsityötaito sekä luontoon ja maailmankaikkeuteen liittyvä tieto ja taito. Konkreettisella esineellä, *kulttuuriesineellä*, on puolestaan tavalliseen irtaimeen esineeseen verrattuna tieteellistä, taiteellista tai historiallista lisäarvoa.

Toiseksi kulttuuriperintöön sisältyy ajatus jonkun perityn säilyttämisestä, vaalimisesta, hoitamisesta ja eteenpäin siirtämisestä: joitain asioita pidetään säilyttämisen arvoisina. Jatkuvan säilyttämisen ja eteenpäin siirtämisen kautta niistä muodostuu perinnettä ja perintöä tuleville sukupolville. Kysymys on myös arvoista: joitain asioita pidetään arvojen toteuttajina ja välittäjinä, jonka vuoksi ne koetaan arvokkaiksi ja säilyttämisen arvoisiksi.

Usein määritelmiin sisältyy myös identiteettiviittaus. Kulttuuriperinnön identiteetti voidaan määritellä esimerkiksi uskonnollisesta, maantieteellisestä, kansallisesta, rodullisesta tai muusta lähtökohdasta käsin.

Näistä yhtymäkohdista huolimatta kulttuuriperinnön konkreettisen merkityssisällön määrittely on vaikeaa, koska kulttuuriperintö ei ole mitään sellaista, mikä on valmiiksi olemassa. Jokaisella kulttuurilla, muodostuu se sitten valtiosta,

kansasta tai pienemmästä ryhmästä, on oma näkemys siitä, mistä sen kulttuuriperintö koostuu ja mitä sen piiriin katsotaan kuuluvan. Kulttuuriperinnön määrittely aineellisen ja aineettoman kulttuuriomaisuuden avulla on mahdollista ainoastaan sisältäpäin, eli kyseessä olevasta kulttuurista. Se, mitä pidetään kulttuuriperintönä yhden kulttuurin sisällä, ei välttämättä ole sitä toisessa kulttuurissa, jonka seurauksena myös käsitteille annetut merkityssisällöt muodostuvat kulttuurikohtaisesti.

Kulttuuriperintö ei välttämättä ole edes mitään pysyvää. Kaikkea ihmisyhteisöjen tai luonnon luomaa ei pidetä automaattisesti suojelun tai säilyttämisen arvoisena. Eri aikoina eri asioita määritellään arvokkaiksi, ja eri aikoina painotetaan eri arvoja. Kyse on prosessista, jossa jokin menneisyyden jälki valitaan tietoisesti säilyttämisen arvoiseksi. Tähän valintaan vaikuttavat aina kyseessä olevan aikakauden arvot ja käsitykset sekä ne, jotka ovat kulloinkin päättämässä näistä asioista. Toisinaan valinnan taustalla vaikuttavat myös valta, raha ja politiikka eikä niinkään kohteen ainutlaatuisuus. Kulttuuriperinnön konkreettinen merkityssisältö syntyy siis määrittelyjen ja rajanvedon tuloksena eikä ole olemassa yhtä yleispätevää määritelmää. Kulttuuriperintö elää ajassa ja paikassa, koska se määritellään jatkuvasti uudestaan kunkin aikakauden tarpeista ja lähtökohdista. Voidaan sanoa, että kulttuuriperintö on sisällöllisesti jatkuvassa muutostilassa.

3. Kulttuuriperinnön merkityksestä ja suojan tarpeesta

Nykyisin kulttuuriperinnön merkitys tunnustetaan kansallisen identiteetin luojana ja ylläpitäjänä. Kulttuuriperintöön lukeutuvia rakennuksia, monumenttejä, taideteoksia ja muita esineitä pidetään kulttuurisen identiteetin symboleina. Kulttuuriesineiden katsotaan ilmentävän ja siirtävän eteenpäin arvoja, uskomuksia, tietoa ja taitoa. Ne myös yhdistävät moniulotteisesti historiaa, uskontoa, tiedettä ja taidetta. Esteettisen ja visuaalisen nautinnon lisäksi ne vangitsevat aikaa, säilyttävät tietoa ja siirtävät sitä eteenpäin tuleville sukupolville. Kulttuuriperintö luo siteen menneisyyteen, jonka kautta muodostetaan ja vahvistetaan kansallista, kulttuurista ja kielellistä identiteettiä sekä yksilö- että yhteisötasolla.

Tärkeästä merkityksestään huolimatta kulttuuriperintö on kuitenkin jatkuvasti uhattuna eivätkä siihen kohdistuneet loukkaukset ole uusi ilmiö.

Sodat olivat pitkään suurin yksittäinen uhka kulttuuriperinnön säilymiselle. Kautta historian kulttuuriesineitä on viety sodankäynnin yhteydessä sotasaaliina. Ryöstelyä pidettiin sodankäyntiin kuuluvana normaalina ilmiönä, jonkinlaisena sotilaan jokamiehenoikeutena. 1700-luvulta eteenpäin kolonialismi antoi oikeutuksen suuressa mittakaavassa tapahtuvaan kulttuuriperinnön ryöstämiseen ja siirtämiseen alkuperämaista emämaihin. Tämän toiminnan seurauksena jopa

95 prosenttia Afrikan kulttuuriperinnöstä, Egyptiä lukuun ottamatta, on löydettävissä maanosan ulkopuolella sijaitsevista maailman suurimmista museoista. Kaikkein suurimmat historian tuntemat kulttuuriperintöön kohdistuneet tuhot ja pakkosiirrot nähtiin kuitenkin toisen maailmansodan aikana.

Edelleenkin kulttuuriperintö on uhattuna kaikilla sota- ja konfliktialueilla, ja valtioiden väliset konfliktit johtavat lähes poikkeuksetta kulttuuriomaisuuden tuhoamiseen ja ryöstämiseen. Kulttuuriperinnön tuhoamista voidaan jo pitää yhtenä tietoisen sodankäynnin muotona, jolla heikennetään sodankäynnin osapuolena olevan kansan identiteettiä samalla kuin vastapuolen valta-asema korostuu. Sodankäyntiä ei toteuteta vain maa-alueiden valtaamisella vaan myös ihmismieleen vaikuttamalla. Tämä ilmaistaan selvästi Afghanistanin kansallismuseossa, jonka julkisivuun on kaiverrettu: ”*A nation stays alive when its culture stays alive.*”

Nykyään kulttuuriperintöä uhkaavat sotien ja muiden konfliktitilanteiden lisäksi monet muutkin tekijät. Viimeisten vuosikymmenten aikana laittomat arkeologiset kaivaukset ja varkaudet kulttuurihistoriallisesti arvokkaissa paikoissa ovat kasvaneet räjähdysmäisesti. Alueen köyhyys, kohteen syrjäinen sijainti tai vaikeakulkuinen maasto tarjoavat helposti mahdollisuuden temppelien, hautojen, esihistoriallisten paikkojen ja muiden kohteiden riistämiseen, ja valitettavasti samalla myös niiden täydelliseen tuhoamiseen. Jotkut arkeologiset alueet ovat tuhoutuneet niin perusteellisesti, että ne tunnetaan vain sieltä ryöstettyjen ja eri museoihin tai kokoelmiin päätyneiden kulttuuriesineiden välityksellä. Ryöstelyn taustalla vaikuttavat pääasiallisesti taloudelliset motiivit. Arkeologisten alueiden ryöstäminen kaupallista tarkoitusta varten on tällä hetkellä suuri maailmanlaajuinen ongelma.

Toinen maailmanlaajuinen ongelma ovat kulttuuriesineisiin kohdistuvat varkaudet. Kulttuuriesineitä viedään yksityishenkilöiden kodeista, pienistä ja suurista museoista, taidegallerioista, yliopistoista, kirjastoista tai historiallisista taloista ja -rakennuksista. Varkaita kiinnostavat myös kirkot, haudat sekä hautausmaat. Mikään paikka tai rakennus ei ole turvassa.

Viimeisten vuosikymmenten aikana myös kulttuuriesineiden laittomasta kaupasta on kehittynyt suuri uhka kulttuuriperinnön säilymiselle. Vuosien aikana kulttuuriesineiden kysyntä on jatkuvasti lisääntynyt kansainvälisillä markkinoilla. Kasvavaa kysyntää on suurelta osin tyydytetty kulttuuriesineillä, jotka on varastettu tai ryöstökaivettu arkeologisilta alueilta ja viety niiden alkuperämaasta ilman lupaa. Myös sota- ja konfliktialueilta peräisin olevat kulttuuriesineet löytävät nopeasti tiensä niillä käytävän laittoman kaupan ytimeen. Kulttuuriesineillä käytävä laiton kaupankäynti on saavuttanut jo ennen näkemättömät mittasuhteet.

Toisen maailmansodan jälkeen myös yhteiskunnalliset ja taloudelliset olot ovat muuttuneet nopeassa tahdissa. Monissa tapauksissa muutokset ovat aiheuttaneet joko suoraa tai välillistä uhkaa kulttuuri- ja luonnonperinnölle. Esimer-

kiksi globalisaatio, teollistuminen, kaupungistuminen ja saastuminen uhkaavat kulttuuriperintöä ja tuhoavat kulttuurihistoriallisesti arvokkaita ympäristöjä. Yhtenä esimerkkinä voidaan mainita matkailu tunnetuksi tulleisiin kulttuuriperintökohteisiin. Vaikka matkailu on erinomainen tapa edistää ihmisten välistä ymmärrystä, sillä voi olla myös negatiivisia vaikutuksia. Nykyään matkailun kuluttava vaikutus on nähtävissä monissa kulttuuriperintökohteissa. Valtavat turistimäärät uhkaavat esimerkiksi Inkojen kadonneen kaupungin, Macchu Picchun, koko ympäristöä niin, että Unesco on kehottanut Perua rajoittamaan alueelle päästettävien turistien lukumäärää.

Myös luonnonkatastrofeja ja ilmastonmuutosta on pidettävä merkittävänä uhkana kulttuuriperinnölle. Monet merkit viittaavat siihen, että tulevaisuudessa kulttuuriperintöä uhkaavat entistä useammin äärimmäiset sääilmiöt, joiden uskotaan lisääntyvän ja voimistuvan ilmastonmuutoksen takia. Poikkeuksellisten rankkasateiden, kuivuuden ja hirmumyrskyjen tuhovoima kasvaa ja niiden vaikutukset kulttuuriympäristöllemme, kulttuuriesineet mukaan lukien, voivat olla tuhoisia.

Näiden ja muiden uhkatekijöiden vuoksi useimmat valtiot pyrkivät yhä määrätietoisemmin suojelemaan kulttuuriperintöään ja kulttuuriesineitään. Kansallisen kulttuuri-identiteetin voimistumisen myötä katsotaan, että kansoilla ja ihmisillä tulee olla oikeus omaan historiaansa. Samalla painotetaan esimerkiksi rakennusten ja kulttuuriesineiden luonnollista sidettä siihen paikkaan ja kulttuuriin, jossa ne luotiin. Tämän seurauksena yhä useammat alkuperävaltiot ovat alkaneet myös vaatia kulttuuriesineiden palauttamista takaisin toisen valtion alueelta.

Vaatimukset kulttuuriesineiden palauttamiseksi ovat kuitenkin osoittautuneet erittäin ongelmallisiksi. Käytännössä palautusvaatimuksen esittäjä kohtaa kansainvälisen juridisen viidakon, jonka seurauksena palautusvaatimukset jäävät usein esittämättä tai prosessin alettua toteutumatta. Tämä on johtanut siihen, että kansainvälisellä tasolla on jouduttu miettimään keinoja kulttuuriesineiden palauttamiseksi oikeudenmukaisten lopputulosten saavuttamiseksi. Kansainvälinen yhteistyö onkin saanut aikaan uutta oikeudellista sääntelyä kulttuuriesineiden palautuksen turvaamiseksi.

Vaikka uudet säädökset puoltavat kulttuuriesineiden palautusta, niillä ei voida puuttua vanhoihin kulttuuriesineiden menetyksiin. Tästä johtuen palautusvaatimuksissa vedotaan oikeudellisten argumenttien lisäksi usein myös oikeudenmukaisuuteen ja moraalisiin seikkoihin. Palautusvaatimuksissahan kysymys ei ole aina pelkästään juridisesta ongelmasta, vaan asioihin liittyy paljon moraalikysymyksiä. Siitä huolimatta, että menneisyyden tapahtumia ei periaatteessa voi arvioida tämän päivän moraalisten ja oikeudellisten käsitysten mukaisesti, niin yhä useammin historiaa joudutaan arvioimaan tämän päivän edustamien arvojen ja asenteiden lähtökohdista. Tämän seurauksena joidenkin esineiden tai esineryhmien osalta joudutaan yhä useammin harkitsemaan myös vapaaehtoisia

palautuksia. Tästä johtuen monet merkittäviin kulttuuriesineisiin kohdistuvat palautusvaatimukset ovat auki ikään kuin odottamassa jonkinlaista ratkaisua. Näistä kuuluisimmat ovat varmasti jo edellä mainitut Partheonin marmorifriisit, jotka ovat herättäneet valtioiden välillä suuria tunteita ja erimielisyyttä jo yli 200 vuotta. Samalla marmorifriiseistä on muodostunut vahva symboli kaikkien kulttuuriesineiden palauttamisen puolesta.

Kulttuuriesineisiin kohdistuvien palautusvaatimusten yleistyminen on luonut tarvetta tarkastella palautuksia ja niihin liittyviä oikeudellisia kysymyksiä tarkemmin. Väitöskirjan aiheena oleva kulttuuriesineiden palautus on osa kulttuuriperintöön kohdistuvasta laajemmasta oikeudellisesta suojasta, jolla valtiot pyrkivät turvaamaan kulttuuriperinnön säilymisen tuleville sukupolville. Kulttuuriesineiden palautusta ei voida pitää enää pelkästään moraalisena kysymyksenä. Oikeudellisen sääntelyn myötä siitä on tullut oikeudellinen kysymys ja oikeustieteen alaan kuuluva tutkimuskohde.

Peterzens-Nysten, Anri (Tini)
Kulttuuriesineen suoja. Laittoman kulttuuriesineen palauttaminen kansainvälisenä ongelmana.
Helsingin yliopisto. Oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki 2018. XIV + 332 sivua.

Lakimies
6/2018
s. 741–753

1. Aihepiirin merkitys ja suhde aiempaan tutkimukseen

Kuluva vuosi 2018 on nimetty kulttuuriperinnön eurooppalaiseksi teemavuodeksi.[1] Yksi teemavuoden erityistavoitteista on edistää yhteisvaikutuksia Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden välillä muun muassa vahvistamalla aloitteita, joilla ehkäistään kulttuuriomaisuuden laitonta kauppaa. Kun teemavuoden erityistavoitteisiin kuuluu myös esimerkiksi kulttuuriperintöön liittyvän tutkimuksen edistäminen, voidaan todeta, että tarkastettavana olevan väitöskirjan valmistumiselle ei tässä eurooppalaisessa kontekstissa olisi juuri voinut löytää osuvampaa ajankohtaa.

Tini Peterzensin opinnäytetyön keskiössä on sellainen kulttuuriperinnön suojelemiseksi annettu sääntely, joka koskee kulttuuriesineiden liikkumisen rajoittamista valtioiden rajojen yli ja laittomien kulttuuriesineiden palauttamista alkuperämaahan tai lähdemaahan. Laittomia kulttuuriesineitä väitöskirjan kontekstissa ovat varastetut, laittomasti kaivetut sekä laittomasti maasta viedyt kulttuuriesineet. Tarkasteltava sääntely kytkeytyy juuri pyrkimykseen puuttua kulttuuriesineillä käytävään laittomaan kauppaan.

Suojelutavoitteen toteuttamiseksi merkityksellistä sääntelyä on annettu paitsi kansallisesti niin ennen kaikkea kansainvälisiä oikeudellisia instrumentteja käyttäen. On muodostunut monitasoinen ja pirstaleinen normisto, jonka sisältöä on määrittänyt jännite kulttuurinationalistisen ja kulttuuri-internationalistisen lähestymistavan välillä, kuten *John Henry Merryman* on kuvannut esineiden lähdemaiden ja kauppamaiden lähtökohtaisesti erilaisia intressejä The American Journal of International Law -lehdessä vuonna 1986 julkaistussa artikkelissaan Two Ways of Thinking About Cultural Property. Lähdemaiden intressissä esimerkiksi korostuu tarve säilyttää kansalliseen identiteettiin kiinnittyvät kulttuuriesineet siellä, mistä ne ovat lähtöisin, kauppamaissa taas ajatus ihmiskunnan yhteisen kulttuuriperinnön suojaamisesta siellä, missä esineet parhaiten voidaan säilyttää.

* Virallisen vastaväittäjän, professori Eva Tammi-Salmisen Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama, 20.6.2018 päivätty lausunto vähäisin muutoksin.

1. Euroopan parlamentin ja neuvoston päätös (EU) 2017/864, annettu 17 päivänä toukokuuta 2017, kulttuuriperinnön eurooppalaisesta teemavuodesta (2018).

Puhtaan kotimaisesta näkökulmasta katsottuna väitöskirjan aihe saattaa vaikuttaa ensituntumalta hieman marginaaliselta tai kuriositeetilta – Suomi ei ole keskeisin kulttuuriesineiden alkuperämaa eikä esimerkiksi Lontoon tai New Yorkin kaltainen kansainvälisen antiikkikaupan keskus. Globaalissa katsannossa väitöskirjan teema sen sijaan on kiistatta varsin tärkeä.

Esimerkiksi keskeisten kulttuuriesineiden kauppapaikkojen, huutokauppakamarien, kannalta huomiota herätti aikanaan englantilaisen journalistin *Peter Watsonin* teos Sotheby's – The Inside Story vuodelta 1997, jonka hän julkaisi monivuotisten tutkimustensa pohjalta. Tuossa teoksessa tuotiin esiin, miten tämä maineikas ja arvostettu huutokauppakamari oli myynyt laittomasti kaivettuja ja Sveitsin kautta salakuljetettuja kulttuuriesineitä, joiden provenienssi ja tuontidokumentaatio väärennettiin. Nyt tarkastettavana olevassa väitöskirjassa viitataan (s. 244 alav. 790) esimerkiksi laittomasti kaivettujen ja maasta vietyjen niin sanottujen Apulian vaasien myyntiin. Watson painottaa teoksessaan toistuvasti, että hän keskittyi yhteen huutokauppakamariin vain siksi, että hänellä oli pääsy juuri sitä koskeviin asiakirjoihin: "The rest of the art world is just as corrupt." Watsonin teoksessa esitetyn – uskomattomalta tuntuvan – näkemyksen mukaan noin 90 prosenttia huutokauppakamarien myymistä antiikkiesineistä olisi laittomasti kaivettuja tai maasta vietyjä.

Laitonta kaupankäyntiä kulttuuriesineillä pidetäänkin yhtenä suurimmista uhista kulttuuriperinnön säilymiselle. Sitä on pidetty myös huume- ja asekaupan laajuisena kansainvälisen rikollisuuden muotona. Väitöskirjassa kysymystä ei silti lähestytä rikosoikeuden kannalta. Tämä ala on tutkimusekonomisista syistä nimenomaisesti rajattu työn ulkopuolelle, vaikka myös tuolla alueella on ajankohtaista kehitystä, kuten Euroopan neuvoston uusi rikosoikeudellinen sopimus kulttuuriesineiden laittoman kaupan torjumiseksi, joka on avattu allekirjoituksille reilu vuosi sitten.

Rikosoikeutta koskevalla poikkeuksella työn lähestymistapaa voi luonnehtia siten ongelmakeskeiseksi, että tarkastelu ei sen paremmin rajaudu kuin kiinnity erityisesti suhteessa mihinkään perinteisistä oikeudenaloista. Kulttuuriesineiden palauttamista koskevalla sääntelyllä on rajapintaa monen oikeudenalan normiston kanssa, ja oikeudelliset kysymykset, jotka liittyvät laittomasti siirtyneiden kulttuuriesineiden palautukseen, kytkeytyvät useammalle oikeudenalalle yksityis- ja julkisoikeuden rajan eri puolilla. Kansainvälinen oikeus, kansainvälinen yksityisoikeus, prosessioikeus ja esineoikeus ovat niitä perinteisiä oikeusjärjestelmien osia, joiden alueelle työn tematiikka läheisimmin ulottuu.

Näiden oikeudenalojen lähtökohtien sijaan työn fokuksen määrittää tarkasteltavan sääntelyn suojatarkoitus, kulttuuriesineen suoja. Väitöskirjan kantavana teemana on pyrkimys hahmottaa tutkimuskohdetta näkökulmasta, jota voidaan luonnehtia kulttuuriperintöoikeudelliseksi. Aihepiiriä ei ole meillä aiemmin tällaisena tarkasteltu. Tässä suhteessa väitöskirja on oikeustieteellinen pioneerityö. Paikannettaessa sitä kotimaisen oikeustieteellisen tutkimuksen kentässä

asemointia aiempaan tutkimukseen nähden ei voikaan tehdä perinteisellä tai tyypillisesti noudatetulla tavalla tarkastelemalla työn asettumista jatkumossa aiempiin tiettyä oikeudenalaa koskeviin julkaisuihin nähden.

Tämän sijaan tutkimuksen voi nähdä luontevasti sijoittuvan osaksi sellaisten ongelmalähtöisten esitysten ryhmää, jossa tutkimuskysymys kietoutuu esimerkiksi oikeudellistumiskehityksen tai yhteiskunnallisten arvojen muutoksen tai molempien esiin nostamaan uuteen suojeluintressiin, joka on saanut normatiivisen ilmauksensa oikeusjärjestyksessä. Tutkimuksen näkökulma painottuu tällöin uuteen sääntelyalueeseen, joka liittyy uuden turvattavan intressin tunnistamiseen. Tällaisissa yhteyksissä on meillä nostettu tyypillisesti esiin – enemmän tai vähemmän painokkaasti – kysymys uuden oikeudenalan syntymisestä.

Etsittäessä tutkimukselle vertailukohtaa nimenomaan aiemmista väitöskirjoista, lähellä oleva lähtökohta vaikuttaisi olevan tarkastettavana olevan väitöskirjan lähdeluettelostakin löytyvällä *Kai Kokon* väitöskirjalla Biodiversiteettiä turvaavat oikeudelliset periaatteet ja mekanismit vuodelta 2003. Normitasolla näitä aiheita itse asiassa yhdistää perustuslain 20 §:n 1 momentti, jonka mukaan niin vastuu luonnosta ja sen monimuotoisuudesta sekä ympäristöstä kuin kulttuuriperinnöstä kuuluu kaikille. Kuten jäljempänä ilmenee, perusoikeusulottuvuus ei sinänsä saa nyt tarkastettavassa työssä suurta huomiota.

Vaikka väitöskirjan teema on meillä tutkimuksellisesti vielä valtaamatonta aluetta, siitä on toisaalta kirjoitettu kansainvälisillä foorumeilla varsin paljon. Väitöskirjassa on voitu hyödyntää tätä tutkimuksellista aktiviteettia niin kansainvälisen sääntelyn analysoinnissa kuin aihepiirin teoreettisemmassa taustoituksessa. Muun muassa idea kulttuuriperintöoikeudesta omana oikeudenalanaan pohjaa kansainvälisessä keskustelussa esitettyihin näkemyksiin. Yksi niistä on esimerkiksi väitöskirjan lähdeluettelossa mainitussa *Irini A. Stamatoudin* kansainvälisten sopimusten ja EU-oikeuden kommentaariteoksessa Cultural Property Law and Restitution vuodelta 2011, jonka kysymyksenasettelua, lähtökohtia ja joitakin rakenteellisia ratkaisuja nyt tarkastettavana oleva väitöskirja itse asiassa monessa suhteessa vastaa.

Seuraavassa tarkastellaan hieman lähemmin väittelijän tutkimuksessaan tekemiä valintoja ja saavuttamia tuloksia.

2. Väitöskirjan kieli

Ensimmäinen väittelijän valinta, jonka lukija huomaa, on se, että väitöskirja on kirjoitettu suomeksi. Kuten tunnettua, oikeustieteen alan erityispiirteenä on julkaisujen suuri suomenkielisyysaste verrattuna muihin tieteenaloihin. Kansalliskielen käyttämistä tutkimuksen kielenä on nykyisessä yliopistollisessa

toimintaympäristössä pidetty usein ongelmana. Kielimuurin vuoksi suomeksi kirjoitettu tutkimus voi saada vaikuttavuutta maantieteellisesti hyvin kapealla alueella. Suomen kielen käyttämistä voidaan kuitenkin pitää perusteltuna erityisesti silloin, kun tarkoituksena on tuottaa tietoa nimenomaan suomenkieliselle auditoriolle. Tällöin on yleensä kyse aiheesta, joka liittyy kotimaisen oikeuden tulkintaan ja suomalaiseen yhteiskuntaan.

Nyt tarkastettavana olevan väitöskirjan aihe on varsin kansainvälinen. Väitöskirjan alaotsikonkin mukaan siinä tarkastellaan laittoman kulttuuriesineen palauttamista kansainvälisenä ongelmana. Kansainvälistä kulttuuriperintöoikeudellista keskustelua käydään englanniksi, mikä ilmenee myös siitä, että leijonanosa väitöskirjan lähdeaineistosta on englanninkielistä. Lisäksi väittelijä on saanut alun perin kimmokkeen aiheeseen Englannissa opiskellessaan. Nämä seikat johtavat ajattelemaan, että tässä olisi ollut oiva lähtökohta osallistua myös kansainväliseen keskusteluun kirjoittamalla väitöskirja englanniksi.

Väitöstilaisuudessa väittelijä perusteli valintaansa sillä, että väitöskirjan auditorio on suomalainen oikeustieteellinen yhteisö, jolle hän haluaa korostaa tutkimuksen aihepiirin merkitystä, lisätä tunnettuisuutta ja saada aikaan keskustelua teemasta. Tällainen valinta on luonnollisesti sallittu eikä sellaisenaan vähempiarvoinen kuin kansainväliselle auditoriolle suunnattu puheenvuoro. Auditorion valinta on kuitenkin osaltaan merkinnyt sitä, että esitys on monien kysymysten suhteen pikemminkin aihetta esittelevä kuin sitä syvällisemmin analysoiva – asetelma, joka usein on päinvastaisesti havaittavissa kirjoitettaessa kansalliseen oikeusjärjestelmään kytkeytyvästä kysymyksestä ulkomaiselle auditoriolle.

3. Tutkimukselliset sitoumukset ja metodologiset valinnat

Kuten edellä todettiin, väitöskirjan viitekehyksen asettelussa korostuu lähestymistapa tai näkökulma, jota voi kutsua kulttuuriperintöoikeudelliseksi: työ rakentuu kulttuuriperintöä suojaavan sääntelyn pohjalle ja siinä viitataan näkemyksiin, joiden mukaan kulttuuriperinnön tehokas suojelu edellyttäisi kaikkea kulttuuriperintöä sääntelevää koherenttia järjestelmää, jolla väittelijä katsoo tarkoitettavan viime vaiheessa uuden oikeudenalan syntyä. Väittelijän mukaan tällaisen kulttuuriperintöoikeudellisen lähestymistavan tai näkökulman ero siihen nähden, että tutkimusongelmaa pyrittäisiin jäsentämään niin sanottujen vanhojen oikeudenalojen työkaluilla, on kohteen suojeluintressin vahva itsenäinen merkitys suhteessa eri alojen erityispiirteisiin, kuten vaikkapa esineoikeudelliseen vaihdannan intressiin, jonka puitteissa esimerkiksi vilpittömässä mielessä olevan luovutuksensaajan suoja saattaa olla kulttuuriesineen suojaa merkityksellisempi.

Väittelijä viittaa (s. 10) usein siteerattuun *Kimmo Nuotion* käyttämään metaforaan siitä, miten oikeusjärjestys ja oikeusjärjestelmä osoittautuvat pikemminkin kudosrakenteeksi kuin sektoreittain erillisiksi oikeudenlohkoiksi, kun oikeudellisia kysymyksiä tarkastellaan ongelmalähtöisesti. Näkemys kudosrakenteesta liitetään usein juuri uusiin oikeudenaloihin tai oikeudenaloiksi mahdollisesti kehittymässä oleviin oikeuden osa-alueisiin, jotka nähdään päällekkäisinä tai limittäisinä perinteisiin oikeudenaloihin verrattuna. Vastaavasti samassa yhteydessä puhutaan usein yhteyshakuisuudesta; tätä käsitettä on käyttänyt ainakin *Tapio Määttä* ympäristöoikeuden alalla. Toisinaan uusia ja vanhoja oikeudenaloja on tämän ominaisuuden osalta pidetty lähtökohtaisesti erilaisina siten, että uudet alat olisivat ulospäin avautuvia ja kiinteässä vuorovaikutussuhteessa muihin oikeudenaloihin, kun taas perinteiset oikeudenalat olisivat itsenäisempiä, omavaraisempia ja sulkeutuneempia.

Väitöstilaisuudessa käydyssä keskustelussa väittelijä suhtautui myönteisesti ajatuksiin yhteyshakuisuudesta. Väitöskirjatyössä rajapinnat vanhoihin oikeudenaloihin ovat silti esillä pikemmin lähtien siitä, että kulttuuriesineitä ei pystytä riittävästi turvaamaan näiden alojen puitteissa, minkä vuoksi tarvitaan erityistä kulttuuriesineitä koskevaa sääntelyä ja doktriinia suojeluintressiä toteuttamaan.

Yhteyshakuisuus voisi tarkoittaa toisaalta myös sitä, että tarkastelua avattaisiin perinteisiin aloihin päin niin, että pyrittäisiin rakentamaan hallittua koherenssia näiden oikeudenalojen oppeihin nähden. Osin tällaista näkökulmaa tuodaan esiin prosessioikeuden osalta (esimerkiksi s. 19 *Risto Kouluun* viitaten kuvaus riidanratkaisun paradigman muutoksesta tuomitsemisparadigmasta sovitteluparadigmaan). Esineoikeuden osalta väitöskirjassa vaikutetaan sen sijaan tukeuduttavan sellaisiin kansainvälisessä keskustelussa esitettyihin näkemyksiin, jotka pikemmin haluavat tehdä eroa esineoikeudelliseen ajatteluun. Kansainvälisessä keskustelussa on sinänsä esitetty toisenlaisiakin tapoja rakentaa nimenomaan kulttuuriesineitä koskevia oppeja, joihin väitöskirjan tehtävänasettelu kulttuuriperintöoikeuden kentässä varsinaisesti rajataan.

> Toinen mahdollisuus lähestyä kysymystä olisi esimerkiksi tunnustaa, että globaalien instituutioiden aikana yhä laajeneva taiteen ja kulttuurin hyödykkeistäminen on ilmiönä yhtä vanha kuin taide itsessään, mihin liittyy myös kulttuuriesineiden luovutettavuus. Tähän lähtökohtaan kytkeytyy ajatus kulttuuriesineiden eräänlaisesta kaksoisluonteesta; niihin kohdistuva omistajan tai oikeudenhaltijan valta ei ole samaan tapaan absoluuttista ja yksinomaista kuin mistä esineoikeuden peruskäsitteistö saattaa lähteä liikkeelle; kulttuuriesineisiin voidaan liittää kollektiivinen ulottuvuus, joka vaikuttaa ja rajoittaa omistajan (luovuttajan tai luovutuksensaajan) valtaa.[2] Nor-

2. Ks. esim. Francesca Fiorentini, New Challenges of the Global Art Market: the Enforcement of Cultural Property Law in International Trade, s. 189–215 teoksessa Ann Apers – Sofie Bouly – Elien Dewitte – Dorothy Gruyaert (eds), Property Law Perspectives III. Intersentia 2015. Näkökulma eroaa väittelijän omaksumasta myös siinä, että Fiorentini nostaa esiin ihmisoikeusargumentaation merkityksen kulttuuriesineiden suojan toteuttamisessa. Väittelijä jättää

matiivinen tuki ajatukselle kulttuuriesineiden kaksoisluonteesta saadaan jo Haagin vuoden 1954 yleissopimuksesta (Unescon yleissopimus kulttuuriomaisuuden suojelemiseksi aseellisen selkkauksen sattuessa), joka lähtee siitä, että yksittäisten kansakuntien kulttuuriomaisuuden tuhoutuminen ei ole pelkästään kansallinen menetys, vaan koskee koko ihmiskunnan kulttuuria. Sopimuksen preambulassa todetaan, että sopimusosapuolet ”ovat vakuuttuneita siitä, että minkä tahansa kansan kulttuuriomaisuudelle aiheutettu vahinko on menetys koko ihmiskunnan kulttuuriperinnölle, koska jokainen kansa on tuonut osansa maailman kulttuuriin”.

Väitöskirjan teemaan liittyy nykyisten oikeustieteelliselle tutkimukselle asetettujen vaatimusten kannalta ihanteellisia ulottuvuuksia paitsi kansainvälisyyden myös monitieteisyyden suuntaan. Liittyyhän kulttuuriperinnön suojelemiseen esimerkiksi niin arkeologian, antropologian, historiantutkimuksen eri alojen, taidehistorian, museologian kuin sosiologian tai jopa taloustieteen tiedonintressejä. Nämä eri tieteenalat ovat osaltaan myös vaikuttaneet suojeluintressin oikeudelliseen tunnistamiseen ja vaikuttavat edelleen oikeudellisen sääntelyn sisällön muotoutumiseen.

Tässä suhteessa väittelijä on kuitenkin ollut jalat maassa ja pitänyt päänsä kylmänä: väitöskirja kiinnittyy tarkastelussaan nimenomaan oikeustieteen tiedonintresseihin. Väitöskirjalla on tässä suhteessa kahdella tasolla, teoreettisella ja käytännöllisellä, ilmeneviä tavoitteita, jotka eivät ole ollenkaan vaatimattomia. Teoreettisen (lainopin) tason tavoite on systematisoida kulttuuriesineiden liikkumisen ja palauttamisen muodostaman oikeudellisen osa-alueen normistoa ja hahmotella sen yleisiä oppeja, käsitteitä ja periaatteita. Työn lähtökohtana on, että kulttuuriperinnön suojaksi syntyneitä itsenäisiä oikeudellisia osa-alueita ei pystytä jäsentämään vanhalla systematiikalla – samalla tavalla kuin kulttuuriesineiden suojaa ei ole pystytty toteuttamaan ilman uutta sääntelyä. Tältä osin esitys kiinnittyy kotimaisessa oikeudessa yleisten oppien merkityksestä käytyyn keskusteluun. Yleisten oppien hahmottamisessa pyritään nojautumaan *Kaarlo Tuorin* kriittisen oikeuspositivismin näkemykseen oikeuden tasoista.

Tutkimuksen käytännölliset tavoitteet taas on koottu kysymysten muotoon väitöskirjan sivulla 26 seuraavasti: 1. Miten kulttuuriesineiden liikkumista säännellään? 2. Miten laittomien kulttuuriesineiden palautusta on säännelty? 3. Miten laittoman kulttuuriesineen palautus toteutuu? 4. Millä muilla sääntelyn ja toteuttamisen keinoilla voidaan edistää laittomien kulttuuriesineiden palautusta? Tutkimuksen eri tavoitteiden merkityksestä ja suhteesta toisiinsa väitöstilaisuudessa kysyttäessä väittelijä piti tärkeimpänä teemanaan oikeuksiin pääsyn konkreettista selvittämistä. Tämä esitettyjen tavoitteiden viimeisimpiä

tämän ulottuvuuden sivuun sen vuoksi, että keskustelu ei tältä osin tarjoa vielä vastauksia (s. 62) eikä lähde teemaa kehittelemään. Fiorentini taas lähtee siitä, että ihmisoikeusnarratiivin epämääräisyys ei välttämättä ole haitta, vaan että se itse asiassa juuri tämän vuoksi voi tarjota välineen, jolla punnita ristiriitaisia arvoja ja sitä kautta vahvistaa pehmeää sääntelyä.

kysymyksiä korostava painotus ilmenee myös väitöskirjan tutkimustuloksia eri yhteyksissä esiteltäessä; väittelijä nostaa tällöin esiin juuri tarkastelemalleen alalle ominaisena erityispiirteenä sääntelyteoreettisen kaksijakoisuuden, kun sekä suoja että sen toteuttaminen on jakautunut yhtäältä pehmeään ja toisaalta kovaan – tulos, joka sellaisenaan on nostettu esiin myös aiemmissa aihepiiriä koskevissa tutkimuksissa.

Muun muassa tähän tavoitteiden keskinäiseen tärkeyteen ja tulosten esittelyyn nähden jossain määrin epäsuhtaisena näyttäytyy väitöskirjan toteamus, jonka mukaan ”Lainopillisena tutkimuksena työ edustaa oikeustieteen tutkimuksen perinteistä ydinaluetta” (s. 31). Väitöstilaisuudessa väittelijä täsmensi, että tällä toteamuksella on tarkoitettu viitata erityisesti työn yleisiä oppeja kehittelevään osuuteen. Kysymys lainopin ja esimerkiksi sääntelyteoreettisen otteen suhteesta laittomien kulttuuriesineiden palauttamisen keinojen tarkastelussa jää työssä kuitenkin täsmentymättä.

Sen sijaan väittelijä nostaa esiin lainoppia täydentävistä näkökulmista eksplisiittisesti oikeushistorian merkittävän roolin työssä. Tällä hän kuitenkin tarkoittanee viitata lähinnä yleisesti huomion kiinnittämiseen kulttuuriesineiden suojaa koskevan sääntelyn syntymisen ja kehittymisen historialliseen kontekstiin, mutta ei sellaisenaan historiatieteiden tutkimusmetodien käyttämiseen. Tältäkin osin jää yksityiskohdissaan täsmentymättä, millä tavalla historiallisen näkökulman mukaan tuomiseen liitetty tutkimuskohteen sitominen aikansa yhteiskunnalliseen ja kulttuuriseen kontekstiin näkyy tutkimuskohteena olevan materiaalin tulkinnassa ja systematisoinnissa.

4. Rakenne ja päälukuja koskevia huomiota

Väitöskirjassa on johdannon ja johtopäätösten lisäksi seitsemän päälukua. Väittelijän mukaan pääluvut jakavat tutkimuksen teoreettiseen, kuvailevaan ja soveltavaan osaan. Teoreettinen osa muodostuu johdannon lisäksi työn toisesta ja kolmannesta luvusta. Toisessa luvussa tarkastellaan kulttuuriperinnön oikeudellistumisprosessia, ja keskeisessä asemassa on sääntelyn kehittymisen kuvaus. Tästä kuvauksesta väittelijä nosti väitöstilaisuudessa tärkeimpänä merkkipaaluna esiin edellä mainitun Haagin yleissopimuksen.

Kolmannessa luvussa pyritään paikantamaan tutkimuskohdetta oikeusjärjestelmässä. Tarkoituksena on osoittaa, että tutkimuskohteena olevan oikeudellisen osa-alueen osalta on mahdollista osoittaa yleisiä käsitteitä ja periaatteita, jotka vahvistavat tämän oikeudellisen osa-alueen identiteettiä omana erityisalanaan. Pääjaksossa rajataan tarkastelun kohteena oleva normisto, joka kuvaa tarkastelukohteen kansalliset oikeusjärjestelmät ylittävää luonnetta: Kansainvälisistä

sopimuksista ytimessä ovat Unescon yleissopimus kulttuuriomaisuuden luvattoman tuonnin, viennin ja omistusoikeuden siirron kieltämiseksi ja ehkäisemiseksi vuodelta 1970 sekä Unidroit'n yleissopimus varastetuista tai laittomasti maasta viedyistä kulttuuriesineistä vuodelta 1995. Euroopan unionin tasoista sääntelyä taas on neuvoston uudistettu direktiivi Euroopan talousalueen valtion alueelta laittomasti vietyjen kulttuuriesineiden palauttamisesta vuodelta 2014.

Normiston rajaamisen jälkeen selvitetään keskeisiä käsitteitä ja periaatteita yleisten oppien osatekijöinä. Käsitteistö on ryhmitelty operatiivisiin käsitteisiin, kuten kulttuuriperintö, kulttuuriomaisuus ja kulttuuriesine, esineen alkuperään liittyviin käsitteisiin, kuten laiton, laillinen ja luvaton kulttuuriesine, sekä maakäsitteisiin lähdemaa, kauppamaa ja alkuperämaa. Tässä väittelijä on joutunut luomaan uutta suomenkielistä käsitteistöä siltä osin kuin käsitteitä on aiemmin käytetty vain englanninkielisessä keskustelussa.

Keskeisten periaatteiden tunnistamisessa sitoudutaan Tuorin ja *Hannu Tolosen* nimissä näkemykseen institutionaalisen tuen vaatimuksesta ja sitä noudattaen etsitään periaatteita tarkasteltavana olevasta normiaineistosta. Väittelijä on tunnistanut näitä kuusi: Suojeluperiaate ja kansainvälisen yhteistyön periaate ovat kulttuuriperintöoikeuden yleisiä periaatteita. Suvereenisuuden periaate, palautusperiaate ja korvausperiaate taas ovat erityisiä kulttuuriesineen palautusta koskevia periaatteita, ja palautusperiaate on alan johtava periaate. Näiden lisäksi sovitteluperiaate on nouseva periaate.

Periaatteiden muotoilu ilmentää väittelijän "agendan" mukaista kulttuuriperintöoikeudellista omalakisuutta. Kaikkien periaatteiden osalta olisi ollut mahdollista löytää myös yhteys perinteisten oikeudenalojen periaatteisiin, mikä olisi auttanut paikantamaan kulttuuriperintöoikeudellisten arvojen ja tavoitteiden omaksumisen merkitystä oikeusjärjestelmässä, ja tätä kautta periaatteiden mahdollinen vaikutus käytännön ratkaisutilanteissa – väittelijän tärkein tavoite – olisi saattanut tulla paremmin esiin. Periaatteet jäävät myös sisällöllisesti yleisiksi. Esimerkiksi suojeluperiaatteen osalta kiperin jäsennettävä kysymys ei taida ainakaan tässä sääntelyn kehitysvaiheessa enää olla se, tuleeko kulttuuriesineitä suojella vai ei, vaan se, miten tätä suojelua toteutetaan. Jälkimmäinen kysymys olisi ollut mahdollista ottaa tarkasteluun kiinteämmin mukaan vaikkapa analysoimalla sääntelymateriaalia syvemmin hyödyntäen edellä mainittua Merrymanin artikuloimaa kulttuurinationalistisen ja -internationalistisen suhtautumisen välistä jännitettä, johon väitöskirjassa sinänsä useamman kerran viitataan.

Neljännessä pääjaksossa kuvataan kulttuuriesineiden laitonta liikkumista ja niillä käytävän laittoman kaupan rakenteita. Jakson tarkoituksena on luoda taustaa, jota vasten kulttuuriesineiden liikkumiseen ja palauttamiseen liittyviä oikeudellisia haasteita voidaan ymmärtää sekä hahmottaa vaihtoehtoisia keinoja laittoman liikkumisen estämiseksi ja esinepalautusten toteuttamiseksi. Yhtenä jakson tärkeänä viestinä on muistutus siitä, miten kulttuuriesineiden kysyntä ruokkii tarjontaa, jota tyydytetään myös laittomilla toimilla.

Väitöskirjan viidennestä pääjaksosta alkavassa soveltavassa osassa siirrytään käytännön tason tarkasteluun. Ensin selvitetään eräänlaisena palauttamisen esikysymyksenä kulttuuriesineiden liikkumista rajoittavaa sääntelyä. Jakson alussa tuodaan kokoavasti esiin väitöskirjassa jo aiemmin kuvattuja sääntelytarpeen taustatekijöitä ja erilaisia sääntelyn taustalla olevia ristiriitaisia intressejä. Tämän jälkeen tarkastellaan ensin kansallista sääntelyä ja siinä omaksuttuja erilaisia toteuttamistapoja, kuten maastaviennin rajoittaminen vientikielto- ja vientilupajärjestelmineen, maahantuonnin sääntely ja omistusoikeuden siirtyminen valtiolle. Jaksossa kuvataan yksityiskohtaisemmin Suomen lainsäädäntöä esimerkkinä kansallisesta sääntelystä. Esimerkki on ajankohtainen siinä mielessä, että (vasta) 1970-luvun lopulla syntynyt sääntely on juuri uudistettu; laki on tullut voimaan vuoden 2017 alusta. Väitöstilaisuudessa käydyssä keskustelussa tuli esiin, että sääntely sijoittuu melko keskivaiheille arvioitaessa sen sisältöä suhteessa kulttuurinationalistiseen ja -internationalistiseen ajatteluun, mikä vastaa hyvin Suomen roolia lähdemaiden ja kauppamaiden akselilla.

Kansallisen esimerkin jälkeen selvitetään kansainvälistä sääntelyä ja alueellisen sääntelyn osalta EU-sääntelyä. Suurimman huomion jaksossa saa Unescon yleissopimus, josta on varsin laaja esitys. EU-sääntely kuvataan tiiviimmin. Pääjakson lopuksi tarkastellaan lyhyesti lakia ja sopimuksia tukevia toimia eli pehmeää sääntelyä, kuten ammattikuntien (museoala ja kulttuuriesineiden kauppiaat) eettisiä sääntöjä, sekä käytännön työkaluja, kuten erilaiset varastettuja esineitä koskevat tietokannat.

Kuudennessa pääjaksossa käsitellään laittoman kulttuuriesineen palautusta perinteisin keinoin. Tässä jaksossa selvitetään, minkälaisia prosessioikeudellisia ja aineellisoikeudellisia ongelmia valtioiden rajat ylittäviin palautusvaatimuksiin liittyy. Tarkastelun tavoitteena on nostaa esiin eri valtioiden oikeusjärjestelmissä esiintyviä sääntelyeroja tarkastelematta kuitenkaan yksityiskohtaisesti minkään valtion oikeudellista sääntelyä. Prosessioikeudellisina ongelmina esiin nostetaan kysymykset tuomioistuimen toimivallasta, kanneoikeudesta, kannemääräajoista, kansainvälisestä oikeusavusta, rajat ylittävästä turvaamisesta sekä ulkomaisen tuomion tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta. Väittelijä nostaa tekemiensä havaintojen lomassa esiin kehittämisehdotuksen, jonka mukaan tuomioistuinten olisi kulttuuriesineitä koskevissa asioissa perusteltua joustaa *lex fori* -periaatteesta. Esitys antaa yleisellä tasolla esimerkinomaisesti kuvaa siitä prosessioikeudellisesta ”sääntelyviidakosta”, jonka palautusvaatimusta esittävä kohtaa ja joka voi muodostua aineellisen oikeuden toteuttamisen esteeksi. Tarkastelu jää esille otetuista oikeustapauksista huolimatta kokonaisuudessaan melko pintapuoliseksi.

Myös aineellisen oikeuden ongelmia tarkastellaan oikeusjärjestelmien erojen kannalta. Kansainvälisen yksityisoikeuden osalta tärkeimpänä esiin nostetaan lainvalintasääntöihin liittyvät kysymykset. Väittelijän mukaan tavanomaisia irtaimia esineitä koskeva *lex rei sitae* -sääntö, jolloin esineen omistusoikeuden synty-

mistä ja siirtämistä koskeviin kysymyksiin tulee sovellettavaksi esineen fyysisen sijaintipaikan laki, voi johtaa – tavoitteidensa vastaisesti – ennakoimattomiin ja epäoikeudenmukaisiin lopputuloksiin yhdessä omistusoikeuden syntymistä ja siirtämistä ja erityisesti luovutuksensaajan vilpitöntä mieltä koskevien kansallisen lainsäädännön erojen vuoksi: kun esine on siirretty pois alkuperämaasta ja esineoikeudelliseen kysymykseen tulee sovellettavaksi muu kuin alkuperämaan oikeus, esineen suoja voi heiketä.

Ongelmaa konkretisoivana esimerkkinä väitöskirjassa viitataan työssä aiemminkin esille otettuun kuuluisaan ratkaisuun *Winkworth v. Christie Mason & Woods Ltd.* (1980). Siinä lainvalintasäännöt ja esineoikeudellisen sääntelyn erot johtivat siihen, että englantilainen keräilijä, jolta oli varastettu taide-esineitä Englannissa, ei saanut suojaa esineet Italiassa ostanutta vilpittömässä mielessä ollutta henkilöä vastaan, vaikka esineet olivat palautuneet Englantiin edelleen myytäväksi ja kanne nostettiin englantilaisessa tuomioistuimessa. Englannin oikeuden mukaan alkuperäistä omistajaa suojataan vilpittömässä mielessä ollutta luovutuksensaajaa vastaan *nemo dat quod non habet* -säännön mukaan, kun taas Italian oikeuden mukaan vilpittömässä mielessä ollut luovutuksensaaja saa suojaa silloinkin, kun esine on varastettu. Tapauksessa sovellettavaksi tuli *lex situs* -säännön mukaan Italian oikeus, koska esineet olivat kaupantekohetkellä olleet Italiassa.

Väitöskirjassa puolletaan *lex origins* -lainvalintasäännön omaksumista kulttuuriesineitä koskeviin riitoihin. Tällöin sovellettavaksi tulisi esineen alkuperämaan aineellinen oikeus. Säännön omaksumiselle saadaan tukea myös kansainvälisen yksityisoikeuden omista lähtökohdista, joiden mukaan lainvalintasäännöt saattavat kunkin tapauksen sen valtion lain alaisuuteen, johon tapaus läheisimmin liittyy: kulttuuriesineillä voidaan lähtökohtaisesti katsoa olevan vahvin liittymä siihen maahan, jonka kulttuuriperinnöksi esine on määritelty (s. 201).

Esineoikeuden osalta väitöskirjassa taas nähdään, että vaihdannan intressejä edistävä luovutuksensaajan vilpittömän mielen suoja yhdessä *lex rei sitae* -sääntöä täydentävän esineoikeuksien pysyvyysperiaatteen kanssa edistää kulttuuriesineiden laitonta kauppaa. Tältä osin väittelijä esittää, että niissä vaihdannan etua korostavissa valtioissa, joissa on omaksuttu vilpittömässä mielessä olleen luovutuksensaajan suoja, voisi lainsäädännön avulla määritellä, milloin suoja ei kuitenkaan tulisi kyseeseen. Väitöskirjassa viitataan (s. 211) malliesimerkkinä Ruotsin lainsäädäntöön (lag 1986:796 om godtrosförvärv av lösöre 3 §). Tässä yhteydessä olisi ollut paikallaan kiinnittää huomiota Draft Common Frame of Referencen vilpittömän mielen suojaa koskeva sääntelyyn (VIII 3:101). Sen perussäännön mukaan vilpittömän mielen suoja ei koske varastettuja esineitä, paitsi jos ne on luovutettu tavanomaisen liiketoiminnan puitteissa. Kulttuuriesineiden osalta vilpittömän mielen suoja ei kuitenkaan ole lainkaan mahdollinen. Kulttuuriesineitä koskevaa poikkeusta on perusteltu sillä, että tällaisten esineiden

(alkuperäinen) omistusoikeus ansaitsee vahvemman suojan kuin tavallisten tavaroiden.[3]

Seitsemännessä pääjaksossa selvitetään, miten edellisessä pääjaksossa mainittuja ongelmia on pyritty ratkaisemaan kansainvälisten sopimusten ja alueellisen sääntelyn avulla. Pääjaksossa tarkastellaan siten palautusta Unescon ja Unidroit'n yleissopimusten mukaan sekä palautusta EU:n alueelta koskevaa uutta direktiiviä vuodelta 2014. Unidroit'n sopimus saa laveimman käsittelyn, mikä johtunee jo siitä, että sopimuksessa on erillinen sääntely varastetuille ja laittomasti maasta viedyille esineille. Molempien kansainvälisten sopimusten osalta tarkastellaan kysymystä korvauksesta vilpittömässä mielessä olleelle luovutuksensaajalle ja vaadittavan selonottovelvollisuuden laajuudesta (due diligence). Kun käsillä on yksi siviilioikeuden klassisista teemoista, olisi keskustelukumppaneita löytynyt muualtakin kuin sopimusten kommentaarien kirjoittajista.

Kahdeksannessa pääjaksossa keskitytään selvittämään uusia kehityssuuntauksia kulttuuriesineiden palauttamiseksi ja todetaan oikeudellisen sääntelyn kehityksestä huolimatta suunnan olevan kohti vapaaehtoisia palautuksia. Jaksossa tuodaan tämän vuoksi esiin vaihtoehtoisia riidanratkaisun ja palauttamisen keinoja. Myös tässä pääjaksossa olisi ollut mahdollista syvällisemmin hyödyntää teemaan liittyvää vireää keskustelua.

5. Loppuarvio

Arvioitaessa Tini Peterzensin väitöskirjaa Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan väitöskirjojen arvostelua koskevassa ohjeessa asetettujen kriteerien kannalta arvio riippuu jossain määrin siitä, mistä näkökulmasta tutkimusta tarkastellaan.

Raportointikielensä mukaan väitöskirjatyö on laadittu kotimaiselle oikeustieteelliselle auditoriolle. Tästä näkökulmasta väitöskirja on uusi aluevaltaus, ja se sisältää huomattavan määrän tietoa sellaisesta kulttuuriperinnön suojelemiseksi annetusta normistosta, joka koskee kulttuuriesineiden liikkumisen rajoittamista valtioiden rajojen yli ja laittomien kulttuuriesineiden palauttamista. Tieto ei rajaudu vain sääntelyn sisältöön, vaan tarkastelu ulottuu sääntelyn historialliseen kehitykseen sekä taustalla olevien intressien avaamiseen ja niiden vaikutuksiin

3. Etenkin kun kyse on kotimaiselle oikeudelliselle auditoriolle suunnatusta työstä, tarkastelussa olisi voinut hyödyntää myös kotimaisia perussäännöksiä käsitellyttä väitöskirjaa Janne Kaisto, "Tiesi tai olisi pitänyt tietää". Varallisuusoikeudellinen tutkimus perustellun vilpittömän mielen vaatimuksesta KK 11:4 ja 12:4:n sekä VKL 14 §:n mukaan. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1997, joka sisältää jonkun verran oikeusvertailevaakin analyysia.

sääntelyn sisältöön. Erityistä huomiota on pyritty vielä kiinnittämään suojan toteutumiseen aina syntyneen riidan ratkaisun tuomioistuinväylälle vaihtoehtoisten riidanratkaisukeinojen käsittelyyn saakka.

Toisaalta esitystapa on useammin kuvaileva kuin analysoiva, ja väittelijä on voinut tässä sääntelyn kuvauksessaan ja taustoituksessaan tukeutua melko laajalti jo olemassa oleviin kansainvälisiin kommentaareihin ja muuhun aihepiiriä koskevaan varsin vireään kansainväliseen keskusteluun. Väittelijällä on sinänsä hyvä lukeneisuus, ja hän hallitsee keskustelun teemoja melko monipuolisesti. Tästä näkökulmasta työllä on itsenäistä merkitystä kansainvälisen keskustelun meillä tunnetummaksi tuomisen lisäksi ehkä pikemminkin väitöskirjan teoreettisen osan vielä yleisluontoisiksi jääneissä pyrkimyksissä hahmottaa kulttuuriperintöoikeuden osa-alueen yleisiä oppeja kuin väittelijän itsensä tärkeimpänä teemana pitämässä oikeuksiin pääsyn konkreettisemmassa selvittämisessä.

Mainittu omaa itsenäistä ja kriittistä ajattelua edellyttävä pyrkimys hahmottaa oikeusjärjestyksen kulttuuriperintöoikeudellista identiteettiä uudella osa-alueella on merkinnyt samalla laveaa ongelmakeskeistä tarkasteluotetta suhteessa perinteisiin oikeudenaloihin, jotka ovat aihepiirin kannalta relevantteja. Tarkastelussa ei mennä millekään näistä aloista kovin syvälle. Tämä näkyy myös väitöskirjan lähteistössä, joka näiden taustaoikeudenalojen osalta jää monessa suhteessa perusteosten tasolle. Tämä koskee niin prosessioikeutta, kansainvälistä yksityisoikeutta kuin esineoikeutta.

On selvää, että tutkimuksessa on väistämättä tehtävä valintoja ja rajauksia eikä kaikkea voida yhtä syvällisesti käsitellä. Työn sinänsä johdonmukainen eteenpäin kuljettaminen nimenomaan kulttuuriperintöoikeudellisia erityispiirteitä korostavalla otteella on kuitenkin saattanut kaventaa perinteisillä oikeudenaloilla tapahtuneen tai mahdollisen kehityksen tarkastelua ja sen huomioon ottamista paikoin ehkä liiaksikin. Myös esimerkiksi edellä mainittujen kantavien periaatteiden kehittely olisi voinut saada kiinteyttä suhteuttamalla tarkastelua perinteisten alojen periaatteisiin. Väittelijällä on tähän tiedollisia valmiuksia, sillä väitöstilaisuudessa hän avasi periaatteiden merkitystä nostamalla esiin niiden yhteyden ylikansallisen oikeuden *ordre public* -periaatteen soveltamiseen.

Väitöskirjassa omaksuttu holistinen lähestymistapa ilmenee myös esimerkiksi tavassa, jolla sääntelyn tarpeen taustalla osaltaan olevat aineellisen lainsäädännön erot esitellään. Vaikka väittelijän tarkoituksenakaan ei ole ollut itse tehdä oikeusvertailevaa tutkimusta, niin jossain määrin täsmällisempi esitys myös tukeuduttaessa jo tehtyyn oikeusvertailuun olisi voinut lisätä tarkastelun vakuuttavuutta.

Väitöskirja osoittaa väittelijällä olevan opinnäytetyön laatimisessa tarvittujen metodien riittävä hallinta ja soveltamiskyky. Väitöskirjan rakenne on selkeä, ja väitöskirja on kirjoitettu asianmukaisella suomen kielellä. Vaikka väitöskirjan kielen ja auditorion valinnan tarkoituksenmukaisuus voidaan kyseenalaistaa, on toisaalta ilahduttavaa, että oikeudellista suomen kieltä pidetään yllä tällaisilla

uusillakin oikeudellisilla osa-alueilla, joiden käsitteistöä kehitetään ja keskustelua käydään pääsääntöisesti muilla kuin kansalliskielillämme. Mikäpä aihepiiri tähän kotimaisen tieteellisen kielen vaalimiseen paremmin sopisikaan kuin kulttuuriperintöoikeus!

Tini Peterzensin esiintyminen ja argumentointi väitöstilaisuudessa ovat vahvistaneet näkemystä paitsi hänen aihepiiriä koskevasta asiantuntemuksestaan myös aidosta kiinnostuksesta kulttuuriesineiden suojeluun. Esitän Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle, että Tini Peterzensin väitöskirja hyväksytään opinnäytteeksi oikeustieteen tohtorin tutkintoa varten.

Eva Tammi-Salminen

Hanna Savolainen

Lakimies
6/2018
s. 754–761

Noteeraamattoman yhtiön vähemmistöosakkeen lunastushinta

1. Johdanto

Osakeyhtiölain (624/2006, OYL) 18 luvussa säädetään vähemmistöosakkeiden lunastuksesta. OYL 18:1.1:n mukaan yli 90 prosenttia yhtiön osakkeita omistavalla on sekä oikeus että velvollisuus lunastaa vähemmistön omistamat osakkeet. Lunastushintana on OYL 18:7.1:n (726/2013) mukaan osakkeen käypä hinta.

Periaatteessa osapuolet voisivat vapaasti sopia keskenään osakkeiden lunastuksesta ja sen ehdoista[1]. Käytännössä ongelmaksi voi kuitenkin muodostua osapuolten erimielisyys lunastushinnan suuruudesta eli siitä, mikä on osakkeen käypä hinta. OYL:ssa ja sen esitöissä on jätetty avoimeksi se, mitä käyvällä hinnalla tarkoitetaan tai miten se tulisi määrittää. Vakiintuneen periaatteen mukaan lähtökohtana osakkeen käyvän hinnan määrittelyssä on markkinahinta, jos sitä voidaan pitää luotettavana. Myös muita menetelmiä, kuten tuotto- ja substanssiarvomenetelmiä, voidaan käyttää käyvän hinnan määrittämisessä.[2] Viime kädessä lunastushinnan suuruus ratkaistaan erityisessä lunastusmenettelyssä, nimittäin OYL:n mukaisessa välimiesmenettelyssä, johon vähemmistön etua valvomaan nimetään yleensä uskottu mies.

Lunastushinnan määrittäminen voi olla erityisen hankalaa silloin, kun kyseessä ovat pienyhtiön osakkeet. Niille ei useinkaan ole osoitettavissa luotettavaa markkinahintaa, jota voitaisiin käyttää lähtökohtana. Pienyhtiöiden osakkeethan

* *Hanna Savolainen*, KTT, VT, yliopisto-opettaja, Itä-Suomen yliopisto. Kirjoitus perustuu *lectio praecursoriaan* Itä-Suomen yliopiston yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunnassa 15.6.2018 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Noteeraamattoman yhtiön vähemmistöosakkeen lunastushinnan määrittäminen osakeyhtiölain 18 luvun mukaisissa lunastuksissa. Publications of the University of Eastern Finland. Dissertations in Social Sciences and Business Studies, 172. Itä-Suomen yliopisto 2018. Saatavana sähköisenä osoitteessa http://epublications.uef.fi/pub/urn_isbn_978-952-61-2786-6/urn_isbn_978-952-61-2786-6.pdf.

1. Myös lunastussäännöksistä säädettäessä tarkoituksena oli, että lunastamisesta voitaisiin pääsääntöisesti sopia asianomaisten kesken, Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi 27/1977 vp, s. 108.
2. Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi 109/2005 vp, s. 173 sekä Gerhard af Schultén, Osakeyhtiölain kommentaari II. Talentum 2004, s. 563; Manne Airaksinen – Pekka Pulkkinen – Vesa Rasinaho, Osakeyhtiölaki II. Toinen uudistettu painos. Talentum 2010, s. 579–580 ja Jukka Mähönen – Seppo Villa, Osakeyhtiö II. Pääomarakenne ja rahoitus. Kolmas painos. Talentum 2012, s. 726.

eivät ole julkisesti kaupan arvopaperimarkkinoilla, ja kaupankäynti niillä on muutoinkin vähäistä, joten käypää hintaa ei voida määrittää hintanoteerauksien perusteella kuten pörssiyhtiöissä. Lisäksi osapuolten näkemykset käyvästä hinnasta saattavat olla hyvinkin kaukana toisistaan.

> Näin oli esimerkiksi eräässä välimiesoikeuden käsittelemässä vähemmistöosakkeiden lunastusta koskevassa tapauksessa.[3] Kohdeyhtiönä oli ratsastuskeskuksena toimiva yritys, jonka omaisuus muodostui 55 hevosesta ja vuokramaalla olevasta maneesista ja tallirakennuksesta. Koko yhtiön osakekanta oli noin vuotta ennen lunastusmenettelyä myyty muutamalle ostajalle. Tällöin ostajien asiantuntijana käyttämän KHT-tilintarkastajan antaman lausunnon mukaan yhtiön varallisuuteen perustuva arvo eli substanssiarvo oli noin 227 000 euroa. Tulevaisuuden tuottoihin perustuva arvo eli tuottoarvo puolestaan oli noin 348 000 euroa, jota lausunnon mukaan oli pidettävä yhtiön käypänä arvona. Ostajat olivat kuitenkin valmiita maksamaan yhtiöstä miljoona euroa. Myyjä puolestaan ilmoitti myyntihinnaksi kaksi miljoonaa euroa. Kaupat tehtiin tällä hinnalla.
>
> Välimiesoikeudessa lunastaja vaati, että käypä hinta määritetään edellä selostetun KHT-tilintarkastajan antaman lausunnon perusteella, jolloin yhden osakkeen lunastushinta olisi noin 940 euroa. Vähemmistöosakkeenomistaja puolestaan vaati, että osakkeen käypä hinta määritetään aiemmin toteutuneen kaupan perusteella. Tällöin yhden osakkeen lunastushinnaksi tulisi noin 13 300 euroa.

Esimerkki osoittaa, että käypä hinta on sidoksissa paitsi arvonmäärityksen tarkoitukseen myös henkilöön, joka arvion esittää. Käypää hintaa siten ei ole olemassa missään valmiina eikä myöskään mitään tiettyä arvoa voida pitää absoluuttisen oikeana käypänä hintana. Kyse on pikemminkin siitä, mitä arvoa kussakin tilanteessa *on pidettävä oikeana* käypänä hintana.[4]

Väitöstutkimuksessani olen etsinyt vastausta siihen, miten vähemmistöosakkeen lunastushinta tulisi määrittää. Sen selvittämiseksi olen tarkastellut sekä osakeyhtiölakia että liiketaloustieteen arvonmääritysteorioita. Lisäksi olen analysoinut lunastushinnan määrittämistä koskevia välitystuomioita.

2. Lunastushinnan määrittäminen oikeudellisena arvonmäärityksenä

Yleisemmin lunastushinnan määrittämisessä on kyse yrityksen oikeudellisesta arvonmäärityksestä. Se eroaa muista arvonmääritystilanteista siten, että arvon

3. Välitystuomio Oy Husön Ratsastuskeskus Ab, 7.2.2011.
4. Pauli K. Mattila, Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa erityisesti silmällä pitäen kiinteää omaisuutta ja yritysvarallisuutta. Lakimiesliiton Kustannus 1984, s. 75–77.

määrittämistä ohjaavat ensisijaisesti laki ja muut oikeuslähteet. Haasteellista oikeudellisessa arvonmäärityksessä on se, että yleensä laissa on ainoastaan todettu, mihin arvoon omaisuus on arvostettava, mutta jätetty avoimeksi, miten se tapahtuu[5]. Käytännössä arvon määrittämisessä käytetään yleensä liiketaloustieteen arvonmääritysmenetelmiä. Näin ollen oikeudellisessa arvonmäärityksessä tarvitaan sekä oikeudellista että liiketaloustieteellistä osaamista.

Oikeudellisessa arvonmäärityksessä yhdistyvät siten kaksi eri tieteenalaa: oikeustiede ja liiketaloustiede. Näin on myös aihetta käsittelevässä tutkimuksessa, joskin tutkimus sijoittuu yleensä jommallekummalle tieteenalalle. Tutkimuksen lähestymistapa, tutkimusmetodit ja painotukset ovat tällöin luonnollisesti tieteenalan mukaisia. Keskeisiä eroavaisuuksia voidaan karkeasti luonnehtia siten, että liiketaloustieteellistä aihetta käsittelevää tutkimusta tehdään tyypillisesti kvantitatiivisin menetelmin ja siinä keskitytään ehkä enemmän arvonmääritysmenetelmien tarkasteluun[6]. Oikeustieteellinen arvonmääritystä koskeva tutkimus taas on yleensä lainopillista tutkimusta, jossa tarkastelun kohteena on ensisijaisesti arvonmääritystä sääntelevä oikeudenalakohtainen lainsäädäntö ja sen tulkinta[7]. Kaiken kaikkiaan näiden kahden tieteenalan tutkimusten voidaan parhaimmillaan katsoa täydentävän toisiaan.

Oikeudellisen ja liiketaloustieteellisen ajattelun yhdistäminen on keskeistä myös oikeudellisen arvonmäärityksen käytännön ratkaisuissa. Kyse on oikeudellisesta ratkaisusta, jonka muodostamiseksi tarvitaan myös liiketaloustieteellistä osaamista. Arvonmääritysratkaisun on ensisijaisesti perustuttava lakiin ja muihin oikeuslähteisiin. Ne määrittävät sen, millaiseen arvoon omaisuus on arvostettava. Vasta tämän jälkeen voidaan valita menetelmä, jolla arvo määritetään. Menetelmän tulee olla sellainen, jota yleisesti käytetään arvonmäärityksessä, joten käytännössä kyseeseen tulee jokin liiketaloustieteessä kehitetty arvonmääritysmenetelmä. Muista arvonmääritystilanteista poiketen menetelmää sovellettaessa on kuitenkin huomioitava oikeuslähteistä johdetut arvon

5. Richard Hager, Värderingsrätt. Särskilt om ersättning och värdering vid expropriation. KTH 1998, s. 19–20.
6. Esim. Mark Le Clair, Valuing the Closely-Held Corporation. The Validity and Performance of Accepted Valuation Procedures. Accounting Horizons 4(3) 1990, s. 31–42; Randolph Beatty – Susan Riffe – Rex Thompson, The Method of Comparables and Tax Court Valuations of Private Firms: An Empirical Investigation. Accounting Horizons 13(3) 1999, s. 177–199 ja Feng Chen – Kenton K. Yee – Yong Keun Yoo, Robustness of Judicial Decisions to Valuation-Method Innovation. An Exploratory Empirical Study. Journal of Business Finance & Accounting 37(9-10), 2010, s. 1094–1114.
7. Esim. Gerhard af Schultén, Skiljemannapraxis vid inlösen av dotterbolagsaktier, s. 377–398 teoksessa Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. Suomen asianajajaliitto 1994; Matti J. Sillanpää, Skiljemannapraxis vid inlösen av minoritetsaktier i Finland. Nordisk tidsskrift for selskabret 1/2002, s. 33–45 ja Vesa Silaskivi, Osakkeen käypä hinta osakeyhtiölain mukaisessa vähemmistön lunastusmenettelyssä, viimeaikaista välimieskäytäntöä. Defensor Legis 6/2004, s. 1048–1062.

ominaisuudet. Käytännössä tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että ne vaikuttavat menetelmässä käytettävien taustaoletusten ja muuttujien valintaan.

Oikeudellisen arvonmäärityksen erityispiirteitä on myös se, että arvoa määritettäessä on yleensä noudatettava tiettyjä prosessuaalisia sääntöjä. Osapuolet esittävät omat näkemyksensä arvosta, mutta lopullisen ratkaisun tekee ulkopuolinen taho. Usein ratkaisija on sidottu osapuolten esittämiin näkemyksiin siten, ettei arvoa voida vahvistaa suuremmaksi kuin mitä on vaadittu tai pienemmäksi kuin mitä on tarjottu[8].

Oikeudellisessa arvonmäärityksessä määritettävän arvon on aina oltava täsmällinen rahamääräinen summa. Asiassa on ratkaisupakko eli arvo on aina vahvistettava, silloinkin kun käytettävissä on vain niukasti tietoa ratkaisun tueksi. Tämä voi joskus johtaa siihen, että liiketaloustieteen arvonmääritysmenetelmiä ei täysin pystytä hyödyntämään. Tällöin arvonmääritysratkaisu on tehtävä käyttäen oikeudellista harkintaa. Oikeudellinen harkinta rinnastuu tässä yhteydessä oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 17:1.2:ssa (732/2015) tarkoitettuun vapaaseen todistusharkintaan. Harkinnan on oltava objektiivista ja rationaalista, ja se tulee tehdä kriittisen arvioinnin kestävällä tavalla[9].

3. Lunastushinnasta tutkimuskohteena

Väitöstutkimukseni sijoittuu kauppaoikeuden ja siinä tarkemmin yhtiöoikeuden alalle. Perinteisten oikeuslähteiden ohella tutkimuksessa on hyödynnetty myös liiketaloustieteellistä tutkimusta ja -kirjallisuutta. Suomessa oikeustieteellinen, arvonmääritystä koskeva tutkimus on oikeudenalakohtaista tutkimusta ja sijoittuu esimerkiksi juuri yhtiöoikeuden taikka vero- tai perhe-ja perintöoikeuden alalle.[10] Vähemmistöosakkeiden lunastuksia on tutkittu melko runsaasti sekä

8. Vähemmistöosakkeiden lunastusmenettelyn osalta tosin asiasta on oikeuskirjallisuudessa esitetty erilaisia näkemyksiä. Yhtäältä osapuolten vaatimusten on nähty tosiasiallisesti määrittelevän sen, mihin asioihin välimiesoikeus voi ottaa kantaa. Pekka Timonen, Lunastushinta osakeyhtiölain mukaisessa vähemmistöosakkeiden lunastusmenettelyssä, s. 351–370 teoksessa Velka, vakuus ja prosessi. Juhlajulkaisu Erkki Havansi 1941–11/7–2001. Lakimiesliiton Kustannus 2001, s. 354 ja Silaskivi 2004, s. 1049. Toisaalta on painotettu, ettei välimiesoikeus ole sidottu osapuolten käsityksiin, vaan se voi lähtökohtaisesti arvioida hinnan vapaasti esitetyn näytön pohjalta. Ville Pönkä, Osakkeen lunastaminen. Talentum 2015, s. 656–657.
9. Jyrki Virolainen – Petri Martikainen, Tuomion perusteleminen. Talentum Media 2010, s. 275 ja Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 46/2014 vp, s. 45.
10. Vaihtoehtoisesti arvonmääritysoikeuden voitaisiin katsoa muodostavan oman oikeudenalansa, kuten ruotsalainen Hager (1998, s. 19) on esittänyt. Myös Yhdysvalloissa peräänkuulutettiin jo 1930-luvulla oikeudellisen arvonmäärityksen systemaattista, oikeudellisen ja liiketaloustie-

kotimaassa että ulkomailla. Aihetta on käsitelty sekä väitöskirjoissa että tutkimusartikkeleissa.[11] Voidaankin perustellusti kysyä, miksi väitöstutkimukseni kohteeksi valikoituivat juuri osakeyhtiölain mukaiset lunastustilanteet ja mitä uutta väitöstutkimus tuo aiempaan tutkimukseen verrattuna.

Aiemmasta vähemmistöosakkeiden lunastuksia koskevasta tutkimuksesta poiketen väitöstutkimuksessani tarkastelun kohteena ovat pelkästään noteeraamattomat yhtiöt, joista valtaosa on pieniä tai keskisuuria yrityksiä. Väitöstutkimuksessani tarkastellaan erityisesti sitä, miten lunastushinta OYL 18 mukaisissa lunastuksissa tulisi määrittää. Yleisesti noteeraamattomien yhtiöiden osakkeiden arvonmääritystä pidetään pörssiyhtiöitä haastavampana, koska osakkeilla ei juurikaan käydä kauppaa eikä arvonmäärityksessä siten voida hyödyntää osakkeiden hintanoteerauksia. Myös liiketaloustieteen arvonmääritysmenetelmien soveltamisessa noteeraamattomiin yhtiöihin on omat haasteensa, sillä menetelmät on kehitetty alun perin pörssiyhtiöitä varten[12].

Tavoitteena oli, että tutkimustuloksia voitaisiin hyödyntää myös käytännön arvonmääritystilanteissa, jonka vuoksi teoreettisen pohdinnan lisäksi oli tarpeen tarkastella myös käytännön arvonmääritysratkaisuja. Niiden tarkastelemiseksi vähemmistöosakkeiden lunastusta koskevat välitystuomiot tarjosivat ainutlaatuisen aineiston[13].[14] Muista välitystuomioista poiketen ne ovat julkisia ja siten kaik-

teellisen näkökulman yhdistävää tutkimusta, James C. Bonbright, The Valuation of Property. A Treatise on the Appraisal of Property for Different Legal Purposes. McGraw-Hill Book Company 1937, s. 7.

11. Aiempaa tutkimusta on selostettu esim. artikkelissa Hanna Savolainen – Jani Saastamoinen, OYL 18:7:n mukainen käypä hinta – tilastollinen analyysi noteeraamattomien yhtiöiden vähemmistöosakkeiden lunastushinnan määräytymisestä. Lakimies 2/2016, s. 245–268, s. 247–249.
12. Arvonmäärityskirjallisuudessa pörssiyhtiöiden arvonmääritykseen kehitettyjen teorioiden ja menetelmien soveltuvuutta noteeraamattomien yhtiöiden arvonmääritykseen on kyseenalaistettu muun muassa sillä perusteella, että kyse on täysin erilaisilla markkinoilla toimivista yhtiöistä, ks. esimerkiksi Robert T. Slee, Public and Private Capital Markets are not Substitutes. Business Appraisal Practice, Spring 2005; Robert T. Slee – John Paglia, Private Cost of Capital Model. The Value Examiner, March/April 2010 ja Jerome W. Karsh, Bringing Business Valuations Out of the Dark Ages. American Journal of Family Law 3/2012, s. 150–158.
13. Myös liiketaloustieteellisessä arvonmääritystä koskevassa tutkimuksessa tuomioistuinratkaisuja on pidetty ainutlaatuisena aineistona. Ne ovat julkisia, ja niistä on luettavissa eri osapuolten käsitykset yrityksen arvosta ja arvonmääritysmenetelmistä. Lisäksi ne tarjoavat yksityiskohtaista tietoa siitä, miten lopullinen arvo on määritetty, ja ennen kaikkea siitä, miten tähän ratkaisuun on päädytty. Vastaavaa tietoa muista arvonmääritystilanteista ei samalla tavoin ole saatavilla. Chen et al. 2010, s. 1096–1097.
14. Lunastusmenettelyissä annetut välitystuomiot ovat oikeuslähdeopillisesti rinnastettavissa oikeuskäytäntöön. Ne poikkeavat perinteisistä välitystuomioista siinä, että lunastusmenettely ei perustu välityssopimukseen vaan on lakisääteinen menettely. Välimiehet nimittää aina puolueeton lautakunta. Lisäksi välimiesten on perustettava lunastusriidan ratkaisu OYL:iin, ja välitystuomiot ovat muista välitystuomioista poiketen julkisia ja valituskelpoisia. Ks. eroista Gustaf Möller, Välimiesmenettelyn perusteet. Lakimiesliiton Kustannus 1997, s. 3; Risto Nuolimaa, Välimiesmenettelystä vähemmistöosakkeita pakkolunastettaessa, s. 248–263 teoksessa Risto

kien saatavilla. Lunastusriidan ratkaisijoiksi nimetyiltä välimiehiltä edellytetään sekä yhtiöoikeudellista että arvonmääritykseellistä osaamista. Tästä johtuen välitystuomiot ovat pääsääntöisesti laadukkaita ja hyvin perusteltuja. Osapuolten näkemysten lisäksi tuomioihin sisältyy usein myös vähemmistön etua valvovan uskotun miehen, yleensä arvonmääritykseen perehtyneen asianajajan tai KHT-tilintarkastajan perusteltu näkemys siitä, mikä on osakkeen käypä hinta ja miten se tulisi määrittää.

Tarkastelun kohteena oli yhteensä 94 vähemmistöosakkeiden lunastusta koskevaa välitystuomioita vuosilta 1998–2014. Tutkimusaineisto sisälsi kaikki kaupparekisteriin tuona aikana toimitetut, noteeraamattomia yhtiöitä koskevat välitystuomiot. Aineiston koko mahdollisti sen, että tuomioita voitiin analysoida paitsi laadullisesti, myös tilastollisia analyysejä käyttäen[15]. Vastaavaa tilastollista analyysiä ei suomalaisesta välimieskäytännöstä ole aiemmin tehty. Lisäksi tutkimuksessa on ehkä aiempaa yksityiskohtaisemmin tarkasteltu lunastushinnan määrittämistä myös liiketaloustieteen arvonmääritysteorioiden valossa.

4. Käypä hinta lunastushintana

Keskeinen kysymys lunastushintaa määritettäessä on se, mitä käyvällä hinnalla tarkoitetaan. Käyvän hinnan täsmällinen merkitys on selvitettävä ennen kuin voidaan valita menetelmä, jolla se määritetään. Kun käypää hintaa ei ole määritelty laissa, sen sisältö on selvitettävä tulkinnan kautta. Tulkintaan puolestaan vaikuttaa muun muassa se, mitä lain säännöksillä on tavoiteltu.

Lunastussäännösten taustalla on pyrkimys edistää elinkeinoelämän taloudellista tehokkuutta ja helpottaa emo- ja tytäryhtiöfuusioita. Lisäksi on haluttu turvata yhtiön toiminnan häiriötön jatkuminen mahdollisissa enemmistöomistuksen aiheuttamissa ristiriitatilanteissa. Lunastussäännökset mahdollistavat omistuksen keskittämisen yhdelle taholle. Tällöin vältytään mahdollisilta vä-

Nuolimaa – Pekka Vihervuori – Hannele Klementtinen (toim.), Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944–12/6–2004. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 248–250 ja Pönkä 2015, s. 596–597.

15. Tilastollista analyysiä on käytetty täsmällisen käsityksen muodostamiseksi lunastushinnan määrittämistä koskevasta välimieskäytännöstä. Tämän katsottiin toteutuvan parhaiten käyttämällä empiiriseen tiedonhankintaan soveltuvia menetelmiä. Jukka Kultalahti: Empiirinen metodi oikeudellisen tulkinnan apuvälineenä, s. 15–43 teoksessa Anssi Keinänen – Mia Kilpeläinen – Ulla Väätänen (toim.), Empiirisen oikeustutkimuksen kokemukset, haasteet ja tulevaisuus. Itä-Suomen yliopisto 2010, s. 20–21. Samalla ajateltiin vältettävän epäsystemaattisiin käsityksiin pohjautuvan kuvan muodostaminen ratkaisukäytännöstä, joka helposti ajan mittaan saattaa kehittyä ”tiedetyksi totuudeksi”. Kaijus Ervasti, Oikeuden empiirisestä tutkimuksesta, Oikeus 1/2003, s. 48–50, 49.

hemmistöoikeuksien väärinkäytöksiltä, jotka puolestaan voivat tehokkaasti lukkiuttaa yhtiön päätöksenteon.[16]

Toisaalta enemmistön lunastusoikeus voi vähemmistön näkökulmasta näyttäytyä omaisuuden pakko-ottamisena, jonka vuoksi lunastussäännöksissä on huomioitava myös vähemmistöosakkeenomistajien oikeudet. Niiden katsotaan toteutuvan, kun lunastushintana on osakkeen käypä hinta, jonka määrittävät viime kädessä asiantuntevat välimiehet erityisessä lunastusmenettelyssä. Lisäksi vähemmistösuoja on turvattu siten, että vähemmistöomistajilla itsellään on oikeus halutessaan vaatia osakkeidensa lunastusta.[17]

Lunastussäännökset ovat eräänlaista tasapainoilua enemmistö- ja vähemmistöosakkeenomistajien ristiriitaisten intressien välillä. Intressiristiriita konkretisoituu lunastushinnan määrittämisessä. Lunastushinnan tulee olla sellainen, että se parhaalla mahdollisella tavalla sovittaa yhteen osapuolten ristiriitaiset intressit. Edellä mainitun markkinahinnan, joka siis on käyvän hinnan määrittelyn lähtökohtana, on katsottu parhaiten toteuttavan tämän tavoitteen.[18]

Markkinahinta mielletään yleensä objektiiviseksi hinnaksi. Sen katsotaan muodostuvan markkinoilla kysynnän ja tarjonnan perusteella, jolloin se perustuu kaikkien markkinaosapuolten käsitykseen oikeasta hintatasosta.[19] Ongelmana tosin on se, että varsinkin pienyhtiön osakkeille voi olla vaikeaa määrittää markkinahintaa, koska osakkeilla ei juurikaan käydä kauppaa. Tällöin voidaan ajatella, että käyvän hinnan tulisi siinä tapauksessa olla mahdollisimman pitkälle markkinahinnan kaltainen eli objektiivinen, osapuolista riippumaton hinta.

5. Lopuksi

Väitöstutkimuksessani tarkastelun kohteena oli spesifi oikeudellisen arvonmäärityksen osa-alue, OYL 18 luvun mukainen noteeraamattoman yhtiön vähemmistöosakkeen lunastushinnan määrittäminen. Aihetta tarkasteltiin niin arvonmääritykselliseltä kuin oikeudellisesta näkökulmasta ja välimieskäytäntöä analysoimalla. Tutkimus tuotti tieteelliseen analyysiin perustuvan kokonaiskuvan välimieskäytännöstä ja erityisesti lunastushinnan määrittämisessä käytetyistä menetelmistä. Tämän perusteella annettiin suosituksia siitä, millaisia seikkoja on huomioitava määritettäessä noteeraamattoman yhtiön arvoa eri

16. HE 27/1977 vp, s. 107–108; af Schultén 2004, s. 556 ja Pönkä 2015, s. 153–154.
17. HE 27/1977 vp, s. 108.
18. Silaskivi 2004, s. 1051; Veikko Vahtera, Osakeomistuksen riski ja sääntely. Lakimiesliiton Kustannus 2011, s. 351–352 ja Pönkä 2015, s. 657–659.
19. Silaskivi 2004, s. 1051 ja Mähönen – Villa 2012, s. 725.

arvonmääritysmenetelmiä käyttäen. Lisäksi arvioitiin lunastussäännöksille asetettujen tavoitteiden toteutumista lunastushinnan määrittämisen näkökulmasta.

Tutkimuksessa myös tarkasteltiin liiketaloustieteen arvonmääritysteorioiden hyödyntämistä oikeudellisessa arvonmäärityksessä sen erityispiirteet huomioon ottaen. Usein oikeudellisissa arvonmäärityksissä omaisuus on arvostettava käyvän arvon/hinnan mukaan[20]. Käyvän arvon täsmällinen merkitys on aina selvitettävä tilanteeseen sovellettavasta lainsäädännöstä ja muista oikeuslähteistä. Usein kuitenkin sillä tarkoitetaan objektiivista, markkinahinnan kaltaista hintaa. Tutkimustulokset ovat siten soveltuvin osin hyödynnettävissä yrityksen oikeudellisessa arvostamisessa yleisemminkin, esimerkiksi osituksiin, perinnönjakoihin tai joskus jopa verotukseen liittyvissä arvostustilanteissa.

20. Käypä arvo/hinta on mainittu esimerkiksi esim. varojen arvostamislain (1142/2005) 18 §:ssä, perintö- ja lahjaverolain (378/1940) 9.1 §:ssä (1144/2005), tuloverolain (1535/1992) 66.1 §:ssä ja lunastuslain (603/1977) 30.1 §:ssä. Lisäksi vakiintuneen käytännön mukaan omaisuus on osituksessa arvostettava käyvän arvon mukaisesti, Pertti Välimäki, Ositettavan omaisuuden ja sen arvon määrityksestä, Defensor Legis 2/1996, s. 154–167, 157.

Lakimies
6/2018
s. 762–774

Savolainen, Hanna

Noteeraamattoman yhtiön vähemmistöosakkeen lunastushinnan määrittäminen osakeyhtiölain 18 luvun mukaisissa lunastuksissa.

Publications of the University of Eastern Finland. Dissertations in Social Sciences and Business Studies. University of Eastern Finland. Joensuu 2018. 293 sivua.

1. Väitöskirjan kohde ja aikaisempi tutkimus

Hanna Savolaisen väitöskirja koostuu noin 80 sivun yhteenveto-osasta sekä viidestä artikkelista refereejulkaisuissa. Artikkeleista kaksi on yhteisartikkeleita, mutta väittelijä on ollut niissä päävastuullinen kirjoittaja. Tutkimus kuuluu kauppaoikeuden alaan, tarkemmin ottaen yhtiöoikeuden alueelle.

Vähemmistöosakkeiden lunastamista on käsitelty suomalaisissa yhtiöoikeudellisissa väitöskirjoissa suhteellisen paljon. Teema on noussut esiin muun muassa *Matti J. Sillanpään*, *Pekka Timosen*, *Timo Kaisanlahden* sekä allekirjoittaneen väitöskirjoissa.[1] Mainituissa väitöskirjoissa tutkimuksellinen fokus on kohdistunut ensisijaisesti pörssiyhtiön vähemmistöosakkeiden lunastamiseen, ja niissä on ollut myös muita kuin vähemmistöosakkeiden lunastamiseen liittyviä kysymyksenasetteluita. Teemaa on käsitelty runsaasti myös ulkomaisessa kirjallisuudessa, ja esimerkiksi Ruotsissa teemasta on vuonna 2007 väitellyt *Gustaf Sjöberg* kirjallaan Tvångsinlösen.

Osakkeiden lunastusinstituutio on ollut myös yleisesti tutkimuskohteena suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Sitä koskee muun muassa *Risto Nuolimaan* Lunastuslauseke ja suostumuslauseke vuodelta 1984. Lisäksi *Ville Pönkä* on kirjoittanut vuonna 2015 ilmestyneen laajan osakkeiden lunastamista koskevan monografian Osakkeen lunastaminen, jossa on myös yksityiskohtainen vähemmistöosakkeiden lunastusta koskeva luku. Lisäksi osakkeen lunastushinnan määrittämistä osakeyhtiölain (624/2006, OYL) 18 luvun mukaisesti on käyty läpi monissa nimenomaisissa artikkeleissa.[2]

* Lyhennelmä virallisen vastaväittäjän, professori Veikko Vahteran Itä-Suomen yliopiston yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunnalle antamasta 5.7.2018 päivätystä lausunnosta.

1. Matti J. Sillanpää, Julkisesta ostotarjouksesta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1994; Pekka Timonen, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Lakimiesliiton Kustannus 1997; Timo Kaisanlahti, Sidosryhmät ja riski pörssiyhtiöissä. Edita 1999; Veikko Vahtera, Osakeomistuksen riski ja sääntely. Lakimiesliiton Kustannus 2011.
2. Essi Rimali, Pörssiyhtiön vähemmistöosakkeen lunastushinnan määräytyminen. Oikeustiede–Jurisprudentia 2007, s. 229–301; Matti J. Sillanpää, Skiljemannapraxis vid inlösen av minoritetsaktier i Finland. Nordisk tidsskrift for selskabret 2002, s. 33–45; Vesa Silaskivi, Osakkeen käypä hinta osakeyhtiölain mukaisessa vähemmistöosakkeiden lunastusmenettelyssä – viime-

Kun teemaa on tutkittu kohtalaisen paljon, herättää se kysymään, onko Suomessa enää merkittävää tarvetta vähemmistöosakkeiden lunastusta koskevalle väitöskirjatutkimukselle. Savolaisen tutkimus kuitenkin poikkeaa edellä mainituista väitöskirjoista ja tutkimuksista siinä, että se keskittyy noteeraamattomien yhtiöiden vähemmistöosakkeiden lunastamiseen ja fokus kiinnittyy vahvasti osakkeen lunastushinnan määritykseen. Aihevalintaa voidaan pitää tärkeänä siitä syystä, että teemaa ei ole kattavasti tältä kannalta tutkittu ja välimieskäytäntöä on pidetty sisällöltään hajanaisena. Aiempi välitystuomioita koskeva tutkimus on ollut pääsääntöisesti myös pistemäistä, eikä aineistoa ole ennen Savolaisen väitöstutkimusta kattavasti analysoitu sellaisella tavalla, jossa tuomioiden systematiikkaa olisi tarkasteltu myös tilastollisin menetelmin. Lisäksi vuoden 2006 osakeyhtiölain 18 lukuun otetut olettamasäännökset ovat yhtenäistäneet lunastushinnan määrittämistä pörssiyhtiöiden osakkeiden kohdalla silloin, kun määräysvalta on saavutettu julkisen ostotarjouksen kautta. Kysymys noteeraamattoman osakeyhtiön vähemmistöosakkeen lunastushinnan määrittelemisestä on näin ollen tutkimuksellisesti monisyisempi kuin pörssiyhtiöiden osakkeiden osalta. Hanna Savolaisen väitöskirja osoittaa, että vähemmistöosakkeiden lunastamista koskevalle tutkimukselle on edelleen tarvetta.

2. Väitöskirjan kysymyksenasettelu, rakenne, metodi ja lähteet

2.1. Väitöskirjan aihe ja kysymyksenasettelu

Väitöskirjan nimi on Noteeraamattoman yhtiön vähemmistöosakkeen lunastushinnan määrittäminen osakeyhtiölain 18 luvun mukaisissa lunastuksissa. Kirjan nimestä ilmenee, millaista teemaa kirja käsittelee, ja siitä ilmenee myös aiheen rajautuminen listaamattomiin yhtiöihin. Varsinaiset tutkimuskysymykset on asetettu tutkimuksen yhteenveto-osiossa seuraavasti:

1. Miten arvokäsitettä ja eri arvonmääritysmenetelmiä on hyödynnetty lunastushinnan määrittämisessä?
2. Miten lunastuslainsäädäntö täyttää sille asetetut tavoitteet lunastushinnan ennakoitavuuden ja vähemmistön oikeussuojan toteutumisen kannalta?
3. Miltä osin lunastussäännöksiä tulisi mahdollisesti kehittää?

aikaista välimieskäytäntöä. Defensor Legis 2004, s. 1048–1062; Pekka Timonen, Lunastushinta osakeyhtiölain mukaisessa vähemmistöosakkeiden lunastusmenettelyssä, s. 351–370 teoksessa Risto Koulu (toim.), Velka, vakuus ja prosessi. Juhlajulkaisu Erkki Havansi 1941–11/7–2001. Lakimiesliiton Kustannus 2001.

Tutkimuskysymykset ovat hyvin jäsennettyjä, joskin melko laajoja. Niihin vastaaminen on edellyttänyt olemassa olevan välimieskäytännön kriittistä analysointia.

Aiheen valintaa ja siihen liittyvää kysymyksenasettelua voidaan pitää melko onnistuneena, mutta se olisi voinut olla myös nykyistä tiiviimpi. Kaikki artikkelit ja pääosa yhteenveto-osasta käsittelevät lunastettavan vähemmistöosakkeen hinnanmääritystä. Hinnanmäärityksen lisäksi yhteenveto-osassa on käsitelty vähäisessä määrin myös lunastussääntelyn pakottavuutta ja prosessuaalisia kysymyksiä, kuten sitä, voidaanko vähemmistöosakkeiden lunastaminen siirtää yhtiöjärjestyksen määräyksellä tavalliseen välimiesmenettelyyn. Näiden teemojen käsitteleminen vain yhteenveto-osassa ja siinäkin suhteellisen niukasti olisi puoltanut niiden rajaamista tarkastelun ulkopuolelle, koska mainittuja teemoja on käsitelty lainopilliselta kannalta lähiaikoina eikä käsittely tuo tässä yhteydessä varsinaisesti mitään uutta näkökulmaa kyseisiin teemoihin.[3]

2.2. Lähteet ja metodi

Tutkimuksen lähdeaines pitää sisällään kattavasti relevantin kotimaisen ja myös ruotsalaisen vähemmistöosakkeiden lunastamista koskevan kirjallisuuden sekä tarpeellisessa määrin myös oikeuskäytäntöä. Myös arvonmääritystä koskevaa kirjallisuutta on työssä riittävässä laajuudessa. Saksan ja Yhdysvaltojen oikeuden osalta ei voi sanoa samaa, ja tältä osin laajamittaisempi lähdeaineksen hankkiminen olisi mahdollistanut paikoin sellaisen syvällisemmän tieteellisen ja lainopillisen keskustelun käymisen, joka on nyt jäänyt jossain määrin rajoittuneeksi. Kokonaisarvio tutkimuksen lähdeaineksen laadusta ja laajuudesta on kuitenkin myönteinen.

Väittelijä itse pitää työtään ensisijaisesti lainopillisena ja lukee tutkimuksensa samaan joukkoon viimeisen kymmenen vuoden aikana julkaistujen muiden lainopillisten väitöskirjojen kanssa.[4] Toisaalta väittelijä myös itse toteaa, että tutkimus pitää sisällään tilastollista analyysia. Tähän väittelijän vahvaan tunnustautumiseen lainopin harjoittajaksi voidaan suhtautua varauksella, koska tutkimus sisältää huomattavasti liiketaloustieteellistä ja tilastollista ainesta sekä metodiikkaa. Työssä on kuitenkin myös puhtaasti lainopillisia osioita, erityisesti yhteenveto-osassa. Lainopilliset osiot ovat pääsääntöisesti huolellisesti laadittuja sekä perustuvat riittävään dokumentointiin. Joidenkin lainopillisten kannanottojen osalta olisi ollut toivottavaa, että teemaan olisi pureuduttu nykyistä laajem-

3. Ks. Ville Pönkä, Osakkeen lunastaminen. Talentum 2015.
4. Ville Pönkä, Osakassopimuksen tavoitteet ja voimassaolon hallinta. Edita 2008; Janne Ruohonen: Osakeyhtiön voitonjaon maksukykytesti ja vastuu maksukyvyn säilymisestä. Tampere University Press 2012; Marika Salo, Hyvä liiketoimintapäätös ja johdon vastuu. Talentum 2015.

min. Tämä koskee erityisesti vähemmistöalennuksen huomioimatta jättämistä sekä lunastussääntelyn tahdonvaltaisuuden lisäämistä. Kokonaisuutena puhtaiden lainopillisten tulkintasuositusten ja systematisoinnin osuus sekä niiden uutuusarvo eivät nouse vastaavalle tasolle tilastolliseen tarkasteluun perustuvien havaintojen ja niistä tehtävien johtopäätösten kanssa.

2.3. Työn rakenne ja kieliasu

Artikkeli I (Pienyrityksen arvonmääritys oikeudellisena ongelmana, osa I: Arvokäsitteiden merkityksestä) ja artikkeli II (Pienyrityksen arvonmääritys oikeudellisena ongelmana, osa II: Arvon määrittämisessä käytettävistä menetelmistä) ovat tutkimusteemaa taustoittavia. Artikkeli III on Savolaisen ja *Jani Saastamoisen* yhteisartikkeli OYL 18:7:n mukainen käypä hinta – tilastollinen analyysi noteeraamattomien yhtiöiden vähemmistöosakkeiden lunastushinnan määräytymisestä. Se käsittelee välimieskäytäntöä vähemmistöosakkeiden lunastusriidoissa. Artikkeli tuo mielenkiintoista informaatiota lunastushinnan määrittämistä koskevasta käytännöstä, jossa esimerkiksi substanssiarvoa käytetään melko yleisesti osakkeen arvonmääritysmenetelmänä, vaikka sitä ei voida pitää arvonmääritysteoreettisesti perusteltuna toimivan yrityksen käyvän arvon määrittämistapana. Artikkelissa arvioidaan myös tilastollisesti välimiesoikeuden vahvistaman lunastushinnan painottumista suhteessa riidan osapuoliin.

Artikkeli IV Uskottu mies vähemmistön edunvalvojana OYL 18 luvun mukaisessa välimiesmenettelyssä on myös Savolaisen ja Saastamoisen yhteisartikkeli. Siinä tarkastellaan uskotun miehen roolia välimiesmenettelyssä. Tilastollisen tarkastelun perusteella uskotun miehen läsnäolo on myös vähemmistöosakkeenomistajan kannalta selkeästi tarpeellista. Kirjoituksessa tulee esiin uutta mielenkiintoista tutkimustietoa uskotun miehen vaikutuksesta osakkeen lunastushintaan. Lisäksi siinä arvioidaan ja analysoidaan uskotun miehen ammattitaustan vaikutusta vähemmistöosakkeen käyvän lunastushinnan määräytymiseen. Kysymyksenasettelu on erittäin mielenkiintoinen ja relevantti sekä saadut tutkimustulokset tuoreita. Artikkeli V OYL 18:7:n mukaisen käyvän hinnan määrittäminen analysoi erilaisten arvonmääritysmenetelmien käyttämistä välimieskäytännössä. Artikkelissa on myös erikseen arvioitu keskinäisten kiinteistöosakeyhtiöiden käyvän hinnan määrittämistä. Johtopäätöksenä esitetään tietyt yleiset periaatteet, joiden pohjalta noteeraamattoman yhtiön osakkeen käypä arvo tulisi OYL 18:7:n perusteella määrittää. Artikkelissa yhdistyvät liiketaloustieteellinen ja oikeudellinen yrityksen arvonmääritys.

Työn yhteenveto-osuus sisältää viisi lukua, joista johdantoluku keskittyy kirjan kysymyksenasetteluun, asemointiin suhteessa aiempaan tutkimukseen sekä työn lähtökohtiin. Yhteenvedon 2. luku käsittelee lunastushinnan määrittämisen arvonmäärityksellisiä kysymyksiä ja on tutkimusteemaa pohjustava.

3. luku analysoi lunastushinnan määrittämisen oikeudellista perustaa. Luvussa lunastushinnan määrittämistä arvioidaan myös perusoikeuksien näkökulmasta. Luvussa 4 arvioidaan välimieskäytäntöä, ja tältä osin tukeudutaan monissa kohdin erillisissä artikkeleissa tehtyihin johtopäätöksiin. Luvussa 5 tehdään arviointia lunastussääntelyn toimivuudesta ja esitetään *de lege ferenda* -suosituksia lainsäädännön kehittämiseksi. Kokonaisuutena arvioiden väitöskirjan artikkelit ja yhteenveto kiinnittyvät luontevasti toisiinsa. Tutkimuksen kieli on luettavaa ja virheetöntä. Sama koskee luetteloita ja kuvioita.

3. Sisällöllisiä erityiskysymyksiä

3.1. Välimiesoikeuden velvollisuus tuomita OYL 18:7:n mukainen käypä hinta

Väitöskirjassa on todettu, että ”*olisi kuulemisperiaatteen vastaista vahvistaa lunastushinta, jota ei ole vaadittu, koska tällöin lunastajalle ei olisi tarjottu tilaisuutta esittää näkemyksiään vastapuolen vaatimuksista*”. Lisäksi on todettu, että *"lunastushinnaksi ei voida vahvistaa enempää kuin on vaadittu"*.[5] Savolainen perustelee näkemyksensä ennen kaikkea lunastusriidan dispositiivisuudella sekä sillä, ettei lain esitöistä tai oikeuskirjallisuudesta löydy riittävää tukea muunlaiselle kannalle.

Vähemmistöosakkeiden lunastusriita on dispositiivinen riita-asia. Näin ollen riidan osapuolet voivat sopia lunastushinnasta keskenään, ja jos lunastaja pääsee kaikkien osapuolten kanssa sopuun lunastushinnasta, ei lunastushinnasta ole enää erimielisyyttä. Vähemmistöosakkeiden lunastusriidassa on kuitenkin usein poissaolevia tai sellaisia passiivisia osapuolia, jotka eivät esitä selvästi yksilöityjä euromääräisiä vaatimuksia osakkeiden lunastushinnasta. Myöskään lunastusprosessissa mukana olevalla uskotulla miehellä ei ole OYL 18:5.3:n perusteella kelpoisuutta esittää tai hyväksyä lunastusta koskevia vaatimuksia vähemmistöosakkeenomistajien puolesta.

OYL 18:7.1:n mukaan osakkeen lunastushinta on määritettävä välimiesmenettelyn vireilletuloa edeltävän ajankohdan käyvän hinnan mukaan. Säännöksen sanamuodosta käy siis jo suoraan ilmi se, että välimiesoikeudella on velvollisuus tuomita osakkeista maksettavaksi käypä hinta, jos lunastaja ei ole päässyt sopuun kaikkien vähemmistöosakkeenomistajien kanssa osakkeen lunastushinnasta.

5. Hanna Savolainen – Jani Saastamoinen, OYL 18:7:n mukainen käypä hinta – tilastollinen analyysi noteeraamattomien yhtiöiden vähemmistöosakkeiden käyvän hinnan määräytymisestä. Lakimies 2/2016, s. 245–268, 256–257.

Riidan dispositiivisuuden ei ole kuitenkaan katsottava ulottuvan niihin osakkeenomistajiin, jotka ovat passiivisia lunastusriidan aikana tai eivät esitä yksilöityä euromääräistä vaatimusta. Välimiesoikeudella onkin velvollisuus tuomita osakkeille käypä lunastushinta silloin, jos lunastushinnasta ei ole dispositiivisuuden periaatteen mukaisesti päästy sopuun lunastajan ja vähemmistöosakkeenomistajien välillä. Tämä kanta on tuotu esiin esimerkiksi lainvalmistelun aikana, ja se ilmenee myös oikeuskirjallisuudesta.[6]

Kun lunastussääntelyä uudistettiin vuoden 2014 alussa voimaan tulleella OYL 18 luvun muutoksella, lain esitöissä esitettiin kanta, jonka mukaan *välimiehellä on omasta aloitteestaan velvollisuus selvittää kaikki osakkeen arvoon vaikuttavat seikat*.[7] Myös tästä on pääteltävä, että välimiehellä on velvollisuus tuomita osakkeelle sen käyvän hinnan mukainen lunastushinta. Muussa tapauksessa välimies ei voisi hyödyntää käypää hintaa määrittäessään sitä selvitystä osakkeen käyvästä hinnasta, jonka selvittämiseen hänellä on laista seuraava velvollisuus.

Savolaisen esittämä kanta johtaisi siihen, että jos lunastaja esittää vaatimuksen lunastusriidassa, jossa vähemmistöosakkeenomistaja on passiivinen, välimiehen tulisi siis vahvistaa lunastushinta lunastajan vaatimuksen perusteella. Vähemmistöosakkeiden lunastusriidassakin sovellettavan välimiesmenettelystä annetun lain (967/1992, VML) 25.2 §:n mukaan ”*Asianosainen saa välimiesmenettelyn aikana muuttaa tai täydentää vaatimuksiaan ja niiden perusteita samoin kuin nostaa vastakanteen tai vaatia kuittausta, jollei asian ratkaiseminen tällaisen toimen johdosta kohtuuttomasti viivästy*.” Edellä mainittu kanta johtaisi siihen, että lunastaja voisi havaitessaan, ettei asiassa ole vaatimuksia esittäviä vähemmistöosakkeenomistajia, alentaa vaatimuksensa lunastushinnaksi alhaiseksi ja saada välimiesoikeuden tuomitsemaan tämän hinnan osakkeen käyväksi hinnaksi. Tämä olisi ilmeisellä tavalla vastoin OYL 18:7:n ratiota.[8]

Välimiesoikeuden velvollisuutta tuomita käypä hinta voidaan perustella myös omaisuudensuojanäkökohdilla. Perustuslain (731/1999) 15 §:n mukaan omaisuuden pakkolunastuksesta yleiseen tarpeeseen täyttä korvausta vastaan säädetään lailla. Myös ratkaisun KKO 2012:64 perusteella vähemmistöosakkeenomistajalla on oikeus saada lunastushintana täysi korvaus. Kun OYL 18:7:n säännös ja sen ratio, osakeyhtiölain esityöt ja lisäksi perustuslakinäkökohdatkin puoltavat sitä, että välimiehelle on säädetty OYL 18:7:ssä erityinen velvollisuus tuomita osakkeille käypä hinta, ei esitettyä tulkintasuositusta voi pitää perusteltuna.

6. Ks. esimerkiksi Oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja 42/2013: Arviomuistio osakeyhtiölain 18 luvun muuttamiseksi lunastusriidoissa. Lausuntotiivistelmä 7.6.2012, s. 26–28, jossa ovat Veikko Vahteran ja Matti J. Sillanpään kannat sekä Manne Airaksinen – Pekka Pulkkinen – Vesa Rasinaho, Osakeyhtiö II. Alma Talent 2018, s. 614.
7. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi osakeyhtiölain 18 luvun ja kauppakamarilain 5 ja 6 §:n muuttamisesta 71/2013 vp, s. 12.
8. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi 27/1977 vp, s. 108, jossa on todettu, että lunastushinnan tuli olla niin korkea, että pääoman voi tappiotta sijoittaa muualle.

3.2. Osakkeen käyvän lunastushinnan määrittämisen kysymyksiä

Väitöskirjassa on kattavasti käyty läpi käyvän hinnan määrittämistä. Keskeinen ajatus on, että yritykselle ei ole olemassa yhtä oikeaa arvoa. Tästä kirjallisuudessa yleisestikin esitetystä käsityksestä on helppo olla samaa mieltä, koska yhtä ainoaa ja oikeaa tapaa arvioida yrityksen ja sen osakkeen käypää arvoa ei ole. Tutkimuksen toinen keskeinen peruslähtökohta on, että OYL 18:7:n mukainen arvonmääritys on oikeudellista arvonmääritystä ja se poikkeaa liiketaloustieteellisestä arvonmäärityksestä. Työssä tunnistetaan osakkeen käyvän lunastushinnan oikeudelliseen arvonmääritykseen liittyvät ongelmat, jotka ovat usein seurausta siitä, etteivät käytännön arvonmääritystilanteet ole yhdenmukaisia liiketaloustieteen arvonmääritysteoreettisten lähtökohtien kanssa. Tämä liittyy muun muassa siihen, että markkinahinta joudutaan usein määrittelemään jollakin tavalla puutteellisen kaupankäynnin avulla ja että tuottoarvon laskemisessa käytettäviin parametreihin sisältyy lähes poikkeuksetta huomattavaa epävarmuutta. Vaikka työssä tunnistetaan käytännön oikeudelliseen arvonmääritykseen liittyvät ongelmat ja välimiehen rajalliset mahdollisuudet tehdä liiketaloudellisten arvonmääritysteorioiden mukaista arvonmääritystä, olisi oikeudellisen arvonmäärityksen toteuttamista voinut arvioida nykyistä enemmän käytännön oikeudellisen arvonmäärityksen kannalta.

Väitöskirjassa on korostettu markkinahinnan määräytymisen riittävää objektiivisuutta, joka edellyttää tiettyjen osakkeiden kauppaan liittyvien kriteerien täyttymistä. Samalla on kritisoitu sitä, jos markkinahinta on välitystuomiossa perustettu esimerkiksi yksittäiseen kauppaan, jolloin yksittäisten tahojen subjektiiviset käsitykset saattavat tosiasiassa vaikuttaa osakkeen käypään hintaan. Monesti välimiehellä ei ole kuitenkaan mahdollisuuksia saada osakkeen käyvän arvon määrittämisen tueksi sellaista riittävää informaatiota, että oikeudellinen arvonmääritys olisi täysin asianmukaista myös liiketaloustieteellisen arvonmäärityksen kannalta.

Yleisenä arvonmääritykseen liittyvänä lähtökohtana voidaan pitää sitä, että yrityksen ja sen osakkeen käypä arvo tulisi perustaa tuottoarvoon, jos objektiivista markkina-arvoa ei ole käytettävissä. Tämä on todettu kattavasti. Tuottoarvon määrittäminen on usein kuitenkin huomattavan haasteellista oikeudellisessa arvonmäärityksessä. Lunastusriidoissa välimies pääsääntöisesti ratkaisee OYL 18:7:n mukaisen osakkeen käyvän hinnan tyypillisesti yhtäältä kantajan sekä toisaalta vähemmistöosakkeenomistajien ja uskotun miehen esittämän todistelun perusteella. Koska osakkeen tuottoarvon laskemiseen vaikuttavat monet erilaiset parametrit ja arvonmäärityksen lähtökohtaolettamat, saattaa osakkeen tuottoarvoperustainen käypä hinta muodostua hyvinkin erisuuruiseksi erilaisissa tuottoarvolaskelmissa. Tämä johtaa siihen, että esitettyjen tuottoarvolaskelmien hyödyntämismahdollisuudet saattavat olla käytännön oikeudellisissa arvonmääritystilanteissa haasteellisia.

Tutkimuksen tilastollinen analyysi osoittaa sen jo aiemminkin todetun seikan, ettei lunastusriitojen välitystuomioista ole muodostunut sellaista vuoden 1978 osakeyhtiölain esitöissä toivottua yhtenäistä käytäntöä, johon lunastettavan vähemmistöosakkeen käypä hinta voitaisiin perustaa. Pikemminkin välimieskäytäntö osoittaa arvonmääritystilanteiden moninaisuuden. Tutkimuksessa on havainnoitu, että välimieskäytännössä substanssiarvoa on käytetty suhteellisen usein, vaikka kyseistä arvonmääritysmenetelmää ei tulisi käyttää toimivan yhtiön osakkeen käyvän hinnan määrittämisessä. Tämä on tutkimuksellisesti tärkeä havainto, koska oikeudellisenkin arvonmäärityksen tulisi olla hyväksyttävää liiketaloudellisten arvonmääritysperiaatteiden kannalta, vaikka yrityksen oikeudellinen arvonmääritys tuleekin selvästi erottaa liiketaloustieteellisestä arvonmäärityksestä.

Väitöskirjassa tuodaan esiin, että vähemmistöosakkeiden lunastustilanteissa peruspremissinä on vaihtoarvo. Johtopäätöksissä on esitetty harkittavaksi, että OYL 18:7:ssä tarkoitettu käypä hinta määriteltäisiin tarkemmin ja todettaisiin sen tarkoittavan todennäköistä luovutushintaa perintö- ja lahjaverolain 9 §:n kaltaisella tavalla. Väitöstilaisuudessa väittelijä perusteli esitystään sillä, että osassa välitystuomioita osakkeen käypään hintaan olisivat näyttäneet vaikuttaneen myös muut tekijät kuin osakkeen vaihtoarvo. Tämä väitetty välitystuomioiden epäkohta, eli muiden kuin objektiivisen vaihtoarvon oleminen osakkeen käyvän hinnan perusteena, ei kuitenkaan ilmene selvästi itse tutkimuksesta. Näin ollen väitöskirjan perusteella ei voi täysin vakuuttua siitä, muuttaisiko todennäköisen luovutushinnan käsitteen lisääminen OYL 18:7:n lunastushintaa koskevaan määritelmään tulevaa oikeuskäytäntöä tarkoituksenmukaiseen suuntaan, kun otetaan huomioon uuden sääntelyn epävarmuutta lisäävä vaikutus.

Väitöskirjassa on todettu, että välimieskäytännössä noudatetaan periaatetta, jonka mukaan osakkeen arvoon ei vaikuta se, että ne ovat vähemmistöosakkeita. Suomessa näkemys siitä, ettei vähemmistöalennusta käytetä OYL 18:7:n mukaista käypää hintaa määritettäessä, on nykyisellään vakiintunut.[9] Kuten edellä on todettu, osakkeen markkinahinta on käyvän arvon määrittämisen lähtökohta. Tutkimuksen johtopäätöksissä on edellä mainitusti ehdotettu harkittavaksi, että lunastettavan osakkeen käyvän hinnan käsitettä täsmennettäisiin käsitteellisesti siten, että se tarkoittaisi todennäköistä luovutushintaa. Koska Savolainen tuo monissa kohdin esiin, että osakkeen käyvän lunastushinnan määrittelyssä osakkeen käypä hinta tulee määritellä juuri objektiivisen vaihtoarvon perusteella, olisi ollut syytä analysoida nykyistä laajemmin, olisiko vähemmistöalennuksen huomioiminen osakkeen käypää arvoa määritettäessä perusteltua.

Vähemmistöalennuksen huomioimista olisi ollut syytä analysoida senkin takia, että asiaan ei ole suhtauduttu kansainvälisessä, erityisesti yhdysvaltalaisessa

9. Ks. kuitenkin aiemmasta vähemmistöalennuksen huomioimista puoltavasta argumentaatiosta Suomessa Timonen 1997, s. 308.

keskustelussa ja oikeuskäytännössä, yhtä yksimielisesti kuin Suomessa. Tältä osin tämän Suomessa vakiintuneen käsityksen olisi voinut haastaa juuri objektiivisen vaihtoarvon suunnasta. Nyt teeman kannalta keskeinen vähemmistöalennuksen huomioimatta jättäminen todetaan sangen lyhyesti. Väittelijä toki tuo esiin vähemmistöalennuksen huomioimatta jättämistä puoltavat argumentit, kuten vähemmistönsuojanäkökohdat ja yrityksen arvostamisen kokonaisuutena. Erikseen on todettava, että noteeraamattomassa yhtiössä vähemmistöosakkeen todennäköinen luovutushinta on helposti jopa pörssiyhtiön vähemmistöosakkeita suhteellisesti pienempi, koska noteeraamattomien osakeyhtiöiden vähemmistöosakkeisiin ei liity pörssiyhtiöiden vähemmistöosakkeita vastaavaa exit-oikeutta.

3.3. Uskotun miehen rooli lunastushinnan määräytymisessä

Artikkeli Uskottu mies vähemmistön edunvalvojana OYL 18 luvun mukaisessa välimiesmenettelyssä käsittelee uskotun miehen roolia. Vuoden 2014 alusta lähtien uskotun miehen määräämättä jättäminen voidaan tehdä aiempaa lievemmin kriteerein.[10] Artikkelin tilastollisen tarkastelun keskeinen johtopäätös oli, että tulokset tukevat selkeästi näkemystä, jonka mukaan uskotun miehen läsnäolo on selkeästi tarpeellista. Edelleen yhteenveto-osiossa on todettu, että uskotun miehen poisjääminen lunastusmenettelystä voi olla hyvinkin haitallista vähemmistön kannalta. Työn johtopäätöksissä on katsottu, ettei ole syytä ehdottaa uskotun miehen roolin muuttamista.

Saatujen tilastollisten tulosten perusteella olisi voinut suhtautua kriittisesti vuoden 2014 alusta voimaan tulleeseen osakeyhtiölain muutokseen, joka mahdollisti uskotun miehen määräämättä jättämisen ilman kaikkien vähemmistöosakkeenomistajien suostumusta. Kaikkinensa uskottu mies on kuitenkin määrätty myös valtaosaan 1.1.2014 jälkeen esiintyneistä lunastusriidoista, eli kysymys ei ole käytännössä kovin usein ilmenevästä asiasta.

Väitöskirjassa olisi ollut aiheellista arvioida uskotun miehen roolia suhteessa Ruotsin osakeyhtiölain uskotun miehen asemaan, ennen kuin työn johtopäätöksissä päädytään esittämään uskotun miehen roolin säilyttämistä ennallaan. Nyt uskotun miehen aseman säilyttäminen perustetaan pitkälti siihen, että uskottu

10. OYL 18:5:n mukaan Keskuskauppakamarin lunastuslautakunnan on 4 §:n 1 momentissa tarkoitetun hakemuksen saavuttua haettava tuomioistuimelta uskotun miehen määräämistä valvomaan välimiesmenettelyssä vähemmistöosakkeenomistajien etua, jolleivat kaikki asianosaiset ole ilmoittaneet pitävänsä uskotun miehen määräämistä tarpeettomana tai jollei uskotun miehen määräämistä ole pidettävä perusteettomana ottaen huomioon vähemmistöosakkeenomistajien oikeusturva ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutuminen, vähemmistöosakkeenomistajien yhteenlasketun edun määrä ja muut seikat. Aiemman, ennen 1.1.2014 voimassa olleen OYL 18:5:n mukaan uskottu mies oli määrättävä, jolleivat kaikki asianosaiset ole ilmoittaneet pitävänsä uskotun miehen määräämistä tarpeettomana.

mies on vähemmistöosakkeenomistajien kannalta tärkeä instituutio, muttei arvioida roolin tarkoituksenmukaisuutta tai sen vaihtoehtoja sen laajemmin.

3.4. Lunastushinnan määrittäminen ja perusoikeudet

Tutkimuksessa arvioidaan perusoikeuksien merkitystä OYL 18:7:n mukaisen lunastushinnan määrittämisessä. Esiin nousee ratkaisu KKO 2012:64 sekä velvollisuus ottaa huomioon lunastushinnassa vähemmistöosakkeenomistajalle osakkeiden menetyksestä seuraavat vahingot. Ratkaisussa KKO 2012:64 on edellytetty, että vähemmistöosakkeenomistajalla on oikeus saada lunastettavista osakkeista täysi korvaus, joka mainitussa ratkaisussa tarkoitti vähemmistöosakkeenomistajalle osakkeiden lunastamisesta aiheutuvien vahinkojen korvaamista.

Ratkaisun KKO 2012:64 jälkeen on jäänyt kuitenkin epäselväksi, mikä merkitys osakkeiden hankinta-ajankohdalla on siihen, onko vähemmistöosakkeenomistajalla oikeus saada vahingot korvatuiksi. Ratkaisun KKO 2012:64 jälkeisessä välimieskäytännössä on katsottu, että jos osakkeenomistaja on hankkinut osakkeet sen jälkeen, kun vähemmistöosakkeiden lunastusta koskevat säännökset on otettu osakeyhtiölakiin, ei osakkeenomistajalla ole oikeutta saada lunastushinnassa huomioiduksi vahinkoja. Työssä ei suoraan oteta kantaa siihen, tulisiko tällaiset vahingot huomioida suoraan lunastushinnassa, vaan siinä on todettu, että lunastushinnassa voivat tulla huomioitavaksi vähemmistöosakkeenomistajalle aiheutuvat vahingot. Väitöstilaisuudessa Savolainen ilmoitti pitävänsä keskeisenä sitä, onko osakkeet hankittu ennen lunastussäännösten ottamista eli ennen vuoden 1978 osakeyhtiölain voimaantuloa. Hän korosti, että vähemmistöosakkeenomistaja on voinut tämän jälkeen varautua vähemmistöosakkeidensa lunastamiseen, jolloin tällainen omistaja ei voi vaatia lunastamisesta aiheutuvien vahinkojen huomioimista lunastushinnassa omaisuudensuoja-argumentaation perusteella. Koska ratkaisusta KKO 2012:64 ei voi päätellä, onko osakkeiden hankinta-ajankohta ratkaiseva lunastukseen perustuvalle vahingonkorvaukselle, voidaan tulkintasuositusta pitää lainopillisesti arvioiden hyväksyttävänä, vaikka ratkaisusta KKO 2012:64 voitaisiin perustellusti tehdä myös toisenlainen johtopäätös.

3.5. Lunastusmenettelysäännösten tahdonvaltaisuuden lisääminen

Väitöskirjan yhteenveto-osiossa tuodaan esiin kaksi ehdotusta lunastusmenettelysäännösten tahdonvaltaisuuden lisäämiseksi. Johtopäätöksissä todetaan, että OYL 18:1 tulisi muuttaa tahdonvaltaiseksi. Koska OYL 18 luvun mukainen lunastussääntely on keskeinen osa OYL:n vähemmistösuojaa, voi ehdotusta pitää lähtökohtaisesti ongelmallisena vähemmistöosakkeenomistajien kannalta. Esi-

tetyn ehdotuksen ongelmallisuutta lieventää se, että samalla väittelijä kuitenkin ehdottaa, että yhtiöjärjestyksen muutos, jolla OYL 18:1:n lunastusoikeudesta ja velvollisuudesta määrätään, edellyttäisi kaikkien osakkeenomistajien suostumusta.

Tutkimuksen yhteenveto-osiossa puolletaan myös mahdollisuutta paitsi sopia, myös määrätä yhtiöjärjestyksessä siitä, että vähemmistöosakkeiden lunastusriita ratkaistaan OYL 18 luvun mukaisen menettelyn sijasta tavanomaisessa välimiesmenettelylain mukaisessa välimiesmenettelyssä. Myös tältä osin ehdotetaan, että yhtiöjärjestyksen muutoksesta koskien välimiesmenettelystä määräämistä tulisi päättää kaikkien osakkeenomistajien suostumuksella. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että asiasta sopiminen on mahdollista, mutta erimielisyyttä on synnyttänyt lähinnä se, voidaanko välimiesmenettelystä sopia pätevästi yhtiöjärjestyksen määräyksellä vai onko OYL 18 luvun mukainen lunastusmenettely osa pakottavaa vähemmistösuojaa.[11]

Vähemmistöosakkeiden lunastusriidan siirtäminen OYL 18 luvun mukaisesta menettelystä tavalliseen välimiesmenettelyyn muuttaisi merkittävällä tavalla vähemmistöosakkeenomistajan asemaa. Keskeisimmät vaikutukset olisivat uskotun miehen puuttuminen, muutoksenhakumahdollisuuden puuttuminen sekä kulusäännökset. Lunastusriidan siirtäminen tavanomaiseen välimiesmenettelyyn voisi heikentää paitsi vähemmistöosakkeenomistajan oikeutta saada käypä hinta osakkeistaan myös lisätä oikeudenkäyntikulusääntelyn muutoksen kautta vähemmistöosakkeenomistajan taloudellisia riskejä.

OYL 18:7 mukaan välimiesmenettelyn kustannuksista vastaa lunastaja, jos välimiehet eivät erityisestä syystä katso kohtuulliseksi määrätä toisin. Käytännössä lunastaja määrätään välitystuomioissa lähes poikkeuksetta vastaamaan lunastusmenettelyn kustannuksista. Sen sijaan VML 49 §:n mukaan, jolleivat asianosaiset ole toisin sopineet, välimiehet voivat tuomiossaan tai muussa välimiesmenettelyn lopettamista tarkoittavassa päätöksessään velvoittaa asianosaisen osaksi tai kokonaan korvaamaan vastapuolen välimiesmenettelystä aiheutuneet kulut noudattaen soveltuvin osin mitä oikeudenkäymiskaaressa oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta säädetään. Oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 21:1:ssä puolestaan säädetään, että asianosainen, joka häviää asian, on velvollinen korvaamaan kaikki vastapuolensa tarpeellisista toimenpiteistä johtuvat kohtuulliset oikeudenkäyntikulut, jollei muualla laissa toisin säädetä. Edellä kuvatuilla, oikeudenkäyntikuluja koskevilla erilaisten välimiesmenettelyiden eroilla voi olla vähemmistöosakkeenomistajan kannalta huomattavakin merkitys, koska pahimmassa tapauksessa vähemmistöosakkeiden lunastusriidan kustannukset voivat tavallisessa välimiesmenettelyssä esimerkiksi ylittää lunastettavista osakkeista vähemmistöosakkeenomistajalle maksettavan hinnan.

11. Ks. tästä keskustelusta ja esitetyistä kannoista Pönkä 2015, s. 593–596.

Tahdonvaltaisuuden lisäämistä koskevat ehdotukset ovat olleet jo aiemmin keskustelun kohteena. Kovin suurta käytännön ongelmaa nykyisiin säännöksiin ei sisälly, koska kyseisistä seikoista voidaan tarvittaessa määrätä osakassopimuksissa, joiden heikkous tosin on niiden varsin rajoitettu yhtiöoikeudellinen sitovuus. Nyt tehdyt ehdotukset tukeutuvat varsin pitkälti jo aiemmin kirjallisuudessa käsiteltyjen argumenttien käsittelemiseen. Olisi ollut toivottavaa, että tahdonvaltaisuuden lisäämisen hyötyjä ja haittoja olisi käyty nykyistä kattavammin läpi *pro et contra* -tyyppisen argumentaation kautta sekä huomioiden esimerkiksi edellä esitellyt vähemmistön asemaan vaikuttavat seikat.

4. Yleisarvio

Hanna Savolaisen tutkimus on tuonut esiin merkittäviä tieteellisiä havaintoja, vaikka vähemmistöosakkeiden lunastusta koskevia tutkimuskysymyksiä on ennen Savolaisen tutkimustakin käsitelty laajasti. Savolaisen tutkimustulokset ovat pääsääntöisesti lainopillisesti perusteltuja. Tietyt tutkimuksessa esiin nostetut asiakysymykset ovat alttiita kritiikille. Kysymys voi olla lainoppiin kuuluvista eri tutkijoiden näkemyseroista. Tästä huolimatta kaikista esitetyistä tulkintasuosituksista ei voi olla täysin vakuuttunut. Tämä koskee erityisesti sitä, millainen on välimiesoikeuden velvollisuuden laajuus tuomita osakkeelle OYL 18:7:n mukainen käypä hinta. Joiltain osin myös lainopilliseen tarkasteluun liittyvien kysymyksenasettelujen argumentaation olisi voinut toteuttaa nykyistä laajemmassa muodossa ennen johtopäätösten tekemistä.

Savolaisen tutkimuksessa on lainopillisen käsittelytavan lisäksi merkittävä tilastollinen analyysi, joka tukee tehtyä lainopillista tarkastelua ja antaa tietoa siitä, miten noteeraamattomien yhtiöiden lunastusmenettely Suomessa toimii. Taloustieteelliset tutkimustulokset ovat varsin konkreettisia myös oikeustieteellisestä näkökulmasta eivätkä tulokset jää yleiselle tasolle.

Myös lunastusmenettelyissä käytettyjä osakkeen käyvän hinnan arvonmääritysmenetelmiä kohtaan on tutkimuksessa esitetty perusteltua kritiikkiä. Vastoin arvonmäärityskirjallisuutta, tuottoarvoon on suhtauduttu välimieskäytännössä väheksyen ja vastaavasti tukeuduttu huomattavan usein substanssiarvoon silloinkin, kun kysymys on toimivan yrityksen arvonmäärityksestä. Kaikkinensa tutkimuksen artikkeleissa toteutettu tilastollinen tarkastelu ja sen yhdistäminen varsin konkreettisella tavalla lainopilliseen tarkasteluun tuo uusia näkökulmia suomalaiseen yhtiöoikeuteen. Toivottavasti työ toimii jatkossa esimerkkinä tämän tyyppiselle yhtiöoikeudelliselle tutkimukselle.

Kokonaisuutena arvioiden Hanna Savolaisen väitöskirja on positiivinen lisä suomalaiseen yhtiöoikeudelliseen tutkimukseen. Työ osoittaa väittelijässä

lukeneisuutta, ja väittelijä on vastannut hyvin ja asianmukaisesti asetettuihin tutkimuskysymyksiin. Kun väittelijä on väitöstilaisuudessa asiantuntevasti ja onnistuneesti puolustanut kirjoittamaansa tutkimusta, voin mielihyvin ja epäilyksittä puoltaa Itä-Suomen yliopiston yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunnalle Savolaisen tutkimuksen hyväksymistä kauppatieteiden tohtorin tutkintoa varten.

Veikko Vahtera

Lakimies
6/2018
s. 775–786

KKO 2018:19 – Suunnatun osakeannin hyväksyttävyys

1. Johdanto

Korkein oikeus antoi maaliskuussa 2018 suunnattua osakeantia ja sen yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisuutta koskevan ratkaisun. Korkein oikeus katsoi äänin 3–2, että suunnattu osakeanti oli sopusoinnussa painavan taloudellisen syyn edellytyksen ja yhdenvertaisuusperiaatteen kanssa. Ratkaisu osoittaa, miten hankalaa suunnatun osakeannin painavan taloudellisen syyn -kriteerin sekä yhdenvertaisuusperiaatteen arvioiminen on, ja tapauksen osalta olisikin ollut myös perusteltuja syitä päätyä vähemmistön tavoin katsomaan osakeanti osakeyhtiölain (624/2006, OYL) vastaiseksi.

Asiassa oli kysymys lähes täysin kunnallisesta osakeyhtiöstä (B Oy) ja suunnatun osakeannin hyödyntämisestä osana kokonaisjärjestelyä, jolla yksityiset osakkeenomistajat oli tarkoitus lunastaa pois yhtiöstä. B oli useiden kuntien yhteisesti omistama jätehuoltoyhtiö, josta yksityiset yritykset omistivat 0,38 prosenttia. B oli selvittänyt yhdistymistä muiden kuntien kokonaan omistaman jätehuoltoyhtiö D Oy:n kanssa. Ennen fuusiota tarkoituksena oli hankkia pois yhtiön B:n yksityinen omistus, jotta uusi yhtiö olisi täyttänyt julkisista hankinnoista ja käyttösopimuksista annetun lain (1397/2016, hankintalaki) edellyttämän sidosyksikkökriteerin ja poistanut hankintalain mukaisen kilpailuttamisvelvollisuuden.[1] Koska B:n yksityiset osakkeenomistajat eivät olleet halukkaita luopumaan osakkeistaan, oli näiden omistus päätetty poistaa kuntaomistajien toimesta osakeyhtiölain 18 luvun mukaisella vähemmistöosakkeiden lunastuksella. Tämä edellytti sitä, että yhdeksän kymmenesosaa yhtiön osakkeista tuli saada saman tahon omistukseen.[2] B:n yhtiöjärjestyksessä oli tätä tavoitetta hankaloittava lunastuslauseke, joka oikeutti perustajaosakkeenomistajat lunastamaan osakkeet, jotka siirtyvät taholle, joka ei ole yhtiön osakkeenomistaja. Mikäli kuntaomistajat olisivat siirtäneet omistuksensa suoraan uudelle yhtiölle, olisi ollut olemassa riski siitä, että yksityisomistaja käyttää lunastusoikeuttaan.

1. Hankintalain 15.1 §:n mukaan sidosyksikössä ei saa olla muiden kuin hankintayksiköiden pääomaa eli vähäinenkin yksityinen omistus johtaa sidosyksikköaseman menettämiseen. Ks. Janne Ruohonen – Veikko Vahtera – Seppo Penttilä, Kuntayhtiö. Alma Talent 2017, s. 18–19.
2. OYL 18:1:n mukaan se, jolla on enemmän kuin yhdeksän kymmenesosaa yhtiön kaikista osakkeista ja äänistä (lunastaja), on oikeutettu käyvästä hinnasta lunastamaan muiden osakkeenomistajien osakkeet.

Mekanismina yksityisen osakeomistuksen poistamiseksi käytettiin suunnattua osakeantia D:n ja B:n enemmistöosakkeenomistajien intressissä toimivalle apuyhtiölle C. Yhtiön B ylimääräinen yhtiökokous valtuutti hallituksen päättämään suunnatusta osakeannista. B:n hallitus päätti suunnata D:n tytäryhtiö C:lle yhteensä kymmenen osaketta, joka vastasi 0,05 prosenttia yhtiön B kaikista osakkeista ja äänistä. Suunnatun osakeannin jälkeen B:n kuntaomistajat tekivät osakevaihdon yhtiön C kanssa siten, että C:n omistukseen tuli yli 99 prosenttia B:n osakkeista ja kuntaomistajat saivat vastaavasti C:n osakkeita. Lunastuslauseke ei tullut tällöin sovellettavaksi, ja C:lle siirtyikin yli yhdeksän kymmenesosaa B:n osakkeista.

B:n yksityinen osakkeenomistaja A nosti moitekanteen suunnatun osakeannin kumoamiseksi. A katsoi, että suunnatulle osakeannille ei ollut painavaa taloudellista syytä ja että päätös loukkasi osakkeenomistajien yhdenvertaisuutta. A korosti, että järjestelyn tarkoituksena oli yksityisen osakeomistuksen poistaminen eikä osakeanti ole ollut kaikkien osakkeenomistajien vaan ainoastaan kuntaomistajien edun mukainen. B vastusti A:n kannetta. B katsoi, että suunnatulle osakeannille oli painava taloudellinen syy, joka liittyi B:n ja D:n olemassa olevaan yhteistyöhön sekä yhtiöiden suunnittelemaan yhdistymiseen. B korosti, että se oli saanut C:lle antamistaan uusista osakkeista käyvän hinnan. Lisäksi B totesi, että B:n ja D:n yhdistymisestä seuraisi toiminnan laajuus-, tehokkuus- ja investointihyötyjä.

2. Tuomioistuinten ratkaisut

Käräjäoikeus hylkäsi A:n moitekanteen. Käräjäoikeus katsoi, että suunnatun osakeannin tosiasiallinen tarkoitus on ollut kuntaomistajien intressissä olevan lunastustilanteen aikaansaaminen, joka on lähtökohtaisesti yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisena kielletty. Käräjäoikeus kuitenkin totesi, ettei hallituksen päätös itsessään saanut aikaan lunastustilannetta eikä yhtiö ollut osallisena varsinaisessa lunastuksessa. Lisäksi B:llä oli yhtiön toiminnan kehittämiseen liittynyt yhtiön edun mukainen peruste yhdistymiseen D:n kanssa ja painava taloudellinen syy suunnatulle osakeannille. Osakeanti oli toteutettu käyvästä arvosta ja käräjäoikeus päätyikin kokonaisarvioinnissa siihen, ettei päätös yhtiön tilanne, toimiala ja yhdistymisprosessi huomioon ottaen tuottanut kuntaomistajille epäoikeutettua etua, koska osakeanti ei ollut alentanut vähemmistöosakkeenomistajien osakeomistuksen arvoa. Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden tuomiota. Myös korkein oikeus päätyi siihen, että suunnatulle osakeannille on ollut painava taloudellinen syy eikä päätös ole ollut selvästi yhdenvertaisuusperiaatteen

vastainen. Näin ollen Korkein oikeus hylkäsi A:n valituksen ja pysytti hovioikeuden tuomion.

Korkeimmassa oikeudessa keskeinen kysymys oli se, oliko annille painava taloudellinen syy ja täyttikö se yhdenvertaisuusperiaatteen vaatimukset. Korkein oikeus aloitti tarkastelunsa yhdenvertaisuusperiaatteesta. Se totesi, että periaatteen noudattaminen ei estä enemmistövallan käyttämistä, mutta se estää enemmistöosakkeenomistajien suosimisen vähemmistön kustannuksella. Osakkeenomistajalla on oikeus lähtökohtaisesti luottaa, että hänen osakkeensa tuottavat samat oikeudet kuin muutkin osakkeet. Myös lain muotomääräysten mukaan tehty, kaikkiin osakkeenomistajiin muodollisesti samalla tavalla kohdistuva päätös tai toimi saattaa tosiasiallisten vaikutustensa takia olla yhdenvertaisuusperiaatteen vastainen. Toimiminen yhtiön edun mukaisesti merkitsee yhtiön johdolle asetettua lojaliteettivelvollisuutta yhtiötä ja viime kädessä kaikkia osakkeenomistajia kohtaan. Toimiminen pelkästään tietyn omistajan tai omistajaryhmän välittömien etujen mukaisesti ei ole sallittua.[3]

Tämän jälkeen korkein oikeus arvioi edellytyksiä suunnatulle osakeannille sekä suunnatun osakeannin edellytyksenä olevaa painavaa taloudellista syytä. Tältäkin osin korkein oikeus tukeutui lainvalmisteluaineistoon, jonka perusteella suunnattu osakeanti voi olla tarpeen esimerkiksi yrityskaupan rahoituksessa osakevaihtotilanteissa tai aloitettaessa yhteistyö toisen yrityksen kanssa tai edistettäessä yhteistyötä. Korkein oikeus myös totesi, että painavana taloudellisena syynä ei voida kuitenkaan koskaan pitää osakekaupoista johtuvien omistussuhteiden muutosten estämistä tai tietyn osakkeenomistajan enemmistöaseman turvaamista.[4] Lisäksi se korosti suunnatussa osakeannissa annettavien osakkeiden hinnan merkitystä, koska alihintainen anti antaa yleensä antiin oikeutetulle epäoikeutettua etua vanhojen osakkeenomistajien kustannuksella.

Korkein oikeus päätyi siihen, että yhtiöiden B ja D välillä ollut yhteistyö, sen syventäminen ja kaavailtu yhdistäminen synnyttivät suunnatulle annille toiminnan tarkoitusta edistävän liiketaloudellisen perusteen, mikä on ollut B:n kannalta painava taloudellinen syy. Se myös korosti, että suunnattu anti on toteutettu käyvästä arvosta, jolloin muiden osakkeenomistajien omistuksen arvo ei ole laskenut. Korkein oikeus kuitenkin totesi, että anti on ollut osa kokonaisjärjestelyä, jonka tarkoituksena on ollut vähemmistöosakkeenomistajien lunastaminen yhtiöstä, ja että tällaiset järjestelyt lähtökohtaisesti merkitsevät yhdenvertaisuuden loukkaamista. Lopputulemanaan korkein oikeus päätyi eri suuntiin vetäviä perusteita arvioidessaan siihen, että suunnattu anti ei ole ollut omiaan tuottamaan kuntaomistajille epäoikeutettua etua.

3. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi 109/2005 vp, s. 40. Ks. myös Jukka Mähönen – Seppo Villa, Osakeyhtiö I. 3. p. Talentum 2015, s. 353–365.
4. HE 109/2005 vp, s. 102.

Kaksi korkeimman oikeuden oikeusneuvosta katsoivat esittelijän mietintöön pohjautuen, että B:n hallituksen päätös suunnatusta osakeannista on ollut OYL 21:2:ssä tarkoitetulla tavalla selvästi yhdenvertaisuusperiaatteen vastainen. He olisivat kumonneet hovioikeuden tuomion ja julistaneet B:n hallituksen tekemän suunnattua osakeantia koskevan päätöksen mitättömäksi. Myös eri mieltä olleet jäsenet tarkastelivat asiaa kokonaisuutena. He korostivat, että suunnatun osakeannin nimenomaisena tarkoituksena on ollut yksityisen omistuksen poistaminen yhtiöstä B ennen yhtiöiden yhdistymistä. He eivät pitäneet uskottavana, että suunnatulla osakeannilla saatu uusi pääoma eli noin 10 000 euroa olisi ollut annin tarkoitus. Uudella pääomalla ei muutoinkaan katsottu olleen sellaista merkitystä yhteistoiminnalle, että se olisi muodostanut B:n kannalta painavan taloudellisen syyn osakeannille. Eri mieltä olleet jäsenet myös totesivat, että annista on ollut hyötyä vain niille osakkeenomistajille, jotka ovat omistaneet sen yhtiön, jolle anti suunnataan. Koska B:n hallitus on tiennyt, että C:n osakkeenomistajiksi hyväksytään vain tietyt B:n osakkeenomistajista, eli kuntaosakkeenomistajat, ja että tarkoitus on ollut yksityisen omistuksen poistaminen, on anti ollut selvästi yhdenvertaisuusperiaatteen vastainen.

3. Moiteoikeus osakeyhtiön hallituksen suunnattua antia koskevaan päätökseen

Ennen suunnatun osakeannin hyväksyttävyyden arvioimista ratkaisussa jouduttiin ottamaan esikysymyksenä kantaa siihen, oliko A:lla oikeus moittia B:n hallituksen tekemää päätöstä suunnatusta osakeannista. Osakeyhtiölain lähtökohtana on, että osakkeenomistaja ei voi moittia hallituksen päätöksiä. OYL 21:3:ssä on kuitenkin säädetty, että osakkeenomistaja voi moittia hallituksen päätöksiä, jos kyseessä on yhtiökokouksen valtuutuksen perusteella tehty päätös ja päätös on mitätön. Tarkoitus on antaa osakkeenomistajalle oikeussuojaa silloin, kun oikeussuojan tarve on korostunut eli päätös olisi yhtiökokouksen päätöksenä mitätön.[5] OYL 21:2:n mukaan silloin, kun päätös on mitätön, ei sovelleta pätemätöntä päätöstä koskevaa OYL 21:1:n mukaista kolmen kuukauden moiteaikaa. Osakeyhtiölaissa ei ole säädetty siitä, missä ajassa mitätöntä päätöstä tulee moittia, mutta lain esitöiden mukaan mitätöntä päätöstä koskeva moitekanne on kuitenkin nostettava kohtuullisessa ajassa. Sen arviointiin, onko kanne nostettu kohtuullisessa ajassa, vaikuttaa se, milloin osakkeenomistaja on saanut tietää päätöksestä ja mitkä ovat olleet hänen mahdollisuutensa saada päätöksestä tieto. Moiteajan arvioinnissa vaikuttaa myös se, minkä laatuinen ja kuinka vakava

5. Ks. HE 109/2005 vp, s. 30.

päätöksen lainvastaisuus on.[6] Mitättömyyden korjaantumisaika on vähintään kuukausia ja yleensä vuosia.[7]

Nyt tarkasteltavassa tapauksessa osakeyhtiö B esitti, ettei osakkeenomistaja A:lla ollut kanneoikeutta hallituksen päätökseen, koska moiteaika oli kulunut umpeen mitättömyyden korjaantuessa. Asiassa oli näyttöön liittyvää erimielisyyttä siitä, milloin A oli saanut tiedon hallituksen 12.10.2012 päättämästä suunnatusta osakeannista. B katsoi A:n saaneen tiedon siitä lokakuussa 2012. Käräjäoikeuden mukaan asiassa ei ollut esitetty selvitystä siitä, että A olisi saanut tiedon osakeannista ennen kuin huhti-toukokuussa 2013. Koska A oli moittinut hallituksen suunnattua osakeantia koskevaa päätöstä 3.5.2013, kaikki oikeusasteet katsoivat, että A oli nostanut moitekanteen kohtuullisessa ajassa.

Nyt arvioitavassa ratkaisussa hallituksen päätös suunnatusta annista oli tehty yhtiökokouksen valtuutuksen perusteella eli OYL 21:3 saattoi tulla sovellettavaksi. Vaikka asiassa oli epäselvyyttä siitä, milloin osakkeenomistaja A oli saanut tiedon B:n hallituksen päättämästä suunnatusta osakeannista, tuomioistuimet katsoivat perustellusti, että mahdollinen mitättömyys ei ollut korjaantunut ennen kanteen nostamista. Kanne oli nostettu noin kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun hallitus oli tehnyt päätöksen suunnatusta osakeannista. Korkein oikeus totesi hyväksyvänsä käräjäoikeuden ratkaisun moiteoikeuden olemassaolosta.[8] Kun arvioidaan mitättömyyden korjaantumisen yhteydessä sitä, milloin osakkeenomistaja on saanut tiedon tehdystä päätöksestä, on aiheellista asettaa näyttötaakka asiasta yhtiölle. Tämä on perusteltua paitsi osakkeenomistajan vähemmistösuojan myös näytöllisten seikkojen takia.[9] Moiteoikeuden olemassaolon osalta ratkaisu vahvistaa linjaa siitä, missä ajassa moitekanne on nostettava ja että kohtuullista moiteaikaa on syytä arvioida osakkeenomistajamyönteisesti.[10]

6. HE 109/2005 vp, s. 193.
7. Ks. Ville Pönkä, Yhtiökokouksen päätöksen pätemättömyydestä, mitättömyydestä ja olemattomuudesta. Defensor Legis 4/2013, s. 478–498, 494.
8. Korkein oikeus toi esiin myös sen, että osakkeenomistaja A oli nostanut moitekanteen jo yhtiökokouksen osakeantivaltuutusta koskevasta päätöksestä. Ks. ratkaisun perusteluiden kohta 16.
9. Osakkeenomistajan olisi vaikea näyttää toteen ns. negatiivista seikkaa eli sitä, ettei hän ole tiennyt päätöksestä tiettynä ajankohtana.
10. Moiteoikeus on OYL 21:2:n ja OYL 21:3:n perusteella olemassa, jos päätös on selvästi yhdenvertaisuusperiaatteen vastainen. Ks. Manne Airaksinen – Pekka Pulkkinen – Vesa Rasinaho, Osakeyhtiölaki II. Alma Talent 2018, s. 786 ja alav. 37.

4. Suunnattu osakeanti ja painava taloudellinen syy

4.1. Painava taloudellinen syy ja sen yhteys yhdenvertaisuusperiaatteeseen

OYL 9:4:n mukaan osakeannissa voidaan poiketa OYL 9:3:ssä säädetystä osakkeenomistajien merkitystä etuoikeudesta (*suunnattu osakeanti*), jos siihen on yhtiön kannalta painava taloudellinen syy. Säännöksen mukaan suunnatun annin hyväksyttävyyttä arvioitaessa on kiinnitettävä erityistä huomiota osakkeen merkintähinnan ja käyvän hinnan suhteeseen. Vaatimus korostaa OYL 1:7:ssä tarkoitettua yhdenvertaisuusperiaatetta silloin, kun kysymys on osakkeenomistajan etuoikeudesta poikkeamisesta. Tapauskohtaisesti on arvioitava, onko suunnattu osakeanti kokonaisuutena arvioiden osakkeenomistajien yhteisen edun mukainen.[11]

Suunnattu osakeanti muuttaa aina yhtiön omistusrakennetta, joka vaikuttaa yhtiön valtasuhteisiin. Osakkeiden määrän lisääminen voi johtaa joidenkin osakkeenomistajien erityisten vähemmistöoikeuksien menettämiseen tai niiden saavuttamiseen tarvittavan osakemäärän lisääntymiseen. Nyt arvioitavassa tapauksessa suunnattu osakeanti johti siihen, että yhtiölle tuli uusi osakkeenomistaja, jolle kuntaomistajat saattoivat osakevaihdolla siirtää omat osakkeensa eli yli 90 prosentin osuuden ilman riskiä lunastuslausekkeen käyttämisestä. Näin saatettiin edesauttaa yksityisen osakeomistuksen lunastamista yhtiöstä.

Vaikka suunnattua osakeantia voidaan pitää toimenpiteenä, joka sisältää riskin siitä, että osakkeenomistajan asema joutuu väärinkäytöksille alttiiksi, kuuluu enemmistöperiaatteeseen ja osakeyhtiön liiketoiminnalliseen päätöksentekoon suunnattujen osakeantien käyttäminen erilaisten liiketoiminnallisten hankkeiden toteuttamiseen. Suunnatun annin osalta osakkeenomistajien merkintäetuoikeudesta poikkeaminen tarkoittaa yhtiön edun asettamista yksittäisen osakkeenomistajan edun edelle tiettyjen edellytyksien täyttyessä. Tällainen tilanne on kyseessä esimerkiksi silloin, kun yhtiön toimintaa järjestetään uudelleen.

Suunnatun osakeannin kriteerinä olevaa painavan taloudellisen syyn käsitettä voidaan pitää kryptisenä. Käytännössä painava taloudellinen syy pelkistyy yksityiskohtaisessa tarkastelussa suunnatun annin toiminnan tarkoituksen ja yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisuuden arvioimiseen. Se, että suunnatun annin tulee täyttää yhdenvertaisuuden edellytys tarkoittaa oikeuskirjallisuudessa esitetyn perusteella, että annin on oltava kaikkien osakkeenomistajien yhteisen edun mukainen.[12] Tämä edellyttää, että suunnatun annin laajuuden ja ehtojen tulee edistää yhtiön voiton tuottamista nykyisille osakkeenomistajille.[13] Suunnattuun

11. HE 109/2005 vp, s. 102.
12. Ks. Juhani Kyläkallio, Suunnattu anti. Lakimies 6/1988, s. 625–632, 632.
13. Veikko Vahtera, Osakeomistuksen riski ja sääntely. Lakimiesliiton Kustannus 2011, s. 251.

osakeantiin liittyvä painavan taloudellisen syyn kriteeri liittyy siis voimakkaasti yhdenvertaisuusperiaatteeseen. Jos anti on sopusoinnussa yhdenvertaisuusperiaatteen kanssa, on sen katsottava täyttävän myös painavan taloudellisen syyn kriteerin.[14]

4.2. Ratkaisun arviointia painavan taloudellisen syyn ja yhdenvertaisuuden kannalta

Sekä korkeimman oikeuden enemmistössä että vähemmistössä olleet jäsenet keskittyivät ratkaisussaan pro et contra -tyyppiseen argumentointiin siitä, onko suunnattu anti ollut sopusoinnussa yhdenvertaisuusperiaatteen kanssa ja onko anti näin ollen täyttänyt OYL 9:4:ssä tarkoitetun painavan taloudellisen syyn edellytyksen. Lisäksi sekä enemmistö että vähemmistö katsoivat, että järjestelyn tarkoituksena on ollut vähemmistöosakkeenomistajien lunastaminen yhtiöstä ja että tällainen toimi on lähtökohtaisesti myös yhdenvertaisuusperiaatteen vastainen. Eri mieltä olleesta vähemmistöstä poiketen enemmistö löysi kuitenkin perusteluja, joilla suunnattu anti voitiin katsoa yhdenvertaisuusperiaatteen mukaiseksi. Ratkaisevien kysymysten voidaan katsoa kulminoituivan siihen a) onko suunnattuun antiin ollut hyväksyttävät liiketaloudelliset perusteet ja b) ovatko nämä perusteet sopusoinnussa yhdenvertaisuusperiaatteen kanssa. Enemmistön voidaan katsoa vastanneen näihin kysymyksiin myönteisesti ja vähemmistön kielteisesti.

Suunnatun annin hyväksyttävyyden osalta voidaan huomio kiinnittää myös antiin oikeutetun tahon luonteeseen. Suunnatun annin osalta saatetaan olla varsin lähellä vähemmistöosakkeenomistajien loukkaamista, jos anti suunnataan enemmistöosakkeenomistajalle. Myös muulla kiinteällä yhteydellä tai vaikutuksella antiin oikeutettujen ja kontrollia käyttävien tahojen välillä voi olla yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisuutta ilmentävää vaikutusta.[15] Nyt osakeanti suunnattiin taholle, jolla oli yhteinen intressi yhtiön pääomistajina olevien kuntaomistajien kanssa ja suunnatun osakeannin toteuttamisen jälkeinen osakevaihto osoitti, että osakeanti suunnattiin tosiasiassa enemmistöosakkeenomistajien intressipiiriin. Motiivina järjestelylle oli tavoite estää B:n yhtiöjärjestyksessä olleen lunastuslausekkeen hyödyntäminen. Edellä mainitut seikat puoltavat annin yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisuutta.

Keskeinen ero korkeimman oikeuden enemmistön ja vähemmistön näkemysten välillä koski sitä, oliko suunnatun annin aiheuttamat omistussuhteiden muutokset järjestelyn perimmäinen tarkoitus. Enemmistön mielestä näin ei ol-

14. Ks. Ville Pönkä, Yhdenvertaisuus osakeyhtiössä. SanomaPro 2012, s. 366–367 ja siinä mainittu aiempi kirjallisuus.
15. Vahtera 2011, s. 253.

lut. Kun otetaan huomioon, että osakeannilla suunnattujen osakkeiden määrä on ollut vähäinen, B:lle suunnatun osakeannin kautta tullut rahamäärä on taloudellisesti merkityksetön sekä toimet, joita suunnatun annin jälkeen on tehty, on vaikea löytää enää enempää todisteita sen tueksi, että annin tosiasiallinen peruste on ollut yksityisten vähemmistöosakkeenomistajien omistuksen lunastaminen. Tältä osin enemmistön argumentaatio on jopa ristiriitaista. Yhtäältä enemmistö katsoo, että ”*anti on ollut osa kokonaisjärjestelyä, jossa tarkoituksena on ollut vähemmistöosakkeenomistajien lunastaminen yhtiöstä*”. Toisaalta enemmistö toteaa myöhemmin, että tässä tapauksessa *osakkeenomistajien omistussuhteiden muutokset eivät kuitenkaan ole olleet järjestelyn perimmäinen tarkoitus*. Edelleen enemmistön mukaan tarkoituksena on ollut yhtiön painavan taloudellisen edun vaatima yhteistyön syventäminen toisen yhtiön kanssa ja yhtiöiden sulautuminen. Tämä on puolestaan välivaiheessa edellyttänyt yksityisen omistuksen poistamista yhtiöstä. Enemmistö on siis edellä katsonut, että hyväksyttävänä perusteena suunnatulle annille on ollut tiettyjen osakkeenomistajien omistuksen poistaminen, jotta yhtiön kaavailema sulautuminen toisen yhtiön kanssa voidaan toteuttaa.

Suunnattuun antiin ja sen perusteena olevaan painavaan taloudelliseen syyhyn liittyvien liiketaloudellisten perusteiden mieltäminen riittämättömiksi ei ole kovinkaan helppoa. Vaikka sekä enemmistö että vähemmistö katsoivat, että annin tarkoitus oli vähemmistöomistuksen poistaminen yhtiöstä, katsoi enemmistö kuitenkin, että annin toteuttamiseen oli hyväksyttäviä liiketoiminnallisia syitä. Tämä on omiaan osoittamaan sen, että vaikka suunnatulla annilla olisi suhteellisen selvästi vieras tarkoitus, voidaan lähes aina asiassa nähdä myös hyväksyttäviä liiketaloudellisia syitä.

Tarkasteltaessa suunnatun annin hyväksyttävyyttä osakeyhtiön tarve käyttää suunnattua antia omien objektiivisesti hyväksyttävien ja yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisten taloudellisten tavoitteidensa saavuttamiseen on huomattavasti tärkeämpi edellytys kuin yksittäiselle osakkeenomistajalle mahdollisesti aiheutuva subjektiivinen menetys.[16] Nyt arvioitavassa asiassa voidaan kuitenkin kyseenalaistaa se, oliko yhtiön pääomistajien intressi fuusioitua toisen yhtiön kanssa ja tehdä yhtiöstä hankintalain mukainen sidosyksikkö hyväksyttävä peruste yhtiöoikeudelliselta kannalta. Perinteisessä yhtiöoikeudellisessa katsannossa se näyttäisi olevan ristiriidassa OYL 1:7:n yhdenvertaisuusperiaatteen sisällön kanssa, koska edellä mainittua perustetta ei voi pitää objektiivisesti arvioiden kaikkien osakkeenomistajien edun mukaisena. Kriittisesti arvioiden voitaisiin jopa kysyä, hyväksytäänkö ratkaisussa KKO 2018:19 vähemmistön loukkaaminen, kun enemmistöllä näyttäisi olevan omalta kannaltaan hyvät perusteet siihen ja kun vähemmistön omistusosuus on kokonaisuutena vähäinen.

16. Vahtera 2011, s. 249.

4.3. Käyvän hinnan riittävyys suhteessa yhdenvertaisuusperiaatteeseen

Korkeimman oikeuden enemmistö korosti käräjäoikeuden tavoin sitä, että suunnattu osakeanti lisäsi vähemmistönkin omistuksen arvoa, mikä puoltaa annin katsomista yhdenvertaisuusperiaatteen mukaiseksi. Pelkkää suunnattujen osakkeiden hintaa arvioimalla osakeantia voidaan pitää yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisena ja painavan taloudellisen syyn kriteerit täyttävänä. On kuitenkin suhtauduttava kriittisesti siihen, että yksityisessä osakeyhtiössä pelkkä osakkeen käypä hinta riittäisi täyttämään painavan taloudellisen syyn ja sen olemassaoloon vaikuttavan yhdenvertaisuusperiaatteen vaatimuksen.[17]

Osakeyhtiölain esitöiden mukaan painavana taloudellisena syynä ei koskaan voida pitää osakekaupoista johtuvien omistussuhteiden muutosten estämistä tai tietyn osakkeenomistajan enemmistöaseman turvaamista.[18] Tämä kyseenalaistaa korkeimman oikeuden enemmistön argumentaation. Koska suunnatun annin tarkoitus oli edesauttaa yksityisten vähemmistöosakkeenomistajien osakkeiden lunastamista ja saada yhtiö kokonaisuudessaan kuntaomisteiseksi, olisi suunnattua osakeantia koskeva päätös helposti katsottavissa yhdenvertaisuusperiaatteen vastaiseksi. Kysymys ei ollut varsinaisesti osakeyhtiölain esitöissä kielletyksi katsotuista toimista vaan suunnatun osakeannin käyttämisestä apuvälineenä tiettyjen osakkeenomistajien omistuksen lunastamiseksi ja lunastuslausekkeen käytön estämiseksi. Tätä tavoitetta voidaan pitää vähemmistöosakkeenomistajien aseman kannalta vielä kyseenalaisempana tavoitteena kuin esitöissä kuvatut esimerkit. On haasteellista löytää tapauksessa suunnatulle osakeannille muita perusteita kuin vähemmistön osakkeiden lunastamisprosessin edistäminen, joka vahvistaa enemmistössä olevien kuntaomistajien asemaa. Näin ollen pelkkä suunnattujen osakkeiden merkintähinnan käypä arvo ei riitä tekemään annista hyväksyttävää.

On siis vaikea perustella, miksi osakeanti olisi ollut objektiivisesti arvioiden kaikkien osakkeenomistajien edun mukainen, ellei sen perusteeksi katsota yksin osakkeista maksettua hintaa. Tällaisen argumentin kantavuuteen on suhtauduttava kriittisesti. Pelkkä rahoituksen hankkiminen ja osakkeiden käypä hinta riittävät usein pörssiyhtiöissä painavaksi taloudelliseksi syyksi. Pienissä yhtiöissä asia on toisin, koska painavaksi taloudelliseksi syyksi katsottavat olosuhteet ovat useammin käsillä pörssiyhtiössä kuin pienissä yhtiöissä.[19] Syynä tähän on osakeomistuksen erilainen luonne ja toiminnan koko. Lain esityöt ja keskeiset yhtiöoikeudelliset periaatteet eivät siis puolla korkeimman oikeuden enemmistön tekemää johtopäätöstä, että esitetyt liiketoiminnalliset perusteet

17. Allan Huttunen, Suunnatun annin perusteesta. Turun yliopisto 2005, s. 166, jossa Huttunen toteaa, että vaikka suunnatussa annissa osakkeen merkintähinta ei sisälly yhtiön kannalta painavaan taloudelliseen syyhyn, on hinta tähän vääjäämättömässä kohtalon yhteydessä. Hinta on aina otettava huomioon, kun harkitaan suunnatun annin asianmukaisuutta.
18. HE 109/2005 vp, s. 102.
19. HE 109/2005 vp, s. 102.

ja käypä hinta riittäisivät suunnatun annin perusteeksi, koska annin tosiasiallisena tarkoituksena on omistussuhteiden muuttaminen ja enemmistöomistajien aseman vahvistaminen.

4.4. Muita näkökohtia

Edellä on suhtauduttu kriittisesti korkeimman oikeuden enemmistön kantaan ja puollettu vähemmistöön jääneiden jäsenten argumentaatiota. Arvioitaessa ratkaisun oikeusohjeita on huomioitava kaksi seikkaa, jotka vähentävät ratkaisun käyttökelpoisuutta muiden suunnattujen osakeantien hyväksyttävyyden arvioimisessa.[20] Korkeimman oikeuden enemmistö on todennut, että vähemmistöosakkeenomistajilla on jo ennen osakeantia ollut vähemmän kuin yksi kymmenesosa yhtiön osakkeista, eikä osakeanti tai kokonaisjärjestely ole tässä suhteessa heikentänyt heidän asemaansa lunastusuhan kannalta. Tämä on relevantti huomio. Ensinnäkin kuntaomistajilla olisi ollut mahdollisuus toteuttaa yksityisen omistuksen poistaminen esimerkiksi siirtämällä kaikki kuntaomistajien osakkeet yksittäisen kunnan omistukseen, joka olisi voinut lunastaa yksityiset vähemmistöosakkeet pois. Näin ajatellen B:n hallituksen päättämästä suunnatusta osakeannista ei seurannut yksityisille osakkeenomistajille taloudellista vahinkoa. Vaikka siis suunnattu anti vaikuttaisikin olevan yhdenvertaisuusperiaatteen vastainen, antia ei ole välttämättä aiheellista katsoa osakeyhtiölain vastaiseksi, koska järjestely ei aiheuta vähemmistölle mitään oikeudenmenetystä, sillä heidän vähemmistöosakkeensa olisi lunastettu joka tapauksessa.

Voidaan suhtautua kielteisesti siihen, että keskeinen vähemmistösuojasäännös sivuutetaan sen takia, että samanlainen lopputulos (vähemmistön osakkeiden lunastaminen) olisi ollut saavutettavissa toisenlaisella toimintatavalla. Tätä seikkaa voidaan kuitenkin pitää parempana argumenttina suunnatun annin hyväksyttävyydelle kuin näennäisiä liiketaloudellisia perusteita tai sitä, että tiettyjen omistajien osakeomistuksen poistamista enemmistön tavoitteiden toteuttamiseksi pidettäisiin yhtiöoikeudellisesti hyväksyttävänä syynä suunnatulle osakeannille.

Toinen peruste, jonka voi nähdä puoltavan enemmistön lopputulosta on se, että yksityisen omistuksen poistaminen mahdollisti yhtiön 99,62 prosenttisesti omistaneille kunnille yhtiön toiminnan järjestämisen niiden toivomalla tavalla kuntien sidosyksikkönä. Tämän tavoitteen toteutumisen A:n halu säilyä

20. Ks. myös Manne Airaksinen – Pekka Pulkkinen – Vesa Rasinaho, Osakeyhtiölaki I. Alma Talent 2018, s. 744 ja erityisesti alav. 76, jossa on suhtauduttu kriittisesti ratkaisuun KKO 2018:19 ja todettu, ettei ratkaisua tule liiallisesti yleistää.

yhtiön osakkeenomistajana olisi estänyt. Korkein oikeus onkin todennut, että yhteistyön syventäminen toisen yhtiön kanssa on välivaiheena edellyttänyt yksityisen omistuksen poistamista yhtiöstä. Ratkaisussa siis annetaan ymmärrystä pyrkimykselle poistaa yksityinen omistus suunnattua osakeantia hyväksikäyttämällä.[21] Tähänkin tulee suhtautua kriittisesti. Ylipäätään halu jatkaa yhtiön osakkeenomistajana on hyväksytty syy vastustaa toimia, joilla pyritään tiettyjen osakkeenomistajien osakeomistuksen päättämiseen. Koska lisäksi yhdenvertaisuusperiaatteen ydinsisältönä on, että toimen tulee olla objektiivisesti arvioiden kaikkien osakkeenomistajien edun mukainen, ei tiettyjen osakkeenomistajien osakeomistuksen poistamismotiivi voi juuri koskaan olla hyväksyttävä kaikkien osakkeenomistajien kannalta. Tätä voidaan perustella sillä, että yhdenvertaisuusperiaatteen soveltuminen ei edellytä tietynsuuruista omistusta vaan se suojaa yhdenkin osakkeen omistajaa.

5. Lopuksi

Ratkaisu KKO 2018:19 koskettaa yhtiöoikeudellisesti tärkeää suunnatun annin hyväksyttävyyttä painavan taloudellisen syyn ja yhdenvertaisuusperiaatteen kannalta. Lisäksi siinä on otettu kantaa mitätöntä päätöstä koskevaan moiteoikeuteen. Ratkaisun tausta on kuitenkin sui generis -tyyppinen, koska kysymys ei ollut normaalista liiketoimintaa harjoittavasta yhtiöstä vaan kuntaomistajien yli 99 prosenttisesti omistamasta yhtiöstä, josta oli tarkoitus saada hankintalaissa tarkoitettu sidosyksikkö. Näin ollen ratkaisun KKO 2018:19 perusteluiden käyttämiseen sellaisenaan muiden osakeyhtiöiden suunnatun annin hyväksyttävyyden arvioimiseen on suhtauduttava varauksella.

B:n kuntaomistajien tarkoituksena oli suunnatun osakeannin avulla mahdollistaa osakkeidensa keskittäminen uuteen yhtiöön, joka olisi lunastanut yksityisen osakkeenomistuksen, ja olisi synnyttänyt sidosyksikköaseman. Suunnatusta osakeannista oli päätetty lokakuussa 2012, A oli nostanut moitekanteen toukokuussa 2013 ja ratkaisu asiasta saatiin maaliskuussa 2018. Prosessi siis kesti yleisissä tuomioistuimissa lähes viiden vuoden ajan. Tästä voidaan tehdä kaksi havaintoa.

Koska kuntaomistajat päätyivät käyttämään yksityisen osakeomistuksen poistamiseksi hyväksyttävyydeltään tulkinnanvaraista toimintamallia, seurasi siitä

21. Ks. Jukka Mähönen – Seppo Villa, Osakeyhtiö II. 3.p. SanomaPro 2012, s. 295, jossa on todettu, että sääntelyn lähtökohtana on, että osakkeenomistajilla on oikeus säilyttää suhteellinen omistus- ja valtaosuutensa yhtiössä silloinkin, kun yhtiöllä on tarvetta lisätä oman pääoman ehtoisen rahoituksen määrää.

ajallinen viivästys pääomistajien tavoitteen saavuttamiselle. Näin ollen hyväksyttävyydeltään toisenlainen toimintamalli, jossa kuntaomistajien osakkeet olisi siirretty yksittäiselle kunnalle, joka olisi lunastanut yksityiset osakkeenomistajat OYL 18 luvun mukaisesti, olisi ollut suunnattua antia ongelmattomampi vaihtoehto kokonaisjärjestelyn toteuttamiselle. Toinen prosessin kestoon liittyvä huomio on se, että yhtiöoikeudellisten riitaisuuksien käsittely muualla kuin yleisissä tuomioistuimissa ei ole yllättävää. Kun prosessi voi yleisissä tuomioistuimissa kestää yli viisi vuotta, riita-asiat pyritään selvittämään muilla keinoin.[22]

Veikko Vahtera

22. Ks. pitkästä prosessin kestosta KKO 2015:104, jossa vuoden 2007 tilinpäätöksen perustella jaettavaa vähemmistöosinkoa koskeva riita-asia ratkaistiin joulukuussa 2015.

Lakimies
6/2018
s. 787–799

KKO 2018:37 – Yhteistyösopimuksen irtisanominen

1. Ratkaisu pääpiirteissään

Ratkaisussa KKO 2018:37 oli kysymys kahden yhtiön välisen yhteistyösopimuksen irtisanomisesta, siihen soveltuvan kohtuullisen irtisanomisajan määrittämisestä sekä sopimuksen päättymiseen liittyvästä vahingonkorvauksesta. Kahvia valmistava M Oy ja kertakäyttöastioita valmistava SK Oy olivat vuonna 2008 aloittaneet yhteistyön, josta ei oltu laadittu sopimusta. Yhteistyön sisältönä oli tosiasiallisesti ollut se, että SK Oy valmisti kertakäyttöisiä kahvimukeja M Oy:n kahvimerkkien logoilla perustuen M Oy:n suunnittelutyöhön ja sen omistaman tavaramerkin käyttöoikeuteen. M Oy osti näin valmistetusta mukituotannosta osan aina itselleen, minkä lisäksi se salli SK Oy:n myydä kertakäyttömukeja tukkuliikkeille jälleenmyyntiin. Sittemmin M Oy 26.8.2011 ilmoitti SK Oy:lle, että se lopettaa yhteistyön vuoden 2011 lopussa. SK Oy ei annetun irtisanomisajan aikana saanut mukivarastoaan myydyksi loppuun, ja sille jäi valmistettuja myymättä jääneitä mukeja 62 517,70 euron arvosta. SK Oy vaati korvausta myymättä jääneistä valmistamistaan tuotteista.

Helsingin käräjäoikeus hylkäsi kanteen todeten SK Oy:llä olleen riittävästi aikaa myydä mukivarasto loppuun. Helsingin hovioikeus päätyi toisenlaiseen lopputulokseen katsoen, että M Oy:n antaman sopimuksen päättymisajan olisi tullut olla pidempi jo valmistettujen mukien myymiseksi ja M Oy:n oli siksi korvattava myymättä jääneiden mukien arvo. Korkein oikeus jätti äänestyksellä (3–2) käräjäoikeuden tuomion voimaan todeten, että SK Oy:llä oli ollut riittävä aika jo valmistettujen mukien myymiseen, eikä myymättä jääneitä mukeja täten korvattu.

2. Tapauksen ongelmasta

Ongelmia tapauksen tosiseikastossa aiheutti ensinnäkin se, oliko osapuolten välille syntynyt sopimus, ja toisekseen sopimuksen sisältö. Osapuolet eivät olleet laatineet muodollista sopimusta, mikä täten johti KKO:n arvioimaan sitä, oliko sopimuksen synnyn edellyttämä yksimielisyys saavutettu osapuolten tosiasiallisen käyttäytymisen perusteella ilman nimenomaisia tahdonilmaisuja. Suomessa

mahdollisena sopimuksen syntytapana on pidetty osapuolten tosiasiallista toimintaa tai käyttäytymistä ilman, että tällöin vaihdettaisiin varallisuusoikeudellisista oikeustoimista annetussa laissa (228/1929, oikeustoimilaki) edellytettyjä nimenomaisia tahdonilmaisuja.[1] Sopimusvastuuseen johtavan käyttäytymisen edellytyksenä on kuitenkin se, että osapuolten voidaan todeta saavuttaneen yksimielisyyden sopimukseen sitoutumisesta ja sopimuksen sisällöstä.[2]

Tapauksessa M Oy ei sinänsä ollut kiistänyt sopimuksen syntymistä osapuolten välisistä mukitoimituksista. Ongelmana oli kuitenkin se, ettei osapuolten sopimuksen tarkkaa sisältöä voitu osoittaa. KKO tarkasteli osapuolten tosiasiallista toimintaa ja katsoi, että osapuolten välille oli syntynyt toistaiseksi voimassa oleva mukien tuotantoa ja jakelua koskeva yhteistyösopimus.[3] Suomessa toistaiseksi voimassaolevia kestovelkasuhteita koskevana lähtökohtana on pidetty sopimuksen vapaata irtisanomisoikeutta. Ellei muuta ole sovittu, sopimusosapuoli voi ilman erityisiä perusteita päättää sopimussuhteen ja sovellettavaksi tällöin tulee *kohtuullinen* irtisanomisaika.[4] Kohtuullisen irtisanomisajan määritys johtaa kuitenkin välttämättömästi oikeudelliseen harkintaan, sillä kohtuullisuus sopimusoikeudessa viittaa vain yleisesti suoritusten ja toimenpiteiden oikeasuhtaisuuteen.[5]

Ratkaisun KKO 2018:37 keskiössä oli arviointi Suomen oikeuden sisällöstä kohtuullisen irtisanomisajan vaatimuksen osalta. Kohtuullisen irtisanomisajan

1. Pohjoismaissa sopimuksen synnyn mahdollistavan tahdonilmaisun käsite kattaa myös hiljaisuuden ja toiminnan seurauksena välittyvät tahdonilmaisut, eikä oikeustoimilain tarjous–vastaus -mekanismia voida pitää ainoana sopimuksen syntytapana. Konkludenttista sopimuksen syntyä koskevasta suomalaisesta oikeuskäytännöstä korkein oikeus mainitsee esimerkkeinä ratkaisut KKO 2006:71, KKO 2010:23 ja KKO 2011:6.
2. Sopimussuhteen sisällölle on kuitenkin voitava osoittaa sellainen välttämätön vähimmäissisältö, että sen mukaisten velvoitteiden ja oikeuksien täytäntöönpano on ylipäätään mahdollista tuomioistuimen toimesta. Juha Häyhä, Kauppahinnasta, s. 67–89 teoksessa Ari Saarnilehto (toim.), Maaliskuun 25 päivän rahasto 100 vuotta. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2007, s. 73–76.
3. Tapauksessa yhteistyöluonnetta osoitti se, että M Oy oli antanut käyttöoikeuden tavaramerkkiensä käyttämiseen tilattavien mukien valmistuksessa ja vastannut itse mukien suunnittelusta sekä valvonut tuotannon laatua. Osapuolilla oli lisäksi ollut yhteistä markkinointia sekä kampanjoita, joissa kahvi ja muki olivat olleet myynnissä yhteishinnalla. M Oy oli myös edustanut SK Oy:tä mukien myyntiä koskevissa neuvotteluissa (perustelujen kohdat 8–9) . Osapuolten välinen yhteistyö on toteutunut näiden välisissä sähköpostiviesteissä suunnitellulla tavalla.
4. Kohtuullisen irtisanomisajan kuluttua tapahtuneen sopimussidonnaisuuden päättymisen osalta korkein oikeus viittasi ratkaisuun KKO 2010:69, jossa kyse oli yhtä lailla yhteistyösopimuksen irtisanomisesta. Ks. kohtuullisen irtisanomisajan vaatimuksesta myös KKO 1982 II 1 ja KKO 1985 II 130.
5. Moraalikäsitteiden epämääräisyydestä soveltamiskriteereinä johtuu, että tapauksen kaikki erityispiirteet tulee asianmukaisesti ottaa huomioon. Käytännön reaalisille näkökohdille perustuvan in casu -menetelmän arvoa heikentää oikeusilmiöiden liiallinen yksinkertaistaminen ja oikeussääntöjen mekaaninen yhtenäistäminen. Ks. oikeudellisen harkinnan välttämättömyydestä Juha Pöyhönen, Uusi varallisuusoikeus. Kauppakaari 2000, s. 194 ss.

pituutta määritettäessä KKO viittasi kauppaedustajista ja myyntimiehistä annetun lain (417/1992) 23 §:n sopimuksen keston mukaan määräytyvään irtisanomisaikaan ja kansainväliseen periaatekokoelmaan ”Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference” (DCFR) sisältyviin määräyksiin sopimuksen kohtuullisesta irtisanomisajasta. KKO totesi, että merkittävinä kohtuulliseen irtisanomisaikaan vaikuttavina seikkoina voidaan yleensä pitää muun muassa sopimussuhteen kestoa, sopimusosapuolten panostuksia ja sijoituksia sekä aikaa, joka osapuolella kuluu uuden sopimuskumppanin löytämiseen.

Tapauksessa irtisanotun osapuolen panostus perustui pääasiallisesti riittävän myyntivaraston ylläpitämiseen toimitusten turvaamiseksi. Kohtuullista irtisanomisaikaa arvioitaessa KKO piti merkittävänä erityisesti sitä, kuinka suurta varastoa alan myynti- ja valmistuskäytännön johdosta voitiin pitää perusteltuna. Varaston laajuuden riittävyyden arviointiin vaikuttivat varastotuotteiden kysyntä sekä varaston arvioitu myyntiaika. Tapauksessa esitetyn selvityksen mukaan ei kuitenkaan voitu päätellä minkä suuruinen varasto erilaisia mukeja olisi ollut tarpeen loppuvuoden 2011 ja vuonna 2012 alkavia toimituksia varten. Epäselväksi jäi myös se, kuinka kauan tarpeellisena pidettävän varaston myynti olisi kestänyt. Mainituista epäselvyyksistä huolimatta kohtuullisena irtisanomisaikana ratkaisussa pidettiin neljää kuukautta. KKO:n enemmistön mukaan mainittua aikaa oli pidettävä riittävänä esimerkiksi kauppaedustuslain ja kansainvälisen mallisääntelyn mukaan sellaisissa sopimussuhteissa, joissa toisen osapuolen toiminnallinen ja taloudellinen sidonnaisuus sopimussuhteeseen on voimakkaampaa kuin SK Oy:n sidonnaisuus sopimukseen M Oy:n kanssa.

3. Ratkaisun KKO 2018:37 arviointia

3.1. Sopimusriippuvuuden vaikutuksesta irtisanomisaikaan

Kohtuullisen irtisanomisajan mitoitukseen vaikuttaa sopimusriippuvuudeksi kutsuttu ilmiö. Sopimuksen jatkuvuuden tarvetta voi selittää joko toiminnallinen tai osapuolen tekemien investointien taikka näiden molempien yhdessä synnyttämä riippuvuus kyseisen sopimuksen olemassaolosta.[6] Ratkaisussa 2018:37 KKO:n enemmistö perusteli neljän kuukauden irtisanomisajan riittävyyttä muun muassa sillä perusteella, että SK Oy:llä oli muitakin asiakkaita kuin M Oy, eikä SK

6. Ks. sopimusriippuvuuden muodoista ja vaikutuksesta irtisanomisoikeuden sisältöön Mika Hemmo, Sopimusriippuvuus ja kestosopimuksen irtisanomisen edellytykset. Liikejuridiikka 1/2015, s. 83–116.

Oy:n liiketoiminta näin ollen ollut riippuvainen yhteistyösopimuksesta M Oy:n kanssa. Toiminnallinen sopimusriippuvuus on yksi irtisanomisaikaan vaikuttava seikka, jos osapuoli ei sopimuksen päättyessä voi jatkaa liiketoimintaansa sen ollessa irtisanottavan sopimuksen varassa. Toiminnallisen riippuvuuden lisäksi kohtuullisen irtisanomisajan pituuteen vaikuttavat myös sellaiset kyseistä sopimussuhdetta varten tehdyt erityiset investoinnit, joita ei pystytä hyödyntämään muussa toiminnassa joko lainkaan tai hyvin vähäisissä määrin.

Investointiperusteinen sopimusriippuvuus perustuu irtisanottavan osapuolen tekemiin taloudellisiin panostuksiin, joille ei löydy korvaavaa käyttöä sopimussuhteen jälkeen tai joiden jälleenmyyntiarvo on vähäinen.[7] Investoinnin hyödynnettävyyden rajoittuminen voi johtua esimerkiksi siitä, että sopimussuhdetta varten valmistettuja tuotteita rasittaa immateriaalioikeuden käyttörajoitus, tai sopimushyödyke on itsessään erityistä käyttötarkoitusta varten valmistettu eikä näin valmistetulle hyödykkeelle ole jälleenmyyntimarkkinoita.[8] Vaikka KKO:n enemmistö havaitsi, ettei irtisanottavan osapuolen koko liiketoiminta ollut sinänsä toiminnallisesti riippuvainen kyseisen sopimussuhteen jatkuvuudesta, koska tällä oli myös muita asiakkaita, oli tapauksessa kyse sellaisista kertakäyttömukeista, jotka SK Oy oli valmistanut M Oy:n ja sen asiakkaiden käyttöön M Oy:n edellyttämien mallien ja logojen mukaisesti M Oy:n tavaramerkkioikeuteen perustuen.[9] Näin valmistettuja mukeja ei sopimussuhteen päätyttyä pystytty vahingon rajoittamiseksi myymään samalla rikkomatta tavaramerkkioikeutta. Kertakäyttömukit olivat käsillä olevaan sopimussuhteeseen tehtyjä sellaisia investointeja, jotka eivät olleet hyödynnettävissä muissa sopimussuhteissa.

7. Taloudellisissa panostuksissa on kyse sellaisista järjestelyistä, joita osapuoli on tehnyt luottaen sopimuksen pysyvyyteen ja jotka kävisivät hyödyttömäksi sopimuksen päätyttyä odotettua aiemmin. Ks. perusteltujen odotusten suojasta sopimusperusteisten investointien osalta Mika Hemmo, Irtisanomisvapaus ja pitkäkestoiset liikesopimukset. Defensor Legis 3/1996, s. 328–346, 336–338.
8. Investointiin nähden riittämättömäksi mitoitettu irtisanomisaika aiheuttaa osapuolelle merkittäviä palautumattomia kustannuksia, jos osapuolen sopimuksen jatkuvuuteen luottaen tehdyt investoinnit eivät ehdi käydä kannattaviksi sopimuskauden aikana. Sopimuskohtaisen investoinnin luonteen vuoksi ei merkitystä yleensä ole sillä ajalla, joka osapuolella kuluisi uuden sopimuskumppanin löytämiseen, koska investointia ei sen sopimuskohtaisuuden vuoksi voida lainkaan hyödyntää muussa sopimussuhteessa. Ks. sopimusspesifin investoinnin luonteesta ja sopimuksen keston merkityksestä sen kannalta James A. Brickley – Misra Sanjog – Lawrence R. von Horn, Contract Duration: Evidence from Franchising. Journal of Law & Economics 49(1) 2006, s. 177–196, 178–179. Käytännössä ongelma monesti ratkeaa osapuolten sopiessa nimenomaisesta irtisanomisajasta, jolloin investointien mitoitus ja niiden takaisintuotto voidaan määrittää irtisanomisaikaa silmällä pitäen.
9. Perustelujen kohtien 19–20 mukaan SK Oy:n oli yhteistyösopimuksen myötä moninkertaistanut tuotantonsa ja kunkin uuden mukimallin kehittelyyn oli vaadittu resursseja. Kustannuksia aiheutui painolaatoista, minkä lisäksi oikean värisävyn saaminen mukiin saattoi edellyttää jopa 300 000 mukin koetuotantoa.

Tapauksessa KKO:n enemmistö otti kantaa lähinnä toiminnallisen sopimusriippuvuuden ongelmaan irtisanomisaikaa selittävänä seikkana, kun taas vähemmistö havaitsi investointiperusteisen sopimusriippuvuuden olevan myös tapauksen irtisanomisaikaan vaikuttava tekijä. Vähemmistön perustelujen mukaan kohtuullista irtisanomisaikaa tarkasteltaessa riittävänä ei voida pitää vain yksinomaan sen ajan tarkastelua, joka on riittävä tuotannon lopettamiseen tarvittava aika. Osapuoli oli tehnyt sopimussuhteeseen perustuen merkittäviä toimenpiteitä sellaisten tuotteiden osalta, joiden tosiasiallisen myyntioikeuden tämä menetti sopimuksen päättyessä. Vähemmistön mukaan sopimuksen päättämisestä aiheutunutta vahinkoa arvioitaessa olisi tullut huomioida erityisesti se, ettei osapuoli voinut sopimussuhteen päätyttyä enää lainkaan myydä yhteistyösopimuksen mukaisesti valmistamiaan tuotteita. Vähemmistön esiin nostamaa seikkaa myyntioikeuden menettämisestä sopimuksen päättyessä voidaan pitää merkityksellisenä juuri investointiperusteisen sopimusriippuvuuden näkökulmasta. Tällaisen seikan tulisi vaikuttaa kohtuullisen irtisanomisajan harkinnassa.

Investointiperusteisen sopimusriippuvuuden on helposti katsottu olevan käsillä niissä tilanteissa, joissa lisenssiin perustuva sopimustoiminta päättyy ja kun sopimuksen perusteella tehdyt taloudelliset panostukset käyvät hyödyttömiksi niihin liittyvän sopimuksen päättymisen jälkeisen oikeudellisen rajoituksen takia.[10] Sopimuksen jatkuvuutta tulisi suojata riittävän pituisella irtisanomisajalla silloin, jos irtisanottava osapuoli ei objektiivisesti arvioiden ja perustellusti odotetulla tavalla pystyisi hyödyntämään sopimussuhdetta varten tekemiään taloudellisia panostuksia ennen sopimuksen päättymistä.[11] Sopimuksen irtisanomisesta johtuvia kattamatta jääneitä kustannuksia ei voida aina yksinomaan selittää sillä, että osapuolen tulisi toiminnassaan ottaa huomioon KKO:n enemmistön esittämä mahdollisuus, että sopimus päättyy *jossain* vaiheessa.[12] Osapuolten väli-

10. Antony W. Dnes, Franchise Contracts, Opportunism and the Quality of Law. Entrepreneurial Business Law Journal 3(2) 2009, s. 257–274, 266. Hemmo tuo esille samanlaisen oikeudellisen sopimukseen perustuvan rajoituksen aiheuttaman sopimusriippuvuuden kilpailukieltojen osalta. Irtisanottava osapuoli saattaa toimia esimerkiksi jakelijana franchising- tai yksinmyyntisopimuksessa, jossa sopimuksen päättymisen jälkeistä toimintaa saattaa rajoittaa kilpailukieltoehto. Kilpailukieltoehto saattaa tosiasiallisesti poistaa koko myyntioikeuden sopimuksen perusteella hankittujen tuotteiden osalta. Hemmo 2015, s. 86.
11. Yhteistyösopimuksen irtisanomista koskevassa ratkaisussa KKO 2010:69 tämä seikka tuodaan näin nimenomaisesti ilmi. Sopimuksen jatkuvuuteen perustuvien odotusten ja investointien tekemisen perusteltavuuden arviointi ei kuitenkaan voi yksinomaan perustua irtisanottavan osapuolen omiin käsityksiin. Lisäksi tällaiseen objektiiviseen edellytykseen vetoavan on toimittava vilpittömin mielin. Ks. perusteltujen odotusten suojan arvioinnista objektiivisten ja yksilöllisten edellytysten välillä Erika P. Björkdahl, Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden – En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter. Iustus 2007, s. 144–214 ja 360.
12. KKO:n enemmistön perustelut kohta 27: ”Liiketoimintasopimukseen liittyy aina myös taloudellinen riski. SK Oy:n on toiminnassaan täytynyt ottaa huomioon se mahdollisuus, että

nen yhteistoiminta ja käyttäytyminen saattavat luoda tästä lähtökohdasta toiseen suuntaan vieviä oikeutettuja odotuksia sopimuksen jatkuvuudesta.[13] Perusteltujen odotusten suojaa voivat synnyttää sellaiset sopimussuhdetta varten tehdyt investoinnit, jotka ovat olosuhteet huomioon ottaen tavanomaisia ja toisen osapuolen tiedossa.[14] Tällaisten investointien tekeminen voi johtaa perusteltuun odotukseen sopimuksen jatkuvuudesta vähintään siihen asti, että investointi kävisi edes jollain tapaa taloudellisesti mielekkääksi.

Tapauksessa osapuolten välinen yhteistyö edellytti sitä, että SK Oy:llä oli oltava riittävä varasto mukitoimitusten turvaamiseksi. Myyntijaksotus oli vakiintunut siten, että kunkin vuoden ensimmäiselle kahdeksalle kuukaudelle myyntiin tulevat tuotteet tuli ilmoittaa tukkuliikkeiden myyntilistoille edellisen vuoden elokuussa, josta myös M Oy oli ollut tietoinen. M Oy:n mallien ja logojen perusteella tehtävien uusien mukimallien kehittäminen aiheutti kustannuksia, joiden kattamiseen SK Oy oli varautunut odottaen mukien myynnin jatkuvan myös vuoden 2012 toimituskaudella. Enemmistön mukaan edellä mainittujen syiden vuoksi sopimuksen päättäminen edellytti kohtuullista irtisanomisaikaa. Tästä huolimatta SK Oy:n olisi silti toiminnassaan täytynyt ottaa huomioon se enemmistön esittämä mahdollisuus, että sopimus päättyy jossain vaiheessa.

3.2. Sopimussuhteeseen perustuneiden kustannusten jaosta

Yhteistyösopimuksen irtisanomisaikaa koskevan analogian perusteena on sitä määrittävän oikeusnormin puuttuminen. Ratkaisussa KKO 2018:37 analogiaa haettiin lähellä olevasta sopimustyypistä; kauppaedustussopimuksesta.[15] Enem-

sopimus päättyy jossain vaiheessa."

13. Ruotsin korkeimmassa oikeudessa investointien merkitykseen kohtuullisen irtisanomisajan osalta on otettu kantaa ratkaisussa NJA 2009 s. 672, jossa irtisanottu osapuoli oli sopimuskäytännön mukaisesti tehnyt taloudellisia panostuksia sopimussuhteen aikana. Kohtuullista irtisanomisaikaa arvioitaessa huomioon otettiin tällaisten investointien odotettu tuotto, marginaalikustannukset ja muut kustannukset, joita irtisanotulle osapuolelle aiheutui markkinointi- sekä sopeutustoimenpiteistä. Ks. ratkaisun osalta Christina Ramberg, Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal. Svensk Juristtidning 1/2010, s. 94–98.
14. Sopimukseen perustuvien investointien perusteltavuus ja niistä johtuva perusteltujen odotusten suoja sopimuksen voimassaolon jatkuvuudesta tietyn vähimmäisajan riippuu luonnollisesti myös siitä, kuinka sopimuksen irtisanova osapuoli on tällaisiin investointeihin suhtautunut. Ks. Hemmo 1996, s. 336–338. Irtisanovan osapuolen suhtautumista voidaan jaotella sen mukaan, onko osapuoli nimenomaisesti vaatinut tällaisen investoinnin tekemistä tai myötävaikuttanut niiden tekemiseen positiivisella suhtautumisellaan. Toisaalta osapuoli on saattanut olla täysin tietämätön irtisanotun osapuolen tekemistä investoinneista tai sinänsä tiennyt niistä, mutta tämä on jäänyt asiassa passiiviseksi oman kantansa suhteen.
15. Myös yhteistoimintasopimuksen irtisanomisratkaisussa KKO 2010:69 arvioitiin kauppaedustuslain analogiaa seuraavasti: "Vaikka erityislait eivät suoraan sovellu nyt kysymyksessä olevan kaltaisiin yhteistoimintasopimuksiin, on niihin sisältynyt eri sopimustyyppien, kuten liiketilan

mistön ratkaisu neljän kuukauden kohtuullisesta irtisanomisajasta tiivistyy päätelmään, että tällaista aikaa voidaan pitää riittävänä muun muassa kauppaedustuslain ja kansainvälisen mallisääntelynkin nojalla niissä sopimussuhteissa, joissa toisen osapuolen toiminnallinen ja taloudellinen sidonnaisuus sopimussuhteeseen on lähtökohtaisesti voimakkaampaa kuin nyt käsillä olevassa sopimussuhteessa.[16] Sopimusriippuvuuden käsilläoloa ja sen vaikutusta irtisanomisajan pituuteen ei kuitenkaan voida yksinomaan kytkeä sopimustyyppiin tai siihen soveltuvaan lainsäädäntöön. Sopimuksen päättymistä koskeva, lainsäätäjän osapuolten oikeudet ja velvollisuudet tasapuolisesti huomioiva normatiivinen käyttäytymismalli ei välttämättä myöskään tyhjenny pelkkään irtisanomisaikaa koskevaan säännökseen.[17]

Sopimuksen irtisanomisesta johtuvien haittojen jakaantuminen ei ainoastaan riipu siitä, kuinka nopeasti sopimus on päätettävissä, vaan myös siitä, seuraako irtisanotulle osapuolelle jokin korvaus tämän tekemistä sopimukseen perustuvista taloudellisista panostuksista tai tämän toimenpiteistä irtisanovalle osapuolelle koituneista hyödyistä.[18] Sopimuksen päättymisestä ja sopimusperusteisista investoinneista aiheutuvien kustannusten jakaantumisen osalta ongelmallisia ovat ne tilanteet, joissa siihen ei ole sopimuksessa otettu kantaa, eikä osapuolten tahtotilaa sen osalta voida muutoinkaan päätellä. Lähtökohtana on tällöin yleensä se, että tappion kärsii se osapuoli, jonka riskipiiriin tapahtuma luonnollisesti kuuluu. KKO:n enemmistön perusteluissa esiintuoma liikesopimuksiin liittyvä taloudellinen riski tarkoittanee tässä sitä, että irtisanotun osapuolen olisi sopimusta tehtäessä tullut ennakoida mukien valmistuksesta aiheutuneet kustannukset ja niiden käyminen turhiksi sillä perusteella, että sopimus päättyy *jossain*

vuokran ja kauppaedustuksen, piirteitä. Irtisanomisehtojen sisältöä tulkittaessa ja osapuolten ehdoista saamia perusteltuja käsityksiä arvioitaessa huomioita voidaankin kiinnittää yleisten sopimusoikeudellisten sääntöjen ohella myös erityislainsäädännöstä ilmeneviin näkökohtiin sopimusten pysyvyydestä."

16. Perustelujen kohta 27.
17. Vähemmistön perustelut: "Tässä asiassa ei kuitenkaan ole kysymys irtisanomisajan lyhyydestä johtuneesta vahingosta vaan jo kanteenkin perusteella siitä vahingosta, joka SK Oy:lle on koitunut siitä, että se ei irtisanomisajan jälkeen ole saanut enää myydä yhteistyösopimuksen mukaisesti valmistamiaan jo irtisanomishetkellä varastossaan olevia M Oy:n tavaramerkeillä varustettuja mukeja."
18. Hemmo 2015, s. 114. Sopimuksen päättymisestä aiheutuvien haittojen hyvitysoikeudella voidaan lieventää sopimusriippuvuudesta aiheutuvan sopimusjatkuvuuden tarvetta. Ks. kauppaedustuslain mukaisesta hyvityksestä, jonka tarkoituksena on korvata kauppaedustajalle tämän sopimussuhteen aikana tehdystä työstä ja investoinneista johtuvia kustannuksia, jos näistä toimista on sopimussuhteen päätyttyä syntynyt päämiehelle taloudellista etua. Ari Saarnilehto – Mika Viljanen, Kauppaedustajalle maksettavan jälkiprovision määrästä. Defensor Legis 3/2000, s. 382–401. Korvausoikeuden puuttuminen jo tehtyjen sopimusspesifien toimenpiteiden takia saattaa pidentää irtisanomisajan pituutta. Ks. NJA 2009 s. 672, jossa irtisanomisaikaa pidentävänä seikkana pidettiin irtisanotun osapuolen korvausoikeuden puuttumista sopimussuhteen päättymisen jälkeisen asiakaspiirin päämiehelle siirtymisen tuoman hyödyn osalta.

vaiheessa. Arvio sopimuksen perusteella aiheutuneiden kustannusten jakautumisesta on kuitenkin yhtäältä sidottu siihen, kuinka konkreettisesta tiedosta on ollut kysymys ja toisaalta siihen, miten osapuolet olisivat niistä sopineet, mikäli mainittu seikka olisi ollut sopimusneuvottelujen kohteena.

Sopimuksen päättymishetkellä tapahtuvan riskinjakoa koskevan tulkinnan tulisi johtaa molempien osapuolten kannalta objektiivisesti hyväksyttävään lopputulokseen.[19] Kun osapuolten tarkoituksista ei saada tietoa, on lainsäädännön tarjoamien normatiivisten valintojen katsottu saavan riskinjaossa suuremman merkityksen. Tahdonvaltaisilla säännöksillä on katsottu olevan erityisesti merkitystä silloin, kun niillä on pyritty luomaan osapuolten oikeudet ja velvollisuudet tasapuolisesti huomioonottava käyttäytymismalli.[20] KKO:n vähemmistön perustelujen mukaan valmistettujen mukien kustannusten jakaantumista arvioitaessa voitaisiin ottaa huomioon kauppaedustajista ja myyntimiehistä annetun lain 18 §:n mukainen kauppaedustajan oikeus korvaukseen sellaisista toimenpiteistä aiheutuneista kustannuksista, joita edustussopimuksen asianmukainen täyttäminen on vaatinut. Samanlaista lähtökohtaa edustaa kauppaedustajia koskevan direktiivin mukainen kauppaedustajan oikeus korvaukseen sellaisesta vahingosta, joka hänen ja päämiehen välisen suhteen lakkaamisesta hänelle aiheutuu. Tällaista vahinkoa voi syntyä erityisesti silloin, kun sopimus lakkaa ennen kuin kauppaedustaja on voinut kattaa kustannuksia ja menoja toimenpiteistä, joihin hän on ryhtynyt edustussopimuksen täyttämiseksi päämiehen neuvojen mukaisesti.[21]

19. Kun osapuolten tarkoituksesta ei saada selvää, tulee riskinjakoharkinta tehdä tuomioistuimen toimesta. Riskinjakopunninta tulee tehdä kaikki olosuhteet, lojaliteetti ja kohtuus, huomioon ottavalla kokonaisharkinnalla. Ks. Lars Erik Taxell, Avtalsrätt. Bakgrund – sammanfattning – utblick. Juristförlaget 1997, s. 40–42 ja 98–99. Runesson on tutkimuksessaan arvioinut riskinjakoa takautumis-, ennaltaehkäisy-, riskiympäristö- ja riskinpulverisointikriteerin avulla. Takautumiskriteerin mukaan riski siirtyy sille osapuolelle, jolla on sopimuksen osalta parempi mahdollisuus minimoida tappio. Tappio on allokoitava sille osapuolelle, joka olisi paremmin voinut varautua riskiin. Jollei varautumiskriteeri johda tulokseen, tarkastellaan riskiympäristökriteerin avulla sitä, olisiko tahdonilmaisun antajalla ollut vastaanottajaa parempi mahdollisuus arvioida riskin todennäköisyys tämän toimintaympäristön luoman aseman perusteella. Jos edelleen ei löydetä sopivaa riskinkantajaa, on seuraavaksi tarkasteltava osapuolten kykyä pulverisoida tappio. Eric M. Runesson, Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader. Juristförlaget 1996, s. 108–110.
20. Oikeustoimilain esitöissä todetaan, että kohtuullistamista arvioitaessa pakottavien säännösten analoginen soveltaminen voi olla mahdollista, vaikka säännökset eivät sanamuotonsa mukaan suoraan soveltuisikaan. Myös tahdonvaltaisilla säännöksillä on erityinen merkitys silloin, jos säännöksen tarkoituksena on ilmaista osapuolien oikeudet ja velvollisuudet tasapuolisesti huomioonottava käyttäytymismalli. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi 247/1981 vp, s. 13–14. Ks. kauppaedustuslain analogiasta Hemmo 2015, s. 114.
21. Jäsenvaltioiden itsenäisiä kauppaedustajia koskevan lainsäädännön yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin (86/653/ETY) 17 artiklan 3 kohta.

Vähemmistön perusteluissa kiinnitetään huomiota myös muihin mahdollisiin toimenpiteisiin, joilla kustannusten käymistä turhiksi voitaisiin osapuolten kesken välttää, kun niiden jakautumisesta ei oltu erikseen sovittu. Sopimuksen päättymisen haitallisten vaikutusten jakaantumista koskevana mallina vähemmistö viittaa DCFR:n mukaiseen sopimuksen perusteella tuotettujen tai hankittujen hyödykkeiden takaisinostovelvoitteeseen, jos irtisanottava osapuoli ei niitä muuten pysty kohtuullisella tavalla myymään.[22] Tapauksessa irtisanotun osapuolen jo valmistamilla mukeilla ei sopimuksen päättymisen jälkeen ollut tälle taloudellista arvoa, koska niitä ei pystytty myymään rikkomatta samalla tavaramerkkioikeutta. DCFR:n mukaisen takaisinostovelvoitteen avulla mukivarasto olisi voitu hyödyntää irtisanovan osapuolen omassa toiminnassa, koska mukit oli valmistettu M Oy:n edellyttämien mallien ja logojen mukaisesti sen omaan tavaramerkkiin perustuvalla tavalla.

KKO:n enemmistön perustelujen mukaan irtisanotun osapuolen olisi sopimusta tehtäessä tullut ennakoida mukien valmistuksesta aiheutuneiden kustannusten käyminen turhiksi sillä perusteella, että sopimus päättyy *jossain* vaiheessa. Näin arvioituna sopimuksen päättymisestä johtuneet kustannukset jäivät irtisanottavan osapuolen kannettavaksi tulevaisuutta koskeneen edellytysvirheen takia. Irtisanottavan osapuolen on kuitenkin katsottu tarvitsevan erityistä suojaa silloin, jos tämä ei ole voinut ennakoida sopimuksen päättymisriskin aktualisoitumista perustellusta syystä. Sopimussuhteen vakiintuneesta käytännöstä tai tosiasiallisesta käytöksestä johtuvat standardiodotukset voivat johtaa perusteltujen odotusten suojan syntymiseen sopimuksen jatkuvuuden osalta, jos irtisanova osapuoli ei ole ehkäissyt tietyn vaikutelman syntymistä vastapuolessa.[23]

Tapauksessa osapuolten välinen yhteistyö ja tukkumyynnin toimintatavat edellyttivät riittävän varaston ylläpitoa, mistä myös sopimuksen irtisanonut osapuoli oli ollut tietoinen. M Oy:n taholta ei oltu millään tavoin ennen sopimuksen irtisanomista viestitetty SK Oy:lle, että sopimuksessa edellytettyyn tuotantoon olisi mahdollisesti odotettavissa supistuksia. Vähemmistö nosti tältä osin esille kauppaedustajalain 8 §:n mukaisen lojaliteettivelvoitteen, jonka mukaan päämiehen on ilman aiheetonta viivytystä ilmoitettava kauppaedustajalle, jos hänen nähtävissään on, että edustussopimuksessa tarkoitettu toiminta tulee olemaan

22. DCFR IV.E.-2:306 "If the contract is avoided, or the contractual relationship terminated, by either party, the party whose products are being brought on to the market must repurchase the other party's remaining stock, spare parts and materials at a reasonable price, unless the other party can reasonably resell them".

23. Perusteltujen odotusten suojan kautta voidaan luoda velvollisuuksia käyttäytymiseen perustuen nimenomaisen sopimisen lisäksi. Perusteltujen odotusten suojassa arvioidaan sitä, missä olosuhteissa annettuun lupaukseen on oikeutettua luottaa. Arvioinnissa on ratkaisevaa hakea tukea tahdonilmaisujen ulkoisesta todellisuudesta ja tarkastella sitä, kuinka osapuolen odotukset ovat rakentuneet. Tällöin lisäksi on edellytettävä tahdonilmaisun antajan perusteltua vilpitöntä mieltä ja sitä, että tämän oma toiminta on ollut huolellista. Ks. Juha Häyhä, Jälleenvakuutus sopimuksena. Forum Iuris 2000, s. 108–109.

olennaisesti vähäisempää kuin kauppaedustajalla *kohtuudella on syytä olettaa*.[24] Tällaisesta normatiivisesta valinnasta voidaan hakea suuntaa aiheutuneiden kustannusten kohtuulliseen jakautumiseen osapuolten välillä sen mukaan, kumpi osapuolista olisi voinut välttää sopimuksen päättymisestä aiheutuvia haitallisia vaikutuksia omilla toimenpiteillään, kun muunlaisesta vastuunjaosta ei ole sovittu.[25] Samanlainen ajatus sisältyy vahingonrajoitusvelvollisuuteen, jonka mukaan korvausmäärä kaventuu sillä määrällä, jonka vahingonkärsijä olisi kohtuullisin toimin voinut välttää.

3.3. Osapuolten etujen huomioon ottamisesta

Ratkaisun KKO 2018:37 enemmistön perusteluissa todetaan, että sopimusosapuolten on sopimusta päätettäessä otettava kohtuullisessa määrin huomioon sopijakumppanin edut. Toteamus viitannee lojaliteettiperiaatteeseen, jonka mukaan osapuolen tulee toimia mahdollisuuksiensa mukaan siten, että vastapuolelle ei aiheudu vahinkoa, tai että tällainen vahinko jää mahdollisimman vähäiseksi, sikäli kun toimenpide ei myöskään loukkaa osapuolen omia oikeuksia.[26] KKO:n enemmistön perusteluista ei kuitenkaan tarkemmin ilmene osapuolten etujen ja haittojen välinen intressivertailu eikä myöskään se, miten näiden etujen vertailu voisi vaikuttaa käsillä olevan kohtuullisen irtisanomisajan määritykseen.

Irtisanomisajan pituuden kohtuullisuuden suhdekäsitteellä tarkoitetaan suoritusten ja toimenpiteiden välistä oikeasuhtaisuutta. Kohtuuden sisältöä joudutaan yksittäistapauksessa arvioimaan muiden sen sisältöä täsmentävien näkökohtien, kuten osapuolten etujen, kautta. Kohtuuden sisältöä määritettäessä tulisi arvioida muun muassa sitä, johtaako irtisanomisoikeuden voimaansaattaminen vallitsevissa olosuhteissa merkittävään epäsuhtaan oikeudenhaltijan intressin ja vastapuolelle koituvan haitan välillä.[27] Osapuolten etujen ja haittojen tulisi näin vaikuttaa kohtuullisen irtisanomisajan harkinnassa. Jos lyhemmästä irtisanomisajasta irtisanottavalle osapuolelle aiheutuva vahinko olisi suurempi kuin irtisanovalle siitä syntyvä etu, tulisi irtisanomisaika suhteuttaa pidemmäksi tämän mukaisesti, jos myöskään irtisanovan osapuolen edut eivät tästä kohtuut-

24. Lojaliteettiperiaatteesta johtuvia toimintavelvoitteita arvioidaan osapuolten ja alan vakiintuneita menettelytapoja vasten siten, että oikeudellisesti perusteltujen odotusten synnyttämä perusta on osapuolten vakiintuneessa vuorovaikutuksessa. Häyhä 2000, s. 294–295.
25. Ks. sopimusriskien sopivasta vastuunkantajasta Mika Hemmo, Sopimusoikeus I. Talentum 2007, s. 58–60.
26. Lars Erik Taxell, Om lojalitet i avtalsförhållanden. Defensor Legis 1977, s. 148–155, P.J. Muukkonen, Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate. Lakimies 7/1993, s. 1030–1048, 1044 ja Matti Rudanko, Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1989, s. 37.
27. Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt. Jure 2007, s. 466 ja Jens Evald, Retsmisbrug i formueretten. Jurist- og Økonomforbundet 2001, s. 336 ja 370.

tomasti kärsi.[28] Yhteistyösopimuksen irtisanomista koskevassa ratkaisussa KKO 2010:69 tuotiin nimenomaisesti esille, että irtisanomisaikaa käytetään keinona, jolla sopimusosapuolten etuja tasapainotetaan.

Tapauksessa irtisanomistoimenpiteestä aiheutui SK Oy:lle erityinen haitta siitä, ettei tämä irtisanomisajan jälkeen pystynyt myymään yhteistyösopimuksen mukaisesti valmistamiaan jo irtisanomishetkellä varastossaan olevia mukeja. Mukien myynti edellytti M Oy:n hyväksymistä eikä M Oy:n edellyttämien mallien ja logojen mukaisesti ja sen immateriaalioikeuksiin perustuen valmistetuille mukeille ollut lainkaan markkinoita sopimussuhteen päättyessä. Myymättä jääneiden mukien arvoksi ilmoitettiin 62 517,70 euroa, jolla oli jo merkitystä yhtiön taloudelliseen tulokseen. Vähemmistö nosti perusteluissaan intressipunninnan osalta esille sen, ettei M Oy ollut esittänyt pidemmän irtisanomisajan varaamisen SK Oy:lle jo valmistettujen mukien myymiseksi aiheuttavan olennaista haittaa.

Vähemmistön päätelmäksi olisi tästä voinut ajatella irtisanomisajan pidentymisen ottaen huomioon osapuolten edut ja haitat, jotka päättämistoimenpiteestä aiheutuvat. Osapuolten edut ja haitat olisivat näin tulleet huomioon otetuiksi kohtuullisen irtisanomisajan määrittävinä seikkoina. KKO:n vähemmistön päätelmä oli kuitenkin toisenlainen. Osapuolen etujen vertailu olisikin vaikuttanut valintaan erilaisten toimenpiteiden välillä, eikä siis itsessään irtisanomisajan pituuteen. Vähemmistön perustelujen mukaan M Oy olisi ollut velvollinen yhteistyösopimusta irtisanoessaan *selvittämään vaihtoehtoja* yhteistyön lopettamiseksi siten, etteivät SK Oy:n yhteistyösopimuksen täyttämiseksi jo suorittamat toimet koituisi sen vahingoksi, sekä lisäksi *neuvottelemaan* niistä, jotta saataisiin molemmille osapuolille kohtuullinen ratkaisu. Vähemmistön mukaan ”koska M Oy ei ole tätä tehnyt, se on velvollinen korvaamaan SK Oy:lle näin aiheuttamansa vahingon”.

Vähemmistön ratkaisua uudelleenneuvotteluvelvollisuuden rikkomisesta johtuvasta vahingonkorvausvelvollisuudesta voidaan pitää ongelmallisena, mikäli tällainen velvollisuus johtuisi pelkästään lojaliteettivelvollisuudesta. Lojaliteettiperiaatetta ja sopimukseen perustumatonta uudelleenneuvotteluvelvollisuutta ei ole pidetty sellaisina itsenäisinä käyttäytymisnormeina, joiden rikkomisesta itsessään voisi seurata vahingonkorvausvelvollisuus.[29] Suomessa vahingonkorvausvelvollisuuteen johtavan neuvotteluvelvollisuuden ei ole katsottu olevan olemassa, ellei siitä ole erikseen sovittu.[30] Pelkästä lojaliteettivelvollisuudesta

28. Ks. lojaliteettivaatimuksen vaikutuksesta irtisanomisoikeuteen Hemmo 1996, s. 332–334.
29. ”Lojaliteettiperiaate ei näin ollen ole itsenäinen ratkaisunormi, vaan itsenäisten normien luonnetta ja tavoitetta kuvaava periaate.” Marko Mononen, Sopimusoikeuden materiaalisuudesta. Linarni 2001, s. 164. Ks. myös Mika Hemmo, Sopimusoikeus II. Talentum 2011, s. 30–34.
30. Eurooppalaisissa sopimusoikeusperiaatteissa ja UNIDROIT:n periaatteissa uudelleenneuvotteluvelvollisuuden on katsottu voivan syntyä ilman sopimusehtoa liikavaikeustilanteissa (hardship), jolloin neuvotteluja voi vaatia liikavaikeuden kohteena oleva osapuoli. Suomessa samanlaisen mahdollisuuden on katsottu olevan mahdollinen oikeustoimilain 36 §:n kohtuul-

johdetun neuvotteluvelvollisuuden laiminlyönnin aiheuttama vahingonkorvausvelvollisuus johtaisi helposti siihen, ettei yksipuolista irtisanomisoikeutta voitaisi enää käyttää ilman neuvotteluja vastapuolen kanssa, jotka nekään eivät konstituoi velvollisuutta mihinkään tiettyyn lopputulokseen.

4. Lopuksi

Ennakkoratkaisu KKO 2018:37 sisältää keskeisiä havaintoja kohtuulliseen irtisanomisaikaan vaikuttavista tekijöistä, joita aiemmin suomalaisessa oikeuskäytännössä ei juurikaan ole käsitelty. Ratkaisussa on tuotu esiin kansainvälisiä sopimusoikeuden periaatekokoelmia myöten irtisanomisajan pituuteen vaikuttavia yleisiä näkökohtia, mutta niiden soveltaminen tapauksen tosiseikastoon on ollut erityisen haastavaa näyttöongelmien takia. Enemmistön listaamista irtisanomisaikaan vaikuttavista tekijöistä tarkastellaan tapauksen tosiseikaston valossa vain osaa niistä, jättäen soveltamatta muun muassa osapuolten etujen merkitys, vaikka se mainitaan yhtenä sopimuksen päättymiseen vaikuttavana seikkana. Sopimusriippuvuuden osalta enemmistö tarkasteli käytännössä vain toiminnallista riippuvuutta, vaikka irtisanomisajan pituuteen vaikuttaa myös toinen mahdollinen muoto, investointiperusteinen sopimusriippuvuus.

Ratkaisun enemmistön perustelut lukeneelle jää lopulta epäselvä kuva siitä, miten mainittuun neljän kuukauden irtisanomisaikaan päädyttiin. Enemmistön päätelmä tapauksen kohtuullisesta irtisanomisajasta tiivistyi yleisluontoiseen havaintoon siitä, että irtisanotun osapuolen on toiminnassaan täytynyt ottaa huomioon se mahdollisuus, että sopimus päättyy *jossain* vaiheessa. Osapuolten sopimuksen puuttuessa ja näyttöongelmien vuoksi ratkaisussa olisi erityisen seikkaperäisesti tullut tuoda esiin niitä syitä, jotka käsillä olevassa tosiseikastossa vaikuttavat irtisanomisajan määritykseen. Näin siitäkin huolimatta, että tapauksen ennakkoratkaisuarvoa laskee kasuistinen *kohtuullisen* irtisanomisajan vaatimus, jonka sisällön selvittäminen jokaisessa yksittäistapauksessa vaatii välttämättä oikeudellista harkintaa.

Vähemmistön perusteluja voidaan useassa kohtaa pitää onnistuneempina kuin enemmistön, koska niissä tapauksen tosiseikastoa tarkastellaan analyyttisemmin irtisanomisaikaan vaikuttavien näkökohtien kautta. Vähemmistön muuten hyvin harkituista perusteluista johtamaa päätelmää voidaan kuitenkin pitää ongelmallisena siltä osin, että lojaliteettiperiaatteesta johdettavan neuvotteluvelvollisuuden rikkomisesta voisi aiheutua vahingonkorvausvelvollisuus.

listamisen perusteella jälkiperäisen kohtuuttomuuden tilanteissa. Tällöin kysymys on kuitenkin pakottavan oikeusnormin soveltamisesta tuomioistuimen toimesta. Hemmo 2011, s. 34.

Suomessa voimassaoleva lähtökohta on ollut tästä näkemyksestä poikkeava: korvausvelvollisuuteen johtavan neuvotteluvelvollisuuden ei ole katsottu olevan olemassa, ellei siitä ole erikseen sovittu. Lojaliteettivelvollisuus vähemmistön esittämällä tavalla näin pitkälle vietynä johtaisi siihen, ettei yksipuolista irtisanomisoikeutta voitaisi enää käyttää ilman neuvotteluja vastapuolen kanssa.

Julia Ahlfors

Oikeusvaltion ääriviivat

Lakimies
6/2018
s. 800–802

Raitio, Juha
Oikeusvaltion ääriviivat
Alma Talent. Helsinki 2017. XV + 169 sivua.

Juha Raition Oikeusvaltion ääriviivat on sujuva ja luotettava johdatus kirjan oikeusvaltion käsitteelliseen määrittelyyn ja siitä tehtäviin johtopäätöksiin. Raition painotukset ovat vahvasti EU-oikeudelliset, mikä on ymmärrettävää, kun kirjoittajana on eurooppaoikeuden professori, ja myös hyvin perusteltua, kun Suomen oikeus on nykyisin korostetusti myös ylikansallista EU-oikeutta. Raitio pohjustaa analyysin katsauksella ensin suomalaiseen ja sitten historiallis-vertailevaan oikeusvaltiokirjallisuuteen. Näkyvällä sijalla on suomalaisen keskustelun osalta etenkin ja perustellusti *Kaarlo Tuori* mutta myös *Hannu Tolonen*, *Antero Jyränki*, *Liisa Nieminen* ja *Pekka Hallberg*. Raitio erottaa suomalaisessa keskustelussa kaksi päälinjaa: ajallisesti varhaisemman, muodolliseen oikeusvaltiokäsitykseen kiinnittyvän linjan sekä myöhemmän linjan, joka painottaa oikeusvaltion aineellista sisältöä ja sen keskeistä liittymää ihmis- ja perusoikeuksiin lainsäädännön, lainkäytön ja hallinnon muodollisten rajoitusten ohella. Raitio itse kannattaa perinteistä oikeusvaltiokäsitystä, ja perusteena ovat sen vaihtoehtoaan suurempi oikeudellinen ennakoitavuus ja oikeusvarmuus. Tässä hän jatkaa johdonmukaisesti jo väitöskirjassaan The Principle of Legal Certainty in the EC Law (2003) omaksumaansa kantaa. Taustalla vaikuttaa vahvana *Aulis Aarnion* ja *Aleksander Peczenikin* oikeudellinen argumentaatioteoria, samoin kuin *Hannu Tapani Klamin* oikeusrealismiin tukeutuva finalistinen oikeusteoria.

Raitio esittelee Antero Jyrängin analyysiin tukeutuen oikeusvaltiokäsitteen kaksi traditiota: yhtäältä *Jean-Jacques Rousseaun* yhteisöllisen käsityksen kollektiivisen yleistahdon (la volonté général) ohjaamasta hallitusvallasta, toisaalta *John Locken* yksilön luovuttamattomiin oikeuksiin perustuvan mallin. Raitio tuntuu hyväksyvän sellaisenaan Jyrängin Locke-kritiikin, jonka mukaan tämän individualistiselta oikeusvaltiokäsitykseltä puuttuu riittävä käsitteellinen erottelukyky, mutta saman moitteen voi kohdentaa vähintään yhtä perustellusti Rousseaun yleistahtoon ja siihen perustuvaan valtiokäsitykseen. Historian valossa vaikuttaa lisäksi siltä, että Locken individualistinen valtiokäsitys on kyennyt paremmin torjumaan hallinnon mielivallan ja mahdollisen tyrannian kuin Rousseaun kovin epämääräinen yleistahto kansanhengen tai vastaavan kollektiivin väitetysti aitona tahtona. Raitio kytkee pohdintansa asiantuntevasti ja kiinnostavasti myös viimeaikaiseen EU-oikeuden kehitykseen. Hän käyttää esimerkkinä myös ajankohtaista SOTE-uudistusta ja valinnanvapautta yksityisten ja julkisten terveyspalvelujen välillä. Vaarana on sanottujen pohdintojen ajantasaisuuden säilyminen, kun sote-paketti on jo kirjan kirjoittamisen jälkeen muuttanut use-

asti muotoaan. Ansiokasta on joka tapauksessa Raition tapa kytkeä oikeusteoreettiset pohdinnat tukevasti käytännön oikeudellisiin ongelmiin.

Raition oikein huomauttaa, että oikeusvaltiokäsitys on historiallisesti ja kulttuurisesti määräytynyt käsite, eikä ole mitään kansalliset rajat ylittävää globaalia mallia tai ideaalia sitä, millaisena se tulisi hahmottaa. Tästä aiheutuu luonnollisesti kitkaa yli- ja monikansallisessa lainsäädäntö- ja lainsoveltamiskontekstissa, jollaisena EU-oikeus tietenkin tulee mieltää. Raitio käsittelee laajemmin valtiollista traditiota Saksassa, Ranskassa ja Isossa-Britanniassa, kolmessa maassa, jotka paaluttavat eurooppalaisen valtio-oikeuden ja oikeusvaltion rajat. Vertailuna olisi voinut käyttää myös Yhdysvaltain oikeusvaltiokäsitystä. Lisäisin yhden keskeislähteen Raition sinänsä toimivaan lähteistöön: *Pietro Costan* ja *Danilo Zolon* toimittama The Rule of Law. History, Theory and Criticism (Law and Philosophy Library, vol 80. Springer 2007 käsittelee laveasti juuri sanottua tematiikkaa eli oikeusvaltion käsitteellisiä, historiallisia ja yhteisöllis-kulttuurisia reunaehtoja.

Raition teksti on parhaimmillaan, kun hän kytkee oikeusvaltion ja EU-oikeuden tarkastelun kirjan loppujaksoissa yhteen, mutta edeltävä analyysi Locke/Rousseau -painotuksineen ja oikeusvaltio-käsitteen kansallisine eroavuuksineen akselilla Saksa/Ranska/Iso-Britannia ei täysimääräisesti kanna EU-oikeuden tarkasteluun. Raitio siis määrittelee oikeusvaltion pikemmin muodollisten kuin aineellisten kriteerien eli oikeusvarmuuden ja oikeudellisen ennakoitavuuden avulla. Oikeusvarmuuden hän määrittelee *Henry G. Schermersiä* ja *Denis F. Waelbroeckia* seuraten EU-oikeuden kontekstissa viiden kriteerin avulla:

1) taannehtivien oikeusvaikutusten kielto;
2) oikeutettujen odotusten suoja (luottamuksensuoja, *Vertrauenschutz*);
3) saavutettujen oikeuksien suoja;
4) määräaikojen laskeminen;
5) ymmärrettävän hallintokielen vaatimus ja säädösten käännettävyys.

Raition analyysi on osuvaa ja asiantuntevaa, mutta yksi lähdeteos eli *Lon L. Fullerin* The Morality of Law olisi mielestäni ansainnut tässä laajemman pohdinnan. Raitio toki viittaa Fulleriin, mutta juuri EU-kontekstissa Fullerilla tuntuisi olevan paljon annettavaa. Jossain määrin harhaanjohtavasta nimestään huolimatta Fullerin kirja on nimenomaan oikeusvaltion käsitteellisten ja ideologisten reunaehtojen tarkastelua: oikeusvaltiossa lainsäätäjä ei voi säätää taannehtivaa rikoslakia, kielellisesti liian epämääräistä lakia, ajallisesti äärimmäisen lyhytkestoista lakia, kansalaisilta mahdottomia asioita vaativaa lakia, ja niin edelleen.

Kirjan loppua kohden Raition näkökulma siirtyy lainsäädännöstä kohden lainsoveltamista. Hän kytkee tarkastelun huipputason kansainvälisen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmän oikeusvertailevaan ja oikeusteoreettiseen tuotantoon. Ryhmä julkaisi 1990-luvulla kaksi teosta: Interpreting Statutes. A Comparative

Study lainsäädännön tulkinnasta ja Interpreting Precedents. A Comparative Study prejudikaattien tulkinnasta eri maissa. Interpreting Statutes -teoksessa ryhmä jakoi laintulkintaperusteet kielellisiin, systeemisiin ja teleologis-aksiologisiin argumentteihin sekä viimekätiseen transkategoriseen argumenttiin. Interpreting Precedents -teoksessa transkategorinen argumentti jätettiin vaivihkaa – ehkä liian epämääräisenä – pois. Niin kuin Raitio osuvasti huomauttaa, EU-tuomioistuimen teleologinen tulkintatapa yhtä hyvin kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen dynaamis-evolutiivinen tulkintatapa toteuttavat poikkeuksellisen hyvin kirjoittajan itsensä sekä edesmenneen Hannu T. Klamin käsitystä oikeuden tulkinnan määritelmällisesti teleologisesta ainesosasta. Bielefeldin tutkijaryhmän ensimmäisestä tutkimusraportista EU-oikeus kokonaan puuttui, joten Raition analyysi täydentää osuvasti käsitystä EU-oikeuden tulkinnasta.

Kirjan loppusanoissa Raition perustelee kirjan kielivalintaa, koska teos on kirjoitettu suomeksi. Olen kirjoittajan kanssa samaa mieltä: myös suomenkielistä oikeudellista kirjallisuutta toki tarvitaan kansainvälisten puheenvuorojen ohella! Kokonaisuutena Raition Oikeusvaltion ääriviivat tarjoaa ansiokkaan johdatuksen kohdeteemaan mutta jättää vielä useita keskeisiä kysymyksiä avoimeksi. Jäämme odottamaan kirjalle jatkoa.

Raimo Siltala

Oikeuden kielet

Lakimies
6/2018
s. 803–806

Mattila, Heikki E. S.
Vertaileva oikeuslingvistiikka. Juridinen kielenkäyttö, lakimieslatina, kansainväliset oikeuskielet.
Toinen, uudistettu painos. Alma Talent Oy. Helsinki 2017. XXIII + 702 sivua.

Lapin yliopiston oikeuslingvistiikan emeritusprofessori *Heikki E. S. Mattila* on julkaissut viidentoista vuoden jälkeen toisen uudistetun painoksen alun perin vuonna 2002 ilmestyneestä järkälemäisestä teoksestaan Vertaileva oikeuslingvistiikka. Kirjan pääotsikko on sama kuin ensimmäisessä painoksessa mutta uudistettu painos on saanut täsmentävän alaotsikon, jollainen aiemmasta painoksesta puuttui. Näiden kuluneen viidentoista vuoden aikana teoksesta ilmestyivät myös englanninkielinen versio (Comparative Legal Linguistics 2006, 2013) ja ranskankielinen laitos (Jurilinguistique comparée 2012). Uudistettu suomenkielinen laitos vastaa sisällöltään lähinnä vuosina 2012 ja 2013 ilmestyneitä vieraskielisiä versioita. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että kirjassa on nyt myös vuoden 2002 laitoksesta puuttunut juridista espanjaa koskeva luku. Muitakin muutoksia on. Alaviiteapparatuuri on nyt ilmestyneessä laitoksessa huomattavan paljon runsaampi ja detaljoidumpi kuin vuoden 2002 painoksessa. Sivumääräisesti uudistettu toinen suomenkielinen laitos vastaa suurin piirtein aiempaa painosta. Tuoreen painoksen painoasu ja paperin koko ovat vanhempaa versiota miellyttävämpiä, vaikka tekstiä onkin mahdutettu sivuille ehkä turhankin tiiviisti.

Sisällöllisesti uudistettu painos eroaa aiemmasta suhteellisen vähän. Oikeuskieltä ja kääntämistä koskevat peruslinjaukset ovat ennallaan, eikä kirjoittajan tieteellisissä käsityksissä ole tapahtunut nähdäkseni juurikaan muutoksia, ellei pieniä täsmennyksiä sellaisiksi lasketa. Tämä kertoo nähdäkseni siitä, että teoksen perusta oli hyvässä kunnossa jo viisitoista vuotta sitten.

Merkittävimmät muutokset ovat rakenteellisia. Nyt mukana on jo yllä mainitun juridisen espanjan (s. 369–399) lisäksi uutena lukuna jakso nimeltään Pohjoismainen kieliyhteisö (s. 253–292). Merkittävä muutos on myös se, että aiempi painos sisälsi laajan erillisen luvun, joka koski oikeuskielen kääntämistä. Uudistetusta kirjasta sellainen puuttuu. Tämä ei tosin tarkoita sitä, etteikö oikeuskielen kääntämistä käsiteltäisi. Käytännössä Mattilan ratkaisu on se, että oikeuskielen kääntämistä koskevia kysymyksiä käsitellään tekstissä monissa eri paikoissa eikä enää yhteen laajaan lukuun koottuna. Tällä ratkaisulla on se vaikutus, että uusittu laitos on selvemmin oikeuskieltä koskeva laaja yleisteos eikä enää niinkään oikeuskielen kääntämiseen fokusoituva esitys. Pidän tätä muuttunutta painotusta onnistuneena. Myös pohjoismaisen kieliyhteisön mukaan ottaminen omana erillisenä lukunaan on erinomaisen onnistunut ratkaisu suomalaisen lukijakunnan kannalta.

Pääasiallisesti teos kuitenkin vastaa perusrakenteeltaan ja ainesosiltaan aiempaa laitosta. Ensimmäinen osa A (n. 40 sivua) käsittelee onnistuneesti oikeuskielen tutkimusta ja teoksen näkökulmaa, eritellen oppineesti ja selkeästi oikeuskielen eri lajeja, oikeuslingvistiikkaa tieteenalana ja oikeuslingvistisen tiedon merkitystä. Toinen osa B (n. 110 sivua) kertoo perusteellisesti oikeuskielen tehtävistä ja oikeuskieleen erityisesti liittyvistä ominaisuuksista, kuten esimerkiksi täsmällisyyden vaatimuksesta, systeemisyydestä, informaatiotiheydestä, lyhennepitoisuudesta ja arvokkuudesta sekä vanhahtavuudesta.

Teoksen sivumääräisesti suurin osuus C (n. 250 sivua) on omistettu otsikoinnin mukaan suurille oikeuskielille. Tässä osuudessa käsitellään erityisen ansiokkaasti lakimieslatinan perintöä, pohjoismaisia oikeuskieliä, saksalaista oikeuskieltä, ranskalaista oikeuskieltä, espanjalaista oikeuskieltä sekä englantilaista oikeuskieltä. Teoksen viimeinen osuus D (n. 15 sivua) esittelee tulevaisuuden näköaloja pohtien juridisen kääntämisen uusia ongelmia, oikeuslingvistisen tutkimuksen haasteita sekä universaalin oikeuskielen ideaalia. Teokseen kuuluvat myös aakkosellinen lähdeluettelo, systemaattinen kirjallisuusluettelo, muutama sivu selityksiä oikeus- ja kielitieteellisille termeille, lyhenteitä ja symboli- sekä korostusmerkintöjä koskeva osio, vieraskielisiä ilmauksia koskeva osio sekä asiahakemisto. Tämä viimeinen osa kattaa kirjan kokonaisuudesta miltei sataviisikymmentä sivua.

Kirjan perusrakenne on toimiva, eikä siihen ole esittää suuria huomautuksia. Kokonaisuus on tasapainoinen ja harkittu. Lukijana ja kirjan käyttäjäkuntaan kuuluvana en tosin ole täysin vakuuttunut siitä, että pohjoismaista oikeuskieliyhteisöä koskeva luku on syytä käsitellä otsikon suuret oikeuskielet alla. Näen toki pohjoismaisen oikeuskulttuurisen yhteisön tärkeänä ja pidän onnistuneena sitä, että kirjassa on nyt tätä teemaa koskeva oma erillinen lukunsa. Epäröisin silti ruotsin, norjan ja tanskan kielten käsittelyä suurina oikeuskielinä. Toinen epäilykseni kohdistuu kirjan viimeiseen osioon, joka kattaa kovin suuren osan teoksesta, mutta tuntuu – rohkenisinko sanoa – ensyklopedistisen yltiöpäisyyden aikaansaannokselta: pitääkö todellakin näinä aikoina käyttää painetusta teoksesta näin suuri osa erilaisiin luetteloihin? Olisi varmaankin mahdollista painaa kirjaan yksi lähdeluettelo, selittää oikeus- ja kielitieteelliset perustermit osana tekstiä sekä liittää mukaan asiahakemisto. Muut osat voitaisiin tarjota linkin kautta kustantajan sivuilla sähköisessä muodossa esimerkiksi tyylikkäinä pdf – tiedostoina. Tällöin selitysten ja muun arvokkaankin lisäinformaation määrälle ei olisi samanlaisia rajoitteita kuin kirjallisessa muodossa yleensä tuppaa olemaan, ottaen huomioon myös asiaan liittyvät mahdolliset kustannusvaikutukset.

Kokonaisuutena arvioiden Vertaileva oikeuslingvistiikka on hieno ja ihailtava osoitus kirjoittajansa käsittämättömänkin laajasta tietomäärästä ja oikeuskieliin sekä oikeuskulttuureihin liittyvästä osaamisesta. Tämän vuoksi on erittäin tärkeää, että teoksesta on myös suurilla kielillä laaditut laitoksensa, eikä kirja jää vain pienen suomenkielisen oikeuskielestä kiinnostuneen käyttäjä- ja luki-

jakunnan salaisuudeksi. Oikeuslingvistiikan alalla Mattilan teos on saavuttanut vankan aseman ja maineen luotettavana perusteoksena, joka kytkee tarkastelemansa oikeuskielet laajempaan oikeuskulttuuriseen kontekstiin ja juridisiin yhteyksiinsä. Se, että Mattila ei ole kielitieteilijä vaan laaja-alainen juristi, on mielestäni pelkästään hyödyksi tälle teokselle. Oikeuskieli kun on aina oikeuskieltä kontekstissa, jolloin juridisten taustojen ymmärrys on hyödyllistä siksikin, ettei käsittelystä tule liian kielitieteellistä.

Miten teosta sitten pitäisi arvioida kokonaisuudessaan? Mikä antaa tälle kirjalle sen ominaisluonteen, joka erottaa sen muista oikeuslingvistisistä esityksistä? Tämän arvostelun kirjoittaja on itse perehtynyt oikeuslingvistiikkaan erityisesti osana oikeusvertailua, jossa oikeuskielen ymmärtämiseen ja kääntämiseen liittyvät seikat ovat erityisen tärkeitä. Arvioin kirjaa siis tästä näkökulmasta käsin ymmärtäen hyvin, että kielitieteilijä tai oikeuskielen kääntäjä saattaisi valita erilaisia painotuksia. Mahdollisista näkökulmasidonnaisuuksista riippumatta hyväksyn täysin Mattilan perushahmotuksen oikeuslingvistiikasta alana, jossa ”tutkitaan monipuolisesti oikeuskielen kehitystä, ominaispiirteitä ja oikeudellista kielenkäyttöä”. Ei ole sattumaa, että oikeuslingvistinen näkökulma on nimenomaan vertaileva: ”Kielialuerajat ylittävä tarkastelu opettaa oikeusjärjestyksen ominaisuuksista sekä oikeuskielen ja oikeusjärjestyksen vuorovaikutuksesta huomattavasti enemmän kuin yksittäisen kielen tarkastelu. Vertailemalla voi nähdä paljon sellaista, mitä muutoin ei huomaa.” Tuohon ei ole mitään lisättävää.

Teoksen oikeuslingvistisiin perusideoihin kuuluu ainakin kaksi keskeistä määrittävää seikkaa, joiden ansiosta se on erityisen ansiokas ja käyttökelpoinen. Mattilan näkemys oikeuskielestä on laaja-alainen, eikä hän esitä siitä typistävää määritelmää muotoon pakotettua hahmotelmaa. Tästä johtuen hän ottaa huomioon oikeustieteen kielen, säädöskielen, tuomioistuinkielen, hallinnon kielen ja asianajajien kielen. Hän antaa sijansa myös lakimiesslangille kuten myös alamaailman vastakielelle. Kirjassa todetaankin, ettei oikeuskieli ”ole pelkästään juristikunnan sisäiseen kommunikointiin tarkoitettu väline”.

Laaja oikeuskielen ymmärrystapa liittyy teoksen toiseen kantavaan piirteeseen, joka on oikeuskielten esittäminen osana niiden oikeustieteellistä ja oikeushistoriallista kontekstia. Jotkut alan tutkijat keskittyvät voimallisesti vain tiettyyn osaan oikeuskielestä tai vain tiettyyn oikeuskieleen tai oikeuskielten muodostamaan pariin kääntämistematiikkaan pureutuen. ”Oikeuskielen kehityksessä kielihistoria ja oikeushistoria sekoittuvat”, kuten kirjassa todetaan. Tämä näkemys tulee esiin kunkin suuren oikeuskielen käsittelyssä. Mattilan teos asettaa useita toisistaan poikkeavia oikeuskieliä osaksi kontekstiaan ja tekee ne näin myös oikeushistoriallisesti ja oikeuskulttuurisesti ymmärrettäväksi. Tämä on huomattava oivallus ja toteutukseltaan merkittävä saavutus.

Teos on kannanotoissaan ja käsittelytavassaan kauttaaltaan ilahduttavan maltillinen, paikoitellen suorastaan lakonisen toteava. Oikeuskieltä ja sen muuttumista arvioidaan osaavasti mutta hillitysti. Oikeuslingvistinä Mattila ei

kuulu selvästi mihinkään koulukuntaan tai teoriaperinteeseen, vaan on oman tiensä kulkija. Hyvä esimerkki hänen tavastaan arvioida ja analysoida on kirjan loppuosaan kuuluva keskustelu englannista potentiaalisesti globaalina oikeuskielenä. Hän toteaa, että oikeudellisen ”englannin globaalisuus on kuitenkin suhteellista. Tämä kieli ei ole kaikin osin kansainvälisesti koherenttia, eikä sen käyttö oikeudellisissa yhteyksissä universaalia. Muilla oikeudellisilla kielillä on edelleen alueellisesti vahva asema”. Tähän realistiseen arvioon on helppo yhtyä.

Tämän kirja-arvostelun kirjoittaja on käyttänyt Mattilan teoksen kaikkia aiempia versioita sekä tutkimuksessa että opetuksessa. Laadin myös kirja-arvostelut englanniksi ja saksaksi vuoden 2006 englanninkielisestä laitoksesta. Kokemukseni tämän teoksen aiemmasta versiosta ja nyt tästä lukemastani uudesta ovat henkilökohtaiseen käyttäjäkokemukseen perustuvia. Olen oppinut luottamaan Vertailevan oikeuslingvistiikan varhempaan painokseen ja otan ilolla vastaan tämän uudistetun painoksen. Arvioni tästä oikeuskulttuurisestikin merkittävästä kirjasta on erittäin myönteinen.

Aina voidaan kuitenkin löytää myös jotain huomautettavaa, kuten esimerkiksi edellä rakenteesta esittämäni lievästi kriittiset havainnot. Muutakin pienen pientä voidaan huomauttaa. Teosta ehkä vaivaa paikoin jonkinlainen pikkutarkkuudesta johtuva raskassoutuisuus, tekijän halutessa olla mahdollisimman perusteellinen, vaikka ihan joka paikassa ei mielestäni tarvetta moiseen perusteellisuuteen olisikaan. Kun kyseessä on kuitenkin poikkeuksellisen kattava ja luotettava perusteos, joka kelpaa sekä käsikirjaksi että opetuskäyttöön, niin pienehkö raskassoutuisuus ei ole kummoinenkaan moite. On erinomaisen hienoa saada uudistettu painos, jossa on mukana uusia tervetulleita osia ja tekstissä tehtyjä täsmennyksiä ja tarkennuksia. Tälle kirjalle on käyttöä, ja siksi on syytä toivottaa tämä toinen uusittu painos tervetulleeksi. Johan tätä oli ehditty odottaakin.

Jaakko Husa

Oikeuskielistä teorialähtöisesti

Lakimies
6/2018
s. 807–809

Galdia, Marcus
Lectures on Legal Linguistics.
Peter Lang Edition. Frankfurt am Main 2017. 609 sivua.

1. Oikeustieteen ja filosofian tohtori *Marcus Galdia* (Monacon kansainvälinen yliopisto) on monipuolinen tutkija, jonka tuotanto ylittää tieteenalojen väliset rajat. Hän omaa poikkeuksellisen kielitaidon, joka käsittää lukuisia kieliä sekä Euroopasta että sen ulkopuolelta (mm. kiina). Galdia hallitsee erinomaisesti myös suomea ja ruotsia. Kirjallisuustieteellisissä tutkimuksissaan hän onkin analysoinut mm. *Edith Södergranin* runoutta. Kuten Galdian teoksen alkulehdiltä ilmenee, hän ja allekirjoittanut ovat olleet läheisessä yhteistyössä. Tästä syystä tarkastelun luonne on seuraavassa puhtaasti deskriptiivinen: tarkoituksena on esitellä teos suomalaiselle yleisölle selostamalla lyhyesti sen tausta, lähtökohdat ja rakenne.

2. Esipuheen mukaan *Lectures on Legal Linguistics* pohjautuu aiemmin (2009) ilmestyneeseen *Legal Linguistics* -teokseen, jonka rakennetta ja sisältöä kirjoittaja on kehittänyt edelleen. Samalla tekstin volyymi on laajentunut olennaisesti, yli puolella. Näissä teoksissa kirjoittajan laaja kielellinen ja oikeudellinen tietämys sulautuvat tutkimukselliseksi kokonaisuudeksi. Jo vuoden 2009 laitoksessa Galdian tavoitteena on ollut pureutua oikeuden ja kielen välisiin suhteisiin niin perinpohjaisesti kuin ylipäätään on mahdollista. Kuten *Jaakko Husa* toteaa kirja-arvostelussaan (2011), tekijä pyrkii kartoittamaan oikeuslingvistiikan koko ongelmakentän ja ymmärtämään, mistä ao. tieteenalalla viime kädessä on kyse: ”*Galdia's book […] is a serious and academically ambitious attempt to define what the problems of this interdisciplinary field are and, even more importantly, what this field is all about*”.[1]

Tästä pyrkimyksestä johtuu, että kirjoittajan lähestymistapa on korostetun monitieteinen. Hän nivoo tutkimuksessaan yhteen useita tieteellisen tutkimuksen kenttiä (oikeusteoria, vertaileva oikeustiede, käännöstiede ja kielifilosofia). Pääasiallisena teoreettisena viitekehyksenä ovat filosofinen ja lingvistinen pragmatiikka, analyyttinen filosofia ja ranskalainen *épistémologie*-tutkimus (s. 27–28). Ulkonaisestikin Lectures on Legal Linguistics on järeä, liitteineen yli kuusisataa sivua.

1. Jaakko Husa, Book-Review of Galdia's Legal Linguistics. Maastricht Journal of European and Comparative Law 2011, 1§ *init*. Ks. https://ssrn.com/abstract=1965399 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1965399.

Galdia on kirjoittanut teoksensa eri ammattialojen edustajille (s. 27). Kohderyhmänä ovat juristit, mutta myös ei-juristit, jotka haluavat saada tehtävissään tarpeellisia, oikeuteen ja sen kieleen liittyviä tietoja ja taitoja. Tekijä pitää silmällä erityisesti henkilöitä, jotka ovat kiinnostuneet aihepiirin teoreettisista perusteista.

3. Kirja käsittää – johdanto- ja päätelmäjaksot mukaan lukien – seitsemän lukua (osaa). Lisäksi siinä on liite, joka sisältää korpustekstin esitystä havainnollistavia juridisia tekstejä, laaja kirjallisuusluettelo, asiahakemisto ja henkilönimihakemisto.

Johdantoluvussa Galdia pyrkii selventämään, mitä juristit itse asiassa tekevät, kun he luovat tai soveltavat oikeutta. Niin ikään tekijä rakentaa – kielellisen ja filosofisen pragmatiikan avulla – käsitteellisen kehikon, jota hän käyttää teoksen myöhemmissä analyyseissa. Johdanto sisältää myös jakson, joka koskee moraalia ja etiikkaa arvioituna oikeuslingvistiikan perspektiivistä.

Toisessa luvussa näkökulmana ovat kielen ja oikeuden väliset suhteet. Kirjoittaja analysoi yksityiskohtaisesti mm. sitä, millä tavoin oikeuslingvistiikka on ymmärretty yksittäisissä tutkimuksissa. Analyysia taustoittaa jakso, jossa luodaan katsaus oikeuslingvistiikkaan eri maissa. Myös eurooppalaisesta näkökulmasta eksoottiset maat, kuten Kiina ja Japani, ovat lyhyesti esillä. Lisäksi luvussa tarkastellaan oikeuskielen erityispiirteitä, mm. termistöä.

Oikeusteoria tulee erityisen selkeästi näkyville kolmannessa luvussa, jonka tekijä on otsikoinut *Linguistic Operations in Law*. Siinä hän käsittelee mm. kielitekoja, diskurssintutkimusta, oikeudellista argumentointia, laintulkintaa ja juridista kääntämistä. Neljännen luvun teemoja ovat puolestaan oikeuden tekstuaalisuus ja luovat elementit tuomarin päätöksenteossa.

Kirjan viides luku suuntautuu sekä menneisyyteen että tulevaisuuteen. Galdia analysoi antiikin ajoilta periytyvää lakimieslatinaa mutta tarkastelee toisaalta kehittymässä olevaa globaalia oikeutta ja sen edellyttämää oikeuslingvistiikkaa. Kirjoittaja pohtii mm., millä edellytyksillä voidaan puhua globaalin oikeuden kielestä (s. 362–363). Hän hahmottaa neljä perusehtoa, jotka tällaisen kielen on täytettävä. Ensinnäkin edellytetään, että globaalin oikeuden kielelle on luotu yksiselitteinen juridinen käsitejärjestelmä. Toiseksi on tarpeen, että käytettävissä on kansallinen kieli, jolla tämä järjestelmä voidaan ilmaista. Kolmas ehto on luonteeltaan oikeuskulttuurinen: kielenkäytön taustalle tarvitaan kehittynyt juridinen argumentointimenetelmä. Neljänneksi globaalin oikeuden kielen on vastattava kansainvälisen kommunikaation yleisiä vaatimuksia, erityisesti ymmärrettävyyden näkökulmasta. Kirjoittajan ajatuksena on, että oikeuslingvistiikan keskeisenä tehtävänä on myötävaikuttaa globaalin oikeuden kielen kehittämiseen (s. 27).

Kuudennessa luvussa näkökulmina ovat oikeudellinen viestintä laajassa mielessä, ei-verbaalinen kommunikaatio mukaan lukien, samoin kuin kielioikeus ja kielipolitiikka, mm. kielivähemmistöjen suojelu eri maiden lainsäädännössä.

Päätelmäluvussa tekijä punoo yhteen aiemmin esittämänsä ja pohtii tulevaisuuden näköaloja. Luku sisältää mm. jakson *legal futurology*. Teoksen päätössanoissa korostuvat oikeuslingvistien tehtävät juridisten diskurssien edistäjinä: "*Legal linguists can assist citizens in their efforts to participate in legal discourses in a more civilized and rational way than it has been the case to date*" (s. 431).

Liiteosaan Galdia on – havainnollistamistarkoituksessa – koonnut juridisluonteisia tekstejä eri oikeuskulttuureista ja eri vuosisadoilta. Tekstien kirjo ulottuu Mesopotamiasta ja Hammurabin laista nykyamerikkalaisiin tuomioistuinpäätöksiin. Liitteestä ilmenee, paitsi kirjoittajan laaja oikeuskulttuurien tuntemus, myös se, miten moninaisissa yhteyksissä ja muodoissa oikeuskieltä on eri aikoina käytetty.

4. Marcus Galdian mittava tutkimushanke on pantu merkille alan kirjallisuudessa. Puolalainen oikeuslingvisti *Aleksandra Matulewska* arvioi vuoden 2009 laitosta koskevassa kirja-arvostelussaan, että kyseessä on "*a survey of the pertinent issues on an unprecedented scale*".[2] Toisaalta tämä laaja-alaisuus – yhdistyneenä Galdian syvälle luotaavaan lähestymistapaan ja tinkimättömään tutkijanotteeseen – merkitsee, että teoksen sulattaminen ottaa oman aikansa.[3] Samoin voidaan todeta, että paikoin esityksen logiikan seuraaminen edellyttää lukijalta riittäviä oikeusteoreettisia ja filosofisia pohjatietoja. Olisikin ilmeisen hyödyllistä, jos tekijä muokkaisi teoksestaan myös tiivistetyn version, joka sisältäisi sen ydinsisällön helposti omaksuttavassa muodossa oikeus- ja kielitieteen opintojen alkuvaihetta silmällä pitäen.

Heikki E. S. Mattila

2. Aleksandra Matulewska, Legal linguistics no more neglected. Review of Legal Linguistics by Marcus Galdia. Comparative Legilinguistics 4/2010, s. 113. Ks. https://pressto.amu.edu.pl/index.php/cl/issue/view/564.
3. Näin Husa 2011, 1§ *in fine*.

Lakimies
6/2018
s. 810–812

Veikko O. Hyvönen in memoriam

Professori *Veikko Olavi Hyvönen* on edesmennyt 88 vuoden iässä 9.7.2018. Hän oli syntynyt 18.9.1929 Sysmässä hämäläiseen talonpoikaissukuun. Kotiseutu jäi, lopullisestikin, taakse 1946, kun hän siirtyi Lahden lyseoon, mistä hän valmistui ylioppilaaksi 1949. Akateeminen ura kiehtoi, ja hän alkoi opiskella rinnakkain diplomi-insinööriksi Teknillisessä korkeakoulussa ja lainopin kandidaatiksi Helsingin yliopistossa. Kummastakin opinahjosta hän väitteli 1970.

Tätä ennen Hyvösellä oli erilaisia tehtäviä maanmittaushallinnossa runsaan kymmenen vuoden ajan. Aluksi hän toimi geodeettisessa laitoksessa vuodesta 1954, sitten maanmittauslaitoksen toimitusinsinöörinä ja tarkastajana 1960-luvun puoliväliin asti. Jätettyään päätoimisen maanmittausuran Hyvönen vaikutti myöhemmin useissa erityistehtävissä, esimerkiksi Tornion-Muonionjoen selvitysmiehenä, Utsjoen maatoimikunnan jäsenenä ja pohjoisten kuntien vesialueiden rajankäyntitoimikunnan jäsenenä. Hyvösellä oli asiantuntijana kaiken kaikkiaan arvostettu asema maanmittaushallinnossa, vaikka suhde keskusvirastoon ei aina ollut harmoninen.

Vähitellen Hyvönen siirtyi Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa määräaikaisiin tehtäviin. Väitösten myötä hänet nimitettiin maa- ja vesioikeuden varsinaiseksi professoriksi 1970. Hänen edeltäjänsä oli professori Ilmari Melander, jonka virkakausi oli päättynyt muutamia vuosia aikaisemmin. Hyvönen toimi oppiaineen kehittämiseksi assistenttinaan ensin Reijo Muukkonen, sittemmin allekirjoittanut vuoden ajan. Aloitteestamme tiedekuntaan perustettiin ympäristöoikeuden apulaisprofessuuri, jonka alaksi määriteltiin ympäristöoikeus. Tiedekunta muutti tutkinnonuudistuksen yhteydessä oppituolin nimen ympäristöoikeudeksi 1970-luvun lopussa.

Hyvösellä oli oppilaisiinsa kannustava asenne. Hän johdatti heitä erityisesti maaoikeuden ja osin myös vesioikeuden tutkimusaiheisiin. Monet muistavat Teknillisen korkeakoulun kiinteistöopin ja Helsingin yliopiston yhdessä järjestämät maanmittausalan kenttäkurssit Päivölässä, joilla Hyvönen usein oli mielellään mukana vetäjänä. Yliopistollisia luottamustehtäviä Hyvösellä oli lähinnä 1970-luvun aikana. Hän siirtyi eläkkeelle 1995.

Hyvösen runsas kirjallinen tuotanto (noin 300 nimikettä) painottuu maaoikeuteen, lähinnä kiinteistönmuodostusoikeuteen. Tässä suhteessa hän jatkoi Kyösti Haatajan ja Jorma Pietilän merkittävää tutkimustraditiota. Hyvösen oikeustieteellinen väitöskirja ”Määräalan luovutuksensaajan oikeusasemasta” (1970) sijoittuu esineoikeuden alaan. Työn esitarkastajina olivat professorit Simo Zitting ja Pertti Muukkonen. Teoksen johdannossa Hyvönen sanoo esineoikeuden ja erityisesti kiinteistöoikeuden olevan jopa kaikkein vaikeimpia oikeudenaloja. Toisen, Teknilliseen korkeakouluun tehdyn väitöskirjan ”Asianosaisten määräämistoimista kiinteistötoimituksissa” (1970) näkökulma oli niin ikään oikeudellinen, esitarkastajina olivat professorit Jorma Pietilä ja Tauno Tirkkonen. Aiheen käsittelytapa heijastaa maanmittausalan ja oikeustieteen läheistä ja perinteistä sukulaisuutta. Myöhemmin Hyvönen julkaisi laajoja esityksiä kiinteistönmuodostamisoikeudesta (1982, 1988, 1991) sekä kaavoitus- ja rakentamisoikeudesta (1974, 1988). Ne olivat osin historiallisia, osin lainopillisia, käsikirjanomaisia teoksia.

Hyvösen professorinura ajoittui kauteen, jolloin Suomessa alkoi käynnistyä maapoliittinen, osin kiihkeäkin keskustelu omaisuudensuojan sisällöstä ja sen valtiosääntöoikeudellisesta merkityksestä lukuisille orastaville lainuudistushankkeille, joihin tuli sisältymään maanomistusoikeuden vapautta kaventavia säännöksiä. Eräänä laukaisijana keskustelussa oli kaavoitus- ja rakennuslainsäädännön uudistushanke KARANEK (1974), joka ei sellaisenaan toteutunut, toisena lunastuslain uudistaminen ja siihen liittyen erityisesti kysymys perustuslain säätämisjärjestyksestä. Lain säätämistä tavallisena lakina Hyvönen arvosteli ankarasti kirjassaan ”Maapaketti” (1976). Sosialisoinnin uhan teema säilyi keskeisenä professorikauden loppuun asti (”Maaomaisuuden perustuslainsuojasta” 1993).

Maapolitiikan alalla hänen huomionsa kiinnittyi etenkin lunastuslain tulkinnan osalta arvonleikkaussäännöksen oikeutta täyteen korvaukseen heikentävään vaikutukseen sekä rantojen suojelusta johtuviin rakentamistoiminnan eli perusrakennusoikeuden korvauksettomiin rajoituksiin niiden väitetyn perustuslainvastaisuuden vuoksi. Hyvösen pyrkimys legalismiin ja perustuslaillisuuden konservatiiviseen määritykseen vaikuttivat siihen, ettei hän hyväksynyt käsitystä, jonka mukaan maanomistajien oli korvauksetta alistuttava kohdennettuihin käyttörajoituksiin. Ympäristömenetykseksi hän määritteli maanomistajan jäämisen vaille korvausta luonnonsuojelu- tai lunastustilanteessa (1984).

Vaikka taustalla saattoi olla maapoliittisia tavoitteita, Hyvönen osasi juridiikan perinpohjaisesti niissä asioissa, joihin hän katsoi aiheelliseksi puuttua. Tästä seurasi, kun normien sisällöstä ei ollut erimielisyyttä, kädenvääntöä siitä, miten väljästi tai suppeasti juridiikan normeja oli lupa tulkita perustuslain näkökulmasta. Poliittisen vastakkainasettelun hiljalleen laantuessa 1980-luvun loppua kohden yhteiskunnassa näytti muodostuneen kompromissikelpoinen käsitys omaisuudensuojasäännöksen sisällöstä ja vaikutuksesta lainvalmisteluun

ja oikeudelliseen päätöksentekoon. Osin tämä johtui silloiseen hallitusmuotoon lisätystä ympäristöperusoikeussäännöksestä.

Luonnonsuojelulainsäädännön uudistushankkeet tulivat ajankohtaisiksi 1990-luvun alkupuolella. Tuolloin Hyvönen laati lukuisia luonnonsuojelusta johtuviin rajoituksiin kantaa ottavia lehtikirjoituksia, jotka koskivat valkoselkätikan suojelua, luonnon korvausjärjestelmää ja muun muassa aihetta ”Natura ja korruptio”. Yhteiskunnalliset ajankohtaisaiheet saivat Hyvösen laatimaan runsaasti asiantuntijalausuntoja ja selvityksiä. Etenkin saamelaisten maanomistusoikeus ja pohjoisten vesialueiden omistajuus samoin kuin yksityisten kalastusoikeudet olivat hänelle tärkeitä aiheita. Pohjois-Suomen vesialueiden omistusten ja kalastusoikeuksien historiallisten juurien selvittäminen yksityisten tahojen puolesta muodostui pitkäaikaiseksi haasteeksi, ja Hyvönen toimikin asiamiehenä tai asiantuntijana lukuisissa kiinteistötoimituksissa.

Hyvösellä oli luottamustoimia useissa alan komiteoissa ja järjestöissä, ulkomaiden osalta painopiste oli pohjoismaisissa yhteyksissä. Hyvönen ehti toimia Espoon kaupungin rakennuslautakunnan puheenjohtajana 1981–1993 ja varapuheenjohtajana 1993–1996. Poliittista suuntautumista kuvastaa puheenjohtajuus Porvarillisissa Lakimiehissä 1980-luvun alkupuolella, siis maapoliittisen keskustelun ollessa vielä kiihkeää. Pitkän uran hän teki myös MTK:n maapoliittisena asiantuntijana eläköitymiseensä asti.

Hyvösellä oli kiinnostuksensa aiheisiin maanläheinen suhde. Maanmittausalan koulutukseen kuului arviointitekniikan vuoksi keskeisenä osana maan luonnon ja kasvilajien tuntemus, jota Hyvönen arvosti ja hyödynsi. Toiminta Lapissa maanmittarina herätti kiinnostuksen kalastukseen. Tiettävästi Hyvönen arvosti kotiseutuaan Sysmää ja toimi myöhemmin pyynnöstä sen hyväksi. Hänet kutsuttiin Sysmän neuvottelukunnan jäseneksi 1991, kun kunnan johtoa alkoi huolestuttaa asukasmäärän jatkuva lasku.

Professori Hyvösen kirjallinen asiantuntemus jää historiaan merkittävänä alustana jatkotyöskentelylle ja käytännön ongelmien tutkimukselle. 1990-lukua lähestyttäessä maanmittausalan oikeudellis-käytännöllisen tutkimuksen merkitys alkoi vähentyä, koska yhtäältä monet kiinteistönmuodostuksen ja kaavoituksen ratkaisut teknistyivät, toisaalta historiallisista syistä vaikeat oikeuskysymykset enenevässä määrin, joskaan ei edelleenkään kaikilta osin, alkoivat saada vastauksensa. Kiinteistönmuodostuksen integroituminen yhä enemmän kaavoitusta koskevaan sääntelyyn on myös ollut omiaan synnyttämään uudenlaisia, laaja-alaisempia tutkimustarpeita. Oma merkityksensä maaoikeudellisen tutkimuksen vähentymisessä lienee silläkin, että julkinen tutkimusrahoitus Suomessa ylipäänsä on ehtynyt perinteisen lainopillisen tutkimuksen osalta.

Erkki J. Hollo

Ahlfors, Julia, OTM, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto, julia.ahlfors@helsinki.fi
Hollo, Erkki J., OTT, Dr. Jur., FM, professori emeritus
Husa, Jaakko, HTT, professori, Helsingin yliopisto
Hyvönen, Salla, OTM, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto, salla.hyvonen@helsinki.fi
Karjalainen, Katja, OTT, tutkijatohtori, Itä-Suomen yliopisto, katja.karjalainen@uef.fi
Kimpimäki, Minna, OTT, VT, rikosoikeuden professori, Lapin yliopisto, minna.kimpimaki@ulapland.fi
Koivisto, Ida, OTT, julkisoikeuden apulaisprofessori, Helsingin yliopisto, ida.koivisto@helsinki.fi
Linna, Tuula, OTT, VT, professori, Helsingin yliopisto, tuula.linna@helsinki.fi
Linnanmäki, Kirsikka, OTM, VT, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto
Mattila, Heikki E. S., OTT, professori emeritus, heikki.mattila@ulapland.fi
Mikkilä, Tanja, OTK, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto
Mustasaari, Sanna, OTT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto
Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna, OTT, dosentti, vanhuusoikeuden yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto
Norros, Olli, OTT, apulaisprofessori, Helsingin yliopisto, olli.norros@helsinki.fi
Peterzens-Nysten, Anri (Tini), OTT, Helsingin yliopisto, tini.peterzens@helsinki.fi
Savolainen, Hanna, KTT, VT, yliopisto-opettaja, Itä-Suomen yliopisto, hanna.savolainen@uef.fi
Siltala, Raimo, OTT, yleisen oikeustieteen professori, Turun yliopisto
Tammi-Salminen, Eva, OTT, oikeusneuvos, korkein oikeus
Vahtera, Veikko, OTT, VTM, yritysjuridiikan professori, Tampereen yliopisto

Juhlajulkaisu Risto Nuolimaa 1948 – 2/6 – 2018 (C 42)

Professori Risto Nuolimaan 70-vuotissyntymäpäivän kunniaksi julkaistu juhlakirja sisältää 26 asiantuntija-artikkelia professori Nuolimaan omia kiinnostuksen kohteita lähellä olevista aihepiireistä.

Vesa Annola: Rahat tai valta?
Heikki Halila: Yhdistyksen sääntöjen tulkinnasta
Mika Hemmo: Välimiesten parillinen lukumäärä välimiesmenettelyn erityiskysymyksenä
Raimo Immonen: Näkökulmia saamisten verokohteluun muuttuvassa konserniympäristössä
Timo Kaisanlahti: Tilinpäätöksen sisältö ja hallituksen jäsenen vastuu velkojiin nähden – varautuminen huolellisuuden todentamiseen
Asko Lehtonen: Veropetosvastuun kohdistaminen osakeyhtiössä
Juha Lindgren: Osakeyhtiön varojenjaon verotuksesta – yhtiöoikeuden valinnanvapaus ja vero-oikeuden vastaavuus?
Antti Makkonen: Luottolaitoksen johdon kelpoisuusvaatimukset ja osuuspankkinäkökulma
Jukka Mähönen: Kestävän yritystoiminnan rahoitus, esimerkkinä kiertotalous ja uudet liiketoimintamallit
Petri Mäntysaari: Käyttäjäystävällisen oikeustieteen metodista
Jaana Norio-Timonen: Vakuutussopimuslaki, vakuutustoiminta ja korkein oikeus
Rainer Oesch: Patentin kokonaisluovutus vai lisenssi? Sopimustarkastelu konsernisuhteita silmälläpitäen
Mika Oinonen: Kilpailuoikeus ja itsesääntely elintarvikeketjun hyvän kauppatavan vastaisten käytänteiden torjunnassa
Seppo Penttilä: Osingonmaksuvelan vanhentuminen – syntyykö osakeyhtiölle veronalaista tuloa?
Matti Rudanko: Yhtiövastuu ja yhteiskuntavastuu osakeyhtiössä
Janne Ruohonen: Konserniohjeen juridinen merkitys osakeyhtiössä
Ari Saarnilehto: Välimiehen vahingonkorvausvastuu ja Keskuskauppakamarin välimiesmenettelysäännöt
Matti J. Sillanpää: Merkittävän liiketoimintakokonaisuuden myynti – päättäjänä hallitus vai yhtiökokous?
Markku Sotarauta – Jorma Hyrskyluoto – Mikko Rosenlund – Jani Vilpponen: Alustatalouden haaste ja pankkien tulevaisuus
Pekka Timonen: Korkein oikeus osakeyhtiölainsäädännön kehittäjänä – kaksi esimerkkiä kahdelta viime vuosikymmeneltä
Outi Toivonen: Kuljetusyritysten toimintaympäristöön liittyvän sääntelyn muutokset – tapausesimerkkinä Kaukokiito
Juha Tolonen: Oikeustiede muutoksessa
Veikko Vahtera: Osakeyhtiön omien osakkeiden hankkimisen ja lunastamisen käsitteistä osakeyhtiölaissa
Seppo Villa: Hallituksen erityinen toimivalta, yksimieliset osakkeenomistajat ja osakeyhtiölain 20 luvun 25 §
Pertti Virtanen: Lunta ja jäätä putoaa katolta – kuka vastaa vahingosta?
Risto Väntsi: Asunto-osakeyhtiön parvekelasitusremontista

ISBN 978-951-855-376-5
XIII + 427 sivua
90 €

info

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

Oikeustiede–Jurisprudentia LI:2018

Janne Aer: Formalismi, realismi ja verolain kiertäminen

Tiitus Hiivanainen: Tuomion purkaminen rikosasiassa syytetyn eduksi

Lauri Koskenniemi: Mielettömyyden määrittelijät – oikeushistoriallinen katsaus hulluuteen ja asiantuntijuuteen ranskalaisessa ja englantilaisessa rikosprosessissa 1700- ja 1800-luvuilla

Tommi Oikarinen: Julkisen hallinnon tietohallinnon suunnittelu-velvoitteet

Siina Raskulla: Muutoksen ja vakauden dynamiikka – oikeus ja politiikka yhteiskunnallisina diskursseina

ISBN 978-951-855-377-2
375 sivua
75 €

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

Tarjoa artikkelia

Oikeustiede–Jurisprudentia -vuosikirjaan LII:2019

15.2.2019 mennessä.

Kirjoitusohjeet ovat luettavissa kotisivultamme
www.lakimiesyhdistys.fi/julkaisut

Toimittaja
professori Janne Kaisto
janne.kaisto@ulapland.fi

Yhteystiedot
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17, 00130 Helsinki
p. 09 6120 300
toimisto@lakimiesyhdistys.fi

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirjaa Oikeustiede–Jurisprudentia on julkaistu vuodesta 1971 alkaen, ja se on tarkoitettu normaaleja aikakauskirja-artikkeleita laajemmille artikkeleille (ohjelaajuus 40–80 liuskaa).

Kotisivultamme löytyy kattava artikkelihakemisto. Vuosikirja julkaistaan jäsensivuillamme ja Edilex-lakitietopalvelussa vuosi kirjan ilmestymisen jälkeen. Vuosikirja on referee-julkaisu (Julkaisufoorumin taso 1).